H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Hukukta Kuram ve Uygulama:
Hukuk Tekniğinin Sihirli İşlevi
Csaba Varga

Adalet ve Hukuk
Giorgio Del Vecchio

Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk
Roger Bonnard

Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi
Muvaffak Akbay

Saf Hukuk Kuramı Nedir?
Hans Kelsen

Norm ve Değer
Hans Kelsen

Kadın Mağduriyeti Mağdur Olarak Kadının Hukuksal Konumu
Yasemin Işıktaç

İdeoloji Olarak Hukuk
Kasım Akbaş

Ceza Hukuku-Politika İlişkisi ve TCK'nın 301. Maddesi
Bağlamında Düşünce Özgürlüğü Sorunu
Türkan Yalçın Sancar

Hukuk, Politika ve Adalet İlişkisinin
Yassıada Davası Örneğinde İncelenmesi
Ülkü Halatçı

Yargılamada Nesnelliğin Psikolojik ve İnançsal Boyutu
Ahmet Gürbüz

1982 Anayasasının Serüveni
Fazıl Hüsnü Erdem

Minimum Geçerlilik Koşulu,
Partikülarist Yaklaşımlar ve İnsan Haklarının Evrenselliği
Neval Oğan Balkız

Sınırlanmış Bireyin Sonsuzluk Özlemi
Bahir Güneş Türközer

Modernite ve Postmodernite Bağlamında Farklılıklar
Hüseyin Murat Işık

Bürokratik Ya da Teknikleştirilmiş Toplum Tasarısı
Müslüm Turan

Hukuk Çatışması Kavramı, Sorun ve Çözüm Önerileri
Celalettin Kavas

Bürokratik Ya da Teknikleştirilmiş Toplum Tasarısı
Müslüm Turan

Hukuk ve Sözleşme-Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet
Antony T. Kronman

Hukuk ve Edebiyat Çalışmaları Çerçevesinde İncelenebilecek
Bir Geçmişle Hesaplaşma Çabası Olarak Şili'den Bir Örnek: Ölüm ve Kız
Hüseyin Öntaş

Çevresel Terörizm
Abdurrahman Saygılı

Hukuk ve Bilimi
Hayrettin Ökçesiz

15

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz

İSTANBUL BAROSU

ISBN 975-6037-57-1
9 789756 037577

340
HFS
2006
c.15
LAW121210

Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
KÜTÜPHANE

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

15. KİTAP

Hazırlayan

Hayrettin Ökçesiz

340.1 HFS 2006

A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
340.1 ... 121210

İstanbul Barosu Yayınları
İstanbul - 2006

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, Ağustos 2006 ISBN 975-6037-57-1

SUNUŞ

HFSA'nın 15. kitabı Değerli Meslektaşım Sayın Gülriz Uygur'un inisiyatifi ve mesaisi ile bize ulaşmış bulunmaktadır. Sayın Uygur'a ve Araştırma Görevlisi Sayın Zeynep İspir'e değerli özverileri için tüm HFSA Çevresi adına gönülden teşekkürler ediyorum. HFSA'nın Yazarlarına ve çevirmenlerine ise her zaman minnet borçluyuz.

Bilindiği üzere, HFSA'nın bir diğer etkinlik alanı İstanbul Barosu ile birlikte iki yılda bir gerçekleştirdiği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" adlı sempozyum dizisidir. Bu yıl üçüncüsünü idrak edeceğimiz bu buluşmayı Değerli Meslektaşım Sayın Yasemin Işıktaç ülkemiz hukuk felsefesi ve sosyolojisi dünyasına kazandıracaktır. 7-10 Eylül 2006 günlerinde İstanbul'da gerçekleşecek olan bu sempozyumun bildirileri daha önce olduğu gibi HFSA'da yayımlanacaktır.

Değerli Meslektaşım, İstanbul Barosu Başkanı Sayın Kazım Kolcuoğlu'na, İstanbul Barosu'nun Yönetim Kurulu'nun ve Yayın Kurulu'nun değerli üyelerine HFSA'ya gösterdikleri bu teveccüh için burada bir kez daha teşekkür ederim. Öncelikle üniversitelerden ve oradaki yönetici meslektaşlarımızdan beklemeye hakkımız olan bu ilgi ve desteği İstanbul Barosu'ndan alıyor olmak bilim sosyolojisi ve tarihi bakımından dikkate değer bir anlam taşımaktadır.

Yayın hayatına 1993'ün Güzünde Nüans Yayıncılık'la başlayan HFSA birçok sempozyumu ulusal ve uluslararası kurum ve kuruluşlarla birlikte gerçekleştirerek birçok ülkeden bu alanda düşünen ve çalışan kişilikleri buluşturmuştur. Düşünceler anılarla yoğrularak insani sıcaklığına bürünmüştür. Umuyorum ki, HFSA geçmişten geleceğe bizim bir buluşma yerimiz olur!

Bu kitabın yayımlanmasında emeği geçen değerli İstanbul Barosu görevlilerine, Ufuk Matbaası çalışanlarına HFSA Çevresi olarak gönülden teşekkür ediyoruz.

Hayrettin Ökçesiz

İÇİNDEKİLER

- Hukukta Kuram ve Uygulama: Hukuk Tekniğinin Sihirli İşlevi-*Csaba Varga* 5
- Adalet ve Hukuk-*Giorgio Del Vecchio* 18
- Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk-*Roger Bonnard* 24
- Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi-*Muvaffak Akbay* 41
- Saf Hukuk Kuramı Nedir?-*Hans Kelsen* 56
- Norm ve Değer-*Hans Kelsen* 64
- Kadın Mağduriyeti Mağdur Olarak Kadının Hukuksal Konumu-*Yasemin Işıktaç* 70
- İdeoloji Olarak Hukuk-*Kasım Akbaş* 81
- Ceza Hukuku-Politika İlişkisi ve TCK'nın 301. maddesi Bağlamında Düşünce Özgürlüğü Sorunu-*Türkan Yalçın Sancar* 96
- Hukuk, Politika ve Adalet İlişkisinin Yassıada Davası Örneğinde İncelenmesi-*Ülkü Halatçı* 112
- Yargılamada Nesnelleğin Psikolojik ve İnançsal Boyutu-*Ahmet Gürbüz* 125
- 1982 Anayasasının Serüveni-*Fazıl Hüsnü Erdem* 129
- Minimum Geçerlilik Koşulu, Partikülarist Yaklaşımlar ve İnsan Haklarının Evrenselliği-*Neval Oğan Balkız* 173
- Sınırlanmış Bireyin Sonsuzluk Özlemi-*Bahir Güneş Türközer* 180
- Modernite ve Postmodernite Bağlamında Farklılıklar-*Hüseyin Murat Işık* 185
- Bürokratik yada Teknikleştirilmiş Toplum Tasarısı–*Müslüm Turan* 199
- Hukuk Çatışması Kavramı, Sorun ve Çözüm Önerileri-*Dadaşhan Celalettin Kavas* 207
- Hukuk ve Sözleşme-Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet-*Antony T. Kronman* 230
- Hukuk ve Edebiyat Çalışmaları Çerçevesinde İncelenebilecek Bir Geçmişle Hesaplaşma Çabası Olarak Şili'den Bir Örnek: Ölüm ve Kız-*Hüseyin Öntaş* 255
- Çevresel Terörizm-*Abdurrahman Saygılı* 273
- Hukuk ve Bilimi-*Hayrettin Ökçesiz* 280

Hukukta Kuram ve Uygulama: Hukuk Tekniğinin Sihirli İşlevi(*)?

Csaba Varga(**)

Çeviren: Hüseyin Öntaş

"Sollen, hipotetik bir önermenin formu, pek çok durumda pozitif hukuk düzeninin bir bileşini olmaktan ziyade; onun temel önsel (a priori) normatif formudur."
(István Losonczy
A funkcionális fogalomalkotás lehetŒsége a jogtudományban
{Yargılamada "işlevsel kavram dönüşümü" nün elverişliliği}
{Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1941}, p. 65)

Geleneksel anlayışa göre, hukuk tekniği, yasa yapımından uygulanmasına kadar geçen bütün süreçte etkindir; ancak aksi görüşteki güncel kuramcılar hukuk tekniğini yasama sürecine yol gösteren bir araç olarak ele almaktadırlar. Her ne kadar; sözde hukuk yapımı, uygulamada kazandığı belirli anlamın temel niteliklerinde billurlaşsa da hukuk tekniğine ilişkin problemler, hukuk uygulamasında konumlanır. Hukuk tekniği hukuk ile hukuk politikası(bir ülkenin toplumsal ilişkiler yığınını belirli bir amaçla düzenleme çabası) arasında bir köprü vazifesi görür.

Güncel anlayışa göre, akılla temellendirilebilir olması gerektiği varsayılan hukuk, hukuki belirliliğe sahip kavramların hizmetindeki bir meslek olarak kabul edilmektedir. Formalist hukuk bir yandan kendi dolayımında bir tür geometrik ideallik iddiasını güden bir sistem inşa etmeyi amaçlarken; bir yandan da sadece kuramsal sonuçlar doğurabilen bir meşrulaştırma modeli talep eder. Ancak gerçekte mekanik birer robot olmayan yargıçlar, insan türünün bütün varoluşsal özelliklerini taşıyan varlıklardır. Bu nedenle meslekleri için gerekli olan donanım ve niteliklere yeterli bir şekilde sahip olsalar bile, mesleklerinden kaynaklanmayan sosyal rolleri de kaçınılmaz olarak taşımaya devam ederler. Mesleki beklentileri uyarınca, mesleğin gereklerini diğer insanlık durumlarının üstünde tutmaya çalışarak, etik açıdan kendi egolarını sınarken verdikleri hükümlerle yaşayan hukuku biçimlendirme sorumluluğunu taşıdıklarının da farkındadırlar.

Hukukun toplumsal yaşamda algılanma şekli ile formalizm arasındaki mesafenin, yine hukuk tarafından kapa-

(*) *Bu makaleyi öğrencisi olma şansına erişmiş olmaktan büyük onur duyduğum Profesör ISTVÁN LOSONCZY' in aziz hatırasına ithaf etmeyi bir borç bilirim. Kendisi bir aydın olmanın bütün sorumluluklarını yerine getirmenin yanı sıra hukuk felsefesine de yeni bakış açıları kazandırmıştır.*
Bu makalenin konusuyla ilgili olarak Prof. Losonczy'in görüşleri için ayrıca bkz. József Szabadfalvi 'Széljegyzetek Hans Kelsen magyarországi recepciójának történetéhez: Losonczy István Kelsen-interpretációja' {Commentaries to the history of Hans Kelsen's reception in Hungary: István Losonczy's interpretation of Kelsden} Sectio Juridica et Politica {Miskolc} XXIII (2005) 1, pp. 125–140.

(**) *Profesör, Macaristan Pázmány Péter Katolik Üniversitesi Hukuk Felsefesi Enstitüsü başkanı (H–1428 Budapest 8, P. O. Box 6 {varga@jak.ppke.hu}); Macaristan Bilimler Akademisi Hukuk Enstitüsü Danışmanı { http://varga.jak.ppke.hu }.*

tılması gerekliliğini kavrayan GEORGE LUKACS, bir hukuk problemiyle karşılaştığı her süreçte yargıcın, tarafların çatışan iddialarının mantıksal olarak çeliştiği sosyal bir uyuşmazlıkla yüz yüze kaldığını belirtmiştir. Bu süreçte yargıç, mesleki hünerlerini göstererek hukuka uygun bir çözüm bulmalı ve hukuk aracılığıyla, hukuk dairesinde uyuşmazlığı sona erdirmelidir.[1]

Bu şekilde zuhur eden yeniden inşa sorununu, ALEXANDER PECZENIK *"dönüşüm"* ve *"sıçrama"* nosyonları dolayımında özetlenebilecek olan analitik bir bakış açısıyla açıklamaya çalışmıştır[2]. Ancak bu doktriner açıklamasıyla bizzat kendisi, GEORGES KALINOWSKI ve CHAIM PERELMAN arasındaki formalizm-antiformalizm tartışmasında (benim açımdan antiformalizmin galip geldiği)[3], hükümlerin mantık çerçevesinde anlaşılabilir olması gerektiğini savunup formalizmden yana tavır koymuştur. Bu noktada formalist bir bakış açısıyla, hukuk yargılamasını meydana getiren mantığa dayalı halkaların sürekli bir tecavüz tehdidi altında olduğunu kanıtlayan *"dönüşüm"* ve *"sıçrama"* nosyonları hakkındaki kendi açıklamalarına karşı, özeleştirel bir tutum takınmıştır. Yargıçların uyuşmazlıkları çözerken karşılaştığı zahiri sorunlarla ilgili çelişkilerin; kategorik değerlendirmeler aracılığıyla soyut normların somut olaya uygulanması sırasında yargıcın, kavramları berraklaştırarak soyut norm dışındaki olası çözüm önermelerini reddetmesinin, mantıksal türetmelerden kaynaklanan *"sıçramalar"* içeren zorunlu *"kavramsal dönüşüm(ler)"*in sonucu olarak değerlendirilmesi gerektiğini savunmuştur. Bu sürecin böyle tanımlanması ise yargıcın hukuk yaratıcı faaliyetlerine olanak tanımamaktadır. Zira, dönüşüm sürecinde meydana gelen sıçramaların zaruri olarak mantıksal formalitelerden türediğini kabul etmeyi gerektirmektedir.

Böylesine çok yönlü bir mesleki yaklaşımın paradigmatik dayanağı ise gerek dilin gerekse hukukun hiçbir unsurunun sabit olmaması ve kendini belirleme kudretine sahip olmamasıdır. Bu saptama tam da; IMRE SZABO'nun yarım yüzyıl önce *"hukuk kurallarının yorumu"* üzerine yaptığı ve sosyalist yargı sisteminin kurucu mitosuna dönüşen çalışmasında ortaya koyduğu, hukukun altyapı tarafından belirlendiği ve yorumlamanın belirlenen anlamı genişleterek ya da daraltarak

(1) *Lukács György A társadalmi lét ontológiájáról I–III [Zur Ontologie des gesellschaftlichen Seins] (Budapest: MagvetŒ 1976) ; Csaba Varga, The Place of Law in Lukács' World Concept (Budapest: Akadémiai Kiadó 1985) s.193.*

(2) *Aleksander Peczenik 'Non-equivalent Transformation and the Law' in Reasoning on Legal Reasoning ed. Aleksander Peczenik & Iyrki Uusitalo (Vammala: Vammala Kirjapaino Oy 1979), pp. 47–64 [The Society of Finnish Lawyers Publications, Group D6]; ayrıca bkz.Csaba Varga, Theory of the Judicial Process The Establishment of Facts (Budapest: Akadémiai Kiadó 1995) s.249 .*

(3) *Bir koltukta pek çok karpuz taşımanın zor olup olmadığına dair bir soruyu yanıtlarken PERELMAN'ın da değindiği gibi hukuk felsefecileri bu süreç hakkında yeterince yorum yaptığından elini taşın altına koyma sırası hukuk uygulayıcılarına gelmiştir; bu durumda bize de gerçekte neler olup bittiğini, deneyimlerinden hareket eden yargıçlardan dinlemek düşer. Zira, hukuk tekniği hukuk dünyasının en yaratıcı araçlarından birine dönüşmeye müsaittir. Çünkü Kıta Avrupası Hukuk Sistemi'nin içeriği, çağın gerisinde kaldığından ve sosyal gerçeklikle bağdaşmadığından perde arkasından da olsa oldukça yaratıcı bir yargılama faaliyetine neden olmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Csaba Varga, 'On the Socially Determined Nature of Legal Reasoning' Logique et Analyse (1973), Nos. 61–62, pp. 21–78 & in Études de logique juridique V, publ. Ch[aim] Perelman (Bruxelles: Bruylant 1973), s. 21–78 [Travaux de Centre National de Recherches de Logique].*

onaylamaktan başka bir işlevi olmadığı yönündeki önermesinin antitezidir. Ancak, önceden verili anlamlar herhangi bir zamanda karşılaşılan bütün somut olaylar için geçerli ve yeterli kabul edilse bile, hukuk tekniği, altyapı tarafından belirlenme iddiasına uygun olarak verili anlamlardan farklı anlamlar türetecektir. Bu durumda da yargıcın verili anlamın odağını zaruri olarak kaydırmakla, normativist perspektife göre yetkisini yanlış kullanması kaçınılmaz hale gelecektir. Öte yandan, hukuk tekniğini şimdiye kadar değindiğimiz teorilerle açıklamaya çalışmak uygulamadaki gerçeklikle örtüşemez. Zira, sadece kolay algılanabilir somutlaştırmalar, uygulamalar ve güncellemeleri ele almaktadırlar. Son tahlilde, sadece yargılama faaliyeti sırasında alınan kararlar aracılığıyla kavramlar billurlaşmaktadır.[4] Kurallar, güncel hukuk uygulaması aracılığıyla somutlaşmaktadır. Bu bakımdan hukuk tekniği, uygulandığı sorun yetkili yasama kurumu tarafından ele alınana kadar, yeni bakış açılarının ve olguların değerlendirilebilmesini sağlayan bütün yargılama faaliyetlerini kapsamaktadır. Mesela, hukukun genel ilkeleri her ele alınışında, her somut olayı etkileyen farklı olgular ve her olaya uygulanması gereken değişik soyut hukuk kurallarının etkisiyle birbirine nazaran daha geniş ya da dar yorumlara konu olarak somutlaşır ve güncellenirler.

KALMAN KULCSAR'a göre; hukuk uygulamasının sosyolojik genellemelere konu olabilecek öznel bir boyutu da vardır: Hukuki dayanaklara uygun olarak, hukukun sınırları içinde kalmaya özen göstersek de, hukuka ilişkin hiç bir tartışma tarafların ahlaki, insani ve uhrevi inançlarından ayrı olamaz. Sosyolojik olarak aşikardır ki hukuki sorunlara ilişkin alternatif çözümler, somut yargıç tarafından, en azından ait olduğu yorumlayıcılar topluluğu olan hukukçular topluluğunun benimsediği yaklaşımlara uygun olarak kabul edilir ya da edilmez (bu kabul ya da red eylemi, mevcut hukuk kültürünün kurumsal işleyişinden bağımsız değildir).

SZABO'nunkinin aksi yönde olan bu bakış açısına göre; hukukun uygulanırken yeni anlamlar kazanmasını sağlayan hukuk tekniği, önceki anlamlara kayıtsız şartsız bağımlı değildir. Bu nedenle önceden verili olan, sadece LUKACSyen düşünüşe göre; hukuk tekniği aracılığıyla uygulamada ortaya çıkması muhtemel olana atfedilen, ontolojik potansiyeldir [dynamei]. Hukukta etkili olan (ve farklı kılıklara bürünerek ortaya çıkan) ve sürekli olarak dolgu yapılan iki dışsal araç vardır: Değişik form ve günlük varoluştan ayrık olmayan pratik eylemler... Hedefi ne olursa olsun hukukun mesajı bu dolgunun yapıldığı yerde belirlenir.

20. yüzyılın başlarından itibaren FRANÇOIS GENY'den başlayarak somut bir yargılama işlemi sırasında pek çok amaçla kullanılabilen hemen her tekniğin elverişli olabileceği düşünülmeye başlanmıştır. Gény'nin görüşlerini paylaşan JEAN DABIN,[5] hukukun akıl aracılığıyla uyuşmazlıkların çözül-

(4) *WRÓBLEWSKI'nin yorumlamanın statik bir ideal olabileceği gibi dinamik bir ideal de olabileceğini öne sürerken kastettiği de budur. Yorumlayan, ya orijinal anlamı temsil ettiğini öne sürerek kavramsal bir dünya inşa eder ve sonra biz de bunu her bakımdan yeniden inşa etmek zorunda kalırız ya da yargıçlığı kendimizi adapte edebileceğimiz özerk bir meslek olarak kabul ederiz. Bkz., Jerzy Wróblewski 'The Problem of the Meaning of the Legal Norm' Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht XIV (1964) 3–4, s.. 265 .*

(5) *François Gény Science et Technique en droit privé positif I–II (Paris: Sirey 1913–1930); Jean Dabin La technique de l'élaboration du droit positif spécialement du droit privé (Bruxelles: Bruylant & Paris: Sirey 1935).*

mesinden ibaret olmadığını hukukun uygulamadaki görünümlerinin de katkısıyla hukuk olduğunu öne sürmüştür. Dabin'e göre ; hukukun konjonktürel ve değişken iletilerinin yorumlanması sürecinde hukuka ilişkin tartışmaların ve mantık yürütmelerin menzili değil hareket noktası olması, *"hukuk kültürünün"*, *"hukuk tekniği"*ne farklı yöntemler sunmasına delalettir. Hukuk tekniğinin kullanacağı araçları belirleyen "hukuk kültürü"dür. Mesela Macaristan Anayasa Mahkemesi, önceki iki kararında komünist rejimin yıkıldığı dönemde işlenen suçlardan kaynaklanan zararların tazminine ilişkin talepleri, bu tarz zararların her totaliter rejim yıkma çabasının mütemmim cüzü olduğu gerekçesiyle muallakta kalarak reddetmiştir. Böylece, tazminat taleplerini esasa girmeden reddeden mahkeme, uyuşmazlığı çözmek yerine davacıların iddialarını hükümsüz kılmıştır. Bu tarz hükümlerin karakteristik özelliklerinden biri de demokratik bir hukuk devletinin vazgeçilemez unsurlarından biri olan kanun önünde eşitlik ilkesinin; toplumsal sorunlarla yüzleşmeyi reddedip bu sorunların çözülmelerini olanaksız kılan *"saf anayasallık"* güdüsüyle lafzi yorum yönteminden yararlanılarak ihlâl edilmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin baskı gruplarının etkisiyle verdiği bu kararlar, hukuk kültürünün dayatmasıyla uyguladığı hukuk tekniklerinin eksikliğinden kaynaklanan birer fiyaskodur. Kısaca bizim hukukçu elitimiz, alternatif hukuki yorum yöntemlerine ve diğer hukuk tekniklerine başvurmayı redderek bazı başka ülkelerdeki (Almanya ve Çek Cumhuriyeti vb) meslektaşlarının aksine, ulusunun kaderini değiştirme sorumluluğunu üstlenmemiştir.[6]

Önceki çalışmalarımdan biri sırasında, hukukun yasalardan ibaret olup olmadığı[7] problemini çözümlemeye çalışırken, yasa değiştirmenin en azından iki yolu olabileceği kanaatini edinmiştim: Yasama yoluyla ya da kuralın yorumlanmasında kullanılan yorum yöntemlerinin değiştirilmesiyle (yorumsamacı yaklaşımla). Bir başka deyişle; hukukun değiştirilmesi doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. İkinci durumda, hukukun anlam kümesinin değiştirilmesi, sosyal konvansiyon tarafından anlamının belirlenmesiyle ve hukukun içeriğinin hukukun uygulamasıyla olmaktadır. Elbette, bu çiftbaşlı durum, hukuk dışı unsurların müdahalesiyle farklı sonuçlar da doğurabilir. Örneğin, toplumun hazır olmadığı bir resepsiyon hareketi sırasında iktibas yoluyla yapılan düzenlemelerin etkililiğinin, siyasi lobi faaliyetleri aracılığıyla sorgulanması söz konusu olabilir. Bu nedenle, mesela, etnik azınlıkları iç ve dış baskılardan korumayı amaçlayan bir düzenleme hoşgörüsüz bir toplumda amacına ulaşmayabilir. Hukukçular başta olmak üzere bütün toplumun, hoşgörüsüzlüğün engellemesine direndiği koşullarda amaçlananın tersi bir

(6) Bkz.. Coming to Terms with the Past under the Rule of Law The German and the Czech Models, ed. Csaba Varga (Budapest 1994)s. xxvii ve 178 . [Windsor Klub]. Sosyalist hukuk kültürünün bazı unsurlarının etkisiyle uygulamada formalizmin de katkısıyla demokratik hukuk devleti ilkesinin ihmal edilmesinin, AB'ne girişimizle birlikte 2. Dünya Savaşı sonrası AB aracılığıyla bütünleşme çabaları dolayımında gelişen hukuk kültürüyle farklılıklarına dair bir inceleme için bkz. Zdenek Kühn 'Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement' The American Journal of Comparative Law LII (Summer 2004) 3, s. 531–567.

(7) Csaba Varga, 'Is Law A System of Enactments?' , Theory of Legal Science ed. Aleksander Peczenik, Lars Lindahl, Bert van Roermund (Dordrecht, Boston, Lancaster: Reidel 1984), s.. 175–182 [Synthese Library 176] & Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae 26 (1984) 3–4, s. 413–416.

durumun meydana gelmemesi için öncelikle hukuk kültürü değiştirilmelidir. Tam da bu noktada, bu çalışmada ele aldığımız sorunlara bir yenisi eklenebilir. Hukukun içeriğini değiştirme niyetini taşıyan stratejiler (örneğin,hukuku toplumsal mühendislik aracı olarak kullanan modernleşme girişimleri), uzun vadede, formalist kanunlaştırmaya da formalist olmayan bir şekilde sosyal konvansiyonların değiştirilmesine de gerek kalmaksızın uygulamada kullanılan hukuk tekniklerinin farklılaşmasını sağlayarak başarıya ulaşabilirler. Bu da, yaşayan hukukta reform yapmanın bir diğer yoludur.

RENE DEKKERS, hukuk tekniğinin hukukun pratik anlamlarını değiştirmesinin[8] nedenini, hukukun kendisinin hukuk tasavvurlarını belirleme kudretine tek başına sahip olmamasıyla açıklamıştır. Belirli bir hukuki sonuç doğurmasını hedefleyerek seçilen hukuki bir yolla hukuki uyuşmazlıklara çözüm bulmak, hukuk kültüründe baskın olan görüşlerin meşruluk taleplerini yerleşik hukuk teknikleri aracılığıyla diğer bakış açılarına karşı rasyonel bir şekilde daha başarılı olarak savunmak demek değildir. Son tahlilde, bu durumda söz konusu olan dış baskılarla önceden dayatılmış bir çözümün meşrulaştırılmasıdır. Gerek Kıta Avrupası gerekse Anglo-sakson hukuk sistemlerinin tarihine baktığımızda görebiliz ki, hukuk tasavvurlarından yorumlanan metnin özüne ve ruhuna uygun olmaları beklenmiştir. HANS KELSEN'in geliştirdiği yaklaşımdan beri[9] yargılama sürecinin, kabul edilen hukuk sistemi dahilinde mevcut koşulları yok saymayarak işlemesi gerektiği benimsenmiştir. Buna rağmen; her metnin değişken doğasından da istifade eden hukukçular, hukuk tekniklerini cephanelik gibi kullanarak kritik somut olaylarda belirsiz soyut normların uygulanması sırasında, ulusun varoluş mücadelesinin hayati bileşenleri olarak değerlendirdikleri ulusal kültürün temel sosyal konvansiyonlarına uygun davranmaya gayret etmektedirler. Bu durum, özellikle bizim ulusumuzun 1956'da yaşadığına benzer kriz süreçlerinde (ki benzerleri Romanya, İrlanda, Çek Cumhuriyeti, İsrail, ABD vb. ülkelerde de yaşanmıştır) toplumsal kültürün kendini savunma refleksinin sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Bu durum, duygusal davranışlarla, kişisel yakınlık ve aidiyet bağlarıyla değil, koşullara uygun davranma zorunluluğuyla açıklanabilir. Böylesi bir durumda göz önünde bulundurulması gereken, hukukçuların ulusun bütün talepleri doğrultusunda dış etkilerden bağımsız olarak uzlaşabilmesi değil, sorunları bertaraf etmek için mecburen ulusun asgari beklentilerini karşılayarak olumsuz koşulların üstesinden gelebilmesidir.[10] Tarihsel bir perspektiften somut olayları incelediğimizde, değişik aşamalarda farklı gereksinimler nede-

(8) Bkz. , Csaba Varga, 'Doctrine and Technique in Law' in Festschrift an Lothar Philipps ed. Bernd Schünemann, Frau Tinnefeld, Roland Wittmann (Berlin: Berliner Wissenschaftsverlag 2006) [baskı aşamasında] & www.univie.ac.at/RI/IRIS2004/ Arbeitspapierln/ Publikationsfreigabe/Csaba_Phil/Csaba_Phil.doc .

(9) Bkz, Csaba Varga , 'A bécsi iskola' [Viyana Okulu] in Jogbölcselet XIX–XX. század: ElŒadások [19. ve 20. yüzyılda hukuk felsefesi seminerleri] ed. Csaba Varga (Budapest: Szent István Társulat 1999), s. 24–32 [Bibliotheca Cathedrae Philosophiae Iuris et Rerum Politicarum Universitatis Catholicae de Petro Pázmány nominatae].

(10) Bu konuya Rákóczi Association tarafından 2004 yazında Benedictine Abbey of Pannonhalma'da Macar Tarih Öğretmenleri için düzenlenen bir konferanstaki konuşmamda ['»Worthy of the fate, qualified for the challenge«: On the state of our intellect and scholarship' (in manuscript)] da değinmiştim..

niyle kuramsal olarak sınanan hemen her şeyin uygulamada hukuka dönüşebildiğini anlayabiliriz. Öyleyse ancak, KELSEN'in *"kuramsal yeniden yapılandırma"* önerisinden hareketle (doktrindeki mukayeseli çalışmaların hukuk uygulayıcıları tarafından dikkate alınıp farklı hükümlerin sentezine ulaşılmasıyla) belirli koşullar altındaki belirli bir hukuk kültürü açısından en elverişli çözümlere ulaşılabilir.[11]

Hukuk tekniği terimi ile kastettiğimiz belli bir lisanı hukukçu bakış açısıyla ele almayı sağlayan standartlaştırılmış araçlar kümesidir. Kurallar normları içerebilir(normlar ise mantığın yansımalarından, mantıkla yapılan değerlendirmelerden ibarettir). Filozof, dilbilimci, hukukçu gibi de düşünsek herhangi bir iletişim sürecine girebilmemiz için birbirinden farklı kategorilere başvurmamız gerekir. Çoğunlukla hukuk olarak adlandırdığımız perdenin arkasına metodolojik bir yaklaşımla bakarsak; *"hukuk"* adı verilen akla dayalı yapıda, sözde, normlar kurallar aracılığıyla tanımlanan kavramlar tarafından yönetilse de değişik gönderimsellikler ve anlam olasılıkları içeren bu kavramlar da uygulamada dilbilim tarafından belirlenmektedir. Bu tespitin nedeni, LUKACS'ın sosyal ontoloji kuramında, tematize ederek *"arabuluculuk tuzağı"* olarak adlandırdığı durumun en temel bileşeni olan insanın, tasarımları aracılığıyla kendini ifade eden bir varlık oluşunu fark etmiş olmaktan ibarettir. Dil, sürekli evrim geçiren bir araç olduğundan, somut olaylar değerlendirilirken hukukçular tarafından somut koşulların etkisiyle bu aracın içeriği ve işlevi her olayda yeniden tanımlanmaktadır.

Başlangıç noktamıza dönersek, hepimiz dil aracılığıyla iletişim kurarız ve dil kendini belirlemez. Yine de disiplinlere yeni kavramlar ekleyen birinin ilgili disiplinin egemenliğini ihlal ettiğini iddia eden birileri çıkabilir. Böylesi bir iddianın aynı zamanda nesnesi de olan muhatapların, bu iddiayı doğru olarak kabul edebilecekleri gibi; kendileri de düzeylerarası bir yeniden yapılanma sürecinin öznesi oldukları ve sürecin içinde sürece kuşbakışı bakamadıkları için ya da kişisel hırslarından dolayı, kavramların arkasına sığınan ama kavramsal olmayan bir söylemle şimdiye kadar gördüğümüz tümdengelimler zincirinin yanlış olduğunu da iddia edebilirler. Ya da haklı olarak metasistemin(hukukun), yeni söylemlerin eskilerinden türetilmesi nedeniyle her zaman dilsel iletişime göre üstün ve öncelikli olduğunu da iddia edebilirler.

Dilin, kendini belirleyememesinin nedenlerinden biri de yaygın kanıya göre toplumsal yapı içindeki farklılaşmalar arttıkça hukuk uygulayıcısının öznel kararlar verme olasılığının da (mesleğinden kaynaklanan aidiyet bağlarının bilinçaltına yerleşmesi nedeniyle de olsa) artmasıdır. Yargıç, mesleğinin gerekleriyle hakkaniyet arasındaki tercihi kendi vicdanında yapmalıdır. Böyle bir beklenti, oyunun hukuk kuralları dahilinde oynanması gerektiğine dair normatif bir desideratum'a (Ockham'ın Jileti kullanımına) indirgenemez. Bu antinominin içerdiği ikilik, sosyal gerçeklik tarafından da doğrulanmaktadır. Zira hukuk, hepimizin istesek de istemesek de bireysel özelliklerimizin etkisinde de kalarak şekillenmesinde etkili olduğumuz verili anlamlar kümesidir. Bu durum LUKACS tarafından da belirtilen ikincil bir etkiye de sahiptir: İçerik değişiklikleri ve anlam kaymaları kendilerine karşı kör olsalar da davetsiz birer misafir gibi dahil oldukları sosyal davranışlarımızın ontolojik sürecini, uzun vadede başlangıçtaki yönelimlerinden saptırıcı bir etkiye sahiptirler. Bir bakımdan, hukukçuların profesyonellik anlayışı, birlikte oluşturdukları hukuk ideolojisi, hukuki işlemde bulunma kabiliyetleri sayesinde hukukun gereklerine uygun davranma eğilimleri hukukçular topluluğunu homojenize ederken, diğer yandan bireysel varoluşlarının hukukçu rollerini diğer sosyal rollerinden ayrılamaz kılışı nedeniyle ontolojik açıdan bireyin bütünsel varoluşunu, analitik amaçlara yönelen homojenlik içinde bir farklılaşma olarak ele alabiliriz. Bu çaba, daha önce LUKACS'ın ele aldığı *"bariz anlam belirsizliği"* ve *"aktüel anlam belirsizliği"*, arasındaki diyalektiğin binlerce yıllık uygarlık gelişimini(uygulamanın temel unsurları bazen hiperbolik olarak kabul edilse de) belirleme kudretine karşı girişilen bir mücadeleyi imler. Genelde belirli bir amaç belirleyip ona ulaşmaya çalışırken, evdeki hesabın çarşıya uymaması sonucu, sürece etki eden yeni faktörler zuhur eder- yargıcın başına gelen de budur- . Ya da yargıcın karakteri dilsel araçların belirsiz yapılarının da etkisiyle bütün hukuki işlemleri etkiler. Tam da bu noktada bütün insan tasarımı yapıların bir özünü-özüne odaklanma süreci içinde- homojenleştirme çabasıyla varoluşlarını kurguladıklarını iddia edebiliriz. Örneğin modernleşme projemizde, hukuk vb. hukuksal içerikli sosyal sorunların homojen bir alanda birbiriyle kesişmeden var olduklarına yönelik düşüncemiz, bir hukuki geçerlilik kriteri önermesidir. Ancak, bu önermeye ilişkin süreci, şimdiki zamanda varolan –hic et nunc- koşullar tarafından belirlenen insan yaşamının heterojen olmasından ayıramayız.

Gördüğümüz gibi, dil kendini belirleyemediğinden kendini içsel araçlarıyla tanımlama yetisine sahip değildir. Yasa koyucu yazmak (okuduktan sonra), yasa uygulayıcı ise okumak (sonra da yazmak) mükellefiyetindedir. Bin yıldan uzun süre önce İzlanda'da hukuk lagsaga [ya da lögsögumadur], tarafından bir kayanın üzerine çıkarak ilan ediliyordu. Bunun, o dönem için sadece pratik bir jest olmaktan öte nesnelleştirme, kamusallaştırma ve bağımsız bir eylem aracılığıyla olgusallaştırma gibi işlevleri de vardı. Bu nesnelleştirme çabası, modern formel hukukun karmaşıklığı nedeniyle, hukuk uygulamasında otorite olarak kabul edilen hukuki doktrinleri [Rechtsdogmatik], inceleyen bir mesleğin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Kanun teklifi olarak önüne geldiği parlamentoda oylanarak kültürümüze dahil olduktan sonra yargıçlar tarafından yorumlanan ve diğer insanlar tarafından hukuk olarak kabul edilerek birer alışkanlık konumuna gelen tüm bu kurallar, kendilerini ele alan her yargıç tarafından yorumlanırken, kavramsal araçlar aracılığıyla, hukuk kültürünün kurumsal yapısına uygun olarak anlamlandırılır. Bu nedenle amaçsal yorum da, yorumlayanın hukuk sistemi içerisindeki duruş noktasına bağımlıdır. Elbette, iletişim süreçlerinde meydana gelebilecek yenilikler ve anlayış farklılıkları metne dahil değildir ve dili konuşan kişi konuşurken dildeki anlam katmanlaşmasının karmaşasının ayırdında değildir. Yine de

(11) *Bu durum günümüzde etkiliğini kaybetmiş olan kollektip sorumluluk kurumun yeniden canlanmasına yol açabilir. Bkz. Dipnot 10.*

dilin kavramları, gündelik kullanımda sürekli olarak yeniden yapılanan katmanlı yapıları nedeniyle değişik katmanlarda ve boyutlardaki anlamlarının gündelik kullanımdaki anlamlarından farklılaşmasına neden olur. Bu da hukuk doktrinlerinin dışlanamayacak birer araç olduğunu kanıtlar.[12] İşte bu nedenden dolayı hukuk uygulamasının olduğu her yerde hukuk tekniği de vardır.

Elbette, hukukun doktrindeki incelemelerinin de kendine özgü tekniklere sahip olduğunu belirtmeye gerek yoktur. RUDOLF JHERING ve CARL VON SAVIGNY 19. yüzyılın ikinci yarısında bu tekniğin geleneksel olarak kullanılan kuramsal bir modele ihtiyaç duyduğunu iddia etmişlerdir. Hukukun doktrinler aracılığıyla incelenmesinin analitik özelliği ; mantığa dayalı işlemlere, kavramların sınıflandırılmasına, tümdengelim ve tümevarım yöntemlerine dayanmasından kaynaklanır. Hukuk tekniğinin sihirli dönüştürücü etkisi de, mantığa bürünme araçlarının birincil öneme sahip olduğu hukuki tartışma tekniği olmasından kaynaklanır. Buna göre, doktrindeki değişik tartışma formları (yargıcın kuralların olası anlamları arasında tereddüde düştüğü durumlarda) uygulanan hukuk tekniğinin unsurları olarak ortaya çıkabilir.

30 yıl kadar önce hukukun işlevi ile kanunlaştırmanın işlevi arasındaki ilişkiyi açıklamaya çalışan bir iddia[13] aracılığıyla fark ettim ki sosyalizmde, Medeni Kanunda yer alan haklar pratikte Ceza Kanununda yer verilen tehlike suçları tarafından sınırlandırılıyorlardı. Her ne kadar bu konudaki siyasi öfkem zamanla sakin bir melankoliye dönüştüyse de bu durumun, hukuk kültürünün yargılama sürecinin kanun maddelerine dayanmasından kaynaklandığını fark ettim. Burada da dille bağlantılı olarak dile getirdiğimiz LUKACSyen semptom ortaya çıkmaktadır. Belirtilmelidir ki, uygarlaştıkça , yargıcın yargılama sürecini irrasyonalleştirebilen öznelliğini devre dışı bırakmak amacıyla, hukuku kullanarak sağduyuyu daha fazla sınırlandırıyoruz. Aynı zamanda, hukuk sistemini soyut kurallara indirgeyerek hukuki değerin elini kolunu bağlıyoruz. RONALD DWORKIN, *"Is Law a System of Rules?"*[14] adlı makalesinde bu soruna değinerek Anglo–Amerikan hukuk düşüncesinin paradigmatik köşetaşlarından biri olmayı başarmıştır. Dworkin'e göre; yaratıcılık, yargıç rutin hayatın konformizminden dışarı adım attığında devreye girerek önündeki davanın üstesinden gelmenin zor ve hakkında kafa yormaya değer olduğunu hatırlatır. Bu, yargılama süreci hakkındaki sosyo-hukuki saptamaların doruk noktasıdır, hukuk uygulayıcısı bir hukuk ilkesini tanımlarken (Roma Hukuku'na dayanarak ya da yerel hukuka dayanan içtihatları gözönünde bulundurarak) daha karmaşık

(12) *MARX ve ENGELS'in de Alman İdeolojisi'nde belirttikleri gibi, Almanlar bir zamanlar sorunlarının tüm sorumluluğunu kuram eksikliğine bağladılar ve sonunda kendi teorik doktrinlerini geliştirmeyi başardılar. Benzer bir sorun Anglo–Amerikan kültüründe topun sadece yargıcın tasavvurlarına atılması şeklinde görülmektedir. Bu nedenle sorun kimin doktrin üretme yetkisine sahip olduğunda düğümlenmektedir. Kıta Avrupası Sistemi'nde doktrin akademide üretilirken, Anglo-sakson Hukuk Sistemi'nde yargıçların verdiği kararlar tarafından belirlenmektedir.Bkz, P. S. Atiyah Pragmatism and Theory in English Law (London: Stevens 1987) [The Hamlyn Lectures].*

(13) *Bkz., Csaba Varga, 'The Function of Law and Codification' in Anuario de Filosofia del Derecho 7 (Madrid: Instituto Nacional de Estudios Juridicos 1973–1974), pp. 493–501 & Acta Juridica Academiae Scientiarum Hungaricae 16 (1974) 1–2, s. 269–275.*

(14) *Ronald M. Dworkin 'Is Law a System of Rules?', The Philosophy of Law (Oxford: Oxford University Press, 1979), s. 38–65.*

olan kural kümelerini uygulamaktan kaçınabilir.[15] Elbette, hakları düzenleyen kuralların sosyalist uygulamadaki durumuna ilişkin nahoş anılara sahip olsak da (yaşlı rahiplerin örgütlenme hakkının ihlal edilmesi gibi) unutmamalıyız ki, Batı Avrupa'da da benzeri kült kurallara rastlanmıştır. Bir başka deyişle, kanun koyucu da yaşayan hukuk kültürü de baskın kültüre dayanan kurallar içermeden var olamazlar: Kamu yararı, kamu düzeni vb.,[16] kavramlar son yıllardaki yanlış liberalleşme ve bireysel anarşizm hareketleri sonucu güç kaybetseler de Batı'da idare hukukundan, medeni hukuk ve ceza hukukuna kadar hemen her alanda kullanılagelmektedirler.[17]

Bu tarz çözümleri sorunlu bulduğumuza göre, sosyal eylem alanında elverişli olabilecek çokyönlü tanımlara olanak tanıyan bir ontoloji oluşturmaya yeltenebiliriz. LUKÁCS'a göre her davranış aksi yönündeki davranış nedeniyle söz konusu olabildiğinden savunma mekanizması içermeyen hiç bir insan istenci var olamaz. Hatta hiçbir homojenleşme süreci, bir yeniden-hetronjenleştirme girişiminde bulunmadığı sürece makul kabul edilemez. Paradoksal olarak, modern formalist hukuk yargıcı mekanikleştirirken, etik niteliklerini de formalizmin çarkları arasında öğütmüştür. Bu nedenle hukukun, ilk adımını attığı andan itibaren formalist istikametten ödün vermek için de nedenleri ve olasılıkları her zaman mevcuttur .

Hukuk tekniği herkes tarafından her amaçla her doğrultuda kullanılabilen evrensel bir araçsa da belli bir hukuk kültüründe kullanılabilmesi için o kültür tarafından makul kabul edilmesi gerekir. Sonuçta, her hukuk kültürü uygulamadaki davranışlarımızın sınırlarını belirlememizi dayatır. Hukuk kültürü, sürekli güncellenerek işleyen sosyal konvansiyonlar ağıdır ve belli bir amaca yönelik olarak belli bir yöntem aracılığıyla değişik uygarlıkların izlerini taşıyan yetilere sahiptir. Öte yandan, Oxford'dan hukukun etik bakımdan incelenmesine içkin tüm alanlara yayılan kavramsal analiz yöntemi üzerinde yükselen analitik mantık kültürü, davranışlarımızı sadece önceden belirlenmiş varsayımlara uygunluğuna göre değerlendirdiğinden, düz mantıkla ele alındığında, bana, mesela fetusu ya da annemi öldürme *"hakkını"* dahi verebilmektedir. Yine de hâla ahlaki sorumluluklarımızı soyut kavramların mantığa dayalı sonuçlarına üstün tutmaya devam edebileceğimizi umuyorum. Zira, bu yazıda anılan kuramların pek çoğunun da kanıtladığı gibi, varoluşsal yeteneklerimiz ve vazgeçemeyeceğimiz insani özelliklerimiz sayesinde henüz robotlardan üstünüz ve ayrıntılı düşünebilme ve kendi düşüncelerimize uygun davaranabilme yeteneğimizi mekanize etmemiz beklenemez. Tüm bu nedenlerle, insan kültürünün düzgünce yontulmuş yeni araçlar üretebileceğini öngörebiliriz.

Zira, paradoksal olarak tehlike suçlarını icad etmiş olmasına rağmen hukuk

(15) *Bu bakımdan belirsizlik çoğunlukla hukuk uygulayıcısının kendisinden kaynaklanmaktadır; çünkü hukuk düzeninin formu mükemmeldir.Problemlerin nedeni henüz kuramla uygulamayı örtüştürememizdir.*

(16) *Bkz., Vera Bolgár 'The Public Interest: A Jurisprudential and Comparative Overview of the Symposium on Fundamental Concepts of Public Law' Journal of Public Law [Emory University Law School] 12 (1963) 1, s.. 13-52.*

(17) *Bkz., Csaba Varga, 'Rule of Law – At the Crossroads of Challenges' Iustum, Aequum, Salutare [Budapest] I (2005) 1–2, s. 73–88.*

kültürü, temel hakları sıkı sekilde koruyan katı kurallar da benimsemiştir. Hemen her alanda totaliter bir anlayışla siyasi çıkarları bireylerin üstünde tutan Sosyalist Hukuk Sistemi'nin kuralları bile, hukuka aykırı eylemleri korumamıştır. Farklı toplumlar ve farklı devirler incelendiği taktirde hukuk kültürü ile kullanılan hukuk teknikleri arasında bir paralellik olduğu gözlenebilir. Tam da bu noktada, kullanılan hukuk tekniğini, işlevlerinin önceden sınanmış olmasının ve geleneklerin belirlediği iddia edilebilir.

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin, sosyalist dönemdeki suçlara ilişkin tazminat talepleri hakkında verdiği kararlara ilişkin örneğimizde verilen kararın aksi yönde karar alınmasını gerektireceğinden gerçekte her hangi bir anayasa hükmüne dayanılmamıştır[18] . Açıkça görülüyor ki, resmi gerekçelerin *"meşruiyet"* iddiaları çoğunlukla saf formalizme dayanmaktadır. Böylelikle yargıçlar fiilen, içeriğini sadece kendi hayal güçlerinin belirlediği bir *"derin anayasa"* oluşturmaktadırlar. Bu, çifte standartlı davranmaktır. Bu tür davranışlar nedeniyle, yarım ağızla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kabul edildiğinde bu kabulün kağıt üstünde kalacağını bilen halk, yasak savmak için yapılan düzenlemelerin uygulamada birşey değiştirmeyecceğini mırıldanmaktan başka tepki vermedi.[19] Yine de bazen salt positivist bakış açısıyla yapılan düzenlemelerin de hak ve özgürlükleri geliştirdiği olabiliyor. Ayrıca, bütün olup biten; hukuk politikalarının, hukukun içeriğinin yanı sıra, kullanılan hukuk tekniklerivle de değiştirebileceğini göstermektedir. Çünkü ister bilinçli olarak amaçlamış olsun ister olmasın, Anayasa Mahkemesi kendisi açısından en güvenli yolu seçerek hükmünün gerekçesini hazırlarken kendi içtihadını kendi oluşturmuştur. Bilindiği üzere *"derin anayasa"*, anayasanın lafzının ardına sığınan baskı odaklarının Anayasa Mahkemesi Kararlarında somutlaşan dogmalarından oluşur.[20] Bu tarz kararlar öylesine büyük bir etkiye sahiptir ki istisna olmaktan çıkıp kaideye dönüşemeseler bile, sonraki anayasa yorumlarını etkileyerek hukuk düzeninin değişmesine bile neden olabilirler.

*

Klasik positivist anlayışın, sosyal konvansiyon tarafından hukukun sınırlarının net olarak belirlenmiş olduğu iddiası, aynı zamanda uygun bir hukuk kültürünün ve mesleki deontolojinin de katkısıyla hukuk mantığının, tümdengelim metodunun işlemesini sağlayacağı yönünde bir beklenti de içerir; ancak KELSEN'in de bir keresinde belirttiği gibi bu aldatıcı dış görünüşten hareket edersek, hukuk, önceden belirlenmiş bir anlama sahip olarak yargı organın önüne uygulayabileceği bir şekilde gelmedikçe hüküm doğuramaz. Kelsen, görüşlerinin bir kısmının iç çelişkileri nedeniyle tıkandığı ömrünün ikinci yarısında hukuk kavramlarının (cinayet, hukuka uygunluk, anayasaya uygunluk, anayasaya aykırılık vb.) kendiliklerinden var olamayacaklarını belirtmiştir. Hukuk alanında prosedürel pozisyonlardan başka birşeyin varlığı söz konusu değildir. Ve bunlardan birinin etkisiyle yargıcın, birinin bir katil ya da bir kadın olduğuna karar vermesi halinde, kişinin gerçekte ne yaptığı ya da cinsiyetinin ne olduğu ile hukuk açısından ne yaptığı ya da cinsiyetinin ne olduğu birbirinden farklı sorunlardır. Hukuk açısından geçerli olan, hukuk düzenine aykırı olmadığı taktirde, yetkili organın usulüne uygun olarak vermiş olduğu karardır. Öte yandan hukukun epistemolojik görüntüsü, anlam değiş tokuşu ve uygun tutumu nedeniyle toplumun ontolojisini etkilese de, toplum hukuka rağmen farklı yönlerde gelişip değişmeye devam ederek, hukuku, hukukun beklentisinden farklı şekilde algılayabilir.

Özetle, Geleneksel Hukuki Pozitivizm, Tabii Hukuk Okulu'na karşıt olarak, somut bir kanun koyucunun hukukun kaynağı olmasını, geçerlilik kriteri olarak kabul etmektedir. Ben kendi görüşümü bu iki yaklaşımın arasında konumlandırıyorum. Zira, her ne kadar hukuk belirli bir kanun koyucu tarafından belirlenen kesin referans kaynakları içerse de, toplumun tüm fertleri, kendilerini temsil eden hukuk uygulayıcıları (yargıçlar, jüri üyeleri vb.) aracılığıyla hukukun şekillenmesinde rol oynamaktadır. Şunu da eklemeliyim ki bu görüşümü Macaristan'da, sosyalist dönemde dile getirmiş olmam oldukça ironik. Çünkü bu görüş, hukukun bütün muhatapları, anlamlandırma süreçlerine katkıda bulunarak hukuku belirlediği ve sürekli yeni konvansiyonlar oluşturduğu için, despotizmin de sınırları olduğunu ortaya koyuyordu.

Zira, değişerek gelişen anlamlar üzerine bina ettiğimiz kültürümüz, kendini sadece yetkililer tarafından belirlenen normlardan türetebilir. Bu şekilde toplumun konvansiyonlaşması referans alınarak ve içerilerek ontik süreç cisimleşir ve sosyolojik olarak tanımlanabilir bir olguya dönüşür. Bu saptamayla ilgili ortaya çıkacak ilk soru, KELSEN'in yeniden yorımlanmasının ötesinde bir değere sahip olup olmadığıdır.Her ne kadar muhtemelen KELSEN'in Saf

(18) *Macaristan Cumhuriyeti Anayasasında „demokratik hukuk devleti" olarak tanımlanmışsa da (madde 2/1), bu tanımın doğruluğu kanunlaştırılmış olmasına değil kültürel yapıya bağlıdır., Terimin değişik anlamları için bkz. Richard H. Fallon, Jr. '»The Rule of Law« as a Concept in Constitutional Discourse' Columbia Law Review 97 (January 1997) 1, s. 1–56.*

(19) *Anayasa Mahkemesinin geçmişteki aktif tutumunun başlangıçta koşulların gereği olduğu kabul edilebilir; ancak koşullar değiştikten sonra bu tutumunu değiştirmeliydi. Zira anayasa değişmediğinden mahkemenin yetkisi de genişletilmemişti. Üstelik Anayasa Mahkemesi kararlarına karşı başvurulabilecek bir kurum da bulunmadığından anayasa karşısındaki konumunu anayasa koyucunun yerine geçerek değiştirmemek için kendisi çaba harcamalıydı. Anayasanın lafzını dayanak almayan hiç bir aktivist tutumun benimsenmesi kuramsal olarak anayasa koyucunun yerine geçmek anlamına geleceğinden mümkün değildir. Zira anayasaya aykırılık, sadece anayasaya uygunluk denetimiyle belirlenebilir.. Lord ACTON yüzlerce yıllık insanlık deneyimi şöyle özetlemiştir:"iktidar her zaman yozlaşma eğilimindedir ve sınırsız iktidar sınır tanımaksızın yozlaşır. ". Bu söz hukukun formalist olarak yaptığı sınırlandırmanın, otomatik sonuçlar doğurmadığı anlamındadır. Zira ACTON'a gore: "Tarihe karşı sorumlu davranmak hukuka karşı sorumlu davranmayı gerektirir. iktidar her zaman yozlaşma eğilimindedir ve sınırsız iktidar sınır tanımaksızın yozlaşır. ". Büyük adamlar hemen her zaman kötü adamlardır da... Zira hükmetmek yerine yönlendirmeyi tercih etmek bile iktidarın yozlaştırıcı etkisini tümüyle ortadan kaldıramaz."*
Bkz. Lord Acton'un Piskopos Mandell Creighton'a 5 Nisan, 1887'de yazdığı mektup, Lord Acton, Selected Writings'den akataran Essays in the Study and Writing History, ed. J. Rufus Fears (Indianapolis: Liberty Classics 1986), s. 383.

(20) *Anayasa Mahkemesi başkanının 31 Ekim 1990 tarihli 23 sayılı kararına ilişkin fikri şöyledir: " Hareket noktamız anayasanın bütünlüğüdür. Anayasa Mahkemesi , anayasanın temel ilkelerini ve yer verdiği hakları yorumlarıyla tanımlamaya devam ederken kararları aracılığıyla tutarlı bir sistem oluşturmalıdır" Burada açıkça, politik çıkarlar tarafından belirlenmesi mümkün olan bir derin anayasa oluşturmaktan bahsediliyor. Bkz. László Sólyom 'Introduction to the Decisions of the Constitutional Court of the Republic of Hungary' in Constitutional Judiciary in a New Democracy The Hungarian Constitutional Court, ed. László Sólyom & Georg Brunner (Ann Arbor: The University of Michigan Press 2000), s. 41; András Sajó 'Reading the Invisible Constitution: Judicial Review in Hungary' Oxford Legal Studies 15 (1995) 2, s. 253–267; K. Füzér 'The Invisible Constitution: The Construction of Constitutional Reality in Hungary' International Journal of Sociology 26 (1997) 4, s. 48–65.*

Hukuk Teorisine ilişkin sonraki çalışmaları, tam ters yönde bir amacı olsa da,[21] hukukta belirsizlik problemine de dikkatimizi çekmiştir. Çünkü bir bakıma, geliştirdiği piramit şeklindeki normlar hiyerarşisi [Stufenbau] modeliyle oldukça katı bir şekilde tanımlayarak hukukun yapısını ve hukuk işlemlerini, aksi yöndeki içsel olmayan her türlü olasılığı dışlayan bir sabitlikle birbirleriyle ilişkilendirerek mantıksal temellere dayandırmaya çalışmıştır.[22] Ancak diğer bir bakımdan hukukun hükmünü, bir kriterler kümesi düzeyine yükselttiği 1946 Amerika basımında[23] yeniden ele alarak formüle ettiği çalışmasında bu ilişkinin öğelerini birbirlerine tabi kılmıştır. Bu nedenle, hukukun sağduyu aracılığıyla spontane olarak oluşturulduğu ve uygulandığı alanda hemen her türlü sonuç ortaya çıkabilir. Daha da önemlisi, uygulamada alınan kararlar —normlar hiyerarşisinde üstteki kademenin alttakine göre yeniden tanımlanabilmesi sonucunu doğuran—res iudicata (aynı konuda daha önce alınan mahkeme kararının bağlayıcı olması) nedeniyle hukuka uygun sayıldığından, dışsal etkenlerden etkilenmiş olsalar da hukuken sonuç doğurabilmektedirler. Son tahlilde, KELSEN'in tüm çabası, büyük bir azimle hukukun somut bir çerçevede mantıksallaştırılarak, yeniden biçimlendirmeye çalışanların elinde dağıtılmasını sağlamaktan ibarettir.

Yukarıda söylenenler ışığında, genellikle hukukun kendi kendini belirlediği iddia edilir. Ancak, daha ayrıntılı bir inceleme, hukukun sürekli olarak belirlenmeye devam ettiğini ortaya koyarak bu iddiayı boşa çıkarabilir. Zira bu süreç, iletişimde bulunan herkesin birbirlerinin anlamlandırma sürecini etkilemesi aracılığıyla oluşan hukuku uygulayanların (hakim, savcı, avukat vb.) öznel anlayışlarının, kavramların kendilerinden hareketle normatif bir etkene dayalı olarak kavramların anlamlarını sürekli olarak yeniden türetmelerine içkindir. Son tahlilde, hukukun bu şekilde anlaşılması sosyal-kurumsal- bir praxis kuramıdır. KELSEN'in hukukun yapısını ve işleyişini açıklama çabasının amacı olan belirliliği belirleyen, sadece insanlardır.

Hareket noktamı, Kelsen'in kariyerinin sonunda hukuk düşüncesini inşa etmek üzere hukukun hükmüne ve etkililiğine (hukuk kurallarının toplum tarafından uyularak olguya dönüşmesi) ilişkin geliştirdiği ve toplumsal referanslı nihai sonuçlardan hareketle belirlediği tanımlayıcı ilkeler oluşturmaktadır. Bu nedenle, yeniden ele almaya çalıştığım KELSEN'in hukuk-uygulaması kuramında,[24] sadece bu hususu kabul edilebilir buluyorum.

Hukuk, neyin hukun içinde sayılacağını belirleyen ve analitik bir bakış açısıyla hukukun özerkliğini gözler önüne seren bir süreçtir. Bu sistemin temelleri, sınırları ve içeriğini, son emprik donné'den (Gény'nin « verili olan » formülü) hareketle yeniden inşa edilen uygulamadaki olgular belirler. Mantığa dayalı normatif çözümlemelerin hukuk açısından elverişli olmama nedeni de ; güvenilirliği ve devamlılığı sağlayan « uygulama » olduğu için, gerçek çözümlere gündelik hayatta gerçekleşen yeniden inşa süreçleri sonucunda ulaşmamızdır. Çünkü, zamana ve mekana bağlı olarak olarak gelişen birbirini izleyen faaliyetler silsilesi olan yargılama, hukukun uygulanması sırasında, sonradan gerçekleşen yeniden inşa faaliyetlerini öncekilerle uyumlu hale getirir.[25]

Hukukun kendini tanımlayıp tanımlamadığını, tanımlıyorsa bunun iç unsurlarını da dış unsurlarını da kapsayıp kapsamadığını birbiriyle kesişen üç ana başlık altında inceleyebiliriz.[26] Toplumsal faaliyetler ağı içinde hukuku olgusal olarak şekillendiren sürekli bir hareket söz konusudur. Bu hareketin birbiriyle mücadele halinde olan bileşenleri; (1) toplumdaki hukuka ilişkin tutumlar (2)yargı kararları (3) ve pozitif hukuktur (Rechtsdogmatik doktrini tarafından desteklenen). Bu mücadelede; (1) toplumsal eylem (2) hukuki eylem, ve (3) hukuk, öznelerinin eylemleri bu unsurlardan hangisinin diğerlerine baskın geleceğini belirler. Son tahlilde, hangisinin baskın olacağı belirli bir zamanda belirli bir toplumda hakim olan hukuk doktrininin ne olduğuna bağlıdır. Bu, birbirinin üzerine basarak tahakküm kurma sürecidir. Bu bağlamda hukukun kendini belirlemesi ve verili bir durumda belirlenirken kendi kaderini tayin etmesinden, nitelikleri hukuk tarafından hukuk dairesinde belirlenen verili bir statüye ancak bu süreçten geçerek ulaşabilmesi anlaşılmalıdır.

Sonuç olarak bu saptamadan hareketle her hangi bir entegrasyonun (Avrupa Birliğinde ya da başka bir uzamda) kültürler tarafından değil, kurallar ve araçlar tarafından sağlanabileceği iddia edilebilir. Bu, hukuk politikasının bir temennisi olmaktan öte, olup bitenin değer yargılarından bağımsız olarak yapılan saptamasıdır. Hukukun anlamının sadece uygulama aracılığıyla belirleyebileceğini düşünmek, yeterli olmadığı gibi, hukuk kültürü de temennileri açıklamak yoluyla değiştirilemez; çünkü hukuk kültürü de kendini, başarılı olarak konvansiyonelleştirilmiş anlamların uygulamada sürekli olarak yeniden üretimi yoluyla belirleyebilmektedir. Sonuç olarak, insan müdahalesiyle (tasarımsal araçlar üreterek politika aracılığıyla) bütünleştirebileceklerimiz, sembolik tasarımlarımızı nesnelleştirme şekillerimizden, örneğin, metinler ve bu metinlerin mantıksal sonuçlarından ibarettir.

(21) *Çünkü — István Losonczy'nin de bir keresinde belirttiği gibi—, "hukuk formları doktrini"ni [A funkcionális fogalomalkotás lehetŒsége a jogtudományban [Yargılamada işlevsel kavram oluşumunun elverişliliği] bu dogmalar üzerine inşaa etmiştir" [A mulasztás I: A mulasztási bıncselekmények okozatossága [Taksir, Ben: Taksirli suçların nedenselliği) (Pécs: Dunántúl Pécsi Egyetemi Könyvkiadó és Nyomda R.-T. 1937), p. 70], (Budapest: Királyi Magyar Egyetemi Nyomda 1941), s. 90], ve „ardışıklık oluşturma" kavramını „hukukun kesinliğine içkin işlevlerin ardışıklığı" anlamında kullanmıştır. [ibid., pp. 25 & 81, hukuk burada bilimler tarfından atfedilen anlamıyla kullanılmıştır], Hukukun kendini oluşturan kuralların sonucu olduğu göz ardı edilmiştir. [A mulasztás, s. 73].*

(22) *Hans Kelsen Reine Rechtslehre (Wien: Deuticke 1934).*

(23) *Hans Kelsen General Theory of Law and State (Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1946).*

(24) *Csaba Varga, 'Kelsen's Theory of Law-application: Evolution, Ambiguities, Open Questions' Acta Juridica Hungarica 36 (1994) 1–2, s. 3–27.*

(25) *Bu, hukuk kültürünün niteliklerine içkin olan bir süreçtir.*

(26) *Bkz.dipnot 3; ayrıca Csaba Varga, Lectures on the Paradigms of Legal Thinking (Budapest: Akadémiai Kiadó 1999) 279 pp. [Philosophiae Iuris], para 6.1 , s.203 .*

Adalet ve Hukuk(*)

Giorgio Del Vecchio

Çeviren: Ş. T.

Adalet hakkında, her insanın kendi ruhunda kökleşmiş olduğunu gördüğü o karanlık his ve mübhem fikir üzerinde, adaletin özünü tayin ve tesbit gayesile felsefî bir düşünceye dalındığı zaman dikkatimiz, işte hassaten o özü tebarüz ettirir gibi görünen bir takım genel karakterler üzerinde tevakkuf eder ki bunlar da: müsavat, ahenk, tenasüb, ve nizamdır. Fakat daha derin ve tam bir tahlilde, bu karakterlerin, adaleti, ona hâs olan vasıflar itibariyle, tayin ve tesbite gayrikâfi oldukları görülür.

Hukuk felsefesinin ilk rehberleri addedilebilecek olan Pitagorlular veya italikler için adaletin bilhassa bir müsavilikten ibaret olduğu malûmdur. Onlar için adetâ bir keşif kıymetini almış olan bu telâkki, filhakika, artık kaybedilmiyen bir iktisab oldu, ve ayni zamanda, müteakib spekülâsyonlar için de bir hareket noktası oldu. Filhakika müsavat, tanınması kabil olan bütün hakikat nevilerine tatbik edilen bir nisbettir; fikrin mantıki bir âletidir, bir kategoridir.

Daha etraflı bir görüşle Platon, adaleti, bir kül teşkil eden, muhtelif kısımlar arasında bir ahenk olarak telâkki etti; ve bu telâkkiden de, insan ruhunun ve ayni zamanda cemiyet ve Devletin tetkiki için çok mühim neticeler çıkardı. Fakat bu mefhum da, pek bariz olarak, o kadar geniştir ki, adaleti, etik manasında hayat kaidesi olarak etraflıca tarife yaramadığı gibi, tatbiki mümkün hayat kaideleri nevilerinden biri olarak tarife de hiç yaramaz. Fakat bu, gerek ahenk mefhumunun, gerekse müsavat mefhumunun, adaletin hakikî tarifi için kıymetli unsur olmalarına mani teşkil etmez.

Aristotelis, Pitagorlularla veya — kendisinin tesmiye ettiği gibi — İtalyalılarla, oldukça sert bir tarzda münakaşa etmekle beraber, yine onlar tarafından ileri sürülmüş olan tariften hareket ediyor ve bunu mükemmelleştirmeyi deniyor; ve, adedi nisbet ile hendesî nisbet tiplerine göre muhtelif müsavat nevileri arıyor. Hakikatte, Aristotelisin büyük eserinde adalet hakkındaki mülâhazalar müteaddittirler ve muhtelif tefrikler içinde (kî bunlar bilâhara Skolastiklerin sayısı daha fazla olan tefriklerinin hayli işine yaramıştır) o derecede girifttirler ki, ayni mevzu üzerinde hiç bir doktrin, bugün dahi, Stagira'lının düşünmüş olduğu unsurlardan sarfı nazar edemez. Bu kısım hakkında Aristotelisin fikrinin tâm ve doğru bir surette tayin ve tesbiti keyfiyetinin henüz çok ağır güçlükler arzetmesi dolayısiyle, bu cihet bilhassa şayanı dikkattir; ve bu güçlüklere karşı en iyi sarih ve tefsirciler gayretlerini beyhude sarfetmişlerdir. Şu mülâhaza da sarfedilebilir ki,

(*) Bu makale, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl III, sayı 12, 1997, s. 432-441'den aynen alınmıştır.

bu mevzu üzerinde en parlak hakikatler Aristotelis tarafından adetâ tesadüfi olarak, ihtimal bizzat kendisi bile onların esaslı ehemmiyetlerini tamamiyle takdir etmeksizin, ortaya konulmuşlardır. Onun muhtelif tenasüplere veya müsaviliklere taallûk eden doktrininin en işlenmiş kısmı (ki adaletin tevziî, tashihî ve tebdili, ilh.. olarak ayırd edilmesi buradan neşet etmektedir) hakikatte en az esaslı olan ve istenilen tarife varılması için en az münasip olan kısımdır.

Daha bu denemeler arasında beliren ve eski ve modern müellifler arasında hususî bir tefekkür ve mütalâaya mevzu teşkil etmiş olan diğer fikrî bir unsur da nizam mefhumudur. Tabiî bu mefhum, müsavat, ahenk ve tenasüb mefhumlarında esasen mütezammındır; fakat adaletin nizamdan başka bir şey olmadığı, ve diğer her hangi bir unsurun buna nisbetle talî ve müteferrî olduğu da açıkça iddia edilmiştir. Maamafih burada da, bu tezin yanlış olmamakla beraber gayri kâfi olduğunu müşahede etmek mecburiyetindeyiz; çünkü nizam mefhumu, biolojik ve etik sahalardan başka fizik sahada da her türlü münasebetlere tatbik edilir; fakat başka başka manalar alır ki, adaletin tâm veya hâs manasında hakikî bir tarifine varılmak istenildikte bunları ayırd etmek icab eder.

Bu sahada da lisan, mütemadi vuzuhsuzlukları dolayısiyle, bize emin bir rehber olamaz. Bir riyaziye ameliyesi, muayyen bir fonksionu olan bir âlet, sevkucceyşî bir plân, veya her hangi bir maksadı güden bir program, avam dilinde, doğru olabilir; bir taksim ve tevzi ameliyesi kadar bir istidlal veya bir karar, ilh.., doğru olabilirler. Bir vasıta ile bir gaye arasında her hangi bir münasebet ve tevafuk, dikkatle gözden geçirilen her hangi bir tenasüb veya ölçü, doğru addedilir; bu noktada İtalyancanın (her ikisi de ayni sıfata, yani «doğru» sıfatına bağlı olan) «doğruluk» ve «adalet» mefhumları arasındaki farkı daha az kusurlu bir surette ifade etmesi dolayısiyle kıymeti tebarüz eder[1]. Bununla beraber, adalet fikrinin, insanların fiillerinin muayyen bir kaidesi olarak, ayni zamanda çok daha kati ve vazih bir mâna ifade ettiği de şüphesizdir; işte tarifi lâzım gelen mâna da budur.

Bu tarife varmak veya hiç olmazsa çok yaklaşmak için, o ilk umumî vasıflara, (tekrar ediyoruz, sahte ve yanlış değil, fakat gayri kâfi vasıflara) intersübjektiflik vasfını ilâve etmek icab eder. Adalet, filhakika, müsavilik, ahenk, nizam ve tenasübdür; fakat bu yalnız umumî mânâda değil (ki bu mânada bu mefhum karşımıza alelumum mükemmeliyetin müteradifi olarak çıkar) bilâkis hususî mânada, müşterek hayatın, ferd ile ferd arasındaki münasebetlerin muayyen kaidesi olarak.

Bu temel fikrin çok sağlam ve mükemmel bir surette formüle edilmesine hukukun Dante tarafından yapılan meşhur tarifinde tesadüf edilir: «Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata societatem servat, et corrupta corrumpit» (Mon., L. II, C. V, 3); bu tarif cidden çok aydınlık ve parlak bir nokta teşkil eder; mamafih, şimdi göreceğimiz gibi, bunların mukaddem doktrinlerden geldiğini anla-

(1) «Adalet» kelimesinin İtalyancadaki mukabili, « Giustizia» dır. «Giu-tezza» kelimesi ise Türkçedeki «doğruluk» sözünün karşılığıdır. Bu kelimelerin her ikisi de, «doğru» manasına gelen «giusto» sıfatına bağlanırlar. Ayni fark Fransızcada da mevcuttur, fakat birçok dillerde yoktur.

mak güç değildir; bu cihet bazılarının dikkatinden kaçmış girünmektedir (meselâ büyük bilgin Witte, «Monarchia» kitabının kendisi tarafından yapılmış olan değerli tabında — Vindobonae, 1874, sah. 51 — açıkça söylüyor: «Haec juris definitio, ünde sumta sit, nescio»).

Esasen, tabiî diyalektik bir inkişaf ve tekâmül neticesile o ilk umumî tariften, âdeta zarurî olarak, bu daha mükemmel tarife geçilmek icab ediyordu. Filhakika, müsavat veya muadelet, karşılıklı hadler arasında bir mukayese ve bir tevafuk gösterir; ve bu cihet daha Pitagorun ilk doktrininden de tebarüz eder. Ve sonra Aristotelis de açıkça, adaletin yalnız basit bir fazilet olmadığını, fakat başka bir şeyle münasebettar bir fazilet olduğunu söyler (Eth. Nik. , V, 33,1129 b, 25 ve müteakib s.). Bu münasebet, daha iyi bir surette, Tomas d'Aquin tarafından izah ediimiştir: «Justitia.....importat aequalitatem quamdam.....; aequalitas autem ad alterum est... Rectum vero quod est in öpere justitiae, etiam praeter comparationem ad agentem, constituitur per comparationem ad alium» (Summa Theologiae, 2a, 2 ae, Quaest- 5 7. art 1). «Justitia ergo proprie dicta requirit diversitatem suppositorum; et ideo non est nisi unius hominis ad alium» (İb., Quaest 58, art. 2). «Per exteriores actiones et per exteriores res, quibus sibi invicem homines communicare possunt, attenditur ordinatio unius heminis ad alterum. Et ideo cum justitia ordinetur ad alterum, non est circa totam materiam virtutis mo-ralis, sed solum circa exteriores actiones et res secundum quamdam rationem objecti specialem, prout scilicet secundum eas unus homo alteri coordinatur» (Ib., Quaest. 58, art. 8).

Böylece, her müsavat veya tenasübün, müteaddit hadler arasında bir mukayeseyi istilzam ettiği hakkındaki bu birinci mülâhazadan, adaletin aralarında böyle bir münasebet tesis ettiği hadlerin insanlardan yani süje veya şahıslardan müteşekkil olmaları icab ettiği mülâhazasına, yani çok ehemmiyetli olan bir mefhuma geçilmiş oluyor. Esasen ayni neticeye, diğer bir yoldan, hukukun en iyi ustaları yani Roma hukukçuları varmışlardı: Bunlar, hukukî münasebetin, hasseten şahıslar arasında bir bağ olduğunu öğretmişlerdi

Felsefî bakımdan, bu tezin tam ve derin mânâsı, ancak gnoseologik tenkit ve tahlilin teessüsü ile anlaşılabilirdir: bu tahlil usulü, süje olarak, ruhun bizzat bünyesinde, şuurun esas vaziyet ve hareketlerinin kökünü araştırmak lüzumunu ortaya koymuştur- Bu vaziyetlerden bir tanesi tamamiyle şundan ibarettir: her süje kendini diğer bir süjenin mukabili görmeli ve düşünmelidir, yani diğerinin sübjektifliğini tanıyarak, kabul ederek, ve kendini bununla objektif bir müsavat vaziyeti içine koyarak, kendi vaziyetini ona göre tanzim etmeli, ona uymalıdır.

Müteaddit süjelerin ameline müteallik her hangi bir tahdit kriteryumu (o şekilde ki, bu şahıslardan biri diğerine karşı bir vecibe ile bağlanmış olsun ve bunlardan birinin vecibesine diğerinin, o vecibenin ifasını istemek salâhiyeti tekabül etsin), süjeler arasındaki karşılıklı vecibelerin veya iddiaların muhtevası ne olursa olsun, geniş mânada hukukîlik veya adalet şeklini haizdir.

Filhakika, böyle bir intersübjektif münasebetin her hangi bir determinasyonu, şahsın katî ve mutlak karakterini gayri kâfi ve natamam bir surette aksettirse bile, onun bu mantıkî nev'e aidiyeti red ve inkâr edilemez. Binaenaleyh bu mânada adalet hukukun müteradifidir; ve böylece, meselâ, medenî bir adaletten, cezaî bir adaletten, ilh.., bahsedilir.

Fakat fikir burada tevakkuf edemez. Tamamiyle şeklî olan o ilk determinasyondan başka, diğer biri vardır ki bunun unsurları, biraz evvel işaret ettiğimiz noktada esasen mütezammındırlar. Muayyen hukukî bir determinasyonun, bizzat bizim tabiatimizde tamamiyle meknuz bulunan o ideal prensibe tekabül edip etmediği meselesi felsefî bakımdan meşru ve ruhî bakımdan da zarurîdir: bu ideal prensip de, empirik ve muhtemel şahsiyeti aşan ruhun üniverselliğidir. Tabiatımızda mevcud olan o muayyen «ulûhiyet» (est deus in nobis) — ki bununla biz, hâdiseler âlemine empirik bir surette bağlı olmakla beraber başka bir âleme de mensup olduğumuzu hissederiz, ve bu da bizim, mevcudiyetimizi ve fisikî tecrübemizi mühim bir derecede aşan ve hiç olmazsa itibarî olarak malik olduğumuz fikirler dolayısile vaki olur - her süjeye mutlak bir kıymet verir; ve bu kıymet bir tanımayı istilzam eder, ve filen cebir ve şiddete maruz kaldığı yerde de kriterium olarak mevcud ve merî kalır, işte bundan da, böyle bir kriteryulma, tecrübede müsbet bir şekilde formüle edilmiş görünen hukukî normlar arasında bir mukayese imkânı, hattâ lüzumu doğuyor.

O zaman adalet, müsbet hukukun müteradifi olarak değil, fakat onun bir numunesi, ideal bir modeli olarak, kısmen veya kusurlu bir surette tatbik edildiği halde bile kendi muhitinde daima muteber olarak, tecelli eder; tıpkı fazilet idealinin ve vazife imperatifinin («kendine yapılmasını istemediğin şeyi başkalarına yapma», ilh.) pek çok defalar maddeten ve filen cebir ve şiddete maruz kalmış oldukları halde de daima merî ve muteber olmaları gibi.

Kelimelerin intıhabı meselesi burada da tamamile talî bir ehemmiyeti haizdir. Hukukîliğin şeklî mahiyeti, müsbet hukuki determinasyonlarla mahs ideal determinasyonların müşterek bir vasfı olduğundan biz, tabiî hukukla müsbet hukuk arasındaki (veyahut - ki ayni şeydir - ideal adaletle müsbet adalet arasındaki) klâsik farkın red değil bilâkis muhafaza edilmesi lâzım geldiğini zannediyoruz. Ve, birçoklarının tercih ettikleri gibi, «tabiî hukuk» formülü yerine «rasyonel hukuk» formülünü kullandığımız halde de mesele değişmiş olmaz; çünkü akıl, mantık hassaten bizim tabiatimizin özünü esasını teşkil eder ve herhalde, ondan nebean eden hukukun principium cognoscendi'sidir. (Evvelce Kristian Thomasius: «Jus naturae cognoscitur ex ratiocinatione animi tranquilli» diye yazıyordu ve daha evvel de onun hocası Leibnitz şu müşahededede bulunmuştu: «Jus naturae est quod ex sola ratione naturali sciri potest».)

Tercih edilen formüller ne olursa olsun, mühim olan nokta, hukuka teallûk eden cihet hususunda da kıymetlerin silsilei meratibini ve şeniyetin muhtelif derecelerini ihmal ve inkâr etmemek, ve ayni derecede hatalı ve zararlı olan iki nevi dogmatizmin önüne geçmektir. Bu dogmatizmlerden birincisi, empirik şeniyeti biricik şeniyet olarak ve bilhassa müsbet hukuku da yegâne hukuk olarak telâkki etmektir; halbuki, basit bir tahlil, intersübjektif münasebetlerin (tabiî daima, ayni determinasyon sebebile bir vecibeye bir iddianın tekabül etmesi şartile) herhangi bir determinas-

yona - sadece düşünülmüş ve filiyata konulmamış bile olsa - tatbik edildiğini kat'î bir surette gösterir. Hukukî pozitivismi aşmak onun fevkine çıkmak için bunun kâfi olduğunu zannediyoruz. Fakat felsefî tahlil daha ileriye gider ve müsbet olan veya olmıyan, hakikaten ve mantıken imkân dahilinde bulunan müteaddid hukukî determinasyonların üstünde, mahs adalet idealinden müteşekkil olan en yüksek kıymetten başlıyarak bir kıymetler silsilesi mevcud olduğunu gösterir.

Diğer dogmatizm de, gayriilmî bir fikri-batılla, her hukukî hâdisede - ki hâdise olduğu için nisbîlik vasfını haizdir - evvel emirde mutlak adaleti görmektir- Tarihî vakanın böylece keyfî bir surette idealleştirilmesi veya ona pereşteş edilmesi bizzat biraz evvel işaret eylediğimiz felsefî tahlil tarafından katiyetle tekzib edilmektedir; ve bu, bazı hallerde asil bir hata olmakla beraber herhalde daima bir hatadır. Biz, skolastik tahsili hatırlıyarak («Lex injusta non est lex») şöyle söyleyen Dante'nin önünde eğiliriz: «Necesse est, finem cujusque juris bonum commune esse, bonum commune non intendens» (Mon., zikredilen nokta); çünkü bu formül, müteakip kısımdan da anlaşıldığı veçhile, bütün kanunları, sanki müşterek iyiliği istihdaf ediyorlarmış gibi tefsir etmek gibi iyi bir gayeyi güdmektedir. Fakat, kanunların asıl gayesinin, «ad utulitatem reipublicae» hizmet etmek gayesinin, vaziikanunu mülhem kılması lâzım gelen nokta olarak sarih tarafından gözönünde tutulması icap etliği doğru ise, bütün kanunların her zaman ve her yerde hakikaten bu gayeyi istihdaf etmiş oldukları iddia edilemez. Bu dogmatik tez, bugün ihtimal kimsenin müdafaaya cesaret edemiyeceği diğer muarız tez kadar yanlış olur: bu muarız tez de, her hâl ve vak'ada, vaziikanunun, umumun menfaati yerine kendi hususî menfaatini veyahut da kendi içtimaî sınıfının menfaatini gözettiği tezidir. Sonra, fazla olarak, niyet doğru olduğu halde de fiilin daima ona tekabül etmediği mülâhazası da ilâve edilsin; ve böylece, bir adalet istek ve niyetinden de daima doğru ve âdil kanunlar çıkmaz.

Bütün bunlar, asırlarca süren bu kadar muhtelif ve ekseriya meş'um ve bazan da feci ve müthiş olan tecrübelerden sonra o kadar tabiî bir hale gelmiştir ki, muasır bazı mektebler tarafından maalesef yapılan hata o kadar asil bir hata addedilemez: bu hata da her hâl ve vak'ada emrivakie pereşteş edilmesi, bütün kanunların ayni surette rasyonel olduklarının iddia edilmesi, ve daima herkesin daha kuvvetli patronun önünde eğilmesi, ve başkasının ona tefevvuk etmekte olduğu hissedilir edilmez berikine ihanet edilmesidir.

Adalet telâkkisi ve sevgisi, ne muhtemel hâdisat ve menakibe ve birbirine muarız kuvvetlerin münavebe ile ortaya çıkmasına, ve ne de, Dante'nin dediği gibi, rüzgâr dalgası gibi «cephe değiştirdikçe isim değiştiren) modern cereyana bağlı ve mütevakkıf olamazlar; fakat, Vigo'nun da öğretmiş olduğu gibi, bizzat bizim şuurumuzda fıtreten mevcut olan «ebedî tohum» dan gıda alarak inkişaf etmelidirler.

Aktüalitenin, ve olmak ile mecbur bulunmak arasındaki müsaviliğin dogmatizmi, pratik kelimelerle ifade edildiği takdirde, gayriahlâkîlik ve oportünizmden ibarettir; mantıkî kelimelerle ifade edilmek lâzım gelse, bir fikre, kuvvetle beraber bulunmadığı zaman,

samimî bir bağlılığın imkânsızlığını ifade eder.

Ruhun ebedî kıymetlerini - ki bunlar arasında adalet ideali (müsbet hukuk olarak değil, tabiî hukuk olarak) ihtişamla yükselir, parlar - meydana koymak ve müdafaa etmek, hattâ kahramanca müdafaa etmek, şerefinin İtalyan Felsefesine, ebedî Felsefeye aidiyetini iddia edelim.

Yalnız bu fikir altında, vatanın kurtuluş, birleşme ve büyüklüğüne sevkeden ihtilâller gibi en mukaddes ihtilâller yapıldı. İzmihlale düşülmüş olduğu ve Devlet autoritesinin alçaltıldığı, hırpalandığı zamanlarda, elzem adaletin ve medenî ahengin yeniden yükseltilmiş timsaline, her türlü tehlikelere karşı açıkça göğüs gererek, sadakat yemininde bulunduk; ve bunu yapmak için zafer saatini beklemedik. Böylece, yazılı kanunlardan başka, yazılmamış ve daha yüksek diğerlerinin de mevcud olduğunu bir defa daha tecrübe etmiş olduk; ve adaletin de, bütün kanunlarda başka başka suretlerde tecelli ettiğini ve fakat hiç birinde nihayet bulmadığını da gördük; öyle ki, sahnesi tarih ve kaynağı da tükenmiyen ve ortadan kaldırılamıyan beşerî ruh olan o ameliyenin, adaletin tecelli ve istihkakı ameliyesinin, yeni bir nizamla devam ve tekâmül eylemesi için, yalnız o, çok mühim anlarda, müsbet hukuk nizamını - önüne geçilmez bir surette bozulduğu zaman - yıkmak ve onun fevkine çıkmak vazifesini ve yüksek fedakârlığını empoze edebilir.

Metinde geçen Latince kelime ve ibarelerin tercümesi:

-Jus est realis et personalis hominis ad hominem proportio, quae servata societatem servat, et corrupta corrumpit.: Hukuk, insanla insan arasında hakiki ve şahsi bir münasebettir, ki, muhafaza edildiği takdirde cemiyeti muhafaza eder, ve bozulduğu takdirde de onu bozar.

-Haec iuris definitio, unde supmta sit, nescio.: Hukukun bu tarifinin nereden alınmış olduğunu bilmiyorum.

-Est deus in nobis: Tanrı içimizdedir, ruhumuzdadır.

-Principium cognoscendi.: Tanıma, bilme, bilgi prensipi.

-Jus naturae est quod ex sola ratione naturli sciri potest.: Tabiî hukuk, yalnız tabiî akıldan çıkabilen şeydir.

-Lex iniusta non esi lex.: Adil olmıyan kanun, kanun değildir.

-Necesse est, finem cuiusque iuris bonum esse, et impossibile est ius esse, bonum commune non intendens.: Her hukukun gayesinin âmmenin iyiliği olması lâzımdır; âmmenin iyiliğini ihtihdaf etmiyen hukukun hukuk olması imkânsızdır.

-ad utilitatem reipublicae.: Âmme malının (Devletin) menfaatine

Tabii Hukuk ve Pozitif Hukuk(*)

Roger Bonnard

Çeviren: Mehmet Ali Aybar(**)

Hukukî pozitivizm, tabiî hukuka karşı duymakta olduğu nefrette ısrar ile her zamankinden daha şiddetle mücadeleye devam ediyor. Uzlaşmak istemeden, mevcut ve reel hukuk olarak ancak pozitif hukuku, yani devlet tarafından kaleme alınan ve müeyyidesi konan hukuku, tanıyor. Hukuk ilminin mevzuunu teşkil eden yalnız odur, onun haricinde kalan hukuk, hukuk ilmi bakımından keenlemyekûn ve gayri varit telâkki edilmelidir, diyor. Maamafih artık bugün, hukukî pozitivizmin uzun zaman ihtilafsız bir şekilde hüküm sürdüğü bir memleket olan Almanyada bile, kuvvetli tenkitlere ve hücumlara maruz kaldığı görülmektedir

Son zamanlarda, Almanyada (Neo - kantisme)'in ve bilhassa Stammler'in tesiriile âdeta tabiî hukukun bir (renaissance) ine şahit oluyoruz. Artık, hukukî pozitivizm, eskiden olduğu gibi, içtinabı gayri kabil bir nâs olarak telâkki edilmemeğe başlanmıştır. Hattâ, *«Vereinigung deutscher Staatsrechtsiehrer»* in Münster, 1926 dördüncü içtimamda, Erich Kaufmann: *«Der Staat und Gesetz stehen unter dem Recht, das Gesetz ist nicht die einzige Erscheinungs form des Recht.»* demiştir.

Fakat vaziyet bu merkezde olmakla beraber, hukukî pozitivizm, tabiî hukuka karşı açmış olduğu mücadelede devam etmiş, ancak tabiî hukuk doktrininde husule gelen tahavyülâta göre, hukukî pozitivizm de görüş zaviyesinde değişiklikler yapmak mecburiyetinde kalmıştır. Hukukî pozitivizmin tabiî hukuka karşı, bugün almış olduğu cephe ilk önceler almış olduğu cepheden bambaşkadır.

Evvelâ, (objektif akıl, yani Allah) gibi fevkattabiî esaslara ve yahut (beşerin fıtrî imtiyazlarına müstenit endividüalist temeller) gibi aslî ve sabit esaslara, istinat ederek, umumî ve lâyetegayyer olduğunu iddia eden bir tabiî hukuk muvacehesinde bulunan, hukukî pozitivizm, tarihî mektebin elde ettiği neticelerden istifade ederek, lâyetegayyerlik ve umumîlik iddiasında bulunan bu tabiî hukuk telâkkisini cerh etmişti. Fakat bu sefer de, bilhassa tarihçiliğin ve felsefî pozitivizmin tesiri altında kalan bazı tabiî hukuk taraftarları fevkattabiî ve ferdiyetçi esasları bir tarafa bırakarak, tabiî hukuka sosyal bir esas verdiler ve sosyal vakıaları tabiî hukuka objektif temel olarak ittihaz ettiler.

Artık bu telâkkiye göre, hukuk, zaman ve mekânla tahavvül eden bir hukuk şeklini almış bulunuyordu(1)

Bu vaziyet karşısında, hukukî pozitivizm, tabiî hukuka karşı kullanmakta olduğu hücum tarzını değiştirmek mecburiyetinde kaldı. Bu itibarla, siyasî ve tarihî noktai nazarını terk ile sırf (dogmatique) bir noktai nazara bağlanan hukukî pozitivizm, tabii hukukun ister endividüalist, ister sosyal olsun, her şekilde mücadeleye imkân bulmuş oldu(2)

Artık bu noktai nazara göre, hukukî pozitivizmin en kuvvetli iddiasını, tabiî hukukla pozitif hukukun birlikte mevcudiyetlerinin, hukukî sahada, mantıkan kabulüne imkân görülemiyen, bir ikilik meydana getirmiş olması teşkil etmektedir(3). Pozitif hukukun yanı başında tabiî hukuku, kabul etmek, ayrı ve yek diğerine muvazi, başka başka iki hukuk sistemi kabul etmektir. Çünkü mevzu ve gayelerinin ayni olması itibarile bu iki düstur sisteminin her ikisi de hukukîlik vasfını haizdir.

Halbuki ademi tenakuz (non - contradiction) prensipine göre, mantığın bu ikiliği kabul etmesine imkân yoktur. Zira bu iki düstur sisteminin mevzu ve gayeleri birdir. Yani her ikisi de insanların hattı hareketini hukukan tanzim etmektedir. Şu halde muayyen bir mes'ele hakkında bu iki sistem yek diğerine zıd düsturları ihtiva edebilir, ve böylelikle biri tarafından vazedilmiş olan olması gerek (Sollen) (le devoir etre), diğeri tarafından vazedilmiş olan olması gereğin aksi olabilir. Bu suretle ayni hukukî düsturu, biri diğerinin inkârı demek olan iki şekilde, tanımış oluruz.

Ademi tenakuz (non. contradiction) prensipine göre ise bir şeyin ayni zamanda vücud ve ademi vücud ifade etmesini tasavvur etmek imkânsızdır, denilmektedir.

Bu iddialar, inkâr edilmiyecek derecede kuvvetlidir.

Şayet pozitif hukukun yanında, tabiî hukuka da yer vermek, hukukta, iddia edilen bu ikiliği meydana getiriyorsa, tabiî hukukun iflâsını kabul etmek icap eder. Ancak bu ikiliğin hakikati halde mevcut olup olmadığı; hukukta elzem olan (monisme)' in temini için yegâne çare pozitif hukukun tekbaşına kabulünde mi olduğu, ve nihayet matlûp olan (monisme)'e tabiî ve pozitif hukukun bir arada mevcudiyetlerine rağmen erişmenin mümkün olup olmadığı, caisual olur. Binaenaleyh bu iki hukukun, hakikaten yekdiğerinden farklı ve ayrı iki hukukî sistem mi vücuda getirdiğini, yoksa, tabiî hukuk ve pozitif hukuk diye yapılan tefrikin, tek ve aynı huku-

(*) Bu makale, İ.Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, yıl II, sayı 7-8, 1936, s. 34-59'dan aynen alınmıştır.

(**) Esas Teşkilat Hukuku Asistanı

(1) V. S. Tartarin - Tarnkej-den, Reehts positivismus und modern Naturrecht in ihrer merhodologischen Bereehtigung (Zeitsch. fur öff. Recht, B. Vm, 1927, S. 22).

(2) Tabiî hukukun (dcgmatitue) tenkidi hakkında en esaslı eser şudur: Bergbohm, Zurisprudenz und Reehtsphiiosophie, T. I. Leipzig 1892.
Müellif, tabii hukukun pozitif hukuk yanında mevki almasının çifte bir imkânsızlık meydana getirdiğini, isbat etmek istiyor. Evvelâ, iki hukuk arasında ademi tevafuk vardır. Zira her ikisinin ayni zamanda mevcudiyeti hukukî nizamda şayanı kabul olmıyan bir ikilik husule getirmektedir (Sahife 367). Ayrıca, tabiî hukuk esasen bizatihi şayanı kabul değildir. Zira onda hukukun esaslı unsurları mevcut değildir (Sahife 408). Ayni tenkit Kelsen tarafından yeni bir kuvvet ve kudretle ileri sürülmektedir.
Kelsen, Die İdee des Naturrechtes, Zeitchr, für öff. Recht, T. VII, 1928. Sahife 221 — Naturrecht und positives Recht. Revue internationale de la theorie du droit T. II, 1927İ28; sahife 71.

(3) Kelsen, Das Problem der Souverânität und die Therorie des Völker-rechts. Tübingen. 2 Aufl, 1928. Sahife 26. — Naturrecht und positives Recht op. cit. sahife 72 — Des rapports de systeme entre le droit interne et le droit International public Cours de l'academie de droit international. T. 14, 1926.
[a] Profesör Dr. Honig in Hukuk Felsefesi kitabını Türkçeye çeviren Dr. Yavuz (Sollen] kelimesine Türkçe karşılık olarak (olması gerek) tabirini kullanılmıştır. Ayrıca (sein) e karşılık olarak ta (olan) kelimesini kullanmaktadır. Ayni tabirleri biz de muhafaza edeceğiz.

kun iki görünüşünü, iki vasfını mı ifade ettiğini, araştırmak lâzımdır. Ancak bu suretledir ki ikiliği bir (monism)'e irca etmek mümkün olacak ve ortada, bir tek hukuki sistem kalacaktır. Fakat bu düsturlar mahiyetleri bakımından ayniyet ifade etmelerine rağmen ayrı ayrı evsaf arzedebilirler. Bu şartlar içindedir ki, tabiî hukukun iadei itibar etmesi, ve ayni zamanda da hukuktaki (monisme)'i muhafaza etmek mümkün olacak, ve böylece hukukî pozitivizm, tekçiliğin yegâne şartı olmaktan çıkmış bulunacaktır.

Fakat bu neticeye vâsıl olabilmek için, hukukun mevzuiyeti, (positivie) si, mefhumunun tekrar gözden geçirilmesi icap eder. Zira, işbu mevzuiyetin muayyen bir tarzda telâkki edilmesidir ki, mevcudiyeti iddia edilen bu ikiliği meydana getirmiştir. Tabiî hukukla pozitif hukuk arasında telif edilmez bir ikilik meydana gelmesine sebebiyet veren bu tarzı telâkkidir. Yekdiğerinden farklı ve ayrı iki hukuk sisteminin vücude gelmesine sebebiyet veren de, yine odur. Bu ikiliği ortadan kaldırmak için tabiî hukuka değil, fakat pozitif hukuka teveccüh etmek ve hukukun mevzuiyet mefhumunu tadil etmek icap eder. Zira, nazarî bakımdan, tabiî hukukun mevzuiyet (positivite) mefhumu yanlış değil doğrudur. Halbuki buna mukabil, hukukî pozivitizmin, pozitif hukuka izafe ettiği mevzuiyet mefhumu ise kabili tenkittir.

I

Pozitivizm, tabiî hukuk taraftarlarını, hukuk âlemine ikilik sokmakla itham ederken; bu ikiliğin bilhassa her iki hukuki sistemin, yekdiğerine gayrikabil irca birer kaynak ve esası haiz olmalarından neş'et ettiğini[4], ve binaenaleyh mevzu ve gayeleri itibarile ayniyet ifade etmekle beraber, tabiî hukukla, pozitif hukukun birbirinden ayrı ve farklı iki hukukî sistem teşkil etmekte olduklarını iddia etmektedir.

Tabiî hukukun kaynak ve esası, eşyanın tabiatında ve muhtevasının adaletinde bulunmaktadır. Tabiî hukukun esasını teşkil eden, eşyanın bu tabiati ise, ya tabiati beşerde ve ona bağlı bulunan imtiyazlarda, yahut tamamile maafevkattabiî, aklî veya (emprico-rationnel) unsurlarda, ve yahut positivistlerin anladıkları gibi içtimaî münasebetlerde bulunur. Hulasaten, insan şuuruna kendini arzeden ve tabiî hukuk düsturunun muhtevasını teşkil eden, objektif evsafı haiz bir muta (donne) mevcuttur. Bu suretle vücude gelen düstur eşyanın ta-biatine uygun geldiği içindir ki doğru, âdil, telâkki olunur.

Düsturun emrini (imperatif) ini, vücude getiren unsur, muhtevasının adaletidir. Düstur âdil olduğu için hüküm ifade etmekte ve kıymeti (geltung) bulunmakta, yani emrî (imperative) olmaktadır. Diğer taraftan muhtevası, düsturun esasını teşkil eden eşyanın tabiatine uygun düştüğü için de, âdil telâkki edilmektedir.

Pozitif hukukun ise bambaşka bir esas ve kaynağı vardır. Bu düsturlar insana objektif bir şekilde arzolunmuş olmayıp, insanlar tarafından vazedilmiş, suni bir şekilde yaratılmış bulunmaktadır. Muhtevaları insanın dilediğini ihtiva etmektedir. Bundan başka, bunların düstur kıymetini haiz olmaları, âdil olmalarından mütevellit olmayıp, sadece onları vazetmek selâhiyetini haiz makam tarafından vazolunmuş olmalarından ileri gelmektedir. Adalet fikri bu düsturlara, hiç olmazsa hukukî nizamı teşkil etmeleri bakımından, tamamile yabancıdır. Şayet adalet fikri mevzuu bahsedilecek olsa bile, ancak (meta-juridique) bir unsur olarak telâkki edilebilecek, ve bu takdirde positif hukuk düsturları hukuk ilmi çerçevesi haricinde kalacaktır.

Hukuk İlmi bakımından, düsturların kıymeti muhtevalarına bağlı olmayıp, onları vücude getiren beşerî (facteur)'e bağlıdır. Muhtevaları ne olursa olsun düsturlar ancak işbu (facteur) sayesinde hüküm ifade eder.

Salâhiyettar bir makam tarafından yapılan positif hukuk hiç bir vakit gayrıhak, (non - droit) olamaz. Nihayet denilebilir ki, pozitif hukuk düsturu, emri, bakımından olduğu kadar, muhtevası bakımından da insan mahsulü, insan eseridir.

Şu halde bu telâkki tarzına göre tabiî hukukun esası tamamile maddî olduğu halde, positif hukukunki ise sırf şekildir.

Demek oluyor ki, hakikati halde birbirinden tamamile ayrı ve yekdiğerine gayrikabüi irca iki hukuk sistemi mevcuttur. Diğer cihetten bu iki sistemin ayrı kaynakları bulunduğu için, herhalde yekdiğerine zıd düsturlar ihtiva edebilecekleri tebarüz etmektedir. İnsanın suni bir tarzda yarattığı hukukun, ona tabiî bir şekilde gelen hukukla mutlaka tevafuk etmesi için ortada hiç bir sebep yoktur. Hulasaten, tenakuz ve onun bütün netayicî bir hakikattir ve bu vaziyetin hukukun mevzuiyetinin tarzı telâkkisinden meydana geldiği de aşikârdır.

Binaenaleyh, mevzuiyet mefhumu ele alınarak, pozitif hukuk yanında, tabiî hukukun da muhafazasını mümkün kılacak bir şekilde değiştirilmesüe, hukukî pozitivizm'e dökülmeden, hukukî (monisme)'e avdet etmeğe imkân bulunup bulunmadığını araştırmak icap edecektir.

Hakikati halde hukukun mevzuiyet mefhumunun değiştirilebileceğini, hattâ değiştirilmesi lâzım geldiğini isbat etmek mümkündür, çünkü bu telâkki hukuk mefhumile gayrikabüi teliftir. Hukukun mevzuiyeti, şeklî bakımdan tavsif edilmek istenilince mantıkî bir imkânsızlıkla karşılaşılmaktadır. Hukuka kıymet veren, onun hüküm ifade etmesini temin eden kaynak ancak maddî olabilir. Zira bu münakaşanın arkasında, hukukun iradî bir menşei mi, yoksa objektif bir menşei mi olduğu, yani insan iradesinin mahsulü mü, yoksa onun haricinde ve kendini şuur ve iradeye zarurî olarak kabul ettiren unsurlardan mi meydana geldiği, meselesi gizlenmektedir[5]. Hukukun, mevzuiyetinin şeklî

(4) *Kelsen, Die İdee des Naturrechts ap. at. sahife 224 — İD. Naturrecht und positives Recht op. cit. sahife 71 — Duguit Droit Constitutionnel 3 cü ed. I, sahife 86.*
[b] Burada müellifin pozitivist ismi altında topladığı hukukçuları, tabii hukuku inkâr eden pozitivistlerle karıştırmamalıdır.

(5) *Hukukun menşei hakkında dermeyan edilebilecek yegâne iki tarz telakki şu mevzuu bahsettiklerimizdir. Esasen Jellinek bunu görmüş ve: Hukuk ya mevcudatın objektif mahiyeti üzerine müesses, insanlardan' ayrı bir kuvvettir ve yahut ferdin içinde husule gelen sübjektif bir tezahürdür, demiştir. (V. Jellinek, Allgemeine Staatslehre 3. Aufl. 1914, p. 332).*
Kelsen'nin normativizmi, hukukun iradiliğini reddeder gibi görünüyor. Fakat hakikatte, hukukun menşei meselesini bir derece daha geriletmekten başka bir şey yapmış olmuyor ve mesele de halledilmeden kalıyor. Kelsen, hukuki düsturların irade mahsulü mü olduğunu, yoksa tabiati beşer veya içtimaî münasebetler gibi objektif vakıalardan mı meydana geldiğini tetkik etmek istemiyor. Bu mesele sosyolojiyi alâkadar edip hukuk ilmi haricinde kalmalıdır, diyor. Bu Mimde, hukuk ancak düsturî unsurlarla tavsif edilebilir. Binaenaleyh düsturların, biri diğeri tarafından vücude getirildiği farzolunmalıdır.. Her düstur, kendinden daha üstün bir düsturdan gelmekte ve kıymetini almaktadır. Bu istidlal iki şekilde yapılır.: Statique bir şekilde; şayet madun düsturun muhtevası mafevk düsturun muhtevasının mantıkî bir neticesi ise Dynamique bir şekilde; şayet madun düstur mafevk düsturun verdiği bir salâhiyetten neş'et etmiş ise (Kelsen,. Allgemenie Staatslehre, p 243 et o. — İD: Naturrecht und positives Recht,. op. cit. p. 72).

olduğu düşüncesi, ister istemez iradî hukuk telâkkisinin kabulünü icap ettirir. Hukuku, emri, ve muhtevası bakımından sırf insanın vücude getirdiği bir eser olarak telâkki etmek, onu yapmağa salahiyetli bulunan kimselerin yalnız aklî değil, fakat ayni zamanda iradî bir fiilinin mahsulü olduğunu dahi kabul etmek demektir. Çünkü bu takdirde düsturu vücude getiren keyfiyet, ancak onu vaz edenlerin, düstura diledikleri gibi bir muhteva vermiş olmaları ve bu muhtevanın da düstur kıymetini, yani emri haiz olmasını arzu etmiş bulunmalarıdır. Bu tarzı telâkkiye göre düsturun muhteva ve emrinin mevcudiyeti, insan iradesi tarafından dilenilmiş olmasından neşet etmektedir. Fakat kanaatimizce, hukuku irade mahsulü olarak kabul etmeğe imkân yoktur. Şayet bu imkânsızlık isbat olunacak olursa, pozitif hukukun şekli noktai nazardan tetkik, edilemiyeceği, ve hukukun mevzuiyeti telâkkisine de başka bir veçhe vermek icap edeceği, meydana çıkarılmış olacaktır. Bu imkânsızlığın isbatı mümkündür, ve ancak bu suretledir ki hukukî pozitivizmin, tabiî hukukla pozitif ha-kukun bir arada mevcudiyetlerinde, gördüğü ikiliği, her ikisinin de bir arada mevcudiyetlerine rağmen, (monisme)'e irca etmek kabil olacaktır.

II

Hukukî düstur iradî olamaz, yani hukukî düsturun kaynağı insan iradesinde bulunamaz. Bu keyfiyet tekmil hukukî düsturlar, yani hem pozitif düsturlar, hem de tabiî düsturlar hakkında caridir. Söylediklerimiz her çeşit düstur için bilhassa ahlâkî düsturlar için doğrudur. Ancak bu hususta düsturun muhtevasile, emrini, tefrik etmek lâzımdır. Muhtevanın irade tarafından tayin edilmiş olduğunu iddia etmekte mantıkî bir mahzur yoktur. Muhtevanın, iradenin dilediği şeyleri ihtiva ettiğini iddia etmek mümkündür. Bu tarzı telâkki ancak pratik müşküller meydana çıkarır. Halbuki emrin, irade tarafından vazedilmiş olması meselesinde ise mantıkî mahzurlara tesadüf olunur. Birinci şekilde mesele farzî (hypothetique), ikinci şekilde ise kat'î (categoriaue) bir sureti hal bulacaktır.

İnsan iradesinin, harici bir varlık tarafından kendisine arzolunmuş olmaksızın, bir düsturun muhtevasını tayin edebilmesi mümkündür. Bir düsturun muhtevası insanın herhangi bir faaliyetinin formülüdür. Düstur bu faaliyetin ne şekilde olacağını tarif eder. Akıl bu faaliyet tarzını tasavvur edebilir, irade de tasavvur edilen bu faaliyet tarzının, düsturun muhtevası olmasını dileyebilir. İradenin bu faaliyeti mantıkan pekâlâ mümkündür. Fakat, düsturun muhtevasının iradî olması ise, amelî noktai nazardan tenkitlere maruzdur. Zira bu takdirde düsturun hazırlanışında keyfi harekete yol açılmış olur. Çünkü, şayet düsturun muhtevasını haricî herhangi bir (facteur) ün tesirinden uzak irade tayin ediyorsa, bunu dilediği gibi serbestçe yapabileceği aşikârdır. Arzu ettiği muhtevayı kabul edecek, ve bu suretle kararlaştırmış olduğu her şey, düstur olacaktır. Düstur, onu yapanın bizzarure müşahede etmek mecburiyetinde olduğu şey değil, fakat filen dilediği şey olacak, ve

Bu iki tarikle hukukun teşekkül tarzının menşeini ve hareket noktasını teşkil eden yüksek esasî (fondementale) bir düstura erişilir. Kelsen bu menşe düsturuna hukuk ilmi bakımından farzı bir mevcudiyet izafe etmektedir. Hukuk ilmi bu ilk düsturun menşeini aramakla mükellef değildir. Bu onun sahai faaliyeti haricindedir diyen Kelsen hukukun menşei meselesini böylelikle bertaraf etmektedir. Zira bunu tamamile halletmiş olmak için menşe' düsturunun da menşeini aramak icap ederdi.

binaenaleyh ancak iradî bir mevcudiyeti haiz olan düsturun muhtevası da, tamamile keyfî mahiyette olacaktır.

Burada tekrar mevzuu bahsolan mes'ele, ta Orta çağdan beri (nominaliste)'lerle (realiste)'leri karşı karşıya koyan (autoritaire) ahlâk ile (rationelle) ahlâk arasındaki meşhur mücadeleden başka bir şey değildir[6].

Acaba, ahlâkın muhtevası ilahî vazii kanun için bile bir muta mıdır, yoksa ancak onun iradesinin bir mahsulü müdür. Yani vazii kanunun keyfî olarak tayin ettiği ve dilediği her şey ahlâk kaidesi midir. Mantıkî bakımdan her iki iddia da mutasavverdir. Fakat, amelî bakımdan ve bilhassa haiz olduğa, keyfî karakter dolayısile, (autoritaire) ahlâk fiiliyat sahasında, gerek filozoflar[7] tarafından, gerek ilâhiyatçılar[8] tarafından reddedilmiştir. Reddedilmiştir, çünkü keyfî ahlâk ve neticeten farzî (hypothetique), bir sureti hallin kabulü hoş görülmemiştir.

Hukuk sahasına avdet edecek olursak, burada da iradilik telâkkisinin mantıkî mânilere tesadüf etmediğini, fakat buna mukabil pratik imkânsızlıklarla karşılaştığını görürüz. Evvelâ (autoritaire) objektif bir hukukun, yani, hukukî hiç bir tahdide tesadüf etmeksizin, muhtevası vazii kanun tarafından tayin edilmiş olan bir hukukun, mantıkan tasavvuru pekâlâ mümkün olabileceği gibi, diğer cihetten, ferdî hukukî fiillerin meydana getirdiği bir hukukun da, serbestçe ve ancak objektif hukukun tesbit etmiş olduğu hudutlar dahilinde vücüde gelebileceğini kabul etmekte de hiç bir mahzur yoktur. Başka bir tabir ile, vazii kanunun tahdit edilmemiş, ve ayni zamanda iradesinin de serbest bırakılmış olması mümkündür. Bu hal suretlerini kabul etmek, bunların aksini kabul etmekten daha mantıksız değildir. Bu sureti hal ancak pratik bakımdan şayanı tenkittir. Zira bu takdirde vazii kanunun tahdit edilmemiş ve iradesinin serbest bırakılmış olmasının neticesinde meydana gelecek hukukî düsturun, haiz olacağı keyfîlik vasfı, iradî hukuk telâkkisinin kabulünü im kansız kılacaktır. Keyfî bir hukuk arzu edilmediği içindir ki; hukukî düsturun muhtevasının vazii kanun tarafından yaratılmış olmadığına ve, insana kendini arzeden bir mahiyeti bulunduğuna, hükmetmek icap edecektir.

Binaenaleyh, düsturun muhtevası bakımından gayri iradilik tezi farzî yani (hypothetique), ve düsturun ihtiva ettiği emir bakımından ise kat'î, yani (categorique), bir şekil arzetmektedir.

Emrin, vücude getirilmesinde, yani düsturun kıymeti haiz bulunmasında ise, iradenin yaratıcı bir rol oynadığını mantıkan kabul etmek mümkün değildir. Bu itibarla mes'eleye ancak kat'î yani (categorique) bir sureti hal bulmak icap etmektedir.

Evvelâ düsturun ihtiva ettiği emrin, bir irade tarafından yaratılmış olduğunu iddia edebilmek için, bu iradenin kumanda eden bir irade, ve neticeten düsturun hitap ettiği iradelere nazaran üstünlüğü haiz olan, bir irade olduğunu kabul etmek icap eder. Bedihidir ki bir iradenin başka iradelere kendini zarurî olarak kabul ettirebilmesi (imposer) edebilmesi için, o iradenin diğerlerine nazaran doğuşta, veya sonradan iktisap edilmiş bir üstünlüğü haiz olması icap etmektedir. Bu iddiaya ise; Duguit[9] gibi bazı kimseler cevap vermişler, şe bü-

(6) V. de Lagar de, Recherches sur l'esprit politique de la Reforme Th. Dr. Paris 1926, p. 29.
(7) Malapert, leçons de Philosophie 2 vol. Paris9. edit. 1855, T. II, p. 9.
(8) Lahr, Cours le Philosophie 2 vol. Paris 24. edit. 1923, T. II. p. 44.
(9) Duguit, Droit Const, Paris 3, edit 1927, T. I, p. 218

tün insan iradelerinin mahiyet itibarile yekdiğerine müsavi bulunmaları itibarile, böyle bir üstünlüğün şayanı kabul olamayacağını ileri sürmüşlerdir. Üstünlük ancak, insan iradesinin muta'al (transcendante) bir irade olan ilâhî iradenin zeyli, veya mümessili olması hallerinde mevzuu bahsolabilir.

Hauriou[10] gibi bazı kimseler ise, bu irade üstünlüğünün aklî (raticnei) herhangi bir tenkidi kıymetsiz bir hale koyacak, tecrübe mahsulü bir varlığı bulunduğunu iddia ederler. Bu tarzı telâkki, kanaatimizce çürüktür. Zira vakıaları hukuka tahvil etmek iddiasını güttüğü için mantıkî bakımından pek doğru telâkki edilemez.

Üstün iradelerin mevcudiyeti kabul olunsa bile, bu hususta serdedilen tenkitler tamamile bertaraf edilmiş olmaz. Şayet emri, yaratan iradenin üstünlüğü ise, bu keyfiyet ancak yaratıcı iradenin, emrine itaat eden iradelerden, bir başkalık arzetmesile mümkün olur. Düstura itaat eden (sujet) ler düsturun emrini yaratamazlar. Çünkü insanın kendi kendisine emirler vermesi bir tezad vücude getirmektedir. Halbuki (democratique) rejimlerde vaziyet bu merkezde görünmektedir. Zira nazarî olarak pozitif hukuk düsturu, ve emri, düsturun sujetlerinin bir tezahürüdür. Bundan dolayıdır ki; hem hukukun irade mahsulü olması telâkkisini muhafaza, ve hem de ayni zamanda tezadı bertaraf edebilmek için, pozitif hukukun yapıcısile, (sujet) leri arasında bir ikilik vücude getirilmiş, millet veya devlet, teşahhus ettirilmiştir.

Fakat, irade üstünlüğünün celbettiği bütün itirazlar bertaraf edilse bile, iradenin, emir yaratabilmesi keyfiyeti, yine münaziünfih kalır. Zira iradenin bizatihi bir düsturun emrini yaratabilecek bir kudrette olup olmadığı suali irat edilebilir. Çünkü haddizatmda irade filen, ancak (olan), (etre), sahasında ve onun tahakkuku için faaliyette bulunabilir. Ancak bir (olan), (etre) vücude getirebilir. Binaenaleyh, düsturlar muvacehesinde bulunan irade, ancak onların tahakkukunu istiyebilir.. Düsturun, olması gereğini (devoir etre) ini (olan)a (etre)e tahvil edebilir. Bu faaliyeti esnasında irade kendi sahası dahilindedir. Olması gerek fiili dileyebilir. Fakat bu fiilin olması gereğini (devoir etre) ini, yani o hükmü ihtiva eden düsturun emrini vazedemez. Zira bu takdirde kendi sahasını tecavüz etmiş ve olması gerek (devoir etre) sahasına girmiş olur. Emir ancak iradenin haricinde bir mevcudiyeti haiz olabilir. Zira iradeyi tahdit edecek unsur odur. Emrin, delâletile dileyebilen irade, ayni zamanda emri yaratamaz. Binaenaleyh bizatihi, emir, iradeden çıkar demek şe'niyetle tenakuza düşmektir.

Şu halde hukuk iradî bir kaynaktan gelmez: Bu keyfiyet hukukun emri bakımından kat'î ve muhtevası bakımından da farzî bir imkânsızlıkla karşılaşır. Kat'iyetle denilebilir ki, bir düsturun emri, irade mahsulü değildir. Muhtevasına gelince (normativisme autoritaire)'i kabul etmek şartile irade mahsulü olabileceği kabul olunabilir.

Binaenaleyh, iradî bir menşe kabul eden, ve yahut buna müncer olan herhangi bir pozitif hukuk telâkkisi bertaraf edilmelidir, çünkü hukukun muhtevası değilse bile emri muhakkak objektif bir menşee, neticeten tabii hukukla ayni mahiyette bir menşee muhtaçtır.

Bu itibarla iradîliğin müdafaa ettiği pozitivite mefhumu buna göre tadil edilmelidir.

(10) Hauriou Droit Const. Paris 1923. p. 170.

İşte böylelikle, pozitif hukuku da tabiî hukukla ayni objektif kaynağa bağlamak imkânı, ve binaenaleyh iddia olunan ikiliğin yerine (monisme)'i ikame etmek ve bu suretle de tek bir hukuk sistemine kavuşmak imkânı hasıl olur. Bu suretle tabiî hukukla pozitif hukuk arasındaki ayrılık ta, mevcut yegâne hukukun haiz olabileceği iki vasıftan ileri gelmiş olur. Pozitivite hukukun mahiyetini değiştirmeksizin ona ilâve olunan bir vasıftan ibarettir. Tabiî ve pozitif şekillerile hukuk, yine ayniyetini muhafaza edecektir.

İşte şimdi izahına çalışacağımız (moniste) telâkkiye göre hukukun bünyesi bundan ibarettir.

III

Tabiî hukukun gerek muhteva bakımından, gerek emir bakımından, objektif bir menşeden geldiğine itiraz olunmamaktadır. Ancak tabiî hukukun yaratıcı âmilini teşkil eden objektif unsurun mahiyeti etrafında münakaşa edilmektedir. XVIII inci asrın ferdiyetçiliği bu âmili, beşerin fıtrî imtiyazlarında, ve bundan mütevellit fıtrî ferdî haklarda buldu. Daha sonraları pozitif sosyoloji bu âmilin içtimaî münasebetlerde bulunduğunu iddia etti. İşte Duguit'nin eserinde en esaslı noktalardan birini de, bu tabiî ve içtimaî hukuk (doctrine)'inin açık bir tarzda meydana konmuş olması teşkil eder[11]. Halbuki Hauriou gibi bazı kimseler ferdiyetçi görüşlerle, içtimaî görüşlerin bir halitasını vücude getirmek istediler[12]. Nihayet son zamanlarda beşerî objektif kıymetler nazariyesine-dayanan, mahz içtimaî bir hukuk doktrini kurmağa da çalışıldı[13].

Bu doktrinlerin münakaşa zemini burası değildir. Bu araştırmada bizi alâkadar eden nokta bu doktrinlerin hepsi-

(11) Duguit, Droit Const 3. edit Ch. I. Duguit'nin muanzlan hukuka ithal etmiş olduğu farzeciilen yeniliklerden görültülü bir şekilde bahsediyorlar. Onlara göre an'anevî Fransız doktrinleri onun tarafından zirtüzeber edilmiştir. Duguit'nin uzun zamanlardanberi esaslı ve elzem telâkki edilen bazı mefhumlara hücum etmiş olduğu doğrudur. Bilfarz sübjektif hukuk ve manevî şahsiyet gibi mefhumlar onun hücumlarına maruz kaldı. Ancak Duguit'nin mühim bir noktada, hukukun menşei meselesinde, an'anevî doktrinlerimize sadık kalmış olduğu unutuluyor veya unutulmak istenliiyor: Bilhassa Garre de Malberg. (Tbeoriâ generale de l'Etat 2 vol, Paris 1920-22); Ripert (La regle morale dans fes obligations civiles Paris 1935) gibi kimseler istisna edilecek olursa, Alman hukukcularından farklı olarak Fransız hukukçularının ekserisi hukukî pozitivizme gitmediler ve pozitif hukuk un üstünde ve ona hakim bir hukuk sisteminin, tabii hukuk fikrinin bulunduğunu iddia ettiler.
Duguit ise bu telâkkiyi muhafaza etmiştir Hukukî pozitivizmi kabul etmiyerek (bütün gayretinin merkezi sıkleti buradadır) hukukun, devlet tarafından mevzuiyet verilmezden önce mevcut olduğunu iddia etmiştir. Hukuk muhtevası emri (imperatif)'i ile beraber objectif bir vakıa olarak insana gelmektedn-. Hukukun objektif varlığı fikri ise tabu hukuk doktrininin esas noktasıdır. Felsefede pozitivist olan Duguit'nin, hukukun ferdiyetçi veya metaphysique esaslarını kabul etmediği de doğğrudur. Onların yerine Dugnit sosyal bir esas ikame etmekte ve Hukukun içtimaî münasebetlerden neş'et ettiğini iddia etmektedir . Fakat buna rağmen Duguit Fransız tabiî hukuk fikrine sadık kalmıştır. Hattâ Geny (Science et technioue 4 -vol Paris 1914 - 24 T. II. p. 351) ve Le Fur.. (Le droit naturel et le tiroit raticnnel ou scientifique. Revue du droit pub-lic 1927) gibi tabiî hukuku, positif hukukun ilham aldığı bir kaç prensipe inhisar ettirenlerden, bu hukuka çok daha fazla sadık kalmıştır. Bu noktayı farketmekte Alman doktrini gecikmemiş, ve Duguit'nin de bir tabiî hukuk taraftarı olduğunu iddia ederek kendinden bu noktada ayrılmış olduğunu ileri sürmüştür. Bu mes'ele hakkında Kurz'un (Die Rechts-unda Staatslehre Leon Duguits) adlı bu mecmuanın 1925 - 1927 nüshalarında intişar etmiş makalesine müracaat ediniz. Sahife 149 ve 204.

(12) Hauriou Droit Constetutionnel p. 42.

(13) R. Bonnard L'origine de l'ordonnancement juridiaue («Melanges. Hauriou» Paris 1928. T. L). Bu etüdde hukuka objektif bir menşa verilmektedir. Ayrıca, bilhassa bu objectif menşe sayesinde, hukuki nizama diğer nizamlar ve hususile ahlâkî nisam muvacehesinde bir muhtariyet verilmeğe çalışılmıştır. Bu suretle artık hukukun (heteronome) yasfı ortadan kalkacak, yani hukuk kaideleri önce ahlâkî ve iktisadî vasıfları haiz bulunup bilâhare hukukilik vasfını ihraz etmiş telâkki edilmiyecektir. Hukukun istiklâli telâkkisine göre; hukukî düsturun doğumu, kendinden önce mevcut ve başka (nature)'de düsturlann mevcudiyetine bağlı bulunmayıp anidir. Bu suretle ahlâkla hu¬kukun tevafuku, ahlâkın üstünlüğü ve önce mevcut olmasından ileri gelmemekte, ancak hukukla ahlâkın köklerinde bulunan ideal gaiyetlerden,. (finalitees ideales) den husule gelmektedir.

ne müşterek bulunan vasıfları tebarüz ettirmektedir.

Tabiî hukukun muhtelif şekilleri arasındaki müşterek vasıf bu hukukun daima objektif bir kaynaktan gelmiş telâkki edilmesindedir. Yani ferdin haricinde mevcut, ve ona kendisini kabul ettiren bir hukuk olmasındadır. Bu hukukun düsturî muhtevası ve kıymeti objektif bir kaynaktan neş'et etmekte ve insan şuuruna hazırlanmış bir halde arzolunmaktadır.

Pozitif hukuka gelince, iradî menşe bertaraf edildikten, ve yegâne mümkün menşe olarak objektif kaynak kabul olunduktan sonra, onun tabiî hukukla ayni menşei haiz olmasına hiç bir mâni kalmaz. Onun da, yani pozitif hukukun da, gerek muhtevasını, gerekse emrini, ya beşerî imtiyazlardan veya içtimaî vakıalardan ve yahut ta beşerî kıymetlerden almış olduğunu farzetmek mümkündür. Böylelikle, tabiî hukukla pozitif hukukun menşeleri birleşince, hukuktaki ikiliğin yerine (monisme) in kaim olmasına imkân hasıl olmuş olacaktır. Bu takdirde artık iki hukukî sistemin mevcudiyeti mevzun bahsolamaz, zira hukukî düsturların tek bir kaynağı mevcuttur ve bundan dolayı da ortada tek bir sistem vardır.

Şu halde tabiî hukuka nazaran positif hukuk nedir? Bir ikilik meydana getirmeksizin her iki hukukun da bir arada mevcudiyetlerini muhafaza etmeğe nasıl imkân bulunacaktır? Buna, pozitif hukukun tabiî hukuka ilâve olunan bir vasıf sayesinde meydana geldiğini isbat etmekle imkân bulunmuş olacaktır. Hukukun pozitivitesi, hukukun mahiyetini tebdil etmeksizin. ona ilâve olunan bir vasıf dan başka bir şey değildir [13 a].

[13 a] Duguit hukukun pozitivitesile meşgul olmamıştır. Zira ona hususi bir ehemmiyet atfermemektedir. Duguit'ye göre hukuk kaidesi,ferdi şuurlar kütlesi tarafından kavranır kavranmaz, tam olarak mevcuttur.

Örf ve kanun ona bir şey ilâve etmeksizin ancak onu müşahede eder yalnız müellifin düşüncelerini yanlış bir surette tefsir ve fikirlerini tecavüz etmeden denilebilir ki hukukun pozitivitesi kanun ve örf ile vücude gelmektedir.Binaenaleyh, bu sunucularda, hukuk kaidesinin müşahade şekilleri oldukları için hukukun pozitivitesinin hukuk kaidesinin müşahede şekilleri oldukları için hukukun pozitivitesinin hukuk kaidesinin bazı müşahede tarzlarından meydana geldiği neticesine varılır. Şu halde pozitivite şekli bir mevfum olarak kendini gösterir; ve tezahür ettiği şekiller sayesinde tavsif olunur. Halbuki bu görüş tarzı itmam edilmek icap eder. Daha derine giderek pozitivitenin maddesini meydana çıkarmak lâzımdır. Maddî bir tarzı telâkkiye erişilmelidir. Bu araştırma esnasında pozitiviteyi tayin etmek üzere hukukun bizzat iktisap ettiği bazı vasıfları meydana koymak icap etmiştir.

Pozitivitenin bu tarzda telâkki edilişi, esasını, hukukun kıymeti ile, müesseriyet kabiliyetinin, yani (efficience) sinin, ayırd edilmesinde bulmaktadır.

Şayet hukukî düsturun muhtevasını tayin eden objektif unsurlar aynı zamanda emrini de vücude getirmiş bulunursa, yani, düsturun mevzuu bahsettiği faaliyet tarzının, olması gereğini (devoir etre) ini, de tayin ediyorsa, hukukî düsturun kıymeti vardır. Düstur hüküm ifade etmektedir. Düsturun kıymetini vücude getiren şey onun emridir. Düsturun tesbit ettiği faaliyet yani olması gerek, emir, halinde ise düstur hüküm ifade eder ve düsturî kıymeti haiz bulunur. Kıymet (valeur) düsturun esasını teşkil eder. Onsuz düsturun mevcudiyeti mevzu bahsolmaz. Fakat bundan başka, vücutları muhakkak elzem olmamakla beraber, düstura başka vasıflar da inzimam edebilir. Düstur müesseriyet (efficacite) yi ve (realite) yi haiz olabilir. Düstur fiilen itaate mazhar olduğu zaman müessirdir. Düsturun, olması gereği, olana tahavvül ettiği, yani tesbit ettiği fiil olması gerek halinden, olan haline inkılâp ettiği anda tahakkuk etmiş (realise) olmuş olur.

Düsturun muhakkak müessir olmuş, ve tahakkuk etmiş olması icap etmez. Zira düsturun (olması gerek) halindeki hükmü, mutlak bir (olan)'a inkılâp etmiyebilir. Esasen insan iradelerine, onları tahdit etmek üzere hitap eden düstur, bu iradelerin yegâne tahdit edici (facteur)'ü değildir. Düstur ismini verdiğimiz (facteur) zıt (facteur)'lerle mücadele halindedir[14]. Binaenaleyh neticeten düstura itaat edilmemiş ve düsturun da tahakkuk etmemiş olabilmesi ihtimal dahilindedir. Fakat bu keyfiyet hiç bir veçhile düsturun kıymetine (valeur)'ine, tesir icra etmez. Bu suretle düsturlar, mutlak surette olması icap eden bir şeyi ifade eden ve bu şey tahakkuk etmediği takdirde tekmil kıymetini kaybeden, tabiat kanunlarından, tefrik edilmiş olur.

Ancak, kıymeti bulunan bir düsturun, müessiriyet (efficacite) ve (realite) den önce, başka bir vasfı da bulunması mümkündür. Bu vasıf müessiriyet kabiliyeti (efficience) dir.

Düstur, hitap etmekte olduğu kimseler, yani (sujet) leri tarafından itaati mucip olarak telâkki edildiği ânda, müessiriyet kabiliyetini haizdir. Müessiriyet kabiliyeti, müessiriyet, (efficacite) ve (realite) ile karıştırılmamalıdır. Müessiriyet olsun, (realite) olsun, filî vaziyetlerden meydana gelmektedir. Düstura fiilen itaat edilmiş, ve muhtevası da fiilen tahakkuk etmiştir. Müesseriyet kabiliyeti (efficience) ise, düsturun hitap ettiği kimselerin bir tasavvurundan ibarettir. Düstura itaat edilmesi icap ettiğini bunlar tasavvur ederler. İşte bu tasavvur keyfiyetidir ki, ancak kıymeti bulunan bir düsturdan, müessiriyet kabiliyeti olan (efficiente) bir düstur meydana getirir. Müesseriyet kabiliyetinin, ve müesseriyetin fıkdanı, bir düsturun kıymetine halel getirmez. Müesseriyet kabiliyeti bulunmıyan bir düstur pekâlâ kıymetli bir düstur olarak kalabilir. Zira düstura itaat icap ettiği fikri, zihinlerde uyanmamış olmasına rağmen, düsturun neş'et ettiği objektif vakıalar, onun kıymetini muhafaza etmeğe kifayet edecektir. Düsturların kıymetlerinin vücude geliş hâdisesi, müessiriyet kabiliyetini vücude getiren tasavvur hâdisesile, hiç bir alâka arzetmez. Nihayet, düsturların, yekdiğerlerine mantıken bağlı olması icap ederi, bir silsile dahilinde bir kaç safhadan geçmekte olduğu kabul olunabilir. Evvelâ, muhtevası emir, halinde tezahür edince, düstur sadece hüküm ifade eder, kıymeti haiz bulunur. Kıymeti olan düstur bilâhara, hitap ettiği kimseler tarafından itaati mucip olarak tasavvur edilince, müessiriyet kabiliyetini ihraz eder. Nihayet böylece müessiriyet kabiliyetini haiz bulunan düstur da, fiilen itaate mazhar olunca ve olması gereği, (olana) tahavvül edince, (müessir) olmuş ve (tahakkuk) etmiş olur.

(14) Düsturların ihlâli keyfiyetinin muayyeniyetci (deterministe) bakımdan izahı budur. İrade serbestisi nazariyesine göre ise, bu ihlâl keyfiyeti ferdin düstur tarafından tesbit edilmiş fiil, ile onun aksini yapmak hususunda serbest telâkki edilmesinden meydana gelmektedir.

Artık mes'ele. düsturun geçirmiş olduğu bu tekâmül sırasında pozitivitenin işgal ettiği mevkii tayin etmektedir. Acaba hukukî düstura ne vakit pozitif düstur ismi verilebilecektir? Pozitif hukukun, henüz tecavüz edilmedikçe, tabiî hukuk sahasında bulunulduğuna delâlet eden, teşekkül noktası acaba nerededir?

Hukukun pozitivitesi, onun müessiriyet kabiliyetinde mündemiçtir. Pozitif hukuk düsturu müesseriyet kabiliyeti olan hukuk düsturudur. Fakat müesseriyet kabiliyetinin bazı evsafı haiz olması şarttır. Düsturun haiz olabileceği her çeşit müesseriyet kabiliyeti onun pozitivitesini tesis için kâfi değildir. Bir düstura pozitif hukuk düsturu diyebilmek için, müessiriyet kabiliyetinin, düsturun hitap etmekte olduğu kimselerin büyük bir kütlesine şamil olması icap etmektedir. Şu halde, bir düstura itaat edilmesi lâzım geldiği tasavvuru, ferdî şuurların en büyük kütlesinde vücut bulduğu zaman, hukukî düstur (pozitiflik) vasfını haiz olur. Şayet bu tasavvur keyfiyeti birkaç kişiye inhisar etmekte, ve meselâ, mümtaz bir mütefekkir zümresine, filozoflara, münhasır kalmakta ise pozitivite husule gelmiş sayılamaz. Fakat bununla beraber işbu tasavvur keyfiyetinin mutlak ve tam bir surette taammüm etmiş olmasına da lüzum yoktur. Bilfarz bazı kimselerin muarız olması pozitiviteye halel getirmez. Ancak bu muarızların oldukça mahdut bir akliyet teşkil etmeleri icap eder.

Bu şerait tahtında, hukukun, henüz pozitif hukuk olmazdan Önceki hali, tabiî hukuk olacaktır. Şu halde tabiî hukuk; ancak kıymeti olan, fakat henüz müessiriyet kabiliyeti bulunmıyan düsturlarla, pozitiviteyi haiz telâkki edilemiyecek derece müessiriyet kabiliyeti tahdit edilmiş olan düsturları, ihtiva edecektir. Binaenaleyh, hukuk, müessiriyet kabiliyetini haiz bulunmadığı sıralarda, hiç kimse tarafından itaati mecburî olarak tasavvur edilemiyeceği cihetle, bir (ideologie)'den ibaret kalacak, fakat buna rağmen objektif bir şekilde, kıymeti olan bir hukuk olarak, mevcut bulunacaktır. Zira tabiî hukukun kıymeti, objektif vakıaların mahsulü bulunması itibarile, ferdî şuurlarda-ki tasavvur keyfiyeti ile alâkasız bulunmaktadır. Seçme bir zümre, kıymeti bulunan bir hukuka itaat etmek icap ettiğini şuurlarında tahakkuk ettirdikleri anda, hukuk sırf bir ideologie olmaktan çıkar. Fakat henüz bu düstur ancak bir tabiî hukuk düsturudur. Şayet bu sırada bu düstura itaat edilmesi icap ettiği tasavvuru, taammüm edecek olursa, işbu düstur tabiî hukuk halinden, pozitif hukuk haline geçer[15]. Nihayet pozitif hukuk da yekdiğerini takip eden iki hal ar-

(15) *Ferdî şuurlar kütlesinin, hukukun teşekkülünde bir rol oynadığı fikri umumiyetle kabul olunmuştur. Ancak bu rolün mahiyeti hakkında ittifak yoktur. Bilfarz Duguit'ye göre, ferdî şuurların müdahalesi bizatihi hukukun menşeindedir. Hukuku onlar yaratmaz. Çünkü düstur muhteva ve emir ile onların müdahalesinden evvel mevcuttur. Ancak bu düstur, içtimai bir düstur olup hukukilik vasfını henüz almamıştır. Ona hukukilik vasfını veren işte ferdî şuurların onu kavraması keyfiyetidir. Ferdî suurlar, düsturun içtimaen tanzim edilmiş bir müeyyidesi bulunması lâzım geldiğini, anladıkları anda içtimai duştur hukuki bir düstur olacaktır. (Duguit Droit Const. 3 cü cd. I. p. 92).*
Burada müdafaa edilen pozitivite mefhumuna yakın bir görüş tarzı da (L'illicite. I. l/imperatif juridique Th. Dr. Paris 1928) adlı eserde Rene Capi-tan tarafından ileri sürülmüştür.
Müellifin pozitivite'yi, düstura itaat edilme keyfiyetinde bulduğu zannolunmaktadır. Ancak düsturun müesseriyet kabiliyetile, (efficience) ile, müessiriyeti (efficacite) si arasındaki fark: iyice görmediği için, müellif pozitivitenin düstura itaat edilmesi icap ettiği keyfiyetinin tasavvurunda mı, yoksa bilfiil itaat edilmiş olmasından mı, bulunduğunu tasrih etmiyor. Bu hususta eserde bir mübhemiyet göze çarpmaktadır. Sahife 115, 122 ve 129 a bakınız,

zeder. Teammül halile yazılı hal. Teammül hukukile yazılı hukuk pozitif hukukun iki halini teşkil etmektedir. İşte objektif hukukun tahassülünün takip etmiş olduğu seyir bundan ibarettir.

Binaenaleyh bu tarzı telâkkiye göre, tabiî hukuk, bazan iddia olunduğu gibi olması icap eden hukuk (das Sollen des Sollenden) vasfını haiz değildir. Tabiî hukuk, pozitif hukukun hiçbir vakit tamamile benziyemiyeceği, erişemiyeceği, fakat daima yaklaşmak istediği ideal bir hukuk telâkki edilemez. Bizim anladığımız tabiî hukuk, olan hukuktur, (das Sein des Sollenden) yegâne olan ve olabilen hukuktur. Ancak bir tek hukukî nizam vardır: O da bazı objektif unsurların tayin ettiği nizamdır. Bu hukuk evvelâ tabiî hukuk halindedir. Cevherini de- ğiştirmeksizin pozitiviteyi iktisap edecek olan hukuk, işte budur. (İdeal)'e en uygun vaziyet, hukukun teşekkül eder etmez (positivite'yi iktisap etmesidir. Hukuk teşekkül eder etmez, hemen ferdî şuurlar kütlesinde, ona itaat icap ettiği tasavvuru belirmeliydi. Bir düstur, düstur kıymetini alır almaz, pozitif olmalıydı. Fakat insanın yanılabilmesi yüzünden fiiliyatta daima böyle olmuyor.İnsanlar müessiriyet kabiliyeti bulunan düsturların, tahakkukunu dileyebilecekleri gibi, düsturun hakikî kıymeti hakkında hataya da düşebilecekler ve yahut ta onun hüküm ifade ettiğini inkâr etmemekle beraber, onu itaati mecburi olarak telâkki etmekten imtina edebileceklerdir. Fakat bütün bu saydığımız haller hukukun marazlarını (pathalogie)'sini teşkil etmektedir.

Hukukun izah edilen, bu moniste telâkki tarzı, bazı neticelerden de aydınlanabilmesi için bir takım mütemmim mütalealara daha muhtaçtır. Cari olan (doctrine) de hukukun pozitivitesi devlete bağlanmaktadır: Pozitif hukuk, devlet tarafından (formüle) edilmiş ve müeyyidesi konmuş olan, hukukdur. Zira pozitif hukuk insan eseridir. Fakat hukuk içtimaî bir kudretten sadır olmalıdır. Siyasî cemiyetlerin bugünkü nisanıma göre, bu kudret devletin kudretidir. Şu halde bütün pozitif hukuk, yazılı hukuka inhisar etmektedir. Halbuki bu görüş tarzı hukukî teammül mes'elesinin hallinde müşküllerle karşılaşmaktadır. Buna mukabil, pozitivite'yi içtimaî bir (autorite)'nin müdahalesi haricinde, hukukun geçirebileceği basit bir safha olarak telâkki etmekle mes'ele kolayca halledilmektedir.

Teammül mes'elesi şu şekilde karşımıza çıkar. Teammülî düsturlar yalnız hukukî düstur değil, ayni zamanda pozitif hukık düsturudur.

Böyle olmakla beraber devletin müdahalesi olmaksızın teşekkül etmektedirler: Teammülî düsturu, örf ve âdet halinde, nisbeten uzunca bir müddet, ona tâbi olmayı kabul eden, kimsiler, (sujet) ler, meydana getirirler.

Şu halde hukukî (pozitivizm) taraftarlarınca teammülün, nasıl olup ta hukuk telâkki edilebileceğini caisual olur. Zira hukukî pozitivizm ancak pozitif hukuku, hukuk olarak kabul etmektedir. Pozitif hukuksa, ancak devlet tarafından (formüle) edilen ve müeyyidelenen hukuktur. Halbuki cari olan pozitivite telâkkisini kabul eden tabiî hukuk taraftarları için ise, teammülün pekâlâ hukuk olarak kabul edilmesine hiç bir mali bulunmadığı aşikârdır. Fakat teammülü ne şekilde pozitif hukuk addettikleri iyice anlaşılmamakta, ve teammülün, onlar nazarında olsa olsa tabiî hukuk telâkki edilebileceği neticesine varılmaktadır.

Bu güçlükleri yenebilmek, ve teammül hukukunun, hakikaten hukuk, ve pozitif hukuk olduğunu isbat edebilmek için, bir çok nazariyeler meydana getirildi[16]. Mamafih müdafaa edilen bu nazariyelerin hiç biri tamamile kanaatbahş değildir.

Evvelâ, teammülü, vazii kanunun zımnen kabul ettiği bir kanım farzeden (Romano-Canonique) nazariyeyi ele alalım. Bu nazariyeye göre teammül bir nevi zımnî pozitif hukuktur. Fakat bu şekli izah pek müspet değildir. Zira devlet teammülü kabul etmekten ziyade ona boyun eğmektedir. Esasen filiyatta bu nazariyenin varmak istediği gaye, devlete, pozitif kanun vasıtasile, teammülü değiştirmek hakkının tanınmasından ibarettir.

Teamülü bir (judje made lav.) telâkki eden (Anglo-Saxone) nazariye ise, mes'eleyi daha iyi izah etmektedir. Fakat o da nazarî bir itiraza maruz kalmaktadır.

Şöyle ki; tabiî ahvalde hâkim hukuk yaratmaz. Hususî bir hal muvacehesinde hukuku müşahede eder. Hâkimin müdahalesi için, evvelce mevcut bir hukuka ihtiyaç vardır. Şu halde teammülün teşekkülü, hâkimin müdahalesine tekaddüm etmektedir.

Hakikati halde, cari olan pozitivite telâkkisile, teammülî hukuk meselesi gayrikabili haldir. Fakat şayet bunun aksine olarak pozitivite'yi, müessiriyet kabiliyeti (efficience) dediğimiz hukukun hususî bir hali olarak kabul edecek olursak, teammülî hukuku, pozitif hukuk olarak kabul etmemek için ortada hiç bir sebep kalmaz. Malûm olduğu veçhile, pozitif düstur fertler kütlesi tarafından itaati mucip telâkki edilen düsturdur.

Esasen teammülün, çokluk (collectivite) vasıtasile teşekkülünde müşahede edilen hâdise ise, izah etmiş olduğumuz hâdisenin aynidir. Zira, teammül, düsturun müessiriyet kabiliyetinden meydana gelmiş olmakla beraber, bilfiil düstura itaat e-dildiği için var olmuş değildir. Onu var eden keyfiyet, fertler kütlesinin, ona itaat icap ettiğini tasavvur etmeleridir. Şu halde teammül de pozitif hukuktur. Zira bu hukukun vasfı mümeyyizini söylediğimiz hâdise teşkil etmektedir. Şu halde teammül, henüz yazılı hukuk, yani devlet tarafından (formüle) edilmiş pozitif hukuk şeklini almazdan önce, pozitif hukukun geçirmiş olduğu normal bir haldir. Teammülî şekil, pozitif hukukun, yazılı hukuk olmazdan evvel geçirdiği normal bir merhaledir. Bununla beraber (Anglo-Saxon) devletler istisna edilecek olursa, (Yazılı hukuk devleti) ismi verilen, asrımızın bilûmum devletlerinde, teammül istisnaen pozitif hukuk olarak kabul olunmaktadır. Şu halde bu vaziyet teammülün, hukukun teşekkülünde normal bir merhale teşkil etmekte olduğu iddiasile nasıl telif edilebilecektir, Yazılı hukuk sisteminin, hukuku, tabiî hukuk halinden, hiç bir istihale geçirmesine lüzum olmadan, yazılı, pozitif hukuk haline geçirdiği zannolunur. Böylelikle de pozitif hukukun, ancak devletin (formüle) ettiği hukuktan ibaret olduğu zehabına kapılır. Fakat burada mevzuu bahsolan mes'ele, devlet teşkilâtında üstün tanınan bir iktidardan başka bir şey olmadığı meydana konunca, iddia kendiliğinden sukut eder.

(16) Lairbert; La fonction du droit civil compare Paris 1902 T. I. p.II. Valette, Du role de la coutume dans l'elaboration du droit prive positif ac-tuel, Th. Dr. Lyon 1907.

Yazılı hukuk sistemile, teammülî hukuk sistemi arasındaki fark, ancak, hâkimin teammülü nazarı itibara alıp almamak hususunda, mezun bırakılmış olup olmamasında kendini gösterir. Teammülî hukuk sisteminde, hâkim teammülü nazarı itibara alabildiği halde, yazılı hukuk sisteminde alamaz. Fakat bu keyfiyet teammülî hukukun mevcudiyetine halel getirmez. Zira Devlet tarafından (formüle) edilmemiş olmakla beraber, bir düstura itaat icap etmekte olduğu umumiyetle kabul olunmuş bulununca sırf hâkimin bu düsturu nazarı itibara alamamış olması, müessiriyet kabiliyeti hâdisesinin meydana gelmiş olmasına mâni olamıyacağı cihetle, teammülün de pozitif hukuk olduğunu kabul etmek icap edecektir.

Ancak bu hukuk nazariye halinde kalır: Fertler bu hukuku itaati mucip telâkki etmekle beraber, hâkimin nazarı itibara almayacağını da bildikleri için tahakkuk ettirmeğe mecbur olmıyacaklardır. Pozitif hukukun, tabiî hukuka, tâbi olması icap ettiği mes'elesi monist telâkki sayesinde kolay bir sureti hal bulmuş olmasına mukabil, (dualiste) telâkkide hüküm süren pozitivite mefhumu yüzünden mesele eksik bir surette izah edilmiş oluyor. Halbuki tabiî hukuk taraftarları için meselenin büyük ehemmiyeti vardır; zira takip ettikleri gaye; devleti, vazii kanunu, hukukî bir şekilde tahdit etmektir. Bu tahdit ise, hususile tabii hukukun üstünlüğüne istinat ettirilmektedir.

Şayet, tabiî hukukla pozitif hukuk, kaynaklarının başka başka olmasından dolayı, yekdiğerinden ayrı iki hukukî sistem vücude getiriyorlarsa, birinin diğerine nazaran üstün olması anlaşılır bir keyfiyet değildir. Her birinin kıymeti, kuvvet aldıkları ayrı kaynaklarla alâkadardır. Her birinin kıymeti diğeri muvacehesinde istiklâli haizdir; biri, diğeri tarafından tahdit edilemez.

Buna mukabil, şayet, pozitif hukukun, müessiriyet kabiliyeti dediğimiz, bir vasfın ilâvesile, meydana gelmiş tabiî hukuktan başka bir şey olmadığı iddia olunacak olursa, bu iki hukuk arasında mevcut olabilecek münasebet, kolaylıkla anlaşılır. Pozitif hukuk bilmecburiye tabiî hukuka tâbi olacaktır. Zira muhtevası, tabiî hukukun muhtevasından başka bir şey olmadığı gibi, mahiyeti de ayni hukukun değişik vasıflar iktisap etmiş olmasından ibarettir. Şu halde pozitivite, ancak, esasen kıymeti bulunan, bir düstura yani tabiî hukuk düsturu vasfını haiz bulunan bir düstura, bağlanabilir.

V

Pozitif hukukun yanıbaşında tabiî hukukun da tanınmış olmasile, bir ikiliğin meydana gelmesine sebebiyet veren, işbu pozitivite mefhumunun, yalnız pozitif hukukun menşe-ve kaynağından neş'et etmediği, bunlardan başka unsurların'da pozitiviteyi tavsif ettiği iddia ediliyor. Bu suretle tabiî hukuk, ve pozitif hukuk ikiliğinin de, tezayüt etmekte olduğu da ayrıca ilâve olunuyor. Fakat bu iddialara rağmen; ya pozitivite unsuru olarak ileri sürülen unsurların, mevcudiyetleri şüpheli bulunuyor, ve yahut ta, mevcudiyetleri kabul olunsa bile, hukukî sistemde, düsturların menşelerine istinat ettirilen pozitivite mefhumunun, husule getirdiğine müşabih, bir ikilik vücude getirmedikleri görülüyor.

Evvelâ müeyyideli bir hukuk olmıyan tabiî hukukun, müeyyidesi bulunan pozitif hukuktan ayrıldığı iddia olun-

du[17]. Tabiî hukuk objektif akıldan meydana geldiği için, mantık kaideleri gibi bedihidir. İster fertlerden, ister içtimaî vakıalardan istihraç edilmiş olsun, lüzumlu olduğu için ayni bedahati ona tanımak gerektir. Şu halde tahakkuk edebilmesi için hiç bir cebre ihtiyaç yoktur. Hatta denilebilir ki, cebrin müdahalesi tahakkukuna zararlı bile olabilir. Buna mukabil insan (autorite) sinin keyfî bir mahsulü olan pozitif hukukta ise, ayni bedahat yoktur. İnsanlar, onun, tesbit ettiği tarzdan başka türlü hareket edebilirler. Bizatihi (automatique) bir şekilde tahakkukunu temin edecek bir kudrete malik olmadığı içindir ki, bu tahakkuku temin maksadile cebre dayanan, bir müeyyideye ihtiyaç hasıl olmuştur. Şu halde cebir, pozitif hukukun esaslı unsurlardan biridir. Diğer cihetten, bu cebir yalnız (psychologique) bir cebir şeklinde değil, fakat bazı şartlar altında, bir insanın diğer bir insana haricen yapabileceği, maddî bir cebir şeklinde anlaşılması lâzım gelmektedir. Binaenaleyh bu cebir keyfiyetinin de tanzim edilmesi icap ettiğinden, pozitif hukukun vasfı mümeyyizi yalnız hattı hareket kaidesi (formüle) etmesinde değil, ayni zamanda ona bağlanan (cebir düsturunu da) vazetmesindedir.

Şu halde tabiî hukukun aksine olarak, pozitif hukuk, münhasıran bir cebir nizamından ibarettir. (Vwasegsordung). Demek oluyor ki, hukuk, müeyyide bakımından yekdiğerinden ayrı iki kaide sistemi, iki nizam ihtiva etmektedir.

Her şeyden önce bu iddiaya; tabiî hukukun, mahiyeti itibarile müeyyedelenemiyen bir hukuk olarak telâkki edilmesinin doğru olmıyacağı ileri sürülmek suretile cevap verilebilir. Tabiî hukukun da, müeyyideli bir hukuk olabilmesine, hiç bir mâni yoktur. Zira, objektif menşeine rağmen tabiî hukukta, herkese kendini bilmecburiye kabul ettiren, herkes tarafından itaate mazhar olmasını temin eden, bedahat mevcut değildir. Burada düsturun müessiriyet kabiliyeti ile müessiriyeti, birbirine karıştırılmaktadır. Olabilir ki tabiî hukuk düsturunun bedaheti - şayet bedahet mevcut ise - ona itaat lâzım geldiği tasavvurunu yaratabilir. Fakat bu keyfiyet, muhakkak, ona fiilen itaati temin eder denilemez. Tabiî hukuk ta, pozitif hukuk gibi tahakkuk sahasında ayni mânilere tesadüf edebilir. Şu halde şayet tahakkuku için, müeyyide bu sonuncuya (yani pozitif hukuka) lüzumlu ise, diğerine de ayni şekilde lüzumludur.

Bu böyle olmakla beraber, nazariyatta tabiî hukukun müeyyideli bir hukuk olmasına mâni yoksa da, fiiliyatta tabiî hukukun müeyyidesi yoktur: pozitif hukuk müeyyideli yegâne hukuktur. Fakat bu fark hukukta bir sistem ikiliği meydana getirilmesini, tabiî hukukla pozitif hukukun ayrı iki hukukî sistem olarak yekdiğeri karşısına dikilmesini icap ettirmez. Çünkü müeyyide, hukukî düsturun haricinde kalan, ve onun cevherini teşkil etmiyen bir unsurdur. Tabiî hukuk için olduğu kadar pozitif hukuk için de bu böyledir. Tabiî hukuk düstûru, kıymeti haiz olduğu esnadan itibaren mevcuttur. Düsturî kıymeti, yani ihtiva ettiği emir, onu meydana getirmeğe kâfidir. Pozitif hukuk düsturuna gelince, müessiriyet kabiliyeti husule gelir gelmez mevcudiyet ifade etmektedir. Bu düştürüp pozitif mahiyeti ona,

(17) Kelsen, Die idee des Naturrechts op. cit. p. 225.

itaat edilmesi icap ettiği tasavvurundan ibarettir. Bu itibarla, müeyyide pozitivitenin inşaî bir unsuru olmayıp, ancak pozitif hukukun müessiri/et ve tahakkuku sırasında mevzuu bahsolmaktadır. Müeyyide düstura bilfiil itaat edilmesini temin edecek ve (olması gereğin), (olan)'a tehavvül etmesine, yardım edecektir. Hattâ daha ileri giderek, bu sahada faydalı bir 10i oynamasına rağmen denilebilir ki; müeyyide, bir lâzımı gayrimüfarik olarak telâkki edilemez. Zira, düstura itaat edilmesi icap ettiği tasavvurunu, kuvvetle duyan kimseler üzerinde, düstura riayet ettirerek, tahakkukunu temin etmek hususunla, müeyyide hiç bir rol oynamamaktadır. Düsturun tahakkuku için, bu tasavvur keyfiyeti ekser ahvalde yalnız başına kifayet etmektedir

Bir çok kimselerin, ceza kanununun hükümlerine itaat etmesi giyotin veya zindan korkusundan bambaşka sebeplerden neş'et etmektedir. Pozitif hukukla tabiî hukuk arasında mevcut olan diğer bir farkın da. hususile pozitif hukukun yegâne müeyyideli hukuk olarak telâkki edilmesi itibariyle, pozitif hukuk düsturlarının farzî (hypothetique) ve buna mukabil, tabiî hukuk düsturlarının ise kat'î (categorique) olmalarında, bulunduğu iddia edilmiştir. Tabiî hukuk sadece:

Şunu yap demede iktifa eder. Pozitif hukuk ise:

Şunu yapmazsan, müeyyide olarak şu netice husule gelecektir, der.

Halbuki, iki hukuk arasında yapılmak istenilen bu tefrik de mevcut değildir: Fakat, farzî (hypothetique) düstur mefhumunun yanlış anlaşılmasından neş'et etmektedir. Bir düsturun farzı (hypotheque) oluşu, bir müeyyidenin mevcudiyetine bağlı olmayıp ancak, düsturun takip ettiği gayenin ihtiyarî bir vasıf arzetmesine bağlıdır. Herhangi bir faaliyet, daima, fiil vasıtasile elde edilecek bir neticenin tahakkuku içim yapılır. Bu onun gayesidir (finalite). Demek oluyor ki bu faaliyeti tanzim eden düstur, işbu gayenin tahakkukunu, hedef ittihaz etmektedir. Şu halde bu gaye ihtiyarı olursa düstur (hypothetique), mecburî olursa (categorique) olacaktır: Hypothetique düsturun (formule'ü: Şayet filân neticenin husule gelmesini istersen, şunu yap, bu neticeyi isteyip istememekte serbestsin; şeklindedir.

Artık şu söylediklerimizden sonra, pozitif hukuku tabiî hukuktan, emrin mahiyetile tefrik etmeğe imkân olmayacağı kolayca anlaşılır Hukuk pozitif olsun, tabiî olsun darama (objet) ye maliktir. Bu (objet) ise insan faaliyetlerini ranuayyen bir tarzda tanzim etmekten ibarettir. Binaenaleyh, hukukun gayesi, insan faaliyetlerini bazı neticelere doğru tevcih etmektir. Bu neticelerin tabiatları birdir. Zira her iki şıkta da mevzuu bahsolan hukukî vasfı haiz düsturlardır. Neticeler de ayni olduğundan, şayet, bu neticelerin tahakkuku, biri için mecburî telâkki edilirse, diğeri için de mecburî, biri için ihtiyarî farzedilrse, diğeri için de ihtiyarî olacaktır. Binaenaleyh, hukukî gaiyet (finalite), her zaman ya ihtiyarî ya mecburîdir. Şu halde, tabiî hukuk kat'î (categorique) dir. halbuki pozitif hukuk farzîdir (hypothetique) dir, denemez. Şayet tabiî hukuk categorique ise pozitif hukuk ta öyledir.

Nihayet daha cür'etkârane bir iddiada da bulunuldu, ve pozitif hukuk yegâne düsturî hukuktur, dendi;[18] ve yalnız onun düsturlar ihtiva ettiği, yani bir ol-

(18) Kelsen, Die İdee des Naturrechts op. cit. p. 228.

ması gerek ifade ettiği ileri sürüldü. Buna mukabil tabiî hukukun düsturî olmadığı, bir olması gerek ifade edeceği yerde, bir mutlak oluş (münsen) ifade ettiği ilâve olundu. Her kaide, bir hâdise ile, onun neticesi arasında bir münasebet tesis eder. Tabiat kanununun, vasfı mümeyyizi, ifade ettiği münasebetin, bir illiyet münasebeti olmasındadır. Halbuki tabiat kanunundan ayrılan, düsturun ifade etmekte olduğu münasebet ise, bir gereklik (devoir) münasebetidir. İlliyet münasebeti tabiat muayyeniyetciligin bir neticesi olarak, hâdise ile netice arasında mutlak bir oluş (Münsen), ifade ettiği halde gereklik münasebeti, evveliyatla netice arasında bir olması gerek ifade eder. Binaenaleyh, mademki tabii hukuk düsturunun tesis ettiği münasebet objektif menşe dolayısile bedaheti sayesinde kendini bilmecburiye kabul ettirmededir; ve madem ki onun tahakkuku için haricî bir cebir lüzumsuzdur, ve nihayet madem ki münasebetin tahakkuku dahili bir lüzumdan mütevellittir; demek oluyor ti, bir illi zaruret (necessite causale) muvacehesinde bulunmaktadır. Burada bir olması gerek değil, fakat tabiat kanununda olduğu, gibi bir (mutlak oluş) mevzuu bahistir. Binaenâeyh tabiî hukuk kaidesi bir düstur değildir; tabiî hukukta düsturî vasıf yoktur, dendi.

İrat edilen edilen yeknazarda oldukça kuvvetli gibi görünürse de, hakikati halde hiç te öyle değildir. İleri sürülen delâil, tabiî hukukun ahkâmındaki bedahat dolayısile, tahakkukunu mecburî olması icap edeceği, keyfiyetine istinat et-hatin mevcut olduğu kabul edilse bile, muhakkak surette düsturun tahakkukunu iltilzam edeceği iddia olunamaz. Beşerî mektedi: Halbuki önce de izah edilmiş olduğu veçhile bedafaaliyet, ne tabiî hukuk, ne de pozitif hukukun, zarurî bir ifadesi değildir. Her iki şıkta da insan, düsturun tesbit ettiği tarz haricinde hareket edebilecek kudrette, şuurlu ve iradeli bir mahlûktur. Şu halde tabiî hukuk kaideleri de, insan için bir mutlak oluş değil, fakat bir olması gerek ifade etmekte olduklarından birer düsturdurlar.

Kelsen'in Hukuk ve Devlet Teorisi(*)

Doç. Dr. Muvaffak Akbay

Avusturyalı hukukçu Kelsen'in hukuk ve devlet nazariyesi, son zamanların en fazla üzerinde durulmuş ve münakaşa edilmiş nazariyelerindendir. Gerek Almanya'da gerekse merkezî Avrupa'da ve İtalya'da bu görüş tarzı, büyük akisler tevlit etmiştir.

Kelsen'in teorisinin XIX uncu yüzyıl Alman pozitivizm cereyanının bir devamı olduğu söylenebilir. Gerber'in kurduğu pozitivizm mektebi, bilindiği gibi, Laband ve Jellinek taraflarından tekâmül ettirilmiş ve hukuk ilmini tarihî, siyasî ve içtimai unsurlardan ayıklamak amacını gütmüştür. Ayni endişeye Kelsen'de de rastlanır. Ancak, bu sonuncu müellif, hukuk nazariyesini bir takım felsefi esaslara istinat ettirmek suretiyle, bir çok bakımlardan tamamen orijinal fikirler ortaya atmağa muvaffak olmuştur.

A — Kelsen nazariyesi üzerine müessir olan felsefi cereyanlar: Kelsen'in hukuk ve devlet hakkındaki görüş tarzına nüfuz edebilmek için onun mülhem olduğu felsefî cereyanlar üzerinde durmak zarureti vardır. Filhakika bu müellif Kant'ın ve onun muakkiplerinin, yani bir taraftan Rudolph Stammler'in ve diğer taraftan Marburg mektebi diye anılan neo-kantisme (Cohen, Natrop) cereyanının tesiri altında kalmıştır.(1)

Kant'ın deneyüstü felsefesi, ilk defa olarak Stammler tarafından hukuk ilmine tatbik olunmuştur. Stammler, bu suretle, bütün içtimaî hadiseleri iktisadi âmillerle izah etmek isteyen ve cemiyetin altyapısını (infra-structure) iktisadî âmillerin teşkil ettiğini, hukukun, ahlâkın, tarihin daimî bir şekilde bu iktisadî âmillere tâbi olarak değişiklikler arzettiğini ileri süren tarihî maddeciliğe bir tepki yaratmak arzu etmiştir. Stammler'e göre, hukukî nizam, iktisadî olayları takip eden bir üstyapı (Super-structure) değil, bilâkis iktisadî hayatın ve cemiyetin mantıkan kabli bir unsurudur. İktisadî ve içtimaî vakıaların hukuk ile münasebetleri, materyalistlerin iddia ettikleri gibi, bir milliyet münasebeti değildir. Yani hukuk kaidelerinin esasını, sebebini iktisadî âmiller teşkil etmez. Bilâkis, iktisadın, cemiyetin bahis mevzuu olabilmesi için hukuk şarttır. Binaenaleyh, iktisat ile hukukun münasebetinde hukuk başta gelir. Demek oluyor ki hukuk, gerek iktisattan gerekse sosyolojiden müstakil olarak tesis olunabilir.

Stammler'e göre, hukuk bilgisinin şeklî (formel) unsurunu maddî muhtevasından ayırdetmek lâzımdır. Saf hukuk, bizatihi hukuk bir şekiller, kalıplar mecmuasıdır. Maddî muhteva, hukuk değildir. Her hangi bir fikir hukukî bir şekilde ifade edilmek istenildiği takdirde hukukî kalıplara sokulur. O halde, hukuk felsefesi, hukukî bir tarzda dü-

(*) Bu makale, ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt 4, sayı 1, 1947, s. 29-47'den aynen alınmıştır.
(1) Simonovitch, Les theories contemporaines de l Etat, Paris 1939, S 18.

şünmek için düşüncemizi soktuğumuz kalıplar sistemidir. Hukuk mefhumu, haddizatında hiç bir muhtevası olmayan bir düşünce kalıbından ibarettir[2]

Neo-Kantisme cereyanına gelince: Kelsen bu mektebin bilgi teorisinden mülhem olmuştur. Bu mektebe göre, bilginin mevzuunu, o bilgiyi elde etmek için kullanılan metod yaratır. Bilgi, eşyanın birbiriyle olan münasebetlerini tesbit etmek olduğuna göre bu münasebeti meydana koyabilmek için, evvelâ, eşyanın hudutlarını tayin etmek lâzımdır. Halbuki, tabiatte, hudutları tayin edilmiş şeyler yoktur. Biz aklımız delaletiyle mevcudattan «şey»ler yaratırız, o halde bir bilgiye sahip olabilmek için sun'î bir tecrit yapmak zorundayız. Meselâ, bir at ve üstündeki süvari bir tek «şey» olarak nazarı itibara alınabileceği gibi sadece at veya sadece atın başı veya gözü de nazarı itibara alınabilir.[3] İşte bu tecrit bir metoddur. Binaenaleyh, bilginin mevzuunu, kabul edilen metod yaratır. Metod değişirse bilgi mevzuu da değişir. İlmî bir bilgi, muayyen bir metodla elde edilen bir malûmat silsilesi demektir. O halde, bilginin ilmiliği metodun safiyetile ölçülür.

İki türlü bilgi vardır. Birincisi realiteyi «olan»ı tetkik eder ve izah eder. Realiteden maksat, illiyet kanununa tabi maddi ve psişik âlemdir. Bütün tabii ilimler ve sosyoloji bu birinci kısma dahildir. Realiteyi arayan ilimlerin hepsinin metodu aynıdır. İkincisi, ise düsturcu (normatif) ilimlerdir. Bunlar realiteyi, «olan»ı değil ideal şekli, «olması lâzımgelen» i ararlar. Hukuk bir normatif ilimdir. İşte bu iki nevi bilginin metodlarını birbirine karıştırmamak lâzımdır. Aksi takdirde ilmi bir bilgi edinilemez.

B — Kelsen'in hukuk nazariyesi: İşte Kelsen, bir taraftan Alman pozitivistlerinin, diğer taraftan da, Stammler'in saf hukuk nazariyesinin ve neo-kantism cereyanının ortaya attığı: ilmî bilginin bir malûmat yığını olmayıp muayyen bir metodla elde edilen sistemli bir bilgi manzumesi olduğu hususundaki iddianın tesiri altında kalarak hukuk nazariyesini inşa etmiştir.

Kelsen'e göre, saf hukuku elde edebilmek, yani hukuku ahlâkî, siyasî, içtimaî muhtevasından ayırdederek mütalâa edebilmek için Kant ve muakkiplerinin bilgi teorisini benimsemek zaruridir. Başka bir ifade ile, saf hukuk teorisinin iki felsefî temel mevzuası (postulat) vardır:

1—Bilgi metodunun saf olması prensibi: Yani muayyen bir bilgi edinilirken, önümüze çıkacak meseleleri aynı görüş zaviyesinden tetkik etmek ve bu görüş zaviyesini asla değiştirmemek,

2— Bilgi mevzuunun vahdeti prensipi; yani ilmi bilgi ancak muayyen bir metod sayesinde elde edilir. Metod değiştirilecek olursa mevzu da değişir ve iktisap edilen malûmat ilmi olmaktan çıkar. Filhakika, müellife göre, her ilmin diğer ilimlerin mevzuundan ayrı ve kendine has bir mevzuu vardır ve bir bilginin ilmî bir bilgi olabilmesi için kendisine has metodun ve yalnız o metodun kullanılması lâzımdır.

İzahcı ve düsturcu ilimler.— Hukuk ilminin mevzuu, sadece hukuk düsturları (norm) olmalıdır. Çünkü hukukun cevheri, düsturcu (normatif) bir vasfı haiz bulunması başka bir ifade ile «olması lâzımgelen» (sollen) ile meşgul olmasıdır[4].

(2) Simonovitch., Op. cit., S. 19

(3) Peretiatkowicz. La methode normative en droit public, Archives de philo. de dr et de sociologie jur., 1940, 1-4, S. 230.

Kelsen'in normatif doktrini tabiî ve hakikî âlemle kıymet hükümleri âlemi, yani «olan» (Sein-etre) ile «olması lâzımgelen» (Sollen -devoir etre) arasında mevcut esaslı zıddiyete istinad eder. Müellife göre, insan bilgisini iki gruba ayırmak mümkündür. Birinciler, şeniyet (realite) âlemini tetkik ederler ve illiyet prensibine istinat ederek hakikî vakıaların sebeplerini araştırır, müşahede eder ve bu vakıaların birbirini takip etmesini izah eylerler. Bu nevi bilgilere izahcı ilimler (Sciences explicatives) adını vermek mümkündür. Bu sadece «olan» (sein) ile iştigal eden ilimler arasına bütün tabiî ilimleri ve sosyolojiyi sokmak mümkündür.

İkinciler ise, bilâkis ideal âlemine, vecibeler âlemine tevcih olunmuşlardır. Bunlar hakikatte mevcut olanla iştigal etmezler: Bunların gayesi «olması lâzımgelen» (sollen) hakkında düsturlar, normlar vaz etmektir. Bunlar, vakıaları, realiteyi izah ile meşgul olacak yerde ideal âlemi kurmağa çalışırlar, fiiliyatta uyulmasa bile uyulması gereken düsturlar, normlar vazederler. Bu kabil bilgilere düsturcu ilimler (Sciences normatives) adı verilir ki, bunlar başta hukuk olmak üzere, ahlâk, mantık; gramer gibi ilimlerdir.

Hukuk düsturcu bir ilimdir.— Kelsen'e göre, hukuk, tamamen ve münhasıran normatif bir ilimdir. Ancak, bundan, hukukun; tabiî hukuk mektebinin yaptığı gibi keyfî bir takım hattı hareket düsturları koyabileceği anlaşılmamalıdır. Hukuk, bu normların özünü, yani vaz eylediği vecibelerin esasını müsbet hukuktan alır. Hukukun bir «ilim» addolunabilmesi için sırf «olması lâzımgelen» ile iştigal eylemesi ve gayesinin vakıaları değil kaideleri, düsturları metodik bir şekilde tesbit etmekten ibaret bulunması lâzımdır.[5] Hukukun sahası, sadece ideal bir mevcudiyeti haiz olan ve «olması lâzımgelen»i bildiren normlara inhisar eder. Hukuk ilminin, ilmî araştırma mevzuu «norm»dur. Tabiat âlemi, realite âlemi, içtimaî vakıalar âlemi illiyet kanununa tabidir. Hukuk âlemi ise normlara tabidir. Orada sebep ve neticeyi birbirine bağlayan illiyet kanunu yoktur.[6] Hukuk âlemi, hukuk normunu insanların ef'aline tatbik eder. Tabiat kanunlariyle hukuk normları arasındaki kesin fark şu suretle izah edilebilir: Tabiat kanununa göre A var olan ise B olacak olandır. Hukuk normuna göre A var olan ise B olması lâzım gelendir. Felsefi bakımdan, «olan»lar âlemi ile «olması lâzımgelen»ler âlemi arasındaki zıddiyet tabiat ile düşünce arasındaki zıddiyetten başka bir şey değildir.

Pozitivizm ve formalizm.— Kelsen'e göre, hukukçu, müsbet hukuk nizamlariyle meşgul olur. Hukukun umumî teorisini vücuda getirebilmek için bütün müsbet hukuk nizamlarına müşterek olan prensipleri meydana çıkarmak lâzımdır. Bu neticeye varmak için de hukukun şeklini mütalâa etmekten ve şeklî bir takım anlamlar tesbit etmekten başka çare yoktur. Zira, ancak her türlü maddî muhtevadan tecerrüt etmek ve sadece şekil ile meşgul olmak sayesindedir: ki bütün müsbet hukuk nizamlarına müşterek olan cihetler elde edilebilir. Bir hukuk nizamından diğe-

(4) Simonovitch, op. cit., S. 20.

(5) Peretiatkowicz, op. cit., S. 227

(6) Kelsen; Les rapports de syteme entre le dr. interne et le dr. inter. pub., Recueil des Cours, 1926, C. 14., S. 234

rine muhteva değişse bile, sabit kalan yalnız şekildir. Hukukun umumî teorisi ancak şekli (formel) bir teori olabilir[7].

Saf hukukta gaî mülâhazaların yeri yoktur.— Saf hukuk (droit pur) ilminde her türlü siyasî, sosyal, ahlâkî unsurların yeri yoktur. Çünkü, müellife göre, bunlar hukuk dışı mefhumlardır. Hukuk ilmi, hukuku hakikatte olduğu gibi ele alır ve izaha çalışır. Hukukun âdil olduğunu isbata ve gayri âdil olduğunu iddiaya kalkışamaz. Hukuk ilmi, âdil hukuku değil hakikî ve mümkün hukuku bilmek ister. Kelsen'in fikrince, bir kanun için: âdil veya gayri âdil demek hukukçunun değil ahlâkçının işidir. Kanun vazını tenkit ise siyaset adamının işidir.[8] Saf hukuk teorisi realist ve şeklîdir. Onda gaî (teleologique) mülâhazaların, ideolojilerin ve tabiî hukukun yeri yoktur. Hukuk âlemi «hukukî hâdiselerin bir geometri»sinden başka bir şey değildir.

Hukuk normunun mümeyyiz vasfı.— Kelsen'e göre, hukuk ilmi bir hukuk normları sistemidir. Müsbet hukukun ihtiva eylediği düsturlar, ideal bir sistem, normatif bir vahdet teşkil ederler. Hukuk normlarının bir takım vasıfları vardır ki, bu normların bir araya gelmelerinden ibaret olan hukuk sistemlerinde de aynı vasıflara rastlanır:

1 — Hukuk normu «olması lâzımgelen»i (Sollen)i bildirir. Hukuk düsturunun manayı vücudu insanların yapmaları veya yapmamaları lâzımgelen hususları açıklamaktır. Bu bakımdan hukuk normunu, diğer normatif ilimlerin normlarından ayırdetmeğe imkân yoktur. Zira gerek ahlâki, gerekse dinî düsturlar da hukuk düsturu gibi «olması lâzımgelen»i bildirir.

2 — Hukuk normunu, diğer normlardan ayırdeden muhtevası değil, zecrî oluşudur. Hukuk normu her hangi bir muhtevaya sahip olabilir. Bunun ehemmiyeti yoktur. Ancak, ona hukukîlik vasfını veren, zecrî bir düstur olmasıdır. Hukuk kaideleri zecrî kaidelerdir ve zecir her zaman fiilen mevcut olmasa dahi her hukuk normunda zecrî vasıf vardır.[9]

Hukuk normu nevileri.— Kelsen, iki türlü hukuk normu vardır, diyor. Bunlardan bir kısmı insanlara bazı hareketleri emir ve bazılarını menederler. Müellife göre bunlar «ikinci derecede» normlardır. Diğer bir kısım ise bu ikinci derecede normlara itaatsizlik halinde devlet organlarına bir müeyyide tatbikini emreden normlardır ki bunlar «birinci derecede» normlardır.

Hakikatte, ferdleri şu veya bu şekilde harekete icbar eden ikinci derecede normlar değil birinci derecede normlardır. Çünkü, müeyyideye merbut hukuki mükellefiyet ancak birinci derecedeki normlarda vardır. Binaenaleyh, sade birinci derecedeki normlar hukukî normlardır. Zira yalnız onlar bir hukukî mükellefiyet ihtiva ederler.[10] Kelsen'e göre, insan tasarrufları şu düsturun tatbikiyle hukukî bir mahiyet alırlar:

«Derpiş edilen şartlar tamam olduğu takdirde bu tasarruflar hukuki birer tasarruf addolunur ve hukuk normlarının tesbit eylediği neticeler tatbik edilir.»

Görülüyor ki, hukuk normu, insan tasarruflarını takdire yarayan, yani bu tasarrufların hukukî olup olmadıklarını belirten bir şekil bir kalıptan başka bir

(7) Simonovitch, op. cit. S 21
(8) Coste-Floret, Les problemes fondamentaux du droif, Paris 1946, S.37
(9) Simonovitch, op. cit., S. 25
(10) Simonovitch, op. cit. S. 26 ve Kelsen, Les rapports, S. 244.

şey değildir. Meselâ bir idam bir katil telâkki olunamaz. Çünkü, kanuna göre, bu müeyyide bir memnu fiilin hukukî neticesidir ve hukukan bu memnu fiil idam cezasının tatbiki için bir şarttır. Yani kanun: «hemcinsini şu şartlar altında öldüren idam edilir» diyor. Kanunun tesbit ettiği şartlar altında bir adam öldürme fiili vaki olmuşsa ortada idam cezasının yerine getirilmesi için bir hukukî şart var demektir. Binaenaleyh idam cezasının tatbiki bu hukukî şartın tevlit eylediği bir hukukî neticedir ve bir katil addolunamaz.

Normlar sistemi.— İnsanların fiillerine hukukilik vasfını veren nasıl hukuk normu ise normların hukukilik vasıfları da diğer normlardan ve nihayet temel-norm'dan, temel düsturdan (Ursprungsnorm) istidlal edilmeleri keyfiyetidir. Meselâ, muayyen bir şahsın veya meclisin derpiş edilmiş şartlar altında yaptığı fiiller hukuk normları, yani kanun, addolunur. Hukuk normları, birbirinden iştikak eder. Norm, asla vakıadan çıkmaz. Her norm, kendisine üstün olan bir normdan istidlal olunur ve o normdan da diğer bir takım normlar çıkarılır. Bu suretle, ortada piramide benzeyen bir normlar meratibi vardır ki bunun zirvesinde bütün normların mer'iyetini sağlayan ve normlar mecmuasının vahdetini teşkil eyleyen temel-norm vardır. Bu temel düstur, hukuk nizamının aslî düsturu olduğuna göre, diğer normlardan farklı bir cevhere sahip olmalıdır. Fakat bu temel normun mahiyetinin araştırılması hukuk ilminin sahası dışında kalır.[11]

Tekcilik.— «İlmî bilgi, bilgi mevzuunun vahdetini gerektirir» prensibinden hareket eden Kelsen, hukuk sahasında mutlak hukukî bircilik'e (monisme) varmaktadır. Müellif, bütün hukukî mefhumları, hukuk ilminin her sahasına tatbik ettiği mutlak normatif monizm'e irca eylemeğe muvaffak olmuştur. Bu sayede, Kelsen sisteminde hukuk, müsbet hukukî normlar sisteminden başka bir şey değildir.

Filhakika, Kelsen dahilî hukuk ile devletlerarası hukuku arasında bir ikilik kabul etmez. Devletlerarası hukuku normları müellife göre iç hukuk normlarına üstündür ve onlara tesir eder. Binaenaleyh bunlar arasında bir ikilik bahis mevzuu olamaz.[12]

Amme hukuku ile hususî hukuk arasındaki tefrik de Kelsen nazarında sun'i bir tefriktir ve ortadan kaldırılmalıdır.

Hukuk süjesi ile bizatihi hukuk, objektif hukuk ile sübjektif hukuk arasındaki ikilik de mevcut değildir. Hukuk süjesinin hukukî nizamdan ayrı, farklı bir mevcudiyeti yoktur. Hukuk süjesi hukukî nizamın top-yekûn veya kısmî bir şekilde şahıslandırılmış halidir. Sübjektif hukuktan farklı değildir. Sübjektif hukuk, hususî bir şahsın zaviyesinden objektif hukukun görünüşüdür. Sübjektif hukuktan hukuk normunun şu veya bu şahsa tatbikini anlamak lâzımdır. Hukuk âleminde yalnız normlar ve normlar sistemi vardır. Hukukî şahıslar veya hukuk süjesi adı verilen şeyler, hakikatte hukukî «emir»lerden başka bir şey değildir. Umumiyetle sübjektif haklar müsbet hukuk kaidelerine müstenit bir takım salâhiyetlerdir ki bu sayede bir kimse diğer bir kimse tarafından ika olunan bir fiil neticesi maruz kaldığı zarar ve ziyanın tazminini talep edebilir. Sübjektif hak, objektif hukuk-

(11) Simonovitch, op. cit., S. 27 - 28
(12) Kelsen, op. cit,, S. 263 ve devamı, Theorie generale du droit international public, Recueil des cours, 1932, C. 42, S. 121.

rine muhteva değişse bile, sabit kalan yalnız şekildir. Hukukun umumî teorisi ancak şekli (formel) bir teori olabilir[7].

Saf hukukta gaî mülâhazaların yeri yoktur.— Saf hukuk (droit pur) ilminde her türlü siyasî, sosyal, ahlâkî unsurların yeri yoktur. Çünkü, müellife göre, bunlar hukuk dışı mefhumlardır. Hukuk ilmi, hukuku hakikatte olduğu gibi ele alır ve izaha çalışır. Hukukun âdil olduğunu isbata ve gayri âdil olduğunu iddiaya kalkışamaz. Hukuk ilmi, âdil hukuku değil hakikî ve mümkün hukuku bilmek ister. Kelsen'in fikrince, bir kanun için: âdil veya gayri âdil demek hukukçunun değil ahlâkçının işidir. Kanun vazını tenkit ise siyaset adamının işidir.[8] Saf hukuk teorisi realist ve şeklîdir. Onda gaî (teleologique) mülâhazaların, ideolojilerin ve tabiî hukukun yeri yoktur. Hukuk âlemi «hukukî hâdiselerin bir geometri»sinden başka bir şey değildir.

Hukuk normunun mümeyyiz vasfı.— Kelsen'e göre, hukuk ilmi bir hukuk normları sistemidir. Müsbet hukukun ihtiva eylediği düsturlar, ideal bir sistem, normatif bir vahdet teşkil ederler. Hukuk normlarının bir takım vasıfları vardır ki, bu normların bir araya gelmelerinden ibaret olan hukuk sistemlerinde de aynı vasıflara rastlanır:

1 — Hukuk normu «olması lâzımgelen»i (Sollen)i bildirir. Hukuk düsturunun manayı vücudu insanların yapmaları veya yapmamaları lâzımgelen hususları açıklamaktır. Bu bakımdan hukuk normunu, diğer normatif ilimlerin normlarından ayırdetmeğe imkân yoktur. Zira gerek ahlâki, gerekse dinî düsturlar da hukuk düsturu gibi «olması lâzımgelen»i bildirir.

2 — Hukuk normunu, diğer normlardan ayırdeden muhtevası değil, zecrî oluşudur. Hukuk normu her hangi bir muhtevaya sahip olabilir. Bunun ehemmiyeti yoktur. Ancak, ona hukukîlik vasfını veren, zecrî bir düstur olmasıdır. Hukuk kaideleri zecrî kaidelerdir ve zecir her zaman fiilen mevcut olmasa dahi her hukuk normunda zecrî vasıf vardır.[9]

Hukuk normu nevileri.— Kelsen, iki türlü hukuk normu vardır, diyor. Bunlardan bir kısmı insanlara bazı hareketleri emir ve bazılarını menederler. Müellife göre bunlar «ikinci derecede» normlardır. Diğer bir kısım ise bu ikinci derecede normlara itaatsizlik halinde devlet organlarına bir müeyyide tatbikini emreden normlardır ki bunlar «birinci derecede» normlardır.

Hakikatte, ferdleri şu veya bu şekilde harekete icbar eden ikinci derecede normlar değil birinci derecede normlardır. Çünkü, müeyyideye merbut hukuki mükellefiyet ancak birinci derecedeki normlarda vardır. Binaenaleyh, sade birinci derecedeki normlar hukukî normlardır. Zira yalnız onlar bir hukukî mükellefiyet ihtiva ederler.[10] Kelsen'e göre, insan tasarrufları şu düsturun tatbikiyle hukukî bir mahiyet alırlar:

«Derpiş edilen şartlar tamam olduğu takdirde bu tasarruflar hukuki birer tasarruf addolunur ve hukuk normlarının tesbit eylediği neticeler tatbik edilir.»

Görülüyor ki, hukuk normu, insan tasarruflarını takdire yarayan, yani bu tasarrufların hukukî olup olmadıklarını belirten bir şekil bir kalıptan başka bir

(7) Simonovitch, op. cit. S 21
(8) Coste-Floret, Les problemes fondamentaux du droif, Paris 1946, S.37
(9) Simonovitch, op. cit., S. 25
(10) Simonovitch, op. cit. S. 26 ve Kelsen, Les rapports, S. 244.

şey değildir. Meselâ bir idam bir katil telâkki olunamaz. Çünkü, kanuna göre, bu müeyyide bir memnu fiilin hukukî neticesidir ve hukukan bu memnu fiil idam cezasının tatbiki için bir şarttır. Yani kanun: «hemcinsini şu şartlar altında öldüren idam edilir» diyor. Kanunun tesbit ettiği şartlar altında bir adam öldürme fiili vaki olmuşsa ortada idam cezasının yerine getirilmesi için bir hukukî şart var demektir. Binaenaleyh idam cezasının tatbiki bu hukukî şartın tevlit eylediği bir hukukî neticedir ve bir katil addolunamaz.

Normlar sistemi.— İnsanların fiillerine hukukilik vasfını veren nasıl hukuk normu ise normların hukukilik vasıfları da diğer normlardan ve nihayet temel-norm'dan, temel düsturdan (Ursprungsnorm) istidlal edilmeleri keyfiyetidir. Meselâ, muayyen bir şahsın veya meclisin derpiş edilmiş şartlar altında yaptığı fiiller hukuk normları, yani kanun, addolunur. Hukuk normları, birbirinden iştikak eder. Norm, asla vakıadan çıkmaz. Her norm, kendisine üstün olan bir normdan istidlal olunur ve o normdan da diğer bir takım normlar çıkarılır. Bu suretle, ortada piramide benzeyen bir normlar meratibi vardır ki bunun zirvesinde bütün normların mer'iyetini sağlayan ve normlar mecmuasının vahdetini teşkil eyleyen temel-norm vardır. Bu temel düstur, hukuk nizamının aslî düsturu olduğuna göre, diğer normlardan farklı bir cevhere sahip olmalıdır. Fakat bu temel normun mahiyetinin araştırılması hukuk ilminin sahası dışında kalır.[11]

Tekcilik.— «İlmî bilgi, bilgi mevzuunun vahdetini gerektirir» prensibinden hareket eden Kelsen, hukuk sahasında mutlak hukukî bircilik'e (monisme) varmaktadır. Müellif, bütün hukukî mefhumları, hukuk ilminin her sahasına tatbik ettiği mutlak normatif monizm'e irca eylemeğe muvaffak olmuştur. Bu sayede, Kelsen sisteminde hukuk, müsbet hukukî normlar sisteminden başka bir şey değildir.

Filhakika, Kelsen dahilî hukuk ile devletlerarası hukuku arasında bir ikilik kabul etmez. Devletlerarası hukuku normları müellife göre iç hukuk normlarına üstündür ve onlara tesir eder. Binaenaleyh bunlar arasında bir ikilik bahis mevzuu olamaz.[12]

Amme hukuku ile hususî hukuk arasındaki tefrik de Kelsen nazarında sun'i bir tefriktir ve ortadan kaldırılmalıdır.

Hukuk süjesi ile bizatihi hukuk, objektif hukuk ile sübjektif hukuk arasındaki ikilik de mevcut değildir. Hukuk süjesinin hukukî nizamdan ayrı, farklı bir mevcudiyeti yoktur. Hukuk süjesi hukukî nizamın top-yekûn veya kısmî bir şekilde şahıslandırılmış halidir. Sübjektif hukuktan farklı değildir. Sübjektif hukuk, hususî bir şahsın zaviyesinden objektif hukukun görünüşüdür. Sübjektif hukuktan hukuk normunun şu veya bu şahsa tatbikini anlamak lâzımdır. Hukuk âleminde yalnız normlar ve normlar sistemi vardır. Hukukî şahıslar veya hukuk süjesi adı verilen şeyler, hakikatte hukukî «emir»lerden başka bir şey değildir. Umumiyetle sübjektif haklar müsbet hukuk kaidelerine müstenit bir takım salâhiyetlerdir ki bu sayede bir kimse diğer bir kimse tarafından ika olunan bir fiil neticesi maruz kaldığı zarar ve ziyanın tazminini talep edebilir. Sübjektif hak, objektif hukuk-

(11) Simonovitch, op. cit., S. 27 - 28
(12) Kelsen, op. cit., S. 263 ve devamı, Theorie generale du droit international public, Recueil des cours, 1932, C. 42, S. 121.

tan müstakil değildir. Bilâkis ona istinat eder [13]

Nihayet, müellife göre, devlet ile hukuk arasında da ikilik yoktur. Devlet, hukukî nizamdan, hukukî nizamın müşahhas şeklinden başka bir şey değildir.

C — Kelsen'in devlet nazariyesi.— Kelsen, devlet ile hukuku birbirinden ayrı iki vakıa gibi mütalâa eden klâsik nazariyeyi «bilgi mevzuunun vahdeti» postulat'ına riayet etmediği için tenkit ediyor. Devletin hukukî mefhumuna varabilmek, ancak; normatif metoda baş vurmakla mümkündür. Müellife göre, devleti, klâsik nazariye taraftarlarının yaptıkları gibi sosyal bir realite olarak ele almamak lâzımdır. Devleti bir realite olarak kabul eden nazariyeler onun cevherini kavrayamamışlardır. Zira devlet, umumiyetle ileri sürüldüğü gibi «teşkilâtlanmış bir kudrete tabi insan topluluğu» değildir. Devlet, otoritesine ferdlerin tabi oldukları bir «nizam dır. Başka bir söyleyiş şekliyle devlet «insan faaliyetlerinin tanziminden» ibarettir.[14]

Devletin sosyolojik ve hukukî teorilerini birbirinden ayırdetmek lâzımdır.— Eğer diyor Kelsen, devletin realite plânında ve hukukun da idealite plânında olduğunu kabul edersek bu takdirde iki türlü bilgi mevzuu önümüze çıkar. Zira, biri «olan»ı diğeri «olması lâzımgelen»i tetkik eden bu iki farklı metod ortaya birbirinden ayrı iki bilgi mevzuu kor:[15] Bunlardan birincisi, illiyet kanununa tâbi sosyal realiteyi inceler. Diğeri ise, yegâne hukukî metod olan normatif metodla, devletin hukukî mahiyetini araştırır. Yani birincisi, insanların cemiyet dahilindeki hakikî faaliyetleri üzerinde durur ve insan faaliyetlerine müessir olan sebepleri ve kanunları tesbit eder. İkincisi ise bilâkis, insanların nasıl hareket etmeleri lâzımgeldiğini ve bu bakımdan hareketlerini hangi . kanunlara tâbi tutmaları icabettiğini tetkik eder.[16] Bu suretle hususî normlardan başlayarak gittikçe daha umumî normlara varan bir normlar (düsturlar) sistemine varılır ki bu normların bir tabiat kanunu olan illiyet kanuniyle hiç bir alâkaları yoktur. İşte bu iki ayrı metodun birincisiyle devletin sosyolojik nazariyesi, ikincisi ile devletin hukukî nazariyesi elde edilir. Böylelikle, devlet hakkında birbirinden farklı iki mefhum ortaya çıkar:

1 — Tümevarım metodu ile ve illiyet kanununa istinaden elde edilen sosyolojik mefhum.

2 — Devletin normatif mefhumu.

Ancak, birbirine zıd olan bu iki mefhum aynı zamanda kullanıldı mı, Kelsen'e göre «bilgi mevzuunun vahdeti » ortadan kaybolur. Mademki, hukuk ilminin mevzuu, yalnız normatif metodla elde edilebilir; o halde hukuk bakımından devlet bizzat hukuktan yani hukuk normları sisteminden başka bir şey olamaz.[17]

Devlet bir normlar sistemidir.— Görülüyor ki, «metodun safiyeti» ve «bilgi mevzuunun vahdeti» gibi felsefî

(13) Kelsen, Les Rapports., S. 244 - 245
(14) Kelsen, Les Rapports., S. 234 ve 249.
(15) Simonovitch, op. cit., S. 36.
(16) Kelsen, Les rapports., S. 242.
(17) Simonovifch, op. cit., S. 37 Kelsen devlet ile hukukun aynı şey olduğu fikrinin ilim tarihinde başka bir misali bulunduğunu söylüyor. Filhakika, Allah ile dünya (veya tabiat) arasındaki münasebet meselesi tıpkı devlet ile hukuk arasındaki münasebet gibi ilk önceleri iki ayrı bütün arasında mevcut bir bağ olarak ele alınmıştır. Neden sonradır ki Allah fikrinin haddi zatında, bir kanunlar sistemi olarak kabul edilen tabiatın şahıslandırılmış şeklinden başka bir şey olmadığı anlaşılabilmiştir. Tıpkı onun gibi devlet de hukukî normlar sisteminin müşahhas şeklinden ibarettir. Kelsen, op. cit., S. 247,

mevzulardan hareket eden müellif, mantıkan devlet ile hukukun ayniyeti neticesine varmaktadır. Kelsen'e göre bir hukukçu nazarında devlet bir hukukî normlar mecmuasından başka bir şey olamaz. O, hukuk ilmi için devlet sosyolojisinin lüzumuna kani değildir. Hattâ, devletin izahını realitede «olan-Sein» âleminde araştırmak saçmadır. Çünkü, devlet sosyolojisi ile devletin hukukî teorisi arasında müşterek hiç bir nokta yoktur ve bunların sahaları başka başkadır. Filhakika, birincisi realite ile «olan» lar, vakıalar âlemi ile meşgul olur. Halbuki ikincisi «olması lâzımgelen» sollen âlemi ile, normlarla iştigal eder. Kelsen, «devletin umumî nazariyesi hususunda bir görüş» adlı makalesinde, devletin hukukî teorisinin devletin sosyolojik teorisi ile tamamlanmak istenilmesinin hususî hukukun insanın psikolojisi ve biyolojisi ile tamamlanması teşebbüsü kadar gayri mantıkî olduğunu söylemektedir. Unutmamalıdır ki diyor müellif, hukukî normların muhtevasını biyolojinin, psikolojinin meşgul olduğu «insan»ın fonksiyonlara teşkil eylemez.[18]

Hülâsa, Kelsen'e göre devlet, tabiat kanunlarına tâbi sosyal veya psikolojik bir realite değildir. Bilâkis devlet ideal bir şekil, saf bir normlar mecmuasıdır. Devlet normatif hukukî nizamın bizzat kendisi veya başka bir ifade ile insan faaliyetlerinin tanzim edilmesidir.

Devleti diğer normatif nizamlardan, ayırdeden mümeyyiz vasıf.—Devletin normatif vasfı, onu diğer sosyal topluluklardan ayırdetmeğe kâfi değildir. Çünkü, bunlar da birer normlar sistemidir. Her sosyal bağ normatif bir bağdır. Cemiyetin nesci «mükellefiyet» lerden dokunmuştur. Yani, her hangi bir insan topluluğunu hukukçu gözüyle tetkik edersek, o topluluğun bir normatif nizam olduğunu ve bu nizamın o topluluğa dahil olan fertleri muayyen bir hareket hattı takip etmeğe sevk eden bir sürü mükellefiyetler doğurduğunu görürüz[19]

Devlet nizamını diğer normatif nizamlardan ayırdeden mümeyyiz vasıf zecri tesis etmesi, devlet normlarını, muayyen şartlar altında (devlet organı olarak) bir ferdin diğer bir ferd hakkında zecrî tedbir alacağını ifade etmeleridir. Yani, eğer bir ferd muayyen bir şekilde hareket edecek olursa ve meselâ muayyen bir şeyi yapar veya yapmaktan imtina ederse, devletin organı olan diğer bir ferd ona karşı zecri tedbir alır. Kelsen, bu tedbiri ikiye ayırmaktadır: Ceza ve cezanın tatbiki. Bu zecir tehdidinin gayesi, insanları zecrin tahakkukuna, tatbikine meydan vermiyecek şekilde harekete sevketmektir.[20]

Demek oluyor ki. müellife göre, devlet bir ferde, diğer bir ferd tarafından muayyen bir zecrin hangi şartlar altında tatbik olunabileceğini tanzim eden normlar sistemidir. Ancak, bu zecrin fiilen tatbik edilip edilmediği ve yine bu zecrin derecesi hukuku alâkadar etmez. Kelsen zecri hukukun muhtevası olarak ele almakta ve onun fiilen tatbik edilip edilmediğini hukuk dışı addetmektedir.

Müellif, zecri hukuk normunun bir vasfı olarak kabul etmek suretiyle klâsik hukuk nazariyesiyle birleşmekte, fakat klâsik müellifler gibi zecri hukukun fizik bir unsuru olarak ele alma-

(18) Simonovitch. cp. cit., s. 38
(19) Kelsen, Les rapports.., s. 241
(20) Kelsen, Les rapports.,, s, 242,

tan müstakil değildir. Bilâkis ona istinat eder [13]

Nihayet, müellife göre, devlet ile hukuk arasında da ikilik yoktur. Devlet, hukukî nizamdan, hukukî nizamın müşahhas şeklinden başka bir şey değildir.

C — Kelsen'in devlet nazariyesi.— Kelsen, devlet ile hukuku birbirinden ayrı iki vakıa gibi mütalâa eden klâsik nazariyeyi «bilgi mevzuunun vahdeti» postulat'ına riayet etmediği için tenkit ediyor. Devletin hukukî mefhumuna varabilmek, ancak; normatif metoda baş vurmakla mümkündür. Müellife göre, devleti, klâsik nazariye taraftarlarının yaptıkları gibi sosyal bir realite olarak ele almamak lâzımdır. Devleti bir realite olarak kabul eden nazariyeler onun cevherini kavrayamamışlardır. Zira devlet, umumiyetle ileri sürüldüğü gibi «teşkilâtlanmış bir kudrete tabi insan topluluğu» değildir. Devlet, otoritesine ferdlerin tabi oldukları bir «nizam dır. Başka bir söyleyiş şekliyle devlet «insan faaliyetlerinin tanziminden» ibarettir.[14]

Devletin sosyolojik ve hukukî teorilerini birbirinden ayırdetmek lâzımdır.— Eğer diyor Kelsen, devletin realite plânında ve hukukun da idealite plânında olduğunu kabul edersek bu takdirde iki türlü bilgi mevzuu önümüze çıkar. Zira, biri «olan»ı diğeri «olması lâzımgelen»i tetkik eden bu iki farklı metod ortaya birbirinden ayrı iki bilgi mevzuu kor:[15] Bunlardan birincisi, illiyet kanununa tâbi sosyal realiteyi inceler. Diğeri ise, yegâne hukukî metod olan normatif metodla, devletin hukukî mahiyetini araştırır. Yani birincisi, insanların cemiyet dahilindeki hakikî faaliyetleri üzerinde durur ve insan faaliyetlerine müessir olan sebepleri ve kanunları tesbit eder. İkincisi ise bilâkis, insanların nasıl hareket etmeleri lâzımgeldiğini ve bu bakımdan hareketlerini hangi . kanunlara tâbi tutmaları icabettiğini tetkik eder.[16] Bu suretle hususî normlardan başlayarak gittikçe daha umumî normlara varan bir normlar (düsturlar) sistemine varılır ki bu normların bir tabiat kanunu olan illiyet kanuniyle hiç bir alâkaları yoktur. İşte bu iki ayrı metodun birincisiyle devletin sosyolojik nazariyesi, ikincisi ile devletin hukukî nazariyesi elde edilir. Böylelikle, devlet hakkında birbirinden farklı iki mefhum ortaya çıkar:

1 — Tümevarım metodu ile ve illiyet kanununa istinaden elde edilen sosyolojik mefhum.

2 — Devletin normatif mefhumu.

Ancak, birbirine zıd olan bu iki mefhum aynı zamanda kullanıldı mı, Kelsen'e göre «bilgi mevzuunun vahdeti » ortadan kaybolur. Mademki, hukuk ilminin mevzuu, yalnız normatif metodla elde edilebilir; o halde hukuk bakımından devlet bizzat hukuktan yani hukuk normları sisteminden başka bir şey olamaz.[17]

Devlet bir normlar sistemidir.— Görülüyor ki, «metodun safiyeti» ve «bilgi mevzuunun vahdeti» gibi felsefî

(13) Kelsen, Les Rapports., S. 244 - 245
(14) Kelsen, Les Rapports., S. 234 ve 249.
(15) Simonovitch, op. cit., S. 36.
(16) Kelsen, Les rapports., S. 242.
(17) Simonovifch, op. cit., S. 37 Kelsen devlet ile hukukun aynı şey olduğu fikrinin ilim tarihinde başka bir misali bulunduğunu söylüyor. Filhakika, Allah ile dünya (veya tabiat) arasındaki münasebet meselesi tıpkı devlet ile hukuk arasındaki münasebet gibi ilk önceleri iki ayrı bütün arasında mevcut bir bağ olarak ele alınmıştır. Neden sonradır ki Allah fikrinin haddi zatında, bir kanunlar sistemi olarak kabul edilen tabiatın şahıslandırılmış şeklinden başka bir şey olmadığı anlaşılabilmiştir. Tıpkı onun gibi devlet de hukukî normlar sisteminin müşahhas şeklinden ibarettir. Kelsen, op. cit., S. 247,

mevzulardan hareket eden müellif, mantıkan devlet ile hukukun ayniyeti neticesine varmaktadır. Kelsen'e göre bir hukukçu nazarında devlet bir hukukî normlar mecmuasından başka bir şey olamaz. O, hukuk ilmi için devlet sosyolojisinin lüzumuna kani değildir. Hattâ, devletin izahını realitede «olan-Sein» âleminde araştırmak saçmadır. Çünkü, devlet sosyolojisi ile devletin hukukî teorisi arasında müşterek hiç bir nokta yoktur ve bunların sahaları başka başkadır. Filhakika, birincisi realite ile «olan» lar, vakıalar âlemi ile meşgul olur. Halbuki ikincisi «olması lâzımgelen» sollen âlemi ile, normlarla iştigal eder. Kelsen, «devletin umumî nazariyesi hususunda bir görüş» adlı makalesinde, devletin hukukî teorisinin devletin sosyolojik teorisi ile tamamlanmak istenilmesinin hususî hukukun insanın psikolojisi ve biyolojisi ile tamamlanması teşebbüsü kadar gayri mantıkî olduğunu söylemektedir. Unutmamalıdır ki diyor müellif, hukukî normların muhtevasını biyolojinin, psikolojinin meşgul olduğu «insan»ın fonksiyonlara teşkil eylemez.[18]

Hülâsa, Kelsen'e göre devlet, tabiat kanunlarına tâbi sosyal veya psikolojik bir realite değildir. Bilâkis devlet ideal bir şekil, saf bir normlar mecmuasıdır. Devlet normatif hukukî nizamın bizzat kendisi veya başka bir ifade ile insan faaliyetlerinin tanzim edilmesidir.

Devleti diğer normatif nizamlardan, ayırdeden mümeyyiz vasıf.—Devletin normatif vasfı, onu diğer sosyal topluluklardan ayırdetmeğe kâfi değildir. Çünkü, bunlar da birer normlar sistemidir. Her sosyal bağ normatif bir bağdır. Cemiyetin nesci «mükellefiyet» lerden dokunmuştur. Yani, her hangi bir insan topluluğunu hukukçu gözüyle tetkik edersek, o topluluğun bir normatif nizam olduğunu ve bu nizamın o topluluğa dahil olan fertleri muayyen bir hareket hattı takip etmeğe sevk eden bir sürü mükellefiyetler doğurduğunu görürüz[19]

Devlet nizamını diğer normatif nizamlardan ayırdeden mümeyyiz vasıf zecri tesis etmesi, devlet normlarını, muayyen şartlar altında (devlet organı olarak) bir ferdin diğer bir ferd hakkında zecrî tedbir alacağını ifade etmeleridir. Yani, eğer bir ferd muayyen bir şekilde hareket edecek olursa ve meselâ muayyen bir şeyi yapar veya yapmaktan imtina ederse, devletin organı olan diğer bir ferd ona karşı zecri tedbir alır. Kelsen, bu tedbiri ikiye ayırmaktadır: Ceza ve cezanın tatbiki. Bu zecir tehdidinin gayesi, insanları zecrin tahakkukuna, tatbikine meydan vermiyecek şekilde harekete sevketmektir.[20]

Demek oluyor ki. müellife göre, devlet bir ferde, diğer bir ferd tarafından muayyen bir zecrin hangi şartlar altında tatbik olunabileceğini tanzim eden normlar sistemidir. Ancak, bu zecrin fiilen tatbik edilip edilmediği ve yine bu zecrin derecesi hukuku alâkadar etmez. Kelsen zecri hukukun muhtevası olarak ele almakta ve onun fiilen tatbik edilip edilmediğini hukuk dışı addetmektedir.

Müellif, zecri hukuk normunun bir vasfı olarak kabul etmek suretiyle klâsik hukuk nazariyesiyle birleşmekte, fakat klâsik müellifler gibi zecri hukukun fizik bir unsuru olarak ele alma-

(18) Simonovitch. cp. cit., s. 38
(19) Kelsen, Les rapports.., s. 241
(20) Kelsen, Les rapports.,, s, 242,

maktadır. Yani Kelsen, hukuk normunun esası olarak doğrudan doğruya zecrî tedbiri değil de zecrî tedbir alınması prensibini kabul ediyor.

Devlet muayyen bir teşkilâta sahip olmalıdır.— Devlet bir hukukî nizamdır, fakat her hukukî nizam devlet değildir. Bir hukukî nizamın devlet olabilmesi için, hukuk normlarını ortaya koymak ve tatbik edebilmek fonksiyonlarını haiz hususî organlara sahip bulunması lâzımdır.

Devletten önceki cemiyetlerde, hukuk normları, örf hukukundan istidlal olunur ve bu normlar muayyen bir teşkilâta tabi olmayan ferdler tarafından tatbik edilirdi. Zamanla merkezî bir kudret belirmiş ve teşkilâtlanmıştır. Evvelâ merkezi idare, daha sonra mahkemeler ve nihayet teşrii iktidar vücut bulmuştur. İşte, hakikî devlet bu organlarla birlikte meydana çıkmıştır.[21]

Devlet nizamının vasıfları mer'iyet (validite) ve müessiriyet (efficacite).— Kelsen'e göre devlet nizamı mer'i, hukukan muteber bir nizam olmalıdır. Devlet nizamına mer'iyetini sağlayan nedir? Bazı müellifler, devleti tebaayı teşkil eden insan topluluğuna üstün bir kuvvet olarak ele almışlar ve devlet nizamının mer'iyetini bu kuvvete istinat ettirmişlerdir. Diğer bazı müellifler ise devletin bir «irade» olduğunu veya devletin bir «iradesi» bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, bu irade fertlerin iradesinden ayrıdır. Hiç şüphesiz devletin bu iradesi veya bir irade olan devlet vasıta olarak ferdleri ve onların iradesini kullanır. Fakat devletin iradesi ona tabi ferdlerin iradeleriyle karıştırılamaz, hattâ bu idarelerin mecmuu da değildir. Devletin iradesi ferd iradelerinin yekûnundan fazla ve ona üstündür. İşte devlet nizamının mer'iyeti bu üstün iradeye istinat ettiği içindir.

Kelsen, bu iki görüşü de reddediyor. Ne kuvvet ne de irade hukuk yaratamaz. Çünkü her ikisi de birer «vakıa»dır. Bir vakıadan asla hukukî bir mükellefiyet doğmaz. Vakıalar âlemi yani «olan»lar âlemi ile «olması lâzım gelen» ler âlemi birbirinden tamamen ayrıdır. Birinden öbürüne geçmeğe imkân yoktur.

O halde bir hukuk normunun mer'iyeti, yeni bir hukuk normunun . bir mükellefiyet yaratması keyfiyeti ancak daha üstün bir norma istinat etmesinden tevellüt eder. O norm da mer'iyetini kendinden daha üstün diğer bir normdan alır. Bu suretle normdan norma anayasaya kadar çıkılabilir. Ancak anayasa mer'iyetini nereden alacaktır? Kelsen buna: anayasaya üstün olan bir normdan: «temel - normdan» cevabını veriyor. Bu temel - norm müsbet hukukta yoktur. Bu bir «mantıkî farazi-ye»dir. Anayasanın üstünde bizim hukukçu gözüyle göremiyeceğimiz bir temel - normun, aslî bir normun mevcudiyetini farazi olarak kabul etmekliğimiz lâzımdır. İşte bu temel - norm bütün hukuk sisteminin mer'iyetini sağlar, hukukun esasım temelini teşkil eden bu farazi normdur. Aksi takdirde, yani temel - norm faraziyesi kabul edilmediği takdirde, devlet nizamının meriyetini makul bir esasa istinat ettirmeğe imkân yoktur.

Hülâsa, müellife göre. müsbet anayasanın fevkinde farazî bir esas teşkilât, bir kesin buyruk (imperatif categorique) vardır ki, neticede hukukun temelini, devlet nizamının esasını ve meriyetini teşkil eden ve sağlayan odur.[22]

Devlet nizamının mer'iyeti demek bu nizamın ortaya koyduğu emir ve nehilere uyulmanın bir mükellefiyet olarak telâkki edilmesi demektir. Bu mükellefiyet tamamen mantıkî, aklî bir mükellefiyettir. Yani, ferdlerin hareketlerini muayyen normlara uydurmaları lüzumu, fiiliyatta fertler o normlara her zaman riayet etmeseler dahi, ortadan kalkmaz. Hattâ, bir hukuk normunun mer'iyeti her zaman ve behemahal fiiliyatta o norma riayet olunmasını tazammun etmez. İnsanların ef'aliyle, kaidelerin icabatının mutlak bir mutabakatı gerekli değildir. Hattâ, böyle bir mutabakatın normun mahiyetini değiştireceği bile ileri sürülebilir. Zira, sosyal vakıalarla hukuk normu arasında bir mutabakat olduğu takdirde bu bir hukuk normu olmaktan çıkar, tabiî bir kanun, illiyet kanununun tevlit ettiği bir münasebet olur. Demek oluyor ki, norma bazı defa aykırı hareket edilmesi onun mer'iyetini haleldar etmek şöyle dursun hukuk normunun normatif vasfını takviye eder.

Buna mukabil, eğer bir hukukî norma veya nizama hiç riayet edilmiyorsa, başka bir ifade ile bu normlar nizamının süjeleri o nizamın icaplarına hiç riayet etmiyorlarsa, bu nizamın mer'iyetini iddia etmek saçma olur.

Bu suretle Kelsen, hukukî nizamın meriyetine iki hudut tayin etmektedir. Bir asgarî had ki bunun altında hukukî nizamın mer'i addolunmasına imkân yoktur ve bir azamî had ki bunun üstünde mevzuubahis nizam normatif bir nizam olmaktan çıkar ve tabiî bir nizam olur.

Devlet nizamının mer'iyeti ile vakıalar arasındaki münasebeti, müellife göre, şu şekilde tespit etmek lâzımdır: bir devlet nizamını muteber ve mer'i addedebilmek için o nizama tabi olanların bir dereceye kadar o nizamın icaplarına uymaları lâzımdır. Aksini iddia etmek doğru olmaz. Hiç şüphesiz bugün dahi, meselâ Çarlık nizamının hâlâ Rusya'da mer'i olduğunu iddia eden bazı inatçılara rastlanır. Bunlar, ihtilâldenberi cereyan eden hadiseleri (hukukî nizam gayri meşru yollardan tadil edildiğine göre) hukuka aykırı addederler. Bu, mânâsız bir düşünce tarzıdır. Zira, halen, mevcut hiç bir şeyi meşru telâkki etmeyen bir nizamın, mer'iyetini iddia ne ifade eder? Fakat buna mukabil, normatif nizama tabi olanların ef'al ve harekâtının onun icablarına mutlak bir mutabakatını da talep etmemek lâzımdır. Çünkü, bu normlara aykırı hareket etmenin de «mümkün olabilmesi» gerektir. Aksi takdirde bu bir normatif nizam olmaz.

Hülâsa, realite normatif nizamın tam bir makesi olamaz. Bununla beraber, gerçek hayatta bu ideal şekil ile asgari bir müşabehet arzetmesi zaruridir.[23]

Devlet nizamı, sadece mer'i değil, aynı zamanda müessir (efficace) bir nizam olmalıdır. Yani, bu nizama yalnız hukukan riayet edilmesinin lâzımgelmesi kâfi değildir. Ona fiilen de az veya çok riayet olunmalıdır. Ancak burada bir yanlış anlayışa meydan vermemek lâzımdır. Hakikatte müessiriyet, hukuk mefhumuna girmez. İnsanları hukuk normlarına itaat ettiren, bizzat bu normlar değildir. Fertler, hukuk normlarını benimserler, bu normlar insanların şuurunda yer eder. İnsanlar bu normları «düşünürler». İşte müessiriye-

(21) Kelsen, Les rapports,, 245-246 burada Kelsen'in devlet mefhumuna, organ ve teşkilâtlanma gibi normatif olmayan unsurlar soktuğunu görüyoruz. Bk Simonovitch, op cit., S. 43

(22) Coste - Floret, op, cit... S, 39 - 40

(23) Kelsen, Les rappors, S 237

maktadır. Yani Kelsen, hukuk normunun esası olarak doğrudan doğruya zecrî tedbiri değil de zecrî tedbir alınması prensibini kabul ediyor.

Devlet muayyen bir teşkilâta sahip olmalıdır.— Devlet bir hukukî nizamdır, fakat her hukukî nizam devlet değildir. Bir hukukî nizamın devlet olabilmesi için, hukuk normlarını ortaya koymak ve tatbik edebilmek fonksiyonlarını haiz hususî organlara sahip bulunması lâzımdır.

Devletten önceki cemiyetlerde, hukuk normları, örf hukukundan istidlal olunur ve bu normlar muayyen bir teşkilâta tabi olmayan ferdler tarafından tatbik edilirdi. Zamanla merkezî bir kudret belirmiş ve teşkilâtlanmıştır. Evvelâ merkezi idare, daha sonra mahkemeler ve nihayet teşrii iktidar vücut bulmuştur. İşte, hakikî devlet bu organlarla birlikte meydana çıkmıştır.[21]

Devlet nizamının vasıfları mer'iyet (validite) ve müessiriyet (efficacite).— Kelsen'e göre devlet nizamı mer'i, hukukan muteber bir nizam olmalıdır. Devlet nizamına mer'iyetini sağlayan nedir? Bazı müellifler, devleti tebaayı teşkil eden insan topluluğuna üstün bir kuvvet olarak ele almışlar ve devlet nizamının mer'iyetini bu kuvvete istinat ettirmişlerdir. Diğer bazı müellifler ise devletin bir «irade» olduğunu veya devletin bir «iradesi» bulunduğunu ileri sürmüşlerdir. Onlara göre, bu irade fertlerin iradesinden ayrıdır. Hiç şüphesiz devletin bu iradesi veya bir irade olan devlet vasıta olarak ferdleri ve onların iradesini kullanır. Fakat devletin iradesi ona tabi ferdlerin iradeleriyle karıştırılamaz, hattâ bu idarelerin mecmuu da değildir. Devletin iradesi ferd iradelerinin yekûnundan fazla ve ona üstündür. İşte devlet nizamının mer'iyeti bu üstün iradeye istinat ettiği içindir.

Kelsen, bu iki görüşü de reddediyor. Ne kuvvet ne de irade hukuk yaratamaz. Çünkü her ikisi de birer «vakıa»dır. Bir vakıadan asla hukukî bir mükellefiyet doğmaz. Vakıalar âlemi yani «olan»lar âlemi ile «olması lâzım gelen» ler âlemi birbirinden tamamen ayrıdır. Birinden öbürüne geçmeğe imkân yoktur.

O halde bir hukuk normunun mer'iyeti, yeni bir hukuk normunun . bir mükellefiyet yaratması keyfiyeti ancak daha üstün bir norma istinat etmesinden tevellüt eder. O norm da mer'iyetini kendinden daha üstün diğer bir normdan alır. Bu suretle normdan norma anayasaya kadar çıkılabilir. Ancak anayasa mer'iyetini nereden alacaktır? Kelsen buna: anayasaya üstün olan bir normdan: «temel - normdan» cevabını veriyor. Bu temel - norm müsbet hukukta yoktur. Bu bir «mantıkî farazîye»dir. Anayasanın üstünde bizim hukukçu gözüyle göremiyeceğimiz bir temel - normun, aslî bir normun mevcudiyetini farazi olarak kabul etmekliğimiz lâzımdır. İşte bu temel - norm bütün hukuk sisteminin mer'iyetini sağlar, hukukun esasım temelini teşkil eden bu farazi normdur. Aksi takdirde, yani temel - norm faraziyesi kabul edilmediği takdirde, devlet nizamının meriyetini makul bir esasa istinat ettirmeğe imkân yoktur.

Hülâsa, müellife göre. müsbet anayasanın fevkinde farazî bir esas teşkilât, bir kesin buyruk (imperatif categorique) vardır ki, neticede hukukun temelini, devlet nizamının esasını ve meriyetini teşkil eden ve sağlayan odur.[22]

(21) Kelsen, Les rapports,, 245-246 burada Kelsen'in devlet mefhumuna, organ ve teşkilâtlanma gibi normatif olmayan unsurlar soktuğunu görüyoruz. Bk Simonovitch, op cit., S. 43

Devlet nizamının mer'iyeti demek bu nizamın ortaya koyduğu emir ve nehilere uyulmanın bir mükellefiyet olarak telâkki edilmesi demektir. Bu mükellefiyet tamamen mantıkî, aklî bir mükellefiyettir. Yani, ferdlerin hareketlerini muayyen normlara uydurmaları lüzumu, fiiliyatta fertler o normlara her zaman riayet etmeseler dahi, ortadan kalkmaz. Hattâ, bir hukuk normunun mer'iyeti her zaman ve behemahal fiiliyatta o norma riayet olunmasını tazammun etmez. İnsanların ef'aliyle, kaidelerin icabatının mutlak bir mutabakatı gerekli değildir. Hattâ, böyle bir mutabakatın normun mahiyetini değiştireceği bile ileri sürülebilir. Zira, sosyal vakıalarla hukuk normu arasında bir mutabakat olduğu takdirde bu bir hukuk normu olmaktan çıkar, tabiî bir kanun, illiyet kanununun tevlit ettiği bir münasebet olur. Demek oluyor ki, norma bazı defa aykırı hareket edilmesi onun mer'iyetini haleldar etmek şöyle dursun hukuk normunun normatif vasfını takviye eder.

Buna mukabil, eğer bir hukukî norma veya nizama hiç riayet edilmiyorsa, başka bir ifade ile bu normlar nizamının süjeleri o nizamın icaplarına hiç riayet etmiyorlarsa, bu nizamın mer'iyetini iddia etmek saçma olur.

Bu suretle Kelsen, hukukî nizamın meriyetine iki hudut tayin etmektedir. Bir asgarî had ki bunun altında hukukî nizamın mer'i addolunmasına imkân yoktur ve bir azamî had ki bunun üstünde mevzuubahis nizam normatif bir nizam olmaktan çıkar ve tabiî bir nizam olur.

Devlet nizamının mer'iyeti ile vakıalar arasındaki münasebeti, müellife göre, şu şekilde tespit etmek lâzımdır: bir devlet nizamını muteber ve mer'i addedebilmek için o nizama tabi olanların bir dereceye kadar o nizamın icaplarına uymaları lâzımdır. Aksini iddia etmek doğru olmaz. Hiç şüphesiz bugün dahi, meselâ Çarlık nizamının hâlâ Rusya'da mer'i olduğunu iddia eden bazı inatçılara rastlanır. Bunlar, ihtilâldenberi cereyan eden hadiseleri (hukukî nizam gayri meşru yollardan tadil edildiğine göre) hukuka aykırı addederler. Bu, mânâsız bir düşünce tarzıdır. Zira, halen, mevcut hiç bir şeyi meşru telâkki etmeyen bir nizamın, mer'iyetini iddia ne ifade eder? Fakat buna mukabil, normatif nizama tabi olanların ef'al ve harekâtının onun icablarına mutlak bir mutabakatını da talep etmemek lâzımdır. Çünkü, bu normlara aykırı hareket etmenin de «mümkün olabilmesi» gerektir. Aksi takdirde bu bir normatif nizam olmaz.

Hülâsa, realite normatif nizamın tam bir makesi olamaz. Bununla beraber, gerçek hayatta bu ideal şekil ile asgari bir müşabehet arzetmesi zaruridir.[23]

Devlet nizamı, sadece mer'i değil, aynı zamanda müessir (efficace) bir nizam olmalıdır. Yani, bu nizama yalnız hukukan riayet edilmesinin lâzımgelmesi kâfi değildir. Ona fiilen de az veya çok riayet olunmalıdır. Ancak burada bir yanlış anlayışa meydan vermemek lâzımdır. Hakikatte müessiriyet, hukuk mefhumuna girmez. İnsanları hukuk normlarına itaat ettiren, bizzat bu normlar değildir. Fertler, hukuk normlarını benimserler, bu normlar insanların şuurunda yer eder. İnsanlar bu normları «düşünürler». İşte müessiriye-

(22) Coste - Floret, op, cit... S, 39 - 40
(23) Kelsen, Les rappors, S 237

ti sağlayan bu düşüncedir. Zira, bu düşünce, ferdleri; faaliyetlerini hukuk normlarına uygun bir hale sokmağa sevkeder. Meselâ bir kimsenin hırsızlık etmek arzusuna kapıldığını tasavvur edelim. O kimsenin hatırına devletin «hırsızlık etmiyeceksin» şeklindeki emri gelir ve bu düşünce onu hırsızlıktan vazgeçirir.

Haddizatında hukuk normu psikoloji - dışı bir şeydir. «Olması lâzım-gelen»i ifade eder. Bir normun mer'iyeti ile tabiatın determinizmine tabi her hangi bir şeyin realitesi arasında hiç bir münasebet yoktur. Fakat «norm fikri» tamamen psikolojiktir, bir vakıadır. Binaenaleyh, sebep veya netice olabilir. Müessir olan. yani ferdlerin faaliyetlerini norma uydurmalarını sağlayan bu « norm fikri»dir. Binaenaleyh «mer'i» olan, yani uyulması gereken norm ile o normun ferdlerin faaliyetlerine tatbikini sağlayan, yani o normu müessir kılan, şuurumuzdaki intibaını sarih bir şekilde birbirinden ayırdetmek lâzımdır.[24] Görülüyor ki, devlet nizamı sadece mer'i olan değil, fakat aynı zamanda fiilen tatbik edilen, müessir olan bir nizamdır. Ancak bundan, devlet nizamının tabiî nizama mümasil olduğu neticesini çıkarmamak lâzımdır.

İnsanların, devlet nizamına niçin riayet ettiklerini tesbit etmek güçtür. Bununla beraber, denilebilir ki, ekseriya veya daima münhasıran devletin emrini düşündükleri için değildir. Ferdleri suç işlemekten alıkoyan ekseriya dinî veya ahlâki mülâhazalardır. Yani ferdler, sadece devletin koyduğu kaideye bağlı olan mücyyide korkusu ile değil, fakat, Allaha inandıkları için, hemcinslerinin iyiliğini veya etraflarının kendilerine karşı göstermekte olduğu itibarı sarsmamağı düşündükleri için devletin emirlerine riayet ederler.

Devlet kudreti.— Kelsen'e göre devlet kudreti devlet nizamı hakkında beslenen kanaatlerin muharrik kuvvetinden başka bir şey değildir.[25] Devlet nizamı ise, muayyen bir ülke üzerinde muayyen bir zaman için (yani devletin devamı müddetince) mer'i olan hukukî normlar mecmuasıdır.

Devlet kudretinin cevheri ferdleri devlete tabi kılmaktır. Devlet, bu kudret sayesinde ferölere hükmeder, yani devlet kudreti ferdleri devletin tebaası yapar. Fert için devlet, itaat edilmesi mecburi bir nizam, normatif bir nizamdır.[26]

Devlet kudreti sadece bir vakıa değildir. Eğer böyle olsaydı illiyet kanununa tabi olurdu. Vakıa, bir ferdin — irade beyaniyle veya şiddet istimaliyle— diğer bir ferdin ef'alini tanzim etmesi esasında herhangi fizik bir sebepten ayırdedilemez. Eğer devlet kudreti sadece bu tarzda bir müessiriyete sahip olsaydı devlet ile tebaa arasındaki münasebetleri diğer tabibî hadiselerden ayırdetmeğe imkân olmaz ve bu münasebetler illiyet kanununa tabi münasebetlerden farksız olurdu. Bu tarzda bir anlayış, nihayet, doğrudan doğruya hakkı kuvvetin yarattığını kabule götürür.

Halbuki, devletin «kudreti» veya «buyurma kudreti» dediğimiz zaman, devletin veya onu temsil eden şahsın veya şahısların sadece fiilen emretmek kuvveti, diğer ferdlerin faaliyetlerine müteallik bir irade beyan etmek kuvveti olduğunu değil, fakat aynı zamanda, bunu yapmak selâhiyetine de sahip bulunduğunu ve buna mukabil yalnız ferdlerin fiilen devlete itaat ettiklerini değil fakat itaat etmeleri lazımgeldiğini, buna mecbur olduklarını anlarız.

(24) Kelsen, Les rapports, S, 236
(25) Simonovitch, op. cit., S. 48
(26) Kelsen, Les rapports.., S, 252

Bütün bunlar, aynı zamanda hem normu vaz'edenin hem de o norma tabi olanın hareketlerini tesbit eden bir nizam sayesindedir.[27] Amme kudretinin neticesi, ferdleri diğer ferdlere tabi kılmak değil, fakat ferdleri onlara bir mükellefiyet yükleyen normlara tabi kılmaktır.Eğer «devlet = normatif nizam» anlamı terkedilecek olursa, devletin mevcudiyetini inkâr ve sadece maddî kuvvet münasebetlerini kabul eden anarşistlerin görüş tarzlariyle birleşmiş olur.Halbuki devlet ile ferdlerin münasebetleri hukukî münasebetlerdir.

Ç— Kelsen'in hukuk ve devlet nazariyelerinin tenkidi.— Kelsen'in açmış olduğu normativizm çığır, muhtelif cephelerden çok ağır tenkitlere maruz kalmıştır.Bilhassa Duguit ve Hauriou gibi Fransız müellifler Kelsen doktrinine şiddetle itiraz etmişlerdir. Bundan başka normativizmin menşe memleketi Avusturya olmakla beraber bu nazariye Avusturya'da büyük bir mukavemete maruz kalmıştır.Başta Sander olmak üzere, Othmar Spann, Hold- Ferneck, Erich Voegelin gibi birçok Avusturyalı hukukçular Kelsen'in hukuk ve devlet nazariyesini tenkit etmişlerdir.[28]

1— Her şeyden önce, Kelsen'in takip ettiği metodu ve kabul ettiği bilgi nazariyesini bir çok müellifle lüzumundan fazla cezrî bulmaktadırlar.Ezcümle (metod bilginin mevzuunu yaratır) postulat'sı aşırı bir telâkkinin mahsulüdür.Hiç şüphesiz, bilgi edinen kimsenin mantıkı ile bilgi mevzuu arasında bir münasebet vardır. Ancak tutulan metod, bilgi mevzuunu yaratmaz. Belki o mevzuu, tetkik edilebilecek diğer mevzulardan ayırdeder. Yani, insan aklı obje yaratmaz, diğer mevcuttan ayırdedilmiş, obje mevhumları meydana kor.

Aynı objenin iki ayrı zaviyeden tetkik olunamayacağı da münakaşa götürür. Bir kimse, bir arsa satın alacak olursa bu arsanın evvelâ hukukî durumunu, yani meselâ, ipotekli olup olmadığını; daha sonra yine aynı arsanın ziraate elverişli bulunup bulunmadığını ve yine o arsanın bulunduğu mahallin estetik hususiyetlerini pekalâ inceleyebilir.Şüphesiz, bu kimsenin dikkati, tetkik zaviyesine göre, başka başka unsurlar üzerinde duracaktır.Bunun neticesi olarak, her defa, önüne yeni bir obje çıktığı belki nazarî olarak kabul edilebilir.Fakat, hakikatte, bütün bu unsurları aynı objeni ihtiva etmekte olduğunu unutmamak lâzımdır.[29] Bilhassa sosyal ilimlerin mevzuları birbirine o derece giriftdirler ki, metod uğruna realiteyi parçalamağa kalkışmak, bizi nâtamam ve yanlış fikirlere sevkeder.

Kaldı ki, hakikat halde «olan» ve «olması lazımgelen » âlemler arasında Kelsen'in tevehhüm ettiği aşılmaz uçurum yoktur.Norm ile realite birbirinden ayrı değildir. Realite normu ihtiva eder. Realite ve normun birbirleriyle münasebetleri vardır. Mevcut olan şeylere, mevcut olması lâzımgelen şeylerin, tahakkuk etmiş kısmı nazariyle bakılabilir. Zira; realiteye istinat ederek norma varılır ve normun çekirdeği realitedir.[30]

Gerek hukuk ve gerek devlet mefhumlarının hem olan hem de olması lazımgelen alemleriyle münasebeti var-

(27) Kelsen, Les rapports, S. 253
(28) Simonovitch, op. cit., S. 109
(29) Peretiatkowicz, op, cit., S.230
(30) Simonovitch, op., cit., S.119

dır.[31] Görülüyor ki sosyolojik metodu hukukî metodun zıddı olarak kabul etmek hatadır.Sosyolojik metod hukuk sahasında bir yardımcı metoddur. Sosyal realite, sosyal hadiseler ve bunların tabi olduğu kanunlar bilinmeden hukuka, normlara varılamaz.

2— Kelsen'in aşırı pozitivizm ve formalizm'ine en fazla itiraz eden Hauriou olmuştur. Fransız üstadına göre, böyle bir noktainazar kabul edildiği takdirde hukukçunun vazifesi sadece mevcut ve müsbet hukuk ile meşgul olmaktır. Hakim için, hukukçu için yeni hukuk kaidesi yaratmak yolu kapanmıştır. Bu takdirde, tabiî hukuk, tabiî mükellefiyet; adalet prensipleri hukukçu için artık bahis mevzuu olmayacak ve hukukçu sadece müsbet hukuka müracaatla iktifa zorunda kalacaktır. Bu boşluk o derece tehlikelidir ki, Kelsen bile bunu farazî bir anayasa (veya temel-norm) ile doldurmak istemiştir.Bu temel norm henüz müsbet hukuka girmemiş prensipleri ihtiva etmektedir. Ancak burada iki şık vardır : hakim bu temel normu ya nazarı itibara almayacak veya alacaktır.Almadığı takdirde, temel normun hiçbir rolü yoktur ve binaenaleyh tehlikeli boşluk mevcut kalmaktadır.Aldığı takdirde ise Kelsen sisteminin mantıkî insicamı ortadan kalkmaktadır.Çünkü bu temel norm şeklî hukuktan madut değildir. Halbuki Kelsen, sistemini sadece müsbet ve şekli hukuk normlarına istinat ettirdiği iddiasındadır. Bundan başka hukukun formel anlamı, pratike de tesir edecek ve hukukçuları ve bilhassa hakimleri tıpkı « Figaro'nun düğü »nünde Beaumarchais'nin yarattığı cahil ve şekilperest hâkim tipi olan Brid'oison'a benzetecektir. Bu hal bilhassa usul hukuklarında kendini gösterecek ve meselâ beyyineler de sırf şeklî olacak ve beyyine serbestisi sistemi ortadan kalkacaktır[32]

3—Hukukta gaî (teleologique) mülâhazaların yeri olmadığı fikri de şiddetle tenkit edilmiştir.— Kelsen'in müfrit şekilciliği onu böyle bir neticeye vardırmaktadır. Filhakika, müellife göre. hukuk ilmi bir hadisenin sadece şekli ile meşgul olur. O hadisenin muhtevası, sosyolojinin, tarihin veya siyaset ilimlerinin mevzuuna teşkil eder. Hukuk mefhumları, hiç bir zaman sarih bir şekilde tesbit edilemiyecek olan muhtevalarına değil şeklî vasıflara istinat ettirilmelidir.

Hukuk mefhumlarının şeklî vasıflara istinat ettirilmeleri fikri doğru olabilir. Ancak, bu şeklî vasıfların tesbitinde bir hukuk müessesesinin hizmet edeceği sosyal gaye ihmal edilemez. Sosyal gayelerinden tecerrüt ederek hukukî mefhumlardan faydalanmak imkânsızdır. Ezcümle, hukukun sosyal rolünden tecerrüt ederek hukukî mükellefiyetten bahsedilemez. Jellinek bile, «insanlar arasındaki münasebetlerin cevherine varmadan» ilmî kıymeti olan hukukî neticeler istihsal etmenin kabil olmadığını söylemektedir.[33] Kanunların tefsiriyle meşgul olmuş her hukukçu, bir kanun hükmünün ekseriya bir çok başka başka tefsirlere meydan verebilecek şekilde olduğunu ve bu takdirde, kanunun ne maksada yapıldığı, umumiyetle hukukun gayesi, müşterek iyilik; adalet; emniyet gibi gaye mülâhazasının mühim rol oynadığını pek güzel bilir. Ancak Kelsen, tefsirin müsbet hukukun bir tahlili olduğunu ve tefsir sayesinde mevcut kaidelere istinat ederek yeni kaideler elde edileceğini hattâ kanunlarda boşlukların (lacune) mevcut bulunacağını kabul etmiyor. Müellife göre, kanunda boşluk yoktur. Boşluk denilen şey hukukçunun, kanunun yerine kendi ideolojisini tatbik etmek için kullandığı bir formüldür. Bu düşünüş tarzı, medenî hukukun tefsiriyle pek az meşgul olmuş «hukukçu - filozof» a mahsus bir düşünce tarzıdır. Pratikte ekseriya, tatbik olunması lâzımgelen kanun derin bir tefsiri tahlil neticesinde bulunabilir. Kelsen: «Kanun saçma bir muhtevaya sahip olabilir, bu takdirde hiç bir tefsir ona bir mâna veremez» dediği zaman da hukukçudan ziyade filozofa hitap etmektedir. Zira bilindiği gibi, hukukçunun rolü, her hal ve kârda, mükemmel olmasa bile kabul edilebilecek: yani umumiyetle hukukun gayesine en uygun bir hal çaresi bulmaktır. Eğer, kanunların tefsiri ve hukuk normlarının mantıkî istidlâller sayesinde teşmili umumiyetle kabul edilmemiş olsa idi, bütün Roma hukuku sistemi hiç bir zaman meydana gelemezdi. Çünkü, modern Avrupa kültürü üzerinde bu derece kuvvetli bir tesir icra eden bu sistem, doğrudan doğruya on iki levha kanununun gayet geniş bir şekilde gaî (teleologique) tefsirinden vücude gelmiştir. Binaenaleyh, Kelsen tarafından teklif edilen gaye mefhumunun hukuk sahası dışında bırakılması kabul edilemez ve bu hukuk nazariyesinin başlıca çürük noktalarından birini teşkil eder. Hukukî araştırmalar için teleologique metod, yani gaye mülâhazası esastır.[34]

4 — Kelsen'in hukuk normunun mümeyyiz vasfı hususunda ileri sürdüğü fikirler de itirazları mucip olmuştur. Filhakika, hukuk normunun mümeyyiz vasfı, müellifin iddia ettiği gibi, o norma itaat etmemenin «mümkün olabilmesinde» değildir. Zira. bir norma daima itaat edilmesi onun norm olmak vasfını ortadan kaldırmaz. O norm mevcut iken ona uygun olarak yapılan tasarruflar, eğer o norm mevcut olmasaydı belki de aynı şekilde yapılmazdı. Bir hukuk normu vazedilirken ideal olan herhalde ve bilaistisna o norma riayet edilmesidir ve bir norma ne kadar fazla riayet olunursa, o norm. hakikî mahiyetini o derece iktisap eder ve tabiî kanuna yaklaşır. Esasen bu bakımdan da hukuk normu ile tabiat kanununu birbirlerine tamamen zıd olarak göstermek hatalıdır. Hülâsa, hukuk normuna itaat etmemenin «mümkün olabilmesi» keyfiyeti hakikatte varid olsa dahi, bir hukuk normunun mümeyyiz vasfı olarak ele alınması doğru değildir. Zira bu cihet, hukuk normunun hakikî mahiyetini bize göstermez.[35]

Bundan başka Kelsen, hukuk normlarının rolünü de değiştirmiştir. Zira, birinci derecedeki normlar, müellifin iddia ettiği gibi; müeyyide koyan ve bu müeyyidenin tatbikini emreden normlar değil, bilâkis, Kelsen'in ikinci derecede normlar dediği, ferdlere bazı emir ve nehilerde bulunan normlardır. Müellif, normların sırasını değiştirmek suretiyle hukuka sadece menfî bir mahiyet vermiştir. Ona göre hukuk, yalnız «hukukî hayatın marazlariyle» pathologie'siyle uğraşır. Halbuki, normların esası ceza tatbikinde değil, verdikleri emir ve nehilerdedir. Kaldı ki, her hukuk normu bir bütün olarak hukukun haiz bulunduğu vasıfları haiz olamaz. Kelsen'in bu telâkkisi, karşılığında müeyyide olmamakla beraber hukukî vazi-

(31) *Duguit ters taraftan mübalağaya düşerek hukuku sadece olan alemine ithal ediyor.Traite, c. I, S.64*
(32) *Hauriou, Precis de droit; constitutionnel, Paris 1929, Preface. S. 9-10*
(33) *Peretiatkowicz, op. cit., S. 233.*

(34) *Peretiatkowicz, op. cit., S. 234*
(35) *Simonovitch, Hold-Ferneck. den naklen, op. cit., S. 122*

yetler yaratan bir çok hukuk kaidesini hukuk sisteminin dışında bırakmaktadır.[36]

5 — Kelsen'in iddia ettiği gibi hukukun sadece bir normlar sistemi olduğu da kabule şayan değildir. Hakikatte, hukuk denilen şey; hem bir normlar sistemi, hem de, bu normlara uyularak yapılan tasarruflardır. Hukuk normlarını; taallûk ettikleri vakıalardan ayırmak imkânsızdır. Bu o kadar doğrudur ki, bizzat Kelsen dahi vakıalar âleminde cereyan eden şeyleri nazarıitibara almak mecburiyetinde kalmıştır. Meselâ «müessiriyet» vakıalar âlemine dahildir, Hukuk bir normlar sistemi değil, normlarla organların birbirlerini takip ettikleri bir sistemdir. Hukukî meratibin en sonunda- hukuk normları gereğince ifa edilmiş vakıalar vardır. Bu vakıalar zarurî olarak hukukî vakıalardır, çünkü hukukî vaziyetler tevlit ederler. Meselâ adlî veya idarî kararlar mucibince veya mukaveleler mucibince yapılan tasarruflar bu kabildendir. Görülüyor ki hukuk sadece «olması lâzımgelen» ile meşgul olmuyor «olan»ı da ihtiva ediyor.[37]

6 — Kelsen'in sübjektif hakları inkâr etmesi keyfiyetinin neticeleri çok tehlikeli olabilir. Filhakika sübjektif hakların inkârı yalnız siyasî değil fakat medenî hürriyeti bile ortadan kaldırabilir. Hukukun ferdiyetçi esasını terketmek, ister istemez; cemiyetin ferdiyetçi esasını inkâra sevkeder. Şahıs hürriyeti, bir takım haklarla ifade edilemediği takdirde; mevcut değil addolunabilir.[38] Bu surette hürriyetin üstünlüğünün yerine otoritenin üstünlüğü kaim oluyor demektir.

7 — Devlet ile hukukun aynı şey olduğu iddiası da aynı neticeyi doğurur. Filhakika, Duguit'nin de ifade ettiği veçhile; bu takdirde devleti hukuk ile takyit imkânı kalmaz.[39] Zira, artık devletin dışında hukuk yoktur. Hukuk, müsbet hukuka; yani devletin kanunlarına inhisar etmektedir. Halbuki devletin hukukan takyit edilebilmesi için hukukun devlete üstün ve ondan hariç olması lâzımgelir. Kaldı ki, devlet; sadece hukukî normlar vazetmekle iktifa eylemez. Devletin faaliyeti yanında bu hukukî normların derpiş etmedikleri bir çok tasarruflar da vardır. Meselâ, harp halinde, devletin faaliyetini düşünmek, yukarıdaki iddiayı ispata kâfidir. Vakıa, Kelsen ile birlikte, hukuk normları sisteminin devlet mefhumunun unsurlarından birini teşkil eylediğini kabul edebiliriz. Ancak, devletin sadece bir hukukî normlar sistemi olduğunu kabule imkân yoktur. Çünkü, devletin aslî unsurları meyamna, muayyen bir ülke üzerinde ve kendisine tabi olan ferdlerin iradelerinden müstakil olarak tatbik edilen üstün bir kudret de girer. Normlar nizamı, fiilî ve siyasî bir kudrete istinat etmelidir -ki müsbet hukuk bahis mevzuu olabilsin. Müsbet hukuk tabiri ancak müşahhas vakalara, fiilî ve üstün bir kudrete veya bu kudretin organlarına istinat eden bir hukuka izafe olunabilir.[40]

8 — Nihayet, Kelsen'in devlet ile hukukun tekçi görüşünün bir neticesi olarak ileri sürdüğü, devletin şe'ni bir varlık olmayıp sadece ideal, aklî bir mevcudiyete sahip bulunduğu hususundaki düşünce de yanlıştır. Devlet, mantıkî bir sistem değil, bir sosyal varlıktır ve bizim dışımızdadır. Müellif, insanlardaki devlet fikrini realitede mevcut devlet müessesesi ile birbirine karıştırmaktadır. Devlet bir vakadır, sosyal ve tarihî bir mut'adır ve bu bakımdan bizim sübjektif âlemimiz dışında bir varlıktır.[41] Halbuki, Kelsen devleti sadece bir hukuki normlar nizamı olarak görmekte ve ona göre bu normlar nizamı üstün bir temel – norm'dan istidlal edilmektedir. Bu temel - norm fikri de çürüktür. Zira, ya temel normun objektif mevcudiyetini kabul etmek ve onu hukukî nizama idhal etmek lâzımdır (ki müellif bu hususu reddediyor), veya bu normu tamamen farazî olarak ele almak icabeder. Ancak bu sonuncu takdirde ona objektif bir mahiyet tanımak imkânsızdır. Böyle olunca, bir faraziyenin gerek hukuka gerek devlete mesnet, esas olmasını mantık kabul etmez. Zira, bir faraziye olan temel-norm devletin esası addolunursa, devletin mevcudiyeti için, bütün tebaanın o faraziyeyi kabul etmeleri lâzımdır. Halbuki devletin mevcudiyeti için ferdlerin onu tanımaları şartı bahis mevzuu olamaz. Çünkü devlet bir vakıadır. Bu farazî temel-normun pratik bakımdan da mahzurları vardır. Filhakika, bu görüş tarzı, fiiliyatta idare edenlerin keyfî tahakkümüne müncer olabilir. Bütün mesele, temel - norm olarak kabul edilecek düsturdadır. Bu düstur mutlakiyete, istibdada, keyfî idareye sevkedebilecek bir düstur oldu mu bütün hukuk sistemi de aynı vasıfları haiz olsa hukukan mer'i ve muteber addedilmesi lâzımgelecektir.

Bütün bu tenkitlere rağmen, Kelsen'in hukuk ve devlet teorisinde metot meselelerini birinci plâna geçirmek gibi bir hizmeti dokunduğu söylenebilir. Devletin hukukî mahiyetini bütün inceliğiyle belirtmiş ve hukukun derece derece tekâmülü hakkında doğru mülâhazalar ileri sürmüştür. Ancak ne yazık ki, devletin hukukî mahiyetini belirtmek isterken bu müessesenin sosyal bir realite olduğunu ve mudil bir bünyesi bulunduğunu gözden kaçırmıştır.

(36) Simonovitch, Hold-Ferneck, den naklen, op. cit., S. 123-124
(37) Coste - Floret, op. cif., S, 40-41
(38) Hauriou, op, cif., Preface 9-10 ve S, 11
(39) Duguit. Traiie. C, I, S. 44
(40) Peretiatkowicz, op. cit., S. 230.

(41) Simonovitch. Erich Voegelin'den naklen, op, cit., S. 129

Saf Hukuk Kuramı Nedir?(*)

Hans Kelsen

Çeviren: Kasım Akbaş(**)

Adından da anlaşıldığı üzere, Saf Hukuk Kuramı, bir hukuk kuramıdır. Bir kuramın oluşturulma yöntemi, kuramın ele aldığı konuya göre belirlenir. Bir hukuk kuramının özelliğini kavrayabilmek için, kuramın nesnesinin doğasını bilmemiz; (dolayısıyla hukuk söz konusu olmakla-çn) her şeyden önce, hukukun ne olduğu konusundaki soruya yanıt vermemiz gerekir.

Hukuk kuramı –ya da genellikle ifade edildiği gibi jurisprudence(1) - en eski bilim dallarından biriyse de, hukuk kavramının genel olarak kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır. Bu konuda iki farklı görüş vardır: İlk görüşe göre, hukuk bir olgudur, zaman ve mekan içerisinde yer alan, duyularımızla algılayabileceğimiz belirli bir beşerî davranıştır. Olgular fizik, kimya, biyoloji, psikoloji, sosyoloji gibi doğa bilimlerinin konusudurlar. Bu nedenle, bu görüşe göre jurisprudence, doğa bilimlerinden farklı değildir. Tıpkı bu bilimler gibi jurisprudence da, kendi nesnesini bir şeyin olduğu ya da olmadığı şeklindeki ifadelerle, yani olan ifadeleri ile betimler. Diğer görüşe göre ise, hukuk bir olgu değil, normdur. Norm, gerçekte o şey öyle olmasa ya da öyle yapılmasa da, bir şeyin olması gerektiği ya da yapılması gerektiği anlamına gelen bir kuraldır. Norm emir ya da buyruk niteliğine sahiptir ve dilbilimsel anlamda, Tanrı'nın (Sina Dağı'nda) Musa'ya bildirdiği On Emrindeki "anne ve babanıza saygı gösterin", "insanları öldürmeyin" ifadeleri gibi emir kipinde ifade edilir. Norm sadece emir değil, yetkilendirme niteliğine de sahip olabilir. Normla bir kişiye, başkalarına emir verme yetki ya da yeterliği ihsan edilebilir. Tanrı Musa'ya, kendi emirleri doğrultusunda Yahudi halkına emir verme yetkisini vermiştir. Yani Tanrı Musa'ya, yasa koyma yeterliğini ihsan etmiştir. Bir devletin anayasası, belli bir bireyi ya da birey grubunu yasalar –genel normlar- çıkarma yetkisi ile ve yasalar da mahkemeleri ve idarî organları -yargısal karar ya da idarî işlem şeklinde- bireysel norm yaratma yetkisi ile yetkilendirir. Son olarak norm, izin verme niteliğine sahip olabilir. Yani bir norm ile kişinin, böyle bir izin verilmeseydi normalde yasak olduğu kabul edilmesi gereken bir davranışta bulunmasına izin verilebilir. Söz gelimi, adam öldürmeyi yasaklayan genel bir norm bulunmaktadır. Fakat genel normu kısıtlayan daha özel bir normla, meşru müdafaa halinde adam öldürmeye izin verilmiştir. Bunlar bir normun üç işlevidir: Emir ya da buyruk bildirme, yetkilendirme ve izin verme. Eğer bir normun, bir şeyin yapılması gerektiği anlamına gelen bir kural olduğunu söylersek, "(ol)-ması gereken" kavramı, her üç işlevi de kapsamakta; normatif işleve işaret etmektedir.

Bir şeyin olması ya da yapılması gerektiği anlamındaki bir ifade, bir şeyin olduğu ya da yapıldığı şeklindeki bir ifade ile arasındaki fark gözetilerek saptanabilir. Aslında bu farkın doğrudan ve kesin olarak ayırdındayızdır. "Olması gereken"le "olan" arasındaki mantıksal düalizm, bir şeyin olması ya da yapılması gerektiği şeklindeki bir ifadeden bir şeyin olduğu ya da yapıldığı şeklindeki bir anlamın çıkarılmasının –ve bunun tersinin- imkansızlığını da içermektedir.

"Olması gereken", bir bireyin bilinçli olarak bir başka bireyin davranışına doğrudan yönelmiş kural koyma etkinliğinden çıkan anlamdır. Kural koyma etkinliğinden çıkan anlam ile kural koyma etkinliğinin kendisinin ("olan"ın) birbirlerinden farklı olduklarının ayırdındayızdır. Örnek olsun, eğer A, B'ye bir şey yapmasını emrediyorsa, bu etkinliği (act), "A, B'nin bir şeyi yapmasını istemektedir." diyerek ifade ederiz. Bu bir olan-ifadesidir. Ancak konular kuraldan çıkan anlam, B'nin bir şey yapması gerektiğidir ki bu, "B A'nın emrettiği şeyi yapmaktadır ya da yapacaktır." şeklindeki bir olan-ifadesinden farklıdır. B'nin bir şey yapması gerektiği, emir verme fiilinin öznel anlamıdır ve fiilin, emreden kişinin bakış açısından kazandığı anlamdır. Ancak bu öznel anlam zorunlu olarak, emrin nesnel anlamı –fiilin muhatabının ve konuyla ilgisiz üçüncü kişinin bakış açısından kazandığı anlam- olmak durumunda değildir. Eğer söz konusu fiil bir yetkiye dayanıyorsa, B'nin bir şey yapması gerektiği şeklindeki ifade, emrin nesnel anlamı olarak da anlaşılabilir. Böylece bu fiil, norm olarak anlam kazanmaktadır. Belli bir davranışın yapılmasını gerektiren emirlerin öznel ve nesnel anlamları arasındaki fark sorununa daha sonra tekrar döneceğiz.

Saf Hukuk Kuramına göre hukuk, bir norm ya da normlar dizisi, normatif bir düzendir. Jurisprudence'ın konusu normatif düzen olduğuna ve normun anlamı da yapılması gereken şey –yani insanların belli bir şekilde davranmaları gerektiği- olduğuna göre, jurisprudence kendi konusunu doğa bilimleri gibi olan-ifadeleri ile değil; olması gereken-ifadeleri ile tanımlar. Belli bir mesele ile ilgili olarak neyin hukuk olduğu sorusunun yanıtı, söz gelimi hırsızlık ya da adam öldürme ile ilgili olarak, "Eğer bir kişi hırsızlık ya da adam öldürme suçunu işlerse cezalandırılır." şeklinde değil, "Hukuk varolduğuna göre –ki bu, hukukun geçerli olduğu anlamına gelmektedir- kişinin cezalandırılması gerekir." şeklinde verilir. Olayda, hırsız ya da katil söz gelimi kaçtığı için cezalandırılmasa dahi bu böyledir. Eğer Kaliforniya Ceza Huku-

(*) İlk olarak Tulane Law Review 34: 269-276 (1960)'da "What Is The Pure Theory of Law?" başlığıyla yayımlanmıştır. Çeviri ve yayım derginin izniyle yapılmaktadır.

(**) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Jurisprudence kelimesi, Türkçe'ye hukukbilim ya da hukuk felsefesi ya da hukukun genel kuramı şeklinde çevrilebilmektedir. Nitekim Kelsen de, hukuk kuramı kavramına parantez açarak, jurisprudence'ın da kullanıldığını belirtmiştir. Gelgelelim, kavramla ilgili tartışma Türkçe'de tüketilmiş değildir. Tartışmanın tarafları ise Kelsen'in de bu paragrafın devamında belirttiği üzere, hukuka ilişkin iki farklı bakış açısına sahiptirler. Kuşku yok ki, 'hukukbilim' çevirisi akla, doğa bilimlerine benzer nitelikte bir hukuk biliminin de var olabileceğini getirmektedir. Diğer çeviri ifadelerini tercih edenler açısından ise hukuka ilişkin bu yaklaşım yerinde değildir. Bu tartışmadaki görüşlerimizi, böyle bir çeviri bağlamında yansıtmayı gereksiz gördüğümüzden, jurisprudence kelimesini olduğu gibi muhafaza etmeye karar verdik. Böylece, ileride Kelsen'in, jurisprunce'tan farklı olarak, 'hukuka ilişkin bilim' anlamında kullandığı legal science terimini de 'hukuk bilimi' şeklinde çevirme olanağına sahip olduk.

Saf Hukuk Kuramı Nedir?(*)

Hans Kelsen

Çeviren: Kasım Akbaş(**)

Adından da anlaşıldığı üzere, Saf Hukuk Kuramı, bir hukuk kuramıdır. Bir kuramın oluşturulma yöntemi, kuramın ele aldığı konuya göre belirlenir. Bir hukuk kuramının özelliğini kavrayabilmek için, kuramın nesnesinin doğasını bilmemiz; (dolayısıyla hukuk söz konusu olmakla-çn) her şeyden önce, hukukun ne olduğu konusundaki soruya yanıt vermemiz gerekir.

Hukuk kuramı –ya da genellikle ifade edildiği gibi jurisprudence(1) - en eski bilim dallarından biriyse de, hukuk kavramının genel olarak kabul edilen bir tanımı bulunmamaktadır. Bu konuda iki farklı görüş vardır: İlk görüşe göre, hukuk bir olgudur, zaman ve mekan içerisinde yer alan, duyularımızla algılayabileceğimiz belirli bir beşerî davranıştır. Olgular fizik, kimya, biyoloji, psikoloji, sosyoloji gibi doğa bilimlerinin konusudurlar. Bu nedenle, bu görüşe göre jurisprudence, doğa bilimlerinden farklı değildir. Tıpkı bu bilimler gibi jurisprudence da, kendi nesnesini bir şeyin olduğu ya da olmadığı şeklindeki ifadelerle, yani olan ifadeleri ile betimler. Diğer görüşe göre ise, hukuk bir olgu değil, normdur. Norm, gerçekte o şey öyle olmasa ya da öyle yapılmasa da, bir şeyin olması gerektiği ya da yapılması gerektiği anlamına gelen bir kuraldır. Norm emir ya da buyruk niteliğine sahiptir ve dilbilimsel anlamda, Tanrı'nın (Sina Dağı'nda) Musa'ya bildirdiği On Emrindeki "anne ve babanıza saygı gösterin", "insanları öldürmeyin" ifadeleri gibi emir kipinde ifade edilir. Norm sadece emir değil, yetkilendirme niteliğine de sahip olabilir. Normla bir kişiye, başkalarına emir verme yetki ya da yeterliği ihsan edilebilir. Tanrı Musa'ya, kendi emirleri doğrultusunda Yahudi halkına emir verme yetkisini vermiştir. Yani Tanrı Musa'ya, yasa koyma yeterliğini ihsan etmiştir. Bir devletin anayasası, belli bir bireyi ya da birey grubunu yasalar –genel normlar- çıkarma yetkisi ile ve yasalar da mahkemeleri ve idarî organları -yargısal karar ya da idarî işlem şeklinde- bireysel norm yaratma yetkisi ile yetkilendirir. Son olarak norm, izin verme niteliğine sahip olabilir. Yani bir norm ile kişinin, böyle bir izin verilmeseydi normalde yasak olduğu kabul edilmesi gereken bir davranışta bulunmasına izin verilebilir. Söz gelimi, adam öldürmeyi yasaklayan genel bir norm bulunmaktadır. Fakat genel normu kısıtlayan daha özel bir normla, meşru müdafaa halinde adam öldürmeye izin verilmiştir. Bunlar bir normun üç işlevidir: Emir ya da buyruk bildirme, yetkilendirme ve izin verme. Eğer bir normun, bir şeyin yapılması gerektiği anlamına gelen bir kural olduğunu söylersek, "(ol)-ması gereken" kavramı, her üç işlevi de kapsamakta; normatif işleve işaret etmektedir.

Bir şeyin olması ya da yapılması gerektiği anlamındaki bir ifade, bir şeyin olduğu ya da yapıldığı şeklindeki bir ifade ile arasındaki fark gözetilerek saptanabilir. Aslında bu farkın doğrudan ve kesin olarak ayırdındayızdır. "Olması gereken"le "olan" arasındaki mantıksal düalizm, bir şeyin olması ya da yapılması gerektiği şeklindeki bir ifadeden bir şeyin olduğu ya da yapıldığı şeklindeki bir anlamın çıkarılmasının –ve bunun tersinin- imkansızlığını da içermektedir.

"Olması gereken", bir bireyin bilinçli olarak bir başka bireyin davranışına doğrudan yönelmiş kural koyma etkinliğinden çıkan anlamdır. Kural koyma etkinliğinden çıkan anlam ile kural koyma etkinliğinin kendisinin ("olan"ın) birbirlerinden farklı olduklarının ayırdındayızdır. Örnek olsun, eğer A, B'ye bir şey yapmasını emrediyorsa, bu etkinliği (act), "A, B'nin bir şeyi yapmasını istemektedir." diyerek ifade ederiz. Bu bir olan-ifadesidir. Ancak konulan kuraldan çıkan anlam, B'nin bir şey yapması gerektiğidir ki bu, "B A'nın emrettiği şeyi yapmaktadır ya da yapacaktır." şeklindeki bir olan-ifadesinden farklıdır. B'nin bir şey yapması gerektiği, emir verme fiilinin öznel anlamıdır ve fiilin, emreden kişinin bakış açısından kazandığı anlamdır. Ancak bu öznel anlam zorunlu olarak, emrin nesnel anlamı –fiilin muhatabının ve konuyla ilgisiz üçüncü kişinin bakış açısından kazandığı anlam- olmak durumunda değildir. Eğer söz konusu fiil bir yetkiye dayanıyorsa, B'nin bir şey yapması gerektiği şeklindeki ifade, emrin nesnel anlamı olarak da anlaşılabilir. Böylece bu fiil, norm olarak anlam kazanmaktadır. Belli bir davranışın yapılmasını gerektiren emirlerin öznel ve nesnel anlamları arasındaki fark sorununa daha sonra tekrar döneceğiz.

Saf Hukuk Kuramına göre hukuk, bir norm ya da normlar dizisi, normatif bir düzendir. Jurisprudence'ın konusu normatif düzen olduğuna ve normun anlamı da yapılması gereken şey –yani insanların belli bir şekilde davranmaları gerektiği- olduğuna göre, jurisprudence kendi konusunu doğa bilimleri gibi olan-ifadeleri ile değil; olması gereken-ifadeleri ile tanımlar. Belli bir meseleyle ilgili olarak neyin hukuk olduğu sorusunun yanıtı, söz gelimi hırsızlık ya da adam öldürme ile ilgili olarak, "Eğer bir kişi hırsızlık ya da adam öldürme suçunu işlerse cezalandırılır." şeklinde değil, "Hukuk varolduğuna göre –ki bu, hukukun geçerli olduğu anlamına gelmektedir- kişinin cezalandırılması gerekir." şeklinde verilir. Olayda, hırsız ya da katil söz gelimi kaçtığı için cezalandırılmasa dahi bu böyledir. Eğer Kaliforniya Ceza Huku-

(*) İlk olarak Tulane Law Review 34: 269-276 (1960)'da "What Is The Pure Theory of Law?" başlığıyla yayınlanmıştır. Çeviri ve yayım derginin izniyle yapılmaktadır.

(**) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

(1) Jurisprudence kelimesi, Türkçe'ye hukukbilim ya da hukuk felsefesi ya da hukukun genel kuramı şeklinde çevrilebilmektedir. Nitekim Kelsen de, hukuk kuramı kavramına parantez açarak, jurisprudence'ın da kullanıldığını belirtmiştir. Gelgelelim, kavramla ilgili tartışma Türkçe'de tüketilmiş değildir. Tartışmanın tarafları ise Kelsen'in de bu paragrafın devamında belirttiği üzere, hukuka ilişkin iki farklı bakış açısına sahiptirler. Kuşku yok ki, 'hukukbilim' çevirisi akla, doğa bilimlerine benzer nitelikte bir hukuk biliminin de var olabileceğini getirmektedir. Diğer çeviri ifadelerini tercih edenler açısından ise hukuka ilişkin bu yaklaşım yerinde değildir. Bu tartışmadaki görüşlerimizi, böyle bir çeviri bağlamında yansıtmayı gereksiz gördüğümüzden, jurisprudence kelimesini olduğu gibi muhafaza etmeye karar verdik. Böylece, ileride Kelsen'in, jurisprudence'tan farklı olarak, 'hukuka ilişkin bilim' anlamında kullandığı legal science terimini de 'hukuk bilimi' şeklinde çevirme olanağına sahip olduk.

ku'na ilişkin bir ders kitabında, hırsızlık ya da adam öldürme suçunu işleyen kişinin cezalandırılacağı yönünde ifadeler yer almaktaysa, bu yanlıştır. Zira, Kaliforniya'da ne yazık ki, katillerin cezalandırılmadığı istisnai durumlar vardır. Ancak hukuk, adam öldürmenin her durumda cezalandırılması gerektiği şeklindedir.

Hukuksal otorite, -"Hırsızın cezalandırılması gerekir." ya da "Borcunu ödemeyen borçlunun malvarlığına karşı icrai takibat başlatılması gerekir." ifadelerinde olduğu gibi- çıkardığı normda "olması gereken" terimini kullandığında, bu terim emredici anlamdadır. Bir emir ya da buyruk olarak norm; doğru ya da yanlış değil, geçerli ya da geçersizdir. Gelgelelim hukuk bilimi[2] alanında, hukuksal normun geçerliliğini doğrulayan bir ifade içerisinde kullanıldığında aynı terim, betimleyici bir anlama sahiptir. Betimleyici bir ifade doğru ya da yanlış olabilir. Emretme yetkisine sahip olan hukuksal otoritedir; hukuka ilişkin bilim ise sadece, hukuksal otoritenin emrettiğini betimleyebilir.

Çelişki yasası ve sonuç çıkarma kuralları gibi mantık ilkeleri sadece doğrulanabilir (ya da yanlışlanabilir) ifadelere uygulanıyorlarsa da, dolaylı olarak, normlar hakkındaki ifadelere olduğu kadar hukuksal normlara da uygulanabilirler. Hukuksal normların varlığını yani geçerliliğini doğrulayan ifadeler de, bu mantık ilkelerine tabidirler. İnsanların belli bir şekilde davranması gerektiğini emreden normun geçerliliğini doğrulayan ifade ile insanların o şekilde davranmaması gerektiğini emreden normun geçerliliğini doğrulayan ifade; bir şeyin olduğunu söyleyen ifade ile o şeyin olmadığını söyleyen ifadeler gibi, birbiriyle çelişmektedir. Eğer bunlardan biri doğru ise diğeri yanlış olmalıdır. Birbiriyle çatışan iki normun –aynı anda- geçerliliği ancak, birbiriyle çelişen iki ifade ile dile getirilebilir. Bu anlamda birbirleriyle çatışık normların, birbirleriyle "çelişik" olduklarını söyleyebiliriz. Bu nedenle çatışık iki norm, aynı anda geçerli olarak kabul edilemezler. Böylece hukuk bilimi, kendi nesnesini mantıksal bir bütün, yani birbiriyle çelişkili olmayan normlar sistemi olarak ele alır.

Yasa bir gerçeklik/olgu değil bir norm ise de, yine de olgu ile norm arasında zorunlu bir ilişki vardır. Daha önce de işaret edildiği üzere norm, bir olgunun anlamıdır –ki norm, o olgu tarafından tesis edilmiştir. Normun tesis edildiği ya da metaforik olarak ifade edersek yaratıldığı olgu, bir bireyin, bilinçli olarak bir başkasının davranışına yönelmiş kural koyma etkinliği ya da bu tür etkinlikler dizisidir. Eğer bu, yasa koyucu bir kural koyma etkinliği ya da örf-âdet ise genel normdur. Yok eğer, yargısal ya da idari bir işlem ise, bireysel normdur. Norm yaratan etkinlik, zaman ve mekan içerisinde yer alan ve duyularımızla algılanabilen bir olgudur. Bu olgu, bir olan-ifadesi ile betimlenebilir. Fakat bu olgunun, jurisprudence'ın konusunu da oluşturan anlamı –yani norm- olgunun kendisinden farklıdır. Bu anlam, bir olan-ifadesi ile değil, bir olması geren-ifadesi ile betimlenebilir. Jurisprudence'ın hukuksal normların yaratıldığı süreçlere de gönderme yaptığı doğrudur. Fakat sadece, bu sürecin kendisinin hukuksal bir norm tarafından düzenlenmesi söz konusu olduğunda, jurisprudence bu sürece gönderme yapar. Hukuk kendi yaratım sürecini de düzenler. Sadece norm yaratma etkinliğinin kendisine ilişkin düzenlemeler içeren normlar jurisprudence'ın konusunu oluşturabilirler. Jurisprudence yasama süreci ile ancak, bu süreç anayasal normlar tarafından; yargısal ve idari süreçler ile ise ancak, yasalar ya da örf-âdet hukuku kurallarınca düzenleme konusu yapıldıklarında ilgilenir. Anayasa, yasalar ve örf-âdet hukuku kuralları birer normdurlar, ve işte bu nedenle jurisprudence'ın nesnesi haline gelirler.

(2) Yukarıda dipnotta belirtildiği üzere "legal science"ın karşılığı olarak kullanılmıştır.

Mevcut –yani geçerli- kabul edilebilmesi için zaman ve mekan içerisinde yer alan bir fiil tarafından yaratılmış olan bir hukuksal norm, normla olgu arasındaki yegâne ilişki şekli değildir. Bir norm, zaman ve mekan içerisinde yer alan gerçek bir insan davranışı tarafından uygulanır ve kendisine uyulur nitelikte olabilir de olmayabilir de. Genel olarak hukuksal düzen ve özel olarak bu hukuksal düzeni oluşturan hukuksal normlar ancak, geniş bir kesim tarafından uygulandıklarında, kendilerine uyulduğunda ve etkili olduklarında geçerli sayılabilirler. Fakat bunların geçerliliği, etkililikleri ile karıştırılmamalıdır. Etkililik geçerliliğin sadece bir koşuludur ve onunla özdeşleştirilemez. Bir hukuksal norm etkili olmazdan önce geçerli olabilir. Yasama organı tarafından çıkarılmış bir yasa, mahkeme tarafından önündeki olaya uygulandığında, yasa etkili hale gelmezden evvel mahkeme tarafından geçerli bir yasa olarak uygulanmaktadır. Mahkeme yasayı ancak, eğer yasa geçerli ise uygulayabilir. Yasanın etkililiği olgusu, yasanın bir eylemle yaratıldığı olgusuna eklenmelidir; yoksa söz konusu yasanın geçerli sayılması mümkün değildir. Fakat, fiilin anlamı olan norm ile normun yaratıcısı fiilin özdeş olmaması gibi, bir hukuksal normun etkililiği de geçerliliği ile özdeş değildir.

Hukuku bir olgu olarak kabul eden öğreti, anlamı norm olan fiil ile normu ve hukuksal normun etkililiği ile geçerliliğini özdeşleştirme yanılgısına dayanmaktadır. Bu hatalı özdeşleştirmeden sıyrılan Saf Hukuk Kuramı, normları olması gereken-ifadeleri ile tanımlayarak jurisprudence'ı, olguları olan-ifadeleri ile tanımlayan doğa bilimlerinden ayırır. Bu onun "saf" bir hukuk kuramı olarak adlandırılmasının ilk nedenidir. İkinci neden, jurisprudence'ı etikten ayırmış olmasıdır. Etik'in bilimi[3] (science of ethic), normları, jurisprudence'ın yaptığı gibi tanımlar. Ama etiğin tanımladığı normlar hukuksal normlar değil, ahlaki normlardır. Hukuksal ve ahlaki normlar arasındaki fark şudur: Hukuksal normlar belli bir davranışta bulunulmasını, kendisine aykırı davranıldığında müeyyide gibi zorlayıcı bir unsurla ilişkilendirerek, buyurmaktadırlar. Müeyyide, zorlayıcı niteliktedir; hukuksal otoritenin toplama zararlı kabul ettiği bir davranışa tepki olarak yaşamdan, özgürlükten, mülkiyetten ya da diğer değerlerden yoksun bırakma anlamına gelmektedir. Hukuk cinayet işleyenin ya da hırsızlık yapanın ölüm cezası ya da hapisle cezalandırılması gerektiğini buyurarak adam öldürmeyi, hırsızlığı ya da benzerlerini yasaklar. Borcunu ödemeyenin mal varlığına karşı cebrî icra uygulanması gerektiğini buyurarak insanlara

(3) Kelsen burada "etik"i, "hukuk" gibi normatif bir alan olarak kabul edip, bu alanın bilgisini ifade etmek üzere "etik'in bilimi" ifadesini kullanmaktadır. "Etik" kavramının Türkçe'ye "ahlâkbilim" şeklinde çevrilmesi nedeniyle "ahlâkbilim bilimi" gibi anlamsız bir ifadeye yer vermemek için "etik" sözcüğü tercih edilmiş, parantez içinde, metnin aslındaki ifade gösterilmiştir.

borçlarını ödemelerini emretmiş olur. Belli bir davranışı bir müeyyide ile ilişkilendirerek hukuk, bu davranışı suç saymış ya da yasadışı olarak nitelendirmiştir. Böylece bu davranışın aksi davranış, hukuksal bir yükümlülük doğuracaktır. Bu anlamıyla hukuk, zorlayıcı bir düzendir. Ahlaki normlar da belli bir davranışın yapılmasını emreder ya da bu davranışı yasaklar. Ancak bu normlara aykırı davranışın gerçekleştirilmesi halinde bir müeyyide söz konusu olmayacaktır. Ahlaki düzen, normatif bir düzendir ancak zorlayıcı bir düzen değildir.

Ahlaki normlar, ya Musa, İsa, Muhammed gibi bir dinin kurucusu ya da gelenekler tarafından, -ama her halükârda- insan etkinliği sonucunda yaratıldıkları için, farklı toplumlarda ve farklı zamanlarda pek çok farklı ahlaki düzen bulunabilmiştir. Öyleyse ahlaki değer, göreli karakterdedir. Bir hukuksal düzen, belli bir ahlaki düzene uyabilir ya da uymayabilir. Ancak hukuksal düzenin geçerliliği, ahlaki düzene uygunluğuna bağlı değildir. Hukuksal düzen, belli bir ahlaki düzenin bakış açısıyla, ahlaken iyi ya da kötü diye nitelendirilebilir. Hukuk düzeninin ahlaken iyi olarak nitelendirilmesi adil olduğu; ahlaken kötü olarak nitelendirilmesi gayri adil olduğu anlamına gelir. Aslında her hukuksal düzen az ya da çok, hukuk yaratma süreçlerinin çıkarları ile doğrudan ilişkili olduğu kural koyucu bir grup için geçerli belli bir ahlaki düzene tekabül eder. Böylelikle hukuksal düzen, kuralları koyan grubun ahlaki düzenine göre adil kabul edilir. Ancak bu hukuksal düzen aynı zamanda, geçerli olduğu toplumda bile diğer grupların ahlaki düzen anlayışlarına az ya da çok aykırı olabilir. Bu nedenle hukukla adalet ayrıştırılmalıdır. Hukuk hakkındaki bir hüküm, hukukun ahlaki değeri hakkındaki adilliği ya da adaletsizliği şeklindeki herhangi bir hükme uygulanmamalıdır. Ancak bu ifade, hukukun adil olması gerektiği varsayımına da dışlamamaktadır. Ne var ki, tek bir adalet değil, birbirinden farklı hatta birbiriyle çelişen adalet idealleri olduğundan, hangi adaletin kastedildiği belirlenmeden bu varsayıma ulaşmak mümkün değildir. Saf Hukuk Kuramı aynı, hukuku doğadan ve böylece jurisprudence'ı doğa bilimlerinden ayırdığı gibi, hukuku ahlaktan ve böylece jurisprudence'ı etikten ayırır.

Saf Hukuk Kuramı pozitif hukukun kuramıdır. Pozitif hukuk, normları –yasama, yargı ya da idare organları ya da beşerî etkinliğin oluşturduğu gelenekler gibi- beşerî etkinlik tarafından yaratılmış zorlayıcı bir düzendir. Yasama, yargı ya da idare organları; kendi alanlarında belirli yetkilere sahip devlet organlarıdır. Hukuk bu organlar tarafından yaratıldığı sürece, hukukun devlet tarafından yaratıldığını söyleriz. Belli beşerî varlıkların hukuk yaratıcı etkinliklerini, "devlet etkinliği" olarak yorumlar; belli bir beşerî varlık tarafından yerine getirilen işlevi, devlete atfederiz. Ama, devlet ve devletin hukukla ilişkisi nedir? Saf Hukuk Kuramı, yalnızca hukuk düzeni tarafından özgül bir şekilde belirlenmiş beşerî etkinliklerin devlet etkinliği olarak yorumlanabileceğini ortaya koyar. Yani hukuk yaratıcı etkinliği devlete mal etmek; etkinliği, kendisini saptayan hukuk düzenine havale etmek demektir. Yani hukuk yaratan etkinlikte bulunan bir beşerî varlık olarak devlet, kendi ortaya çıkışını da düzenleyen hukuk düzeninin somut temsilcisinden başka bir şey değildir.

Yani toplumsal düzen ya da siyasal bir örgüt olarak devlet, hukuk adını verdiğimiz zorlayıcı düzenin kendisidir. Yani devlet, hukuktan farklı olarak, bu görece merkezileşmiş hukuksal düzenin –ya da onun somut halinin- kurumsallaşması olarak düşünülmelidir. Böylece Saf Hukuk Kuramı, geleneksel hukuk ve devlet kuramlarında varolan yanıltıcı nitelikteki hukuk ve devlet ikiliğine son verir.

Saf Hukuk Kuramı yalnızca beşerî varlıkların etkinlikleri ile yaratılmış normları, yani pozitif hukuku dikkate alır; insanüstü otoriteler gibi farklı kaynaklardan çıkan diğer normları dikkate almaz. Bu nedenle her türlü ilahî nitelikteki hukuku, söz gelimi Tanrı'nın ya da Tanrı benzeri bir varlığın yarattığı kabul edilen hukuku, jurisprudence'ın inceleme alanı dışında bırakır. Dolayısıyla doğal hukuk olarak adlandırılan, -kendi kuramlarına göre- doğada içkin olarak bulunduğu varsayılan hukuku da dışarıda bırakır. Beşerî davranışları düzenleyen normlar anlamında hukuk ancak, doğa bir yasa koyucu olarak kabul edilirse doğaya içkin olabilir. Doğayı bir yasa koyucu olarak kabul etmek ise, doğaya bir irade atfetmek anlamına gelmektedir. Bu ise ya bir hurafedir ya da doğaya ilişkin, doğanın Tanrı tarafından yaratıldığı ve Tanrı alametinin kesinlikle iyi olduğu şeklindeki inanca dayanan, teolojik bir yorumun sonucudur. Bu, herhangi bilimsel bir anlayışla ve elbette hukuk bilimiyle karşılaştırılamayacak metafizik bir varsayımdır.

Aynı itiraz, beşerî davranışın adil normlarını insan doğasında, özellikle de insan aklında bulmaya çalışan doğal hukuk öğretisi için de geçerlidir. Akıl, bilişin yetisidir. Akıl aracılığı ile, bilişin nesnelerini bu zihinsel işleyişten bağımsız olarak bilebilir, anlayabilir ya da kavrayabiliriz. Norm koyma ya da bir şeyi düzenleme iradenin işlevidir ve beşerî irade insan aklından tümüyle farklı olarak, psişik bir olgudur. İnsan aklı, beşerî iradenin etkinliği sonucu yaratılan normları bilebilir ancak kendisi norm yaratamaz. Akıl ve iradenin sadece Tanrı'da birbirleriyle örtüştüğü düşünülebilir. İnsanlar neyin olması gerektiğini bilmenin ve irade göstermenin sadece Tanrı'nın özelliği olduğuna inanırlar. Bu, eski, bilgi ağacı mitidir: İnsanlar bu ağacın meyvesini yediklerinde, Tanrı gibi, neyin iyi neyin kötü olduğunu bilebileceklerdir. Tanrı için, iyiyi ve kötüyü bilmek aynı zamanda, iyiyi buyurmak ve kötüyü yasaklamak anlamına da gelmektedir. İnsan aklı ancak, Tanrı'nın kendi suretinden ve ilahî aklın bir parçası olarak yaratıldı ise, aynı zamanda norm yaratan irade –ya da "pratik akıl"- olarak kabul edilebilir. Akli hukukun dayandığı, bu kendi kendisiyle çelişkili fikir, teoloji kökenlidir.

Teolojik ya da doğal hukuk öğretilerinin karşısında pozitivist bir kuram olarak Saf Hukuk Kuramı, ilahî ya da doğal düzeni, pozitif hukuktan farklı ve onun üzerinde, pozitif hukukun geçerliliği için bir neden olarak görmez. Pozitif hukukun ancak, ilahî ya da doğal bir düzene uygun olduğu zaman, söz gelimi adil olduğunda, geçerli olabileceği düşüncesini reddeder. Saf Hukuk Kuramı, her türlü pozitif hukuku –beşerî varlıkların etkinlikleri ile kurulmuş ve genel olarak etkin her türlü zorlayıcı düzeni-, adilliğine ya da gayri adilliğine bakmadan geçerli kabul eder. Pozitif hukukun geçerliliğinin nedenine ilişkin soru –herhangi bir zorlayıcı düzenin normlarına neden uyulması ve bu normların neden uygulanması gerektiği

sorusu-, Saf Hukuk Kuramına göre şu şekilde anlaşılmalıdır: Hukuk yaratıcı etkinliklerin –insanların belli bir şekilde davranmaları gerektiği şeklindeki- öznel anlamlarının, onların nesnel anlamları olarak yorumlanabilecekleri mantıksal koşullar nelerdir? Bu soruya yanıt verirken, bir şeyin olması ya da yapılması gerektiği hükmünden, o şeyin olduğu ya da yapıldığı sonucunun çıkarılmasının mantıksal olarak imkânsız olması gibi; bir şeyin olduğu ya da yapıldığı hükmünden, o şeyin olması ya da yapılması gerektiği hükmünün çıkarılmasının da mantıksal olarak imkânsız olduğunu göz önüne almalıyız. Bu mantıksal ilke, öznel anlamı bir şeyin yapılması gerektiği olan bir iradî fiile de uygulanabilir. Bireyin, bir başka bireyin belli bir şekilde davranması gerektiğine ilişkin emrinden, kendisine emredilen bireyin bu şekilde davranması gerektiği sonucu çıkmaz. Emrin öznel anlamından, buyurma fiilinin, kendisine uymamanın yanlış olacağı, nesnel olarak geçerli bir norm olduğu sonucu çıkmaz. Eğer bir haydut birisine, kendisine belli miktarda para vermesini emrederse, o kişinin bu emre uyması gerektiğini ve eğer uymazsa kabahat işlemiş olacağını varsaymayız. Bir norm bir olgudan çıkarılamaz. Bir norm ancak bir başka normdan çıkarılabilir. Bu nedenle, yargısal bir kararın ya da idari bir işlemin geçerliliğinin nedeni aslında, kararın bir yargıç tarafından verilmiş olması ya da işlemin bir idareci tarafından gerçekleştirilmiş olması değil, yargıcı kararlar vermeye, idareciyi işlemler gerçekleştirmeye yetkili kılan bir yasanın varlığıdır. Yasaların geçerliliğinin nedeni ise, bir bireye ya da bireyler topluluğuna yasa çıkarma yetkisini veren anayasadır. Eğer söz konusu anayasa, tarihsel olarak ilk anayasa ise ve bu anayasanın geçerliliğinin nedeni olarak –pozitivist hukuk kuramına göre- bir ilah ya da insan üstü bir irade tarafından yaratılmış üstün bir düzenin belli bir bireyi ya da bireyler topluluğunu anayasa çıkarmak üzere yetkilendirdiği kabul edilmiyorsa, ve sübjektif anlamları anayasa, yasa, yargısal karar ve idari işlem olan etkinlikleri nesnel olarak geçerli kabul etmemiz gerekiyorsa, anayasanın ve dolayısıyla anayasayı temel alan yasaların, yargısal kararların ve idari işlemlerin geçerliliğinin nedeni sadece, bizim önvarsaydığımız (presuppose) bir norm olabilir. Bir norm önvarsayılmıştır ki, insanlar uygun davranmaları gereken anayasaya, böylece anayasal temelden yasama ya da gelenek yoluyla kaynaklanan genel normlara, ve nihayet yasadan kaynaklanan bireysel normlara ya da yargısal ya da idarî eylemlerden kaynaklanan teamüllere uygun davranabilsinler. Yani, hiyerarşik yapısı içinde, hukuksal düzene uygun davranabilsinler. Vazedilmemiş –belirli bir beşerî varlığın ya da insanüstü iradenin etkinliği ile yaratılmamış ancak, hukuka ilişkin anlayış tarafından önvarsayılmış- olan bu norm, pozitif (vazedilmiş) hukuksal düzenin geçerliliğinin nedenidir. Bu norm, temel norm olarak adlandırılır. Beşerî varlıkların etkinlikleri ile kurulmuş ve genel olarak etkin her zorlayıcı düzenin, nesnel olarak geçerli normlar sistemi şeklinde anlaşılması için gerekli olan koşul, bu normun önvarsayılmış olmasıdır.

Böyle bir önvarsayımın varlığı her zaman zorunlu değildir. Eğer temel bir norm önvarsayılmadıysa, beşerî varlıkların etkinlikleri ile kurulmuş ve genel olarak etkin bir zorlayıcı düzen, geçerli normlar sistemi olarak değil, buyruklar toplamı olarak kabul edilir. Böyle bir düzenin yarattığı ilişkiler de, yükümlülükler, haklar, yetkiler vb. şekilde adlandırılan hukuksal ilişkiler olarak değil, sadece güç ilişkileri olarak kabul edilirler. Böylece Saf Hukuk Kuramı, temel normun, zorlayıcı düzenlerin geçerli pozitif hukuk olarak kabul edilmeleri için gerekli mantıksal koşul olduğunu ortaya çıkararak, pozitif hukukun geçerliliği için kategorik değil, koşulsal bir temel sağlar. Temel norm, belirli bir zaman ve mekanda, beşerî varlıkların etkinlikleri ile kurulmuş ve genel olarak etkin belirli bir zorlayıcı düzene göndermede bulunduğu için, farklı temel normlar arası bir tercih durumu söz konusu değildir. Zira, sadece bu zorlayıcı düzene göndermede bulunan temel norm önvarsayılmıştır.

Saf Hukuk Kuramına göre temel norm, içeriği ne olursa olsun, beşerî varlıkların etkinlikleri ile kurulmuş ve genel olarak etkin herhangi bir zorlayıcı düzene göndermede bulunabilir. Yani söz konusu zorlayıcı düzenin adil ya da gayri adil olmasına bakılmaz. Bu kuram, pozitif hukukun ahlaki ve siyasi açıdan gerekçelendirilmesini amaç edinmez. Pozitif hukukun bilimi olarak Saf Hukuk Kuramı, inceleme nesnesinin haklı ya da haksız şeklinde değerlendirilmesini, ilkesel olarak reddeder. Değerlendirme için, sağlam, kesin bir standart bulmak mümkün değildir. Jurisprudence'tan böylesi standartlar bulmasını bekleyenler, genel olarak pozitif hukuk kuramını, özel olarak ise Saf Hukuk Kuramını bir hayal kırıklığı olarak kabul edebilirler. Ne ki, onların beklentileri yalnızca teolojik spekülasyonlarla ve metafizikle tatmin edilebilir; hukuk bilimi ile değil.

Norm ve Değer(*)

Hans Kelsen

Çeviren: Kasım Akbaş(**)

Eğer bir norm, davranışları *"yönetmek"* anlamında, belli bir davranışın yapılması 'gerektiği'ni şart koşuyorsa, fiilî herhangi bir davranış ya bu norma uyuyordur ya da uymuyordur. Davranış, eğer nesnel olarak geçerli bir norma göre olması gerektiği gibi ise norma uygun; eğer nesnel olarak geçerli bir norma göre olması gerektiği gibi değil ise norma uygun değil demektir, zira bu durumda norma uygun olan, söz konusu davranışın tam tersidir. Gerçekleştirilen davranışın, nesnel olarak geçerli bir norma göre olması gerektiği gibi olduğu şeklindeki yargı, bir değer yargısıdır –pozitif bir değer yargısıdır. Gerçekleştirilen davranışın *"iyi"* olduğu anlamına gelmektedir. Gerçekleştirilen davranışın, nesnel olarak geçerli bir norma göre olması gerektiği gibi olmadığı şeklindeki yargı, negatif bir değer yargısıdır. Gerçekleştirilen davranışın *"kötü"* ya da *"şer"* olduğu anlamına gelmektedir. Belli bir davranışın, kendisine göre *"olmasını gerektiren"* nesnel olarak geçerli bir norm, pozitif ya da negatif bir değer teşkil etmektedir. Norma uyan davranış pozitif bir değere, uymayan davranış negatif bir değere sahiptir. Nesnel olarak geçerli sayılan norm, gerçekleştirilen davranışa uygulanan değer standardı olarak işler. Gerçekleştirilen davranışın, nesnel olarak geçerli norma uygun olduğunu ve dolayısıyla "iyi" olduğunu ya da nesnel olarak geçerli norma uygun olmadığını ve dolayısıyla "kötü" olduğunu tasdikleyen değer yargıları, gerçeklik hakkındaki, bir şeyin ne ve nasıl olduğunu –nesnel olarak geçerli sayılan bir norma gönderme yapmadan- tasdikleyen yargılardan ayırt edilmelidir.

Değer yargısının gönderme yaptığı –değerlendirmenin nesnesini oluşturan ve pozitif ya da negatif bir değere sahip olan- fiilî davranış, zaman ve mekân içerisinde yer alan bir olgudur; gerçekliğin bir parçasıdır. Ancak böyle bir olgu, normla kıyaslandığında, iyi ya da kötü şeklinde bir yargıya ulaşılabilir. Ancak böyle bir olgu, pozitif ya da negatif bir değere sahip olabilir. Kendisine değer atfedilmekte olan gerçekliktir. Değer yargılarının temeli olan normlar, insanüstü bir iradeyle değil, insan iradesiyle yasalaştırıldıklarına göre, bunlarla tesis edilen değerler keyfîdir. Başka iradi beşerî etkinlikler, ortaya öncekilerin tam zıddı normlar da çıkarabilirler. Böylece, bu diğer normlar, öncekiler tarafından tesis edilen değerlerin zıddı değerler tesis edebilirler. Yani bir norma göre *"iyi"* olan, başka bir norma göre *"kötü"* olabilir. Öyleyse, tanrısal bir otorite tarafından değil de insanlar tarafından yasalaştırılmış olan normlar, sadece göreli değerler tesis edebilirler. Bu nedenle, belli bir davranışın olmasını gerektiren bir normun geçerliliği ve tesis ettiği değer, öncekinin tersi bir davranışın olmasını gerektiren ve öncekinin tersi bir değer tesis eden bir başka normun geçerli olabileceği gerçeğini ortadan kaldırmaz. Söz gelimi, her koşul altında yalan söylemeyi ve intiharı yasaklayan geçerli bir norm olabileceği gibi, belirli koşullarda yalan söylemeye ve intihara izin veren, hatta bunu buyuran, başka ancak yine geçerli bir norm da olabilir. Bu iki normdan sadece birinin hakikaten geçerli olduğunu ve diğerinin geçerli olmadığını rasyonel olarak kanıtlamak olanaksızdır.

Gelgelelim, eğer belli bir davranışı buyuran ve böylece belli bir değer tesis eden normun, Tanrı ya da Tanrı tarafından yaratılmış doğa gibi, insanüstü bir otoriteden kaynaklandığı varsayılırsa, bu norm kendisinin zıddı bir davranışı buyuran bir normun varlığı olasılığının bulunmadığını iddia edecektir. Böyle bir norm tarafından tesis edilen değer, beşerî irade tarafından yasalaştırılan normun tesis ettiği değerin aksine, *"mutlak"* olarak tanımlanır. Bilimsel bir değer kuramının nesnesi, sadece beşerî irade tarafından yasalaştırılmış normlar ve bu normlar tarafından tesis edilmiş değerler olabilir.

Eğer bir değer, nesnel olarak geçerli bir norm tarafından tesis edilmişse, gerçek bir şeyin – gerçek bir beşerî davranışın- *"iyi"* ya da *"kötü"* olduğu şeklindeki yargı, bu davranışın nesnel olarak geçerli bir norma uygun olduğu düşüncesini ifade etmektedir: Davranış olması gerektiği gibidir. Davranışın nesnel olarak geçerli bir norma uygun olmadığı yargısı, davranışın olması gerektiği gibi olmadığı şeklindeki bir yargıdır. Böylece, bir *"olması gereken"* olan değer, bir *"olan"*la, yani gerçeklikle zıt kardeş olarak yan yana konulmuştur - değer ve gerçeklik *"olması gereken"* ve *"olan"* şeklinde iki ayrı alana aittir.

Eğer, bir davranışın, nesnel olarak geçerli bir norma uyduğu ya da uymadığı yolundaki bir ifade *"değer yargısı"* olarak adlandırılıyorsa, bu değer yargısı, değer tesis eden normdan ayırt edilmelidir. Bir değer yargısı doğru ya da yanlış olabilir, çünkü geçerli bir düzenin normuna gönderme yapmaktadır. Örnek olsun, Hristiyan ahlakına göre kişinin dostlarını sevmesinin ve düşmanlarından nefret etmesinin *"iyi"* olduğu şeklindeki bir değer yargısı yanlıştır; çünkü geçerli Hristiyan ahlakının bir normu, kişinin sadece dostlarını değil, düşmanlarını da sevmesi gerektiğini buyurmaktadır. Eğer geçerli hukuk, bir hırsıza yaşamından yoksun bırakma değil, özgürlüğünden yoksun bırakma cezasının verilmesini buyuruyorsa, bir hırsıza ölüm cezası verilmesinin yasal olduğu şeklindeki bir değer yargısı yanlıştır. Ne ki, bir norm doğru ya da yanlış olamaz; mesele, geçerli olup olmamasıdır.

Bir yargıç tarafından dile getirilen *"yargı"*, artık yargıcın uyguladığı norm olmak dışında, kelimenin mantıksal anlamıyla bir yargı değildir. Bunun yerine, bu *"yargı"* somut olaydaki geçerliliği ile sınırlanmış ve *"yasa"* olarak adlandırılan genel normdan bağımsızlaşmış bir norm – bireysel bir normdur.

Nesnel olarak geçerli bir normun tesis ettiği değer, bir normla değil de bir bireyin istek ya da iradesinin yöneldiği bir amaçla ilişkili olan değerden ayrı

(*) İlk olarak California Law Review 54: 1624-1629 (1966)'da yayımlanmıştır. Çeviri ve yayım, derginin izniyle yapılmaktadır.

(**) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.

tutulmalıdır. Bu amaç, istek ya da irade ile uygunluk içerisinde olup olmamasına göre, "*iyi*" ya da "*kötü*" şeklinde, pozitif ya da negatif değere sahip olacaktır. Eğer bir bireyin istek ya da iradesinin yöneldiği bir amacı ifade eden yargı bir değer yargısı; bu istek ya da iradeye uygun amaç "*iyi*"; bu istek ya da iradeye uygun olmayan amaç "*kötü*" olarak adlandırılacak olursa, bu değer yargısı, gerçeklik hakkındaki yargıdan farklı olmayacaktır. Böyle bir yargı, bir gerçek ile nesnel olarak geçerli bir norm arasındaki değil, sadece iki gerçek arasındaki ilişkiyi tanımlamaktadır. Bu nedenle sadece gerçekliğe ilişkin özel bir yargıdır.

Eğer birisi tarafından dile getirilen, bir şeyin iyi ya da kötü olduğu şeklindeki ifade, sadece o kişinin belli bir nesneye karşı o andaki duygusal tutumunun göstergesi ya da bir şeyi arzuladığı ya da arzulamadığının belirtisi ise, bu ifade bir değer "*yargısı*" değildir. Zira bu ifade bilişin değil, bilincin duygusal unsurunun bir işlevidir. Eğer bu duygusal tepki, tepkiyi gösterenin değil de bir başka bireyin davranışına atıfta bulunuyorsa, kişinin duygusal onaylamasının ya da onaylamamasının bir göstergesidir -"*bravo!*" ya da "*yuh!*" şeklindeki ünlemlerle ifade edildiğinde olduğu gibi.

Bir davranışın nesnel olarak geçerli normla ilişkisine dayanan değer nesnel (objective) değer şeklinde adlandırılabilirken, bir bireyin istek ya da iradesi ile bir amaç –özellikle bir davranış- arasındaki ilişkiye dayanan değer öznel (subjective) değer olarak adlandırılabilir. Eğer bir davranışın iyi olduğu şeklindeki yargı sadece, bir bireyin o davranışta bulunulmasını istediği ve bir davranışın kötü olduğu şeklindeki yargı sadece, bir bireyin onun tam tersi bir davranışta bulunulmasını istediği anlamına geliyorsa, "*iyi*" ya da "*kötü*" şeklindeki değerler, kendisinden belli bir davranışta bulunması istenen değil, sadece o davranışta bulunulmasını isteyen birey açısından söz konusudur. Eğer bir davranışın iyi olduğu şeklindeki bir yargı davranışın nesnel olarak geçerli bir norma uygun olduğu (ve eğer bir davranışın kötü olduğu şeklindeki yargı, davranışın nesnel olarak geçerli bir norma uygun olmadığı) anlamına geliyorsa, "*iyi*" ve "*kötü*" şeklindeki değerler, davranışları yargılanmakta olan bireyler açısından, yani davranışları söz konusu nesnel olarak geçerli norm tarafından düzenlenen bütün bireyler açısından geçerlidir. Böylece, söz konusu bireylerin davranışları, istenildikleri ya da istenmedikleri için değil, bir norma uygun oldukları ya da olmadıkları için pozitif ya da negatif bir değere sahiptir. Nesnel anlamı norm olan irade edimi/iradi fiil, değer yargısı ile ilgili olduğu sürece dikkate alınmaz.

Öznel anlamıyla değer –bir amaç ile bir bireyin istek ya da iradesi arasındaki ilişkide bulunan değer-, nesnel anlamıyla değerden –bir davranış ile nesnel olarak geçerli bir norm arasındaki ilişkide bulunan değer- ayırt edilebilir niteliktedir. Zira öznel değerler farklı derecelere sahip olabilirler. Bir bireyin istek ya da iradesi farklı yoğunluk derecelerine sahip olma niteliğine sahiptir. Oysa, nesnel bir değerin derecelenmesi mümkün değildir. Çünkü, bir davranış nesnel olarak geçerli bir norma ya uygundur ya da uygun değildir, daha az ya da daha fazla uygun olması mümkün değildir.

Eğer bir norm, farklı derecelere sahip olabilecek bir davranışın yapılmasını buyuruyorsa, norma uyulmasının, daha az ya da daha çok şeklinde farklı derecelerinin olabileceği gibi bir durum ortaya çıkabilir. Gelgelelim bu, yanlış bir düşüncedir. Örnek olsun, eğer bir norm, adam öldürmenin yirmi yıl hapisle cezalandırılması gerektiğini buyuruyorsa, ve eğer bir mahkeme adam öldürmeyi müebbet hapisle cezalandırırken bir başkası on yıl hapisle cezalandırıyorsa, uygulama yönünden ilk yargılamanın norma "*daha fazla*" uygun olduğu ya da diğerinin "*daha az*" uygun olduğu doğru değildir; zira bu iki yargı da normla uygunluk içerisinde değildir. Eğer bir norm, süre belirtmeden, adam öldürmenin hapisle cezalandırılmasını buyuruyorsa, müebbet hapse hükmeden bir yargının uygulanma bakımından norma "*daha fazla*" uygun olduğu ve on ya da yirmi yıl hapse hükmeden yargıların "*daha az*" uygun olduğu söylenemez. Zira her üç yargı da normla eşit uygunluk içerisindedir. "*Daha fazla*" ya da "*daha az*" şeklindeki kullanımlar, norma uygunluğa değil, cezanın miktarına gönderme yapmaktadırlar.

Nesnel bir değer ifade eden değer yargıları, nesnel değer yargıları olarak; öznel bir değer ifade eden değer yargıları, öznel değer yargıları olarak adlandırılırlar. Böyle adlandırılmakla, "*nesnel*" ya da "*öznel*" sıfatları, bilişin bir işlevi olarak yargıya değil, ifade edilen değere atıfta bulunmaktadır. Bilişin bir işlevi olarak her yargı, nesnel olmak zorundadır. Yani yargı, yargılamayı yapan bireyin istekleri dikkate alınmadan yapılmalıdır. Bu mümkündür. Her hangi bir düzene karşı, onaylayıcı ya da onaylamayıcı duygusal bir tutum takınmadan, özel bir beşerî davranışın, söz konusu normatif düzenle ilişkisini –yani davranışın düzene uygun olup olmadığını- belirlemek mümkündür. Söz gelimi, Hristiyan ahlakına göre, kişinin düşmanlarını sevmesinin iyi olup olmadığını alalım. Bu sorunun yanıtı, ki bir değer yargısıdır, yanıtı verecek kişinin düşmanları sevmeyi onaylayıp onaylamadığı göz önüne alınmadan verilebilir ve verilmelidir. Ya da başka bir örnek alalım: Geçerli bir hukuka göre adam öldürmeye idam cezasının verilmesi gerekip gerekmediği, dolayısıyla –hukuksal olarak- adam öldürme durumunda idam cezasının geçerli olup olmadığı sorusuna, yanıtı verecek kişinin idam cezasını onaylayıp onaylamadığı dikkate alınmadan yanıt verilebilir ve verilmelidir. Ancak o zaman değer yargısı nesnel olur.

Özetle: Eğer yargı, (özellikle beşerî davranışa bağlı) bir amaç ile bir bireyin istek ya da iradesi (yani bir öznel değer) arasındaki ilişkiyi ifade ediyorsa, yargıyı yapan birey bu yargıyı, kendi onaylama ya da onaylamamasını dikkate almadan, sadece birey ya da bireyler bir amacı (ya da tersini) istediğini ya da bu doğrultuda irade gösterdiğini ya da daha doğrusu belli bir davranışı onaylayıp onaylamadıklarını tespit ederek dile getirdiğinde, bu değer yargısı nesneldir.

Öyleyse, nesnel bir değer –ki bir davranış ile nesnel olarak geçerli kabul edilen bir norm arasındaki ilişkiyi betimlemektedir ve dolayısıyla gerçeklik hakkındaki yargıdan temelden farklıdır- ifade eden değer yargıları ile öznel bir değer –ki bir amaç (özellikle bir davranış) ile bir ya da birden çok bireyin bu davranışı ya da tersini istemesi (özellikle belli bir davranışı onaylaması ya da onaylamaması) gerçeği arasındaki ilişkiyi betimlemektedir ve dolayısıyla sadece gerçeklik hakkında özel yargılardır- ifade eden değer yargıları

arasında ayrım yapıyoruz. Bu ayrım, birinci olarak ifade edilen değer yargılarının da yine gerçeklik hakkında olmaları temelinde eleştirilmiştir. Çünkü, değer yargısının temeli olan normun, beşerî bir emir ya da gelenek ile, dolayısıyla ampirik gerçeklerle yaratıldığı ileri sürülmüştür. Ayrıca bu nedenle, bir gerçeğin (özellikle gerçek davranışın) bir norm ile ilişkisinin, sadece iki ampirik gerçek arasındaki ilişki olduğu da ileri sürülmüştür. Bu itirazı ileri sürenler, emir etkinliği ya da gelenek oluşturan etkinlikler ile bu etkinlikler sonucu yaratılan normu birbirinden ayıramamaktadırlar: İlk olarak ifade edilenler bir gerçek, ikinci olarak ifade edilen bir anlamdır. Dolayısıyla, gerçek bir davranış ile bir norm arasındaki ilişki ve bu davranış ile norm anlamına gelen gerçek arasındaki ilişki, iki ayrı ilişkidir. Bir davranış ile bu davranışta bulunulması gerektiğini şart koşan norm arasındaki ilişkinin, normu yaratan emir ya da gelenek etkinliği hiç göz önüne alınmadan da tanımlanabilmesi mümkündür. Bu durum, çok uzun zaman önce konulmuş normları, unutulmuş ya da çok uzun zaman önce ölmüş kişiler tarafından yaratılmış normları, ya da özellikle evvelki kuşakların gelenekleri tarafından yaratılmış normları düşündüğümüzde daha açık bir şekilde karşımıza çıkmaktadır. Zira bu durumlarda, davranışları bu normlar tarafından düzenlenen insanlar bu normları sadece anlamları itibari ile bilmektedirler. Belli bir hareket hakkında ahlaksal olarak (geçerli kabul edilen bir ahlaksal norma göre uygun olup olmamasına göre) iyi ya da kötü şeklinde bir yargıya varıldığında, yargılamaya temel oluşturan ahlaksal normu yaratan geleneğin farkında olunmaz. Oysa, hukuk normlarını yaratan edimlerin hukuksal bilişin nesnesi olarak kabul edilmesi, sadece bu edimlerin hukuk normlarıyla belirlenmesi durumunda mümkün olur. Ve bütün diğer normların geçerliliği için nihai neden olan temel norm, gerçek bir irade ile yaratılmamıştır; hukuksal düşünce içerisinde, onun var olduğu kabul edilir.

"Değer" ile aynı zamanda, bir şeyin, özellikle de beşerî davranışın, bir araç olarak belirli bir gaye ya da amaçla olan ilişkisini de kastediyoruz. Elverişlilik, yani belli bir amaç için elverişli olma pozitif; elverişli olmama ise negatif bir değerdir. Amaç öznel ya da nesnel olabilir. Nesnel amaç, olması gerekenin gerçekleştirileceği amaçtır. Bu, amacın, nesnel olarak geçerli kabul edilen bir norm tarafından şart koşulmuş olması anlamına gelmektedir. Diğer bir deyişle, genel olarak doğa için, özel olarak insan için, doğaüstü ya da insanüstü bir otorite tarafından buyurulmuş amaçtır. Öznel amaç, kişinin kendisi tarafından konulmuş, kişinin ulaşmayı istediği amaçtır. Dolayısıyla, amaca uygunluğa bağlı olan değer, bir norma uygunluğa bağlı olan değerle ya da bir isteğe uygunluğa bağlı olan değerle özdeştir.

Gerçekleştirilmiş amacın, bir norm ya da isteğe uygun olan şey olduğu bir tarafa bırakılacak olursa, araçlar ve amaç arasındaki ilişki kendisini, neden ile sonuç arasındaki ilişki şeklinde ortaya koyar. Bir amacın gerçekleştirilmesine uygun olan şey, o amaç için yerindedir –amacı oluşturan sonucu ortaya çıkaran nedenler gibi. Bir şeyin amaçlı olduğu şeklindeki yargı, amacın öznel ya da nesnel karakterine bağlı olarak öznel ya da nesnel değer yargısı olabilir. Fakat böyle bir değer yargısı ancak

araçlar olarak kabul edilen gerçekler ile sonuç olarak kabul edilen gerçekler arasındaki ilişkinin iç yüzünün anlaşılması ile mümkündür. Eğer a ile b arasında (a'nın neden, b'nin sonuç olduğu) bir neden-sonuç ilişkisi olduğu kabul edilirse, ancak o zaman (pozitif ya da negatif) bir değer yargısına ulaşabiliriz: Eğer b bir amaç olarak isteniyorsa ya da bir norma göre *"olması gereken"* se, a amaçlıdır, yani amaca uygundur. a ile b arasındaki ilişki hakkındaki yargı ancak, b'nin öznel ya da nesnel bir amaç olarak varsayılıp sayılmadığına bağlı olarak, öznel ya da nesnel bir değer yargısı olacaktır.

Kadın Mağduriyeti Mağdur Olarak Kadının Hukuksal Konumu(*)

Yasemin Işıktaç

Hukukta mağdur kadın başlığından iki ayrı şeyin anlaşılabileceğini düşünüyorum. İlki, hukuksal anlamda "kadın"ın süje olarak hak sahipliğinin yarattığı bir farklılık olup olmadığına bakmaktır. Bu yaklaşım kısaca kadın hakları başlığı ile ilişkilendirilebilir ve insan hakları içerisinde kadın haklarının yeri tartışmasına götürür. Bu tartışma kısaca "kadın sorunları" olarak isimlendirilmiştir.

İkinci yaklaşım ise toplumun bir üyesi olarak kadının haklarına yapılacak saldırılarda özel olarak karşılaştığı güçlüklerdir. Yani sırf kadın oluşu dolayısıyla bir insanın hukuka aykırılık halinde özel bir güçlükle karşılaşıp karşılaşmadığı tartışmasıdır.

Her iki alanın da titizlikle irdelenmesinde yarar vardır.

İlk tartışma alanı olarak hak sahibi olma açısından kadının konumu "insan" kavramına bağlanarak yapılabilir. İnsana ilişkin tanımlamaları cinsiyetle ilişkilendirdiğimizde kadın-erkek ayrımına ulaşılır. Kadının bir cins olarak insan kavramı ile olan ilişkisi, hak sahibi olarak kadının toplumsal yerinin belirlenmesi açısından merkezi bir önem taşır. Sosyal bilimler alanında cinsiyetin iki farklı tanımlamasına vurgu yapılmaktadır: Biyolojik cinsiyet ve toplumsal cinsiyet (gender)[1]. Biyolojik anlamda cinsiyet, bireylerin fiziksel farklılıklarının, üreme ve cinsel uzuvlarına ilişkin farklılığın nitelendirilmesidir. Toplumsal cinsiyet ise kültürel ve toplumsal kişilik özellikleri üzerinden tanımlamadır. Örneğin duygusallık, pasiflik ve bağımlılık gibi özellikler daha çok dişil nitelikler sayılırken, cesaret, hırs, saldırganlık ve bağımsızlık eril özellikler olarak gösterilmektedir. Bu tanımlamalar kadın ve erkek rol ve davranışları arasında kültürel ve biyolojik bir temel farklılaşmayı yaratmıştır. Sosyalleşme süreçleri üzerinde yapılan pek çok araştırma bireyin cinsel kimliğini ve rollerini ve bu rollerin gerektirdiği davranış biçimlerinin aile, okul, gelenek ve çevre aracılığıyla öğrendiğini gösterir.

Aslında modernitede de eril kimlikle insan kavramının örtüşmesinin toplumsal cinsiyetin şekillenmesinde açık etkisi vardır. Bu çok feminist yaklaşım erkek ya da kadın oluşun, biyolojik belirleyicilikten çok, zaman ve mekana göre değişen sosyal yapılar içinde inşa edilmiş kategoriler olduğuna vurgu yapmaktadır. Toplumsal yaşamda insan bir bireydir, oysa erkek ben (male-self) evrensel "ben" olmuştur. Kadın ise karşı yöne kayarak sübjektif ve duygusal olarak nitelendirilen "öteki"ne dönüşmüştür. Ötekilik, kadını iç (internal) olmaya ve özel alana kapanmaya zorlamaktadır. "Ben" kavramının rasyonalite, objektiflik, otonomi ve bağımsızlık olarak erkeğe atfı toplumsal modeli de ataerkil olanla özdeşleştirmiştir.

Dolayısıyla ortaya çıkan bu "güç"lülük hali tahakküme dönüşür. Oysa kadınlar gücü çok daha farklı bir şekilde nitelendirmektedir; örneğin Hannah Arendt gücü, "insanın uyum içinde hareket edebilme yetisi ya da aynı kaygılara sahip olanların birlikte hareketi olarak tanımlarken gücün dayanışmacı bir nitelendirmesini yapmaktadır"[2]. Böyle bir çevrimin kadının baskı araçlarına ulaşmasındaki güçlük nedeniyle dayanışmayı tercih edişiyle de açıklanabileceğine dikkat çekelim.

Feminizmin, toplumsal cinsiyetin doğal, değişmez ve biyolojik olduğunu reddedişi öncelikle cinsel rollerin sosyal öğrenme ile oluştuğu fikrine dayanır. Bu teorik tartışmaların dışında, toplumsal anlamda cinsiyet rollerine yüklenen anlam ile hukukun normatif düzenlemesi arasında da farklılıklar olabilir. Örneğin ülkemizde bu durumu görebiliriz. Genel anlamda eşitlikçi bir hukuksal profile rağmen cinsel açıdan kadın mağduriyetleri devam etmektedir. Böyle bir çatışmanın her zaman olumsuz olduğunu düşünmektense ileriye götürücü bir uzlaşı zeminine çevirmeyi tercih etmek daha uygun olacaktır.

Türkiye'de dinsel, seküler, sosyal ve geleneksel normlar toplumsal cinsiyet konusunda farklı mesajlar vermektedir. Örneğin hukuksal açıdan kadının, özgür seyahat hakkı, çalışma hakkı ve kötü muamele eden eşi kovuşturmaya uğratabilme hakkı vardır. Oysa her üç konuda da sosyal alanda aynı mesajlar verilmemektedir. Evli kadının ya da genç kızın seyahat ve çalışma için izne, özel yaşamını gizli tutması gereğine vurgu yapılmaktadır. Bu anlamda şiddet olağan ve erkeğin hakkı olarak görülür çünkü kadın hak etmiştir[3].

Açık toplum olma eğilimi ve hukuksal açıdan eşitliğe ilişkin iç ve dış baskılar, kent yaşamı, kadının çalışma hayatına katılımının giderek artması gibi kriterler toplumsal cinsiyet alanında farklılaşmalara yol açmaktadır ve bu farklılaşmalar kadın lehinedir[4].

Tarihsel gelişim içinde kadın-erkek eşitliği, toplumsal yaşantının temel tartışmalarından biri olma niteliğini günümüzde de halen sürdürmektedir. Genel olarak "kadın sorunu" başlığı altında toplanan bu konu, kadının toplumsal statüsü, eşit haklara sahip olma, eşit hakların pratik olarak kullanılması ve en geniş anlamıyla kadının kendisini bu dünyada bir varlık olarak ifade edebilmesi için alan yaratabilmesidir. Hukuksal anlamdaki kazanımlar eşitlik dolayısı ile adaletin bir getirisidir. Dünya nüfusunun yarıdan fazlası kadındır. Bununla birlikte erkekler günümüzde her ne kadar kadını ilke olarak kendilerine eşit sayıyorlarsa da, kadının henüz bütün haklarını eksiksiz ve gerçek anlamda elde ettiğinden söz edilemez. Hukuksal anlamda elde edilmiş haklarla, bu hakların pratik alanda kullanılabilirliği arasında hâlâ çok geniş bir farklılık bulunmaktadır.

a-"Kadın Sorunu" Olarak Mağduriyet

Kadınların hukuksal açıdan durumları ülkelere ve kültürel çevrelere göre değişmektedir. Ataerkil toplumsal yapı etkisi nedeniyle kadının koca ya da baba vesayeti altında oluşu, yüzyıllar boyunca si-

(*) Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilimdalı Öğretim Üyesi.

(1) Türkçe'ye daha çok toplumsal cinsiyet rolleri olarak çevrilmiş olan bu terimden daha çok cinsiyet farklılıklarının toplumsal organizasyonu anlaşılmalıdır. Bu tanım cinsiyet farklılığının sosyal ve kültürel olarak inşa edilmiş bir anlam taşıdığını ifade etmektedir.

(2) Hannah Arendt, **On Violence**, New York, Hartcourt, 1969, s. 27 vd.

(3) Nüket Kardam, Yakın Ertürk, "Expanding Gender Accountability: Women's Organizations and the State in Turkey", **International Journal at Organization Theory and Behavior**, 21 volume, 1999, s. 1-2, 7 v. d.

(4) Nüket Kardam, Yakın Ertürk, "Expanding Gender Accountability: Women's Organizations and the State in Turkey", s. 13.

yasal ve hukuksal olarak da devam etmiştir. Kadınların özellikle siyasal haklar ile ilgili uzun ve çetin bir savaşımdan geçtiklerini ve bu mücadelenin halen de devam ettiğini görüyoruz. Özellikle Fransa, İngiltere ve ABD'de başlayan feminist hareketler medeni hakların kazanılmasını bir ölçüde temin edebilmiştir[5]. 1789 ile doruk noktasına ulaşan insan hakları kavramı başlangıçta en genel anlamı ile tüm insanların hakları olarak ortaya çıksa da ne yazık ki devrim çocuklarını kadınlardan başlayarak yemiştir. Ancak yine de başta feminist kadın hareketleri olmak üzere hak mücadelesi devam etmiştir. 19 ve 20. yy.larda eşitliğe ilişkin mücadelenin, yaşamın her alanında cinsiyete ilişkin ayrımcılığın kaldırılmasına yöneldiğini görüyoruz.

Hukuk tarafından korunmaya değer menfaat olarak hak, doğrudan hukukun konusunu oluşturmaktadır. İnsanların sadece insan olmak sıfatı ile sahip olduğu özgürlükleri ve olanakları, insanın değerini yani onurunu gösterir. Bu nedenle insan haklarının kaynağı, insanın değer yanından gelmektedir. İnsan hakları evrensel, eskimez, değişmez, üstün ve devredilmez haklardır. 16. yy.'da "kadın insan mıdır?" tartışmasının yapıldığını da düşünecek olursak kadın haklarının insan haklarının önemli bir parçası olacağı açıktır. İnsan hakları kavramının sadece "insan" soyutlaması içinde ele alınması, insan-erkek kavramı ilişkisinde somutlaştığı için ataerkil anlayışın sürdürülmesi ve pekiştirilebilmesinden başka bir işe yaramamaktadır. Bu nedenle ayrıca bir kadın sorunu ve kadın hakları tartışmasının yapılması zorunluluğu vardır.

Kadın haklarına ilişkin önemli bir nokta da evrenselci ve kültürel yaklaşımların kavrayışıdır. Evrenselci yaklaşım insan haklarının evrenselliğinden yola çıkmaktadır. Kültürcü yaklaşım ise tüm toplumları kapsayan ortak değerlerin olanaksızlığından yola çıkarak kültürel farklılıklara dayalı haklılaştırmalara vurgu yapar. Bu ikinci yaklaşımın etkisini örneğin **Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi**'nin (CEDAW 1981) en fazla çekince konulan sözleşmelerden birisi olmasına yol açtığını söyleyebiliriz. Bu da uluslararası kazanımların bile egemen toplum ve kültürel ortamın etkisi ile sınırlandırılabileceğinin açık bir göstergesidir. Kültürel farklılaşma yaklaşımı ise Müslüman kadının hakları, zenci kadının hakları vb. ayrıştırmalarla kadın hakları kavramının en genel anlamda içinin boşalmasına yol açacağı için sakıncalı olduğu ileri sürülebilir.

Burada Türk insanları olarak çok büyük bir şansımızdan, Atatürk'ten, söz etmemiz gerekir. Türk kadını ciddi anlamda bir siyasi mücadeleye girmeksizin 1923 hukuk devrimine paralel olarak kadın hakları konusunda çok kısa sayılabilecek bir sürede siyasi hakları elde edebilmiştir. Geleneksel despotik bir idare ve toplum anlayışından, eşit bireyler arasında demokratik bir modele yönelme konusunda Atatürk'ün gösterdiği yaklaşımın önemine bu vesile ile bir kez daha vurgu yapabiliriz.

(5) *Modern feminizmin kökleri Fransız ve Amerikan devrimleriyle birlikte ortaya çıkar. Mary Wollstonecraft devrimin geliştirdiği eşitlik, özgürlük ve kardeşliğin kadınları kapsamadığı düşüncesiyle ünlü* ***Kadın Haklarının Savunusu*** *(1792) başlıklı eserini yazar. Teorik anlamdaki bu açılımı, siyasi haklardan başlayarak pratik anlamda kadın haklarının tek tek elde edilebilmesi mücadelesi izlemiştir; eğitime ilişkin haklar, siyasi haklar ve nihayetinde medeni haklar gibi. Liberal feminizm, kültürel feminizm, radikal feminizm ve postmodern feminizm önemli teorik çalışma alanlarıdır. Konumuzu aşacağı için sadece birkaç temel kitap atfı ile yetiniyoruz. İ. Kalan,* ***Kadın ve Adalet****, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1998; C. MacKinnon, "Feminism, Marxism, Method and The State",* ***Towards Feminist Jurisprudence: Journal of Women in Culture and Society****, sayı:8, 1983; J. Donovan,* ***Feminist Teori****, İstanbul, İletişim Yayınları, 1997.*

Bugün için çok fazla mücadele vermeden kazanılmış olan bu hak ve özgürlüklerin sanki kolayca elden çıkarılabileceği gibi bir atmosferin bazı çevrelerce yaratılmış olması üzücüdür. Bizler sadece hukuksal anlamda kazanılmış olan hakların peşinde koşmadan önce "insan olarak kadının değeri" konusundaki çağdışı yaklaşımlardan kendimizi kurtarmalıyız ki Atatürk'ün yakaladığı ışığa ulaşma şansımız olsun.

Kadın konusunda en öncelikli konu eğitim konusudur. Bir toplumun sürekli olarak kalkınıp gelişebilmesi ve kendine tanınan hakları bilinçli olarak kullanabilmesi eğitim ve kültür düzeyinin yüksek olması ile ilgilidir. Karma eğitim, okul ortamı, ilk öğretimin zorunlu oluşu gibi eğitimde eşitlikçi tutum kadın haklarını geliştirmiştir[6].

Siyaset alanında verilen hakları, eğitim ve hukuk alanında verilen hakların bir devamı, kaçınılmaz bir sonucu olarak düşünmemiz gerekir. Kadın-erkek eşitliğinin en somut kanıtıdır bu haklar. 1930 yılından itibaren, belediye seçimlerine katılma, köy ihtiyar heyetine ve muhtarlığına seçme seçilme hakkı kadınlara verilmiştir. En önemli gelişme 5 Aralık 1934 tarihinde, en yüksek karar mercii olan Türkiye Büyük Millet Meclisi'ne milletvekili seçme ve seçilme hakkının tanınmasıdır. Kadınlarımız o zamandan bu yana birçok ülkelerden daha evvel sahip olduğu bu hakkını kullanmaktadır. Kadın haklarının temeli 1921 tarihli ilk anayasada yer alan

(6) *Başbakanlık Kadın Statüsü Genel Müdürlüğü verileri doğrultusunda günümüze kadar olan kadının haklarındaki gelişime ilişkin bazı başlıkları şu şekilde sıralayabiliriz:*
-3 Mart 1924: Tevhid-i Tedrisat Kanunu (Öğrenim Birliği) çıkarıldı. Böylece eğitim laikleştirilerek tüm eğitim kurumları Milli Eğitim Bakanlığı'na bağlandı. Kız ve erkekler eşit haklarla eğitim görmeye başladı.
-5 Aralık 1934: Anayasa değişikliği ile kadınlara seçme ve seçilme hakkı tanındı. Türkiye bu hakkı kadınlara tanıyan ilk Avrupa ülkesi oldu.
-8 Haziran 1936: İş Kanunu yürürlüğe girdi. Kadınların çalışma hayatına düzenleme getirildi.
-1949: Yaşlılık sigortasının kadın ve erkekler için eşit esaslara göre düzenlenmesi 5417 sayılı yasa ile sağlandı.
-1965: Gebeliği önleyici araçların satış ve dağıtımının serbest bırakılmasını ve tıbbi zorunluluk halinde kürtaj hakkı tanınmasını düzenleyen Nüfus Planlaması Hakkında Kanun çıkarıldı.
-22 Aralık 1966: Eşit değerde iş için kadın ve erkek işçiler arasında ücret eşitliğini sağlayan 1951 tarihli 100 sayılı ILO sözleşmesi onaylandı.
-1985: Türkiye, Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesini (CEDAW) imzaladı ve sözleşme ertesi yıl yürürlüğe girdi.
-1987: Kadınlar konusuna odaklanmış ilk resmi kurum olan Devlet Planlama Teşkilatı Kadına Yönelik Politikalar Danışma Kurulu kuruldu.
-1989: İstanbul Üniversitesi'nde ilk Kadın Sorunları Araştırma ve Uygulama Merkezi kuruldu. Bugün üniversiteler bünyesinde kurulan bu merkezlerin sayısı yüz çapında 13'e ulaştı.
-1994: Türkiye Kahire'de yapılan Birleşmiş Milletler Nüfus ve Kalkınma Konferansı'na katıldı. Konferansta kadının statüsü ve sağlık ilişkisini vurgulayan "üreme sağlığı" kavramı üzerinde özellikle duruldu ve kadın sağlığında "bütüncül" bir yaklaşım benimsendi. Bu yaklaşım doğrultusunda Sağlık Bakanlığı koordinatörlüğünde ilgili kesimlerden sağlanan katılımla "Kadın Sağlığı ve Aile Planlaması Ulusal Eylem Planı" hazırlandı. 1998 yılında kamuoyuna sunulan Eylem Planı 6 ana çalışma grubu tarafından oluşturuldu. Kadının Statüsü grubunun koordinasyonunu Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü üstlendi.
-1995: Kurulduğundan bu yana, açtığı kadın danışma merkezi ile şiddete uğrayan kadınlara danışmanlık hizmeti veren Mor Çatı Kadın Sığınağı Vakfı, ilk kadın sığınağını açtı.
-8 Eylül 2000: Ek İhtiyari Protokol Türkiye tarafından imzalandı. Onay aşaması için Türkiye Büyük Millet Meclisi gündemine alındı. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesinin daha etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Ek İhtiyari Protokol ile Sözleşmenin taraf devletler tarafından ihlali durumunda kişilere ve kişilerden oluşan gruplara başvuru hakkı tanınmakta ayrıca uygulamaları denetlemek üzere Kadına Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi (CEDAW) Komitesine yapılacak şikayetleri kabul etme ve inceleme yetkisi tanınmaktadır.
-24 Kasım 2000: Ülkemizde giderek artmakta olan töre cinayetlerine karşı kamuoyu oluşturmak üzere "25 Kasım Kadınlara Karşı Şiddete Hayır Günü" nedeniyle Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğü ve Şanlıurfa Valiliği işbirliği ile "Kadına Yönelik Şiddet" konulu bir panel düzenlendi. Panel resmi düzeyde töre cinayetlerine karşı duruşun zeminini oluşturdu.
-1 Ocak 2002: Yeni Türk Medeni Kanunu Yürürlüğe girdi.

"egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olması" ilkesine dayanmaktadır. Çünkü böylece millet kavramı içerisinde kadın-erkek fark gözetilmeksizin egemenliğin sahibi olarak gösterilmiştir.

Pozitif hukuk anlamındaki kadın hakları kazanımları olarak genel bir sıralama yapacak olursak şu başlıklara özel olarak değinebiliriz:

- Uluslararası belgeler aracılığı ile kadın haklarına ilişkin sözleşmeler
- Anayasal koruma altındaki eşitlik ve ailenin korunmasına ilişkin düzenlemelerle sağlanan eşitsizlikleri önleyici çerçeve

Medeni hukuk çerçevesindeki kazanımlar:

- Zorunlu evlenme yasağı
- Evleneceği kişiyi seçme hakkı süreli evlenme (mut'a nikahı) yasağı
- Evlendikten sonra önceki soyadının birlikte kullanılabilmesi olanağı
- Evlilik birliği konutunu birlikte seçme hakkı
- Meslek ve sanatla uğraşmanın eşin iznine tabi olmaması
- Çocuk velayetinin ortak ve eşit haklara bağlı olması
- Nafaka hakkı
- Ailenin ekonomik mal varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüğün yerine getirilmesi için, eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılabilmesi
- Edinilmiş mallara katılım rejiminin yasal mal rejimine çevrilmesi
- Aile konutu ile ilgili sağ kalan eşin tercih hakkı
- Miras paylaşımında eşitlik

Ceza hukuku çerçevesindeki kazanımlar:

- Çeşitli yasalar aracılığı ile ve özellikle yeni Türk Ceza Kanunu aracılığı ile sağlanmış olan kadının yaşama hakkının, güvenliğinin, onurunun, özgürlüğünün ve bedensel bütünlük hakkının ihlali olan şiddete karşı korunması[7]
- Töre cinayetlerinin cezalandırılması
- Evlilik içi tecavüzün cezalandırılması
- Ceza hukukuna cinsel anlamdaki suçlarda korunan değerin cinsel özgürlük olarak açıkça belirlenmesi
- Tecavüz sonucu hamilelik söz konusu ise (hamileliğin 20 haftası geçmemiş olması koşuluyla) hastane ortamında kürtaj izni verilmesi
- Hakim ve savcı kararı olmaksızın keyfi bekaret kontrolünün yasaklanması
- Zinaya ilişkin düzenlemelerdeki değişim
- Evlilik içi cinsel suçların işlenebilirliğine ilişkin düzenlemeler
- Kızlık bozma suçuna ilişkin düzenlemenin kaldırılması
- Kadın veya kız kaçırma suçunda yaratılan ayrımın anlamsızlığı nedeniyle kaldırılması (evli-evli olmayan kadın)
- Fuhşa teşvike ilişkin önleyici düzenlemeler
- Cinsel açıdan saldırıya uğrayanın fuhuşla iştigal etmesinin cezayı hafifletici sebep sayılmasından vazgeçilmesi
- Yeni doğmuş çocuğun öldürülmesine ilişkin hafifletici sebep düzenlemesinin kaldırılması
- Gayri meşru çocuğu terk suçunda ceza indiriminin kalkması
- Evlilik yaşında alt sınırın yasa ile korunması

İş hukukuna ilişkin kazanımlar:

- İş ilişkisinde cinsiyet nedeniyle ayrım yasağı

(7) *Bu konu makalenin başlangıç konusundaki tartışma çerçevesinde değerlendirildiği gibi ikinci başlık olarak belirlenen kadın mağduriyeti başlığı altında ayrıca daha detaylı olarak ele alınacaktır.*

- Cinsiyet, medeni hal, aile yükümlülükleri, hamilelik, doğum ve süt izni kullanımının iş akdinin feshinde geçerli sebep sayılmaması
- Doğum izinlerine ilişkin haklar
- Cinsel tacize uğrayan işçinin akdi fesih hakkı (tazminat ve diğer hizmet sözleşmelerinden doğan haklar saklı kalmak koşuluyla)
- Çalışırken evlenildiği taktirde, evlilikten itibaren bir yıl içinde isteğe bağlı olarak kıdem tazminatı alarak işten ayrılma hakkı
- Sosyal güvenliğe ilişkin pozitif ayrımcılıkla kadının haklarının korunması

b-Hukuka Aykırılık Açısından Kadın Mağduriyeti

Cinsiyetin hukuka aykırılığın nitelendirilmesinde bir değişken olarak ele alınmasında, kadın ve erkeğin gerek kriminal gerekse sosyal koşullar açısından farklı konumlarda bulunmasının açık etkisi vardır. Diğer yandan bu etkiyi, kadın ve erkek suçluluk ve mağduriyet oranlarının farklılığında da görebiliriz.

Suç ilişkisi alanında en genel değerlendirmeler, kadının suçun faili olmada erkeğe oranla daha düşük istatistik değerlerde olduğunu göstermektedir. Suçun işlenebilirliği açısından kadının erkeğe oranla çok daha sınırlı koşullar içinde bulunması, örneğin küçük yaşta evlilik, arkadaş çevresinin darlığı ve sıkı sosyal kontrol ve ev içi ortamı gibi gerekçeler, kadın suçluluğunun az olmasının etkenleri olarak sayılmaktadır. Bu nedenle kadının işlediği suçlarda mağdurun daha çok aile üyeleri olması, erkeğin ise dışa dönük yaşamına bağlı olarak üçüncü kişilere de yönelmesi anlaşılabilir[8].

Adalet istatistiklerinden yansıyan bazı verileri değerlendirdiğimizde işlenen suçun türü açısından yargılanıp mahkum olmuş kişilere baktığımızda şöyle bir tablo ile karşılaşıyoruz;

4.11. Cinsiyet, cürüm ve kabahat türüne göre cezaevine yeni giren hükümlüler, 1970-2003
A. Kadın-Female B. Erkek-Male

Yıl		Toplam Total	Adam öldürmek Homicide	Dövmek, yaralamak Assault, battery	Kız, kadın ve erkek kaçırmak Kidnapping girls, women and men	Irza geçmek ve sarkıntılık Rape and molesting	Zina Adultery	Hırsızlık Theft (1)
		Cürüm ve kabahat						
1970	A	942	74	164	3	8	173	117
	B	54 753	5 004	6 466	1 139	1 614	386	6 078
1975	A	598	70	64	4	2	97	68
	B	44 649	3 431	2 909	563	1 019	236	4 476
2000	A	2 781	149	46	24	9	-	248
	B	96 188	3 308	3 658	562	1 373	2	6 015
2001	A	3 250	141	58	23	17	-	267
	B	108 987	3 285	4 069	522	1 672	-	6 069
2002	A	2 948	125	88	15	24	-	221
	B	96 007	2 859	6 067	566	1 834	-	7 294
2003	A	3 243	137	98	11	17	-	278
	B	96 633	2 546	6 834	493	1 474	-	7 888

Kaynak: (DİE) Adalet İstatistikleri, 1970-2003

(8) *Şebnem Özkan, "Cinsiyet Rolleri Rol Beklentileri Açısından Yetişkin Suçluluğu", http://www.turkforensic.org/content/view/109/27, erişim 21.02.2006, a. 1 vd.*

Aynı şekilde cinsiyet ve yaş grubu ilişkisi açısından kadınların durumlarını incelediğimizde kadın mahkum oranının yıllara göre artmakta olduğu ve asıl ağırlıklı suç işleme yaşının da 30-39 yaş grubu içinde toplandığını görüyoruz;

4.13. Cinsiyet ve yaş gruplarına göre cezaevine yeni giren hükümlüler, 1970-2003

A. Toplam - Total B. Kadın - Female C. Erkek - Male

Yıl Year		Toplam Total	Yaş grubu - Age group 11-15	16-18	19-21	22-29	30-39	40-49
1970	A	55 695	1 082	3 636	4 761	15 458	17 322	8 534
	B	942	38	40	77	212	279	183
	C	54 753	1 044	3 596	4 684	15 246	17 043	8 351
1975	A	45 247	625	1 310	5 404	14 439	11 905	8 377
	B	598	26	15	60	136	141	165
	C	44 649	599	1 295	5 344	14 303	11 764	8 212
2002	A	98 955	92	1 221	5 702	25 944	33 372	21 792
	B	2 948	2	1 191	5 525	25 184	32 462	21 069
	C	96 007	90	30	177	760	910	723
2003	A	99 876	235	2 409	8 589	26 912	31 618	20 278
	B	3 243	6	46	289	836	941	750
	C	96 633	229	2 363	8 300	26 076	30 677	19 528

Ancak bu sonuçların hukuksal değerlendirilmesi kara sayılar nedeniyle buzdağının sadece görünen biçimidir. Örneğin Emniyet Genel Müdürlüğü'nün yaptığı bir araştırmada Türkiye'de kadınların % 97'si aile içi şiddete karıştığı halde bunun sadece %41'i şikayetçi olmaktadır. Bir şekilde karakola yansımış olan bu şikayetlerin ise yarısından daha az bir oranı hukuksal takibata konu olmaktadır. Bunun birçok sebebi vardır;

a-Cinsel suçların büyük oranda failin, mağdurun yakını veya yakın çevresinden olması.

b-Tekrarlanan suçlardan olması.

c-Tanık bulunmaması veya ispata ilişkin güçlükler.

d-Mağdurun ispata ilişkin olarak muayene zorluğu ve bunun yaratacağı travmalardan kaçınma isteği.

e-Bakım ilişkisi nedeniyle yakınların cezalandırılmasının mağdura yansıması hallerini önleyici mekanizmaların ve sosyal korumanın olmaması.

Kadınların suçun mağduru olmak açısından yaşadıkları güçlükler ceza hukukunun genel profilindeki değişime paralel olarak azalmaktadır. Çağdaş ceza hukuku yaklaşımı bir cezalandırma hukuku olmaktan çıkmış, bireyin haklarını koruyan, toplumun genel güvenliğini gözeten bir hukuka dönüşmüştür. Asıl köklü değişikliğin cezalandırmanın sebebinde gerçekleştiğini görüyoruz. Ceza hukukunda bir eylemin suç olarak tanımlanmasında "siyasal gücün otoritesi" ya da "failden gelen tehdidin önlenmesi"nin yerini "demokratik düzenin gereği olarak bireyin haklarının ihlal edilmesinin önlenmesi almıştır." Bu açıdan ceza sorumluluğunun konusunu "fail" değil, "hukuksal yararın ihlali" oluşturmaktadır. Artık ceza hukuku "insancıl ceza hukukudur"[9].

(9) Erol Cihan, "Özerk ve Çağdaş Ceza Hukuku Anlayışı", **Çetin Özek'e Armağan**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, No:32, 2004, s.214. (ss.211-219)

Ceza hukukuna ilişkin özel düzenlemelerin dışında 1982 Anayasasının (2, 5, 10, 11, 12, 13, 17, 19, 38, 42, 60 ve 61) maddeleri ile Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi ve 14.01.1998 tarihli 4320, sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunun düzenlenmeleri de kadın mağduriyetinin giderilmesi açısından özel önem taşımaktadır.

Değerler açısından hukuk-ahlak, hukuk-töre, toplumsal hassasiyet, aile düzeni, çocukların korunması ve cinsel özgürlüğünün korunması arasında bir çatışkı olabilir mi? Burada özellikle cinsel suçlar ve cinsellikle ilgili suçlar arasındaki ayrıma dikkat etmek gerekir. İçinde cinsellik olan bir suçun nitelendirilmesinde kadının bir birey olarak ya da eş, kardeş, kız çocuğu ve anne olarak görülmesi bir farklılık yaratabilir.

Mağdur kadının korunmasına ilişkin uluslararası standartlar oluşturulmaya çalışılmaktadır. Bunların en önemlisi Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi'dir. Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına Dair Sözleşme (Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women- CEDAW). Bu sözleşme Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 18.12.1979 ve 34.180 sayılı kararı ile kabul edilmiştir. 14.10.1985 tarihinde Türkiye'de yürürlüğe giren sözleşme, sözleşmeye taraf devletleri, özellikle sosyal, kültürel ve ekonomik alanlarda kadın-erkek eşitliğini sağlayacak önlemleri alma ödeviyle yükümlü kılmıştır. Bunun temini için öncelikle hukuk alanındaki ayrımcılıklardan başlayarak bu yükümlülük yerine getirilecektir. Sözleşme, Avrupa Birliği Hukuku ile de paralellik içerdiği için olumlu anlamdaki ve kısa sürede pek çok yasal değişiklik yapılabilmiştir. Hem Ceza Hukuku hem de Özel Hukuk açısından önemli birçok hükmü içeren 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'u da bu anlamda anmak gerekir. Ancak bu yasanın sosyal gerçekliklerle ilişki açısından iyi niyetle korunmasına rağmen fiili başarı açısından tartışıldığını da görüyoruz[10].

Ceza hukukunda özel olarak suç mağduru olma açısından kadının iki yönden korunduğunu görüyoruz:

a) Cinsel suçun mağduru olmak açısından

b) Aile içi şiddet mağduru olmak açısından

a) Cinsel Suçların Mağduru Olmak Açısından

Cinsel suç, **"bir başkası üzerinde zorlayıcı"** bedensel ya da psikolojik etki kurarak cinsel amaçlı ya da cinsel yöntem içeren davranışların gerçekleştirilmesi olarak tanımlanabilir.

Cinsellikle ilgili suçlar ise, **"cinsel eylemin ya da cinsel hazzı gerçekleştirme yönteminin etik dışı olması nedeniyle cezalandırmaya konu olmasıdır"**. Bu anlamda ensest, eşcinsellik, pornografi, fahişelik vb. gibi eylemleri sayabiliriz.

Türk hukuku açısından bir önceki ceza kanununa bakıldığında, yasanın sekizinci babında umumi adap ve aile nizamı aleyhine cürümler başlığı ile dokuzuncu babında düzenlenmiş bulunan şahıslara karşı cürümler irdelendiğinde, kadın mağduriyetinin çok da hesaba katılmamış olduğu anlaşılmaktadır. Sekizinci babda düzenlenmiş olan ırza geçme, ırza tasaddi, sarkıntılık, kaçırma, fuhşa ilişkin suçlar ve nesep cürümleri düzenlenmiştir. Bu bölümün başlığının genel ahlak ve aile düzeni olarak belir-

(10) Mehmet Ali Uçar, **Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003, s.192 vd.

lenmesi bile anlayışı yansıtması açısından ilginçtir[11]. Korunması gereken yarar olarak bireyin özgürlüğü ya da daha özgün anlamı ile bireyin cinsel özgürlüğü belirlenmemiştir. Bu yaklaşımın yeni ceza yasasında terkedildiğini ve konunun özgürlük açısından ele alındığını görüyoruz. Gerek bir önceki ceza kanunu gerekse yeni ceza kanunu incelediğimde kadın açısından bir cinsiyet ayrımcılığının yapılmadığını söyleyebiliriz. Ancak genel olarak toplumumuzda hakim olan erkek egemen yaklaşımın bir yansıması olarak kadının birey oluşu ile ilgili bir sorunun varlığını da saptamak gerekir. Cinsel suçlar ve aile düzenine karşı suçlar konusunda öğretideki yeni eğilimin, bu alanda ayıp, günah, genel ahlak ya da cinsel ahlak gibi değerlerin korunması gibi kriterlerle ahlakın hukuk aracılığıyla korunabileceğini sanmanın bir yanılgı olduğu sonucuna ulaşılmıştır[12].

Kadına karşı şiddet tüm dünyada yaygındır. Kadınlara karşı şiddet fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik istismarı içerir. Kadının toplumdaki edilgen statüsüne bağlı olarak ortaya çıkan bu mağduriyet cinsiyete dayalı şiddet olarak isimlendirilir. Aslında kadına karşı şiddet, dünyada yaygın bir insan hakları istismarı olarak nitelendirilmiştir.

Suçun temel şekline ilişkin maddi unsur, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlardır. Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleşmesidir. Bunun için mağdura karşı cebir, tehdit ve hile kullanılabileceği gibi bilincin kapalı olmasından yararlanma şeklinde de suç işlenebilir. TCK102/4. maddeye göre ise bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayarak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçu da oluşacaktır.

Yeni yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunuyla yasa koyucu geleneksel birçok sorunu aşmak için çoğu kez cinsel suçları töre ve namus değerleri alanından çıkartarak kişinin özgürlüğü alanına taşınması yolunu benimsemiştir. Bunu dilsel tercihleri ile de göstermektedir. Örneğin "ırza geçme" suçu "cinsel saldırı" suçu olarak isimlendirilmiştir. Bu tutumun özgürlüklere ilişkin uluslararası gelişmelerle paralel olduğunu da söyleyebiliriz. Özgürlüğün bir değer olarak öne çıkması ile geleneksel erkek egemen toplum yapısı ve kadının erkek cinsiyeti açısından tanımlanmasına ilişkin sorunlar da aşılabilecektir. Özellikle cinsel suçlar alanında mağdurun cinsiyetinin önemi AIDS gibi tehlikeler ve işleniş tarzları açısından önemsizleşmektedir. Bu nedenle yeni yasada cinsel saldırı suçunun cinsiyet tartışmasına girmeksizin vücuda organ ve sair cisim sokulması şeklinde alan genişletici bir tercih yapmıştır. Ek olarak bağımsız bir cinsel taciz suçu alanı oluşturulmuştur. Cinsel taciz, ırza geçme ve tasaddi boyutuna varmayan ciddi rahatsız edici davranışları içerebilecek ve mağdurların daha geniş olarak korunmasını sağlamak amacına yönelmiştir. Aynı amacın gerçekleştirilmesi doğrultusunda cezaların ağırlaştırılması ve suçun niteliğine göre çeşitlenmesini de sayabiliriz.

İçinde cinsellik olan bir suçun nitelendirilmesinde kadının bir birey olarak ya da eş, kardeş, kız çocuğu ve anne olarak

(11) Nur Centel, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", **Kenan Tunçomağ'a Armağan**, İstanbul, 1997, s.61.
(12) Yener Ünver, "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", **Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul, Beta, 2001, s.294 vd. (ss.293-350)

görülmesi bir farklılık yaratabilir. Cinsel şiddet, cinselliğin bir tehdit, sindirme ve kontrol etme aracı olarak kullanılmasıdır. Yeni Ceza Yasamız 102. maddesinde "cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmü ile bu eylemi düzenleme alanına almıştır. Cinsiyet açısından bu düzenleme kadın-erkek ayrımı yapmamaktadır. Ancak cinsel açıdan mağduriyetin ortaya çıkmasında kadınların daha fazla zarar gördüğü istatistiksel bir durumdur. Kadın Dayanışma Vakfı tarafından yapılan bir araştırma, kadınların %20'sinden fazlasının bu açıdan zorlandığını göstermektedir[13]. Cinsel saldırı suçunun temel şekli olarak yasada düzenlenmiş olan bu hükümde mağdurların büyük çoğunluğunu kadınlar oluşturmaktadır.

Daha önce ırza tasaddi olarak düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu, cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışları kapsar. Kovuşturulması şikayete bağlıdır. Suçun nitelikli hali 102/2. maddede düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal cinsel saldırı suçudur. Evlilik içinde de gerçekleşirse özel düzenlemeye tabidir. Mağdur eşin şikayetine bağlı olarak takip edilir.

Cinsel taciz suçu ise 103. maddede düzenlenmiştir. Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının çiğnenmesidir. Cinsel taciz suçunun hem mağduru hem de faili kadın ve erkek olabilir. Ancak istatistikler bu suçun mağduru olan kadın sayısının yüksekliğini göstermektedir. Cinsel taciz suçunun manevi unsuru genel suç işleme kastıdır. Şikayete bağlı olarak kovuşturulur.

b)Aile İçi Şiddetin Mağduru Olmak Açısından

Kadın mağduriyetinin aile içi şiddet ile ilişkisi açıktır. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığınca yapılan bir araştırmaya göre[14] şiddet davranışı vakıalarının %99'u kadınlara ve çocuklara yönelmektedir. Aile toplumun temeli ise, aile içi şiddetin hem toplum açısından ve hem de kadına yönelik şiddet açısından özel olarak ele alınması gerekir. En genel anlamı ile kadına yönelik şiddetin Pekin Deklarasyonu'nda özel olarak şu şekilde tanımlandığını görüyoruz; "kadının fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar görmesi veya zararın muhtemel olması halleri ile baskı veya özgürlüğün kısıtlanmasına yönelik her türlü davranış ister toplum önünde ister özel yaşamında ortaya çıkmış olsun kadına karşı şiddettir."[15] Aile içi şiddette söz konusu olan şiddetin özel yaşamda ortaya çıkmasıdır.

Aileyi, sağlıklı bir toplum oluşturmanın vazgeçilmez bir koşulu sayacaksak bu olumsuzluğun azaltılması için gereği yapılmalıdır. En yaygın şekli ile aile içi şiddet eşler arasında erkeğin kadına şiddet uygulaması, anne ve babaların çocuklarına karşı yönelttikleri şiddet olarak ortaya çıkar. Bunun dışında çocukların anne-babalarına veya büyükanne-büyükbabalarına uyguladıkları şiddet ve kadının kocasına karşı uyguladığı şiddet de aile içi şiddettir. Şiddet uygulayanların çok büyük bir kısmı erkek eştir.

Aynı zamanda şuna da dikkat çekmek gerekir. Aile içi şiddet, sadece aile içi dinamiklerden değil toplumun hukuksal, ekonomik, geleneksel, siyasi ve eğitim yapısı içinde kadını ayrıştıran ve

(13) Kadın Dayanışma Vakfı, **Şiddete Uğrayan Kadınlara Yasal Haklar, Fırsatlar ve Bunları Kullanma Amaçlı Bilgilendirme/Bilinçlendirme Projesi**, Ankara, 1996.
(14) TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 2. Baskı, 2000, Ankara, s. 139.
(15) Dördüncü Dünya Kadın Konferansı, 4-15 Eylül 1995 tarihinde Pekin'de toplanmış ve Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu kabul edilmiştir. http://www.die.gov.tr/tkba/u-sözleşmeler.htm çevrimiçi 21.02.2006

lenmesi bile anlayışı yansıtması açısından ilginçtir[11]. Korunması gereken yarar olarak bireyin özgürlüğü ya da daha özgün anlamı ile bireyin cinsel özgürlüğü belirlenmemiştir. Bu yaklaşımın yeni ceza yasasında terkedildiğini ve konunun özgürlük açısından ele alındığını görüyoruz. Gerek bir önceki ceza kanunu gerekse yeni ceza kanunu incelediğimde kadın açısından bir cinsiyet ayrımcılığının yapılmadığını söyleyebiliriz. Ancak genel olarak toplumumuzda hakim olan erkek egemen yaklaşımın bir yansıması olarak kadının birey oluşu ile ilgili bir sorunun varlığını da saptamak gerekir. Cinsel suçlar ve aile düzenine karşı suçlar konusunda öğretideki yeni eğilimin, bu alanda ayıp, günah, genel ahlak ya da cinsel ahlak gibi değerlerin korunması gibi kriterlerle ahlakın hukuk aracılığıyla korunabileceğini sanmanın bir yanılgı olduğu sonucuna ulaşılmıştır[12].

Kadına karşı şiddet tüm dünyada yaygındır. Kadınlara karşı şiddet fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik istismarı içerir. Kadının toplumdaki edilgen statüsüne bağlı olarak ortaya çıkan bu mağduriyet cinsiyete dayalı şiddet olarak isimlendirilir. Aslında kadına karşı şiddet, dünyada yaygın bir insan hakları istismarı olarak nitelendirilmiştir.

Suçun temel şekline ilişkin maddi unsur, kişinin vücudu üzerinde gerçekleştirilen, cinsel arzuları tatmin amacına yönelik ve fakat cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışlardır. Cinsel saldırı suçunun özelliği, bu suçu oluşturan fiillerin mağdurun iradesi dışında gerçekleşmesidir. Bunun için mağdura karşı cebir, tehdit ve hile kullanılabileceği gibi bilincin kapalı olmasından yararlanma şeklinde de suç işlenebilir. TCK102/4. maddeye göre ise bu suçun işlenmesi sırasında mağdurun direncinin kırılmasını sağlayarak ölçünün ötesinde cebir kullanılması durumunda, ayrıca kasten yaralama suçu da oluşacaktır.

Yeni yürürlüğe giren Türk Ceza Kanunuyla yasa koyucu geleneksel birçok sorunu aşmak için çoğu kez cinsel suçları töre ve namus değerleri alanından çıkartarak kişinin özgürlüğü alanına taşınması yolunu benimsemiştir. Bunu dilsel tercihleri ile de göstermektedir. Örneğin "ırza geçme" suçu "cinsel saldırı" suçu olarak isimlendirilmiştir. Bu tutumun özgürlüklere ilişkin uluslararası gelişmelerle paralel olduğunu da söyleyebiliriz. Özgürlüğün bir değer olarak öne çıkması ile geleneksel erkek egemen toplum yapısı ve kadının erkek cinsiyeti açısından tanımlanmasına ilişkin sorunlar da aşılabilecektir. Özellikle cinsel suçlar alanında mağdurun cinsiyetinin önemi AIDS gibi tehlikeler ve işleniş tarzları açısından önemsizleşmektedir. Bu nedenle yeni yasada cinsel saldırı suçunun cinsiyet tartışmasına girmeksizin vücuda organ ve sair cisim sokulması şeklinde alan genişletici bir tercih yapmıştır. Ek olarak bağımsız bir cinsel taciz suçu alanı oluşturulmuştur. Cinsel taciz, ırza geçme ve tasaddi boyutuna varmayan ciddi rahatsız edici davranışları içerebilecek ve mağdurların daha geniş olarak korunmasını sağlamak amacına yönelmiştir. Aynı amacın gerçekleştirilmesi doğrultusunda cezaların ağırlaştırılması ve suçun niteliğine göre çeşitlenmesini de sayabiliriz.

İçinde cinsellik olan bir suçun nitelendirilmesinde kadının bir birey olarak ya da eş, kardeş, kız çocuğu ve anne olarak

(11) Nur Centel, "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", **Kenan Tunçomağ'a** Armağan, İstanbul, 1997, s.61.
(12) Yener Ünver, "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", **Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul, Beta, 2001, s.294 vd. (ss.293-350)

görülmesi bir farklılık yaratabilir. Cinsel şiddet, cinselliğin bir tehdit, sindirme ve kontrol etme aracı olarak kullanılmasıdır. Yeni Ceza Yasamız 102. maddesinde "cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, mağdurun şikayeti üzerine iki yıldan yedi yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır" hükmü ile bu eylemi düzenleme alanına almıştır. Cinsiyet açısından bu düzenleme kadın-erkek ayrımı yapmamaktadır. Ancak cinsel açıdan mağduriyetin ortaya çıkmasında kadınların daha fazla zarar gördüğü istatistiksel bir durumdur. Kadın Dayanışma Vakfı tarafından yapılan bir araştırma, kadınların %20'sinden fazlasının bu açıdan zorlandığını göstermektedir[13]. Cinsel saldırı suçunun temel şekli olarak yasada düzenlenmiş olan bu hükümde mağdurların büyük çoğunluğunu kadınlar oluşturmaktadır.

Daha önce ırza tasaddi olarak düzenlenmiş olan cinsel saldırı suçu, cinsel ilişkiye varmayan cinsel davranışları kapsar. Kovuşturulması şikayete bağlıdır. Suçun nitelikli hali 102/2. maddede düzenlenmiştir. Bu nitelikli hal cinsel saldırı suçudur. Evlilik içinde de gerçekleşirse özel düzenlemeye tabidir. Mağdur eşin şikayetine bağlı olarak takip edilir.

Cinsel taciz suçu ise 103. maddede düzenlenmiştir. Cinsel taciz, kişinin vücut dokunulmazlığının çiğnenmesidir. Cinsel taciz suçunun hem mağduru hem de faili kadın ve erkek olabilir. Ancak istatistikler bu suçun mağduru olan kadın sayısının yüksekliğini göstermektedir. Cinsel taciz suçunun manevi unsuru genel suç işleme kastıdır. Şikayete bağlı olarak kovuşturulur.

b)Aile İçi Şiddetin Mağduru Olmak Açısından

Kadın mağduriyetinin aile içi şiddet ile ilişkisi açıktır. Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığınca yapılan bir araştırmaya göre[14] şiddet davranışı vakıalarının %99'u kadınlara ve çocuklara yönelmektedir. Aile toplumun temeli ise, aile içi şiddetin hem toplum açısından ve hem de kadına yönelik şiddet açısından özel olarak ele alınması gerekir. En genel anlamı ile kadına yönelik şiddetin Pekin Deklarasyonu'nda özel olarak şu şekilde tanımlandığını görüyoruz; "kadının fiziksel, cinsel veya psikolojik zarar görmesi veya zararın muhtemel olması halleri ile baskı veya özgürlüğün kısıtlanmasına yönelik her türlü davranış ister toplum önünde ister özel yaşamında ortaya çıkmış olsun kadına karşı şiddettir."[15] Aile içi şiddette söz konusu olan şiddetin özel yaşamda ortaya çıkmasıdır.

Aileyi, sağlıklı bir toplum oluşturmanın vazgeçilmez bir koşulu sayacaksak bu olumsuzluğun azaltılması için gereği yapılmalıdır. En yaygın şekli ile aile içi şiddet eşler arasında erkeğin kadına şiddet uygulaması, anne ve babaların çocuklarına karşı yönelttikleri şiddet olarak ortaya çıkar. Bunun dışında çocukların anne-babalarına veya büyükanne-büyükbabalarına uyguladıkları şiddet ve kadının kocasına karşı uyguladığı şiddet de aile içi şiddettir. Şiddet uygulayanların çok büyük bir kısmı erkek eştir.

Aynı zamanda şuna da dikkat çekmek gerekir. Aile içi şiddet, sadece aile içi dinamiklerden değil toplumun hukuksal, ekonomik, geleneksel, siyasi ve eğitim yapısı içinde kadını ayrıştıran ve

(13) Kadın Dayanışma Vakfı, **Şiddete Uğrayan Kadınlara Yasal Haklar, Fırsatlar ve Bunları Kullanma Amaçlı Bilgilendirme/Bilinçlendirme Projesi**, Ankara, 1996.
(14) TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 2. Baskı, 2000, Ankara, s. 139.
(15) Dördüncü Dünya Kadın Konferansı, 4-15 Eylül 1995 tarihinde Pekin'de toplanmış ve Pekin Deklarasyonu ve Eylem Platformu kabul edilmiştir. http://www.die.gov.tr/tkba/u-sözleşmeler.htm çevrimiçi 21.02.2006

onu erkeğe bağımlı kılan mekanizmalardan da kaynaklanmaktadır.

Geleneksel anlamda aile içi şiddet konusunun "özel hayatın mahremiyeti" içinde değerlendirilmesi, hatta şiddetin gerekliliğine vurgu da bu alanın karanlık kalmasına neden olmaktadır.

Hemen hemen tüm toplumlarda şiddetin öğrenme yolu ile aktarılması ve eşitlik bilincinin kurulamamış olması nedenleriyle kadına karşı şiddet olgusu ile karşılaşıyoruz. Aslında kadına karşı şiddetin her türünün kadının sosyal statüsü ile çok yakın ilişkisi vardır ve kadının statüsüne ilişkin değişiklik ancak çok uzun vadede eğitimle gerçekleştirilebilir. Bu nedenle eğitimle ilgili gerekli girişimlerin yapılması konusuna ciddiyetle devam etmekle birlikte hukuksal açıdan kadının korunmasına ilişkin her türlü önlemin alınması için siyasi girişimlerin yapılması gerekir. Ülkemizde anayasal anlamda eşitliğe ilişkin genel tanımlama Medeni Yasa, Ceza Yasası ve özel olarak 4320 sayılı Ailenin Korunması Yasası bu konuyu düzenlemektedir. Ailenin Korunmasına Dair Kanun yeni bir suç tipi yaratmıştır. Bu suç tipi Ailenin Korunmasına Dair Kanun'a muhalefet suçudur. Yasa eş, çocuk veya aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireylerinin yaşamı, vücut varlığı, haysiyet ve hürriyetleri gibi kişisel haklarını ve mal varlığına ilişkin haklarını korumak amacını güder.

Tüm bu gerekçeler dikkate alındığında şiddetin özellikle de aile içi şiddetin toplumsal yapının doğal bir parçası olduğu inancı yerleşmiştir. Öyle ki uygulanan şiddetin çok ağır olmaması ve sözlü şiddet hallerinde şiddet marjinalize edilerek yok farzedilmektedir[16].

KAYNAKÇA

Arendt, Hannah: On Violence, New York, Hartcourt, 1969.

Centel, Nur: "Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması", **Kenan Tunçomağ**'a Armağan, İstanbul, 1997.

Cihan, Erol: "Özerk ve Çağdaş Ceza Hukuku Anlayışı", **Çetin Özek'e Armağan**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, No:32, 2004, ss.211-219.

Donovan, J.: **Feminist Theory**, İstanbul, İletişim Yayınları, 1997.

Kadın Dayanışma Vakfı, **Şiddete Uğrayan Kadınlara Yasal Haklar, Fırsatlar ve Bunları Kullanma Amaçlı Bilgilendirme/Bilinçlendirme Projesi**, Ankara, 1996.

Kalan, İ. : **Kadın ve Adalet**, Kaynak Yayınları, İstanbul, 1998.

Kardam, Nüket; Yakın Ertürk,: "Expanding Gender Accourtabiliy: Women's Organizations and the State in Turkey", **International Journal at Organization Theory and Behavior**, Volume:21, 1999.

MacKinnon, C.: "Feminism, Marxism, Method and The State", Towards Feminist Jurisprudence: Journal of Women in Culture and Society, Sayı:8, 1983;

Özkan, Şebnem: "Cinsiyet Rolleri Rol Beklentileri Açısından Yetişkin Suçluluğu", http://www.turkforensic.org/content/view/109/27, erişim 21.02.2006,

TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, 2. Bası, Ankara, 2000.

Uçar, Mehmet Ali: **Aile İçi Şiddet ve Ailenin Korunması Yasası**, Ankara, Yetkin Yayınları, 2003,.

Ünver, Yener: "Özellikle Cinsel Suçlar Alanında Olmak Üzere, Kadınlarla İlgili Ceza Hukuku Normlarındaki Değişim ve Türkiye'deki Durum", **Adalet Yüksekokulu 20. Yıl Armağanı**, İstanbul, Beta, 2001, s.293-350.

(16) TC Başbakanlık Aile Araştırma Kurumu Başkanlığı, s. 159.

İdeoloji Olarak Hukuk(*)

Kasım Akbaş(**)

"Böylesi mahkemelerin bir özelliği de insanı yalnız suçsuz yere değil, nedenini bilmeden mahkum etmek."
(Franz Kafka, DAVA)

1. Giriş

Hukukun ideolojik olup olmadığı tartışması, genelde hukukçuların işi değilmiş gibi görünür. Belki de bu tartışmanın, bağımsız bir hukuksal çalışma alanının varlığının reddi ile sonuçlanacağından korkulur. Bu ve benzeri konu başlıkları genelde, kelimelerin olumsuz anlamlarıyla "siyasal" ve "spekülatif" görülür.

Bu çalışmada, hukukun ideolojik olmasının ötesinde, hukukun kendisinin bir ideoloji olup olmadığı mesele edilmektedir. Böylece "İdeoloji Olarak Hukuk" başlığının altının doldurulabileceği umulmaktadır.

Hukukun bir ideoloji olup olmadığı, kuşkusuz, ideolojinin ne olduğu ile yakından ilgilidir. Dolayısıyla çalışmanın ilk kısmında, ideoloji kavramına ilişkin bakış açılarına değinilecektir. Nihayetinde ideolojinin, bilinçlilik durumları ile olan ilişkisi saptanmaya çalışılacaktır.

Çalışmanın sonraki kısmında, hukukun nasıl bir bakış açısıyla ideoloji olarak görülebileceği saptanmaya çalışılacaktır. Esasında, Türkiye'de olmasa da, hukukun bir ideoloji olduğuna ilişkin çalışmalar, sayıca bir yekün oluşturacak düzeye gelmiş görünmektedir. Bunda, son zamanlarda hukuka duyulan güvenin azalmasının da etkisi vardır. Eleştirel Hukuk Çalışmaları adıyla bilinen hukuk okulu, son otuz-kırk yıldır, Marx'tan Weber'e kadar uzanan bir yelpaze içerisinde, hukuka ilişkin bu güvensizliği destekleyecek meseleleri kendisine konu edinmektedir. Okulun önemli iddiası, bir hukuk ideolojisinin varlığıdır. Bu çalışma içerisinde, Eleştireller'in görüşlerinden yararlanılacaktır. Eleştireller'in görüşlerini yoğun olarak etkileyen Marksist anlayıştan da, Marksizm'in çeşitli temsilcilerinin konuyu ilgilendirebileceği düşünülen görüşlerine yer verilerek yararlanılacaktır. Bu bağlamda, Marksizm içerisinde iki ayrı kanadı temsil etmekle birlikte, Gramsci'nin "hegemonya" ve Althusser'in "ideolojik aygıt" kavramlarının özel önemi olabileceği kanısındayım.

Hukukun bir ideoloji olduğu iddiasıyla sonuçlanabilecek bir akıl yürütmeyi İskandinav Hukuksal Realizm okulunun görüşlerinden çıkartmak da mümkündür. Özellikle, toplumsal gerçeklik dışında, onu gizlemeye yarayan

(*) Makalenin yayımından önceki eleştirileri için hocam Yard. Doç. Dr. Ahmet Halûk ATALAY'a teşekkür ederim.

(**) Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

bir hukuksal gerçeklikten söz edilecekse, İskandinav Realistleri'nden de yararlanılması gerektiği düşüncesiyle, çalışmada bu okula da yer verilmeye çalışılacaktır.

Modern kapitalist toplumda, hukuk ideolojisinin en önemli görünümünün –ya da unsurunun- "hukuk devleti" ideali olduğu iddiasından hareketle, bu kavram da sorgulanmaya çalışılacaktır.

Çalışma, hukukun kesinlikle bir ideoloji olarak görülmesi gerektiği şeklinde abartılı bir iddiadan ziyade, hukukun bir ideoloji olarak da görülebileceği şeklinde temkinli bir iddia taşımaya adaydır. Savruk olarak nitelendirilme pahasına, birbirinden farklı düşüncelerin temsilcilerini bir araya getirmesinin nedeni, dayandığı zemini mümkün olduğu derece genişletebilmektir.

2. İdeoloji: Bilinç Düzeyi

"İdeoloji"nin herkes tarafından üç aşağı beş yukarı kabul edilebilir tanımının yapılması bir tarafa, olumlu mu yoksa olumsuz bir anlam mı taşıdığı hakkında dahi yargıya ulaşmak kolay değildir. Zira bir yandan Marx, kavramı "yanlış bilinç" yerine liberal kapitalist ideolojiyi olumsuzlamak için kullanırken; öte yandan öncelerde Daniell Bell[1], yakınlarda ise Fukuyama[2], Marksist sistemleri vurgulamak amacıyla ve bu sistemlerin tarihle birlikte sona erdiğini ilan etmek için kullanır. Marx'ın kavram karşısındaki tutum alışına karşın, söz gelimi Lenin'in "ideoloji" kavramını kullanışı hiç de olumsuzlayıcı nitelikte değildir[3].

İdeolojiyi olumlu ya da olumsuz niteleyenlerin yanı sıra, onu nesnel, tarafsız olarak görenler de yok değildir: "Duyumlardan çıkan genel fikirlerin analizini amaçlayan yaklaşımın temsilcileri olan Destutt de Tracy ve arkadaşları fikirlerle ilgili belirli doktrinlerin ifade edilmesi için ideoloji kelimesini kullanmışlardı. Onlara göre ideoloji renksiz (nötr) bir terimdi."[4]

Kavrama içkin olumluluk-olumsuzluk sorunu çerçevesinde düşünüldüğünde, Mannheim'ın kısmî ideoloji ve

(1) Bkz. Daniell Bell, The End of Ideology (Illinois : Free Press, 1960).

(2) Bkz. Francis Fukuyama, "Tarihin Sonu mu?," Çev.: Yusuf Kaplan, Tarihin Sonu Mu?, Derleyenler: Mustafa Aydın ve Ertan Özensel (Üçüncü Baskı, Ankara: Vadi Yayınları, 2002), ss. 22-49.

(3) Marx'ın kavramı sadece "egemen sınıfın ideolojisi" anlamında, dolayısıyla, egemen sınıfın egemenliğine yardımcı olacak bir "yanlış bilinç" anlamında kullandığı bilinmektedir. İşçi sınıfının da ayrı bir ideolojisi olabileceğini ileri sürerek, kavramı "Marksist kuram" anlamında kullanan ise Lenin'dir. Ünsal Oskay, "Popüler Kültür Açısından 'İdeoloji' Kavramı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, XXXV/ 1-4: 197- 253 (1980), s. 206. Özellikle Marksist literatürde, "ideoloji" kavramının kullanılışına ilişkin olarak bkz. Metin Çulhaoğlu, Binyıl Eşiğinde Marksizm ve Türkiye Solu (İstanbul: YGS Yayınları, 2002).

(4) Adnan Güriz, Sosyal Demokrasi İdeolojisi (Ankara: AÜHF Yayınları, 1998), s. 1. Destutt de Tracy, ideoloji kavramını ilk kullanan kişi olarak da bilinir. Aslına bakacak olursanız, Destutt de Tracy'nin kendisi "renksiz" olmadığı gibi, kavramın kullanıldığı ortam da "renksiz" değildir. Zira Destutt de Tracy, Napolyon tarafından kurulan ve Fransız Devrimi doğrultusunda bir eğitim sistemi kurmakla görevlendirilen Ulusal Enstitü'nün üyelerindendir. "İdeolojinin Öğeleri"nde bir küme aydın ile birlikte bu düşünür insanlığı derebeyci (feodal) toplumun yanlış inançlarından, düşüncelerinden, kutsallıklarından kurtarmak için yola çıkmıştır. Bu yazarlar Aydınlanma'dan gelen inançlarının gereği olarak, insanların inandıkları idea'ların kökenlerini, bunların doğalarını ve toplumsal işlevlerini incelemeye yönelmişlerdir. Erekleri, derebeyciliğe karşı yeni burjuva devriminin ideolojisini; yani, derebeyci (feodal) toplumun ideolojisi olan dinin dünyayı açıklama biçimine karşı, yeni toplumun haklılaştırıcı açıklaması olan yeni ideolojiyi oluşturmaktı. Böylece, belirli bir üretim biçiminin, belirli bir toplumsal formasyonun, belirli toplumsal ilişkiler bütününün içinde, tarihte bir süre mitolojiyle, daha sonraları ise dinle yapılan toplumsal gerçekliğin zihinsel yeniden- kurulması işi, bu kez, dinden özgürleşen yeni toplumdaki Aydınlanma insanınca idea'ların ayıklanması ve yeniden açıklanması yoluyla varılan "ideoloji" olarak yapılmaya başlanmış bulunuyordu." Bkz. Oskay, Op.cit., s. 200-201. Çeşitli düşünürlerden farklı ideoloji tanımları ve terimin farklı kullanımları için de bkz. Güriz, Op.cit., s. 1-22. Kavramın kullanımının tarihsel gelişimi için ise bkz. Şerif Mardin, İdeoloji (Altıncı baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000).

bütünlükçü ideoloji kavramsallaştırması bir çıkar yol olarak düşünülebilir. Mannheim, sözcüğün, "karşı tarafın belli başlı fikir ve düşüncelerine inanılmamak gerektiği, karşı tarafın çıkarına uygun olmayan bir gerçeği bilinçli şekilde örtbas ettiği" anlamında kullanılmasını kısmî ideoloji; "bir çağın ya da grubun (sınıfın), bütünlükçü bilinç yapılarının özellik ve nitelikleri" anlamında kullanılmasını ise bütünlükçü ideoloji olarak tanımlamaktadır[5].

"İdeoloji kavramının ilişkilendirilmesi gereken asıl olgu, bilinçlilik biçimleridir. Daha açık bir deyişle, ideoloji, çok çeşitli etmenler altında oluşan bilinçlilik biçimlerinin hepsini kapsayan bir kavramdır. Düşünceler, inançlar, etik yargılar ve dünya görüşleri, ne denli çeşitlilik gösterirlerse göstersinler, belirli bilinçlilik biçimlerine karşılık düşerler. O halde, ideoloji kavramının asıl ve doğrudan ilişkisi ne bilimle ne de kuramladır. Doğrudan doğruya bilinçle ve onun çeşitli düzeyleriyledir"[6].

Anlaşıldığı kadarıyla, Çulhaoğlu ideolojiyi kısaca "bilinçlilik biçimi" ya da "düzeyi" olarak nitelendirmektedir.

İdeoloji başlığını taşıyan çalışmasının hemen başında, ideolojinin tek ve yeterli bir tanımının verilemediğini saptayan Terry Eagleton, farklı noktalara vurgu yapan altı ideoloji tanımına dikkat çekmektedir:

"İdeolojiyi, kabaca, gittikçe daha belirgin biçimde odaklaşan altı farklı tarzda tanımlamak olanaklıdır. İlk olarak, ideolojinin, toplumsal yaşamdaki fikir, inanç ve değerleri üreten genel maddi süreç olduğunu söyleyebiliriz. Bu tür bir tanım, hem siyasi, hem de epistemolojik olarak yansız ve terimin geniş anlamında alındığında "kültür"e yakındır. İdeoloji veya kültür, bu anlamda, belirli bir toplumdaki bütün anlamlandırma pratiklerini ve simgesel süreçleri kapsayan bir kompleksin tamamına karşılık gelir; toplumsal pratiklerin kendilerinden çok, ... bireylerin bu pratikleri "yaşama" biçimlerini ima eder. Bu anlamda alındığında ideoloji, değerleri hakkında mutabık kalınan sanatsal ve entelektüel çalışmalarla sınırlanan dar anlamda "kültür"den daha geniş, ama belirli bir hayat biçiminin bütün etkinlik ve kurumlarını kuşatan antropolojik kültür tanımından daha dardır. Bu antropolojik anlamda "kültür", örneğin, sporun mali altyapı kurumlarını içerirken, ideoloji, daha çok, sportif etkinliklerde kodlanan simge, anlam ve değerlerle ilgili olacaktır.

...

İdeolojinin ilkine göre biraz daha az genel olan ikinci anlamı, toplumsal açıdan önemli bir grubun veya sınıfın içinde bulunduğu durumu ve hayat deneyimlerini simgeleyen (doğru ya da yanlış) inanç ve fikirlere karşılık gelir. Burada, "toplumsal açıdan önemli" nitelemesine gerek vardır, çünkü her gün düzenli olarak bir araya gelip içki içen bir grup insanın veya Manchester Ortaokulu altıncı sınıf öğrencilerinin inanç ve fikirlerinden kendilerine özgü ideolojiler olarak söz etmek saçma olurdu. Burada ideoloji, bir "dünya görüşü" kavramına oldukça yakın bir anlam taşır; ama tabii ki dünya görüşlerinin genelde, ölümün anlamı, insanlığın evrendeki yeri gibi temel meselelerle meşgul olduğu, buna karşılık ideolojinin, posta kutularının hangi renkle boyandığı tü-

(5) Karl Mannheim, İdeoloji ve Ütopya. Almanca'dan çeviren: Mehmet Okyayuz (Ankara: Epos Yayınları, 2002), s. 82-83.

(6) Çulhaoğlu, Op.cit., s. 153.

ründen meselelerle bile ilgili olabileceği söylenebilir.

İdeolojiyi bir tür kolektif, simgesel kendini ifade etme biçimi olarak görmek, onun ilişkisel veya çatışmaya dayanan yönünü henüz fark etmemiş olmak demektir; bu nedenle ideolojinin, çıkar çatışması durumlarında bu tür toplumsal grupların çıkarlarının meşrulaştırılması ve desteklenmesi anlamına gelen üçüncü bir tanımını daha yapmak gerekir.... Bu anlamıyla ideoloji, kendi çıkarlarını gözeten toplumsal güçlerin, bir bütün olarak toplumsal iktidarın yeniden-üretilmesinde merkezi önem taşıyan meseleler üzerinde çatıştığı ve çarpıştığı söylemsel alan olarak görülebilir....

İdeolojinin dördüncü anlamı, grup çıkarlarının meşrulaştırılması ve desteklenmesi üzerindeki bu vurguyu korur; ama bir farkla; onu bir egemen toplumsal gücün etkinlikleri içine hapsederek. Bu da, bu tür egemen ideolojilerin yöneticilerin isteklerine uygun tarzda bir toplumsal birlik sağlanmasına yardımcı oldukları ve ideolojinin basit bir fikirlerin yukarıdan zorla benimsetilmesi meselesinden çok bağımlı kılınmış sınıf ve grupların vs. suç ortaklığını sağlama alma meselesi olduğu varsayımlarını içerebilir.... [İ]deolojinin bu anlamı da hâlâ epistemolojik olarak tarafsızdır ve nitekim, ideolojinin, bir yönetici grup veya sınıfın çıkarlarını, özellikle ikiyüzlülük ve çarpıtma yoluyla, meşrulaştırmaya yardımcı olan fikir ve inançları simgelediği beşinci tanımıyla daha da sadeleştirilebilir. Bu arada, bu son iki tanımla ilişkili olarak belirtmeliyiz ki, bir yönetici grubun sahip olduğu fikirlerin tamamı ideolojik olmak zorunda değildir ve ayrıca bunlardan bazıları bu çıkarları özel olarak desteklemiyor ya da bunu aldatarak yapmıyor olabilir....

Son olarak, ideolojinin altıncı anlamı olma olasılığı taşıyan bir tanıma gelmiş bulunuyoruz. Bu tanım, yanlış veya aldatıcı inançlar üzerindeki vurguyu korur, ama bu inançların, bir egemen sınıfın çıkarlarını değil, bir bütün olarak toplumun maddi yapısından kaynaklandığına inanır. İdeoloji terimi pesaratif anlamını korur, ama sınıf-kökensel açıklama yapmaktan kaçınır. Bu anlamıyla en ünlü ideoloji örneği, ..., Marx'ın meta fetişizmi kuramıdır"[7].

Eagleton'ın ideoloji kavramına ilişkin olarak her bir aşamada daha da belirginleştiğini saptadığı altı farklı yaklaşımın, bu çalışma açısından da kapsayıcı olduğunu düşünüyorum. Ancak tanım sorunsalını bir kenara koymadan evvel, Eagleton'ın en belirgin olduğunu saptayarak bıraktığı yerin yani ideoloji kavramının Marksist yaklaşım açısından anlamının bir iki alıntıyla da olsa açılması gerektiğine inanıyorum. Bu anlamda, şimdilik, Marx'ın konuya ilişkin çok ünlü paragraflarının alıntılanmasıyla yetinilecektir:

"Varlıklarının toplumsal üretiminde, insanlar, aralarında, zorunlu, kendi iradelerine bağlı olmayan belirli ilişkiler kurarlar; bu üretim ilişkileri, onların maddi üretici güçlerinin belirli bir gelişme derecesine tekabül eder. Bu üretim ilişkilerinin tümü, toplumun iktisadi yapısını, belirli toplumsal bilinç şekillerine tekabül eden bir hukuki ve siyasal üstyapının üzerinde yükseldiği somut temeli oluşturur. Maddi hayatın üretim tarzı, genel olarak toplumsal, siyasal ve entelektüel hayat sürecini koşullandırır. İnsanların varlığını belirleyen şey, bilinçleri değildir; tam tersine onların bilinçlerini belirleyen, toplumsal varlıklarıdır. Gelişmelerinin belli bir aşamasında, toplumun maddi üretici güçleri, o zamana kadar içinde hareket ettikleri mevcut üretim ilişkilerine ya da *bunların hukuki ifadesinden başka bir şey olmayan*, mülkiyet ilişkilerine ters düşerler. Üretici güçlerin gelişmesinin biçimleri olan bu ilişkiler, onların engelleri haline gelirler. O zaman bir toplumsal devrim çağı başlar. İktisadi temeldeki değişme, kocaman bir üstyapıyı, büyük ya da az bir hızla alt üst eder. Bu gibi alt üst oluşların incelenmesinde, daima, *iktisadi üretim koşullarının maddi alt üst oluşu ile –ki, bu, bilimsel bakımdan kesin olarak saptanabilir-, hukuki, siyasal, dinsel, artistik ya da felsefi biçimleri, kısaca insanların çatışmanın bilincine vardıkları ve onu sonuna kadar götürdükleri ideolojik şekilleri* ayırdetmek gerekir"[8].

Fikirlerin, anlayışların ve bilincin üretimi, her şeyden önce doğrudan doğruya insanların maddi faaliyetine ve karşılıklı maddi ilişkilerine, gerçek yaşamın diline bağlıdır. İnsanların anlayışları, düşünceleri, karşılıklı zihinsel ilişkileri, bu noktada onların maddi davranışların dolaysız ürünü olarak ortaya çıkar. Bir halkın siyasal dilinde, yasalarının, ahlâkının, dininin, metafiziğinin vb. dilinde ifadesini bulan zihinsel üretim için de aynı şey geçerlidir. Sahip oldukları anlayışları, fikirleri, vb. üretenler insanların kendileridir, ama bu insanlar, sahip oldukları üretici güçlerin belirli düzeydeki gelişmişliğinin ve bu gelişkinlik düzeyine tekabül eden –ve alabilecekleri en geniş biçimlere varıncaya kadar- karşılıklı ilişkilerinin koşullandırdığı gerçek, faal insanlardır. Bilinç hiçbir zaman bilinçli varlıktan başka bir şey olamaz ve insanların varlığı, onların gerçek yaşam süreçleridir. İnsanlar ve sahip oldukları ilişkiler tüm ideolojilerinde sanki karanlık odada baş aşağı çevrilmiş biçimde görülüyorsa, nesnelerin gözün ağtabakası üzerinde ters durmalarının onların dolaysız fiziksel yaşam süreçlerinin yansıması olması gibi, bu olgu da, insanların tarihsel yaşam süreçlerine aynı şeyin olmasından ileri gelmektedir.

...

[A]hlâk, din, metafizik ve ideolojinin tüm geri kalan kısmı ve bunlara tekabül eden bilinç biçimleri, artık o özerk görünümlerini yitirirler. Bunların tarihi yoktur, gelişmeleri yoktur; tersine, maddi üretimlerini ve karşılıklı maddi ilişkilerini geliştiren insanlar, kendilerine özgü olan bu gerçek ile birlikte hem düşüncelerini, hem de düşüncelerinin ürünlerini değiştirirler. Yaşamı belirleyen bilinç değil, tersine, bilinci belirleyen yaşamdır. Birinci durumda, sanki canlı bir bireymiş gibi bilinçten yola çıkılmaktadır; gerçek yaşama tekabül eden ikinci durumda ise, gerçek yaşayan bireyin kendisinden yola çıkılır ve bilince de o bireyin bilinci olarak bakılır."[9]

Yukarıdaki tanım deneme ve derlemelerinden yola çıkarak, ideolojinin "gerçek hakkındaki bilgi" sorunu ile yakından ilgili olduğunu belirleyebili-

(7) Terry Eagleton, İdeoloji. Çev.: Muttalip Özcan (İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1996), s. 55-57.

(8) Karl Marx, "Önsöz," Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı. Çeviren: Sevim Belli (Beşinci baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1993), s. 23. İtalik vurgular benim.

(9) Karl Marx ve Friedrich Engels, Alman İdeolojisi. Çeviren: Sevim Belli (Dördüncü baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1999), s. 44-46. Her iki alıntıda da, ideolojinin, egemen üretim ilişkilerinin sonucu olduğuna yapılan vurguya dikkat çekilmelidir. Oskay'ın da aktardığı üzere, bazı yazarlara göre, Marx'ın ideoloji konusundaki sakınganlığı o derecedir ki, 1845-46'da Engels'le yazdıkları Alman İdeolojisi'ni kendi sağlığında asla yayımlamamıştır. Oskay, Op.cit., s. 206.

riz. Böylece, ideoloji ile "bilgi" arasındaki ilişkiye de dikkat çekmiş oluruz. Nitekim sözgelimi pozitivist yaklaşım açısından olgusal içeriği olmayan her söz (ya da düşünce) ideolojik kabul edilmektedir. Olgular hakkında nesnel doğruları dile getirmek ise bilimin işidir. Dolayısıyla pozitivist açıdan ideoloji, bilimin karşısında konumlandırılmaktadır[10]. Bu anlamda, sözgelimi "Lerner'e göre, toplumsal bilimler gözlemc dayanarak nesnel betimlemeye yönelik oldukları için 'bütün ideolojilerin doğal düşmanıdır.'"[11] Burada söz konusu edilen pozitivist yaklaşımın, nesnel, bir diğer deyişle değer yargısız bilginin olanaklılığını varsaydığını ayrıca eklemeye gerek yoktur[12].

Ancak öte yandan, Frankfurt Okulu kuramcılarınca dile getirilen, "bilimin kendisinin de bir ideoloji" olarak karşımıza çıkabileceği parantezine değinilmelidir. Nitekim, Weber'in rasyonellik kavramının, bilimsel ve teknik ilerlemenin kurumsallaştırılmasına yaptığı atfa dikkat çekildikten sonra "Belki de teknik akıl kavramı bizzat ideolojidir. Tekniğin salt kullanımı değil, bizzat kendisi de (doğa ve insan üzerinde) iktidardır, yöntemli, bilimsel, hesaplanmış ve hesaplayan iktidar. İktidarın belirli amaçları ve ilgileri tekniğe ancak 'sonradan' ve dışarıdan empoze edilmiş değillerdir –onlar bizzat teknik aygıtın yapısına dahildirler; teknik her defasında tarihsel-toplumsal bir tasarımdır; ve onda bir toplumun ve ona hükmeden ilgilerin insanlara ve şeylere yaklaşımları yansıtılmıştır. İktidarın böyle bir amacı 'maddî'dir ve bu bakımdan bizzat teknik aklın biçimine aittir." denilmek suretiyle, bu hususun altı kuvvetle çizilmektedir[13].

Kabaca ifade edecek olursak ideoloji, bilinç durumu ya da düzeyi olarak ifade edilebilir. Dolayısıyla hukuk ideolojisi de hukuka ilişkin bilinç durumunu ya da düzeyini ifade etmektedir. Daha da kaba ifadesi ile hukuk ideolojisi, hukuka duyulan inancı, gerçek dünyanın hukuksal bir dünya görüşü ile açıklanabileceğine ve sorunların hukuk aracılığıyla çözümlenebileceğine ilişkin inancı imlemektedir.

3. Hukuk İdeolojisi: Hukuksal Bilinç ve Hukuk Devleti İdeali

3.1. "Hukukun İdeolojisi"nden "Hukuk İdeolojisi"ne: Hukuk Fetişizmi

"Hukuk, toplum hakkında karmaşık bir tutumlar, değerler ve kuramlar seti taşıdığı ve yaydığı için ideolojiktir. Onun ideolojik içeriği, egemen ideolojinin bir parçasını oluşturur; zira bu tutum ve değerler, mevcut toplumsal düzeni dayatır ve meşrulaştırırlar"[14].

Hukukun, egemen ideolojiyi yansıttığı, dolayısıyla "hukukun bir ideolojisi" olduğu iddiası, özet olarak yukarıdaki alıntıyla ifade edilebilir. Hukukun bir ideolojisi olduğu iddiası, aslında hukukun tarafsız olmadığı iddiasından çok da farklı değildir. Hukukun tarafsızlığı ve bağımsızlığı, yoğun olarak tartışılabilecek ve başka bir çalışmayı

(10) İlkay Sunar, Düşün ve Toplum (Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1986), s. 13.
(11) Lerner'den aktaran Ibid.
(12) Değer, bilim ve pozitivizm meselesi için bkz. Cüneyt Ozansoy, "Bilimde Değer Sorunu ve Pozitivizm İlişkisi Üzerine Bazı Gözlemler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 47/1-4: 37-48 (1998).
(13) Marcuse'den aktaran Jürgen Habermas, 'İdeoloji' Olarak Teknik ve Bilim. Çeviren: Mustafa Tüzel (Üçüncü baskı. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1997), s. 34.
(14) Alan Hunt, Explorations in Law and Society (New York: Routledge, 1993), s. 25.

gerektirecek denli geniş –yandaş kazanması da hayli kolay- bir konudur.

Ancak bizim burada ileri sürdüğümüz anlamıyla "hukuk ideolojisi", hukukun arkasında –hukukun dayandığı- bir ideoloji olmasından ziyade, *hukukun kendisinin bir ideoloji olduğu* –"İdeoloji: Bilinç Düzeyi" bahsinde gördüğümüz kavramlar çerçevesinde dile getirecek olursak,- bir yanlış bilinç formu olduğudur. Örnek olsun, Eleştirel Hukukçular'dan Klare, "hukuksal söylem, insan türünün kapasitesi ve deneyimleri hakkındaki inançlarımızı, adalet, özgürlük ve tatmin tanımlarımızı ve geleceğe ilişkin vizyonumuzu şekillendirir" derken, hukukun bir bilinç formu şekline geldiğini ileri sürmektedir[15]. Keza Abel da, tazminat hukukunun "hata" kavramının burjuva- bireyci dünya görüşüne dayandığını ama daha önemlisi herkesin kendi kaderini kontrol edebileceği *bilincini dayattığını* ileri sürerken, hukuka ilişkin inancın düzeyini tartışma konusu yapmaktadır[16]. Balbus ise bu durumu, Marx'ın, yanlış bilinç durumu için kullandığı "meta fetişizmi" kavramını çağrıştıracak şekilde "hukuk fetişizmi (fetishism of law)" diye adlandırmaktadır[17].

Collins, Marx'ta meta fetişizminin ne anlama geldiğini özetledikten sonra, hukuksal fetişizmin (legal fetishism)[18] çeşitli görünümlerinden söz etmektedir. Buna göre, hukuk fetişizminin ilk anlamı, hukukun toplumsal yaşamın zorunlu, hatta yaşamsal bir unsuru olarak görülmesidir[19]. Bu ilk anlamın da iki farklı görünümünden söz etmek gerekir.

Hukukun yaşamsal bir unsur olması anlamındaki hukuk fetişizminin ilk görünümünden Paşukanis haberdar eder bizi. Ona göre, toplumsal olguyu yaratan hukuk kuralı değil, hukuk kuralını yaratan toplumsal olgudur. Şöyle ifade eder Paşukanis: "Gerçekten de borçlu ile alacaklı arasındaki ilişkinin, devletin borcun ödenmesini güvence altına alan cebri düzeni tarafından *yaratıldığını* söyleyemeyiz. Nesnel olarak var olan bu düzen söz konusu ilişkiyi *güvenceye* alır, *korur*, fakat hiçbir şekilde *yaratmaz*"[20]. Oysa bunun böyle olmadığı yönünde bir kanı vardır ve bu hukuk fetişizminden başka bir şey değildir.

Collins'in sözünü ettiği bu ilk anlamıyla hukuk fetişizminin ikinci görünümüne ise Balbus değinir. Buna göre, eğer toplumda hukuk olmazsa, herkes herkesi öldürür şeklinde bir yargı bulunmaktadır. Balbus bu yargının varlığını, kendi lisans öğrencilerinde gözlemiştir. Balbus, işte bu durumu hukuk fetişizmi olarak adlandırmaktadır[21].

(15) Karl Klare, "The Public/Private Distinction in Labor Law," University of Pennsylvania Law Review, 130: 1358-1422 (1981-1982), s. 1358.
(16) Richard L. Abel, "A Critique of American Tort Law," British Journal of Law and Society, 8: 199- 231 (1981), s. 206.
(17) Isaac D. Balbus, "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy" of the Law," Law and Society Review, 11: 571-588 (1977), s. 582.
(18) Her ne kadar yazarların kavramı kullanışlarındaki nüansa dikkat çekmek adına parantez içinde farklı İngilizce kavramlar verildiyse de, Collins'in kullanımının Balbus'tan farklı olduğunu düşünmemiz için özel bir neden yoktur. Zira Collins, Marksizm ve hukuk ilişkisi konusunda iyi bir özet olan kitabının ilerleyen sayfalarında "fetishism of law" kullanımını başlık haline getirecek ve bu başlık altında hem "fetishism of law" hem de "legal fetishism" kavramlarını, çekinmeden birbirinin yerine kullanacaktır.
(19) Hugh Collins, Marxism and Law (New York: Oxford University Press, 2001), s. 96.
(20) Evgeny B. Pasukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm. Çev.: Onur Karahanoğulları (İstanbul: Birikim Yayınları, 2002), s. 87.
(21) Balbus, Op.cit., s. 583. Bu görünümüyle hukuk fetişizminin Hobbes'çu tabiat hali varsayımıyla olan ilişkisinin değerlendirilmesini okuyucuya bırakıyorum.

Collins'e göre, her türlü toplumsal kuralın hukuk olarak adlandırılması da hukuk fetişizminin anlamlarından biridir[22]. Collins aynı yerde, bu yaklaşımın hukuksal antropoloji tarafından içinden çıkılmaz bir hale getirildiğini belirtmektedir. Buna göre, gelenek kuralları vb. davranış standartlarının hepsinin "hukuk" içerisine dahil edilmesi, hukuk fetişizmidir.

Hukuk fetişizminin bir diğer anlamı, diğer toplumsal ve altyapısal kavram ve kurumlardan ayrı, benzersiz bir hukuk fenomeni olduğu yönündeki kavrayıştır. "Bir diğer deyişle, belli karakteristik kurumsal düzenlemeler ve söylem yöntemlerinden çıkarılabilecek bir hukuksal öz mevcuttur"[23] iddiası hukuku fetişleştirmektedir. Bu anlamıyla hukuk fetişizminin eleştirisi, Kelsen'in Hukukun Saf Kuramı'nın eleştirisi gibi okunmaya da müsaittir kanımca.

Nihayet, hukuk fetişizmi, her türlü toplumsal ilişkinin hukuksal düzenlemenin konusu haline getirilmesi anlamını da taşımaktadır[24].

3.2. Kapitalist Toplumda Hukuk İdeolojisi: Hukuk Devleti

Marx'ın iktisadi yapının, siyasal, hukuksal, dinsel, ahlaki, felsefi üst yapıyı belirlediğine ilişkin –yukarıda da alıntılanan- çok bilinen formülasyonu, Engels'in "[d]insel sancak İngiltere'de son kez olarak 17. yüzyılda dalgalandı ve, ancak elli yıl sonra burjuvazinin klasik yeni kavramı *hukuksal dünya anlayışı* Fransa'da açıkça sahneye çıktı"[25] belirlemesi ile birlikte okunduğunda, 17. yüzyılın sonu ile 18. yüzyılın başında iktisadi yapıda yaşanan değişikliklerin, yeni bir hukuksal dünya görüşünü gerekli kıldığı sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Kuşku yok ki, 17. yüzyılın sonu ile 18. yüzyılın başının imlediği iktisadi yapı değişikliğinin ismi kapitalizmdir:

"Kapitalist toplumdaki *hukuk ideolojisi*, tekil ülkelerde aksi yönde uygulamalarla karşılaşabilmekle birlikte, yaşam, özgürlük ve mülkiyet ilkeleriyle bireyin özerkliğini temin ederken, bunun güvencesi olarak da hukuk devletini zorunlu kılar. *Hukuk devleti, toplumsal iktidarı rasyonel, objektif ve bireyüstü duruma getirir.* Hukuk düzeninin kendisi de bu sayede, eskiden beri karşılaştırmada kullanılan örneklemeyle, mutlak iktidarın sahibi olan bir çetenin iktidarından farklılaştırılır. Yine, bu sayede –çete örneği bir yana bırakılarak- hukuk devleti, hukuk düzenini siyasal mahiyetteki güç ve egemenlik çatışmasının konjonktürel dalgalanmaların ve belirsizliklerin dışında tutar"[26].

Hukuk devleti ideali, siyasal iktidarı, *her hangi bir çetenin iktidarından* ayıran temel kıstas olarak kabul edilmektedir. Böylece hukuk devleti, her türlü ahlâkî önermenin eşit derecede öznel, dolayısıyla eşit derecede otoriteden yoksun kabul edildiği anarşizan bir dünyanın karşısında tek dayanak noktası olarak sunulurken[27], hukuk da "toplumsal çatışma"nın ürünü olma gerçeğinden uzaklaşmaktadır[28].

(22) Collins, Op.cit., s. 98.
(23) Ibid., s. 99.
(24) Ibid., s. 99-100.
(25) Friedrich Engels, "Hukukçular Sosyalizmi", K. Marx-F. Engels, Din Üzerine. Çeviren: Kaya Güvenç (Ankara: Sol Yayınları, 2002, ss. 249-252), s. 250.
(26) Mehmet Tevfik Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş (İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003), s. 151-152. İtalik vurgu benim.
(27) Allan C. Hutchinson ve Patrick J. Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," Stanford Law Review, 36: 199-245 (1984), s. 210.
(28) Hunt, Op.cit., s. 30.

Hukukun bir "düzen" olarak da görülebileceğini belirten Unger, "hukuksal düzen" anlamındaki hukukun, genel, özerk, kamusal ve pozitif (konulmuş) olarak düşünüldüğünü dile getirmektedir[29]. Özerklik, içeriksel, kurumsal, metodolojik ve mesleki bağımsızlığı ifade etmekte kullanılmaktadır[30].

Unger'e göre, içerik itibariyle özerklik, hukuksal kuralların, ekonomi, siyaset, din gibi hukuk dışı inançlar ya da normlarla açıklanıp çözümlenememesini ifade etmektedir. Kısaca özerk bir hukuk düzeninin belli bir teolojinin kodifikasyonu anlamına geldiği düşüncesi reddedilmektedir[31]. Kurumsal özerklik, hukuk kurallarını uygulayan yargı organlarının bağımsızlığı anlamına gelmektedir. Böylece, toplum ve devletin birbirinden ayrılması, devlet organlarının da yasama, yürütme, yargı şeklinde ayrılmasıyla tamamlanmaktadır[33]. Hukukun metodolojik özerkliği, her bir hukuksal kurumun gerekçesinin, diğer disiplinlerin gerekçelerinden bağımsız, ayrı olmasıdır. Yani hukuksal usavurma, bilimsel açıklamadan, ahlaki, siyasi ve iktisadi söylemden özerktir[33]. Mesleki özerklik ise, diğer alanlardan ayrı bir etkinlik gösteren, ayrı bir eğitime sahip, hukuk uygulaması içerisinde görev yapan profesyonel bir hukukçuluk mesleğinin ortaya çıkışına göndermede bulunmaktadır[34].

Böylece, kimsenin, hukuk düzenin öngörmediği araçlar ve kurumlarla cezalandırılamadığı ve herkesin o hukuk düzeninin araç ve kurumları karşısında formal bir eşitliğe sahip olduğu "hukuk devleti" ideali ortaya çıkmaktadır[35].

Ancak bu hukuk devleti ideali aslında, bir *yanlış anlama* ya da daha doğrusu–Fitzpatrick'in de üzerinde durduğu üzere- bir *mistifikasyondan*[36] ibarettir. Zira, her ne kadar, yöntemsel ve kurumsal özerklikten söz ediliyorsa da, hukuk düzeni de devletin diğer siyasal ajanları gibi işlemekte ve hukuksal usa vurma yöntemiyle ulaşılan sonuçlar, siyasal, ekonomik ve ahlâkî usa vurmanın sonuçlarından çok da farklı olmamaktadır[37].

Hukuk düzeninin sürekliliğini sağlayan ve muhataplarının sistem içerisinde kalmalarını sağlayan şey bu bilinç şeklidir denilebilir[38]. Böylece hukuksal bilinç, mevcut hukuksal düzenin işleyişine "rıza" gösterme olarak da anlaşılabilir[39].

(29) Roberto Mangabeira Unger, Law in Modern Society (New York: The Free Press, 1976), s.. 52.
(30) Ibid.
(31) Ibid., s. 53.
(32) Ibid.
(33) Ibid.
(34) Ibid.
(35) Ibid., s. 54, dn. 11.
(36) "Mistifikasyon" ve "yanlış anlama"; çünkü Fitzpatrick'in ifadesiyle, hukuk toplama bağlı olmasına rağmen "özerk"tir; değişmesine ve tarihsel olarak ele alınmasına rağmen "istikrar" ve "düzen" olarak tanımlanır; kaynağını toplumdan almasına rağmen "egemen bir buyruk"tur; mevcut duruma ilişkin olmasına rağmen "ideal"dir. Bkz. Peter Fitzpatrick, The Mythology of Modern Law (London: Routledge, 1992), "Preface", s. x. Bunca çelişkili ifadeyi bünyesinde toplama başarısını gösterebilen de çok az kavram ya da kurum vardır. Mistifikasyon ya da gerçekliğin çarpıtılması meselesi aşağıda ayrı bir başlık altında ele alınacaktır.
(37) Unger, Op.cit., s. 56.
(38) Özcan, Op.cit., s. 138.
(39) Bu noktada, "zor" ve "rıza" kavramları arasındaki ilişkiye dikkat çekilebilir. Althusser'in ünlü ayrımıyla "devletin baskı aygıtları" ile "devletin ideolojik aygıtları"nı birbirine karıştırmamak gerekir. Devletin baskı aygıtları, devletin zor kullanma gücüyle doğrudan ilişkili olan ordu, polis gibi kurumlardır. Devletin ideolojik aygıtları ise, yurttaşları "rıza"larını sağlamaya yönelik olarak Althusser tarafından dinî, öğretimsel, aile, hukuksal, siyasal, sendikal, haberleşme ve kültürel ideolojik aygıtlar olarak saptanmıştır. Althusser, hukuk'un aynı zamanda hem bir baskı hem de ideolojik aygıt olduğunu ayrıca vurgulamaktadır. Bkz. Louis Althusser, İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları. Çeviren: Yusuf Alp-Mahmut Özışık (Dördüncü baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000), s. 33 ve dn. 9.

3.3. Hukuk İdeolojisi, Hegemonya ve Rıza

Bu *bilinç şeklini* ve *rızayı yaratan* "güç", Gramsci'nin "hegemonya" kavramını da akla getirmektedir. Bu noktaya Kennedy de dikkat çeker. Kennedy, Gramsci'nin "hegemonya"sının, ideoloji kavramına çok yakın olduğunu belirtir. Ona göre hegemonya, egemenliğin zor yoluyla değil, siyasal meşruluk sağlanarak kullanılması; yönetilenlerin rızalarının elde edilmesidir[40].

Bilindiği üzere Gramsci'nin çabası, üstyapının kuramlaştırılması üzerinedir: "Gramsci için tarihsel gelişimdeki etkin ve pozitif etkeni üstyapı temsil eder; yapıdan çok, ideolojik ve kültürel ilişkiler bütünlüğü, tinsel ve entelektüel yaşam ve bu ilişkilerin siyasal dışavurumu çözümlemenin odağı durumuna gelir."[41] Gramsci daha ileri giderek, Buharin'i eleştirirken, Buharin'in "bütün nesnel ekonomik ve sosyolojik fenomenlerin toplumsal ilişkilerden, insanın faaliyeti değerleri, kültürü ve bilincinden çıktığını kavrayamadığını"[42] söyler. Yani bilincin altyapıyı belirlediğini söyleyecek kadar ileri gider. Bu kuramlaştırma içerisinde 'hegemonya' kavramı kilit konumdadır. "Gramsci hegemonya kavramını *Batıdaki burjuva iktidarlarının yapısını ayrıntılı tahlil için* kullanmıştır."[43] Zira ona göre, "devlet, burjuvazinin baskı aygıtından ibaret değildi; devlet, burjuvazinin *hegemonyasını* da içeriyordu."[44] "Gramsci, hegemonyayı, *devlet ile ekonomi arasındaki bütün aracı kurumları* kastettiği 'sivil toplum' alanı ile ilişkilendirir."[45] Bu ayrımı yapmakla birlikte Gramsci, ekonomi alanını değerlendirmesinin dışında bırakır. Ardından devlet düşüncesini 'zor araçları' ile ilişkilendirir ve geriye, 'bir egemen iktidarın kendi yönetimi için, hâkimiyeti altındaki insanların rızalarını kazanmada başvurduğu bütün bir pratik stratejiler alanı olarak hegemonya'[46] kalır. Gramsci için hegemonya, yönetenlerin yönetme yetkilerine gösterilen "spontane rıza"nın yaratıldığı bir süreçtir[47].

Hukuk ise, zor araçlarına ilişkin olduğu kadar, "egemen iktidarın, hâkimiyeti altındaki insanların rızalarını kazanmada başvurduğu" da bir araçtır. Yurttaşlar, günlük faaliyetleri içerisinde, bilerek ya da bilmeyerek hukuksal düzene uygun davranarak; güvenseler de güvenmeseler de, uyuşmazlıklarının çözümünde devletin hukuksal mekanizmalarına başvurarak, rızalarını gösterirler. "Yönetenlerin yönetme yetkilerine" bu şekilde rıza gösterilirken, bir taraftan iktidarın hegemonyası da pekiştirilmektedir. Öyleyse hukuk, hegemonya mücadelesinin hem aracı hem de sonucudur.

Burada bir noktayı daha anımsatmak gerektiğini düşünüyorum. O da şu: Gramsci'nin kavramlarıyla "hegemonik ideoloji" dendiğinde, ya da çok daha genel olarak "egemen" dendiğinde,

(40) Duncan Kennedy, "Antonio Gramsci and the Legal System," ALSA Forum, 6: 32-37 (1982), s. 32.
(41) Martin Carnoy, "Gramsci ve Devlet," Çeviren: Mehmet Yetiş. Praksis. 3: 252-277, (Yaz 2001), s. 255. İtalik vurgu Carnoy'un.
(42) Alan Swingewood, Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi. Çeviren: Osman Akınhay (Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1998), s. 257.
(43) Perry Anderson, Gramsci. Çeviren: Tarık Günersel (İstanbul: Alan Yayıncılık, 1988), s. 39. Vurgular Anderson'un.
(44) Carnoy, Op.cit., s. 253. İtalik vurgu benim.
(45) Terry Eagleton, Op.cit., s. 164. İtalik vurgu benim.
(46) Ibid, s. 167.
(47) Gramsci'den de aktararak bu hususu dile getiren Hunt, Op.cit., s. 20.

tek bir egemen blok varmış izlenimi de yaratılmış olur. Bu anlamda, hukuk ideolojisi dendiğinde, tek bir merkez tarafından, sanki kendi çıkarlarının ne olduğu bu merkez tarafından ayrıntılı bir şekilde biliniyormuşçasına yönlendirilen bir düzenleme aygıtından elbette ki söz edilemez. Bu anlamda, hegemonik ideoloji, "egemen sınıfın rakip kesimleri arasında varılan bir uzlaşmanın sonucu" olduğu kadar, aslında aynı zamanda, "karşıt gruplardan ve karşıt ideolojilerden gelen baskılara karşı verilen ödünleri de yansıtmaktadır"[48]. Bu çalışmada, hukukun yekpare bir işlevi olduğuna ilişkin kaba determinist iddiaya ağırlıklı yer verilmesinin nedeni, bu iddiaya aşina olunmadığının düşünülmesidir. Kuşkusuz bunun bir adım ötesine geçecek olan tartışma, bir ideoloji olduğu kabul edilen hukukun bu içerikle oluşmasına etki eden faktörlerin neler olduğunu konu edinmelidir.

Konu buraya gelmişken, hegemon ideoloji olarak hukukun, sadece karşıt grupların hegemonya altına alınmasında değil, egemen açısından ortak bir ideoloji yaratılması noktasında da işlev görebileceğine dikkat çekilmelidir[49]. Bu durum, iki paragraf önceki son cümleyi tekrarlamayı gerektirmektedir: Hukuk, hegemonya mücadelesinin hem aracı hem de sonucudur.

3.4. Hukuk İdeolojisi ve Gerçekliğin Gizlenmesi

Hukuk devleti kavramsallaştırmasının gösterdiği, hukukun kendisinin bir ideoloji olabileceği gerçeğini vurgulayan bir başka nokta da, *gerçeklik dünyasının, hukuksal kavramlar tarafından yeniden üretilerek gizlenmesidir*. Zira ideoloji, "insanın varabildiği reel dünyayı açıklamayı değil mistifiye etmeyi amaçlayan bir ussallaşma"[50] olarak da işlev kazanabilmektedir. Yukarıda farklı anlamlarıyla açıklanmaya çalışılan "hukuk fetişizmi" de, *gerçekliğin çarpıtılmış bir görünümünü* sunmaya yarar[51].

Bu durumun en tipik örneklerinden biri Hutchinson-Monahan tarafından verilmiştir. Buna göre, gerçek dünyanın "çıkar" kavramı, hukuk dünyasında "hak"ka dönüşmekte[52]; bu haliyle, "çıkar" kavramına içkin olumsuz çağrışımdan sıyrılarak, doğal ve meşru kabul edilmektedir.

Yine bu anlamda, liberal hukuk ideolojisinin, "özgürlük"ü gerçek anlamından uzaklaştırdığı iddia edilebilir. Zira liberal hukuk, özgürlüğü, piyasadaki tercihlerde özgürlüğe indirgemiş durumdadır. Üstelik, bireyler piyasadaki tercihlerinde de özgür olmadıkları halde... Liberal hukuk sisteminde, özgürlük, sözleşme özgürlüğü ile koşut kullanılmaktadır. Sözleşme özgürlüğünün en önemli unsurlarından biri ise kuşkusuz, sözleşme yapma özgürlüğü olarak kabul edilmek gerekir. Bu noktada, Peller'in verdiği örnek ilgi çekicidir. Her türlü geçim ve yiyecek kaynağının özel mülkiyete tahsis edildiği bir sistemde, aç kalan kişi, en azından karnını doyurabilmek için, bir işverenle iş

(48) Oskay, Op.cit., s. 224.
(49) Hukuk içerisinde, egemen sınıf aleyhine gibi görünen bazı düzenlemelerin nasıl varolabildiğine dikkat çekerken Collins de aynı meseleye değinmek durumunda kalır. Bkz. Collins, Op.cit., s. 52 vd. Yine yeri gelmişken -ki Collins'in atfı onadır-, Poulantzas'ın "Fraksiyonlar-Kategoriler-Katmanlar" diye birbirinden ayırdığı sınıf içi bölünmelere ilişkin tahlilinin de gözden geçirilmesi yerinde olur. Bkz. Nicos Poulantzas, Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, Çev: Şen Süer ve L. Fevzi Topaçoğlu (İstanbul: Belge Yayınları, 1992), s. 76 vd.
(50) Oskay, Op.cit., s. 217.
(51) Collins, Op.cit., s. 12.
(52) Hutchinson ve Monahan, Op.cit., s. 210.

sözleşmesi yapmak zorundadır. Yani, sözleşme yapma iradesi olmadığı halde kişi, toplumsal, siyasal, ekonomik ve hukuksal düzen nedeniyle, sözleşme yapmaya zorlanmıştır[53]. Böylece, Althusser'in hukuku hem baskı hem de ideolojik aygıt olarak belirlemesi daha anlamlı bir hale gelmektedir. Zira çözümlemeyi bir adım daha ileri götürerek, hukukun, rızayı, zorla sağlayan bir aygıt olarak görülebileceğini söylemek de mümkündür.

İş sözleşmesi ve evlilik sözleşmesindeki "özgürlük"ün anlamı Engels'in de ilgisi çekmiştir:

"Hukukçularımıza göre, yasalardaki ilerleme, kadınların bütün yakınma nedenlerini, gitgide artan bir ölçüde, ortadan kaldırıyor. Modern uygarlığın yasama sistemleri, ilk olarak, evliliğin geçerli olabilmesi için, eşlerin özgürce onadıkları bir sözleşme olması gerektiğini, ikinci olarak da, evlilik süresince, eşlerin birbirlerine karşı aynı hak ve görevlere sahip olmaları gerektiğini kabul etmektedirler. Eğer bu iki koşul, mantıksal bir biçimde gerçekleşmiş olaydı, kadınlar bütün istediklerine sahip olabilirlerdi.

Özgül bir şekilde hukuksal bir nitelik taşıyan bu kanıtlama, cumhuriyetçi burjuvanın proleter hakkını reddetmek ve onun ağzını kapamak için kullanıldığı kanıtlamanın ta kendisidir. İş sözleşmesi de taraflar arasında özgürce yapılmış sayılır. Ama bu özgürlük, taraflar arasındaki eşitliğin, yasa tarafından *kağıt üzerinde* kurulmasına dayanır. Sınıf durumları arasındaki ayrılığın taraflardan birine verdiği güç, bu güçlü tarafın öbürü üzerindeki baskısı –iki tarafın gerçek iktisadi durumu-, bütün bunlar yasayı hiç ilgilendirmez ve iş sözleşmesi süresi boyunca, biri ya da öbürü açıkça vazgeçmedikçe, iki taraf da aynı haklardan yararlanıyor sayılır. Ama iktisadi koşullar, işçiyi, sözüm ona hak eşitliğinin hatta son kırıntılarından vazgeçmeye zorlarmış, bu, yasanın umurunda değildir.

Evlenmeye gelince, eşler, kurallara uygun olarak, nikah tutanağını serbestçe imzalar imzalamaz, yasa, hatta en liberali bile tamamen yerine getirilmiş olur. Gerçek yaşamın oynandığı hukuk kulislerinin ardında olup bitenler ve bu özgür onamanın ne biçimde sağlandığı, yasayı da, hukukçuları da, hiç kaygılandırmaz."[54]

Gerçeklik dünyası ile hukuk dünyası arasındaki fark, James Boyle'un da konusudur[55]. Boyle'a göre, gerçeklikten ayrı bir hukuksal dünyaya gereksinim duyulmasının nedeni, liberal siyaset kuramının, günlük çatışma ve gerginlikleri, siyaset alanı dışında, nötr/tarafsız semiyotik hukuk diliyle ifade etmek zorunda olmasıdır[56]. Böylece, yalnızca yurttaşlar ya da sınıflar arasındaki çatışmalarda değil, devlet gücü ile bireysel özgürlük arasındaki gerginlikte de hukuk, tarafsız bir arabulucu gibi takdim edilecektir. Bu nedenle Boyle'a göre hukuk, hem gerçeklik dünyasını kendi diline çevirirken, hem de somut bir uyuşmazlığın çözümünde karar verirken olmak üzere, iki kere nötrdür[57].

(53) Gary Peller, "The Classical Theory of Law," Cornell Law Review, 73: 300- 309 (1987-1988), s. 305. Sanırım
(54) Friedrich Engels, Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni. Çeviren: Kenan Somer (On birinci baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1998), s. 85-86.
(55) James Boyle, "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought," University of Pennsylvania Law Review, 133: 685- 780 (1984-1985), s. 693.
(56) Ibid., s. 696.
(57) Ibid.

Hukuksal dilin, gerçeklikten ayrı bir hukuksal gerçeklik yaratma gücü yalnızca Eleştireller ve Marksistler tarafından değil, İskandinav Hukuksal Realizmi (İHR) tarafından da dile getirilir. İHR'yi ortaya koyan ilk düşünür olduğu söylenen Axel Hägerstrom'un, hak, ödev, hakkın devri, geçerlik gibi hukuksal yapının bazı önemli kavramlarını, *boş inançtan kaynaklanan mit, kurgu, sihir ya da kafa karışıklığı* diye nitelendirdiği[58], bu kavramların metafizik dünyanın hayal ürünü olduklarını, yani aslında *bir gerçekliğe sahip olmadıklarını* ileri sürdüğü[59] bilinmektedir. Hägerstrom'a göre, hak ya da ödev gibi kavramlar "gerçek" değildirler. Sözgelimi hak, bir şey üzerindeki erk olarak tanımlanmaktadır. Ancak bu erk, doğada bildiğimiz anlamda bir erk değildir. Tümüyle kurgusal, hukuk öyle söylediği için var kabul edilen, doğanın gerçeği dışında bir erktir[60]. Hägerstrom, modern hukukta kabul edilen hak ya da ödev kavramlarının temelinde, antik inanışlar olduğunu ileri sürmektedir. Bu düşüncesinin nedeni, Antik Roma hukuku üzerine yaptığı araştırmalardır. Buna göre, antik dönemde, sözgelimi alım-satım sözleşmesi yapılabilmesi için öngörülmüş bazı *ritüeller* ya da *törenler* söz konusudur. Bu ritüeller ya da törenler yerine getirildiğinde artık, ortaya "mülkiyet hakkı" diye bir şeyin çıktığına inanılmaktadır[61].

Keza Anders Vilhelm Lundstedt de, "*hukukî düşünceler dünyası* –objektif yasa, hukukî ödevler, sübjektif haklar, cezanın ve zararın failin suçlanabilmesi ile açıklaması vs.- esasında *yaşadığımız dünyanın*, dolayısıyla da bilimin *ötesinde* bulunur" demektedir[62].

Karl Olivecrona'nın, evlilik sözleşmesinde, bir ritüelin yerine getirilerek, insanlar arasında, *hukuksal* ama *gerçek olmayan* bir bağ kurulmuş olmasını ve bu salt *hukuksal gerçeğin* artık, gerçek dünyada da sonuç doğurur hale gelmesini örnek vermesi de; gerçekliğin hukuksal kavramlarla açıklanarak, ayrı bir hukuksal bilinç ve hukuksal gerçeklik durumu yaratmasını getirmektedir akla.

4. Sonuç

Modern toplumların en önemli kavramlarından birinin "hukuka güven" olduğuna kuşku yoktur. Şu kadar ki, premodern dönemin her türlü yaşamsal güvenceden –bu arada elbette "bireyliği"nden- yoksun insanının koşulları düşünüldüğünde, hukuk *güvenliği* ve *güvencesi* kavramları –bu arada elbette "hukuk"-, adeta eleştirilemez, *kutsal* bir nitelik kazanarak çıkmaktadırlar karşımıza. Hukuka yönelikmiş gibi görünen kimi çıkışlarsa, güncel yaşam pratiklerinin ve siyasetin spekülatif ağına takılmaktadırlar genelde. Oysa modern insanın yaşamını en küçük ayrıntısına kadar düzenleme iddiasındaki hukukun, kendinden menkul –ve hatta kendisini koruyacak- güvenliğe ve güvenceye sahip olup olmadığı, sosyolojiden ve siyaset biliminden bazı kavramlar ödünç alınarak, hukuk kuramsal açıdan da sorgulanabilmelidir.

Bu çalışmada, hukuka duyulan güven, "hukuk fetişizmi" olarak tanımlanmaya çalışılmıştır. Bu anlamda, hukuk-

(58) HLA Hart, "Scandinavian Realism," The Cambridge Law Journal, 1959: 233- 240 (1959), s. 233.
(59) Ertuğrul Uzun, "İskandinav Hukukî Realizmi," Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş. Editör: Ahmet Hâluk Atalay (İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004), ss. 75-92, s. 75.
(60) D. I. Sherbaniuk, "Scandinavian Realism," Alberta Law Review, 2: 58-75 (1962), s. 59.
(61) Ibid., s. 60.
(62) Lundstedt'ten aktaran Uzun, Op.cit., s. 79. İtalik vurgular benim.

sal bir dünya görüşünün varlığı kabul edilip, bu hukuksal dünya görüşü hukuk ideolojisi olarak saptanmaya çalışılmış ve bu ideolojinin kapitalist toplumdaki görünümleri konu edilmiştir. Çalışmanın kaynakçası, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, İskandinav Hukuksal Realizmi gibi doğrudan bir hukuk okulunun mensubu olarak kabul edilebilecek yazarların eserlerinden olduğu kadar, Tarihsel ya da Yapısal Marksizm, Frankfurt Okulu gibi çeşitli sosyolojik, ideolojik ve siyasal okullara mensup yazarların eserlerinden de beslenmektedir. Bu durum, hem konunun "ideoloji" gibi *debdebeli* bir kavramı içermesinden hem de hukukun bir ideoloji olarak saptanabileceğine ilişkin bir kanıt arayışından kaynaklanmaktadır.

Çalışma içerisinde de ısrarla vurgulandığı üzere, "hukuk ideolojisi" kavramı "hukukun ideolojisi" olarak ele alınmamaktadır. Bunun bir adım ötesinde, hukukun bir yanlış bilinç formu olup olmadığı sorgulanmaktadır.

Hukukun bir yanlış bilinç formu olarak kabul edilmesi ise, hukuk fetişizmi, hegemonya, rıza ve zor aygıtları ve nihayet gerçekliğin mistifikasyonu kavramlarını gündeme getirmektedir. Çalışma içerisinde, her bir kavram açıklanmaya çalışılmıştır. Eksikliklerine rağmen çalışmanın, hukuk ideolojisini, hukukun dayandığı ideoloji tartışmasından ayrıştırma işlevini yerine getirdiği umulmaktadır.

Kaynakça

Abel, Richard L. "A Critique of American Tort Law," British Journal of Law and Society, 8: 199- 231, 1981.

Althusser, Louis. İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları. Çeviren: Yusuf Alp-Mahmut Özışık. Dördüncü baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000.

Anderson, Perry. Gramsci. Çeviren: Tarık Günersel. İstanbul: Alan Yayıncılık, 1988.

Balbus, Isaac D. "Commodity Form and Legal Form: An Essay on the 'Relative Autonomy" of the Law," Law and Society Review, 11: 571-588, 1977.

Bell, Daniell. The End of Ideology. Illinois: Free Press, 1960.

Boyle, James. "The Politics of Reason: Critical Legal Theory and Local Social Thought," University of Pennsylvania Law Review, 133: 685- 780, 1984-1985.

Carnoy, Martin. "Gramsci ve Devlet," Çeviren: Mehmet Yetiş. Praksis. 3: 252-277, Yaz 2001.

Collins, Hugh. Marxism and Law. New York: Oxford University Press, 2001.

Çulhaoğlu, Metin. Binyıl Eşiğinde Marksizm ve Türkiye Solu. İstanbul: YGS Yayınları, 2002.

Eagleton, Terry. İdeoloji. Çev.: Muttalip Özcan. İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1996.

Engels, Friedrich. "Hukukçular Sosyalizmi", K. Marx-F. Engels, Din Üzerine. Çeviren: Kaya Güvenç. Ankara: Sol Yayınları, 2002, ss. 249-252.

Engels, Friedrich. Ailenin Özel Mülkiyetin ve Devletin Kökeni. Çeviren: Kenan Somer. On birinci baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1998.

Fitzpatrick, Peter. The Mythology of Modern Law. London: Routledge, 1992.

Fukuyama, Francis. "Tarihin Sonu mu?," Çev.: Yusuf Kaplan, Tarihin Sonu Mu?, Derleyenler: Mustafa Aydın ve Ertan Özensel. Üçüncü Baskı, Ankara: Vadi Yayınları, 2002.

Güriz, Adnan. Sosyal Demokrasi İdeolojisi. Ankara: AÜHF Yayınları, 1998.

Habermas, Jürgen. 'İdeoloji' Olarak Teknik ve Bilim. Çeviren: Mustafa Tüzel. Üçüncü baskı. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1997.

Hart, HLA. "Scandinavian Realism," The Cambridge Law Journal, 1959: 233- 240, 1959.

Hunt, Alan. Explorations in Law and Society. New York: Routledge, 1993.

Hutchinson, Allan C. ve Patrick J. Monahan. "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," Stanford Law Review, 36: 199-245, 1984.

Kennedy, Duncan. "Antonio Gramsci and the Legal System," ALSA Forum, 6: 32-37, 1982.

Klare, Karl. "The Public/Private Distinction in Labor Law," University of Pennsylvania Law Review, 130: 1358-1422, 1981-1982.

Mannheim, Karl. İdeoloji ve Ütopya. Almanca'dan çeviren: Mehmet Okyayuz. Ankara: Epos Yayınları, 2002.

Mardin, Şerif. İdeoloji. Altıncı baskı. İstanbul: İletişim Yayınları, 2000.

Marx, Karl. "Önsöz," Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı. Çeviren: Sevim Belli. Beşinci baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1993.

Marx, Karl ve Friedrich Engels. Alman İdeolojisi. Çeviren: Sevim Belli. Dördüncü baskı. Ankara: Sol Yayınları, 1999.

Oskay, Ünsal. "Popüler Kültür Açısından 'İdeoloji' Kavramı", Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, XXXV/ 1-4: 197- 253, 1980.

Ozansoy, Cüneyt. "Bilimde Değer Sorunuve Pozitivizm İlişkisi Üzerine Bazı Gözlemler", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 47/1-4: 37-48, 1998.

Özcan, Mehmet Tevfik. Hukuk Sosyolojisine Giriş. İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003.

Pasukanis, Evgeny B. Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm. Çev.: Onur Karahanoğulları. İstanbul: Birikim Yayınları, 2002.

Peller, Gary. "The Classical Theory of Law," Cornell Law Review, 73: 300-309, 1987-1988.

Poulantzas, Nicos. Siyasal İktidar ve Toplumsal Sınıflar, Çev: Şen Süer ve L. Fevzi Topaçoğlu. İstanbul: Belge Yayınları, 1992.

Sherbaniuk, D. J. "Scandinavian Realism," Alberta Law Review, 2: 58-75, 1962.

Sunar, İlkay. Düşün ve Toplum. Ankara: Birey ve Toplum Yayınları, 1986.

Swingewood, Alan. Sosyolojik Düşüncenin Kısa Tarihi. Çeviren: Osman Akınhay. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları, 1998.

Unger, Roberto Mangabeira. Law in Modern Society. New York: The Free Press, 1976.

Uzun, Ertuğrul. "İskandinav Hukukî Realizmi," Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş. Editör: Ahmet Hâluk Atalay. İstanbul: Teknik Yayıncılık, 2004.

Ceza Hukuku - Politika İlişkisi ve TCK'nın 301. Maddesi Bağlamında Düşünce Özgürlüğü Sorunu

Türkan Yalçın Sancar(*)

A. GENEL OLARAK CEZA HUKUKU - POLİTİKA İLİŞKİSİ

Bu kısa yazının amacı, düşünce özgürlüğünün kullanımı bağlamında, özellikle Yeni TCK'nın 301.[1] maddesiyle ilgili olarak uygulamada yaşanan sıkıntıların ve sorunların nereden kaynaklandığı noktasında bir parça aydınlatıcı olabilmektir. Aslında, dünyada ve ülkemizde hukuk alanında, gerek mevzuat gerek uygulama açısından yaşanan büyük boyutlu sorunların önemli bir kısmı da politik saplantılar ve sancılar nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Bu durumda ceza hukukçuları devletin yapısıyla, ceza hukukunun oluşturulması ve uygulanması arasındaki ilişkileri göz ardı etmemek ve ceza hukukuyla politika arasındaki gelgitleri irdelemek gibi bir görevle karşı karşıya kalmaktalar. Böyle bir yaklaşım, hukukçunun dar anlamda politika yaptığı, politikacı gibi davrandığı anlamına gelmez; aksine politikacıya hukuku ve hukukun aksayan yönlerini göstermek; politikacının politika üretmesinde hukuktan kaynaklanan ya da hukukun politikadan kaynaklanan çıkmazları varsa bu konuda uyarıcı olmak anlamını taşır. Ancak bu şekilde, genel olarak hukukun ve özelde ceza hukukunun daha dinamik bir yapıya sahip olacağı ve toplumsal ilerlemeye katkıda bulunabileceği ortadadır.

Devlet "kamu hukuku şahsiyeti"ne sahip bir süje, yani bir tüzel kişi[2] olarak aynı zamanda bir "hak süjesi"dir. Bu haklar devlete ait kamu haklarıdır.[3]

(*) Doç. Dr., A.Ü.Hukuk Fakültesi Ceza Hukuku Ana bilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) MADDE 301. (1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükûmetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.
(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi hâlinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.
(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz.
Ayrıntılı bilgi ve değerlendirme için bkz. Türkan Yalçın SANCAR, "Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeyi, Bakanlıkları, Devletin Askeri veya Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları", Seçkin Yay., Ankara 2004.

(2) Vincenzo MANZINI, Trattato di Diritto Penale İtaliano, C. IV, Torino 1961.s. 12. Devletin bir şahsiyeti ya da tüzel kişiliği bulunup bulunmadığı konusundaki tartışmalar için bkz. Hüseyin Nail KUBALI, Anayasa Hukuku Dersleri, Genel Esaslar ve Siyasi Rejimler, İstanbul 1971, s. 41 vd.; Recai Galip OKANDAN, "Devletin Şahsiyeti", İHFM., 1949, C. 15, s. 483 vd.
Tüzel kişi kavramı ve tarihsel gelişimi hakkında bkz. Ergun ÖZSUNAY, Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler, İstanbul 1982, s. 3 vd.; Bilge ÖZTAN, Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1994, s. 1 vd.
Şahsiyet (personalite) kavramı hakkında ayrıntılı bir çalışma ve bibliyografya için bkz. Davide MESSINETTI, "Personalita" in Enc. Del Dir., XXXIII, 1983, s. 355-405.

(3) Bu hakların neler olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Nevzat TOROSLU, Cürümlerin Tasnifi Bakımından Suçun Hukuki Konusu, Ankara 1970, s. 353 vd.

Ceza kanunlarının devlete ait varlıklardan hangilerini ne şekilde koruyacağı konusu son derece zor, karmaşık ve önemlidir. Devlete verilen öneme ve devletin birey karşısındaki konumuna göre bu koruma farklı biçimler almıştır.[4] Devlet kavramına ilişkin tarihsel gelişim içinde ortaya çıkan anlayış farklılıkları ne olursa olsun, *"devletin korunması"* her zaman söz konusu olmuştur. Devlet kavramının içeriği değişse dahi, devletin o günkü anlaşılış biçimi bakımından ortaya çıkan menfaatlerin; devletin varlığının ve devamının sağlanması amacıyla korunması yoluna gidilmiştir. Ancak devlet kavramındaki değişimlerin, "devletin korunması" kavramının içeriğinin değişmesi sonucunu da doğurması normal, hatta kaçınılmazdır.[5]

Liberal devlet düşüncesinin egemen olduğu dönemlerde, devletin varlığını tehdit eden fiillerin suç olarak kabul edilip edilmeyeceği hususu tartışma konusu olmuştur. *"Devlet, birey içindir"* varsayımına dayanan liberal devlet düşüncesinde, devlet aleyhine suçların olabileceği düşünülmemektedir. Ancak, pratikte, o döneme ait ceza kanunlarında devlet aleyhine suçlara yer verildiği gözlenmektedir. Bu iklimde ortaya çıkan, hatta o zaman baş eser olarak nitelendirilen Zanardelli Kanunu, devletin varlığını tehdit eden fiilleri suç saymakta tereddüt etmemiştir. Hukuki bir değer olarak devlet, bu kanunda türlü yönleriyle cezai korumaya mazhar kılınmış, kanunilik ilkesinin o günkü anlayışına uygun olarak da devlet aleyhine cürümler ayrıntılı bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu kanunda cezai korumanın konusu, bir kişi olarak, devletin değerleri veya menfaatleridir. Devletin cezai korumanın konusunu oluşturan en temel değeri veya menfaati; devletin egemenliğine, toprak bütünlüğüne, insan unsuruna ve anayasası ile kurulmuş olan düzenine ilişkin menfaatidir. Buna *"devletin şeklî düzeninin korunması"* denmektedir. Buna karşılık, liberal düşünce ikliminde hazırlanan ceza kanunlarına ve bu arada Zanardelli Kanunu'na *"devletin maddi düzeninin korunması"* kavramı yabancıdır.

Devletin maddi düzeninin korunması sorunu, ilk kez faşist, nazist, komünist devlet düzenleri ve ideolojileri ile birlikte ortaya çıkmıştır. Gerçekten bunlar karşıtları veya hasımları saydıkları düşüncelere ve devlet düzenlerine karşı kendi düzenlerini korumak amacıyla, o düşüncelerin örgütlenmesini ve propagandasını, o siyasal düşüncelerin veya devlet düzenlerinin övülmesini suç saymışlardır. İşte buradan devletin maddi düzeninin cezai koruması kavramı ortaya çıkmış ve bu kavram en mükemmel ifadesini 1930 tarihli İtalyan Rocco Kanununda bulmuştur.[6]

Tarihsel sürece ilişkin ayrıntılara girmeden hemen ifade edelim ki, İtalya'da faşizmin yıkılmasından sonra Zanardelli Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, faşizmin getirdiği kurumların ve mantığın sonucu olan bazı düzenlemeler kaldırılmış, fakat kanunun devletin niteliği hakkındaki görüşleri kalmıştır[7].

(4) Tarihsel süreç için bkz. MANZINI, s. 5 vd.

(5) Bkz. Çetin ÖZEK, Devlete Karşı Suçlar, İstanbul 1976, s. VI.

(6) Bkz. Zeki HAFIZOĞULLARI, Laiklik, İnanç ve İfade Hürriyeti, Ankara 1997, s. 90-91, 109-110. "Liberalizm"in eski ve yeni anlaşılış biçimleri için bkz. Norberto BOBBIO, Il Futuro della Democrazia, Torino 1984, s. 115 vd.; Faşist ideolojinin özgürlük anlayışı için bkz. Yüksel ERSOY, Çalışma Hürriyetine Karşı Suçlar, Ankara 1973, s. 14 vd.

(7) Faşist ideolojinin Rocco Kanunu'na yansımaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Tullio PADOVANI, "Bene giuridico e delitti politici", in Riv it. di dir. proc. pen., 1982, fasc. 1, s. 4.

Devletin önem kazanması ve XIX. yüzyıl anlayışından daha farklı bir şekilde ele alınışı bir çok ülkede gözlenmiştir. Demokratik ülkeler dahi, eski liberal anlayışı terk etmişler ve devleti bir hukuki varlık olarak kendine özgü menfaatlerin ve ihtiyaçların bütünü olarak görüp güçlü bir korumanın konusu haline getirmişlerdir. Aslında bu gelişmenin temellerinin "modern devlet"in doğuşunda yattığı söylenebilir. Çok kısa bir şekilde belirtmek gerekirse, "*modern devletin anahtar fikri, devletin, onu kendinde cisimleştiren kişilerden başka (ve fazla) bir şey olduğudur*".[8] Öte yandan, modern devletin gelişim süreci, devletin toplumsal yaşamın her alanına nüfuz edecek şekilde büyümesi ve öneminin sürekli artmasıyla belirlenmiştir. Bu açıdan "modern devlet, yaygın olarak, kendisini oluşturan topluluğu gitgide daha fazla idare eden, biçimlendiren, hatta yaratan aktif bir devlet olarak görülür".[9]

Monarşilerin birbiri ardına yıkılması, daha önce egemenlik kavramının ortaya çıkışıyla yeşermiş olan "devletin varlığının monarkın dışında bir değer olduğu" algısının iyice yerleşmesini sağlamış; devletin öneminin artması ise, giderek en üstün menfaati temsil eden varlık olarak görülmesinin ve kendisini meydana getiren değerler yönünden sistematik bir şekilde korunmasının da yolunu açmıştır.[10]

Devlet bir şahsiyet sahibi olarak kabul edilsin ya da edilmesin, gerçek olan bir nokta vardır ki, bu hukuki organizasyon, kişilerin dışında bir kısım hukuki değerleri kendi içinde taşımaktadır. Hukuki bir varlık olan devlet, hakimiyetinin yöneldiği amaca ulaşmak için bir takım fonksiyonlar görür. Devletin varlık unsurları ve değişik fonksiyonları bir bütün halinde ve fakat derece derece cezai korumanın konusudur.

Hukuk sistemleri, ait oldukları toplumların siyasal yapısı ile doğrudan ve çok yönlü bir ilişki içindedirler. Her toplumun ve dönemin temel ideolojik anlayışı ve bu anlayışın doğurduğu siyasal sistem, mutlak olarak hukuk düzenini de etkiler.[11] Kişinin hareket imkanlarının sınırlarını gösterip, sınırın aşılması durumunda müeyyidesini tespit eden ceza kanunları da bu etkileşimin dışında kalamayacakları gibi, çoğu zaman bunun özel bir yoğunlukla yansıdığı ve yaşandığı alanı oluştururlar. İnsan davranışlarından bazılarının ceza

"Liberal devlet düşüncesinin egemen olduğu dönemlerde, devletin düzeninin cezai himayenin konusu kılınmamış olması, bu konuda yegane doğrunun bu olduğu sonucunu doğurmamalıdır. Esasları itibariyle tabii hukuk düşüncesinin ürünü olan liberal devlet düzenlerinde, bu düşüncenin sonucu olarak, devletin düzeninin korunmasının ihtiyaç sayılması mümkün görülmeyebilir, çünkü bu düşünce sisteminde iradelerini birleştirmek suretiyle, yani toplumsal bir akitle devleti teşkil eden kişilere, pozitif düzenle tabii düzenin uyuşmaması halinde, pozitif düzenin tabii düzene uygunluğunu sağlamakta "direnme hakkı" tanınmıştır. Bir şey aynı zamanda hem serbest hem de yasak olamayacağından, tabii düzene uygun olmayan pozitif bir düzeni ortadan kaldırmaya, dolayısıyla yeni/farklı bir toplumsal düzen getirmeye matuf fiiller, her halde suç sayılmayacaktır. Burada sadece bir hakkın kullanımı söz konusu olmaktadır. Öte yandan, özünü tabii hukuk düşüncesinin oluşturduğu liberal devlet düzeninin, bir alternatifi yoktur, bir hedefi vardır. Hedef, pozitif düzenin tabii düzene uymasıdır. Böyle olunca ortada bir alternatif bulunmadığından, liberal devlet düzeni zaten bir saldırıyla karşı karşıya olmamakta, dolayısıyla devletin düzeninin himayesi de gerekmemektedir. Kışkısuz bu bağıntıdan ötürü, liberal devlet düşüncesinin hakim olduğu dönemlerde yapılan ceza kanunlarında, devletin düzeninin cezai himayenin konusu olmaması çok doğaldır. Esasen, tersini düşünmek, temel düşünceyle bir çelişkidir". HAFIZOĞULLARI, s. 114-115.

(8) *Christopher PIERSON, Modern Devlet (Çev. Dilek HATTATOĞLU), İstanbul 2000, s. 89.*

(9) *PIERSON, s. 96.*

(10) *Çetin ÖZEK, Siyasi İktidar Düzeni ve Fonksiyonları Aleyhine Cürümler, İstanbul 1967, s. 22-23.*

(11) *Hukuk ile politika arasındaki ilişkinin genel bir değerlendirmesi için bkz. Silvestro GRAZIANO, Lo Stato Giuridico, Vol I, (il metodo, le teorie e la realta), Torino 1919, s. 46 vd.*

normu tarafından suç olarak tanımlanması bir tercihtir. Bu tercih yasayla ortaya çıktığına göre, bir eylemin suç olarak tanımlanması genellikle siyasal erkin bir tercihidir ve bu erkin niteliğine, amacına, ideolojik temeline, anayasal sistemine göre biçim alır. O halde ceza hukuku ile siyasal-toplumsal yapı arasında doğrudan bir ilişki vardır. Bu ilişki, hafızalarda hala çok taze sonuçları olan İtalya'da Faşizmin, Almanya'da Nasyonal Sosyalizmin egemen olmasının ardından oluşturulan ceza kanunlarında kendisini çok açık bir biçimde göstermiştir.[12]

Özellikle "devletin şahsiyeti aleyhine işlenen cürümler" (1926 tarihli TCK'nın, Cürümler başlıklı ikinci kitabının birinci babı bu suçlara ayrılmıştı. 5237 sayılı yeni TCK, "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlığı altında daha farklı bir ayırım yapmıştır), bu bağlamda büyük önem taşımakta, siyasal sistemin temel unsurlarıyla dolaysız bir ilişki içinde bulunmaktadırlar.[13] Bu kategoride yer alan suçlar, tamamıyla kanunun yapıldığı dönemin siyasi ikliminin, ideolojik anlayışının ve egemen zihniyetinin etkisinde şekillenir. Kısacası, ceza hukukunun politikadan kopamayacağını,[14] politikadan hiçbir yer ve hiçbir zamanda etkilenmeyen bir özü olmakla birlikte, ceza hukukunun kendisinin esas itibariyle politika olduğunu kabul etmek gerekir. Bu nedenle bir devletin sahip olduğu anayasal düzenin esaslarını kavramadan, özellikle devlet aleyhine işlenen suçlarla, hürriyet aleyhine işlenen suçların anlaşılması ve doğru bir yorumu mümkün olamayacaktır.

Devletin yapısı, özgürlüklere ve insan haklarına yaklaşımı, anayasaya ve yargı pratiğine hakim olan felsefe, bireyin devlet karşısındaki konumu, ceza hukukunun normatif ve pratik anlamda oluşturulmasında çok baskın bir etkiye sahiptir. Bu etkinin kendisini sıklıkla gösterdiği suçlardan biri de, düşünce özgürlüğü bağlamında, son zamanlarda fazlasıyla gündeme gelen ve bir süre daha gündemden düşmeyeceği anlaşılan *"Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama"* suçu olmuştur. Bu suçu düzenleyen TCK'nun 301. maddesi (765 sayılı TCK'nın 159. maddesi) her zaman dikkatleri üzerine çekmiş, yasama organının çeşitli gerekçelerle maddeye müdahaleleri haricinde, uygulamada ortaya

(12) *Bkz. Çetin ÖZEK, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", İHFM.,C. LVI, S. 1-4, 1998, s. 37 vd.*
Faşist İtalyan ve Nasyonal Sosyalist Alman ceza kanunlarında öncelenen değerler hakkında sosyolojik bir yaklaşım ve ayrıntılı tahlil için bkz. Cahit CAN, Toplumsal İnsanın Evrensel Doğası ve Cinsel Suçlar, Ankara 2002, s. 368 vd.; Niyazi ÖKTEM, Özgürlük Sorunu ve Hukuk, İstanbul 1977, s. 191 vd.; Claudio FARANDA, "Codice penale e costituzione", in Riv. pen., 1971, fasc. 3, s. 111-120; Luciano Pettoello MANTOVANI, "Pensieri sulla politica criminale", in Riv. it. di dir. proc. pen., 1998, fasc. 1, s. 30; Aldo MARINELLI, "Il delitto politico", in Arc. pen., 1976, fasc. 1,2,3,4., s. 71-74.

(13) *Çetin ÖZEK, "İtalyan Ceza Kanununu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler", İHFM., 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 73-74 ve 82; Alfonso TESAURO, "La funzione del diritto penale per la costituzione attuale", in Foro pen., Anno XVII, fasc. II, 1962, s. 125 vd.*

(14) *Bkz. Çetin ÖZEK, "İtalyan Ceza Kanununu Tadil Çalışmaları ve Tadil İçin Kabul Edilen Temel Görüşler", İHFM., 1969, C. XXXIV, S. 1-4, s. 73.*
DONINI, ceza hukuku bilimiyle politika arasındaki ilişkinin hukukun hiçbir dalında olmadığı kadar azap verici, sıkıntılı bir ilişki olduğunu özellikle vurgular. Bkz. Massimo DONINI, "Metodo democratico e metodo scientifico nel rapporto fra diritto penale e politica", in Riv it. di dir.e proc. pen., 2001, I, s. 30; Pietro Giuseppe GRASSO, "La descrezionalita del giudice penale nell'ordine dei poteri dello stato", in Foro it., 1967, s. 393-420; Vincenzo MILITELLO, "Dogmatica penale e politica criminale in prospettiva Europea", in Riv. it. di dir. e proc. pen, 2001, II, s.411-438.

çıkan sorunlar nedeniyle her zaman gündemde kalmıştır. Çünkü politik eleştiriler ve düşünce açıklamaları genellikle bu madde etrafında değerlendirmelere tabi tutulmuş; devletin en yüksek kurumlarının ve değerlerinin prestijini koruma amaçlı 301. madde, koruduğu kurumların politik yaşamın çok içinde olması nedeniyle, politik tartışmaların da şu veya bu şekilde içinde olmuştur. Yani TCK'nın 301. maddesi, ceza hukuku ile politika arasındaki ilişkinin tüm ağırlığıyla yansıdığı bir maddedir.

Ceza hukukunun mevzuat ve içtihat olarak oluşturulmasında ülkede yaşanan politik koşullar, değişim ve sorunlar çok önemlidir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler, atılan ileri adımlar ya da bu alandaki sancılar ve çıkmazlar derhal ceza hukukuna yansımakta ve bu yansımalar duruma göre bazen baskıcı bazen de özgürlükçü bir biçim alabilmektedir. Yansımalar yasaları uygulayanları da etkileyebilmekte ve yorumlar, özgürlüklerin kullanılmasını daha daraltıcı ya da daha genişletici olabilmektedir.

Gerçekten de, değişik yapılar ve değişen koşullar içinde, ceza normunun yetersizliği ortaya çıktığında, uygulamada normun gereksinmelere uygun bir şekilde yorumlanmasına ve normların zorlandığına tanık olmaktayız. Aynı ya da benzer bir norm; bir ülkede özgürlüklerin sınırlanması konusunda hiçbir tehdit unsuru oluşturmamasına rağmen, bir başka ülkede tersi sonuçlarla karşılaşılabilmektedir. Bu da devletin yapısının ve bu yapının bir yansıması olarak, uygulayıcıların tutumlarının ortaya çıkardığı bir sonuçtur.

Ceza hukuku bir yandan temel hak ve özgürlükleri korurken, diğer yandan da bunların sınırlandırılması işlevini görür. Bu yönüyle ceza hukuku siyasal iktidarların elinde çok önemli bir araçtır. Siyasal yapının farklılığına göre temel menfaatlere verilen önem değişebilir. Asıl olarak koruma aracı olan ceza hukuku, yok etme aracı olarak kullanılabilir.

Gerçekten de ceza hukukunun tarihi, pek çok yönden, insanlık tarihinin özel bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Söz konusu tarih, insanlık tarihinin adaletsizliklerini olduğu kadar, daha onurlu, daha insani bir sosyal hayat biçimine yönelik gelişmelerini de ortaya koymaktadır. Ceza hukukunun bir yandan her teşkilatlanmış toplumda birlikte yaşamanın temel şartlarını savunma işlevini yerine getirirken, diğer yandan da çok defa bir baskı ve ayrıcalıkları koruma işlevi gördüğünü, ceza hukuku tarihinden çıkarmak mümkündür.[15]

Toplumsal ve ekonomik yapının özellikleri, devletin yapısını da etkilemekte ya da tam tersi olarak devletin yapısı toplumsal ve ekonomik yapıları etkilemekte ve bu bağlamda, yani ceza hukuku-politika ilişkisinin yansıması olarak üç önemli ceza hukuku anlayışı ortaya çıkmaktadır.

(15) Bkz. Nevzat TOROSLU, Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 1; Ferrando MANTOVANI, Diritto Penale, Parte Generale, seconda edizione, Padova 1988. s. 15.

B. CEZA HUKUKU - POLİTİKA İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA CEZA HUKUKU TÜRLERİ

1. Baskıcı Ceza Hukuku

a. Genel Olarak

Bu tip ceza hukukunun geçmişteki karşılığı mutlakiyetçi[16] düzenlerdir ki, bu düzenlerde ceza hukuku hükümdarın despotizminin ve aşırı iktidarının bir aracı olma işlevini de görüyordu. Modern zamanlarda ise bu ceza hukuku, daha az mutlakiyetçi olmayan totaliter devlet düzenlerinde[17] kendisini göstermektedir. Amaçları ve esasları bakımından bu tip düzenler farklılıklar gösterseler de,[18] bunların hepsi, ceza hukukunu, daha az etkili olmayan polis hukukuyla birlikte, resmi doğruyu veya devletin doğrusunu, gerçek sayılmayan ve aykırı düşüncelere karşı korumanın, politik alt etmenin ve iktidarın korunmasının bir aracı olarak kullanırlar.[19]

Tarihsel açıdan bakıldığında, bu ceza hukuku, hukuka aykırı fiiller (suçlar) yönünden temel özelliğini, suçların fazla ayrıntılı olmasından, suç tanımlarının meşru olanla olmayanın sınırına tam bir açıklık getiremeyecek biçimde belirsiz olmasından ve monarkın ve onun memur yargıcının yasal tanımlarda yer almayan hareketleri dahi cezalandırabilme konusundaki aşırı yetkilerinden almaktaydı. Suçun teolojik-etik anlayışı gereği "kamu otoritesi"ne aşırı bir koruma sağlanmaktaydı. Bu nedenle de sadece bu otoriteye yönelik hareketler değil, her türlü eleştirel düşünceler de devlete karşı suçlar haline getiriliyordu.[20]

Baskıcı ceza hukukunda, devlet ön plandadır ve kutsaldır. Resmi ideolojiye dayanmayan düşüncelere hayat hak-

(16) "Tarihin en eski devirlerinden, Fransız ihtilaline ve onu hazırlayan Ansiklopedistlere, felsefecilere kadar geçen devre müşterek karakterler taşımaktadır. Bu devrede kudret himaye edilmiştir. Kudret ise monarka, prense ait olduğu için himaye konusu da bunlar olmuşlardır. Ortaçağ bunlara kiliseyi de ilave etmiştir. Kudret mutlak olduğu için de, cezaların ağır olması, cezalandırmanın prensin keyfiliğine bırakılması, yani fiillerin cezalandırılmasında mutlaklık da tabiidir. Bu devrenin diğer bir karakteri de, çoğunlukla dini ihlallerle devlete karşı suçların birbirine karışık oluşudur. İktidarın dini mahiyette oluşu ve iktidarın himaye edilişi bu sonucu zorunlu kılmıştır." Bkz. Çetin ÖZEK, "Devletin Şahsiyeti Aleyhine Cürümlerin Genel Prensipleri", İHFM., C. XXXII, 1967, S. 2-4, s. 617.

(17) Bu sistemler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Carl J. FRIEDRICH - Zbigniew K. BRZEZINSKI, Totaliter Diktatörlük ve Otokrasi, (Çev. Oğuz ONARAN), Ankara 1964, s. 7 vd. Faşist rejimin İtalya'da özellikle hukuk alanındaki etkileri için bkz. Norberto BOBBIO - Franco PIERANDREI, Introduzione alla Costituzione, Roma 1981, s. 33 vd.
"Totaliter diktatörlük ne bir tiranlık ne de bir despotizmdir., ama bu ikisiyle de önemli ve açık bağlantıları vardır ya da hiç değilse bütün bu rejimleri bir tek ortak kategoriye sokacak önemli benzerlikler bulunabilir. Bu kategoriye biz 'otokrasi' diyebiliriz. Tarihte devlet şekilleri içinde bir çok otokrasi tipleri vardır. Çoğunlukla Doğu'ya özgü olan hükümdarın Tanrılaştırılmasına bağlanan çeşitli despotizm şekilleri, Yunan şehirlerinin tiranlığı ve Rönesans İtalya'sındaki tekrarları, modern Avrupa'nın bütüncü (mutlak) monarşileri bilinen otokrasi örnekleridir. Bütün bu sistemlerde en çok göze çarpan özellik, hükmedenin yaptığından ötürü kimseye sorumlu olmamasıdır; o, iktidarı kendi kendine kullanan autos'tur; yani kararları kendisi verir ve ürünlerini de kendisi toplar." (FRIEDRICH- BRZEZINSKI, s. 7-8.)

(18) Diktatörlüklerin değişik biçimleri hakkında ayrıntılı bir analiz için bkz. Maurice DUVERGER, Diktatörlük Üstüne (Çev. Bülent TANÖR), İstanbul, s. 5 vd.

(19) Bkz. Ferrando MANTOVANI, s. 6-7. Faşizm ve Nasyonal Sosyalizm hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çetin YETKİN, Faşist Devlet –Kaba Kuvvet- Felsefesi, İstanbul 1969. Komünizmde muhalefetin taşıdığı anlam için bkz. Mehmet TURHAN (Çeviren ve derleyen), Devlet ve Hukuk Üzerine Yazılar, Ankara (tarihsiz), s. 115.

(20) Bkz. TOROSLU, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s.2; Totaliter devlette hukuk ve politikanın hiçbir şekilde ayrılamayacağı hakkındaki görüşleri için bkz. Giuseppe MAGGIORE, "Diritto penale totalitario nello stato totalitario", in Riv İt. di dir. pen., XI, 1939, s. 146 vd.

kı tanınmaz. Resmi ideoloji her alana egemen olduğundan çoğulculuktan söz etmek de mümkün değildir[21].

Günümüzde bu tip ceza hukuku sistemlerinin ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Devletin bir resmi ideolojiye dayandırılıp ön planda tutulduğu ve kutsandığı, resmi ideolojiye dayanmayan düşüncelere hayat hakkı tanınmadığı sistemler, kaçınılmaz olarak baskıcı bir ceza hukuku yaratırlar. Bu özelliklere sahip olduğunu gizlemeyen otoriter ve totaliter devletler açısından durum zaten açıktır. Ancak baskıcı ceza hukukuna sadece bu tür devletlerde rastlanmaz; kendisini demokratik olarak nitelendiren ve anayasalarında da böyle yazan bir çok devlet de baskıcı bir ceza hukukuna sahip olabilir. Bir rejim sadece seçim yapılması ile demokratik hale gelmez. Seçimler sonrasında çoğunluğun keyfi yönetimi de o sistemi baskıcı ve antidemokratik bir sistem haline getirir. Baskıcı eğilimler kendisini ceza hukukunun bir çok alanında gösterebilir, ancak en etkin ve yakıcı olanı özellikle düşünce özgürlüğü alanındaki baskıcı tutumdur. Sistemden ve egemen ideolojiden yana olan düşüncelerin korunması o sistemi özgürlükçü bir hale getirmeye elbette ki yetmez.

"Hukuksal değer kuramı", resmi ideoloji ve onun slogan tarzındaki söylemlerinden tamamen ayrılmalıdır. Devlet ideolojisi, hukuksal değerlerin yaratılması bakımından, hiçbir şekilde belirleyici bir ilke olarak hizmet edemez. Çünkü böyle bir ilke devlet ideolojisi aracılığıyla, çok kolaylıkla ceza kanununda kötüye kullanılabilir. Eğer baskın devlet ideolojisi dolayısıyla, kanun koyucu, bireysel hukuksal değerleri reddeder veya çok katı olarak sınırlarsa, hukuksal değerlerin fiiliyata geçirilmesini engelleyen bir fenomen olur.[22]

Herkese ve her fikir için tanınmayan özgürlük, otoriter sistemler ile demokrasi arasında bir ayırım ölçütü olamaz. Egemen sistemi ve ona temel oluşturan ideolojiyi destekleyen, onun kurum ve icraatlarını öven, devlet kudretini sürekli yücelten fikirlerin "özgürlük" şemsiyesi altında sürekli korunmaya ihtiyacı yoktur. Korunması gereken fikirler, tersi yöndeki fikirlerdir. Zaten düşünce özgürlüğü de, tarihsel olarak bu anlamıyla mücadelenin konusu olmuş ve elde edilmiştir. Bu açıdan, düşünce özgürlüğü özü itibariyle bir "muhalefet özgürlüğü"dür.[23]

"Totaliter olay ne gibi bir temele dayanır? 1. Totaliter olay, politika faaliyeti tekelini bir partiye tanıyan bir rejimde kendini gösterir. 2. Tekelci bir partiye bir ideoloji, ruh ve güç verir. Partinin mutlak bir iktidar tanıdığı bu ideoloji, dolayısıyla Devletin resmi gerçeği kesilir. 3. Bu resmi gerçeği yaymak için, Devlet de kendine kuvvet vasıtaları tekeli ve inandırma vasıtaları tekeli olarak iki tekel tanır. Haberleşme vasıtalarını, radyo, televizyon ve basını Devlet ve onu temsil edenler yönetirler. 4. Ekonomik ve mesleki işlerin çoğu Devletin buyruğu altındadır ve herhangi bir biçimde bizzat Devletin parçası olurlar. Devlet ile ideolojisi birbirinden ayrılmaz oldukları için, ekonomik ve mesleki işlerin çoğu resmi gerçeğin rengini taşır. 5. Artık her şey Devletin işi, her iş ideolojiye bağlı olduğundan, ekonomik veya mesleki bir işte yapılan bir hata, aynı zamanda ideolojik bir hata olur. Bundan, kişilerce yapılması ihtimali olan bütün hataların politikleştirilmesi, ideolojik bir şekle sokulması ve sonuç olarak hem polisiye hem ideolojik bir terör doğar." (Raymond ARON, Demokrasi ve Totalitarizm (Çev. Vahdi HATAY), İstanbul 1976, s. 284-285); Ayrıca bkz. Virgilio FEROCI, "La natura giuridica del Partito Nazionale Fascista", in Riv İt di dir. pen., X, 1932, s. 397 vd.

(21) *Resmi ideolojinin egemen olduğu yapılar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. J. Juan LINZ, Totaliter ve Otoriter Rejimler (Çev. Ergun ÖZBUDUN), Ankara 1984, s. 19 vd.; Mustafa ERDOĞAN, Rejim Sorunu, Ankara 1997, s. 125 vd.*

(22) *Bkz. Yener ÜNVER, Ceza Hukuuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara 2003, s. 575.*

(23) *Bkz. Mithat SANCAR, "Düşünce Özgürlüğü Muhalefet Özgürlüğüdür", Düşünce Özgürlüğü içinde (Der. Erol ANAR), Ankara 1996, s.116 vd.*

Eğer bireysel özgürlük, çoğunluğun onaylamadığı görüşleri desteklemek ve savunmak ve çoğunluktan farklı bir davranış yolu izlemek hakkını içermiyorsa, bu özgürlüğün hiçbir anlamı yoktur.

Günümüz baskıcı sistemlerinde, "farklı" veya "yeni" olanı bastırma tutumu, genellikle "güvenlik" ihtiyacı ile temellendirilir. "Farklı olan", statükoya karşı bir tehdit olarak algılanır. Egemenler, bu tehdidin toplumun tamamını hedef aldığı propagandası ile, baskıcı tutumlarının toplumun geniş kesimlerince sahiplenilmesini sağlamaya çalışırlar. Oysa "farklı olan"ın tehdit ettiği şey, toplumun varlığı değil, egemenlerin konumudur. Dolayısıyla baskıcı politikaların meşruluk temeli olarak ilan edilen "güvenlik" gerçekte toplumun değil, fakat egemenlerin bir ihtiyacıdır.

Faşizmin ille de führerleri, duçeleri, tek partileri olması gerekmez. Faşizm öncelikle ruhların ikna edici diktatörüdür. "Düşmanlar" ve "tehditler" konusunda ruhu ikna edilen memnuniyetsiz kütleyi "demokrasi" içinde de yönlendirmek, istenilen yönde sevk ve idare etmek pekâlâ mümkündür. Bu siyasal zemin üzerinden bir yer işaret edilir: Kutsal devlet. Bu devletin bekası sağlanmalı, tarihin her aşamasında devlet kuvvetlenmeli ve onu tehdit eden etkenlerden arındırılmalıdır. Onu tahdit eden üç toplumsal güç farz edilir: Sınıf savaşımı içindeki çalışan sınıflar ve onların ideolojileri; etnik ve dini azınlıklar halinde devleti zayıflatan ve ekonomik bunalımlardan sorumlu sayılan iç düşmanlar; devletin stratejik varlığını tehdit eden devletler ve dış düşmanlar.[24] Kutsal devletin kutsallığına halel getirecek her türlü unsuru bertaraf etmek için de, ceza hukuku tüm ağırlığıyla devletin hizmetindedir. Belki de bu baskı dönemlerinde "özgürlük" sözcüğü en belirgin ve en az tartışılır biçimde kullanılmakta ve "özgürlüksüzlük" ile aynı anlama gelmektedir.

b. Yargının Siyasallaşması ya da Siyasal Yargı

Hukukun yapısı hayatın yapısından uzak değildir. İkisi de aynı baskılarla biçimlenmiştir. Genel olarak hukuk, özel olarak da yargı, savaş dışı olmak anlamında tarafsız ya da sonuçlarla ilgisiz değildir. Aksine yargı da toplumsal sorunlara müdahalede ve siyasal çatışmaların kaderini belirlemede son derece etkili bir araç olarak kullanılmaya elverişli bir doğaya sahiptir. Zira mahkemeler, toplumun girinti ve çıkıntılarını biçimlendirirler. Bu, yasama ya da yürütme kadar doğrudan doğruya değildir fakat aynı amaca yönelmiştir.[25] Bu nedenle, siyasal iktidarlar yargıyı kendi program, hedef ya da hesapları için kul-

(24) *Suavi AYDIN, Faşizm!... Yeniden mi...?, Önsöz, Ankara 2000, s.8,10,11.*
"Ve XXI. Yüzyılın şafağında faşizmin alabileceği yeni görünüm budur: Kütlenin demokratik mekanizma ve kurumlar içinde düşmanlar ve tehditler konusunda akord edilmesi, gerektiğinde 'halk böyle düşünüyor', 'halk bunu istiyor' demeyi kolaylaştıracak biçimde hareketlendirilmesi ve bütün bunlar için, insanların kendileri için varoluşsal önemi olduğuna inandırıldıkları davaların haklılığı konusunda şüphe duymamaları. Total faşizm, işte toplumdaki bütün kurumlara bu akorda uygun bir armoni verilmesiyle varlık kazanır. Toplumda farklılıklara, eleştirelliğe, marjinallere ve ana konularda muhalifliğe, öncelikle bir toplumsal dışlama ile izin verilmediği, bu unsurlara nefes aldırılmadığı ve buna bütün toplum kesimlerinin alet olduğu noktada faşizm başarılı olmuş demektir. Dolayısıyla faşizm, sıradan insanın en sıradan duygularına hitap etmekle işe başlayacaktır....Korku içindeki ve güvensiz bireyi yeniden sahte bir güvenle ayağa kaldıracak yanlış bilinç, faşizmin ta kendisidir. Faşizmin bu güveni temin etmesinin ön koşulu, bireyin yukarıdan çizilmiş ideolojik ve kuramsal çerçeveye mutlak itaati, ona gönüllü uyumu ve şartsız tabiliğidir". Bkz. AYDIN, Faşizm, s. 8-9.

(25) *Harold J. LASKI, Devlet (Çev. Esin ÖRÜCÜ), İstanbul 1966, s. 49.*

lanmaya her zaman çok istekli olmuşlardır. İşte yargının mevcut egemenlik ilişkilerini pekiştirmek ve belli bir yönde değiştirmek amacıyla devreye sokulması yargının siyasallaştırılması ya da "siyasal yargı" olarak adlandırılır. Daha dar ve özgül anlamda siyasal yargı, yürürlükteki hukuk kurallarına aldırış etmeksizin yargının siyasal baskı ve tasfiye amacıyla işlevselleştirilip araçsallaştırılması anlamına gelir.[26]

Baskıcı ceza hukuku anlayışının egemen olduğu ülkelerde veya dönemlerde yargının siyasallaştırılması neredeyse normal, hatta kaçınılmazdır. Örneğin mutlakiyetçiliğin devlet teorisinde, bütün iktidar hükümdarın elinde toplanır. Hükümdardan bağımsız bir iktidar parçası, bu teoride akla bile gelemez. Yargı da hükümdarın sıkı denetim ve gözetimi altında, kararları hükümdar tarafından sürekli değiştirilebilen ve düzeltilebilen bir işlev olarak görülür. Dolayısıyla burada yargı, hükümdardan bağımsız, hele de hükümdara karşı olabilecek bir erk gibi düşünülemez. Yargı tıpkı askerler veya diğer memurlar gibi "hükümdarın hizmetinde"dir.[27]

Yargının siyasal baskı ve tasfiyenin aracı olarak kullanılması totaliter sistemlerde son derece olağandır. Buralarda mahkeme kararları, ana hatları itibariyle yargılama başlamadan çok önce yazılmıştır ve devletin yargılamaya dönük ilgisi, hükümden (sonuçtan) çok, duruşmalardan resmi propaganda için çıkarılacak malzemeye yoğunlaşır. Ancak aynı duruma totaliter olmayan rejimlerde, örneğin anayasal düzenini hukuk devleti olarak ilan eden devletlerde de rastlanır. Devlet aleyhine cürümlerle ilgili davalar "siyasal yargı" olarak adlandırılan durumla sık sık karşılaşılan davalardır.[28] Siyasal yargıdan söz edebilmek için mahkemelerin açıkça siyasi otoritenin emri doğrultusunda davranmaları şart değildir. Eğer bir mahkeme, kararını verirken hukuku ve adaleti değil, egemen ya da resmi ideolojiyi veya "devlet aklı"[29] nı referans alıyorsa, ortada "siyasal yargı" olarak nitelenecek bir durum var demektir. Kuşkusuz bu gibi durumlarda yargının tarafsızlığından söz etmek, bir tür acı alay ya da kara mizah oluşturur. Ancak tarafsızlığın en fazla bu gibi durumlarda vurgulandığı da biliniyor. Gerçekte burada söz konusu olan ise, genel olarak yargıyı bir toplumsal üst-ben konumuna yerleştirmeyi ve toplumsal vicdanın yargıda merkezileştiği inancını benimsetmeyi hedefleyen, ideolojik hesabın somut ve yaygın bir yansımasıdır.[30]

Devletin kendini ve asli kurumlarını her şeye, her türlü muhalefete ve farklılığa karşı koruma refleksine girmesi, bu psikoloji içerisinde ceza normlarının oluşturulması; koruma altına alınan varlıkların sayısını ve dolayısıyla suç sayılan eylemlerin sayısını da artıracak ve bu anlayışa bağlı olarak da daha şiddetli cezalar öngörülecektir. Bu yapı

(26) Mithat SANCAR, "Yargının Bağımsızlığı ve Tarafsızlığı", Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti içinde, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 18.

(27) SANCAR, Yargının Bağımsızlığı, s. 183. Totaliter devlette kanun ve ceza yargıcı arasındaki ilişki için bkz. MAGGIORE, Diritto penale totalitario, s. 156.

(28) SANCAR, Yargının Bağımsızlığı, s. 188, 189.
Siyasal yargıca "hukuksal yorum faaliyetindeki konumu" açısından bakma eğiliminde olan bir yaklaşım için bkz. Girolamo SANTUCCI, "Come vede il giudice politico", in Arc. pen., 1974, Anno IV, fasc. 1,2,3,4,5.6, s. 137 vd.

(29) "Devlet aklı" kavramı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Mithat SANCAR, " Devlet Aklı Kavramına Bir Giriş", Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti içinde, 2. Baskı, İstanbul 2000, s. 13-27.

(30) SANCAR, Yargının Bağımsızlığı, s.190.

kendi yargıçlarını da yaratınca, yani bu psikolojiye bir de normu uygulamak durumunda olanların devleti koruma ve kutsallaştırma psikolojileri de eklenince, zaten yeterince ağır olan normların uygulanma alanları, yorum yoluyla daha da genişletilebilecektir. Elbette ki bu yaklaşım yani hem yasalar hem de uygulama yoluyla özgürlükleri daraltma yaklaşımı son derece tehlikelidir. Bu yolla kutsal bilinen ya da öyle tanımlanan değerlere ve kurumlara ilişkin her türlü düşünce açıklaması ve eleştiri büyük bir tahammülsüzlükle ve ceza tehdidiyle karşılaşabilecektir. Normun sınırları özgürlükler aleyhine genişlerken suç olanla olmayan arasındaki sınır, hoşa gidenle gitmeyen arasındaki sınıra dayanabilecektir. Bu noktada yargıya çok büyük görev düşmektedir. Somut olayı ve normu yorumlayarak, norma yaşam kazandıran yargıç, sadece tarafsız olabilirse bu işlevini toplumsal barışı koruyucu bir biçimde gerçekleştirebilir. Aksi bir tutum, bizzat yargının toplumsal barışı bozan bir faktör olmasını sonuçlar.

Gerçekten de yargı organı, ülkeyi kurtarma kaygısıyla yorum yapamaz. Bu onun işi değildir. Yargının işi yasaları hukuka uygun biçimde yorumlamak ve uygulamaktır.[31]

2. Ayrıcalıkçı Ceza Hukuku

Ayrıcalıkçı ceza hukuku sosyal sınıflar arasındaki derin hukuki ve fiilî ayrıcalıklara dayandırılan, klasik bireyci-liberal sistemlerin hakim olduğu toplumlara özgü ceza hukukudur. Bu ceza hukuku, ilan edilen işlevi özgürlükleri korumak olmasına ve mutlakiyetçi devlet tipinden uzaklaşmış olmasına rağmen; zıt sosyal menfaatlerin çatışması halinde, ekonomik yönden güçlü olanın çıkarını, daha az güçlü olanın çıkarına üstün tutarak korumaya yaramıştır. Bundan dolayı da bu ceza hukuku, eşit olmayanlar arasındaki eşitlik ve özgürlüğü sağlamaktan çok, eşitler arasındaki eşitliği ve özgürlüğü garanti altına almıştır.

Fransız ihtilaliyle birlikte, mutlakiyetçi devletten, yegâne gerçeklik olarak bireyi kabul eden ve sosyal grupları sadece bir bireyler toplamı olarak anlayan liberal devlete geçiş, baskıcı ceza hukukundan ayrıcalıkçı ceza hukukuna geçişin de başlangıcı olmuştur. Liberal devlet anlayışının ceza hukukunun liberalleşmesine olan katkısını inkâr etmek mümkün değildir. Ancak en geniş bireysel özgürlükleri ilan eden, fakat bunların ekonomik-sosyal ön koşullarını gerçekleştirmek görevini üstlenmeyen ve yasal eşitliği gerçek anlamda bir eşitliğe üstün tutan bir toplumdaki temel hayat şartlarının korunması aracı olarak anlaşılması sonucu liberal ceza hukuku; kaçınılmaz bir şekilde, liberal özgürlüklerin gerçek muhatabı olan varlıklı sınıfların ayrıcalıklarını korumak, yani bu sınıfları "tehlikeli" sınıflar diye nitelendirilen sınıflara karşı savunmak işlevini yerine getirmiştir.[32] Böylece "özgürlükçü bireycilik, zayıf olanı güçlünün insafına terk ediyordu".[33]

Liberal ekonomi, mutlakiyete karşı bir reaksiyon olarak doğmuş ve liberal

(31) Sami SELÇUK, "Düşün Özgürlüğü", Düşünce Özgürlüğü içinde, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 3, Hazırlayan Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1998, s. 302; Girolamo TARTAGLIONE, " Interpretazione giuridica e politica", in Arc. pen., 1977, fasc. 5,6,7,8., s. 161-165.

(32) Bkz. TOROSLU, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 2-3; Ferrando MANTOVANI, s. 16-21.

(33) Bkz. Henri BATIFFOL, "Yasa ve Özgürlük" (Çev. Tuğba BALLIGİL), İÜHFM., Ord. Prof. Dr. Sulhi Dönmezer'e Armağan, 1986-1987, 1-4, İstanbul 1987, s. 716-717.

esaslara dayanan hukuk sistemleri başlangıçta devleti sadece siyasi ve en üst bir organizasyon olarak korumakla yetinmiştir. En iyi ve en özgürlükçü sisteme ulaştığına inanan devlet, kendi ideolojik temellerini korumayı gerekli görmemiş ve bu konudaki fikirlerin açıklanmasını klasik özgürlükçü bir anlayışla karşılamıştır. Fakat sosyalist ve anarşist akımların çoğalması ve kuvvetlenmesi karşısında, devlet ve ona hakim burjuva sınıfı, varlığının tehlikeye düştüğünü görmüştür. Böylece liberal devlete karşı çıkan reaksiyoner davranışlar, bir takım tedbirlerin alınması gerekliliğini ve sınıfların kendilerini koruma ihtiyacını yaratmıştır. Liberal devlet bir reaksiyon olarak ortaya çıkmışken, reaksiyonların konusu haline gelmiştir. Bu durum, "sosyal suçlar" kavramını yaratmıştır. Devletin; aile, mülkiyet, sosyal temel düzenlerini yıkmaya, o günkü durumu değiştirmeye yönelik fiiller ve düşünceler, suç şeklinde görülmeye ve "sosyal suç" olarak kabul edilmeye başlanmıştır. Bu durumda da devlet, sadece siyasi bir organizasyon, kurum olarak korunmaktan çıkmış ve ideolojik temellerinin korunması gündeme gelmiştir. Bu yaklaşımın sonucu olarak da, mevcut siyasi kuruluşu, hangi fikirle olursa olsun, değiştirici icra hareketleri veya icra başlangıçları değil ve fakat belirli şekildeki ideolojik propagandalar, yani fikirler dahi cezalandırılmaya başlanmıştır.[34] Böylece bu sistem ile baskıcı ceza hukukunun yolları bir noktada kesişmiş oldu. Tarihsel bağlamdan bağımsız bakıldığında, yani genel olarak da, ayrıcalık sahiplerinin konumlarını korumak için ceza hukuku baskıcı bir karaktere bürünür ve ayrıcalıkçı ceza hukuku baskıcı ceza hukukuyla birlikte aynı amaçlara hizmet eder.

3. Özgürlükçü Ceza Hukuku[35]

Yasaklamaların vazgeçilmez oluşu karşısında, çağımızın problemi, yasaklamaları özgürlüğe hizmet edecek biçimde anlamak ve oluşturmaktır. Aydınlanma döneminin liberal düşüncesinden miras olarak kalan özgürlük idesinden vazgeçemeyen, ancak özgürlüğü azınlığın ayrıcalığı olmaktan kurtarmak için öze ilişkin bir eşitlik sağlayan batı uygarlığında "üçüncü tip" bir toplum çalışmaları, yani özgürlüğü güvence altına alan bireysel unsur ile eşitliği güvence altına alan sosyal unsur arasında yeni bir uzlaşma sağlama çalışmaları devam etmektedir. Zira öze ilişkin gerçek bir adalet ve daha eksiksiz bir hümanizm ancak bu ilişkinin sentezinden doğabilir. Şu halde ceza hukuku, bireysel taleplerle sosyal talepler arasında, bu arada özgürlükler ile sosyal savunma arasında uzlaşma çalışmalarına katılarak ve iki temel ilkeyi esas alarak özgürlükçü işlevini gerçekleştirebilir:

Bu ilkelerden birincisi ceza hukukunun *liberalleştirilmesidir*. Bundan amaç ceza hukukunun insan haklarını ve dokunulmaz özgürlükleri baskı altında tutmanın değil, bunları özel veya kamusal süjelerin saldırılarına karşı eşit bir biçimde ve ayırım yapmaksızın korumanın aracı olmasıdır. Bu anlamda bugün ceza hukukunun düşünce ayrılıklarını bastıran ve çoğulculuk ilkesiyle çatışan tamamen politik yapıdaki suçlardan arındırılması gerekir.

Diğer ilke ise ceza hukukunun *sosyalleştirilmesidir*. Bundan amaç ceza hukukunun toplumsal menfaatleri korumanın, sosyal bağdaşıklaştırma sürecini tahrik etmenin ve demokratik sosyal hukuk devleti hedefinin gerçekleştirilmesinin aracı olarak da görev yapmasıdır. Liberal devlet, ceza hukukunun sadece koruyucu işlevine, yani bireylerin en geniş hareket özgürlüğünün jandarmalığını yapma işlevine karşılık, çağdaş demokratik devlet, dış görünüm ve hedef farklılıklarına rağmen, ceza hukukuna tahrik edici, geliştirici bir işlev de yüklemektedir.

Demokratik sistemlerde ortaya çıkması doğal olan bu yapıda, devletin kutsallığı söz konusu olmadığından farklılıklar bastırılmamakta, hiç kimse siyasal süreçten dışlanmamakta, farklı olma hakkı tanınmakta ve bu hakkın kapsamına her şeyden önce farklı düşünebilme, seçenekler sunabilme, seçenekler arasında tercihte bulunabilme, sorgulayabilme girmektedir. Demokratik sistemlerde bu korumayı sağlayan temel unsur devletin tarafsızlığı ve bir resmî ideolojinin benimsenmeyişidir. Katı ve kalıplaşmış fikirlerin dayatılması ve insan hayatının her yönüyle tasarlanmış belli bir model doğrultusunda biçimlendirilmesi yerine farklı yaşam tarzlarının meşruluğu kabul edilmektedir. Bu rejimler resmi ideolojiye dayanmadığından, devletin bu ideoloji dışında kalan fikirlere karşı korunması da söz konusu olmaz. Değişik fikirler cebir ve şiddete başvurulmadığı, suçu övme ve suça teşvik niteliğinde bulunmadıkları sürece koruma görürler. Dolayısıyla önceden tespit edilen model dışında kalan fikirlerin, sadece açıklamasının suç sayılıp cezalandırılması anlamına gelen "fikir suçu"na bu sistemlerde yer yoktur.[36]

Özgürlükçü ceza hukuku anlayışı; ceza kanunlarını sadece yasaklar koyan kurallar bütünü olarak algılamaz, tam tersine kişilerin sahip oldukları hak ve özgürlükleri sadece kişilerden gelebilecek saldırılara karşı değil, devletten ve siyasi iktidardan gelebilecek her türlü saldırıya karşı da korumayı amaçlar; böylece toplumsal düzenin korunması işlevi yanında bireyin ve toplumun geliştirilmesi işlevini de üstlenmiş olur.

C. TCK'NIN 301. MADDESİ VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ

Ceza hukukunun politika ile olan önemli ilişkisi yadsınamaz bir gerçekken, özellikle yargı pratiği ile politika arasındaki ilişkide, 301/1. maddenin taşıdığı önem de yadsınamaz bir gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu suçun kapsamı ve uygulaması, devletin yapısına ve özgürlüklerle, özgürlüklerin sınırları konusundaki anlayış farklılıklarına göre biçimlenebilmektedir. Özellikle "hükümet"e karşı haklı ya da haksız şiddetli eleştiriler artınca, bu konuda en hazımlı ve hoşgörülü olması gereken organ, zaman içinde 301. maddeye sık sık başvurmuş, bu başvuru ya bizzat maddenin kendisine müdahaleler şeklinde ya da muhalifleri susturmak için yargı yoluna başvurma şeklinde kendini göstermiştir.

Düşünce özgürlüğü, sadece devletin müdahalelerine karşı korunan bireysel bir hak alanını güvence altına almakla kalmaz; aynı zamanda demokratik bir

(34) Bkz. ÖZEK, Devletin Sahsiyeti Aleyhinde Cürümler, s. 615.
Devletler ile kapitalizm arasındaki ilişkiler, Avrupa krizi; Bolşevikler, Faşistler ve Totaliter devlet hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. John A. HALL-G. John IKENBERRY, Devlet (Çev. Yeşeren Olgu ALİBEYGİL- Murat ŞİPAL), Ankara 2000, s. 70 vd.

(35) Bkz. TOROSLU, Nasıl Bir Ceza Kanunu, s. 4-5; ayrıntılı bilgi için bkz. Ferrando MANTOVANI, s. 21-25.

(36) Demokratik sistemlerde düşünce özgürlüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Reyhan SUNAY, İfade Hürriyetinin Muhtevası ve Sınırları, Ankara 2001, s. 14 vd.; Vittorio COLOMBANI, "Il delitto di riorganizzazione del partito fascista", in Riv. pen., 1994, s. 823-826.

devlet düzeninin de ön şartını oluşturur. Düşünce özgürlüğü, hem demokratik yönetimin, hem de kişiliğin bütün değişik açılarının, ki bunlar siyasal, kültürel, ekonomik veya özel karakterli olabilirler, dile getirilebilmesinin de şartıdır. Başka bir deyişle, bu özgürlük; insan kişiliğinin toplum içindeki en dolaysız ifadesi olup, demokratik düzen bakımından da kurucu nitelik taşır, yani "olmazsa olmaz" niteliktedir. Gerçekten de, devlet gibi düşünmeme özgürlüğünü, kurulu düzeni sorgulamayı, gerektiğinde kınamayı, mahkum etmeyi de içeren bir özgürlük olarak düşünce özgürlüğünün demokratik sistemin kurucu unsuru ve vazgeçilmez şartı olduğu konusunda bir tereddüt yoktur. Açıktır ki, demokratik bir düzende düşünce özgürlüğü, olması gerekenin ne kadar gerisinde ya da uzağında ise, baskıcı ceza hukuku sistemlerine o kadar yakın duruyor demektir.

Baskıcı eğilimler kendisini ceza hukukunun birçok alanında gösterebilir, ancak en etkin ve yakıcı olanı özellikle düşünce özgürlüğü alanındaki baskıcı tutumdur. Sistemden ve egemen ideolojiden yana olan düşüncelerin korunması o sistemi özgürlükçü bir hale getirmeye elbette ki yetmez. Eğer bireysel özgürlük, çoğunluğun onaylamadığı görüşleri desteklemek ve savunmak ve çoğunluktan farklı bir davranış yolu izlemek hakkını içermiyorsa, bu özgürlüğün hiçbir anlamı yoktur.

Kişi hangi resmi gerçeklere itiraz ediyor olursa olsun, gerçeği araştırma özgürlüğü elinden alınmamalıdır. Herhangi bir konu ne kadar kabul görmüş, ne kadar taraftar bulmuş olursa olsun bu konuyu değerlendirmek, eleştirmek ihtiyacı duyulabilir. Bunun için de eleştirinin özgür olması, hatta demokratik bir sistemde bu özgürlüğün özellikle teşvik edilmesi gerekir. Eleştiriden muaf alanların varlığı ve genişliği ile düşünce özgürlüğü ve demokrasi arasında ters oranlı bir ilişkiden söz edebiliriz. Sadece uysal, nezih ve serinkanlı olanlar değil, kamuoyunu öfkelendiren ifadeler de düşünce özgürlüğünün kapsamına girerler. Bu tür ifadeler, geleneksel ön yargıları ve donuklaşmış, kalıplaşmış fikirleri yarıp, yeni değerlendirmelerin yolunu açabilirler. Düşünce özgürlüğüne yönelik her türlü daraltıcı kavrayış, fikir mücadelesinin yasama, yargı ve egemen toplumsal gruplar tarafından tektipleştirilmesi sonucunu doğurur. Şok edici ifadeler bu konuda daha makul ifadelere nazaran daha etkileyici ve uyarıcıdır. Seçilen kelimeler ne kadar etkileyici ve yakıcı ise, bunların özgürlük alanının dışına çıkarma istek ve çabası da o kadar yoğun olur.

Düşünce özgürlüğünün ve onun bir kullanım şekli olarak ele alınan eleştiri hakkının sınırları, esas olarak yargısal yorumla somutlaşır ve belirginleşir. Zira düşünce özgürlüğü ve eleştiri hakkının etkisi hukuk koyma aşamasında bitmez, hukukun uygulanması sürecine de uzanır. Bir hukuksal uyuşmazlığın, düşünce özgürlüğü ile ilgili, bu özgürlüğü sınırlayan veya somut olayda böyle bir etki yapmaya elverişli normlara göre karara bağlanması söz konusu olduğunda, yorum konusu yönlendirici bir tarzda karşımıza çıkacaktır.

Hatırlatalım ki, düşünce özgürlüğü esas olarak, iktidara yönelik eleştirilerin, özel olarak korunması ihtiyacından doğmuştur. Bu nedenle 301. maddenin kapsamında olan değer ve kurumlara yönelik cezai korumanın, kamusal eleştiriyi daraltıcı ve düşünce özgürlüğünü yok eden bir kollamaya dönüşmemesi

gerekir. Bu kurumlara yönelik eleştirilerin özellikle sert bir biçimde dile getirilebilirliği gözden uzak tutulmamalıdır.

301. (159) maddenin bugüne kadarki uygulaması konusunda yaşanan temel sorun, "eleştiri" ile "tahkir ve tezyif" kastını (Yeni TCK'da "aşağılama" sözcüğü kullanılmaktadır ki bu sorunu daha da büyütebilecek bir ifadedir) ayırt etme noktasındaki güçlük ve de isteksizlikten kaynaklanmaktadır.. Düşünceyi açıklama özgürlüğünün bir uzantısı olan eleştiri hakkının kullanıldığı bir durumda zaten "tahkir ve tezyif" söz konusu olmaz, yani bir suçun varlığından söz edilemez. Siyasal alandaki değişim ve dönüşümlere, özgürlükler alanındaki yasal ve de yorumsal yumuşama ya da sertliklere göre 301. maddenin uygulanmasında farklılıklar yaşanmaktadır. Maddenin uygulanması, devletin yapısına, özgürlüklerle bu özgürlüklerin sınırları arasındaki anlayış farklılıklarına göre biçimlenebilmektedir. Maddede sayılan kurumlara, özellikle de devlet işlerini idare eden hükümete yönelik eleştiriler arttıkça, bu eleştirilere karşı demokratik bir sistemde olması gereken müsamaha azaldıkça, maddenin uygulanması da daha sık ve sert bir biçimde gündeme gelmiştir. Oysa demokratik sistemlerde özellikle icra organı şiddetle eleştirilebilir, eleştirilebilmelidir. Devlete kutsallık payesi vererek, onun çıkarlarını koruma kaygısı, bireyi ve bireyin özgürlüklerini bir kenara bırakarak, ceza hukukunu baskıcı ve tehlikeli bir araca dönüştürebilir. Özgürlükleri koruma işlevine sahip olması gereken ceza hukuku, bir baskı aracına, özgürlükleri yok etme ve toplumu sindirme aracına da dönüşebilir. İşte 301. madde, sık sık eleştiri hakkının, dolayısıyla düşünceyi açıklama özgürlüğünün kullanımına karşı bir baskı aracı haline gelebilmiştir.

Devleti oluşturan kurum ve organların ve bunlarda görev alan şahısların kutsal, yanılmaz ve dolayısıyla eleştirilmez olduğu anlayışı, "demokratik hukuk devleti"nin değil, otoriter ve totaliter devletlerin bir özelliğidir. Demokratik hukuk devletini diğer devlet tiplerinden ayıran ve ona özelliğini veren husus, devletin bütün kurum ve organlarıyla vatandaşların eleştiri ve denetimine tabi oluşu ve onların haklarına saygı gösterip teminat sağlamasıdır. Zaten Anayasa da, herhangi bir nitelikten bağımsız "salt devlet"i değil, "insan haklarına saygılı demokratik hukuk devleti"ni esas almakta ve düzenlemektedir. O halde Türkiye Cumhuriyeti, Anayasada sayılan niteliklerden bağımsız bir devlet olarak değil, onlarla birlikte varlık ve meşruiyet kazanan bir devlet olarak ele alınıp değerlendirilmelidir. Bu niteliklerden sapma olarak ortaya çıkan uygulama ve gelişmelere dikkat çekmek, bunların giderilmesini istemek, aynı zamanda Anayasadaki "demokratik hukuk devleti"ni koruma ve geliştirme amacıyla belirlenen bir vatandaşlık görevi olarak görülmelidir. Anayasada güvence altına alınmış olan düşünce özgürlüğünün asli işlevlerinden biri, bu tür eleştirilerin serbestçe dile getirilmelerine olanak sağlamaktır. Şayet devlet kurum ve organlarına yönelik eleştiriler sürekli ceza tehdidi altında olursa, düşünce özgürlüğü anlamını yitireceği gibi, demokratik hukuk devletinin gerekleri ihlal edilmiş olur.

Düşünce özgürlüğünün önemi özellikle muhalif görüşlerin desteklenmesi ve yayılması bakımından kendini gösterir. Eleştiri, devlet adına faaliyet gös-

teren ve vatandaşların yaşamının doğrudan belirleyicisi olan kurumların özellikle arzu etmeleri ve tahammül göstermeleri gereken bir demokratik faaliyet olarak algılanmalıdır. Sosyal-siyasal sorunlara çözüm üretmekte aciz kalan yönetimler, giderek tahammülsüzleşir, sertleşir ve tek araç olarak şiddete sarılırlar. Tahammülsüzlüğün en belirgin göstergesi ise, egemen siyasetten farklı ve eleştirel her türlü fikrin yasak alanına çekilerek bastırılması ihtirasıdır. Baskının dozu, aczin çapı ile doğru orantılıdır. Acizlik arttıkça, baskı yoğunlaşır. Eleştiriye tahammülsüzlük üzerinde temellenen bir siyasal yapı, yabancıdan, farklıdan, aykırıdan korkan; gerektiğinde şiddet kullanarak onu bastırma eğiliminde olan bir devlet ve toplum tipi yaratır.

Ceza hukukunun mevzuat ve içtihat olarak oluşturulmasında ülkede yaşanan politik koşullar, değişim ve sorunlar çok önemlidir. İnsan hakları alanındaki gelişmeler, atılan ileri adımlar ya da bu alandaki sancılar ve çıkmazlar derhal ceza hukukuna yansımakta ve bu yansımalar duruma göre bazen baskıcı bazen de özgürlükçü bir biçim alabilmektedir. Yansımalar yasaları uygulayanları da etkileyebilmekte ve yorumlar, özgürlüklerin kullanılmasını daha daraltıcı ya da daha genişletici olabilmektedir.

Gerçekten de, değişik yapılar ve değişen koşullar içinde, ceza normunun yetersizliği ortaya çıktığında, uygulamada normun gereksinmelere uygun bir şekilde yorumlanmasına ve normların zorlandığına tanık olmaktayız. Aynı ya da benzer bir norm; bir ülkede özgürlüklerin sınırlanması konusunda hiçbir tehdit unsuru oluşturmamasına rağmen, bir başka ülkede tersi sonuçlarla karşılaşılabilmektedir. Bu da devletin yapısının ve bu yapının bir yansıması olarak, uygulayıcıların tutumlarının ortaya çıkardığı bir sonuçtur.

301. (159) maddeyle ilgili olarak yaşanan ve yaşanması muhtemel sorunlar, maddenin kaleme alınış biçiminin ötesinde, eleştiriye tahammül ve düşünce özgürlüğüne verilen anlamla çok yakından ilişkili olduğundan, özellikle yargı pratiğinin bu konudaki duyarlılığı çok önemli sonuçlar doğurmaktadır. Dileğimiz bu duyarlılığın, özgürlükler lehine yorum yönünde gelişmesidir.

Bir ülkenin kurumlarına saygınlık ve güç kazandıran, halkın benimsemesi ve desteğidir. Bunu sağlamanın en güvenilir yolu, öncelikle o kurumlarda yer alanların, kurumlara varlık kazandıranların kurumların saygınlıklarını zedeleyecek davranışlardan kaçınmalarıdır. Çünkü 301. madde ile koruma altına alınan kurumlar, asıl o kurumlarda faaliyet gösterenler tarafından zayıflatılabilir ve kurumların prestiji yine o kişiler tarafından sarsılabilir. Yargı organının saygınlığını bir yargıçtan, yasama organının saygınlığını bir milletvekilinden, hükümetin saygınlığını bir bakandan daha fazla sarsabilecek hiç kimse yoktur. Bu kurumlar demokratik kurallara ve insan haklarına saygılı bir biçimde çalıştıklarında ve güçlerini tehdit yoluyla değil vatandaşın inancıyla devam ettirdiklerinde, onlara yönelik her türlü saldırı sönük kalacaktır. Ancak, bu kurumlar, vatandaşa rağmen ve baskıcı bir tutumla ayakta kalmaya çalıştıklarında, hiçbir tahkir ve tezyife, aşağılamaya gerek kalmadan güçlerini kaybetmiş, saygınlıklarını, prestijlerini azaltmış olacaklardır. *"Bütün tabular saygı değil korku üretirler"* ve *"baskı arttıkça, iktidar azalır"* gerçeği bir kez daha kendisini gösterecektir

Demokratik tartışma ortamları yaratılmadığı, eleştirme özgürlüğü gerektiği gibi içselleştirilmediği sürece, sorunların yaşanmaya hep devam edeceği ve bu sorunların önüne yasal düzenlemelerle geçilemeyeceği bir kez daha anlaşıldı. 301. maddenin veya benzerlerinin bizatihi *"düşünce suçu"* yaratmamalarına rağmen *"düşünce suçu üretir"* biçimde uygulanmaları maalesef ülkemizin bir gerçeği olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak son dönemde mahkemelerin ve özellikle de Yargıtay'ın, AİHM içtihatlarına paralel bir şekilde verdiği kararlar da göz ardı edilmemelidir.

Hukuk, Politika ve Adalet İlişkisinin Yassıada Davası Örneğinde İncelenmesi

Ülkü Halatçı[*]

Kurallar bütünü olarak hukuk, toplumdaki mevcut politik ve ekonomik güçlerden etkilenmektedir.[1] İnsanlar birarada yaşayabilmek için, ortak kurallar geliştirmeye ve bu kuralları uygulayacak bir otoriteye ihtiyaç duyar. Bunun sonucunda da iktidar ortaya çıkar. Söz konusu iktidar, halkın iktidarına dayanabileceği gibi, bir despotun yönetimine de dönüşebilir. İktidar sahipleri iktidarlarını sürdürmek, rakipleri ise iktidarı ele geçirmek; toplum da, bu iktidardan emin olmak ya da onun çıkarlarını etkilemek amacıyla bazı eylemlere girişir. Bütün bu faaliyetlere ise, politika adı verilir ve bu yanıyla politika iktidar ilişkileri olarak ifade edilebilir.[2]

Hukuk ve politikanın ortak yönü, her ikisinin de birer irade ürünü olmasıdır. Bu çoğu zaman milletin iradesi olarak ifade bulmakla birlikte, aslında iktidarı elinde bulunduranın iradesi ile ortaya çıkmaktadır. Buna koşut olarak, tarihsel olan her şey gibi hukuk ve politika da çağdan çağa kültürden kültüre değişen göreceli kavramlardır. Hukuk ve siyaset felsefelerinin ortak bir kavramı olan adalet bu noktada oldukça önemli bir yere sahiptir.[3] Aristoteles'e göre adalet, vatandaşların yasalar ve toplum düzeni karşısında hakka ve yasaya uyma ile eşitlik ilkeleri doğrultusunda edinmeleri gereken temel erdemdir. Ayrıca, adalet bir yandan bir hakkın gerçekleşmesi iken diğer yandan toplum düzeninin ödüllendirme ve cezalandırma yoluyla korunması ve sürdürülmesi halini de içermektedir.(4) Adalet kavramı, kural koyma işlerinin yanı sıra hukukun uygulanması sırasında da önemli bir role sahiptir. Hukuk kuralları yaratılırken de, adalet esas alınmakta ve bu açıdan belirleyici bir yeri olmaktadır. Başka bir ifade ile adalet, hukuk için bir ölçüt olarak kullanılmakta ve böylece hukukun adalete uygunluğu ilkesi ortaya çıkmaktadır. Bunun gerçekleşebilmesi ise, adaletin tanımıyla pratiğinin çakışmasına bağlıdır.[5]

Bir yandan çatışmayı diğer yandan da uzlaşmayı içinde barındıran politika çok farklı şekillerde tanımlanabilmektedir. Öncelikle devletle ilgili bir faaliyet alanı olarak ifade edilmektedir. Easton, politikayı değerlerin iktidar tarafından dağıtılması olarak tanımlamaktadır. Söz konusu durum, "hükümet etme sanatı" olarak ifadesini bulmaktadır.[6] En geniş anlamda politika ise, üretim, dağıtım ve toplumun bütün kaynaklarının dağılımı ile ilgili olup özünde güçtür. Ne şekilde olursa olsun istenilen bir sonucun elde edilmesine muktedir olmaktır.[7] Buna koşut olarak, iktidar ve güç ilişkileri ile ilgili olan politika ve hukuk arasındaki ilginin en belirgin ortaya çıktığı hukuk dalının iktidarın yetkilerini sınırlandırma temeline dayanan anayasa hukuku olduğu söylenebilir.

Anayasa, devletin organları ile vatandaşları arasındaki normatif ilişkileri belirleyen bir yetki haritasına benzer. Bir başka ifade ile anayasa bireyler ve devlet arasındaki ilişkileri ve kamu iktidarının yetkilerini ve bu yetkilerin sınırını belirleyen temel metindir.[8] Bu yanıyla Anayasa hukuku diğer hukuk dallarına göre, politika ile daha yakın bir ilişki içindedir.[9] Anayasanın oluşumu sırasında dış etkenlerin rol oynaması ve genel politikanın yasama sürecini etkilemesi bunun önemli bir göstergesidir. Böyle bir durumda anayasanın yasama konusunda yetkilendirdiği yasa koyucular, kendi politik tercihlerine göre ya da dışarıdan gelen farklı yönlendirmelere göre hareket edebileceklerdir.[10]

Kuşkusuz açıklananlar ışığında denilebilir ki, bir anayasa oluşturulduğu gününün politik, ekonomik, sosyal ve kültürel şartlarından bağımsız olarak düşünülemez. 1924 tarihli T.C. Anayasası[11] da oluşturulduğu dönemin şartlarından etkilenmiştir. Ülkemizde demokrasi, Anayasanın teminat altına aldığı prensipler olarak değil daha çok iktidarın tutum ve izni oranında gelişen bir sistem olarak olgunlaşma imkanına sahip olabilmiştir. Demokratik felsefeye bağlı olan 1924 Anayasası'ndaki demokrasi anlayışı, demokrasinin çoğulcu ve iktidarı bölüştürücü anlayışından çok çoğunlukçu ve bütüncü biçimine yatkındır. Temeli Rousseau'ya dayanan bu anlayışta, ulusal irade diye adlandırılan çoğunluk iradesi bölünmez, yanılmaz nitelikte olup; kamunun iyiliğini dile getirmektedir.[12] Kuvvetler birliği esasına ve meclis üstünlüğüne dayanan sert nitelikte bir anayasa olması da bu anlayışın başka bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır.

1924 Anayasası'nda öngörülen tek partili rejim de o dönemdeki siyasi koşulların bir ürünü olarak ortaya çıkmış; ardından çok partili hayata geçişte daha çok hukuk dışı, ekonomik ve sosyal koşullar etkili olmuştur. 1950 seçimlerinde, Demokrat Parti 408 sandalye edinerek, Meclis'te yaklaşık dörtte üçlük bir temsil gücüne erişmiştir. Söz konusu durum, Meclis çoğunluğunu elinde tutan Demokrat Parti hükümetinin ulusal iradeyi temsil etme yetkisini sadece

(*) Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Kamu Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.
(1) SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 29.
(2) Siyaset Nedir? in SİYASET (Derleyen: Mümtaz'er TÜRKÖNE), Lotus Yayınevi, Ankara, 2003, s. 4.
(3) ÖZLEM, Doğan, "Adalet Üstüne Görecelik-Mutlaklık Tartışması", HFSA (Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Arkivi), S: 9, 2004, s. 200.
(4) Ibidem.
(5) KALE, Nesrin, "Hukukun Adalete Uygunluğu", HFSA, S:9, 2004, s. 61.
(6) Siyaset...,op.cit., s. 6.
(7) Ibid., s. 10.
(8) BOGNANOR, Vernon, "Constitutional Law And Politics", Oxford J. Legal Stud., Vol:77, ss. 454-455.
(9) Anayasa hukukçularının anayasa tarihi ve politika bilimi ile yakından ilgilenmeleri gerektiği söylenebilir. Söz konusu gereksinim, anayasanın günün değişen ihtiyaçlarına göre uyarlanması konusunda ortaya çıkmaktadır. Özellikle anayasa hukukçuları değişen siyasi koşulları çok iyi değerlendirebilmelidir. Ibid., s. 463.
(10) TUSHNET, Mark, "Principles, Politics and Constitutional Law", Mich. L. Rev. 51, Vol:88, s. 51.
(11) 491 sayılı ve 20 Nisan 1924 tarihli Teşkilat-ı Esasiye Kanunu, klasik anayasa anlayışına ve sistematiğine uygun olarak yapılandırılmıştır. Devletin kuruluşu, organları ve bunların işleyişi düzenlenmiş; bunun yanı sıra, hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlere de yer verilmiştir. TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Afa Yayınları, İstanbul, 1996, s. 225.
(12) Ibid., s. 252.

kendisinde görmesine neden olmuştur. 1924 Anayasası'nda öngörülen meclis üstünlüğü sistemi tersine dönmüş ve fiili bir yürütme üstünlüğü ya da parti oligarşisi egemenliği ortaya çıkmıştır.[13]

Demokrat Parti tarafından çok sayıda antidemokratik düzenleme yapılmıştır. Siyasi haklara ve muhalefete getirilen kısıtlamalar bunların en önemlileridir. Getirilen düzenlemelerin, azınlık haklarını ve çoğulculuğu dışlayıcı nitelikleri ön plana çıkmıştır. Öncelikle üniversite öğretim üyelerine yönelik yasaklamalar getirilmiş, daha sonra "Cumhuriyetçi Halk Partisi'nin Haksız İktisaplarının İadesi Hakkında Kanun" ile partinin malvarlığına el konmuştur. Böylece yargı yetkisine giren bir konuda, meclis çoğunluğunun iradesi ile ana muhalefet partisine müsadere cezası uygulanmıştır. Bunların yanı sıra, muhalefete oy veren seçmenler ve seçim bölgelerini cezalandırmaya yönelik çeşitli uygulamalar gündeme gelmiştir. Partilerin faaliyetlerini kısıtlamaya yönelik çeşitli düzenlemeler yapılmıştır.[14] Demokrat Parti çoğunluğunun kararı ile, "Cumhuriyetçi Halk Partisi'nin yıkıcı, gayri meşru ve kanundışı faaliyetlerini"ni araştırmak amacıyla bir Tahkikat Encümeni kurulmuş ve Encümen çok geniş yetkilerle donatılmıştır. Çoğunluk diktatörlüğüne yol açabilecek nitelikteki en önemli düzenleme ise, "TBMM Tahkikat Encümenlerinin Vazife ve Selahiyetleri Hakkında Kanun"dur. İlgili kanun ile, Tahkikat Encümeni yasama, yürütme, yargı konusunda sahip olduğu geniş yetkilere koşut olarak neredeyse bir "ihtilal organı" haline gelmiştir. Basın özgürlüğünü ve kamu görevlileri ile ilgili de çok sayıda antidemokratik düzenleme yapılmıştır.[15]

Bütün bu gelişmeler nedeniyle, bir anayasal yargı sorunu ortaya çıkmıştır. 1924 Anayasası'nda, Demokrat Parti'nin antidemokratik düzenlemeleri konusunda öngörülmüş herhangi bir denetim mekanizması bulunmamaktadır. Anayasa'nın 103. maddesinde, Anayasa kurallarının hiçbir şekilde ihmal edilemeyeceği ve yasaların anayasaya aykırı olamayacağı ifade edilmiş; fakat bu konuda bir yargısal denetim mekanizması öngörülmemiştir.[16] Böyle bir durumda, yargıçların ABD'deki sisteme benzer bir yol izleyebilecekleri konusunda çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. İlgili görüşlere göre, yargıçların anayasanın üstünlüğü ilkesini esas alarak anayasaya aykırı kanun hükümlerini uygulamaktan kaçınmaları mümkündür. Ancak diğer yandan, bunu engelleyen hukuki ve siyasi nedenlerin de olduğu ileri sürülmüştür. Uygulamada bu engelleri aşmaya çalışan yargıçlar olsa da, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 4 Şubat 1931 tarihli kararıyla, bir yasayı Anayasaya aykırı olması nedeniyle uygulamaktan kaçınmanın, yargıçların görev ve yetkilerine girmediğini belirlemiştir.[17] Burada hukukta ortaya çıkan

(13) Ayrıntılı olarak bkz. Ibid., ss. 266-267.
(14) Ibidem.
(15) Düzenlemeler için ayrıntılı olarak bkz. Ibid., ss. 267-269.
(16) 1924 Anayasası, yasaların anayasaya uygunluğunun yargı yoluyla denetlenmesini kabul etmemiştir. Meclisin kanunlar tasarı aşamasındayken siyasal denetim yaparak kendi kendini denetlemesi esası kabul edilmişti.
(17) TANÖR, op.cit., ss. 245-246; 1961 Anayasasının geçici 9. maddesinde, "Anayasa Mahkemesinin görevine başladığının Resmi Gazete ile yayımlanmasından önce, mahkemelerde kanunların anayasaya aykırılığı ileri sürülemez ve mahkemelerce de kanunların anayasaya aykırılığına dayanılarak karar verilemez" hükmü yer almaktadır.

bir boşluğun uygulayıcılar tarafından adaleti sağlamak için doldurulmaya çalıştığı söylenebilir.

Demokrat Parti iktidarının 1950-1960 yılları arasındaki baskıcı politikaları ve antidemokratik uygulamaları sert bir muhalefetle karşılaşmış, 1960 başlarında gençlik hareketi yoğunlaşmıştır. Ardından Milli Birlik Komitesi, Türk Silahlı Kuvvetleri adına yönetime el koymuştur. Söz konusu hareket kendisini, 1961 Anayasası'nın başlangıç bölümünde "Anayasa ve hukuk dışı tutum ve davranışlarıyla meşruluğunu kaybetmiş bir iktidara karşı direnme hakkını kullanarak 27 Mayıs 1960 Devrimini yapan Türk Milleti" ifadesi ile meşrulaştırmak istemiştir.[18] 27 Mayıs Hareketi, burjuvazi-bürokrasi dengesinin bozulmasına ve bürokratik yanın zayıf düşürülmesine karşı bir tepki olarak yorumlanmaktadır. Bürokratlar, gelişen yerli güçler karşısında kendi varlıklarını savunmak istemişlerdir.[19]

Demokrat Parti döneminde, orta sınıfların etkili olan asker-sivil, aydın ve memurların ekonomik, sosyal ve politik güç kaybına uğradıkları kabul görmektedir. Bu tabakaların uğradıkları sosyo-ekonomik çöküntü ile askeri müdahale arasındaki bağ vurgulanmıştır. Ancak yine de asıl nedenin politik olduğu söylenebilir. Bu da Demokrat Parti'nin baskıcı bir rejim kurma girişimleri ve buna karşı giderek güçlenen muhalefet ve gençlik hareketi olarak ifade edilebilir. Hareketin amacı, kardeş kavgasının önlenmesi ve adil seçimlere gitmek olarak açıklanmış olmakla birlikte asıl nedenlerin hürriyet ve demokrasi olduğu söylenebilir ki, bunlar da anayasa hukuku dilinde iktidarın sınırlanması anlamına gelmektedir.[20]

27 Mayıs Hareketi'nden sonra, 12 Haziran 1960'da benimsenen Geçici Anayasa, başbakan da dahil olmak üzere eski iktidar üyelerini yargılamak üzere Milli Birlik Komitesi tarafından seçilecek olan Yüksek Adalet Divanı adlı olağanüstü bir mahkeme kurulmasını öngörmüştür. Demokrat Parti üyeleri için açılan davalar cinayet, ayaklanmaya azmettirme ve bilerek mala ve cana zarar verme gibi suçları içine alan üç ağır ceza davası, anayasayı ihlal kapsamında değerlendirilen altı siyasi dava ve dokuz yolsuzluk davası olmak üzere üç ana grupta toplanmıştır.[21] Yüksek Adalet Divanı'nda yargılanacak sanıkları ise, Yüksek Soruşturma Kurulu belirleyecektir. Yargılamalar sırasında, ihtilal hukuku uygulanmamış onun yerine normal hukuk düzeni içinde Yüksek Adalet Divanı, yargıçların tamamı yargı kademelerinden gelen, hukuk tekniğini bilen yüksek yargıçlardan oluşmuştur.[22] Yüksek Soruşturma

(18) Cumhuriyet Ansiklopedisi, 1923-2000, C:3, "Yapı Kredi Yayınları", İstanbul, 2002, s. 8; 27 Mayıs Hareketi'nin direnme hakkının kullanımı olduğu ileri sürülmektedir. Ancak söz konusu hareket belli bir kesimin tepkisinden kaynaklanmıştır. Halkın herhangi bir direnişi söz konusu değildir.
(19) 27 Mayıs Hareketi'ni "devrim", "ihtilal", "darbe", "isyan" gibi kavramlarla değerlendirmek politik değer yargıları içerirken, "müdahale", "hareket" gibi kavramlarla ifade etmek daha nesnel bir yaklaşıma işaret eder. TANÖR, op.cit., s. 2 78.
(20) Ibidem.
(21) Cumhuriyet..., op.cit., s.1
(22) "İhtilal hukuku" adı altında varlığı kabul gören bir hukuk dalı bulunmaktadır. Bu kuşkusuz normal hukuk düzeninden farklı bir yerde olup; aynı yerde durmaları mümkün değildir. Birinin bittiği yerde diğerinin başlaması kaçınılmaz bir gerçektir. İhtilal hukukunu kurmak ve uygulamak ihtilali yapana aittir. Yassıada yargılamalarında ise, farklı bir yöntem benimsenmiş normal hukuk düzeni içinde yetkili adalet kurumlarının yüksek dereceli temsilcileri tarafından yargılama yapılmıştır. Bkz. Yassıada Yargılamaları, Müşterek Müdafaa, Kararlar, Kararların Eleştirisi, Demokratlar Kulübü Yayınları, No:9, Ankara, 1995, ss. 3-4.

Kurulu, sorgu yargıcı görevini görmüş ve Yüksek Adalet Divanı, Yüksek Soruşturma Kurulu'na gönderdiği dosyalara göre sanıkları yargılamıştır.[23] Burada davanın hukuki çatısını kuranın, suç icat ve isnat edenin Yüksek Soruşturma Kurulu olduğu söylenebilir.[24] Sözü geçen icat kavramı önemlidir; çünkü varolmayan bir suçun yaratılarak isnat edilebilmesi mümkündür. Soruşturma belirli bir iktidar uygulama biçiminden türemektedir. Suç ya da cezai ihlal, siyasi iktidarın yasama kanadı tarafından bir toplumun içinde oluşturulan yasadan kopma anlamına gelir.[25] Bir başka ifade ile, siyasi güç ve iktidar ilişkileri ile yakından ilişkilidir. Oluşturulan Yüksek Soruşturma Kurulu da aslında bu noktada siyasi iktidarın önemli bir görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Buna koşut olarak bir siyasi iktidarın varolabilmesi için, özel bir bilgi türüne sahip olması gerektiği söylenebilir.[26]

Anayasayı İhlal Davası, Yassıada yargılamalarındaki en önemli dava olup; iddianamede, Türk Ceza Kanunu'nun 146. maddesini ihlal eden sekiz farklı suç tipi sayılmıştır.[27] Yüksek Adalet Divanı da, hazırlanan iddiaya uygun olarak kanunların teklifi aşamasından başlayarak kabulüne kadar her aşamasını incelemiş, başka bir ifade ile bir organının yasama faaliyeti nedeniyle cezai sorumluluğunun tespiti söz konusu olmuştur.[28] Belirtilen davada 400 sanık yargılanmış ve hemen hepsi cezalandırılmıştır. Başbakan, Maliye Bakanı ve Dışişleri Bakanı hakkında verilen idam cezası kararları da Milli Birlik Komitesi tarafından onanarak infaz edilmiştir.

Demokrat Parti'nin, askeri-sivil bürokrasinin gözünde geldiği konum nedeniyle, inkılaplara karşı direnişin odaklandığı, bir tür karşı devrim partisi görünümünde olması nedeniyle, Yassıada duruşmalarının sonunda mahkemenin verdiği ağır cezalar her şeyden önce bu tepkinin bir ifadesi olarak değerlendirilebilir. Başbakan ve iki bakana isnat edilen suçlar ile çarptırıldıkları ölüm cezaları arasında illiyet bağı kurabilmek için oldukça öznel olan bu tepkiyi göz önünde tutmak gerekir. Bu tepkinin yanı sıra, 27 Mayıs'ı gerçekleştiren güçlerin bir başka özleminin de merkeziyetçi, üniter demokrasi modeli olduğu göz ardı edilmemelidir.[29]

(23) GİRAY, A., Çelik, Tarihin Yargıladığı Davalar, Papirüs Yayınevi, İstanbul, 2004, ss. 137-138.

(24) Soruşturma, yargı düzeninin içinde gerçeği araştırma biçimi olarak ilk kez Ortaçağ'da ortaya çıkar. Daha sonra Batı, bilimsel düzende ve felsefi düşünme düzeninde kullanılabilmiş olan karmaşık soruşturma tekniklerini kimin, neyi, hangi koşullarda ve ne zaman yaptığını öğrenmek için geliştirmiştir. Bkz. FOUCAULT, M., Hakikat ve Hukuksal Biçimler, Büyük Kapatılma, Ayrıntı Yayınları, 2000, s. 167.

(25) Ibid., ss. 214-219.

(26) Ibid., s. 197; Bilgi, iktidar ilişkileri sonucunda icat edilmiş olup kökeni yoktur ve mücadele ile uzlaşmanın bir sonucudur. Bu nedenle de bilgiyi doğuracak olan şey sonuçta risk ve rastlantıdır. Ibid., s. 191; Siyasi ve ekonomik yaşam koşullarının bilgi öznelerini ve hakikat ilişkilerini oluşturduğu söylenebilir. Bilgide geçici bir iktidar sistemi bulunur. Ibid., s. 179; Bir başka ifade ile bilgi, iktidar sahipleri tarafından yaratılır ve özümsetilir.

(27) Belirlenen suçlar, 1951 ve 1953'te Cumhuriyetçi Halk Partisi'nin mallarına el konulması, Cumhuriyetçi Millet Partisi'ne oy verdiği için Kırşehir'in 1954'te ilçe haline getirilmesi ve böylece halkın siyasi inançları nedeniyle cezalandırılması, 1953'te hükümete 25 yıllık hizmet süresini dolduran yargıçları emekliye ayırma kanunu çıkararak yargı bağımsızlığının ihlal edilmesi, 1954 ve 1957'de seçim kanunun demokrasiye aykırı olarak değiştirilmesi, 1956'da toplantı ve gösterileri kısıtlayıcı kanunların çıkartılması, 1960'da art niyetle Tahkikat Encümeni'nin kurulması ve Tahkikat Encümeni'ne olağanüstü yetkiler verilmesi nedeniyle Anayasa'nın fesih ve ilgasına yeltenilmesidir. Cumhuriyet....,op.cit,s. 17.

(28) Yassıada..., op.cit., s. 9.

(29) Cumhuriyet...,op.cit., s. 2.

Duruşmalar sırasında Yüksek Adalet Divanı Başkanı'nın, sanıklardan birinin, "suç sayılan bazı kanunlara oy vermiş veya bizzat teklif etmiş oldukları halde, 27 Mayıs günü Demokrat Parti içinde bulunmayan bazı milletvekillerinin niçin orada bulunmadıkları" sorusuna verdiği cevapta "kendilerini Yassıada'ya tıkan kudretin böyle istediğini" beyan etmesi, aslında sorunun hukuktan bağımsız olduğunu göstermektedir. Aynı şekilde, sanıkların mahkeme huzuruna gelerek zaten sorunun çözüldüğü ve başka yollar aranması gerektiği gibi ifadeleri de bunu doğrular görünmektedir. Burada sözü geçen siyasi kudret Milli Birlik Komitesi'dir. Tasarrufu gerçekleştiren, siyasi kudreti temsil eden Komite olup; sanıkların tespiti ve yargılanması için, Yüksek Soruşturma Kurulu ve Yüksek Adalet Divanı'nı kurmuştur;[30] çünkü bir siyasi kudret olan Milli Birlik Komitesi'nin hukuki sorunları çözmek gibi yargısal bir tasarrufu söz konusu olamaz. Bununla birlikte, siyasi kudretin görevlendirdiği bir yargı organının böyle bir olayda siyasi kudretten bağımsız hareket edebileceğini söylemek oldukça zordur. Ayrıca, aynı suçu işleyen ancak Demokrat Parti üyesi olmayanların yargılanmaması da hukukun evrensel nitelikteki eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.[31]

Açıklananlar ışığında, Demokrat Parti üyelerinin suçlu olduğuna "siyasi otorite"nin önceden karar verdiği ve yargılamanın bu amaçla yapıldığı söylenebilir. Bu da hukukun siyasi amacı olabilir mi? sorusunu akla getirmektedir. Hayek'e göre, bir yargıç hiçbir zaman siyasi otoritenin emrinde olamaz. Sözgelimi, bir derneğin ideolojik amaçlarını paylaşabilir; ama hukukun kavramlarını buna göre yorumlayamaz ve bir ideolog gibi konuşamaz. Ayrıca demokraside yürütme ve yasama gibi siyasi kuvvetler bile, toplumu şekillendirme veya üyelerini belirli hedeflere hizmet ettirme gücüne sahip olmamalıdır.[32] Söz konusu durum, genel kabul gören 1924 Anayasası'nda da düzenlenen mahkemelerin bağımsızlığı ve tarafsızlığı ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Yassıada Mahkemesi kuruluşu bakımından olağanüstü bir mahkemedir. Demokrat Parti üyeleri, doğal yargıçlar önüne çıkarılmamışlardır. Oysa genel hukuk kurallarına göre sanıkların, suç işledikleri tarihte bu tür suçları ve suçlularını yargılamakla görevlendirilmiş ve önceden kurulmuş mahkemeler önünde yargılanması gerekirdi.[33] "Hiç kimsenin kanunen bağlı olduğu mahkemeden başkası önünde yargılanamaması" ilkesi 1924 Anayasası'nın 83. maddesinde ifadesini bulmuştur. Dünya tarihinde de doğal yargıç ilkesine aykırı oluşturulan mahkeme örneklerini görmek mümkündür. İnsanlık tarihinin en kanlı savaşı olan II. Dünya Savaşı'nın ardından ABD, SSCB, İngiltere ve Fransa'dan oluşan müttefik devletler tarafından savaş suçlularını yargılamak amacıyla bir Uluslararası Askeri Mahkeme kurulmuştur.

(30) Yassıada... ,op.cit. s.14.

(31) Böyle bir durumda, yargıçların Başsavcılığa bir tezkere yazarak, aynı suçu işleyen diğer milletvekilleri hakkında da dava açarak Yassıada'ya sevklerini istemi gerekirdi ki bağımsız oldukları kabul edilebilsin. Burada sözü edilen yargılama dışı bırakılan milletvekilleri, önce Demokrat Parti üyesi iken 27 Mayıs'tan önce bu partiden istifa ederek Cumhuriyet Halk Partisi'ne geçenlerdir. Yassıada, ...,op.cit., s. 207.

(32) Bkz. www.milliyet.cm.tr/1998/01/04/yazar/akyol.html.

(33) Yassıada....,op.cit., s. 206.

Nuremberg Mahkemesi olarak anılan Mahkeme'yi kuran Statü'nün 6. maddesinde, Mahkeme'nin yargı yetkisine giren suçlar barışa karşı suçlar, savaş suçları ve insanlığa karşı suçlar olarak belirlenmiştir. İnsanlığa karşı suçların, o güne kadar hiçbir düzenlemeye konu olmaması ve ilk defa Nuremberg Statüsü'nde yer almış olması nedeniyle, çoğu devletin ulusal hukuklarında yer alan ve evrensel nitelikteki kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesine aykırı olduğu eleştirisi gündeme gelmiştir.[34]

Yassıada Mahkemesi gibi, Nuremberg Mahkemesi de olağanüstü bir mahkemedir. Yetkilerine girdiği açıklanan fiillerin gerçekleşmesinden sonra (ex post facto) kurulmuştur. Askeri nitelikte bir mahkeme olmasına koşut olarak, bu mahkemenin objektif adaleti sağlama görevi yoktur; çünkü savaş sırasında bütün tarafların işlediği suçları yargılamak üzere kurulmamıştır. Askeri bir mahkeme olması nedeniyle yetkileri, sadece mağlup olan devletlerin savaşla bağlantılı suçlarına münhasırdır.[35] Mahkeme'ye yönelik en önemli eleştiriler, kanunilik ve doğal yargıç ilkelerini ihlal ettiği iddiasıdır.[36] Mahkeme, bu konuda ileri sürülen itirazları reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, komşu devletlere saldıranların cezasız kalmalarını söylemek adil olmayacaktır. Asıl adaletsizlik, onların cezalandırılması değil; cezalandırılmaması olacaktır. Böylece Mahkeme, kanunilik ilkesini pozitivist bir yaklaşımla değil amaçsal bir şekilde yorumlamıştır.[37] Mahkeme'nin kazanan devletlerin yargıçlarından oluşması nedeniyle kazanan devletlerin gücünü yansıttığı bir başka eleştiri konusudur. Ayrıca, Statü'nün sadece Alman savaş suçlularına karşı uygulanmak suretiyle çifte standarda neden olduğu eleştirileri de gündeme gelmiştir[38] ki bu da eşitlik ilkesi ile bağdaşmamaktadır.

Yassıada Mahkemesi'ne dönülecek olursa, Demokrat Parti milletvekilleri, Bakanları ve Başbakanları, yasama faaliyetleri nedeniyle anayasayı ihlal suçundan yargılanmışlardır. Ancak 1924 Anayasası'nın 17. maddesinde, "milletvekillerinin Meclis'teki beyan ve oylarından dolayı suçlanamayacakları, yargılanamayacakları" ifade edilmiştir. Belirtilen durum, yasama dokunulmazlığı ilkesi olarak ifade edilmektedir. Sorumsuzluk, milletvekilini cezai, hukuki ve siyasi tahkikata karşı koruduğu gibi, hiçbir şekilde kaldırılamaz.[39] Kunter'e göre, milletvekili dokunulmazlığı denen durum, suçun bütün diğer unsurları olsa dahi, cezalandırabilme unsurunu ortadan kaldırdığı için suçun oluşmasına engel olmaktadır.[40] Yapılan yargılamalar, siyasi iktidarın elinde şekillenmekte olup, hukuki adlandırmayı yapan da politikadır. Siyasi bir dava olması nedeniyle yargının iktidardan bağımsız olamadığı görülmektedir. Bir ihtilal mahkemesi olması nedeniyle kararın önceden belli olması söz konusudur. Bu noktada hukuk politikanın kullandığı bir araç haline gelmektedir. Belirtilen nedenle özellikle hukuk-politika ayrımını reddeden eleştirel hukukçular tarafından, hukuki belgelerin politikayı yansıttığı ileri sürülmektedir. İlgili durumda kuralların yapımı ve uygulanması sırasında ortaya çıkabilmektedir. Özellikle siyasi bir dava söz konusu ise, önceden belli olan sonuca hangi verilerin kullanılarak gidilebileceği araştırılır. Hüküm kurma süreci pür bir akılsal yürütme olmayıp, politik gerekçelendirmeler bu sürecin bir parçasıdır ve yargıç karar verirken bir tercihte bulunmaktadır.[50] Tarihin yargıladığı önemli davalarda biri olan Dreyfus Davası somut durumu örneklemektedir.

Yahudi asıllı Fransız yüzbaşı Dreyfus, Almanlara casusluk yaptığı gerekçesi ile imzasız ve tarihsiz bir belge nedeniyle 19 Aralık 1894 günü Paris Birinci Savaş Konseyi'nde yargılanmaya başlanır. Yargılama sırasında mahkemeye Genel Kurmay tarafından Dreyfus Davası ile ilgili gizli belgeleri içeren bir dosya verilir ve sanık, sanık avukatı ve sanık yakınlarına gösterilmez. İlgili dosya nedeniyle yargılamanın seyri Dreyfus aleyhine değişir ve ömür boyu hapis ile sürgün cezasına çarptırılır.[51] Böylece bir kişi içeriğini bilmediği bir belge nedeniyle mahkum olmuştur. Şekil, gerçeğe tercih edilmiştir. Emile Zola, diğer Fransız aydınlarının ve kamuoyunun yoğun baskısı sonucunda Dreyfus'un tekrar yargılanmasına karar verilir; ancak bu defa da duruşmalar devam ederken sanığın avukatları öldürülmek istenir, çeşitli saldırılara uğrar. Bütün bunlara rağmen avukatları Dreyfus'un mahkum olmasına neden olan belgenin geçersiz ve sahte olduğunu kanıtlamışlardır. Belgeyi düzenleyip, mahkemeye gönderilmesini sağlayan ise, Albay Henry'dir. Ardından Dreyfus ile ilgili yeniden yargılama yapılır ve zorlu bir süreçten sonra, suçluluğu ortadan kalkar. Fransa'da sanık ve avukatların gizli belgeleri görmeleri yasağı bu davadan sonra kaldırılmıştır.[52]

Siyasi davaları anlamak için, hukuk ve adalet ilişkisi üzerinde de durmak gerekir. Özellikle adı geçen davalarda adaletin maddi ve şekli adalet olmak üzere iki farklı görünümünden söz edilebilir. Maddi adalet, belirli temel ilkelerin yerine getirilmesini talep eden adalet olarak ifade edilebilir. Bu da genellikle insan haklarının korunmasını ve sosyal adaletle ilgili düzenlemelerin yapılmasını beraberinde getirmektedir. Maddi adalet hukuk ilişkisi incelendiğinde, bu adalet türünün öncelikle anayasa olmak üzere pozitif hukuk kurallarının adaletin ilkelerine uygun olması gerekliliğini talep ettiği görülmektedir.[53] Şekli adalet ise, maddi adaletten farklı olarak bu kuralların içeriği ile değil; uygulanması ile ilgilidir. Bir başka ifade ile maddi adalet, politika ve ahlak ile ilişkili iken; şekli adalet hukuk ile ilişkilidir. Şekli adalet, mevcut kurallara uygun hareket etmeyi; maddi adalet

(34) EKŞİ, ATEŞ, Canan, Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s. 86.

(35) ÖNOK, Murat, Tarihi Perspektifi ile Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003, s. 41

(36) Kanunilik ilkesi, suç ve cezaların ancak kanunla konulması ve usulüne uygun olarak ilan edilmek suretiyle herkes tarafından öğrenilmesini ifade eder. Bir başka ifade ile, bir davranış ne kadar zararlı, ahlaksız, vicdanı rencide edici olursa olsun, fiil işlenmeden önce cezalandırılacağına ilişkin bir düzenleme yoksa, cezalandırılamayacaktır. Doğal yargıç ilkesi ise, kanunla önceden kurulmuş bir mahkemenin tarafsız, bağımsız ve her açıdan yetkili hakimi önünde yargılanmasını ifade eder. Bu ilkenin varlık nedeni, sadece belirli suçları işlemiş bazı kişileri yargılayıp, mahkum etmenin doğuracağı riski ortadan kaldırmaktır. Belirtilen ilke, aynı zamanda suç ve cezaların kanuniliği ilkesinin usul hukukundaki uzantısı olup; yargılamadaki keyfiliği önleme ve güvenirliği sağlama amacı taşıyan temel bir kuraldır. Bkz. ÖNOK, s. 47.

(37) Ibid., s. 48.

(38) Ibidem.

(39) Yassıada..., op.cit., s. 209.

(40) Ibid., s. 54.

(50) AKTAŞ, op. cit., s. 174

(51) GİRAY, op.cit., ss. 74-75.

(52) Ibid., s. 78.

(53) UYGUR, Gülriz, "Adalet ve Hukuk Devleti", AÜHFD, C:53, S:3, 2004, ss. 29-30.

ise, kuralların içeriğini değerlendirmeyi gerekli kılar. Bu açıdan bakıldığında maddi ve şekli adaletin birbirine ihtiyaç duyduğu söylenebilir. Maddi adalet, şekli adalete ulaşmak için gerekli olabilir. Söz konusu durum aynı zamanda adil bir sonuca ulaşmak için de gereklidir.[54]

Şekli adalet kapsamında adil olmayan eylem, hukuk sistemindeki yetkililerin, yargıçların doğru kuralı uygulamamaları ya da varolan bir kuralı yanlış yorumlamaları sonucunda ortaya çıkmaktadır. Hart'a göre şekli adaletin gerekleri, benzer durumlarda benzer şekilde, farklı durumlarda farklı şekilde davranma, kurala göre işlem yapma ve kuralların davalara tarafsız bir şekilde uygulanmasıdır.[55] Açıklananlar ışığında, Yassıada yargılamalarının şekli adalete uygun olmadığı söylenebilir. Mevcut hukuk kurallarına aykırı uygulamalar ve ayrımcılık sonucunu doğuran ön yargılar söz konusu olmuştur. Yassıada yargılamalarında, Adnan Menderes ve diğer sanıklara, Yassıada'da tutuklu bulundukları zaman zarfında tam bir tecrit uygulanmıştır. Aile ve diğer yakınları ile çok sınırlı koşullarda görüşebilmişlerdir. Sürekli ve çok sıkı bir gözetim altında tutulmuşlardır. Sanıklar en temel hakları olan savunma haklarından mahrum bırakılmıştır. Avukatların savunma yapmaları engellenmiştir.[56] Kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi, doğal yargıç ilkesi, eşitlik ilkesi, adil yargılanma hakkı[57] gibi anayasa ve ceza hukukunda yer alan temel kurallar ihlal edilmiştir. Sonuç olarak, Yassıada yargılamalarının şekli adalete uygun olmadığı söylenebilir.

Demokrat Parti üyelerinin yapmış olduğu antidemokratik düzenlemeler nedeniyle, cezasız kalmamaları gerektiği düşüncesinden hareketle maddi adaleti sağlamak için ilgili yargılamaların yapılması gerektiği düşünülebilir; ancak verilen kararlar ve cezalar düşünüldüğünde bunun gerçekleşmediği; çünkü kuralların içeriği ile de uyumlu olmadığı görülecektir. Maddi adaleti sağlamak için yargılama yapılacağı kabul edilse bile, yargılamalar sırasında şekli adalete uygun hareket edilmesi, evrensel kabul edilen objektif hukuk kurallarına uyulması gerekir. Hukuk kurallarının keyfi bir şekilde uygulanması şekli adalet ile bağdaşmaz.

Diğer yandan şekli adaletin sağlanabilmesi için, hukuk devleti ilkesinin de bir sonucu olarak kuralların önceden ilan edilmesi, genel olması ve belirli olması bir başka ifade ile dildeki belirsizlik ve kuralların farklı yorumlanabilirliğinin mümkün olduğunca azaltılması gerekir. Yargılama sürecinde ortaya çıkan bu belirsizlik de, dildeki belirsizlik ve yorum sonucu ortaya çıkan belirsizlik olarak iki farklı türde ifade edilebilir. Hukuk kuralı içinde kullanılan farklı anlamlara gelen bir sözcük, yargıcın önüne geldiğinde, hakim yorum yapmak suretiyle bu sözcüğe yüklenilen anlamlar arasından bir seçim yapacaktır. Böylece yargıçlar, söz konusu belirsizlik karşısında ideolojik eğilimlerine

(54) *Ibid., s. 30*
(55) *Ibid., s. 31*
(56) *GİRAY, op.cit., ss.141-142; Benzer bir durum Dreyfus yargılamalarında da karşımıza çıkmaktadır.*
(57) *Adil yargılanma hakkının ne anlama geldiği konusunda, ilgili hakkı düzenleyen metinlerde bir tanım yapılmamış olmakla birlikte Black's Law Dictionary'a göre, "tarafsız ve bağımsız bir mahkeme tarafından yargılanma; suçlu bulunmadan önce yargılamanın yapıldığı, soruşturmanın yapıldığı ve bütün olarak olayların ve delillerin bir duruşma ile değerlendirildikten sonra hüküm verildiği" bir kavram olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Black's Law Dictionary, 6. Baskı, 1990, s. 596*

göre kuralları farklı şekilde yorumlayabilmektedir.[58] Yassıada yargılamalarında geçen "anayasayı ihlal", "vatana ihanet" gibi suçların içeriği belirsizdir ve farklı yorumlar farklı sonuçların ortaya çıkmasına neden olabilmektedir. Belirsizlik sorununun aynı zamanda kuralların içeriği ile ilgili olmasına koşut olarak, maddi adalet ile de yakından ilgili olduğu söylenebilir.

Sonuç olarak, siyasi nitelikteki davalar politika ve adaletten bağımsız değildir. Yassıada yargılamalarının ihtilale meşru bir zemin oluşturmak için yapıldığı bir başka ifade ile, politikanın hukuku bir araç olarak kullandığı söylenebilir. Siyasi iktidar, kimi zaman yasalara önem vermeyen, onların yerine kendi iradesini koyan kimse olabilmektedir.[59] Söz konusu durum özellikle ceza hukuku için geçerlilik kazanmaktadır. Devlet, meşru şiddet kullanma tekeline sahip yegane güç olduğu; politikanın da bu gücü ele geçirmek ve elde tutmak için yapıldığı düşünülürse, politikanın içinde bir şiddet unsurunun olduğu anlaşılabilir.[60] Söz konusu durum, ceza hukukunun iktidar tarafından kullanılması ile ortaya çıkmaktadır. Güç kullanma tekeline sahip (polis-ordu teşkilatı), yargı makamlarına, eğitim kurumlarına sahip olan ve devlet iktidarını ellerinde tutanlar çoğu zaman sahip oldukları bu gücü belirlenmiş olan kuralların dışında kullanarak[61] kendilerine meşruluk kazandırabilmektedir.

KAYNAKÇA

AKTAŞ, Sururi, Eleştirel Hukuk Çalışmaları, Kazancı Yayınevi, İstanbul, 2006.

BİBEROĞLU, M. Kemal, Yassıada Kararları ve Tahkikat Komisyonunun Bilinmeyen Gerçekleri, Demokratlar Kulübü Yayınları, Ankara, 1996.

BOGNANOR, Vernon, "Constitutional Law And Politics", Oxford J. Legal Stud., Vol:77.

Cumhuriyet Ansiklopedisi, 1923-2000, C:3, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002.

EKŞİ, ATEŞ, Canan, Uluslararası Ceza Mahkemesinin İnsanlığa Karşı Suçlar Üzerindeki Yargı Yetkisi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.

FOUCAULT, M., Hakikat ve Hukuksal Biçimler, Büyük Kapatılma, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2000.

GİRAY, A., Çelik, Tarihin Yargıladığı Davalar, Papirüs Yayınevi, İstanbul, 2004

GÜRİZ, Adnan, "Adalet Kavramı Üzerine", HFSA, S:9, 2004.

HASNAS, John, "Back To The Future: From Critical Legal Realizm, Or How Not To Miss The Point of the Intederminacy Argument", http://heinonline.org/HeinOnline/show.pl?handle=hein.journals/duklr45&id=110&size=4.

KALE, Nesrin, "Hukukun Adalete Uygunluğu", HFSA, S:9, 2004.

ÖKÇESİZ, Hayrettin, "Hukuk ve Dil", in Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, HFSA Yayınları 1, İstanbul.,1997.

ÖNOK, Murat, Tarihi Perspektifi ile Uluslararası Ceza Divanı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2003.

(58) *HASNAS, John, "Back to the Future: From Critical Legal Realism, or How Not to Miss the Point of the Intederminacy Argument", http://heinonline.org/HeinOnline/show.pl?handle=hein.journals/duklr45&id=110&size=4, s.97; Ayrıca hukuki belirsizlik ile ilgili ayrıntılı olarak bkz. ÖZKÖK, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", AÜHFD, C.51, S.2, 2002, ss. 1-18.*
(59) *FOCAULT, op.cit., s. 193.*
(60) *Siyaset..., op.cit., s. 5.*
(61) *VAHAP, Coşkun, "Direnme Hakkı", HFSA, S:5, İstanbul, 2002, s. 53.*

ÖZKÖK, Gülriz, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", AÜHFD, C.51, S.2, 2002.

ÖZLEM, Doğan, "Adalet Üstüne Görecelik-Mutlaklık Tartışması", HFSA, S:9, 2004.

Siyaset Nedir?, in SİYASET (Derleyen: Mümtaz'er TÜRKÖNE), Lotus Yayınevi, Ankara, 2003.

SOYASLAN, Doğan, Ceza Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara, 1998.

TANÖR, Bülent, Osmanlı-Türk Anayasal Gelişmeleri (1789-1980), Afa Yayınları, İstanbul, 1996.

TUSHNET, Mark, "Principles, Politics and Constitutional Law", Mich. L. Rev. 51, Vol:88.

UYGUR, Gülriz, "Adalet ve Hukuk Devleti", AÜHFD, C:53, S:3, 2004.

VAHAP, Coşkun, "Direnme Hakkı", HFSA, S:5, İstanbul, 2002.

Yassıada Yargılamaları, Müşterek Müdafaa, Kararlar, Kararların Eleştirisi, Demokratlar Kulübü Yayınları, No:9, Ankara, 1995.

www.milliyet.cm.tr/1998/01/04/yazar/akyol.html

Black's Law Dictionary, 6. Bası, 1990.

Yargılamada Nesnelliğin Psikolojik ve İnançsal Boyutu

Ahmet Gürbüz[*]

Yargılamada nesnelliğin, benzer bir deyimle, yargının tarafsızlığı ve objektifliğinin sağlanabilmesinin temel dinamikleri olarak, birbiriyle etkileşim içinde de olabilen iki ayrı boyuttan söz edilebilir. Yargılamada tarafsız ve objektif oluşun birinci öğesi, genel ve kapsamlı bir ifadeyle, psikolojik boyuta ilişkinken; ikinci öğe, ideolojik ya da düşünsel de diyebileceğimiz inançsal boyuta ilişkindir.

Yargılamada nesnelliğin psikolojik boyutuna ilişkin olarak şu önemli hususlara dikkat çekilebilir:

Bilindiği üzere, uygarlığın kriteri olarak benimsenen 'adalet' düşüncesi, toplumsal işlerliğini yargı organları, daha somuta indirgemek gerekirse yargıçlar aracılığıyla gerçekleştirmek durumundadır. Bu bağlamda, soyut 'adalet' ilkesinin somut içeriğini oluşturan evrensel hukuk değerlerinin[1] toplumsal yaşamdaki uygulayıcı dinamikleri olan yargı organlarına, özel olarak da yargıçlara büyük ödev ve sorumluluklar düştüğü ortadadır. Bu önemli sorumluluğun ayırdına yeterince varılabilmesi için, yargılamada nesnelliğin birinci öğesi olarak sunduğumuz ve 'yargıcın kişilik bağımsızlığı' da denebilecek bu psikolojik boyutun özgün yanı, bunun anlam ve önemi ayrıntılandırılmalıdır.

Yargıcın yargılama işlevini yerine getirirken nesnel (objektif), tarafsız olması ne demektir? Hemen burada şu noktaya dikkat çekmek gerekir. Ülkemizin hukuk düşününde ve literatüründe 'yargılamada nesnellik' çoğu zaman 'yargı bağımsızlığı' kapsamında ya da onunla özdeş anlamda düşünülmekte ve bu konunun ayırdının ve öneminin bilincine yeterince varılamadığı dikkati çekmektedir. 'Yargıcın yargılama yaparken psikolojik ve inançsal olarak nesnel oluşu', genel olarak 'yargı bağımsızlığı' diye adlandırılan sorundan ayrı, özgün bir anlama sahiptir. 'Yargı bağımsızlığı' dendiğinde, daha çok yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erkin etkisinde olmaması, siyasal erke karşı bağımsız olması anlatılmak istenir. 'Yargı bağımsızlığı' kavramı, yargı organlarının kurumsal bağımsızlığı ve tarafsızlığı anlamında belirginleştiğinde, bunun çözüm yolu, yani toplumsal yaşamda 'yargı bağımsızlığı'nın nasıl sağlanacağı sorusunun yanıtı da daha belirgin bir biçimde karşımıza çıkar. Bu çözüm ise, uygun ve gerekli hukuksal düzenlemelerin yapılması, ayrıca toplumun sosyo-ekonomik kültürel koşullarının söz konusu bu hukuksal dü-

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

(1) Evrensel hukuk değerleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Ahmet GÜRBÜZ: Hukuk ve Meşruluk (Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme), gözden geçirilmiş 2.bası, İstanbul, 2004.

zenlemeleri destekleyici bir temel oluşturma durumuna getirilmesiyle elde edilebilir. Yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erk karşısında tarafsız ve bağımsız oluşunun yanı sıra, yargı organları ve bu organların işlevsel süjeleri olarak yargıçların (doğal olarak yargı kavramının içeriğine, bu anlamda, savcılar ve avukatlar da girer) ekonomik, sosyal, güvenlik ile ilgili vb. koşulları da, 'yargı bağımsızlığı'nı etkileyen ve bu kapsamda ele alınması gereken olgulardır. 'Siyasal erk karşısında bağımsız olma'da olduğu gibi, yargı organlarının ve yargıçların bu türden sorunlarının çözümü de yine hukuksal düzenlemeler ve sosyo-ekonomik kültürel koşulların bu düzenlemeleri destekleyici bir yapıya kavuşturulması ile olanaklıdır.

Dikkate sunmak istediğimiz vurgu açısından; 'yargı bağımsızlığı'na ilişkin tüm bu belirtilenlerden, 'yargı bağımsızlığı' sorununun birey olarak yargıcın dışındaki koşullara bağlı olduğu böylece anlaşılmış bulunmaktadır. Genel olarak 'yargı bağımsızlığı' sorununun çözümlenmesi, hukuksal düzenlemeler ve toplumsal koşullarla ilgili ve olanaklıdır.

'Yargı bağımsızlığı' yargıcın dışındaki koşullarla ilgili olmasına karşılık, yargılamada nesnelliğin psikolojik boyutu ya da benzer deyimle 'yargıcın kişilik bağımsızlığı' birey olarak yargıcın kendisiyle ilgilidir. Yargıcın yargılamada objektif olması ya da yargıcın kişilik bağımsızlığı, onun, yargılama işlevini yerine getirirken hiçbir etkenin etkisi altında kalmadan hukukun gerektirdiğini yerine getirme tavrını gösterebilmesini deyimler. Yargıç yargılama yaparken ve karar verirken; kendisinin dışsal ve içsel etkenleri algılama biçiminin, karşı karşıya bulunduğu somut olayla ilgili olarak hukukun gerektirdiği değerlendirmenin dışına çıkmasına yol açmasına olanak vermemelidir. Eğer yargılamanın ve hukuksal kararın biçimlenmesini ve niteliğini belirleyen temel belirleyici hukukun gerektirdiği ölçü değil de, yargıcın etkisi altında kalmaktan kendisini alıkoyamadığı içsel ya da dışsal etkenler ise, bu durumda yargıcın yargılamadaki nesnelliğinden, dolayısıyla somut kararın objektif ve evrensel hukukun buyruğunu yansıttığından söz edilemez. Yargıç yargılama yaparken kin, öfke, intikam, kıskançlık gibi kendisine ilişkin olası olumsuz psikolojik duygulanımlardan soyutlanabilmeli; yalnızca somut olay açısından hukukun gereğini yerine getirme amacını gütmeli ve bu onurlu, değerli tavrı ortaya koyabilmelidir.

'Yargıcın kişilik bağımsızlığı' açısından, yargıcın yargılamadaki nesnelliğini engelleyici olabilme özelliğine sahip etkenler düşünsel, dışsal ya da içsel etkenler biçiminde değişiklik gösterebilir. İdeolojik, dinsel, etnik vb. savların tutsağı ya da bu bağlamdaki organizasyonların içerisine adeta kendisini bir 'belirlenen nesne' gibi bırakıvermiş bir kişilik, bağımsız ve tarafsız bir kişilik olarak yargılama işlevini gerçekleştirme yetkinliğinden yoksundur. Bunun gibi, bireysel olarak kendisinin, çevresinin ya da herhangi bir nitelikteki herhangi bir topluluğun istek ve çıkarlarını sağlamak amacını içselleştirmiş bir kişilik, tarafsız ve objektif yargılama yapma yetkinliğine sahip olmaktan uzaktır. Daha da önemlisi; tutku, kin, çekememezlik gibi olumsuz psikolojik duygulanımları yansıtan içsel etkenlerdir. Yargıç, bir insan olarak, kendisinin içselliğini sorgulayarak, yargılama yaparken ve hukuksal karar verme aşamasında sübjektif psikolojik duygulanımlarının bağımlılığından kendisini kurtarabilmelidir. Güç de olsa, kendisine ilişkin duygulanımların etkisinde kalmayı aşmayı başaramayan bir kişilik, yargılama işlevinin hukukun beklenti ve istemine uygun bir şekilde gerçekleştirilmesini sağlayamaz.

Yargılamanın nesnelliğinin inançsal boyutuna ilişkin olarak, yukarıda belirtilen psikolojik boyutla ilişki ve etkileşim içerisinde bulunulduğu da göz önüne alınarak, şu önemli belirlemelerde bulunulabilir:

Yargıç yargılama yaparken kendi politik vb. görüşlerinden, değer yargılarından, dinsel ve etnik ayrım gütme düşüncelerinden soyutlanabilmeli; yalnızca somut olay açısından hukukun istemini yerine getirme amacını gütmeli ve bu onurlu, değerli tavrı gerçekleştirebilmelidir.

Bu açıdan bakıldığında, insanlık tarihinde tüm toplumlar için "milli ve kutsal" değerlerin varlığı ve geçerliliğinin bir gerçeklik olduğu görülebilir. "Değer" kavramına ilişkin çok boyutlu ve ayrı açılardan yaklaşımlar yapılabilmekle birlikte,[2] konumuz açısından, daha çok soyut ve nesnel-evrensel değer kavramının toplumsal yaşam ve algılamadaki somutlaşmış biçimi olan "kültür" olgusuna ilişkin boyutunun irdelenmesi önem taşımaktadır. Çağdaş insanlık yaşam biçiminde, kitle iletişim araçları ve küreselleşme dinamikleri doğrultusunda giderek ulusal ya da yerel kültür olgusu büyük değişimler yaşayarak bir benzeşmeye doğru eğilim göstermekle birlikte; yine de toplumsal ya da yerel bağlamda kültür olgusunun varlığı ve geçerliliği bir gerçektir. Konumuz açısından "milli ve kutsal" olarak algılanan toplumsal değerler, sözü edilen "kültür" olgusu çerçevesinde ele alınarak irdelenebilir.

Kuşkusuz ulusal ya da toplumsal bağlamdaki değerlerin toplumun barış, esenlik, hoşgörü, yardımlaşma ve bütünlük içerisinde varlığını ve devamlılığını sağlaması açısından yadsınamaz ve gerekli rolü vardır; ve bu yönüyle sözü edilen ulusal-toplumsal değerlerin varlığı savunulabilir olduğu gibi, bunların yadsınmasını içeren bir yaklaşımın gereksizliğinde de hiçbir kuşku olamaz. Ne var ki, bir toplumsal değerin bu biçimde olumsuzlanmayı gerektirir bir temelden uzak olabilmesi için; bunun, tüm insanlık süreçlerinden geçerek çağdaş insanlıkça en azından teorik olarak benimsenen, üzerinde uzlaşıya varılmış temel nesnel-evrensel hukuk ilkelerine aykırı bir yapıya sahip olmaması gerekir. Doğal olarak, evrensel hukuk ilkelerinin özüne aykırı ulusal değerlere, haklı ve nesnel bir temele dayalı bir geçerlilik tanınamaz.

Evrensel-nesnel hukuk ilkelerine aykırılık taşımayan ulusal-toplumsal değerler açısından, yalnızca bir önemli riskten söz etmek olanaklıdır: Toplum açısından geçerliliği bulunan bu ulusal ya da kutsal değerlerin birey, grup, oluşum ve siyasal erkler vb. tarafından "başka" amaçlar doğrultusunda kullanılması. Bu nedenle, yukarıda belirtilen olumlu özelliklere sahip bulunan ulusal-kutsal değerler açısından; bu değerlerin "toplumdaki işlerlik biçimi" önemli bir sorundur, ve bu önemli sorunun sağlıklı bir biçimde kritik edilerek ortaya konması, sözü edilen değerlerin varlık amacına aykırı sonuçların toplumsal yaşam ve ilişkilerdeki egemenli-

(2) 'Değer' kavramı ve 'değer teorisi' konusunda geniş açıklamalar için bakınız: Vecdi ARAL: İnsan Özgür mü? s.29-37, 249-275, İstanbul, 2004; Vecdi ARAL: Varlığı Vareden İlke Sevgi, s. 19-41, İstanbul, 2005.

ğini ortadan kaldırmada büyük katkılar sağlayacaktır.

Toplumca benimsenmiş değerler olumsuz anlamda nasıl bir işlerlik görebilir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için ampirik verilere göz atmak gerekir. Toplumsal pratiğe baktığımızda, toplumsal değerlerin olumsuz açıdan birey, grup, siyasal erk vb. oluşumlar tarafından çıkar, dinsel, ideolojik vb. amaçlarla kullanıldığını gözlemlemekteyiz. Daha temelli bir irdeleme yapıldığında, dinsel ya da ideolojik amaçların yine çıkar ve iktidar edinme amacına yönelik bir kılıf olarak işlev gördüğünü ayrımsamak olanaklıdır. Gerçekten de insanlık deneyimleri, dinsel ya da ideolojik söylemlerin çoğunlukla güç ve çıkar edinme yolunda birer araç olarak kullanılan kılıflar biçiminde işlev gördüğüne tanıklık etmektedir. Dinsel ya da ideolojik söylemin görünürde egemen olduğu birçok tekil olay irdelendiğinde; gerçek amacın çıkar ya da güç edinmek olduğu, somut koşulların da desteklemesiyle dinselliğin ya da ideolojinin bu amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanıldığı ortaya çıkmaktadır. Özetle dinsellik ve ideolojinin toplumca benimsenen değerlerle de yoğrularak birey, grup, siyasal erkler tarafından çıkar ve güç edinmek gerçek amacıyla kullanılagelmesi, toplumsal bir gerçeklik olarak kendini göstermektedir.

Sözü edilen bu olumsuz gerçekliğin en önemli sonucu, toplum ve ülkenin uygar bir aşamaya ulaşmasına engel olmak; demokrasi, hukuk devleti, laiklik, toplumsal adalet, insan hak ve özgürlükleri gibi temel evrensel-hukuksal değerlerin yerleşmesine olanak tanımamak biçiminde ortaya çıkmaktadır. İyiniyetle, bilimselliğin ve çağdaşlığın yegâne erek olarak yer aldığı her bireysel ya da toplumsal girişim ve atılımın karşısında; iktidar ve çıkarına dokunulan oluşumların "değer" kılıflı duruşları ciddi bir engel olarak duracaktır.

Toplumsal değerlerin bu denli olumsuz işlerliğinin önüne nasıl geçilebilir? Bunun başarılabilmesi için kuşkusuz öncelikle bu yönlü hukuksal düzenlemelerin varlığı kesin bir koşuldur. Ancak bununla yetinilmesi, sözü edilen olumsuz gerçekliğin varlığını sürdürmesine engel olamaz. Bunun için her şeyden önce toplumsal yönetim işlevini görmek ödevinde olan siyasal iktidarın, özelde de yöneticilerin sözü edilen gerçekliğin bilincinde olması gerekir. Siyasal iktidarlar ve yöneticiler, bu yönlü hukuksal düzenlemelere siyasal erkin ve yöneticilerin de uymasını gerektiren 'hukuk devleti' ilkesinin gereklerini yerine getirmeli, daha da önemlisi, toplumsal değerlerin olumsuz işlerliği alanından siyasal iktidar ve yöneticiler soyutlanmadan bu değerlerin kötüye kullanılmasına engel olunamayacağı düşüncesini içselleştirmiş olmalıdırlar.

Sonuç olarak; 'yargılamada nesnellik' olarak adlandırdığımız, yargıcın yargılama ve hukuksal karar verme aşamasında objektif ve tarafsız olması nasıl sağlanabilir? Bu önemli soruya, "yargı bağımsızlığı"nda olduğu gibi, "hukuksal düzenlemeler ve toplumsal koşulların bu düzenlemeleri destekleyici yetkinliğe kavuşturulması" biçimindeki bir çözüm ve yanıt çabası yetersiz görünmektedir. Yargılamanın nesnelliğinin ya da 'yargıcın kişilik bağımsızlığı'nın sağlanabilmesinin tek çözüm yolu; yargılama süjelerinin, filozofik birikim ve kişiliğe sahip olması ve çağdaş insanlık değerlerini yani evrensel hukuk değerlerini bağlayıcı kriterler olarak benimsemesi ve içselleştirmesinden geçmektedir.

1982 Anayasasının Serüveni

Fazıl Hüsnü Erdem(*)

1982 Anayasasının bugüne kadar geçirdiği evrimin genel bir analizini amaçlayan bu çalışmada, önce anayasacılık düşüncesine ve bu düşüncenin şekillendirdiği anayasa kavramına değinilecektir. Bunun akabinde, Anayasanın ilk metni çeşitli boyutlarıyla (insan hakları, hukuk devleti ve demokrasi ilkeleri açısından) ele alınacak; bu metnin, anayasacılık bakımından taşıdığı eksiklikler ve yanlışlıklar ortaya konulacaktır. Son olarak da, Anayasada bugüne kadar gerçekleştirilen değişiklilerin bilançosu çıkarılarak, eski metinle yeni düzenlemeler karşılaştırmalı bir biçimde incelenmeye ve analiz edilmeye çalışılacaktır.

A. GENEL OLARAK ANAYASACILIK VE ANAYASA KAVRAMI

Tarihsel olarak anayasacılık, iktidarın yoğunlaşmasına bir tepki olarak, 17 ve 18. yüzyıl liberal düşünürleri tarafından doğal hukuk ve toplumsal sözleşme kuramları çerçevesinde geliştirilen bir siyasal teoridir[1]. Bu düşünce biçimini tetikleyen ve besleyen motor güç, iktidarın yozlaştırıcı olduğuna ilişkin inançtır. Bu inancı paylaşan ve devleti, "varlığı zorunlu bir kötülük" olarak gören liberal teorisyenlere göre, bu kurumun kötülüklerini minimize etmek, onu adeta "evcilleştirmek" ve "ehlileştirmek" gerekir. Daha açık bir anlatımla, insanların, kendi elleriyle ve ortak çıkarlarını kollama amacıyla yarattıkları ve adına "devlet" dedikleri bu siyasal organizasyonu, insanların özgürlüklerini tehdit eden bir aygıt olmaktan çıkarmak ve onu bir "hizmet" aracı haline getirmek gerekir. Buna göre anayasacılığın temelinde yatan düşünce, devlet iktidarının keyfiliğe kaçmasını önlemek, onu sınırlamak ve böylelikle insan haklarını güvence altına almaktır. Bu bağlamda anayasacılık, devletin yönetim yapısını, bireylerin hak ve özgürlüklerini yazılı belgelere bağlama amacını taşımaktadır[2]. Farklı bir söyleyişle, anayasacılık düşüncesi, "özgürlük tekniği ve iktidarı bölme yoluyla devletin ve hükümetin eylem ve işlemlerine etkin sınırlamalar"[3] getirilmesini öngörmektedir.

"Sınırlı iktidar" hedefine ulaşabilmek için anayasacılık; kuvvetler ayrılığı, yargı bağımsızlığı ve insan hakları-

(*) Prof. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) FRIEDRICH, Carl. J. : **Sınırlı Devlet** (Çev. Mehmet Turhan), Gündoğan Yayınları, Ankara, 1999, s.30; ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, Gözden geçirilmiş 4. baskı, Siyasal Kitabevi, Ankara, 2001, s.8. Ayrıca, anayasacılık hakkında geniş bilgi için bkz. LOUGHLIN, Martin: Sword and Scales, Hart Publishing, Oxford, 2000, s.161-175.

(2) TEZİÇ, Erdoğan : **Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve geliştirilmiş 3.baskı, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1996, s.135.

(3) TURHAN, Mehmet: **Anayasal Devlet**, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1997, s.15.

na saygı gibi anayasal mekanizmaları gerekli görmektedir[4]. Demek ki, anayasacılık, "sınırlı iktidar"ın oluşturulması ve sürdürülmesini sağlayan bu tür yöntem ve teknikleri araştırmak ve geliştirmek demektir[5]. Bu yönüyle anayasacılık, tamamlanmış ve bitmiş bir proje değil, değişen toplumsal-siyasal koşullara koşut olarak iktidarın etkin sınırlanmasına ilişkin yeni yöntem ve tekniklerin bulunup geliştirilmesine açık bir süreçtir.

Anayasacılık tarihinde, devlet iktidarını sınırlama ve denetleme arayışları sonucu üretilen ilk tekniklerden birini, devletin dayandığı temel ilkeler ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin "anayasa" adı verilen yazılı belgelerde tespit edilmesi yöntemi oluşturmaktadır. Anayasacılığın kilit kavramı olarak değerlendirilen "anayasa", devletin temel yapısını, örgütlenişini, işleyişini, iktidarın el değiştirişini gösteren ve kişilerin haklarını güvence altına alan hukuk kuralları bütününü ifade etmektedir[6]. Burada anayasa kavramının iki anlamı karşımıza çıkmaktadır: Birincisi, devletin temel yapısını ve işleyişini düzenleyen, kısaca onun "statü"sünü belirleyen "kurumsal anlamda anayasa"; ikincisi ise, kişi hak ve özgürlüklerini koruma altına alan "maddi anlamda anayasa" dır. Anayasanın, devletin statüsünü belirleyen bir belge olması, onun hukuksal niteliğine işaret etmektedir. Buna karşılık, anayasanın, özgürlükler lehine devlet iktidarını sınırlaması, onun siyasal niteliğini ortaya koymaktadır[7]. Esas itibariyle, her iki anlamıyla da anayasa, birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturmaktadır. Zira, devletin temel yapısı ve işleyişinin hukuksal bir çerçeveye sokulması, aynı zamanda devlet iktidarının sınırlanması anlamına gelmektedir. Bu ise, bir bakıma insan haklarının güvenceye kavuşması demektir.

Şu halde, anayasacılığın ruhu ve felsefesiyle uyumlu bir anayasa yapmak demek, devlet iktidarının hukuk kurallarıyla çerçevelenmesi suretiyle siyasal alanda keyfiliğin önlenmesi ve birey hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması demektir. Bu şekilde anayasacılığın telos'uyla örtüşen bir anayasa, "garantist" anayasa olarak adlandırılır. Bunun tam tersine, siyasal iktidara kayıtlamalar getirmeyen, hak ve özgürlükleri güvence altına almayan bir anayasa ise, "sözde" anayasa olarak değerlendirilir. Demek ki, bir hukuki-siyasi belge olan anayasaya sahip olmanın tek başına bir değeri yoktur. Anayasaları bizatihi değerli kılan, onun anayasacılığın gerekleriyle uyumlu olma özelliğidir.

Bu nedenledir ki, söz konusu özelliklerden yoksun bir anayasası olan devlet, "anayasal devlet" değil; "anayasalı devlet" olarak değerlendirilir. Buna göre, yalnızca devletin temel yapısı ve işleyişini gösteren, fakat onun sınırlamasına ve denetlenmesine ilişkin hukuksal ilkeler ve kurumlar öngörmeyen bir anayasanın yürürlükte olduğu ülke, "anayasalı devlet" olarak kabul edilir. Bu tür ülkelerde anayasanın temel işlevi, mevcut siyasal sisteme biçimsel meşruluk sağlamaktır. Gerçekten, günümüz dünyasında yazılı anayasası olan otoriter ve totaliter rejimlerde, anayasanın kendisi antidemokratik rejimin bir kamuflaj aracıdır[8]. Oysa, anayasal devlet, anayasanın, bireylerin özgürlük alanlarının korunması amacıyla devlet iktidarını sınırlama işlevini yerine getirdiği bir devlettir. Bu işlev nedeniyledir ki, devlet, salt kaba kuvvet kullanan bir "zorba devlet" olmaktan çıkıp, hukuka dayanan devlete, yani anayasal devlete dönüşmektedir[9].

Son yıllarda artan bir şekilde yeni bir anayasa yapma ve/veya mevcut anayasada köklü değişiklikler gerçekleştirme arayış ve çabalarına sahne olan Türkiye'de, devletin anayasal bir niteliğe kavuşturulmasında akıllardan uzak tutulmaması gereken kaygı, "anayasacılık" kaygısı olmalıdır. Zira, ancak bu düşünceden hareketle yapılacak yeni bir anayasa ya da anayasa değişiklikleri ülkede anayasal demokrasinin kökleşmesine katkı sağlayabilir. Aksi takdirde, başka kaygılardan hareketle yapılacak yeni bir anayasa ya da anayasa değişiklikleriyle, "sınırlı demokrasi", "vesayetçi demokrasi" ve "anayasalı demokrasi" gibi evrensel olandan uzak, "bize özgü demokrasi"yi çağrıştıran nitelemelerden kurtulmamız mümkün olamaz.

B. 1982 ANAYASASININ ORİJİNAL (İLK) HALİ:

GENETİK HARİTANIN UNSURLARI

1. Anayasanın Tepkici Özelliği

1982 Anayasasının en önemli özelliği, onun bir "tepki anayasası" olmasıdır. Gerçi dünyadaki pek çok anayasa aynı özelliği taşımaktadır. Zira anayasalar, doğal ve kaçınılmaz olarak, yürürlüğe girmelerinden önceki dönemde yaşanan olay ve gelişmelere duyulan tepkinin izlerini taşırlar. Bu tepki, esas itibariyle, toplumsal yapıdaki bir kırılmadan beslenmektedir. Kırılmaya sebebiyet veren olaylar serisi ne olursa olsun, bu, her halükârda yeni anayasal arayışların temelini oluşturmaktadır. Anayasa tarihine bakıldığında, anayasaların çok büyük bir kısmının kriz ürünü oldukları görülmektedir[10]. Devrim, ihtilal, bağımsızlık savaşı, iç savaş ya da bir darbeyle sonuçlanan kriz halinin nedenleri ve sonuçları yeni anayasa arayışlarında belirleyici olmaktadır. Burada anayasacılık düşüncesi açısından önemli olan husus, tepkinin ve bunun tetiklediği anayasa arayışlarının "sınırlı iktidar" ve "insan haklarına saygı" ilkeleri ekseninde gelişip gelişmediğidir. Dolayısıyla, anayasanın tepkici niteliğinden ziyade, tepkilerin yöneldiği hedefler büyük önem taşımaktadır. Farklı bir söyleyişle, anayasacılık bakımından değerli ve anlamlı olan, söz konusu ilkeleri dikkate alarak yeni bir anayasa yapmaktır.

Bu bağlamda 1982 Anayasası değerlendirildiğinde, söz konusu Anayasanın tepkici özelliğinin, anayasacılık kaygısını taşımaktan uzak olduğu anlaşılmaktadır. Yeni Anayasanın yapım sürecini başlatan askeri müdahale ve bu müdahaleye gerekçe gösterilen olaylar zinciri dikkatlice incelendiğinde, ne tür bir kaygıdan hareket edildiği açıklık kazanmaktadır. Gerçekten de, 12 Eylül günü "emir ve komuta zinciri içinde ve

(4) TEN, C.L. : "Constitutionalism and the Rule of Law", **A Companion To Contemporary Political Philosopy** (Ed. Robert E. Goodin/Philip Pettit), Blackwell, Canberia, 1992, s. 394.
(5) FRIEDRICH: s.29.
(6) Bkz HAGUE, Rod/HARROP, Martin/BRESLIN, Shaun: **Comparative Government and Politics**, 4th edition, Macmillan Pres Ltd, London, 1998, s.154.
(7) TEZİÇ: s.136; TURHAN: s.7.
(8) ERDOĞAN, Mustafa: "Türkiye'nin Anayasa Sorunu", **Yeni Türkiye**, Sayı 30/2, (Kasım-Aralık 1999), s.353.
(9) STERN, Klaus: "Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar" (Çev. Ayhan Tekinsoy), **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı** (9-13 Ocak 2001), Ankara, s.53.
(10) HAGUE, Rod/HARROP, Martin/BRESLIN, Shaun: **Comparative Government and Politics**, s. 155.

na saygı gibi anayasal mekanizmaları gerekli görmektedir[4]. Demek ki, anayasacılık, "sınırlı iktidar"ın oluşturulması ve sürdürülmesini sağlayan bu tür yöntem ve teknikleri araştırmak ve geliştirmek demektir[5]. Bu yönüyle anayasacılık, tamamlanmış ve bitmiş bir proje değil, değişen toplumsal-siyasal koşullara koşut olarak iktidarın etkin sınırlanmasına ilişkin yeni yöntem ve tekniklerin bulunup geliştirilmesine açık bir süreçtir.

Anayasacılık tarihinde, devlet iktidarını sınırlama ve denetleme arayışları sonucu üretilen ilk tekniklerden birini, devletin dayandığı temel ilkeler ile bireylerin hak ve özgürlüklerinin "anayasa" adı verilen yazılı belgelerde tespit edilmesi yöntemi oluşturmaktadır. Anayasacılığın kilit kavramı olarak değerlendirilen "anayasa", devletin temel yapısını, örgütlenişini, işleyişini, iktidarın el değiştirişini gösteren ve kişilerin haklarını güvence altına alan hukuk kuralları bütününü ifade etmektedir[6]. Burada anayasa kavramının iki anlamı karşımıza çıkmaktadır: Birincisi, devletin temel yapısını ve işleyişini düzenleyen, kısaca onun "statü"sünü belirleyen "kurumsal anlamda anayasa"; ikincisi ise, kişi hak ve özgürlüklerini koruma altına alan "maddi anlamda anayasa" dır. Anayasanın, devletin statüsünü belirleyen bir belge olması, onun hukuksal niteliğine işaret etmektedir. Buna karşılık, anayasanın, özgürlükler lehine devlet iktidarını sınırlaması, onun siyasal niteliğini ortaya koymaktadır[7]. Esas itibariyle, her iki anlamıyla da anayasa, birbirinden ayrılmaz bir bütün oluşturmaktadır. Zira, devletin temel yapısı ve işleyişinin hukuksal bir çerçeveye sokulması, aynı zamanda devlet iktidarının sınırlanması anlamına gelmektedir. Bu ise, bir bakıma insan haklarının güvenceye kavuşması demektir.

Şu halde, anayasacılığın ruhu ve felsefesiyle uyumlu bir anayasa yapmak demek, devlet iktidarının hukuk kurallarıyla çerçevelenmesi suretiyle siyasal alanda keyfiliğin önlenmesi ve birey hak ve özgürlüklerinin güvence altına alınması demektir. Bu şekilde anayasacılığın telos'uyla örtüşen bir anayasa, "garantist" anayasa olarak adlandırılır. Bunun tam tersine, siyasal iktidara kayıtlamalar getirmeyen, hak ve özgürlükleri güvence altına almayan bir anayasa ise, "sözde" anayasa olarak değerlendirilir. Demek ki, bir hukuki-siyasi belge olan anayasaya sahip olmanın tek başına bir değeri yoktur. Anayasaları bizatihi değerli kılan, onun anayasacılığın gerekleriyle uyumlu olma özelliğidir.

Bu nedenledir ki, söz konusu özelliklerden yoksun bir anayasası olan devlet, "anayasal devlet" değil; "anayasalı devlet" olarak değerlendirilir. Buna göre, yalnızca devletin temel yapısı ve işleyişini gösteren, fakat onun sınırlamasına ve denetlenmesine ilişkin hukuksal ilkeler ve kurumlar öngörmeyen bir anayasanın yürürlükte olduğu ülke, "anayasalı devlet" olarak kabul edilir. Bu tür ülkelerde anayasanın temel işlevi, mevcut siyasal sisteme biçimsel meşruluk sağlamaktır. Gerçekten, günümüz dünyasında yazılı anayasası olan otoriter ve totaliter rejimlerde, anayasanın kendisi antidemokratik rejimin bir kamuflaj aracıdır[8]. Oysa, anayasal devlet, anayasanın, bireylerin özgürlük alanlarının korunması amacıyla devlet iktidarını sınırlama işlevini yerine getirdiği bir devlettir. Bu işlev nedeniyledir ki, devlet, salt kaba kuvvet kullanan bir "zorba devlet" olmaktan çıkıp, hukuka dayanan devlete, yani anayasal devlete dönüşmektedir[9].

Son yıllarda artan bir şekilde yeni bir anayasa yapma ve/veya mevcut anayasada köklü değişiklikler gerçekleştirme arayış ve çabalarına sahne olan Türkiye'de, devletin anayasal bir niteliğe kavuşturulmasında akıllardan uzak tutulmaması gereken kaygı, "anayasacılık" kaygısı olmalıdır. Zira, ancak bu düşünceden hareketle yapılacak yeni bir anayasa ya da anayasa değişiklikleri ülkede anayasal demokrasinin kökleşmesine katkı sağlayabilir. Aksi takdirde, başka kaygılardan hareketle yapılacak yeni bir anayasa ya da anayasa değişiklikleriyle, "sınırlı demokrasi", "vesayetçi demokrasi" ve "anayasalı demokrasi" gibi evrensel olandan uzak, "bize özgü demokrasi"yi çağrıştıran nitelemelerden kurtulmamız mümkün olamaz.

B. 1982 ANAYASASININ ORİJİNAL (İLK) HALİ:

GENETİK HARİTANIN UNSURLARI

1. Anayasanın Tepkici Özelliği

1982 Anayasasının en önemli özelliği, onun bir "tepki anayasası" olmasıdır. Gerçi dünyadaki pek çok anayasa aynı özelliği taşımaktadır. Zira anayasalar, doğal ve kaçınılmaz olarak, yürürlüğe girmelerinden önceki dönemde yaşanan olay ve gelişmelere duyulan tepkinin izlerini taşırlar. Bu tepki, esas itibariyle, toplumsal yapıdaki bir kırılmadan beslenmektedir. Kırılmaya sebebiyet veren olaylar serisi ne olursa olsun, bu, her halükârda yeni anayasal arayışların temelini oluşturmaktadır. Anayasa tarihine bakıldığında, anayasaların çok büyük bir kısmının kriz ürünü oldukları görülmektedir[10]. Devrim, ihtilal, bağımsızlık savaşı, iç savaş ya da bir darbeyle sonuçlanan kriz halinin nedenleri ve sonuçları yeni anayasa arayışlarında belirleyici olmaktadır. Burada anayasacılık düşüncesi açısından önemli olan husus, tepkinin ve bunun tetiklediği anayasa arayışlarının "sınırlı iktidar" ve "insan haklarına saygı" ilkeleri ekseninde gelişip gelişmediğidir. Dolayısıyla, anayasanın tepkici niteliğinden ziyade, tepkilerin yöneldiği hedefler büyük önem taşımaktadır. Farklı bir söyleyişle, anayasacılık bakımından değerli ve anlamlı olan, söz konusu ilkeleri dikkate alarak yeni bir anayasa yapmaktır.

Bu bağlamda 1982 Anayasası değerlendirildiğinde, söz konusu Anayasanın tepkici özelliğinin, anayasacılık kaygısını taşımaktan uzak olduğu anlaşılmaktadır. Yeni Anayasanın yapım sürecini başlatan askeri müdahale ve bu müdahaleye gerekçe gösterilen olaylar zinciri dikkatlice incelendiğinde, ne tür bir kaygıdan hareket edildiği açıklık kazanmaktadır. Gerçekten de, 12 Eylül günü "emir ve komuta zinciri içinde ve

(4) TEN, C.L. : "Constitutionalism and the Rule of Law", **A Companion To Contemporary Political Philosopy** (Ed. Robert E. Goodin/Philip Pettit), Blackwell, Canberia, 1992, s. 394.
(5) FRIEDRICH: s.29.
(6) Bkz HAGUE, Rod/HARROP, Martin/BRESLIN, Shaun: **Comparative Government and Politics**, 4th edition, Macmillan Pres Ltd, London, 1998, s.154.
(7) TEZİÇ: s.136; TURHAN: s.7.
(8) ERDOĞAN, Mustafa: "Türkiye'nin Anayasa Sorunu", **Yeni Türkiye**, Sayı 30/2, (Kasım-Aralık 1999), s.353.
(9) STERN, Klaus: "Küresel Anayasacılık Hareketleri ve Yeni Anayasalar" (Çev. Ayhan Tekinsoy), **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı** (9-13 Ocak 2001), Ankara, s.53.
(10) HAGUE, Rod/HARROP, Martin/BRESLIN, Shaun: **Comparative Government and Politics**, s. 155.

emirle" Türk Silahlı Kuvvetleri'nin yönetime el koymasından sonra oluşan Milli Güvenlik Konseyi (MGK); 1980 öncesi yaşanan şiddet olaylarını, siyasi kutuplaşmayı, hükümet istikrarsızlıklarını ve yaygın olan siyasi istikrarsızlığı, askeri müdahalenin gerekçeleri olarak kamuoyunun bilgisine sunmuştur. Buna bağlı olarak da, MGK, şiddet olaylarını ve siyasal kutuplaşmayı sona erdirecek, istikrarlı hükümetlerin kurulmasını sağlayacak, parlamenter sistemin işleyişinde ortaya çıkan tıkanıklıkları giderecek, ekonomik sorunlara çözüm üretecek ve böylece aşınan devlet otoritesini güçlendirecek köklü bir hukuksal ve siyasal yeniden yapılanmayı gerçekleştirme hedefine yönelmiştir.

Bu süreç içerisinde, darbeci generaller, ülkeyi askeri bir müdahale ortamına sokan gelişmelerden sorumlu tuttuğu 1961 Anayasasının bir tarafa bırakılarak yeni bir Anayasa yapılması gerekliliğini ortaya koymuşlardır[11]. 1961 Anayasasının, yürürlükte olduğu dönem içerisinde yaşanan toplumsal, ekonomik ve siyasal krizleri çözmede yetersiz kaldığına, hatta bu krizleri beslediğine ilişkin toplumun bazı kesimlerinde yaygın kabul gören kanaatin darbeci generallerce de paylaşılması, yeni Anayasanın öncelikleri hakkında temel belirleyici olmuştur. Başka bir anlatımla, 1980 öncesi yaşanan krizden büyük ölçüde Anayasanın sorumlu tutulması, yeni anayasa arayışlarının temel dinamiğini oluşturmuştur.

Bu dinamik üzerine inşa edilen yeni anayasa, getirdiği ayrıntılı ve kesin hüküm içeren düzenlemelerle, şiddet olaylarının tekrardan yaşanmasını önleme, siyasal kutuplaşmayı giderme, parlamento çoğunluğuna dayalı istikrarlı hükümetlerin kurulmasını sağlama ve parlamenter sisteme işlerlik kazandırma amacına yönelmiştir. Bu çerçevede, devlet yapısı içinde yürütme organı güçlendirilmiş, otorite-özgürlük dengesinde otoritenin ağırlığı arttırılmış, siyasal karar alma mekanizmalarındaki tıkanıklıkları giderici çözüm yolları öngörülmüş ve son olarak, sivil toplumun gelişmesini engellemek ve bu yolla siyasal kutuplaşmanın önüne geçmek amacıyla siyasal katılım kanallarına çeşitli sınırlamalar getirilmiştir.

Görüldüğü gibi, kendinden önceki dönemin yarattığı travmaların hukuki sonuçlarından biri olan 1982 Anayasası[12], genetik haritasında, "sınırlı özgürlük" ve "güçlü devlet" formülüne yer vermiştir. 1961 Anayasasının görece özgürlükçü yapısının anarşi ve teröre yol açtığı iddiasının karşılığı olarak yeni Anayasanın ruhuna hakim kılınan bu formül, 1982 Anayasasını, anayasacılık kaygısının uzağına itmiştir.

2. Kurucu İktidar ve Meşruluk Sorunu

Demokratik asli kuruculuğun temelinde yatan düşünce, anayasaların bir toplum sözleşmesi niteliğinde olmalarıdır. Buna göre demokratik anayasalar, farklı siyasal düşünce, inanç, etnik grup, toplumsal sınıf ve statüdeki insanların barış içerisinde bir arada yaşamalarını sağlamaya yönelik ortak kurallar içeren bir toplum sözleşmesidir. Bir başka anlatımla, demokratik anayasalar, bütün toplumsal ve siyasal güçlerin üzerinde uzlaştıkları metinlerdir. Çok idealize edilmiş bu yaklaşıma karşın, anayasalar çoğu zaman ihtilal, devrim, hükümet darbesi ya da iç savaş gibi olağanüstü bir olayın akabinde yapılır[13]. Bu gibi durumlarda ise anayasalar genellikle, o büyük olayın gerçekleşmesinde etkin olan toplumsal güçlerin çıkarlarını ve dünya görüşlerini temsil ederler. Oysa ki, " anayasa yapıcılığında hüner, anayasanın yapılmasına yol açan büyük toplumsal olayın sağlamış olabileceği geçici kolaylıklara kapılmadan, asıl toplumsal dengeyi, daha doğrusu, toplumsal güçlerin gelecekteki gelişmelerini göz önünde bulundurabilmektir"[14].

Demek ki, anayasa yaparken önemle üzerinde durulması gereken husus, toplumsal ve siyasal güçlerin mevcut ve gelecekteki muhtemel gelişmelerinin dikkate alınmasıdır. Ancak böyle bir anayasa hem sosyo-ekonomik gelişmelere ayak uydurabilir ve kalıcılığını korur, hem de toplumsal meşruluğa sahip olarak bağlayıcılığını ve üstünlüğünü pekiştirmiş olur. Bunun içindir ki, çağdaş demokratik devletlerde anayasa yapıcılığın esası, toplumun sadece aritmetik çoğunluğundan ibaret olmayan gerçek çoğunluğunun mutabakatını gerçekleştirmektir[15]. Bunu gerçekleştirmenin en sağlıklı yolu, halkın seçeceği temsilcilerden oluşacak kurucu meclisin hazırlayacağı anayasa metninin serbest bir ortamda halkoyuna sunulmasıdır[16]. Ancak böyle bir yol izlenerek yapılacak bir anayasa toplum tarafından, protez gibi değil, kendi parçası gibi kabul edilebilir[17].

1982 Anayasasının hazırlanması ve kabulüyle ilgili sürece baktığımızda, hemen bütün aşamalarında halkın katılımını engellemeye yönelik mekanizmaların varlığını görmekteyiz. Bu süreç içerisinde çıkarılan 29.6.1981 tarih ve 2485 sayılı "Kurucu Meclis Hakkında Kanun"la[18], anayasa ve diğer yasal düzenlemeleri yapacak olan kurucu meclisin, MGK ve Danışma Meclisi (DM) olmak üzere iki kanattan oluşacağı kabul edilmiştir. 160 kişiden oluşacak DM üyelerinden 120'sinin, illerden valilerin önereceği adaylar arasından MGK tarafından belirleneceği, geriye kalan 40 üyenin ise doğrudan doğruya MGK'ca seçilmesi öngörülmüştür. DM'nin hazırlayacağı anayasa taslağına son şeklini MGK'nın vereceği ve daha sonra nihai metnin halk oyuna sunulacağı kabul edilmiştir.

Hukuksal ve sosyolojik bakımdan temsil yeteneğine sahip olmayan bir kurucu meclis tarafından hazırlanan Anayasa tasarısı, "Anayasanın Halkoyuna Sunulması Hakkında Kanun"[19] çerçevesinde ve ağır siyasi baskılar al-

(11) *Milli Güvenlik Konseyi Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Türk Silahlı Kuvvetleri'nin ülke yönetimine el koyması dolayısıyla radyo-televizyondan yaptığı 12 Eylül 1980 tarihli konuşmasında bu husus açıkça dile getirilmiştir (Bkz. **12 Eylül Öncesi ve Sonrası**, Yayına Hazırlayan: Milli Güvenlik Konseyi Genel Sekreterliği, Ankara, 1981, s. 196-203).*

(12) *ÇAĞLAR, Bakır: "Türkiye'de 'Anayasa Sorunu'nun Yakın Geçmişi Üzerine Düşünceler", **Yeni Türkiye**, Sayı 30, (Kasım-Aralık 1999), s. 365.*

(13) *TEZİÇ: s. 150, 152; SOYSAL, Mümtaz: **Anayasanın Anlamı**, Gözden geçirilmiş 8.baskı, Gerçek Yayınevi, İstanbul, 1990, s. 11.*

(14) *SOYSAL: s.11.*

(15) *MINON, Herrero: "Demokrasiye Geçiş ve Anayasal Tercihler", **BDT Ülkelerinde Demokrasiye Geçiş ve Anayasa Yapımı**, UniDem Konferansı'na sunulan tebliğ (Çev. Ergun Özbudun-Levent Köker), Ankara, 1993, s.33.*

(16) *MINON: s. 48; TEZİÇ: s. 152-154.*

(17) *MINON: s. 36.*

(18) *Bkz. **Resmi Gazete**, 30.6.1981, Sayı 17386 (mükerrer).*

(19) *Bkz. **Resmi Gazete**, 25.9.1982, Sayı 17823. Bu kanunda yer alan iki düzenleme, halkoylamasının hangi koşullarda yapıldığını göstermesi açısından önemlidir. Bunlardan birincisi, anayasa tasarısının açıklanması ve tanıtılmasını serbest bırakan, eleştirilmesini ise yasaklayan düzenlemedir (m.5). Diğeri ise, oy kullanmayanların seçme ve seçilme haklarından yoksun bırakılmasını öngören düzenlemedir (m.12). Bu son düzenlemeyle, oy kullanmamak suretiyle anayasayı protesto etmek isteyenlere engel olunmak istenmiştir.*

tında halkoyuna sunulmuş (7 Kasım 1982) ve kabul edilerek yürürlüğe konmuştur. Bu gerçekliğe karşın, Anayasasının "Başlangıç" kısmında, "Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı sonucunda, Türk Milletinin meşru temsilcileri olan Danışma Meclisince hazırlanıp Milli Güvenlik Konseyince son şekli verilerek Türk Milleti tarafından kabul ve tasvip ve doğrudan doğruya O'nun eliyle vazolunan bu ANAYASA..." (par. 2) ifadesine yer verilmiştir. Tarihsel gerçekliği tersyüz etme mantığının ürünü olan bu değerlendirmede, esas itibariyle, darbeci gücün kendi eylemini ve bu eylemin uygulayıcısı olarak kendini meşrulaştırma kaygısı ön plana çıkmaktadır[20].

Atanmış bir kurul tarafından hazırlanan ve tek seçeneği "onaylama özgürlüğü"nü kullanmak olan, halkın oyuna sunulup kabul edilen 1982 Anayasası, bu yönüyle toplumsal mutabakatı gerçekleştirmekten yoksun bir metindir. Farklı bir söyleyişle, politik tercihlerden arındırılmış ve atama yöntemi ile oluşturulmuş bir kurucu meclis tarafından hazırlanıp, darbeci askerlerden oluşan Konseyce son şekli verilen ve seçmen kitlesinin suskun kılındığı bir ortamda oylanıp yürürlüğü sokulan bir anayasanın, toplumun ortak paydalarını yansıtmaktan uzak olacağı açıktır. "Milletin ayrılmaz parçası" Türk Silahlı Kuvvetlerinin gerçekleştirdiği darbe sonrası anti-demokratik yöntemlerle hazırlanıp "bütün"e (millete) dikte ettirilen Anayasa ile demokrasinin yeniden inşa edilmesini düşünmek, amaç-araç, ilke-yöntem arasındaki kaçınılmaz bütünlüğü hiçe saymaktır[21]. Daha yalın bir anlatımla, halkın iradesine yer vermeyen bir kurucu iktidarın, bireyin ve toplumun çıkarlarını ve haklarını koruma altına alacak, insan haklarına dayalı çağdaş demokratik hukuk devleti oluşturmasını beklemek, eskilerin deyimiyle "abesle iştigal"dir.

Anayasasının ilk metninin başlangıç kısmında yer alan, "Türk vatan ve milletinin bütünlüğüne ve kutsal Türk Devletinin varlığına karşı, Cumhuriyet devrinde benzeri görülmemiş bölücü ve yıkıcı bir iç savaşın gerçekleşme noktasına yaklaştığı sırada; Türk milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı..." (par. 1, 2) ifadesiyle, Milli Güvenlik Konseyi'nin 12 Eylül darbesi sonrası yayınladığı birçok bildiride ve Kenan Evren'in Anayasa tasarısını tanıtma konuşmalarında yer alan benzer ifadeler, Anayasanın "olumsuz meşruluk" temeline dayalı olduğunu göstermektedir. 1970'li yıllarda yaşanan terör ve şiddet olaylarının yanı sıra, ortaya çıkan ülke sorunlarının çözümünde siyasilerin gösterdikleri kötü performans, bir yandan yöneticilerin, diğer yandan da sistemin meşruluğunu zayıflatmış ve böylelikle bir "meşruluk krizi" ortaya çıkarmıştır. İşte 12 Eylül askeri rejimi, bu meşruluk krizini aşmak için bir karşı-meşruluk anlayışı yaratmıştır. Gerçekten de, askeri cunta yönetimi ilk yıllarında "anti" söylemler temelinde meşruluk aramış ve anti-komünizm, anti-yıkıcılık ve anti-kaos retoriğini kullanmıştır. Bu yönüyle 1982 Anayasası, yapıcıları tarafından oluşturulan karşı-meşruluk anlayışı çerçevesinde toplumsal ve siyasal dengeleri yeniden kurmak isteyen bir "inşaacı anayasa"dır[22].

(20) PAÇACI, İrfan: "Anayasa Patolojisinden-Patolojik Anayasaya Geçiş ve 'Stratejik Toplum Yönetimi' Planlaması", **Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi**, Sayı 1, 2000, s. 139.

(21) PARLA, Taha: **Türkiye'de Anayasalar**, İletişim Yayınları, İstanbul, 1991, s. 25-26.

1982 Anayasasının meşruluk anlayışının aksine çağdaş demokratik anayasalar, meşruluklarını, devlet iktidarını, kişi hak ve özgürlüklerini korumak amacıyla sınırlamasından almaktadırlar. Bu bağlamda anayasa yapmanın amacı, örgütlü siyasal toplumu sınırlayan kurallar koymak ve böylelikle siyasal alanda keyfiliğin önlenmesini gerçekleştirmektir. Hiç kuşkusuz bu "amaç"ı gerçekleştirmenin bilinen en sağlıklı "araç"ı, anayasanın, ulusun meşru temsilcileri tarafından hazırlanıp özgür tartışma ortamında oylanarak yürürlüğe konulmasıdır.

3. Siyasal Felsefesi

Anayasalar, siyaset ile hukukun kesiştiği bir alanda yer almaktadırlar. Devletin temel yapısı ve işleyişi ile birey-devlet ilişkilerinin hukuki çerçevesini çizen anayasalar, bu işlevleriyle, siyaseti hukuk kalıbına sokmaktadırlar. Bu nedenle anayasalar, siyasi-hukuki metinler olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Bu metinlerin anayasacılık düşüncesi açısından taşıdığı değer, onlara hâkim olan siyasal felsefeyle ölçülür. Siyasal felsefeden kastedilen, anayasaya içkin olan ruh, anayasanın varoluş nedenleri ve hedefleridir[23]. Bunların doğru tespitinde, anayasanın ideolojik niteliğine ve birey-devlet ilişkilerini ele alışına bakmak gerekir. Buna göre, ideolojik çoğulculuğu benimseyen, birey-devlet ilişkilerinde bireyin haklarını devlet karşısında üstün tutan ve devlet iktidarını sınırlamaya çalışan bir anayasa, anayasacılık düşüncesi bakımından "değerli" bir anayasadır. Bunun tam tersi niteliklere sahip olan bir anayasa ise, bu düşünce bakımından hiçbir değer taşımaz ve "sözde anayasa" hükmünde kabul edilir.

1982 Anayasasının eski metninin siyasal felsefesini bütün açıklığıyla ortaya koyabilmek için, bu Anayasanın ideolojik tercihine ve bu tercihin şekillendirdiği birey-devlet ilişkilerine bakmak gerekir.

a) Anayasanın ideolojik tercihi

Otoriter ve baskıcı bir gelenekten gelen toplumlarda iktidarı fiilen ele geçiren ve asli kuruculuk işlevini yüklenen bir grup, -diğer grupları dışlayarak- sınırları kendince belirlenmiş resmi ve rakip tanımayan bir ideolojiyi anayasaya yerleştirmekte ve devlete, toplumu resmi ideoloji doğrultusunda şekillendirme görevi yüklemektedir. Toplumun yalnızca belirli bir kesiminin iradesini temsil eden ve buna bağlı olarak tekçi (monist) bir ideolojiyi bünyesinde barındıran "güdümlü" bir anayasa, devleti, kaçınılmaz bir biçimde, resmi ideoloji dışında kalan toplumsal kesimler açısından baskıcı bir karaktere büründürmektedir. Bu durumda, resmi ideoloji dışında kalan bütün ideolojiler ve düşünce kalıpları "gayri meşru" olarak nitelendirilmekte ve bu ideolojileri benimseyen vatandaşlar adeta "kendi vatanlarında vatansız" (parya) gibi yaşamak durumunda bırakılmaktadır[24].

Oysaki, özgürlükçü bir siyasal sistemin "olmazsa olmaz" koşulu, devletin ideolojik bakımdan nötr (tarafsız) bir aygıt haline dönüştürülmesidir[25]. Nite-

(22) ÇAĞLAR, Bakır: "İktidar Yapısında '82 Formülü ve Karşı Tezler", **İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi**, Sayı 1-3, 1988, s. 67.

(23) TANÖR, Bülent/YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, 3.Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 46.

(24) ERDOĞAN, Mustafa: "Siyasi Sistemimiz Kusursuz mu?", **Türkiye Günlüğü**, Sayı 21, (Kış, 1992), s. 19.

(25) ERDOĞAN: **Siyasi Sistemimiz Kusursuz** mu?, s. 19.

kim, çağdaş özgürlükçü demokrasilerde devlet, bütün ideolojilere eşit uzaklıkta bulunan, onları hoş gören, vatandaşlarını belirli bir ideolojiyi kabule zorlamayan, bu konudaki tercihi onlara bırakan tarafsız bir devlettir. Bu tür demokrasilerde anayasaların varoluş nedenlerinden ve nihai hedeflerinden biri de, ideolojik çoğulculuğu güvence altına almaktır. Zira, ancak bu şekilde farklılıkların "barışçı-birlikteliği"ni gerçekleştirmek mümkün olabilir.

Böyle bir saikten uzak olan 1982 Anayasası, askeri-siyasi bir önderin düşünce ve eylem tarzında ifadesini bulan bir ideolojiyi "resmi ideoloji" olarak kabul etmiş ve bu ideolojiyi hem varoluş nedeni ve hem de yöneldiği nihai hedef olarak öngörmüştür. Anayasasının tercih ettiği ideoloji, yeniden yorumlanmış "Kemalizm" olmuştur. Anayasaya egemen kılınan bu ideoloji, "Atatürkçülük" ile "Türk-İslam sentezi"nin yeni bir ruh ve anlayış çerçevesinde harmanlanmasından oluşturulmuştur. Kısaca, "Ata-Türk-İslam" ideolojisi olarak değerlendirilebilecek bu yeni "Kemalist içtihat"ta dominant unsur "Atatürkçülük" olmuş; "Türklük" ve özellikle de "İslam" unsuru, "Atatürkçülük"le bağdaştığı ölçüde ve ona hizmet edebildiği yönleriyle resmi ideolojinin bir parçası olarak kabul edilmiştir.

Anayasal tercihe mazhar olan bu tekçi (monist) ideolojinin "Atatürkçülük" unsuru, Anayasanın eski metninin "Başlangıç" kısmında, " ...bu ANAYASA: (...) Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve onun inkılap ve ilkeleri doğrultusunda ..." (par. 2, 3) ve "Hiçbir düşünce ve mülahazanın...Atatürk milliyetçiliği ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği..." (par. 7) ifadeleriyle yer almış; cumhuriyetin niteliklerinin sıralandığı 2. maddeyle pekiştirilmiş ve 4. maddedeki düzenlemeyle değiştirilmezlik zırhına büründürülmüştür. Ayrıca Anayasanın 42, 58, 81, 103 ve 134. maddelerinde açıkça, birçok diğer maddelerinde ise atıf yoluyla söz konusu ideolojik tercih yinelenmiş; "inkılap kanunlarının korunması" kenar başlıklı 174. maddeyle de güçlendirilmiştir[26].

Kemalist ideolojinin "Türk-İslam sentezi" unsuruna gelince, bu düşünce biçimi, 1980'li yıllarda popülarize edilerek Kemalizm'e eklemlenmeye çalışılmış ve 1982 Anayasasıyla resmi ideolojinin bir parçası haline getirilmiştir. Anayasada yer alan, "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin... karşısında korunma göremeyeceği..."(Başlangıç, par. 7) ; "(h)er Türk vatandaşının...milli kültür...içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu..." (Başlangıç, par. 8); "Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla...huzurlu bir hayat talebine hakları bulunduğu..." (Başlangıç,

(26) *Kemalizm'in "6 Ok"unu oluşturan cumhuriyetçilik, milliyetçilik, laiklik, devrimcilik, devletçilik ve halkçılık ilkelerinin 1982 Anayasasında ifadelendirilişi hakkında geniş bir değerlendirme için bkz. PARLA: s. 26-32; YÜZBAŞIOĞLU, Necmi:* ***Türk Anayasa Yargısında Anayasallık*** *Bloku, İÜHF Yayanları, İstanbul, 1993, s. 82-101.*

par. 9); "Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve ortaöğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır" (m.24/4) şeklindeki ifade ve düzenlemeler, 1980 askeri müdahalesini gerçekleştirenlerin ve onları izleyen hükümetlerin etkisi altında kaldıkları "Türk-İslam" ideolojisinin anayasal yansımalarını oluşturmuştur[27].

İlk olarak Demokrat Parti popülizmi tarafından işlenen "Türk-İslam" ideolojisi[28], 1970'li yıllarda Aydınlar Ocağı tarafından geliştirilip formüle edilmiştir[29]. Bu ideoloji, 12 Eylül darbecilerinin arzuladıkları, çoğulculuğun olmadığı, hiyerarşiye saygılı, disiplinli, otoriter bir toplum düzenini yaratmanın bir aracı olarak kullanılmıştır. Ayrıca bu ideoloji, toplumun belli kesimlerinde yaygın olan sol ideoloji ve yapılanmaları zayıflatmanın bir aracı olarak da düşünülmüştür. Bu konudaki girişimler yalnızca Anayasa maddeleri ve Milli Eğitim'e ilişkin düzenlemelerden ibaret kalmamış; Üniversiteler, TRT, Tarih Kurumu, Dil Kurumu gibi önemli kurumlar, bu ideolojiyi üreten Aydınlar Ocağı'nın denetimi altına girmiş; askeri yönetimce resmi kimlik tanınan Türk-İslam ideolojisi, her fırsatta topluma empoze edilmeye çalışılmıştır[30].

Anayasanın, otoriter nitelikli tekçi bir resmi ideolojiye sahip olması, devletin, toplumu yönlendirme ve şekillendirme misyonunu yüklenmesi sonucunu doğurmaktadır. Bu durumda devlet, toplum üzerinde vesayetini kurar ve toplumsal yaşamın her alanını kontrol etmeye çalışır. 1982 Anayasasının normalde bir "anayasa sorunu" teşkil etmeyen, toplumun doğal yapısı ve işleyişi içinde çözülebilecek olan sorunları anayasa kapsamına almış olması[31] hep bu endişenin sonucudur. Nitekim, 1982 Anayasasıyla, yalnızca devlet yönetiminde egemen olacak temel ilkelere yer verilmekle yetinilmemiş; birey ve toplumun ideolojik, kültürel ve ahlâki açıdan nasıl olması gerektiği konusu da bir "anayasa sorunu" olarak değerlendirilip bununla ilgili hükümler getirilmiştir[32] : "Hiçbir düşünce ve mülahazanın Türk milli menfaatlerinin, Türk varlığının Devleti ve ülkesiyle bölünmezliği esasının, Türklüğün tarihi ve manevi değerlerinin, Atatürk milliyetçiliği, ilke ve inkılapları ve medeniyetçiliğinin karşısında korunma göremeyeceği..." (Başlangıç, par. 7); "Her Türk vatandaşının...milli kültür...içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine sahip olduğu..." (Başlangıç, par. 8); "Topluca Türk vatandaşlarının milli gurur ve iftiharlarda, milli sevinç ve kederlerde, milli varlığa karşı hak ve ödevlerde, nimet ve külfetlerde ve millet hayatının her türlü tecellisinde ortak olduğu, birbirinin hak ve hürriyetlerine kesin saygı, karşılıklı içten sevgi ve kardeşlik duygularıyla...huzurlu bir ha-

(27) *PARLA: s. 29.*

(28) *ÖĞÜN, Süleyman Seyfi:* ***Modernleşme, Milliyetçilik ve Türkiye****, Bağlam Yayıncılık, İstanbul, 1995, s.187.*

(29) *ŞAYLAN, Gencay:* ***Türkiye'de İslamcı Siyaset****, İkinci Baskı, V Yayınları, Ankara, 1992, s. 109.*

(30) *ŞAYLAN: s. 109-110. Ancak, 1990'ların son çeyreğine gelindiğinde, uzun yıllar devlet eliyle desteklenen Türk-İslam sentezi ideolojisi, - sentezin "İslam" unsurunun devlet için potansiyel bir tehdit oluşturduğunun askeri seçkinlerce sesli bir biçimde ifade edilmesiyle başlayan "28 Şubat" sürecinde - Kemalist ideolojinin bileşeni olmaktan çıkarılmaya çalışılmıştır.*

(31) *TANÖR, Bülent:* ***İki Anayasa (1961-1982)****, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., İstanbul, 1986, s. 147.*

(32) *TANÖR:* ***İki Anayasa (1961-1982)****, s. 150.*

yat talebine hakları bulunduğu..." (Başlangıç, par. 9).

1982 Anayasasının "Başlangıç" kısmında yer alan bu "rehber"(!) ilkelerin yanı sıra, Anayasanın 42. maddesiyle genel olarak "eğitim ve öğrenim hakkı", 130. maddesiyle de "yükseköğrenim" üzerinde geniş ölçüde "gözetim ve denetim" olanağı tanınmak suretiyle tasarlanan "toplum projesi"nin gerçekleştirilmesi istenmiştir. Bütün bu düzenlemelerle de yetinmeyen 1982 Anayasası, sivil toplumun, resmi ideolojinin sınırlarını aşarak kendi dinamikleri doğrultusunda gelişip serpilmesini engellemek amacıyla bir dizi "ilave sınırlar" getirmiştir. Anayasanın 1995 değişikliği öncesi metninde, dernekler (m.33), sendikalar (m.51, 52), siyasi partiler (m.68, 69), meslek kuruluşları (m.155) ve kooperatiflere (m.171) ilişkin düzenlemelere göz atıldığında, anayasa koyucunun sivil toplum örgütlenmelerine kuşku ile yaklaştığı görülür. Eski metin, bu yapısıyla, her türlü örgütlenmeyi devlete karşı tehdit ve tehlike gibi gören, sivil toplumun güçlenmesinin ülkeyi anarşiye, teröre ve bölünmeye götüreceğine inanan çağdışı bir anlayışı temsil etmekteydi.

b) Anayasada birey-devlet ilişkileri

Birey-devlet ilişkisi, anayasaların ele aldıkları temel konulardan biridir. Anayasacılık düşüncesi açısından bu ilişkinin düzenlenmesinde dikkat edilmesi gereken husus, bireye devlet karşısında öncelik tanımak, devlet iktidarını sınırlamak, bireyin ve sivil toplumun iktidar alanını genişletmektir. Anayasal devlete sahip olabilmenin asgari koşulu bu nitelikte bir anayasaya sahip olmaktır.

Çağdaş dünyada insanlar artık devleti, güvenliklerinin sağlanmasının bir bedeli olarak özgürlüklerini bütünüyle devrettikleri ve otoritesine bağlandıkları bir "Leviathan" olarak değil[33], daha güvenli ve daha mutlu yaşamanın bir aracı olarak görmek eğilimindedirler. Özellikle devleti, birey ve toplum dışında kendi başına bir varlık olarak gören anlayışların insanlık açısından doğurduğu felâketlerden alınan dersler, devlete bakışı değiştirmiş; devlet artık "insan"la tanımlanır olmuştur. Günümüzde devletin bir insan kurumu olduğu ve bu nedenle insan haklarına dayanmak zorunda olduğu anlayışı egemendir.

İnsan hakları doktrini ve hukuk devleti anlayışının temelinde yatan düşünce, bireyin devlet karşısında güçsüz olduğu, bu nedenle korunması gerektiğidir. Günümüzde her devlet, maddi zorlama araçlarına sahip oluşu dolayısıyla insan haklarını ihlal edebilme potansiyelini kendi bünyesinde taşır. Gerçekten çağdaş devlet, polisi, askeri, tankı, topu, hapishanesi ve her türlü üstün donanımıyla bireyin korunmasını gerektirecek kadar güçlüdür. Devletin bu devasa gücü karşısında bireyin sığınabileceği tek yer, insan oluşu nedeniyle sahip olduğu haklarıdır. İşte bu gerçeklik nedeniyledir ki, güçlü olan devleti korumak için anayasa yapılmaz. Anayasa, güçlü devlete karşı güçsüz bireyi korumak için yapılır[34].

1982 Anayasası, çağdaş anayasacılık düşüncesinin tam tersine, birey ve toplum karşısında "devlet"i korumak ve onu güçlendirmek amacıyla yapılmıştır. Anayasanın resmi bir ideolojiyi kabul etmesi ve devlete bu resmi ideoloji doğrultusunda toplumu yönlendirme misyonunu yüklemesinin mantıksal sonucu, birey-devlet ilişkisinde "devlet"e öncelik tanımak olmuştur. 1980 öncesi yaşanan olayların 1961 Anayasasının görece özgürlükçü yapısına fatura edilmesi de bu tercihin yapılmasında önemli bir etken olduğu kabul edilmektedir. Gerçekten, 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde yaşanan "devlet krizi", yeni Anayasanın kurucularını "devletçi tez"e yaklaştırmış ve bu tez 1982 Anayasasının genetik kodunda yer almıştır[35]. Bu bağlamda 1982 Anayasası "devlet fikri"nin yeniden inşaası projesi üzerine kurulu bir Anayasadır[36].

1982 Anayasasında "devletçi tez"in ilk izini, eski metinde yer alan "kutsal Türk Devleti" (Başlangıç, par. 1) ifadesinde görmek mümkündür. "Kutsal Devlet" tanımlaması, devletin, meşruiyetini toplumun iradesinde değil, toplumun dışında ve üstünde bulan bir anlayışı temsil etmektedir. Bu anlayış, devleti "Tanrı" yerine koyar; vatandaşları da "Yüce Tanrının günahkâr kulları" olarak kabul eder. "Kutsal Devlet"in sahipliğini ideolojik olarak hak edenler ise, devletin kurumsal yapısını ellerinde tutma imtiyazına ve dokunulmazlık zırhına sahip olarak "hikmet-i hükümet" anlayışı içerisinde yönetimi icra ederler. Bu düzende, kutsanan devlet karşısında birey bütün önemini yitirir, devletin potasında eritilerek kişiliksiz kılınır[37]. Devletin bu şekilde kutsallaştırılması sorgusuz-sualsiz itaat anlayışını beraberinde getirir. Çünkü "kutsal"ı sorgulamak, "kutsal"ın doğası gereği mümkün değildir.

Devletin kutsal bir varlık olarak kabul edilmesi, bu kutsal varlığa bir "kurban" sunmayı gerektirir. 1982 Anayasasının "Kutsal Devlet"e kurban olarak sunduğu şey "insan hakları" olmuştur[38]. Anayasa koyucu tarafından güçlü devlet olmanın koşulları arasında düşünülen devletin kutsallaştırılması anlayışı, Anayasanın özgürlükler rejimine yansıtılmış ve temel hak ve özgürlüklere aşırı kısıtlamalar getirilmiştir[39]. Uygulamada yaşanan hak ihlâllerinde de devlet kavramının yüceltilmesinin önemli rolü olmuştur. Gerçekten bu çarpık anlayış, uygulamada, Devletin anayasal gücünün yeterli görülmemesine yol açmış ve bu da karanlık güç odaklarıyla ilişkiler kurulmasına, onların korunmasına ve bireysel suçlarına göz yumulmasına neden olduğu, son yirmi yıl içinde yaşanan olaylarla kanıtlanmıştır. "Böylece, kutsal devlet- güçlü devlet anlayışı, bir kısım kişilere suç işleme özgürlüğünün tanınması ve bu kişilerin suçları nedeniyle haklarında kovuşturma yapılmaması sonucunu doğurmuş; Devletin görünen yüzü yanında bir de görünmeyen yanının varlığı hissedilmiştir"[40].

1982 Anayasası düzenlemesinde devlet, bireyin ve toplumun hizmetinde bir araç olmaktan çıkarılmış, başlı başına bir amaç haline getirilmiştir. Devle-

(33) ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "Devletin Görünen ve Görünmeyen Yüzü", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, C.XXI, Sayı 196, (Şubat 1997), s. 69.
(34) ÜSKÜL, Zafer: **Türkiye'nin Anayasa Sorunu**, Afa Yayınları, İstanbul, 1991, s. 34.

(35) ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Analizi", **Anayasa Yargısı-6**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1989, s. 143.
(36) ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Demokrasi", **Anayasa Yargısı-7**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1990, s. 104.
(37) ALİEFENDİOĞLU: s. 72.
(38) ÜSKÜL: s. 34.
(39) ALİEFENDİOĞLU: s. 72.
(40) ALİEFENDİOĞLU: s. 72.

tin güvenliği, birey ve toplumun güvenliğinin; devletin çıkarları, birey ve toplumun çıkarlarının önüne geçmiştir. "Birey için devlet" değil, "devlet için birey" anlayışı egemen kılınmıştır. Eski metinde "Devlet" sözcüğünün 154 kez, "vatandaş" sözcüğünün ise yalnızca 17 kez Anayasada geçiyor olması rastlantısal olmasa gerek. Anayasada, "refah", "mutluluk", "sevgi", "kardeşlik" gibi sözcüklerin çok az, "barış" sözcüğünün ise hiç yer almaması; buna karşılık "milli güvenlik", "ödev", "görev", "sınırlama", "kısıtlama", "denetim", "gözetim", "yasaklama" gibi sözcüklerin ve "Atatürk ilke ve inkılapları" ile "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ibarelerinin çok sık kullanılıyor olmasını, birey karşısında devleti koruma ve yüceltme anlayışının anayasal tezahürü olarak değerlendirmek gerekir. Devleti yücelten yapısıyla Anayasanın, bireyi, potansiyel bir "bölücü" ve "yıkıcı" olarak görme eğilimi içerisinde olduğu sonucu çıkmaktadır.

1982 Anayasasının siyasal felsefesine ilişkin yapılan açıklamalardan, bu Anayasanın, anayasacılığın felsefesine uygun olarak devlet iktidarının keyfi kullanımını sınırlayan bir "garantist anayasa" olmadığı; devlet iktidarını örgütleyen, ama onu sınırlamayan bir "itibari anayasa" olduğu sonucunu çıkarmak mümkündür[41].

4. İnsan Hakları Karşıtlığı

a) Özgürlükler rejiminin genel çerçevesi

1982 Anayasası, 12 Eylül öncesi kargaşa ortamından 1961 Anayasasını sorumlu tutan bir anlayışın hazırladığı bir anayasadır. Anayasayı hazırlayanların bu konudaki savı, 1961 Anayasasının otorite-özgürlük dengesini otorite aleyhine bozmuş ve devleti güçsüz kılmış olduğu[42]; bu nedenle, toplumda bir otorite beklentisi yaratmış olduğudur. Bu temel sav üzerine kurulu 1982 Anayasası, otorite beklentisine bir yanıt olarak otoriteyi vurgulayan bir anayasa niteliğine büründürülmüştür[43]. Gerçekten, anayasa koyucu, toplumda sun'i bir şekilde yaratılmış olan otorite beklentisini ve buna eşlik eden "güçlü devlet, güçlü iktidar" arayışını, temel hak ve özgürlüklerin alanını daraltarak gerçekleştirme yolunu seçmiştir[44]. Farklı bir söyleyişle, 1982 Anayasası, terör ve anarşiye mahal vermemenin biricik politik aracı olarak düşünülen "güçlü devlet" modelini oluşturmuş; bu model karşısında bir tehdit unsuru gibi gördüğü özgür birey ve toplumu hareketsiz kılmış ve onları otoriter bir resmi ideoloji çerçevesinde vesayet altında tutmaya çalışmıştır.

1982 Anayasasının yapılışı, meşruluk anlayışı, ideolojik karakteri ve devletçi niteliği, bize bu Anayasanın temel hak özgürlüklere yaklaşımı hakkında bazı ipuçları vermektedir. Anayasada yer alan bazı ifadeler de bu ipuçlarını teyit eder niteliktedir. Sözgelimi, Anayasanın "Başlangıç" kısmında yer alan, "...hiçbir kişi ve kuruluşun, bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenmiş hukuk düzeninin dışına çıkmayacağı" (par. 5) ve "(h)er Türk vatandaşının bu Anayasadaki temel hak ve hürriyetlerden eşit-

(41) "Garantist" ve "itibari" anayasa ayrımı için bkz. ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasal Demokrasi**, s. 32.
(42) ÖZBUDUN, Ergun: **Türk Anayasa Hukuku**, Gözden geçirilmiş 4.baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1995, s. 38.
(43) SOYSAL: s. 170.
(44) SAĞLAM, Fazıl: "1982 Anayasası'nın Temel Hak ve Özgürlükler Bakımından Getirdiği Sorunlar", **Bahri Savcı'ya Armağan**, Mülkiyeliler Birliği Vakfı Yayını, Ankara, 1988, s. 433.

lik ve sosyal adalet gereklerince yararlanarak...maddi ve manevi varlığını, bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu" (par. 8), ifadeleriyle, insan hakları kavramı, evrensel içeriğinden soyutlanarak adeta "millileştirilmiş"tir[45]. Farklı bir anlatımla, söz konusu başlangıç ilkeleriyle, 1982 Anayasasının, evrensel insan hakları anlayışına değil, "sınırları bu Anayasada çizili bir insan hakları anlayışı"na dayandığı ifade edilmeye çalışılmıştır[46].

Ayrıca, 1961 Anayasasında Cumhuriyetin nitelikleri arasında "insan haklarına dayalı devlet" ibaresi kullanılmışken 1982 Anayasasında "insan haklarına saygılı devlet" ibaresinin kullanılmış olmasını yalnızca bir anlatım farkı olarak değerlendirmek yanlış olur[47]. Özellikle 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükler rejiminde gerçekleştirilen diğer değişikliklerle birlikte düşünüldüğünde, burada, temel bir yaklaşım farkının varlığı görülür. Kaldı ki, her iki ifade arasında köklü bir anlayış farkı vardır. "İnsan haklarına dayalı devlet", insanı temel bir değer olarak kabul eden, varoluş nedenini insan haklarının korunması ve geliştirilmesi amacına dayandıran devlet demektir. Bu anlayışın temelinde, "devlet birey içindir" görüşünü savunan özgürlükçü devlet geleneği vardır. Oysa, "insan haklarına saygılı devlet "anlayışında, artık insan hakları devletin temeli olmaktan çıkarılmış; devlet, sınırları Anayasa tarafından çizilmiş olan insan haklarına "kerhen" saygı duyan bir devlet haline getirilmiştir. Bu son anlayışa göre, devlet başka amaçlar için vardır. Nitekim Anayasanın 2. maddesinin yazılış tarzından da bunu çıkarmak mümkündür: "Türkiye Cumhuriyeti, toplumun huzuru, milli dayanışma ve adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı" bir devlettir. Buna göre, "toplumun huzuru", "milli dayanışma" ve "adalet" kavramları insan haklarına saygılı devleti nitelendiren, onun çerçevesini çizen ve sınırlandıran kavramlardır[48]. Kısaca, Anayasanın söz konusu tercihi, sözcük kullanımındaki basit bir üslup tercihi olarak değil, her iki Anayasa arasındaki yaklaşım farkını ortaya koyan önemli bir siyasal tercihtir.

Belirtilmesi gereken bir başka husus da, 1982 Anayasasının temel hak ve özgürlükleri, ödev ve sorumluluk kavramları ile birlikte ele almış olmasıdır. 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği ikinci kısım'ın başlığı ile bu kısmın 2., 3., ve 4. bölümlerinin başlıklarının "ve ödevler"

(45) TANÖR, Bülent: **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 3.Baskı, BDS Yayınları, İstanbul, 1994, s. 196.
(46) Nitekim, Anayasa Mahkemesi (AYM) bu ilkelere ilişkin çelişkili kararlar vermiştir. AYM bir kararında, "(b)urada sözü edilen demokratik toplum düzeniyle hiç kuşkusuz Anayasamızda gösterilen hürriyetçi demokrasi ve bunun icaplarıyla belirlenen hukuk düzeninin kasdedildiğinde duraksamaya yer yoktur" (bkz. E.1985/21, K.1986/23, k.t.6.10.1986, **AMKD**, Sayı 22, s. 224) diyerek, insan haklarını "bu Anayasada gösterilenle" sınırlamıştır. Ancak AYM, daha sonraki tarihlerde verdiği kararlarıyla bu içtihadından ayrılarak, insan haklarını 1982 Anayasasıyla değil, Batılı demokrasilerde geçerli olan ölçütlerle tanımlamıştır (Bkz. E.1985/8, K.1986/27, k.t.28.11.1986, AMKD, Sayı 22, s.365; E.1988/14, K.1988/18, k.t.14.6.1988, Sayı 24, s. 252 vd).
(47) Benzer değerlendirmeler için bkz. ERDOĞAN, Mustafa: **Anayasa Hukukuna Giriş**, Liberte Yayınları, Ankara, 2004, s. 184; TANÖR: **Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu**, s.196-197; SOYSAL: s.190-192; SAĞLAM: s.434; YÜZBAŞIOĞLU: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, s.133-136. Aksi görüş için bkz. ÖZBUDUN: s.74 ; KUZU, Burhan: **1982 Anayasasının Temel Nitelikleri ve Getirdiği Yenilikler**, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1990, s.214; GÖZLER, Kemal: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2000, s. 105.
(48) Aksi görüş için bkz. ÖZBUDUN: s.75; GÖZLER: **Türk Anayasa Hukuku Dersleri** , s. 105-106.

biçiminde yazılı oluşu, hak ve özgürlük kavramları ile ödev ve sorumluluk kavramları arasındaki doğal bağı yeterince ortaya koymaktadır. Bu doğal bağ, hukuki olmaktan ziyade, ahlâki bir nitelik taşımaktadır. Zira, insan hakları, -tanımı gereği- bireylerin devlete yönelik tek taraflı taleplerini ifade ettiğinden, bu hakların varlıkları bireylerin "toplama, ailesine ve diğer kişilere karşı" olan ödev ve sorumluluklarından bağımsızdır[49]. Hal böyleyken, anayasa koyucunun, "(t)emel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder"(m.12/2) hükmüne yer vermesi, birey-toplum ilişkisinde toplum lehine yaptığı tercihi ortaya koymaktadır[50]. Bu tercih, "toplumcu" kaygılardan çok, "toplum"u, hak ve özgürlükleri sınırlamada kullanılacak bir araç olarak görmekten kaynaklanmaktadır.

ö) Sınırlama sistemi

1982 Anayasasının ilk şeklinin temel hak ve özgürlükler bakımından hafıza dokusunda yer alan özgürlük karşıtı tutumu, kendisini, "katmerli sınırlama sistemi"yle açığa vurmaktadır. 1982 Anayasası, "Devleti koruma teorisi"[51] çerçevesinde, temel hak ve özgürlüklere, birbiri üstüne eklenen üç halkalı bir teknikle sınırlama getirmektedir. Bu teknikle, birbiri önüne konulan barikatlarla özgürlüklerin bloke edilmesi istenmiştir. Anayasanın, özgürlüklerin kullanımı için öngördüğü ilk barikat, her bir temel hak ve özgürlük için düzenlendikleri ilgili maddelerde belirtilen "özel sınırlama sebepleri"; ikincisi, bütün hak ve özgürlükler için geçerli olan "genel sınırlama sebepleri"; üçüncüsü ise, "temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması" hükmüdür.

1982 Anayasasının ilk metninde her bir temel hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili maddelere bakıldığında göze çarpan ilk özellik, çok geniş ve ayrıntılı hükümlerin getirilmiş olmasıdır. Bu geniş ve ayrıntılı düzenlemenin, ilk bakışta sanılabileceğinin aksine, hakların ve özgürlüklerin her türlü olasılığa karşı güvence altına alınması amacına yönelik olmadığı, hakların ve özgürlüklerin sınırlanması yönünde bir çaba olduğu açıktır[52].

Anayasanın ilk şeklinin hak ve özgürlükleri ele alış biçimi dikkatle incelendiğinde, bunların varlığını reddetmediği; ancak, bu temel hak ve özgürlükleri tanırken, bunların kötüye kullanılacağı, özellikle de devlete karşı kullanılacağı varsayımından hareket ettiği görülür[53]. Bu durumda Anayasa, bir hakkı tanımanın hemen sonrasında, bu hakkın kötüye kullanılmasını önlemenin önlemlerini sıralamaktadır. Gerçekten her bir temel hak ve özgürlüğün yer aldığı maddeye göz atıldığında, "herkes filanca hakka sahiptir, ama..." diye devam eden cümlelerin varlığı görülür. Bununla Anayasa, varlığını kabul ettiği hakları yok saymaktadır; bunlara usulen var dedikten sonra, onların varlık koşullarını ortadan kaldırmaktadır[54]. Bunun için birçok yazar, haklı olarak, 1982 Anayasasını "ancak anayasası" ya da "ama anayasası" şeklinde tanımlamaktadır[55].

(49) ERDOĞAN, Mustafa: "Anayasa Reformu", **D.B.Tercüman**, 14 Haziran 04.
(50) SOYSAL: s.193; YÜZBAŞIOĞLU: **Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku**, s. 136-137.
(51) ÇAĞLAR: Anayasa Yargısı ve Normatif Devreler Analizi, s.144.
(52) SOYSAL: s. 195.
(53) ÜSKÜL: s. 35.
(54) PARLA: s. 38.
(55) Bu tanımlamalar için bkz. ÜSKÜL: s.35; PARLA: s. 38.

1982 Anayasasının değişiklik öncesi metninde temel hak ve özgürlüklerle ilgili geniş bir liste öngörmüş olması bizi yanıltmamalıdır. Gerçekten, Anayasanın "Temel Hak ve Ödevler" kısmındaki "Kişinin Hakları ve Ödevleri" başlıklı bölümünde yer alan hükümlerin, çağdaş gelişmelerin tam tersine, otoritarizm yönünde bir eğilim taşıdığı görülür. Sözgelimi, adı geçen bölümde yer alan "kişi dokunulmazlığı"(m.17), "kişi özgürlüğü ve güvenliği"(m.19), "özel hayatın gizliliği"(m.20), "konut dokunulmazlığı"(m.21) gibi hak ve özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılmasında yargı ve yargıç ikinci plana itilmiş; idare ve kolluk güçleri ön plana çıkarılmıştır. Söz konusu hak ve özgürlüklerin kullanımında, Anayasanın deyimiyle "gecikmesinde sakınca bulunan haller"de idare yetkili kılınmıştır. Bununla, idarenin özgürlükler rejimi üzerindeki söz hakkı, istisna olmaktan çıkarılmış, genel bir kural haline getirilmiştir[56]. Ayrıca, 1961 Anayasasındaki paralel düzenlemelerle karşılaştırıldığında, gözaltı ve tutukluluk kararı verebilmenin koşulları kolaylaştırılmış, toplu suçlarda yargıç önüne çıkarılma süresi uzatılmış (m.19), seyahat ve yerleşme özgürlükleri daraltılmıştır (m.23).

1982 Anayasasının eski metni, her bir temel hak ve özgürlük için kabul ettiği sınırlama sebepleriyle yetinmeyerek, bütün hak ve özgürlükler için geçerli olacak bir "genel sınırlama hükmü" getirmiştir. Anayasanın bu yaklaşımı, 1961 Anayasasındaki sistemden köklü bir kopuşu ifade etmektedir. 1982 Anayasası, 1961 Anayasasının 11. maddesi bağlamında yapılan tartışmalara son vermek amacıyla, 13. maddesiyle açıkça bir "genel sınırlama" hükmü getirmiştir. 2001 değişikliği öncesi metne göre, "(t)emel hak ve hürriyetler, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün, milli egemenliğin, cumhuriyetin, milli güvenliğin, kamu düzeninin, genel asayişin, kamu yararının, genel ahlâkın ve genel sağlığın korunması amacı ile ve ayrıca Anayasanın ilgili maddelerinde öngörülen özel sebeplerle, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak kanunla sınırlanabilir. Temel hak ve hürriyetlerle ilgili genel ve özel sınırlamalar demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olamaz ve öngörüldükleri amaç dışında kullanılamaz. Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve hürriyetlerin tümü için geçerlidir" (m.13). Böylece, Anayasada yer alan temel hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri ilgili maddelerde özel sınırlama sebepleri belirtilmiş olsun ya da olmasın, bu hak ve özgürlüklerin 13. maddede sayılan bir ya da birden çok sınırlama sebebiyle kayıtlanabilmeleri mümkün hale getirilmiştir[57].

1982 Anayasasının 13. maddesinde sayılan sınırlama sebeplerinden "milli güvenliğin ve genel asayişin korunması", 1961 Anayasasının 11. maddesinde 1971 değişikliği ile getirilmiş olan sebeplere eklenmiş yeni sınırlama sebepleridir. Böylece 1982 Anayasası "genel sınırlama sebepleri sistemi"nde bir yandan sınırlama sebeplerini artırmış, diğer yandan da bu sebeplerle bütün hak ve özgürlüklerin sınırlanması olanağını getirmiştir.

(56) TANÖR: **İki Anayasa (1961-1982)**, s. 137.
(57) TANÖR: **İki Anayasa (1961-1982)**, s. 135; ÖZBUDUN: s. 77-78 ; KUZU: s.224; AKILLIOĞLU, Tekin: "1982 Anayasasında Temel Hakların Genel Kuralları", **İnsan Hakları Yıllığı**, C. 5-6, 1983-1984, s. 60; SABUNCU, Yavuz: **Anayasaya Giriş**, İmaj Yayıncılık, Ankara, 1994, s. 23.

Anayasada belirtilen genel sınırlama sebeplerine bakıldığında, Anayasa koyucunun, akla gelebilecek bütün sınırlama sebeplerini saymak suretiyle sınırlanamayacak bir hak ve özgürlük bırakmamak endişesi taşıdığı izlenimini vermektedir. Anayasa, bu düzenlemeyle, "özgürlüğün kural, sınırlamanın istisna"olduğu ilkesini tersine çevirerek, "sınırlamayı kural, özgürlüğü istisna" haline getirmiştir. Anayasa yapıcılığı açısından düşünüldüğünde, salt 13. maddedeki düzenleme nedeniyle Türk Anayasa koyucusunun; insan haklarına duyarsız, çağdaş anayasacılık anlayışından uzak, birey karşısında devleti koruma endişesiyle hareket eden otokratik bir anlayışı temsil ettiğini söylemek mümkündür.

Genel sınırlama sebepleri bakımından dikkat çeken bir başka husus, Anayasanın eski metninde sayılan sınırlama sebeplerinin genel, soyut ve içeriği belirsiz kavramlardan oluştuğudur. Genel sınırlama sebeplerinin bu nitelikte oluşu, yasa koyucuya, rahatlıkla istismar edebileceği geniş bir serbesti tanımıştır. Nitekim, bu maddenin yürürlükte olduğu dönem içerisinde, sınırları belirsiz ve tanımlanması güç olan bu kavramlara ilişkin, siyasal iktidarlar tarafından yaratılan hayali gereksinimlerle, temel hak ve özgürlükleri işlevsiz kılacak derecelere varan sınırlamalara gidilmiştir.

1982 Anayasası, "özgürlük karşıtı" tutumunu, özgürlüklerin kısıtlanmasında üçüncü bir "emniyet kayışı"[58] olarak kabul ettiği "temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması" hükmüyle sürdürmüştür: 2001 değişikliği öncesi metne göre, "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbiri, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak, Türk Devletinin ve Cumhuriyetinin varlığını tehlikeye düşürmek, temel hak ve hürriyetleri yok etmek, Devletin bir kişi veya zümre tarafından yönetilmesini veya sosyal bir sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenliğini sağlamak veya dil, ırk, din ve mezhep ayrımı yaratmak veya sair herhangi bir yoldan bu kavram ve görüşlere dayanan bir devlet düzeni kurmak amacıyla kullanılamazlar" (m.14/1). Doktrinde bu düzenlemenin bir sınırlama hükmü olup olmadığı hususunda yapılan tartışmalar bir tarafa, her şeyden önce bu hüküm, hukukun genel ilkelerinden olan "bir hakkın kötüye kullanılamayacağı" kuralının bir tekrarı niteliğindedir. Anayasada böyle bir hükme yer verilmemiş olsa dahi, hukuk zaten hakkın kötüye kullanımını korumayacaktır[59]. Bu gerçekliğe rağmen böyle bir hükmün anayasaya konuluşunun temelinde, hak ve özgürlüklerin sınırlı olduğunu vurgu yapmak amacı yatmaktadır.

c) Olağanüstü hal anayasacılığı karşısında temel hak ve özgürlüklerin konumu

"Olağanüstü hal anayasacılığı teknikleri ile yazılan 1982 Anayasası"[60], 1961 Anayasasının yaklaşımından farklı olarak[61], olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin kısmen veya tamamen durdurulabileceğini, bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirlerin alınabileceğini hüküm altına almıştır (m.15). 1982 Anayasasının bu düzenlemesi içinde, olağanüstü yönetim usulleri, temel hak ve özgürlükler bakımından Anayasadan bağımsız ayrı bir rejim görüntüsü vermektedir[62].

Temel hak ve özgürlükler bakımından ağır bir daraltma anlamına gelen "durdurma" halinde, geçici bir süre için, bir hakkın kullanımının olanaksız kılınması söz konusudur[63]. 1982 Anayasası, durdurma ve güvencelere aykırı alınacak tedbirler hakkında üç önemli sınırlama getirmektedir. Bunlardan biri ölçülülük ilkesidir; yani, durdurmanın "durumun gerektirdiği ölçü"de olmasıdır. İkincisi, bu tedbirlerin "uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler"i ihlal etmemesidir. Üçüncüsü ise, durdurmanın ya da önlemlerin 15. maddenin 2. fıkrasında sayılan yasaklarla sınırlı olmasıdır. Bu son sınırlama hükmüyle, durdurulması veya Anayasada öngörülen güvencelere aykırı önlemlerin alınması hiçbir şekilde mümkün olmayan dokunulmaz bir alan yaratılmaktadır. Anayasada sayılan bu üç güvencenin koruma işlevini yerine getirebilmesi, iyi işleyen bir yargı denetiminin varlığına bağlıdır. Ne var ki, olağanüstü yönetim hallerinde çıkarılan kanun hükmünde kararnamelerin Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nde dava açılamaması (m.148) ve bu yönetim usullerine ilişkin olarak çıkarılan yasalarda idari yargı denetiminin kısıtlanmış olması, söz konusu güvencelerin pratik değerini önemli ölçüde azaltmıştır.

"Temel hakları durdurma ve anayasal güvenceleri kaldırma" önlemlerinin yasa ile alınması halinde, gerek denetleme kapsamının darlığı ("durumun gerektirdiği ölçü" ve "uluslararası hukuktan doğan yükümlülükler"le sınırlıdır) gerekse bu alandaki yasaların (Sıkıyönetim Kanunu ve Olağanüstü Hal Kanunu) Milli Güvenlik Konseyi döneminde çıkarılan yasalar oluşu nedeniyle anayasa yargısı denetimi dışında tutulmuş olması (Geçici m.15/3), yargısal denetimi son derece dar ve önemsiz bir çerçevede kalmaya mahkum etmiştir.

Olağanüstü yönetim usullerinde temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasının durdurulabilmesi ve bunlara ilişkin anayasal güvencelerin kaldırılabilmesi ile bunun yargısal denetimine getirilen kısıtlamalar karşısında şu sonuca varmak mümkündür: "1982 Anayasası, adeta iç içe iki Anayasa içermektedir. Bunlardan biri normal durumu düzenlemekte, ikincisi ise olağanüstü rejimleri, birincisinden etkilenmeyen ayrı bir rejime tabi kılmaktadır"[64].

5. Zayıflatılmış Hukuk Devleti İlkesi

1982 Anayasasının katı devletçi tutumu karşısında, devlet iktidarının hukukla sınırlanmasını amaçlayan hukuk devleti ilkesinin gereklerine Anayasada eksiksiz yer verilmesini beklemek iyimser bir yaklaşım olur. Gerçekten, devleti her türlü değerin üstünde tutan ve onu "kutsallaştıran" yapısıyla 1982 Anayasasının, hukuk devletinin gereklerine tam olarak uygun düzenlemelerde bulunmasını ummak doğru değildir.

(58) TANÖR: **İki Anayasa** (1961-1982), s. 135.
(59) SABUNCU: s.26; KUZU: s. 242.
(60) ÇAĞLAR, Bakır: "Anayasanın Hukuku ve Anayasanın Yargıcı, Yenilenen Anayasa Kavramı Üzerine Düşünceler", **Anayasa Yargısı-8**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1991, s.52.
(61) 1961 Anayasasının temel haklar ve ödevlere ilişkin İkinci Kısmında, temel hak ve özgürlüklerin durdurulması ile ilgili bir hüküm olmadığı gibi, bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınacağına dair bir hüküm de mevcut değildi. Buna karşılık, 1961 Anayasasının sıkıyönetim ve savaş haline ilişkin 124. maddesinin 3. fıkrasında, "Sıkıyönetim veya genel olarak savaş halinde, hangi hükümlerin uygulanacağı ve işlemlerin nasıl yürütüleceği, hürriyetlerin nasıl kayıtlanacağı veya durdurulacağı...kanunla gösterilir"denilmişti.
(62) SAĞLAM: s. 436.
(63) SABUNCU: s. 27; AKILLIOĞLU: s. 60; KUZU: s. 244.
(64) SAĞLAM: s. 437.

Bununla birlikte, hukuk devleti ilkesi, Anayasanın 2. maddesinde "cumhuriyetin nitelikleri" arasında sayılmış; bu ilkenin gereklerinden olan yönetimin yargısal denetimine (m.125/2), yasama işlemlerinin anayasal yargısal denetimine (m.148) ve yargı bağımsızlığı ilkesine (m.9, 138 vd.) Anayasada yer verilmiştir. Ancak, hukuk devletinin gereklerine ilişkin anayasal düzenlemeler dikkatle incelendiğinde, bu düzenlemelerin, hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilemez kimi hükümler içerdiği görülmektedir.

a) Yönetimin yargısal denetimin sınırlandırılması

Yönetimi hukukla sınırlamada en etkili yol, yargısal denetimdir. Yönetimin hukuka bağlılığını yargısal denetimle gerçekleştirmek, hukuk devletinin zorunlu bir ilkesi olduğu kadar insan hakları ilkesinin de güvencesidir. Yönetimin yargısal denetiminin etkililiği, denetimin yaygınlığı ve derinliği ilkelerinin gerçekleştirilmesine bağlıdır[65]. Buna göre, hiç bir idari işlemin denetim dışında tutulmaması ve dava konusu işlemin yargıç tarafından bütün öğeleriyle göz önüne alınabilmesi esastır[66]. 1982 Anayasası, "(i)darenin her türlü eylem ve işlemine karşı yargı yolu açıktır"(m.125/1) hükmüyle, hukuk devletinin zorunlu öğelerinden birinin altını çizmiştir. Ne var ki, 1982 Anayasasının kendisi bu temel kurala bazı istisnalar getirmiştir. Buna göre, Cumhurbaşkanın tek başına yapacağı işlemler (m.125/2), Yüksek Askeri Şura kararları (m.125/2), Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararları (m.159/4), uyarma ve kınama cezalarına ilişkin disiplin kararları (m.129/3), Milli Güvenlik Konseyi döneminde Konseyin ve bu Konseyin yönetimi döneminde kurulmuş hükümetler ile Danışma Meclisinin her türlü karar ve tasarrufları (Geçici m.15/1) yargı denetimi dışında tutulmuştur. 1982 Anayasası, hukuk devletinin onsuz olmaz koşulu olan yönetimin yargısal denetimine getirdiği bu sınırlamalarla, hukuk devleti ilkesini ciddi bir biçimde zedelemiştir.

Yönetimin yargısal denetimi konusunda 1982 Anayasasının sorunlu olan bir başka düzenlemesi, "(k)anun, olağanüstü hallerde, sıkıyönetim, seferberlik ve savaş halinde ayrıca milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık nedenleri ile yürütmenin durdurulması kararı verilmesini sınırlayabilir" (m.125/6) hükmüdür. Kişilerin olağan dönemlere oranla daha fazla hukuki korumaya muhtaç olduğu olağanüstü dönemlerde böyle bir sınırlamaya gidilmesi, hukuk devleti ilkesi açısından kabul edilemez bir düzenlemedir.

b) Anayasa yargısındaki sorunlar

Meşruiyetini doğrudan doğruya bireyin hak ve özgürlüklerini korumanın bir aracı olmasından alan anayasa yargısı, günümüzde anayasacılık hareketlerinin odak noktası haline gelmiş bulunmaktadır. Anayasanın üstünlüğünün bir anlam ifade edebilmesi, hukuk devleti ilkesinin işlevsel olabilmesi ve nihayet temel hak ve özgürlüklerin güvence altına alınabilmesi anayasallık denetimi ile mümkün olabilmektedir.

1982 Anayasası, anayasa yargısının insan hakları ve hukuk devleti ilkesi açısından taşıdığı öneme koşut bir hassasiyet göstermemiş; aksine, bu alanda önemli sayılabilecek kısıtlamalara gitmiştir. Özellikle, Anayasa Mahkemesinin 1961 Anayasasının yürürlükte olduğu dönemde verdiği bazı kararlara karşı duyulan tepkiler, 1982 Anayasasında daha kısıtlı bir denetim mekanizmasının düzenlenmesine yol açmıştır. Bir kere, Anayasa Mahkemesinin denetim alanı yeni Anayasa ile daraltılmıştır. MGK döneminde çıkarılmış kanunlar ve kanun hükmünde kararnameler (KHK) (Geçici m.15/3)[67] ile olağanüstü yönetim hallerinde çıkarılan KHK'ler (m.148/1) anayasallık denetimi dışında tutulmuştur. Gerek MGK döneminde çıkarılan kanun ve KHK'lerin sayısı ve önemi[68], gerekse siyasal yaşamımızın önemli bir kesitinin olağanüstü rejimlerle geçmiş olması dikkate alındığında, bunların anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulmalarının insan hakları ve hukuk devleti açısından ne denli ciddi sakıncalar taşıdığı anlaşılabilir.

1982 Anayasası, -1961 Anayasasındaki paralel düzenlemelerle karşılaştırıldığında- yargı yollarını harekete geçirme olanaklarını daraltmak suretiyle de anayasa yargısında bir gerileme meydana getirmiştir. Bu bağlamda, itiraz yoluyla biçim yönünden anayasaya aykırılık iddiasında bulunma öngörülmemiş (m.148/2), esasa girilerek reddedilen davanın on yıl geçmeden bir daha açılamaması kabul edilmiş (m.152/4), iptal davası açma yetkisine sahip olanların sayısı azaltılmış (m.149) ve iptal davasının açılma süresi kısaltılmıştır (m.151).

1982 Anayasasının Yüksek Mahkeme üyelerinin seçimine ilişkin düzenlemesi de tartışmaya açık bir başka husustur. Gerçekten, Anayasanın, Yüksek Mahkemenin on bir asıl ve dört yedek üyesinin Cumhurbaşkanı tarafından seçilmesini öngörmesi (m.146), anayasa yargısını Cumhurbaşkanının vesayetine tabi kılma çabası olarak değerlendirmek pek yanlış olmasa gerek[69]. Teorik olarak "Yüce Divan" sıfatıyla kendisini de yargılayabilecek Anayasa Mahkemesinin bütün üyelerinin Cumhurbaşkanınca atanmasını, demokratik meşruiyet açısından doğru bulmak güçtür[70]. Oysa ki, Yüksek Mahkeme üyelerinin belirlenme yöntemi hem Yüksek Mahkemenin demokratik meşruiyeti, hem de bağımsızlığı bakımından büyük önem taşımaktadır.

c) Yargı bağımsızlığının zedelenmesi

Yargı bağımsızlığı, yargının gerek yürütme gerekse yasama organına bağlı olmadan, emir ve talimat almadan görevini özgürce yerine getirebilmesi anlamına gelir[71]. Başlı başına bir amaç değil de, hukuki barışın sağlanmasında bir araç olan yargı bağımsızlığı ilkesi[72], hukuk devletinin ve dolayısıyla insan haklarının temel güvence mekanizmalarından birini oluşturmaktadır.

(65) KABOĞLU, İbrahim Ö. : **Kolektif Özgürlükler**, DÜHF Yayınları, Diyarbakır, 1989, s. 161.
(66) KABOĞLU: **Kolektif Özgürlükler**, s. 161-162.
(67) Anayasanın geçici 15. maddesinin 3. fıkra hükmü, 2001 anayasa değişiklikleriyle ilga edilmiştir.
(68) MGK döneminde çıkarılan yasaların sayısının 636 olduğu ve bu yasalara önemli sayıda KHK'ler eklendiğinde sorunun önemi ortaya çıkmaktadır. Ayrıca belirtmek gerekir ki, bu dönemde çıkarılan yasaların önemli bir bölümü yeni ve temel yasalardır: Siyasi Partiler Kanunu, Sendikalar Kanunu, Milletvekili Seçimi Kanunu, Dernekler Kanunu, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu, Olağanüstü Hal Kanunu vb.
(69) ÖZAY, İl Han: "Yargı Güvencesi-Bağımsızlığı ve Anayasa Mahkemesi", **Anayasa Yargısı-8**, Anayasa Mahkemesi Yayını, Ankara, 1991, s.114, dipnot no:23.
(70) ÖZAY: s. 114.
(71) ÖZBUDUN: s. 331.
(72) CENTEL, Nur: "Yargı Bağımsızlığı", **Anayasa ve Uyum Yasaları** (13-14 Aralık 2002), Açık Oturum Tutanakları, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 107.

İnsan haklarının ve hukuk devletinin temel güvencesini oluşturan yargı bağımsızlığı ilkesi Anayasanın 9. maddesinde, "Yargı yetkisi, Türk milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır" denilerek ortaya konmuştur. Bu genel ifadeye içerik kazandıran düzenleme ise Anayasanın 3. kısmının yargı ile ilgili 3. bölümünde yer alan 138. Maddesidir[73]. Öğretide "nesnel bağımsızlık" olarak da adlandırılan yargı bağımsızlığının, ilk bakışta Anayasanın ilgili maddesinde güvence altına alınmış olduğu görülür.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, yargıç güvencesiyle desteklenmediği sürece yargı bağımsızlığını -tıpkı Anayasamızda olduğu gibi- soyut temennilerle sağlamak mümkün değildir. Anayasa, yargı bağımsızlığı ile yargıç güvencesini ayrı başlıklar altında düzenlemiş ise de, aslında her ikisi de birbirini tamamlayan hukuksal kurumlardır. Yargıç güvencesi[74], yargı bağımsızlığını sağlamaya hizmet eden en önemli kurumlardan biridir. Bir başka anlatımla yargıç güvencesi, yargı bağımsızlığının onsuz-olmaz koşuludur. Bunun için Anayasadaki yargıç güvencesine ilişkin düzenleme büyük önem taşımaktadır. 1982 Anayasasının "hâkimlik ve savcılık teminatı" kenar başlıklı 139. maddesine göre, "(h)âkimler ve savcılar azlonulamaz, kendileri istemedikçe Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayrılamaz; bir mahkemenin veya kadronun kaldırılması sebebiyle de olsa, aylık, ödenek ve diğer özlük haklarından yoksun kılınamaz". Görülüyor ki, yargıç güvencesinin bazı öğeleri Anayasada belirtilmiş, diğer öğelerin ise, "mahkemelerin bağımsızlığı ve hâkimlik teminatı esaslarına göre kanunla düzenlen(eceği)" (m.140/3) hükme bağlanmıştır.

Anayasanın 138., 139., ve 140. maddelerine bakıldığında, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencesi açısından bir sorun olmadığı görülür. Ne var ki, burada gözden ırak tutulmaması gercken bir nokta var; o da, yargıçların özlük işleri hakkında karar verecek organın yapısıdır. Kuşkusuz, bu kararların alınmın yürütme organına ya da yürütme organı ağırlıklı bir kurula bırakılması halinde yargıç güvencesinin zedeleneceği çok açıktır. Nitekim, 1982 Anayasasının "Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu"(HSYK) kenar başlıklı 159. maddesi incelendiğinde, HSYK'nın gerek oluşumu ve gerekse işleyişi bakımından bazı sakıncalar içerdiği görülmektedir. HSYK başkanının Adalet Bakanı olması ve Adalet Bakanlığı Müsteşarının Kurulun doğal üyesi olması (m.159/2), yargıçlardan oluşan beş üyenin Cumhurbaşkanınca seçilmesi (m.159/2), kurul kararlarının yargı denetimi dışında tutulması (m.159/4), HSYK'nın kabulü aranmaksızın yargıcın kendi onayıyla Adalet Bakanı tarafından Bakanlık hizmetine alınabilmesi (m.159/6) ve Adalet Bakanının, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yargıç ve savcıları geçici yetki ile görevlendirebilmesi (m.159/7), yürütmenin yargıya müdahalesine açık kapı bırakmaktadır[75].

Öte yandan, yargıçların görevlerini, yargılama görevleri ve idari görevler şeklinde ikiye ayırıp, idari görevleri bakımından Adalet Bakanlığına bağlı tutulmaları (m. 140/6), yargı bağımsızlığı ilkesiyle bağdaşmamaktadır[76]. Buna ilave olarak, yargıçların Adalet Bakanlığı müfettişlerince denetlenecek olması (m.144), denetimde siyasi müdahalelere yol açma ve buna bağlı olarak da yargıçların bağımsız hareket etmelerini zayıflatma gibi bir riski içermektedir[77].

Yargı bağımsızlığı açısından bir başka sakıncalı nokta, yüksek yargı organlarında görev yapanların Cumhurbaşkanı tarafından seçilip atanmasıdır. Anayasaya göre Cumhurbaşkanı; Anayasa Mahkemesi (m.146/2), Askeri Yargıtay (m.156/2), Askeri Yüksek İdare Mahkemesi (m.157/2) ve HSYK (m.159/2) üyelerini kendisine sunulan adaylar arasından, Danıştay üyelerinin dörtte biri ile (m.155/3) Cumhuriyet Başsavcısı ve vekilini (m.104/c) bizzat seçer ve atar. Gerçi, benzeri düzenlemeler yerleşik demokrasilerde de yaygındır. Ancak bu ülkelerde yargı bağımsızlığı ilkesi, hem çeşitli kurum ve mekanizmalarla etkin bir şekilde koruma altına alınmakta ve hem de bu koruma mekanizmaları, toplum tarafından içselleştirilmiş köklü bir gelenek ve kültür tarafından desteklenmektedir. Türkiye gerçekliğinde bu öğelerin eksikliği dikkate alındığında, yürütmenin başı sıfatıyla Cumhurbaşkanına bu yetkilerin verilmiş olmasının, yüksek yargı organlarının yürütmeye bağımlı olmasına yol açabilecek bir tercih olduğunu söylemek mümkündür[78].

Son olarak, Anayasanın eski metninde var olan ve Devlet Güvenlik Mahkemelerinin bir asil ve bir yedek üyesinin birinci sınıf askeri yargıçlar arasından seçilip atanmasını öngören hüküm (m.143/3), yargıç bağımsızlığına ters düşmekteydi. Nitekim bu husus, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Türkiye aleyhine vermiş olduğu birçok kararda açıkça belirtilmiştir[79].

Özetle ifade etmek gerekirse; yürütmenin yargısal denetimi, anayasa yargısı ve yargı bağımsızlığı konularında hukuk devleti ilkesiyle bağdaştırılması mümkün olmayan birçok düzenlemeyi içinde barındıran 1982 Anayasası, bu haliyle, bir "hukuk devleti" olmaktan çok, bir "yasa devleti" görüntüsü çizmektedir. Hukukun üstünlüğüne bağlı olmayan bir yasa devletinin, her an için, yasal haksızlıklar devleti haline dönüşebileceğinin de unutulmaması gerekir.

6. Demokrasi Açığı

Anayasanın 2. maddesinde cumhuriyetin nitelikleri arasında sayılan "demokratik devlet" ilkesi, 6. maddedeki,

(73) *"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi, yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve hâkimlere emir ve talimat veremez; genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Görülmekte olan bir dava hakkında Yasama Meclisinde yargı yetkisinin kullanılması ile ilgili soru sorulamaz, görüşme yapılamaz veya herhangi bir beyanda bulunulamaz. Yasama ve yürütme organları ile idare, mahkeme kararlarına uymak zorundadır; bu organlar ve idare, mahkeme kararlarını hiçbir suretle değiştiremez ve bunların yerine getirilmesini geciktiremez"(m. 138).*

(74) *Dar anlamda yargıç güvencesi, hakimlerin azledilememesi demektir. Geniş anlamda ise, hakimlerin azledilememelerinin yanı sıra, hakimlerin; yasada gösterilen usuller dışında görevlerinden geçici de olsa alınamamaları, rızaları olmaksızın görev yerlerinin değiştirilememesi, emekliye sevk edilmemeleri ve maaşlarından yoksun bırakamamalarını içermektedir (Bkz. CENTEL: s. 119).*

(75) *Anayasanın 159. maddesindeki ilgili düzenlemelere yönelik eleştiriler için bkz. CENTEL: s. 121-125; ÖZTEK, Selçuk: "Türkiye'de Hakim Bağımsızlığını Sağlayan Hukuki Tedbir, Teşkilat ve Kurumlar (Ana Hatlarıyla Türk Hukukundaki Durum), **Hukuk Araştırmaları**, Cilt 7, Sayı 1-3, 1992-1993, s. 281-282; İBRAHİM-HAKKIOĞLU, Uğur: "Yargı Bağımsızlığı", **Uluslararası Anayasa Hukuku Kurultayı** (9-13 Ocak 2001), Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2002, s. 661-662.*

(76) *TANÖR /YÜZBAŞIOĞLU: s. 454; CENTEL: s. 119.*

(77) *ERDOĞAN: **Anayasa Hukukuna Giriş**, s.180; ÖZTEK: s.281.*

(78) *TANÖR, Bülent: **Türkiye'de Demokratikleşme Perspektifleri**, TÜSİAD Yayınları, İstanbul, 1997, s. 175.*

(79) *Bu kararlar doğrultusunda 1999 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle, DGM yargıçlarının tümünün sivil yargıçlar arasından atanması öngörülmüştür.*

"Egemenlik, kayıtsız şartsız Milletindir" hükmüyle teyit edilmiştir. Ancak bu ilke, anayasanın başlangıç kısmında yer alan "bu Anayasada gösterilen hürriyetçi demokrasi" (par. 5) ifadesiyle sınırlandırılmıştır. Her ne kadar Türk Anayasa Mahkemesi son kararlarında bu ifadeden "klasik demokrasi"nin anlaşılması gerektiğini söylemişse de, bu yorum, 1982 Anayasasının -özellikle eski metninin- öngördüğü demokrasi modelinin "sınırlı demokrasi" olduğu gerçeğini ortadan kaldırmamaktadır.

Anayasanın öngördüğü "sınırlı demokrasi"nin izlerini, sivil toplum düşmanlığında, siyasal partiler rejimi ile sivil-asker ilişkilerini ele alışında görmek mümkündür.

a) Sivil toplum düşmanlığı

Hukuki pozitivizmin en devletçi türünün bir örneği olan 1982 Anayasasının ilk şekli, ideolojik devletin, toplumsal yaşamın hemen her alanına müdahale etmesini mümkün ve meşru kılan bir metin olmuştur. Bu bağlamda Anayasanın işlevi, toplumsal-siyasal yaşamı kendi doğal mecrasına terk etmek şeklinde değil; ideolojik niteliğinin bir gereği olarak, bütün alanları global bir devlet-toplum projesi içinde tutmak şeklinde ortaya çıkmıştır. Her türlü toplumsal, siyasal ve kültürel çoğulculuğa karşı olan Anayasa, devletin ideolojik kimliğini topluma giydirme çabası içinde olmuştur. Anayasal tercihe şayan olan bu ideolojik çerçeve, aynı zamanda, toplumsal muhalefetin ve sivil toplumun hem söylemsel sınırlarını çizmiş, hem de bu muhalefetin hangi aktörler tarafından yapılacağını ve hangi temelde meşruluk kazanacağını belirlemiştir[80].

Anayasanın bu genel yaklaşımı, sivil toplumun yeşermesine, neşvü-nema bulup güçlenmesine karşı olmuştur. "Siyasal" olan her şeye kuşku ve korku ile yaklaşan, siyasallaşmanın beraberinde kutuplaşma ve çatışmayı getireceğinden endişe duyan 1982 Anayasasının eski metni, birey ve toplum açısından ciddi bir "depolitizasyon" öngörmüştür. Bu amaçla, 1961 Anayasasına oranla daha az katılımcı bir demokrasi modeli kabul edilmiştir. Sivil toplumun gelişmesini engellemek ve bu yolla siyasal kutuplaşma ve çatışmanın önüne geçmek amacıyla siyasal katılım ve faaliyetlere çeşitli sınırlar getirmiştir. Bu bağlamda Anayasanın eski metni, derneklerin siyasi amaç güdemeyeceklerini, siyasi faaliyette bulunamayacakların, siyasi partilerden destek göremeyeceklerini ve onlara destek olamayacaklarını kabul etmiştir (m.33/3). Aynı yönde siyaset yasakları vakıflar için de geçerli kılınmıştır (m.33/7). Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemeyecekleri öngörülmüş (m.34/5). Dernek ve vakıflar için kabul edilmiş olan siyasi yasaklar sendikalar için de kabul edilmiştir (m.52/1). Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının siyasetle uğraşamayacakları belirtilmiştir (m.135/3). Aynı yasaklayıcı ifade kooperatifler için de kullanılmıştır (m.171/son). Son olarak, siyasi amaçlı grev ve lokavt yapılamayacağı hüküm altına alınmıştır (m.54/7)[81].

(80) KEYMAN, E. Fuat: "Devlet Bekası-Hukukun Üstünlüğü Karşıtlığı: Türkiye'de Devlet Sorunu ve Demokratikleşme Olasılığı", **Doğu-Batı**, Sayı 13, (Kasım, Aralık, Ocak 2000-01), s. 141.

(81) Bu yasakların tümü 1995 ve 2001 anayasa değişiklikleriyle kaldırılmıştır.

Anayasa, sivil toplum unsurlarının siyaset yapmalarını yasaklamakla yetinmemiş, ayrıca bunlar arasındaki dayanışmanın da yasaklanması yoluna gitmiştir. Nitekim Anayasa, derneklerin (m.33/3), vakıfların (33/7), sendikaların (52/1) ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının (m.135/3) siyasi amaçla ortak hareket etmelerini yasaklamıştır[82]. "Dayanışma yasakları" olarak adlandırılan bu yasaklarla, sivil toplum unsurlarının siyasal iktidarlar karşısında güç birliği yapmaları ve toplumsal muhalefet oluşturmaları önlenmek istenmiştir[83].

b) Siyasi partiler rejiminin kısıtlı yapısı

1982 Anayasası, "sınırlı politik alan teorisi" çerçevesinde, "militan demokrasi" anlayışını kabul etmiştir[84]. Siyasal alanı Anayasa ideolojisine aykırı olan düşünce ve akımlara kapatan mevcut Anayasa, bunu, bir yandan "siyasi partilerin uyacakları esaslar" başlığı altında getirdiği yasaklar, diğer yandan da özgürlükler rejimine ilişkin getirdiği sınırlamalar aracılığıyla gerçekleştirmiştir. Bu çerçevede siyasal partiler adeta tek tipleştirilmeye ve aynılaştırılmaya çalışılmış ve sınırları belirli dar bir alan içinde siyaset yapmak durumunda bırakılmışlardır.

Gerçi, Anayasanın kendisi, "Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" (m.68/2) demek suretiyle, siyasal partilerin temsili demokrasi açısından taşıdığı öneme vurgu yapmış ve buna paralel olarak, "Siyasi partiler önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içinde faaliyetlerini sürdürürler" (m.68/3) hükmüne yer vermiştir. Ancak, görünürdeki bu serbestlik yanıltıcı olmamalıdır. Zira, Anayasanın ilgili hükmünün hemen ardından yasaklar listesi sıralanmıştır: i) "Siyasal partilerin tüzük ve programları, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne, insan haklarına, millet egemenliğine, demokratik ve lâik Cumhuriyet ilkelerine aykırı olamaz" (m.68/4). ii) "Sınıf veya zümre egemenliğini veya herhangi bir tür diktatörlüğü savunmayı ve yerleştirmeyi amaçlayan siyasi parti kurulamaz" (m.68/4). iii) "Hâkimler ve savcılar, yüksek yargı organları mensupları, yükseköğretim kurumlarındaki öğretim elemanları, Yüksek Öğretim Kurulu üyeleri, kamu kurumu ve kuruluşların memur statüsündeki görevlileri ile yaptıkları hizmet bakımından işçi niteliği taşımayan diğer kamu görevlileri, öğrenciler ve Silahlı Kuvvetler mensupları siyasi partilere giremezler" (m.68/5).

Anayasanın 68. maddesinin ilk şeklinde yer alan bu yasakların yanı sıra, "siyasi partilerin uyacakları esaslar" başlıklı 69. maddenin değişiklik öncesi halinde şu yasaklara/sınırlamalara yer verilmiştir: i) "Siyasi partiler, tüzük ve programları dışında faaliyette bulunamazlar; Anayasanın 14 üncü maddesindeki sınırlamalar dışına çıkamazlar; çıkanlar temelli kapatılır"(m.69/1). ii) "Siyasi partiler, kendi siyasetlerini yürütmek ve güçlendirmek amacıyla dernekler, sendikalar, vakıflar ve kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği için-

(82) Dayanışma yasaklarına 1995 anayasa değişikliğiyle son verilmiştir.

(83) KABOĞLU: **Kolektif Özgürlükler**, s. 239.

(84) YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: "Siyasi Parti Yasaklamaları Rejimi", **Baro Gündemi**, Sayı 3, (Haziran Temmuz 1997), s. 23.

de bulunamazlar. Bunlardan yardım alamazlar" (m.69/2). iii) "Temelli kapatılan siyasi partilerin kurucuları ile her kademedeki yöneticileri; yeni bir siyasi partinin kurucusu, yöneticisi ve denetçisi olamayacakları gibi kapatılmış bir siyasi partinin mensuplarının üye çoğunluğunu teşkil edeceği yeni bir siyasi parti de kurulamaz" (m.69/7). iv) "Siyasi partiler, yabancı devletlerden, uluslararası kuruluşlardan, yabancı ülkelerdeki dernek ve gruplardan herhangi bir suretle ayni ve nakdi yardım alamazlar, bunlardan emir alamazlar ve bunların Türkiye'nin bağımsızlığı ve ülke bütünlüğü aleyhindeki karar ve faaliyetlerine katılamazlar. Bu fıkra hükümlerine aykırı hareket eden siyasi partiler temelli kapatılır" (m.69/8)[85].

Çoğulcu demokrasi anlayışıyla bağdaştırılması güç olan bu yasaklar, Anayasa koyucunun siyasal partilere karşı güvensizliğini ortaya koymaktadır. Öyle ki, bu yasaklar karşısında, resmi ideolojinin sağ ve sol kanadında yer alan siyasi partiler dışında kalan ve/veya resmi ideolojinin sınırları dışına taşarak ciddi bir değişim programıyla yola çıkan partilere Türk anayasa düzeninde yer yoktur. Siyasal partileri bir yandan "demokratik siyasal hayatın vazgeçilmez unsurları" olarak kabul etmek, diğer yandan da bu tür sınırlamalara tabi tutmak, 1982 Anayasasının en belirgin çelişkilerinden birini oluşturmaktadır.

Siyasal partiler rejiminin hukuksal sınırlarını çizen, siyasal partileri devletin ideolojik tercihleri doğrultusunda politika yapmaya zorlayan bu anlayış, Türkiye'deki siyasal partilerin neden kurumsallaşamadığı ve buna bağlı olarak da farklı çıkarları neden temsil edemediklerini açıkça ortaya koymaktadır. Gerçekten, konu hakkında herhangi bir yorum yapmaya mahal vermeyecek kadar açık olan bu yasaklamalar karşısında, siyasal partilerin serbestçe faaliyette bulunmalarını beklemek; farklı toplumsal kesimlerin, ideolojik ve kültürel kümelerin çıkarlarını temsil etmelerini ve onların taleplerini dillendirmelerini ummak ham hayalcilik olur. Nitekim böyle bir beklentinin doğru olmadığını, kapatılan siyasal partilerin sayısından da anlamak mümkündür[86].

c) Sivil-asker ilişkileri patolojisi

Demokratik devlet anlayışının temel gereklerinden biri de, hiç kuşkusuz "sivil otoritenin üstünlüğü" (seçilmişlerin atanmışlara üstünlüğü) ilkesidir. Bu ilke, iktidarın kaynağının halkta olduğu, halkı yönetme yetkisinin de ancak halkın seçtiği temsilcilere ait olduğu düşüncesine dayanır. Bu düşüncenin doğal sonucu, kamu yönetiminin ve bunun bir parçası olan askeri bürokrasinin, demokratik meşruluğa sahip siyasal iktidara bağımlı olmasıdır. Bu anlayış, atanmışların (ve bu arada silahlı kuvvetlerin) kendine özgü bir meşruluğa sahip olmadığını, dolayısıyla toplumun kaderini ilgilendiren temel kararları alma yetkisinin de bulunmadığını ifade etmektedir.

1982 Anayasanın ilk şeklinin, sivil-asker ilişkileri açısından, yukarıda kısaca tasvir edilmeye çalışılan demokratik modelden uzak olduğu hemen herkesin üzerinde ittifak ettiği bir husustur. Gerçekten, 1982 Anayasasıyla, Genelkurmay Başkanlığı -demokratik teamüllere

(85) Anayasanın 68 ve 69. maddelerinde yer alan bu yasakların bir kısmı 1995 ve 2001 değişiklikleriyle birlikte kaldırılmıştır.

(86) 1982 Anayasanın yürürlükte olduğu dönem içerisinde 18 siyasi parti kapatılarak ülke adeta "siyasi parti mezarlığı"na dönüştürülmüştür.

aykırı bir biçimde, Milli Savunma Bakanına değil de- Başbakana karşı sorumlu tutulmuştur (m.117/4). Bu Anayasayla, oluşumunda asker üyelere ağırlık veren, görev alanını çok geniş tutan, kararlarının hukuksal niteliği hakkında ciddi kuşkular yaratan ve adeta bir "üst kabine" ya da "paralel hükümet" görünümüne sahip kılınan bir anayasal kuruluş olarak Milli Güvenlik Kurulu öngörülmüştür (m.118). Yine aynı Anayasa, Askeri Yargıtay ve Askeri Yüksek İdare Mahkemesi gibi yüksek mahkemelere yargı sistemi içinde yer vermiş (m.156, 157); Anayasa Mahkemesi üyeliğine askeri yargıçların seçilmesini öngörmüş (m.146/1); sivil kişilerin askeri mahkemelerde yargılanmalarının önünü açmıştır (m.145). Ayrıca, anayasal düzenlemelerle Türk Silahlı Kuvvetlerinin (TSK) çeşitli açılardan denetlenmesine kimi sınırlamalar getirilmiştir. Bu bağlamda, Yüksek Askeri Şura kararları yargı denetimi dışında tutulmuş (m.125/2); TSK, "Devlet Denetleme Kurulu"nun denetim yetkisi dışında bırakılmış (m.108/2) ve TSK'nın elinde bulunan devlet mallarının TBMM adına denetlenmesi usulünün, "Milli Savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak" yapılacağı hükme bağlanmıştır (m.160/4).

Bütün bunların dışında, Anayasanın Başlangıç kısmının ilk metninde yer alan, "Türk Milletinin ayrılmaz parçası olan Türk Silahlı Kuvvetlerinin, milletin çağrısıyla gerçekleştirdiği 12 Eylül 1980 harekâtı" ifadesiyle, askeri darbe meşrulaştırılmaya çalışılmıştır. Ayrıca, askeri cuntaya, iktidarı sivillere devretmesinden sonraki dönemde -belli bir süre için- yeni rejim üzerindeki otoritesinin geçerli olmasını sağlayacak önemli "çıkış garantileri"[87] verilmiştir. Bu çerçevede; Anayasa için yapılan halkoylamasıyla birlikte, MGK Başkanı Orgeneral Kenan Evren'in Cumhurbaşkanı seçilmesi (Geçici madde 1); MGK'nın, altı yıllık bir süre için "Cumhurbaşkanlığı Konseyi"ne dönüştürülmesi (Geçici madde 2); yine altı yıllık bir süre için geçerli olmak üzere Cumhurbaşkanına, anayasa değişikliklerı üzerinde güçleştirici veto yetkisinin tanınması (Geçici madde 9) ve son olarak, MGK'nın 1980 ile 1983 yılları arasındaki her türlü karar ve tasarrufunun cezai, mali ve hukuki sorumluluktan muaf tutulması ve bunlar hakkında yargı merciine başvurulmasının yasaklanması (Geçici madde 15/1) kabul edilmiştir. Bütün bu geçici düzenlemelerle, sivil yönetime geçildikten sonra bile geçerli olacak bir tür "askeri vesayet sistemi" kurulmuştur.

Özetle ifade etmek gerekirse; 1982 Anayasası, getirdiği bütün bu düzenlemelerle birlikte askeri otoritenin mahfuz alanını genişletmiş, üstün ve özerk konumunu pekiştirmiş ve rejim üzerindeki vesayet yetkisini güçlendirmiştir.

C. ANAYASADA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

1980 öncesi yaşanan krizlere ürettiği "devletçi" ve "anti-özgürlükçü" çözüm tarzıyla dikkat çeken 1982 Anayasası, bu özelliği dolayısıyla yürürlüğe girdiği günden itibaren eleştiri konusu olmaktan kurtulamamıştır. 1982 Anayasasının kriz çözücü sanılan kurgusu,

(87) "Çıkış garantileri", " (...) askeri yönetimlerden demokrasiye geçişte askerlerin, anayasa hükümleri yoluyla elde ettikleri yeni bir takım yetkileri ve iktidarları süresince izledikleri politikaları nedeniyle yargılanmama güvencelerini ifade etmektedir" (YAZICI, Serap: **Türkiye'de Askeri Müdahalelerin Anayasal Etkileri**, Yetkin Yayınları, Ankara, 1997, s. 13).

uygulamada iflas etmiş; bu kurgu, çözüm üretmek bir yana çözümsüzlüğün yeni adresi olmuş ve böylece siyasal, ekonomik, kültürel ve toplumsal alanda yaygınlaşan ve süreklileşen derin bir krizin yaşanmasına yol açmıştır. Bu durum ise, çeşitli çevrelerde yeni bir anayasa yapma ve/veya mevcut Anayasayı değiştirme arayışlarını beraberinde getirmiştir.

Anayasanın yürürlüğünün ilk yıllarında Anayasaya yöneltilen eleştiriler çok büyük ölçüde akademik düzeyde kalmıştır. Anayasaya yönelik toplumun farklı kesimlerinden gelen eleştirilerin yaygınlaşması, yoğunlaşması ve yeni anayasal arayışlar içerisine girilmesi, 1980'lerin sonları itibariyle başlamış; 1990'ların başında ise, bu arayışlar somut öneriler şeklinde karşılığını bulmuştur[88]. Bunda, özellikle dünyanın bu dönemde geçirdiği köklü değişimler ile gerek bu değişimlerin ülke içinde yarattığı gelişmeler ve gerekse giderek farklılaşan toplumun kendi iç dinamiklerini harekete geçirmek suretiyle oluşturduğu siyasal hareketlilik etkin olmuştur. Öte yandan, 1990'ların başı itibariyle ülkede belirginleşen ve giderek artan toplumsal bütünleşme krizi ile siyasi temsil krizi, Anayasanın çözüm üreten kurgusunun sorgulanmasına yol açmıştır. Bunlara, önce Gümrük Birliği, daha sonra ise Avrupa Birliği'ne girme çabaları da eklenince, mevcut Anayasanın değiştirilmesi talepleri daha da artmıştır. Bu bağlamda, siyasal partiler[89], sivil toplum örgütleri[90] ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları[91] nezdinde anayasal arayışlara hız verilmiştir. Anayasal arayışlar bunlarla sınırlı kalmamış, hemen her hükümet programında da ifadesini bulmuştur. Gerçekten, 46. Hükümet ile 57. Hükümet arasında yer alan 12 Hükümetten 7'si programlarında, Anayasa'da değişiklikler yapılmasına ilişkin taahhütlere yer vermiştir[92]. Nitekim, bu taahhütlerin bir kısmı 1993, 1995, 1999 ve 2001 Anayasa değişiklikleriyle gerçekleştirilmiştir. Ancak bütün bu değişiklikler, Anayasa etrafındaki tartışmaları ve yeni bir anayasa yapma ya da mevcut Anayasa'da daha köklü değişiklikler gerçekleştirmeye yönelik arayışları sona erdirmemiştir.

1982 Anayasası, yürürlüğe girdiği tarihten bugüne, tam olarak 11 kez değişikliğe tabi tutulmuştur[93]. Bu çerçevede, Anayasanın Başlangıç kısmı ve 69 maddesi değiştirilmiş, 3 maddesi ise yürürlükten kaldırılmıştır. Bu değişiklikler içerisinde 1995, 2001 ve 2004 değişiklikleri dışında kalanlar noktasal nitelikte olmuş; bunlar, Anayasanın sözünde ve ruhunda önemli bir değişim yaratmamıştır. Bu nedenle, bütün bu değişiklikler bir başlık altında; diğer üçü ise ayrı başlıklar altında incelenecektir.

1. Anayasada Gerçekleştirilen Noktasal Değişiklikler

1982 Anayasasında ilk değişiklik, 17.5.1987 tarih ve 3361 sayılı kanunla gerçekleştirilmiştir. Bu değişikliklerle; seçmen yaşı 21'den 20'ye düşürülmüş (m.67), milletvekili sayısı 400'den 450'ye çıkarılmış (m.75), Anayasayı değiştirme usulü nispi olarak kolaylaştırılmış (m.175) ve 12 Eylül 1980 öncesi dönem siyasetçilerinin çoğuna siyaset yasağı getiren hüküm kaldırılmıştır (Geçici madde 4). Bu değişiklikler içe-

(88) *Bu dönemdeki anayasal arayışların ürünü olan çalışmalar içerisinde şunlar yer almaktadır: Demokrasi İzleme Kurulu'nun oluşturduğu Anayasa Komisyonu tarafından hazırlanıp Anayasa Kurultayı'nda benimsenen "TC Anayasasının Dayanması Gereken Temel İlkeler" başlıklı çalışma (bkz. ÜSKÜL, Zafer: **Türkiye'nin Anayasa Sorunu**, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1991, s.118-124); Toplumda Diyalog Forumu için Prof. Dr. Zafer ÜSKÜL tarafından, anayasa konusunda yapılan belli başlı çalışmaların karşılaştırılması suretiyle hazırlanan Anayasa Önerisi (bkz. **"Geniş Tabanlı Bir Uzlaşma Arayışı İçin Karşılaştırmalı Anayasa Taslağı ve Anayasa Anketi"**, Nisan 1992) ve çeşitli sivil toplum örgütlerinin (Türk-İş, Hak-İş, TİSK, Basın Konseyi, TÜSİAD) hazırladığı Anayasa Değişikliği Öneri metinleridir (bkz. **"TBMM Başkanlığı'na Bazı Kurum ve Kuruluşlarca Verilmiş ve Ayrıca TBMM'deki Siyasi Partilerin Anayasa Değişikliğine İlişkin Hazırlık Çalışmaları ve Taslak Metinler"**, TBMM Başkanlığı, Ankara, 22.02.1993).*

(89) *TBMM'nde temsil edilen siyasi partilerin (Anavatan Partisi, Büyük Birlik Partisi, Cumhuriyet Halk Partisi, Demokratik Sol Parti, Doğru Yol Partisi, Halkın Emek Partisi, Millet Partisi, Milliyetçi Hareket Partisi, Refah Partisi ve Sosyal Demokrat Halkçı Parti) Anayasa'daki değişiklik önerileri için bkz. **"TBMM'de Temsil Edilen Siyasi Partilerin Anayasa Değişikliği Tekliflerinin Karşılaştırmalı Metinleri"**, TBMM Başkanlığı, Ankara, Mart 1993. Ayrıca, Refah Partisi'nin 1995 seçimleri öncesi kamuoyunun bilgisine ve ilgisine sunduğu anayasa değişikliği önerisi için bkz. **"Anayasa Değişikliği Uzlaşma Teklifi"**, Ankara, 1995. Öte yandan, kimi siyasi parti liderleri de bu kervana katılmış ve yeni anayasa önerilerinde bulunmuşlardır (Yeniden Doğuş Partisi Eski Genel Başkanı Hasan Celal Güzel'in önerisi için bkz. "Türkiye İçin Alternatif Bir Anayasa", **Yeni Türkiye**, Sayı 30, Cilt 2, Kasım-Aralık 1999, s. 460-468).*

(90) *"Anayasamı istiyorum" sloganıyla çeşitli etkinliklerde bulunan "sivil anayasa girişimi" başlıca örneklerden birini oluşturmaktadır. Bu hareket hakkında geniş bilgi için bkz. **http://www.anayasam.org**.*

(91) *Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nce hazırlatılan **"Türkiye Cumhuriyeti Anayasası Önerisi ANAYASA 2000"**, TOBB Yayınları, Nisan 2000, Ankara; Türkiye Barolar Birliği Anayasa Önerisi Hazırlama Komisyonu'nun hazırladığı **"Türkiye Cumhuriyeti Anayasa Önerisi"**, 2. basım, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara, 2001.*

(92) *Hükümet programlarında anayasa değişikliğine ilişkin taahhütler şu şekilde ifade edilmiştir: "Millet hakimiyetini demokratik düzenin esası haline getirebilmek, milli iradeyi devlet idaresine gerçek anlamıyla yansıtmak için yetkilerin seçilmiş organlarda olması hedefimizdir. Bu maksatla Anayasa ve kanunlarda gerekli düzenlemeler yapılacaktır" (46. Hükümet Programı); "Ülkemizin, günümüz siyasal, sosyal ve ekonomik koşullarını dikkate alan; çağdaş, katılımcı ve tam demokratik bir anayasaya gereksinimi vardır. Türkiye' nin ihtiyacı olan anayasa, hukukun üstünlüğünü vazgeçilmez ilke sayan, tam demokratik ve çoğulcu sistemi öngören, çağdaş bir anayasadır. Böyle bir anayasa, Paris Şartı' nın da öngördüğü katılımcı demokrasinin tüm koşullarını, insan hakları, kişi hak ve hürriyetleri ile sendikal hakların en ileri ülkelerde görülen oranda yer almasını sağlayacak ve Türkiye' nin uygar dünya ile bütünleşmesine yönelik önemli bir adımı oluşturacaktır. Kişi ve kurumların hak ve özgürlükleri, bu anayasada çağımızın en gelişmiş anlayışı ile sorgulanmalıdır. Böyle bir anayasanın siyasi partiler başta olmak üzere, ülkedeki ilgili kuruluşlarının ve halkımızın uzlaşması sonucu oluşmasını önermekteyiz. Şuna kesinlikle inanıyoruz ki, katılımcı demokrasilerde "genel mutabakat" anayasaların kalıcılığının temel şartıdır. Özetlemek gerekirse; ülkemiz, çağdaş ve tam demokratik bir sivil toplum anayasası ihtiyacı içindedir. Böyle bir anayasa hazırlama onurunun bu parlamentoya ait olmasını yürekten diliyorum. Hükümet olarak, ülkemizi, yukarıda temel ilkeleri belirtilen bir anayasaya kavuşturulabilmek için TBMM' de bütün olanakları kullanmaya hazır olduğumuzu aziz Türk milletine beyan ederiz" (49. Hükümet Programı); "Türkiye'nin, günümüzde ulaştığı siyasal, sosyal ve ekonomik düzeyi yansıtacak yeni bir anayasaya ihtiyacı vardır. Bu Yeni Anayasa, Paris Şartı'nda da öngörülen katılımcı demokrasinin tüm koşullarını, insan haklarını, kişi hak ve özgürlükleri ile sendikal hakları güvence altına almalı ve Türkiye'nin uygar dünya ile bütünleşmesini sağlamalıdır. Böyle bir Anayasa, siyasal partiler başta olmak üzere, tüm vatandaşlarımızın ortak ve ivedi isteğidir. Hükümet olarak, ülkemizi çağdaş bir Anayasaya kavuşturmak için, TBMM'ni iktidarıyla muhalefetiyle, işbirliğine davet ediyoruz (50. Hükümet Programı); "Anayasa değişikliği ile ilgili uyum yasalarının seçimlerden önce çıkarılması; Hükümetimizin seçimden önce en önemli görevlerinden biri, Anayasa değişikliği ile ilgili uyum yasalarını kanunlaştırmaktır" (51. Hükümet Programı); "Hükümetimiz ifade ve fikir hürriyeti, din ve vicdan hürriyeti ve teşebbüs hürriyetinin daha da kökleşmesi ve gelişmesi için geniş çaplı Anayasal ve yasal düzenlemelere gidecektir"(53. Hükümet Programı). "Milletvekili dokunulmazlığı ve kamu görevlilerinin yargılanmalarındaki ayrıcalıkların daraltılmasına yönelik Anayasal ve değişiklerin yapılması için çaba gösterilecektir" (55. Hükümet Programı) "Hükümetimizin bir başka önceliği de, Anayasa'mızın 83'üncü ve 100'üncü maddelerinin değiştirilerek, dokunmazlığın sınırlandırılmasıdır. Yargı bağımsızlığı ve hakimlik güvencesi ilkeleri çerçevesinde, adaletin hızlı, en az masraflı ve etkin bir biçimde işlemesi sağlamak üzere, Anayasa, yasalar ve teşkilat yapısında gerekli değişiklikler öngören bir yargı reformu gerçekleştirilecektir" (57. Hükümet Programı). Hükümet programları için bkz. **http://.anap.org.tr/anap/dokuman/hukprog**.*

(93) *İlgili Anayasa değişiklikleri için bkz. **Resmi Gazete**, 18.5.1987-19644 (mükerrer); **Resmi Gazete**, 10.7.1993-21633; **Resmi Gazete**, 26.7.1995-22355; **Resmi Gazete**, 18.6.1999-23729 (mükerrer); **Resmi Gazete**, 14.8.1999-23786; **Resmi Gazete**, 17.10.2001-24556; **Resmi Gazete**, 1.12.2001-24600; **Resmi Gazete**, 31.12.2002-24980 (mükerrer); **Resmi Gazete**, 22.5.2004-25469; **Resmi Gazete**, 23.6.2005-25854; **Resmi Gazete**, 9.11.2005-25988.*

risinde, seçilme yaşının düşürülmesi ve siyaset yasağının kaldırılması, demokratik siyaset açısından olumlu olmuştur.

İkinci değişiklik, 8.7.1993 tarih ve 3913 sayılı kanunla yapılmış ve Anayasanın 133. maddesi değiştirilerek, radyo-televizyon yayıncılığında devlet tekeline son verilmiştir. Toplu iletişim araçlarında tekseslilliğe son veren ve çoksesliliğin önünü açan bu değişiklikle, çoğulcu ve özgürlükçü demokrasi yönünde önemli bir adım atılmıştır.

Anayasada yapılan dördüncü ve beşinci değişiklikler 1999 yılında gerçekleştirilmiştir. Bunlardan ilkinde, 18.6.1999 tarih ve 4388 sayılı Kanunla Anayasanın 143. maddesi değiştirilerek, Devlet Güvenlik Mahkemelerinde görevli olan askeri hakim ve savcıların yerine sivil hakim ve savcıların atanması esası kabul edilmiştir. Hukuk devleti ilkesi açısından olumlu sayılabilecek bu değişikliğin gerçekleştirilmesinde, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin DGM davalarına ilişkin verdikleri kararlar etkili olmuştur. 1999 yılı içinde 13.8.1999 tarih ve 4446 sayılı Kanunla gerçekleştirilen ikinci değişiklikle; özelleştirme sistemi anayasal statüye kavuşturulmuş (m.47); kamu hizmetleriyle ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde, taraflardan birinin yabancı olması halinde, uyuşmazlıkların çözümü için milletlerarası tahkime gidilebileceği kabul edilmiştir (m.125/1) ve Danıştayın bu işlemleri inceleme görevi, söz konusu işlemler hakkında "iki ay içinde düşüncesini bildirmekle" sınırlandırılmıştır (m.155/2).

1982 Anayasasında yapılan yedinci değişiklik, 21.11.2001 tarih ve 4720 sayılı Kanunla gerçekleştirilmiştir. Bu Kanunla, Anayasanın "ödenek ve yolluklar" başlıklı 86. maddesi değiştirilerek, Türkiye Büyük Millet Meclisi üyeleri ile emeklileri lehine olmak üzere kimi düzenlemeler yapılmıştır. 27.12.2002 tarih ve 4777 sayılı Kanunla yapılan sekizinci değişikle, iktidar partisi genel başkanın milletvekili olabilmesinin önünü açmak ve ardından da yapılacak ilk araseçimde milletvekili olmasının sağlanması amaçlanmıştır. Bu amaçla, Anayasanın "milletvekili seçilme yeterliliği" başlıklı 76. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan ve milletvekili seçilmeye engel olan haller içerisinde sayılan, "ideolojik ve anarşik eylemlere katılma ve bu gibi eylemleri tahrik ve teşvik suçlarından biriyle hüküm giymiş olanlar" cümlesinde geçen "ideolojik ve anarşik" ibareleri çıkarılmış, bunun yerine "terör" ibaresi getirilmiştir. Aynı Kanunla yapılan ikinci değişiklikle, 78. maddeye yeni bir fıkra hükmü eklenmiştir. Buna göre, "yukarıda yazılı hallerden ayrı olarak, bir ilin veya seçim çevresinin, Türkiye Büyük millet Meclisinde üyesinin kalmaması halinde, boşalmayı takip eden doksan günden sonraki ilk Pazar günü ara seçim yapılır. Bu fıkra gereği yapılacak seçimlerde Anayasanın 127 nci maddesinin üçüncü fıkrası hükmü uygulanmaz".

21.06.2005 tarih ve 5370 sayılı Kanunla gerçekleştirilen onuncu değişiklikle, Anayasanın 133. maddesinin birinci fıkrasından sonra gelmek üzere şu fıkra hükmü eklenmiştir: "Radyo ve televizyon faaliyetlerini düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulan Radyo ve Televizyon Üst Kurulu dokuz üyeden oluşur. Üyeler, siyasi parti gruplarının üye sayısı oranında belirlenecek üye sayısının ikişer katı olarak gösterecekleri

adaylar arasından, her siyasi parti grubuna düşen üye sayısı esas alınmak suretiyle Türkiye Büyük Millet Meclisi Genel Kurulunca seçilir. Radyo ve Televizyon Üst Kurulunun kuruluşu, görev ve yetkileri, üyelerinin nitelikleri, seçim usulleri ve görev süreleri kanunla düzenlenir". Bu hüküm, esas itibariyle 3984 sayılı "Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun"un, "Üst Kurulun seçimi ve görev süresi" kenar başlıklı 6. maddesinin bir çeşit tekrarı niteliğindedir. Bu hükmün Anayasaya eklenmesi, söz konusu yasal düzenlemeye anayasal bir güvence sağlama amacını ortaya koymaktadır.

1982 Anayasasında gerçekleştirilen en son (on birinci) değişiklik ise, 29.10.2005 tarih ve 5428 sayılı Kanunla yapılmıştır. Bu Kanunla, Türk kamu mali yönetim ve kontrol sisteminin uluslararası standartlar ve Avrupa Birliği müktesebatına uyumunu sağlamak ve böylelikle TBMM'nin bütçe hakkını güçlendirmek amacıyla, Anayasanın 130, 160, 161, 162 ve 163. maddeleri değiştirilmiştir. Yapılan değişikliklerle, bu maddelerde geçen "genel ve katma bütçeler" ibaresi yerine, "merkezi yönetim bütçesi" ibaresi konulmuş ve buna paralel kısmi eklemeler yapılmıştır.

2. 1995 Anayasa Değişiklikleri

1982 Anayasasında bugüne kadar gerçekleştirilen en kapsamlı değişikliklerden biri, 23.7.1995 tarih ve 4121 sayılı Kanunla yapılmış olan değişikliklerdir[94]. Gerçekten de, bununla hem Anayasanın temel felsefesini ortaya koyan Başlangıç kısmında ve hem de on üç ayrı maddede önemli ölçüde değişiklikler yapılmış ve bir madde de yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasanın Başlangıç kısmının ilk paragrafında yer alan "kutsal Türk Devleti" ibaresi "yüce Türk Devleti" şeklinde değiştirilmiş ve 12 Eylül askeri darbesini meşrulaştıran, askeri darbenin "milletin çağrısıyla" gerçekleştirildiğini söyleyen, atamayla oluşturulan Danışma Meclisini "milletin meşru temsilcileri" olarak gören ve askeri komitenin dayattığı Anayasanın "milletin eliyle vazolunduğu"nu bildiren ikinci paragraf hükmü ise yürürlükten kaldırılmıştır. Kuşkusuz, özgürlükçü-demokratik anayasacılık anlayışla bağdaştırılması mümkün olmayan ve askeri darbeyi meşrulaştırmak amacıyla kaleme alınmış olan bu paragraf hükmünün Anayasanın Başlangıcından çıkarılmış olması, ciddiye alınması gereken önemli bir değişikliktir. Ancak, aynı şeyi ilk paragraf hükmünde yapılan değişiklik için söylemek güçtür. Gerçi, meşruiyetini hukuktan değil, bizatihi kendi varlığından aldığını ifade eden "kutsal devlet" tanımlamasının çıkarılmış olması elbette olumlu bir gelişmedir. Bununla birlikte, "kutsal" sözcüğü yerine bundan çok da masum olmayan "yüce" sözcüğünün tercih edilmiş olması, yapılan değişikliğin ihtiyatla karşılanmasını gerektirmektedir.

1995 Anayasa reformu içerisinde önemli sayılabilecek değişiklikler, toplu özgürlükler alanında gerçekleştirilmiştir. Değişiklik öncesi Anayasa metninde yer alan ve sivil toplum düşmanlığını totaliter ülkelerdeki düzeye çıkaran dernekler, sendikalar, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ile kooperatiflere ilişkin düzenlemelerde

(94) *Bu değişiklikler hakkında geniş bir değerlendirme için bkz. TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU: s. 54-58; KABOĞLU, İbrahim Ö. : "1995 Anayasa Değişiklikleri", **Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Sayı 1, 1997, s. 387-411; EROĞUL, Cem: "Üçüncü Anayasa Değişikliği", **Mülkiyeliler Birliği Dergisi**, Sayı 183, s. 8-12.*

önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır. Bu bağlamda, toplu özgürlük özneleri için öngörülmüş olan siyaset yasağı, bunların birbirleriyle ortak hareket etmeleri ve siyasal partilerle ilişkiye girmeleri yasağına son verilmiştir. (m.33, 52, 135, 171). Buna paralel olarak, siyasal partilerin de ilgili örgüt ve kuruluşlarla siyasal işbirliğine girme yasağı kaldırılmıştır (m.69/2). Öte yandan, derneklerin kapatılması ve faaliyetten alıkonulması konularında güvenceler arttırılmış (m.33/2,4) ve memurlar ile diğer kamu görevlileri için sendika kurma hakkı tanınmıştır (m.53/3). Yapılan bu değişikliklerle, eski metnin öngörmüş olduğu depolitizasyonun aşılması yönünde olumlu bir adım atılmış ve sivil toplumun nefes borusu açılmış; böylece, çoğulcu ve katılımcı demokrasinin sınırları biraz daha genişletilmiştir.

1995 değişikliklerinin ikinci önemli halkasını siyasal hak ve özgürlükler oluşturmaktadır. Bu alanda yapılan değişikliklerle, on sekiz yaşını doldurmuş yurttaşlara seçmenlik hakkı tanınmış (m.67/3), tutuklulara ve yurt dışındaki yurttaşlara oy hakkı tanınmış (m.67/5), seçimlerin düzenlenişinde "temsilde adalet" ilkesine yer verilmiş (m.67/son), parti üyeliği yaşı indirilmiş (m.68/1), yükseköğretim elamanları ile öğrencileri parti üyeliği yasağı dışına çıkarılmış (m.68/6-7), siyasi partilerin yurt dışında örgütlenmeleri, kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri yan kuruluşlarını yasaklayan hüküm (m.68/5) Anayasadan çıkarılmıştır. Bütün bunlarla, dar bir alana hapsedilmiş olan siyasetin beslenme kanalları kısmen genişletilmiş, ona canlılık kazandırılmaya çalışılmış ve böylelikle Anayasanın ilk şeklinde egemen olan sivil siyaset karşıtı tutum törpülenmiştir.

Ancak hemen belirtmek gerekir ki, siyasal alanda gerçekleştirilen bu olumlu değişikliklere karşın, bu alana ilişkin geriye gidişi ifade eden yeni sınırlamalar getirme çabalarına da rastlanmaktadır. Bunlar; siyasal partilerin yalnızca tüzük ve programları dolayısıyla değil, aynı zamanda eylemleri dolayısıyla da kapatılabileceğinin kabul edilmesi (m.68/4); siyasal partilere ticaret yasağının getirilmesi (m.69/2); siyasal partilerin mal edinmeleri, gelir ve giderlerinin daha sıkı esaslara bağlanması (m.69/3); bir siyasal partinin yasak fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin tespiti işini Anayasa Mahkemesine bırakması (m.69/6); temelli kapatılan bir siyasal partinin bir başka ad altında kurulmasının yasaklanması (m.69/7) ve partisinin kapatılmasına sebep olan (kurucular dahil) üyelerin de, beş yıl süreyle bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamaması yasağının getirilmesidir (m.68/8).

1995 Anayasa reformuyla, TBMM ve üyeleri ile ilgili değişiklikler de gerçekleştirilmiştir. Milletvekili sayısı 450'den 550'ye çıkarılmış (m.75), parti değiştiren milletvekilinin üyeliğinin düşmesi usulüne son verilmiş (m.84), yasama dokunulmazlığının kaldırılması ya da yasama üyeliğinin düşürülmesi kararına karşı Anayasa Mahkemesine iptal davası açılması usulü yeniden düzenlenmiş (m.85) ve TBMM'nin toplanma tarihi değiştirilmiştir (m.93).

3. 2001 Anayasa Değişiklikleri

2001 yılına kadar gerçekleştirilen beş değişikliğe rağmen, Anayasanın temel yapısında köklü bir değişimin yaratılmamış olması ve "12 Eylül ruhu"nun hâlâ dipdiri bir biçimde kendini hissettirmesi, anayasa sorununun güncelliğini koruması sonucunu doğurmuştur. Özellikle 1990'lı yılların sonu itibariyle toplumun farklı kesimlerinde "yeni anayasa" yapma ya da Anayasada köklü değişiklikler gerçekleştirme arayışları gündeme gelmiş ve bu doğrultuda çeşitli anayasa önerileri kamuoyunun bilgisi ve ilgisine sunulmuştur. İç dinamiklerin yanı sıra, Avrupa Birliği eksenli dış dinamiklerin de harekete geçmesiyle, Anayasada değişiklik yapılması kaçınılmaz bir hal almıştır. Türkiye'nin 1999 Helsinki Zirvesinde tam üyelik için aday olarak kabul edilmesiyle birlikte yeni bir boyut kazanan Türkiye-Avrupa Birliği (AB) ilişkileri, başta Anayasa olmak üzere çeşitli yasalar demetinde değişiklik yapılmasını gerektirmiştir. Gerçekten, AB'ye tam üyeliğin ön koşulu niteliğinde olan "Kopenhag Siyasi Kriterleri"ne uyum çabaları, Anayasayı yeniden gözden geçirme girişimlerini başlatan temel bir saik olmuştur. Bunun içindir ki, Anayasa değişikliği çalışmalarında AB belgeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) referans alınmış; Kopenhag Kriterleri (1993), Katılım Ortaklığı Belgesi (2000) ve Ulusal Program, çalışma ve tartışmalarda başvurulan kaynaklar olmuştur[95].

İç ve dış dinamiklerin yeni anayasal arayışlarda buluştuğu bir dönemde gerçekleştirilen "2001 Anayasa Değişiklikleri"[96], gerek değiştirilen maddelerin sayısı ve gerekse içeriği bakımından, 1982 Anayasasının yürürlüğe girişinden bugüne kadar en kapsamlı anayasa değişikliği paketini oluşturmaktadır. Söz konusu değişikliklerin nicel ve nitel değeri kadar, bölünmüş bir parlamento ve iktidar yapısı içinde partiler arası uzlaşma yoluyla yapılmış olması ve parlamentoda yüksek bir çoğunlukla kabul görmesi de büyük önem taşımaktadır.

2001 Anayasa değişikliklerine bakıldığında, bunları genel olarak üç başlık altında toplamanın mümkün olduğu görülür; özgürlükler hukukuna ilişkin olanlar, devletin temel organlarıyla ilgili olanlar ve hukuk devletine ilişkin değişikler.

a) Özgürlükler hukukuna ilişkin değişiklikler

aa) Temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması

Anayasanın 13. maddesinde yapılan değişiklikle, Anayasada düzenlenen bütün hak ve özgürlükler için geçerli olan genel sınırlama sebepleri kaldırılmış; sınırlamanın sınırı olarak üç ayrı ölçüt ilave edilmiştir: Bunlar, "hakkın özü", "laik cumhuriyetin gerekleri" ve "ölçülülük ilkesi"dir.

Genel sınırlama sebeplerinin 13. madde metninden çıkarılmış olması, ilk bakışta olumlu bir değişiklik gibi algılanabilmektedir. Ancak, her bir hak ve özgürlüğün düzenlendiği ilgili Anayasa maddelerinde yapılan değişikliklere bakıldığında, bunun çok doğru olmadığı ve ihtiyatla karşılanması gerektiği anlaşılmaktadır. Zira, 13. maddenin ilk şeklinde yer alan dokuz adet genel sınırlama sebebinden dördü (milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâk), "özel hayatın gizliliği" (m.20), "konut dokunulmazlığı" (m.21), "haberleşme hürriyeti" (m.22), "kamu tüzel kişilerinin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma

(95) KABOĞLU, İbrahim Ö. : "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", **Anayasa Yargısı-19**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s. 107.

(96) 3.10.2001 tarih ve 4709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun" için bkz. **Resmi Gazete**, 17.10.2001- 24556 1 (mükerrer).

hakkı" (m.31), "dernek kurma hürriyeti" (m.33) ve "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı" (m.34) gibi özel hak maddelerine sınırlama sebepleri olarak eklenmiş; ayrıca, bütün bu hak ve özgürlükler için geçerli olmak üzere, "suç işlenmesinin önlenmesi" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" gibi sınırlama sebepleri getirilmiştir. Yine, Anayasanın 26. maddesinde düzenlenen "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti"nde sayılan özel sınırlama sebeplerine, bu dokuz sınırlama sebebinden beşi (milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri[97] ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünü) ilave edilmiştir.

Görüldüğü gibi, temel hak ve özgürlükler için öngörülmüş olan "genel sınırlama sistemi" terk edilmiş; sınırlama nedenleri, hak ve özgürlüklerin düzenlendikleri ilgili maddelerde tek tek sayılmak suretiyle, özgürlüklerin niteliklerine göre "farklılaştırılmış sınırlama sistemi"ne geçilmiştir[98]. Ancak, bu yapılırken, sistem değişikliğinin gereklerine uyulmamıştır. Zira, benimsenen yeni sisteme göre, "her bir hak özgürlüğün koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve bu alanın içeriğine uygun sınırlama nedenlerinin ilgili maddeye eklenmesi gerekir(di)"[99]. Oysa, son değişikliklerle birlikte, hem sınırlama sebepleri serpiştirilirken ilgili hak ve özgürlüğün niteliği dikkate alınmamış ve gereksiz sınırlamalara gidilmiş[100], hem de bazı hak ve özgürlükler için -çekirdek haklar olmamalarına rağmen- sınırlama nedeni öngörülmemiştir[101].

Anayasanın 13. maddesinde "sınırlamanın sınırları"na ilişkin yapılan değişiklikle, eski metinde yer alan "demokratik toplum düzenin gerekleri" ölçütüne üç yeni ölçüt eklenmiştir. Bunlardan "hakkın özü" ölçütü, 1949 tarihli Bonn Anayasasından mülhem olarak, 1961 Anayasasında yer almıştı[102]. Yasaya uygun sınırlama yapılırken dahi temel hakların çekirdek alanına dokunmama yükümlüğünü ifade eden "öz güvencesi"[103], 1982 Anayasasın ilk metninde yer almamasına rağmen, Anayasa Mahkemesi, 1980'li yılların ortalarından sonra verdiği kararlarında bu ölçütü "demokratik toplum düzenin gerekleri" ölçütüyle birlikte kullanmıştır[104]. Sınırlamanın sınırlarına ilişkin olarak getirilmiş olan yeni ölçütlerden bir diğeri "ölçülülük ilkesi"dir. AİHS ile 1982 Anayasasının 15. maddesinde "durumun gerektirdiği ölçüde" ifadesiyle yer alan bu ölçüt de, değişiklik öncesi 13. madde metninde yer almamasına karşın, Anayasa Mahkemesi tarafından kullanılmıştır[105]. Anayasada mevcut olmadığı halde Anayasa Mahkemesi tarafından bu iki ölçütün kullanılmış olması, sonuçta, Anayasa Mahkemesinin vermiş olduğu kararlarda özgürlüklerin korunması lehine önemli bir yönelim doğurmadığına göre, bu ölçütlerin 13. madde metnine yerleştirilmiş olmasının gerek yasa koyucunun tutumunda ve gerekse, bundan daha önemli olmak üzere, Anayasa Mahkemesi kararlarında çok önemli değişiklikler yaratması kuşkuludur. Bu kuşkuya rağmen, temel hak ve özgürlükleri sınırlamanın sınırlarına ilişkin olarak "hakkın özü" ve "ölçülülük" kriterlerinin getirilmiş olmasını, görece önemli bir değişiklik olarak değerlendirmek gerekir.

Sınırlamanın sınırlarına ilişkin olarak getirilmiş olan üçüncü kriter, "laik cumhuriyetin gerekleri" kriteridir. Böyle bir kriterin 13. madde metnine dahil edilmesinin, özgürlükler lehine bir güvence oluşturma kaygısını taşıdığı kuşkuludur[106]. Gerçekten, "demokratik toplum düzenin gerekleri" kriteri varken böyle bir kritere yer verilmiş olması, özgürlükleri sınırlama amacına hizmet etme kuşkusunu yaratmaktadır. Zira, Erdoğan'ın da haklı olarak belirttiği gibi, " 'laik Cumhuriyet' zaten kurulu düzenin ve resmi ideolojinin sembolik bir anlatımıdır ve Türkiye'de haklar çoğu kere bu gerekçelerle kısıtlanmaktadır. Nitekim, bu kavrama atıf yapanlar istisnasız olarak her durumda bunu hakların daha da sınırlanması amacı gütmektedirler. Türk hukuk uygulamasında -yargı içtihatları dahil- 'laik Cumhuriyet' kavramına kişi hakları lehinde başvurulduğu bir örnek bulmak son derece zordur, ama tersine örnek bolcadır"[107]. Bu kaygılardan dolayıdır ki, "laik Cumhuriyet" ölçütünün getirilmiş olması, özgürlüklerin güvencesi açısından isabetli olmamıştır.

bb) Temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılmaması

Anayasanın 14. maddesinde yapılan değişiklikle esas itibariyle üç yenilik getirilmiştir: Bunlardan birincisi, temel hak ve özgürlüklerin kötüye kullanılma halleri olarak eski metinde yer alan "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmak" dışındaki bütün kötüye kullanılma şekilleri madde metninden çıkarılmış; bunların yerine, "insan haklarına dayanan demokratik ve laik cumhuriyeti ortadan kaldırmak" ifadesine yer verilmiştir. İkinci değişiklik ise, maddenin eski halinde var olan ve hukuksal niteliği muğlak bir kavram olan "amaç" ibaresi yerine "faaliyet" ibaresinin getirilmesidir. Son olarak, madde metnine yapılan bir eklemeyle, devletin de tıpkı kişiler gibi temel hak ve özgürlükleri kötüye kullanabileceği kabul edilmiş ve böylelikle devlet de kötüye kullanmama yükümlülüğü altına sokulmuştur.

14. madde metninde yapılan değişiklikle temel hak ve özgürlüklerin kötüye

(97) Önceki Anayasa metninde genel sınırlama sebebi olarak sayılan "cumhuriyet" yerine, yeni metinde "cumhuriyetin nitelikleri"nden söz edilmiştir.

(98) ALİEFENDİOĞLU, Yılmaz: "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", **Anayasa Yargısı-19**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s. 154; YOKUŞ, Sevtap: "Avrupa Birliği"ne Uyumda Siyasi Kriterler Doğrultusunda Türkiye'de Anayasal ve Yasal Dönüşüm Çabaları", İÜHFM, Cilt LXI, Sayı 1-2, 2003, 212.

(99) SAĞLAM, Fazıl: "2001 Yılı Anayasa Değişiklinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların Çözüm Olanakları", **Anayasa Yargısı-19**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s. 289.

(100) YOKUŞ: s.213.

(101) Bu konudaki eleştiriler için bkz. SAĞLAM: 2001 Yılı Anayasa Değişiklinin..., s.291-295; ARSLAN, Zühtü: "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", Anayasa Yargısı-19, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s.219; GÖZLER, Kemal: "3 Ekim 2001 Tarihli Anayasa Değişikliği: Bir Abesle İştigal Örneği", Anayasa Yargısı-19, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s. 349-351.

(102) 1961 Anayasasının 11.maddesinin 2.fıkrası, "kanun, temel hak ve hürriyetlerin özüne dokunamaz" demekteydi. Yeni değişiklikte ise bu ölçüt şu şekilde ifade edilmiştir: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir" (m.13/1).

(103) DOEHRİNG, Karl: **Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku)**, Çev. Ahmet Mumcu, İnkılâp Kitabevi, 2. Baskı, İstanbul, 2002, s. 266.

(104) Bkz. E.1986/17, K.1987/11, k.t. 22.5.1987, **AMKD**, Sayı 23, s.222; E.1988/14, K.1988/18, k.t. 14.6.1988, **AMKD**, Sayı 24, s. 253-254.

(105) Bkz. E.1986/12, K.1987/4, k.t.11.2.1987, **AMKD**, Sayı 23, s. 85.

(106) Benzer görüşler için bkz. ALİEFENDİOĞLU: 2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin..., s.160; ARSLAN: s. 228-230; YOKUŞ: s. 213-214.

(107) ERDOĞAN, Mustafa: "Anayasa Değişikliği Üstüne", **http://www.liberal-dt.org.tr/at/at-me32.htm** (1.10.2001).

kullanılma hallerinin sayıca azaltılmış olması ve devletin de bu hususta yükümlülük altına sokulmuş olması olumlu bir gelişmedir. Maddenin yeni hali, muadili olan AİHS'in 17. maddesine yaklaşmıştır. Ancak, bu maddede yapılan değişiklik içerisinde ihtiyatla karşılanması gereken iki husus vardır: Kötüye kullanılma hallerine "laik cumhuriyet" kavramının eklenmesi ve değişiklik teklifinde yer alan "eylemler" ifadesi yerine "faaliyetler" terimin tercih edilmesidir. Dolayısıyla, bu madde son haliyle dahi, birey karşısında devleti koruma işlevini sürdürmektedir[108].

cc) Kişi hak ve özgürlükleri

Anayasanın kişi özgürlüğü ve güvenliği ile ilgili 19. maddesinin beşinci fıkrasının ilk cümlesi, altıncı fıkrası ve son fıkrası değiştirilmek suretiyle bu özgürlük alanına ilişkin üç yenilik getirilmiştir. İlgili maddenin beşinci fıkrasında düzenlenen ve toplu suçlar için öngörülmüş olan on beş günlük gözaltı süresi dört güne indirilmiştir. Altıncı fıkrada yapılan değişiklikle, "soruşturmanın kapsamı ve konusunun açığa çıkmasının sakıncalarının gerektirdiği kesin zorunluluk" kaydı kaldırılmış ve böylece her halukârda kişinin yakalandığı ya da tutuklandığının yakınlarına derhal bildirilmesi kabul edilmiştir. Son fıkraya ise, "tazminat hukukunun genel prensiplerine göre" ibaresi eklenmiştir. Buna göre, bu maddede belirlenen esasların dışında bir işleme tabi tutulan kişilerin uğradıkları zararların, tazminat hukukunun genel prensipleri çerçevesinde Devletçe karşılanacağı kabul edilmiştir.

Yeni düzenlemeyle, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen "özel hayatın gizliliği", 21. maddesinde düzenlenen "konut dokunulmazlığı" ve 22. maddesinde düzenlenen "haberleşme özgürlüğü"ne ilişkin ortak değişiklikler yapılmıştır. İlk olarak, genel sınırlama sebeplerinin 13. maddeden çıkarılmış olmanın yarattığı boşluğu doldurmak amacıyla her üç hak ve özgürlük için altı sınırlama sebebi (milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması) getirilmiştir. Böylece, Anayasanın 22, 21 ve 22. maddeleri sınırlama sebepleri bakımından hafifletilmemiş, tam tersine ağırlaştırılmıştır. Bu maddelerde gerçekleştirilen ikinci değişiklik, her üç mahremiyet alanına, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yasayla yetkili kılınmış merciin emriyle gerçekleştirilebilecek müdahaleye sınırlamalar getirilmiş olmasıdır. Yeni düzenlemeyle, yetkili merciin kararının yirmi dört saat içinde yargıç onayına sunulması, yargıcın ise en geç kırk sekiz saat içinde karar vermesi, aksi halde müdahalenin kendiliğinden kalkacağı öngörülmüştür. Çok isabetli olan bu düzenlemeyle, söz konusu hak ve özgürlükler için getirilen çok sayıdaki sınırlama sebepleri karşısında görece bir güvence sağlanmış olacaktır.

"Yerleşme ve seyahat özgürlüğü" nün düzenlendiği Anayasanın 23. maddesinde yapılan değişiklikle, beşinci fıkrada geçen "... ülkenin ekonomik durumu" ibaresi madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, vatandaşların yurt dışına çıkma özgürlükleri, ülkenin ekonomik durumu gerekçe gösterilmek suretiyle sınırlandırılamayacaktır.

Düşünceyi açıklama özgürlüğünün düzenlendiği 26. maddede yapılan de-

(108) ALİEFENDİOĞLU: 2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin..., s. 165.

ğişikliklerle çok önemli yenilikler getirilmemiştir. Bu maddeyle getirilen tek olumlu yenilik, değişiklik öncesi metnin üçüncü fıkrasında yer alan ve dünya anayasacılık tarihinde eşi ve benzeri görülmemiş olan "dil yasağı"nın kaldırılmış olmasıdır. Buna paralel bir değişiklik, basın özgürlüğünün düzenlendiği 28. maddede yapılmış; ilgili maddenin ikinci fıkrasında yer alan "kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dilde yayım yapılamaz" şeklindeki ifade madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, gerek düşünceyi açıklama ve gerekse basın özgürlüğü bakımından "dil yasağı" getiren bir yasanın çıkarılma olasılığı ortadan kaldırılmıştır.

Anayasanın 26. maddesinde gerçekleştirilen değişikliklerden biri de, ilgili maddenin ikinci fıkrasına "bu hürriyetlerin kullanılması" ibaresinden sonra gelmek üzere, "milli güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması" ibarelerinin eklenmiş olmasıdır. Getirilen bu yeni sınırlama sebepleriyle birlikte değerlendirildiğinde, 13. maddedeki genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış olmasının düşünceyi açıklama özgürlüğü açısından bir güvence oluşturmayacağı anlaşılmaktadır. Yeni düzenlemeyle, bu özgürlüğün kullanımını sınırlandıran sebepler azaltılmamış, aksine arttırılmıştır. Bu maddede sıralanan sınırlama sebeplerine bakıldığında, kurucu iktidarın, akla gelebilecek bütün sınırlama sebeplerini saymak suretiyle bu özgürlüğün herhangi bir sebebe bağlı olarak yasa koyucu tarafından sınırlandırılabilmesini kolaylaştırmıştır. Ayrıca, yeni düzenlemeyle getirilen sınırlama sebeplerinin birçoğunun hukuken tanımlanmasının güç olduğu dikkate alındığında, yapılan bu değişiklikle, düşünceyi açıklama özgürlüğünün eski metne oranla daha da güvencesiz kılındığı söylenebilir. Bu maddede yapılan son bir değişiklik ise, ilgili maddeye son fıkra olarak "düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir" ifadesinin eklenmesidir.

Düşünceyi açıklama özgürlüğüyle ilintili olan bir başka değişiklik, Anayasanın Başlangıç kısmında yapılan değişikliktir. Anayasa metnine dahil olup, Anayasanın dayandığı temel ilkeleri belirten (m.176/1) ve Türkiye Cumhuriyeti'nin temel nitelikleri arasında yer alan "Başlangıç'ta belirtilen temel ilkeler"(m.2 ve 4), Anayasa Mahkemesinin birçok kararında bağımsız ölçü norm olarak kullanılmış ve bu ilkeler Anayasa Mahkemesince Anayasanın yorumunda uyulması gereken kesin buyruklar olarak değerlendirilmiştir[109]. Bu hukuksal önem ve işleve sahip olan Başlangıç kısmında yapılan çok küçük bir değişiklik ilgiyle karşılanmıştır. Ne var ki, yapılması düşünülen bu küçük değişiklik dahi beklenen şekilde gerçekleşmemiştir. Anayasanın Başlangıç kısmının beşinci paragrafın hemen başında geçen "hiçbir düşünce ve mülahazanın" ibaresi, Partiler arası Uzlaşma Komisyonunun hazırlamış olduğu pakette "hiçbir eylemin" şeklinde değiştirilmesi öngörülmüş iken, kesinleşen metinde "hiçbir faaliyetin" şeklinde kabul edilmiştir. Uzlaşma Komisyonunun teklifi kabul edilmiş olsaydı, düşünce suçu anlayışı daraltılmış olacak ve bu paragrafta yer alan "Türk milli menfaatleri", "Türklüğün tarihi ve manevi değerleri"

(109) TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU: s. 85.

ve "Atatürk medeniyetçiliği" gibi keyfi yorumlara yol açabilecek nitelikte olan değerler karşısında düşünce açıklamaları korunmuş olacaktı. Oysa, kesinleşen metinle, "eylemler" yerine "faaliyetler" sözcüğünün tercih edilmiş ve böylece resmi ideolojiyle ters düşen düşünce açıklamaları korumasız bırakılmıştır.

Anayasanın 31. maddesinde düzenlenen "kamu tüzelkişilerin elindeki basın dışı kitle haberleşme araçlarından yararlanma hakkı"na ilişkin olarak yapılan tek değişiklik, genel sınırlama sebeplerinin kaldırılmış olmasının yarattığı boşluğu telafi etmek amacıyla ilgili maddenin ikinci fıkrasına yeni sınırlama sebeplerinin (milli güvenlik, kamu düzeni, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması) getirilmiş olmasıdır.

Dernek kurma özgürlüğünün yer aldığı Anayasanın 33. maddesinde üç değişiklik yapılmıştır. Birincisi, dernek kurma hakkının güvence altına alındığı ilk fıkra hükmüne, "üye olma ve üyelikten çıkma özgürlüğü"de eklenmiştir. İkincisi, tıpkı diğer özel hak ve özgürlüklerin düzenlendiği maddelerde yapılan değişikliklerde olduğu gibi, yeni sınırlama sebepleri (milli güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâk ile başkalarının hürriyetlerinin korunması) getirilmiştir (m.33/3). Üçüncü olarak, eski metinde yer alan ve dernek kurma özürlüğü bakımından bir güvence oluşturan "bildirim usulü"ne ilişkin ikinci fıkra hükmü kaldırılmıştır. Bu fıkra hükmünün maddeden çıkarılmasıyla, dernek kurma özgürlüğünün kullanılması hususunda yasa koyucuya geniş bir takdir yetkisi tanınmış olmaktadır[110]. Öyle ki, bu düzenlemeyle, yasa koyucunun dernek kurmayı izne bağlaması mümkün olabilmektedir.

2001 Anayasa değişiklik paketinde tümüyle yeniden düzenlenen haklardan biri, Anayasanın 34. maddesinde düzenlenen "toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkı"dır. Maddenin ikinci fıkrasına, bu hakkın niteliğine uygun sınırlama sebepleri eklenmiştir. Eski metinde mevcut olan "yer ve güzergah tespitine" ilişkin ikinci fıkra hükmü ile "belli durumlarda bir toplantı veya gösteri yürüyüşünün yasaklanabilmesine veya ertelenebilmesine"ilişkin dördüncü fıkra hükmü ilga edilmiştir. Ayrıca, sivil toplum örgütlerinin kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenlemelerini yasaklayan beşinci fıkra hükmü madde metninden çıkarılmıştır. Bu değişikliklerle birlikte söz konusu hak, AİHS'in 11.maddesiyle uyumlu hale getirilmiş ve amacına uygun bir düzenlemeye kavuşmuş bulunmaktadır[111].

"Hak arama hürriyeti" başlıklı Anayasa'nın 36. maddesine yapılan bir eklemeyle, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan "adil yargılanma hakkı" kişiler lehine bir temel hak olarak tanınmıştır. Böylece, AİHS'in 6. maddesine uyum sağlanmıştır.

Suç ve cezalara ilişkin esasların düzenlendiği 38. maddede yapılan değişiklikle getirilen üç önemli yenilik, madde metnine üç yeni fıkra eklenmek suretiyle gerçekleştirilmiştir. Bu yeniliklerden ikisi herhangi bir kuşkuya mahal vermeyecek derecede olumludur. Bunlar, kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulguların delil olarak kabul edilemeyeceğine ilişkin hüküm ile, bir kimsenin sözleşmeden doğan yükümlülüğünü yerine getirememesinden dolayı özgürlüğünün kısıtlanamayacağına ilişkin hükümdür[112]. Getirilen yeniliklerden üçüncüsü ise, "savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükmüdür. Bu son yenilik olumlu olmakla birlikte, Avrupa standartlarına uyum bakımından yetersiz olmuştur[113].

(110) GÖZLER, Kemal: **Anayasa Değişikliği Gerekli mi? (1982 Anayasası İçin Bir Savunma)**, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa, 2001, s. 26.

(111) KABOĞLU, İbrahim Ö.: **Özgürlükler Hukuku**, Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş 6. Baskı, İmge Kitabevi, Ankara, 2002, s. 406.

Son olarak, temel hak ve özgürlüklerin korunması ile ilgili 40. maddeye, "(d)evlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvurulacağını ve sürelerini belirtmek zorundadır" hükmü, ikinci fıkra olarak eklenmiştir.

dd) Sosyal ve ekonomik haklar

Sosyal ve ekonomik haklara ilişkin gerçekleştirilen değişiklikleri şu şekilde sıralamak mümkündür: "Eşler arasında eşitlik" ilkesi getirilmiş (m.41/1); kamulaştırma şartları yeniden düzenlenmiş (m.46); çalışanları ve işsizleri koruyucu bir hüküm konulmuş (m.49/2); eski metinde sadece "işçiler ve işverenler" açısından tanınan sendika üyeliği, yeni düzenlemeyle bütün "çalışanlar"a teşmil edilmiş; (m.51/1); sendika kurma hakkına geniş sınırlamalar getirilmiş (m.51/2); asgari ücretin tespitinde çalışanların geçim şartlarının da göz önünde bulundurulacağı belirtilmiş (m.55/3) ve devletin ekonomik ve sosyal ödevlerinin saptanmasında "ekonomik istikrarın korunması" hükmü çıkarılmış, "bu görevlerin amaçlarına uygun öncelikler" ölçütü getirilmiştir (m.65).

ee) Siyasi haklar

İlk olarak, "Türk vatandaşlığı" başlıklı 66. maddenin ikinci fıkrasında yer alan, "(y)abancı babadan ve Türk anadan olan çocuğun vatandaşlığı kanunla düzenlenir" cümlesi madde metninden çıkarılmıştır. Böylece, kadın-erkek eşitsizliği yaratan bu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

Anayasanın, "seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları"na ilişkin 67. maddesinde kayda değer iki değişiklik gerçekleştirilmiştir. Anayasanın ilgili maddesinde yapılan değişiklikle, taksirli suçlardan hüküm giyenlere oy kullanma hakkı getirilmiş ve bu maddeye eklenen son fıkrayla seçim kanunlarında yapılacak değişikliklerin, yürürlüğe girdiği tarihten sonraki bir yıl içinde yapılacak seçimlerde uygulanamayacağı hükme bağlanmıştır. Bununla, iktidarların seçim kanunlarıyla oynamaları nisbi olarak güçleştirilmiştir.

2001 Anayasa değişikliği paketiyle siyasi parti özgürlüğüne ilişkin önemli değişiklikler gerçekleştirilmiştir. "Siyasi partilerin uyacakları esaslar" başlığını taşıyan 69. maddede yapılan değişiklikle, siyasi partilerin hangi hallerde 68. maddenin dördüncü fıkrası hükümlerine aykırı eylemlerin "odağı" haline geleceği belirlenmiştir[114]. Yeni düzenlemeyle odaklaşma olgusu iki aşamalı olarak düzenlenmiştir. İlk aşamada partili üyelerle üst kademe parti organ ya

(112) *Bu son hükmün madde metnine dahil edilmesiyle, AİHS'in 4 nolu Protokolüne uyum sağlanmış olmaktadır.*

(113) YÜZBAŞIOĞLU, Necmi: "2001 Anayasa Değişiklikleri Üzerinde Bir Değerlendirme", **Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002) Açık Oturum Tutanakları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 38-39.

(114) *69. maddenin altıncı fıkrasına şu cümle eklenmiştir: "...Bir siyasi parti, bu nitelikteki fiiller o partinin üyelerince yoğun bir şekilde işlendiği ve bu durum o partinin büyük kongre veya genel başkan veya merkez karar veya yönetim organları veya Türkiye Büyük Millet Meclisi'ndeki grup genel kurulu veya grup yönetim kurulunca zımnen veya açıkça benimsendiği yahut bu fiiller doğrudan doğruya anılan parti organlarınca kararlılık içinde işlendiği taktirde söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır".*

da mercileri arasında bir ayrım yapılmış ve odaklaşma için üyelerin siyasal partiler için öngörülmüş olan yasak fiilleri yoğun bir biçimde işlemesi ve bunun partinin üst kademe organlarınca zımnen ya da açıkça benimsenmesi aranmıştır. İkinci aşamada ise, bu fiillerin doğrudan doğruya üst kademe organlarınca kararlılık içinde işlenmesi yeterli bulunmuştur[115].

Esas itibariyle, odak olmanın kriterleri daha önce yasal düzeyde 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununda düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, ilgili yasa hükmünü tam iki kez iptal etmiştir[116]. Bunun üzerine, iptal edilen yasa hükmüne "genel başkan" ifadesi eklenerek, söz konusu hüküm anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Anayasanın 69. maddesinde gerçekleştirilen bir başka değişiklikle, siyasi partiler için kapatma yerine başka yaptırımlar öngörülebileceği kabul edilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, "Anayasa Mahkemesi... temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir" (m.69/7). Bu düzenlemeyle, Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan ve ortak bir demokrasi standardı yaratmayı amaçlayan Venedik Komisyonunun önerilerine uyum sağlanmış olmaktadır[117].

Siyasi parti özgürlüğüne ilişkin getirilen bir başka yenilik, Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen Anayasanın 149. maddesinde yapılan bir değişiklikle, Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında kapatma kararı verebilmesi için gerekli olan salt çoğunluk oyu yerine, beşte üç oy çokluğu koşulu getirilmiştir.

Anayasada siyasi parti özgürlüğüne ilişkin getirilen yenilikler, siyasi partileri daha güvenceli kılacak niteliktedir. Bu değişikliklerle birlikte, Anayasanın 68. maddesinde belirtilen ve siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğunu söyleyen ilke anlam kazanmış olmaktadır. Ancak hemen ilave etmek gerekir ki, atılan bu adımlar olumlu olmakla birlikte yetersizdir. Siyasi partilerin Avrupa standartlarında gerçek bir güvenceye kavuşturulması için gerçekleştirilmesi gereken önemli değişikliklerin olduğu da bir gerçektir.

Siyasi hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan bir diğer değişiklik, "karşılıklılık gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar"a "dilekçe hakkı"nın tanınmış olmasıdır (m.74).

b) Devletin temel organlarıyla ilgili değişiklikler

aa) TBMM'nin görev ve yetkileri, bilgi edinme ve denetim yolları

Anayasa'nın değişiklik öncesi 87. maddesi, "genel ve özel af ilanına karar vermek" yetkisini TBMM'ye vermekte, ancak bundan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler"i hariç tutmaktaydı. Anayasada yapılan değişiklikle TBMM'nin af yetkisi için öngörülmüş olan bu sınırlama kaldırılmıştır. Bundan böyle, TBMM Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hakkında da genel ve özel af ilan edebilecektir. Bu madde hükmünde yapılan değişiklikle getirilen ikinci yenilik ise, TBMM'nin, genel ve özel af ilanına, ancak "üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile" verebileceği koşulunun getirilmiş olmasıdır.

(115) SAĞLAM, Fazıl: "Anayasa Sorunlarına Güncel Bakış", **Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002) Açık Oturum Tutanakları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 59.

(116) İptal kararları için bkz. E.1998/2, K.1998/1, k.t.9.1.1998, **AMKD**, Sayı 34/1, s. 240-246; E.2000/86, K.2000/50, k.t. 12.2.2000, **AMKD**, Sayı 36/2, s. 896-913.

(117) HAKYEMİZ, Yusuf Şevki: "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasi Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", **Anayasa Yargısı-19**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s. 564.

Anayasanın "Kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması" başlıklı 89.maddesi, bu maddenin ikinci fıkrasına iki ekleme yapılmak suretiyle değiştirilmiştir. Birincisi, 2. fıkranın başında yer alan "Yayımlanmasını" ibaresinden sonra gelmek üzere "kısmen veya tamamen" ibarelerinin eklenmesidir. İkincisi ise, 2. fıkraya "Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir" ifadesinin eklenmesidir. Bu değişiklikle, Cumhurbaşkanının kanunları kısmen uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderdiği durumlarda, TBMM'nin yalnızca Cumhurbaşkanının uygun bulmadığı maddeleri görüşülebileceği öngörülmektedir. Yasama sürecini hızlandırmak amacıyla gerçekleştirilmiş olan bu değişiklik, bu amaca hizmet etmesi açısından yerindedir.

Anayasanın 100. maddesinde düzen
lenen "Meclis Soruşturması" y
ne ilişkin üç değişiklik
Bunlardan birincisi.
açılma isteği ve
sevk kararının alın
oylamanın "gizli" ol
ğişikliktir. İkincisi ise,
misyonuna, kendisine
sonunda hazırladığı ra
Başkanlığına teslim etme
nun getirilmiş olmasıdır. S
Komisyon raporunun, başkan
lim edildiği tarihten itibaren
içinde dağıtılacağı, dağıtımdan sc
on gün içinde de görüşüleceği hüküm altına alınmıştır. Gerçekleştirilen bu değişikliklerle, Meclis Soruşturması usulünde köklü bir değişiklik yapılmamış; mevcut sistem içerisinde olumlu sayılabilecek küçük değişiklikler yapılmıştır.

bb) Milli Güvenlik Kurulu

1982 Anayasasında yapılan değişiklikler arasında, sivil-asker ilişkileri açısından önem taşıyan ve MGK'nın oluşumu, çalışma biçimi ve görevlerinin düzenlendiği 118. maddede yapılan değişiklikler de yer almaktadır. Bu maddede üç değişiklik gerçekleştirilmiştir: Bunlardan birincisi, maddenin 1. fıkrasında belirtilen Kurul üyelerine ilişkindir. Gerçekleştirilen değişiklikle, "Başbakan yardımcıları" ve "Adalet Bakanı" Kurulun oluşumuna dahil edilmişlerdir. İkinci değişiklik, 3. fıkranın ilk cümlesinde yer alan "kararların alınm
sı" ibaresi yerine "alınan tavsiy
ları" ibaresi konulmuştur. S
şiklikle ise, 3. fıkran
yer alan "öncel
resi madd
nun
yge
amlere
gidilm
Ana
lan de
sayısın
vurgusu, s
mış ve MGK
ği konusunda v
gidermiştir. Salt
ifadesi olan
MGK'nın askeri kan
risinde fiilen işgal eth
ğımsız olarak yapılmış b
medir. Askerin fiili gücü
sınırları içine çekilmesi ve sa
ükümler
adlaşma hü-
ükse Öğretim
rmay temsilcisi
, Devlet Güvenlik
n verilmiş (m.143)
aların Sayıştayca de-
öngörülmüş olan sınır-
ılmıştır (m.160/son).
a gerçekleştirilen bu son
iki değişiklik büyük önem

(118) ERDEM, Fazıl Hüsnü: "Türkiye'de Derlendirme", Şanlıurfa Barosu Derg. 22.5.2004 -25469

da mercileri arasında bir ayrım yapılmış ve odaklaşma için üyelerin siyasal partiler için öngörülmüş olan yasak fiilleri yoğun bir biçimde işlemesi ve bunun partinin üst kademe organlarınca zımnen ya da açıkça benimsenmesi aranmıştır. İkinci aşamada ise, bu fiillerin doğrudan doğruya üst kademe organlarınca kararlılık içinde işlenmesi yeterli bulunmuştur[115].

Esas itibariyle, odak olmanın kriterleri daha önce yasal düzeyde 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununda düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, ilgili yasa hükmünü tam iki kez iptal etmiştir[116]. Bunun üzerine, iptal edilen yasa hükmüne "genel başkan" ifadesi eklenerek, söz konusu hüküm anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Anayasanın 69. maddesinde gerçekleştirilen bir başka değişiklikle, siyasi partiler için kapatma yerine başka yaptırımlar öngörülebileceği kabul edilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, "Anayasa Mahkemesi... temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir" (m.69/7). Bu düzenlemeyle, Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan ve ortak bir demokrasi standardı yaratmayı amaçlayan Venedik Komisyonunun önerilerine uyum sağlanmış olmaktadır[117].

Siyasi parti özgürlüğüne ilişkin getirilen bir başka yenilik, Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen Anayasanın 149. maddesinde yapılan bir değişiklikle, Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında kapatma kararı verebilmesi için gerekli olan salt çoğunluk oyu yerine, beşte üç oy çokluğu koşulu getirilmiştir.

Anayasada siyasi parti özgürlüğüne ilişkin getirilen yenilikler, siyasi partileri daha güvenceli kılacak niteliktedir. Bu değişikliklerle birlikte, Anayasanın 68. maddesinde belirtilen ve siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğunu söyleyen ilke anlam kazanmış olmaktadır. Ancak hemen ilave etmek gerekir ki, atılan bu adımlar olumlu olmakla birlikte yetersizdir. Siyasi partilerin Avrupa standartlarında gerçek bir güvenceye kavuşturulması için gerçekleştirilmesi gereken önemli değişikliklerin olduğu da bir gerçektir.

Siyasi hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan bir diğer değişiklik, "karşılıklılık gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar"a "dilekçe hakkı"nın tanınmış olmasıdır (m.74).

b) Devletin temel organlarıyla ilgili değişiklikler

aa) TBMM'nin görev ve yetkileri, bilgi edinme ve denetim yolları

Anayasa'nın değişiklik öncesi 87. maddesi, "genel ve özel af ilanına karar vermek" yetkisini TBMM'ye vermekte, ancak bundan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler"i hariç tutmaktaydı. Anayasada yapılan değişiklikle TBMM'nin af yetkisi için öngörülmüş olan bu sınırlama kaldırılmıştır. Bundan böyle, TBMM Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hakkında da genel ve özel af ilan edebilecektir. Bu madde hükmünde yapılan değişiklikle getirilen ikinci yenilik ise, TBMM'nin, genel ve özel af ilanına, ancak "üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile" verebileceği koşulunun getirilmiş olmasıdır.

Anayasanın "Kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması" başlıklı 89.maddesi, bu maddenin ikinci fıkrasına iki ekleme yapılmak suretiyle değiştirilmiştir. Birincisi, 2. fıkranın başında yer alan "Yayımlanmasını" ibaresinden sonra gelmek üzere "kısmen veya tamamen" ibarelerinin eklenmesidir. İkincisi ise, 2. fıkraya "Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir" ifadesinin eklenmesidir. Bu değişiklikle, Cumhurbaşkanının kanunları kısmen uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderdiği durumlarda, TBMM'nin yalnızca Cumhurbaşkanının uygun bulmadığı maddeleri görüşülebileceği öngörülmektedir. Yasama sürecini hızlandırmak amacıyla gerçekleştirilmiş olan bu değişiklik, bu amaca hizmet etmesi açısından yerindedir.

Anayasanın 100. maddesinde düzenlenen "Meclis Soruşturması" yöntemine ilişkin üç değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, gerek soruşturma açılma isteği ve gerekse Yüce Divana sevk kararının alınması için yapılacak oylamanın "gizli" olmasını öngören değişikliktir. İkincisi ise, Soruşturma Komisyonuna, kendisine verilen ek süre sonunda hazırladığı raporu TBMM Başkanlığına teslim etme zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Son olarak, Komisyon raporunun, başkanlığa teslim edildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılacağı, dağıtımdan sonraki on gün içinde de görüşüleceği hüküm altına alınmıştır. Gerçekleştirilen bu değişikliklerle, Meclis Soruşturması usulünde köklü bir değişiklik yapılmamış; mevcut sistem içerisinde olumlu sayılabilecek küçük değişiklikler yapılmıştır.

bb) Milli Güvenlik Kurulu

1982 Anayasasında yapılan değişiklikler arasında, sivil-asker ilişkileri açısından önem taşıyan ve MGK'nın oluşumu, çalışma biçimi ve görevlerinin düzenlendiği 118. maddede yapılan değişiklikler de yer almaktadır. Bu maddede üç değişiklik gerçekleştirilmiştir: Bunlardan birincisi, maddenin 1. fıkrasında belirtilen Kurul üyelerine ilişkindir. Gerçekleştirilen değişiklikle, "Başbakan yardımcıları" ve "Adalet Bakanı" Kurulun oluşumuna dahil edilmişlerdir. İkinci değişiklik, 3. fıkranın ilk cümlesinde yer alan "kararların alınması" ibaresi yerine "alınan tavsiye kararları" ibaresi konulmuştur. Son bir değişiklikle ise, 3. fıkranın son cümlesinde yer alan "öncelikle dikkate alınır" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve bunun yerine "değerlendirilir" ibaresi getirilmiştir.

İlgili madde metninde gerçekleştirilen ilk değişiklikle, Kurulun sivil üye sayısı arttırılmak istenmiştir. Değişiklik öncesi metinde, Kurul, bir başkan, dokuz üyeden oluşmakta; üyelerden dördü sivillerden, beşi ise askerlerden oluşmaktaydı. Yeni değişiklikle Kurulda temsil edilen sivil üye sayısı arttırılmış ve böylelikle sivillerin sayısal bir üstünlüğü sağlanmıştır. Kuşkusuz, Kurulun oluşumunda sivillere sayısal üstünlük tanımak, Kurul içerisinde sivil iradenin üstün olacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim, Anayasa değişikliği

(115) SAĞLAM, Fazıl: "Anayasa Sorunlarına Güncel Bakış", **Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002) Açık Oturum Tutanakları**, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 59.

(116) İptal kararları için bkz. E.1998/2, K.1998/1, k.t.9.1.1998, **AMKD**, Sayı 34/1, s. 240-246; E.2000/86, K.2000/50, k.t. 12.2.2000, **AMKD**, Sayı 36/2, s. 896-913.

(117) HAKYEMİZ, Yusuf Şevki: "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasi Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", **Anayasa Yargısı-19**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s. 564.

da mercileri arasında bir ayrım yapılmış ve odaklaşma için üyelerin siyasal partiler için öngörülmüş olan yasak fiilleri yoğun bir biçimde işlemesi ve bunun partinin üst kademe organlarınca zımnen ya da açıkça benimsenmesi aranmıştır. İkinci aşamada ise, bu fiillerin doğrudan doğruya üst kademe organlarınca kararlılık içinde işlenmesi yeterli bulunmuştur[115].

Esas itibariyle, odak olmanın kriterleri daha önce yasal düzeyde 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununda düzenlenmişti. Ancak Anayasa Mahkemesi, ilgili yasa hükmünü tam iki kez iptal etmiştir[116]. Bunun üzerine, iptal edilen yasa hükmüne "genel başkan" ifadesi eklenerek, söz konusu hüküm anayasal güvenceye kavuşturulmuştur.

Anayasanın 69. maddesinde gerçekleştirilen bir başka değişiklikle, siyasi partiler için kapatma yerine başka yaptırımlar öngörülebileceği kabul edilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, "Anayasa Mahkemesi... temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir" (m.69/7). Bu düzenlemeyle, Avrupa Konseyi bünyesinde oluşturulan ve ortak bir demokrasi standardı yaratmayı amaçlayan Venedik Komisyonunun önerilerine uyum sağlanmış olmaktadır[117].

Siyasi parti özgürlüğüne ilişkin getirilen bir başka yenilik, Anayasa Mahkemesinin çalışma ve yargılama usulünü düzenleyen Anayasanın 149. maddesinde yapılan bir değişiklikle, Anayasa Mahkemesinin siyasi partiler hakkında kapatma kararı verebilmesi için gerekli olan salt çoğunluk oyu yerine, beşte üç oy çokluğu koşulu getirilmiştir.

Anayasada siyasi parti özgürlüğüne ilişkin getirilen yenilikler, siyasi partileri daha güvenceli kılacak niteliktedir. Bu değişikliklerle birlikte, Anayasanın 68. maddesinde belirtilen ve siyasi partilerin demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurları olduğunu söyleyen ilke anlam kazanmış olmaktadır. Ancak hemen ilave etmek gerekir ki, atılan bu adımlar olumlu olmakla birlikte yetersizdir. Siyasi partilerin Avrupa standartlarında gerçek bir güvenceye kavuşturulması için gerçekleştirilmesi gereken önemli değişikliklerin olduğu da bir gerçektir.

Siyasi hak ve özgürlüklere ilişkin yapılan bir diğer değişiklik, "karşılıklılık gözetilmek kaydıyla Türkiye'de ikamet eden yabancılar"a "dilekçe hakkı"nın tanınmış olmasıdır (m.74).

b) Devletin temel organlarıyla ilgili değişiklikler

aa) TBMM'nin görev ve yetkileri, bilgi edinme ve denetim yolları

Anayasa'nın değişiklik öncesi 87. maddesi, "genel ve özel af ilanına karar vermek" yetkisini TBMM'ye vermekte, ancak bundan "Anayasanın 14 üncü maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler"i hariç tutmaktaydı. Anayasada yapılan değişiklikle TBMM'nin af yetkisi için öngörülmüş olan bu sınırlama kaldırılmıştır. Bundan böyle, TBMM Anayasanın 14. maddesindeki fiillerden dolayı hüküm giyenler hakkında da genel ve özel af ilan edebilecektir. Bu madde hükmünde yapılan değişiklikle getirilen ikinci yenilik ise, TBMM'nin, genel ve özel af ilanına, ancak "üye tam sayısının beşte üç çoğunluğunun kararı ile" verebileceği koşulunun getirilmiş olmasıdır.

Anayasanın "Kanunların Cumhurbaşkanınca yayımlanması" başlıklı 89.maddesi, bu maddenin ikinci fıkrasına iki ekleme yapılmak suretiyle değiştirilmiştir. Birincisi, 2. fıkranın başında yer alan "Yayımlanmasını" ibaresinden sonra gelmek üzere "kısmen veya tamamen" ibarelerinin eklenmesidir. İkincisi ise, 2. fıkraya "Cumhurbaşkanınca kısmen uygun bulunmama durumunda Türkiye Büyük Millet Meclisi sadece uygun bulunmayan maddeleri görüşebilir" ifadesinin eklenmesidir. Bu değişiklikle, Cumhurbaşkanının kanunları kısmen uygun bulmayıp bir daha görüşülmek üzere TBMM'ye geri gönderdiği durumlarda, TBMM'nin yalnızca Cumhurbaşkanının uygun bulmadığı maddeleri görüşülebileceği öngörülmektedir. Yasama sürecini hızlandırmak amacıyla gerçekleştirilmiş olan bu değişiklik, bu amaca hizmet etmesi açısından yerindedir.

Anayasanın 100. maddesinde düzenlenen "Meclis Soruşturması" yöntemine ilişkin üç değişiklik yapılmıştır. Bunlardan birincisi, gerek soruşturma açılma isteği ve gerekse Yüce Divana sevk kararının alınması için yapılacak oylamanın "gizli" olmasını öngören değişikliktir. İkincisi ise, Soruşturma Komisyonuna, kendisine verilen ek süre sonunda hazırladığı raporu TBMM Başkanlığına teslim etme zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Son olarak, Komisyon raporunun, başkanlığa teslim edildiği tarihten itibaren on gün içinde dağıtılacağı, dağıtımdan sonraki on gün içinde de görüşüleceği hüküm altına alınmıştır. Gerçekleştirilen bu değişikliklerle, Meclis Soruşturması usulünde köklü bir değişiklik yapılmamış; mevcut sistem içerisinde olumlu sayılabilecek küçük değişiklikler yapılmıştır.

bb) Milli Güvenlik Kurulu

1982 Anayasasında yapılan değişiklikler arasında, sivil-asker ilişkileri açısından önem taşıyan ve MGK'nın oluşumu, çalışma biçimi ve görevlerinin düzenlendiği 118. maddede yapılan değişiklikler de yer almaktadır. Bu maddede üç değişiklik gerçekleştirilmiştir: Bunlardan birincisi, maddenin 1. fıkrasında belirtilen Kurul üyelerine ilişkindir. Gerçekleştirilen değişiklikle, "Başbakan yardımcıları" ve "Adalet Bakanı" Kurulun oluşumuna dahil edilmişlerdir. İkinci değişiklik, 3. fıkranın ilk cümlesinde yer alan "kararların alınması" ibaresi yerine "alınan tavsiye kararları" ibaresi konulmuştur. Son bir değişiklikle ise, 3. fıkranın son cümlesinde yer alan "öncelikle dikkate alınır" ibaresi madde metninden çıkarılmış ve bunun yerine "değerlendirilir" ibaresi getirilmiştir.

İlgili madde metninde gerçekleştirilen ilk değişiklikle, Kurulun sivil üye sayısı arttırılmak istenmiştir. Değişiklik öncesi metinde, Kurul, bir başkan, dokuz üyeden oluşmakta; üyelerden dördü sivillerden, beşi ise askerlerden oluşmaktaydı. Yeni değişiklikle Kurulda temsil edilen sivil üye sayısı arttırılmış ve böylelikle sivillerin sayısal bir üstünlüğü sağlanmıştır. Kuşkusuz, Kurulun oluşumunda sivillere sayısal üstünlük tanımak, Kurul içerisinde sivil iradenin üstün olacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim, Anayasa değişikliği

(115) SAĞLAM, Fazıl: "Anayasa Sorunlarına Güncel Bakış", ***Anayasa ve Uyum Yasaları (13-14 Aralık 2002) Açık Oturum Tutanakları***, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2003, s. 59.

(116) İptal kararları için bkz. E.1998/2, K.1998/1, k.t.9.1.1998, **AMKD**, Sayı 34/1, s. 240-246; E.2000/86, K.2000/50, k.t. 12.2.2000, **AMKD**, Sayı 36/2, s. 896-913.

(117) HAKYEMİZ, Yusuf Şevki: "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasi Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", **Anayasa Yargısı-19**, Anayasa Mahkemesi Yayınları, Antalya, 2002, s. 564.

sonrasında yaşanan gelişmeler, bu değerlendirmemizi doğrular niteliktedir.

118. maddede gerçekleştirilen diğer değişiklikler, MGK kararlarının hukuksal niteliğine ilişkin yapılan tartışmalar açısından önem taşımaktadır. 1982 Anayasasının değişiklik öncesi ilgili madde metninde "görüş bildirme" ve bazı konulara ilişkin olarak ise "öncelikle dikkate alınma" ifadeleri, son değişiklikle birlikte "alınan tavsiye kararları... bildirilir" ve "değerlendirilir" şekline dönüştürülmüştür. Yeni düzenlemeyle, MGK karalarının bağlayıcı olmadığı; tam aksine istişari nitelikte olduğu hususuna açıklık kazandırılmıştır. Gerçi değişiklik öncesi düzenlemeye göre de MGK kararları istişari niteliktedi. Bunun aksini düşünmek mümkün değildir. Zira, Anayasaya göre, milli güvenlik siyasetini yürütmekle görevli yegane anayasal organ bakanlar kuruludur. Bununla birlikte, eski metin, MGK kararlarının istişari niteliği konusunda kuşkular yaratıcı bir sözel vurguya sahipti. İşte, bu kuşkuları ortadan kaldırmak ve MGK kararlarının bağlayıcı olmadığını açıkça vurgulamak amacıyla böyle bir düzenleme yoluna gidilmiştir[118].

Anayasanın 118. maddesinde yapılan değişiklikler, Kuruldaki sivil üye sayısını arttırmış, eski metnin sözel vurgusu, sivil otorite lehine yumuşatılmış ve MGK kararlarının hukuki niteliği konusunda var olan kuşkuları kısmen gidermiştir. Salt hukuksal bir analizin ifadesi olan bu değerlendirme, MGK'nın askeri kanadının, sistem içerisinde fiilen işgal ettiği konumdan bağımsız olarak yapılmış bir değerlendirmedir. Askerin fiili gücünün hukukun sınırları içine çekilmesi ve sivil otoritenin üstünlüğü ilkesinin yerleşiklik kazanması daha çok hukuk-ötesi (metajuridik) faktörlerin değişmesiyle ilintili bir sorundur.

c) Hukuk devleti ilkesine ilişkin değişiklik

1982 Anayasasında hukuk devleti ilkesine ilişkin yapılan tek değişiklik, Geçici 15. maddenin son fıkrasının yürürlükten kaldırılmasıdır. Bu fıkra, 12 Eylül 1980 tarihinden, ilk genel seçimler sonucu toplanacak TBMM'nin Başkanlık Divanını oluşturuncaya kadar geçecek süre içinde (12 Eylül 1980-7 Aralık 1983), "çıkarılan kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ile 2324 sayılı Anayasa Düzeni Hakkında Kanun uyarınca alınan karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı iddia edilemez" hükmünü içermekteydi. İlgili fıkra hükmünün yürürlükten kaldırılmasıyla birlikte, artık bu dönemde çıkarılmış olan kanunların, kanun hükmünde kararnamelerin ve diğer karar ve tasarrufların Anayasaya aykırılığı ileri sürülebilecektir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, söz konusu mevzuatın Anayasaya aykırılığı, iptal davası yoluyla değil, def'i yoluyla iddia olunabilecektir.

MGK döneminde çıkarılan kanun ve kanun hükmünde kararnamelerin sayısı ve toplumsal-siyasal sistem içerisinde sahip oldukları önem dikkate alındığında, bunların anayasaya uygunluk denetimi dışında tutulmalarının demokrasi, insan hakları ve hukuk devleti ilkeleri açısından yaratmış olduğu tahribat daha iyi anlaşılmaktadır. İşte, toplumsal-siyasal sisteme rengini veren bu külliyatın -meşruiyetini bireyin hak ve özgürlüklerini yasama organındaki çoğunlu-

(118) ERDEM, Fazıl Hüsnü: "Türkiye'de Asker Siyaset İlişkilerinde Yaşanan Son Gelişmeler Üzerine Kısa Bir Değerlendirme", Şanlıurfa Barosu Dergisi, Sayı 10, (Mayıs 2004), s. 10.

ğun iradesi karşısında korumanın bir aracı olmasından alan- anayasallık denetimine tabi tutulmuş olması, hukuk devleti ilkesi açısından önemsenmesi gereken yerinde bir değişikliktir.

d) 2001 değişiklikleri üzerine kısa bir not

2001 yılında Anayasada yapılan ve reform olarak değerlendirilebilecek olan başlıca değişiklikler şunlardır: "dil yasağı"nın kaldırılması, idam cezasının kısmen kaldırılması, kişi özgürlüğü ve güvenliğine ilişkin kısmi iyileştirmelerin gerçekleştirilmesi (gözaltı sürelerinin kısaltılması, adil yargılama hakkının anayasallaştırılması, kanuna aykırı delillerin yargılamada kullanılamayacağı esasının getirilmesi), toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının sınırlarının genişletilmesi, siyasi partilerin kapatılması rejiminin partiler lehine olmak üzere yumuşatılması ve son olarak "12 Eylül hukuku"na karşı anayasal yargı yolunun açılmasıdır. Bu olumlu değişikliklere karşılık, Anayasanın 13 ve 14. maddelerine yeni bir sınırlama sebebi olarak "laik cumhuriyet" ibaresinin eklenmesi ve birçok özel hak maddesine -bu hak ve özgürlüklerin niteliklerleriyle bağdaşmayan- yeni sınırlama sebeplerinin getirilmesi gibi olumsuz değişiklikler de gerçekleştirilmiştir.

Anayasada gerçekleştirilen bu değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bunların, yürürlükteki anayasal düzeni belirli bir ölçüde demokratikleştirdiği ve özgürlüklerin önünü kısmen açtığı; ancak, Anayasanın temel felsefesinde köklü bir değişim yaratmadığı, devletin öncelikli konumu ve vatandaş karşısındaki üstünlüğüne ilişkin ciddi bir iyileştirme gerçekleştirmediğini söylemek mümkündür. Kısaca, "2001 revizyonu ile ulaşılan aşama, ancak tam otuz yıl öncesi Anayasa metnine yaklaşmıştır; yani, 1961'in geriye götürülmüş 1971 metnine"[119].

4. 2004 Anayasa Değişiklikleri

7.5.2004 tarih ve 5170 sayılı Kanunla gerçekleştirilen değişikliklerle birlikte, 1982 Anayasası tam dokuzuncu kez değiştirilmiş olmaktadır[120]. Bununla dokuz maddede değişiklik yapılmış, bir madde ise yürürlükten kaldırılmıştır.

Değişiklik paketiyle; kadın-erkek eşitliği Anayasa hükmü haline getirilmiş (m.10/2); daha önce kaldırılmış olan ölüm cezasına ilişkin Anayasada yer alan bütün atıflar çıkarılmış (m.15/2, 17/4, 38/9, 87); basın araçlarının suç aleti olduğu gerekçesiyle müsadere edilmesi yöntemine son verilmiş (m.30); ölüm cezası ve genel müsadere cezası verilemeyeceği hususu hüküm altına alınmış (m.38/10); vatandaşların, işledikleri suç sebebiyle yabancı bir ülkeye verilmesi yasaklanmış (m.38/son); "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri(nin) esas alın(acağı)ır" hükme bağlanmış (m.90/son); Yüksek Öğretim Kurulundaki Genelkurmay temsilcisi çıkarılmış (m.131/2); Devlet Güvenlik Mahkemelerine son verilmiş (m.143) ve askeri harcamaların Sayıştayca denetimine ilişkin öngörülmüş olan sınırlamalar kaldırılmıştır (m.160/son).

Anayasada gerçekleştirilen bu son revizyonda iki değişiklik büyük önem

(119) KABOĞLU: 2001 Anayasa Değişiklikleri..., s. 115.
(120) Anayasada değişiklik yapan Kanun için bkz. Resmi Gazete, 22.5.2004 -25469

taşımaktadır. Bunlardan birincisi, sivil-asker ilişkilerinde anayasal düzeyde ve buna eşlik eden uyum yasalarıyla atılmış olan olumlu adımları tamamlayıcı nitelikte olan bir değişikliktir. Askerin sistem içerisindeki ayrıcalıklı konumlarından birini oluşturan ve Anayasanın değişiklik öncesi 160. maddesinin son fıkrasında yer alan şu hüküm yürürlükten kaldırılmıştır: "Silahlı Kuvvetler elinde bulunan devlet mallarının Türkiye Büyük Millet Meclisi adına denetlenmesi usulleri, milli savunma hizmetlerinin gerektirdiği gizlilik esaslarına uygun olarak kanunla düzenlenir". Bu hükmün ilga edilmesiyle, Sayıştay'ın TSK'yi denetlemesinin önündeki anayasal engel ortadan kaldırılmış olmaktadır. Esas itibariyle, Sayıştay Kanunu'nda bu yönde değişiklik daha önce gerçekleştirilmişti[121]. Ancak, Sayıştay Kanunu'nda yapılan daha önceki değişiklikle "gizlilik esası" kabul edilmiş, denetime ilişkin düzenlemenin yasa yerine bir yönetmelikle yapılması hükme bağlanmıştır (Ek Madde 12/2) Oysa bu değişiklikle, Anayasal düzeyde aleniyet ilkesi ve olağan denetim mekanizmasının önü tümüyle açılmış ve böylelikle bu alana ilişkin daha ileri bir adım atılmıştır.

Diğer önemli değişiklik ise, Anayasanın 90. maddesine ilişkin olandır. Türkiye'nin imzalayıp onayladığı temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası andlaşmaları iç hukuk düzeninde yasa-üstü bir konuma getiren bu değişiklik, "küçük bir devrim"i ifade etmektedir. Türkiye'nin taraf olduğu, evrensel düzeydeki temel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelere iç hukukta ağırlıklı bir yer verecek olan bu adım, "devlet hukuku" ya da "milli hukuk" karşısında "hukuk devleti"nin alan genişletmesinin itici gücünü oluşturacaktır. Farklı bir söyleyişle, atılan bu adım, Türkiye'nin çağdaş dünyayla entegrasyonunu hızlandıracak bir atılım niteliği taşımaktadır[122].

Ancak, 90. maddede yapılan değişiklikte "insan hakları" yerine "temel hak ve özgürlükler" teriminin tercih edilmiş olması, bazı haklı kaygıların dile getirilmesine yol açmaktadır. Bizim de katıldığımız kaygı içeren yaklaşımlardan birinde şu değerlendirmelere yer verilmektedir: "...umarım pozitivist bir yaklaşımla hukuki düzenlemelerdeki sözcükleri pek önemseyen Türkiye yargısınca, daraltıcı bazı yorumlara konu olmaz. Zira, insan hakları hukukunda, kuramsal bir düzeyde de olsa, 'temel haklar-temel olmayan haklar' biçiminde bir tartışma vardır ve bu, aslında, bir bütün olan insan hakları anlayışını, kendi içinde hiyerarşik bir değerlendirmeye tabi tutabilir. Kanımca anayasa koyucu, 90. maddede yapılan bu değişiklikle, bazı mutlak haklar kategorisine dahil uluslararası andlaşmaları kastetmiyor, fakat sadece Anayasa sistematiğindeki 'temel hak ve hürriyetler' terimini tekrarla yetinmiş oluyor"[123].

SONUÇ VE DEĞERLENDİRME

1982 Anayasası, demokratik meşruiyetten yoksun bir kurucu iktidar tarafından "hiyerarşik yöntem"le hazırlanan ve çeşitli baskı unsurlarıyla (idari, siyasi ve psikolojik) fesada uğratılmış halkın oyuna sunularak yürürlüğe sokulan bir "plebisitçi anayasa"dır. Kendinden önceki anayasal düzene ve bu düzenin yürürlükte olduğu döneme tepkiden beslenen bu Anayasa; 1980 öncesi ülkede yaşanan terör ve anarşik olayların, ekonomik ve siyasi krizlerin kaynağında "özgürlük ve demokrasi fazlalığı"nın olduğunu kabul etmiş ve bu ön kabul çerçevesinde siyasal felsefesini oluşturulmuştur. Cumhuriyet döneminin bu son Anayasası, otoriter ve baskıcı bir ideolojiyi resmi ideoloji olarak benimsemiş, demokratik kuramın gereği olan ideolojik çoğulculuğu reddetmiş ve buna bağlı olarak da homojen toplum ve siyaset tasarımını esas almıştır. Toplumsal, siyasal ve kültürel farklılıkları resmi ideolojinin potasında eriterek, ideal "bütün"ü yaratmayı hedeflemiştir. Bunun içindir ki, toplum ve siyasetin kendi doğal mecrasında gelişiminin önüne çeşitli barikatlar kurulmuş; toplumun önemli bir kesimi aktif siyasetin dışında tutulmuş; sivil toplum unsurlarının siyaset yapmaları, kendi aralarında ve siyasal partilerle ortak hareket etmeleri yasaklanmış; siyasal parti özgürlüğüne ağır sınırlamalar getirilmiş; siyaset, resmi ideolojiyle sınırlı bir alana hapsedilmiş ve her türlü siyasal katılımın önü tıkanmıştır. Bütün bunlarla bağlantılı olarak 1982 Anayasası, birey-devlet ilişkilerinde devleti kutsamış, kutsadığı devlet karşısında bireyi korumasız bırakmış ve yalnızlığa terk etmiştir. Bireyi özerk bir özne olmaktan çıkarmak için, hak ve özgürlüklerine aşırı kısıtlamalar getirmiş ve hukuk karşısında zaman zaman güvencesiz kılmıştır. Kısaca, 1982 Anayasanın ilk şekli, daha az demokrasi, daha az hukuk devleti ve daha az insan hakları anlayışını formülleştirmiştir.

Bu özellikleriyle dikkat çeken Anayasanın eski metni, çağdaş anayasacılık anlayışından uzak olan çağdışı bir Anayasadır. Anayasacılık ve demokrasi tarihimizde "geriye dönüş"ü simgeleyen 1982 Anayasası, demokratik ve özgürlükçü bir anayasa yapmanın amacıyla bağdaşmayan önermelerden hareketle hazırlanmış; devlet iktidarının örgütlenişini düzenleyen ve fakat onu sınırlamayan, temel hak ve özgürlükleri devlet iktidarı karşısında güvence altına almayan bir "sözde anayasa"dır. Tersinden ifade edecek olursak, bu Anayasa, anayasacılığın felsefesine uygun olarak devlet iktidarının keyfi kullanımını sınırlayan, "güçlü devlet" karşısında "güçsüz birey"in hak ve özgürlüklerini koruyan bir "garantist anayasa" değildir.

Anayasa yapmanın amacıyla bağdaşmayan bu niteliğiyle, 1982 Anayasası, toplumsal ve siyasal gelişimin önünde bir barikat oluşturmuştur. Çağdaş dünyanın yönelimleriyle ters düşen bu durum karşısında Anayasa, yürürlüğe girdiği ilk günden itibaren tartışma ve eleştirilerin odağı olmuş ve yeni anayasal arayışlara yataklık etmiştir. Başka bir deyişle, anayasal gerçeklikle, giderek değişen ve farklılaşan toplumsal gerçeklik arasındaki açı farkının büyümesi, yeni bir anayasa yapma ya da mevcut Anayasada değişiklikler yapılmasını kaçınılmaz kılmıştır.

Nitekim, 1982 Anayasası, yürürlüğe girmesinden beş yıl sonra başlayan ve 2005 yılına kadar devam eden süreç içerisinde tam on bir kez değiştirilmiştir. Bu değişiklikler içerisinde üçü (1995, 2001 ve 2004 değişiklikleri) hariç diğerleri mevzii nitelikte olmuş ve Anayasanın özünde önemli bir değişim yaratmamıştır. Bunların dışında kalan üç değişikliği anayasacılık açısından bir sıralamaya koyacak olursak, ilk sı-

(121) 30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı "Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun" için bkz. **Resmi Gazete**, 7.8.2003-25192.

(122) BAYRAMOĞLU, Ali: "Değişim koşusunda yeni etaplar", **Yeni Şafak**, 23 Nisan 04.

(123) TARHANLI, Turgut: "Anayasal haklarımızda değişiklik", **Radikal**, 11 Mayıs 04.

rada 2001 değişiklikleri, ikinci sırada 1995 değişiklikleri, üçüncü sırada ise 2004 değişikliklerin yer aldığını söylemek mümkündür.

1982 Anayasasında gerçekleştirilen değişiklikler bir bütün olarak değerlendirildiğinde, bu değişikliklerin, özgürlükçü-demokratik anayasacılık düşüncesi açısından olumlu olduğunu söylemek gerekir. Her ne kadar Anayasanın ilk şeklinde çok belirgin olan devletçi, anti-demokratik ve anti-özgürlükçü yapı özellikle 1995, 2001 ve 2004 anayasa değişikliklerivle yumuşatılmış ise de, bugün yürürlükte bulunan haliyle de 1982 Anayasası, genetik haritasındaki temel kodları muhafaza etmektedir. Dolayısıyla, gerçekleştirilen değişiklikler, mevcut Anayasanın çağdaş standartlara uyumlu hale getirilmesi için yapılması gereken değişikliklere oranla yetersizdir.

Esas itibariyle, 1982 Anayasasında bugüne kadar yapılan değişiklikler, söz konusu Anayasayı yapan kurucu iktidarın iradesine karşı bir rövanş niteliğini taşımaktadır. Gerçekleştirilen on bir değişiklikle birlikte düşünüldüğünde dahi, mevcut Anayasa, bundan yaklaşık 45 yıl önce yapılmış ve 20 yıl yürürlükte kalmış 1961 Anayasasının ölçülerine erişmiş değildir. Bir başka deyişle, anayasacılık alanında yaşanmış olan kırılma ve geriye dönüş henüz tam olarak tamir edilmiş değildir. Zira, bugüne kadar yapılan değişiklikler, 1960 sonrasında edinilmiş kazanımların aradan 30-40 yıl geçtikten sonra yeniden hatırlanması ve kısmen geri alınması niteliğindedir[124].

Sonuç olarak belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasası, gerçekleştirilen değişikliklerle birlikte adeta yamalı bir bohça haline gelmiş bulunmaktadır. Bu bohça, daha fazla yamayı kaldıramayacak ölçüde yıpranmış ve çürümüş bir durumdadır. Bundan daha önemlisi, yapılan yamaların çelişkiler yaratması ve temel sorunlarımızdan biri olan "anayasa sorunu"muzu bütünüyle görmemizi engellemesidir. Bu durumda yapılması gereken, Anayasadaki "yama" sayısını arttırmak değil, yeni bir anayasa yapmak olmalıdır. Günümüz Türkiye'sinde barışın, huzurun ve güvenliğin hukuksal teminatı olacak ve toplumsal mutabakatı temsil edecek yeni bir anayasa yapılması bir zorunluluk olarak karşımıza çıkmaktadır. Hatırlatmak gerekir ki, bugün itibariyle iç ve dış dinamikler, çağdaş değerlerle uyumlu bir anayasa yapılmasını onaylayıcı ve destekleyici bir durumdadır.

(124) TANÖR/YÜZBAŞIOĞLU: s. 65.

Minimum Geçerlilik Koşulu, Partikülarist Yaklaşımlar ve İnsan Haklarının Evrenselliği

Neval Oğan Balkız(*)

İnsan haklarının genel kabul görmesinde, uygulamada yaygınlık kazanmasında karşılaşılan temel sorunlardan biri, insan haklarının evrensel geçerliliği sorunudur. İnsan haklarının evrensel olduğuna ilişkin görüşlere iki yönden eleştiri getirilmekte ve karşı çıkılmaktadır. Bu eleştirilerden ilki, hakların özünün gerçekleşmesine ilişkindir. Pratikte kimi hakların özü itibariyle yalnızca bazı insanlar için gerçekleştiğine işaret edenler, varolan insan hakları kuramını ve ilgili hukuk pratiklerini bu bakımdan eleştirmekte; "hakların içeriğinin formlarından ayrılamayacağını, gerçekleştirilmemiş ya da herkes için gerçekleştirilmeyen bir hakkın evrensel olarak geçerli sayılamayacağını" dile getirmektedirler. Bu anlamda da; gerçekleşmeyen hak, hak mıdır? Bir hakka sahip olanlar o hakkın gerçekleşmediği durumda da ona sahiplik statülerini korumakta mıdır? Söz konusu hak pratikte geçersiz olduğu halde o hakkın evrensel geçerliliğinden söz etmek mümkün müdür? gibi soruları sormaktadırlar. Martin, hakların hak iddialarına indirgenmemesi[1] gerektiğini savunmakta, hak kavramının yalnızca hak iddiasında bulunmayı değil, hakların öngördüğü durum ve koşulların gerçekleştirilmesini de içerdiğini ileri sürmektedir. Böyle bakıldığında insan haklarının yalnızca normatif geçerliliğe sahip, evrenselleştirilebilir istemleri ve talepleri değil, taleplerin gerçekleştirilmesine yönelik kuramsal düzenlemeleri ve gerekli kaynakları da içeren bir pratik olarak alınması kaçınılmaz olmaktadır.[2]

Fakat teori ve pratik alanda, insan haklarının normatif ilkeler olarak evrenselliği ile bu hakların gerçekleştirilme düzeyindeki evrenselliği, birbirinden ayrı tutulması gereken sorunlar olarak ele alınmaktadır. Oysa; insan haklarının pratikte yalnızca bazı toplumsal kesimler ya da bazı ülkelerin vatandaşları için gerçekleşmesi halinin, uzun vadede insan haklarının normatif evrenselliğini de zedeleyeceği ve bu normatif evrenselliği kuşkulu hale getireceği ortadadır. Çünkü ortaya çıkan durumda kişilerin haklarının gerçekleşmesi açısından eşit tutulmamaları söz konusudur. Bu durumlarda insan haklarının evrenselliğini zayıflatan unsur, kültürel farklılıklar veya ülke koşulları değil, bazı hakların gerçekleşmesinin yapısal olarak ciddi bir eşitsizlik arz et-

(*) Dr., Hukukçu/Akademisyen, İnsan Hakları Demokrasi ve Hukuk Uygulamaları Merkezi (İDEHUM)

(1) Rex Martin, "Human Rights and Civil Rights". Yollama için bkz. Cem Deveci "İnsan Hakları ve Aristoteles'in Evrenselciliği", 50 Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye ve Dünyada İnsan Hakları, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 1999, s.67.

(2) Ayrıntılı Bilgi için bkz. J.Herman Burgars, "The Function of Human Rights as Individual and Collective Rights, Human Rights in a Pluralist World", S.63-74. Aktaran; M.S. Gemalmaz, Uluslüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş, Beta, İstanbul,S. 334.

mesidir. Dolayısıyla insan haklarının evrenselliği ve onları gerçekleştirme sorunlarının birbirine bağlı olduğu açıktır.

Bir hakkın özünün gerçekleşmemesi sorunu, yalnızca uygulamayla ilgili ve zaman içinde çözümlenebilecek pratik bir kaynak sağlama sorunu değil, aynı zamanda kuramsal bir sorundur. Gerçekleşmeyen ya da toplumun yalnızca bazı kesimleri için gerçekleşen haklar, kuramsal olarak da insan haklarının evrenselliğini zedeleyici niteliktedir.

Shue, özü gerçekleşmeyen hakkın evrenselliğini de yitirebileceği sorununa; temel haklar olarak adlandırdığı bazı hakları diğerlerinden ayırarak ve bu temel hakların gerçekleşmesinin diğer hakların talep edilebilmesinin koşulu olduğunu göstererek, kuramsal bir çözüm önermektedir.[3] Shue'nun katkısı, insan haklarının evrenselliğini, uygulamada zayıflama olasılığına karşı sağlamlaştırma yolunda önemli bir adımdır. Onun gösterdiği önemli sorun ise, en azından bazı hakların gerçekleşmesinin genelde insan haklarının evrenselliğinin önkoşulu olmasıdır. Temel haklar kategorisi var mıdır? Varsa bunlar hangileridir? Ya da; böyle bir hak kategorisi yoktur ve tüm insan hakları temel hak mıdır? sorularına verilecek cevaplar tartışmalıdır[4]. Ancak, en az sayıda da olsa bazı hakların korunuyor, yarı düzeyde de olsa gerçekleşiyor olmasının, insan haklarının bütün kişiler için evrensel geçerliliğini ve zaman içinde kabul görüp yaygınlık kazanmalarını sağlamanın kaçınılmaz koşulu olduğu söylenebilir. Çünkü insan haklarını farklı kılan en önemli unsur, onların gerçekleştirilmesinin koşulunda yatar. İnsan hakları, insan denen varlığın olanaklarından türetilen haklardır. Bu nedenle de, insan olmanın koşullarından bağımsız düşünülemez, doğal hukuk geleneğinde olduğu gibi evrensel geçerliliği, gerçekleşiyor olup olmadığına bağlı olmayan haklar gibi ele alınamazlar. İnsan hakları söz konusu olduğunda bu hakların geçerliliği, hakların belirlenebilir bir asgari düzeyde gerçekleştirilmesine bağımlı olmaktadır.

Klasik liberal doğal haklar anlayışı ile çağdaş liberal Kantçı yaklaşımlar hakların içeriğini, formlarından ayırmaktadırlar. Bu yaklaşımlara göre; bir hakkın geçerliliği veya o hakka sahip olma, doğrudan o hakkın özünün gerçekleşmesine bağlı değildir.

Klasik liberal doğal haklar anlayışına göre "insanın doğası" her yerde aynı olduğundan, insan hakları da evrensel niteliktedir. Bu yaklaşım, doğal haklar olan insan haklarının gerçekleşmeseler de, kurgusal olarak varlıklarını sürdürdüklerini kabul etmektedir. Evrensellik ile hakların gerçekleşmesi ilişkisini göz ardı etmektedir. Dolayısıyla insan hakları her yerde aynı mıdır? sorunsalı ile ilgilenmemekte, bazı hakların gerçekleşmesinin yapısal ve kuramsal olarak ciddi eşitsizlikler arz etmekte olduğunu görmezden gelmektedir.

Çağdaş Kantçı genel haklar yaklaşımında ise; hakların evrenselliği, ahlak yasasının evrenselliği ile ilgili olarak anlaşılmaktadır. Haklar; özerkliğin sağladığı temelde saf pratik aklın ortaya koyduğu ahlak yasasının evrenselliğine bağlı, koşulsuz buyruğun yönlendirdiği etik ilkeler olarak görülmektedir. Bu nedenle genelde hakların, özelde insan haklarının evrenselliğinin temelinde - deneyden arındırılmış ama deneyi yönlendirici olan – saf pratik aklın işleyişinin bulunduğu kabul edilmektedir. Yani bu yaklaşım savunucularına göre, insan haklarının evrenselliği, bu hakları talep eden ussal öznenin özerkliğinde yatmaktadır ve etik norm olarak hak kavramının evrenselliğinden çıkarsanmaktadır. Fakat bu yaklaşımda da evrensellik ile hakların gerçekleştirilmesi ilkesi göz ardı edilmektedir. Çünkü hak, özerk yasa koyucunun belirleyici ilkesi olarak anlaşıldığında ki bu anlayış buna dayanmaktadır, yalnızca evrenselleştirilebilir ahlaksal durumlara ilişkin norm olarak ele alınabilir. Bu da hakkın evrenselliğinin temellendirilmesini ve korunmasını hakkın özünün gerçekleştirilmesinden ayrı tutmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla hak, evrensel olabilmesi için özünün gerçekleştirilmesi zorunlu olmayan bir norm olarak görülmektedir.

Bu evrensellik temellendirmesi, saf pratik aklın olanaklı olup olmamasının çok tartışmalı olması nedeniyle eleştiriye açıktır. Dolayısıyla Kant'ı izleyen çağdaş düşünürlerden Rawls, bazı haklar için asgari düzeyde de olsa bir gerçekleştirme garantisi aramaktadır. Herkesin sakınılması gerektiği konusunda uzlaşabileceği toplumsal koşulların önlenmesini, genelde hakların evrensel geçerliliğinin hem temel hem de asgari koşulu olduğunu savunmaktadır.[5] Rawls'ın bu Çağdaş Kantçı kuramına insan haklarının etik boyutu ile ilgili çeşitli eleştiriler yöneltilmiştir. Kültürel rölativist-toplulukçu yaklaşımlar özellikle adalet kuramı, iyi idesi ve ahlaki değerler noktalarında eleştiriler yöneltmektedirler.[6] Gerçekten bu temellendirmede, bir etik ilkenin iyinin ne olduğuna ilişkin mevcut çoğul değerlendirmelerden arındırılmış olması gerektiği düşüncesi, evrensel geçerliliğin ancak formalizm ile mümkün olduğunun savunulmasına götürmektedir. Oysa etik bir ilkenin evrensel geçerliliği ahlaksal alanda kanıtlansa bile iyi kavramı olmadan uygulamada düşünülmesinde ve gerçekleştirilmesinde ciddi sorunlar

(3) Henry Shue, Basic Rights: Subsistence, Affluenceand U-S Foreign Policy, Princeton, N:jPrinceton Universty PressS. 42-49. Shue, temel hakların sonsuza değin çoğaltılamayacağını, sayıca sınırlı olduğunu belirtir ve şu sonuca varır: "Temel bir hakkın özü öyle bir şeydir ki, kendisinden yoksunluk bütün hakları karşı genel bir tehdit yaratır...Öyleyse güvenlik ve varlığını sürdürme bütün öteki hakların korunması ve kişilerde gerçekleşmelerindeki payları nedeniyle temel haklardır...bu hakların gerçekleşmediği bir durumda, öteki haklar mucizevi bir şekilde korunsa bile o haklar kişilerde gerçekleşmez."

(4) Jack Donnelly, Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Çev: M. Erdoğan ve L. Korkut,Yetkin,1995, Ankara, S.11. Donnelly, tüm hakların temel olduğunu savunarak Shue'nun ayrımına karşı çıkmaktadır. Oysa kitabının başında gösterdiği hakların paradoksu fikrinin, temel hakları ayırmaya aykırı bir yaklaşım barındırmadığı, hak talebinde bulunan için bu değerin hakkın kendisinden mi yoksa hakkın özünün gerçekleşmesinden mi kaynaklandığı sorusunun Donnelly tarafından ciddiye alınmadığı söylenebilir.

(5) J.Rawls, Gerechtigkeit als Fairness.Einneuentwurf.Patmos Verlag. Düsseldorf, 1996. S. 17,22. Rawls, mevcut toplumsal koşulları bilmeyen varsayımsal özneye sorulan sorular yoluyla, tüm bireylerin neyi isteyecekleri bilgisinin değil, neyi kesinlikle istemeyeceklerinin bilgisine erişebileceğini, hakların da bu bilginin üzerinde temellendirilebilir olduğunu savunmaktadır. Böylece, bu kuramsal kurgulama yolu ile toplumsal koşulların getirdiği rastlantısal eşitsizliklerden uzak, ussal bireyin belli olumsuz yaşam koşullarına maruz kalmak istemeyeceğinin çıkarsanabileceğini öne sürmektedir.

(6) Bkz. Cem Deveci, ibid. Rawls'ın hak kavramının, adalet idesiyle birlikte iyi kavramsallaştırmalarından hem önce geldiğini, hem de normatif olarak üstün olduğunu savunmakla, adalet kuramının kaçınılmaz bir negativizme düştüğü; oysa, normların, ancak olumlu yönlendirici yol gösterici erdemlerle bağlı olduklarında ahlaki normlar olabilecekleri ve iyi kavramı olmaksızın ahlaki normların içeriğinin boş kalacağı, iyi idesinin, etik düzeyde hak kavramından önce geldiği iddia edilmektedir. Toplulukçular, ayrıca, ahlaki değerlerin evrensel olmadığını, tarihsel olduğunu, içinden çıktıkları kültüre özgü dolayısıyla göreceli olduklarını, karşılaştırılamayacaklarını öne sürmektedirler. Hak kavramsallaştırması da bu ahlaki değerler çokluğunun üzerinde boş bir form tasarımına dayanır. İnsanların etiğe ilişkin bilgileri de, hakların bilgisiyle değil de belli bir toplumda yaşaya yaşaya öğrendikleri ve içselleştirdikleri iyiye ilişkin bilgiler olduğundan, hakların etik içeriğinin evrensel geçerliliği tartışılamaz demektedirler.

olacaktır. Bu noktada, toplulukçu-rölativist eleştirilerin haklı olduğu söylenebilir. Fakat toplulukçu eleştirinin iyi idesinin evrensel olarak anlaşılamayacağını savunması sağlam bir temele dayanmamaktadır. Çoğunlukla etik sorunları da geleneksel ve geleneksel ahlaksal yargılar dünyasına indirgemektedir. Dolayısıyla ne eski doğal haklar ne de rasyonalize edilmiş doğal hukuk anlayışı insan haklarının evrenselliğini temellendirmede sağlam bir dayanak sunmamaktadır. Bu nedenle insan haklarının; negativizmden ve formalizmden kaçınan, ama bunu yaparken de geleneksel ve sınırlı görüşlü diğer sistemlerin canlandırılması yoluna da gitmeyen, kültürel görelilik (rölativizm) taraftarlarının yönelttikleri eleştirilere yanıt oluşturan bir evrensellik temellendirilmesinin yapılmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

İnsan haklarının evrenselliğine karşı çıkan (diğer bir tez savunucuları olan) kültürel görelilik taraftarları, insan haklarını yalnızca batı uygarlığının kültürel değerlerinin ifadesi olarak görmektedirler. Batılı insan hakları kavramsallaştırmasına alternatif olarak, kendi kültürlerine uygun insan hakları kavrayışları ileri sürmektedirler.[7] Bu partikülarist insan hakları yaklaşımları, kendi değerleri ve bağlılıkları ile tarihsel bir kültürün otantikliğini yurttaş haklarının korunduğu otonominin önüne koymaktadırlar.[8]

Kültürel bakımdan otonomi (özerklik) idealini esas alan batılı bazı düşüncelerin, bütün insan türü için geçerli olan evrensel, rasyonel ilkeler olarak görülmesine (üniversalist yaklaşıma) karşı çıkmaktadırlar. İnsan haklarının evrenselliğinin savunulmasını ve bunun üzerinde yapılan ısrarı, batı dünyasının yeni bir kolonyalist girişimi olarak görmektedirler ve reddetmektedirler. Teorik ve pratik alanda, insan haklarının evrenselliğine yapılan bu eleştiri ve karşı çıkışlarda, emperyalizm ve sömürgeciliğin tarihsel bağlamının hesaba katılması gerektiği ortadadır. Nitekim, Nowak "... öncelikle Asya ve İslam Kültür çevresinde yer alan devletlerden sayıları azımsanmayacak derecede çoğu bu gün "insan haklarının evrenselliğini" sorguluyorlar ve uluslararası koruma mekanizmalarının güçlendirilmesine/ etkilileştirilmesine ilişkin talepleri, insan hakları kolonyalizminin yeni formları olarak reddediyorlar. Bu değerlendirmeyi haksız bulmak mümkün değil ve endüstri devletleri, tek taraflı bireysel insan haklarını ve demokrasi konseptlerini müdahaleci önlemlerle dünya çapında geçerli kılma eğilimlerinden kaçınmalılar" demektedir.[9]

Maier de, " Kolonyalizmin zincirlerinden kurtulmuş görünen insan hakları çoklukla, hakim koloni güçlerinin sembolü, Amerikalı ve Avrupalıların hegemonya miraslarının ifadesi olarak, batılı olmayan dünyaya karşı kullanıldı. Bu haklar yüzyıllar boyunca yalnızca gelişmiş batılı ülkelerde geçerli olmadı mı? az gelişmiş ülkeler biraz da olsa bu hakların farkında oldular mı? Avrupa ve Kuzey Amerika uzun yıllar boyunca, vicdan huzuruyla, insan haklarının pratikleri ile köleliği ve baskıyı haklı kılmayı birleştirmeyi bilmedi mi? Bundan dolayı bu gün, üçüncü dünyanın azımsanmayacak derecede çok entelektüel önderinin gözünde, batının bireysel insan haklarının evrensel geçerliliği üzerindeki ısrarlı vurgusu yalnızca beyazların kaybolan politik hükümranlığının yeniden inşa edilmesi girişimidir."[10] demektedir.

Ancak bu durumlar, tarihsel olarak sömürülmüş ve ezilmiş olanların haklı bir davasının, evrenselciliği yadsıyan, hatta ırkçı ya da ırkçılığı tersine çeviren öncüllerden yola çıkılarak savunulabileceği anlamına gelmemektedir. Ayrıca, gelişmekte olan üçünce dünya ülkelerinin bazılarının, batılı üniversalist anlayışın otonomi (bireycilik) özelliği ile kendi cemaatçi (otantik) tutumları arasındaki karşıtlığı, kendi yurttaşlarının anayasalarda tanınan haklardan yoksun bırakmak ve ihlalleri örtmek için kullandıkları da bir gerçektir.[11] Nowak, bu gerçeği şöyle ifade etmektedir. "..Diğer yandan, Viyana Konferansını, insan haklarının evrenselliği ilkesini vurguladığı için en ateşli şekilde eleştiren hükümetlerin, iktidara demokratik yollardan gelmeyen, belli halk kesimlerine karşı sistematik insan hakları ihlallerinden sorumlu olan ve netice itibariyle meşru olmadıkları için o anda halkları adına konuşma yetkisi de olmayanlar olduğu da yadsınamaz bir gerçektir".[12]

O halde; aynı düzeyde görülmeyen ve aralarında daha çok bir asimetri olduğu iddia edilen partikülarist ve üniversalist insan hakları yaklaşımlarını ve bunların farklı anlam yelpazelerini aynı şekilde içine alan kapsamlı ve yansız bir haklar anlayışında birleştirmek mümkün müdür? Genelin korkulan baskısından kurtulan ve özel olanı genel olanda eritmek yerine kendi özelliği içinde tanıyan bir hukuk kuramı

(7) *Ayrıntılı bilgi için bkz: Michael Walzer, Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad, Notre Dame, London University of Notre Dame Press, 1994; Charles Taylor, The Ethics of Authencity, Cambridge Mass: Harward University Press, 1991. Akataran bkz: Osvaldo Guanglia, Universalismus und Neuaristotelismus in der Zeitgenössischen Ethik. Georg Olms, Hildehheim, Zurich,New York, 1995.*

(8) *Partikülarist (kültürel relativist) yaklaşımların ileri sürdükleri insan hakları kavrayışları teorik ve pratik alanda çok tartışılmaktadır. Kimi düşünürler bunları savunurken, kimi düşünürler bunları farklı yorumlamakta ve karşı çıkmaktadır. Örn: Jürgen Habermas, "Der Interkulturelle Diskurs über Menschenrechte." İn: Entwicklung und Zusammenarbeit, Nr:7,1997, s.166. Habermas, 3. Dünya ülkelerinin ileri sürdükleri kendi kültürlerine uygun insan hakları kavrayışlarının, gerçekte kültürel değil, sosyo-ekonomik bir temelde durduklarını belirtmektedir.; Jack Donnely, ibid, s.57. Donnelly, "insan haklarının, insan onuruna ilişkin belirli görüşlere bağlı bir dizi ayırt edici toplumsal pratikleri temsil etmekte olduğunu, bu pratiklerin ilk önce modern Batıda, modern devletlerle modern kapitalist ekonomilerin yarattıkları siyasal ve sosyal değişimlere karşılık olarak ortaya çıktığını" iddia etmektedir. Ona göre, batı dışı kültürel ve siyasal geleneklerin çoğu modernlik öncesi Batı gibi yalnızca insan hakları uygulamasına değil, aynı zamanda insan hakları kavramının kendisine de sahip değillerdir. ...Batı dışı anlayışların insan hak ve düşüncesine sahip oldukları fikri de, yazarların insan hakları ile insan onuru kavramlarını karıştırmalarından ileri gelmektedir."; Christian Comeliau, Kuzey-Güney İlişkileri, Cep Üniversitesi, İletişim Yayınları, Ankara, 1992, s.83. Comeliau'ya göre ise, ".... Kültürel görecelilik tezlerinden beslenen özgün insan hakları kavramlaştırmalarını geliştirmeye yönelik açılımlarda ölçütün kültür oluşu bu yaklaşımlarda bütünsel bir özgürleşme perspektifinin varlığından söz etmeye izin vermez. Ama bu girişimlerin insani bir boyut taşıdığı, tartışmanın ardında insani isteklerin yattığı, bu isteklerin temel istekler niteliği taşıması anlamında evrenselleştirilebileceği ileri sürülebilir.; Yves Modiot "batı insan haklarını devlete karşı ileri sürülen haklar olarak nitelendirmektedir. Çatışmacı bir yaklaşım içinde algılamaktadır. Belli bir toplumsal ekonomik yapıya özgü bu yaklaşım farklı tarihi, dini kültürel özelliklere sahip toplumlarca benimsenmesi beklenmemektedir. Bu toplumlarda, insan haklarının uygulanmasındaki başarı herşeyden önce kendilerine özgü bir yaklaşım bulmalarına bağlıdır."s.73.*

(9) *Manfred Nowak; Menschenrechte In der Neuen Weltordnung, in: Südwind, Wien, 1993, Nr.6, s.24.*

(10) *Vgl: Hans Maier; Eine Kultur oder Viele? Politische Essays. Reclam, Ditzingen, 1995, s.35ff., 45ff.*

(11) *Ayrıntılı bilgi için bkz: Peter Koslowski, "Die Universalität der Menschenrechte und die Einzigartigkeit der Kulturen". İn: Menschenrechte. Interkulturelle Kommunikation, Reihe Menschenrechte, Heft 5, (Hrsg.) Deutsche Unesco-Kommission, 2 Auflage, 1988, Bonn, s.9. Koslowski, "Üçüncü dünyanın çoğu savunucuları, kendi özel kültürel kimliklerine geri dönüşte/hatırlamada, kısmen kültür spesifik esas bağlantıları yüzünden, ama kısmen de genel politik fayda ve menfaat fikri yüzünden, evrensel geçerli, ferde dayalı insan hakları konseptini batı dünyasının emperyalist bir talebi olarak görmekte ve reddetmektedirler." demektedir.*

(12) *Nowak, ibid, s.24.*

oluşturulabilecek midir? Kendi değerleri, ahlak kodları olan tek bir kültürel, dinsel ya da metafizik yaklaşımdan evrensel temel haklara giden bir yol bulunmadığına göre bu nasıl gerçekleştirilebilecektir? Bu soruların cevabının, hakları pozitif hukuk haline getirmekle oluşturulamayacağı açıktır. İnsan haklarının başka kültürlerde herhangi bir zorlama olmadan geçerli olabilmesi, ancak bütün kültürlerde paylaşılan ontolojik ortaklıkların (öncüllerin) araştırılmasına, ortak değerlerin ortaya çıkarılmasına ve kültürel bakımdan yeniden yapılanmaya dönük bir kültürlerarası diyaloğun başlatılmasına ve böylece yeni bir teori oluşturulmasına bağlıdır. [13]

İç kültürel tartışmanın ve kültürlerarası diyalogun gerçekleşmesi, bütün kültürlerde benzer sosyal örnek ve yapılar ile paylaşılan ortak değerlerin ortaya çıkarılmasını sağlayacaktır.[14] Bu benzerlikler ve farklılıkların takdir edilmesiyle, herkesin sorumlu tutulabileceği gerçek bir insan hakları evrensel düşüncesinin geliştirilmesi, formel ve negativist bir çerçeveden uzak temellendirilmesi için bir olanak yaratılabilir. Bu teoride insan haklarının türetildiği ilkeler, tek bir felsefi insan anlayışının ifadesi değil, daha çok dünyanın her yerinde- bütün diğer tarihsel, toplumsal ya da kültürel koşulları soyutlayarak-kişi kavramının kendisinde bulunan yapısal olanaklardan kaynaklanan, onların gerçekleştirilme koşullarını tanımlayan ilkeler olarak ele alınmalıdır.[*] Bu yolla belirlenen ilkeler, hem batılı hem de batılı olmayan standartları kapsayacağından, devletlerin sorumlu olmasını sağlayacak ve kabul görme, uygulanma olasılıkları artacaktır.

Bu teori aynı zamanda; farklı toplumlardaki ahlaki değerlerin, tüm kültürel özelliklerin, içeriği tartışılmadan, yalnız kültürel bir değer oldukları için tanınması gerektiği şeklindeki epistemolojik bir temeli olmayan görüşe de cevap oluşturacaktır. Bu alanda yaşanan karmaşaya açıklık getirecek, kültürel özelliklerin insan hakları çerçevesinde korunmasının, ancak bunların insan haklarının talep ettikleri istemlere ve özgürleştirme potansiyellerine uyumlu olması ölçüsünde gerçekleşmesini sağlayacaktır. Bir anlamda; "her durumda kültürler farklılık gösterebilir, ama insan haklarına bağlılık, kültürel bir evrenselciliği gerektirmez."[15] gerçeğini çatışmalara neden olmadan pratiğe dökmüş olacaktır. Aksi halde; kültürel mutlakçılığın, insan haklarının korumayı amaçladıkları değerlere aykırı ahlaki normların ve siyasi rejimlerin kabul görmesi ve korunması devam edecektir.

(13) Ayrıntılı bilgi için bkz. Adamantio Pollis, "Cultural Relativism Revisited: Through a State Prism" Human Rights Quarterly, Vol.18, no.2, 1996, Türkçe yayın için bkz. Pollis, "Yeniden Yapılanma ve Diyalog" 50 Yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları, s.100-127. Pollis'e göre; ön kabuller araştırıldığında öyle kavram fikirler açığa çıkabilir ki, bunlar üst belirleyenlerini oluşturdukları kültürel biçimler ve spesifik özellikler bir yana bırakıldığında paylaşılan anlayış ve değerler sağlayacaklardır. Pollis, Abdullahi Ahmed An Naim'in batılı olmayan kültürler için, bir iç kültürel tartışma önermesi karşısında İnsan haklarına ilişkin Batılı doktrinin benzer bir tartışmaya konu olması gerektiğini belirtmektedir. " ... böylece, liberal insan hakları teorisinin tartışmaksızın kabul ettiklerini inceleyerek çeşitli insan hakları doktrinlerini bağdaştırma ve bütünleştirme yönünde ilerleme kaydedebiliriz"demektedir. ; Kühnhardt'ta aynı görüştedir. "Biz diğer hakların ve kültürlerin insan hakları ile ilgilenmeye başlamadan önce, öncelikle bizim Avrupalı insan hakları anlayışımızın temelinde hangi külturel temel fikirler ve tasarımların bulunduğu üzerinde açıklıkla durmalıyız" demektedir. Ludger Kühnhardt, Die Universalität der Menschenrechte, Olzog, München, 1987, s.256. ; Höffe'ye göre, "yalnızca kavramına bakmak bile insan haklarının kültürlerarası bir tartışma konusu olmalarının kaçınılmaz olduğunu gösterir, çünkü insan hangi toplumda ve çağda yaşar ise yaşasın sırf insan olduğundan dolayı bazı haklara sahip olmalıdır. Bu ikinci evrensellik aşamasından dolayı hem kültürlerarası hem de çağı aşan bir geçerliliğe sahip oldukları savı, kavramın kendisinde bulunmaktadır. Bu nedenle; diğer rejimlerin, insan haklarının belirli bir kültüre bağlı olduğu, sadece bu belirli kültürler için bağlayıcı olacağı yönündeki keyfi aklanma stratejileri geçerli değildir."demektedir. Otfried Hoffe "Die Menschenrechte im İnterkulturellen Dialog" In: Die Menschenrechte. Herkunft-Geltung Gefährdung, Walter Odersky (Hrsg), Düsseldorf, 1994.
Maier'de insan haklarının evrensel geçerliliğinin sağlanması sorununun " .....bir kültürlerarası diyalog ve anlayış sorunu olduğunu belirtmektedir".İn, Wie Universal Sind die Menschenrechte, Herder Verlag, Freiburg, Basel,Wien, 1997, s.47,48,51.

(14) Farklı uygarlıklarda her birinde günümüzde benimsenen insan hakları tasarımını etkileyen ya da onu temellendiren öğelerin varlığı açıktır. Konu ile ayrıntılı bilgi için bkz. Amartiya Sen, Human Rights and Asian Values Sixteenth Morgenthau Memorial Lecture on Ethics and Foreign Policy, Carneige Council Ethics and International Affairs London, 1997. Sen, bu eserde, Budist, Konfücyos ve Hindu düşüncelerinde özgürlüğü destekleyen öğeler sunmaktadır. Ayrıca bkz. Micheline Ishay (ed.) The Human Rights Reader: Major Political Essays, Speeches, and Documants from the Bible to the Present, London and New York , Routledge, 1997. Ishay, farklı geleneklerdeki karşılıklı olarak birbirine değer tanıma, hakça muamele görme, insanın değeri, ortak iyi, erdem gibi kavramlar bulunduğunu ortaya koymaktadır.

(*) Bunun için farklı yollar önerilmektedir. Kimi düşünürler, en azından temel hakların içeriğini ve sınırını belirleyen evrensel bir iyi kavramsallaştırılması yapılmasını savunmaktadır.

Bu iyi kavramı; insan haklarının normatif ilkeler olarak, insan olmaktan türetilen normlar olmasına uygun, geçerliliği insan olmayla sınırlı bir iyi kavramı olmalıdır. Bunlara göre "evrensel bir iyi yaşam ölçütü" insan haklarının gerçekleştirilmesinde yönerge olarak alınabilecek bir dizi insan yapabilirliğine denk düşer. Hak, böylece çoğul ve göreceli iyi anlayışından bağımsız temellendirilmekte, ama etik içerik kazandırılması evrensel bir iyi insan yaşamına bağlanarak gerçekleştirilmektedir. (Nussbaum, M.C. 1993) ; Alesandro Ferara ise, yeni bir adalet kavramının formüle edilmesi gerektiğini savunmaktadır. İn."Justice and tha Good from a Eudaimonistic Standpoint Philosophy and Social Criticism" Vol.18, no.3/4. Aktaran bkz. Cem Deveci, a.g.e. s.68,69.

(15) Stephan Shute, on Human Rights, The Oxford Amnesty Lectures, New York: Basic Books, 1994. Aktaran Lin Chun, İnsan Hakları ve Demokrasi İlişkisi, 50 Yıllık Deneyimlerin Işığında İnsan Hakları, s.201.

Sınırlanmış Bireyin Sonsuzluk Özlemi

Bahir Güneş Türközer(*)

Yaşam, iç-içe geçmiş sosyal ve kültürel sistemlerin etkileşiminden oluşan, biri diğerinden bağımsız ve doğasında bireysel denetime olanak tanımayan ve rastlantısal bir işlerliğe sahip sonsuz sayıda değişkenin belirleyici olduğu; çok boyutlu ve karmaşık ilişkiler yığınıdır. İnsan (birey), bu belirleyicilerin baskısı altında sınırlanan, kısıtlanan, koşullanan ve bu koşullara sıkı sıkıya bağımlı yaşamaya ve bu yaşam alanı içinde özgür ve mutlu olmaya yönelen bir varlık olarak, daima daha az acı ve ıstırap çekmenin özlemi içindedir.

Bireyin duygu, düşünce ve eylemlerinin altında yatan güdeleyici (motive edici) unsurlar, bireysel gereksinimlerin karşılanması, bireysel yetilerin geliştirilmesi ve kendi kendisini gerçekleştirmesi ya da özgürleşme arayışında temellerini bulur; önemle vurgulamak gerekir ki, bu gereksinimlerin karşılanabilmesi ancak/sadece topluluk yaşamı içinde mümkün olabilir. Birey, toplum (sosyal grup) içine doğabilir ve ancak toplum içinde yaşayabilir. Birey, bireysel benliğini, içinde yaşadığı toplumsal yaşam gerçekliği içinde bulur. Gerçekte birey, çevrili olduğu sosyal ortam düşüncesinden koparılamayan sosyal bir varlıktır. Sonuçta birey, salt bireysel duygu, düşünce ve özlemlerine karşın, sosyal bir gerçeklik olarak anlam kazanır. Topluluk halinde yaşam, ilkel ve doğal bir olgudur ve hiçbir şekilde insan istemine (iradesine) bağlı bir sonuç değildir. Sosyal insan gerçekliği, hayvanlar aleminde de gözlemlenen topluluk halinde yaşam olgusu ile aynı düzenin parçasıdır.

Doğa, tek yönlü olarak, koşullarını insana duyurmaktadır. Bu tek yönlü etkidir ki, insanın yaşam gerçekliği üzerinde belirleyici (sınırlandırıcı, kısıtlayıcı) sonuçlar doğurmuş; doğal olgular ve çeşitli salgın hastalıkların neden olduğu kitlesel yok oluşlar karşısında, insanın duyduğu acı ve ıstıraplar, yüzyıllar boyu sürmüştür. Doğa ve neden olduğu tek yönlü etki, kendi içinde eşitlik, adalet ve haklılık gibi nesnel ilkelere yer vermez. Akıl ve bilinç sahibi bir varlık olarak insan, varolduğundan bu yana en çetin savaşımını doğaya yöneltmiş, doğayı denetim altında tutmak, onu kullanabilir bir konuma sokmak yönünde vermiştir ve bu savaşım, halen sürüp gitmektedir. Bu savaşım, aynı zamanda, doğadan gelen sınırlamaları en aza indirgemeyi amaçlayan, doğaya karşı insanın yürüttüğü özgürleşme arayışıdır.

Bireyin içine doğduğu, yaşadığı, onu çepeçevre kuşatan yerel nitelikli sosyal ve kültürel ortamın ve bu ortamı kendi içinde barındıran daha üst ulusal, evrensel sosyal ve kültürel sistemlerin işlerliği ve karşılıklı etkileşimi; bu süreçlerin bireye dönük tek yönlü etkileri ve somut sonuçları, dikkatle üzerinde durulması gereken, karmaşık ilişkiler olarak anlam kazanır. Yaşam dediğimiz süreç, büyük ölçüde doğasında salt bireysel denetime izin vermeyen ve onu edilgen bir konuma sokan, yapısında eşitlik, adalet ve haklılık taşımayan ve rastlantısal bir işlerlik içinde kalan, çok boyutlu, karmaşık nitelikli yerel, ulusal ve evrensel ölçekli bir 'sosyal ortam' da gerçeklik kazanır.

Doğal ve sosyal ortamın gerçekliği içinde, bireysel eylemlerimizi güdeleyen, yönlendiren istek ve özlemlerimizi karşılamak ve sonuçta özgürleşmek, sadece bu istem yönünde ortaya koyduğumuz irade gücüne bağlı değildir; daha da belirleyici olan, bireysel bilincimizin dışında var olan doğal ve sosyal yaşam gerçekliğinin bireyi kuşatan koşulları ve bireysel irade üzerindeki sınırlandırıcı, kısıtlayıcı ve koşullandırıcı etkileridir. Bu koşullardır ki, son derece karmaşık doğal yapılar ve iç-içe geçmiş sosyal ve kültürel sistemlerden oluşan, bireyin ve bireyselliğin üstünde, onu dışarıdan ve kendiliğinden etkisi altında tutan; hatta, bireye, kendisini dayatan karmaşık sosyal olgular bileşkesi olarak anlam kazanır.

Aile içi ilişkilerde taraflar arası duygusal boyutta gelişen ve dayanışmadan doğan yükümlülük, bireysel irade üzerinde belirleyici (sınırlandırıcı, kısıtlayıcı) bir etki gösterir. Geleneksel ilişki temelinde soy birliğine bağlı, köklü ve geniş aile yapılarının birey üzerinde kurduğu denetleyici ve yönlendirici etki, daha baskın ve biçimlendirici sonuçlar doğurur. Öte yandan, toplumsal yaşamda etkin bir konumda olan üretim ilişkileri etrafında oluşan sosyal ve kültürel ortamın birey üzerindeki sınırlandırıcı-kısıtlayıcı etkisine önemle değinmek gerekir: Doğal ve sosyal yaşam gerçekliğinin gerekli kıldığı bilgi birikimi ve deneyim yönünde bireyi oluşturmak üzere yerel ve ulusal düzeyde kurulmuş eğitim sistemlerinin işlerliği. Mal ve hizmet üretim birimlerinin oluşumu, üretimin gerçekleşmesi, ürünlerin pazara yönlendirilmesi, fiyat oluşumu ve pazarlama biçimleri; teknoloji kullanımı, sanayileşme düzeyi ve sektörel ve bölgesel dağılımı; sosyal sınıf farklılıkları, sınıflar arası gerilim ve çatışma ilişkileri ya da daha geniş anlamda sosyal tabakalaşmanın etkileri; toplumun istihdam düzeyi, ulusal gelirin bölüşümü, refahın yaygınlığı ve gelir düzeyi, gelir sürekliliğini sağlayan, yaşam kalitesini gözeten sosyal destek kurumlarının varlığı ve işlerliği; mülkiyet düzeni ve mülkiyet ilişkilerinin toplumsal ve bireysel sonuçları. Coğrafi ve fiziksel koşullar, ulaşım olanakları ve nüfusu göçe zorlayan oluşumlar ve göç olgusunun birey üzerindeki etkileri. Sosyal yaşamı yönlendiren yönetsel sistemler, yerel ve ulusal karar süreçleri ve bireysel iradeye olan etkileri. Uluslararası düzeyde oluşan çatışma ve savaş ilişkileri ve etkilerinin sosyal yaşama ve bireysel alana yansıması. Hukuk düzeni ve mevcut hukuk sisteminin bireysel hak ve özgürlük alanına getirdiği güvence ve sınırlamalar, kamu gücünün kullandığı denetleyici ve baskıcı yönetsel araçların işlerliği ve onların bireysel irade üzerindeki tek yönlü etkileri. Din sistemleri ve dogmatik yapının birey üzerindeki kayıtsız-koşulsuz etkileri. Doğal afetlerin ve doğa koşullarının ya da bölgesel yoksunlukların yarattığı ve kitlesel kıyımlara yol açan ölümcül hastalıkların neden olduğu yaygın sefalet ve yoksulluk hali ve di-

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

ğer benzer oluşumlar. Sosyal yaşam gerçekliğini oluşturan bu doğal ve sosyal olgular bütünlüğünün tüm varlığını, bireysel irade üzerinde kayıtsız-koşulsuz olarak hissettirmesi, onu sınırlandırması, kısıtlaması, biçimlendirmesi ve belirlemesi gerçeğinde yoğunlaşmak gerekiyor.

Her yer ve zamanda kendine özgü olarak bireyi kuşatan, bireysel ve sosyal yaşamı etkileyen tüm bu koşullardan her biri; bireysel (ya da grup yaşamının) istek ve özlemlerini engelleyen, özgürleşmeyi baskı altında tutan, onu sınırlayan ve bireyi, koşulların dayatması altında yaşamaya zorlayan; olumsuzluk, yoksunluk, olanaksızlık, umutsuzluk olarak kendini hissettiren doğal ve sosyal yaşam gerçekliği, 'negatif yaşam tablosu' olarak somutlaşabilir. 'Negatif yaşam tablosu', bireyin eylemsel alanını sınırlandırdığı, daralttığı, onu etkisiz kıldığı, koşulların baskısına boyun eğmeye zorladığı, acı ve ıstırap yaşamaya mahkum ettiği halde; insanın düşünsel yetisi, 'negatif yaşam tablosu' karşısında, hayal etme, tasarlama, yaratma gücü sayesinde, sınırsızlığa, koşulsuzluğa ve sonsuzluğa erişmeyi sürdürebilir bir yeteneğe sahiptir. Düşünce yetisi, sınırsızlığı, sonsuzluğu, mutlak güç ve iradeyi bir fiksiyon olarak yaratmayı daima başarabilir. Bu olanak sayesinde akıl, istemlerine ulaşmak yönünde, belirleyici (sınırlandırıcı-kısıtlayıcı) koşulların ortaya koyduğu güçlüğü aşamadığı, doyurucu bir çözüme ulaşmayı eylemsel olarak başaramadığı, yoksunluk olarak kendini duyuran bu çözümsüzlük (çaresizlik), yani 'negatif yaşam tablosu' karşısında, gerçeklik evrenini terk ederek, gerçeküstü (aşkın) bir evrene yönelebilir. Akıl, fiziksel evrende olanakların tükendiği, sınırlanmanın katı bir şekilde varlığını hissettirdiği ortamda, adeta bir sıçrama yaparak, ulaşmak istediği 'pozitif yaşam tablosu' nu farklı bir düzlemde ve farklı bir evrende yaratmaya yönelebilir. Gerçek yaşamda (realitede) karşılaşılan zorunluluktan doğan ve iradeyi sınırlandıran somut koşullar karşısında, 'pozitif yaşam tablosu' nu ancak 'aşkın' bir evrende oluşturmayı başarabilir, özgürleşme ve sonsuzluğa erişme arayışını bu aşkın evrende sürdürmeyi, çözümün bir parçası haline getirebilir. Akıl, aşkın evrende, gerçeklikler dünyasında karşılaştığı sınırlılığı aşmak, sonsuzluğa ulaşmak amacıyla, sürekli ve yoğun bir çaba içine girebilir ve çözüme yönelik arayışını, gerçeklik evreninin ötesine (aşkın evrene) geçmek pahasına sürdürebilir. Akıl, gerçeklik evreninde, eylemsel alanda karşılaştığı sınırlılık, olanaksızlık ve yoksunluk olarak karşısına çıkan ve onu acı ve ıstıraba yönelten çözümsüzlüğü aşma çabalarını düşünsel alanda sürdürebilir; çünkü bu alan, sınır tanımaz ve sonsuzluk içeren bir alandır. İnsan, gerçeklik evreninde ve eylem alanında bulamadığı sınırsızlığı (sonsuzluğu) düşünsel alanda gerçekleştirerek, sorunlarını aşma, acılarını dindirme arayışını sürdürme gücüne sahip tek varlıktır. Akıl, düşünsel alanda oluşturmaya (kurgulamaya) çalıştığı 'pozitif yaşam tablosu' na, öncelikle sınırsız olanı, hiçbir koşula bağlı olmayanı (koşulsuz olanı) ve sonsuzluğu yapısında barındıran salt gücü yerleştirir; ve özünde sınırsızlık ve sonsuzluğu içeren, yer ve zaman üstü olan, eşitlik, hak ve adaleti temsil eden, yaratıcı, koruyucu, kollayıcı üstün bir ideye ve soyut bir iradenin varlığına ulaşır. Koşulsuz, sınırsız ve sonsuz nitelikli salt gücün; yaratıcı ve yaşatıcı bir güç olarak tasarlanmış olması, ona tüm evrenin kurucusu, maddesel dünyayı yaratan üstün bir güç anlamını kazandırabilir. Üstün nitelik atfedilen bu soyut irade, hiçbir zorunluluk tarafından sınırlandırılamaz, hiçbir koşula bağlı kılınamaz, yer ve zaman üstü bir değer olarak, sonsuzluğu içeren tanrısal bir yetkinlik ve özgürlük aşamasıdır.

Sosyal ve kültürel sistemlerin doğasında var olan ve bireyi aşan yerel, ulusal ve evrensel yapı ve oluşumların, biri diğerinden bağımsız işlerliği içinde oluşan, sınırlandırıcı, kısıtlayıcı, yoksunlaştırıcı etkinin, eşitlik, adalet ve haklılık temelinden yoksunluk içeren belirsizlik ve rastlantısallığını, denetim altında tutma arayışı, sosyal düzen oluşturma düşüncesinin ve eylemsel alanda ona ulaşma çabasının da temelinde yer alır. Her yer ve zamanda, toplumsallık içinde oluşan sosyal ve siyasal örgütlenme biçimlerinin, tarihsel süreç içinde giderek belirginlik kazanması; belirsizliği, rastlantısal ve sınırlandırıcı etkileri ve bu etkilerin bireysel ya da toplumsal sonuçlarını bir düzen içine sokmak, adil bir dengeye ulaştırmak ve denetim altında tutmak arayışından doğmuştur. Hukuk düzeni oluşturma çabalarını ve devlet benzeri oluşumların yaşandığı en ilkel topluluk biçimlerini ve o topluma yön veren insanları, yaşamı düzen içine sokma arayışının ilk öncüleri olarak kabul etmek gerekir. Önemle vurgulamak gerekir ki, bireysel yaşamı sınırlandırıcı, kısıtlayıcı ve koşullandırıcı bir etki olarak, olgusal belirsizlik ve rastlantısallığı, bir düzen içine sokma arayışı, sonuçta toplumsal bir eylem alanı olarak ortaya çıkmış ve çağdaş kurumsal yapılar olarak hukuk ve siyasal (sosyal) örgütlenme biçimlerinin ilkel örnekleri giderek belirginlik kazanmaya başlamıştır. Düzen kurucu bu kurumsal yapı örneklerinin işlevi, bireyin salt can ve mal güvenliğine indirgenemez; bu işlev daima, bireyselliğin oluşumu, gelişimi ve bireyin grup yaşamına ve üretim sürecine katılımını etkileyen ve bireysel yaşamı tüm boyutları ile kavrayan ve onu sınırlandıran, kısıtlayan ve yoksunlaştıran belirsizlik ve rastlantısallıkları bir düzen içine sokmak ve belirli bir çözüme ulaştırılmak arayışı olarak somutlaşmıştır.

Bu açıdan yaklaşıldığında, çağdaş kurumsal yapıların varlığı, ne denli gelişmiş bir sistem niteliği gösterse de, temelde yöneldiği işlev aynıdır: bireyin (ya da grubun) yaşam serüveni içinde karşılaştığı sınırlılığı, kısıtlılığı ve yoksunluğu yaratan, sosyal ve kültürel sistemlerin doğasında saklı, haklılık ve eşitlik temelinden yoksun, belirsizlik ve rastlantısallık içeren olgusal etkileri, bir düzen içine sokmak ve denetim altında tutmak arayışıdır. Toplumsal yaşam gerçekliğinin doğasında var olan karmaşıklığın, belirsizlik ve karşıtlıkların, bireysel yaşam üzerinde rastlantısal olarak yarattığı sınırlılık, yoksunluk, acı ve ıstıraplar, insanlığın sonu gelmez savaşımının ana kaynağıdır. Farklı uygarlık biçimleri yaratılmış olsa da, insanlığın sınırlanmışlığı içinde oluşan sonsuzluk özlemi, salt bir gerçeklik olarak, hep sürüp gidecektir.

Sonuç olarak, sınırlanmış bireyin sonsuzluk özlemi, insanın tüm varlığının ve bireysel ve sosyal yapıtlarının başlıca kaynağıdır; olmayı da sürdürecektir. Yaşamın karmaşıklığı, çeşitliliği ve çatışmacı niteliği, bireyselliğin dışında oluşan ve bireysel denetime olanak tanımayan, onu sınırlı-kısıtlı ve yoksun kılan, belirsizlik ve rastlantısal

nitelikli sosyal ve kültürel sistemlerin yarattığı, bireysel alana acı ve ıstırap yönelten 'negatif yaşam tablosu' karşısında; insan, öncelikle tanrı düşüncesine ulaşmıştır. Daha sonra, sosyal örgütlenmenin gücünü keşfetmiş, düzeni denetim altında tutmanın bir yolu olarak kural koymayı ve kural etkinliğini sağlamayı denemiş ve hukuk düşüncesine ulaşmıştır. Son aşamada ise, farklı örgütsel yapıları daha üst bir formda geliştirerek devlet benzeri oluşumları yaratmış ve kuruluş ve işlerliğini salt hukuk içinde tutarak, çağdaş devlet düşüncesine ulaşmıştır. Öyle ki devlet, özgürlüğün varlık koşulu olarak ele alınmıştır; (Hegel in de ifade ettiği gibi) insan, ancak devlet sayesinde özgürlük toprağına ayak basmıştır. İnsanlığın bu ortak yapıtlarına karşın, insanın sınırlanmışlığı ve sonsuzluk özlemi daima varlığını koruyacak; insan, daima daha az ve ıstırap çekmenin özlemi içinde yaşayacaktır. Sınırlanmış bireyin sonsuzluk özlemi, evrensel bir gerçeklik olarak daima varlığını koruyacak ve insan için, yeni arayış ve buluşların nedeni olmayı sürdürecektir.

Modernite ve Postmodernite Bağlamında Farklılıklar

Hüseyin Murat Işık(*)

1. Modernite ve Epistemolojik Temelleri

"Modern" kelimesi sözlüklerde "günümüze ait olan, çağdaş, çağcıl" gibi ifadelerle açıklanmakta ve açıklamalar kelimenin orijiniyle de uyuşmaktadır. Modern kelimesi M.S. 5. yüzyılda Latince "tam şimdi, bugüne ait" anlamına gelen "modo" dan türetilmiş ve ilk aşamada Hristiyanlığı benimseyen toplumun eski pagan kültüründen tamamen koptuğunu ve yeni bir kültürün doğduğunu anlatmak için kullanılmıştır[1]. Modern kelimesinden türetilen modernite ise, Batı merkezli ortaya çıkan ve birbirleriyle bağlantılı bütün alanları kapsayan yeni bir algılama ve anlamlandırma biçimidir. Kelimenin terminolojisine uygun olarak geleneksel olandan köklü bir kopuşu ifade eden modernite, çok yönlü bir değişim ve dönüşüm sürecine tekabül etmektedir. Bu bağlamda modernite, onbeşinci yüzyılda başlayıp yirminci yüzyıla kadar devam eden süreç içerisinde sosyal, kültürel, ekonomik, estetik ve siyasal alanlarda yaşanan dönüşümü ifade etmektedir[2].

Gerçekten de bu süreçte insanlık tarihi açısından son derece önemli gelişmeler yaşanmıştır. Öncelikle tarım toplumu yerini sanayi toplumuna bırakmış, feodal toplum ve üretim tarzı ortadan kalkarken siyasi iktidarda merkezileşme ve kapitalist ekonomi toplum yaşamına hâkim olmuştur. Ticaretin daha sonra da sanayileşmenin gelişmesiyle kentleşme ivme kazanmış ve kırsal alandaki nüfus azalırken kentlerdeki nüfus artmış bu bağlamda siyasi katılım genişlerken demokrasi tek meşru yönetim tarzı olarak temayüz etmiştir. Toplumsal ilişkiler akılcı bir zemin üzerine otururken meşruiyet kaynağını dinden alan teolojik iktidar anlayışı yerini laik iktidara bırakmıştır. Tanrı merkezli dünya görüşü yerini insan merkezli anlayışa terk ederken geleneksel toplum biçimi olan "cemaat"ler yerini "cemiyet"e bırakmıştır[3]. Kısacası bu yeni paradigma, geleneksel toplumda egemen olan paradigmadan (organik evren tasavvuru ve ona eşlik eden toplum-siyaset anlayışından) bir kopuşu ve ayrılışı ifade etmektedir. Bu kopuş ve ayrılış, Antik Yunandan devam ede gelen dünyanın matematik ve fizik temelli okunması üzerine kurulu bir düşünce sistemiyle gerçekleşmiştir.

Modernite belirli bir coğrafi alanda, yani Avrupa'da ortaya çıkmıştır. Mo-

(*) Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.
(1) BERİŞ, Hamit Emrah: "Modernitoden Postmoderniteye", içinde, Siyaset (Ed. Mümtaz'er Türköne), Lotus Yayınevi, Ankara, 2005 (2. Baskı), s.484.
(2) ÇİĞDEM, Ahmet: Bir İmkân Olarak Modernite (Weber ve Habermas), İletişim Yayınları, İstanbul, 2004, s. 72.
(3) BERİŞ: s. 484.

dernitenin felsefi ve fikri altyapısını Aydınlanma düşüncesi ve onu önceleyen Rönesans ve Reform hareketleri oluşturmuştur. Bu nedenle modernitenin fikri boyutunun daha iyi anlaşılabilmesi için öncelikle Rönesans ve Reform süreçlerine bakmak gerekir. 16. Yüzyılla başlayıp 18. yüzyıla kadar devam eden süreç içerisinde ortaya çıkan Rönesans, Reformasyon ve Aydınlanma düşüncesi ve bunlara eşlik eden bir dizi bilimsel devrim, bu yeni paradigmanın, yani modernitenin oluşumunu hazırlamıştır. Dünyanın sabit merkezli olmadığını söyleyen Kopernik'in kozmolojide başlattığı yeni açılımlar, Kepler, Galileo ve Newton tarafından sürdürülmüş; bu açılımlar, "Newtoncu fizik" olarak da adlandırılan "klasik fizik" anlayışının oluşumunu hazırlamıştır. Newton'un evrenin gözlemlenebilir, ölçümlenebilir ve çözümlenebilir verilerden oluştuğunu söyleyen "mekanik evren tasavvuru", modern zihni paradigmanın genel çerçevesini çizmiştir[4]. Farklı bir deyişle "teolojik evren "tasavvurundan "mekanik evren" tasavvuruna geçilmiştir.

Newtoncu fiziksel evren, mekanik olarak düzenlenmiş, determinizme boyun eğen ve yasaları insanlar tarafından keşfedilecek bir evrendir[5]. Söz konusu evren, bütün fiziksel olayların üzerinde gerçekleştiği Öklitçi geometrinin üçboyutlu mutlak bir mekân ve boşluğunu ifade etmektedir. Bu, mutlak mekân ve mutlak zaman içinde hareket eden, bütün maddenin kendinden oluştuğu küçük, katı ve yok edilmez parçacıklardır. Bütün fiziksel olaylar, karşılıklı çekimlerin gücüyle meydana gelen maddi parçacıkların hareketlerinden oluşmaktadır[6]. "Evrende belirsiz olan, bulanık olan, ortada olan hiçbir şey yoktur" diyen Newton'a göre, evreni oluşturan bu parçacıklar, belirli kurallara göre hareket etmektedirler; birbirleriyle olan ilişkileri, "nedensellik" çerçevesinde gelişmektedir. İnsanlar, bu nedensellik kurallarını (yasaları) keşfetmek suretiyle "bütün"ü kesin ve mutlak bir bilgi olarak bilebilir[7]. Bu şekilde bütünün nasıl işlediğini bilmek ise, bütünü denetleyebilme, yönlendirebilme ve onun geleceğini kestirip hakkında karar verebilme imkânını sağlar.

Kozmolojik düşünce eksenli gelişmeler, felsefi anlatımını Descartes'de bulmaktadır. Maddi evrenin büyük bir makine olduğunu, işleyişinin mekanik kurallara tabi olduğunu ve bunlara bağlı olarak da evrendeki her şeyin onu oluşturan parçacıkların düzeneği ve hareketi ile açıklanabileceğini söyleyerek Newtoncu fizik anlayışını etkileyen Descartes[8], Pisagor matematiği aracılığıyla mekanik biliminin teorik alt yapısını kurar. Mekanik bir evrenin ancak mekanik bir bilgi ile açıklanabileceğinden hareketle, cisimlerin yapısını ikiye ayıran Descartes, cisimlerin ancak maddi yanlarının mekanik bilim aracılığıyla açıklanabileceğini söyler. Bu şekilde geliştirdiği "Kartezyen felsefe", ontolojik yapıyı ikiye ayırarak varlık alanında bir parçalanma yaratır. Bunun üç sonucundan söz edilebilir. Birincisi, beden-ruh veya madde-zihin ayrımının,

(4) JEANNIERE, Abel: "Modernite nedir?" (Çev. Nilgün Tutal), içinde, Modernite Versus Postmodernite (Der. Mehmet Küçük), Vadi Yayınları, Ankara, 1993, s. 98.
(5) JEANNIERE, s. 98.
(6) CAPRA, Fritjof: Batı Düşüncesinde Dönüm Noktası (Çev. Mustafa Armağan), İnsan Yayınları, İstanbul, 1992, s. 66-68.
(7) ÇİĞDEM, Ahmet: Aydınlanma, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003, s. 60.
(8) CAPRA: s.61.

beden/madde lehine gelişim göstermesi[9]. İkincisi, doğanın nesneleştirilip sömürülmesi ve insanın, doğanın efendisi haline gelmesi[10]. Üçüncüsü ise, varlığın maddi yönünün bilimsel bir bilgiyle kesin/mutlak bir biçimde bilinebilirliği iddiasıdır[11].

Bilgi yapılarında meydana gelen bu gelişmeler, "Aydınlanma Çağı" olarak adlandırılan ve modern düşünce biçimini şekillendiren bir dönemin ortaya çıkmasına yol açmıştır. Aydınlanma, aklı nesnel bir bilgi kaynağı olarak gören ve insanı da, üretilen nesnel bilgi aracılığıyla evreni dönüştürebilme hak ve yetkisine sahip ontolojik bir kategori olarak kabul eden bir anlayıştır[12]. Bu anlayışın amacı, insanları, köleleştirici olduklarına inanılan hurafe, önyargı ve efsane gibi bilgi kaynaklarının temsil ettiği "eski düzen"den kurtarmak ve "özgürleştirici" olduğu kabul edilen "aklın düzeni"ne sokmaktır[13]. Kant'a göre de Aydınlanma, "insanın kendi şuuru ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmama durumu ise, insanın kendi aklını başkasının (Ortaçağda kilisenin) kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanmayışıdır"[14]. Bundan kurtulmanın formülü olarak Kant şu öneride bulunur: "Aklını kendin kullanma cesaretini göster"[15]. Aydınlanmanın tasvir ettiği akıl, evrensel ve genel geçer nitelikli mutlak hakikati/doğruyu başka hiçbir araca ihtiyaç duymadan bilebilecek tek kaynaktır. Aklın dışında, üstünde ve ötesinde, hakikat ve doğru hakkında bize rehberlik edecek hiçbir bilgi kaynağı yoktur[16]. "İyi" ve "özgürleştirici" olduğuna inanılan bu evrensel nitelikli akıl, her türlü felsefi ve toplumsal projenin temel referansını oluşturmaktadır[17]. Aklın böylesine yüceltilmesine itiraz fazla gecikmemiş ve ontolojik bakımdan insanın sınırlı bir varlık olduğu, aklının kapasitesinin evreni ve insanlığı anlayamayacağı, Aydınlanmanın iyimserliğinin tersine insanın kendi aklının tek başına "hakikat"in bilgisine ulaşamayacağı gibi epistemolojik argümanlara dayanan "muhafazakâr" ideoloji modernitenin dolayısıyla Aydınlanmanın "aklına" ilk esaslı itiraz olarak ortaya çıkmıştır[18]

Nitekim, Aydınlanmayla birlikte geliştirilen toplumsal projeler; Muhafazakarlığın eleştirdiği bu evrensel nitelikli aklı referans almaktadır. Modern toplumlarda bireylerin ve toplulukların ilişki biçimlerinin düzenlenmesi, onların gerek doğa ile gerekse birbirleriyle olan ilişkilerinin nasıl olduğu/olması gerektiği konusunda davranış kalıpları ile düşünüş tarzlarının belirlenmesi, genel geçerliğe sahip evrensel akla dayandırılmaktadır. Bununla, birey ve toplum üzerinde disipliner (modern disiplinler aracılığıyla) bir iktidar kurulmaktadır. Böylece, aklın "özgürleştirici" söylemine, "disipline edici" pratiği eşlik etmektedir. Özgürlüğün gerçekleştirilme-

(9) ÖZCAN, Ali: "Sunuş", içinde, Jurgen Habermas, Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti (Çev. Medeni Beyaztaş), Bakış Yayınları, İstanbul, 2002, s. 15-16.
(10) CAPRA: s.62.
(11) CAPRA: s. 58.
(12) DEMİR, Ö./ACAR, M. : "Aydınlanma", Sosyal Bilim Sözlüğü, Vadi Yayınları, Ankara, 1997, s. 4.
(13) ÇİĞDEM: Aydınlanma, s. 13-14.
(14) KANT, Immanuel: Seçilmiş Yazılar (Çev. Nejat Bozkurt), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984, s. 213.
(15) KANT: s.213.
(16) YAVUZYILMAZ, Yusuf: "Modernizmin Açmazları", Yeni Şafak, Düşünce Günlüğü, 14 Haziran 03.
(17) ÇİĞDEM: Aydınlanma, s. 14.
(18) ÖZİPEK, Bekir Berat: Muhafazakarlık (Akıl, Toplum, Siyaset), Liberte Yayınları, Ankara, 2004, s. 10.

si ile özgürlüğün törpülenmesi arasındaki bu karşıtlık, uzlaşmaz iki modernlik portresi olarak karşımıza çıkmaktadır[19].

Newtoncu lineer (doğrusal) paradigmanın soyut akılla modellediği toplum tasarımı, kesin bir düzene dayanan, yukardan aşağıya doğru örgütlenmiş, kumanda ve kontrol odaklı hiyerarşik yapıları öngörmektedir. Gerçekten bu paradigma üzerine kurulu modern devletlerin, evrensel ve mutlak hakikate kaynaklık eden soyut akıl adına, toplumları dizayn etme ve şekillendirme yoluna gittikleri görülmüştür. Böylelikle, bilimsel bilginin ön plana çıktığı ve diğer tüm bilme biçimlerinin yerini aldığı modern toplumlarda insanı özgürleştirme iddiasındaki akıl, yine aynı insanı bir "çelik kafes" içine yerleştirecek bir niteliği de içinde barındırmaktadır[20].

Sonuç olarak söylemek gerekirse; muğlaklığı, belirsizliği, kaos ve kargaşayı ortadan kaldırma ve topluma bir "düzen" verme yolundaki modern devletlerin bu tekelci iddiaları ile felsefenin ve toplum biliminin hakikat konusundaki evrensel iddiası arasında bilişsel anlamda yakın bir akrabalık vardır[21].

2. Modernite ve Ulus-Devlet Olgusu

Modern epistemolojinin tek ve mutlak hakikat anlayışının siyasi yapılanmalar üzerindeki etkisi, feodal sistem içerisinde atomize olmuş iktidar odaklarının tasfiye edilip merkezi iktidar etrafında bütünleşmiş bir siyasi yapı ortaya çıkarmak şeklinde kendini göstermiştir. Bir dizi ekonomik ve toplumsal gelişmelerin etkisiyle kurulan merkezi krallıklar, ilk modern devletler şeklinde tarih sahnesinde yerlerini almışlardır. 16 ve 18. yüzyıllar arasında Batı Avrupa'da yaygın olan mutlakiyetçi modern devletler, daha önce görülmemiş bir ölçekte ulusal toprakları ve bunların barındırdığı kaynakları tanımlayıp çevreleme, sermaye, emek, mal ve para ile bunların hareketlerini denetleme çabası içinde olmuşlardır. Gelişen ve güçlenen burjuvazinin talep ve çıkarlarıyla örtüşen merkantilist iktisat anlayışının uygulayıcısı konumundaki bu devlet tipi, hem örgütlenme ve hem de güç bakımından bu misyonu yüklenecek en temel kurumu temsil ettiğinden, tek mantıklı seçenek haline gelmiştir[22].

Modern devletlerin "ulus-devletler"e evrilmesi, 19 ve 20. yüzyıllarda gerçekleşmiştir. 19. yüzyılda yoğunlaşan sanayileşme, kentleşme ve okullaşma gibi temel modern süreçler, ulus-devletlerin oluşumuna zemin hazırlamıştır. Derinleşen ve giderek karmaşıklaşan ekonomik-toplumsal ilişki ve bağlantılar ve bunların koordinasyonu gereği hem yeni bir toplumsal kategori düşüncesini hem de bu kategoriye özgü siyasal örgütlenme talebini ortaya çıkarmıştır. Ulus-devletler bu gelişmeler ile buna eşlik eden taleplere bir karşılık olarak ortaya çıkmışlardır[23]. Bu devlet modeli, birçok işlevi yerine getirdiği için varlığını uzun bir süre devam ettirebilmiştir. Bunun başında vatandaşların dışarıdan gelen saldırılar karşısında güvenliklerini sağlamak gelmektedir. Kısmen de olsa ya da söylem düzeyinde kalsa da, içerde etnik ya da dini kimliği ne olursa olsun vatandaşlarına hukuksal eşitlik sağlaması da ulus-devletlerin bir başka işlevi olarak ortaya çıkmaktadır. Ekonomik düzlemde ise, burjuvazinin sermayesine güvenli bir pazar oluşturmak, ekonominin büyümesini gerçekleştirecek ortamı yaratmak, hatta buna katkı yapmak; ekonomik yaşamı yürütmeyi sağlayacak mübadeleleri ve hesapları kolaylaştırmak ve kesinleştirmek için para arzını ve para kurumlarını düzenlemek, bu bağlamda makro istikrarı sağlamak da ulus-devletlerin başlıca işlevleri arasında yer almaktadır. Bütün bunların yanı sıra, özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren gelişen "sosyal devlet/refah devleti" anlayış ve pratiği de, ulus-devletlerin yeni işlevlerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır[24].

Ulus-devlet kombinasyonunun "ulus" bileşkesinin inşa sürecine bakıldığında kabaca şu manzarayla karşılaşmaktayız: Sanayi toplumu, büyük bir demografik hareketlilik meydana getirmiştir. Köylerde iş gücüne duyulan ihtiyacın azalması, kentlerin ise emek ihtiyacının artış göstermesi, köylerden kentlere göçü hızlandırmıştır. Bu güç olgusu, göçmen köylülerin yeni bir toplumsallık ilişkilerine ayak uydurması sorununu beraberinde getirmiştir. Bu insanların, özellikle ekonomik ilişkilerin kurulduğu üst-kültürlerle bütünleşme gereğine, sanayide kullanılan makinelerin kullanıcılarının eğitimli olmaları gerekliliği eklenince, farklı kültürel kümelere ait vatandaşların üst-kültür etrafında bütünleştirilmelerine hız verilmiştir[25].

Öte yandan, feodalitenin imtiyazlı ve hiyerarşik nitelikli yapısının tasfiye edilip "eşitlikçi" bir toplum yaratma iradesi, insanların soyut vatandaşlık kavramı etrafında eşitlenerek bütünleştirilmesini doğurmuştur. Bu dönemde milli egemenlik ilkesi çerçevesinde geliştirilen demokrasi anlayışı ile eşitlik ve evrensellik vurgusu açık olan insan hakları düşüncesi, insanlar ve gruplar arasındaki geleneksel farklılıkların sorgulanmasına ve evrensel bir insanlık düşüncesinin yaygınlaşmasına katkıda bulunmuştur. Evrensel kabul görmenin aracı olarak eşitlik kavramına yapılan bu aşırı vurgu, tarihsel ve coğrafi toplulukların, çıkarları doğrultusunda siyaset yapma ve modern bir toplumda geleneksel sosyal ilişkileri sürdürme isteğini, gayrimeşru hale getirmiştir[26]. Soyut vatandaşlık, insan hakları, eşitlik ve evrensellik ilkeleri adına, yerel, etnik ve dini farklılıklara gösterilen tahammül azalmaya başlamış; farklılıklar kamusal alandan dışlanmaya çalışılmıştır[27].

Soyut vatandaşlık kimliği etrafında ulus inşa edilirken, bu kimlikte çıkarları bulunan iktisadi ve siyasi elitler, oluşturdukları ulusal eğitim kurumları ve diğer araçlarla standart dil ve ortak bir kültür yaratıp yaygınlaştırarak vatandaşlarını homojenleştirmeye çalışmışlardır. 1789'da Fransızların yüzde ellisinin Fransızca'yı hiç konuşamadığı, yalnızca yüzde 12/13'ünün "doğru olarak" konuştuğu; İtalyan birliğinin biricik temeli olan İtalyan dilinin Birlik

(19) WAGNER, Peter: Modernliğin Sosyolojisi (Çev. Mehmet Küçük), Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1996, s.23.
(20) ERCAN, Fuat: Gelişme Yazını Açısından Modernizm, Kapitalizm ve Azgelişmişlik, Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1996, s. 47.
(21) WAGNER: s. 76.
(22) ÖZCAN: s. 9.
(23) ŞAYLAN, Gencay: Değişim, Küreselleşme ve Devletin Yeni İşlevi, İmge Yayınevi, İstanbul, 1994, s.24-25.
(24) ÖKMEN, Mustafa: "Küreselleşme Sürecinde Kapitalizm, Ulus-Devlet ve Liberal Demokrasi", Yeni Türkiye, Sayı 25, (Ocak-Şubat 1999), s.216.
(25) ÖZYURT, Cevat: "Modernleşme ve Küreselleşme Bağlamında Varoluşun Topluluksal Dinamikleri, Muhafazakâr Düşünce, Sayı 2, (Güz 2004), s.16.
(26) İNSEL, Ahmet: "Tikelci evrensellik Mümkün müü?, içinde E. Laclau, Evrensellik, Kimlik ve Özgürleşme, Birikim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 8-9.
(27) ÖZYURT: s. 17.

döneminde (1860), halkın yalnızca yüzde iki buçuğunun İtalyanca'yı gündelik konuşma dili olarak kullandığı[28]; benzer verilerin dönemin Almanya'sı için de geçerli olduğu dikkate alındığında, ulus-devletlerin kendi nüfuslarını homojenleştirme konusunda ne denli başarılı olduklarını göstermesi açısından önemli bir veri oluşturmaktadır.

Homojenleştirme politikaları tatbik edilirken önceden varolan çok sayıdaki kültürün içinden bir seçim yapılmakta; halkın hayatına alt kültürlerin hakim olduğu bir topluma, bir üst kültür egemen kültür olarak dayatılmaktadır[29]. Başka bir anlatımla, ulus-devlet modeli içinde genelde devlete adını veren ulusun tarihi özellikleri ve kültürü ön planda tutulmakta; ulus, hakim bir etnik grubun kültürü, dili, edebiyatı, şanlı tarihi etrafında tutunmaktadır. Bundan da anlaşılacağı gibi ulus, Anderson'un deyimiyle, "hayal edilmiş bir siyasal topluluktur"[30].

3. Modern Ulus-Devlet Olgusunu Aşındıran Gelişmeler

Modern epistemolojiden beslenen ve modernleşme sürecinin temel çıktılarından biri olan "ulus-devlet" olgusu, özellikle geçen yüzyılın son çeyreğinde yaşanan kimi gelişmelerle birlikte tartışılmaya, eleştirilmeye ve dolayısıyla aşınmaya başlamıştır. Bu gelişmeler bilinmeden bugünlerde ulus-devlet olgusu etrafında yaşanan tartışmaları doğru okumak ve değerlendirmek mümkün değildir. Bu nedenle kısa da olsa bu gelişmelere değinmekte yarar vardır.

a) Küreselleşme

Küreselleşme, çok yönlü bir olgudur. Ekonomik, siyasi ve kültürel yönleri belirgin olan bir süreci ifade etmektedir. Ekonomik küreselleşme, esas itibariyle kapitalizmin doğasına içkin olan bir husustur. Bu anlamda kapitalizmin küreselleşme eğilimi içinde olması eski bir olgudur. Bugün için farklı bir görünüm arz etmesi ve geçmişe oranla çok daha belirgin bir hal alması yeni bir duruma işaret etmektedir.

Küreselleşmenin konumuz açısından önem taşıyan boyutları, kültürel ve siyasidir. Özellikle yirminci yüzyılın son çeyreğinde teknoloji alanında yaşanan gelişmeler dünyada önemli değişimlere yol açmaktadır. Bilişim ve iletişim teknolojisinde gerçekleştirilen bir dizi baş döndürücü buluşlar, bilginin neredeyse sınırsız dolaşımını ve etkileşimini mümkün kılmakta ve dünyayı adeta "küresel köy" haline getirmektedir. Televizyon, bilgisayar ve internet alanlarındaki teknolojik atılımlar sayesinde insanlar artık farklı bilgi kaynaklarına ulaşabilmekte ve dünyanın dört bir köşesindeki insanlarla iletişim içine girebilmektedirler. Bilgi ve haber kaynaklarına ulaşma konusunda ulus-devletlerin her türlü sınırlamaları aşılabilmekte ve böylelikle devletlerin bilgi tekelleri kırılmaktadır[31].

Bu süreç, daha önceleri kendilerini tanımlamada ve ifade etmekte güçlük çeken çeşitli kültürel grupları hareketlendirmektedir. Özellikle ulus-devletlerin tanımadıkları ve/veya asimile etmeye çalıştıkları bu grupların dış dünyayla etkileşimi artmakta, kendilerini içeride ve dışarıda ifade edebilmeleri kolaylaşmaktadır. Böylece, ulus-devleti oluşturan çeşitli toplulukların örgütlenmeleri ve bu doğrultudaki taleplerini dillendirebilmeleri daha kolaylaşmaktadır. Ayrıca bu topluluklar, ulus-devletin baskısına karşı kendilerine uluslararası arenada daha kolay destekçiler bulabilmektedirler[32].

Teknolojik gelişmelerin tetiklediği küreselleşme olgusu, alt-kimliklerin dış dünyadan etkilenme dozunu arttırarak ulus-devletlerin alt-kimlikleri asimile etme ve bastırma potansiyellerini zayıflatmaktadır. Bu durum, yerelliğin gücünü ve güncelliğini arttırıcı bir etki meydana getirmektedir[33]. Böylelikle, ulus-devletler içinde varlıklarını güçlükle devam ettiren alt-kimliklerin kendi "farkındalık"larını açığa çıkarmaktadır. Bu da alt-kimliklerin patlamasına ve siyasallaşmasına yol açmaktadır. Bireylerin "farklı olma" bilincine varmaları, onların, kendi özlerine dönüşünü simgeleyen bir arayış içine girmelerine yol açmaktadır. Kendi varoluşunu belirleyen kimlik özellikleri üzerinde yoğunlaşan bireyler, bunları koruyup yaşatacak yönelimler içerisine girmektedirler. Bu yönelimler, etnik, dilsel, kültürel ya da dinsel bir "cemaat" a doğru olabilmektedir[34].

Kısaca ifade etmek gerekirse; küreselleşme, bir yandan alt-kimliklerde uyanışa, diğer yandan da ulus-devletlerin farklılıkları denetim altında tutma ve bastırma güçlerini zayıflatmaktadır. Bütün bunların sonucu olarak, türdeş bir varlık olarak kurgulanan "ulus"un sosyolojik bir gerçeklikten ziyade inşa edilmiş "hayali bir cemaat" olduğu yönündeki kanaatler pekişmekte ve ulus-devletlerin farklılıkları "ulus" kimliğinde bütünleştirme çabaları başarılı olma şansını yitirmektedir.

b) Sosyal Devlet/Refah Devleti Politikalarındaki Değişim

Ulus-devlet modelinin tartışmaya açılıp eleştirilmeye ve meşruluğunun sorgulanmaya başlanmasının nedenlerinden biri de, bu modelin geçmişte icra ettiği birtakım işlevlerin bugünlerde yerine getirilmesinde güçlük çekilmesidir. Ulus-devlete yüksek düzeyde meşruiyet sağlayan özelliklerinden biri, "refah fonksiyonu"dur. Özellikle İkinci Dünya Savaşı sonrasında yerleşmeye başlayan "sosyal devlet" anlayış ve pratiği, geniş halk yığınlarına öngördüğü sosyal refah nedeniyle, ulus-devletlere güçlü bir toplumsal destek ve meşruiyet sağlamıştır. Devletin, sosyal adalete sağlama adına yoksul ve güçsüz kesimler lehine sosyo-ekonomik alana müdahale etmesi ve bu kesimleri sosyal güvenlik şemsiyesi altında korumaya çalışması, ulus-devletlere sadakatle bağlılığı sağlayıcı bir işlev görmüştür.

Ancak, bu anlayış ve pratik, 1980'li yıllardan itibaren sorgulanmaya başlanmıştır. Bu dönemlerin yükselen "neoliberal" ekonomi-politiği, ulus-devletlerin refah sağlayıcı fonksiyonlarında aşındırma yaratmıştır. Küresel ekonomik gelişmelerin de etkisiyle ulus-devletlerin refah sağlayıcı fonksiyonlarında bu şekilde aşınma meydana gelmesi, vatandaşların kendi devletlerine sadakatle bağlılıklarının gerekçesini zayıflatmaktadır. Bir anlamda, refah devleti-

(28) HOBSBAWN, E. J. : 1780'den Günümüze Milletler ve Milliyetçilik, (Çev. Osman Akınhay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 80-81.
(29) GELLNER, Ernest: Uluslar ve Ulusçuluk (Çev.Büşra Ersanlı Behar-Günay Göksu Özdoğan), İnsan Yayınları, İstanbul, 1992, s. 107.
(30) ANDERSON, Benedict: Hayali Cemaatler: Milliyetçiliğin Kökenleri ve Yayılması (Çev. İskender Savaşır), Metis Yayınları, İstanbul, 1993, s.20
(31) ŞAYLAN: s. 101.
(32) ERDEM, Fazıl Hüsnü: "Türkiye'de Azınlıklar Sorununun Vatandaşlık Kavramı Bağlamında Genel Bir Analizi", Süryaniler ve Süryanilik II (Haz. Ahmet Taşğın ve diğerleri), Orient Yayınları, Ankara, 2005, s. 259.
(33) ŞAYLAN: s. 216-217.
(34) ERDEM: Vatandaşlık, s. 259-260.

nin işlev erozyonuna uğraması, onun farklı toplumsal ve kültürel grupları bir arada tutan yapıştırıcı işlevinin de erozyona uğramasını beraberinde getirmektedir[35].

Ulus-devletlerin birleştirici ve bütünleştirici işlevlerinin giderek zayıflaması; etnik, kültürel ve sınıfsal entegrasyonu gerçekleştirme kabiliyetinin zayıflaması anlamına gelmektedir. Bu ise, ulus-devlet çatışı altında bazen baskıyla bazen gönüllü olarak kurulmuş olan birlikteliklerin geçerliliğinin sorgulanmasına yol açmaktadır. Tarihin dışına itildiği zannedilen etnik, dilsel ve dinsel kimlikler birdenbire ortaya çıkmaya ve özgül taleplerini dile getirmeye başlamaktadırlar[36]. Farklı bir anlatımla, daha önceleri bastırılmış kimlikler su yüzüne çıkmakta ve siyasallaşmaktadırlar. Kültürel alanı siyasallaştıran önemli bir faktör, ulus-devletlerin farklı kültürel toplulukların kamusal alandaki görünürlüklerine izin vermemeleridir. Bütün bu gelişmeler karşısında ulus-devletlerin kamusal alanı farklılıklara açık tutmada direnmesi, beraberinde bir karşı direnci de doğurmaktadır.

c) Göç olgusu

Küreselleşmenin ekonomik alandaki çıktılarından biri; sınıflar, bölgeler ve ülkeler arası gelir dağılımının giderek bozulmasıdır. Daha doğrusu, zaten bozuk olan dengenin daha da bozulmasıdır. Küresel ölçekte yaşanan dengesiz ekonomik gelişme ve gelirin adaletsiz dağılımı, beraberinde iltica talepleri ve göç hareketlerini getirmektedir. Kuzey-güney kutuplaşması ekseninde kendisini ifade eden sosyo-ekonomik dengesizliğin doğurduğu yoksul Güneyden zengin Kuzeye göç olgusu, ulus-devletleri şimdiye kadar çok açık bir biçimde karşı karşıya kalmadıkları sorunlarla yüz yüze bırakmaktadır.

Göç olgusunun yoğun bir biçimde artması, göç alan devletleri, bu sorunu çözmeye yönelik yeni bir söylem geliştirmeleri konusunda arayışlara sevk etmektedir[37]. "Göç çağı" olarak da değerlendirilen 20. yüzyılın son çeyreği, özellikle göçmen işçilerin göç ettikleri ülkelerin toplumlarına entegre edilmeleri sorununa sahne olmuştur. Göçmenlerin yaşadıkları yeni toplumlara entegrasyon konusunda istekli olmamaları; tam tersine, kendi kimliklerine sahip çıkıp korumak istemeleri, birçok ülkede, yerleşik göçmen politikalarının sorgulanmasına ve yeni bir "kültürel farklılık politikası"nın oluşturulması arayışlarına yol açmaktadır[38].

Bir kısım batılı ülkeler bu sorunu aşma noktasında yeni politikalar geliştirmeye çalışırken, -Fransa örneğinde olduğu gibi- diğer bir kısım ülkeler ise, yerleşik politikalarını değiştirmeme konusunda direnç göstermektedirler. 2005 Kasım'ında yaşanan ve Paris'in daha çok Kuzey Afrikalı ve Müslüman göçmenlerin yaşadıkları gettolarda patlak veren olaylar, Fransa'nın geleneksel göçmen politikalarında ısrar etmesinin bir sonucu olarak değerlendirilmektedir. Gerçekten, Fransa'da yaşayan ve bu ülkenin vatandaşı olan bu göçmen topluluklarına kâğıt üzerinde tanınmış olan eşitliğin fiili bir karşılığının olmaması; bu toplulukların, toplumsal yaşamın hemen birçok alanında ayrımcılığa

(35) ERDEM: Vatandaşlık, s.260
(36) İNSEL, Ahmet: "Kimlikler ve Devletin Hukuku", Doğu-Batı, Sayı 13, (Kasım, Aralık, Ocak 2000-01), s.62.
(37) ÖZCAN: s.12-13.
(38) KYMLICKA, Will: Çokkültürlü Yurttaşlık, (Çev.Abdullah Yılmaz), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s.292.

uğraması, dışlanması ve kötü muamele görmesi, söz konusu kesimlerde rahatsızlıklara ve tepkilere yol açmıştır.

Fransa'nın, kolonyal dönemden kalma "uygarlaştırma misyonu"nun bir gereği olarak, farklı kültürel gruplara yönelik asimilasyoncu politikalar izlemesi, göçmen topluluklarını ötekileştirip onları yaşadıkları topluma yabancılaştırıcı bir anlayış sergilemesi, bu politikalardan mağdur olan toplulukların tepkisini çekmektedir. Farklı kültürü, dini, dili, geleneği ve yaşama biçimleri olan bu toplulukların, farklılıkları kabul görmemekte, hatta bunların ortadan kaldırması ve Fransız üst-kültürü içinde yok edilmesi arzu edilmektedir. İzlenen bütün ulusal politikalar ve yürütülen çalışmalar, hep farklılıkları ortadan kaldırmaya ve tek tip bir kültür yaratmaya yönelik olmaktadır.

"Eşitlik", "özgürlük" ve "kardeşlik" ilkelerini kendisine şiar edinmiş ve bu konuda dünyaya öncülük yapmış olan Fransız anlayışı, "zamanın ruhu"nu kavramada geri kalmakta; zamanın ruhuyla uyumlu, farklılıkların eşitlik temelinde barış içinde birlikteliğini sağlayıcı yeni "farklılık politikaları"na kulağını tıkamaktadır. Bu tıkamanın bedeli de tabii ki ağır olmaktadır.

d) Bilgi yapılarında yaşanan değişmeler

Modern zamanlarda ortaya çıkan ve modern epistemolojiyle uyumlu olan ulus-devlet modeli ve buna eşlik eden klasik "ulusçuluk" fikri, bilgi yapılarında (epistemolojide) meydana gelen yeni gelişmelerle birlikte tartışılmaya ve sorgulanmaya başlanmaktadır.

Klasik fiziğin "mekanik evren tasavvuru" üzerine yükselen modern epistemoloji ve buna eşlik eden modernist düşünce kalıpları ve yapılanmalar, içinde yaşadığımız dönemde şiddetle eleştirilmekte ve yeni bir paradigmanın çerçevesi yavaş yavaş çizilmektedir. Bir anlamda, yerleşik düşünce kodlarını ve bunlar üzerine kurulu yapılanmaları sarsan bir paradigmatik bir değişim yaşanmaktadır. Bu değişim, doğası gereği, yaşamın bütün alanları üzerinde etki yaratmaktadır.

Söz konusu paradigmatik değişimin ilk habercisi, 1920'lerde filizlenen "parçacık" ya da "kuantum fiziği"ndeki ilerlemeler olmuştur. Kuantum fiziği, Einstein'ın madde ile enerjinin birbirine dönüşebilen bir gerçeklik olduğunu söylemesinden hareketle, elektronların hareketlerinin bildiğimiz fizik kurallarının hiçbirine benzemediğini keşfeden çalışmaları ifade etmektedir. Doğrusal (lineer) mantığa dayanan Newton Fiziği'nin, maddelerin katı, ölçülebilir, gözlemlenebilir ve birbirinden bağımsız nesneler olduğu varsayımı reddeden "Yeni Fizik", maddeye/evrene ilişkin birbirleriyle bağlantılı iki öngörüde bulunmaktadır. Bunlardan birincisi, maddeye ilişkin "tek doğru" ve "kesinlik" yoktur[39]. "Hiçbir şey kesin değil, hiçbir şey imkânsız değil" saptaması, bu anlayışın temel ifadesini oluşturmaktadır. Buna göre, aslında madde dediğimiz şey, bir tür olasılıklar demetidir. Gerçeklik alanında, sonsuz olasılıklarla dolu bir belirsizlik söz konusudur.

İkincisi, klasik fiziğin maddeye ilişkin "atomistik" yaklaşımına karşılık, Kuantum fiziği "bütüncül"dür. Klasik fizik, "bütün"ü yorumlarken onu -mutlak bir değer olarak kabul ettiği- parçalara bölmekte ve bunlar arasındaki ilişkiyi incelemek suretiyle "bütün"ü açık-

(39) ALATLI, Alev: "Aslında her şey olması gerektiği gibi", Zaman, 25 Ocak 2002.

lamaktadır. Oysa "Yeni fizik", parçaların/şeylerin tek başına bir anlama/değere sahip olmadıklarını, "bütün"ün parçalardan daha büyük bir anlama sahip olduğunu, dolayısıyla oluşumların ya da sistemlerin anlaşılmasında "bütün"e bakılması gerektiğini söylemektedir. Bu yapılırken, karmaşık sistemler içindeki varlıkların birbirleriyle karşılıklı etkileşimine bakılır. Son derece basit kurallar içerisinde özgürce gerçekleşen bu etkileşim ortaya konulmadan tanımlama yapılamaz[40]. Zira, bir şey, ancak başka bir şeyle birlikte değerlendirildiğinde bir tanımlama yapılabilmektedir.

Kuantum fiziği temelinde yükselen bu yeni paradigmadan sosyal bilimler ve bu bilimlere ilişkin uygulama alanları da nasiplerini almaktadır. Bu bağlamda, Newtoncu paradigmanın sunduğu pürüzsüz, saf, kesin, neden sonuç ilişkilerine dayalı, basit ve kozmolojik açıklama şemaları sorgulanmaktadır. Evrenin, birey ve toplumun mekanik bir şekilde anlaşılamayacağı, birey ve toplum için evrensel ve genel geçer nitelikli yasaların olmadığı düşüncesi yavaş yavaş yerleşmeye başlamakta; pozitivist-ilerlemeci görüşler şiddetle eleştirilmektedir. Bilimsel kesinlik, mutlaklık, öngörülebilirlik ve belirlenebilirlik gibi büyük iddialar terk edilmekte; bu iddialara yaslanan epistemolojik geleneklerin (rasyonalizm, empirizm/pozitivizm, diyalektik materyalizm ve diyalektik naturalizmin) sosyal olguya uygulanmasının doğru olmayacağı vurgulanmaktadır[41].

Gerçekten, yeni paradigma çerçevesinde, neden-sonuç ilişkileri kesin olarak belirlenemeyeceğinden ve buna bağlı olarak da belirli amaçları gerçekleştirecek eylemlerin seçimi mümkün olamayacağından dolayı, hiyerarşik yapılar, kumanda ve kontrol yöntemlerine de yer olmayacaktır. Eylemlerin sonuçları öngörülemediğinden ve bu nedenle belirli amaçlar doğrultusunda yönlendirilemeyeceğinden, sistemin bütününe yönelik total açıklamalar yerine yerellik, yerel eylem özgürlüğü, öğrenme özgürlüğü ve enformasyona girme özgürlüğü yaşamsal önem kazanacaktır[42]. Evrensel ve genel geçer nitelikli mutlak doğrular olmadığından dolayı, toplumu tektipleştirme ve homojenleştirme çabaları ortadan kalkacak; farklı hakikat iddiaları, etnik, dilsel, dinsel ve kültürel yaşam tarzları eşdeğer kabul görecek ve çoğulculuk kurumsallaşacaktır.

Görüldüğü gibi, bilgi yapılarında yaşanan değişim, yerleşik zihinsel kodları ve bunlarla şekillenen modern kurum ve yapıları değişime zorlamaktadır. Bu değişimden ulus-devletler de etkilenmektedir. Yeni paradigmanın yerellik, tikellik, parçalılık ve çeşitlilik vurgusu, klasik ulus-devlet mantığının törpülenmesine ve kendi içinde dönüşüm geçirmesine yol açmaktadır.

4. Postmodern Tartışmalar ve Farklılıklar Politikası

Postmodernizm; edebiyat, mimari, güzel sanatlar gibi disiplinlerin lügatçelerine 60'lı yıllarda girmeye başlamış ancak, özellikle 1979'da Fransız bilim adamı Jean François Lyotard'ın Kanada Hükümeti için hazırladığı araştırmayı "The Postmodern Condition" (Postmodern Durum) başlığı ile yayınlamasının ardından akademik mahfillerde

(40) GÜVEL, Enver Alper: " 'Karmaşık Sistemler Kuramı' Bağlamında Mutabakat-Temelli Demokrasi Anlayışının Sürdürülmezliği Üzerine Bir Deneme", Demokrasi Platformu, Sayı 1 (Kış 2005), s. 66.
(41) GÜVEL: s. 64.
(42) GÜVEL: s. 66.

hararetli tartışmalara konu olmuştur[43]. Postmodernizm, genel yaklaşımları bakımından henüz bir belirsizlik içinde olsa da, kabaca, modernizmin geliştirdiği söylem ve bu söylem üzerine inşa edilen her türlü fikri, kurumsal ve yapısal oluşumlara duyulan tepkiyi ifade etmektedir. Farklı bir söyleyişle, postmodernizm, modernizmin kesinlik, mutlaklık, öngörülebilirlik ve belirlenebilirlik gibi epistemolojik parametreleri ile bu parametrelerin somut tezahürlerinin karşıtlığına denk düşmektedir. Her ne şekilde tanımlanırsa tanımlansın, postmodernite, her halükârda moderniteden bir kopuşu ifade etmektedir[44].

Postmodernizm, modernizmin hakikat anlayışının bir kurgudan ibaret olduğu ve gerçekliğin göreceliliği söylemiyle, modern düşüncenin her türlü "kesinlik" iddiasına bir karşı koyuş olarak değerlendirilmektedir[45]. Postmodern söyleme göre, "hakikat", yalnızca kültürel ya da siyasal bir inşanın sonucudur; var olan yegane dünya, görünüş dünyasıdır. Dolayısıyla, tüm insani söylemler/anlamlar, bir "dünya açıklaması"nı değil, bir "dünya yorumunu ve düzenlenişi"ni ifade etmektedir. Hayatı bütünüyle açıklama ve kendi öncülleri doğrultusunda düzenleme iddiasındaki siyasal, dinsel yada toplumsal tüm global ve bütüncül dünya görüşlerini "büyük anlatı" olarak nitelendiren postmodern teori, bunların bireyin ve toplumun üzerinde tahakküm kurmasına karşıdır. Dolayısıyla Marksizm, Faşizm ve Liberalizm gibi ideolojiler ile İslamiyet ve Hıristiyanlık gibi büyük dinler de "büyük anlatı" kategorisi içinde değerlendirilmektedir. Postmodern düşünce bunların doğru yada yanlış oldukları gibi bir önkabulden hareket etmez. Bu düşünceler ve bunlara inanan insanlar ayrı ayrı değerli kabul edilir ancak, bu inananların kendi görüş ve düşüncelerini alternatifsiz yegane model olarak görmelerine ve göstermelerine itiraz söz konusudur. Bu bağlamda postmodern düşünce evrensel bilgiye ve radikalizme karşıdır[46].

Gerçekten, anlamın verili olmayıp yorum yoluyla üretildiği düşüncesi, aynı olaylara farklı türlerden anlam verilebileceğini ifade etmektedir. Postmodern düşünürler, fenomenlerin eşanlamlı olarak değişik ve hatta birbirini dışlayan yorumlara konu oluşturduğunu ve toplumda dolaşım halinde bulunan bu dil oyunları çokluğunun, hiçbir şekilde bütünselleştirici bir üst-söyleme çevrilmesinin mümkün olmadığını vurgulamaktadırlar. Buna göre, eğer mekân, zaman ve gerçeklik dilden dile değişiyorsa, dil ve dilsel ifadelerin ötesinde ve üstünde nesnel bir ayrım temeli işlevi görecek bir referans noktası yoksa, o zaman hakikatin, doğrunun ve bilginin doğası üzerinde iddialarda bulunmaktan çekinmek gerekir[47]. Aynı değerlendirmeyi akıl için de yapmak mümkündür. Özerk akıl kategorisi bağlam-bağımlı bir anlamdan başka bir şey ifade etmez; tek bir akıldan ya da akılcılık biçiminden söz edilemez. Akıl, somut tarihsel dönemler içinde var olur; yani, kendi kendinin efendisi değildir, tersine, daima içinde işlediği somut koşullar altında varlığını sürdürür[48].

(43) BERİŞ, s. 496.
(44) ÇİĞDEM: Bir İmkân Olarak Modernite (Weber ve Habermas), s.72.
(45) HABERMAS, Jurgen: Küreselleşme ve Milli Devletlerin Akıbeti, (Çev. Medeni Beyeztaş), Bakış Yayınları, İstanbul, 2002, s.19.
(46) BERİŞ, s. 500-501.
(47) FEYERABEND, Paul: Akla Veda (Çev. Ertuğrul Başer), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 13.
(48) RORTY, Richard : Olumsallık, İroni ve Dayanışma (Çev. M. Küçük-A. Türker), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1995, s. 244.

Kısaca, postmodern felsefi yaklaşıma göre, mutlak, evrensel, kesin, belirli, tam ve bilinebilir olan hiçbir şey yoktur. Tüm bilgiler, olgular, fikirler, metinler, söylemler çok anlamlıdır ve bu anlamlar tekil özneler tarafından her zaman yeniden ve yeniden kurulur. Böylelikle postmodern düşünce, çoğulcu bir anlam ve hakikat anlayışını ortaya koymaktadır.

Anlam ve gerçekliğe ilişkin bu yaklaşım tarzı, kendisini, toplum ve siyaset üzerinde de göstermektedir. İnsan ve toplumun belirlenemez olgular oldukları iddiasıyla[49] toplumsal gerçekliği, herhangi bir bütünselleştirici üst-söyleme çevrilemeyen ve değerlendirilemeyen bir dil oyunları çokluğundan ibaret gören postmodern yaklaşım, modernizmin mutlakçı ve kesinlikçi iddialarına ve bunlara tekabül eden temel süreçlerine (bilimsel bilginin üstünlüğü, pozitivizm, ulus-devlet anlayışı, sanayileşme, kapitalizm, aydınlanma, bürokrasi, uzmanlaşma, vb.) meydan okumaktadır[50]. Bu bağlamda ilkelerin aşkınlığını reddederek referansların sonsuz çokluğunu "kendinde iyi" olarak kabul etmektedir[51]. Bunu, radikal bir demokratik proje ve insan hakları anlayışının yürütülmesinde zorunlu bir araç olarak değerlendirmektedirler. Zira, demokrasi, kesinliğin mihenk taşlarının erimesi ve yok olmasıdır. Buna bağlı olarak da, özgürlük, tek bir anlatıya değil, ayrı ayrı anlatılara sahip olabilmektir[52]. Nitekim postmodernizmin isim babası sayılabilecek J.F. Lyotard da; insanın gerçek anlamda özgürlüğüne kavuşmasının ancak ve yalnız dünyaya bütüncül açıklamalarla yaklaşma iddiasında olan "büyük anlatı"ların imkansızlığının kabul edilmesiyle sağlanabileceği düşüncesini savunmuştur. Yine Ona göre insan düşüncesi büyük anlatıların baskısı altındadır, düşüncenin tam anlamıyla özgürleşebilmesi de bu "büyük anlatı"ların reddi vasıtasıyla mümkün olacaktır[53].

Meta (büyük)-anlatılarına olan bu güvensizlik, postmodern düşünürleri, parçalılığa, farklılığa, etnikliğe, alt-kültürlere, kültürel çoğulculuğa, yerelliğe, özgünlüğe; yani küçük-anlatılara ayrıcalık tanımaya yöneltmektedir[54]. Bu bağlamda postmodernizmin temelini, dünyaya, heterojen bir mekân ve zamanlar çoğulluğu olarak bakmak oluşturmaktadır. Meta-anlatıların yıkılışı üzerine kurulan bu temel, çeşitli yerel, kültürel, etnik ve dinsel küçük anlatıların birarada yaşamalarını mümkün kılan bir zemine işaret etmektedir[55].

"Farklılıklar"ın eşdüzeyli yaşamlarını mümkün kılan bu zemin, Aydınlanmanın "meta-anlatıları"ndan biri olarak kabul edilen klasik insan hakları düşüncesinin, "tekçi" ve "evrenselci" özelliklerinin eleştirisi üzerine kurulmaktadır. Bu özelliklerin baskıcı ve totaliter yönüne dikkat çeken postmodern düşünürler[56]; bütün kimliksel özelliklerinden yalıtılmış soyut bir insan kategorisinin olmadığını, tam tersine, çeşitli söylemsel pratiklerin ürünü olan kimliklere sahip somut bir insan kategorisinin var olduğunu söylemektedirler. Onlara göre, modernizmin "özne" kavramlaştırması bir yanılsamadan ibarettir. "Soyut vatandaş-birey" kategorisi somut gerçekliği ifade etmektedir. Zira bu kategori, ne farklı kimlikleri temsil edebilmekte ve ne de bu kimliklerin taleplerine bir karşılık olabilmektedir[57].

Klasik insan hakları düşüncesi ile buna eşlik eden demokrasi pratiğinin yarattığı homojen toplum yapısı karşısında "çoğulcu bir toplum" öngören postmodern yaklaşım, bunun, kültürel, etnik, dilsel, dinsel ve diğer farklılıkların eşdüzeyli olarak birlikte yaşayabilmelerinin sağlanmasıyla mümkün olduğunu söylemektedirler. "Bu bağlamda postmodern siyasal düşünce, modernitenin ürettiği 'dışlama ve marjinalleştirme'ye bir tepkiyi ifade etmektedir. Farklı bir söyleyişle, postmodern söylem, 'öteki'ni, 'bilinmeyen'i, 'dışlanan'ı, 'temsil edilmeyen'i ve 'marjinalleştirilen'i kuşatacak ve koruyacak yeni bir kavramlaştırmaya yönelmektedir"[58].

5. Sonuç Yerine: Postmodern Farklılıklar Politikasının Eleştirisi ve Bağdaştırıcı Bir Öneri

Hakikatin, kültürel ya da siyasal "inşa"nın ürünü olduğunu, buna bağlı olarak da izafi olduğunu söyleyen ve bütün anlam ve söylemlerin eşdeğerli olduğunu, bunların bir üst-söyleme çevrilmesinin mümkün olmadığını ileri süren postmodern yaklaşım, kaçınılmaz olarak bir "temelsizlik"e yol açmaktadır. Bir başka anlatımla, bütün söylem ve dilin eşdeğerli kabul edilmesi, bunların bir aradalığını sağlayacak nesnel bir zemin yokluğuna işaret etmektedir. Böylesine temelsiz bir duruş ise, meşruiyetin nerede ve nasıl sağlanacağı sorununu beraberinde getirmektedir.

Gerçekten, kural ve norm çoğulluğunu öngören postmodern yaklaşım, aralarında birleştirici bir bağ ve fikri bir temel bulunmayan bu çoğulluğun birlikte var oluşlarını sağlamada güçlük yaratacağı açıktır. Çünkü farklı dil, söylem ya da yaşam tarzlarının birtakım özellikleri kimi durumlarda birlikte var oluşu imkânsız kılabilmektedir. Ortaya çıkabilecek muhtemel bu gibi durumlar için nesnel referansa ihtiyaç duyulacağı muhakkaktır.

Öte yandan, bu temelsizlik, her türlü düşünce ve iktidar pratiğini dolaylı olarak meşrulaştırıcı bir işlev görebilecektir. Bu ise, mevcut durumun sürdürülmesine hizmet edecektir. Habermas bu yaklaşımı, toplumsal umutlara bir ihanet anlamına geldiği için eleştirmektedir[59]. Gerçekten, evrenselciliği tümüyle yadsıyan ve farklılıklara sınırsız saygı duyan bu yaklaşım, hem siyasal kimliği silikleştirmek suretiyle siyasal eylemi imkânsız hale getirmekte, hem de adil olmayan kurulu düzenlere karşı direniş potansiyelini de zayıflatmaktadır[60].

Kuşkusuz, bu temelde getirilen eleştirilere katılmakla birlikte şunu da kabul etmemiz gerekmektedir: Postmodern düşüncenin, modernitenin tektip-

(49) BERİŞ, s. 501.
(50) ERDEM, Fazıl Hüsnü: "İnsan Hakları Düşüncesinin Evrimine Genel Bir Bakış", Batman Barosu Dergisi, Sayı 2, 2003, s. 11-12.
(51) GUEHENNO, Jean Marie: Demokrasinin Sonu (Çev.M.Emin Özcan) Dost Kitabevi, Ankara,1998, s. 82.
(52) LACLAU, Ernesto / MOUFFE, Chantal:Hegemonya ve Sosyalist Strateji, (Çev. A. Kardam-D.Şahiner), Birikim Yayınları, İstanbul, 1992, s.218, 234.
(53) BERİŞ, s. 501.
(54) URHAN, Veli: "Modernizm, Postmodernizm ve Personalizm", Doğu-Batı, Sayı 8, (Ağustos, Eylül, Ekim 1999), s.140-141.
(55) HELLER, Agnes / FEHER, Ference: Postmodern Politik Durum (Çev. Şükrü Argın- Osman Akınhay), Öteki Yayınevi, Ankara, 1993, s.7, 12.
(56) ARSLAN, Zühtü: "Postmodern Söylem ve İnsan Hakları", AÜSBFD, Cilt 56, Ayrı Baskı, (Ocak-Mart 2001), s.16.
(57) ERDEM: İnsan Hakları Düşüncesinin Evrimine Genel Bir Bakış, s. 12.
(58) ERDEM: İnsan Hakları Düşüncesinin Evrimine Genel Bir Bakış, s. 12-13.
(59) RORTY, Richard: "Habermas, Lyotard ve Postmodernite" (Çev. Mehmet Küçük), içinde Modernite Versus Postmodernite, (Der. Mehmet Küçük), Vadi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul, 2000, s.263.
(60) ARSLAN: Postmodern Söylem ve İnsan Hakları, s.11.

leştirici, homojenleştirici, farklılıkları bastırıcı ve yok edici düşünce ve pratiklerini radikal bir biçimde sorgulayıp, farklılığa ve çeşitliliğe önemle vurgu yapması, önemsenmesi ve dikkate alınması gereken bir yaklaşım tarzıdır. Bu yaklaşım tarzının eksik bıraktığı noktayı Harvey şu ifadeleriyle sorgulamaktadır: "postmodernizm, farklılıkları üretken bir şekilde nasıl birbiriyle uzlaştırabileceğimizi belirtmediği gibi, her birimiz karşımızdakinin dilini parçalarına böldükten sonra, nasıl birbirimizle iletişim kurabileceğimiz konusunda hiçbir ipucu da vermedi"[61].

Harvey gibi, Postmodernistlerin haklı oldukları noktaları kabul edip, eksik bıraktıklarını eleştiren kimi düşünürler, bağdaştırıcı bir formül üretmeye çalışmaktadırlar. Farklılıklar politikasına ilişkin olarak, bir yandan evrensel olanı, diğer yandan da yerel olanı dikkate almak suretiyle bir çözüm üretme arayışı içine girmektedirler. Örneğin, Touraine, modernliğin temel sorunlarından birinin, "evrensel" olan ile "tikel" olanı bağdaştırmak olduğunu söylemektedir. Touraine, Aydınlanmanın, evrenselliği savunma adına her tür tikelliği bastırdığını; oysa demokrasinin gerçekleşmesi için her ikisinin uzlaştırılması gerektiğini bildirmektedir. Bu uzlaştırmayı, birey ve grup düzeyinde özneye evrensel nitelikte özgürlük arayışı yükleyerek gerçekleştirmek ister[62]. Habermas ise, bu sorunu bir çözüme kavuşturmak amacıyla Aydınlanmanın özne merkezli aklın yerine, iletişimsel aklı savunmaktadır. Buna göre, evrensel iletişim koşullarını belirleyip, bunların her tikel tartışmada uygulanmasını sağlamak suretiyle söz konusu sentezi gerçekleştirmek mümkündür[63].

(61) HARVEY, David : "Postmodernizme Bir Bakış", http://www.birikimdergisi.com/birikim/dergiyazi.
(62) ATİKER, Erhan: Modernizm ve Kitle Toplumu, Vadi Yayınları, Ankara, 1998, s.144-145.
(63) Geniş bilgi için bkz. HABERMAS, Jurgen: Bilgi ve İnsansal İlgiler, (Çev.Celal A. Kanat), Küyerel Yayınları, İstanbul, 1997, s.404-407.

Bürokratik ya da Teknikleştirilmiş Toplum Tasarımı

Müslüm Turan(*)

Marx'ın söylediği gibi, kapitalizm, kendi imgesindekine benzer bir dünyayı yapılandırmayı amaçlar. Bu imgede, dünya, nitel insani ilişkileri nesnelerin devinimsiz nicel özelliğine dönüştürerek işleyen ekonomik rasyonalitenin terimlerinde kavranır. Toplumun doğal ve insani özünü bir meta-varlık olarak işlev görmek üzere yaratan kapitalizmde, dünyanın tüm yaşam alanlarını tek bir değiş tokuş ve değer sistemi içinde ölçülebilir kılma evrensel eğilimi içkindir[1].

Katı olan her şeyin buharlaştığı, belirsizlik ve değişimin ayırt edici özellikler olarak ortaya çıktığı kapitalist toplumda, toplumsal bağlaşma için tek onaylayıcı üst-otorite olarak piyasa yöneliminden başkaca bir şey kalmaz. Evrenselliği temsil eden tek gösterge olan piyasa, para, emek ve ürün akışları gibi kodsuzlaştırılmış akışların içkin bir aksiyomatiği olarak çalışır. Zira, nitel olanı dışlayan ve nicel geçişe boyun eğen bu toplumsal mantık açısından, temel hedef ya da resmi meşruiyet, tatmindir[2]. Poluntzas'ın belirttiği gibi, metafizik rasyonaliteden araçsal rasyonaliteye geçiş burjuva ideolojisinin başından beri içerdiği ona özünlü bir yönelimi deyimler. Araçsal rasyonalite açısından, anlam, teknik olarak hesaplanabilirliğe bağlıdır. Gerçekten de, akıl, tekniğe ya da araçsallığa indirgendiğinde, modernliğin kırılan parçaları birbirine yalnızca etkililik ve verimlilik ilkeleri aracılığıyla bağlanır. Her türlü özgül toplumsal bağlamdan özerklik sağlayan ve dışsal hiçbir otoritenin güvencesine gereksinim duymayan hesaplanabilirlik, toplumsal yaşamın tüm görüngülerine yayılan düzen yaratıcı bir ilke olarak konumlanır[3]. Bu durumda,

(*) Doç. Dr., Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.
(1) Bkz. MARX, Komünist..., s. 115; MARX-ENGELS, Alman..., s. 101; ADORNO, Minima..., s. 23, 212; TAYLOR, s. 22; LUKACS, Tarih..., s. 166; GORZ, Yeni..., s. 165-166; DEBORD, s. 25; VANEIGEM, s.103. "Kapitalist tarz, mübadele değerinin, dolayısıyla da tekbiçimliliğin egemenliğini gerektirir". Bkz. AMIN, Avrupa..., s. 135. Ayrıca bkz. JACOBY, s. 142; MULGAN, Antropolojik..., s. 92; BAUMAN, Özgürlük..., s. 65; BOOKCHIN, Özgür..., s. 28. "Üretim yalnızca bir meta olarak insanı meta insanı, meta rolünde insan yaratmakla kalmaz, fiziksel ve manevi bakımdan da insanlıktan uzaklaştırılmış bir varlık olarak bu rolü oynamak üzere yaratır onu". Bkz. MARX, 1844..., s. 90.
(2) Bkz. BAUMAN, Özgürlük..., s. 112; BAUMAN, Yasakoyucular..., s. 188; DELEUZE-GUATTARI, Felsefe..., s. 98; LEFEBVRE, Gündelik..., s. 83; GUATTARI, s. 24. "İktisadi yasalar, sistemin kendisini yeniden üretmesini sağlayan güçler olarak devreye girerler". AMIN, Avrupa..., s. 34.; GORZ, İktisadi..., s.140-141. "Nesneler aklın soğuk ışığında donarak zaten bir olan canlarını yitirdikleri için de şimdi onlara can veren toplumsal niteliğe bağımsız bir varlık yakıştırmaktadır". ADORNO, Minima..., s. 249.
(3) Bkz. WEBER, Protestan..., s. 24 - 25; KEAT - URRY, s. 219; EAGLATON, İdeoloji..., s. 218; MARCUSE, Tek..., s. 131; MULGAN, Antropolojik..., s. 92. "Hesaplanabilir bir hesap gereği faaliyetlerin ve hayatın kendisinin örgütlenmesi, mükemmel bir düzene sokmadır; Tanrı'nın kosmos ölçeğinde yerine getirdiği 'büyük saatçi' çalışmasının insan bu sayede kendi yaşam ölçeğinde yaklaşıyordu". Bkz. GORZ, İktisadi..., s. 141. Ayrıca bkz. TOURAINE, s. 217, 247; BOOKCHIN, Özgür..., s. 399; Horkheimer, s. 70 - 79; BROWN, s. 17; HEIDEGGER, Sanat..., s. 18-19; LUKACS, Tarih..., s. 168; GOLDMAN, Diyalektik..., s. 110.

"söz konusu olan 'işlevleştirilmiş' karaktere bağlı ya da psikolojik tüm özelliklerden tüm gerçek ve duygulandırıcı uyumdan arındırılmış, ama ideal ilişkinin hesaplanmış titreşimlerinden hareketle yeniden oluşturulmuş –kısaca varlığın ve görünüşün tüm aşırı ahlaki diyalektiğinden kurtarılmış ve yalnızca ilişkiler sisteminin işlevselliğinde yeniden oluşturulmuş insan ilişkisidir"[4].

İçinde insani zamanın yok olduğu, yalnızca şeylerin eylemde bulunduğu - Marxçı meta fetişizmi kategorisinde gerçek anlatımını bulan - bu şeyselleşmiş dünya tasarımı, tarih-üstü bir araçsal akılcılık söyleminde, hem işleyiş mekanizmasının yapısal gereklerini hem de içerdiği ekonomik yabancılaşmanın duru bilincinin yerine geçen bir ideolojik haklılaştırmasını bulacaktır. Araçsal rasyonalleştirme, nesnel bakımdan, tüm toplumsal işlevlerin - Arendt'ın imalatta (işleyimde) içkin olduğunu gösterdiği amaç ve araç düzeneğine benzer şekillerde - indirgenip parçalanması, birbirinden tamamen ayrılmış olan bu parçalanmış öğeler sisteminin rasyonel ve biçimsel yasalarına benzer şekilde aranıp bulunması anlamına gelir[5].

Araçsal-rasyonelleştirme projesi, toplumsal yaşamın, maliyetler (kâr/zarar) türünden hesaplamaya tabi tutulması, yani teknik karar verme ölçülerine bağımlı hale getirilmesi demektir. Bu ideolojik pratik, esas itibariyle, toplumu teknik bir nesneye dönüştürmek ister ve bu doğrultuda toplumsal yaşama canlılık veren ve ona değer katan özgül anlam bağlamlarını tasfiye etmeye yönelir. Gerçekten, araçsal rasyonalitenin kullanımı belli bir dünya görüşünü gerektirir. "Bu dünya görüşü üç kalemden oluşur. Birincisi, bütün fenomenlerin maddileştirilebileceğinin veya bütün fenomenlerin hareketsiz olduklarının varsayılmasıdır. İkincisi, matematiğin olayları tespitin en uygun yöntemi sayılmasıdır. Ve üçüncüsü, fiziğin yasalarının hem doğal hem de toplumsal olayları açıklayacağına inanılmasıdır. Bir araya geldiklerinde bu ilkeler, gerçekliği nesnelleştirirler. Bilme ve kavrama yeteneği teknik fonksiyonlarla eşitlenir. İşlemler sayılara dökülerek ve kesin şekilde yazılarak her bir faaliyet rasyonelleştirilir. Başından itibaren sayılarla ifade edilmeyen her şey reddedilir veya eğer mümkünse, sayılarla dile getirilebilir terimlere dönüştürülür. Bir anlamda, teknolojik rasyonalite akılla eş anlamlı hale gelir"[6]. Teknik nesneye yönelen bu bakış, "edilgen, sadece işleyişe dikkat eden, sadece yapıyla (parçalara ayırma, yeniden birleştirme) ilgilenen, arka planı olmayan ve tümüyle saydam yüzeyden ibaret olan bu gösteriden büyülenen bu bakış, toplumsal eylemin prototipi haline gelir"[7].

Bu bağlamda bütün gündelik yaşam, formalize edilmeye çalışılır. Bir başka anlatımla, insanın yaşamı ve bilinci, iktisadi rasyonalitenin gerekleri doğrultusunda biçimlendirilmek istenir. Zira, kapitalist yapılanma, hesaplanabilir teknik iş araçlarına olduğu gibi- hesaplanabilir bir hukuksal çerçeveyi ve biçimsel

(4) Bkz. BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 201. Aynı bağlamda bkz. HABERMAS, İdeoloji..., s. 56; KEAT-URRY, s. 219.

(5) LUKACS, Tarih..., s. 177; ARENDT, Gelecek..., s. 111 - 112; GOLDMAN, Diyalektik..., s. 116. "Ekonomik ussallık, ussal teknik ve ussal hukuk tarafından belirlendiği gibi, belirli biçimlerde, pratik ve ussal bir yaşam tarzı olan insanların yeteneklerine ve konumlarına da bağlıdır". Bkz. WEBER, Protestan..., s. 25; BROWN, s. 111-112; SARUP, s. 87.

(6) Bkz.MURPHY, s. 225. Aynı bağlamda bkz. ADORNO-HORKHEIMER, Aydınlanmanın I..., s. 44.

(7) LEFEBVRE, Gündelik..., s. 55. "Gösterdiği her şeyi bağlamından, geçişinden, amaçlarından ve sonuçlarından tecrit eder."bkz. DEBORD, s.141. Aynı bağlamda bkz. HABERMAS, İdeoloji..., s. 31.

kurallarla işleyen "işletme" biçiminde bir toplumu ön gerektirir[8]. Bürokratik teknik biçim, toplumsal yaşam ile varoluşun bütünlüğünü, her türlü özgüllüğü ve etkinliği şeyleşmiş nesnelliğe dönüştürme amacıyla bir egemenlik ve denetim nesnesi haline getirmeye çalışır. Böylelikle, bütün insan özneler, kendi yabancılaşmış varoluşlarının edilgen izleyicilerine dönüşürler. Habermas'ın söylediği gibi, "Amaç-rasyonel eylem, yapısı gereği denetim kurmaktır. Bu yüzden yaşam ilişkilerinin bu rasyonelleştirilmesi, politik olarak tanınmaz hale gelecek bir iktidarın kuramsallaştırılmasıdır."[9] Esas olarak teknikleştirme, öznenin kendi yaptığı etkinliklerde bulunmamasını amaçlar ve kişisel bir öznenin bulunmayışı ile kararlanır; kişisel bir öznenin bulunmayışı ise, kişisel olmayan bir özneye gönderme yapar[10].

Teknikleştirilmiş bir iktidar aygıtı, politik kamusal alanının dışlanması ya da göstermelik bir alana dönüştürülmesiyle eşgüdümlüdür. "Halk kitlelerinin politikasızlaştırılmaları aynı zamanda insanların kendi kendilerini nesneleştirilmeleri demektir"[11]. Tümüyle tekniğe bağımlı kılınmış bir toplumsal ortamda, toplumsal determinasyon öğeleri; alt edilmesi gereken engeller, denetlenmesi ve bilinçli eylem tarafından uyarlanması gereken veriler olarak değil, tümüyle belirleyici, gözetilmesi ve uyulması zorunlu ilişkiler olarak ortaya çıkar. Esasen, insanın hem nesnel açıdan hem de çalışma süreciyle olan ilişkisi açısından bu sürecin öznesi olmaktan çıkarak verili ampirik gerçekliğin mekanik sistemi içine yerleşmiş mekanik bir öğe rolüne indirgenmesi, teknolojik rasyonalitenin mantığında gizlidir[12].

Daha önce değindiğimiz üzere, piyasa mantığı, özdeşlik ilkesi temelinde işler; farklı fenomenleri birbirlerine eşitleyerek, dünyayı türdeş bir duruma getirmeyi amaçlar. Niceliklerin mutlak egemenliğinde, geriye yalnızca birbirleriyle değiştirilebilir ve birbirine özdeş "şeyler" kalır; bu, bir insan-nesneler dünyası üzerine kurulu bir ütopyadır. Burjuva ideolojisinde bu ütopya, olgusal bir gerçeklikmiş gibi algılanır ve kuramsallaştırılır: Şeyleşmiş dünya bütünüyle nesnel olmuştur; toplumu biçimlendiren teknik ya da araçsal rasyonalite, soyut (doğal) güçler olarak tikel toplumsal grup ve bireylerin dışında işlemektedir. Ve insan-özneler, bu işleyiş sürecinin doğurduğu sibernetik örgütlenimin şemalarında donup kalmış; yabancılaşmış varoluşları tarafından sindirilmiştir[13]. Adorna ile Horkheimer'in

(8) WEBER, Protestan..., s. 24 - 25; WEBER, Sosyoloji..., s. 150; WEBER, Toplum..., s. 326 - 327; LUKACS, Tarih..., s.177; HABERMAS, İdeoloji..., s. 31.

(9) HABERMAS, İdeoloji..., s. 32.

(10) Bkz. GORZ, İktisadi..., s. 154; LEFEBVRE, Gündelik..., s. 191; DESCOMBES, s. 81; WEBER, Sosyoloji..., s. 326-327; HABERMAS, İdeoloji..., s. 56; HABERMAS, Kamusallığın..., s. 167.

(11) Bkz. HABERMAS, İdeoloji..., s. 56, 85 - 86.

(12) Bkz. LUKACS, Tarih..., s. 165. Aynı bağlamda bkz. GORZ, İktisadi..., s. 60, 154; TURNER, Oryantalizm..., s. 171; MARCUSE, Us..., s. 227; HABERMAS, Kamusallığın..., s.167; LEFEBVRE, Gündelik..., s. 196; MURPHY, s. 32; HARVEY, s. 124 -125; ADORNO, Eleştiri..., s. 108; GOLDMAN, Diyalektik..., s. 107; COSTARIADIS, Toplum..., s. 120.

(13) Bkz. VANEGIEM, s. 89 - 103; JAKOBY, s. 71; SWINGEWOOD, s. 122 - 123; WAGNER, s. 52; EAGLATON, İdeoloji..., s.180 - 182; LARRAIN, İdeoloji..., s. 84; MARCUSE, Tek..., s. 10; ARENDT, Gelecek..., s. 91, 256; ARENDT, İnsanlık..., s. 418; BEST - KELLNER, s. 266; BROWN, s. 17 - 29; ADORNO- HORKHEIMER, Aydınlanma... I, s. 108; HORKHEIMER, Akıl..., 70; STAUTH-TURNER, s. 132; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 214; KELLNER, s. 228. "Şimdi duran ne ise, hatları çağcıl tekniğin özünün egemenliği tarafından çizilmektedir. Söz konusu egemenlik ise halihazırda yaşamın bütün alanlarında işlevsellik, yetkinleşme, otomasyon, bürokratlaşma ve enformasyon gibi sayısız biçimlerde sergiler kendini."bkz. HEIDEGGER, Özdeş..., s. 237.

söyledikleri gibi, "gerçekliğin meşruluğu, iktidara intibak ediş artık özne ile gerçeklik arasındaki diyalektik bir sürecin sonucu değildir, tersine sanayi çarkları tarafından üretilmektedir... serbest bırakılmış üretim devleri, bireyi, onun tatmin olmasını sağlamakla değil, özne olarak yok etmekle aşmıştır"[14].

Frankfurt Okulu ve Weberci perspektifte endüstrileşme, teknokrasi ve bürokrasi (ki Weber tarafından "rasyonelleşme", Frankfurt Okulu tarafından ise "araçsal rasyonalite" olarak formüle edilmiştir) görüngüleriyle ilintilendirilen çağdaş kapitalist toplum, sibernetik bir sistem olarak tasvir edilmiştir. Toplumun görünen biçimi ne olursa olsun rasyonelleşme süreci, bireylerin eylem ve bilgisinin dışında, geri çevrilemez bir güç olarak işlemektedir. Tamamen teknikleşmiş ve insan özneler üzerinde eksiksiz bir tahakküm kurmuş bir güç söz konusudur burada. Her şey ve her tekil varlık, yasaları ve işleyiş düzeneği birey zihinlerince kavranamayan bu soyut süreç tarafından yutulmakta ve her şey bu sürecin işlevleri derecesine düşürüldüğü (ya da insanüstü ve bütünsel sürece bir parça olarak katıldığı) oranda bir anlam bağlamına sahip olmaktadır. İroni şuradadır ki, bilinçten silindikten sonra öznenin kendini şeyleştirerek katılabildiği ve bir anlama kavuşturduğu bu teknik süreç, gerçekte tüm anlamlardan yalıtılmıştır. Çünkü, "anlamlılık"ın biricik zeminini oluşturan aklın kendisi, her şeyi kapsayan bu ekonomik aygıtın araçlarından biri haline gelmiştir[15].

Bu düzen, Weber'in söylediği gibi, tam anlamıyla çelikten bir kafes görünümüne sahiptir; mekanikleşmiş bir "taş kesilme" durumuna karşılık gelir. Herkes bu çelikten kafesin parmaklıkları tarafından biçimlendirildiğine göre de, sürekli bir gerilemeyle kendi üzerine kapanan bu sistemde tek değişiklik olanağı, sistemin kendiliğinden devinimde, kendi kendini yeniden üretme kapasitesinde saklıdır[16]. Heidegger'in terimleriyle deyimlersek, insanın, bir *el-altında-duran* olarak kavrandığı bu mutlak manipülasyon evreninde, yeni bir şeyin meydana gelmesi olanaklı değildir. Böyle bir perspektif yeni olanı öngörüp kavrayamaz; zira, yeni olan, devrimci ve yerinden edici değil, şeylerin aynı kalmasını sağlayan şeydir[17].

Bu noktada, akıl, nesnel içerikle bağlantısını koparan, kendi dışında belirlenen içeriklere boyun eğen, özerkliğini yitiren ve mantıksal formalizme bağımlı hale gelen bir araç olarak ortaya çıkacaktır. Aklın, etkili bir teknik araca dönüştürülerek kapitalist kategorilerle bütünleşmiş kavranışı, insanı, kendisine yabancı olan - bürokratik bir biçimde düzenlenmiş - bir teknik tahakküm sisteminin silik parçaları olarak kuramsallaştırılmasının dolaysız nede-

(14) Bkz. ADORNO-HORKHEIMER, Aydınlanmanın II..., s.107.

(15) Bkz.KELLNER, s. 228; HORKHEIMER - ADORNO, Aydınlanma... I, s. 45 - 48; SERES, s. 43; ARENDT, Gelecek..., s. 91; ARENDT, İnsanlık..., s. 418; BOTTOMORE, s. 38 - 39; VANEIGEM, s. 89; ADORNO, Minima..., s. 203, 238; GUATTARI, s. 24; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 214; FOUCAULT, Hapishanenin..., s. 273; HORKHEIMER, Akıl..., s. 67 - 82. "Sibernetik dünya tasarımının ana planı, geri beslemeli, bilgilendirmenin sürekli aktığı devinimlerden oluşan, özdenetimli bir çember düzenidir" bkz. HEIDEGGER, Sanat..., s. 22.

(16) Bkz. WEBER, Protestan..., s. 159 - 160; HABERMAS, İdeoloji..., s. 32 - 34; HABERMAS, Kamusallığın..., s. 167; DEBORD, s. 141; WEST, s. 93- 94; SKINNER, s. 84; LEFEBVRE, Gündelik..., s. 147; MARCUSE, Tek..., s. 10, 30; SARTORİ, s. 132; ADORNO, Minima..., s. 203, Aydınlanma... I, s. 48; HORKHEIMER, Akıl..., s. 67. "Meşrulaştırma ihtiyacı açısından bu kapalı sistem gerçekten de, kendi kendisini üreten ve kendi kendini sürdüren bir sistemdir; kendi gereklerini kendi üretir". Bkz. BAUMAN, Postmodern..., s. 227.

(17) Bkz. VATTIMO, s. 63; HORKHEIMER – ADORNO, Aydınlanma II..., s. 23; LATOUCHE,s. 33.

ni olacaktır. Bu kavrayış, toplumsal etkinliği tümüyle parçalayan ve toplumu çözüp yalıtılmış bireysel monadlara dönüştüren bürokratik bir yönetim aygıtının gittikçe yayılan hegemonyası altında, bireyin istemlerini savunmanın zorluğu, birey bilincinde derin bir kültürel travmanın doğmasına yol açacaktır[18].

Kapitalist toplumsal tahakkümün her alanda (emek, bürokrasi ve kültür endüstrileri) kurumsallaşması ve araçsal düşüncenin yükselen hegemonyası, toplumsal alternatiflerinden, alternatif düşünce ve eylem biçimlerinden yoksun dışsal bir işleyiş düzeneğine sahip tek boyutlu bir toplum tasarımına yol açmıştır. Bu toplum tasarımı ve buna ilişkin çözümlemeler hem Frankfurt Okulu'nun bazı temel yazılarında ve hem de Weber'de ağırlıklı olarak yer almıştır. Rasyonelleşmenin kaçınılmaz bir süreç, bir yazgıymış gibi algılanması aslında hegemonik erkin artık insana ve insanın dolayımlayıcı eylemliliklerine pek gerek duymadığının dolaylı bir ifadesinden başka bir şey değildir. Zira, kitle haline getirilen toplumun etkisi altında çözülen eleştirel bilinç ve özerk akıl bağlamında toplumsal iktidar şeyleşir; tanınmaz ve görünmez hale gelir. Bu haliyle iktidarın şeyleşmesi, hegemonya olgusunun toptan yadsınması anlamına gelir; kapitalist devlet, sivil toplumu baskılar ve onu adeta içinde eritir. Sivil toplumun siyasal toplumun bütünsel baskısı karşısında bu şekilde çözülmesi, özerk bireyin yaygın yönetsel aygıtın ağırlığı altında ezilmesini beraberinde getirir[19].

Weber'den farklı olarak, Frankfurt Okulu, çağdaş toplumsal sistemi tanımlayan teknoloji nitelemesinin daima tarihsel ve toplumsal bir tasarıma karşılık geldiğini ve egemen gücün iradesi ile dolayımlandığını vurgulamıştır. Örneğin, Adorno, "örgütün kaçınılmazlığından söz edilirken önemli bir nokta unutuluyor, örgütün bir toplumsallaşma, insanlarca insan için yaratılmış bir şey olduğu (nu)..." söylemek suretiyle bu dolayımlanmaya işaret etmektedir[20]. Ancak, Frankfurt Okulu'nun çalışmalarında bu teknolojik toplum tasarımının içkin dinamik öğeleri her zaman belirsiz ve çözümlenmemiş olarak bırakılmıştır. Okul'un genel eğiliminde etkin tarihsel öznenin/failin kaybolması düşüncesinin merkezi önemde yer alması ve egemen gücün kişisel olmayan bir özne (bilimsel-teknolojik ussallık) biçiminde temellendirilmesi, iktidarı tanımlanamaz kılmaktadır. Bu durum, iktidarı, karşı konulamaz bir konuma (daha doğrusu konumsuzluğa) yerleştirir. Esasen, Frankfurt Okulu'na göre, aklın nesnelleşmesiyle/araçsallaşmasıyla bir-

(18) Bkz. ANSEL-PEARSON, s. 22; BOOKCHIN, Özgürlüğün..., s. 341, 399; HORKHEIMER, Akıl..., s. 67 - 82; HARVEY, s.124-125; JAKOBY, 71; BROWN, 29. ADORNO'nun söylediği gibi, "satılabilirliğin bir özsel haline geldiği koşullarda canlı da, bir canlı olarak bir şeye, bir akte dönüşmüştür (...)Bu yeniden örgütlenmede, işletme yönetimi olarak ego, kendi varlık ve etkinliğinin büyük bir bölümünü iş mekanizması egoya devreder ve büsbütün soyutlayıp bir referans noktası haline gelir". ADORNO, Minima, s. 238.

(19) Bkz. WEBER, Protestan..., s. 159; MARCUSE, Tek..., s. 10-30; WEBER, Sosyoloji..., s. 150, Toplum..., s. 326-327; ADORNO, Minima..., s. 23, 39, 212-249; DELEUZE-GUATTARI, Kapitalizm I..., s. 44-48; ARENDT, Gelecek..., s.111-112; ARENDT, İnsanlık..., s. 418; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 214, 239; HORKHEIMER, Akıl..., s. 45-46. Yorumlamalar için bkz. LARRAIN, İdeoloji..., s. 212; ADORNO, Eleştiri..., s. 108; HOBSBAWN, Küllerden..., s. 213; CALLINICOS, s. 147; STAUTH-TURNER, s. 189; WEST, s. 93-94; BEST-KELLNER, s. 263-267; JACOBY, s. 20-21,65-71; SWINGEWOOD, s. 122-23; LUNN, s. 291-98; BROWN, s. 29; BOTTOMER, s. 38-41; TURNER, Oryantalizm..., s. 171; GORZ, İktisadi..., s. 153; CLEAVER, s.42.

(20) Bkz. ADORNO, Eleştiri..., s.10. Ayrıca bkz. MARCUSE, Us..., s. 227; ADORNO - HORKHEIMER I..., s. 108, 123; HORKHEIMER, Akıl... , s. 82.

likte insanlar arası ilişkiler, hatta bireyin kendisi ile olan ilişkisi gizemli hale gelir. Buna yol açan kapitalist modernliğin bunaltıcılığından çıkış yolu yoktur; bu durumda yapılacak tek şey eleştiri görevini yerine getirmektir.[21] Son çözümlemede, Eleştirel kurama göre, çağdaş bürokratik toplumda, Marxçı meta fetişizmi kategorisinin merkezinin üretim sisteminden tüketim sistemine kayması, kapitalist toplumsal yapıyı, sermayenin tahakkümü altında kendi kendini yenileyen ve dengeleyen bir dolaşım sistemine dönüştürmüştür[22] .

Kapitalist anlamın global ölçüde hegemonik güç olarak ortaya çıkması, bizi girdabına alması; ekonomik, kültürel ve toplumsal yaşamın tüm boyutlarına hatta birey psikolojisinin en bilinçdışı öznel katmanlarına sızması, kapitalizmin hiçbir şekilde bütünsel (total) bir massedici gerçeklik haline geldiğini göstermez. Kapitalist tahakküm yapısının ideolojik pratiğinde biçimlendirilen bu bütünsel hegemonik gücün, dünyanın nesnel bir gerçekliği haline gelerek gerçeklikle yer değiştirip bizatihi gerçekliğin asıl onun ideolojisi haline dönüştüğü iddiası kabul edilemez bir iddiadır. Bu iddia kabul edilemez; çünkü, "hiçbir üretim tarzı, dolayısıyla hiçbir egemen toplumsal düzen ve dolayısıyla hiçbir egemen kültür insani pratiğin, insani enerjinin ve insani amacın tamamını gerçeklikte hiçbir zaman kapsayamaz ve tüketemez"[23]. Türdeş olmayış ile kararlanan toplumsalın dip çizgisi, - her zaman şu ya da bu ölçüde kendi içinde toplumsal düzenin dışladığı, bastırdığı ya da yalnızca ayırdına varamadığı - çeşitli karşıt güçler ve yeni eğilimler barındıran/geliştiren bir pratik bilinç içerir[24]. Braudel'in söylediği gibi, hiçbir kültürel sınır kapalı ya da geçirimsiz değildir. Toplumsallığın, onu biçimlendirmeye çalışan ideolojiler içinde erimesinin olanaklılık kazanması durumunda, onun varolmaya devam edebileceği düşünülemez. Bütünsel bir özümsenme, bu özümsenmenin ayırdında olmama olacaktır. Bir durumu tümüyle şeyleşmiş ya da yabancılaşmış olarak nitelendirmek, örtük biçimde, bunun alternatifini temsil eden ve dolayısıyla bizim yabancılaşmışlığımızın ölçütü olan alternatif pratik ve olanaklara gönderme yapmak demektir.[25] Kendiliğindelik teriminde işleyen bir akış anlamında "süreç" olgusuna tarihte yer yoktur. Böylesi bir tablo, olsa olsa mekanik eylemler için geçerli olabilir ve toplumsal denetimin ya da bilinçli yönlendirme unsurlarının eksikliğini ifade eder[26].

(21) Bkz. BOTTOMORE, s. 39-41; JAY, s. 180; STAUTH - TURNER, s. 189-201. Gerçekten de Frankfurt Okul'undaki "tahakküm" kavramı, tahakküm edileni fiilen etkin bir tarihsel özne olarak ortadan kaldıracak denli bütenseldir. Bkz. CLEAVER, s.42.

(22) Bkz. BEST-KELLNER, s. 267; LUNN, s. 291-298; LARRAIN, İdeoloji..., s. 84; STAUTH - TURNER, s. 43; CALLINICOS, s. 147; SWINGEWOOD, s. 122-123; JACOBY, s. 20; BOOKCHIN, Özgürlüğün..., s. 28. Üretim alanıyla hayatın diğer alanlarının arasındaki ilişkinin tüketim ilişkilerinin usdışılığında algılanmasının zorlaşmasıyla ilgili olarak bkz. BROWN, s. 111-112.

(23) Bkz. WILLIAMS, s. 132. Aynı bağlamda bkz. EAGLATON, İdeoloji..., s. 77, 166-167; AMIN, Kaos..., s. 66; GUATTARI, s. 24; BOOKCHIN, Toplum..., s. 74; ANDERSON - WOOD, s. 50 - 51; GILLS-ROCAMORA-WILLSON, s. 14; LARRAIN, İdeoloji..., s. 212; WAGNER, s. 52; COSTARIADIS, Toplum..., s. 29; LUKACS, s. 287; HALL, Kültür..., s. 224; BRAUDEL, Us..., s. 38; CHARTIER, s. 29.

(24) Bkz. WILLIAMS, s. 125; JAMESON, Postmodernizm..., s. 506 – 507; CAUDWEL, s. 82.

(25) Bkz. BAUDRILLARD, Us..., s. 38; WAGNER, s. 52; CHARTHER, s. 29; EAGLATON, İdeoloji..., s. 77; CALLINICOS, s. 191; LEFEBVRE, s. 97.

(26) Bkz. GRAMSCI, s. 104-105; LUNN, s. 103; LUKACS, s. 287; AMIN, Bugün..., s.. 83; HARMAN, s. 138 - 139; FRANK, Demokratik..., s. 73; ADORNO, Eleştiri..., s. 100;

Toplumsal sürecin mantığını ve biçimlerini bilebildiğimiz ölçüde dünyada bulunduğumuz yerden ve kimliğimizden emin olabiliriz. Gerçekten, ancak bu bağlamda hangi insani olanakların ortaya çıkarıldığı ve varoluşumuzun hangi yön doğrultusunda ilerlemekte olduğu konusunda uslamlama yürütebilir ve dünyayı bir bütünlük temelinde açıklayabiliriz. Başka bir anlatımla, insani kimlik ve genel anlamda varoluş sorunu, toplumsal sürecin mantığının çözümlenmesine gönderme yapan bir muhakeme temelinde mümkün olabilir. Aksi takdirde, yani toplumsal süreç, kendi bağlamından kopartılarak kendiliğinden işleyen soyut mantığa sahip bir oluşum olarak öngörüldüğünde, bütün ilişkiler nesneler arası ilişkiye dönüşür. Bu durumda geriye, söz konusu ilişkilerin süregen üretimi ve yeniden üretimden başka bir şey kalmaz.

Kendi üzerine kapanan, kendinden başka bir niteliğe ve anlama sahip olmayan, bütün anlam bağlamlarını kendi içinde eriten böylesi bir toplum, insanların kavrayış, denetim ve yönetimin dışında kalan yabancı ve yıkıcı bir güç olarak ortaya çıkar. Kendisine, toplumsal dünyanın örgütlenimi hakkında sistematik bilginin elde edilemez olduğu fiksiyonunu temel alan bu söylemsel inşada, insan olma durumunu etkin-dönüştürücü eylemle ortaya koymaya yönelik kesin isteğin kaybolduğu düşüncesi içkindir. Larrain'ın da ifade ettiği gibi, "hızla değişen ve yön duygusunu kaybeden dünyada bütünlük hedefi nihai olarak aşılmıştır, bu gerekçeyle bize bireyin nasıl istediği ve faaliyet gösterip göstermemeyi isteyip istemediğini bilme yeteneğinin de aşıldığı söylenir"[27].

Toplumsal bütüne ilişkin toplumsal bilgi edinme olanağının yadsınması, praksisin tutunumunu ve birliğini çözer; insani etkinliğin sonuçlarının öndeyilenemeyeceği düşüncesini doğurur. Bunun sonucunda toplumsal dünya ya her insani eylemle, çeşitli istenmeyen ve beklenmeyen sonuçlara sürüklenen, tümüyle süreksiz bir şey olarak görülür; ya da, insan eylemleriyle değiştirilmesi ve hatta etkilenmesi bile olanaksız son derece de güçlü ve kendi yapısından kaynaklanan dinamiklere göre işleyen dışsal bir düzenek olarak ortaya konur[28]. Bu durum genel bir anlam kaybına yol açar; özel alanda kişisel kimliğin ve kamu alanında anlamlı bir politik hayatın kaybı biçiminde belirginleşen bu toplumsal çözülme ve parçalanma evresinin dolaysız sonucu olarak insanlar ya "konformizm"e ya "totaliterlik"e ya da "ben teknikleri"ne yönelirler. "Eş deyişle, yapıtlar yaratan etkinliğin yerini kendi iç dünyasına dalmış bir edilgenlik, göstergelerin, gösterilerin, ürünlerin, aynı zamanda yapıtların doymak bilmeden tüketilmesi alır. Verimsiz bir tüketimdir bu: Tarihin yapıtlarının ve üslupların tüketimi üzerinden yaşayan bu tüketim tarihi yadsır, artık yapıtları anlamaz, onların varoluş koşullarını reddeder ve çürütür."[29]

Etkin ve yaratıcı insan imgesi ile birlikte bir bütünlük olarak toplum katego-

(27) Bkz. LARRAIN, İdeoloji..., s. 212; BROWN, s. 119; DAVIDOV, s. 15; MULGAN, Antropolojik..., s. 33-34; COSTARIADIS, Toplum..., s. 186; ANSELL-PEARSON, s. 192; LEFEBVRE, s. 163; WAGNER, s. 249; THOMPSON, s. 103; LUKACS, s. 100-101; JACOBY, s. 71; GORZ, s. 115- 116; GIDDENS, Modernliğin..., s. 105.

(28) Bkz. HIRSCHMAN, s. 85; LUKACS, Tarih..., s. 100 - 101; BAUDRILLARD, Simülakrlar... , s. 187; EAGLATON, Postmodernizm..., s. 42 - 43; BAUMAN, Modernite..., s. 139; MULGAN, Antipolitik..., s. 82; SEGAL, s. 148.

(29) Bkz. LEFEBVRE, s. 191. Aynı bağlamda bkz. BARBER, s. 51; ADORNO, Minima..., s. 14, 66; HABERMAS, İdeoloji..., s. 88; LUKACS, s. 100-101; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 96; KING, s. 33; LATOUCHE, s. 11; SENNET, s. 275; BENTON, s. 262; BROWN, s. 110; TAYLOR, Modernliğin..., s. 93; GUEHENNO, s. 72; SCHNAPPER, s. 19, 209.

risinin parçalanması ve aşınması, bireyleri, içinde bulundukları siyasal toplumla kendilerini özdeşleştirmekte güçlük çektikleri, ona yabancılaştıkları bir ruh hali içinde bırakır. Hiçbir toplumsal kategori, hiçbir söylem ve hiçbir yaşam deneyiminin insanlara ortak amaçlar oluşturma ve ona yönelme olanağını bırakmadığı bu dünya, aslında yaşam dünyasından bir şey içermemekle nitelenir.Bu dünya, daha çok yaşam dünyasının acı veren yokluğu içinde, bir yakınma durumuna tutulup kalma olarak yaşanır. Baudrillard'ın söylediği gibi, çözülmüş toplumsal sistemlerde "melankoli, ani bir duyarsızlaşma ve sessizlik biçimidir. İyiyle kötü, doğruyla yanlış arasındaki dengeyi koruyabilme ya da buna benzer değerler ve amaçlardan umut kesildiğinde geriye kalan şeydir. Çünkü sistem her yerdedir ve her zaman güçlüdür ve egemen bir konumdadır"[30].

Kişi-dışı yaşantının anlamsız ve baş edilemez bir "metafizik bela" olarak görülmesi, benliğe ilişkin deneyimin ön plana çıkmasına ve tüm toplumsal görüngülerin, kişisel anlam kodlarıyla üstesinden gelinemeyecek kişilik sorunlarına dönüştürülmesine yol açacaktır. Başka bir deyişle, dünyanın bu şeklide algılanmasının birtakım politik sonuçları vardır. Bunlardan en başta geleni, kollektif sorunların kollektif yanıtlarla değil de, bireysel yanıtlarla üstesinden gelinebileceği eğilimine yol açmasıdır. Gerçekten de toplumsal ve ekonomik yaşam üzerindeki denetimin yitirilmesi, bireysel bilincin öznel kesimiyle sınırlanma, nesnel olgulara bir öznel gerçeklik görünümü verebilir. Toplumun, piyasanın dolayımında içeriğinden arındırılmasıyla, yapısını, bütünlüğünü ve biçimini yitirmesiyle birlikte içeriksizleşen bireysel ego, "dayanışma-kırıcı", "tarih-dışılaştırıcı" ve dolaysız siyasallık idealini reddeden gerçeğin biricik temeli olarak ortaya çıkar. Sonunda varılan şey, "bırakınız yapsınlar bireyciliğinin" egemen bireyi ile özdeş olan küçük burjuva girişimciliğinin benliğidir. Marx'ın çok önceleri söylediği gibi, bencil insan, çözülmüş bir toplumun edilgen varlığı, dolaysız belliliğin hedefi ve böylece maddi, kişisel ve dolaysız varlığı olan doğal bir şeydir[31].

Geçmişten kaynaklanan hüzün ile geleceği düşleyebilmenin zorluğuna ilişkin umutsuzlukla nitelenen ve aslında bireyin yitip gitmekte olduğu bu kayıtsızlık evreni, aslında her şeyin mümkün görüldüğü radikal bir bireycilik ortamı olarak belirir. "Artık kolektif yaşamdan duyulan korku; fiziksel olarak tüketimdeki bir bireyselleşme ve her tür malın ve yeni nesnenin bir güvenlik örtüsü tarafından bertaraf edilir."[32]

"Bazıları daha dikkatli, bazıları ise büyük tasarıların sonuçlarından ürküyor. Kimileri politikayı tümüyle terk ederek günlük ve kişisel uğraşlara dalmış, kimileri için ise belirsizlik iyiliği kökten dilde gördüğümüz yalın basit inançlarda kesinliklerin ısrarlı arayışını besliyor". MULGAN, Antipolitik..., s. 82

(30) *Bkz. BAUDRILLARD, Simülakrlar..., s. 191; GUATTARI, s. 23; COSTARIDAS, Toplum..., s. 278; LEFEBVRE, s. 75, 116; ADORNO, Minima..., s. 14; BENTON, s. 262; KAMPER, s. 110; SEGAL, s. 148; TAYLOR, Modernliğin..., s. 93; TOURAINE, s. 208; ANSELL - PEARSON, s. 22, 192; JAMESON, Postmodernizm..., s. 405; GORZ, İktisadi..., s. 116; MONAD, s. 156; MULGAN, Antropolojik..., s. 33. "Baskıcı bir toplum egoyu akıldışı bir şekilde varolacağı bir gereksinmeye bilinç dışılığa sevk eder. Ayrılmaz şekilde bağlantılı olan eleştirel bilinç ve özerk ego, kitle haline getirilen toplumun etkisi altında çözülür". JACOBY, s. 71.*

(31) *Bkz. MARX, Yahudi..., s. 41; GUATTARI, s. 23; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 176; MONAD, s. 35; SENNET, s. 275; BAUMAN, Postmodern..., s. 11; BOOKCHIN, Toplum..., s. 72; GOLDMAN, Diyalektik..., s. 113; ADORNO, Minima..., s. 155-156; BARBER, s. 54; BOOKCHIN, Özgürlüğün..., s. 238; JAMESON, Yeni..., s. 133.*

(32) *Bkz. JAMESON, Yeni..., s. 33; ADORNO, Minima..., s.155; BENJAMIN, s. 166; JAMESON, Postmodernizm...,.s.405; BAUDRILLARD, Tüketim..., s. 176; LEFEBVRE, Marx'ın..., s. 116; MEGILL, s. 186.*

Hukuk Çatışması Kavramı, Sorun ve Çözüm Önerileri

Dadaşhan Celaleddin Kavas(*)

I. Giriş

Her fırsatta söylenegelen bir ifade var: Hukuk herkese lazım. Hukukun her insan için bir ihtiyaç oluşunu, insanın sosyal bir varlık olarak kabul edilmesinden yola çıkarak da tespit etmek mümkün. Çünkü hukuk tek başına yaşayan insanlar için söz konusu olamaz. Tek başına yaşayan insan, tabiat şartlarının ve kendi ahlaki sınırlandırmalarının dışında hiçbir engele takılmaksızın, serbestçe davranabilir. Ancak insanın gerçekliği onun tek başına yaşamasını imkânsız kılmaktadır. O halde tabiat şartlarının veya psikolojik sınırlandırmaların haricinde insanın davranışlarının sosyal normlarla sınırlandırılması zorunluluğu da vardır. Bu çerçevede, klasik açıklamalardan da hatırlanacağı gibi; her insanın, sosyal hayat içerisinde, bir diğerinin hakkına tecavüz etmemek kaydıyla serbestçe davranabileceği ifade edilmektedir. Ancak bu hakların nasıl belirleneceği, nerede başlayıp nerede biteceği, herkese bu haklardan nasıl dağıtılacağı, bu hakların belirlenmesinde ve dağıtılmasında (yahut tanınmasında) hangi ölçütlere başvurula cağı tarih boyunca tartışılagelmiştir.

Bütün bu tartışmalar, felsefe tarih boyunca, felsefenin de doğası gereğ olarak, nihai bir noktaya ulaşmamış öte yandan aynı tarih boyunca, felsefe nin vereceği cevabı bekleme imkân bulmaksızın, toplumlar kendi sosya düzenlerini kurmuş ve hukuka başvura rak bu düzenlerin sağlıklı biçimde yü rütmeye çalışmışlardır. Bunu da kend adalet anlayışları ve yargılama sistem leri içerisinde sağlamışlar, felsefe tarih kaynaklarındakine benzer hak ve adale tartışmalarına girme ihtiyacı hissetme mişlerdir.[1] Felsefi tartışmalar, toplum sal gerçeklik içerisinde, insanların ada let ve hukuk düşüncelerini etkilemişs bile bu etkinin ciddi boyutlara ulaşmas belki yüzyıllar almıştır. İşte bu sebep lerle hukuka ve adalete ilişkin tartışma lar, çoğu zaman toplumsal gerçekliğin ötesinde yer almış; ideal, beklenen, öz lenen hukuk ile var olan, uygulanan hu kuk arasında ayrımlar ortaya çıkmıştır

Buradan yola çıkarak, tarihsel süre içerisinde, her zaman olmasa bile uzu dönemler boyunca, toplumların, huku ve adalete ilişkin beklentilerini kenc

(*) *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi.*

(1) *Bu noktada belki, toplumsal yaşam içerisinde de adalet ve hak tartışmalarına girildiği, zaten bu tartışmal rı yapan kimselerin ister istemez felsefe tarihi içerisinde, filozof sıfatıyla yer aldığı ileri sürülebilir. Mese Sokrates, bizzat sosyal yaşamın içine dalarak ve kendini toplumsal gerçeklikten soyutlamayarak bu konı ları tartışmış, hem de bu tartışmaları halktan kimselerle yapmıştır. Ancak, böyle münferit tartışmalar söz k nusu olduktan hemen sonra, artık sosyal hayatın dışında devam etmek zorunda kalmış; çünkü hakların adalet beklentilerinin karşımıza çıktığı sosyal olaylar bu tartışmaların nihayete ermesini hiç beklemeksiz yargılama süreçlerinde yerlerini almıştır bile.*

geleneksel yapıları içerisinde karşıladıklarını görmekteyiz. Belki de toplumsal gerçeklik düzleminde, kendiliğinden ve ahenk içinde varlığını sürdüren sosyal normlara ilişkin tek sorun, zaman zaman siyasi iktidarların, bu normların kendiliğinden gelişimine el atmalarıyla meydana gelen karışıklıklar ve huzursuzluklar olmuştur. Çünkü tarihsel seyri içinde hukuk ve adalet beklentileri, önemli ölçüde geleneksel ahlak anlayışları ve dinsel inanışlarla beraber süregelmiş, beraber değişikliklere uğramıştır. Hâlbuki siyasal iktidarlar, hukuk düzenlemeleri yapmaya giriştiklerinde, ahlak ve din kurallarının uzun zaman gerektiren değişim süreçlerini beklemeden, siyasi amaçları doğrultusunda hareket etmişlerdir. Hukuk ve adalete yönelik sorunlar da genellikle bu noktalarda doğmaktadır.

İşte bu bağlamda, özellikle Yeniçağ ile birlikte, hukukun dinsel ve geleneksel kaynaklarından kopartılarak, akla ve zaman zaman ideolojilere dayanan, seküler bir anlayışa göre düzenlenmesi, yukarıda bahsettiğimiz sorunun istisnai ve dönemsel olmaktan çıkıp kronikleşmesine yol açmış[2], hukuk düzeni ile toplumsal gerçeklik arasında meydana gelen kopukluğun nasıl giderileceğine dair felsefi ve sosyolojik tartışmaların önemli ölçüde artmasına sebep olmuştur. Ancak çözüm arayışları da ideolojik anlayışlardan bağımsız bir şekilde yürütülememiş, son yüzyıl içerisinde özellikle sosyal ve liberal teoriler hukukun yaşadığı sorunların nasıl çözüleceğini kendi ideolojik anlayışları doğrultusunda aramaya koyulmuşlardır. Yani sorunların çözümü, sorunların kaynağı olan yerlerde aranmıştır.

Bizim bu çalışmada hedeflediğimiz şey, yaşanan sorunun çözümünü, herhangi bir felsefi / ideolojik dayanaktan ve belli bir dünya görüşüne mensubiyet bağından tamamen uzak bir biçimde, hukukun orijininde yer alan özelliklere başvurarak tespit etmektir. Bu amaç doğrultusunda yapılması gereken şey belki öncelikli olarak hukukun ne olduğunu, hukukun orijininde yer alan özelliklerin neler olduğunu araştırmaktır. Ancak biz burada sadece tespit edilmiş olan sorunun çözümüne dair ne gibi metotlara başvurulabileceğini ele alacağız. Bunu yaparken, adalet, hakkaniyet gibi kavramlara değinmekle beraber bu kavramlara dair felsefi değerlendirmeye girmeyeceğiz. Zira bu başlı başına ve apayrı bir konudur ve bu sebeple çalışmamız felsefi yönden ucu açık biçimde kalacaktır. Dolayısıyla, adaletin, hakkaniyetin ve hukukun ne olduğuna dair soruları bizden önce cevaplamış olanların açıklamalarına başvuracağız. Ne de olsa, özgün olabilmek, bu soylu akrabalıktan kendimizi soyutlamamızı gerektirmemektedir.

II. Sorun / Hukuk Çatışması

1. Sosyal Normlar ve Aralarındaki İlişkiler

Zaman zaman hukuk uygulamalarının toplumun geleneksel ve dinsel anlayış ve beklentileriyle örtüşmediğini ve hatta çatıştığını görmekteyiz. Çünkü pozitif hukuk dışındaki diğer sosyal yapılar da normatif değere sahiptirler. Bu aşamada karşımıza çıkan ilk sosyal olgu davranış örüntüleridir. "Davranış örüntüsü, aynı davranışta bulunan insanların sürekli yinelemeleri yoluyla biçimlenmiş veya formlaşmıştır."[3] Tanımdan yola çıkılarak ulaşabileceğimiz bir sonuç davranış örüntülerinin, gündelik yaşam içerisinde sayısız denecek kadar çok olmasıdır. Tüketim alışkanlıkları ve tercihlerinden manevi değer yargılarına, inanç ve düşünce kalıplarına kadar geniş bir yelpazede davranış örüntülerini gözlemlemek mümkündür.[4] Burada özellikle üzerinde durmak istediğimiz konu ise, davranış örüntülerinin normatif yönüyle belirginleştiği biçimleridir.

Bunlar içinden öncelikle örf ve adetleri ele alabiliriz.[5] Âdetler, çoğu zaman yerleşmiş davranış kalıpları olarak karşımıza çıkmaktadır. Örfler ise, mevcut adetlerin "doğru", "yanlış" tarzında değer yargıları ile birlikte varlık bulması durumunda söz konusu olmaktadır.[6] Bunlar genel olarak sosyal hayatta davranışlarımızı etkileyen davranış normlarıdır. Davranış örüntüleri, aynı zamanda normatiftir. Çünkü örüntüler bir başka şeyi formlaştırmada bir model veya rehber olarak kullanılmaktadır. İnsanların davranışları ile ilgili beklentilerimiz, yani onların tabii olarak ve sosyal hayatın, kültürün ve manevi etkilerin oluşumunda etkili olduğu davranış örüntüleri çerçevesinde nasıl davranacaklarına dair beklentiler, aynı zamanda davranışlara yönelik gerekliliklerdir de içerir.[7] Öte yandan kültür, toplum üyelerinin yaşam tarzlarını belirleyen bir olgu olduğu gibi, yapılması gereken veya yapılmaması gereken davranışları, yani sosyal normları bünyesinde barındırmaktadır.[8]

Örf ve adetler, içeriklerine ve yapılarına göre zaman zaman siyasi rejimlere *rağmen* yaşama alanı bulmaktadır. Hatta yok edilemeyen bu örf ve âdetler siyasi rejimleri de değişikliğe uğratabilmektedir. Ayrıca örf ve âdetlerin yazılı

(2) Bkz. Ali Şafak Balı, Hukuk, Konya, 2005, s. 93–96.

(3) Joseph Fichter, Sosyoloji Nedir?, Çeviren: Nilgün Çelebi, Konya, 1990, s. 77. (Kaynak metindeki cümlede "sürekli" kelimesi yanlışlıkla "rürekli" şeklinde dizilmiş.)

(4) Fichter, s. 77–78.

(5) Fichter davranış örüntülerinin çeşitlerinden bahsederken (Çelebi'nin çevirisiyle) töre, folkway ve görenek olarak üç gruba ayırmıştır. Töreyi en zorlayıcı ve en zorunlu davranış örüntüleri olarak tanımlamaktadır. Folkway ise daha az zorlayıcı niteliktedir. Gülme, alay etme, dedikodu gibi tepkilere yol açar. Folkwayi gelenek olarak da Türkçeleştirebiliriz. Görenek ise en az zorlayıcı nitelikte örüntülerdir. Uygunluk ve yaraşırlık gibi eylem tarzlarına dayanmakta olup, alışkanlıklara dayalı olan bir içeriğe sahiptir. Fichter, s. 79–80. Sonuç olarak Fichter, bizim de katıldığımız şu görüşü ifade etmektedir: "Bu tip düşünme tarzlarına görgü kitaplarında uzun uzadıya yer verilir. Kavramsal örüntülerin bu kategorileri, aslında empirik olarak pek incelenmemiştir. Ama yine de herkes inanması gereken kavramları genel çizgileriyle de olsa tanır, bilir. Bir sigara markasını, bir TV programını veya bir ayakkabı modelini yeğleme, toplumun daha önemli değerleriyle çatışmaz. Görüş farklılığına gösterilen hoş görünün artışıyla kavramsal davranış örüntülerinin önemnin azalması, birliktelik gösterir." s 80. Bierstedt ise genel olarak sosyal düzen içerisinde karşılaşılacak bütün normları bir arada ele almış ve on dört çeşit norm türü tespit etmiştir. Robert Bierstedt, The Social Order, New York, 1957, s. 178. Bu norm türlerini Türkçe'ye aktaracak olursak görülecek olan şey bunların birbiriyle çok benzeştiği ve kesin çizgilerle ayrılamadığıdır. Kaldı ki böyle bir sınıflandırma yapacak olduğumuzda farklı toplumların kendine özgü yapılarının bu sınıflandırmada farklılıklara yol açabileceği ve olgusal nitelikte evrensel bir ölçütün tespitinde sıkıntılar çıkabileceği görülmektedir. Zira Bierstedt yukarıda verdiğimiz normları tespit ettikten sonra durumu özetlemektedir. "Görünen o ki, böylesi bir liste sistematik amaç açısından hiç de tatmin edici değildir, çünkü bu kelimelerden bazıları neredeyse eşanlamlıdır ve her halükarda birbiriyle çakışacaktır. Maalesef, sosyoloji metinlerinde bu normların standart bir sınıflandırması mevcut değildir ve her sosyolog az çok farklı listeler ortaya koymuştur. Biz yine de, bütün normların ayrıca tartışabileceğimiz belli başlı temel kavramlar altında -gelenekler, davranış kalıpları ve kanunlar- sınıflandırılabileceğini söyleyerek bu ayrıntıların ve anlam kargaşasının üstesinden gelebilmeliyiz." s. 178.

(6) Mustafa E. Erkal, Sosyoloji (Toplumbilimi), Genişletilmiş 6. Basım, İstanbul, 1995, s. 27; Yasemin Işıktaç, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İkinci Basım, İstanbul, 1997, s. 36; Ünver Günday, Din Sosyolojisi, 3. Baskı, İstanbul, 2000, s. 21; "Esasen bir norm olarak, 'olması gereken'i göstermek, örfü alışkanlıktan ayıran bir özelliğidir." Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 5. Baskı, İstanbul, 1985, s.84,

(7) Fichter, s. 83.

(8) Anthony Giddens, Sociology, Cambridge, 1989, s. 31.

hukuka zaman zaman kaynaklık ettiğini de görmekteyiz.[9] Dolayısıyla pozitif hukuk sistemleri ile örflerin, adetlerin olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu ortadadır.

Örf ve adetler dışında pozitif hukuk ile olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olan bir diğer normatif kaynak, din kurumudur. Din kuralları sadece inananların Tanrı ile arasındaki ilişkilerini değil aynı zamanda diğer insanlarla ilişkilerini düzenler. Dolayısıyla din kuralları da toplumsal düzeni belirleyen bir yapı teşkil eder.[10] Her şeyden önce din; sevap-günah, helal-haram gibi davranışsal değerler ortaya koyarak normatif bir yapı meydana getirmektedir. Bu yönüyle dinin önemli bir sosyal kontrol mekanizması olduğu da ortadadır.[11] Her ne kadar kültür insan ürünü bir olgu olsa da[12] kültürel unsurları oluştururken insanlar dinlerden etkilenmiş veya dinleri kültürleştirmiş olabilirler.[13] Dolayısıyla kültürleşmiş yanıyla din, örf ve adetleri de belirleyebilmektedir. Örneğin dini bir davranış olan ve ibadet unsuru olarak sayılabilecek "ezan"ın, zaman içerisinde ortaya çıkan kendine özgü kültürel etkileri[14] var olduğunu söyleyebiliriz. Ezan okunduğu zaman insanların, müzik seslendiren cihazları susturmaları, enstrüman çalmayı veya dinlemeyi terk etmeleri, her ne kadar din kuralları içerisinde veya dini kaynaklarda mevcut olmasa da kültürel birikimin, dolayısıyla geleneğin ürünü olan sosyal bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Pozitif hukuk tarafından yasaklanmamış veya herhangi bir müeyyideye tabi tutulmamış olsa da ülkemizin her şehrinde (bazı marjinal eğlence yerleri haricinde) bu normun yaygın biçimde yaşama alanı bulduğu, kendini dindar sayan, saymayan hatta Müslüman olan olmayan hemen herkesin bu kurala riayet ettiği gözlenmektedir. İşte bu bahsettiğimiz kültürleşmiş yönleri dışında dinin, orijinal haliyle ve temel prensipleriyle de insanları belirleyen ve yönlendiren bir kaynak olduğu bilinmektedir. Din insanların kimliklerinin oluşumunda da belirleyici bir rol oynamakta ve buna bağlı olarak *özdeşlik* oluşturması yönüyle sadece kişisel değil, kolektif nitelikli, toplumsal kimlik, grup kimliği, cemaat kimliği gibi kimliklerin de oluşumunda belirleyici olmaktadır.[15] Tarihte dinlerin, insanların içinde yer alacakları toplulukları belirlemede ve diğer topluluklardan ayrılmada referans alındığını hatırlayacak olursak; dinin, insanların bir arada yaşama iradelerinin de kaynağında yer aldığını, dolayısıyla toplumsal düzeni var etmede etkin rol oynadığını söyleyebiliriz. Yani din, hukukun korumaya çalıştığı mevcut toplumsal koşulları oluşturmada etken olmaktadır.[16] Dolayısıyla dinler, Yeniçağ ile birlikte siyasi ve hukuki belirleyiciliğinin ortadan kaldırılmasına kadar, hem toplumsal düzeni belirlemiş hem de toplumsal düzenin koruyuculuğunu yapan hukuka da kaynaklık etmiştir.[17]

Sosyal normlar içerisinde incelenebilecek bir diğer yapı ise pozitif hukuk metinlerinin de sık sık gönderme yaptığı, "genel ahlak" normlardır. Genel ahlakın evrensel nitelikli hukuk ilkeleriyle de açıklanabileceği de ileri sürülebilir.[18] Pozitif hukuk metinlerinde yapılan bu atıfların genellikle kişilerin davranışlarına serbestlik tanınan alanlarda genel bir sınırlama şeklinde mevcut olduğunu görüyoruz.[19] Kanunlarda ifade edilişi açısından genel ahlak kavramı daha çok evrensel nitelikli hukuk ilkelerini vurgulamaktadır. *Seküler bir pozitif hukuk anlayışı zaten böyle bir kaynağa dayanmaktadır* denerek evrensel hukuk ilkelerinin pozitif hukukla çatışmayacağı düşünülebilir. Ancak daha dikkatli analiz edilirse pozitif hukuk düzenlemelerinin evrensel ilkelere her zaman uygun olmadığı görülmektedir. Bir diğer deyişle pozitif hukuk tabii hukuk anlayışlarıyla örtüşmemektedir. Bunda da özellikle ideolojik kökenli hukuk kurallarının etkisi büyük olmuştur.

Son olarak pozitif hukukun olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu bir diğer normatif yapı bizzat ideolojilerin kendisidir. Çünkü ideolojiler de belli bir toplum tasavvuruna dayanmakta, sosyoekonomik sorunlara kendi pencerelerinden cevap vermektedir. Bu bağlamda ideolojik nitelikli çeşitli önermelerin hukuksal sorunlar düzleminde de ele alınabilirliği ve pozitif hukuk düzenlemelerinin bu ideolojik beklentilerle olumlu ya da olumsuz ilişki içerisinde olduğu inkâr edilemez.

Bütün bu ele aldığımız sosyal norm türleri "hukuk kültürü" kavramı içerisinde ele alınabilir. Bu konuda Friedman'ın görüşlerini aktaran Yüksel'e

(9) Erkal, s. 27. "Eskiden hukuk normu olup, bugün yalnızca örf normu olarak kabul edilen normlar bulunduğu gibi, bunun aksi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim bugün uluslararası hukuk alanında rastlanan bu hukuk normları, eskiden örf normlarından ibaret bulunmaktaydı." Aral, s. 84.

(10) Işıktaç, s. 6

(11) Günday, s. 375.

(12) Fichter, s. 120-122.

(13) Günday, kültürü tanımlarken dinin de kültür içerisinde önemli bir unsur olduğunu söylemekteyse de kanaatimizce dinin, insan ürünü olan kültür ile etkileşimi sonucunda ortaya çıkan değerler ve kurumlar yönünü ifade etmektedir. Günday, s. 22. Kaldı ki kültürel unsurlardan olan örf ve adetlerin de kaynağında çok eski dinsel inanışların yattığı, bunların zamanla kültürleşerek örf ve adetlere dönüştüğü söylenebilir.

(14) Kültürel etkilerin ancak zamanla ortaya çıkması da kavramsal olarak bir zorunluluktur. Kültür (culture) zamana bağlı olarak gerçekleşen sosyal bir yapıdır. Kültüre dair yapılan bütün kavramsal açıklamalar "alışkanlık, yerleşiklik" ifadelerini kullanmaktadırlar. Kelime anlamı itibariyle de Latince kökenli bu kelime "cultura"dan gelmektedir ve tarlaya ekin ekmek, süt mayalamak gibi anlamları karşılamaktadır. Bu sebeple de kelimeye Türkçe karşılık oluşturma örnekleri olarak "ekin, maya, hars" ifadeleriyle karşılaşıyoruz. Zeki Arslantürk-M. Tayfun Amman, Sosyoloji Kavramlar Kurumlar Süreçler Teoriler, 4. Basım, 2001, İstanbul, s. 225. "Kültür, toplum üyesi bir insanın edinebileceği bilgi, inanç, sanat, ahlak, hukuk, gelenek ve diğer yetenek ve alışkanlıkları içeren bir kompleks yapıdır." E. B. Taylor, Primitive Culture, John Murray, Londra, 1872, böl. 1, kısım 1.'den aktaran Bierstedt, s. 105. Kültüre dair bir diğer açıklama Wallerstein'in sınıflandırmasıyla ortaya konmaktadır. Buna göre insanın evrensel veya sadece kişisel olmayan, gruba bağlı özellikleri kültür olarak kavramlaştırılmaktadır. Grup olgusu örneklendirildiğinde ise yine zaman içerisinde varlığını belirginleştiren dil, tarih, sınıf, cinsiyet, din, milliyet gibi kavramlara başvurulduğunu görüyoruz. Ali Şafak Balı, Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Konya, 2001, s. 187-188.

(15) Günday, s. 375-376.

(16) Bkz. Balı, (Hukuk), s. 217

(17) Hüseyin Bal, Hukuk-Hukuk Sosyolojisi, Isparta, 2003, s. 17; Giddens da endüstri öncesi Avrupa toplumlarında dinin hukuka kaynaklık edişine dikkat çekmektedir.Giddens, s. 121; Balı, (Hukuk), s. 260. Dinin "özdeşlik" unsuru olarak kimlikleri belirlemedeki etkin rolünün son yüzyılda terk edilmesi, aynı zamanda kimlik ihtiyacının salt etnik veya kültürel yapılarla giderilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylelikle, aynı dinin mensubu olarak bir arada yaşayagelmiş olan insanların etnik kökenlerini araştırma ve kimlik duygularını bu çerçevede belirleme yönelişleri ortaya çıkmış, bunun beraberindeki milliyetçilik ideolojisi giderek çokkültürlü toplulukların sorunlarının doğumuna yol açmıştır.

(18) Işıktaç, s. 161-162.

(19) Örneğin Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20 maddelerinde içerik açısından sözleşme özgürlüğünün kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması ifade edilmektedir. Burada ahlaka aykırılığın evrensel ahlakta ilgili olduğu düşünülebilir. Ayrıca söz konusu maddelerde ahlak kelimesinin her telaffuzundan sonra adap kelimesi parantez içinde kullanılmıştır. Burada da kanun koyucunun sadece evrensel ahlak ilkelerini değil, toplum içerisindeki örf ve âdet anlayışını da normatif bir güce sokma iradesini görüyoruz. Diğer örnekler için bkz. Işıktaç, s. 161.

hukuka zaman zaman kaynaklık ettiğini de görmekteyiz.[9] Dolayısıyla pozitif hukuk sistemleri ile örflerin, adetlerin olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu ortadadır.

Örf ve adetler dışında pozitif hukuk ile olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olan bir diğer normatif kaynak, din kurumudur. Din kuralları sadece inananların Tanrı ile arasındaki ilişkilerini değil aynı zamanda diğer insanlarla ilişkilerini düzenler. Dolayısıyla din kuralları da toplumsal düzeni belirleyen bir yapı teşkil eder.[10] Her şeyden önce din; sevap-günah, helal-haram gibi davranışsal değerler ortaya koyarak normatif bir yapı meydana getirmektedir. Bu yönüyle dinin önemli bir sosyal kontrol mekanizması olduğu da ortadadır.[11] Her ne kadar kültür insan ürünü bir olgu olsa da[12] kültürel unsurları oluştururken insanlar dinlerden etkilenmiş veya dinleri kültürleştirmiş olabilirler.[13] Dolayısıyla kültürleşmiş yanıyla din, örf ve adetleri de belirleyebilmektedir. Örneğin dini bir davranış olan ve ibadet unsuru olarak sayılabilecek "ezan"ın, zaman içerisinde ortaya çıkan kendine özgü kültürel etkileri[14] var olduğunu söyleyebiliriz. Ezan okunduğu zaman insanların, müzik seslendiren cihazları susturmaları, enstrüman çalmayı veya dinlemeyi terk etmeleri, her ne kadar din kuralları içerisinde veya dini kaynaklarda mevcut olmasa da kültürel birikimin, dolayısıyla geleneğin ürünü olan sosyal bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Pozitif hukuk tarafından yasaklanmamış veya herhangi bir müeyyideye tabi tutulmamış olsa da ülkemizin her şehrinde (bazı marjinal eğlence yerleri haricinde) bu normun yaygın biçimde yaşama alanı bulduğu, kendini dindar sayan, saymayan hatta Müslüman olan olmayan hemen herkesin bu kurala riayet ettiği gözlenmektedir. İşte bu bahsettiğimiz kültürleşmiş yönleri dışında dinin, orijinal haliyle ve temel prensipleriyle de insanları belirleyen ve yönlendiren bir kaynak olduğu bilinmektedir. Din insanların kimliklerinin oluşumunda da belirleyici bir rol oynamakta ve buna bağlı olarak *özdeşlik* oluşturması yönüyle sadece kişisel değil, kolektif nitelikli, toplumsal kimlik, grup kimliği, cemaat kimliği gibi kimliklerin de oluşumunda belirleyici olmaktadır.[15] Tarihte dinlerin, insanların içinde yer alacakları toplulukları belirlemede ve diğer topluluklardan ayrılmada referans alındığını hatırlayacak olursak; dinin, insanların bir arada yaşama iradelerinin de kaynağında yer aldığını, dolayısıyla toplumsal düzeni var etmede etkin rol oynadığını söyleyebiliriz. Yani din, hukukun korumaya çalıştığı mevcut toplumsal koşulları oluşturmada etken olmaktadır.[16] Dolayısıyla dinler, Yeniçağ ile birlikte siyasi ve hukuki belirleyiciliğinin ortadan kaldırılmasına kadar, hem toplumsal düzeni belirlemiş hem de toplumsal düzenin koruyuculuğunu yapan hukuka da kaynaklık etmiştir.[17]

Sosyal normlar içerisinde incelenebilecek bir diğer yapı ise pozitif hukuk metinlerinin de sık sık gönderme yaptığı, "genel ahlak" normlardır. Genel ahlakın evrensel nitelikli hukuk ilkeleriyle de açıklanabileceği de ileri sürülebilir.[18] Pozitif hukuk metinlerinde yapılan bu atıfların genellikle kişilerin davranışlarına serbestlik tanınan alanlarda genel bir sınırlama şeklinde mevcut olduğunu görüyoruz.[19] Kanunlarda ifade edilişi açısından genel ahlak kavramı daha çok evrensel nitelikli hukuk ilkelerini vurgulamaktadır. *Seküler bir pozitif hukuk anlayışı zaten böyle bir kaynağa dayanmaktadır* denerek evrensel hukuk ilkelerinin pozitif hukukla çatışmayacağı düşünülebilir. Ancak daha dikkatli analiz edilirse pozitif hukuk düzenlemelerinin evrensel ilkelere her zaman uygun olmadığı görülmektedir. Bir diğer deyişle pozitif hukuk tabii hukuk anlayışlarıyla örtüşmemektedir. Bunda da özellikle ideolojik kökenli hukuk kurallarının etkisi büyük olmuştur.

Son olarak pozitif hukukun olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu bir diğer normatif yapı bizzat ideolojilerin kendisidir. Çünkü ideolojiler de belli bir toplum tasavvuruna dayanmakta, sosyoekonomik sorunlara kendi pencerelerinden cevap vermektedir. Bu bağlamda ideolojik nitelikli çeşitli önermelerin hukuksal sorunlar düzleminde de ele alınabilirliği ve pozitif hukuk düzenlemelerinin bu ideolojik beklentilerle olumlu ya da olumsuz ilişki içerisinde olduğu inkâr edilemez.

Bütün bu ele aldığımız sosyal norm türleri "hukuk kültürü" kavramı içerisinde ele alınabilir. Bu konuda Friedman'ın görüşlerini aktaran Yüksel'e

(9) Erkal, s. 27. "Eskiden hukuk normu olup, bugün yalnızca örf normu olarak kabul edilen normlar bulunduğu gibi, bunun aksi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim bugün uluslararası hukuk alanında rastlanan hukuk normları, eskiden örf normlarından ibaret bulunmaktaydı." Aral, s. 84.

(10) Işıktaç, s. 6

(11) Günday, s. 375.

(12) Fichter, s. 120–122.

(13) Günday, kültürü tanımlarken dinin de kültür içerisinde önemli bir unsur olduğunu söylemekteyse de kanaatimizce dinin, insan ürünü olan kültür ile etkileşimi sonucunda ortaya çıkan değerler ve kurumlar yönünü ifade etmektedir. Günday, s. 22. Kaldı ki kültürel unsurlardan olan örf ve adetlerin de kaynağında çok eski dinsel inanışların yattığı, bunların zamanla kültürleşerek örf ve adetlere dönüştüğü söylenebilir.

(14) Kültürel etkilerin ancak zamanla ortaya çıkması da kavramsal olarak bir zorunluluktur. Kültür (culture) zamana bağlı olarak gerçekleşen sosyal bir yapıdır. Kültüre dair yapılan bütün kavramsal açıklamalar "alışkanlık, yerleşiklik" ifadelerini kullanmaktadırlar. Kelime anlamı itibariyle de Latince kökenli bu kelime "cultura"dan gelmektedir ve tarlaya ekin ekmek, süt mayalamak gibi anlamları karşılamaktadır. Bu sebeple de kelimeye Türkçe karşılık oluşturma örnekleri olarak "ekin, maya, hars" ifadeleriyle karşılaşıyoruz. Zeki Arslantürk-M. Tayfun Amman, Sosyoloji Kavramlar Kurumlar Süreçler Teoriler, 4. Basım, 2001, İstanbul, s. 225. "Kültür, toplum üyesi bir insanın edinebileceği bilgi, inanç, sanat, ahlak, hukuk, gelenek ve diğer yetenek ve alışkanlıkları içeren bir kompleks yapıdır." E. B. Taylor, Primitive Culture, John Murray, Londra, 1872, böl. 1, kısım 1.'den aktaran Bierstedt, s. 105. Kültüre dair bir diğer açıklama Wallerstein'in sınıflandırmasıyla ortaya konmaktadır. Buna göre insanın evrensel veya sadece kişisel olmayan, gruba bağlı özellikleri kültür olarak kavramlaştırılmaktadır. Grup olgusu örneklendirildiğinde ise yine zaman içerisinde varlığını belirginleştiren dil, tarih, sınıf, cinsiyet, din, milliyet gibi kavramlara başvurulduğunu görüyoruz. Ali Şafak Balı, Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Konya, 2001, s. 187–188.

(15) Günday, s. 375–376.

(16) Bkz. Balı, (Hukuk), s. 217

(17) Hüseyin Bal, Hukuk-Hukuk Sosyolojisi, Isparta, 2003, s. 17; Giddens da endüstri öncesi Avrupa toplumlarında dinin hukuka kaynaklık edişine dikkat çekmektedir.Giddens, s. 121; Balı, (Hukuk), s. 260. Dinin "özdeşlik" unsuru olarak kimlikleri belirlemedeki etkin rolünün son yüzyılda terk edilmesi, aynı zamanda kimlik ihtiyacının salt etnik veya kültürel yapılarla giderilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylelikle, aynı dinin mensubu olarak bir arada yaşayagelmiş olan insanların etnik kökenlerini araştırma ve kimlik duygularını bu çerçevede belirleme yönelişleri ortaya çıkmış, bunun beraberindeki milliyetçilik ideolojisi giderek çokkültürlü toplulukların sorunlarının doğumuna yol açmıştır.

(18) Işıktaç, s. 161–162.

(19) Örneğin Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20 maddelerinde içerik açısından sözleşme özgürlüğünün kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması ifade edilmektedir. Burada ahlaka aykırılığın evrensel ahlakla ilgili olduğu düşünülebilir. Ayrıca söz konusu maddelerde ahlak kelimesinin her telaffuzundan sonra adap kelimesi parantez içinde kullanılmıştır. Burada da kanun koyucunun sadece evrensel ahlak ilkelerini değil, toplum içerisindeki örf ve âdet anlayışını da normatif bir güce sokma iradesini görüyoruz. Diğer örnekler için bkz. Işıktaç, s. 161.

hukuka zaman zaman kaynaklık ettiğini de görmekteyiz.[9] Dolayısıyla pozitif hukuk sistemleri ile örflerin, adetlerin olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu ortadadır.

Örf ve adetler dışında pozitif hukuk ile olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olan bir diğer normatif kaynak, din kurumudur. Din kuralları sadece inananların Tanrı ile arasındaki ilişkilerini değil aynı zamanda diğer insanlarla ilişkilerini düzenler. Dolayısıyla din kuralları da toplumsal düzeni belirleyen bir yapı teşkil eder.[10] Her şeyden önce din; sevap-günah, helal-haram gibi davranışsal değerler ortaya koyarak normatif bir yapı meydana getirmektedir. Bu yönüyle dinin önemli bir sosyal kontrol mekanizması olduğu da ortadadır.[11] Her ne kadar kültür insan ürünü bir olgu olsa da[12] kültürel unsurları oluştururken insanlar dinlerden etkilenmiş veya dinleri kültürleştirmiş olabilirler.[13] Dolayısıyla kültürleşmiş yanıyla din, örf ve adetleri de belirleyebilmektedir. Örneğin dini bir davranış olan ve ibadet unsuru olarak sayılabilecek "ezan"ın, zaman içerisinde ortaya çıkan kendine özgü kültürel etkileri[14] var olduğunu söyleyebiliriz. Ezan okunduğu zaman insanların, müzik seslendiren cihazları susturmaları, enstrüman çalmayı veya dinlemeyi terk etmeleri, her ne kadar din kuralları içerisinde veya dini kaynaklarda mevcut olmasa da kültürel birikimin, dolayısıyla geleneğin ürünü olan sosyal bir norm olarak karşımıza çıkmaktadır. Pozitif hukuk tarafından yasaklanmamış veya herhangi bir müeyyideye tabi tutulmamış olsa da ülkemizin her şehrinde (bazı marjinal eğlence yerleri haricinde) bu normun yaygın biçimde yaşama alanı bulduğu, kendini dindar sayan, saymayan hatta Müslüman olan olmayan hemen herkesin bu kurala riayet ettiği gözlenmektedir. İşte bu bahsettiğimiz kültürleşmiş yönleri dışında dinin, orijinal haliyle ve temel prensipleriyle de insanları belirleyen ve yönlendiren bir kaynak olduğu bilinmektedir. Din insanların kimliklerinin oluşumunda da belirleyici bir rol oynamakta ve buna bağlı olarak *özdeşlik* oluşturması yönüyle sadece kişisel değil, kolektif nitelikli, toplumsal kimlik, grup kimliği, cemaat kimliği gibi kimliklerin de oluşumunda belirleyici olmaktadır.[15] Tarihte dinlerin, insanların içinde yer alacakları toplulukları belirlemede ve diğer topluluklardan ayrılmada referans alındığını hatırlayacak olursak; dinin, insanların bir arada yaşama iradelerinin de kaynağında yer aldığını, dolayısıyla toplumsal düzeni var etmede etkin rol oynadığını söyleyebiliriz. Yani din, hukukun korumaya çalıştığı mevcut toplumsal koşulları oluşturmada etken olmaktadır.[16] Dolayısıyla dinler, Yeniçağ ile birlikte siyasi ve hukuki belirleyiciliğinin ortadan kaldırılmasına kadar, hem toplumsal düzeni belirlemiş hem de toplumsal düzenin koruyuculuğunu yapan hukuka da kaynaklık etmiştir.[17]

Sosyal normlar içerisinde incelenebilecek bir diğer yapı ise pozitif hukuk metinlerinin de sık sık gönderme yaptığı, "genel ahlak" normlardır. Genel ahlakın evrensel nitelikli hukuk ilkeleriyle de açıklanabileceği de ileri sürülebilir.[18] Pozitif hukuk metinlerinde yapılan bu atıfların genellikle kişilerin davranışlarına serbestlik tanınan alanlarda genel bir sınırlama şeklinde mevcut olduğunu görüyoruz.[19] Kanunlarda ifade edilişi açısından genel ahlak kavramı daha çok evrensel nitelikli hukuk ilkelerini vurgulamaktadır. *Seküler bir pozitif hukuk anlayışı zaten böyle bir kaynağa dayanmaktadır* denerek evrensel hukuk ilkelerinin pozitif hukukla çatışmayacağı düşünülebilir. Ancak daha dikkatli analiz edilirse pozitif hukuk düzenlemelerinin evrensel ilkelere her zaman uygun olmadığı görülmektedir. Bir diğer deyişle pozitif hukuk tabii hukuk anlayışlarıyla örtüşmemektedir. Bunda da özellikle ideolojik kökenli hukuk kurallarının etkisi büyük olmuştur.

Son olarak pozitif hukukun olumlu veya olumsuz etkileşim içerisinde olduğu bir diğer normatif yapı bizzat ideolojilerin kendisidir. Çünkü ideolojiler de belli bir toplum tasavvuruna dayanmakta, sosyoekonomik sorunlara kendi pencerelerinden cevap vermektedir. Bu bağlamda ideolojik nitelikli çeşitli önermelerin hukuksal sorunlar düzleminde de ele alınabilirliği ve pozitif hukuk düzenlemelerinin bu ideolojik beklentilerle olumlu ya da olumsuz ilişki içerisinde olduğu inkâr edilemez.

Bütün bu ele aldığımız sosyal norm türleri "hukuk kültürü" kavramı içerisinde ele alınabilir. Bu konuda Friedman'ın görüşlerini aktaran Yüksel'e

(9) Erkal, s. 27. "Eskiden hukuk normu olup, bugün yalnızca örf normu olarak kabul edilen normlar bulunduğu gibi, bunun aksi de söz konusu olabilmektedir. Nitekim bugün uluslararası hukuk alanında rastlanan hukuk normları, eskiden örf normlarından ibaret bulunmaktaydı." Aral, s. 84.

(10) Işıktaç, s. 6

(11) Günday, s. 375.

(12) Tichter, s. 120–122.

(13) Günday, kültürü tanımlarken dinin de kültür içerisinde önemli bir unsur olduğunu söylemekteyse de kanaatimizce dinin, insan ürünü olan kültür ile etkileşimi sonucunda ortaya çıkan değerler ve kurumlar yönünü ifade etmektedir. Günday, s. 22. Kaldı ki kültürel unsurlardan olan örf ve adetlerin de kaynağında çok eski dinsel inanışların yattığı, bunların zamanla kültürleşerek örf ve adetlere dönüştüğü söylenebilir.

(14) Kültürel etkilerin ancak zamanla ortaya çıkması da kavramsal olarak bir zorunluluktur. Kültür (culture) zamana bağlı olarak gerçekleşen sosyal bir yapıdır. Kültüre dair yapılan bütün kavramsal açıklamalar "alışkanlık, yerleşiklik" ifadelerini kullanmaktadırlar. Kelime anlamı itibariyle de Latince kökenli bu kelime "cultura"dan gelmektedir ve tarlaya ekin ekmek, süt mayalamak gibi anlamları karşılamaktadır. Bu sebeple de kelimeye Türkçe karşılık oluşturma örnekleri olarak "ekin, maya, hars" ifadeleriyle karşılaşıyoruz. Zeki Arslantürk-M. Tayfun Amman, Sosyoloji Kavramlar Kurumlar Süreçler Teoriler, 4. Basım, 2001, İstanbul, s. 225. "Kültür, toplum üyesi bir insanın edinebileceği bilgi, inanç, sanat, ahlak, hukuk, gelenek ve diğer yetenek ve alışkanlıkları içeren bir kompleks yapıdır." E. B. Taylor, Primitive Culture, John Murray, Londra, 1872, böl. 1, kısım 1.'den aktaran Bierstedt, s. 105. Kültüre dair bir diğer açıklama Wallerstein'in sınıflandırmasıyla ortaya konmaktadır. Buna göre insanın evrensel veya sadece kişisel olmayan, gruba bağlı özellikleri kültür olarak kavramlaştırılmaktadır. Grup olgusu örneklendirildiğinde ise yine zaman içerisinde varlığını belirginleştiren dil, tarih, sınıf, cinsiyet, din, milliyet gibi kavramlara başvurulduğunu görüyoruz. Ali Şafak Balı, Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Konya, 2001, s. 187–188.

(15) Günday, s. 375–376.

(16) Bkz. Balı, (Hukuk), s. 217

(17) Hüseyin Bal, Hukuk-Hukuk Sosyolojisi, Isparta, 2003, s. 17; Giddens da endüstri öncesi Avrupa toplumlarında dinin hukuka kaynaklık edişine dikkat çekmektedir.Giddens, s. 121; Balı, (Hukuk), s. 260. Dinin "özdeşlik" unsuru olarak kimlikleri belirlemedeki etkin rolünün son yüzyılda terk edilmesi, aynı zamanda kimlik ihtiyacının salt etnik veya kültürel yapılarla giderilmesi sonucunu doğurmuştur. Böylelikle, aynı dinin mensubu olarak bir arada yaşayagelmiş olan insanların etnik kökenlerini araştırma ve kimlik duygularını bu çerçevede belirleme yönelişleri ortaya çıkmış, bunun beraberindeki milliyetçilik ideolojisi giderek çokkültürlü toplulukların sorunlarının doğumuna yol açmıştır.

(18) Işıktaç, s. 161–162.

(19) Örneğin Borçlar Kanunu'nun 19. ve 20 maddelerinde içerik açısından sözleşme özgürlüğünün kanuna, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmaması ifade edilmektedir. Burada ahlaka aykırılığın evrensel ahlakla ilgili olduğu düşünülebilir. Ayrıca söz konusu maddelerde ahlak kelimesinin her telaffuzundan sonra adap kelimesi parantez içinde kullanılmıştır. Burada da kanun koyucunun sadece evrensel ahlak ilkelerini değil, toplum içerisindeki örf ve âdet anlayışını da normatif bir güce sokma iradesini görüyoruz. Diğer örnekler için bkz. Işıktaç, s. 161.

göre hukuk kültürü, "hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki fikirler, tutumlar, değerler ve kanılar"ın açıklanabileceği bir alandır. Çünkü "hukuk kültürünün kendi normları, hukuk normlarını yaratır. Bu bakımdan hukuk kültürü, toplumda hukuk normlarının etkisini belirleyen şeydir."[20] Yüksel'in belirttiği gibi hukuk kültürü, sadece hukukun nasıl olması gerektiği veya sosyolojik etkileri bağlamında incelenebilecek bir konu değildir. Gündelik hayat içerisinde hukuka ilişkin yaşanan; mahkemelere bakış açısı, avukatlara ve hâkimlere duyulan güven, bireylerin haklarını savunmada nelere öncelik verdiği gibi her türlü olgunun hukuk kültürü kapsamında incelenebileceğini söylemek mümkündür.[21]

Özetleyecek olursak sosyolojik anlamda normatif önermeler içeren tek sosyal yapı devlet ve o devletin cebri kıldığı pozitif hukuk değildir. Kültür, din, ideolojiler ve tabii hukuk anlayışı; pozitif hukuk haricinde normatif önermeler ortaya koymakta ve pozitif hukuk ile farklı boyutlarda etkileşim içerisine girmektedir. Şimdi bu etkileşimin çatışma boyutunu inceleyebiliriz.

2. Hukuk Çatışması Kavramı

Uzun tarihsel açıklamalara girmeksizin kolaylıkla tespit edebileceğimiz nokta şudur: Yeniçağ ile birlikte hukukun seküler hale getirilmesi dinî kaynaklı normlarla çeşitli alanlarda çatışmalara yol açmıştır. Çünkü dinler zaman-üstü, mutlak değerlerle açıklanırlar. Hâlbuki seküler düşünce, kelime anlamı itibariyle de dönemsel ve zamanla ilintili olan gerçekliklere bağlı düşünce tarzıdır.[22] Seküler hukuk ise, dinlerin yeni düşüncelere, gelişmelere ve toplumsal ihtiyaçlara cevap veremediği, *köhne* bir yapı olarak durağanlık içinde kaldığı iddiasından yola çıkılarak, *çağdaşlık ve modernlik* kapsamında zorunluluk olarak görülmüş bir hukuk anlayışıdır. Özellikle kilise otoritesi ve Papalık karşısında mutlak güçlerini ön plana çıkarmak isteyen monarkların, ülkelerinde Roma Hukuku'na başvurarak yeni ve din dışı bir hukuk sistemi oluşturma gayretleriyle seküler hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır.[23] Sonraki dönemlerde sanayileşmenin meydana getirdiği sosyoekonomik gelişmeler üzerine ortaya konan ideolojilere dayalı iktidarlar, kendi hukuk anlayışlarında dine yer vermemişler, seküler hukuk anlayışını devam ettirmişlerdir.[24] Böylelikle hukuk ile din kaynaklı normlar arasında bir karşıtlık ilişkisi ortaya çıkmıştır.

(20) Murat Yüksel, "Hukuk Kültürü", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, s. 287.

(21) Yüksel, s. 288.

(22) "Latince seaculum kökünden gelen secular teriminin "zaman" ve "mekan" çağrışımlarını beraberce veren bir anlamı vardır. "Zaman", onun şimdi oluşunu, hazır oluşunu; mekan" ise bu dünyada ve dünyevi oluşunu gösterir. O halde seaculum; "bu çağ" veya "şimdiki zaman" anlamına gelir ve bu dünyadaki vakalara işaret eder; yani "çağdaş vakalar" manasındadır. Vurgu, tarihsel süreç olarak görülen dünyada belirli bir zaman veya dönem üzerindedir. Seküler (laik-dünyevi) kavramı dünyanın bu belirli zaman ya da dönemdeki veya çağdaki durumunu gösterir. Burada, içinde insan değerlerinin göreceliği yaklaşımının ortaya çıkacağı mütemadiyen değişen bir dünyanın oluşum şartlarına, kendisini, pek tabii ve mantıkî bir şekilde kolayca tekamül ettiren gayenin, maksadın tohumlarını sezmiş, fark etmiş oluruz." S. Nakib Attas, İslâm, Sekülerizm ve Geleceğin Felsefesi, Çeviren: Mahmut Erol Kılıç, İkinci Baskı, İstanbul, 1995, s. 42–43. "Sekülerleşme; 'İnsanın aklı ve dili üzerinde önce dinî sonra metafizik denetimden kurtarılması' olarak tanımlanır" Harvey Cox, The Secular City, New York 1965'ten aktaran Attas, s. 43.

(23) Balı, (Hukuk), s. 91.

(24) Balı, (Hukuk), s. 92.

Bu noktada olumsuz etkileşim örneklerinin ağırlıklı olarak gelişmiş olduğu ifade edilen Batı toplumlarından çok, Batı hukuk sistemlerini resepsiyon yoluyla alan veya yapısal olarak Batı hukuk sistemlerine uyumlu hukuk sistemleri meydana getirmeye çalışan diğer toplumlarda görüldüğünü ifade edebiliriz. Çünkü özellikle sanayileşmenin tarihsel olarak yaygın ve etkin biçimde söz konusu olduğu Batı toplumlarında çatışmalı (veya çatışmacı) modellerin de açıklamaya çalıştığı gibi bütün sosyal kurumların, sanayileşme ve ekonomik gelişme süreçleri içerisinde değişikliğe uğradığını ve değişimlerin ivmesinin arttığını görüyoruz.[25] Diğer toplumlarda ise bu türden sosyal değişmeler, ancak sanayileşme ve şehirleşme yaygınlaştıktan sonra ve yaygınlaştığı oranda söz konusu olmaktadır. Hatta teknolojik gelişmelerin, kırsal kesimlerde de sosyal değişmelere sebep olduğu görülmektedir.[26]

Ancak Batılı olmayan bu toplumlarda sanayileşme ve şehirleşme uzun zaman almakta, öte yandan hukuk sistemlerinin, siyasi iktidarların bir kararıyla derhal değiştirilmesi mümkün olabilmektedir. Böylesi durumlarda mevcut sosyal yapılar ile hukuk sistemleri yani pozitif hukuk arasında uyuşmazlıkların doğması kaçınılmaz olmaktadır. Genel olarak siyasi iktidarlar, uluslararası alanda, diğer ülkelerle aralarında mevcut olan rekabet ve çatışmalarda, avantajlı durumda olan Batı toplumlarıyla mesafeyi kapatmak ve kendi ülkelerindeki sosyal, ekonomik değişimi hızlandırmak amacıyla pratik görünümlü bir yol olan hukuk değiştirme yoluna başvurmuşlardır.[27]

Bu şekilde yapılan hukuk üretme faaliyetlerinin, iktidarların amaçladığı

(25) Erkal, s. 246–247.

(26) "Kır bölgeleri ile şehir bölgeleri arasındaki doğum oranları farkının zamanla azaldığından, hatta eşitlenme eğiliminden söz edilebilmektedir. Kır bölgelerinde insan emeğinden tasarruf sağlayan nispeten makineli tarımın gelişmesi, ulaştırma ve kitle haberleşme ağının yaygınlaşması ve etkinliğini artırması, sosyal temasların sıklaşması, eğitim ve kültür seviyesinin değişmesi, dünya görüşünü de değiştirmektedir. ... Diğer taraftan, değişme için bir gösterge olan dayanışma şekillerinin gerek Durkheim, gerek Tönnies tarafından şehir ve kır farkını belirten "organik-mekanik" dayanışma şekillerini hem şehir, hem de kır bölgelerinde izlemek mümkün olmaktadır. Bu bakımdan kır bölgelerinde sadece mekanik, şehir bölgelerinde ise sadece organik dayanışmanın bulunduğu artık ileri sürülmemektedir." Erkal, s. 253.

(27) Resepsiyonun yapılma sebeplerini inceleyen Bozkurt ilk sebep olarak değişme ve modernleşme isteğini ele almış ve buna tipik bir örnek olarak Türk ve Japon resepsiyonlarını vermiştir. Değişme ve modernleşme isteğini analiz eden Bozkurt, hukukun bu noktada bir araç olabileceğini ifade etmektedir: "Burada hukukun toplumsal bir değişme aracı olarak kullanılmasından söz etmek mümkündür. Hukuk bir toplum içinde yaşayan insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bir ülkede halk, o ülkede geçerli olan hukuka bağlı olarak yaşar. Bu hukuku çevresinden bilgi alarak tanır; çoğunlukla taklit yoluyla kurallara uyar. Bu yüzden hukuk o toplumdaki ilişkileri geliştirmek amacıyla sosyal bir araç olarak kullanılabilir. Eski, günün koşullarına uymayan, ihtiyaçları kısmen veya tamamen karşılayamaz hale gelen, o toplumu uluslararası ilişkilerden soyutlayan mevcut hukuk kuralları, toplumsal ilişkileri, toplumun yaşam biçimini ve o devletin devletlerarası ilişkilerini yenilemek, çağa uydurmak amacıyla değiştirilebilir. Bu tür bir değişim amacının gerçekleştirmek istendiği ülkelerde arzulanan, modern bir hukuk sistemini yaratacak kaynaklar yoksa, çoğu kez başka ülkelerin hukuk sistemlerine başvurulur." Gülnihâl Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, 1996, s. 9. Sosyolojik bir incelemeden çok, resepsiyonun amacını olduğu gibi benimseyen bu açıklamada eleştirilebilecek ilk nokta, toplum içinde yaşayan insanların ilişkilerinin tamamen hukuk kapsamına sokulmuş olmasıdır. Hâlbuki hukuk, sosyal bir olgu olarak, belli noktalarda karşımıza çıkan ve hukuki nitelikli ilişkilerde kendisine başvurulan bir alandır. Pek çok Hukuka Giriş, Hukuk Başlangıcı kitabından da tespit edilebileceği gibi bütün sosyal ilişkiler hukukî değildir. Olayların bazıları tabiat olayları, bazıları ise insan eylemleridir. Her iki kategoride yer alan olayların tamamı hukukî değildir. Tabiat olayları içinde hukuku ilgilendirenler hukuki olay, insan davranışları içinde hukuku ilgilendirenler hukuki fiil olarak kabul edilir. Bu temel noktadan sonra Bozkurt'un açıklamasına getirilebilecek diğer eleştiriler için bkz. Balı, (Hukuk) s. 229–234

göre hukuk kültürü, "hukuk ve hukuk sistemi hakkındaki fikirler, tutumlar, değerler ve kanılar"ın açıklanabileceği bir alandır. Çünkü "hukuk kültürünün kendi normları, hukuk normlarını yaratır. Bu bakımdan hukuk kültürü, toplumda hukuk normlarının etkisini belirleyen şeydir."[20] Yüksel'in belirttiği gibi hukuk kültürü, sadece hukukun nasıl olması gerektiği veya sosyolojik etkileri bağlamında incelenebilecek bir konu değildir. Gündelik hayat içerisinde hukuka ilişkin yaşanan; mahkemelere bakış açısı, avukatlara ve hâkimlere duyulan güven, bireylerin haklarını savunmada nelere öncelik verdiği gibi her türlü olgunun hukuk kültürü kapsamında incelenebileceğini söylemek mümkündür.[21]

Özetleyecek olursak sosyolojik anlamda normatif önermeler içeren tek sosyal yapı devlet ve o devletin cebri kıldığı pozitif hukuk değildir. Kültür, din, ideolojiler ve tabii hukuk anlayışı; pozitif hukuk haricinde normatif önermeler ortaya koymakta ve pozitif hukuk ile farklı boyutlarda etkileşim içerisine girmektedir. Şimdi bu etkileşimin çatışma boyutunu inceleyebiliriz.

2. Hukuk Çatışması Kavramı

Uzun tarihsel açıklamalara girmeksizin kolaylıkla tespit edebileceğimiz nokta şudur: Yeniçağ ile birlikte hukukun seküler hale getirilmesi dinî kaynaklı normlarla çeşitli alanlarda çatışmalara yol açmıştır. Çünkü dinler zaman-üstü, mutlak değerlerle açıklanırlar. Hâlbuki seküler düşünce, kelime anlamı itibariyle de dönemsel ve zamanla ilintili olan gerçekliklere bağlı düşünce tarzıdır.[22] Seküler hukuk ise, dinlerin yeni düşüncelere, gelişmelere ve toplumsal ihtiyaçlara cevap veremediği, *köhne* bir yapı olarak durağanlık içinde kaldığı iddiasından yola çıkılarak, *çağdaşlık ve modernlik* kapsamında zorunluluk olarak görülmüş bir hukuk anlayışıdır. Özellikle kilise otoritesi ve Papalık karşısında mutlak güçlerini ön plana çıkarmak isteyen monarkların, ülkelerinde Roma Hukuku'na başvurarak yeni ve din dışı bir hukuk sistemi oluşturma gayretleriyle seküler hukuk anlayışı ortaya çıkmıştır.[23] Sonraki dönemlerde sanayileşmenin meydana getirdiği sosyoekonomik gelişmeler üzerine ortaya konan ideolojilere dayalı iktidarlar, kendi hukuk anlayışlarında dine yer vermemişler, seküler hukuk anlayışını devam ettirmişlerdir.[24] Böylelikle hukuk ile din kaynaklı normlar arasında bir karşıtlık ilişkisi ortaya çıkmıştır.

(20) Murat Yüksel, "Hukuk Kültürü", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1-2, Erzincan, 2003, s. 287.

(21) Yüksel, s. 288.

(22) "Latince seaculum kökünden gelen secular teriminin "zaman" ve "mekan" çağrışımlarını beraberce veren bir anlamı vardır. "Zaman", onun şimdi oluşunu, hazır oluşunu; mekan" ise bu dünyada ve dünyevi oluşunu gösterir. O halde seaculum; "bu çağ" veya "şimdiki zaman" anlamına gelir ve bu dünyadaki vakalara işaret eder; yani "çağdaş vakalar" manasındadır. Vurgu, tarihsel süreç olarak görülen dünyada belirli bir zaman veya dönem üzerindedir. Seküler (laik-dünyevi) kavramı dünyanın bu belirli zaman ya da dönemdeki veya çağdaki durumunu gösterir. Burada, içinde insan değerlerinin göreceliği yaklaşımının ortaya çıkacağı mütemadiyen değişen bir dünyanın oluşum şartlarına, kendisini, pek tabii ve mantıki bir şekilde kolayca tekamül ettiren gayenin, maksadın tohumlarını sezmiş, fark etmiş oluruz." S. Nakib Attas, İslâm, Sekülerizm ve Geleceğin Felsefesi, Çeviren: Mahmut Erol Kılıç, İkinci Baskı, İstanbul, 1995, s. 42–43. "Sekülerleşme; 'İnsanın aklı ve dili üzerinde önce dinî sonra metafizik denetimden kurtarılması' olarak tanımlanır" Harvey Cox, The Secular City, New York 1965'ten aktaran Attas, s. 43.

(23) Balı, (Hukuk), s. 91.

(24) Balı, (Hukuk), s. 92.

Bu noktada olumsuz etkileşim örneklerinin ağırlıklı olarak gelişmiş olduğu ifade edilen Batı toplumlarından çok, Batı hukuk sistemlerini resepsiyon yoluyla alan veya yapısal olarak Batı hukuk sistemlerine uyumlu hukuk sistemleri meydana getirmeye çalışan diğer toplumlarda görüldüğünü ifade edebiliriz. Çünkü özellikle sanayileşmenin tarihsel olarak yaygın ve etkin biçimde söz konusu olduğu Batı toplumlarında çatışmalı (veya çatışmacı) modellerin de açıklamaya çalıştığı gibi bütün sosyal kurumların, sanayileşme ve ekonomik gelişme süreçleri içerisinde değişikliğe uğradığını ve değişimlerin ivmesinin arttığını görüyoruz.[25] Diğer toplumlarda ise bu türden sosyal değişmeler, ancak sanayileşme ve şehirleşme yaygınlaştıktan sonra ve yaygınlaştığı oranda söz konusu olmaktadır. Hatta teknolojik gelişmelerin, kırsal kesimlerde de sosyal değişmelere sebep olduğu görülmektedir.[26]

Ancak Batılı olmayan bu toplumlarda sanayileşme ve şehirleşme uzun zaman almakta, öte yandan hukuk sistemlerinin, siyasi iktidarların bir kararıyla derhal değiştirilmesi mümkün olabilmektedir. Böylesi durumlarda mevcut sosyal yapılar ile hukuk sistemleri yani pozitif hukuk arasında uyuşmazlıkların doğması kaçınılmaz olmaktadır. Genel olarak siyasi iktidarlar, uluslararası alanda, diğer ülkelerle aralarında mevcut olan rekabet ve çatışmalarda, avantajlı durumda olan Batı toplumlarıyla mesafeyi kapatmak ve kendi ülkelerindeki sosyal, ekonomik değişimi hızlandırmak amacıyla pratik görünümlü bir yol olan hukuk değiştirme yoluna başvurmuşlardır.[27]

Bu şekilde yapılan hukuk üretme faaliyetlerinin, iktidarların amaçladığı

(25) Erkal, s. 246–247.

(26) "Kır bölgeleri ile şehir bölgeleri arasındaki doğum oranları farkının zamanla azaldığından, hatta eşitlenme eğiliminden söz edilebilmektedir. Kır bölgelerinde insan emeğinden tasarruf sağlayan nispeten makineli tarımın gelişmesi, ulaştırma ve kitle haberleşme ağının yaygınlaşması ve etkinliğini artırması, sosyal temasların sıklaşması, eğitim ve kültür seviyesinin değişmesi, dünya görüşünü de değiştirmektedir. ... Diğer taraftan, değişme için bir gösterge olan dayanışma şekillerinin gerek Durkheim, gerek Tönnies tarafından şehir ve kır farkını belirten "organik-mekanik" dayanışma şekillerini hem şehir, hem de kır bölgelerinde izlemek mümkün olmaktadır. Bu bakımdan kır bölgelerinde sadece mekanik, şehir bölgelerinde işe sadece organik dayanışmanın bulunduğu artık ileri sürülmemektedir." Erkal, s. 253.

(27) Resepsiyonun yapılma sebeplerini inceleyen Bozkurt ilk sebep olarak değişme ve modernleşme isteğini ele almış ve buna tipik bir örnek olarak Türk ve Japon resepsiyonlarını vermiştir. Değişme ve modernleşme isteğini analiz eden Bozkurt, hukukun bu noktada bir araç olabileceğini ifade etmektedir: "Burada hukukun toplumsal bir değişme aracı olarak kullanılmasından söz etmek mümkündür. Hukuk bir toplum içinde yaşayan insanların birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen kurallar bütünüdür. Bir ülkede halk, o ülkede geçerli olan hukuka bağlı olarak yaşar. Bu hukuku çevresinden bilgi alarak tanır; çoğunlukla taklit yoluyla kurallara uyar. Bu yüzden hukuk o toplumdaki ilişkileri geliştirmek amacıyla sosyal bir araç olarak kullanılabilir. Eski, günün koşullarına uymayan, ihtiyaçları kısmen veya tamamen karşılayamaz hale gelen, o toplumu uluslararası ilişkilerden soyutlayan mevcut hukuk kuralları, toplumsal ilişkileri, toplumun yaşam biçimini ve o devletin devletlerarası ilişkilerini yenilemek, çağa uydurmak amacıyla değiştirilebilir. Bu tür bir değişim amacının gerçekleştirmek istendiği ülkelerde arzulanan, modern bir hukuk sistemini yaratacak kaynaklar yoksa, çoğu kez başka ülkelerin hukuk sistemlerine başvurulur." Gülnihâl Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, 1996, s. 9. Sosyolojik bir incelemeden çok, resepsiyonun amacını olduğu gibi benimseyen bu açıklamada eleştirilebilecek ilk nokta, toplum içinde yaşayan insanların ilişkilerinin tamamen hukuk kapsamına sokulmuş olmasıdır. Hâlbuki hukuk, sosyal bir olgu olarak, belli noktalarda karşımıza çıkan ve hukuki nitelikli ilişkilerde kendisine başvurulan bir alandır. Pek çok Hukuka Giriş, Hukuk Başlangıcı kitabından da tespit edilebileceği gibi bütün sosyal ilişkiler hukuki değildir. Olayların bazıları tabiat olayları, bazıları ise insan eylemleridir. Her iki kategoride yer alan olayların tamamı hukukî değildir. Tabiat olayları içinde hukuku ilgilendirenler hukuki olay, insan davranışları içinde hukuku ilgilendirenler hukuki fiil olarak kabul edilir. Bu temel noktadan sonra Bozkurt'un açıklamasına getirilebilecek diğer eleştiriler için bkz. Balı, (Hukuk) s. 229–234

sosyal değişmeleri sağlayamadığı ve geleneksel yapılarla çeşitli çatışmalara yol açtığı görülmektedir. Bunun sebebi büyük ölçüde, getirilen yeni hukuk sistemlerinde, topluma özgü beklenti ve gereksinimlerin dikkate alınmamasıdır. Çünkü toplumun böylesi bir değişmeye açık olabilmesi için birtakım koşullar vardır. İlk olarak, kurumsallaşmış davranış tarzları tarafından karşılanamayan yeni gereksinimlerin var olması; yani teknolojik, ekonomik, endüstriyel değişimlerin yaşanmış olması gerekmektedir. Bunlar yaşanmaksızın önceden hukukun değiştirilmesi, beklenen sosyal değişmeyi sağlayamayacaktır. Bir diğer koşul, toplumda böylesi değişikliklere yönelik beklenti ve umutların mevcut olmasıdır. Değişmeye hazır olmayan ve statüko ile tatmin olanlar yaygın olduğu sürece değişim için gerekli koşullardan söz edilemez. Üçüncü koşul, toplumdaki bilgi birikimi veya eğitim alt yapısının, gerçekleştirilmek istenen yeniliklere zemin oluşturabilecek formda olmasıdır. Yeni bilgilerin elde edilebildiği, yeniliklerin yaygınlaşabildiği geçişli, çeşitli, zengin bir altyapıya ihtiyaç vardır.[28] Bu ve benzeri koşullar sağlanmaksızın gerçekleştirilen yenilikler, reformlar beklenen etkiyi doğurmayabileceği gibi, beklenmeyen ve arzulanmayan sonuçlara da yol açabilir.[29] Dolayısıyla hukuk meydana getirecek olan mercilerin, öncelikle, meydana getirdikleri hukukun uygulanabilirliğini göz önünde bulundurmaları zorunludur.[30] Bu aynı zamanda hukuku meydana getiren mercilerin, özellikle siyasal iktidarların meşruluklarını pekiştiren bir tercihtir.[31]

Toplum mühendisliği tarzında yürütülen hukuk üretme politikasının temel sonucunun, toplumsal gerçekliğin bir parçası olan geleneksel normlarla pozitif hukuk arasında meydana gelen çatışma olduğunu belirttik. Bu noktada açıklığa kavuşturulması gereken, *çatışma* kavramıdır. İki veya daha çok soyut, normatif değer arasında çatışma nasıl mümkün olabilir?

Sosyolojik anlamda çatışma "iki veya daha çok kişi veya grubun diğerini ortadan kaldırmaya veya etkisizleştirmeye çabaladığı bir etkileşim formudur."[32] Normatif bir örnek olarak; pozitif hukuk içinde aynı somut olaya farklı ve birbiriyle örtüşmeyen hükümler getiren normları verebiliriz. Böylesi durumlarda iki norm arasında karşıtlık veya aykırılık[33] durumlarından farklı olarak; her iki normun da diğerini yok etmeye, kaldırmaya ve özellikle yok saymaya yönelmiş bir durumdan bahsetmekteyiz.[34] İşte toplum mühendisliği kapsamında, diğer normatif değerler hesaba katılmaksızın hukuk üretilmesi faaliyeti, kaçınılmaz olarak bu türden bir çatışmayı ortaya çıkarmaktadır. Çünkü yeni üretilmekte olan hukuk, öncelikle geleneksel normları yok sayan; ardından yürürlüğe girmesiyle, bunları ortadan kaldırmaya, bunlarla *çatışmaya* yönelen bir işlev ortaya koymaktadır. Yani kendisini cebri kılan devlet gücü tarafından; yeni uygulamaya sokulan pozitif hukukun dayatılması ve geleneksel normlarla çatıştırılması söz konusudur. Geleneksel normları yaşatan sosyal yapılar ise, bu türdeki pozitif hukuku yok sayma, ortadan kaldırma veya bu normlara direnme eğilimide bulunabilmektedir.

(28) Fichter, s. 160.
(29) Fichter, s. 156.
(30) Orhan Münir Çağıl, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Tabı', İstanbul, 1971, s. 268.
(31) Mehmet Tevfik Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul, 2001, s. 187.
(32) Fichter, s. 104.
(33) Karşıtlık, farklı konularla ilgili farklı değerler içeren farklı normlarda söz konusu olmaktadır. Bazı durumlarda kanunun eşitlik ilkesine, bazı durumlarda ise özgürlüklere ağırlık vermesi gibi. Aykırılığı ise normlar hiyerarşisinde alt normun üst norma aykırılığı olarak ele alıyoruz.
(34) Yasemin Işıktaç, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2003, s. 158.

Böylelikle, pozitif hukuk normları ile kültürel veya dini kaynaklı olan geleneksel normların aynı konularda hüküm vermeye yönelmiş olduğunu / olabildiğini ifade etmekteyiz. Yani olgusal boyutuyla "hukuk" üzerinde, geleneksel normların da sosyolojik olarak söz hakkının var olduğunu; hukukun yegâne kaynağının pozitif hukuk olmadığını ifade etmiş oluyoruz. Çünkü normatif değer taşıyan her sosyal olgu aynı zamanda hukuk olmaya veya hukuk yaratmaya elverişli niteliktedir.[35]

O halde pozitif hukuk dışındaki sosyal normların pozitif hukuk gibi, aynı fonksiyon içerisinde uygulanması mümkün müdür? Ya da diğer normların gerçekten pozitif hukuku ilgilendiren somut olaylarda belli bir önermeyi, hükmü ortaya koyması mümkün müdür?

Hukukun diğer önerme biçimlerinden ayrılmasında onun *normatif* olmasının yeterli bir ayırım noktası olmadığını, çünkü din, örf ve adet gibi alanların normatif olduğunu belirten Işıktaç, ayrım için gerekli olanın *adaleti* amaçlama unsuru olduğunu belirtmektedir. "Din kuralları ve hukuk kuralları arasındaki ayırım öncelikle ideleri açısından ortaya çıkar. Din kuralları 'mutlak iyi'nin gerçekleşmesini sağlamaya yönelmişken, hukuk kuralları 'adaletin' gerçekleşmesi ile yetinirler." İfadeden anlaşılabileceği gibi "mutlak iyi"nin "adalet" kavramını kapsadığı, hukuk kurallarının ise sadece bu alt kavramı idealize ederek fonksiyon icra ettiği kabul edilmektedir. Işıktaç, hukukun din kurallarına göre daha dar bir alanda düzenleme yaptığını dile getirmektedir.[36] Burada dikkatle üzerinde durulması gereken nokta, aslında hukuk kurallarının dar bir alanda varlık gösterirken, din kurallarının hukuk kurallarının ilgilendiği alanı kapsayacak genişlikte bir uygulama alanına sahip olmasıdır. "Mutlak iyi" idesi, "adaleti" kapsadığına göre, somut olayda belli davranışın zorunlu kılınması veya yasaklanması gibi normatif bir önermeyi oluşturmaya elverişli olmalıdır. Din kurallarından yola çıkılarak ortaya konan "kürtajın yasaklanması" ya da "faizin yasaklanması" önermeleri, açık şekilde pozitif hukukun ilgilendiği alanda, bağımsız şekilde din kurallarının söz söyleyebildiğine dair çok bilinen örneklerdir. Öte yandan çağlar boyunca din kurallarına göre yargılama ve cezalandırma yapıldığı düşünüldüğünde dinin hukuk oluşturmaya elverişsiz olduğu düşüncesine yer kalmamaktadır. O halde din kurallarının pozitif hukukla aynı somut olaylar hakkında hükümler verebileceğini, bu sebeple din kurallarıyla pozitif hukuk kurallarının çatışabileceğini söyleyebiliriz.

Çatışmanın bir diğer boyutu, örf ve âdet kuralları ile pozitif hukuk arasında gözlenmektedir. Hukuk ve örf arasındaki ilişkiyi ele alan Çağıl'a göre örfün organize edilmemiş bir topluluğa dayandığı düşüncesi yerinde değildir. Çünkü örfün var olduğu bir topluluk kendine özgü bir düzene ve dolayısıyla organizasyona dayanan bir topluluk-

(35) Bal, s. 159.
(36) Işıktaç, (Metodoloji) s. 128.

tur.[37] Şayet hiçbir düzeni ve organizasyonu olmayan bir topluluk tasvir edecek olsak, herhalde bu topluluğu oluşturan bireylerin birbiriyle hiçbir kültürel, dini veya siyasi bağ içerisinde olmadığını, mesela farklı topluluklardan rasgele koparılıp biraraya getirilmiş bireylerden müteşekkil olduğunu söyleyecektik. Böylesi bir topluluk örneği, tarihe de sahip olmasa gerektir. Yeryüzünde sosyolojik olarak inceleme imkânı bulabildiğimiz ve kendine ait tarihi olan her topluluk zaman içerisinde kendine özgü düzeni ve dolayısıyla örfü de oluşturmuş topluluk olacaktır. Düzenin varlığının göstergesi örf âdet hukukunun rızaya, uzlaşmaya dayalı olmasıdır.[38] Meşruluğuna yönelen bir itiraz bulunmaması da örf ve âdetin organizasyon halinde, kolektif bir bilinç düzeyinde ortaya çıktığına işaret etmektedir. Şu halde hukuku belli bir organizasyonun varlığıyla birlikte açıklarken[39] örfün de hukuk olabileceğini kabul etmek zorundayız.[40] Kaldı ki tarihsel gelişimi itibariyle hukukun da belli oranda örf âdet kurallarından doğduğu bilinmektedir.[41] Dolayısıyla hukuk sayılabilecek bir yapı olarak örf adet kurallarının da pozitif hukukla aynı konularda farklı hükümler barındırma ihtimali bulunmaktadır. Dolayısıyla sosyoloji ve hukuk disiplinleri kapsamında böyle bir çatışmanın göz önünde bulundurulması zorunludur. Bu göz önünde bulundurma eğilimi elbette, bütün örf âdet normlarını olduğu gibi kabul edip onları meşrulaştırmak anlamına gelmemektedir. Yine de pozitif hukukça suç sayılarak cezaya tabi tutulan pek çok örfi veya teamüli kuralın varlığını etkin biçimde sürdürebiliyor olması, bunların incelenmesini ve açıklanmasını gerekli kılmaktadır.[42] Bu noktada Levy-

(37) Çağıl, s.67–68.

(38) Çağıl, s. 67; Işıktaç, s. 36. Düzeni tanımlayan Inkeles sosyolojik olayların az veya çok düzen içerisinde ve birbiri ardı sıra gerçekleşmesine işaret ederek, değişken durumlar içerisinde olaylar arasındaki ilişkinin belirli bir bağlantı içerisinde meydana gelişini vurgulamaktadır. Farklı derecelerde karşımıza çıkabilecek farklı düzen biçimlerinde dahi tespit edilebilecek ortak karakteristik özellikler bulunduğunu ve sosyolojinin çalışma alanının bu ortak yönler olduğunu hatırlatan Inkeles, bir anlamda "olgu" kavramını da ortaya koymuş olmaktadır. Zaten Inkeles, sosyolojinin her çeşit topluluk biçimlerinde tıpkı fizik kanunlarında olduğu gibi bir düzenin varlığı iddiasından yola çıktığını hatırlatarak, belli topluluklarda düzenin var olmadığı iddiasının sosyolojinin temel mantığıyla da çatışacağı düşüncesine açıklık kazandırmaktadır. Alex Inkeles, What Is Sociology?, Prentice-Hall, 1964, s. 25. Bizce de akıl sahibi bir varlık olarak insanoğlunun yaşama biçimlerinin doğa kanunlarının yani fizik, kimya, biyoloji gibi disiplinlerin ötesinde bir inceleme alanı içerisinde ele alınması zaten onun kendine özgü bir düzen oluşturma karakteri taşıdığını göstermektedir. Bu yönüyle herhangi bir düzene sahip olmadığı iddia edilen bir insan topluluğunun ancak biyoloji gibi hayvan yaşam biçimlerinin incelendiği bir disiplinde ele alınması gerekirdi ve bu yeterli bir tercih olurdu.

(39) Hukuksal nitelik taşıyan sosyal normların ayırt edici özelliği olarak düzenli ve istikrarlı bir uygulama şekli genel olarak kabul edilmektedir. Balı (Hukuk), s. 72.

(40) Bu kapsamda Bierstedt tarih içerisinde bütün topluluklarda örf âdet kurallarının bulunmasıyla beraber her toplumda hukukun var olmadığını, hukukun sadece devlet organizasyonu bulunan topluluklarda bulunduğunu belirtmektedir. Ancak Bierstedt şunu da ekler: "Bazı yazarlar, haklı olarak, hukukun anlamını; eğitimli topluluklar kadar formasyona tabi olmayan topluluklarda, itaati bir şekilde zorunlu olan ve organize olmuş bir otorite tarafından uygulanan bütün gelenekleri (custom) kapsayacak biçimde ele almaktadırlar ve bu anlamda ilkel bir hukukun varlığından söz edilmektedir. Ne olursa olsun, sosyolojik amaç için, özellikle bir elimize aldığımız hukukla diğer elimize aldığımız örflerin, âdetlerin ve diğerlerinin farklı noktalarını ortaya koyabilmenin mümkün olması için, (hukuk) terimi(ni), şekli olarak vazedilmiş ve kayıtlı hale getirilmiş normlarla sınırlamak daha iyi görünmektedir." Bierstedt, s. 182. Görüldüğü gibi, çoğu kez sosyolojik olarak hukukla örf-adet gibi diğer sosyal normların kesin çizgilerle ayrıma tabi tutulması, sadece pratik amaçlarla yapılan bir tavır olarak karşımıza çıkmaktadır. Yoksa teknik anlamda yazılı hale getirilmemiş bir toplulukta hukukun var olmadığından söz etmek mümkün değildir.

(41) İsmail Kılıoğlu, Ahlak-Hukuk İlişkisi, İstanbul, 1988, s. 329; Balı (Hukuk), s. 76.

(42) Ülker Gürkan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1994, s. 50–51.

Bruhl'un işaret ettiği gibi örf ve âdet hukuku adeta pozitif hukukun yaşamsal gücü gibidir. Çünkü örf ve adetler pozitif hukuka kaynaklık ettiği gibi var olan bir pozitif hukuk normunun uygulanmamasına da sebep olabilmektedir.[43]

Bu aşamada başvuracağımız temel kavram, *yaşayan hukuk* olacaktır. Yaşayan hukuk, pozitif hukuktan daha geniş bir alana sahiptir. Çünkü yaşayan hukuk hem pozitif hukukun uygulama imkânı bulan kısmını hem de örf âdet hukuku, din kuralları gibi diğer normatif kaynakları içermektedir. Yaşayan hukuk, kısacası uygulama imkânına ulaşmış ve normatif değer taşıyan, toplumsal gerçekliğin ortaya çıkardığı hukuktur. Gürkan'a göre, pozitif hukukun uygulama alanı bulamayan, arkasında devlet gücü dahi olsa ölü kurallar haline gelmiş bulunan kısımları yaşayan hukukun bir parçası değildir.[44] Burada, Gürkan'ın tarifine göre yaşayan hukukun dışında kalan pozitif hukuk kuralları, hiçbir şekilde uygulama imkânı bulamayan ve yargılama sürecinde bile göze alınmayan kurallar gibi anlaşılmaktadır. Tıpkı 1925 tarihli Şapka Kanunu gibi.[45] Ancak yaşayan hukuk içerisine; bu tariften yola çıkarak, toplumsal gerçeklikle çatışıyor dahi olsa devlet erki desteğiyle yargılama faaliyeti içerisinde uygulama imkânı bulan; toplum içerisindeki adalet anlayışlarıyla çatışmasına rağmen dayatılabilen pozitif hukuk kuralları girebilmektedir. Hâlbuki sosyolojik süreç içerisinde kendiliğinden devam edebilme yeteneği olmayan kuralların yaşayan hukuk kapsamına sokulması imkanı yoktur.[46] Çünkü ancak dayatılarak uygulanabilen kurallar, zaten sosyal hayatın bir parçası olamadıkları için dayatılmaktadırlar. Ta ki bu dayatma bir zaman sonra başarıya ulaşarak sosyal hayatın parçası haline gelmiş olsun. Bu şekilde bir dayatmanın başarılı olma ihtimalinin düşük olduğunu yukarıda ifade ettik. Bir şekilde bu hukuk normları sosyal hayatın parçası haline gelecek olursa, başarıya ulaşmış olan bu kurallar, artık dayatılan değil kabul gören kurallar halini alarak, yaşayan hukuk kapsamına girecektir. Dolayısıyla, sadece devlet zoruna dayanan ama toplum düzeyinde kabul görecek bir psikolojik öğe barındırmayan pozitif hukuk kurallarını, fiilen uygulanıyor olsa da, yaşayan hukuk kapsamına sokamıyoruz.[47]

(43) Balı, s. 105.

(44) Gürkan, s. 49.

(45) Bu ölçüde uygulama imkanını yitirmiş hukuk kurallarının akibeti hakkında Doehring şunları ifade etmektedir: "Hukuk kuralları gerçeklerle karşı karşıya geldikleri zaman ilga edilmezler ama artık onların geçerliliği istenilmezse ortadan kalkarlar ve bu iş böyle olur. Bu konuda desuetudo adlı hukuk kurumu, yani bir hukuk kuralının uygulanamaması nedeniyle düşmesi anımsanabilir. Gene bir hukuk kuralının uygulanabilirliği artık söz konusu olmazsa, eylemsel bakımdan ortadan kalkar, ama onun ortadan kalkıp kalkmadığı ancak normatif bir işlemle anlaşılabilir. ... Bütün bu anlatılanlar bir ölçüde gerçeklere ödün verilmesidir ama, bu gerçeklerin hukuksal önemini saptamak daima hukuk yapıcının veya uygulayıcısının sübjektif bir irade beyanına dayanır. Eğer ünlü ancak çoğu kez yanlış anlaşılan 'vakıaların normatif gücü' deyiminin açıklanması söz konusu olursa, bu bahsin önemi kavranılabilir." Karl Doehring, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku) Sistematik Bir Yaklaşım, Çeviren: Ahmet Mumcu, İstanbul, 2002, s. 14.

(46) "Kendiliğinden olma" kavramı Gürkan'ın da yaşayan hukuku algılamada başvurduğu bir kavramdır. "Örf-âdet hukuku, kendiliğinden doğan hukukun tipik örneği olduğu için yaşayan hukukun gene büyük bir kısmını oluşturur." (İtalik vurgu bana ait D.C.K.) Gürkan, s. 50.

(47) "...hukuku, münhasıran devletin iradesine irca edecek olursak, bu görüşün tabii ve mantıkî neticesi olarak, cebri de asli bir unsur, yani hukuku hukuk yapan unsurlardan biri olarak hukukun mahiyetine dahil etmemiz gerekir ki bu da bizi hukukun mahiyeti hakkında yanlış bir neticeye götürür. Bir kere hukuk, bir çok insanların vücude getirdikleri bir muhit için muayyen bir hayat nizamını zarurî kılan şartların cârî olduğu nispet ve hallerde teessüs eder.

Özetle, aynı somut olaylar karşısında; kültürel veya dini kaynaklı geleneksel normların veya sosyal gelişmeler dolayısıyla yeni meydana gelen normların, pozitif hukuk normlarıyla, aynı netlikte(*), farklı içerikte, birbiriyle çatışan farklı hükümler içermesi mümkün olabilmektedir. İşte bu durumlara biz *hukuk çatışması* adını veriyoruz. "Hukuk çatışması" ifadesini kullanmamızın sebebi, kaynak yönünden din kuralları, ideolojik hukuk, tabii hukuk, örf-adet hukuku gibi farklı hukukların çatıştığı noktaların ele alınmasıdır. Bir diğer ifadeyle, hukuk çatışmasının, yaşayan hukuk içerisinde pozitif hukukla çatışan bütün normları, bütün hukukları kapsadığını da ifade edebiliriz.

3. Hukuk Çatışması'nın Diğer Benzer Kavramlarla Ayrımı

Bilindiği gibi hukukta birbiriyle çelişkili, zıt, çatışan veya birbirine aykırı normlarla karşılaşılmakta ve bunlar arasındaki uyuşmazlığın çözüme ulaştırılması hukuk çalışmalarının önemli bir kısmını kapsamaktadır. Bunlar genellikle pozitif hukuk içerisinde doğan meseleler olmaktadır. Bunlardan da kısaca bahsederek yöntem olarak bu uyuşmazlık biçimlerinin çözüm yollarının, bizim ele aldığımız hukuk çatışmalarında da faydalanabilecek yöntemler olabileceğini belirtmiş olalım.

a) Normlararası Çatışma

Pozitif hukukun tamlık ve tutarlılık iddiası, amacı ve ideali hem hiçbir hukuki meselenin çözümsüz bırakılmamasını hem de pozitif hukuk içerisinde çelişkilerin olmamasını öngörmektedir.[48] Özellikle Roma Hukuku'ndan bu yana süregelen Kamu Hukuku-Özel Hukuk ayrımı hukukun sistemleştirilmesinde vazgeçilmez bir sınıflandırma halini almış ve bir yerde kaçınılmaz olan bu sistemleştirme uzmanlaşmaya ve tek yönlü hukuk çalışmalarının ön plana çıkmasına sebep olmuştur. Bu uzmanlaşma giderek farklı hukuk dallarının birbirinden bağımsız ve bir anlamda habersiz, koordinasyonsuz bir biçimde ilerlemesine ve gelişmesine yol açmıştır. İşte bu bağlamda, hukukun tutarlılık amacına[49] aykırı biçimde, çelişkili bulunan hükümler de hukuk sistemleri içerisinde yer edinebilmiştir. Normlar arası çatışma, pozitif hukukta aynı somut olaya uygulanabilecek nitelikte birden fazla normun bulunması ve bunların birbiri ile çelişkili olması şeklinde karşımıza çıkmaktadır.[50]

(Bir çok insanların vücude getirdiği muhit, aileden başlayarak devlete kadar muhtelif suretlerde tezahür edebilir)." Görüldüğü gibi tamamen sosyolojik bir olgu olması yönüyle, yaşayan hukuk anlayışına yakın bir biçimde açıkladığı hukuku Çağıl, diğer olgulardan ayırmak için adalet kavramına başvurmaktadır. "...hukuk, bu muhit veya muhitler içinde sadece sosyal faide düşüncesine, sadece menfaat mülahazalarına müsteniden maddî ihtiyaç ve gayelerden değil, bilâkis aynı zamanda ve bilhassa mantıki ve ahlâki zaruretle insan ruhunun derinliklerinden doğan, nihai mâna ve gayesi itibariyle adalet idesine yönelmiş bir nizamdır. Bu keyfiyet de, hukukun mahiyetine cebri dahil etmemize mâni bir keyfiyettir. Ancak, cebir hukukun mahiyetinden doğan bir netice olabilir" (İtalik vurgu kaynak metinden aynen aktarıldı.) Çağıl,, s. 68. Bu açıklamadan yola çıkarak da Balı'nın ifadeleriyle açıklık kazanan bir noktaya dikkat çekilebilir: "Hukuk, toplumu ileri medeniyetler seviyesine taşımak amacını gödemez. 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 bir çok başka sosyal branşlar ve kurumlar söz konusudur." Balı (Hukuk), s. 256.

(*) *Somut olaya ilk derecede uygulanabilecek kadar açık olan; somut olay karşısında diğer norma göre daha ilkesel olmayacak ölçüde net olan anlamında kullanıyoruz.*

(48) *Işıktaç, (Metodoloji), s. 249.*

(49) *"Tamlık ve tutarlılık aslında hukuksal pozitivizmin 'hukukun mükemmelliği' ilkesi ile de ilişkilendirilebilir. Hukukun boşluk içermez bir bütün olduğu ve tüm sorunları çözebileceği iddiası gerçekten de çok geniştir. Ve bir amaç olmakla beraber ideal bir durum olduğunun da kabulü zorunludur." Işıktaç, (Metodoloji), s. 249.*

(50) *Işıktaç, (Metodoloji), s. 259.*

Bu durumlarda birbiri ile çelişik iki önermenin aynı anda geçerli kabul edilmesi, hukukun niteliğiyle uyuşmayacak bir kararsızlığa ve duraksamaya sebep olacaktır. Ancak çelişen normların karşılıklı olarak birbirini ortadan kaldırması da imkânsızdır. Üçüncü halin olanaksızlığı ilkesi, çelişen durumda bir önermeyi tercih etmeyi gerektirmektedir.[51] Böyle durumlarda hukukçular, öncelikle çatışan kuralların genel kanunda mı yoksa özel kanunda mı yer aldığını dikkate alarak özel kanunda yer alan kurala öncelik verirler.[52] Şayet iki genel veya iki özel nitelikli kanun hükmü söz konusu olursa izlenecek yöntem için iki görüş mevcuttur. Bir görüşe göre, yeni tarihli olan kanun hükmü, kanun koyucunun son iradesini yansıttığı için tercih edilmelidir. Diğer görüşe göre ise uygulayıcının aynı derecede bağlayıcı iki kuralı birlikte uygulaması imkânsız olduğu gibi, aynı derecede yürürlükte bulunan bu kurallardan birini diğerine tercih etme hakkı da yoktur. Böyle bir durumda iki hükmün birbirini yok ettiği düşünülerek gerçek bir kanun boşluğu varmış gibi, uygulayıcının, yani hâkimin hukuk yaratması yoluna gidilebilir.[53]

b) Normlararası Aykırılık

Pozitif hukuk içerisinde normlar arasındaki uyuşmazlığın bir diğer görünümü ise *aykırılıktır*. Aykırılık, daha çok normlar hiyerarşisi içerisindeki üst ve alt normlar arasındaki uyuşmazlığı ifade etmektedir.[54] Dolayısıyla buradaki uyuşmazlık, biri genel nitelikli ve somut olaya birebir uygulanamayacak olan bir hukuk kuralı ile normlar hiyerarşisinde daha altta yer alan ve daha özel nitelikli hukuk kuralı arasındaki bir uyumsuzluk şeklinde ortaya çıkmaktadır.

Normlar hiyerarşisi açısından temel nokta bütün pozitif hukuk mevzuatının özellikle Anayasa'ya uygun olmasıdır.[55] Çünkü anayasacılık özellikle liberal görüşün desteğinde tarihsel süreç içerisinde devlet erkinin sınırsız ve keyfi biçimde kullanılmasını önlemek amacıyla konulmuş, kuvvetler ayrılığı prensibinin paralelinde yürütmenin keyfi hukuk kuralları meydana getirmesinin önüne sınırlamalar getirilmek istenmiştir. Ancak temelde yatan sadece anayasa değil, anayasanın dayandırıldı-

(51) *Işıktaç, (Metodoloji), s. 259.*

(52) *Işıktaç, (Metodoloji),s. 260-261. "Ancak genel kanunda da özel bir hüküm bulunabileceği düşünülerek kuralın hangi kanunda olduğuna ve onun niteliğine değil bizzat o hükmün genel mi yoksa özel mi olduğuna bakmak da gerekebilir." s. 261.*

(53) *Işıktaç, (Metodoloji), s. 260.*

(54) *Aykırılık ile çatışma arasındaki farklılığın anlaşılabilmesi için tipik bir örnek Atar tarafından Anayasa'nın 90. maddesinde milletlerarası hukuk normlarının uygulanmasıyla ilgili olarak açıklanmaktadır. 2004 yılındaki anayasa değişikliği ile 90. maddeye eklenen bir hüküm, temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası hukuk normu ile kanunların "farklı hüküm içermesi" durumunda milletlerarası hukuk normunun uygulanacağı hükme bağlanmaktadır. Bu düzenleme milletlerarası hukukun normlar hiyerarşisinde sanki kanunların üstünde bir yerde olduğu izlenimi vermektedir. Hâlbuki Atar'a göre burada bir altlık üstlük ilişkisi söz konusu değildir. "'Farklı hüküm içerme' deyimi, kanun hükmünün sözleşmeye aykırılığı şeklinde değil, sözleşme hükümleriyle çatışması biçiminde anlaşılmalıdır. Çünkü, Anayasa hükmü (m.90/son), kanunun sözleşmeye aykırılığı değil, düzenlemelerin aynı konuda farklı hüküm içermesi sorununun çözümüne yönelik tir. Başka bir ifadeyle, m.90/son ile öngörülen düzenlemenin kapsamına, hukuk kurallarının uygulanmasında ortaya çıkan 'aykırılık sorunu' değil, bir 'çatışma (çelişme) sorunu'dur. Dolayısıyla, sözleşme hükmünün çok genel, kanun hükmünün ise ayrıntılı ve somut olması durumunda kuralların çatışması söz konusu değildir, bu bir aykırılık sorunudur. Örneğin kanunların Anayasaya uygunluğunun denetlenmesinde olduğu gibi." Yavuz Atar, Türk Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya, 2005, s. 350.*

(55) *Mustafa Erdoğan, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Ankara, 2005, s. 83.*

ğı prensiplerdir. Buna paralel olarak Işıktaç da normlar hiyerarşisinde en üste "Hukukun Genel İlkeleri"ni koymaktadır.[56] Böyle bir anlayış elbette ki hukukun tıpkı Nazi Almanya'sı hukuk sistemi gibi temel insanlık değerleri ile bağdaşmayacak birtakım hükümlerin anayasalara konulmasını önleyecek ve buna paralel olarak anayasaların normatif bağlayıcılığı ve üstünlüğü dolayısıyla hukuk kuralı şeklinde böylesi uygulamalara fırsat tanınmayacaktır. Çünkü şeklen hukuk olmaması arzulanan böylesi kuralların nitelik olarak da hukuk olmadıkları ortadadır.[57] Hukukun genel ilkelerini "toplumun ortak iradesinin dışa vurumu niteliğinde kolektif düşünce ve inanç birliği" olarak açıklayan Işıktaç bunların gücünün "yargıcın normatif iktidarı" tarafından yaratılmasa da etkinliğinin yargılama faaliyeti içerisinde söz konusu olabileceğini ifade etmektedir.[58] Uygulayıcılar adalet, eşitlik, iyi niyet, hakkın kötüye kullanılma yasağı gibi kavramların içini somut olaya uygun biçimde doldurarak bunlara hayat kazandırabilirler. Bu ilkeler, "biçimsel olarak yürürlükleri olmasa da sosyolojik yürürlüğe ve etkinliğe sahip"tirler.[59]

İşte bu kapsamda aykırılık probleminin temel olarak sadece anayasanın kanunlara, kanunların yönetmeliklere, yönetmelikleri tüzüklere normatif üstünlüğü olarak algılanan normlar hiyerarşisi anlayışının, daha üst kriterlere bağlanması niteliksel olarak hukuk sayılamayacak kuralların denetlenmesi imkânını doğuracaktır. Böylesi üst kriterlerin de sadece evrensel hukuk ilkeleri çerçevesinde değil, ülkesel olarak adalet anlayışlarının somutlaşan görünümleriyle de belirlenmeye çalışılması en azından toplumsal beklentilerin tamamen dışında gelişen bir içtihat yapısını önleyebilir. Yine sosyolojik değerlendirmelerden uzaklaşmayan bir içtihat yapısı da demokratik süreçleri bir kenara iten "yargıçlar hükümeti" tarzı bir yargılama sisteminin doğmasını da imkân dışı bırakacaktır. Burada belki yukarıda bahsettiğimiz "hukuk kültürü" kavramı üzerinde durulması sosyolojik bir hukuk incelemesinin önünü açacaktır.

III. Çözüm

Hukuk, insanların adalete yönelmelerinden doğan sosyal bir olgudur. Yani hukukun temel amacı adalettir ve insanların adaleti gerçekleştirmek amacına dayanarak gerçekleştirdikleri düzenlemeler ve faaliyetler hukuk kapsamında ele alınmalıdır. Dolayısıyla karşılaştığımız bir düzenleme veya faaliyetin hukuk olup olmadığını anlayabilmek için başvuracağımız temel değer adalettir.[60] Dolayısıyla hukuku insanların

(56) Işıktaç, (Metodoloji), s. 252.
(57) Balı, (Hukuk), s. 262.
(58) Işıktaç, (Metodoloji), s. 262.
(59) Işıktaç, (Metodoloji), s. 263.
(60) Aral, , s. 15. Aral hukuku tanımlarken, "adalete yönelmiş bulunan bir toplumsal yaşama düzeni" ifadesini kullanmaktadır. Hukukun tek başına bir düzen olmadığını, gerçek düzeni sağlayanın, insanların birlikte yaşamaya ve o hukuk kurallarını meşru saymaya yönelik iradeleri olduğunu düşünmekle beraber; hukuk kurallarını var eden temel saikin adalet duygusu ve ihtiyacı olduğunu söyleyebiliriz. Karş. Balı, (Hukuk), s. 214–219 Ancak toplumsal düzeni sağlayanın hukuk olmadığı ifade edilirken vurgulanmak istenen kanımızca devlet erki ile müeyyidelendirilmiş pozitif hukuktur. Buradan hareketle, sosyal anlamda (geniş anlamda) hukuk sayılabilecek din kuralları, örf âdet kuralları, görgü kuralları ve diğerleri birlikte ele alındığında bütün bunların, toplumsal düzeni meydana getirdiklerini söyleyebiliriz. Burada esas nokta düzeni var edenin "müeyyide" değil de, belli bir düzene duyulan inanç ve bu inanca bağlı iradenin varlığıdır.

adalete yönelmelerinden doğan sosyal bir olgu olarak tanımlamak suretiyle en azından pratik amacımıza uygun bir anlayışı ortaya koymuş oluruz. Çünkü bu tanımlama bize sadece pozitif hukukun değil, salt adalet duygusundan kaynaklanan bütün normatif olguların hukuk içerisinde yer aldığını gösterecektir. Bu iddiamıza dair açıklamalarımızı zaten yukarıda ayrıntılı biçimde belirttik. Şu halde hukuku ilgilendiren ve adalet beklentisine dayanan bütün değerler arasında bir yarışmadan söz edilebileceği de ortadadır. Buna bağlı olarak da hukuku ilgilendiren bu sosyal değerlere bağlı sosyal normlar arasında çatışma da söz konusu olacaktır.

Böylesi çatışmaların giderilmesi belki sosyal düzenin korunması açısından bir zorunluluk olarak görülebilir. Ancak salt hukuk ihtiyacı ya da sosyal yaşamın kaçınılmaz kıldığı hukuk olgusu kapsamında zaten böylesi çatışmaların giderilmesi bir zorunluluktur. Çünkü adalet duygusuna kayıtsız kalmayan hiçbir topluluk hukuksuz kalmayacaktır. Öte yandan kısaca hukuk çatışması olarak isimlendirmiş olduğumuz sosyal normlar arasındaki böylesi çatışmaların varlığı, adına "hukuk" denen bir kurumun varlığına karşın, özgün işlevsel ve niteliksel yönüyle hukukun yokluğu anlamına gelmektedir. Sosyal yaşam böyle bir yokluğu elbette kaldıramayacaktır.

1. Çokkültürlülük Olgusu Çerçevesinde Çözüm Örnekleri

Çokkültürcü çözümler siyasi yöntemlerle ve kamusal kararlarla elde edilebilecek niteliktedir ve daha çok özgürlüklerin azınlık veya çoğunluk olsun bütün toplum katmanlarına adil bir şekilde dağıtılması/tanınması tarzında ortaya konmaktadır. Bizim ele almaya çalıştığımız sorun pozitif hukuk sistemlerinin çokkültürel nitelikteki veya ulusal nitelikteki adalet anlayışları karşısında olsun, sosyolojik araştırmalarla tespit edilmesi mümkün olan ve yine sosyolojik araştırmalarla, toplum içerisinde fiilen uygulandığı görülen çeşitli normların pozitif hukuk ile olan ilişkisidir. Buna karşılık çokkültürcü çözüm arayışları ele aldığımız hukuk çatışması kavramının birkaç yönünü de yakından ilgilendirmektedir. Öncelikle çokkültürlülük bağlamında ele alınan sorunlar tarihsel olarak aynı siyasi gelişmelerin paralelinde ortaya çıkmıştır. Buna aşağıda değineceğiz. Öte yandan çokkültürcü bakış açıları sosyal yapının barındırdığı farklı kültürel, etnik veya dini adalet anlayışlarının birbirleri ile olan ilişkilerini çözümlemede bize yardımcı olmaktadır. Özeltikle ulus-devlet yapısı içerisinde çoğunluğun adalet beklentilerinin pozitif hukuka yansıtılmış olması durumunda azınlıkların durumlarının ne olacağı sorununun incelenmesi buna tipik bir örnektir. Bu sebeple çokkültürlülük bağlamındaki sorunu kısaca ele alabiliriz.

Günümüzde olgusal yönüyle toplumların *çokkültürlü* oldukları ve farklı kültürel anlayışlar paralelinde farklı adalet anlayış ve beklentilerinin var olduğu kabul edilmektedir.[61] Ancak, belki çok erken dönemlerdeki avcı-toplayıcı, göçebe kabile yaşam biçimleri dışta tutulacak olursa, tarihin büyük bir bölümü çokkültürlü toplumlara sahne olmuştur. Dolayısıyla çokkültürlülük modern çağın bir olgusu değildir. Ancak çokkültürlülüğün çözüm bekleyen birtakım sorunlar yumağını da beraberinde getirmesi modern çağlara tekabül

(61) Balı, s. 205.

eder. Daha önceki çağlarda da benzer sorunlar yaşanmış olsa da zannetmiyoruz ki hiçbir dönemde bu sorunlar günümüzdeki gibi kronikleşmiş bir hale gelmiş olsun. Bunda en büyük etkenin ulus-devlet yapıları olduğu söylenebilir.[62]

Zira modern ulus-devlete geçmeden önceki imparatorluk yapıları da birden fazla etnik-dini kökene sahip toplulukları bir arada tutmuş ve geleneksel yapı içerisinde çatışmalara meydan vermemeyi de çoğunlukla başarmıştır. Acaba devlet kendini herhangi bir kökenle açıklamamış ve sadece bir nevi hakem rolü mü üstlenmiştir? Buna kesin olarak olumlu cevap veremiyoruz. Böylesi bir yönetim tarzına örnek olarak Osmanlı Devleti'ni verebiliriz. Bilindiği gibi Osmanlı Devleti bir çok farklı kökenden topluluğu kendi idaresi altında tutmakla birlikte, tamamen tarafsız, nötr bir pozisyonda kalma ihtiyacı da hissetmemiştir. Osmanlı Devleti kendisini İslâm dini ile ve İslâm dininin Sünni yorumuyla birlikte açıklamış bir yönetimdir. Ancak Osmanlı yönetimi altında sadece Müslümanlar ve sadece Sünniler yaşamamaktaydı. Hukuk sistemi açısından, Osmanlı yönetiminin gayrimüslim vatandaşlara belli bir oranda özerklik tanıdığını, kendi hukuk anlayışlarına göre ve kendi dinî mahkemelerinde sorunlarını çözebildiklerini görüyoruz. Ancak zimmilere tanınan bu özerklik daha çok özel hukuk alanıyla sınırlı kalmış; kamu hukukunu ilgilendiren ceza, vergi gibi hukuk alanlarında İslâm hükümlerine tabi olmuşlardır.[63] Yani gayrimüslimler belli özerkliklerinin yanında önemli ölçüde İslâm egemenliğinin hissedildiği bir sosyal ortam içerisindeydiler.[64]

Ancak günümüzde, gelişmiş ve çağdaş olarak nitelendirilen ülkeleri incelediğimizde, hukuku belirleyen kurum, mutlakiyet tarzı bir yönetim olmadığı gibi hukuk uygulaması, bu mutlakıyetin bahşettiği özerklikler ve tayin ettiği hukuk kuralları çerçevesinde belirlenmemektedir. Günümüzde belirleyici kurum kural olarak demokrasidir ve her ülkede belli oranlarda, demokratik yöntemlerle hukukun ne olacağı ve kimlerin hangi hukuka tabi olacağı tespit edilmektedir. Öte yandan hukukun ne

(62) Balı, s. 193–194.

(63) Osmanlı'da gayrimüslim vatandaşların hukuki durumları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Gülnihâl Bozkurt, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu, 2. Baskı, Ankara, 1996. Bozkurt'un aktardığına göre Batılılaşma hareketleri öncesinde Osmanlı toplumu geleneksel yapısı içerisinde zimmîler, aile hukuku alanında kendi dinî hukuklarına tabiydiler. Ancak dilerlerse kadıya gidebiliyorlardı. (s. 14) Miras hukukunda din farkı mirasçılığı önlemekteydi. Onun haricinde kendi hukuk anlayışlarına göre miras sorunlarını çözebiliyorlardı. Dilerlerse tereke sorunlarını şeri mahkemeye götürebiliyorlardı. (s. 15) Borçlar hukukunda ve ticaret hukukunda şarap, domuz eti ve faiz şartı konularında müslümanların sahip olmadıkları serbestliğe sahiptiler. Sorunlarını dilerlerse kadıya götürebiliyorlardı. (s.17) "Usul hukuku açısından zimmilerin medenî hukuka ilişkin davaları cemaat mahkemeleri tarafından görülürdü. Aynı dinî topluluğa bağlı kişiler, patrik ya da hahambaşı tarafından kurulan cemaat mahkemelerinde yargılanırlardı. Ayrı cemaate mensup kişiler arasındaki davalar ise ilgili cemaat başkanları tarafından hakemlik yoluyla çözülemezse, şeriat mahkemeleri önüne getirilirdi. Ancak şeriye sicillerinden, zimmîlerin özel hukuka ilişkin davalarını ve noterlik işlerini tercihan kadı önüne getirdiklerini görüyoruz." (s. 23) Ceza hukukunda ise "Zimmilere kendi dinî kuralları değil, İslâm ceza hukuku tatbik edilir. ... Osmanlı hukukunda ise kısasın uygulanamadığı durumlarda suçlu zimmilere, bu gibi hallerde müslümanlara tayin edilen diyet miktarının yarısı tatbik edilmiştir. ... Suç işleyen zimmilere aynı suçu işleyen bir müslümana verilecek olan cezanın yarısının tatbik edileceği kanunnamelerle kabul edilmiştir. Kısası gerektiren ama kısasın uygulanamadığı durumlarda da aynı kurala uyulmuştur." (s. 25) "Vergi hukukunda ise İslam hukukuna tabiydiler." (s. 26)

(64) Mesela Hıristiyanların kiliselerinde çan çalmaları Tanzimat Fermanı'na kadar yasaktı. Ayrıca Müslümanlardan farklı kıyafetler giyme, farklı mahallelerde ikamet etme zorunlulukları vardı. İlber Ortaylı, "Osmanlı Millet Sistemi ve Sosyal Boyutları", Türkiye Günlüğü, Sayı 77, Yaz 2004, s. 144.

olacağı belirlenirken o toplumlarda yaşayan çoğunluğun veya azınlıkların hangi dine bağlı oldukları göz önünde bulundurulmaksızın hukuk üretildiği görülmektedir. Bu durum, farklı dini anlayışlardan bağımsız bir hukuku ön plana çıkarmakla beraber, bu dini anlayışlardan doğan farklı adalet beklentilerini de dışlayabilmektedir. Böylelikle çokkültürlülüğün dinsel kaynaklı bir soruna yol açtığı görülmektedir.

Bilindiği gibi, modern ulus-devlet yapısı, yönetimi altındaki topluluğu *ulus* olarak nitelendirmek suretiyle, ister belli bir etnik, dini kökene atıf yapmış olsun, ister üst ve ortak bir kimliğe atıf yapmış olsun, bütün ulusun adalet anlayışının ve beklentisinin tek bir hukuk sistemi içerisinde monist bir yargılama sistemi içerisinde karşılanabileceği düşüncesini ön görmektedir.

Çokkültürlülük çerçevesinde farklı hukuk anlayışları arasındaki çatışmalara yönelik çözüm arayışları sadece bizim ele aldığımız anlamda, pozitif hukuk ile diğer sosyal normlar arasındaki çatışma ile sınırlı değildir. Çokkültürlülük üzerine yapılan araştırmalarda pozitif hukuk dışındaki diğer sosyal normların, farklı kültürel değerlere dayanması dolayısıyla kendi aralarında çatışmaları da yer almaktadır. Özellikle hukuksal boyutu itibariyle bu durumu toplum içerisinde "yarışan adalet anlayışları" olarak ifade eden Balı'ya göre çokkültürlü toplumlar içerisinde farklı ideolojik kökenlere dayanan adalet anlayışlarıyla birlikte, daha genel anlamda felsefi, ahlaki veya dinî dünya görüşlerine dayanan adalet anlayışlarının da varlığı dikkate alınmalıdır.[65] "Adaletin kültürel yorumları" olarak da adlandırılabileceğimiz bu çeşitlilik[66], yukarıda bahsettiğimiz "hukuk kültürü" kavramına benzerlik gösterse de, hukuk kültürünün daha ülkesel/ulusal boyutta bir inceleme alanı olduğunu, aynı zamanda "karşılaştırmalı hukuk sosyolojisi" çalışmalarına konu olacak bir boyuta karşılık geldiğini göz önünde bulundurmak lazımdır.[67] Dolayısıyla hukuk kültürü kavramı çokkültürlülük olgusuna daha uzak bir çalışma alanı olmaktadır.

Toplum içerisinde yarışan adalet anlayışlarını uzlaştırma gayreti çerçevesinde, ilkesel boyutta, hiçbir adalet anlayışının baskın bir karakterle çoğulcu bir toplum üzerinde etkinlik göstermemesi gerekliliği mantıken en uygun olan eğilim olarak karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla gözetilmesi gereken nokta toplum genelinde gerçekleşmesi beklenen sosyal adaletin, yarışma içerisindeki adalet anlayışlarıyla çatışmaması ve hepsini adalet olarak nitelendirmeyi mümkün kılan bir çerçeve olabilmesidir.[68] Bu noktaların gözetilmesi yoluyla her vatandaşın otonom bir birey ve bir grup mensubu olması yönünden çeşitli kamusal özgürlüklere sahip olabilmesi tarzında çözümler ortaya konmaktadır. Bu çözümler, toplum içerisindeki çeşitli geleneksel değerlerin ve yapıların varlıklarını sürdürebilmeleri için imkân sağlayacak bir yol olarak görülmektedir.[69]

2. Hakkaniyet ve Hukuki Değer Kıstasları Çerçevesinde Çözüm

Önceden de ifade ettiğimiz gibi hukukun temel idesi adalettir. Çünkü hu-

(65) Balı, s. 204–205.

(66) Balı, s. 205.

(67) Yüksel, s. 286.

(68) Balı, s. 207–208.

(69) Balı, s. 218.

kuktan anlamaya çalıştığımız şey somutlaştığı alan itibariyle yargılama ve cezalandırma faaliyetiyle beliren sosyal bir olguya karşılık gelmektedir. Buna karşın, sosyolojik ve tarihsel olarak hukukun gelişimi sürecine baktığımızda tek faktörün insanların adalet özlemleri olmadığını biliyoruz. Hukuk tarih içerisinde belirlenirken siyasi, ekonomik altyapıların zorlayışlarıyla şekil bulmuştur.[70] Bununla beraber toplumsal adalet beklentisine uzak düşen her hukuk, diğer siyasi veya ekonomik altyapılardan bağımsız olarak kaybolma veya "ölü hukuk" olma durumuna düşmektedir. Dolayısıyla hukuku anlamlandırırken adalet idesini hesaba katmama imkânı da yoktur.

Ancak adalet bilindiği gibi soyut ve soyut olduğu kadar da spekülatif bir kavramdır. Farklı dünya görüşleri miktarınca farklı adalet tanımlamalarının var olduğu söylenebilir. Elbette ki soyut adalet ilkesinin içeriğinin felsefi tartışmasının konumuz kapsamında ele alınması yersiz olduğu gibi gereksizdir de. Çünkü insanlar arasında kabul gören ve gerçekleştirilmesi bireylerce yadırganmayan adalet anlayışları, soyut adalet tanımlamaları veya tartışmaları ne olursa olsun, somut durumlarda zaten *hakkaniyet*(*) olarak karşımıza çıkmaktadır. Yani somut hukuk sorunlarına hakkaniyet içerisinde çözüm üretilmesi adaletin tezahürü anlamına gelmektedir.

Bu çerçevede, hukuk çatışması kapsamında ele aldığımız sorunların çözüme kavuşturulması hakkaniyetin, dolayısıyla adalet idesinin gerçekliğe kavuşturulması ile yakından alakalıdır. Çözüm ararken gözeteceğimiz objektif kriter hukukun işlevi ve niteliği olacaktır. Şu halde hakkaniyet, adaletin somut görünümü olduğu için, *pratik bir kavramlaştırma olarak*, adaleti hukukun amacı, hakkaniyeti ise işlevi olarak görmemiz mümkün olacaktır. Dolayısıyla hukuk namına gerçekleştirilen her yargılama faaliyeti hakkaniyeti gerçekleştirebildiği ölçüde hukuk olabilecektir. Böylelikle hakkaniyet kıstası içerisinde, bir pozitif hukuk normunun hukuki niteliğe sahip diğer sosyal normlarla çatışması çözüme ulaştırılmak suretiyle amacı, işlevi ve niteliğine uygun bir hukuk uygulamasına ulaşmak mümkün olacaktır.

Her şeyden önce bilindiği gibi hakkaniyetin gözetilmesi, kanun koyucu-

(70) *Bu bağlamda Özcan hukuku "... çıkarlarla bölünmüş toplumda, çıkar çatışmalarının toplumsal birleşmeyi zaafa uğratmaması için geliştirilmiş çözümlerin" birikimi olarak tanımlamaktadır. Ardından ise bu çözümleri belirlemede iktidarın rolüne değinilmektedir. Ancak burada sadece hukuk bir üstyapı olarak sosyolojik olgusallığı boyutunda ele alınmaktadır. Özcan, s. 189. Bizim ele aldığımız nokta ise hukukun niteliksel olarak hangi sosyal ihtiyaçlar ve tarihsel süreçler içerisinde çıktığına bağlı olarak içeriği ve bu içerik bağlamında işlevsel olan boyutudur. Kaldı ki bu sosyal ihtiyaçların ve tarihsel süreçlerin açıklayıcılığına uzak düşen, şekilden hukuk da olsa bütün kurallar, üst yapı olma ihtimaline de uzak düşmektedir.*

(*) *Her ne kadar konumuz dışında bulunsa da, arayacağımız çözümü bulmak için başvurduğumuz hakkaniyet kavramını tercih etme sebebimizi açıklamak yerinde olacaktır. Adaletin içeriğine ilişkin özgürlük-eşitlik-fayda anlayışlarını bir arada ele almak suretiyle, somut olaya göre eşitliği göz önünde bulundurmak daha adil olacaksa eşitliği; özgürlüğü göz önünde bulundurmak daha adil olacaksa özgürlüğü, faydayı göz önünde bulundurmak daha adil olacaksa faydayı tercih edebilmek hakkaniyet anlamına gelmektedir. Bunlardan sadece birini ön plana çıkarmak ise sadece ideolojik bir tercihtir. Zenginden alıp fakire dağıtan Robin Hood, mülkiyet özgürlüğü kriteri gereği müeyyideye tabi olabilmelidir.. Öte yandan insanların emeklerini sömürmeye dayalı bir iktisadi ilişki ise eşitlik kriteri gereği müeyyidelendirilmiş olmalıdır. Her iki durumda da karşılaştığımız şey ne sadece eşitlik ne de sadece özgürlüktür. Somut olayda hakkaniyet hangi değeri ön plana çıkarmayı gerektiriyorsa onu uygulamak adalete ulaşmayı sağlayabilir. Bu çerçevede adaleti tespit etmek zor olmayacaktır. Çünkü bizce böylesi somut olaylarda neyin adil olup olmayacağını tespit edecek kimselerin yüksek bir eğitim sahibi olması bile gerekmeyecektir.*

lardan çok kanun uygulayıcıların, yani somut olayla karşı karşıya gelen hâkimlerin yerine getirdikleri bir görevdir. Dolayısıyla hakkaniyet kavramı üzerinden tespit edeceğimiz çözüm yolları hâkimlerin uygulama safhasında göz önünde bulundurmaları gereken bir alan olmaktadır.

Burada açıklığa kavuşturulması gereken bir diğer nokta da hukukun tarihsel gelişimi içerisinde gelişimine baktığımızda onun aslında yargılama faaliyetiyle birlikte doğarak gelişimini tamamladığı gerçeğidir. Çünkü hukuk bir ihtiyacı karşılamak üzere doğmuş ve her seferinde bu ihtiyaç doğrultusunda yeniden şekillenmiş ve gelişimi sürmüştür. Bu ihtiyaç ise somut olayların beraberinde adaletin gerçekleşmesine duyulan psikososyal bir talep olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu talebin, somut yargılama faaliyeti gerçekleşmemiş ise onun gerçekleşmesine yönelik; gerçekleşmekte olan bir yargılama faaliyetinin şekillenmesine yönelik; tamamlanmış olan bir yargılama faaliyetinin ise eleştirisine yönelik olduğunu söylemek mümkündür. Tarihsel gelişiminin, hukukun niteliksel varlığını belirleyen bir alan olduğu göz önünde bulundurulursa(**), hukukun meydana getiriliş süreci olarak sadece kanun koyucular bazında gerçekleşen yasama faaliyetini göz önünde bulundurmak yetersiz kalmaktadır. Başarılı ve uygulanabilir bir hukuk yapısını meydana getirmek için günümüzde uygulayıcılara kanun koyuculardan daha çok görev düştüğünü söylemek yerinde olacaktır.

Bu açıklamalardan sonra hukuk çatışması konusundaki çözümlerimizin yargılama faaliyeti içerisinde gerçekleşebilecek çözümler olduğu, en azından yargılama faaliyetinin çözümleri sağlamada önemli rol oynamasının zorunlu olduğu ortadadır. Kaldı ki hukuk çatışmasının taraflarından birinin pozitif hukuk olduğu dikkate alınacak olursa zaten biçimsel yönüyle yasama organınca meydana getirilen hukukun, belki de bu yapılış sürecinden kaynaklanan ve uygulama sırasında fark edilebilen bir sorun meydana getirdiği ve bu sorunun da önemli ölçüde hukuk çatışması sorununu kapsadığı görülecektir.

O halde hukukun meydana getirilmesini tamamen uygulayıcılara mı bırakmak gerekmektedir? Kimi görüşlere göre *Common Law* sisteminde büyük oranda örneğini gördüğümüz böylesi bir hukuk üretme yöntemi ideal bir yöntem olarak görülüyor olsa da, bizce bu zorunlu ve alternatifsiz bir yöntem değildir. Çünkü demokratik usullerle yasama organınca meydana getirilmiş bir hukuk sistemi, tıpkı pozitif hukuk normlarının anayasal denetiminde olduğu gibi, yargılama sırasında yaşayan hukukla pozitif hukuk arasında bir çatışma tespit edildiği takdirde benzer bir

(**) *Her ne kadar tarih içerisinde çağlara göre değişen topluluk yapıları ve siyasi anlayışlar, beraberinde değişik hukuk görünümlerinin doğuşuna yol açmaktaysa da, değişenin hukukun temel işlevleri olduğunu söylemek zordur. Elbette doğuşunu hazırlayan temel işlevlere tamamen yabancılaşmış hukuk görünümleri ve sistemleri ile karşılaşmak mümkünse de bunlar, hukuk demeye zorlandığımız, hele ki onaylanabilecek bir hukuk olduğunu söylemekten kesinlikle kaçındığımız örnekler olmaktan öteye gitmemektedir. Hukukun yerine getirdiği işlevlerden bazıları dönemsel olarak ağırlık kazanıp bazıları geri planda kalabilmektedir. Ancak bunlardan tamamen kopmuş bir hukuk düşünülemez. Örneğin Durkheim'ın ortaya attığı klasik mekanik-organik dayanışma ayrımı ve buna bağlı olarak görüldüğünü ifade ettiği cezalandırıcı-onarıcı hukuk ayrımının, keskin çizgilerle birbirinden ayrıldığı sosyolojik bir örnek, bir toplum modeli mevcut değildir. Zira organik dayanışma biçimlerinin yaygın olduğu toplumlarda da cezalandırıcı nitelikli hukuk normlarının varlığı devam etmektedir. Bunun devam ediyor olması, hangi topluma mensup olursa olsun bireylerin taşıdıkları ve insan psikolojisinin barındırdığı adalet duygusunun bir sonucu olabilir.*

denetim mekanizmasına tabi tutularak, zaman içerisinde hukuk çatışmalarından arındırılmış bir hale sokulabilecektir. Peki bu demokrasinin belirleyici gücünün zayıflaması gibi bir sonuç doğurmaz mı? Bizce demokrasinin anlamı dikkate alınırsa, halkın yaşayan hukuk paralelindeki adalet beklentilerinin gerçekleştiriliyor olması demokrasiyi zayıflatacak değil güçlendirecek bir duruma yol açacaktır. Çünkü meydana getirdiği pozitif hukuk normlarının yaşayan hukuk karşısında denetime tabi tutulduğunu gören yasama organı, artık hukuk meydanda getirirken toplumun adalet anlayışını hiçe sayarak ve dışsal etkilerin güdümünde hukuk üretme anlayışını terk edecektir. Kaldı ki yukarıda *aykırılık* bahsinde normlar hiyerarşisinin en üst sırasında kabul edilebileceğini gördüğümüz "hukukun genel ilkeleri" hem toplumsal adalet beklentileriyle birlikte ele alınabilir, hem de toplumsal adalet beklentisinin hiçe sayılmasının "hukukun genel ilkeleri" ile bağdaşmayacağı düşüncesine başvurularak bunlara öncelikli normatif değer atfedilmesi mümkün olabilir. Bu noktada normlar hiyerarşisinde, Kelsen'in ileri sürdüğü gibi, birinci sırada bir "Temel Norm" (Grundnorm) bulunduğu kabul edilerek aynı amaca ulaşılabilir. Temel Norm yazılı anlamda bir pozitif hukuk kuralı olmamakla beraber, pozitif hukuk normlarının yürürlük sebebi olan hipotetik ve hukuk üstü (metajüridique) bir normdur.[71] Kelsen örf ve adet hukukunun yazılı anayasa kurallarıyla çatışabileceğini ileri sürmektedir. Burada daha çok teamüli anayasa kurallarını vurgulamakla birlikte Kelsen, bir şekilde hukukun kaynağının devlet iradesinden ibaret olmayabileceğine de işaret etmiş olmaktadır.[72] Buna paralel olarak 1961 Anayasası'nın 132. maddesinde yer alan "hâkim hüküm verirken objektif kaidelerden başka hukuk prensiplerini de nazara alacaktır" ifadesinin bu Temel Norma veya Hukukun Genel İlkelerine işaret ettiği ortadadır. Daha kapalı bir ifade biçimi olmakla beraber, 1982 Anayasası'nın aynı maddeye karşılık gelen 132. maddesinin "yargıçlar Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak hüküm verirler" ifadesindeki "hukuka uygunluk" terimiyle yine Hukukun Genel İlkelerine ya da Temel Norma yönelmiş olduğu kabul edilebilir.[73] Bu aynı zamanda tabii hukuk anlayışına uygulama imkânı açabilecek bir nokta olarak dikkat çekmektedir.

Ancak burada bir sorunla daha karşı karşıya kalıyoruz. Acaba bu yöntemlerle pozitif hukuku yaşayan hukuka uygun hale sokarken, bu toplumsal beklentileri oldukları gibi hukuk haline mi getireceğiz? Tipik örnekler olarak kan davası veya töre cinayetleri gibi çarpık olduğuna inanılan adalet anlayışları pozitif hukuk kuralı haline mi getirilmelidir? Böyle bir şey yapılmasının bizzat adaletle çelişeceğine inanılıyorsa, o halde hangi toplumsal adalet anlayışlarını ön plana çıkaracak, hangilerini eleme yolunu benimseyeceğiz? Bu konuda liberal hukuk anlayışı kapsamında karşımıza çıkan *prosedürelizm* yöntemi devletin hukuk anlayışları ve beklentileri karşısında tamamen tarafsız, nötr bir tavır içerisinde olmasını, süregelen soyut yasaları izleme ve kabul etme yolunu tercih etmesini öngörmektedir. Liberal görüş bu yolla bireysel tercih alanlarının genişleyebileceğine inanmaktadır. Bu şekilde uygulanan kanunların olumsuz sonuçlarıyla ise liberalizm ilgilenmemektedir. Böylelikle devletin belli bir "değer-tarafgirliği" içerisinde olmasının önüne geçilecektir.[74] Kominiteryen yazar Roberto Unger bu anlayışı, hangi değere sahip olması gerektiği önemsiz bir kimse için sadece "bir yasa yapım prosedürü" oluşturmaktan ibaret bir yöntem olarak ifade etmektedir.[75] Böylesi bir hukuk meydana getirme yolu bizce her türlü adalet değerini hukuk uygulamasının dışına itecek, sosyal ilişkiler adil olmayan yönleriyle de hukuk adı altında sistemleşme eğilimine girecektir. Şayet sosyal ilişkiler tamamen adil olsa idi zaten hukuka ihtiyaç olmayacaktı. Dolayısıyla yaşayan hukuku pozitif hukuk karşısında güçlü bir pozisyona sokarken mevcut sosyal ilişkileri hiçbir değer ölçütüne tabi tutmaksızın "hukuklaştırmak" tercih edilebilecek bir yol gibi gözükmemektedir. Bizce bu tür çelişkili görünen noktalarda bize yol gösterecek olan ölçüt yine *adalet* değeri, daha somuta indirgenirse *hakkaniyet* ve *hukuki değer* kavramları olacaktır.

Hakkaniyeti ne anlamda ele aldığımızı yukarıda açıkladık. Bir diğer kıstasımız ise hukuki değer kavramıdır. Hukuki değer, bilindiği gibi bir hukuk normunun amaçsal olarak koruduğu değeri dolayısıyla o hukuk normunun *konusunu* ifade etmektedir.[76] Adam öldürmeyi cezalandırmaya tabi kılan bir hukuk normu, "insan hayatı" olarak adlandırdığımız bir hukuki değeri korumaktadır. Veya hırsızlığı cezalandırmaya tabi kılan bir hukuk normu "mülkiyet" hukuki değerini korumaktadır. Bunun gibi bütün hukuk normları belli bir hukuki değeri korumaya yönelmiş olarak görülebilir ve karşılaşılan her hukuk normu bu çerçevede birer hukuki değere indirgenerek değerlendirilebilir.

Hukuki değer bize, sadece pozitif hukuk normlarında değil, yaşayan hukuk normlarında da kullanılabilecek indirgeme metodu sağlamaktadır. Somut olayla ilgili olarak pozitif hukukla çatıştığını gördüğü yaşayan hukuk kuralını hâkim, pozitif hukuk normu gibi formüle ettikten sonra, çatışmakta olduğu pozitif hukuk normuna uyguladığı gibi hukuki değere indirgemeye tabi tutabilir. Böylelikle hâkim, tıpkı pozitif hukuk kurallarının çatışması bahsinde belirttiğimiz gibi birbiriyle aynı somut olaya uygulanabilecek iki (veya daha çok) özel nitelikli norma ulaşabilecektir.

Bu noktadan sonra yapılacak iş, çatışan normlar karşısında hâkimin izleyeceği yolu tespit etmek olmaktadır. Normlararası çatışma bahsinde tercih edilebilecek iki seçenekten bahsetmiştik. Birinci yol çatışan normların yürürlüğe giriş tarihine göre, yeni olanın kanun koyucunun son iradesini yansıtması dolayısıyla tercih edilmesi yoluydu. Ancak hukuk çatışması durumunda yürürlük tarihine, daha doğru ve uygun bir ifadeyle normun "yeniliğine" üstün değer tanımak incelediğimiz sorunun niteliğiyle örtüşmeyecek bir yol olarak karşımıza çıkmaktadır. Çünkü yeni olan pozitif hukuk normu, başlangıç tarihi bilinemeyecek ölçüde eski yani kadim olan örf âdet hukuku normuyla çatışabileceği gibi; yeni ve güncel top-

(71) Işıktaç, s. 69. Bizce böyle bir temel norm, yukarıdaki açıklamalarımıza da paralel olarak, adaleti amaçlayan bir içerikte olduğu sürece, hukuk ötesi değil hukuksal bir norm olarak kabul edilmelidir.
(72) Işıktaç, s. 71.
(73) Işıktaç, s. 73.
(74) Sururi Aktaş, "Liberal Hukuk Kavramı Üzerine Genel Bir Bakış", KhukA, 2 (2002), s. 99.
(75) Aktaş, s. 100.
(76) Bal, s. 15.

lumsal beklentiler doğrultusunda sosyal hayat içerisinde belirmeye başlayan bir yaşayan hukuk normuyla da çatışabilir. Böylesi durumlarda eskilik veya yenilik, adalet beklentimizi karşılayacak bir kıstas olamaz.

Normlararası çatışma bahsinde belirttiğimiz ikinci yol ise hâkimin bir boşluk varmış gibi hukuk yaratması şeklinde açıkladığımız yol idi. Bu, aynı derecede etkili ve yürürlükte olan iki norm arasında hakimin bir tercih yapma yetkisinin olmayacağı görüşüne dayanmakta idi. Hukuk çatışması durumunda ise hâkimin biri pozitif hukuk diğeri ise tamamen yaşayan hukuk kaynaklı iki norm arasında tercih yapmayarak, bunların dışında yeni bir norm oluşturması, çözmeye çalıştığımız sorunu deyim yerindeyse daha da katmerli bir hale sokacaktır.

İşte bu durumda bizce hâkimin izleyeceği yol, çatışan normların hukuki değerlere indirgenmesinden sonra, hukuki değerler arasında hakkaniyete uygun bir tercih belirterek, üstün tutulan hukuki değeri sağlayacak norm hangisiyse onu yargılamaya esas kabul etmek olacaktır. Bu sayede hakkaniyete uygun bir hüküm meydana getirmek hâkim için tespiti daha kolay bir yolla mümkün olabileceği gibi, yargılamanın tarafları açısından da daha anlaşılabilir bir gerekçeye büründürülmüş olacaktır. Hukuki değerler arasında hakkaniyete uygun olarak yapılmış olan tercihlerle uygulama içerisinde zamanla çeşitli içtihatlar belirginleştirecektir. Bunun, hâkim için kararları gerekçelendirme açısından bir kolaylık sağlayacağı düşünülebilir. Böylesi bir yargılama faaliyeti, toplumun değişme ve gelişme çizgisine de paralel yürüyen bir hukukun ortaya çıkmasını sağlayacaktır. Böylelikle pozitif hukukun daraltıcı yorum ve uygulama yöntemi giderek esnekleşecek ve toplumsal gerçeklik karşısında daha etkin bir hukuk haline gelebilecektir.

IV. Sonuç

Yukarıda tespit etmeye çalıştığımız çatışma sorunu büyük çapta sosyolojik araştırmaları gerektiren ve ciddi bir sorumluluk içerisinde ortaya konması gereken sosyolojik ve hukuksal bir sorundur. Ciddiyet gerektiriyor olması her şeyden önce adaletin daha isabetli sağlanması hedefinin öneminden kaynaklanmaktadır. Adalet herkesçe kutsal sayılan bir değerdir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz gibi bu kutsal değer bireylerin vicdanlarında farklı yorumlara tabi olabilmekte ve farklı sonuçlar adaletle özdeş görülebilmektedir. Bu gerçeklik bir hukuk normunun toplumsal, kültürel, dini, bir çok sosyolojik çeşitlilik karşısında farklı yorumlarla karşılaşabileceğini göstermektedir.

O halde hukuk meydana getirmek başlı başına sosyolojik bir çalışmayı zorunlu kılmaktadır. Hukukun yasama sürecinde meydana getirilişinde böyle bir sosyolojik çalışma zorunlu olduğu gibi, hukukun uygulama safhasında yani hukukun laboratuarları olarak kabul edebileceğimiz mahkemelerde de sosyolojik çalışma disiplininin sürdürülmesi kaçınılmazdır. Çünkü hukukun sosyal gerçeklikle karşılaşma alanı olarak kabul edebileceğimiz mahkemeler hangi normları üstün sayarak hüküm verileceği sorununun hayat kazandığı bir noktada faaliyet göstermektedirler.

Yukarıda tespit etmeye çalıştığımız çözüm örneklerinden de görülebileceği gibi hukuk çatışması sorunu da büyük ölçüde yargılama faaliyetinin etkin katılımıyla gerçekleşebilecek bir çözüme muhtaçtır. Bunun sağlanabilmesinin ön

koşulu ise sanıyoruz ki, hâkimlerin sosyolojik çalışma disiplinine bir sosyolog kadar sahip olmasıyla birlikte toplumsal gerçekliğin, sosyal yaşamın olabildiğince içine girmesi olacaktır. Çünkü topluma yabancılaşmamış bir hukuk uygulamasının ancak topluma yabancılaşmamış hâkimler elinden çıkabileceği ortadadır.

Kaynakça

Kitaplar

- Aral, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 5. Baskı, İstanbul, 1985.
- Arslantürk, Zeki / Amman, M. Tayfun, Sosyoloji Kavramlar Kurumlar Süreçler Teoriler, 4. Basım, 2001, İstanbul.
- Atar, Yavuz, Türk Anayasa Hukuku, Güncelleştirilmiş 3. Baskı, Konya, 2005.
- Attas, S. Nakib, İslâm, Sekülerizm ve Geleceğin Felsefesi, Çeviren: Mahmut Erol Kılıç, İkinci Baskı, İstanbul, 1995.
- Bal, Hüseyin, Hukuk-Hukuk Sosyolojisi, Isparta, 2003.
- Balı, Ali Şafak, Çokkültürlülük ve Sosyal Adalet, Konya, 2001.
- Balı, Ali Şafak, Hukuk, Konya, 2005.
- Bierstedt, Robert, The Social Order, New York, 1957.
- Bozkurt, Gülnihâl, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Ankara, 1996.
- Bozkurt, Gülnihâl, Gayrimüslim Osmanlı Vatandaşlarının Hukukî Durumu, 2. Baskı, Ankara, 1996.
- Çağıl, Orhan Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Yeniden Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Dördüncü Tabı', İstanbul, 1971.
- Doehring, Karl, Genel Devlet Kuramı (Genel Kamu Hukuku) Sistematik Bir Yaklaşım, Çeviren: Ahmet Mumcu, İstanbul, 2002.
- Erdoğan, Mustafa, Anayasal Demokrasi, 7. Baskı, Ankara, 2005.
- Erkal, Mustafa E., Sosyoloji (Toplumbilimi), Genişletilmiş 6. Basım, İstanbul, 1995.
- Fichter, Joseph, Sosyoloji Nedir?, Çeviren: Nilgün Çelebi, Konya, 1990.
- Giddens, Anthony, Sociology, Cambridge, 1989.
- Günday, Ünver, Din Sosyolojisi, 3. Baskı, İstanbul, 2000.
- Gürkan, Ülker, Hukuk Sosyolojisine Giriş, Gözden Geçirilmiş 2. Baskı, Ankara, 1994.
- Inkeles,Alex, What Is Sociology?, Prentice-Hall, 1964.
- Işıktaç, Yasemin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2003.
- Işıktaç, Yasemin, Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku, İkinci Basım, İstanbul, 1997.
- Kıllıoğlu, İsmail, Ahlak-Hukuk İlişkisi, İstanbul, 1988.
- Özcan, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, İstanbul, 2001

Makaleler

- Aktaş, Sururi, "Liberal Hukuk Kavramı Üzerine Genel Bir Bakış", KHukA, 2 (2002), s. 96-102.
- Ortaylı, İlber, "Osmanlı Millet Sistemi ve Sosyal Boyutları", Türkiye Günlüğü, Sayı 77, Yaz 2004, s. 143–148.
- Yüksel, Murat, "Hukuk Kültürü", Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt VII, Sayı 1–2, Erzincan, 2003, s. 283–312.

Hukuk ve Sözleşme-Sözleşme Hukuku ve Dağıtıcı Adalet(*)

Anthony T. Kronman

Çeviren: Sevtap Metin(**)

Hukuk sistemleri, geniş sınırlar dahilinde, kişilere mülklerini diledikleri gibi ya bağışlayarak veya başkalarının mülkleriyle değiş-tokuş etmek suretiyle transfer ederek devretme özgürlüğü tanımıştır. Bireysel serbesti, bu bağlamda taraflarca belirlenmiş koşullarla mülkiyetin devrini sağlayan, hukuken bağlayıcı akitler yapmak yetkisini içine alır. Sözleşmeler konusunda uzmanlaşan düşünürler arasında, özel hukuk kişileri arasındaki mülkiyet devrini düzenleyen karmaşık hukuk kuralları yığınının yani sözleşme hukukunun üç temel işlevi bulunduğu konusunda neredeyse evrensel bir uzlaşı vardır. Birincisi, hukuken bağlayıcı olan ve olmayan sözleşmelerin belirlenmesi[1] ; ikincisi, icra edilebilir sözleşmelerle yaratılan hak ve ödevlerin tanımlanıp saptanması[2] ve nihayet sözleşmeye aykırılığın sonuçlarına işaret edilmesidir[3]. Bunun da ötesinde bazen sözleşme hukukunun dağıtıcı adaletin bir aracı olarak kullanılması, bu kuralları düzenleyen ve uygulayan yasama organı ile mahkemelerin, toplumun üyeleri arasında zenginliğin adil biçimde dağılımını ve bölüşülmesini sağlayabilmek konusunda bilinçli bir çaba içinde bulunması gerektiği ifade edilmektedir[4].

Gerçekten de bir bakıma dağıtım (distributional) amacına yönelik birçok sözleşme hukuku kuralı vardır. Bunun en açık örnekleri, kredi faizlerini sınırlayan faiz yasaları[5], feragati mümkün

(*) Anthony T. Kronman, "Justice and Contract: Contract Law and Distrubitive Justice", Philosophy of Law, Ed. Joel Feinberg - Jules Coleman, Thomson/Wadsworth, Belmont 2004, s. 490-508.

(**) Yrd. Doç. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) See. A.Corbin, Contracts 2 (1963); cf. U.C.C. 1-201 (11) (1972) ("Sözleşme", tarafların anlaşmalarından doğan hukuksal yükümlülüklerin tamamı anlamına gelir....).

(2) See, e.g., G.Tullock, The Logic of the Law 47 (1971); (Sözleşme hukukunun fonksiyonlarından biri, yorumlayıcı kurallar sayesinde çok uzun anlaşmaları kaleme almaktan tarafları korumaktır); Farnsworth, Disputes Over Omission in Contracts, 68 Colum. L.Rev.860, 860 n.2 (1968); (Bir sözleşmenin varlığını belirlemek durumunda olan mahkeme, akit taraflarca hazırlanmamış bile olsa, onun uygulanmasından kaçınamaz); cf.U.C.C 2-310, 2-511 (1) (1972)

(3) See, e.g., O. Holmes, The Common Law 227 (M.Howe ed. 1963); Farnsworth, Legal Remedies for Breach Of Contract, 70 Colum. L.Rev. 1145, 1147 (1970). Hukuka aykırılığın giderilmesi için elverişli yasal yolların belirlenmesi problemine yönelik ekonomik yaklaşım son zamanlarda bir çok yazarca desteklenmektedir. See, e.g., Barton, The Economic Basis of Damages for Breach Of Contract, 1 J. Legal Stud. 277 (1972); Priest, Breach and Remedy for the Tender of Nonconforming Goods Under the Uniform Commercial Code: An Economic Approach, 91 Harv.L.Rev. 960 (1978).

(4) See, e.g., Ackerman, Regulating Slum Housing Markets on Behalf of the Poor: Of Housing Codes, Housing Subsidies and Income Redistribution Policy, 80 Yale L.J. 1093, 1098 (1973); (İskan yasaları eğer uygun şekilde yürütülürse yoksullukla savaşta önemli bir rol oynayabilir); Kennedy, Form and Substance in Private Law Adjudication, 89 Harv.L.Rev. 1685,1778 (1976); Michelman, Norms and Normativity in the Economic Theory of Law, 62 Minn.L.Rev. 1015, 1016-37 (1978) (kira sözleşmelerini düzenleyen yasalar ekonomik anlamda "etkin" olmasalar bile yeniden dağıtım tedbiri olarak doğrulanabilir).

(5) See, e.g., Conn.Gen.Stat. 37-4 (1979) N.Y. Banking Law 173-1 (Mckinney 1971).

olmayan nitelik garanti belgeleri[6] ve asgari ücret yasasıdır[7]. Bu kuralların her birinin konusu, dağıtıcı adaletin bazı prensipleriyle uyumlu olacak biçimde zenginliğin, bir gruptan diğerine – kredi verenlerden, satıcılardan, ev sahiplerinden, işverenlerden kredi alanlara, alıcılara, kiracılara, işçilere- doğru kaydırılması, yer değiştirmesidir. Bu tür hukuk kuralları savunulabilir mi? Kavramı daha geniş anlamda ele aldığımızda, sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın bir aracı şeklinde kullanımı uygun mudur veya özel mülkiyetin devrini düzenleyen hukuk kuralları, toplumda zenginliğin dağıtımı üzerine olan etkilerine bakılmaksızın mı yapılmalıdır?

Zenginliğin bir gruptan diğerine veya bir bireyden bir başkasına, sözleşmeler yoluyla ve devletin zorlaması suretiyle yeniden dağıtımının meşrulaştırılabileceğini reddeden liberteryenler, birinci soruya olumsuz cevap verirler[8]. Sürpriz şekilde, zenginliğin -en azından kimi zaman- zorla dağıtımının ahlaken kabul edilebilir hatta gerekli olduğuna inanan pek çok liberal de aynı cevabı verir[9]. Liberteryenlerin, sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın bir mekanizması niteliğinde kullanılmasına karşı çıkışları, zenginliğin zorla transferinin -nasıl yapılırsa yapılsın- hırsızlık olduğuna yönelik genel inançlarından kaynaklanmaktadır[10]. Sözleşme hukukunun, yeniden dağıtımın aracı olarak kullanımına muhalefet eden liberaller ise bunun kişiler arası hukuki işlemlerin ayrıntılı düzenlenmesi yerine vergi sistemi yoluyla daha iyi başarılabileceği kanaatindedirler[11].

Zorla yeniden dağıtımın etik uygunluğu açısından temelden farklı düşünmelerine rağmen liberaller ve liberteryenler kendilerini sıkıkla benzer bir sözleşme hukuku kavramını savunurken bulurlar. Her iki kamptaki hukukçu ve filozoflar, sözleşme hukukunun, bizatihi devir prosedürünün maliyetinin azaltılmasında oynayacağı rolü belirler ve fiili güç kullanma tehdidi ile diğer kabul edilemez zorlama biçimlerine karşı korumanın önemine işaret ederler[12]. Bunun yanı sıra her iki tarafta da, bireyler arasında iradi değiş–tokuşu (devir-teslim) şekillendiren hukuk kurallarının, dağıtıma yönelik sonuçlarını göz önüne alarak düzenlenmemesi veya seçilmemesi gerektiği hakkında yaygın bir fikir birliği göze çarpar.

Bu makalede, dağıtıcı olmayan sözleşme hukuku kavramının ne liberal ne de liberteryen temeller üzerinde desteklenemeyeceğini iddia edeceğim ve söz-

(6) Javins v. First Nat'l Realty Corp., 428 F.2d 1071, 1079-82 (D.C.Cir) cert.denied, 400 U.S. 925 (1970) (Ev kiralama iskan ve oturmaya elverişlilik garantisini de kapsar).

(7) See, e.g., 29 U.S.C. 206 (a) (1) (1976).

(8) See F.Hayek, The Constitution of Liberty 93-102, 133-61 (1961); R. Nozick, Anarchy, State and Utopia 140-53, 167-74 (1974); Buchanan, Political Equality and Private Property: The Distributional Paradox, in Markets and Morals 69-84 (G.Dworkin, G.Bennett,& P.Brown eds.1977) ; Epstein, Unconscionability : A Critical Reappraisal, 18 J.L.&Econ.293, 293-94 (1975)

(9) See C.Fried, Right and Wrong 143-50 (1978); J.Rawls, A Theory of Justice 87-88, 274-79 (1971); Grey, Property and Need: The Welfare State and Theories of Distributive Justice, 28 Stan.L.Rev. 877, 890 n.38 (1976); Rawls, The Basic Structure as Subject, in Values and Morals 47, 54-55 (A.Golman & J. Kim eds.1978); C. DeMuth, Regulatory Costs and the "Regulatory Budget" 9 (Dec.1979). But cf. Dworkin, Liberalism, in Public and Private Morality 133 (S. Hampshire ed.1978) (Yeniden dağıtım için vergilendirmenin tercihi, liberalizmin özüne dahil değildir).

(10) See, e.g., R.Nozick, supra note 8 at 172.

(11) See, e.g., Basic Structure, supra note 9 at 55,65.

(12) Karşılaştır id.at 54-55 (hile örneği) ile R.Nozick, supra note 8 at 150 (aynı).

leşme hukuku kurallarının, dağıtıma yönelik amaçların –böyle davranmanın maliyeti daha fazla ya da bireysel serbestiye daha müdahaleci olsa bile- yerine getirilmesi için kullanılması gerektiğini savunacağım. Bu makale iki kısımdan meydana gelmektedir. İlk bölümde akde dayalı devir-teslimde liberteryen teoriyi inceleyecek ve standart liberteryen görüşün aksine dağıtıcı adaletin, yalnızca değiş-tokuş kurallarının düzenlenmesinde hesaba katılmasının gerekliliğini değil, asgari ahlaki kabul edilebilirliğe sahip bulunduğunu da tartışacağım. Buradaki amacım bireysel özgürlük kavramının, iradeye aykırı ve bu nedenle yürürlük kazanamayan bir sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olan değiş-tokuş ilişkilerindeki olası avantaj elde etme biçimlerinin saptanmasına, kendi başına rehberlik edemeyeceğini kanıtlamaktır. Bu genel düşünceyi ortaya koyduktan sonra, avantaj elde etmenin hangi biçimlerine izin verilip, hangilerine verilmeyeceğine karar vermek için Rawls'un fark ilkesine[13] benzeyen basit bir test öneriyorum ve bu testin liberteryenizmin kendi etik önermelerine en uygunu olduğunu yine liberteryenlerin kabul etmeleri gerektiğini iddia ediyorum.

İkinci bölümde yeniden dağıtım yöntemi olarak vergilendirmeyi benimseyen liberal tercihe muhalefet edeceğim. Yeniden dağıtım metotlarından birinin seçimi, uygunluğunun ve elverişliliğinin sorgulanması kadar ahlâki tartışmaları da ortaya çıkarır. Kişisel düşünceme göre, vergilendirme lehine genel ve kapsayıcı bir tercihte bulunmak, her iki şekilde düşünüldüğünde de haklılaştırılamaz. Vergilendirmenin, ne zenginliğin yeniden dağıtımının her zaman için en tarafsız (nötr) ve en az mütecaviz yolu ne de dağıtıma yönelik bir amacın başarılmasının daima en etkin aracı olduğunu düşünmek için bir neden yoktur. Hangi yeniden dağıtım yönteminin arzu edilen bu özelliklere sahip bulunduğu, belirli bir durumda, koşulların getirdiği faktörlere bağlı kalacaktır; her iki metot da kendiliğinden bir diğerine üstün değildir. Herhangi bir yeniden dağıtım şeması, dağıtıcı adalet ve bireysel özgürlük arasında tartışmayı beraberinde getirse ve de bu çatışmanın varlığı liberal teori için ciddi güçlükler çıkarsa bile bu durum, dağıtıcı olmayan bir sözleşme hukuku kavramının benimsenmesine yol açmaz.

Dağıtıma yönelik amaçlar için sözleşme hukukunun kullanımına hem liberallerin hem liberteryenlerin muhalefetinden öğrenilecek önemli fakat farklı dersler vardır ve ben bunları aydınlatmaya çalışacağım. Her iki düşünce de, sözleşme hukukunun, zenginliğin yeniden dağıtımının bir mekanizması şeklinde işletilmesindeki güçlükleri anlamamıza katkıda bulunmakla birlikte, hiç biri sözleşme hukukunun bu biçimde kullanımının ahlâken yanlışlığını doğrulayamamaktadır[14].

1.Dağıtıcı Adalet ve Liberteryen Hukuki İşlem (Devir-Teslim) Teorisi

A. İradi Alış-Veriş.

Liberteryen sözleşme hukuku teorisi bireylerin, -sonuçta üçüncü şahısların hakları ihlal edilmedikçe- kendi mülklerini devir-teslim etmek amacıyla diledikleri iradi sözleşmeleri yapmak konusunda ahlaki bir hakka sahip oldukları inancına bağlanmıştır. Bir liberteryen için, mülkiyeti devir-teslim sözleşmesi iki nedenle geçersiz olabilir. Birincisi, sözleşmeye taraf olmayan bir kimsenin haklarının çiğnenmesi ve ikincisi de devretmeyi kabul eden kişinin buna zorlanması ve böylece rızasının gönüllü (ihtiyari) olmamasıdır. Bir toplumun üyeleri arasındaki sözleşmeleri yürürlüğe koymak sorumluluğunu yüklenmiş bir yargıç düşünelim. Yargıç, liberteryen prensiplerle tutarlı bir tarzda davrandığı sürece, sözleşmeden doğan uyuşmazlıklarda iki soru sorma gereği duyacaktır: Sözleşmeye uymadığı ileri sürülen taraf, akdin diğer tarafının kendisinden yapmasını istediği şeye gönüllü olarak mı rıza göstermiştir? Sözleşmenin yerine getirilmesi, üçüncü şahısların haklarını çiğnemekte midir? Eğer cevaplar "evet" ve "hayır" ise, dahil olan bireylerin zenginlikleri açısından doğuracağı sonuçlara bakılmaksızın, sözleşmenin uygulanması gereklidir. Eğer yargıç, somut sözleşmeyi, dağıtıma yönelik bazı neticeleri yüzünden yürürlüğe koymayı reddederse ya da aynı nedenlerle bütün akit türlerini geçersiz kılacak genel bir kural benimserse, onun bu tutumu liberteryen düşünce açısından savunulamaz. Dağıtımın etkilerini bu şekilde hesaba katmak, liberteryen bireysel özgürlük kavramıyla tutarlı değildir ve kavramın dayandığı temellere zarar verir.

Bir sözleşmenin ne zaman üçüncü şahısların haklarına zarar verdiği zor ve ilginç bir sorudur. Aksi durum ise üçüncü şahısların malvarlığını azaltacaktır ancak ben burada bu konudan bahsetmeyeceğim[15]. Bunun yerine, sözleşmenin icrası için ikinci liberteryen koşul üzerine yani iradenin serbestçe ortaya çıkması esasına odaklanacağım. Söz konusu bakış açısından, üçüncü şahıslara etkileri bir taraf bırakıldığında bir sözleşme hakkındaki tek sorun, onun meydana getirilme sürecidir. Bu durum liberteryen sözleşme kavramının, akitlerin nasıl yapıldığıyla ilgilendiği fakat akdin dağıtıcı sonuçlarına ilgisiz kaldığı şeklinde ifade edilmiştir[16].

Bir sözleşme ne zaman iradidir? En geniş anlamıyla tüm iradi sözleşmelerin yerine getirilmesi gerektiği fikri şüphesiz bir liberteryen için bile kabul edilebilir değildir. Varsayalım, ben alıcı tarafından fiziksel şiddet tehdidine uğratıldıktan sonra evimi 5000 dolara satmak için bir sözleşme imzaladım. Bir bakıma yaptığım sözleşmeyi rızai olarak nitelendirmek mümkündür. Çünkü alternatifleri düşündükten sonra bu sözleşmeyi imzalamanın ve ifa etmenin şahsi çıkarlarıma en iyi biçimde hizmet edeceği sonucunu çıkarabilirim. Örneğin tehdit edilmemekle birlikte 5000 doların ev için iyi bir fiyat olduğunu düşündüğümden dolayı imzaladığımda da satış sözleşmem aynı ışık altında görünüm kazanır. Bu betimlemeye göre sözleşmeyi imza etme eylemim ancak ve ancak bir şekilde bana ait bir kararla motive edilmedikçe iradi değildir. Örneğin alıcının elime yapışıp zorla ele geçirdiği belgeye bizzat kendisi dilediği gibi hükmettiğinde ya da hipnoz halindeyken bana akdi imzalamam emredildiğinde olduğu gibi.

(13) *See, e.g., Epstein, supra note 8, at 293-95, Basic Structure, supra note 9, at 65.*

(14) *See J. Rawls, supra note 9, at 60, 83, 302-03 (Fark prensibi, eşitsizliklerin hem en az avantajlı olanların en büyük çıkarlarına hem de onların herkese açık pozisyon ve görevlere girebilmesini sağlayacak şekilde düzenlenmesini ifade eder).*

(15) *Bir kimsenin haklarına tecavüz eden eylemlerle onun refahını azaltan eylemler arasındaki ayırım Nozick tarafından geliştirilmiştir. R.Nozick, supra note 8, at 57-84.*

(16) *Bkz. id.at 153-55.*

Elbette, mantıksal açıdan sözleşmenin iradi olup olmadığı konusunun açıklığa kavuşturulması gerekir ve birçok liberteryenin da böyle bir ayrımın önemini ihmal etmeyeceğini düşünüyorum. İradeye uygunluğu aramamak, etik sorumluluk kavramıyla da çatışır. Sözleşmenin tasarlanmış ve bilinçli bir kararla motive edildiğini saptamak, bir sözleşmenin iradiliğini değerlendirmede yeterli değildir. Ayrıca somut durumdaki koşullar hakkında bazı şeyleri de bilmek gerekir. Fakat böyle kabul ettiğimizde ise iradi olan ve olmayan sözleşmeler arasında sınır çizmek problemi- ki eğer iradi devir-teslim fikri herhangi bir anlama sahip olacaksa, liberteryenlerin karşılaşmak zorunda kalacakları bir problemdir-iradi yapıldığını düşündüğümüz sözleşmenin koşullarını belirginleştirme meselesi şeklinde anlaşılabilir. Liberteryenler, iradi sözleşmeyi rasyonel seçimle denk tutan geniş bir iradilik kavramını kabul etmek istemiyorlarsa, rasyonel sözleşmenin zorla meydana getirileceği durumları tayin etmelidirler[17].

B. Avantaj Elde Etmek

Taahhütte bulunan bir kimse, sözleşmenin zorla yaptırıldığından ve bu yüzden ifa edilmemesi gerektiğinden şikayet ederse, bundan o kişinin somut koşullar karşısında akdin irade dışı meydana getirilmesinden zarar gördüğü anlaşılmalıdır. Taahhütte bulunan kimse bu tür bir iddiada bulunurken, pek çok farklı durum ya da koşula işaret edebilir. Örneğin bu akit, onun sözleşmenin sonuçlarını anlayabilmek için gereken akli veya duygusal kapasiteden yoksun olması yüzünden iradeye uygun yapılmamıştır[18]. Yahut sözleşmeyle taahhüt altına giren taraflardan biri, diğer tarafça tehdit edildiğini ya da hile yapıldığını ileri sürebilir[19]. Belki de sözün verildiği tarihte nakit sıkıntısının yarattığı baskı sebebiyle karşı tarafın koşullarını kabul etmekten başka çaresi yoktu[20]. Yine sözleşmeyle bağlanan bu kişi, akdin yapıldığı anda karşı tarafın bildiği ancak kendisinin bilmediği bazı olgular bulunduğu öne sürebilir. Eğer bu olgulardan haberdar olmuş olsaydı belki de bu sözleşmeyi hiç yapmayacak veya farklı bir sözleşme yapacaktı[21]. Yahut diğer tarafın bazı kıt kaynakların tekelini elinde bulundurduğunu –kasabadaki tek su rezervine ya da en iyi ineğe- bu tekelin ona satış sözleşmesinin koşullarını dilediği gibi dikte ettirme gücünü verdiğini söyleyebilir. Onların yaptığı bu tip sözleşmelere "katılım (iltihak) sözleşmesi" de denmektedir[22].

(17) Genel olarak bkz. Nozick, Coercion, in Philosophy, Science and Method, Essays in Honor of Ernest Nagel (1969).

(18) See, e.g., Faber v.Sweet Style Mfg.Corp., 242 N.Y.S.2d 763, 40 Misc. 2d 212 (1963) (Davacı, manik depresif psikozundan muzdarip olduğunu iddia etmektedir).

(19) See, e.g., Schupp v. Davey Tree Expert Co. 235 Mich. 268, 209 N.W.85 (1926) (Davacı, onun şartlarıyla bağlı olmayacağı kendisine garanti edildikten sonra sözleşmeyi imzalamıştır).

(20) See, e.g., Hackley v. Headley, 45 Mich.569, 8 N.W.511 (1881) (Davacı, sözleşme gereği kendisine ödenmesi gereken tutarı dava etmek için mali olanağa sahip olmadığından, daha az miktar için adi senet kabul etmiş ve bakiye borcun kapandığına dair makbuz vermiştir).

(21) See, e.g., Sherwood v. Walker, 66 Mich.568, 33 N.W. 919 (1887)) (İnek satışı, iki tarafın da kısırlaştırıldığını kabul ettiği hayvanın böyle olmadığı daha sonra anlaşıldığında iptal edilmiştir); Obde v. Schlemeyer, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960) ; (Evin satıcısı, karınca istilasını açıklamakla yükümlüdür). Satıcının ifşâ yükümlülüğünün kapsamı konusundaki tartışmalar için bkz. Kronman, Mistake, Disclosing Information, and tle Law of Contracts, 7 J. Legal Stud.1 (1978).

(22) Katılım sözleşmeleri, belirli türdeki hizmet ve ürünleri konu alan hukuki işlemlerde büyük firmalarca karakteristik biçimde kullanılan standartlaştırılmış sözleşmelerdir. Bu tip sözleşmelerin kullanımı alışılmış sözleşme özgürlüğü prensibi için zengin işaretlere sahip olabilir.

Bu durumların bazılarında, taahhüt altına giren tarafından sözleşmeyi irade dışı kıldığı öne sürülen koşullar; akıl sağlığının yerinde olmayışından, yaşının küçüklüğünden, bilgisizliğinden yahut parasızlıktan kaynaklanan yetersizlik halleridir. Diğer hallerde sözleşmenin irade dışı olması - hile ile aldatmak, fiziksel zarar tehdidi gibi - karşı tarafın davranışlarına dayandırılabilir. Nihayet kimi olasılıklarda, diğer tarafın kıt kaynakları tekelinde bulundurması ve pazarlık gücü, sözleşmeyi iradeye aykırı yapar. Bunların her birinde, rıza tasarlanarak verilmiş olsa da, yapıldığı koşullar yüzünden iradeden yoksundur. Çünkü bu koşullar şu veya bu şekilde taahhütte bulunanın alternatiflerini sınırlamakta ve onun seçimini yalnızca lafta özgür kılmaktadır[23].

Şüphesiz buradaki problem, koşulların ne zaman sözleşmeyi iradeden yoksun bıraktığının belirlenmesidir. Benim görüşüme göre bu sorun başka bir problemle denk düşmektedir. Söz konusu diğer problem, karşılıklı değiş-tokuş ilişkilerinde olası avantaj elde etmenin birçok formundan hangilerinin, liberteryen bireysel özgürlük kavramıyla uyumlu olduğunu saptayabilmektir. Yukarıda değinilen hipotetik olayların her birinde, sözleşme gereği kendisine taahhütte bulunulan kişi, sağladığı avantajlardan hoşnuttur. Tekel durumundaki bir kaynağa, güçlü bir şiddet aracına, aldatma vesilesi bir hediyeye sahip olmaktan mutlu olabilir. Avantajlar, onun enformasyon (bilgi), akıl ve muhakeme gücü yönünden daha üstün konumda bulunmasından da doğabilir. Bütün bu durumlarda temel mesele, kendisine taahhütte bulunulan tarafın, karşı tarafı zarara uğratmak için avantajlarını sömürmesine veya liberteryen bakış açısından, sözleşmeyi iradi ve bu yüzden de bağlayıcı kılmak için zorunlu bulunan özgürlük kavramından diğer tarafı mahrum bırakmasına izin verilip verilemeyeceğidir[24].

Avantaj elde etmek terimi sık sık eleştirel tarzda kullanılmakta ve ahlaken kabul edilemez ya da hukuken izin verilemez davranışlara gönderme yapılmaktadır. Terimi geniş anlamda ele aldığımızda ise her sözleşmeye dayanan karşılıklı alış-verişte avantaj elde etme vardır. Gerçekten de karşılıklı avantaj sağlayan hukuki işlemlerde her iki taraf da yarar elde eder. Farz edelim ben sizin istediğiniz bir ineğe sahibim ve siz de benim istediğim gibi bir ata ve de biz hayvanlarımızı değiş-tokuş etmek için anlaşmaya varıyoruz. Gerçek şu ki; benim ineğimi istemeniz, karşılığında sizin de bana atınızı vermenizi ısrar etmek suretiyle sömürebileceğim bir avantaj sağlar. Sizin at üzerinde mülkiyetiniz de, size benim üzerimde aynı paralelde bir avantaj verir. Her birimiz sahip bulunduğumuz avantajları

Mal veya hizmet gereksinimi içindeki daha zayıf olan taraf çoğunlukla daha iyi koşullarla alış-veriş yapmak pozisyonunda değildir. Çünkü ya sözleşmeyi kaleme alan, (doğal ya da sun'i) bir tekeli elinde bulundurmaktadır veya rekabette bulunanların tümü aynı klozları kullanmaktadır. Güçsüz tarafın sözleşmeye yönelik iradesi, sözleşmenin güçlü tarafının ileri sürdüğü koşullara ancak gönülsüz bir itaattir ve de güçlünün koşullarının sonuçları çoğu kez ancak örtülü bir şekilde anlaşılabilir.
Kessler, Contracts of Adhesion- Some Thoughts About Freedom of Contract, 43 Colum. L. Rev. 629, 632 (1943). Katılım sözleşmeleriyle ilgili daha güncel tartışmalar için bkz. Leff, Unconscionability and the Code- the Emperor's New Clause, 115 U. Pa. L.Rev. 485, 504-08 (1967).

(23) Scanlon, Nozick on Rights, Liberty and Property, 6 Phil. & Pub.Affairs 3, 17 (1976) (Rıza fikri, bazı alternatiflerin arka planına karşı seçimlerin yapıldığına işaret eder).

(24) Cf. İd. at 19 ("Rıza" ve "özgürlük" kavramları, eşit olmayan pazarlık gücünün sonucu, bir kişinin hayatı üzerindeki kontrolünü kaybetmesini meşrulaştırmayacaktır).

sömürebiliriz ve bu işlem sonuçta ikimizi de daha zengin yapar. Bu benim daha geniş bir çerçeve içinde ele aldığım avantaj elde etme kavramını boş veya önemsiz kılabilir. Ancak bu terime alışılmıştan daha geniş bir anlam vermemin önemli bir nedeni vardır. Terimi, bütün avantaj elde etme tiplerine göndermede bulunarak kullanmak suretiyle - bunları hoş görebileceğimiz gibi görmeyebiliriz de - dikkati şu yöne çekmek istiyorum. Bu da avantaj elde etme terimini muhafaza ederken, niçin kanuna aykırı kazanç yöntemlerini reddetmeyi düşündüğümüzü açıklamak ihtiyacıdır.

"*Gönüllü alışveriş*" idealine anlamlı bir içerik verebilmek için, liberteryen sözleşme hukuku teorisi kesinlikle bu tip bir açıklama sağlamak zorundadır. Her ne kadar bazı kural ve prensiplere, hangi avantaj elde etme biçimlerine izin verilmesi hangilerine izin verilmemesi gerektiğine karar vermek için gereksinim duyulsa da, bu prensip ya da kuralların neler olabileceği açık değildir. Örneğin komşum beni, evini satın almaya razı olmazsam vurmakla tehdit etmektedir. Eğer burada iradi değiş-tokuşun koşulu olarak düşünülmesi gereken bir şey varsa o da bu durumda doğrudan bir fiziksel zorlamanın (cebrin) yokluğudur. Ancak varsayalım beni fiziksel zarar vermekle tehdit yerine, satıcı bana ev hakkında tamamen yalan sözler -örneğin su borularının gerçekte daha kötü bir materyal olan demirden yapıldığını bildiği halde bakırdan imal edildiğini ve ulaşılamaz biçimde zeminin altına gömülü bulunduğunu - söylemiş olsa... Bu tür bir avantaj sağlamaya izin verilmeli midir?[25] Yalnızca fiziksel zorlamaya izin verilemeyeceği üzerine temellendirerek yukarıdaki örnekte olduğu türden avantaj elde etmenin meşrulaştırılması mümkünse bile böyle kesin bir ayırım yapmak için ortada iyi bir neden yoktur. Eğer avantaj sağlama eyleminin fiziksel doğasına takılıp kalırsak, irade beyanlarındaki hatalar bile bir bakıma bu şekilde tipikleştirilebilir. Örneğin, ses dalgaları gönderilmek suretiyle sinir sisteminde değişikliğe yol açıldığı ve bu yüzden sözleşmeyi imzaladığını öne süren kişinin durumunda olduğu gibi. Bu örnek komik gelebilir fakat yeterli bir hayal gücü, herhangi bir avantaj elde etme biçiminin de fiziksel bir tecavüz[26] şeklinde nitelendirilebileceğini dile getirir. Bu nitelendirmenin ne zaman yerinde olduğu sorusu, eylemin cebir içeren doğasının, onu kabul edilemez hale getirdiğini tekrarlayarak cevaplanamaz.

(25) *Bu türden bir avantaj sağlama, yalan söylemeyi gerektirmeyen bir hileden belirgin bir biçimde ayrılamaz. Varsayalım komşum beni tehdit etmiyor ya da yalan söylemiyor ancak beyaz karınca istilasının varlığına işaret eden delilleri karartıyor öyle ki bir uzman dahi bu şartlarda evde karıncaların bulunduğunu keşfedemeyecektir. Bkz. Dejoseph v. Zambelli, 392 Pa. 24, 139 A. 2d 644 (1958). Eğer ben evi satın almaya, karıncaları imha edebilecek bir uzmana incelettirdikten sonra karar vermişsem, karıncalar daha sonra kendilerini fark ettirdiklerinde anlaşmamdan dönmeli miyim? Eğer açık bir yanlış beyanda bulunma yasaklanmışsa bu avantaj elde etme biçimini yadsımamak için yalan söylemeden de üstesinden gelinebilecek bir hile olgusundan başka ne gibi bir sebebin olduğunu anlamak güçtür. Fakat bu gerekçenin iyi bir neden olabilmesi çok zordur çünkü satıcının bu yanlış beyanı, bilerek söylenmiş bir yalana denktir ve kasdi yapılmıştır. O halde ya bu avantaj sağlama biçimini reddetmek veya diğerine izin vermek yanlıştır. Onlar ya tümüyle ayakta kalmalı veya yıkılmalıdır.*

(26) *Sözün etkisini, fiziksel eyleme benzetme adeta onunla bir tutma çabasına başarılı bir örnek olmak üzere bkz.Epstein, A Theory of Strict Liability, 2 J. Legal Stud. 151, 172-74 (1973). Profesör Epstein'e göre; sözleriyle bir kimseyi korkutan davalı böylece fiziksel şiddet tehdidine yönelik bir haksız fiil işlemiş olabilir. Eğer korkutulmuş kişi, korkusu yüzünden fiziksel zarara uğramışsa veya bu zarardan kaçmaya çalışırken bir başkasına zarar vermişse onun tepkileri, profesör Epstein'e göre "iradi" değildir ve bunlar davalının fiziksel eylemi olarak düşünülmelidir.*

Bu noktada bazıları, sarih irade beyanı hatalarını, hukuken meşru olmayan avantaj elde etme biçimleri şeklinde kabul etmeye yönelebilirler ama burada ısrarla iradi bir devir-teslim işlemi için zorunlu koşulları iki ile sınırlayan hat çizilmesinden de yanadırlar (fiziksel tehdit ve hilenin yokluğu). Varsayalım, satıcı tehdit etmiyor veya yalan söylemiyor. Söylediği şeyler doğru olmakla birlikte bu sözler, evin koşulları hakkında yanlış sonuçlar çıkarmaya ve evi normalden daha az dikkatle araştırmaya beni cesaretlendirmek anlamına gelmektedir. Satıcı mesela bana Acme Beyaz Karınca şirketi tarafından evinin son on yıldır her altı ayda bir denetlendiğini söylediğinde bu doğruyu yansıtmaktadır. Fakat diğer yandan şirket görevlisinin son ziyaretinde beyaz karınca istilasını keşfettiğini ve kendisinin (satıcının) karınca istilasını ortadan kaldırmakta başarılı olamadığını bilgilendirmekte ihmalkar davranmıştır. Bana ev hakkında yalnızca bazı şeyleri söylemiş, diğerlerini söylememiş böylece satıcı bilgisizliğimden ve saflığımdan avantaj sağlamıştır. Aynı şey satıcı bana hiçbir şey demeyip ama onun bilip de benim fark edemediğim bir kusuru açığa vurmadığında da böyledir[27].

Avantaj elde etmenin bu son biçimine izin verilmeli midir? Bu noktada şüphesiz birçok kimse, satıcının doğru sunuşundan yanlış sonuç çıkarmamdan ve bir uzman tarafından evi incelettirmek gibi ön tedbirleri almamamdan sadece benim suçlanacağımı söyleme eğiliminde olacaktır. Ama niçin benim pazarlık gücümü burada muhafaza etmek için iyi bir sebep varken önceki olayda böyle değildir? Örneğin ben, silahla vurma tehdidi ile sözleşmeyi imzalamaya zorlanma riskine karşı, nereye gidersem gideyim bana eşlik edebilecek bir koruma görevlisi kiralayarak kendimi koruyabilirim. Ve beni ilgilendiren herhangi bir olası kusur ve eksikliğe karşı, sözleşmenin diğer tarafından garanti isteyerek veya yalan testine tabi tutarak, irademin bozulması tehlikesinden kendimi koruyabilirim. Niçin benim bu durumlarda kendimi korumada başarısız kalmam, yaptığım sözleşmeyi ifa etmek için iyi bir sebep değildir?

Avantaj elde etmenin çeşitli formlarını sınıflandırmaya girişirken bir dizi farklılık ortaya çıkar. Mesela fiziksel zorlamaya dayanan ve dayanmayan veya kurban tarafından sakınılabilecek ya da sakınılamayacak avantaj elde etme biçimleri arasındaki farklar....Bunların hiç biri, hangi avantaj elde etme biçimlerine izin verilmesi gerektiğini saptayacak bir ilkeleştirme sağlayamaz. Her biri değişik biçimlerde yorumlanabilir, değişik sonuçlar doğurabilir ve bu farklılıkların her biri yarışan yorumlardan doğru olanın hangisi olduğunu belirlemeye rehberlik etmez. Bu tür bağımsız bir prensip, bu farklılıklar alanını ve aralarındaki ilişkiyi belirlemek için gereklidir. Niçin bazı fırsatlardan yararlanma biçimlerine izin verilirken diğerlerine izin verilmediğini açıklayan bu faklılıklardan ziyade bu prensiplerdir.

C. Pareto Prensibi

Bu fonksiyonu gösterdiği anlaşılan pek çok prensip varken liberteryenler yalnızca bir tanesinin ahlaken kabul edilebilir olduğunu düşünmeye eğilimli olabilirler. Özgürlük prensibi adını ver-

(27) *Günümüzde hukuk düzenlerinin çoğu, alıcı araştırma yapmakta başarısız olsa da, ikamet edilen yerdeki beyaz karıncaların varlığının açıklanmasını satıcıdan istemektedir. See, e.g., Williams v. Benson, 3 Mich. App. 9, 141 N.W. 2d650 (1966); Cohen v. Blessing, 259, S.C. 400, 192 S.E. 2d 204 (1972); Obde v. Schlemeyer, 56 Wash. 2d 449, 353 P.2d 672 (1960).*

diğim bu prensip, taraflardan birinin sözleşmeye dayanarak avantaj elde etmesine, diğer tarafın özgürlüğünü veya haklarını ihlal etmedikçe izin verilmesi gerektiğini dile getirir. Oysa özgürlük prensibi, avantaj elde etmenin kabul edilebilir ve kabul edilemez formlarını ayırt etmek açısından başarılı değildir.

Bir kişiye özgürlüğüne tecavüz edildiğini iddia etmek hakkı tanındığında, gerçekte böyle olup olmadığını anlamak için onun hangi haklara sahip olduğunu önceden bilmeliyiz. Örneğin değiş-tokuş anında değerli bir bilginin gizlenmesi suretiyle bir kimse diğerinden istifade ediyorsa, bu durumun bilgiyi saklayan tarafın özgürlük alanına dahil olup olmadığına karar vermedikçe, özgürlük prensibinin ihlal edilip edilmediğini söyleyemeyiz. Özgürlük prensibi bize insanların halihazırda hangi haklara sahip bulunduğunu açıklamayı amaçlamaz fakat bunun bilgisine, prensibin kendisinden bağımsız olarak doğrudan sahip bulunduğumuzu varsayar.

Özgürlük (liberty) prensibine anlamını vermek için gereksinim duyduğumuz hakların bilgisine nasıl ulaşabiliriz? Bir kimse bu bilginin insanların ya doğa ya da uzlaşma yoluyla sahip olduğu haklara bakarak elde edilebileceğini savunabilir. Ancak hakların bilgisi bu şekilde elde edilemez. Haklarla ilgili her iddia, teorik açıdan tartışmalıdır[28]. Bir insanın belirli bir hakka sahip bulunduğu tezini meşrulaştırmanın tek yolu tartışmadır ve bu da karşı bir teorinin ortaya çıkması anlamına gelir. Serbesti prensibini uygulamak için hâlihazırda mevcut bir haklar teorisine sahip olmalıyız. Çünkü serbesti prensibi doğrudan böyle bir teori ortaya koymaz ve de fırsatlardan yararlanmanın hangi biçimlerine rıza gösterilebileceğine karar verme noktasında başarılı bir rehber değildir.

Söz konusu ilkeye doğrudan başvurmak faydasızsa liberteryenler, hukuki işlem sürecinde fırsattan yararlanmanın kabul edilebilir ve edilemez biçimlerini ayırmanın alternatif bir temelini bulmak problemiyle yüz yüze kalır. Birçok farklı prensip sunulabilir ama bunlardan üç tanesi bana özellikle önemli gözüktüğünden kendimi bunlarla sınırlayacağım.

İlk önce, bir liberteryen bazı insanların diğerlerinden daha iyi - daha akıllı, güzel veya soylu - olduğu düşüncesini benimseyebilir ve daha iyi biri olmanın bireye, kendinden daha aşağıda bulunanları, bazı bakımlardan sömürme hakkı verdiğini ileri sürebilir[29]. "Doğal üstünlük" diye adlandırabileceğimiz doktrine dayanan bu görüş şunu gerektirir; insanları değerlerine göre farklı sınıflandırmak...Bu iddianın savunması değerli oluşun, hak ve ödevlerin saptanması için sağlam bir dayanak olduğu

(28) Benim buradaki argümanım bireysel özgürlüğün W.B. Gallie tarafından da tanımlandığı gibi, "ihtilaflı bir kavram" olduğudur. Bkz. Gallie, Essentially Contested Concepts, 56 Proc. Aristotelian Soc'y 167, 167-68 (1956). Gallie'nin formülüne göre, bir kavram betimleyici olması yanında değerlendirici de olduğunda ve sıradan kullanımının analizi tercih edilmiş tek bir tanım üretmeyip farklı uygulanabilirlik kriterlerine sahip bulunduğunda "özünde nizalı" bir kavram sayılmalıdır. Hangi tanımın "en iyi" olduğu böylece tartışmaya açıktır. Liberteryenlerin bireysel özgürlük tanımlamaları için bu tür bir argüman ortaya koymadaki başarısızlıkları Scanlon tarafından eleştirilmiştir. Scanlon, supra note 23, at 3. Soyut kavramların ihtilaflı anlamları konusunda faydalı bir tartışma için bkz. R.Dworkin, Taking Rights Seriously, 134-135 (1977) (Kavram ile kavramsallaştırma ayırımı onları aydınlatıcı şekilde ortaya konmuştur) ; S. Hampshire, Thought and Action 230-31 (1959) (sınırlar hakkındaki tartışmalar mecburen bağlantılı nosyonlarının da tartışılmasını gerektirmektedir).

(29) Bkz. F. Nietzsche, The Will to Power §§ 901-902, 926 (Vintage ed. 1968).

ve sömüren tarafın üstünlüğünden hareketle sömürünün haklılaştırılabileceğidir.

İkincisi; bir liberteryen, avantaj elde etmenin bazı formlarının, mutluluk gibi kimi arzu edilen değerlerin toplam miktarını arttırdığını doğrulamaya kalkışabilir. Klasik utiliteryanizm (faydacılık), bu görüşün en bildik örneğidir[30].

Nihayet bir liberteryen, avantajlı olmayan tarafın çıkarını dikkate almak suretiyle hukuki işlemde yarar sağlama biçimleri arasında ayırım yapmaya girişebilir. Bazı durumlarda avantaj elde etme türünü yasaklamak yerine izin verildiğinde, o şahsın uzun vadede daha iyi durumda ve müreffeh olacağını düşünmek akla uygundur. Bir liberteryen, bu durumda avantaj elde etme biçimine izin verilmesi ve tüm diğer hallerde yasaklanmasının zorunlu olduğunu öne sürebilir. Bu üçüncü görüşü, Pareto'nun verimlilik fikriyle bağıntısından dolayı Paretiyanizim (Paretoculuk) diye isimlendireceğim[31].

Bu üç prensibin her biri karşılıklı değiş tokuş sürecinde, kabul edilebilir olan ve olmayan avantaj elde etme formları arasında ayırım yapmada akılcı bir ölçüt sağlar. Her biri farklı sonuçlara yol açar. Her üçü de salt bireysel özgürlük fikrinden başka bir şeye bel bağlarlar ve bu yüzden özgürlük prensibinin konu olduğu eleştirilerden muaftırlar. Bununla birlikte bu üç ilkeden yalnızca sonuncusu liberteryenizmin temel ahlaki inançlarıyla tutarlıdır. Eğer bir liberteryen bu üçü arasından bir seçim yapmaya zorlansa, temel ahlaki inançlarını terk etmeksizin onun seçeceği üçüncü prensip olurdu[32].

İlk planda liberteryenizm, sağlam bir eşitlikçi (egalitaryan) teoridir. Liberteryenlere göre, bütün insanlar ahlaki açıdan bakıldığında eşittir, başkalarının müdahalesinden bağımsız olmak en doğal haktır. Teorinin bu özelliği, avantaj elde etmenin kabul edilebilir ve edilemez biçimleri arasındaki ayrım için temel alınan "doğal üstünlük" doktrinini de çürütür. Doğal üstünlük doktrini eşitlikçi olmayan sonuçlara yol açmakla kalmaz, liberteryen bireysel eşitlik kavramıyla tümüyle çelişen "liyakat farklılığı" düşüncesine dayanır. Liberteryen hak teorisinin çerçevesi içinde "doğal üstünlük" doktriniyle birleşmenin olanağı yoktur.

Güçlü bir biçimde eşitlikçi olmasının yanı sıra liberteryenizm bu anlamda

(30) Utilitaryanizmin enerjik bir savunusu ve aynı ruhla yapılan eleştirisi için bkz. J. Smart & B. Williams, Utilitarianism: For and Against (1973).

(31) Paretiyanizme benzeyen kavramlar bir dizi hukuki problem ile bağlantısı içinde tartışılmaktadır. Bkz., e.g., C. Fried, An Anatomy of Values 187-91 (1970) (haksız fiil hukukundaki "risk havuzu" kavramı) Epstein, Nuisance Law: Corrective Justice and its Utilitarian Constraints, 8 J. Legal Stud. 49, 77-78 (1979) ; Michelman Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of "Just Compensation" Law, 80 Harv. L. Rev. 1165, 1194-96, 1222-24 (1967) (kamulaştırma hukukunda uzun vadeli çıkarların ve kayıpların dağıtımı) Polinsky, Probabilistic Compensation Criteria, 86 Q. J. Econ. 407, 420-21 (1972) (pareto kriteri uzun dönemli olasılıklar açısından tanımlanmıştır) ; Posner, The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication (8 Hofstra L. Rev. (1980)) (ex ante tazminat). Pareto prensibinin etik işaretlerinin tartışması için bkz. Coleman, Efficiency, Exchange and Auction: Philosophic Aspects of the Economic Approach to Law (68 Calif. L. Rev.(1980)).

(32) Böylece liberteryenler şu seçimle karşı karşıya kalırlar: Hangi avantaj elde etme biçiminin meşrulaştırılacağı biçimindeki özelleştirilmiş problemin, özgürlük ilkesi tarafından kesin bir çözüme kavuşturulacağını göstermek veya özgürlük ilkesinin anlamsız olduğu bilgisini ama benim düşündüğüm üçünden de farklı başka bir prensibin en iyi olduğunu ortaya koymak ya da paretoculuğu, hukuki işlemlerde mülkiyetin nakli sırasında olası avantaj sağlama türlerinin meşruiyetini değerlendirecek uygun bir standart niteliğinde kabul etmektir. Liberteryen bakış açısından bile son alternatif üçünün içerisinden en çekicisi gözükmektedir ve liberteryenlerin çoğunun gerçekten de bu seçimi yapacağını sanıyorum.

bireyci bir teoridir ve bireyin otonomisini tek değer kabul eder. Örneğin faydacılık (utiliteryanizm), ilişki durumlarını sadece bazı iyi ve değerli olan şeylerin toplamı temelinde değerlendirmeyi amaçlar ve otonomi fikrini dolaylı kapsar. Faydacılık, bireylerin bağımsızlığına yalnızca kendisi bizatihi iyi olan başka bir şeye katkıda bulunduğu için önem verir[33]. Bireylerin ahlaki "sınırları"nın bulunduğu ve göz ardı edildiğinde daha büyük mutluluğa veya refaha ulaştırsa bile bu bireysel ahlaki sınırlara saygı duyulmasının gerekliliği fikri[34] nedeniyle liberteryenler, kabul edilebilir ve edilemez avantaj elde etme formlarını ayırmada kullanılmak üzere faydacılığı da reddetmek zorundadırlar. Eğer avantajsız durumda bulunanların uzun vadedeki çıkarları lehine çalışacaksa, avantaj elde etmenin belirli bir türüne izin verilmesi gerektiğini söyleyen yalnızca Paretoculuktur. Ama bundan bu prensibin ne birey ne de eşitlik karşıtı olduğu anlaşılmamalıdır[35].

Pareto ilkesinde göze çarpan bazı belirsizlikler kaldırılabilir. Varsayalım Jim, hakkında yalan bilgi verdiği bir saati Fred'e satar. Jim'in kasten dolandırmak suretiyle, Fred'i sömürmesine izin verilmeli midir? Paretiyanizmin güçlü bir bireyci ilke olduğu varsayımı üzerine bir kimse, bu soruya Jim'in hileli davranışının yani yalanının Fred'in bireysel refahı üzerine olan uzun vadedeki etkilerini göz önünde tutarak cevap verilebileceği sonucunu çıkarabilir. Oysa prensip bu şekilde yorumlanmamalıdır. Mahkemeler açısından, nadir davalar dışında böyle hayli yüksek bireyci değerlendirmeler yapmak imkânsız olabilecektir. Her hangi bir olayda bu türden bir yaklaşım belirsizlik yaratacak ayrıca hukuk kurallarının öngörülebilirliğini ortadan kaldıracaktır. Dahası mahkemelerin aksine yasama organı, önerilen kuralların tek tek bireyler yerine insan grupları üzerine olan etkilerini değerlendirmelidir. Bu nedenlerle Paretoculuk prensibinin sıkı bireyci yorumunun, çok az vaka dışında prensibi işe yaramaz duruma getirmesi olasıdır.

O halde bu prensip nasıl yorumlanmalıdır? Mesele zor olmaktan kurtulamasa da makul yaklaşım Paretoculuğu, belli şekilde avantajsız görünen en çok sayıda insanın refahını, bahse konu avantaj sağlama biçimiyle arttırmak gerektiği şeklinde yorumlamaktır[36]. Eğer Jim ve Fred arasındaki uyuşmazlığı bu-

(33) Bu durum diğer kendinden iyilerle birlikte bireysel otonomiye, azamileştirilecek bir kendinden iyi olarak bakan faydacı teoriler için bile doğrudur. Eğer otonomi bu anlamda azamileştirilse de, herhangi bir sınırlandırma, herkesin daha büyük miktarda toplam özgürlüğüne yol açacaksa bireyin, özgürlüğünün yerine konabilir. Ancak bu benim söz konusu terimi kullandığım anlamda, bireylerin otonomiye sahip bulunduğunu yadsımak demektir. Bireylerin otonomisine duyulan saygı, özgürlüğün kendisi de dahil, bazı arzu edilen iyilerin toplam yekûnunu çoğaltmak amacıyla, kişilerin özgürlüklerinin sınırlanamayacağı anlamına gelir.

(34) Liberteryen düşünürler sıklıkla bireysel özgürlük kavramını, kişisel "sınırlar" fikriyle bağlantı kurarak dile getirirler. Bkz.R. Nozick supra note 8, at 57- 87; Epstein, supra note 30, at 50-54. Sınırlar fikri, her moral kişinin bedenine tecavüzde bulunulmaması yönünde doğal bir hakka sahip olduğunu ileri sürmekte ve daha problematik bir konuya yani ahlaki kişilikle bağdaşmayan seçimleri yapmaya zorlanmamaları için de benzeri bir hakka sahip bulunduklarını ifade etmektedir. Liberteryenlerin "sınırlar" fikrine olan bağlılığı, örneğin faydacılık gibi kişisel olamayan bazı iyilerin toplamını arttırmak üzere sınırların ihlaline izin veren bir teoriyi reddetmelerini gerektirir.

(35) İkinci konu bir sonraki bölümde daha geliştirilmiştir. Bkz. pp. 491-93 infra.

(36) Kuralları, belirli bireylerden ziyade sınıflar üzerindeki etkisine göndermede bulunarak değerlendirmenin pratik gerekliliği daha önce kabul edilmiştir. Bkz.J. Rawls, supra note 9, at 98. Rawls fark prensibini, en az avantajlı kişiden çok en az avantajlı sınıfın refahı açısından düzenlemiştir ve bireyleri korumak isteyen niyetindeki bir teori, tam bir iç tutarlılıkla genel sınıflandırmalar kullanabilir. Bunun için söz konusu genel sınıflandırmanın, bireyleri korumaya başka herhangi bir şemadan daha fazla gücünün yetmesi gerekecektir.

na göre çözmek istersek, yapılacak şey aldatmanın kurbanlarının (çoğunun) uzun vadede daha iyi ve müreffeh durumda olup olmayacağına karar vermektir.

Prensibin bu şekilde yorumu uygulanmasını kolaylaştırır. Aynı zamanda tek bir bireyin zenginliği yerine bütün bir grubun refahını koyarak faydacılıkla arasındaki farkı azaltır. Ancak bu benzerlik görüntüsüne rağmen[37] aralarındaki ayırım iki yönden devam eder. İlk önce Paretoculuk ve faydacılık, belirli bir avantaj elde etme biçimiyle zarar verilen kişi gruplarının daima toplumun alt tabakalarını temsil ettiği noktada, değişik sonuçlar doğururlar. Çünkü bu durumlarda avantajsız grubun refahı azalırken toplam refahın artması her zaman mümkündür. Örneğin düşük zekalı insanların büyük bölümünün, daha parlak zekalılarla yaptıkları hukuki işlemlerde dezavantajlı konumda bulunduklarını farz edelim. Bu avantaj sağlama türüne izin verilip verilmeyeceği faydacılar açısından, tamamıyla hasıl olan toplam refahın tutarına bağlıdır. Paretocu prensip benimsendiğinde ise, bu üstün entelektüel getiri sayesinde elde edilen avantaj ancak ve ancak bu IQ'su düşük insanların uzun vadede refahını arttırırsa meşrulaştırılabilir.

Bu, iki prensip arasında ikinci ve daha esaslı bir farka işaret eder. Pareto prensibi, bir kimsenin diğerinin harcamalarından zenginlik elde etmesine ancak ikisinin de yararınaysa izin verilmesi gerektiği düşüncesine dayanır. Tam tersine, faydacılık nasıl dağıtıldığına bakılmaksızın daha çok zenginliğin her zaman için daha az zenginlikten iyi olduğu inancına bağlıdır. Bir faydacı için refahın toplam niceliğindeki artış[38] ahlaken önemlidir. Paretocu bakış açısından bu tür bir çoğalmanın kendiliğinden hiçbir anlamı yoktur. Bir faydacı, toplam refahtaki artışı ölçmek için Paretoculuğun en elverişli yöntem olduğunu kabul etme noktasına getirilebilir. Fakat hakiki bir faydacı açısından Pareto prensibi bağımsız bir etik öneme sahip değildir. Benzer şekilde Pareto prensibine bağlı birisi, çıkarların toplamını almanın taraftarı bulunduğu prensibin uygulanabilmesinin tek pratik yolu olduğu sonucuna varabilir. Yine de daha büyük sayıda toplam zenginlik, bireyler arasında nasıl dağıtıldığına bakılmaksızın ahlaken iyidir şeklindeki faydacı görüşü reddeder. Yani bu iki prensip aynı pratik sonuçlara gitse de özünde tamamen farklı başlangıç noktalarından kalkarak ortak bir sonuca varırlar.

Ahlâk ilkeleri, yapılmasını istediği veya yasakladığı eylemler kadar bu eylemlerin gerekçelerinin de göz önünde bulundurmasına önem verir[39]. Faydacılık ve Paretocu ilke mübadele sürecindeki belirli avantaj elde etme biçimlerine izin verilmesi hakkında farklı doğrulama yolları önermektedir. Paretoculuk, bu avantaj sağlama formlarına tüm ilgililerin çıkarına işleyecekse izin verir. Bu koşul, "herkes başkalarınkini çoğaltmak için kendi refahını azaltmamak konusunda eşit hakka sahiptir" düşüncesinde kendini gösterir[40]. Paretoculuk bireylerin bütünlüğüne saygılıdır ve faydacılık da dahil bazı bireysel ol-

(37) Etik teoriler olarak faydacılık (utiliteryanizm) ve paretoculuk arasındaki farkların daha ayrıntılı tartışması için bkz. Kronman, Wealth Maximization as a Normative Principle (9 . Legal Stud. (1980)).

(38) See, e.g., Coleman, supra note 30; Posner, supra note 30.

(39) Bkz. Kant, Critique of Practical Reason and Other Works on the Theory of Ethics 4-5 (6 th. Ed. T. Abbott trans. 1909).

(40) Bu kanaat, Rawls' un teorisinin de bir unsurudur. Bkz. J. Rawls, supra note 9, at 3-4, 22-27.

mayan iyileri kendinden bir amaç olarak maksimize eden diğer ahlak teorilerinden ayrılır. Bireysel bütünlük idealine bağlı kaldığından, liberteryenlerin faydacılık yerine Paretocu prensibi tercih etmek ve söz konusu ilkeyi, hukuki işlemlerde avantaj elde etmenin kabul edilebilir olan ve olmayan formlarını ayırt etmede temel almak için geçerli nedenleri vardır .

D. Paretoculuğun Uygulanması

Şimdi de daha somut bir şekilde, hukuki işlemlerde iradi devir-teslim fikrini açıklamak üzere, Pareto prensibinin nasıl kullanıldığına değinelim. Söz konusu prensip, hangi tür avantaj sağlama biçimlerine hoş görüyle bakılacağına karar vermeye yardım etmek suretiyle bu amacı gerçekleştirir. Nispeten kolay bir vaka ile işe başlamama izin verin[41]. Varsayalım A, bazı zengin mineralleri içerdiğini bilmediği bir taşınmaza sahiptir. Jeolog olan B ise taşınmazı araştırırken (diyelim ki havadan) bu mineral depolarını keşfeder ve bildiğini açığa vurmadan A'dan gerçek değerinin altında, iyi bir fiyatla arazisini satın almayı teklif eder. A kabul eder ve sonra da B'nin gayrimenkul hakkında bildiklerini açıklamamasının sahtekârlık anlamına geldiğine dayanarak sözleşmeden dönmeye kalkışır. Buradaki sorun; elde ettiği bilginin üstünlüğüne sahip alıcının, bildiklerini açığa vurmamak suretiyle bundan yarar sağlamasına izin verilmesi gerekip gerekmediğidir. Bazı özel durumlar hariç[42], hukuk, bilinçli araştırmalarının ürünü sonucu ortaya çıkardıkları bilgileri açıklamalarını, alıcılardan talep etmez. Bu kural şu şekilde savunulabilir. Eğer B, A ile hukuki sözleşme yaparken, kendisine avantaj veren bilgiyi elde etmek için yatırım yapmışsa, B'ye ifşa ödevi yüklemek onu bu yatırımın meyvelerini toplamaktan alıkoyacak ve bu yüzden gelecekte benzer yatırımları yapmak konusunda başkalarının cesaretini kıracaktır. Fakat bu durum faydalı jeolojik bilginin daha az üretileceği anlamına gelir. Sonuç olarak en yararlı biçimde kullanılmak üzere arazinin ve kişisel parsellerin paylaştırılması güçleşecektir. Satış işleminde ifşa etme görevi yüklemenin, bilgi bakımından dezavantajlı kimselere yardım etmekten çok onlara zarar vereceğini söylemek makul olabilir. Örneğin bu türden bir ödev yüklemek A'ya, B ile yaptığı ve kendi açısından dezavantajlı konumdaki akitten dönme yetkisi verecektir. İlk planda hangi arazi parçasının bu kaynakları içerdiğini belirlemek için gereken yatırım yapma saiki sonuçta zayıflatılmış olacağından A'nın, diyelim ki petrol ve alüminyum için ödeyeceği fiyat da artacaktır. Böylece B'ye, A'nın taşınmazının gerçek değerini açığa vurmadan satın almasına izin veren hukuk kuralı, A'nın kendi çıkarına işler. Çünkü verimli bir enformasyonun üretimi için motivasyon sağlar. Bu Paretocu prensibin gerektirdiği bir argüman türüdür.

Paretocu ilke bazı avantaj elde etme biçimlerini meşrulaştırırken[43] diğerlerini ortadan kaldırır. B'nin, A'yı cebir ile tehdit ederek, mülkünü kendisine satmaya zorladığı bir örnek düşünelim. Eğer B'nin davranışı sözleşmenin yerine getirilmesini engellemezse A, başkasını iradesine aykırı sözleşmeler yapmaya zorlayan böyle bir kuraldan bir diğer vesile ile -kendisi de başkalarını iradelerine aykırı sözleşmeler yapmaya zorlayarak- yarar elde edebilecektir. Bununla birlikte hukuki devir-teslim sürecinde fiziksel zorlamaya izin verildiğinde A'nın uzun vadede daha iyi durumda ve refah içinde bulunacağı olası değildir. Şiddet araçları nispeten usulüne uygun dağıtıldığı sürece bile böyle bir kuraldan A'nın elde edeceği kazancın, kayıplarını aşacağını düşünmek için bir neden yoktur. Bu tür bir kural insanları, kıt kaynakları verimli kullanımlardan (herkesin maddi varlık düzeyini arttırmak için kullanım), hiç kimsenin durumunu iyileştirmeyen ve verimsiz olanlara (daha güçlü silahların ve daha iyi kurşungeçirmez yeleklerin geliştirilmesi) kaydırmaya yöneltecektir. Değiş tokuş sürecinde fiziksel şiddete izin veren hukuk kuralı, elde ettiği bilgiyi sömürmek üzere iyi bilgilenmiş alıcıya izin veren hukuk kuralından kesinlikle aksi etki ve sonuca sahiptir.

Aynı şey hile (aldatma) için de doğrudur[44]. Eğer B, A'nın otomobilini satın almaya A, onun koşulları hakkında yalan söyledikten sonra karar vermişse, A'nın hilesine rağmen B'nin rızasına yürürlük vermek, B'ye zarar A'ya ise yarar getirecektir. Mamafih gelecek defa A kurban B ise başarılı bir hilebaz olabilir. Böyle olsa bile, çoğu insanın hile ve aldatmaya izin veren bir kuraldan fayda sağlayacağını düşünmek için haklı bir neden yoktur. Bu tür bir kuraldan elde edilen toplam kazanç kesinlikle toplam kayba eşittir. Dahası bu tip bir kaideyi benimsemek, kendisine yapılan teklifin (icap), hile içerip içermediğini araştırmak için herkesi yatırım yapmaya yöneltecektir. Böyle yatırımlar verimsiz bilgi üretir. Kaynakların başkalarının kullanımına açılması herkesin yararınadır. Karşılıklı hukuki sözleşmelerde hileyi yasaklayan bir hukuk kuralı bu sonuca destek verir.

Elbette Paretocu prensip, her zaman böyle net ve açık bir cevap ortaya koyamaz. Mesela A, kendi mülkünde bulunan önemli bir kusurun farkındadır –beyaz karınca istilası- ve B'yi bu kusurun varlığından haberdar etmekte başarılı olamamıştır. A'nın davranışı, daha önce belirttiğimiz durumdaki B'nin tutumundan –yani, alıcı B'nin, A'nın taşınmazının gerçek kıymeti hakkında bildiklerini açığa vurmadan araziyi satın almayı teklif ettiği olay- ayırt edilebilir. A'nın bilgisi tıpkı B'nin ki gibi verimlidir. Çünkü kıt olan ve bu nedenle olabildiğince etkin kullanılması gereken kaynakların bölüştürülmesinde dikkate alınması gereken bir olguyu açığa çıkarır. B'nin bilgisinden farklı olarak A'nın beyaz karıncalar hakkındaki bilgisi, masraflı ve tasarlanarak yapılmış bir araştırmadan çok gündelik ev yaşantısı esnasında gelişigüzel bir gözlemin ürünü olabilir. A'nın karınca istilası konusundaki bilgisini açıklamasını isteyen hukuk kuralı, -gayrimenkulü tanımadığı için A'nın yapacağı masraflardan daha çok tutacağı yüksek olasılık olan-, B'nin kendi yapacağı araştırma masraflarını azaltacaktır[45]. İnsanların çoğunun satıcı olabilecekleri kadar alıcı olabileceklerini de unutmayalım. Bir kimsenin, esaslı ve görünmeyen kusurları satıcılardan açıklamalarını isteyen bir hukuk kuralından elde edilecek yararın, kayıpları aşacağı sonucunu çıkarması da olanaklıdır.

(41) Bu ve benzer durumların daha ayrıntılı irdelenmesi için bkz. Kronman, supra note 21 at 9-18.
(42) Böyle bir olay örneği, taraflar arasında önceden sağlanan güven ilişkisinin bulunduğu bir durumdur.
(43) Metindeki iddianın bir benzeri, daha zeki veya akıllının elde ettiği avantajın meşrulaştırılabilmesi için yapılabilir. Bkz. J. Rawls, supra note 9, at 100-08.

(44) Bkz. R. Posner, Economic Analysis of Law 80-84 (2nd ed. 1977).
(45) Kronman, supra note 21 at 13-14.

mayan iyileri kendinden bir amaç olarak maksimize eden diğer ahlak teorilerinden ayrılır. Bireysel bütünlük idealine bağlı kaldığından, liberteryenlerin faydacılık yerine Paretocu prensibi tercih etmek ve söz konusu ilkeyi, hukuki işlemlerde avantaj elde etmenin kabul edilebilir olan ve olmayan formlarını ayırt etmede temel almak için geçerli nedenleri vardır .

D. Paretoculuğun Uygulanması

Şimdi de daha somut bir şekilde, hukuki işlemlerde iradi devir-teslim fikrini açıklamak üzere, Pareto prensibinin nasıl kullanıldığına değinelim. Söz konusu prensip, hangi tür avantaj sağlama biçimlerine hoş görüyle bakılacağına karar vermeye yardım etmek suretiyle bu amacı gerçekleştirir. Nispeten kolay bir vaka ile işe başlamama izin verin[41]. Varsayalım A, bazı zengin mineralleri içerdiğini bilmediği bir taşınmaza sahiptir. Jeolog olan B ise taşınmazı araştırırken (diyelim ki havadan) bu mineral depolarını keşfeder ve bildiğini açığa vurmadan A'dan gerçek değerinin altında, iyi bir fiyatla arazisini satın almayı teklif eder. A kabul eder ve sonra da B'nin gayrimenkul hakkında bildiklerini açıklamamasının sahtekârlık anlamına geldiğine dayanarak sözleşmeden dönmeye kalkışır. Buradaki sorun; elde ettiği bilginin üstünlüğüne sahip alıcının, bildiklerini açığa vurmamak suretiyle bundan yarar sağlamasına izin verilmesi gerekip gerekmediğidir. Bazı özel durumlar hariç[42], hukuk, bilinçli araştırmalarının ürünü sonucu ortaya çıkardıkları bilgileri açıklamalarını, alıcılardan talep etmez. Bu kural şu şekilde savunulabilir. Eğer B, A ile hukuki sözleşme yaparken, kendisine avantaj veren bilgiyi elde etmek için yatırım yapmışsa, B'ye ifşa ödevi yüklemek onu bu yatırımın meyvelerini toplamaktan alıkoyacak ve bu yüzden gelecekte benzer yatırımları yapmak konusunda başkalarının cesaretini kıracaktır. Fakat bu durum faydalı jeolojik bilginin daha az üretileceği anlamına gelir. Sonuç olarak en yararlı biçimde kullanılmak üzere arazinin ve kişisel parsellerin paylaştırılması güçleşecektir. Satış işleminde ifşa etme görevi yüklemenin, bilgi bakımından dezavantajlı kimselere yardım etmekten çok onlara zarar vereceğini söylemek makul olabilir. Örneğin bu türden bir ödev yüklemek A'ya, B ile yaptığı ve kendi açısından dezavantajlı konumdaki akitten dönme yetkisi verecektir. İlk planda hangi arazi parçasının bu kaynakları içerdiğini belirlemek için gereken yatırım yapma saiki sonuçta zayıflatılmış olacağından A'nın, diyelim ki petrol ve alüminyum için ödeyeceği fiyat da artacaktır. Böylece B'ye, A'nın taşınmazının gerçek değerini açığa vurmadan satın almasına izin veren hukuk kuralı, A'nın kendi çıkarına işler. Çünkü verimli bir enformasyonun üretimi için motivasyon sağlar. Bu Paretocu prensibin gerektirdiği bir argüman türüdür.

Paretocu ilke bazı avantaj elde etme biçimlerini meşrulaştırırken[43] diğerlerini ortadan kaldırır. B'nin, A'yı cebir ile tehdit ederek, mülkünü kendisine satmaya zorladığı bir örnek düşünelim. Eğer B'nin davranışı sözleşmenin yerine getirilmesini engellemezse A, başkasını iradesine aykırı sözleşmeler yapmaya zorlayan böyle bir kuraldan bir diğer vesile ile -kendisi de başkalarını iradelerine aykırı sözleşmeler yapmaya zorlayarak- yarar elde edebilecektir. Bununla birlikte hukuki devir-teslim sürecinde fiziksel zorlamaya izin verildiğinde A'nın uzun vadede daha iyi durumda ve refah içinde bulunacağı olası değildir. Şiddet araçları nispeten usulüne uygun dağıtıldığı sürece bile böyle bir kuraldan A'nın elde edeceği kazancın, kayıplarını aşacağını düşünmek için bir neden yoktur. Bu tür bir kural insanları, kıt kaynakları verimli kullanımlardan (herkesin maddi varlık düzeyini arttırmak için kullanım), hiç kimsenin durumunu iyileştirmeyen ve verimsiz olanlara (daha güçlü silahların ve daha iyi kurşungeçirmez yeleklerin geliştirilmesi) kaydırmaya yöneltecektir. Değiş tokuş sürecinde fiziksel şiddete izin veren hukuk kuralı, elde ettiği bilgiyi sömürmek üzere iyi bilgilenmiş alıcıya izin veren hukuk kuralından kesinlikle aksi etki ve sonuca sahiptir.

Aynı şey hile (aldatma) için de doğrudur[44]. Eğer B, A'nın otomobilini satın almaya A, onun koşulları hakkında yalan söyledikten sonra karar vermişse, A'nın hilesine rağmen B'nin rızasına yürürlük vermek, B'ye zarar A'ya ise yarar getirecektir. Mamafih gelecek defa A kurban B ise başarılı bir hilebaz olabilir. Böyle olsa bile, çoğu insanın hile ve aldatmaya izin veren bir kuraldan fayda sağlayacağını düşünmek için haklı bir neden yoktur. Bu tür bir kuraldan elde edilen toplam kazanç kesinlikle toplam kayba eşittir. Dahası bu tip bir kaideyi benimsemek, kendisine yapılan teklifin (icap), hile içerip içermediğini araştırmak için herkesi yatırım yapmaya yöneltecektir. Böyle yatırımlar verimsiz bilgi üretir. Kaynakların başkalarının kullanımına açılması herkesin yararınadır. Karşılıklı hukuki sözleşmelerde hileyi yasaklayan bir hukuk kuralı bu sonuca destek verir.

Elbette Paretocu prensip, her zaman böyle net ve açık bir cevap ortaya koyamaz. Mesela A, kendi mülkünde bulunan önemli bir kusurun farkındadır –beyaz karınca istilası- ve B'yi bu kusurun varlığından haberdar etmekte başarılı olamamıştır. A'nın davranışı, daha önce belirttiğimiz durumdaki B'nin tutumundan –yani, alıcı B'nin, A'nın taşınmazının gerçek kıymeti hakkında bildiklerini açığa vurmadan araziyi satın almayı teklif ettiği olay- ayırt edilebilir. A'nın bilgisi tıpkı B'nin ki gibi verimlidir. Çünkü kıt olan ve bu nedenle olabildiğince etkin kullanılması gereken kaynakların bölüştürülmesinde dikkate alınması gereken bir olguyu açığa çıkarır. B'nin bilgisinden farklı olarak A'nın beyaz karıncalar hakkındaki bilgisi, masraflı ve tasarlanarak yapılmış bir araştırmadan çok gündelik ev yaşantısı esnasında gelişigüzel bir gözlemin ürünü olabilir. A'nın karınca istilası konusundaki bilgisini açıklamasını isteyen hukuk kuralı, -gayrimenkulü tanımadığı için A'nın yapacağı masraflardan daha çok tutacağı yüksek olasılık olan-, B'nin kendi yapacağı araştırma masraflarını azaltacaktır[45]. İnsanların çoğunun satıcı olabilecekleri kadar alıcı olabileceklerini de unutmayalım. Bir kimsenin, esaslı ve görünmeyen kusurları satıcılardan açıklamalarını isteyen bir hukuk kuralından elde edilecek yararın, kayıpları aşacağı sonucunu çıkarması da olanaklıdır.

(41) Bu ve benzer durumların daha ayrıntılı irdelenmesi için bkz. Kronman, supra note 21 at 9-18.
(42) Böyle bir olay örneği, taraflar arasında önceden sağlanan güven ilişkisinin bulunduğu bir durumdur.
(43) Metindeki iddianın bir benzeri, daha zeki veya akıllının elde ettiği avantajın meşrulaştırılabilmesi için yapılabilir. Bkz. J. Rawls, supra note 9, at 100-08.

(44) Bkz. R. Posner, Economic Analysis of Law 80-84 (2nd ed. 1977).
(45) Kronman, supra note 21 at 13-14.

Şüphesiz satımın konusu şeyin her tür kusurunu açıklamaları satıcılardan beklendiğinde, bundan insanların çoğunun daha refah içinde olacağı sonucu çıkmaz. Açıklama yükümlülüğü getiren kural, beklenmeyen ve arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir. Bazı durumlarda alıcının kendi olanaklarıyla yaptığı araştırmanın maliyeti o kadar düşüktür ki, satıcının yapmak zorunda olduğu açıklamanın getireceği yarar önemini kaybeder. Ama yine de bu gibi zor olaylarda dahi Pareto ilkesi rehber olmaya devam eder[46].

E. Avantaj Elde Etme ve Zenginlikteki Farklar

Bu noktada pek çok liberteryen, bir dağıtıcı adalet teorisi olma niteliğiyle liberteryen sözleşme hukuku teorisini çok sınırlı ya da gerçek öneminden uzak biçimde ortaya koyduğum iddiasıyla belki de tepki verecekler dir. Ama yine de bu düşünce açısından, içinde izin verilmeyen hiçbir avantaj sağlama şeklinin olmadığı sözleşmeler, toplumda zenginliğin dağıtımına olan etkisi dikkate alınmadan yerine getirilmelidir. Yine liberteryen bakış açısından, makalenin başlangıcında değinilen akdi sınırlamalar -faiz oranları, asgari ücret ve aksi kararlaştırılamayan garanti belgeleri- mülkiyeti naklden hukuki işlemlerdeki iradiliği sağlamakla yetinmek yerine mülkiyetin serbestçe devrinden kaynaklanan zenginliğin dağılımını değiştirmeyi amaçlarsa, meşrulaştırılamazlar. Bir liberteryen de iradi devir-teslim kavramını açıklamak için sınırlı bir dağıtıcı adalet nosyonuna gereksinim olduğunu kabul edebilir. Bununla birlikte onun görüşü, toplumda zenginliğin daha hoşnut edici biçimde dağıtımına katkıda bulunması amacıyla özel hukuk sözleşmelerinin işletilebileceğine inanan birisinden farklıdır.

Bu durum iki değişik yoruma açıktır. Birincisi, sözleşmeye dayanarak mülkiyetin devri yoluyla yaratılan veya korunan zenginlik farklılıklarının, mülkiyeti nakil ilişkisindeki avantaj sağlama formlarını haklılaştırmak için başvurduğumuz aynı dağıtıcı adalet prensibiyle doğrulanamayacağı iddiasını taşır. Bu bakış açısından zenginlik farkları, mülkiyetin serbestçe devrinden kaynaklanır ve bunun herhangi bir şekilde doğrulamasının yapılmasına gerek yoktur. Bu durum, mülkiyetin devri esnasında, hukuki işleme dayanan avantajlar söz konusu edildiğinde gündeme gelen hakların belirlenmesinden farklıdır. Birincisinin aksine, ikincisi dağıtıcı adalet problemidir. Bu yoruma "kuvvetli yorum" adını vereceğim.

Bir ikincisi yani daha zayıf bir yorum da olanaklıdır. Mülkiyetin serbestçe naklinden kaynaklanan zenginlikteki eşitsizlikler aynı temelde yani hukuki işlemle elde edilen avantajların bazı formlarıyla meşrulaştırılabilir. Yahut zenginlik seviyesindeki eşitsizlikler meşrulaştırılamaz ama sözleşme kuralları dışında başka yollarla eşitsizlikler düzeltilebilir.

Kişisel düşünceme göre söz konusu yorumlardan birincisi reddedilmelidir. Çünkü farklı zenginlik ve avantaj türleri arasında gelişigüzel yapılan bir ayrıma dayanmaktadır ve bir hukuki ilişki

(46) *Her ne kadar zor davalarda paretoculuk prensibinin uygulanması, profesyonel ekonomistlerin cevaplamak için en iyi şekilde donatıldığı olgusal soruların çözümlenmesini gerektirebilse de, hukuki işlemlerde avantaj elde etmenin değişik formlarını değerlendirmek üzere, prensibin yalnızca ekonomik bir testi dile getirdiğini düşünmek yanlıştır. Paretoculuğun, tartışılması gereken teknik ve ekonomik meselelerde (örneğin önerilen bir ifşâ kuralının etkileri bakımından) ahlakın ilham ettiği bir çerçeve sağladığını söylemek daha uygun olabilecektir.*

sonucunda ortaya çıkan eşitsizliğin, bir sonrakinde avantaj olacağını görmekte başarısızdır. Bir kimsenin başkalarıyla yaptığı hukuki sözleşmede, zekâ ve bilgi üstünlüğünü sömürmesine izin verilip verilmeyeceği sorusuna en azından yasalar, "bazen ve belirli koşullar altında" cevabını vermektedir[47]. Bu değerli kaynakların sahiplerine, bazı durumlarda onları sömürmesine niçin izin verilmesi gerektiğini ancak diğer bazı koşullarda neden izin verilmediğini açıklamak üzere bir dağıtıcı adalet prensibine başvurulmalıdır. Aynı şey, yüklü miktarda banka hesabına sahip bir kimsenin, daha az zengin kişilerle yapacağı hukuki işlemlerde, refahça üstünlüğünden yarar sağlamasına izin verilip verilmemesini sorarken de geçerli olmalıdır. Eğer gelir yaratan ve kendi çıkarı için hukukun sömürmesine izin verdiği değerlerin tümünü, bir insanın sahip olduğu zenginliğe dahil edersek, onun bu zenginliği bankadaki dolarları kadar bilgi, akıl ve fiziksel dayanıklılık gibi şeyleri de içerir. Bir kimseyi potansiyel değer taşıyan bilgi veya yeteneklerini (örneğin düzenbazlık yeteneği) kötüye kullanmaktan men edersek böylece tıpkı onun bankadaki hesabından para aldığımızda ve onu yaktığımızda veya ortak bir fona devrettiğimizde olduğu gibi zenginliğinin azalmasına sebebiyet veririz. İkincisi, dar anlamda zenginlik olarak ele aldığımızda paranın, hukuki işlem yaparken destek veren bir avantajdan başka bir şey olmadığını düşünmek yanlıştır. Para, bireylerin -daha üstün bilgi gibi- başka akdi avantajlar elde etmesini de olanaklı kılar. Fakat aslında para yalnızca sahibine akde dayanan bir avantaj vermekle kalmaz, akıl veya fiziksel gücün aksine başka hiçbir şey vermez. Issız bir adaya tek başına düşen bir denizci fiziksel ve akli yeteneklerinden yararlanabilir. Oysa hukuki işlem yapacak biri yoksa onun cebindeki para hiçbir şeyin üstesinden gelemez.

Bu nedenlerle hiç kimseye başkalarıyla yaptığı hukuki sözleşmelerde, finansal kaynaklarını, sahip bulunduğu bilgi, akıl ve fiziksel üstünlük güçlerine kıyasla daha geniş kapsamda sömürmesine izin verilmemelidir. Bunların her birinin farklı türden zenginlikler sunduğu ve sahibine başkalarıyla yaptığı hukuki işlemlerde ayrı bir avantaj verdiği doğrudur. Fakat örneğin bilgi üstünlüğüne dayanan bir avantaj elde etmenin -dağıtıcı adalet kavramıyla uyumlu olduğu gösterilmek suretiyle- doğrulaması yapılabiliyorsa, finansal eşitsizlikler dahil diğer avantaj sağlama türleri de aynı şekilde doğrulanmalıdır. Bunların bazılarının meşru diğerlerinin meşru olmadığı iddiası sağlam dayanaklara sahip değildir.

Elbette bundan zenginlerin, fakirlerle yaptıkları hukuki işlemlerde, mali güçlerinden istifade etmelerinin yasaklanması sonucu çıkarılamaz. Bunu yapıp yapamayacakları ya da ne kapsamda yapmaları gerektiği, benimsenen dağıtıcı adalet ilkesine bağlıdır ve ayrıntıları prensibin uygulanmasıyla ilgilidir. Zenginlikteki eşitsizlikleri azaltmaya niyet etmiş bir sözleşme hukuku kuralına, hileyi yasaklayan ya da bazı türden bilgileri açıklama yükümlülüğü getiren

(47) *Compare Pratt Land & Improvement Co. V. McClain, 135 Ala. 452, 456, 33 So. 185, 187 (1902) (bir gayrimenkulü satın alan kimsenin, o taşınmazın kıymetini daha iyi takdir edecek bilgiye sahip olması tek başına onun kıymeti hakkındaki bilgisini açığa vurmaksızın satın almak şeklindeki bir hileli davranışa kalkışacağı anlamına gelmez) with Equitable Life Assurance of United States v. McElroy, 83 F. 631 (8th Cir1897) (Sigorta sözleşmesi, başvuru formunun imzalanmasıyla sözleşmenin tamamlanması arasında geçen zaman sürecinde apandisit ameliyatının beyan edilmemesi yüzünden iptal edilmiştir.*

ve geniş anlamda ele alındığında zenginliği bir birey grubundan diğerine yeniden dağıtan kurallardan daha çok itiraz edilebilir nazarıyla bakmak için a priori bir neden yoktur. Her ne kadar kaynakları zenginlerden fakirlere kaydırmayı amaçlayan bir sözleşme hukuku kuralına muhalefet etmek için sağlam neden bulunabilse de[48], bu neden zenginlerin dağıtıcı adalet prensibinin alanı dışına düşürmekten memnun oldukları özel finansal avantajlar olamaz. Bu yüzden liberteryen duruşun tek makul yorumu ikinci yani zayıf yorumdur. Bir liberteryen, servetin zenginden fakire yeniden dağıtımı için sözleşme hukukunun kullanılmaması gerektiğini savunuyorsa ya zenginlikteki var olan eşitsizliklerin meşrulaştırılabileceğini (örneğin faydacı veya Paretocu temelde) ya da sözleşme hukukunun, meşrulaştırılabilir olmayan bu eşitsizlikleri düzeltmek için uygun bir araç niteliği taşımadığını ileri sürebilir. Liberteryen duruşun bu şekilde ifadesi ise liberal sözleşme hukuku teorisiyle arasındaki temel farkı ortadan kaldırır.

II. Vergi ve Sözleşmeyle Düzenleme

A. Yeniden Dağıtımda İki Yöntem

Maddi kaynakların toplumun üyeleri arasında adilce dağıtımının sağlanması amacıyla yeniden dağıtımın tazyik edilmesi, bu çalışmada kullanıldığı şekliyle sosyal-liberal bir teoride -en azından bir noktaya kadar- onaylanmaktadır. Bu tür teorilerin tümü liberteryenizmden ayrılır. Zira liberteryen teori dağıtıcı adaletin gerçekleştirilmesini hedefleyen zorla transfere bir tür hırsızlık nazarıyla bakmaktadırlar. Sosyal-liberal bir teori aşağıdakilerden biriyle tanımlanabilir:

1) Bireylerin, bazı karakteristik özellikleri ve nitelikleri sayesinde toplumsal zenginlikten pay almayı hak ettiklerini varsayar ve bu pay alma modelini betimlemeyi amaçlar; 2) Bu ideal modeli, somut bir toplumda güncelleştirilen dağıtım hakkaniyetini değerlendirecek standart niteliğinde görür; 3) Mevcut zenginliğin dağıtımını, ideale uygun şekilde gerçekleştirme görevini devlete yükler[49].

Bu genel tanıma uyan pek çok farklı teori vardır ve bunların bazılarının liberal olmadığı saptaması da yapılabilir. Zorla yeniden dağıtımın meşrulaştırılabileceğini kabul eden iki kişi bununla birlikte farklı liyakat ilkelerini onaylayabilir ve böylece hangi iyelik modelinin ideal olarak doğru olduğu konusunda anlaşmazlığa düşebilirler. Bu türden bir anlaşmazlık çok keskindir ve bunun felsefi önemini aza indirgemek istemem. Yine de bu farklılıkları görmezden gelecek ve yukarıda geniş anlamda tanımladığım liberal teori terimini kullanmaya devam edeceğim. Burada özellikle farklı dağıtıcı adalet ilkelerini öne sürenler arasında toplumda zenginliğin adil biçimde bölüştürülmesinde uygun metodun ne olduğu konusundaki uzlaşıya meydan okunmasıyla ilgiliyim[50].

(48) Bkz. Schwartz, A Rexamination of Nonsubstantive Unconscionability, , 63 Va.L. Rev. 1053, 1056-59 (1977).

(49) Liberal teorilerin bu karakteri Nozick'in işlemiş olduğu "modelleştirilmiş" adalet kavramı açıklamasına uymaktadır. R. Nozick, supra note 8, at 155- 64.

(50) Uzlaşım, vergilendirmenin zenginliğin yeniden dağıtım yöntemi olarak tercih edilmesi noktasındadır. Bu tercihi paylaşan liberal düşünürlerin dağıtıcı adalet prensipleri, diğer yönlerden belirgin şekilde ayrılır.Compare Basic Structure, supra note 9, at 54-55 with J.Mill, Principles of Political Economy 795-822, 966-69 (W.Ashley ed.1923).

Zenginliğin yeniden dağıtımında kullanılan iki farklı yöntemi karşılaştırarak başlamak yararlı olacaktır. Bu yöntemlerden bir tanesi vergilendirmedir. Vergilendirmenin nasıl işlediğini canlandırmak için toplumdaki bireylerin her birine, toplumsal kaynaklardan adil bir pay verildiğini ve sonra da başkalarıyla istedikleri koşullarla hukuki işlem yapmak üzere serbest bırakıldıklarını varsayalım. Hisselerin başlangıçtaki paylaşımı bazı modellemelere uygundur ve söz konusu modelleme dağıtıcı adalet teorilerinden birisine bağlıdır. Mamafih başlangıçtaki bireysel paylar zamanla orijinal ve ideal olandan farklı yönlere gitmeye mahkûmdur. Liberalizmi savunanların ve eleştirenlerin işaret ettiği gibi[51] bu ayrılma, kendi çıkarlarını meşrulaştırmaya çalışan farklı bireyler arasında yapılan sayısız özel hukuk işlemlerinin, kasıtlı olmayan sonuçlarıdır. Ortaya çıkan bireysel paylaşım düzeneği, orijinal yani başlangıçtaki zenginlik dağıtımını meydana getiren liyakat prensibiyle çeliştiğinde, düzeltici bir yeniden dağıtım metoduyla tekrar gözden geçirilmeli ve değiştirilmelidir. Eğer vergilendirme, yeniden dağıtım yöntemi olarak benimsenirse, şu anda hak ettiğinden daha fazlasına sahip bulunanlardan, devlete uygun bir ödeme yapmaları talep edilecektir. Bu şekilde toplanan fonlar, adalete aykırı biçimde küçük payları ellerinde bulunduranlara transfer edilecek, böylece başlangıçtaki paylaşım modelleri (hisseler) yeniden düzenlenebilecek ve dağıtıcı adalet korunacaktır.

Dağıtıcı adaleti yerine getirmenin ikinci yolu, birbiriyle hukuki sözleşmeler yapmalarına izin verilen bireylerin sözleşme koşulları hakkında daha doğrudan düzenleme yapılmasını davet eder. Bu metoda "yeniden dağıtıma yönelik olarak sözleşmelerin düzenlenmesi" adını vereceğim. Bunu gözümüzde canlandırmak için bir kez daha toplumun kaynaklarından herkese adil bir pay düştüğü varsayımına geri dönelim. Bu kez insanları istedikleri gibi hukuki işlem yapmak üzere serbest bırakmak ve de onların servetleri üstüne periyodik bir vergi yüklemek yerine yapılacak şudur: Kaynakların orijinal dağıtımındaki adaleti korumak için, bireylerin elde tuttukları payların iradi devir yoluyla değiştirilmesine izin verilmesi koşullarını sınırlandırmak, belki de bazı hukuki muameleleri yasaklamak ve diğer bazılarının da yapılmasını istemek. Örneğin asgari ücret yasası bu tür bir sınırlama getirir. Bu tip yasalar, işçilerin iş güçlerini satmak üzere yaptıkları sözleşme koşullarını belirlemek suretiyle çalışanlar ve işverenler arasında zenginliğin adil dağılımını sağlamaya çalışır.

Pek çok liberal teorisyen, bu iki tip yeniden dağıtım metodu arasında birincisinden yani vergiden yana tercihini kullanmaktadır. John Rawls bunlardan biridir. Rawls, hem kitabında hem de sonraki makalelerinde, *toplumun temel yapısı ile kuralların bireylere ve kurumlara doğrudan uygulanması ve onlar tarafından da hukuki işlemlerde bu kurallara uyulması* arasında ayırım yapmakta ısrar eder[52]. Rawls'a göre dağıtıcı adalet prensibi –özellikle vergi ve transfer sistemi dahil olmak üzere- toplumun temel yapısını içine alan kurumların düzenlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır. Toplumun temel yapısı, dağıtıcı adalet prensiplerini yerine getiren hak ve yetkilerin bir çerçe-

(51) Bkz. R. Nozick, supra note 8 at 160-64; Basic Structure, supra note 9, at 64.

(52) Basic Structure, supra note 9, at 55.

vesini çizecek ve koruyacaktır. Bu çerçeve içinde bireyler başkalarıyla hukuki işlemler yaparak kendi hedeflerini serbestçe izlemeye devam ederler[53]. Rawls hiç şüphesiz bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerini yöneten kurallar olması gerektiğini kabul eder fakat bu kurallar bireyleri aşırı sınırlandırmadan, kendi hedeflerini izlemekte serbest bırakacak şekilde düzenlenmelidir[54]. Rawls'un teorisine göre bu tür kurallara kolaylaştırıcı bir rol atfedilmiştir. Bunların işlevi zorlamayı bertaraf ederek devir-teslim sürecini yumuşak biçimde sürdürmek ve bu süreçle ilgisi olan hukuki işlemin maliyetini azaltmaktır[55]. Rawls'un görüşü gereği, bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan karşılıklı alıp vermeleri düzenleyen kurallar –vergi yasalarının aksine- toplumun üyeleri arasında zenginliğin adil olarak dağıtımına yardım etmek üzere işletilmemelidir. Sözleşme hukuku kurallarının, hükümetin aşırı müdahalesinden uzak olarak, kendileri için en iyi olanı gerçekleştirmeye çalışan bireylerin haklarına, hukuka aykırı biçimde tecavüz etmeksizin kullanılması olanak dışıdır. Rawls, *toplumun temel yapısı ve hukuki işlemlere doğrudan uygulanan kurallar* arasında bir iş bölümünden bahsetmektedir[56]. Bunların farklı olan dağıtıma işlevi diğerini ilgilendirmez.

Rawls'un dağıtıcı adaleti korumak için vergiye bir yöntem niteliğiyle öncelik vermesi ve özel hukuk sözleşmelerinin, zenginliğin yeniden dağıtımında aynı derecede uygun bir araç olduğu düşüncesine soğuk bakması, birçok liberal düşünürce paylaşılmaktadır[57].

Özel hukuk sözleşmelerinin dağıtıma yönelik işlevinin bulunmadığını söyleyen liberal teorisyenlerin görüşüne daha baştan yol verilebilir. Birbirinden farklı zenginlik dağıtımlarının adilliğini değerlendirecek bir prensip meydana getirdiğimizi varsayalım. Kafamdaki düşünce; seçtiğimiz dağıtım prensibine doğrudan müracaat etmek suretiyle belirli hukuki sözleşmeleri değerlendirmenin ve aslında onların doğurduğu tartışmaları çözmenin yanlış olacağıdır[58]. Yargıçların ya da herhangi başka bir kimsenin, belirli hukuki işlemlerin dağıtıma yönelik sonuçlarını doğru bir şekilde değerlendirebileceğini düşünmek için bir neden yoktur. Dahası eğer her mülkiyeti nakleden sözleşme, söz konusu prensibe uymadığından geçersiz kılınabilirse, bireysel beklentiler hüsrana uğratılabilir ve iradi sözleşmeler güvensizlik yaratabilir. Bunun yerine sözleşmeden doğan ihtilaflar, ilgili hukuk kuralının formel biçimde uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunu yaparken de kararın dağıtıma yönelik sonuçlarına bakılmamalı ve zenginliğin yeniden dağıtımı vergi sistemine bırakılmalıdır.

Bu argüman bir kafa karışıklığına dayanır. Bu tez kabul edilse bile bundan dağıtımın etkilerinin, sözleşme kuralları sisteminin iç düzenlenmesinde ya da mevcut sistemin düzeltilmesinde yahut yeni ilaveler yapılmasında önemsenmeyeceği sonucu çıkmaz. Sözleşmeleri dağıtım perspektifinden değerlendirmek bir şeydir aynı bakış açısın-

(53) Id.
(54) Id.
(55) Id.at 54-55.
(56) Bkz. e.g. id. at 66.
(57) Bkz. C. Fried, supra note 9, at 143-50; Grey, supra note 9, at 890 n.38.
(58) Bkz. J. Rawls, supra note 9, at 87-88, Basic Structure, supra note 9, at 54, 65.

dan hukuki sözleşmeleri yöneten kuralları değerlendirmek başka bir şeydir[59]. İkinci yaklaşımın benimsendiğini düşünelim. Bu olasılıkta, bazı tekil vakalar açısından belirli bir kuralın taşıdığı dağıtıma yönelik amaç, söz konusu kuralın uygulanmasıyla geliştirilmek yerine engellenecektir. Ancak bu durum, ad hoc düzenlemelere değil de genel olarak uygulanan normlar sistemine dayanan bir yargı düzenine sahip bulunmanın kaçınılmaz sonucudur. Ve bu durum, sözleşme kurallarının düzeltilmesinde dağıtımın dikkate alınmaması için gerekçe sunmaz. Eğer sözleşme hukuku kurallarını dağıtıma yönelik etkilerini dikkate almaksızın düzenlemek zorundaysam bu bahsettiğimden farklı nedenler için yapılmalıdır.

B. Yeniden Dağıtım, Tarafsızlık (Nötrlük) ve Bireysel Özgürlük

Yeniden dağıtımın aracı olarak, akdi düzenlemelerin yerine vergilendirmenin tercih edilmesi için ahlaki düşünceye dayanan iki argüman daha önerilebilir. Birincisi, akdi düzenlemelerin,-vergilendirmenin aksine- bazı hukuki işlem biçimlerini yasaklayıp diğerlerini yasaklamamak suretiyle ayrıştırma yaptığı ve bunun da liberal teorilerin çoğunun merkezindeki "devletin kendi vatandaşlarının amaç ve faaliyetlerine karşı tarafsızlığını sürdürmesi gerektiği" düşüncesiyle uyumlu olmadığı söylenebilir. İkinci olarak da vergilendirmenin, sözleşmelerin kurallarla düzenlenmesi sistemiyle karşılaştırıldığında, bireysel özgürlüğe daha çok yer bıraktığı savunulabilir.

Bu iki iddia, vergilendirme konusunda tam da liberal tercihin kalbinde yatandır. Bu iddialardan her biri, bir yandan vergilendirme ve sözleşme mevzuatının sabit karakterlere sahip olduğu şeklinde anlaşılabilir. Bu karakterler bir vergi şemasını, aynı amacı başarmak için biçimlendirilmiş düzenleyici kontrol sisteminden daha tarafsız ve daha az mütecaviz yapar. Bu doğruysa, zenginliğin yeniden dağıtımında vergilendirme yönteminin seçilmesi her zaman haklı çıkarılabilecektir. Diğer taraftan bu iki iddiaya daha yumuşak bir tarzda yaklaşıldığında yalnızca bir durumdan diğerine değişen hallerde vergilendirmenin daha iyi olduğunun ileri sürüldüğünü anlamak da mümkündür. İkinci yaklaşım benimsenirse, vergilendirme lehindeki tercih, koşullu hale gelecektir. Bu koşul bağlamında bazen de vergi yerine mevzuat düzenleyici bir şema vasıtasıyla, dağıtıma yönelik amaçlara uyulması sağlanabilir. Benim yargım, ikinci görüşün doğru olduğudur. Vergilendirmenin mutlaka akdi düzenlemelerden daha fazla tarafsızlık sağladığı ve bireysel özgürlüğü daha az kısıtladığı söylenemez. Bununla birlikte bazı hallerde de bir vergi şeması her iki nedenle tercih edilebilir.

Öncelikle tarafsızlık (nötrlük) meselesini düşünün. Vergilendirme, doğası gereği akdi düzenlemelerden daha tarafsız bir metot mudur? Varsayalım zenginliğin adil şekilde dağıtımı, bazı sözleşme gruplarının düzenlenmesi hatta yasaklanmasıyla çok daha kolaylıkla başarılabilecektir. Mesela yiyecek ve barınma gibi birkaç temel maddenin satışında olduğu gibi. Dağıtımla hedeflediğimiz amaçlara ulaşmanın en az maliyetli yolu olsa bile, bu tür bir sözleşme mevzuatı rejimi belirli bir grup vatandaşı haksız ayrıma tabi tuttuğu

(59) Cf. Rawls, Two Concepts of Rules, 64 Phil.Rev.3 (1995) (sosyal kurallar sisteminin seçimini doğrulamak için gerekçe olarak kullanılmak üzere, bir kez kurulmuş bulunan sistemin bu kurallarından hareket etmek uygun olmayabilir).

vesini çizecek ve koruyacaktır. Bu çerçeve içinde bireyler başkalarıyla hukuki işlemler yaparak kendi hedeflerini serbestçe izlemeye devam ederler[53]. Rawls hiç şüphesiz bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerini yöneten kurallar olması gerektiğini kabul eder fakat bu kurallar bireyleri aşırı sınırlandırmadan, kendi hedeflerini izlemekte serbest bırakacak şekilde düzenlenmelidir[54]. Rawls'un teorisine göre bu tür kurallara kolaylaştırıcı bir rol atfedilmiştir. Bunların işlevi zorlamayı bertaraf ederek devir-teslim sürecini yumuşak biçimde sürdürmek ve bu süreçle ilgisi olan hukuki işlemin maliyetini azaltmaktır[55]. Rawls'un görüşü gereği, bireyler arasında özel hukuk sözleşmelerinden doğan karşılıklı alıp vermeleri düzenleyen kurallar –vergi yasalarının aksine- toplumun üyeleri arasında zenginliğin adil olarak dağıtımına yardım etmek üzere işletilmemelidir. Sözleşme hukuku kurallarının, hükümetin aşırı müdahalesinden uzak olarak, kendileri için en iyi olanı gerçekleştirmeye çalışan bireylerin haklarına, hukuka aykırı biçimde tecavüz etmeksizin kullanılması olanak dışıdır. Rawls, *toplumun temel yapısı ve hukuki işlemlere doğrudan uygulanan kurallar* arasında bir iş bölümünden bahsetmektedir[56]. Bunların farklı olan dağıtma işlevi diğerini ilgilendirmez.

Rawls'un dağıtıcı adaleti korumak için vergiye bir yöntem niteliğiyle öncelik vermesi ve özel hukuk sözleşmelerinin, zenginliğin yeniden dağıtımında aynı derecede uygun bir araç olduğu düşüncesine soğuk bakması, birçok liberal düşünürce paylaşılmaktadır[57].

Özel hukuk sözleşmelerinin dağıtıma yönelik işlevinin bulunmadığını söyleyen liberal teorisyenlerin görüşüne daha baştan yol verilebilir. Birbirinden farklı zenginlik dağıtımlarının adilliğini değerlendirecek bir prensip meydana getirdiğimizi varsayalım. Kafamdaki düşünce; seçtiğimiz dağıtım prensibine doğrudan müracaat etmek suretiyle belirli hukuki sözleşmeleri değerlendirmenin ve aslında onların doğurduğu tartışmaları çözmenin yanlış olacağıdır[58]. Yargıçların ya da herhangi başka bir kimsenin, belirli hukuki işlemlerin dağıtıma yönelik sonuçlarını doğru bir şekilde değerlendirebileceğini düşünmek için bir neden yoktur. Dahası eğer her mülkiyeti nakleden sözleşme, söz konusu prensibe uymadığından geçersiz kılınabilirse, bireysel beklentiler hüsrana uğratılabilir ve iradi sözleşmeler güvensizlik yaratabilir. Bunun yerine sözleşmeden doğan ihtilaflar, ilgili hukuk kuralının formel biçimde uygulanmasıyla çözümlenmelidir. Bunu yaparken de kararın dağıtıma yönelik sonuçlarına bakılmamalı ve zenginliğin yeniden dağıtımı vergi sistemine bırakılmalıdır.

Bu argüman bir kafa karışıklığına dayanır. Bu tez kabul edilse bile bundan dağıtımın etkilerinin, sözleşme kuralları sisteminin iç düzenlenmesinde ya da mevcut sistemin düzeltilmesinde yahut yeni ilaveler yapılmasında önemsenmeyeceği sonucu çıkmaz. Sözleşmeleri dağıtım perspektifinden değerlendirmek bir şeydir aynı bakış açısın-

(53) Id.
(54) Id.
(55) Id.at 54-55.
(56) Bkz. e.g. id. at 66.
(57) Bkz. C. Fried, supra note 9, at 143-50; Grey, supra note 9, at 890 n.38.
(58) Bkz. J. Rawls, supra note 9, at 87-88, Basic Structure, supra note 9, at 54, 65.

dan hukuki sözleşmeleri yöneten kuralları değerlendirmek başka bir şeydir[59]. İkinci yaklaşımın benimsendiğini düşünelim. Bu olasılıkta, bazı tekil vakalar açısından belirli bir kuralın taşıdığı dağıtıma yönelik amaç, söz konusu kuralın uygulanmasıyla geliştirilmek yerine engellenecektir. Ancak bu durum, ad hoc düzenlemelere değil de genel olarak uygulanan normlar sistemine dayanan bir yargı düzenine sahip bulunmanın kaçınılmaz sonucudur. Ve bu durum, sözleşme kurallarının düzeltilmesinde dağıtımın dikkate alınmaması için gerekçe sunmaz. Eğer sözleşme hukuku kurallarını dağıtıma yönelik etkilerini dikkate almaksızın düzenlemek zorundaysam bu bahsettiğimden farklı nedenler için yapılmalıdır.

B. Yeniden Dağıtım, Tarafsızlık (Nötrlük) ve Bireysel Özgürlük

Yeniden dağıtımın aracı olarak, akdi düzenlemelerin yerine vergilendirmenin tercih edilmesi için ahlaki düşünceye dayanan iki argüman daha önerilebilir. Birincisi, akdi düzenlemelerin,-vergilendirmenin aksine- bazı hukuki işlem biçimlerini yasaklayıp diğerlerini yasaklamamak suretiyle ayrıştırma yaptığı ve bunun da liberal teorilerin çoğunun merkezindeki "devletin kendi vatandaşlarının amaç ve faaliyetlerine karşı tarafsızlığını sürdürmesi gerektiği" düşüncesiyle uyumlu olmadığı söylenebilir. İkinci olarak da vergilendirmenin, sözleşmelerin kurallarla düzenlenmesi sistemiyle karşılaştırıldığında, bireysel özgürlüğe daha çok yer bıraktığı savunulabilir.

Bu iki iddia, vergilendirme konusunda tam da liberal tercihin kalbinde yatandır. Bu iddialardan her biri, bir yandan vergilendirme ve sözleşme mevzuatının sabit karakterlere sahip olduğu şeklinde anlaşılabilir. Bu karakterler bir vergi şemasını, aynı amacı başarmak için biçimlendirilmiş düzenleyici kontrol sisteminden daha tarafsız ve daha az mütecaviz yapar. Bu doğruysa, zenginliğin yeniden dağıtımında vergilendirme yönteminin seçilmesi her zaman haklı çıkarılabilecektir. Diğer taraftan bu iki iddiaya daha yumuşak bir tarzda yaklaşıldığında yalnızca bir durumdan diğerine değişen hallerde vergilendirmenin daha iyi olduğunun ileri sürüldüğünü anlamak da mümkündür. İkinci yaklaşım benimsenirse, vergilendirme lehindeki tercih, koşullu hale gelecektir. Bu koşul bağlamında bazen de vergi yerine mevzuat düzenleyici bir şema vasıtasıyla, dağıtıma yönelik amaçlara uyulması sağlanabilir. Benim yargım, ikinci görüşün doğru olduğudur. Vergilendirmenin mutlaka akdi düzenlemelerden daha fazla tarafsızlık sağladığı ve bireysel özgürlüğü daha az kısıtladığı söylenemez. Bununla birlikte bazı hallerde de bir vergi şeması her iki nedenle tercih edilebilir.

Öncelikle tarafsızlık (nötrlük) meselesini düşünün. Vergilendirme, doğası gereği akdi düzenlemelerden daha tarafsız bir metot mudur? Varsayalım zenginliğin adil şekilde dağıtımı, bazı sözleşme gruplarının düzenlenmesi hatta yasaklanmasıyla çok daha kolaylıkla başarılabilecektir. Mesela yiyecek ve barınma gibi birkaç temel maddenin satışında olduğu gibi. Dağıtımla hedeflediğimiz amaçlara ulaşmanın en az maliyetli yolu olsa bile, bu tür bir sözleşme mevzuatı rejimi belirli bir grup vatandaşı haksız ayrıma tabi tuttuğu

(59) Cf. Rawls, Two Concepts of Rules, 64 Phil.Rev.3 (1995) (sosyal kurallar sisteminin seçimini doğrulamak için gerekçe olarak kullanılmak üzere, bir kez kurulmuş bulunan sistemin bu kurallarından hareket etmek uygun olmayabilir).

için reddedilebilir. Bu grup vatandaşlar, meseledeki sözleşme kurallarla düzenlenmeseydi, mali veya başka türlü kazanç elde edeceklerdi. Oysa dağıtıcı şemaların tüm yükü bu vatandaşlara yüklenerek haksız bir ayırıma uğramaktadırlar. Daha genel olarak, zenginliğin yeniden dağıtımında alternatif yöntemleri değerlendirirken, yeniden dağıtımın yükünün hangi genişlikte yayıldığına dikkat etmelidir.

Oysa bu genel düşünce, vergilendirme ve sözleşme düzenlemelerine benzer şekilde uygulanır ve birinci metodun her şeyiyle tercihini gerektirmez. Esasında zenginliğin yeniden dağıtımına yarayan herhangi işlevsel bir şema, bazı bireyler ya da faaliyetler lehine haksızca ayırım yapmaya mecburdur. Bu en basit gelir vergisi için bile doğrudur. Çünkü bu gelir vergisi, layık olduğundan daha fazlasına sahip bulunmakla birlikte vergilendirilebilir gelir üretmediği için bazı kimselere dolaylı yoldan gayrimeşru avantajlar sağlayacaktır. Bir satıştan veya belirli tip hukuki işlemlerden elde edilen gelire uygulanan seçilmiş (örneğin şu an hâlihazırda yürürlükte bulunan) bir gelir vergisi, ayrımcı vergilerin en açık seçik örneğidir. Fakat vergiler gibi sözleşme mevzuatı düzenlemeleri de tarafsızlık açısından değişkenlik gösterirler. Fırıncılardan sabit fiyatla ekmek satmalarını talep eden hukuk kuralının yaydığı yeniden dağıtım yükü, işçilerine asgari ücret ödemelerini işverenlerden isteyen hukuk kuralına nazaran daha az genişliktedir. Yeniden dağıtım yöntemlerinden her biri tarafsızlık özelliğini farklı derecelerde yansıtırlar. Bundan dolayı daima daha az ayırımcı olan düzenlemeleri tercih etmek zorunda kalsak bile bundan, her durumda zenginliğin en uygun yeniden dağıtma aracı diye vergilendirmeyi seçmemiz gerektiği anlamı çıkmaz. Herhangi somut bir durumda, vergilendirmenin dağıtım hedefini başarmanın en az ayırımcı yolu olup olmadığı, koşullara ve vergi tipi ile sözleşme mevzuatının birbiriyle karşılaştırılmasına bağlıdır. Bu iki metodun göreceli tarafsızlığı baştan peşinen tayin edilemez. Çünkü tarafsızlık doğalarında yerleşik değildir.

Şimdi de yeniden dağıtım yöntemi olarak vergilendirmenin, akdi düzenlemelere tercih edilmesi için öne sürülen ikinci yani vergilendirmenin bireysel özgürlüğü daha az sınırlandırdığı yolundaki ahlaki temelli tez üzerinde düşünelim. Bu, birbirine alternatif yeniden dağıtım yöntemlerinin gerektirdiği müdahalenin sıklığı hakkında ortaya atılan bir iddia ile anlaşılabilir. Vergilendirme, bireylerin yaşamlarına yalnızca periyodik müdahaleler getirirken, sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesi, bireysel ilişkilere devletin sürekli karışmasını zorunlu kılmaktadır. Daha az müdahalenin tercihi akla uygun olacağından bu durum vergilendirmenin tercih edilmesi için iyi bir gerekçedir.

Yine de bu argüman ikna edici değildir. Bazı vergiler (örneğin satış vergileri), her hukuki işleme sürekli uygulanır ve yalnızca bu nedenle onların reddedilebileceğini düşünmeyiz. Bu argüman yalnızca gelir üzerinden alınan dönemsel vergileri düşündüğümüzde akla yatkındır. Gelir vergisi (diğer vergilerin çoğunun aksine) açık bir yeniden dağıtım amacına sahiptir. Mamafih gelir vergisi dışındaki diğer vergilerin benzer bir yeniden dağıtım fonksiyonu gösteremeyeceğini düşünmek de doğru değildir. Lüks mallar üzerinden alınan

özel satış vergisi (özel tüketim vergisi) buna örnek verilebilir.

İkincisi, bir vergi sadece periyodik aralıklarla uygulansa dahi bu bireysel yaşama sürekli müdahale durumunu ortaya çıkarır. Varsayalım ki devlet, yıllık ödenmesi gereken, artan oranlı bir gelir vergisi yüklemekte ve tüm gelirlere kaynağına bakmaksızın aynı şekilde davranmaktadır. Yıl boyunca bireylerin yaptığı gelir yaratan her işlem, verginin konusudur. Vergi, ekonomik hayatın üzerindeki gölgeyi dağıtır. Yıllık gelir vergisi, asgari ücret yasasında olduğu gibi, işçi ve işverenleri bazı tür akitleri yapmaktan alıkoyar, sözleşme serbestîsini sınırlandırır. Bu türden bir vergi, her iki tarafın da sözleşmeden elde ettikleri geliri devletle paylaşmayacakları akitlerin yapılmasını olanaksızlaştırır. Bu mecburiyet yüksek olasılıkla tarafların ilişkilerinin diğer görünümlerini de etkileyecek, akdin yapısını ve koşullarını belirleme serbestîsini sınırlayacaktır[60].

Kendi görüşüme göre, tüm bunlar periyodik bir verginin, kişiler arası sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesiyle kıyaslandığında daha az sıklıkta müdahaleci bir yeniden dağıtım metodu olduğunu yanlışlar. Bu noktada gelir vergisinin yüklediği tahditler sürekli uygulansa bile daha az yoğunlukta müdahalede bulunduğu görüşü reddedilebilir. Vergilendirme, kişilerden yalnızca para aldığı için daha az müdahaleci görünebilir, nakdi olmayan hedeflerini en iyi şekilde gerçekleştirmek üzere, ilişkilerini düzenlemede onları serbest bırakır. Bunun tersine mevzuat düzenlemesi, bireylerin bizzat belirleyebileceği sözleşme çeşitlerini sınırlar ve bireysel özgürlüğü daha kayıtlayıcı gözükür[61]. Oysa mevzuat düzenlemesinin insanların bazı şeyleri yapmasını yasaklarken, bir vergi şemasının da yükümlülerden, başkalarıyla gerçekleştirdikleri iradi (ihtiyari) sözleşmelerin meyvelerini devletle paylaşmalarını talep ettiği öne sürülebilir.

Mamafih iki yeniden dağıtım yönteminin sınırlandırma açısından gösterdiği bu açık farklılık aldatıcıdır. Sözleşme mevzuatının düzenlemelerinin, insanların bazı şeyleri yapmalarını yasakladığı ancak bir vergi şemasının bunu yapmadığını söylemek yanlış bir yönlendirmedir. Örneğin gelir üzerine konan bir vergi, kişilerin gelir yaratan hukuki sözleşmelerden elde ettikleri kazançlarını, devlete uygun bir ödeme bulunmadan saklamalarını yasaklar. Eğer bireyler bu yasaklamaları çok sınırlayıcı bulursa, zamanları ve çalışma güçleri dahil olmak üzere sahip oldukları kaynakları, gelir yaratmayan faaliyetlere dönüştürebilirler veya farklı oranlarda gelir üretirler. Bunun yanı sıra eğer hukuk düzeni, bazı sözleşmelerin devlet tarafından belirlenmiş koşullarla yapılmasını talep ediyorsa, bireyler bu tip akitler yerine henüz kanunla düzenlenmemiş olanları tercih etmekte serbesttirler. Elbette vergi veya akdi düzenlemelerin getirdiği sınırlamalardan kaçınmak özgürlüğü teorik anlamda devam eder. Mübadele ekonomisinde çoğumuz hayatta kalmak için gelir elde etmek zorundayız ve örneğin, yasaların yüklediği asgari ücreti işçilerine ödemek istemeyen bir işveren ancak iş yerini kapatarak bundan kaçınabilir. O

(60) Örneğin, anonim şirketlerin birleşmesinin, likiditenin (nakit akışı) ve yeniden organizasyonun planlanmasında, vergi düzenlemeleri önemlidir.

(61) Rawls, sözleşme düzeninin bu bakış açısını üstü kapalı biçimde onaylamaktadır. Bkz. Basic Structure, supra note, at 65.

için reddedilebilir. Bu grup vatandaşlar, meseledeki sözleşme kurallarla düzenlenmeseydi, mali veya başka türlü kazanç elde edeceklerdi. Oysa dağıtıcı şemaların tüm yükü bu vatandaşlara yüklenerek haksız bir ayırıma uğramaktadırlar. Daha genel olarak, zenginliğin yeniden dağıtımında alternatif yöntemleri değerlendirirken, yeniden dağıtımın yükünün hangi genişlikte yayıldığına dikkat etmelidir.

Oysa bu genel düşünce, vergilendirme ve sözleşme düzenlemelerine benzer şekilde uygulanır ve birinci metodun her şeyiyle tercihini gerektirmez. Esasında zenginliğin yeniden dağıtımına yarayan herhangi işlevsel bir şema, bazı bireyler ya da faaliyetler lehine haksızca ayırım yapmaya mecburdur. Bu en basit gelir vergisi için bile doğrudur. Çünkü bu gelir vergisi, layık olduğundan daha fazlasına sahip bulunmakla birlikte vergilendirilebilir gelir üretmediği için bazı kimselere dolaylı yoldan gayrimeşru avantajlar sağlayacaktır. Bir satıştan veya belirli tip hukuki işlemlerden elde edilen gelire uygulanan seçilmiş (örneğin şu an hâlihazırda yürürlükte bulunan) bir gelir vergisi, ayrımcı vergilerin en açık seçik örneğidir. Fakat vergiler gibi sözleşme mevzuatı düzenlemeleri de tarafsızlık açısından değişkenlik gösterirler. Fırıncılardan sabit fiyatla ekmek satmalarını talep eden hukuk kuralının yaydığı yeniden dağıtım yükü, işçilerine asgari ücret ödemelerini işverenlerden isteyen hukuk kuralına nazaran daha az genişliktedir. Yeniden dağıtım yöntemlerinden her biri tarafsızlık özelliğini farklı derecelerde yansıtırlar. Bundan dolayı daima daha az ayırımcı olan düzenlemeleri tercih etmek zorunda kalsak bile bundan, her durumda zenginliğin en uygun yeniden dağıtma aracı diye vergilendirmeyi seçmemiz gerektiği anlamı çıkmaz. Herhangi somut bir durumda, vergilendirmenin dağıtım hedefini başarmanın en az ayırımcı yolu olup olmadığı, koşullara ve vergi tipi ile sözleşme mevzuatının birbiriyle karşılaştırılmasına bağlıdır. Bu iki metodun göreceli tarafsızlığı baştan peşinen tayin edilemez. Çünkü tarafsızlık doğalarında yerleşik değildir.

Şimdi de yeniden dağıtım yöntemi olarak vergilendirmenin, akdi düzenlemelere tercih edilmesi için öne sürülen ikinci yani vergilendirmenin bireysel özgürlüğü daha az sınırlandırdığı yolundaki ahlaki temelli tez üzerinde düşünelim. Bu, birbirine alternatif yeniden dağıtım yöntemlerinin gerektirdiği müdahalenin sıklığı hakkında ortaya atılan bir iddia ile anlaşılabilir. Vergilendirme, bireylerin yaşamlarına yalnızca periyodik müdahaleler getirirken, sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesi, bireysel ilişkilere devletin sürekli karışmasını zorunlu kılmaktadır. Daha az müdahalenin tercihi akla uygun olacağından bu durum vergilendirmenin tercih edilmesi için iyi bir gerekçedir.

Yine de bu argüman ikna edici değildir. Bazı vergiler (örneğin satış vergileri), her hukuki işleme sürekli uygulanır ve yalnızca bu nedenle onların reddedilebileceğini düşünmeyiz. Bu argüman yalnızca gelir üzerinden alınan dönemsel vergileri düşündüğümüzde akla yatkındır. Gelir vergisi (diğer vergilerin çoğunun aksine) açık bir yeniden dağıtım amacına sahiptir. Mamafih gelir vergisi dışındaki diğer vergilerin benzer bir yeniden dağıtım fonksiyonu gösteremeyeceğini düşünmek de doğru değildir. Lüks mallar üzerinden alınan

özel satış vergisi (özel tüketim vergisi) buna örnek verilebilir.

İkincisi, bir vergi sadece periyodik aralıklarla uygulansa dahi bu bireysel yaşama sürekli müdahale durumunu ortaya çıkarır. Varsayalım ki devlet, yıllık ödenmesi gereken, artan oranlı bir gelir vergisi yüklemekte ve tüm gelirlere kaynağına bakmaksızın aynı şekilde davranmaktadır. Yıl boyunca bireylerin yaptığı gelir yaratan her işlem, verginin konusudur. Vergi, ekonomik hayatın üzerindeki gölgeyi dağıtır. Yıllık gelir vergisi, asgari ücret yasasında olduğu gibi, işçi ve işverenleri bazı tür akitleri yapmaktan alıkoyar, sözleşme serbestîsini sınırlandırır. Bu türden bir vergi, her iki tarafın da sözleşmeden elde ettikleri geliri devletle paylaşmayacakları akitlerin yapılmasını olanaksızlaştırır. Bu mecburiyet yüksek olasılıkla tarafların ilişkilerinin diğer görünümlerini de etkileyecek, akdin yapısını ve koşullarını belirleme serbestîsini sınırlayacaktır[60].

Kendi görüşüme göre, tüm bunlar periyodik bir verginin, kişiler arası sözleşmelerin doğrudan düzenlenmesiyle kıyaslandığında daha az sıklıkta müdahaleci bir yeniden dağıtım metodu olduğunu yanlışlar. Bu noktada gelir vergisinin yüklediği tahditler sürekli uygulansa bile daha az yoğunlukta müdahalede bulunduğu görüşü reddedilebilir. Vergilendirme, kişilerden yalnızca para aldığı için daha az müdahaleci görünebilir, nakdi olmayan hedeflerini en iyi şekilde gerçekleştirmek üzere, ilişkilerini düzenlemede onları serbest bırakır. Bunun tersine mevzuat düzenlemesi, bireylerin bizzat belirleyebileceği sözleşme çeşitlerini sınırlar ve bireysel özgürlüğü daha kayıtlayıcı gözükür[61]. Oysa mevzuat düzenlemesinin insanların bazı şeyleri yapmasını yasaklarken, bir vergi şemasının da yükümlülerden, başkalarıyla gerçekleştirdikleri iradi (ihtiyari) sözleşmelerin meyvelerini devletle paylaşmalarını talep ettiği öne sürülebilir.

Mamafih iki yeniden dağıtım yönteminin sınırlandırma açısından gösterdiği bu açık farklılık aldatıcıdır. Sözleşme mevzuatının düzenlemelerinin, insanların bazı şeyleri yapmalarını yasakladığı ancak bir vergi şemasının bunu yapmadığını söylemek yanlış bir yönlendirmedir. Örneğin gelir üzerine konan bir vergi, kişilerin gelir yaratan hukuki sözleşmelerden elde ettikleri kazançlarını, devlete uygun bir ödeme bulunmadan saklamalarını yasaklar. Eğer bireyler bu yasaklamaları çok sınırlayıcı bulursa, zamanları ve çalışma güçleri dahil olmak üzere sahip oldukları kaynakları, gelir yaratmayan faaliyetlere dönüştürebilirler veya farklı oranlarda gelir üretirler. Bunun yanı sıra eğer hukuk düzeni, bazı sözleşmelerin devlet tarafından belirlenmiş koşullarla yapılmasını talep ediyorsa, bireyler bu tip akitler yerine henüz kanunla düzenlenmemiş olanları tercih etmekte serbesttirler. Elbette vergi veya akdi düzenlemelerin getirdiği sınırlamalardan kaçınmak özgürlüğü teorik anlamda devam eder. Mübadele ekonomisinde çoğumuz hayatta kalmak için gelir elde etmek zorundayız ve örneğin, yasaların yüklediği asgari ücreti işçilerine ödemek istemeyen bir işveren ancak iş yerini kapatarak bundan kaçınabilir. O

(60) *Örneğin, anonim şirketlerin birleşmesinin, likiditenin (nakit akışı) ve yeniden organizasyonun planlanmasında, vergi düzenlemeleri önemlidir.*

(61) *Rawls, sözleşme düzeninin bu bakış açısını üstü kapalı biçimde onaylamaktadır. Bkz. Basic Structure, supra note, at 65.*

halde kişisel düşünceme göre yeniden dağıtım metodu olarak vergilendirme ve akdi düzenleme arasındaki benzerliğin altı çizilmekte ve birinin diğerinden daha fazla kişisel özgürlüğü sınırladığı iddiası üzerindeki kuşku dağılmaktadır.

C. Etkinlik (Verimlilik) ve İdari Masraflar

Vergilendirme, zenginliğin yeniden dağıtımında daha etkin ve idare edilmesi daha kolay bir yoldur ve bu sebeple akdi düzenlemeden üstün tutulmalıdır. Bu iddia iki türlü anlaşılabilir. İlki, vergilendirmeden farklı olarak, akdi düzenlemenin hemen hemen daima kendisinden beklenen yararların tersi sonuçları doğurduğu söylenebilir. Bu, örneğin asgari ücret ve kira kontrol yasaları bakımından sıkça başvurulan bir tezdir[62]. Eğer bir ev sahibi, kiracısından yalnızca yasal olarak belirlenmiş sabit bir miktarı talep edebiliyorsa bu durum onda, evin bakım ve onarım masraflarında kısıntıya gitmek ve gayrimenkulü kiralık ev piyasasının dışında tutmak için bir saik yaratacaktır. Bu da kiracıların veya en azından yoksul kiracıların aleyhinde bir durumdur. Bu tez doğru olabilir fakat yeniden dağıtım yöntemi niteliğiyle, vergilendirmenin üstünlüğünü göstermez. Kira geliri üzerine bir vergi yükler ve de ev sahibinin kiraya verme koşullarını sınırlamazsak, kiralar yoksulların aleyhine artacaktır[63]. Tabii ki, kişilerin kendisinden beklediği yararları gerçekleştirmek şöyle dursun, daha kötü duruma düşüren bir yeniden dağıtım şemasını kabul etmek akla aykırıdır. Bu bütün yeniden dağıtım düzenlemelerine uygulanan genel bir koşuldur fakat kişisel görüşüme göre yine de vergilendirmenin tercih edilmesini desteklemez. Sözleşme düzenlemeleri, yardım etmeye niyetlendiği insanlara zarar verse bile vergilendirmenin de sıklıkla kendisinden beklenenin aksi sonuçlar üretmeyeceğini düşünmek için bir neden yoktur. Bu mesele ampirik bir sorundur. Yeniden dağıtım yöntemlerinin etkinliğine tesir etmesi olası koşullar hakkında elde edilen ayrıntılı bilginin ışığında ve her somut olay temelinde çözümlenmelidir.

Vergilendirmenin daha etkin (verimli) olduğu düşüncesi, yönetim maliyetlerinin, sözleşme düzenlemeleriyle karşılaştırılması suretiyle de açıklanabilir. Bu görüş bağlamında vergilendirme, tamamıyla eşit biçimde bireysel özgürlüğü sınırlayıcı olsa ve aynı derecede arzu edilmeyen sonuçlara yol açsa bile yine de doğası gereği daha kolay yönetilebilir ve bu yüzden daha az maliyetlidir. Ancak bu tez de ikna edici değildir. Farz edelim belirli bir ırka mensup olanlar geçmişte hem emlak hem de istihdam (hizmet) piyasasında ayrımcılığa uğradıkları için şu anda toplumsal zenginlikten, hak ettiklerinden daha az bir pay almaktadırlar. Grubun maddi koşullarını iyileştirmenin yollarından biri işverenleri ve gayrimenkullerini satan ya da kiralayanları ırk temelinde ayrımcılık yapmaktan menederek, her iki piyasadaki hukuki işlemlere kayıtlamalar getirmektir. Alternatif olarak, bir kimse aynı amacı bu türden akdi düzenlemeler yapmaksızın vergi düzenlemeleri ve sübvansiyonlarla elde etmeye çalışabilir. Örneğin, bu ırk grubunun üyelerini çalıştıran işverenler, vergi indirimi yoluyla ödüllendirilebilir. Ya da grup üyeleri, ev sahipleri ve satıcıların ön yargılarının üstesinden gelmek için gereksinim duydukları ilave fonlar (yardımlar) alabilirler[64]. Bu durumda bile zenginliğin yeniden dağıtım aracı olarak vergi sistemine dayanmak -karşı tarafta yer alan sözleşme mevzuatıyla getirilen düzenlemelere nazaran- daha yüksek yönetim maliyeti ortaya çıkarır. Geçmişte uyguladıkları ayrımcılıkla şu anki eşitsizlikleri yaratanların akdi haklarına bazı basit sınırlamalar getirilmesinin, ayrımcılığa uğrayan ırk grubunun maddi refahının iyileştirilmesinde en kolay yol olduğunu düşünmek bir dereceye kadar makuldür.

Akdi düzenleme, yönetim açısından, vergilendirme üzerine en azından bir tane avantaja sahiptir. Dağıtıcı vergi şeması altında, servet önce devlet tarafından toplanmalı ve sonra vergiden yararlananlara yeniden dağıtılmalıdır. Bu adımların her birinin yönetim maliyeti vardır. Tam tersine, sözleşme serbestisi üzerine getirilen yeniden dağıtım amaçlı bir sınırlama, niyet ettiği amaçları gerçekleştirir ise, zenginliğin bir gruptan diğerine, devletin aracılığı olmaksızın doğrudan transfer edilmesini sağlar. Diğer durumlar eşit kabul edildiğinde bu da yönetim masraflarında azalma anlamına gelir.

Elbette diğer şeyler her zaman eşit değildir. Herhangi bir yeniden dağıtım şemasıyla ilgili, -yürürlüğe koyma masrafları dahil- ilave yönetim masrafları vardır ve bazen maliyetler, sözleşme düzenlemeleri söz konusu olduğunda da yeterince yüksektir[65]. Mamafih bunun her zaman gerçekleşmesi söz konusu değildir. Örneğin, asgari ücret yasasının yürürlüğe girmesinin, mükellefin kendi beyanına dayanan gelir vergisinin (yoksul çalışanların yararına düzenlenmiş) yürürlüğe konmasından daha pahalı olduğunu düşünmek için bir neden var mıdır? Yeniden dağıtım şemasının getirdiği yükümlülüklerden kaçmak için, yapılan hukuki işlemlerin ayrıntılarını gizleme yoluna gidilebilir ve her iki durumda da bunu yapmayı güçleştirecek önleyici tedbirler benimsenmelidir. Bununla beraber özellikle her iki şemanın da hükümleri aynı derecede sade ya da karmaşık ise bu şemalardan birini idare etmenin diğerinden daha pahalı olacağı inancının a priorik hiçbir temeli yoktur. Yönetim masraflarının göz önüne alınması, benimsenen yeniden dağıtım metodunu yalınlaştırma çabasından kaynaklanabilir ancak vergilendirme lehine içi boş bir tercihi gerektirmez. Burada da koşulların getirdiği faktörler; kimi durumlarda vergi sisteminin, kimi zaman da sözleşmeler üzerine getirilen sınırlandırmaların, çoğu kere de ikisinin karışımının tercih edilmesinde belirleyici olacaktır. Niyet ettiği etkilerin tahmin edilmesi gibi yönetim masrafları da, değişik durumlar-

(62) *Bkz. e.g., R. Heilbroner, The Economic Problem 521 (3rd ed. 1972) (asgari ücret yasaları) ; R. Posner, supra note 45, at 356-359 (iskan yasaları, gettolarda asgari yaşam standartlarının sağlanması yükümünü getirmektedir); Komesar, Return to Slumville: A Critique of the Ackerman Analysis of Housing Code Enforcement and the Poor, 82 Yale L. J.1175, 1180-93 (1973) ; Stigler, Director's Law of Public Income Redistribution, 13 J.L.Econ. 1i2-3 (1970) (asgari ücret yasaları).*

(63) *Elbette düşük gelirli kiracıları sübvansiyon edecek fonları genelleştirmek için diğer bazı gruplar vergilendirilirse, ev sahiplerinin tutumları göreceli olarak etkilenmeyebilir. Bununla birlikte kiraları kontrol altında tutmaktan çok (asgari ücret yasası gibi) başka akdi sınırlamalar yüklemek suretiyle düşük gelirli kiracıların refahının yükseltilmesi mümkündür. Fakat bu her iki alternatif düzenleme genel olarak yoksul insanların ve böylece yoksul kiracıların çıkarları aleyhine işleyecek arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir.*

(64) *Bkz. G. Becker, The Economics of Discrimination 16-17 (2nd ed.1971).*

(65) *Bunlar yalnızca (düzenleyici) bir kurumun iaşe, eleman ve organize masraflarını değil ayrıca özel sektör kaynaklarının en iyi ekonomik kullanımdan zorla saptırılmasından doğan ekonomik durgunluğu da içine alır. Bkz. Posner, Taxation by Regulation, 2 Bell J. Econ.&Management Sci.22 (1971) (yasal düzenleme, kamusal finans alanında düşünülmelidir); DeMuth, supra note 9, at 10-17 (federal kurumların, politikalarını uygulamadan önce bunun maliyetini tahmin etmeye zorlanmaları önerisinin eleştirileri ve tartışılması).*

da farklı yeniden dağıtım yöntemlerinin kullanılmasını destekler.

SONUÇ

Eğer bir kimse zenginliğin devlet gücüyle bir gruptan diğerine yeniden dağıtımının ahlâken kabul edilebilir olduğuna inanıyorsa, geriye kalan sorun yalnızca yeniden dağıtımın nasıl gerçekleştirileceğidir. Bu çalışmada zenginliğin yeniden dağıtımında vergilendirme ve özel hukuk sözleşmelerinin düzenleyici kontrolü olmak üzere iki yöntem anlatılmış ve onlar arasında yapılacak seçimin, bir durumdan diğerine değişmesi olası bulunan koşulların özellikleri bağlamında yapılması gereği tartışılmıştır.

Her iki metodun da aşağı yukarı görünümleri tarafsız ve yönetimleri maliyetli olabilir. Her biri mecburen bireysel özgürlüklere sınırlamalar getirir ve bazen benimsedikleri şeyleri akla aykırı kılan sonuçlara yol açabilir. Bunlar iki yöntem arasında seçim yaparken her zaman göz önünde bulundurmamız gereken düşüncelerdir ancak onlar değişmeksizin hep aynı seçimi bize dayatmazlar: Bunun yerine bu metotlardan bazen birinin bazen diğerinin çoğu kez de ikisinin bir karışımının, düzenlediğimiz dağıtım amaçları her ne ise onu gerçekleştirmenin en iyi yolu olduğunu öne sürmek mümkündür. Vergilendirme lehine tanınacak bir önceliğin garantisi olmayacağını ve akdi düzenlemelerin, toplumun kaynaklarından daha geniş bir pay almaya meşru hakları olduğunu savunanların sahip bulundukları zenginliklerinin yeniden dağıtımında kimi zaman en az mütecaviz ve en etkili yol olduğunu (kabul ediyorum ki gelişigüzel biçimde) göstermeye çalıştım. Eğer böyle düşünmekte haklıysam, koşulların dayattığı durumda sözleşme kurallarını seçişimizi etkilemesi için dağıtıma yönelik düşüncelerin dikkate alınmasına izin verilmeli ve bu düşünceler prensipleştirildiği iddia edilen gerekçelerle özel hukuk sözleşmeleri alanından açıkça dışlanmamalıdır.

Özgürlük ve adalet problemine kısaca geri dönerek sonuca ulaşmak isterim. Dağıtıcı adaletin yalnızca bireysel özgürlüklerden bazı tavizler verilmek suretiyle akdi düzenleme ya da vergilendirme yoluyla başarılabileceğini öne sürmüştüm. Kanımca bu iddia, adalet kavramıyla ilgili herhangi bir modellemenin uygulanmasının, insanların yaşamlarına müdahale getireceği saptamasında bulunan Nozick'in[66] görüşündeki hakikatin özünü yansıtmaktadır. Bununla birlikte, bu değerler arasındaki çatışma, liberalizmin terk edilmesi ve liberteryenizme kucak açılması ne de dağıtıcı olmayan sözleşme hukuku kavramının onaylanması için bizatihi bir neden değildir. Ancak söz konusu çatışma liberal bir teoriyi merkezi ve zor bir meydan okumayla karşı karşıya bırakır: İkisinden birisini terk etmeksizin adalet ve özgürlüğü uzlaştırmak üzere temellendirilmiş bir gerekçenin araştırılmasına yönelik bir meydan okuma... Sosyal-liberal bir teori tarafından elde edilen başarının ölçüsü tam da bu noktada, kapsamı genişletirken keyfilikten kaçınılabilmesine bağlı olacaktır.

(66) R.Nozick, supra note 8, at 163.

Hukuk ve Edebiyat Çalışmaları Çerçevesinde İncelenebilecek Bir Geçmişle Hesaplaşma Çabası Olarak Şili'den Bir Örnek: Ölüm ve Kız

Hüseyin Öntaş

"Bunların tümü bizim başımıza geldi,
biz gördük
biz geçirdik bunları...
Bu hüzünle ve acı talihle
karardı dünyamız.[1] "
Nahuatl Halk Şiiri

GİRİŞ

Kişisel tarihlerimizde, hatırlamak istemediğimiz, hiç ummadığımız anlarda bir şekilde bize çağrıştırılınca içimizi kanatan olaylar sanırım tahmin edebileceğimizden de fazla sayıdadır. Kimi zaman mağduru olduğumuz davranışların sonuçlarını utanç kaynağı olarak gördüğümüzden, kimi zaman yaşadıklarımızın sorumlularından nefret etmemiz bize insani gelmediğinden, kimi zaman çektiklerimiz yıllar boyunca etkisi azalmayacak kadar büyük acılar olduğundan... Ancak unutmak istediklerimiz sadece mağdur olduğumuz durumlar değildir...

Faili olduğumuz durumlarda da vicdanımızla yüzleşmeye cesaret edemiyorsak unutma ve geçmişten kopmaya çalışma yolunu seçeriz çoğu zaman. Vicdanımızla yüzleşmekten çekinmekse incittiğimiz insanların bizden kaynaklanan sorunlarının giderilmesine engeldir. Bazen küçük, "masum" bir yalan, bazen işlerimizin yoğunluğu bahane gösterilen bir kendi kaderine terk ediş, bazen de sadece karşımızdaki kişinin varlığını unutmak, farkında olmadan pek çok travmaya sebep olmamıza yol açmış olabilir ve hafızamız bu ihtimalleri bizden gizlemeye çalışıyor olabilir. İnsan olma yolundaki ilk yolculuğumuzda hızımız sayesinde milyonlarca yaşam olasılığının toplu katlinden doğan sorumluluğumuz, fiillerimizin biz yok olduktan sonra bile devam edecek olası etkilerinin başlangıcında bize sorumluluk yükleyebilecek ilk olay olarak kabul edilirse, yaptıklarımızın mesuliyetini doğaya ya da kadere yüklemek gibi bir şansımız da vardır üstelik. Ancak hayatın önümüze tercihler sunduğu gerçeği ve en azından şimdiki zamanda ve yakın gelecek zamanda bu tercihlerin sonuçlarını tahmin edebilme yetimiz birey olarak bizlere de bir takım sorumluluklar yüklemektedir. Bu noktada karşılaşabileceğimiz en önemli sıkıntı, fiillerimizin meydana geliş anında, toplumun geneli tarafından meşru görülecek şekilde davranma eğilimimizin bizi her zaman insani davranışlara yöneltmeme ihtimalidir. Yine de sorumluluğun büyük kısmının bilincimizi meydana getiren faktörler olduğunu unutmaksızın taraf olduğumuz sosyal olaylarda daha olumlu sonuç

(1) Mehmet Necati Kutlu, Tılsımdan İnanca(Başlangıcından XVII. Yüzyıla Kadar Latin Amerika Edebiyatı), Cadde Yayınları, İstanbul, 2004, s.63.

olasılıklarının gerçekleşmemesinden doğan şahsi sorumluluğumuzu üstlenmek salt etik sayıldığından değil, bizleri özneleştiren ve "unutkanlığa" dayanan sorunların çözümüne katkı sağlayan bir edim olduğundan dolayı da tercih edilmelidir...

Unutan ya da unutturan konumda olmamızın bir başka nedeniyse kendimizi uzlaştırıcı konumda görmemizdir. Oysa yaygın görüşün aksine uzlaşma, unutarak değil bağışlayarak ve bağışlanarak sağlanabilen bir durumdur ve bağışlamanın söz konusu olabilmesinin ön koşulu hatırlamaktır[2]. Kaldı ki bireylerin "uzlaştırıcı" sıfatını taşıyarak toplumsal ilişkilere taraf olması da pek mümkün değildir. Zira, toplumsal yaşamda meydana gelen durumlar hiç kimsenin eylemlerinden ayrık olmadığı gibi kişilerin sosyal grup mensubiyetleri nedeniyle içinde yer aldıkları sosyal grupların genelinin benimsediği eylem biçimlerinin sorumluluğundan muaf olmaması da her somut kişiyi her somut olayın tarafı konumuna getirmektedir. Ayrıca, örneğin, "ben x toplu katliamına katılmadım, hatta katledilmesi muhtemel bazı kişilerin kaçmasına da yardım ettim" şeklinde geliştirilen bir savunma mekanizması da yaşananların meydana gelmemesi için mümkün olan en yoğun çabanın gösterilmemiş olması halinde kişiyi kolektif sorumluluktan muaf tutamaz. Öte yandan, uzlaştırma doğası gereği tarafsız olmayı ve birtakım bilgilere sahip olmayı gerektirdiğinden ve kimsenin kolektif hafızadan tamamıyla bağımsız olarak hatırlayamayacağı bilgilerinin nesnelliğinden emin olabilmesi mümkün olmadığından dolayı da olumsuzlukların hatırlanması sürecinde uzlaştırıcı sıfatıyla hareket etmekten ziyade, olayın bütün taraflarının kusurları olduğu bilincine sahip bir "taraf" olarak olanların unutulması yerine, kişinin sorgulamaya kendinden başlayarak olanların sorgulanmasını bütün taraflardan talep etmesi, yaraların sarılması ve uzlaşmanın sağlanabilmesi bakımından daha makul bir edim olarak görülebilir...

GEÇMİŞLE HESAPLAŞMA DÜŞÜNCESİ VE HAKİKAT KOMİSYONLARI

Tıpkı kişilerin tarihlerinde olduğu gibi toplumların tarihlerinde de çekilenleri hatırlamaya tahammül edememek (acının artçı etkileri ya da suçluluk duygusundan dolayı) veya unutturarak toplumsal barışı sağlamaya çalışan kamusal aktörler söz konusudur. Daha doğrusu, hemen her kişi yada kamusal aktör, varoluşu süresince bu üç konumdan her birinde bulunmuştur. Bu tarz durumların" çok sık yaşanmadığından" bir önceki cümlede ileri sürdüğüm tezin karşısına çıkan itirazlara ise insanları etkileyen olayların ölçeğini belirleyen sıfatların ebat belirleyen niteleme sıfatlarıyla oluşturulan tamlamalara (dilbilgisi bakımından bile) tamlanan olamayacağı savıyla karşı çıkılabilir. Çünkü ebat belirten sıfatlar nesnelere özgüdür. Öznelerin konumu hakkındaki tartışma bir yana bırakılırsa olaylar, fiillerle ilişkilidir ve önlerinde veya dışlarında bir zarf yoksa büyüklükleri hakkında sağlanan her uzlaşma, dolaylı etkilerini nesiller boyu sürdüreceklerinden yanıltıcı ve belli bir zamana özgü olmaya mahkumdur.

(2) *Bu yazının geçmişle hesaplaşma düşüncesi ve hakikat komisyonlarıyla ilgili bölümleri Mithat Sancar'ın Ekim 2005 tarihli Birikim dergisinin 198. sayısında yer alan "12 Eylül Vesilesiyle Geçmişle Hesaplaşma Kültürü Üzerine 'Bir daha asla!' Diyebilmek İçin" adlı makalesinden(bkz.s.27-42) hareketle kaleme alınmaya çalışılmıştır.*

Toplumların, bir zamanlar "önemsiz ya da "küçük" olarak nitelendirilmiş olsalar da tarihlerinde yaşanan olaylarla yüzleşmeleri gerektiği düşüncesinin ise "geçmişle hesaplaşma" kavramının doğmasına yol açtığı ileri sürülebilir.

Temel aracı hatırlama ve temel amacı unutturmama olarak kabul edilebilen geçmişle hesaplaşma fikrinin daha ziyade geçmişte yaşanan haksızlıkların mağdurlarının iktidar ilişkileri sistemini daha fazla belirleme olanaklarının doğduğu "demokrasiye yeniden geçiş" dönemlerinde güçlendiği ileri sürülebilir. Zira her türlü başlangıcın içinde bir anımsama öğesi yatar. Toplumsal bir grubun tümüyle yeni bir yol tutturmak üzere eş güdümlü bir çaba gösterdiği durumlarda öncelikle anımsamaya başvurulduğu açıkça gözlemlenebilir[3]. Özellikle bazı sosyal grupların diğerlerine zulmettiği dönemlerin ardından, toplumsal barışın yeniden sağlanmasına yönelik çabaların, yaşanmış olan vahşetin bir daha sahne almaması için, olup bitenin anımsanması gerektiği tezi de bu çerçevede değerlendirilebilir. Bu tez ise, geçmişte yaşanan olumsuz deneyimlerin tekrarlanmaması için toplumsal belleğin diri tutulması yönünde çaba gösterilmesini önermektedir. Zira, geçmiş, tam da unutulduğu içindir ki, itirazla karşılaşmaksızın hüküm sürer. Bu durumun aşılması için öncelikle geçmişin anımsanması gerekir. Toplumsal bellek yitimi ise, toplumun kendi geçmişini bastırması demektir[4]. Geçmişte olanları tartışmaksızın geçmişi eleştirmekse bu tezi savunanlar tarafından yeterli görülmemekte ve yeni adına eskiyi rafa kaldıran eleştiri tarzının, unutturarak temize çıkarmaya ve savunmaya yaradığı ileri sürülmektedir(5). Bu düşünceyi ilk savunanlardan biri de özellikle Holocaust nedeniyle yaşanan bazı insanlık suçlarına tepki göstererek eleştirmeksizin bu felaketin bilinciyle duyarlığı çağrıştıran eylemlerde bulunmanın olanaksızlığını ileri süren Adorno'dur:

"Felaketin en uç, en keskin bilinci bile yozlaşıp gevezeliğe dönüşme tehlikesinden muaf değildir. Kültür eleştirisi, kültür ve barbarlık diyalektiğinin son noktasıyla karşı karşıyadır. Ausschwitz'den sonra şiir yazmak barbarlıktır ve üstelik bu şiir yazmanın neden imkânsız hale geldiğine ilişkin bilgiyi de kemirmektedir[6]..."

Geçmişle, hatırlayarak hesaplaşma da ilk olarak Holocaust'tan sonra, yaşananların tekrarlanmaması için olan biteni unutmamanın hayati bir önemi olduğu teziyle gündeme gelmiştir[7]. Bu teze göre belleğini yitiren toplum aklını da yitireceğinden yaşanan olumsuzlukların tekrarlanmaması gerekliliğini düşünemeyecektir. Geçmişi düşünme yeteneksizliğinin ya da gönülsüzlüğünün bedeli ise düşünememektir[8]. Oysa toplumun, yaşananların tekrarlanmaması ve kolektif bilinçaltında devam eden huzursuzluğun giderilerek toplumsal barışın yeniden sağlanabilmesi için doğru veriler aracılığıyla sağlıklı düşünebilen ve huzurlu bireysel bilinç kümelerinin evrensel kümesi niteliğindeki

(3) *Paul Connerton, Toplumlar Nasıl Anımsar, çev.Alâeddin Şenel, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999,s.14.*
(4) *Russell Jacoby, Belleğini Yitiren Toplum, çev.Hakan Atalay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1996, s.30.*
(5) *Jacoby, a.g.e.s.28.*
(6) *Theodor Adorno, Edebiyat Yazıları, çev. Sabir Yücesoy-Orhan Koçak, Metis Yayınları, İstanbul, 2004, s.179.*
(7) *Immanuel Wallerstein, Yeni Bir Sosyal Bilim İçin, çev. Ender Abadoğlu, Aram Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.109-110.*
(8) *Jacoby, age. s. 29.*

bir kolektif bilince ihtiyacı vardır[9]. Bahsi geçen bireysel bilinç kümelerinden mağdur konumunda olan sosyal grupların acılarının hafifletilmesi, fail durumunda olan sosyal grupların ise saldırganlaşmalarına mahal vermeksizin yaptıklarının farkına vardırılmaları gerekmektedir. Ancak azmettirenin genellikle devlet olması nedeniyle bu süreç, faillerin sosyal iş birliği sistemi dışına itilmesini engellemeyi ve özel kişilerin dışındaki kurumsal sorumluların göz ardı edilmesini mümkün olduğunca önleyecek bir prosedür çerçevesinde sürdürülmeye çalışılmalıdır.Bu nedenle, geçmişle hesaplaşabilmek için, kökeni "devlet aklı"na ve ayrımcılığa dayanan suçların araştırılması için kimi ülkelerde kurulan "Hakikat ve Uzlaşma Komisyonları"nın üç temel misyonu olduğu ileri sürülebilir: Hakikate ulaşma, uzlaşma ve af. Bu komisyonların pek çoğu, işlediği suçları ayrıntılarıyla ve alenen itiraf eden herkese suçundan affedilme olanağını tanımıştır...

Faillere affedilme olanağı tanınmasının nedenlerinden biri yaşananların gerçekten de insanlık dışı olduğunu, insanın ve insani değerlerin insanlar tarafından kurulan kurumlardan ve her türlü çıkardan değerli olduğunun ilgili suçların sorumlularının da kabul etmesini ve bu tespiti gelecek nesillere aktarılmasını sağlamak olduğu gibi, bir diğeri de bu tür durumlarsa hakikatin ortaya çıkarılması için mağdurların iddialarını doğrulayabilecek yegane kanıtın faillerin kişisel belleklerinde saklı olması ve faillerin çoğu zaman ceza ya da dışlanma korkusuyla vicdanların sesine karşı sağırlaşmalarıdır. Ancak faillerin affedilmelerinin yaşadıkları acıların unutturulması düşüncesiyle bir araya gelmesi mağdurlar açısından kolaylıkla kabul edilebilir değildir. Zira bu acıların kaynağı doğa ya da mağdurların kendileri değildir[10]...

Geçmişi hatırlamanın ve hatırlatmanın bir diğer önemi de toplumsal yapının öğelerinde değişikliklere neden olmasıdır. Yapı, bir dizge niteliği sunduğundan herhangi bir öğesindeki değişiklik geri kalan tüm öğelerde de değişikliklere yol açar[11]. Bu nedenle hatırlamanın belli eylemlerin meşruiyetini sorguya açması toplumsal yapının bütününde olası değişikliklere yol açacaktır...

Öte yandan hatırlama ve hatırlatmanın eleştirel niteliğini koruyabilmesinin koşullarından biri de hatırlanan eylemlerin meşruluğu hakkındaki görüşlerin her zaman aynı olmadığının unutulmamasıdır[12]...

(9) *Üç çeşit bireysel bellek vardır:*
a)Kişisel Bellek: Konusunu bir kimsenin yaşam öyküsünden alan anımsama eylemlerini gösterir.
b)Bilişsel Bellek:Sözcüklerin anlamlarını, matematik denklemleri, mantıksal doğruları veya geleceğe ilişkin olguları anımsadığımızın söylenebildiği durumlardaki "anımsama" fiilinin kullanımlarını kapsar.
c)Alışkanlık Belleği: Belli bir uygulayımı yeniden ortaya koyma yetisinin kökeninde yatar. Ör: Nasıl okuyacağımızı veya nasıl bisiklete bineceğimizi anımsamak vb. (bkz.Paul Connerton, Toplumlar Nasıl Anımsar, çev.Alâeddin Şenel, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999,s.38-40.)

(10) *Acılarımızın belli başlı üç kaynağı vardır; doğanın üstün gücü, kendi bedenimizin zayıflığı ve insanların toplum içinde birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen ayarlamaların acizliği. Bu acı kaynaklarından ilk ikisine büyük ölçüde boyun eğerken, üçüncüsünü kabullenmeye asla yanaşmayız.(bkz. Sigmund Freud, Uygarlığın Huzursuzluğu, çev. Haluk Barışcan, Metis Yayınları, İstanbul, 2004, s.45.)*

(11) *Tahsin Yücel, Yapısalcılık, Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2005,s.?*

(12) *Platon'a göre bilgi yitirildiği içindir ki, öğrenme diye bir şey vardır. Unutma, bir bilginin silinmesidir. Öğrenme, gidenin yerine bir yenisini belletmekle bilgiyi yaşatır, böylece de bilgi hiç değişmemiş gibi görünür(bkz.Platon,Symposium,208b,www.gutenberg.org/dirs/etext99/sympo10.txt,(Alıntının Türkçesi: Ayhan Yalçınkaya, Siyasal ve Bellek, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2005,s.98.)Zamanla meşru olmadığı anlaşılan eylemlerin bir zamanlar tepki görmemiş olmaları nedeniyle söz konusu olabildiğinin unutulması geçmişle hesaplaşma çabasını sorumluluğu kamusallıktan dışlayarak "günah keçileriyle hesaplaşma" girişimine dönüştürebilir.*

Kamusal hafızalar yaratmanın ise belki de en büyük faydası, suçların halkın bilincinde yer etmeyi sürdürmelerini sağlamaktır. Anıların ebedileşmesini hedeflemek, ifadesini kaçınılmaz bir biçimde hafızaları sürekli olarak yenileme ve yaratma uğraşına girmekte bulur[13]. "Hafızaları yaratma uğraşı" ifadesi kaçınılmaz olarak hafızanın, sadece unutma-hatırlama ilişkisi çerçevesinde oluşmadığını da gündeme getirir. Zira, kolektif hafıza, hatırlananlardan ziyade anlatılanlar tarafından oluşturulur. Kolektif hafızayı belirleyen etkenlerden başlıcası, toplumun çoğunluğuna ulaşan iletiler arasından doğruluğuna ikna olunanlardır. Eş deyişle, toplumun hatırladıklarının her zaman doğru olmamasının nedenlerinden bazıları da geçmişe ilişkin tezlerin topluma ulaşabilme olanakları ile ikna edici bir şekilde formüle edilip edilmedikleridir. Hemen her ikna çabası da zorunlu olarak muhataplarının gönüllü olmasalar bile en azından ileri sürülen tezleri dinlemek durumunda kalmasıdır

GEÇMİŞLE HESAPLAŞMA DÜŞÜNCESİ EKSENİNDE HUKUK VE EDEBİYAT

Unutturmayarak, toplumu bir öz-hesaplaşma sürecine yönlendirerek toplumsal yapının dizgesini değiştirme çabalarından temelde bir kültürel değişimden filizlenmesi beklenebilir. Kültürel değişim ise nadiren yöntemli ya da yeknesak bir biçimde gerçekleşir. Toplumun çeşitli kesimlerinde, birbirleriyle ilişkileri önceleri belli belirsiz olan olayların bir araya gelmesiyle başlar, sonra da sanat ve edebiyat bu değişimi benimsemeye başlar. Ancak, pembe dizilerin, "En Sevilen 10 Şarkı" listelerinin, çizgi filmlerin, reklamların vb. kültürel değişime hiç de azımsanamayacak etkileri olduğu unutulmamalıdır[14].

Kültür ,bir insan topluluğundan beklenilen davranışları tayin eden rolleri oluşturan düzenlenmiş bir davranışlar,düşünceler ve duygular bütünü olarak tanımlanabilir[15]. Öte yandan, kültürün doğadan farkı ise bir tercih sorunu olduğundan manipüle edilebilir olmasıdır. Kültürel normlar manipüle edilebilen normlardır[16]. Geçmişte yaşananların ortaya çıkarılması ve hatırlanması yoluyla toplumun kültürel norm tercihlerini değiştirilmeye çalışılması durumlarında edebî eserlerin de farklı veya alternatif tezler sunarak kolektif bilincin ve bilinçaltının yenilenmesi sürecine çeşitli evrelerde katkıda bulunduğu ileri sürülebilir.

Edebiyatın geçmişle hesaplaşma sürecinde aktif olabildiği evrelerden biri geçmişle hesaplaşmayı talep etmeye karar verme evresi olarak kabul edilebilir[17]. Örneğin, mağdurların hesap sorma olasılıklarını konu edinen yahut mağdur olmalarına neden olan konulardaki mücadelelerinin başarıya ulaşmasına dair umut aşılayan eserler geçmişle hesaplaşma fikrine zemin oluşturabilir. Zira ezilenler, durumlarının nedenlerinin farkına varmadıkça, konumlarını kaderci bir şekilde 'kabul' ederler ve ezenlerin yenilebilirliğinin örneklerini

(13) *Susan Sontag, Başkalarının Acısına Bakmak, çev. Osman Akınhay, Agora Kitaplığı, İstanbul, 2004.*

(14) *Michael Vincent Miller, İkili İlişkilerde Terörizm, çev. Sinem Gül, Varlık Yayınları, İstanbul, 1997, s. 161.*

(15) *Maurice Duverger, Siyaset Sosyolojisi, çev.Şirin Tekeli, Varlık yayınları,İstanbul,?,s.74.*

(16) *Bauman,Sosyolojik Düşünmek, a.g.e, s.160-161.*

(17) *Edebiyatın ve yazarların bu evredeki çabalarının bir örneği olarak Ariel Dorfman'ın dilimize Ölüm ve Kız adıyla çevrilen oyunu bu çalışmanın ilerleyen bölümlerinde incelenmeye çalışılacaktır.*

görmeden içlerinde kabul etmenin aksi yönünde bir inanç belirmez[18].

Aslında gerçeği arayarak, sorunların sorumlularını kendinden başlayarak ortaya çıkarmaya çalışmak yazarın sorumluluğu olarak kabul edilmese biri zorunluluğu olduğu kabul edilebilir."Ne denli çaba gösterirse göstersin, yazar her zaman gerçeğe borçlu değil midir? Her çabası, kendini aşırı yüceltmesi anlamını taşımaz mı? Kendini, söylediklerinin her birini ve tüm amaçlarını sürekli suçlamak zorunluluğunu duymaz mı?[19]" Bu zorunluluklar Camus'un Nobel Edebiyat Ödülü töreninde belirttiği zorunluluklarla paralellik özelliğine sahiptir:

"İki zorunluluğu kabul etmek şartıyla yazar, kendisini doğrulayacak canlı bir toplumun varlığını duyabilir; özgürlük ve gerçeğe hizmet etmek. Öyleyse görevi, bilinen üzerine yalan söylemeyi reddetmek ve baskıya karşı koymaktır[20]."

Zira, sanat ancak başkası için ve onun aracılığıyla vardır[21]. Kültür bireylerin kendi içlerine kapalı bilinçleri arasında bir köprü kurarak onları birbirine bağladığından edebiyat kültürü değiştirmek yoluyla toplumun dayanışma modelini de etkileyebilecektir[22]. Yazının işlevlerinden birisi de, insanla dünya arasındaki köklü ilişkileri açığa vurarak insanın dünyada bulunuşunun bilincine varmasını sağlamasıdır.[23] Dolayısıyla Camus'un ileri sürdüğü gibi nesnel dünyada toplumsal ahlak anlayışından kaynaklanan totaliter doğruluk anlayışı göreceliği, kuşkuyu, soruyu dışladığından yazın anlayışı ile uzlaşamaz[24]. Bu nedenle de yazarın çabaları geçmişle hesaplaşma kavramının hakikati söyleme unsuruyla kesişmektedir. Aslında hakikati söyleme Eski Yunan düşüncesinde bütün vatandaşlara yüklenen bir ödevdir ve parrhesia kavramıyla somutlaşır. Parrhesia'nın (hakikate uygun konuşma özgürlüğünün) unsurları: Açık-sözlülük, hakikati savunma, tehlike(hakikati söylemenin bir risk taşıması), eleştiri(konuşanın dinleyiciye oranla aşağı pozisyonda bulunduğu bir durumda), ödevdir(Ancak ahlaki bir zorunluluk olarak parrhesia kullanılması söz konusudur, dış baskılarla değil.)[25]. Ancak yazarın ileri sürdüğü fikirlerin de hakikatin kendisi değil yazarın hakikat hakkındaki kanaati olduğu unutulmamalıdır...

Kendisi de bir insan olan yazar özel bir çaba göstermediği taktirde eserini yazmaya başlarken sahip olduğu değer yargılarını (içinde yaşadığı toplumun doğduğu andan itibaren bütün toplumsallaşma süreçlerinde kendine aşıladığı düşünüş ve davranış biçimleri) şüphesiz ki yapıtına yansıtacaktır[26]. Zira, her insan, gündelik dili ve insan yapısı nesneleri kullanmayı öğrendiği, gerek olgular ve değerlerden gerekse normlarla kurallara uymaya hazır olmaktan oluşan belirli bir arka plan bilgisi edindiği bir gündelik ortamda yetişir[27]. Bu nedenle

(18) Paulo Freire, Ezilenlerin Pedagojisi, çev. Dilek Hattatoğlu-Erol Özbek, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003, s.42
(19) İngeborg Bachmann, Frankfurt Dersleri, çev. Zeynep Sayın, Bağlam Yayınları, İstanbul, 1989, s.13.
(20) Albert Camus, Sanatçı ve Çağı, çev. Yıldırım Keskin, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1965, s.16.
(21) Jean-Paul Sartre, Edebiyat Nedir?, çev. Bertan Onaran, Can Sanat Yayınları, İstanbul, 2005,s.51.
(22) Macit Gökberk, Değişen Dünya Değişen Dil, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1997,s.67
(23) Adnan Binyazar, Toplum ve Edebiyat, Sinan Yayınları, İstanbul, 1972,s.21.
(24) Kundera, a.g.e., s.22.
(25) Michel Foucault, Doğruyu Söylemek, çev. Kerem Eksen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul,2005, s.10-16.
(26) Jacques Ellul, Propaganda The Formation of Men's Attitudes, Vintage Books, New York, 1973,s.14.
(27) Agnes Heller&Ference Heller, Postmodern Politik Durum,çev.Şükrü Argın&Osman Akınhay,Öteki Yayınevi,Ankara,1993,s.51.

kolektif olarak oluşturulan toplumsal karakter özellikleri bireysel karakter özelliklerini büyük ölçüde belirler[28]. Dolayısıyla yazarın hakikati ileri sürme çabası da kendisinin hakikati arama ve kendi bireysel geçmişiyle de hesaplaşma çabasından bağımsız değildir.

Her insan gibi yazarın da öncelikli olarak yapması gereken kendi bilincini yaratmaya yönelmektir. Kişiler ancak dünyadaki kendilerine tavır alıp dünyadaki kendilerini reddedebilecek duruma gelirlerse kendi varlıklarını olumlayabilirler[29]. Bilincin kendisi de toplumsal değer yargılarının ve davranış kurallarının kendi olmanın sınırlarını çizdiğinin farkına varılmasından doğar. İnsan bilinci varoluşumuzun ayırt edici yanıdır ve sınırlamalar yüzünden/sayesinde geliştirilir[30]. Zira, sosyalleşme, dolayısıyla da özgürlükle bağımlılığın diyalektiği doğumla yaşam arasında süreğendir[31]. İşte yazar da doğumuyla ölümü arasındaki süreçte bir iç süreç olarak yaşadığı yazma evresinde kendiyle,mensup olduğu sosyal gruplarla, içinde yaşadığı toplumla ve insanlıkla hesaplaşarak kendi bilincini oluşturmaktadır. Bu öz-bilinç oluşturma deneyimi kolektif bilincin oluşma sürecinden bağımsız olmadığı gibi oluşturma sürecinden de yalıtık değildir.

Bilinç, kendini belirleyip karşıtını yadsırken, hem duygusal hem de düşünsel bir etkinlik içindedir. Bu nedenle hem nesnel hem de öznel nitelikte oluşu sayesinde bilinçler arası iletişimi olanaklı kılması ortak(kollektif) bilince eklemlenmesini sağlar. Sanat yapıtının iletimi ise ortak bilinç zemininde gerçekleşir[32]. Hayatın göstergelerinden biri de edebiyattır. Edebiyat insanlığın ortak hafızasıdır[33].

Tüm bu nedenlerle, sanat realitenin dolayımsız bilgisi olamaz. Öznenin içinde değişimden geçirilmek yoluyla uzlaşılarak özneye özümsenmiş nesneyle, dış dünyadaki aktüel uzlaşılmamış nesne arasındaki tezat sanat çalışmasına aktüaliteyi eleştirel olarak değerlendirebileceği elverişli bir alan kazandırır. Sanat aktüel dünyanın negatif bilgisidir[34].

Edebiyat da hem bir sanat türü hem de sosyal kurumdur. Sosyal bir kurum olarak edebiyat, belli bir toplumda yazıların sirkülasyonuna hükmeden deneyimler ve gelenekler kümesidir[35]. Bu yüzden edebiyat da sosyal olguların sadece sonucu olmayıp aynı zamanda nedenidir de; dolayısıyla hayata sürekli bir şeyler katan ve onu yontan bir sosyal organizmadır[36]. Zira kamuoyunu şekillendirebilme yetisine sahiptir[37]. Bir bakıma tıpkı konuşmanın insanın kendini ifade edişi oluşu gibi edebiyat da toplumun kendini ifade edişidir[38].

Edebiyatın geçmişle hesaplaşma sürecindeki işlevlerinden biri de okuyu-

(28) Yuri Davidov, Özgürlük ve Yabancılaşma,çev.Sargut Şölçün, Bilim ve Sosyalizm Yayınları, Ankara,1990.s.49-50.
(29) Rollo May, Yaratma Cesareti,,çev.Alper Oysal, Metis Yayınları,İstanbul,2001,s.15.
(30) May,a.g.e,s.121.
(31) Zygmunt Bauman,Sosyolojik Düşünmek, çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2004,s.45.
(32) Afşar Timuçin, "Estetikte İletişim Sorunu", Felsefe ve Sanat, yay.haz. Ömer Naci Soykan,Ara Yayıncılık, İstanbul,1990, s.122-123.
(33) Feridun Andaç,Edebiyatımızın Yol Haritası, Can Yayınları,İstanbul,2000,s.9
(34) Theodor Adorno, "Baskı Altında Uzlaşma", Estetik ve Politika, çev.Ünsal Oskay, Eleştiri Yayınevi, İstanbul, 1985,s.242-243.
(35) Roland Barthes, "Literature as Rhetoric", Sociology of Literature&Drama, ed.Elizabeth Burns&Tom Burns,Books,Harmondsworth,1973, s.191.
(36) Harry Levin, "Literature as an Institution", Sociology of Literature&Drama, ed.Elizabeth Burns&Tom Burns,Books,Harmondsworth,1973.s.62.
(37) Levin, a.g.e,.s.69.
(38) Levin, a.g.e, s.56.

cuların edebî eserler aracılığıyla kendilerinden başka biri olan yazarın, taraf oldukları toplumsal olayların aktörleri hakkındaki görüşlerini öğrenebilmeleridir. Kişi kendine karşı tarafsız olamayacağından ancak başkaları yoluyla kendimiz hakkında doğruluk olasılığı yüksek bilgi edinebiliriz[39]. Etik değerlere ilişkin bilgi edinmenin dolaylı da olsa yollarından biri, insanlar arası ilişkileri anlatan yapıtlardır[40]. Böylelikle edebiyat aracılığıyla okuyucuların mensup oldukları grupların geçmişteki eylemleri hakkında farklı görüşler edinerek, ilgili eylemleri sorgulama durumunda kalmaları geçmişle hesaplaşma sürecine katkıda bulunabilir.Zira, insan okuduğu kitaplara değer verir ve değer verdiği şeyler insanı değiştirir[41].

Halkın bilinçliliği, büyük ölçüde yönetim yapısının, kişilerin tutumlarını belirleyen durumları nasıl etkilediğine bağlı ise yönetimin halkın bilinçliliği ölçüsünde demokratik olabileceğini ileri sürmek de pek anlamlı değildir. Zira belirleyici olan halkın bilincinin nasıl oluşturulduğudur[42]. Bu nedenle yazar toplumun veya devletin aklından kendi aklını ve hafızasını özerkleştirerek yazması halinde geçmişle hesaplaşma kavramına katkıda bulanabilir. Bireyler toplumun üzerlerinde kurduğu tahakkümden kurtulmak için, toplumsal yapıyı bütünüyle değiştiremeyip, bu yapının dışına da çıkamadıklarında bu tahakkümden kendi amaçlarına uygun hale getirerek yararlanmaya çalışırlar[43]. Geçmişle hesaplaşma talebinde bulunan edebî eserler de bireylerin toplumsal yapıyı değiştirme çabaları içerisinde değerlendirilmelidir. Bu şekilde geçmişle hesaplaşma çabaları edebiyat sayesinde kamusal nitelik kazanabilecektir.Zira "tartışılabilir sorular yalnızca taşıdıkları anlamla değil, herkes tarafından ulaşılabilirlikleriyle "genel" hale gelebilirler. Bir topluluğun umum olarak kamusal topluluk olabilmesi için herkesin tartışmaya katılabilmesi gerekmektedir[44]."

Öte yandan sanat, malzemesinin toplumsal asıllı olmasıyla değil, topluma karşı tavır almasıyla toplumsaldır. Özerkliği de var olan toplumun olumsuzlanmasından doğar[45]. Geçmişle hesaplaşma çabaları da kaçınılmaz olarak var olan toplumsal yapının olumsuzlanmasını gerektirir. Bu olumsuzlamadan ise yeni bir kamusal hafızanın oluşturularak gelenekselleştirilmesi süreci başlayacaktır. Zira, edebiyat, beşerî hafızanın maddeleştirilmesi olarak da tanımlanabildiğinden, gelenek oluşturucu bir yapıdır[46].

Edebiyat, dünyayı bir yanıt olarak değil soru olarak ifade eder[47]. Geçmiş-

(39) Hans-Georg Gadamer, "Tarih Bilinci sorunu", Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım, çev.Taha Parla, Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul, 1990, s.81.
(40) İonna Kuçuradi, Etik, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1999, s.22.
(41) Martha C. Nussbaum, Love's Knowledge Essays on Philosophy and Literature, Oxford University Press, New York,1992,s.231.
(42) Michael A. Milburn, Sosyal Psikolojik Açıdan Kamuoyu ve Siyaset,çev. Ali Dönmez- Veli Duyan, İmge Kitabevi, Ankara, 1998,s.39.
(43) Peter Berger, "Sociological Perspectives-Society as Drama", Life As Theatre,ed.Dennis Brisset&Charles Edgley, Aldine de Gruyter Series, New York,1990,s.51.
(44) Jürgen Habermas,Kamusallığın Yapısal Dönüşümü,çev.Tanıl Bora-Mithat Sancar, İletişim Yayınları,İstanbul,2003, s.107
(45) Hans Dieter Zimmerman, Yazınsal İletişim, çev. Fatih Tepebaşlı, Çizgi Kitabevi, Konya, 2001, s.21.
(46) Helmut Kuhn, " Edebiyat ve Devrim", Edebiyat Nedir?, çev&der.Şahbender Çoraklı&Ahmet San, Babil Yayınları,Erzurum,2002.
(47) Roland Barthes, Yazarlar ve Yazanlar, çev. Erol Kayra, Ekin Yayınları, ?, 1995, s.147.

le hesaplaşma ise verilmiş cevapları reddederek eski cevaplara yeni sorular sormakla başlayan bir süreç olarak tanımlanabilir...

Yine de edebiyattan mutlak nesnellik beklemek ya da geçmişle hesaplaşma sürecinden edebiyat açısında mutlak ilerleme beklemek gibi bir yanılgıya düşülmemelidir. Zira ne felsefede ne de sanatta ilerleme vardır. İkisinde de başka bir şey söz konusudur, o da katılım sağlamaktır[48].

EDEBİYATTA GEÇMİŞLE HESAPLAŞMA OLGUSUNUN İŞLENMESİNE ŞİLİ'DEN BİR ÖRNEK: ÖLÜM VE BAKİRE

Latin Amerika edebiyatı edebiyatta geçmişle hesaplaşma çabalarına, gerek bu yazının başında yer alan yüzlerce yıllık bir şiirin dizelerinin göstereceği gibi acılarını saklamayı değil dile getirmeyi tercih eden bir toplumun ürünün olması hem de özellikle politik farklılıkların pek çok darbe nedeniyle devlet adına işlenen bir çok insanlık dışı suçun işlendiği bir coğrafyada oluştuğundan geçmişle hesaplaşma sürecine katkıda bulunan pek çok eseri de kapsaması nedeniyle önemli bir örnek teşkil edebilir[49]. Bu örneklerden biri de Ariel Dorfman'ın Ölüm ve Kız adlı eseridir.

Ölüm ve Kız, aslında pek çok yönden bir geçmişle hesaplaşma çabasını talep ederken Şili özelinde bu süreçte değişik kesimlerin yaşayabileceği sıkıntıları da gözler önüne sermekle kalmayıp, Şili'de kurulan Hakikat ve Uzlaşma Komisyonunu da eleştirel bir gözle mercek altına yatıran bir oyun olarak değerlendirilebilir. Özellikle oyunun üç karakterinin de temsil ettiği bir kesim olması oyun yazılırken olayın bütün taraflarına söz hakkı tanınmak istendiği fikrini benimsememizi gerektirebilir. Gerçekten de karakterlerden Paulina, Şili'de 11 Eylül 1973'te yaşanan darbeden sonra hukuka aykırı bir şekilde gözaltına alınan ve işkence gören mağdurlardan biri olarak karakterize edilmiştir. Yaşadığı muamelenin üzerinden 15 yıl geçmesine rağmen yaşadıklarının etkisinden kurtulamayan Paulina'nın ruh sağlığı açısından en azından yaşadıklarının olağan ya da hak ettiği olaylar olmadığının suçlular ve toplum tarafından kabul edilmesi gerektiği düşünülebilir.

Paulina'nın işkencecilerinden biri olan Roberto'yu bir gece kendi misafir odasında bulması bize oyunun içeriğine dair oldukça fikir vermektedir. Paulina, bir doktor olan Roberto'nun Allende'nin devrilmesinden sonra gözaltına alınan Allende yanlılarının işkence seanslarında hazır bulunarak işkenceye ne kadar dayanabileceklerini saptamakla görevli olan ve bu işkencelere katılan doktorlardan biri olduğunu ileri sürmekte babasının Allende tarafından topraklarına el konulan bir toprak sahibinin olması da Allende yanlılarına karşı geçmişteki tutumunu açıklayabilir. Allende iktidarına kadar, Şili'de baskın ve ayrıcalıklı sınıfın toprak sahipleri olduğu söylenebilir[50]. Toprak sahiplerinin ise Allende'nin devrilmesini ve yandaşlarının gördüğü muameleleri

(48) Hans-Georg Gadamer,"Felsefe ve Edebiyat", Edebiyat Nedir?, çev&der.Şahbender Çoraklı&Ahmet San, Babil Yayınları,Erzurum,2002,s.38.
(49) Ör.Venezuelalı yazar M. Otero Silva'nın "...Ve Gözyaşlarınızı Tutun", Arjantinli yazar Osvaldo Soriano'nun "Gölgende Eriyeceksin" adlı romanlarının yanı sıra aynı süreçle ilgili olarak devleti değil de muhalif güçleri "eleştiren" Perulu yazar Mario Vargas Llosa'nın "And Dağlarında Terör" adlı romanı bu bakımdan ilk solukta anımsanabilir.
(50) George Pendle, A History of Latin America, Pelican Boks, Harmondsworth, 1963, s.144-145.

desteklemiş oldukları da unutulmamalıdır. Burada söz konusu olan, kendilerinin ayrıcalıklı olduğu bir devletin çıkarlarını hukuksal normlar ve etik değerlerden üstün tutan bir sınıfın varlığı ve Roberto'nun da bu sınıfın temsilcisi oluşudur. Devlet aklı kavramının esasını hukuksal normlar ve etik değerler ile devletin çıkarları arasındaki çatışmaya ilişkin bir hiyerarşi oluşturur[51]. Roberto görünüşte devletin ve geleneklerin çıkarına olduğundan meşru bir eylemde bulunduğunu düşünen işkencecilerden yalnızca biridir.

Bir şiddet eleştirisinin ödevi, şiddetin hukuk ve adaletle ilişkisinin açıklanması olarak özetlenebilir[52]. Bu nedenle Dorfman da darbeden sonra kurulan ve Allende yanlılarının desteğini alan yeni hükümetin, bir başka deyişle uzlaştırıcı konumunda olduğunu iddia eden ve sadece gücünün yettiğine hukukun üstünlüğü ilkesini hatırlatan yeni hükümetin temsilcisi olarak da bir hukukçuyu düşünmesi gayet doğaldır. Oyunda yer alan son karakter Paulina'nın kocası ve yeni kurulan Hakikat Komisyonu'nun bir üyesi olan Gerardo'dur. Ancak oyunun ilerleyen bölümlerinde anlaşıldığı üzere Gerardo ve Paulina'nın geçmişi de hesaplaşmayı gerektirmektedir. Dolayısıyla temsil ettikleri toplumsal kesimlerin geçmişi de... Bu ise oyun içindeki Roberto ile Paulina'nın arasında geçen oyun zamanına göre geçmişte kalan ikinci bir öykünün konusunu oluşturmaktadır.

Son zamanlarda Latin Amerika Edebiyatı'nda "ikili öykü" olarak adlandırılan bir anlatım tekniği sıklıkla kullanılmaktadır. Bu yöntemde birbirinden bağımsız ama birbiriyle ilişkili iki öykü bir arada anlatılmaktadır. Bu tip anlatılarda, anlamın öykülerden her birinde ayrı ayrı aranmasındansa diyaloglar arası bir köprü kurulması yerinde olabilir. Zira, ikinci öyküde yer alan yeniden sunum genellikle tüm metne ikincil bir konum ve tekrar edici bir özellik yükler[53]. Bu nedenle oyunu, iskeletini oluşturan replikler üzerinden anlamaya çalışmak yerinde olabilir...

Oyunun belki de asıl başlangıç noktası, Paulina'nın bir hakikat komisyonu oluşturulduğunu ve Gerardo'nun da bu komisyonda görevlendirildiğini öğrendiği andır[54]. Bu noktadan itibaren, yazar tarafından Paulina ve Gerardo aracılığıyla Şili'de kurulan Hakikat Komisyonu'nun görev ve yetkileriyle ilgili bilgiler verilmeye başlanır[55]. Böylelikle kurulan Hakikat Komisyonu'nun devlet aklı ile işlenen bütün suçları değil sadece ölümle sonuçlanan suçları

(51) Mithat Sancar, Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti, İletişim Yayınları, İstanbul, 2003,s.25.

(52) Walter Benjamin, "Şiddetin Eleştirisi", Benjamin, çev&ed. Besim F. Dellaloğlu, Say Yayınları, İstanbul, 2005, s.101.

(53) Ayfer Teker Garcia, 20. Yüzyıl Latin Amerika Öyküsü, Ürün Yayınları, Ankara, 2005, s.60-61.

(54) Paulina: Demek cumhurbaşkanı, seni atadı.(Ariel Dorfman, Ölüm ve Kız, çev. Filiz Ofluoğlu, Can Yayınları, İstanbul, 1993,s.15)

(55) Gerardo: Bu komisyon, ölümle sonuçlanan insan haklarının çiğnendiği olayları incelemek için kuruldu, evet.
Paulina:Ancak en vahim olayları?
Gerardo: Yeter ki..
Paulina: İzin verilsin.
Gerardo: Sınırımızı aşmayalım...Ama bu sınırlar içinde de çok şey yapabiliriz...Vardığımız sonuçları yayınlayacağız. Resmi bir rapor düzenleyeceğiz. Olanlar nesnel açıdan saptanacak, böylece kimse yadsıyamayacak ve böylece ülkemiz bir daha, hiçbir zaman, asla bunları yaşamayacak.
Paulina: Kurbanların akrabalarını dinleyeceksiniz, suçları açığa vuracaksınız, peki suçlular ne olacak?
Gerardo:Bu, yargıçlara kalmış. (bkz. Dorfman,a.g.e, s.17-18.)

ortaya çıkarmayı hedeflediğinden yaşayan pek çok mağdurun durumunu göz ardı ettiğini suçlularla toplumu barıştırmaya çalışırken mağdurların devletle ve yaşadıkları felaketleri olağan karşılamaya devam edecek olan toplumla barışmasını sağlamaya yönelik olmadığı yönündeki, Dorfman'ın eleştirisine okuyucu ya da izleyici ortak olmaya başlar.

Oyunun ilerleyen bölümlerinde Dorfman, Şili toplumunun, Hakikat Komisyonu'nun kurulduğu süreçte henüz demokrasiye alışamadığını, geçmişte yaşananların anısının taze olduğunu, hakikat komisyonu raporlarının suçluların yargılanmasını sağlayamayacağını öğrenmemizi sağlayan bilgiler vermektedir[56]. Bu bilgilerden Şili'deki siyasal dengelerin Hakikat Komisyonu'nun sağlıklı çalışması için henüz elverişli olmadığının yanı sıra Roberto'nun henüz kim olduğu ortaya çıkmadan önce işkencecileri "*iğrenç yaratıklar*" olarak niteleyerek, onların "*insan*" olamayacağı yönünde bir söylenin oluşmasına zemin hazırlaması geçmişle hesaplaşma çabalarının olası risklerinden birine karşı okuyucuyu uyarır niteliktedir. Zira, toplumsal belleği dönüştürme çabaları eski söylenleri yenileriyle değiştirmeye yönelik olduğu taktirde, eski suçların faillerine karşı yeni suçlar işlenmesi sonucunu doğurabilir[57]. Oysa söylenler olaylar hakkında önceden hazır cevaplar üretme işlevine sahiptirler. İnsanın iyiyle kötünün açıkça ayırt edilebildiği bir dünya dilemesi anlamadan önce yargılama isteğinden kaynaklanmaktadır.[58]. Ancak Hakikat Komisyonlarının misyonu, hazır cevapları üretmek ya da benimsemek değil hakikati ortaya çıkarmaktır.

Üstelik Roberto, Gerardo'nun fikirlerinin aksine ölümle sonuçlanan işkence olaylarının faillerinin öldürülmesi gerektiğini ileri sürmektedir. Ancak askeri darbe sonucu ortaya çıkan pek çok kurucu iktidar gibi Pinochet iktidarı da iktidar el değiştirdiğinde işlem ve eylemlerinin yargılanması olasılığını önlemek için anayasada gerekli düzenlemeleri yapmıştır.

Roberto'nun çelişkisi aslında toplumun geçmişte karıştığı olayla artık hoş bakmamasıdır ve yaptıklarının ortaya çıkmasından korkmaktadır. Toplum, bireyleri sürekli gözetim altında tuttuğu

(56) Paulina: Beni götürmeye geldiler, beni götürmeye geldiler. Sana anlattım diye çünkü ben...(s.20)
Gerardo: Demokrasiye daha alışamadık. Biri gece yarısı kapınızı çaldı mı dost mu yoksa...(s.21)
Roberto: Yoksa o iğrenç yaratıklardan biri mi? (s.21)
Roberto: Bu ülkenin sizin gibilere, gerçeği kesin olarak ortaya çıkaracak kişilere gereksinimi var. (s.23)
Gerardo: Ülkeye gerekli olan adalettir...(s.23)
Roberto:...Bu insanları kendi çıkardıkları af yasaları yüzünden, yargılayamayacak olsak da hiç olmazsa adları ortaya çıkacak ve açıklanacaktır. (s.23)
Gerardo: Adları bir sır olarak saklanacaktır. Komisyon, bu suçları işleyenlerin kimliğini açıklamayacaktır. (s.23)
Roberto: Bu ülkede her şey er geç ortaya çıkar. ...onların kendi çocukları onlardan tiksinecek ve onlara acıyacaktır. Bu onları zindana tıkmak değildir ama...(s.23-24)
Roberto: Bu ülkenin vatandaşları, yeterince öfkelenirlerse, belki af yasasını da bozarlar.(s.24)
Gerardo: Bu olanaksız, biliyorsunuz. (s.24)
Roberto: Bana kalırsa tümünü gebertmeli...(s.24)
Gerardo:...ölüm cezası asla bir çözüm değildir...(s.24)
Roberto:...Bazı insanlar yaşamayı asla hak etmemişlerdir...(s.24)
Gerardo: Cumhurbaşkanına, bunun tehlikeli olacağını söylemişler, evet tehlikeli, çünkü eski yaraları deşecek....Bizim de sınırlarımız var ama ...hiç olmazsa bir manevi cezalandırma bekleyebiliriz.(s.24-25) (bkz.Dorfman,a.g.e)

(57) Ian Bruma, Wages of Guilt, Vintage, London, 1995, s.123.

(58) Milan Kundera, Roman Sanatı, çev.İsmail Yerguz, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1989,s.15.

sürece bireylerin kendilerine karşı bile dürüst olamamaları kaçınılmaz görünmektedir. Zira bizi seyreden birilerinin olması, bizi seyredenleri bir türlü aklımızdan çıkaramamak, yalanlar içinde yaşamak demektir." Çünkü "yaptığımız işlere başkasının gözü değdiği an, ister istemez o göze hoş görünmeye çalışırız ve yaptığımız hiçbir şey dürüstçe olmaz[59]."

Oyunun bundan sonraki evresinde Paulina ve temsil ettiği kesimin Roberto ve temsil ettiği kesimle hesaplaşması ve Gerardo'nun onları uzlaştırma çabası başlar[60].

Bu süreçte Paulina'nın işkence gördüğü andan beri dünyadan kopuk bir hayat yaşadığını fark eder okuyucu. Zira Paulina büyük acılar çekmiştir ve her acı, en hafifi bile, dönüşüm getirir. İnsanın içinde doğmuş bir şiddettir acı, insanı bitirir, bunaltır, içinde açtığı uçurumda yok eder, hiçbir amacı olmayan dolaysız duygular içinde ezer. İnsanın kendisi ve dünyayla olan ilişkisini koparır[61].

Paulina'nın çektiği acıların nedeni ise siyasal iktidara itaat etmeyerek, ortadan kaldırılmak istenen insanların kaçmasına yardım etmeye çalışmasıdır. İtaate zorlamak amacıyla acı vermek ise, bir korkutma ve öteki üzerinde egemenlik kurma aracıdır[62].

"Acı, kimliğin temellerini zedeler, ancak savunmasız, çıplak ve aşağılanan bir kurbana karşı bilinçli bir şekilde çektirildiğinde hissedilen travma daha şiddetlidir. İşkence ölümden beterdir. İşkence İnsanda sürekli bir dehşet gediği açarak kimlik duygusunun dağılmasına, kişiliğin parçalanmasına yol açar... İşkenceyi hatırlatan her şey çekilen acıları depreştirir. Bununla birlikte kurtuluş da kaçınılmaz olarak bir an

(59) Milan Kundera, Varolmanın Dayanılmaz Hafifliği,Fatih Özgüven,İletişim Yayınları, 1987,11.baskı.", s.121.

(60) Paulina: ...biraz Schubert dinlesek nasıl olur? Ölüm ve Kız?...Bu dörtlüyü dinlemeyeli ne kadar oldu bilir misiniz? Radyoda çalınca, hemen kapatırım. ...Oysa bir zamanlar, hatta şimdi de, gerçekten en sevdiğim bestecidir, ne kadar soylu bir yaşam duygusu vardır onda. (s.30-31)
(Paulina: İşte o. (s.32)
Gerardo: Kim? (s.32)
Paulina: Schubert çalan doktor. (s.32)
Gerardo: Nereden biliyorsun?...Sen bana demiştin ki.. (s.32)
Paulina: Gözlerim kapalıydı, evet. Ama kulaklarım duyabiliyordu. (s.33)
Gerardo: Sen hastasın. (s.33)
Paulina: Pekala öyle olsun, hastayım. Ama hem hasta olup hem de bir sesi tanıyabilirim... Öyle değil mi Dr Miranda? (s.33)
Gerardo: Birinin sesini hayal meyal hatırlamak hiçbir şeyin kanıtı olamaz. (s.33)
Paulina: ...Dün gece buraya geldiği an, o sesi tanımıştım. Gülüşünden. Kullandığı bazı sözcük ve deyimlerden. (s.33)
Gerardo: Ama bu demek değil ki...(s.33)
Paulina: Onca yıl boyunca tek günüm geçmedi ki o sesi duymayayım...(s.33)
Gerardo: Sen silahı bana doğru tutarken konuşamayız ki! (s.33)
Paulina: Tam tersine, bu silah sana çevrili olduğu sürece konuşabiliriz. Silahı elimden bıraktım mı tartışmayı kazanmak için sen üstün gücünü bana karşı kullanırsın. Sen ve ben onu yargılayacağız. Şuracıkta. Bugün. Yoksa bunu senin soruşturma komisyonu mu yapacak?(s.33,34,35))
Paulina: Ne garip değil mi, bütün bunları günah çıkarırcasına sana anlatıyorum, oysa ne Gerardo'ya, ne kız kardeşime, ne de anneme anlatmadığım çok şey var...
Hiçbirinizin Gerardo'dan haberi yoktu değil mi? Onun adını hiç ağzıma almadım...
Oysa Gerardo'nun adı ağzımdan kaçsaydı, o komisyona seçilmezdi de, hukukçunun birinin soruşturduğu adlardan olurdu. Üstelik ben de o komisyonun karşısına çıkıp, Gerardo'yla nasıl tanıştığımı anlatırdım. Aslında ben onunla askeri darbeden hemen sonra, kaçmak isteyenlerin yabancı elçiliklere sığınmasına yardım ederken tanışmıştım, ölmesinler diye insanları yurt dışına kaçırırken. Çılgındım, korkusuzdum, her şeye hazırdım, o sırada içimde en ufak korku izi bile olmadığına hâlâ şaşıyorum...(s.37-38)

(61) David Le Breton, Acının Antropolojisi, çev. İsmail Yerguz, Sel Yayıncılık, İstanbul, 2005, s.19-20.

(62) Le Breton, a.g.e., s.186.

için bu anıları canlandıran bir sözden geçer ama bu insanın yaşamına yeniden sahip olmasının ilk adımıdır... Acının dile getirilmesinin kurtuluş anlamına gelebilecek bir değeri vardır, bireyi travma takıntısı içine hapseden kilidi kırar.[63]" İşte Paulina'nın ve geçmişle hesaplaşma talep eden tüm mağdurların yapmak istediği de kendilerine acılarını hatırlatan faillerinin varoluşu karşısında kendi varoluşlarını ve mağduriyetlerini dile getirerek bir nebze olsun huzura kavuşmak, yaşananların haksız olduğunun başkaları tarafından da kabul edilmesini sağlamaktadır. Yaşananlar üzerine konuşmak mağdurlar açısından bir bakıma bir sağaltım mekanizması işlevi görmektedir.

Öte yandan işkence, iktidarın gücünü göstererek ürkütmek amacını gütse de kimi zaman toplumun mağdura acıması yada dirayetli direnişine hayranlık duyması nedeniyle işkenceciyi sükût-u hayale uğratabilir[64]. Ölüm ve Kız adlı oyunda da okuyucunun Paulina'nın Gerardo'nun adını vermeyerek acıya direnmesi, okuyucunun Paulina'ya sempati duymasına neden olmaktadır. Oysa Paulina da Roberto'yu itirafa zorlamak için meşru olmayan yollar kullanmaktadır ve Dorfman, Gerardo aracılığıyla Paulina'yı ve okuyucuyu bu konuda uyarmıştır[65]. Ancak, nasıl ki Paulina'nın trajik hatası şimdiki zamanda yaşamak yerine geçmişte, işkence gördüğü odada yaşamaya devam ederek aktüel hayata adapte olamamaksa, Gerardo'nun trajik hatası da Paulina'yı gerçek anlamda dinlememesi ve yaşadıklarını anlamaya çalışmak ve Paulina'nın geçmişini paylaşmak yerine acı olasılıkları gözden geçirmekten imtina etmesi olarak belirlenebilir. Unutulmamalı ki dil sadece konuşulduğunda dinleniyorsa vardır ve sözcükler insanların aşık olduğu, uğrunda yaşadığı ve öldüğü şeyleri bütünüyle anlatmaya kâfi değildir[66]. Bu nedenle yaşananların anla-

(63) Le Breton, a.g.e., s.190.

(64) Le Breton, a.g.e, s.191.

(65) Gerardo: Biliyorsun, yaşamım büyük bölümünü yasaları korumakla geçirdim. Eski yönetimde beni çileden çıkaran bir şey varsa, o da...(s.39)
Paulina: Şunlara faşist desene...(s.39)
Gerardo: ...onların pek çok kadını ve erkeği suçlamaları, sahte kanıtlar kullanmaları ve geçerli kanıtları umursamamaları, zanlılara kendilerini savunma olanağı tanımamalarıdır, diyelim ki bu adam her gün soykırım suçu işliyordu, gene de kendini savunma hakkına sahiptir. (s.39)
Paulina: Ama benim, onun bu hakkını yadsımaya niyetim yok ki, Gerardo. Sen dilediğin süreyi kullanabilirsin, yalnız başına, kafa kafaya müvekkilinle konuşabilirsin...
Bak, doktor, sen her ne söylersen, kasete kaydedilecektir. (s.39)
Roberto: ...Bu bağışlanır gibi değil. Yaşadığım sürece sizi bağışlamayacağım.(s.40)
Paulina: Miranda'nın görüşü, bu bağışlanır gibi değilmiş...Yani birini birkaç saat bağlı tutmak, birini konuşma hakkı tanımadan birkaç saat tutsak etmek. Kabul. Başka? (s.40)
Gerardo: ...Sen ne yapmak istiyorsun?(s.42)
Paulina: Söyledim ya...onu yargılamak istiyorum. (s.42)
Gerardo: Onu yargılamak, ne demek oluyor onu yargılamak? Biz onların yöntemlerini uygulayamayız. Biz-biz başkayız. Bu biçim öç almak...(s.42)
Paulina: Bu öç almak değil. Ben ona güvence veriyorum, onun bana vermediği güvenceyi...Ama her zamanki gibi bana inanmıyorsun.(s.42)
Gerardo:...Bunlar neden? On beş yıl önce biri...(s.43)
Paulina: Biri ne!... Bana ne yaptılar?... (s.43)
Gerardo: ...işkence yaptılar...(s.43)
Paulina: ...Ya başka?... (s.43)
Gerardo: Senin ırzına geçtiler. (s.43)
Paulina: ...Ve o gece, Gerardo, sana geldiğim gece, anlatmaya başladığım vakit sen yemin ettin..."Bir gün gelecek, sevgilim, bu ırz düşmanlarını yargılayacağız....(s.43) bkz. Dorfman,a.g.e

(66) Mario Pei, The Story of Language, Mentor books, New York, 1963, S.118-119.

tılanlardan ibaret olmadığını kabul etmek hakikat arayışının en önemli kilometre taşlarından biridir. Zira kişi, uyanık biçimde en acı olasılıkları dahi gözden geçirmeksizin, kendine sunulanı "hakikat" olarak kabul ettiği müddetçe kendini gerçekleştiremez[67].

Öte yandan Gerardo ile Paulina'nın hayatı paylaşan iki eş olarak birbirlerinin şimdiki zamanlarında bulunabilmeleri için şöyle veya böyle birbirlerinin geçmiş zamanlarını da paylaşmaları gerekir[68]. İşte Gerardo da trajik hatasının bedelini sadece yatağını ciddi psikolojik sorunlar yaşayan biriyle paylaşmakla değil Roberto'nun işkence sırasında Paulina'ya tecavüz ettiğini eşinden değil tecavüzcüsünden öğrenerek de ödeyecektir. Oyunun bir sonraki bölümü de Gerardo'nun Paulina'yı makul ve hukuka uygun davranmaya ikna etme çabası sırasında, Paulina'nın öç alma güdüsünden nefretinin ortaya çıkması ve Roberto'nun acı gerçeği itiraf etmesiyle şekillenmektedir[69].

Cezalandırmanın temel formlarından ikisi de: Sürgün etmek(dışlamak) ve damgalayıp sergilemektir(işkence edip ele geçirilen vücuda iktidarın damgaları vurularak)[70]. İşkence sırasında yaşa-

(67) Mario Benedetti, Edebiyat ve Devrim(Latin Amerika Üzerine Denemeler), çev. Nesrin Oral, Belge Yayınları, İstanbul, 1995, s.58.

(68) Johannes Fabian, Zaman ve Öteki, çev. Selçuk Budak, Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 1999, s.123.

(69) Gerardo: ...Cumhurbaşkanın kurduğu komisyonu bir üyesi örnek bir ılım ve fırsat eşitliği...(s.43)
Paulina: Bu kadar bol fırsat eşitliği bizi boğacak! (s.43)
Gerardo: Paulina , diktatörlüğe dalkavukluk eden gazetelerin, komisyonu küçük düşürmek ve çökertmek için bu olayı nasıl kullanabileceklerini göremiyor musun? Bu insanların tekrar yönetimi ele geçirmesini ister misin? (s.43)
Paulina: Deli karının yüzünden, sustuğu için delirmiş olan, şimdi de konuştuğu için deliren karının yüzünden mi? ...bu doktorun suçlu olduğunu...kanıtlayabilirsem? Gene de onu bırakmamı ister miydin?(s.44,s.46)
Gerardo:...Suçluysa büsbütün bırakman gerekir. ...bu insanları korkutmak ve tahrik etmek mi istiyorsun,...onlar dönsün mü istiyorsun?... (s.46)
Sen hâlâ tutsaksın, onlarla birlikte, o bodrumda...Tam on beş yıl kendi yaşamın için hiçbir şey yapmadın... tam her şeye yeniden başlama olanağı bulduğumuz zaman...Artık vakti gelmedi mi? (s.46-47)
Paulina: Onu salıvereyim de, birkaç yıl sonra geri mi gelsin? (s.47)
Gerardo: Hiç geri gelmesin diye. (s.47)
Paulina: Sonra biz ona parkta rastlarız, bakıp gülümseriz, o da bize güzel eşini tanıtır, biz de gülümseriz, sonra hepimiz el sıkışırız, hava bugünlerde ne kadar da sıcak, deriz? ...ben de aynı şeyleri onlara, özellikle o doktora yapmak isterdim...çünkü, öbürleri, kabaydı, adiydi-ama o Schubert çalardı, bilimden söz ederdi, hatta bir defasında Nietzche'den söz etmişti...
İçimin böylesine nefretle dolması, ne türlü hain ve kötü de olsa, savunmasız bir insana böyle şeyler yapmak istemem beni dehşete düşürürdü...
...onun sesini duyunca yapmak istediğim tek şey, birinin de onun ırzına geçmesiydi...
Ama sonra asıl istediğimin bu olmadığını anladım...Onun itiraf etmesini istiyorum...(s.47,48,49)
Roberto: Beni öldürecek.(s.51)
Gerardo: İtiraf edersiniz, öldürmez. (s.51)
Roberto: Ama neyi itiraf edeceğim? (s.51)
Gerardo:...gizli polis örgütü, işkence seanslarında danışman olarak doktorları da kullanmıştı. (s.52)
Roberto:...ben...şiddetin her çeşidinden iğrenirim... (s.52)
Gerardo: Bana söz verdi...eğer siz itirafta bulunacak olursanız, o derhal sizi...(s.53)
Roberto:Ama benim itiraf edecek bir şeyim yok ki...(s.53)
Gerardo: O zaman bir şeyler uydurmanız gerekecek, çünkü sizi bağışlamasının tek yolu sizin...(s.53)
Roberto: Bu kadın tümden deli. (s.54)
Gerardo: Ben Paulina'nın gereksinimini anlıyorum. Bu da tüm ülkenin gereksinimiyle aynı. Başımıza gelenleri, çektiklerimizi, sözcüklerle anlatmak. (s.54)
Roberto: ...O kötü insan rolünde, sen iyi insan rolündesin. Bu yoldan beni itiraf etmeye yöneltiyorsunuz. Bir de itiraf ettirdiniz mi...sen beni öldüreceksin. Kim olsa böyle yapardı...biri benim karımın ırzına geçmiş olsaydı, ben de aynı şeyi yapardım...(s.54) Dorfman, a.g.e.

(70) Michel Foucault, Ders Özetleri, çev.Selahattin Hilav, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul,1993,s.57.

nan tecavüz olayları da mağduru iradesini yok saymak suretiyle "*insani*" özelliklerinden yoksun olarak tasavvur etmenin göstergesi olarak kabul edilebileceği gibi, vücut açısından kalıcı olmasa bile hafıza açısından kalıcı bir otorite damgasının vurulması olarak da değerlendirilebilir. Öte yandan, kıyıcı-kurban, efendi-köle hiyerarşilerinin geleneksel kadın-erkek hiyerarşisini model aldığını ileri sürmek de abartılı olmayabilir[71]. Bu açıdan işkence sırasında yaşanan tecavüzlerin ataerkil toplum birey üzerinde iktidar kurma çabalarının bir uzantısı olarak değerlendirilmesi mümkündür. Oyunda mağdurları temsil eden karakterin bir kadın, önceki devlet bürokrasisini(failleri) ve yeni devlet bürokrasisini(uzlaştırıcı) temsil eden karakterlerin erkek olması da bu bakımdan değerlendirilebilir. Zaten oyunun tam da bu noktasında Roberto ile Paulina'nın öyküsü bir süreliğine bir kenara bırakılarak Gerardo ile Paulina'nın geçmiş öyküsüne bir gönderme yapılması söz konusudur. Paulina kendisini korurken Gerardo onu aldatmıştır. Paulina içindeki öç alma duygusundan nefret ederek kendi bireysel geçmişiyle hesaplaşma sürecinin büyük bölümünü tamamladığına göre şimdi sıra Gerardo'dadır. Ancak bu noktada, sanki unutmayalım ama bağışlayalım diyen Gerardo'nun yerini sıra kendiyle hesaplaşmaya gelince gerçeğin fazlası zararlıdır diyen başka biri almaktadır[72]. Kendi hatasının kolektif hafızadan silinmesi ihtimalini siyasal iktidarın değişmemesi kaydıyla saklı tutan mevcut iktidar bürokrasisinin aksine devrik bürokrasi yeni bürokrasinin sorumluluğu devletten bireylere yükleme ve kendini koruma mantığıyla baskı ve kötü muamele görmesine izin vermesi(bir yandan dilinden hukuku düşürmezken) sonucu da olsa oyunun sonlarında suçlarının itiraf etmeyi tercih etmektedir[73].

(71) Lucienne Frappier-Mazur, "Toplumsal Beden", Erotizm ve Politika, ed.Lynn Hunt, çev. Ayşe Lahur Kırtunç, Kabalcı Yayınevi, İstanbul, 1996, s.181.

(72) Gerardo:...Onca yıl sonra bana bunu söyleyenin o olması, haksızlık. (s.57)
Paulina: Oysa ben söylersem...dayanılır. (s.57)
Gerardo: On beş yıl önce anlatmaya başladın, sonra...(s.57)
Paulina: ...O orospu, yarı çıplak senin odandan çıkageldi...(s.57)
Gerardo: ...Tam iki ay seni aradım. Sonra karşıma o çıktı, yardım edeceğini söyledi...Ben de insanım. (s.57-58)
Paulina: Ben senin hayatını korurken, senin adın içime gömülüyken, ağzımdan adın çıkmazken,... (s.58)
Gerardo: Sen beni çoktan bağışlamıştın, daha kaç defa bunları yineleyeceğiz? Böylesine yoğun geçmişimiz bir gün bizi boğacak. Artık bitirsek . Bu defteri son defa dürelim ve bir daha asla açmayalım. (s.58)
Paulina: Bağışlamak ve unutmak, ha? (s.58)
Gerardo: Bağışlamak, evet; unutmak, hayır. Ama bağışlamak, yeni bir yaşama başlamak için bağışlamak. Yaşanacak öyle çok şey var ki...
....Gerçek dozu fazla kaçtı mı öldürür. (s.58-59) Dorfman, a.g.e.

(73) ROBERTO'NUN SESİ: Müzik çalardım, çünkü bana oynadığım rolde yardımcı olurdu, iyi adam derler ya, işte o rolde, Schubert çalardım çünkü böylece tutuklunun görevini kazanırdım. Ayrıca onların acısını da hafifletirdim. Buna inanmanız gerek... Tutuklular ellerinde ölüyormuş, bana öyle demişlerdi...
Benim bir kardeşim var, gizli polisin üyesidir. Bir gece bana dedi ki, komünistlerin babama ettiklerini sen onlara ödetebilirsin...komünistler...toprağına el koyduklarında babamın yüreğine inmişti, inme inmişti... Ama görevi bu yüzden kabul etmiş değilim. Gerçek insancıl nedenlerle kabul etmiş olmamdır.
... gene de tıbbi ilgi görmeye hakları var...
İlk başta, kendime, bunun yaşamlarını kurtarmak olduğunu söylerdim, kurtardım da...
Ama sonraları ben de başladım-azar azar,..- erdemlik maskesi düştü ve coşku yaptıklarını benden gizledi...Paulina Salas getirildiğinde artık iş işten geçmişti... ...Yaptıklarımdan bayağı hoşlanmaya başlamıştım. Artık bir oyundu....
Haydi, doktor, derlerdi, bedava eti geri mi çevireceksin? Biri de yoksa şey misin diye sataşırdı...Bud derlerdi ona, yok Stud derlerdi...

Bu noktada Roberto'nun trajik hatasını fark ediveririz. Roberto başlangıçtaki tüm sözde iyi niyetine karşın insanların insan olmaktan dolayı hak ettiği iyi muameleye onlara göstermemiştir. Oysa insanlık sözcüğü acıma ile eş anlamlıdır. Ahlaki bir haslet olan acıma ise vicdanla doğrudan ilişkilidir. İnsanı insan yapan kendisi ezilmese de ezilenlere acıyabilmesi ve onlarla birlikte ezenlere(kendisi ezen sosyal gruba mensup olsa da) karşı mücadele etme dirayetini gösterebilmesidir[74]. "Öfke ve algılayamama anlarında tam da ötekilerin, kendilerini bildiğimiz insan cemaatinden çıkardıklarını düşündüğümüz bir anda evrensel bir insan hakları kavrayışını tatbik etmeyi sürdürüp sürdürmeyeceğimiz, bizim için insanlık sınavıdır[75]." Elbette ki samimi olması halinde Roberto için en büyük ceza vicdanıdır. Ancak o mensup olduğu kitlenin etkisi altında kalmış, kendi sınıfına ve mevcut iktidara karşı geliştirdiği aidiyet bağıyla tutarlı hareket etmeyi evrensel değerlere tercih etmiştir.Böylelikle kendi olmaktan çıkarak güçlü olana bağımlı bir unsur olmayı kabullenmiştir.

Henry Dicks'in 2. Dünya Savaşına katılmış bin savaş tutsağıyla yaptığı araştırma, insanın cezalandırıcı otoriteyle özdeşleşmesinin kendi olma durumunu güçlülük ve aidiyet duygusuyla takas etmesiyle ortaya çıkan ve kendine karşı saldırganlık dürtüsünü başkalarına yansıtmasına olanak tanıyan bir savunma mekanizması olduğunu göstermiştir[76]. Bu nedenle yandaşlık ihtiyacı, insanlık dışılığın desteklenmesine, kendine özgü bir kimliği olmayanların, çevrelerinin "iyi" insan tanımlarına sorgulamaksızın uymalarına neden olur[77].

Roberto bu özellikleriyle tipik bir kitle psikolojisi kurbanıdır. Bilinçli kişiliğin kaybolup bilinçsiz kişiliğin egemenliğini ele geçirmesi, telkin ve bulaşma sonucu kitle mensuplarının duygu ve düşüncelerinin aynı yöne yönelip bireyin artık kendisi olmaktan çıkıp iradeden yoksun bir otomata dönüşmesi kitle bireyinin ana özellikleridir. Telkin bireyler arası etkileşim sonucu daha da güçlenip büyür. Kitle bireyin üzerinde sınırsız bir otorite ve yenilmez bir tehlike izlenimi uyandırarak toplumunun yerini alan yeni bir otorite konumuna gelebilir Bu otoritenin cezalandırma gücünden korkulup ona itaat edilmesi bireyin kendi güveni için vicdanını kaybetmesine hatta kimi zaman kitleyle yaptıklarından haz duymasına neden olabilir[78]. Burada çoğunluğun "meşrulaştırıcı" etkisi söz konusudur.

Öte yandan Roberto'nun bu kadar rahat bir şekilde tecavüze yeltenmesi de gözleri zaten bağlı olan Paulina'nın dışında orada olan herkesin kendini bu konuda yüreklendirmesidir. Ancak Paulina'nın onu sesinden tanımasıyla birlikte vicdanı devreye girmek zorunda kalmıştır. Zira insan genellikle toplum-

Ama hiçbiri benim elimde ölmedi, ne kadını, ne erkeği...
Bağışlanmamı diliyorum...
Hiçbir ceza vicdanımın sesi kadar acı olamaz...
Ceza...vicdanım... (s.61-64)
Gerardo:O, yenik düşmüş, zavallı bir yaratık. Bir insan bu biçim itirafta bulunursa, kendisini böylesine alçaltırsa... artık sana bir zararı olamaz.(s.65) bkz. Dorfman,a.g.e.

(74) *Schopenhauer, Aşkın Metafiziği, Çev. Hüseyin Şahin, Jüpiter Yayınları, İstanbul, 1993, s.62*
(75) *Judith Butler, Kırılgan Hayat, çev. Başak Ertür, Metis Yayınları, İstanbul, 2005, s.98.*
(76) *Arno Gruen, İçimizdeki Yabancı, çev. İlknur İgan, Çitlembik Yayınları, İstanbul, 2005, s.199.*
(77) *Gruen,age, s.244.*
(78) *Sigmund Freud,Kitle Psikolojisi,çev.Kâmuran Şipal,Cem Yayınevi,İstanbul,1996,s.15-27.*

sal ahlakın baskısı sonucu vicdan azabı duyar. Ancak başka birinin davranışını görmediğini anlayınca rahatlar[79]. Roberto'nun davranışlarının nedeni olan aidiyet kazanma duygusunun temelinde tek başınalığın vereceği yalnızlık duygusundan kaçma eğilimi yatmaktadır[80]. Ancak aslında her insan gibi onun da sorunu, başkalarının onu nasıl gördüğü değil onun kendini nasıl gördüğüdür. Sıkıntımız dıştaki güvenilmez dünyadan değil, içimizdekine güvenmeyişimizden kaynaklanmaktadır[81]. Bu nedenle Gerardo'nun da belirttiği gibi kendiyle yüzleşince artık içindekine güveni kalmayan ve başkalarının önünde de küçük düşen Roberto'nun o andan itibaren birine zarar vermesi oldukça güçtür. Yine de yazar tarafından seyirciye aktarılması tercih edilen repliklerden anlaşılmasa da Roberto'nun oyundaki bütün karakterlere suçlu olduğunu itiraf ettiğini ummak, çok sevdiği Nietzsche'ye göre mümkün değildir; çünkü kişi ancak kendi koşullarında, yani anlaşıldığı ve iyi niyetli anlaşıldığı koşullarda düşündüğünü söyler ve hakikate bağlı kalır. Kişi, alışık olmadığı şeyler karşısında kendini gizler. Öte yandan bir şeye erişmek isteyen yada bir tehlikeden korunmak isteyen kişi kendini gizler kendini nasıl görmek/görmesi istiyorsa/isteniyorsa öyle söyler[82].

Roberto da baskı altındayken en azından Gerardo'yu kendi tarafına çekmek istemiş ve suçunu gerçekten sırf hakikat için itiraf etmemiştir(zaten parrhesianın söz konusu olabilmesi için de hakikatin kişinin özgür iradesiyle dile getirilmesi bir ön şarttır)[83].

Yine de şiddetin sonunun gelmesi için birinin intikam almaktan vazgeçmesi gerekmektedir. Bunu da ancak kendiyle evrensel değerlere uygun olarak hesaplaşabilen bir toplum başarabilir. İşte hakikat komisyonlarının sadece hakikate ulaşmayı değil uzlaşma ve bağışlamanın sağlanmasını da hedeflemelerinin nedenlerinden başlıcası da belki de budur. Üstümüze düşmeyerek, oyunun sonunda bir konser salonunda yolu kesişince birlikte yaşamak zorunda olduğu işkencecisiyle göz göze gelecek olan Paulina yanıtı okuyucuya bırakılan neden hep kendi gibilerin özveride bulunması gerektiğine dair sorusunun yanıtını ise Descartes'e bırakabiliriz:

"İnsanın davranışları, büyük ölçüde ihtirasları tarafından belirlenmektedir.Çünkü muhakeme süreci ihtirasları tarafından bozulmaktadır(değer yargıları ise bilinci belirleyen bireysel olmaktan ziyade toplum tarafından oluş-

(79) *İmmanuel Kant,Philosophia Practica Universalis,çev.Oğuz Özügül,Kabalcı Yayınevi,İstanbul,1994,s.22.*
(80) *İsmet Yazıcı, Kitle İletişiminde İmaj Kuramsal Bir Yaklaşım,Bilim Yayınları,İstanbul,1997, s.34.*
(81) *Eugene Kennedy, Beni Gerçekten Tanısaydın Yine De Sever Miydin?, çev.Nesrin Hisli Şahin, İmge Kitabevi, İstanbul, 1992, s.11*
(82) *John Forrester, Hakikat Oyunları, çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999,s.38.*
(83) *Paulina: ...bu güntin gerçekten kusursuz olması için ne yapmam gerekir dersin?(s.66)*
Roberto: Yapmayın,. Ben suçsuzum...
Kocanız bana ne yazmam gerektiğini söyledi, bazılarını da ben uydurdum...(s.66)
Paulina: Küçücük yalanlar, Gerardo'ya anlattığım öyküye kattığım küçük değişiklikler...
...sık sık bunları düzeltiin, tıpkı Stud adında olduğu gibi... ...Her şeyi olduğu gibi yapmak istedin çünkü öylesine korkmuştun ki... Ama ben seni suçlu olduğun için öldürmeyeceğim, doktor, hiç pişman olmadığın için öldüreceğim...
Gerçek için, itiraf et, seni bırakayım...(s.67-68)
Roberto:İşte, böylece şiddetin sonu gelmez... Dün size korkunç şeyler yaptılar, şimdi de siz bana korkunç şeyler yapıyorsunuz, yarın, bu döngü yeni baştan başlayacak. Artık durma vakti gelmedi mi? (s.68)
Paulina: Neden hep benim gibi insanlar özveride bulunur?... (s.68)

turulan bir unsur). Ancak ihtirasların bir ilacı vardır: alicenaplık.Çünkü alicenaplık kısmen iradesini özgür olarak kullanmaktan başka bir şeyin kendisine ait olmadığı ve bu iradeyi iyi ya da kötü kullanmasının değerini belirlediğini bilerek sadece iyi yapabildiği şeyleri yapmak ve kendi menfaatini gözetmemektir. Alicenap kişiler kendi bildiklerini başkalarının da bilebileceğini ve kendileri hata yapabildiğine göre başkalarının da hata yapma hakları olduğunu bilen kişilerdir[84]."

(84) bkz. Descartes, Ruhun İhtirasları,çev.Mehmet Karasan, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları,1997,s.?

Çevresel Terörizm

Abdurrahman Saygılı(*)

GİRİŞ

Somut çevre sorunları 1970'li yılların başında fark edilmeye başlanmış ve ilerleyen yıllarda somut çevre sorunlarının listesi oldukça kabarıklaşmıştır.[1] Bu listede küresel ısınmadan kentlerdeki aşırı kalabalığa kadar birçok biyolojik ve toplumsal sorun yer almaktadır. Somut çevre sorunlarının fark edilmesi ile geleneksel yapılarda bir sorgulama sürecine girilmiş ve bazı kavramlar erozyona uğramıştır. Güvenlik kavramı da bu erozyona uğrayan kavramlardan birisidir. Güvenlik kavramı, geleneksel kullanımda devletlerin egemenlikleri ile ilişkilendirilirken, çevre bu kavramın dışında bırakılmıştır.

Güvenlik, temel olarak devletin çıkarının savunulması anlamına gelirken, o devletin ülkesi ve milletini iç ve dış tehditlere karşı korunmasını içermektedir.[2] Soğuk savaşın sona ermesi ile birlikte geleneksel güvenlik anlayışı da gözden geçirilmiştir. Değişen konjonktür ile güvenlik kavramına çevresel tehditlerin de dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.[3]

Çevresel tehditlerin geleneksel güvenlik kavramına dahil edilerek yeniden bir tanımlama yapılması yönünde ileri sürülen görüşlerin altında yatan saiki tespit etmek gerekmektedir. Böylece çevresel güvenlik kavramı netlik kazanmış olacaktır.

Doğanın gücünün bir silah gibi kullanılarak gerçekleştirilen terörist eylemlere çevresel terörizm denilmektedir. Bu makalede çevresel terörizmin bir çevresel güvenlik sorunu yaratıp yaratmayacağı salt bu konu açısından incelenmeye çalışılacaktır. Çevresel güvenlik kavramı aslında tehlikeli bir kavramdır. Çünkü bu kavram geleneksel güvenlik kavramını aşırı genişletebileceği gibi, aynı zamanda "bir çeşit paranoya"ya da sürükleme potansiyelini içinde barındırır. Bu yüzden kavram kullanılırken özel bir ihtimam gösterilmelidir.

I- Geleneksel Güvenlik Kavramının Değişimi: Erozyon mu? Manipülasyon mu?

Güvenlik kavramı bireysel ve kolektif güvenliğin her ikisini de kapsamak-

(*) A.Ü.Hukuk Fakültesi Çevre Hukuku Ana Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

(1) J.B.Foster, Savunmasız Gezegen, Çev.Hasan Ünder, Epos Yay., Ankara 2002, s.12.

(2) Bkz. G.D.Dabelko / D.D.Dabelko, "Environmental Security:Issues of Conflict and Redefinition", www.paes.org/Ensechtm, (erişim: 25/04/2004). Devletin ülkesi ve milleti deyimi kasıtlı olarak kullanılmıştır. Çünkü T.C.Anayasası'nın yirmiden fazla maddesinde bu deyişe yer veriliyor. Ayrıca Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğinin yayınladığı şu kitap her şeyi özetler niteliktedir: Devletin Kavramı ve Kapsamı, Ankara 1990.

(3) Dabelko/Dabelko, "Environmental...", s.2 vd.; Jutta Brunee', "Envirronmental Security in the Twenty-First Centruy: New Momentum For the Development of International Environmental Law!", 18 Fordham Int'l L.J. (1994-1995), s. 1742; Jessica T.Mahhews, "Redefining Security",Foreing Affair,1972.

tadır. Modern uygarlık bizlere feodal yapılanmanın aksine güvenli bir dünya vaadiyle ona uymamızı sağlamıştır. Uygarlığın bize vaat ettiği şey aslında korkudan kurtulmaktan başka bir şey değildir. Bizler bu korkudan kurtulmak adına ve güvende olmak uğruna bireysel özgürlüklerimizden bile vazgeçebiliriz. O halde güven içinde yaşayabilmek için bunu sağlayacak bir fail/aktöre ihtiyacımız vardır ki bu da siyasal iktidardan başkası değildir.

Geleneksel güvenlik işte bu noktada devletin müdahale alanını yansıtır. Sokakta yürürken birisinin bize saldırmayacağına, bankaya yatırdığımız mevduatları dilediğimizde kullanabileceğimize, karnımızın doyacağına dair güvenlik duyguları içinde yaşarız. Bir başka devlet tarafından tehdit edildiğimizde, bu tehditlerin vatandaşı olduğumuz devlet tarafından bertaraf edileceğine ve savunulacağımıza dair de bir güven hissi duyarız...

İşte bu klasik güvenlik kavramına soğuk savaş sonrası çevresel tehditler de eklenmiştir. Richard Ullman güvenliğin askeri tehditlerin yanında başka tehditleri de içerecek biçimde yeniden tanımlanması gerektiğini savunmuştur. Aksi halde doğal kaynakların ve özellikle yenilenemez kaynakların yok olması sonucu ileride bir çatışmanın muhtemel olduğunu ileri sürmüştür.[4]

Matthews da güvenliğin, çevre değişkenlerini içerecek şekilde yeniden tanımlanması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Çevresel bozulma ekonominin ve insanın selameti azaltılabilir ve bu da siyasi gerginlik ve çatışmaya neden olabilir.

Ancak çevresel sorunlar ile güvenlik sorunlarının birbirine bağlantılı olduğu konusunda bir görüş birliği mevcut değildir. Bu konuda iki genel görüşten bahsedilmektedir.[5]:

Bir görüşe göre, çevresel sorunlar ile güvenlik sorunları birbirine bağlantılıdır, bu sorunlar birbirini etkilemektedir.

Diğer görüşe göre, çevresel sorunlar ile güvenlik sorunları arasında herhangi bir bağın olmadığı iddia etmektedirler. Çünkü çevresel bozulma, küresel ısınma, asit yağmurları gibi sorunlar yüzünden devletler birbirleri ile savaşmazlar, bu sorunla çatışmaya sebep olmaz. Dolayısıyla bunların ulusal güvenlikle ilgisi yoktur.

Bu tartışmalar bir yana, soğuk savaş sonrası güç dengelerinin değiştiğini tespit etmek gerekir. Soğuk savaş sonrası çeşitli güvenlik tehditleri ortaya çıkmıştır. Bazı terörist grupların nükleer, kimyasal ve biyolojik silahları kullanarak eylemde bulunma olasılığı artmıştır. 11 Eylül 2001 saldırıları da bu ivmenin bir göstergesi olarak değerlendirilmektedir. Özellikle 11 Eylül sonrası terörizm hem devletlerin politikalarında hem de bireylerin belleklerinde rahatsız edici bir yer edinmiştir.

Şu halde çevresel güvenliğin bir tanımını vermek gerekir:

Çevresel güvenlik, çevresel değerlerin kıtlaşmasının ulusal güvenlik sorunu haline gelmesidir. İşte terörist saldırıların hedefi ve aracı olacak çevresel değerlerde bir bozulma meydana geldiğinde bu çevresel güvenlik kavramı çerçevesinde değerlendirilecektir. Ancak bu kavramın geleneksel güvenlik kavramını erozyona uğratmaktan çok, geleneksel güvenliğin çevresel güvenliği manipüle etme olasılığı daha yüksektir.

(4) Aktaran Dabelko/Dabelko, "Environmental...", s.1.
(5) EnvironmentalSecurity:TheDebate,http://environmen.miningco.com/newsissues/environment/library/biesec, (erişim: 25/04/2004) s.1-2.

II- Çevresel Terörizmin Tanımlanması Sorunu: Çevresel Terörizm versus Ekolojik Terörizm

Çevresel terörizmi kavramsal olarak analiz edebilmek için ilk önce terörizm analizini yapmak gerekecektir. Terörizmi konu alan bilimsel çalışmaların çoğunda bu kavramın tanımının yapılmasında mutabakata varılamayacağı konusunda tam bir mutabakat vardır. Terörizmi açıklayabilmek için yüz dokuz ayrı tanım yapıldığından bahsedilmektedir.[6] Doktrinde terör ile terörizm arasında bir fark olduğu ifade edilmektedir.[7] Burada terör ile terörizm arasındaki teorik tartışmaya girilmeden, sadece günlük dilde bu iki terim arasında bir fark olmadığına değinmekle yetineceğiz.

Terörizm, birçok yazar tarafından, asıl ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanılan hareket tarzına verilen isimdir.[8] Terörizm, insan gruplarının, bir anda düşürülmesi stratejisinden ibaret olan eylemlerin, belirli bir plan dahilinde sistematik olarak uygulanması şeklinde tanımlanabilir. Birçok farklı tanımı da yapılmakla birlikte terörizm şu ortak unsurları içerdiği söylenmektedir[9]:

- Kişilere karşı şiddet kullanılması ya da şiddet kullanılacağına dair bir tehdidin varlığı
- Siyasi bir amacı olması
- Eylemlerin bir plan dahilinde yapılması ve bu eylemcilerin süreklilik göstermesi
- Toplumu korkutup sindirme amacına odaklanması

Terörizm belirsizlikten müptela olmuş bir terim olduğu söylenmektedir.[10] Bu terörizmin bazı çeşitleri için de geçerlidir. Örneğin ekolojik terörizm ile çevresel terörizm birbirinden farklı kavramlar da olsalar aynı anlama gelir şekilde kullanılmaktadır.[11] Oysa bu iki kavram birbirinden oldukça farklıdır.

Ekotaj, monkeywrenching, pericilik, eko-savunma gibi isimlerle de anılan eko-terörizm, aslında ona 'terörizm' terimini yükleyenler tarafından kötü çağrışım yapacak şekilde kullanılmakta ve onun işlevi gizlenmeye çalışılmaktadır. Ekotoji bir terörist eylemler dizisi olarak görmek, onun alt yapısında yer alan felsefeyi gözden kaçırmak anlamına gelecektir. Ekotaj, özel bir konuya yönelik olan bu dışsal bir otoritenin zımnen onaylanmasını da içine alan bir eylem şeklindeki protestodan farklı olarak yerleşik otoriteye karşı geniş tabanlı bir muhalefet biçimde özetlenebilecek bir direniş olarak kavranmalıdır. Bu kavranış benimsendiği takdirde ekotoji biçimlendiren bir felsefenin olup olmadığının sorgulanması gerekecektir. Şu durumda ekotaj taktiğini uygulayan gruplar incelendiğinde benimsedikleri felsefi görüşün, aslında, bu eylemlerin alt yapısını oluşturduğu şeklinde bir be-

(6) Hamide Zafer, Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, Beta Yay. İstanbul, 1999, s.5.
(7) Bkz.Ibid., s.2-3.
(8) Bu konuda bkz.Zafer, Sosyolojik..., s.6-7; Hamide Zafer, Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Yay. İstanbul, 1999, s.11; Atilla Yayla, "Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve", AÜSBFD, C.XLV, Ocak-Aralık No:1-4, s.335 vd.
(9) Bkz.Zafer, Sosyolojik..., s. 8.
(10) Robert Young, "'Monkeywrenching' and the Processesof Democracy", Ecology and Democracy,Ed.Freyo Mattews, Frank Cass Pub.London 1996, s. 202.
(11) Sandy L.Bourne/Matthew Mc Nabb, "Animal and Ecological Terrorism in America", ALE Council, www.alec.org/meswfiles/paf/AnimalandEcologicalTerrorisminAmerica.pdf. ,(erişim: 25/04/2004).

lirleme yapılabilir. Bu felsefi görüş ise derin ekolojidir. Derin ekoloji, insanlar ile doğayı birbirinden ayrılmayan bir bütün olarak kavrar. Dünya nesneler toplamı olmayıp bağımlı olgular ağıdır. Derin ekolojiye göre yaşayan bütün varlıkların değeri vardır ve bu varlıklardan birisi olan insan da yaşam ağının sadece bir parçasıdır.[12] O halde çevresel terörizmden farkını belirtmek için ekolojik terörizm şöyle tanımlanabilir:

"Ekotaj, bir kişi ya da grubun çevreyi korumak için çevreye kasten zarar veren veya vermesi muhtemel olan bir işlem ve/veya eylemi engellemek/durdurmak/ortadan kaldırmak amacıyla bu faaliyetleri yapan özel kişi ya da kamu tüzel kişilerinin mülkiyetlerine karşı geleneksel hukuk kurallarını ihlal ederek sembolik bir şiddet uyguladıkları doğrudan eylemin radikal bir taktiğidir."[13]

Görüldüğü gibi bu eylemlerin terörizm ile hiçbir ilgisi yoktur. Çünkü bu eylemler modernite'nin ilerleme fikrine karşı uzun soluklu bir direnişin parçasıdır. Bu eylemler çevreyi korumak amacıyla, yasaların yetersiz kaldığı durumlarda, uygulanmaktadır.[14] Ekosabotörlerin amacı çevreyi korumak ve çevreyi bozanları kamuoyu önüne çıkarmaktır. Böylece çevre sorunlarına kamuoyunun/medyanın ilgisi çekilmiş olacaktır.

Çevresel terörizm ise yeni bir yüzle ortaya çıkan eski bir çatışma tipidir. Çevresel terörizm bir silah olarak doğanın gücünden yararlanmayı kapsamaktadır. Çevresel terörizm politik ya da ideolojik bir amaç uğruna çevreye kasten zarar vermek ve onu maniple etmek demektir.[15] Bir başka anlatımla mülkiyeti yıkmak ve/veya onun yararlarından toplumu yoksun bırakmak amacıyla çevresel kaynaklara karşı hukuka aykırı kuvvet kullanımıdır.[16] Çevresel terörizm su veya tarımsal kaynakların kasıtlı olarak kirletilmesi gibi çevrenin kendisini hedef alabileceği gibi, atmosfere kimyasal ya da biyolojik silahların salınmasıyla çevre bir araç olarak da kullanılabilir.[17]

Demek ki çevresel terörizm ilk ekolojik terörizm birbirinin tam karşıtı olarak kullanılabilecek kavramlardır. Çevresel terörizm doğal kaynakları tahrip etmeyi hedefleyerek çevreye geri dönülmez zararların ortaya çıkmasına sebep olur. Oysa ekolojik terörizm ise doğal kaynakları savunmak için kamyonlar, binalar ve yollar gibi çevreye zarar veren inşa edilmiş çevreyi hedef almaktadır. Bunun sebebi de çevreyi korumaktır.[18]

III- Çevresel Terörizm Şekilleri ve Metotları

Çevre yüzyıllardır bir savaş silahı olarak kullanılmıştır. Yüzyıllar boyunca savaşlarda hem hücum eden hem de savunan taraflar, doğanın gücünden düşmanlarına karşı yararlanmışlardır. Soğuk savaş sonrası ortaya çıkan yapılanma ve terörizmin değişen yüzü çevresel terörizmi daha muhtemel hale getirmiştir.[19]

(12) Frijot Capra, "Deep Ecology: A New Paradigm", Deep Ecology for the Tuventy-First Centruy, Sambhala Pub.,Boston 1995, s.20
(13) Abdurrahman Saygılı, Ekolojik Sabotaj, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s.61.
(14) Elizabeth L.Chalecki, "A New Vigilance: Identifying and Reducing the Risk of Environmental Terrorism," www.pacinst.org-environmental-terörism-final.pdf., ,ferişim: 25/04/2004), s. 4.
(15) Timothy Schofield, "The Environment As An İdeological Weapon:A Proposal To Criminalize Environmental Terrorism," 26 B.C.Envtl.Aff.L.Rev. (1998-1999), s. 619.
(16) Chalecki, "A New...", s 3.
(17) Schofield, "The Enviroment...", s. 620.
(18) Chalecki, "A New...", s.4.
(19) Shchofield, "The Environment...", s. 621.

A- Çevresel Terörizm Şekilleri

Çevresel Terörizm iki şekilde görülebilir:

1- Kaynakları Araç olarak Seçen Çevresel Terörizm

Çevresel terörizmin bu şeklinde su kaynakları, tarım ürünleri, çiftlik hayvanları gibi çevresel kaynaklar insanlara zarar veren maddeleri taşıyan araçlar olarak kullanılır. Örneğin teröristler su kaynaklarına zehir karıştırarak bu kaynağı kullananlara zarar verebilir. Böylece kaynaklar bir araç olarak terörist amaçları gerçekleştirmek için kullanılmış olur.[20]

Su kaynakları teröristler için bulunmaz hedeflerdir; teröristler hastalığa neden olan maddeleri, zehirli atıkları bir ortama salabilirler. Su terörist amaçlar için vazgeçilmez bir silahtır.[21] Terörist amaçlar için bir başka kaynak da ormanlar ve tarım arazilerindeki ürünlerdir. Şili'de teröristler üzüm bağlarını zehirleyerek tanımlanamayan hastalıklara sebep olmuşlardır Bu eylem ayrıca psikolojik ve ekonomik bir panik havası da yaratarak hem iç pazarda hem de dış pazarda ürünlerin satılmaması sebebiyle milyonlarca dolar zarar meydana gelmiştir.[22]

2- Kaynakları Hedef Olarak Seçen Çevresel Terörizm

Bu terörizm şeklinde terörist eylemler doğrudan çevreye ya da kaynaklara yönelerek, bu değerleri yıkmayı veya tehlikeye atmayı amaçlamaktadırlar. Kaynaklar tahrip edilmekte ve hatta onların yok olmasına sebep olunmaktadır. Örneğin, teröristler bir barajı yıkarak bu barajın yakınındaki bir yerleşim yerinin su altında kalmasına neden olabilirler.[23]

Orman ve tarım arazilerini hedef alan teröristler, bu arazileri ateşe vererek kaynakları bir hedef haline getirmişlerdir.

Yenilemeyen kaynaklar çok yüksek ekonomik değere sahip olduklarından her çeşit şiddetin hedefi olmuştur. Petrol rafineleri de savaş zamanında askeri hedef olarak kullanılmıştır.[24]

Kaynaklara yönelik bu saldırıları araç ya da hedef olarak belirlemek bazen zorlaşmaktadır. Bir saldırı her iki sonucu da doğurabilmektedir. Bir petrol boru hattına yönelen saldırı hem petrol yataklarına zarar verir (çevre hedeftir) hem de ekosistemde kirlenmeye (çevre araçtır) neden olacaktır.

B- Çevresel Terörizm Metotları

1- Nükleer Terörizm

Nükleer terörizm bir kentin yakınına kurulmuş olan nükleer bir reaktörün sabote edilmesi eylemini içerebileceği gibi nükleer silah yada ham madde yüklü bir aracın havaya uçurulması şeklinde bir eylemi de içerebilir. Bu nükleer terörizm eyleminin çevresel etkilerini tahmin etmek neredeyse imkansızdır. Çernobil faciasının etkileri hâlâ tam olarak bilinmemektedir.[25]

2- Kimyasal ve Biyolojik Terörizm

21.yüzyılın başlarında birçok devlet ve militan grup, kendi amaçlarını gerçekleştirmek için biyolojik silahlar sa-

(20) Chalcki, "A New...", s.7.
(21) Ibid.,s.8.
(22) Ibid.,s.10-11.
(23) Ibid., s.7.
(24) Ibid., s.12.
(25) Schofield, "The Environment...", s. 625.

tın almaya ve/veya bu silahları elde etme yollarını aramaya başlamışlardır.[26]

Biyoterörizm, teröristler tarafından gerek ideolojik gerekse politik ya da finansal kazanç sağlamak amacıyla hastalık yaratıcı patojenleri açık ya da gizli şekilde yaymaktır.[27]

Biyoterörist bir saldırı büyük bir panik havası yaratabilir. Piyasa bile çökebilir. Hatta sıkıyönetim ilan edilerek temel hak ve özgürlükler askıya alınabilir.[28]

Biyoterörist bir eylem konusunda yetkili birimler "olursa" sorusu yerine "ne zaman" olacak sorusunu sormaktadırlar.[29] Biyoterörizm artık bir korku haline gelmiştir. Bu korku kamu sağlık sistemi ile halk arasındaki yaşamsal toplum sözleşmesini tehdit etmeye başlamaktadır.[30]

Biyoterörizm korkusu ulusal güvenlik kavramının daha da genişlemesine veya yeniden tanımlanmasına sebep olabilir.[31]

SONUÇ

Çevresel terörizm, çevresel güvenliği tehdit eden sorunların en başında yer almaktadır. Terörist eylemler geleneksel güvenlik anlayışı çerçevesinde düşünüldüğünde ulusal güvenliği tehdit eden eylemlerdir. Terörizmin asıl amacı hedef aldığı devletin egemenliğini yıkmaktadır. Modern devletin sahip olduğu şiddet araçlarını tekelinde bulundurma hakkını askıya alan eylemlerden birisi ve belki de en güçlüsü, terörist eylemlerdir. Soğuk savaş sonrası terörist eylemler amaçlarına ulaşmak için çevreyi bir hedef ya da araç haline getirmiştir. Böylece hedef aldıkları devletin egemenliğini yıkmak için çevre iyi bir araç işlevi görmektedir. Bir terörist eylem sonucu bir ülkede tatlı su kaynakları zarar görürse ve bir de bu ülkede tatlı su kaynakları çok kıtsa, bu eylem sonucu çevresel bir kıtlık ortaya çıkabilir. Çevresel kıtlık devletler arasında ya da bir devlet içinde muhtemel bir çatışmaya neden olabilir. Bu noktada çevresel güvenlik kavramı bir gerekçe olarak gösterilebilir. Ayrıca biyoterörist bir saldırı olağanüstü hukuk kurallarının askıdan inerek uygulanmasına fırsat verebilir. Böyle bir durumda sıkıyönetim ilanı ile hak ve özgürlükler askıya alınabilir. İşte tam bu noktada dikkatli olmak gerekmektedir. Bu tehditlerden yararlanan bazı çevreler toplumda bir korku kültürü ya da risk durumunun oluşmasını sağlayabilirler. Böylece "olağanüstü hukuk kurallarının devrede olduğu olağan bir durum ortaya çıkar".[32]

KAYNAKÇA

Brunee Jutta, "Envirronmental Security in the Twenty-First Centruy: New Momentum For the

Development of International Environmental Law?", 18 Fordham Int'l L.J. (1994-1995).

Capra Frijot, "Deep Ecology: A New Paradigm", Deep Ecology for the Tuventy-First Centruy, Sambhala Pub., Boston 1995.

(26) *Laurie Garrett, "The Nightmare of Bioterrorism," Foreign Affairs, Volume: 80, No.1-2, 2001, s. 76.*
(27) *Aysel Kekillioğlu, Biyo Teknoloji, Biyolojik Çeşitlilik, Biyo Güvenlik ve Türkiye, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003, s.141.*
(28) *Garret, "The Nightmare...", s.87.*
(29) *Schofield, "The Environment...", s. 632.*
(30) *Garrett, "The Nightmare...", s. 87.*
(31) *Ibid., s. 89.*
(32) *Bkz.Mithat Sancar, "Kalıcı global olağanüstü hal", Birikim Dergisi, Kasım 2001, S.151., s.19.*

Chalecki Elizabeth L. "A New Vigilance: Identifying and Reducing the Risk of Environmental Terrorism," www.pacinst.org-environmental-terörism-final.pdf., (erişim: 25/04/2004).

Devletin Kavramı ve Kapsamı, Milli Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliği, Ankara 1990.

EnvironmentalSecurity:TheDebate,http://environmen.mining-co.com/newsissues/environment/library/biesec. ,(erişim: 25/04/2004).

Foster J.B., Savunmasız Gezegen, Çev.Hasan Ünder, Epos Yay., Ankara 2002.

G.D.Dabelko / D.D.Dabelko, "Environmental Security:Issues of Conflict and Redefinition", www.paes.org/Ensechtm.,(erişim: 25/04/2004).

Garrett Laurie,"The Nightmare of Bioterrorism," Foreign Affairs, Volume: 80, No.1-2, 2001.

Kekillioğlu Aysel, Biyo Teknoloji, Biyolojik Çeşitlilik, Biyo Güvenlik ve Türkiye, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.

Mahhews Jessica T., "Redefining Security",Foreing Affair,1972.

Sancar Mithat, "Kalıcı global olağanüstü hal", Birikim Dergisi, Kasım 2001, S.151.

Sandy L.Bourne/Matthew Mc Nabb, "Animal and Ecological Terrorism in America", ALE Council,www.alec.org/meswfiles/paf/AnimalandEcologicalTerrorisminAmerica.pdf.,(erişim: 25/04/2004).

Saygılı Abdurrahman, Ekolojik Sabotaj, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2003.

Schofield Timothy, "The Environment As An İdeological Weapon:A Proposal To Criminalize Environmental Terrorism," 26 B.C.Envtl.Aff.L.Rev. (1998-1999).

Yayla Atilla ,"Terörizm: Kavramsal Bir Çerçeve", AÜSBFD, C.XLV, Ocak-Aralık No:1-4.

Young Robert, " 'Monkeywrenching' and the Processesof Democracy", Ecology and Democracy,Ed.Freyo Mattews, Frank Cass Pub.,London 1996.

Zafer Hamide , Sosyolojik Boyutuyla Terörizm, Beta Yay., İstanbul 1999.

Zafer Hamide, Ceza Hukukunda Terörizm, Beta Yay., İstanbul 1999.

Hukuk ve Bilimi(*)

Hayrettin Ökçesiz(**)

I

T. C. Anayasası'nın 138. maddesinin birinci fıkrasında şu ifade yer almaktadır:

"(Hakimler) Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdani kanaatlerine göre hüküm verirler."

Hakimler hüküm verirler. Bu hükme nasıl ulaşabiliyorlar? Bu hükmün niteliğinin, içeriğinin, biçiminin, ereğinin, etkilerinin, nedenlerinin ve sonuçlarının *"bilimsel"* dediğimiz bir sürece ve ilgiye konu olabilmesini, bunlar hakkında edindiğimiz bilgilerin türlü bilimlerin adlandırılmasına ve kurgulanmasına olanak tanıyıp tanımadığını ve koşullarını irdelememiz gerekiyor.

İlk itiraz, bir *"Hukuk Bilimi"*nin olanaksız olduğudur. Olanaksızlığı ileri sürülen hukuk bilimi bu bağlamda *"Jurisprudentia"* dediğimiz ve hukuk ya da yukarıdaki hüküm bilgisinin çekirdek alanını oluşturan etkinliktir.

Bir *"phronesis, prudentia"* (bir hüner, feraset, anlayış) olarak hukuk elbette Aristocu bir bakışla bir *"episteme, scientia"* (değişmez ve önceden verilmiş bir obje olarak varlığın ilkelerinden hareketle kazanılan yöntemsel bir bilgi) değildir. Hukuk dogmatiği, ya da dogmatik hukuk bilimleri biçiminde kullanmaya alıştığımız bu *"içtihat"* alanı, *"ilmi içtihat"* ve *"kazai içtihat"* biçiminde tasnif edilerek ve bir yönüyle paradoks bir ifadeyle, bir *"inanç bilimi"* olmak özelliğini de taşımaktadır. Hakimin hükmü, bir kazai içtihat alanı olarak, bilimcilerin içtihat alanıyla ilişkide yoğun bir trafiğin yaşandığı bir köprübaşı oluşturmaktadır.

Jurisprudentia'nın bir bilim olup olamayacağı konusunda iki noktada görüşümüzü keskinleştirmemiz gerekiyor(1):

İlki hukuk normlarının yapısal özelliklerinin bilimsel bir etkinliğe olanak verip vermediğidir. Diğeri ise hukukta egemen bulunan değer yargılarının doğruluk ve yanlışlıklarının yine bir bilimsel etkinliğin konusu olup olamayacağıdır.

Bu irdelemeye henüz geçmeksizin, konusunun değişken olması nedeniyle Aristocu bir bilim anlayışına ters düşen hukuk ve tarih gibi bilgi alanlarının Güneybatıalman Yenikantçı bilim tasnifince, konusu alanında genel yasalar kuran nomotetik bilimler karşısında, betimleyici idiografik bir bilim olabileceği görüşü de (Windelband) bu bakış

(*) Muğla Üniversitesi, Felsefe Bölümü'nce 5-7 Ekim 2005 tarihinde gerçekleştirilen "Felsefe ve Sosyal Bilimler" konulu sempozyumda sunulan bildiridir.

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

(1) Buradaki betimleyici bilgi için bkz. Ulfried Neumann, Wissenschaftstheorie der Rechtswissenschaft, b.y.. Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. Baskı, hazırlayanlar: Kaufmann / Hassemer / Neumann, Heidelberg 2004, s. 385 vd.

açısına dahil edilmelidir. Ayrıca Habermasçı bir çözümleme ile, değer yargılarının yanlışlanıp doğrulanmalarının konsens kuramı çerçevesinde olanaklı olduğu ve bu olanak ve etkinliğin bilimin özelliklerinden bulunduğunu önceden belirtmelidir. Böylelikle, hukuksal ifadelerin sınanması, konu ve yöntem bakımlarından jurisprudentia'nın bilimselliği, benimsenen bilim kavrayışına göre de tartışılabilecektir.

II

Biraz sonra sunacağım gibi, konusunun ve yönteminin özelliklerinden dolayı, Özlem'in(4) *"Bilim Felsefesi"*ndeki *"tarih – toplumbilimleri"* açıklamalarından da hareketle, ama bundan ayrıldığı noktaları dikkate alarak belki kendi başına bir *"Hukuk Bilimleri"*nden söz etmek mümkün görünebilecektir.

Bu savı anlaşılır kılmak için Hukuk Dogmatiği alanında hukukçuların materyallerinin dilsel ve temellendirme yapısını, hukuk normlarından, hukuksal yargı kararlarından ve hukuk yazarlığından örnekler vererek somutlaştırmak istiyorum. Ayrıca yine hukukçuların hukuk dogmatiği alanındaki çalışmalarında izlediği metodolojiyi de, yapılan işin niteliğini daha açık biçimde ortaya koymak amacıyla, ana hatlarıyla sunmak istiyorum:

Hukuk normları, emredici, yetki verici, tanımlayıcı, tamamlayıcı, yorumlayıcı ve ilga edici bir içerik taşıyabilir.

Bu norm türlerine şu örnekleri verebiliriz:

Emredici hukuk normuna örnek olarak, Türk Ceza Kanunu md. 301/2. ve 4. fıkraları:

"Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(...)

Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz."

Yetki verici hukuk normuna örnek olarak, Türk Ceza Kanunu md. 131/ 1. fıkrası:

"Kamu görevlisine karşı görevinden dolayı işlenen hariç; hakaret suçunun soruşturulması ve kovuşturulması, mağdurun şikayetine bağlıdır."

Tanımlayıcı hukuk normuna örnek olarak, Türk Medeni Kanunu md. 19 / 1. fıkrası:

"Yerleşim yeri bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir."

Tamamlayıcı hukuk normuna örnek olarak, Borçlar Kanunu md. 79:

"Borcun yerine getirilmesi için belirlenen süre uzatılmışsa, yeni süre, aksi şart edilmedikçe önceki sürenin bitmesini takip eden birinci günden başlar."

Yorumlayıcı hukuk normuna örnek olarak, Borçlar kanunu md. 75:

"Borcun ifası için bir ayın iptidası veya nihayeti tayin olunmuşsa ayın birinci ve sonuncu günü anlaşılır. Ayın ortası tayin olunmuşsa bundan ayın onbeşi anlaşılır."

İlga edici hukuk normuna örnek olarak, Türk Medeni Kanunu md. 1028:

"17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi yürürlükten kaldırılmıştır."

Yargıtay ve Danıştay kararlarından hukuk normuna genel olarak birer örnek de şöyledir:

"Bir suçun işlendiği zamanki yasa ile sonradan yürürlüğe giren yasa birbirinden farklı olduğu takdirde sanık hakkında lehe olan yasa tüm hükümle-

(4) Doğan Özlem, Bilim Felsefesi, İstanbul 2003

riyle birlikte olaya uygulanmalıdır. Her iki yasanın sadece lehe olan hükümleri alıp uygulanamaz. Sanığın lehine olan yasanın belirlenmesinde hürriyeti bağlayıcı ceza esas alınmalıdır."
(21.2.1994 tarihli Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararı)

"Hakimlere ve savcılara Yargıtay'ca verilen (çok iyi, iyi, orta ve zayıf) notlarının idari bir davaya konu edilemeyeceğine karar verilmiştir."
(13.3.1995 tarihli Danıştay 5. Dairesi Kararı)

Adnan Güriz bir hukuk normunu şöyle tanımlamaktadır:

"Toplum üyelerinin haklarını ve hukuki ödevlerini gösteren, devletçe belirlenen, sosyal dayanışmayı korumayı ve uyuşmazlıkları çözmeyi amaçlayan, kişilerle devlet ve kişilerle kişiler ve devlet organları arasındaki ilişkileri düzenleyen, uyulması devlet tarafından sağlanan ve güvence altına alınan, hiyerarşik bir sistem oluşturan esaslara hukuk kuralı denir."[5]

Jurisprudentia'nın dünyasını bilimsel içtihat alanında yer alan kaynakları da zikrederek tamamlayalım. Bu kaynaklar, şerhler, sistematik kitaplar, monografiler ve makalelerdir. Bunlar tüm olan ve olması gereken hukuk normlarına karşı kendi amaç ve mantıkları çerçevesinde ışık tutan ve hukuk yazarları tarafından bilimsel oldukları ileri sürülen çalışmalardır.

Bir örnek de böyle bir çalışmadan alarak yapı ve biçemi hakkında bir izlenim edinebiliriz.

Doç. Dr. Yener Ünver'in *"Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer"* adlı monografik yapıtından[6] , *"İnsan Onurunun Ceza Hukuku Normlarıyla Korunması"* başlığında *"Pozitif Düzenlemeler"* altbaşlığını taşıyan metni şöyledir:

"Buradaki temel sorun, insan onurunun ceza hukukunca korunan bir hukuksal değer olup olmadığı ve bu değeri koruyan tek tip bir kanuni tipin yaratılıp yaratılamayacağı hususudur.

Bilindiği üzere, İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Korumaya Dair Sözleşmenin 3. maddesi., AY'nın 17/3 ve TCK'nın 243. maddesi işkence eylemini yasaklayarak, insan onuru hukuksal değerini korumayı amaçlamıştır. Hatta AT. Md. 17, insan onuruna aykırı ceza yaptırımı konulamayacağını belirterek, bir yandan hukuksal değerlerin korunmasında kanun koyucuyu uygulanacak yaptırım açısından sınırlandırmış, diğer yandan ise bir hukuksal değerin korunması için diğer bir insanın insan onurunun çiğnenmesini önlemeyi hedeflemiştir. Bu açıdan önemli olan bu hükmün gerek kanun koyucunun tasarruflarında gerek mevcut pozitif normların uygulanmasında dikkate alınması büyük önem arz etmektedir.

Birçok yazar, haklı olarak, insan onurunun, hukuksal değerler hiyerarşisinin en üstünde yer aldığı ve bir yönüyle de en üst anayasal ilke olduğu görüşünü savunmaktadır.

Öztürk-Erdem-Özbek'in de ifade ettikleri üzere, insan onuru, bireye bilinçli olma, kendi kaderini tayin etme ve kendisini geliştirip çevresini biçimlendirme yeteneği veren ve kişiliksizliği ortadan kaldıran ruh, manevi güçtür. Özetle, toplum içinde yaşayan bireyin otonomluğu, kendisini geliştirmesi ve özgür tercihleri için gerekli üstün bir

(5) Hukuk Başlangıcı, 10. baskı, Ankara 2005, s.23
(6) Ankara 2003, s. 936 vd.

hukuksal değeri olduğunu ifade etmek yanlış olmasa gerektir.

Yine İnsan onuru, hakaret ve sövme gibi eylemlerle ihlal edilebileceği gibi, işkence veya insanlık dışı muamelelerle de ihlal edilebilir ve bu nedenle, hem ulusal ve ulusal üstü alanda hem de çeşitli ihlal modelleri açısından ceza hukuku normları aracılığıyla korunmaktadır.

Alman kanun koyucusu Al. AY'nın 1/1. maddesinde bu kavrama yer vererek, onun ceza hukuku alanında uygulanabilir olduğunu göstermiştir. Ancak bu CK'da "kamusal barış" olarak adlandırılmıştır. Nitekim OLG München de, Al. CK. Prg. 172 anlamında Al. CK'nın 130. paragrafında korunan hukuksal değerin münferit bireyin insan onuru olmayıp, kamusal barış olduğunu açıkça vurgulamıştır.

(...)

Bilindiği üzere, insan onuru devredilemez ve dokunulamaz bir hukuksal değer olduğu gibi, aynı zamanda gerek suç tiplerinin yaratılmasında gerek suçlar için öngörülen ceza yaptırımlarının düzenlenmesinde dikkate alınması gereken en önemli değerlerdendir. Bu kavram niteliği gereğince, bireylerin onurunun korunması için kanun koyucuya pozitif normlar sevk etmek yükümlülüğü yüklediği gibi, ceza yaptırımları açısından ise kanun koyucunun yetkilerinin sınırlarından birisini oluşturmaktadır."

Bu yapıda karşımıza çıkan Jurisprudentia'nın, (F. C. v. Savigny'ye dayanarak, A. Kaufmann tarafından geliştirilmiş) yöntem kuramı ve yorum kuralları da şöyledir[7] :

Kaufmann, Hukuksal yöntemi ilk önce hukuk uygulaması ve hukuk yaratma olarak ikiye ayırmaktadır. Hukuk uygulamasında *"Sollen"* ve *"Sein"* ana kavramları yer almaktadır. Sollen'in altında, hukuk normundaki hukuksal kalıbın olaya bakarak ortaya çıkarılması sözkonusudur. Bu yorumdur. Sein'ın altında, somut olayın saptanması bulunmaktadır. Yasanın kurgusu maddi olaydaki yasa-olay ilişkisini kurmayı sağlayacaktır. Sollen ve Sein arasında karşılıklı bir *"dedüksiyon"* bir tümdengelim sözkonusudur. Bu karşılıklı tümdengelim yine bir aynızamandalık modunda bir tümevarım ilişkisini de kapsıyor. Karşılıklı uyumluluk ve kıyas da burada sözkonusudur. Kaufmann'ın hukuk tanımı bu ilişkide şöyledir: *"Hukuk, Olan ile Olması Gerekenin uyumudur."*

Ayrıca, bu şemada Sollen karşısında yer alan Sein'a ilişik geçerli hukuku bulmada *"boşluk doldurma"* sözkonusudur.

Bu tanım çerçevesinde dar anlamda bir analoji yani *argumentum a simile* (buna *argumentum a fortiori, a maiore ad minus* ve *a minore ad maius* da dahildir), bir karşıtıyla kanıtlama, yani *argumentum e contrario* ve yargıcın özgürce hukuk yaratması yöntemleri bulunmaktadır. Yargıcın serbest hukuk yaratmasında yalnızca uygun hukuk normlarının bulunmaması değil, daha çok bir hukuk kurumunun hiç düzenlenmemiş olması sözkonusudur. Hukukun bu tarz gelişimine teleolojik redüksiyon dediğimiz, yani bir hukuk normunun hatta çekirdek alanının da daraltılması dahildir. İsviçreli hukuk bilgini Eugen Huber'in formülü olan ve Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesinde de

(7) Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, b.y.: Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 7. baskı, hazırlayanlar: Kaufmann / Hassemer / Neumann, Heidelberg 2004, s. 112 vd.

ifadesini bulan hukuk yaratma yöntemi bu süreci başarılı bir biçimde özetliyor:

"Kanun, sözüyle ve özüyle değindiği bütün konularda uygulanır.

Kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa, hakim örf ve adet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanunkoyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir.

Hakim, karar verirken bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından yararlanır."

Bu yöntem Aristo'da hakkaniyete ulaşma yolu olarak önceden köklerini buluyor.

Kaufmann'a göre yöntem seçiminde yani öncelikleri saptama kurallarının seçiminde artık değer yargıları sözkonusudur. Burada elbette, *"Reflektion"*, *"Argumentation"* ve *"Diskussion"* asıl araçlardır. Hukuksal yorumda, yani hukuk normlarının içeriğinin ve kapsama alanının saptanmasında kullanılan araçlar şöyledir:

Burada da ikiye ayrılmış bir bakış açısı sözkonusudur. İlki araçlara göre bir ayrımı öngörmektedir. Diğeri ise sonuca göre bir değerlendirmeyi amaçlamaktadır. İlkinde bir yandan gramatik ya da filolojik yorum söz konusudur. Burada Radbruch'a göre önceden düşünülmüş olan üzerine düşünmektir bu. Önceden kavranmış olanın kavranmasıdır. Dilsel kullanım bağlamıdır. Olası anlamdır. Bir normun çekirdek ve çevre alanıdır. Wittgenstein'a göre bir sözcüğün anlamı onun dildeki kullanılma tarzıdır.

Araçlarına göre yapılan yorumda ayrıca lojik-sistematik bir yorum yöntemini de zikretmek gerekmektedir. Yine Radbruch'un ifadesiyle bu doğru düşünmek, düşünmeyi sürdürmek ve önceden düşünülmüş olanı sonuna kadar düşünmektir. Bu düşünmek'te de formal-lojik ve teleolojik yorumlarla karşılaşıyoruz. İlkinde *"kavramlar içtihadı"* dediğimiz yöntem sözkonusudur: Burada kavramlardan hukuksal sonuçlar çıkarsanır. İkincisinde bir hukuk normunun amacı, anlamı, *ratio legis*'i ya da birçok normun veya hukuk düzeninin bütünüyle *ratio iuris*'i sorgulanır. Buna da *"menfaatler içtihadı"* demekteyiz. Bunları saptayabilmek için de ya sübjektif, tarihsel bir yorum, yani yasakoyucunun iradesinin ne olduğunu araştırırız, ya da yasanın anlamının, hikmetinin ne olduğunu bilmeye çalışırız. Yasakoyucunun iradesini araştırmanın yöntem olarak seçilmesiyle hukuk güvenliği değeri korunmuş olurken, hukukun da kemikleşmesine yol açılmış olur. Güçler ayrılığı ilkesine katı bir bağlılıktır bu. Yasaya anlam vermek yönteminde ise bir canlılık ve hukukun tarihsel gelişiminin tanınması vardır. Ancak 'yargıç keyfiliği' tehlikesi de bulunmaktadır.

Özetle Savigny'ye göre yasaya içkin olan düşüncenin kurgulanmasında dört öge sözkonusudur: 1. Gramatik öge, 2. Mantık ögesi, 3. Tarihsel öge ve 4. Sistematik öge.

Sonuca göre yapılan ayrımda ise, hukuk normunun uygulama alanını genişletici veya daraltıcı yorumlar yapmaktayız.

III

Jurisprudentia'nın bu içerik, biçim ve yöntemiyle bir bilim olup olmadığını, ancak benimsediğimiz bilim tanımı ve tasnifi ile bilebileceğiz.

Hukukun hep üç boyutundan söz edilir. Bu üç boyut aslında birçok kavram için de geçerlidir. Bunlar, olgu, norm ve değer boyutlarıdır. *Jurisprudentia*, hukuka norm boyutunda ilgi duyan bir bilgisel etkinlik alanıdır. Hukuk daha çok bu boyutu ile toplumsal realiteye müdahil olur. Hukukçular bunlardır. İlmi ve kazai dediğimiz bir içtihat alanında bunlar doğru ya da adil hukukun bilgisini ortaya koyduklarını düşünmektedirler.

Hukuk ayrıca değerlerle ve değer yargılarıyla temellendirildiği için felsefenin etik dediğimiz alanı ile de iç içe bulunmaktadır. Kant'ın hukuk etiği dediği alanda felsefenin bilimsel olmak iddiası yok ise, hukuka bu boyutunda bir bilimsellik tartışması getirmeye de gerek yoktur.

Jurisprudentia ile *"Hukuk ve Bilimi"* başlığını kasdederken, "Hukuk ve Bilimleri" başlığı ile de hukuku bir olgu olarak formel araştırma objesi yapan bilimleri, hukuka bilimsel bir boyut getirecek olan disiplinler olarak görmeyi kasdetmekteyim. *Jurisprudentia* bu katkı ile bir katmanlı ve katışık bilim olma niteliği kazanabilir. Yani hukukçular ancak bu yol ile bilimciler olmak özelliğini taşıyabilir.

Bu bilimler, hukukun gerçekliğini kendi ilgileri açısından araştırma konusu yapmaktadır. Hukuk sosyolojisi bunların başında gelmektedir. Hukuk antropolojisi, hukuk etnolojisi, hukuk psikolojisi, hukuk tarihi gibi bilimler yanında her türlü interdisipliner empirik araştırma etkinlikleri de bilimsellik özelliğini taşıyabilecektir.

Ama bilim için, bilimcilerin yaptığı şeydir diyerek, *"tartışılmaz bilimci"*lerin, hukukçuları bilimci olarak görebilmelerinin buna uygun koşullarının tesbitini onlara bıraktığımızda, kendi yöntemlerine tabi olmayan etkinliklerin bilim olamayacağı kararını vereceklerini önceden bilebiliriz. Öte yandan, aynı bakışla hangi etkinliğin bilim olduğunun tayini bürokrasiye ve siyasete kaydırılmış olacaktır. Böylelikle bilimsellik ölçütü en sonunda siyasi ve mali kaygılara dayanacaktır. Burada hiçbir bilim *"bilimselliğinde"* tartışılamaz olamayacaktır.

Bilim sosyolojisi bağlamında bilimselliğin paye ve zırh olarak bilimcilere önemli bir menfaat sağladığını gözlemleyebiliriz. Buradan hareketle de Onbirinci Yüzyıl Bologne'sından beri hukuk fakültelerinde *jurisprudentia* ile iştigal eden hukukçuların bugün artık bilim yapmadıklarını söylemek, onların normatif, analitik bir bilim yaptıklarını söylemekten daha zordur. Ama gerçekte onların yaptığı şey, yukarıda Kaufmann şemasında sunduğum etkinlikten başka bir şey değildir. Bu süreçte ürettikleri şey ise, burada ve şimdi adil ya da doğru hukuk diyebileceğimiz davranış modellerinin, rollerin ve ilişkilerin bilgisidir.

Hukukçulara aslında bilimci olmaktan daha fazla itibar kazandıran şey ise, bu yolla iktidarın kurgulanması ve meşrulaştırılmasıdır. Paye ve zırh olarak bilimci olmak özelliğine ihtiyaç duyan hukukçu bu ilişkide, azınlık görüşünü temsil eden hukukçudur. Bilimsellik birçok mahkeme kararında ve sosyal, siyasal yaşamda ciddi bir meşruluk nedeni olarak algılanmaktadır. Bilimsel çalışmalara ilk taşlar bilimsellik sınırlarını aşmak ya da bilimsel olmamakla suçlanarak atılmaktadır.

Topluma bu denli mal olmuş bir bilgi alanının çalışma tarzının bilimsel olup olmadığını kabaca, bilimin sözlüklere geçmiş genel tanımına ve tarzına göre belirlemeye karşı olmamak gerekir:

Rehfus'un editörlüğünde yayımlanmış *"Felsefe Sözlüğü"*nde bilim için

kısaca söylenenler şöyledir[8] : Araştırma sürecinde kazanılan, önermeler ve tümcelerde formüle edilmiş bilgilerin bütünü... Bilimsel araştırmanın motivasyonu; bilgiye karşı ilksel, nesnel tutku ve hakikatin aranmasıdır. Bilimsel araştırmanın hedefi, kuramlarla kavranmış yasalar yardımıyla açıklamalar yapmaktır. Gözlem, ölçüm, deney, yorum, açıklama gibi tüm farklı yöntemsel çalışma tarzları ortak bazı özellikler taşımaktadır: Bilimsel araştırma intersübjektif olarak kavranabilir olmalıdır. Bunlar temellendirme bağlamlarında ifade edilmek durumunda olup, doğruluk ya da hakikat ölçütüne göre ölçülmektedir. Bu çerçevede genel olarak, Angloamerikan alandan gelen bir bilim tasnifi kabul görmektedir: natural sciences (doğa bilimleri), social sciences (toplum bilimleri) ve humanities (tinsel bilimler). Filozof Diemer tarafından önerilen üçlü tasnif de buna benzemektedir: Physikorientierte metrische Wissenschaften (fizik yönlü ölçümlü bilimler), Verhaltenswissenschaften (davranış bilimleri) ve Kultur- oder Sinngebildewissenschaften (Kültür bilimleri ya da anlam kurgulu bilimler).

Endruweit ve Trommsdorff'un editörlüğünde yayımlanmış olan *"Sosyoloji Sözlüğü"*nde bilim bu kez şöyle ele alınmaktadır[9] : Kurumsallaşmış, çok aşamalı, mantıksal bağımlı, nesnelleştirilebilir yöntemlerle bilgi toplayan bir önermeler sistemidir (Chalmers). Bilginin dört türünden söz edilebilir: İş ve ifa bilgisi (Leistungs-, Arbeitswissen), egemenlik bilgisi (Herrschaftswissen), eğitim bilgisi (Bildungswissen), sağlık ve kurtuluş bilgisi (Heil- und Erlösungswissen) (Scheler). Bilim bugün kendi başına bir altsistem oluşturmaktadır (Luhmann). Bilimsel kurumlar araştırmaların yapıldığı, sonuçlarının yayımlandığı, bilginin toplu olarak aktarıldığı, korunduğu süreklilik taşıyan sosyal kuruluşlardır (Douglas). Bilimsel önermeler için şu koşullar gereklidir (Eco): Konuyu, üçüncü kişilerin kavrayabileceği ölçüde bir kesinlikle belirlemek (Intersubjektivitaet); henüz bilinmeyen bildirimlerde bulunmak (Novitaet); savların kılgısal olarak doğrulanması (Pragmatizitaet) ve yöntemsel olarak yeniden sınanabilir olmak (Nachvollziehbarkeit).

Bilimsel bir kuramın tanınabilmesi için şu ölçütlere uygunluk göstermesi gerekir: (ex ante) öndeyi ya da öngörü yeteneği, bilginin dizgeleştirilmesi ve görgül olarak içeriğinin belirginleştirilmesi (Sneed). Değerden bağımsızlığı postülası ise farklı biçimlerde tartışılmaktadır (M. Weber).

"Historisches Wörterbuch der Philosophie", *"New Philosophy of Science und andere neue Entwicklungen"* (Bilimin yeni felsefesi ve diğer yeni gelişmeler) başlığı altında şu saptamayı yapıyor[10] : 1960 yıllarından başlayarak, eleştirel rasyonalizmin yanında (daha bu yıllarda eskimiş olan) mantıksal empirizmin çöküşü ile 'New Philosophy of Science' bilimin yeniden belirlenimi bakımından önem kazanıyor. Bu anılan bakış açılarından bu görüş, şu özellikleriyle ayrılmaktadır: Bilimi orantılı ve dizgesel olarak toparlanmış sonuçların mantıksal çözümlenmesi ile, yani birörnek yöntemsel standartlar ile belirlemek yerine, onu tarihsel bir süreç olarak görmektedir. Bu süreç yalnızca bilime içkin gelişim belirleyiciler ile değil, aksine baskın gelen toplumsal ve kültürel etkilerle ve her şeyden önce ne mantıksal, ne de yöntemsel olarak saptanması imkansız kuramsal yönlenişlerle (düşünce biçemi, ana düşünceler, doğa düzeninin idealleri, paradigmalar vs.) düzenlenmektedir. Bu nedenle, bilime tekbiçimli hedef belirlemeler, aynı anlamda yöntem tekçilikleri, 'data'ların ya da duyu algılarının empiristik aşırı vurgulanması da reddedilmektedir.

20. Yüzyılın felsefesi ve Bilim Kuramı; bilimin önerme ve sistem karakteri (sonuç olarak bilim), bilimin pragmatik belirlenimi (eylem olarak bilim), metodolojik kuralsallık (kural izleme olarak bilim), tarihsel koşulluluğu ve değişebilirliği (süreç olarak bilim) yanında, bir toplumsal kurum olarak onun düzenini ve etkisini de dikkate aldığında, değer yönelimli oluşu ve bir bilim etiği yeni tartışmalarda bir eksiklik olarak ileri sürülmektedir.

Buradan, özellikle bu son söylenenden *"Hukuk ve Bilimi"* yerine bir *"Bilim ve Hukuku"*na gelmiş bulunuyoruz. Bize, bir *"bilim hukuku"*nun bilimcilere ve azınlık görüşünü savunan hukuk bilimcilerine, katıldıkları bilgi üretme sürecinde kaygısız, özgür ve sorumluluk içerisinde çalışabilmelerini mümkün kılacak koşulları bir haklar sistematiği olarak kurgulamasını dilemek kalıyor.

Bilim hukukçularının bu etkinliğinin 'bilim' olup olmadığını sorgulamak artık zorunlu görünmüyor.

(8) Wulff D. Rehfus (Haz.), Handwörterbuch Philosophie, Göttingen 2003, "Wissenschaft" maddesi.
(9) Günter Endruweit / Gisela Trommsdorf (Hazırlayanlar), Wörterbuch der Soziologie, 2. baskı, Stuttgart 2002, "Wissenschaft" maddesi
(10) 12. cilt, Darmstadt 2004, "Wissenschaft" maddesi