H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

HUKUKA FELSEFİ VE SOSYOLOJİK BAKIŞLAR SEMPOZYUMU - III

7-9 EYLÜL 2006, İSTANBUL

◦ Kasım Akbaş ◦ Vecdi Aral ◦ Çetin Aşçıoğlu
◦ Ali Şafak Balı ◦ Hamdi Bravo ◦ Işıl Bayar Bravo
◦ Esra Çağrı ◦ Gökçe Çataloluk
◦ Sinan Kadir Çelik ◦ A. Kadir Çüçen
◦ İsmail H.Demirdöven
◦ R. Cengiz Derdiman
◦ Mustafa Kemal Efe-Şengül Yaman Efe
◦ Zeynep Özlem Üskül Engin
◦ Hatice Nur Erkızan ◦ Serkan Gölbaşı
◦ Sercan Gürler ◦ Altan Heper
◦ Yasemin Işıktaç ◦ Naci İspir ◦ Yusuf Karakoç
◦ Muharrem Kılıç ◦ Mustafa Kutlu ◦ Barış Mutlu
◦ Hayrettin Ökçesiz ◦ Veli Özer Özbek
◦ Mehmet Tevfik Özcan ◦ Selen Özel
◦ Rabia Sağlam ◦ Kemal Şahin ◦ Neşet Toku
◦ Aylin Toman ◦ Halil Turan ◦ Ahmet Ulvi Türkbağ
◦ Bahir Güneş Türközer ◦ Mehmet Turhan-Nur Uluşahin ◦ Gülriz Uygur ◦ Ertuğrul Uzun
◦ Eylem Ümit

16

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz

İSTANBUL BAROSU

Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
KÜTÜPHANE

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

16. KİTAP

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-III"
Sempozyumu Bildirileri

(7-9 Eylül 2006, İstanbul)

Hazırlayan
Hayrettin Ökçesiz

340.1 HFS 2007
A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
340.1 121932

İSTANBUL BAROSU YAYINLARI
İstanbul, 2007

Ankara Üniversitesi
Hukuk Fakültesi
KÜTÜPHANE

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

16. KİTAP

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-III"
Sempozyumu Bildirileri

(7-9 Eylül 2006, İstanbul)

Hazırlayan
Hayrettin Ökçesiz

340.1 HFS 2007
A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
340.1 121932

İSTANBUL BAROSU YAYINLARI
İstanbul, 2007

Genel Yayın Sıra No: 102
2007/13
ISBN: 978-9944-234-08-5

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

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

Kapak Karikatürü: Honoré Daumier

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

Kapak, İç Tasarım ve Baskı: Can Matbaacılık
(0212) 613 10 77 - 613 15 47
Temmuz 2007

SUNUŞ

HFSA'nın bu onaltıncı kitabında, 2006 Eylül'ünde değerli Meslektaşım Sayın Prof. Dr. Yasemin Işıktaç'ın sorumluluğunda ve İstanbul Barosu'nun her türlü maddi ve manevi desteğinde gerçekleşen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" adlı üçüncü Sempozyumumuzun bize ulaşan bildirilerini okuyacaksınız. Bazıları ne yazık ki basıma yetiştirilememiştir. Onları, izleyen HFSA'larda okuyabilmeyi umut ettiğimizi bir dilek olarak yazarlarına burada iletmiş olalım.

Bu kitabın raftaki yerini alabilmesini Değerli Meslektaşım Sayın Doç. Dr. Gülriz Uygur'a borçluyuz. Değerli Mesai Arkadaşları Sayın Arş. Gör. Dr. Eylem Ümit, Arş. Gör. Dr. Saim Üye ve Arş. Gör. Zeynep İspir'in, Can Grafik'ten Sayın Semiha Şahin'in değerli emekleriyle bu kitap kağıt ve mürekkeple buluşabilmiştir. Can Matbaacılık'taki değerli emektaşlar onu elle tutulur kılmışlardır.

İstanbul Barosu'nun Değerli Başkanı Sayın Kazım Kolcuoğlu'nun öncülüğünde bu kitaplarımız, karar aşamalarında dikkat ve düşüncelerini HFSA için kullanan tüm değerli avukat meslektaşlarımın destek ve teşviki ile vücut bulabilmektedir.

Baştan sona herkese şükran ve minnet duygularımızı sunuyoruz.

Bildirisini yayımlanmak üzere gönderen yazarlarımıza ikinci bir teşekkür borcumuz bulunmaktadır. Onlar bilgi ve düşüncelerini burada yeniden bizimle paylaşıyorlar. Yazıları burada sempozyum sırasına göre yer almaktadır.

Değerli okurlarımızı ve tüm HFSA yazarlarımızı 2008 yılı dördüncü sempozyumumuza bildiri ile ya da tartışmacı olarak katılmaya davet ediyoruz. Bu etkinliğimizin kapsamını -süre ve konu olarak- olabildiğince geniş tutmaktayız. Aslında kapsam Sizlerin ilgisi derecesinde genişlemekte ve çeşitlenmektedir. Bunun da öncekilerden geri kalmamasını diliyoruz. Bunları söylerken İstanbul Barosu'nun değerli üyelerinin ve yöneticilerinin giderek gelenekselleşen bu etkinliği sahiplenmelerinin HFSA'ya bir gelecek perspektifi sunduğunu ve bizi sevindirdiğini belirtmeliyim.

Hayrettin Ökçesiz

İÇİNDEKİLER

- Eğitim ve Hukuk Eğitimi-*Vecdi Aral*.....7
- İnsan Hakları Eğitiminde Felsefe Eğitiminin Gerekliliği *A. Kadir Çüçen* 13
- Yargıç Etiğinin Önemi ve Eğitimi - *Çetin Aşçıoğlu* 18
- Düşman Ceza Hukuku Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış - II *Hayrettin Ökçesiz*.....29
- Sözleşme Kavramı Açısından Dayanışma-Hınç (Ressentiment) Karşılaştırması - *Yasemin Işıktaç* 38
- Yargı Nerede? - *Mustafa Kutlu* 47
- Sosyolojik Hukuk Düşüncesinin Oluşum Süreci *Bahir Güneş Türközer*.....52
- Hukuk ve Siyasetin Kesişim Alanı Olarak Avrupa Birliği *Gökçe Çataloluk* 58
- Hukukun Meşruluğu - *Ali Şafak Balı*.....72
- Kamu Düzenini Etkileyen Sonuçları Açısından Türkiye'de Kolluk Yetkililerinin Hukuksal Durumu *R. Cengiz Derdiman* 86
- Adalet ve Kanun Arasında: Savaş Etik Olarak Temellendirilebilir mi? - *Sinan Kadir Çelik*.....103
- Aristo Şârihi İbn Rüşd'ün Hukuk ve Siyaset Felsefesi *Muharrem Kılıç* 109
- Aristoteles'te Adaletin ve Mutluluğun Ontolojisi Üzerine (1) *Hatice Nur Erkızan* 123
- Aristoteles ve Doğal Haklar Üzerine Bir Çalışma - *Esra Çağrı* 135
- Çağdaş Ahlâk Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımasına Örnek Olarak Lawrence Solum'un "Erdem Ahlâkına Dayalı Hukuk Kuramı" - *Sercan Gürler* 141
- Locke'ta ve Hegel'de Mülkiyet Kavramı *Hamdi Bravo* 169
- Hegel'in Politika Felsefesinde Devlet-Birey İlişkisi ve Hakiki Bir Birey Olma Yolunda Hukukun İşlevi - *Barış Mutlu* 179
- Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti - *Mehmet Tevfik Özcan* 190
- Yüzyılımızın Postmodern Bireyi ve Baudrillard'ın Birey Anlayışı - *Zeynep Özlem Üskül Engin* 209
- Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı-Tartışmalar ve Sorunlar - *Kemal Şahin* 230

- Farklı Hukuk Anlayışları ve Adalete İlişkin Ortak Görüşler *Elif Kuş* 238
- Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Ret - *Rabia Sağlam* 251
- Bir Boşvermişliğin Tarihi ve Genel Olarak Sakatlığa Dayanan Olumsuz Ayrımcılık - *Selen Özel* 266
- Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi - *Yusuf Karakoç* 275
- Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati *Veli Özer Özbek* 283
- Hukuki Argümentasyon Teorisi - *Altan Heper* 288
- Meslek Olarak Hukuk ve Etik - *İsmail H.Demirdöven* 303
- Aristoteles'in Adalet Anlayışı: Mesotes Öğretisi *Işıl Bayar Bravo* 308
- Yeni Aristotelesçi Bakış Açısıyla İyi Bir Yaşamda Dağıtıcı Adalet ve Eşitlik İlkesinin Belirlenimi Üzerine - *Aylin Toman* 315
- Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları *Ahmet Ulvi Türkbağ* 322
- Nötr İlkeler ve Hukuk - *Gülriz Uygur* 330
- Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak - *Ertuğrul Uzun* 343
- Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi *Kasım Akbaş* 351
- Linç: Politika mı, Kültür mü? - *Serkan Gölbaşı* 365
- Mekan ve İmkan: Hukuk Sosyolojisinde Bir Saha Uygulamasının Yol Haritası - *Eylem Ümit* 378
- "Güldünya Tören Olayı"nın Hukuk Sosyolojisi Açısından Değerlendirilmesi - *Mustafa Kemal Efe/Şengül Yaman Efe* 396
- Isaiah Berlin'in Liberalizmi ve Değerlerin Plüralizmi *Mehmet Turhan/Nur Uluşahin* 408
- Liberal Demokrasilerde Kültürel Çoğulculuk, Kamusal Alan ve Hukuk Sorunsalı - *Neşet Toku* 434
- Demokrasinin Maksimizasyonu Ekseninde C.B. MacPherson'un Utilitarizm Eleştirisi - *Naci İspir* 442
- Doğa, İnsan ve Yasa: Thomas Hobbes - *Halil Turan* 452

Eğitim ve Hukuk Eğitimi

Vecdi ARAL*

İnsan doğa ile olan yaşam mücadelesinde, hayvanda olduğu gibi doğal donanımların sağladığı güçle değil, ancak bilincinin kazandırdığı bilgilerle üstün gelebilmektedir. Bu bilgilerin oluşturduğu bilim aracılığı ile o, doğada en güçlü canlı varlık kimliğine kavuşmuştur.

Bunun içindir ki, bilim ve tekniği övüyor, daha da ötesi, onu yüceltip kutsuyoruz. Bugün insan gerçekten, geçmişte NIETZSCHE'nin ön gördüğü "üstün insan" modelini temsil eder gibidir.

Ancak, bununla birlikte içinde bulunduğumuz ve gözden kaçmayan bir başka gerçek var: Hemen hiç kimse yaşamdan ve yaşamından hoşnut görünmüyor; bu yaşamdan açıkça yakınmalar var.

Büyük fizikçi Max PLANCK:

İçinde yaşadığımız dünya garip bir dünya!.. Nereye baksak ağır bir bunalım hüküm sürüyor.[1]

Albert CAMUS ise bu konuda daha da ileriye giderek, çağımızı bir korku çağı diye nitelendiriyor. Ona göre,

XVII. Yüzyıl matematik çağı, XVIII. Yüzyıl fizik çağı, XX. Yüzyıl korku çağıdır.[2]

Günümüzde bu korkunun ilik lerimizi donduracak kadar artmış bulunduğu herkesçe yaşanıp algılanmaktadır.

Korkunun nereden geldiğini ve nedenini ise Albert SCHWEITZER'in şu sözlerinde bulabiliriz:

Üstün insan, gücünün artması ile birlikte gerçekte zavallı ve acınacak bir insan haline gelmiştir. Uzun süredir anlamamız gereken bu gerçeği şimdi lütfen kabul edelim. Üstün insan olmakla gerçekte insan dışı bir varlık olduk.[3]

Anlaşılıyor ki, bugün asıl kendimiz, kendimiz için bir tehdit ve tehlike oluşturmaktayız; korkunun kaynağı ve nedeni kendimizde bulunuyor; daha açık bir anlatımla, bilim ve teknik yoluyla doğadan koparıp kazandığımız gücü kullanış biçim ve amacımızda yatıyor.

Geleceğimizi ve varlığımızı tehdit eden bu "güç kullanma biçim ve amacımızı" ise yaşam anlayışımız, dünyaya ve yaşama bakış açımız, kısaca dünya görüşümüz belirlemektedir.

(*) Prof. Dr., Yeditepe Üniversitesi.

(1) Planck, s. 177.

(2) Camus, s. 59.

Nitekim zamanımızın değerlendirmeleri insanı, insanî ve tarihî yaşamı sadece aşağıdan, onun doğal yanından görüyor. Bu günün uygar insanının tek kaygısı bedeninin kurtulması, onun ihtiyaçlarının giderilmesidir.

İnsanımızda bu kaygıyı uyandıran, temelde doğa biliminin(bilim ve tekniğin) başarıları, yaşamı tatlılaştırmak, kısmen de uzatmakla onda oluşturduğu tümü ile mutlu olmak heves ve umududur.

Gerçekten, çağımızda fen anlamında BİLİM ve TEKNİĞİN üstün başarıları bizleri büyülemiş durumda. O, doğa bilimi olarak, doğanın bir parçası olan beden ve ampirik psikolojinin konusu olan ruhumuzun ihtiyaçlarını inceden inceye saptadı; teknik de bu ihtiyaçları gidermek üzere, bizi doyuma ve huzura kavuşturacağını umduğumuz araçları önümüze serdi, kullanmamıza sundu.

Buna bakarak çağımız insanı artık maddeden ve doğadan başka bir varlık tanımıyor (Materyalizm, Naturalizm); kurtuluşu (cenneti) hiç bir tinsel özgürlüğün bulunmadığı, böylece de her türlü sorumluluktan arınmış doğaya, kesin ve şaşmaz yasalarla belirlenmiş doğal yaşama dönmekte arıyor.

Bunun içindir ki o, doğaya ve doğal güçlere sonuna dek sahip olmayı düşlüyor, bu yolla insanlara egemen olup onları kendi amaçları doğrultusunda kullanmanın hesabını yapıyor. Onun gözünde insanlar üzerinde etkili olmanın yollarından sayılan sağlık ve güzellik gibi özellikleri kazanmak, ekonomik değerleri ele geçirmek, medya aracılığı ile ünlü olmak başlıca hedeflerdir.

Diğer yandan yine yaşamımızda daha çok fizik ve biyolojik güce dayalı spor (vital, yaşamsal değer), varlığın ve yaşamın tek anlamı olarak görülüp yüceltiliyor, böylece, özellikle futbol bireyin günlük yaşamının hemen hemen tümünü dolduran bir meşgale (bir uğraş) kimliğine giriyor.

Sanat ve edebiyatta haz değerleri öne çıkarılıyor (Hedonizm); seksüel yaşam ona temel alınıyor.

Bilim ve eğitimde ise, bireye ve topluma yalnızca maddi anlamda yararlı olan bilgiler hedef alındığından, bunun bireyde yansıması olan kişisel çıkar "bizim Tanrımız makinedir" (3) dedirtecek kadar asıl ruhumuzu köreltici bir etkide bulunuyor . Öyle ki, bu kişisel çıkar şarlatanların, sahte bilim adamlarının ortaya çıkmasına bile neden oluyor.

Hele ahlâk alanına gelince: Burada ilke, çağın anlayışına göre "bu dünyanın adamı" olmaktır; Kusur ve sorumluluk duygularına yer yoktur. Dünyanın sırf güneşli ve aydınlık yanlarını görüp, onun karanlık ve trajik yanının göz ardı eden günümüz insanı, başkalarının acılarını paylaşmaktan kaçmakta, acı çekmeyi, üzüntüyü üzerinden çabucak atması gereken basit bir sıkıntı diye algılamaktadır.

Şimdi böyle bir bilim ve eğitim anlayışı, böylesine bir dünya görüşü ile zamanımızda hırsızlık ve terörizmin kol gezmesine şaşmamak gerekir.

Nitekim genelde, doğadan, Natüralizm ve Materyalizmin öngördüğü dinginliği ve mutluluğu bulmuş değiliz. özellikle çevremizde ve dünyamızda olup bitenlerin içimizde yarattığı korkulardan asla kurtulmuş değiliz. Bu

konuda FROMM'un dediklerine kulak verilmelidir.

Ruh hekimine gelen hasta acaba ondan ne bekler? Eğer, ruhbilimsel kökenli baş ağrılarından, aşırı titizlik saplantısından ya da cinsel yetersizlikten yakınıyorsa bu belirtilerin giderilmesini bekleyecektir. Freud'un hastalarının çoğunu çözümsel yardım aramaya iten nedenler bunlardır. Bu belirtilen ruhsal çözümleme ile ortadan kaldırmak genelde çok güç bir iş değildir. Nitekim bu tür hastaların en az yüzde ellisinin iyileştirildiklerini söyleyebiliriz. Ama son yirmi yılda ruh hekimlerinin yardımını arayan hastaların çoğunluğu artık bu belirtilerle gelmiyorlar. Büyük çoğunluk geleneksel anlamda bir belirti ile değil, Fransızların 100 yıl kadar önce "yüzyılın hastalığı" diye adlandırdıkları rahatsızlıktan yakınmakta. Böyleleri genel bir mutsuzluktan, işlerinden, evlilik yaşamlarından, doyum bulamamaktan çekiyorlar. İncil'deki bir deyimi kullanacak olursak, "onlar her şeyleri olduğu halde yaşama sevinçleri olmadığı" için mutsuzdurlar.[4]

FROMM'un bu saptamasından sonra burada RADBRUCH'un günümüz politikasında ortaya çıkan bir olaya karşı duyduğu şaşkınlık ve üzüntüyü dile getiren deyimlerine de yer vermek, çağımızı betimlemek açısından tamamlayıcı bir gerekliliktir.

Evvelce, dünya tarihinde bir halk, yöneticilerini bu zamanda olduğu gibi böyle doğrudan doğruya ve kesin olarak tanımak olanağına asla sahip olamamıştır. Bunlar şeytanca bayağılıklarını, aşağılıklarını, kötülüklerini radyoda utanmazca sergiliyorlar. Bugüne dek onurlu kalmış insan kitlelerinin dahi kendilerini ancak nefretle, tiksinti ile kendimizi tutarak dinlediğimiz bu kirli ruhlara alkış tutmaları anlaşılır şey değil.[5]

İşte yaşam karşısında bugün duyduğumuz üzüntü, şaşkınlık ve korkunun tümüyle tedirginliğin ortaya koyduğu gerçek şu ki, insana ilişkin bilgi ve anlayışımızda, dünya görüşümüzde bir noksanlık, dahası bir çarpıklık var.

İnsan, Natüralizm'in iddia ettiği gibi, sırf bir doğa varlığı, doğal bir varlık, bir yaratık olarak kabul edilemez...

...tabiatı kendi hakimiyeti altına almak, onu bir takım yeni teknik ve sembollere dayanan prensiplerin objesi yapmak için, insanın kendisini tabiatın dışına attığı aynı anda, onun kendisini, kendi merkezini bu dünyanın dışında ve ötesinde bulunan bir yere demirlemesi gerekirdi. Artık o, kendisini elbette bu kadar cüretle üstüne çıktığı bu dünyanın basit bir "organı", basit bir "parçası" olarak göremezdi.

İnsanın var oluşunun temelindeki gerçek, hayvanlar alemindeki içgüdüsel uyumdan çıkarak – tümüyle kopmasa da doğaya egemen olmasındadır. O doğanın bir parçasıdır ama kopmuştur ondan, geri dönmesi olanaksızdır artık. Bir kez kovulmuştur cennetten-ki doğayla bütünleşmesinin ilk ifadesidir bu geriye dönmeye yeltenirse eğer melekler ateş saçan kılıçlarıyla yolunu keseceklerdir. İnsan an-

(4) Fromm YIT s. 147.
(5) Radbruch Nr 257.
(6) Fromm SS, s. 17.

cak aklını kullanarak, bir daha elde edememek üzere yitirdiği insanlık öncesi uyum yerine yeni insanca bir uyum koyarak ilerleyebilir.[6]

İnsanın evrende demir atacağı yer, toplum olmak zorundadır. Onun tek başına yaşaması, varlığını böylece sürdürebilmesi her şeyden önce bedensel ve ruhsal bakımdan olanaksızdır.

Nedir ki, toplumu oluşturmak sırf akıl gereği olarak görülemez; akıl bir toplumun kurulmasında yeterli bir güce sahip değildir. O, yalnızca zihnimizi ve düşüncemizi bağlar; mantık doğru düşünmenin kurallarını koyar, davranışların değil. Oysa toplum, ortak ihtiyaçları gideren çok çeşitli davranışlar bütünüdür.

Buna göre, doğal bir varlık olmanın dışında bir nitelik kazanmanın, sırf bir yaratık olmaktan çıkıp insan kimliğine kavuşmanın yolu vicdanımıza uygun bir düzenin meydana getirilmesinden geçer. Bu yüzden toplum insan yaşamının mantıken düzenlenmesinden çok ahlaken düzenlenmesidir diyebiliriz. Nitekim toplumsal yaşamın güvencesi (mülkün temeli) olarak kabul edilen adalet, ahlaki bir değer olarak algılanır. Onun istemi insanın aklına değil, aslında iradesine yönelir.

Adalet, herkese kendi hakkını vermek yolunda sağlam ve sürekli bir iradedir.[7]

Ne var ki, toplum içinde insanın ruhsal yanı ile birlikte bedensel varlığının güvence altına alınması, insanın her türlü korkudan, koskoca evrene her nasılsa rastlantı sonucu düşmüş boşluk ve yalnızlık içinde, geleceği olmayan bir varlık olma düşüncesinden kaynaklanan derin ve sarsıcı kaygılardan kurtulmasına asla yeterli değildir ve yukarıda vurgulandığı gibi yeterli de olmamaktadır.

Cennet, bir çoklarının düşündüğü üzere bir toplumdur[8] sözü gerçek anlamını, insanların yalnızca dış ve yüzeysel ilişkilerini düzene bağlayan adalet değerinde bulamaz.

Çünkü adalet ve onun toplumsal işlevini yerine getirmek üzere somutlaşmasını deyimleyen hukuk, insanların sadece çıkar çatışmalarının çözümünü öngörür; onda insanları içten ve sağlam bir bağlılığa götürecek derinlik yoktur.

Bütün insanlar dost olsaydı, adalete ihtiyaç kalmazdı. Bu söz tersine çevrilemez, zira herkes adaletli olsaydı bile, buna rağmen sevgiye muhtaç olacaklardı. (Aristo)[9]

Çünkü, insan düşmanına bile adaletli davranabilir. Üstelik,

Hukuk duygusu belli bir ölçüde ikiyüzlülük ya da kendini aldatma tehlikesi ile karşı karşıyadır: Çıkar, kıskançlık ve çekememezlik, sürekli haklılık iddiası, kavgacılık ve güç arzusu, intikam ateşi ve zarar verme zevki hukuk duygusu ile örtünür. (Radbruch)[10]

Öyleyse insanın toplumda bir cennet yaşamı bulabilmesi, ancak dostluk ve sevgi dediğimiz en yüksek ahlâki değerle olanaklı görünmektedir. Toplumsal yaşamı, insanî bir kimliğe sokacak olan asıl güç sevgi değerinde ve ondan kaynaklanan diğer bütün yüksek değerlerde yatmaktadır.

(6) Fromm SS, s. 17.
(7) Radbruch KRB, s. 18'den.
(8) Unamuno, s. 238.
(9) Hartmann, s. 451'den.
(10) Aral Nr. 60.

İşte, insanın korkulardan uzaklaşabilmesi, yaşamda güven duyup mutlu olabilmesi yüksek değerleri algılayıp, onları bu dünyada gerçekleştirmesine, böylece kültürü oluşturmasına bağlıdır; Çünkü insan yalnızca beden ve ruhtan ibaret değildir; onu diğer bütün varlıklardan ayıran içsel (tinsel) bir yana sahiptir. Bu akıl ve(duyusallıktan çok farklı) derin duygu yanı ile, kısaca vicdanı ile algılayacağı yüksek değerlerdir. İnsan böylece yaşamını anlamlı kılacak, aklı ile kuşku duyduğu ölümsüzlüğü kalbindeki sevginin, dolayısıyla kültürün var edici gücünde bulup huzura kavuşabilecektir.

Var olan her şeye ve yaşama anlam verecek olan bu yüksek değerler, daha doğrusu onların gerçekleşmesini, zaman-mekan boyutunda, tarih ve toplum içinde görünmesini deyimleyen kültür olduğuna göre, eğitim ve öğrenimde asıl amaç sorumlu bir varlık yetiştirmek, kişilik sahibi insanların (bireylerin) oluşmasını sağlamaktır, sağlamak olmalıdır. Bu ise, insana kültür kazandırmak, kültür aracılığı ile bir dünya görüşüne giden yolu açmak demektir.

Gerçekten anlamlı bir varlık olan, yaşamda anlamı aramak durumunda olan insan, bir dünya görüşüne sahip olmadan edemez. O bu dünyada güzeli, doğruyu, iyiyi ve yüceyi sorgulamakta, bu yüksek (manevi) isteklerini gerçekleştirmeye çalışmaktadır. İnsanın, kendisini asıl insan yapan içsel yanında, onu buna zorlayan, karşısına doğal bir zorunluluktan gelen ihtiyaçla değil de, özgür kararlara dayalı bir gereksinme olarak çıkan Tanrısal, etik, hakikat ve estetik gibi yüksek değerler vardır. O, böylece tümüyle dünyanın anlamına yönelen, ona nasıl bir anlam vereceğini soran bir dünya görüşüne varmaktadır.

Dünya görüşü dünyanın en yüksek değer açısından neyi deyimlediğinin, ne olduğunun sorgulanması ile başlayarak felsefeye, felsefe de giderek bilime, varlığın ne olduğunun kavranmasına varır.

İşte, insanın yanlış ve sapık ideolojilere (dünya görüşlerine) kapılmasını engellemek için çağdaş bilim ve felsefeye dayalı bir eğitim ve öğrenim temeldir, vazgeçilmez bir koşuldur. İnsanı insan yapan sorumluluk ancak böylece kazanılır.

Hukuk eğitiminde de insanı insan yapan dünya görüşü, temeldir.

Hukuk bilimi bilim olmakla, varlığı inceler. Nedir ki onun ilgi alanı tümüyle varlık değildir, olamaz; bu ödev felsefeye düşer. Hukukun ilgi alanı, varlığın bir görünümü olan adalet değeridir.

Buna göre, hukuka ilişkin bütün pozitif bilimler bir adalet bilimidir. Yürürlükteki hukuku inceleyen bilimler (dogmatik hukuk bilimleri) bu hukuka yansıtılmış olan adaleti kavramaya çalışırlar.

Hukuku norm yanından değil de, bir olay olarak ele alan bilim ise, hukuk sosyolojisi adı altında o toplumun adalet anlayışını araştırır. Tarihî kimliğinde bir olay olarak hukuk, hukuk tarihinin konusunu oluşturur ve bu bilimin asıl kaygısı geçmişteki hukukun adalet açısından anlamını saptamak, o devrin adalet anlayışını ortaya çıkarmaktır.

Hukuku bütünü ile ele alan hukuk felsefesi ise, doğrudan doğruya adalet sorunu ile ilgilenir, adaletli bir hukukun ("olması gereken" hukukun) ilkelerini araştırır.

İşte bütün bu ödevlerin yerine getirilmesinde çağın dünya görüşü etkin bir temeldir. Çünkü adalet dünya görüşünü oluşturan tüm değerlerden biri olduğu gibi onu yansıtmaya çalışan hukuk da varlığın bir görünümüdür. Bu nedenle dünya görüşünde varılacak bir bilgi ve düşüncenin, adalet ve hukuk anlayışımızı da etkileyeceği, bu anlayışımızı kendi doğrultusuna koşut (paralel) bir niteliğe sokacağı kesindir.

KAYNAKÇA

- **CAMUS, Albert** - Denemeler (Çev. S.Eyüboğlu), Çan Yayınları İst. L960
- **FROMM, Erich** - Sahip Olmak yada Olmak (Çev. Aydın Arıtan), Arıtan Yayınevi, İst. 1990(Metinde "Fromm SO) olarak gösterilmişti).
- **FROMM, Erich** - Sevme Sanatı (Çev. Işılan Gündüz), Say Yayınları, İst.(Metinde "Fromm SS" olarak gösterilmiştir).
- **HARTMANN, Nicolai** - Ethic, 4. unveraenderte Auflage, Berlin 1962.
- **HESSEN, Johannes** - Der Sinn des Lebens, Münster/Westfallen 1955 (Metinde "HessenSL" olarak gösterilmiştir).
- **PLANCK, Max** - Modern Doğa Anlayışı ve Kuantum Teorisine Giriş (Çev. Yılmaz Öner), Alan Yayıncılık, İst. 1987.
- **RADBRUCH, Gustav** - Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler (Çev. Prof. Dr. Vecdi Aral) Kocaeli Üniversitesi Yayınları, Kocaeli 2002.
- **RADBRUCH, Gustav** - Kleines Rechts-Brevier, herausgegeben von Fritz von Hippel, Göttingen 1962 (Metinde "Radbruch KRB" olarak gösterilmiştir).
- **SCHELER, Max** - İnsanın Kosmostaki Yeri (Çev. Tonris Mengüşoğlu), İst. 1968.
- **UNAMUNO, Miguel de** - Yaşamın Trajik Duygusu (Çev. Osman Derinsu), İnkılâp Kitabevi, İst. 1986.

İnsan Hakları Eğitiminde Felsefe Eğitiminin Gerekliliği

A. Kadir ÇÜÇEN*

Bu çalışmanın amacı; insan hakları eğitiminin gerekliliği ve önemini, felsefe ve insan hakları eğitimi ilişkisini, insan hakları eğitiminde verilmesi amaçlanan felsefi zihniyetin nasıl olması gerektiğini ve felsefi zihniyete sahip bireyin insan haklarına ve dünyaya bakışını açıklamaktır.

Bu nedenle insan hakları eğitiminde felsefe eğitiminin gerekliliğini açabilmek için ilkin insan hakları ve eğitiminin tanımı üzerinde durulacaktır. İkinci olarak, insan hakları eğitiminde felsefenin gerekliliği ele alınacaktır. Sonra da felsefi düşünmenin insan haklarının bilgisini, korunmasını ve kullanımını nasıl belirlediği açıklanacaktır. Sonuç olarak ise, felsefi düşüncenin bireye sağladığı kazanımlar açıklanacaktır. Böylece insan hakları eğitiminde felsefe eğitiminin yeri ve öneminin gerekliliği de gösterilmiş olacaktır.

İnsan; hem biyolojik hem de toplumsal varlıktır. Diğer tüm canlı varlıklar gibi, onun da yaşamını sağlayan bir organizması; yani canlı bir bedeni vardır. Bu, onun biyolojik yapısıdır. Biyolojik yapısını sürdürebilmek için insan, diğer insanlarla bir arada bulunmak zorundadır. Ancak o, toplum içinde olduğu sürece yaşayabilir. Bu nedenle, insan aynı zamanda da toplumsal bir varlıktır.[1]

İnsan; düşünen, bilen, eylemde bulunan, karşılaştığı varlık ve nesnelere değer atfeden, onlara karşı çeşitli tavırlar takınan bir varlıktır. Ayrıca insan; isteyen, arzu eden, seçen, özgür olan, toplum ve devlet kuran, öğreten ve öğrenen, sanat, teknik ve bilim yapabilen, konuşan ve gülen bir varlıktır. Bütün bu nitelikler, insanı insan yapan ögelerdir. İnsanın olduğu her yerde, bu özellikler koşulsuz olarak gerçekleşmektedir. İnsanın bu özellikleri arasında sıkı bir bağ ve ilişki vardır. Örneğin; insan bilen ve düşünen bir varlık olarak, sanat, teknik ve bilim alanlarında çeşitli bilgi ve eserler üretir.[2]

İnsan doğuştan getirdiği bazı olanak ve yetenekleri eğitim yoluyla geliştirebilen bir canlıdır. İşte, insanın sadece insan olmasından gelen bu olanak ve yeteneklerini koruması ve geliştirmesi için sağlanan hakların tümüne **insan hakları** adı verilir. İnsan haklarına, her insan sahiptir. İnsana özgü özellikler ve olanaklar, insanı değerli bir varlık yapar. Ancak bunların önce korunması, sonra da geliştirilmesi ge-

(*) Prof.Dr., Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

(1) Çüçen, A. Kadir. "İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişimi", Kaygı: Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi, Sayı 2 Bahar 2003, s.27.

(2) A.g.m., s. 27.

rekir. Çünkü bu özellikler, insanı değerli ve onurlu bir varlık yapar. İşte, her insanda bulunan bu özelliklerin ve olanakların korunması ve geliştirilmesi düşüncesi, *insan hakları* kavramının oluşmasının temelidir. O halde insan hakları, bireylerin salt insan olmalarından dolayı kazandıkları haklardır.[3]

İnsan haklarının bazıları, temel hak ve özgürlükler adını alır. Bunlar, insanın insan olduğu için sahip olması gereken birincil ve vazgeçilmez hak ve özgürlüklerdir. Bunlar olmadan diğer insan haklarının gerçekleşmesi olanaksızdır. Temel hak ve özgürlükler, başkasına verilemez ve devredilemez; çünkü onlar, yaşama, kişi dokunulmazlığı, din, vicdan, kanaat ve düşünce özgürlüğü haklarıdır. Temel haklar, kişiye özgü olmasına rağmen, yine de yasalarca sınırları tanımlanmış haklardır. Kişi, kendi temel haklarını korurken, diğerinin temel haklarına saygısızlık edemez ve zarar veremez.[4]

İnsanın kendine özgü seçim ve kararları doğrultusunda ortaya çıkan haklara, birinci kuşak insan hakları denir. Bu haklar; güvenlik içinde yaşama hakkı, özel yaşamın gizliliği hakkı, düşünme ve düşünceleri ifade etme hak ve özgürlüğü, seçme ve seçilme hakkıdır.

Ekonomik açıdan güçsüz olanları ekonomik, siyasal ve toplumsal eşitsizliğe karşı korumak için de çeşitli insan hakları bulunmaktadır. Bu haklara ikinci kuşak insan hakları denir. Bu haklar; özel mülkiyet hakkı, çalışma hakkı, eğitim hakkı, sosyal güvenlik hakkıdır.

İnsan haklarının bir kısmı da, gelecekteki insanların haklarının göz önüne alınmasını kapsar. Bu haklara üçüncü kuşak insan hakları denir. Bu haklar; çevre hakkı, barış hakkı, insanlığın ortak mirasını koruma hakkıdır.[5]

Eğitim; bilgi alanı oluşturan herhangi bir bilgi ya da bilim dalının, çeşitli yöntemler kullanılarak ikinci şahıslara (öğrencilere) öğretilme sürecidir. İnsan hakları eğitimi;

- haberdar etme,
- bilgilendirme,
- davranış geliştirme,
- duyarlı vatandaş yetiştirme aşama ve süreçleriyle gerçekleşir.
- İnsan hakları eğitiminin amaçları arasında;
- İnsan haklarına ve temel özgürlüklere saygıyı güçlendirmek,
- İnsanlar ve uluslar arasında demokrasiyi, toplumsal adaleti, dayanışmayı ve dostluğu geliştirmek
- Bireyleri etkin yurttaşlık doğrultusunda güçlendirmek,
- Evrensel insan hakları değerlerine dayalı bir barış kültürü oluşturmak vb. gibi insanda bilgi, beceri ve davranış değişikleri sağlamak sayılabilir.[6]

İnsan hakları eğitimi, yalnızca okullarda verilebilecek bir öğretim değildir. İnsan önce doğduğu ve belli bir

(3) A.g.m., s. 29.
(4) Ayrıntılı bilgi için bakınız: Tanör Bülent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", İnsan Hakları, editör: Korkut Tankuter, YKY İstanbul 2000. s. 47-63.
(5) Uygun Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", İnsan Hakları, editör: Korkut Tankuter, YKY İstanbul 2000. s. 21-25.
(6) Ders Kitaplarında İnsan Hakları, İnsan Haklarına Duyarlı Ders Kitapları İçin, Editörler: Melike Türkan Bağlı, Yasemin Esen, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, Tarih Vakfı Yayınları İstanbul 2003. s.23-24.

yaşa kadar birlikte olduğu ailede, insan hakları eğitimi alır. Demokratik bir anlayışa sahip bir ailede, aile üyeleri birbirlerini dinler ve ortak kararlara varabilirler. Böylece kendi ve diğerinin haklarına saygı ortaya çıkar.

Okulda devam eden insan hakları eğitimi, kişiyi topluma ve geleceğe hazırlar. Okuldaki insan hakları eğitimi, bilimsel bilgilerin ışığında öğrencilere adalet, eşitlik, özgürlük, barış, onur, hak ve demokrasi kavramlarının anlamını öğretir. Özellikle okullardaki eğitsel kol çalışmaları, insan hakları eğitiminin öğrencilerin yaşamlarında ve uygulamalarındaki gelişimini hızlandırır. Eğitsel kol çalışmalarında, öğrencilerin demokrasi kültürünü yaşayarak öğrenmeleri amaçlanmalıdır. Eğitsel kol çalışmalarında öğrenci;

- Kendisine ve kol arkadaşlarına karşı olan sorumluluğunu ve haklarını öğrenir ve bunları korumaya çalışır,
- Diğerlerinin haklarına karşı saygı duymayı öğrenir,
- Böylece haklara saygı duymayı genelleyerek, tüm insanların haklarına saygı duymayı öğrenir.

İnsan hakları eğitimi, aile ve okul dışında da devam eden bir süreci kapsar. İnsan hakları eğitimi, insanın tüm yaşamı boyunca devam eder. Devlet, yazılı ve görsel medyayı kullanarak, insanların birbirlerinin haklarına saygı duymalarını ve bu hakları korumalarını amaçlayan yayınları özendirmelidir. Seminer, konferans ve panellerle, insan hakları eğitimini geniş kitlelere ulaştırmalıdır.

Daha sonra diğer insanların da bulunduğu toplumla birlikte yaşamayı öğreniriz. İşte, okul dışında tüm hayatımız boyunca sürdürdüğümüz öğrenme etkinliğine yaygın eğitim denir. Yaygın eğitim, çalıştığımız iş yerinde, seyrettiğimiz televizyonda, okuduğumuz gazete ya da kitapta, arkadaşlıklarda, vb. olaylarda hep devam eder.

Eğitim insanoğlu içindir. İnsanlığın temel prensipleri kazandırılmaksızın bireyler, insan olma değerine sahip olamazlar. İnsanın düşünme, hissetme ve bilme kapasitelerini geliştirmediği sürece de eğitimin bir önemi yoktur. İnsan, haklarını, demokrasiyi ve diğer kavramları bilip benimseme, uygun davranışlar sergileme, ancak eğitilmekle mümkündür.

"İnsan hakları eğitimi" herkeste insan haklarına saygı ile bu hakları koruma ve yararlanma bilincini geliştirmek amacıyla, uygun içerik, materyal ve yöntemlerle verilen eğitime karşılık gelir. Bu açıdan, insan hakları eğitiminin temel ilkeleri şunlardır;

- Etik İlkeler,
- Sevgi, Saygı, Hoşgörü ve Güven,
- Eğitim ve Bilgi,
- Düzen, Hukuk ve Demokrasi,
- Barış, Eşitlik ve Özgürlüktür.

Bu ilkeleri gerçekleştirmek için de insan hakları eğitiminin yöntemi öğrenci / öğrenen merkezli öğretim ya da eğitim olmalıdır. Bu yöntemde öğretenin "mutlak bilgili" öğrenenin ise "mutlak bilgisiz" ve pasif bir konumda olduğu kabul edilmez. Öğrenenin ve öğretenin birlikte bilgiyi aramaları istenir. Böylece insan hakları eğitiminin en önemli hedefi; kişinin bilgi edinme ve karar alma süreçlerine katılım bilincinin ve sorumluluğunun geliştirilmesidir. Böyle bir eğitim ancak felsefi düşünmeye sahip bireylerde tam olarak gerçekleştirilebilir. Çünkü felsefi dü-

şünmeye sahip bireyde aşağıdaki özellikler hem bulunur hem de daha çok geliştirilebilir:

- Merak ve şüphe
- Akılcı düşünme
- Eleştirel yaklaşım
- Çok bakışlı, araştırıcı ve sorgulayıcı düşünme
- Problem görme
- Çözüm önerisi getirme
- Farklılıkları kabul etme[7]

Bu özelliklerin bireyde bulunması yetmez; bu özelliklerin ortaya çıkması ve geliştirilmesi de gereklidir. Bu özelliklerin kazanımda ve geliştirilmesinde felsefenin büyük rolü olduğu kabul edilir. Çünkü felsefi düşünme doğasında bu özellikle zaten barındırmaktadır. Bireye felsefi bakış açısı kazandırmak için;

– çocukluktan itibaren merak ve öğrenme isteğinin önünü açmak,

– sorulara doğru yanıt alma ve bulma ortamı içinde olmasını sağlamak,

– bilgi öğrenme sürecini, bilgiyi bulma ve araştırma sürecine dönüştürmek,

– oyun, tiyatro, drama ve yaratıcı düşünmeye yönelik uygulamalı yaşam alanları oluşturmak,

– çocuğun/kişinin bir birey olarak kendisinin de düşünebileceğini ve düşündüğünün de değerli olduğunu gösterme olanakların sağlayacak demokratik, hoşgörü üzerinde kurulan, etik ilkeleriyle desteklenmiş bir öğretim ortamı ya da yaşam alanı oluşturmak gerekir.

Bu öğretim ortamı ya da yaşam alanları:

- Aile içinde söz hakkı olduğunu ve düşüncelerinin katkı yapabileceğini kabul etme ve bireye gösterme
- Katılımcı yaşam biçimini destekleme
- Çoğunluğun dışında kalan düşüncenin de olabileceğini ve bu düşünceye de saygı duyulması gerektiğini öğretme ve uygulama
- İnsana sevgi ve saygının gerekliliğini görme ve yaşama biçimi haline getirme
- Etik değerlerin gerekliliğini görme ve uygulama özelliklerini içermelidir.
- Toplumsal yaşam ve felsefi bakışa sahip olan birey şu özellikler sahiptir:
- Farklılığı görme ve kabul etme
- Hoşgörülü olma
- Demokrasi ve katılımcılığı yaşam biçimine dönüştürme
- Görev bilincine sahip olma
- Sorumluluk sahibi olma
- Diğerlerinin de birey olduğunu ve bizim kadar haklara sahip olduğunun bilincinde olma
- İnsanlık için iyiyi, doğruyu ve güzeli isteme
- Kendini gerçekleştirme yollarını arama
- Örgütlenerek hak ve özgürlüklerin öğrenilmesi, korunması ve geliştirilmesini sağlamak
- Diğer insanlara ulaşmak ve onlarında kendi olma olanaklarını görmesini sağlama

(7) Ayrıntılı bilgi için bakınız: Çüçen, A. Kadir, *Felsefeye Giriş*, Asa Kitabevi Bursa 2006. s. 45-49.

- Demokratik yaşam biçimini yaygınlaştırmak
- Bir arada yaşama bilinci ve sorumluluğu geliştirme
- Dinleme, kendi fikrini savunma gibi zihinsel becerileri geliştirme
- Yazılı ve görsel basın gibi çeşitli kaynaklardan elde edilecek materyali analiz edebilme, özellikle ön yargı ve ayrımcılık gibi konuları tanımlayabilme becerisi
- Farklılıkları kabul etme, olumlu kişisel ilişkiler kurabilme gibi toplusal beceriler
- Çatışmaları şiddete başvurmadan çözebilme becerisi
- Sorumluluk alma ve karar alma süreçlerine katılım becerisi[8] kazandırır.

Felsefi düşünme destekli insan hakları eğitimi ile barış, adalet, sorumlu ve katılımcı vatandaşlık, hukukun üstünlüğü gibi insan hakları kültürü ile ilişkili kavramların aktarılması gerekir. Nitekim çeşitli ülkelerde sadece insan hakları eğitimi ismiyle değil, barış eğitimi, düşünce eğitimi, düşünce tarihi, demokrasi eğitimi ya da yurttaşlık eğitimi gibi başlıklarla da verilmektedir.

İnsan hakları kültürünün gelişebilmesi için, küçük yaşlardan itibaren bireylere devlet, demokrasi, adalet, hukukun üstünlüğü gibi kavramların doğru ve açık bir şekilde aktarılması gerekir. Bunların olabilmesi ancak *felsefi düşünmenin* kazanılmasıyla olanaklıdır. Çünkü felsefe, kavramları aydınlatmayı, sorgulamayı, eleştirmeyi, onlara yeni boyut kazandırmayı amaçlayan tutumuyla hem bilimlerden hem de inanç dizgelerinden ayrılır.[9] "İnsan haklarını koruma sorunu, *felsefi, etik* ve *siyasal* bir sorun olarak görünüyor. *Felsefi* sorundur, çünkü insan hakları kavramının açıklığa kavuşturulmasına...şiddetle ihtiyaç vardır. *Etik* bir sorundur, çünkü günlük yaşamda bu haklara saygı gösteren ya da onları çiğneyen *kişiler*dir."[10] Bu nedenle felsefe eğitimi almış ve etik değerlere sahip bireyler, insan hakları kavramının ne anlama geldiğini kavram kargaşalarına neden olmadan anlar ve böyle bir düşünmeyi de yaşam biçimine dönüştürebilir.

KAYNAKLAR

- Bağlı, Melike Türkan ve Esen, Yasemin (editörler), *Ders Kitaplarında İnsan Hakları, İnsan Haklarına Duyarlı Ders Kitapları İçin*, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, Tarih Vakfı Yayınları, İstanbul. 2003.
- Çotuksöken, Betül, "İnsan Hakları Eğitiminde Felsefenin Vazgeçilmez Rolü" *50 yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları*, TFK Yayınları, Ankara 1999.
- Çüçen, A. Kadir. "İnsan Hakları Düşüncesinin Gelişim", *Kaygı: Uludağ Üniversitesi Felsefe Dergisi*, Sayı 2 Bahar, 2003.
- Çüçen, A. Kadir, *Felsefeye Giriş*, Asa Kitabevi, Bursa, 2006.
- Kuçuradi, Ioanna, "Felsefe ve İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, TFK Yayınları, Ankara, 1980.
- Tanör, Bülent, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi", *İnsan Hakları*, editör: Korkut Tankuter, YKY, İstanbul, 2000.
- Uygun, Oktay, "İnsan Hakları Kuramı", *İnsan Hakları*, editör: Korkut Tankuter, YKY İstanbul 2000.

(8) *Ders Kitaplarında İnsan Hakları, İnsan Haklarına Duyarlı Ders Kitapları İçin*, Editörler: Melike Türkan Bağlı, Yasemin Esen, Türkiye Ekonomik ve Toplumsal Tarih Vakfı, Tarih Vakfı Yayınları İstanbul 2003. s.24

(9) Çotuksoken Betül, "İnsan Hakları Eğitiminde Felsefenin Vazgeçilmez Rolü" *50 yıllık Deneyimlerin Işığında Türkiye'de ve Dünyada İnsan Hakları*, TFK Yayınları, Ankara 1999. s.382.

(10) Kuçuradi Ioanna, "Felsefe ve İnsan Hakları", *İnsan Haklarının Felsefi Temelleri*, TFK Yayınları Ankara, 1980. s. 53.

Yargıç Etiğinin Önemi ve Eğitimi

Çetin AŞÇIOĞLU*

1-AMAÇ

Kamu oyu araştırmaları; Türk halkının, yargıya olan güveninin yüzde elli dolaylarında olduğunu ortaya koymaktadır. Bu durum; Türk Yargısı'nın, her kademede ve konumda; hak arayanlara "doğru ve güvenli (adil) yargılama yapıldığı görünümü" veremediğinin güçlü kanıtıdır. Yargıçların bilgili ve yetenekli olmaları göz ardı edilemeyecek bir koşuldur. Ancak; etik değerlerlerin güncelleşmediği bir yargı düzeninde, hak arayanların doğru yanlış kuşkulara dayanan güvensizlik içinde olmaları kaçınılmazdır.

Bu nedenle; yargıç etiğinin, yargının olmazsa olmaz koşulu olduğu kabul edilmelidir. Oysa ülkemizde, yargıç etiğinin önemi kavranmadığı gibi eğitimi de verilmemektedir. Eğitimi verilmeyen etik değerlerin bilincinin her kademede ve konumda güncelleşerek topluma güven aşılaması da beklenmemelidir. İşte bu çalışmamla, "yargıç etiğinin önemi ve eğitimini" tartışmaya açarak, daha nitelikli çalışmalara, girişimlere ve tartışmalara yol açmayı amaç edindim.

2-TEMEL KAVRAMLAR:

A-Ahlâk

Arapça hulk sözcüğünden türemiş olan ahlâk kavramı Latince moral (moruilete-moralischer) sözcüğünün karşılığıdır. Sözcük olarak insanın yaradılış ve tinsel özelliklerinin bütünü, öz yapısı anlamlarına gelmektedir.Ahlâk kavramının düşünce akımlarına göre çeşitli tanımları yapılmıştır. Örneğin:

-Mutlak olarak iyi olduğu düşünülen ya da belli bir yaşam anlayışından kaynaklanan davranış kuralları bütünüdür

-İnsanların kendisine göre yaşadıkları kendilerine yol gösterici aldıkları ilkeler ve kurallar bütünüdür.[1]

-Toplumların gereksinim ve çıkarları doğrultusunda; alışkanlıklar, gelenekler, töreler ve kamu oyunun gücünden destek alan, kendiliğinden biçimlenmiş, genel kabul görmüş yasaklama ve değerlendirmelerdir[2].

Bu tanımların ortak yanı "insanların yaşamına yönelmiş ve toplumsal yaşamın ürünü olan kurallar" olmasıdır.

Bireylerin ahlâki ilke ve değerleri arasında bir çatışma bulunduğu gözlemlinden yola çıkarak: ahlâki değerlerin ve ilkelerin kişiden kişiye, toplumdan topluma, çağdan çağa değiştiği de söylenebilir. Bu bağlamda ahlâk, kültürlere, hatta bireylere göre görelidir[3].

B-Etik (ethics-ethique)

Etik sözcüğü Yunanca "karakter, örf, usul ve gelenek" anlamına gelen ethos sözcüğünden türetilmiştir. Etik, insanın toplumsal yaşamdaki ahlâki sorunlarını inceleyen bir ahlak felsefesi dalıdır.[4]

Bu yalın açıklamadan ahlâk ve etik kavramlarının aynı anlama geldiği çıkarılmamalıdır. Her iki kavramı aynı anlamda ve etik yerine de ahlâk kavramını kullananlar rastlanmaktadır. Bunlar bir birinden ayrımlı kavramlardır. Etik ve ahlâk kavramlarının karıştırılmasının nedeni; etiğin bir ahlâk felsefesi olması ve etiğin konusunun ahlâkın araştırma alanında olmasındandır. Oysa ahlâk günlük yaşamda güncelleşen kurallar bütünüdür. Etik ise düşünenlerin, filozofların çalışma alanında yer almasına karşın; ahlâk konusunda, kuralsal düzeyde, herkes söz sahibidir.

C-Meslek (Çalışma alanı) Etiği:

İş ve hizmetlerin özenli, verimli ve ustalıkla yapılması gereksiniminin ortaya çıkardığı uzmanlığa dayalı iş bölümü düşüncesinin ürünü olan meslek etiği, çalışma alanındaki ilişkilerde, bireylere yol gösteren ilke değerleri inceleyerek çalışanların da doğruluk, sözünün eri olma, haksızlığa karşı koyma bilinci oluşturmayı ve her alan ve konumda saygılı olmayı amaçlar[5].

a-Meslek Etiğinin Konuları

aa- Etik Kodlar

Meslek Etiğinin öncelikli konusu, belirli bir iş bölümü alanındaki kişilere yol gösteren doğruluk temel değerinin öngördüğü ilke ve değerleri kırallaştırarak saptamaktır. Etik kurallar, içeriğinde önerilen değer ve yükümlülüklerle, çalışanları doğru davranmaya isteklendirmeyi ve yönlendirmeyi amaçlar. Günümüzde bir çok çalışma alanı, bu amaçla kendi etik kurallarını saptamıştır. Örneğin tıp etiği, avukatlık etiği gibi.

bb-Etik Sorunların İncelenmesi

Meslek etiği, çalışma alanındaki kötü uygulamaların oluşturduğu sorunların eleştirisini ve nedenlerini incelemeyi de üstlenir. Bu konuda çalışma meslek etiğinin en zor alanıdır. Yükset. düzeydeki sorunların üzerindeki giz kaldırıp içerikli bir incelemeyle sorunların açıklanması çalışma alanının toplum önünde güven yitimine neden olur eleştirisi[6] ile gerçekleri dile getirmeden köklü çözümlere ulaşılamaz" düşüncelerin çatışmasını gündeme getirir[7].

cc- Kişilik Kazandırma

Çalışma alanındaki ödev ve yükümlülüklerle, her zaman ve her konumda iyi hizmet ve ilişkiler kurulması olanaklı değildir. Çünkü ödev ve yükümlüklere uyumun izlenmesi, denetlenmesi kolay değildir. Onlarla birlikte çalışanlar da, çalışma alanının gerektir-

(*) Yargıtay Onursal Üyesi, cetina @smileadsl.com.
(1) Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, sh. 19.
(2) Frolov İvan, Cevizci Felsefe Sözlüğü, sh. 7.
(3) Mengüşoğlu, Takiyettin, Değişmez Değerler ve Değişen Davranışlar, sh. 14.
(4) Akarsu Bedia, Felsefi Terimler Sözlüğü, sh. 74.
(5) Aydın İnayet. Eğitimde ve Öğretimde Etik, sh. 23.
(6) Kol kırılır yen içinde kalır, özdeyişi.
(7) Aydın, sh. 24.

diği özyapı (karakter) ve erdem niteliklerinin kazandırılması önemlidir. Bu nedenle meslek etiği bu alanda da çalışma yapar.

b-Meslek Etiği Kurallarına Uyma

Meslek etiği kurallarına uymak, zorunludur. Ancak bu durum, etik kurallara uyulacağı güvencesi vermez. Çünkü etik kurallara uyulup uyulmadığını her konumda denetleme olanağı yoktur.

c-Meslek Etiği ve Ahlâk Arasındaki Ayrım

Meslek etiği ve ahlâk arasında iki temel benzerlik söz konusudur: İkisi de hem "insan davranışları kurallarla doğru davranışlara yönlendirir" hem de "kuralların özünde yüksek değerler yer alır düşüncelerine yer verir. Bunun dışında üç temel ayrım söz konusudur:

1. Etik kurallarına uymak zorunlu olduğu halde ahlâk kurallarına uymak zorunlu değildir.

2. Ahlâk kuralları zaman, kişiye ve olayı bağlı olarak değişebilir ya da ayrı yorumlanabilir ancak etik kurallarına kendine yaşam veren organın (mercii, makam) onayı olmadan değiştirilemez."

3. Etik kurallar evrensel olmasına karşın ahlâk kuralları ülkelere ve yörelere göre değişebilir.

Ahlâk, yalnız kurallar koyar, meslek etiği gibi sorunların nedenleri üzerinde çalışma yapmaz.Meslek etiği kendi çalışma alanında olabildiğince nesnel tek tip bir meslek adamı kimliği oluşturmayı da amaçlar, oysa ahlâkın, böyle bir görevi üstlenmesi olanaksızdır.

3-YARGIÇ ETİĞİNE GİRİŞ

A-Neden Yargıç Etiği?

a-Tarihsel Değerlendirme

Bir ülkede, çeşitli gereksinimleri karşılayacak mahkemeler, bu mahkemelerden verilen kararları denetleyen yüksek yargı organları ve bağımsız yargıçlar bulunabilir. Ancak önemli olan "doğru ve güvenli (adil) yargılama" yapılıyor mu?; hak alınabiliyor mu? bireyler ve toplum yargıya güveniyor mu? gibi sorulara olumlu yanıt verebilmektir.

Ülkemizde, 1950-1960 arası yargı bağımsızlığının tartışıldığı bir dönemdi. Bu nedenle; 1961 Anayasası'nda, bu gün bile özlemini duyduğumuz, yargı bağımsızlığı ve yargıç güvencelerini sağlayacak kurum ve kurallar yer aldı. Bu kurum ve kurallarla, sağlıklı çalışan bir yargı beklentisi inancını bir süre yitirmedi.

Ancak; 1970'den sonra beklentilerin yerini kuşkular almaya ve yargı sağlıklı çalışmıyor söylemleri yaygınlaşmaya başladığında; "yanlış mı yaptık" tartışmaları gündemle geldi. 1980 başkaldırımıyla gelen yönetim, bu sızlanmaları ve söylemleri gerekçe yaparak, kendi felsefesine uygun tanıyı koymakta gecikmedi: "Yargı bağımsızlığı yargıya bol geldi", "yargı siyasal gücün denetiminde sıkı düzene alınmalı"dır.

İşte bu gerekçelerle şimdiki yargı düzeni oluşturuldu. Aksakallılar; "olamaz", "sorun yargının bağımsız olmasında değil", "yargının can damarını kestiniz"; "yarınlarda büyük sorunlar yaşanır" deseler de dinleyen olmadı. Ancak kısa bir sonra bulutlar dağılınca gerçekler gün ışığına çıktı ve yargı sağlıklı çalışmıyor söylemleri yine gündeme geldi ve otuz yıldır da gündemden düşmedi.

b- Şimdi Sorgulayalım Yargı Neden Sağlıklı Çalışmıyor?

Bağımsız yargı ve yargıç güvenceleri dedik ve bu bağlamda kurum ve kurallar getirdik olmadı; neden? Yargı bağımsızlığı yargıya bol geldi dedik ve yargı sözüm ona sıkı düzene aldık yine olmadı; neden?

Yargı bağımsızlığı tamam; olmazsa olmaz bir ilke. Ancak bunu tartışırken hep politik gücün yargı üzerindeki etkinliğinin olumsuzlukları üzerinde odaklandık; çözümleri de, çoğunlukla, bu yolda tartıştık. Aslında yanlış da düşünülmüyordu: Politik gücün yargı üzerindeki etkileri; yargıyı ve özellikle yargıç kimliğini olumsuz etkiliyordu. Ancak kırk beş senedir bağımsız yargının özünde olması gereken b i l g i, k ü l t ü r ve ETİK sorunları hep göz ardı ettiğimiz de bir olgu idi.

aa- Çağdaş Bir Yargı Düzeni ve Yargıç Etiği

Yargılama işlevi, doğrudan insanla ilgili olduğuna göre; hukuk bilgisi yanında etik değerle donatılmış ve her konumda bu değerlere de öncelik veren yargıçlara gereksinim olacaktır. Bu nedenle; yargıç etiği bilgisi ve bilincinin güncelleşmediği ülkelerde, yargı düzeni bol sorunlu tartışılan, güvensiz bir kurum durumunda olması doğal karşılanmalıdır. Bir başka anlatımla çağdaş bir yargı düzeni için yargıç etiği olmazsa olmaz niteliktedir.

aaa- Ülkemiz Açısından Yargıç Etiği

Ülkemizde yargıç etiği bilgisi ve bilincinin düzeyi nedir ? Bu nitelikteki bir soruya, yargı toplum önünde güven yitimine neden olur eleştirisinin geleceği kaygısıyla, yüzeysel ve kaçamak bir yanıt verilebilir. Ancak o zaman da bilimsel ve etik açısından sorgulanma kaçınılmazdır.

Unutulmamalıdır ki, özellikle çağımızda, kurumların işleyişi ve olumsuzluklar örtülüp gizlenemez. Toplum, her zaman; yaşayarak, deneyerek ve gözleyerek kurumlar hakkında bilgi sahibi olma olanağına sahiptir. Sağlıklı verilere ve kanıtlara dayandığı ölçüde gerçekler ortaya konularak tartışılmalıdır. Bu açık, özgür demokratik toplumun da gereğidir.

Bu gerekçelerle şimdi sorunun yanıtı verebilirim: Türk yargısının etik bilgisi ve bilinci orta düzeyin altındadır. Bu yargımız iki temel gerçek bilgiye dayanmaktadır:

Yargıç etiği, ilke olarak, eğitimle kazanılır . Oysa hukuk fakültelerimizde hukukçu etiği diye doğrudan bir bilim dalı bulunmamaktadır. Hâkim eğitim merkezinde yeni adıyla Türkiye Adalet Akademisi' nde de yargıç etiği eğitimi verilmemektedir. Yargıçların yararlanabileceği yargıç etiği konusunu işleyen yapıtların bulunmadığı da ayrı bir sorun. Bu açıklamalar bizi Aristo mantığıyla "eğitimi verilmeyen konunun bilgisi de bilinci de olmaz" yargısına götürmesi olanaklıdır. Bu yargı, güçlü verilerle desteklenmedikçe tartışmalı kalması da doğaldır. Bu nedenle yaşarak, deneyerek ve gözleyerek elde edilen bilgiler de ortaya konulmalıdır:

İsterseniz felsefeci Ahmet İnam'ın yaşadığından başlayalım: "...Bir dostun boşanma davasında tanıktım; hâkim, yorgun, sinirli biriydi, boş gözlerle bakıyordu; parmağını yüzüme doğru

uzatarak a n l a t dedi; felsefeci arkadaşımın mutsuzluğunu aklım sıra Sokrates'in bir sözü ile anlatmak istemiş ve Sokrat diyor ki.. diye söze başlamıştım ki; hâkim gürledi:

-K e s b e a d a m! burası mahkeme, şimdi sokratı, mokratı filan karıştırma ne anlatacaksan düpedüz anlat.

Boynum büküldü; hâkim kendi açısında haklıydı elbette, galiba ben de haklıydım; bir cümlelik Sokrat sözüne kızacak ne vardı ki[8]?"

Bir de Almanya'da İşçi yurttaşımız Ahmet Gümüşdal'ı dinleyelim: "Devlet güçlü, yargı-adalet yücedir; inancımız var. Bu yoldan ayrılmadık. Hak aradığımız mahkeme kapılarında sayın yargıçlarımızdan hakaret görüp, göz yaşlarımızla ayrıldığımız oldu"[9].

Ya Anayasa Mahkemesi de etik kuralları çiğnerse: "Biz bayramdan önce Kulüpler Birliği toplantısı yapacakken, ortada Haluk Ulusoy yoktu. Sonra telefonlar geldi, 'Ulusoy için Anayasa Mahkemesi kararını 3-5 güne kadar açıklayacak, toplantı için biraz bekle' dediler. Bunun üzerine Anayasa Mahkemesi'nden bir dostuma telefon açıp, Ulusoy için karar verme tarihini sordum. 'Mayıs ayından önce karara bağlanmaz' dediler. Sonra bir telefon geldi, 'birileri dosyayı alttan alıp, en üste koyacak, biraz bekle' dediler". Ve onların dediği çıktı. Hem dosya en üste çıktı, hem de karar[10].

İstanbul Barosu'nun, Sayın Prof. Hayrettin Ökçesiz'e yaptırdığı "Adli Yargıda Yolsuzluk Araştırması" adlı çalışması da önemli bir kaynak olarak değerlendirilebilir. Örnekleri çoğaltmak olanaklı; ancak doğrudan bir bilgi sahibi değilseniz siz de çevrenizden rahatlıkla etik kuralların çiğnenmesine ilişkin bilgilere ulaşabilirsiniz.

Bu bağlamda, yargıçları eleştiribiliriz. Ancak bu yolda bilinç oluşturacak bir eğitim ve özendirmenin koşulları oluşturulmadan doğrudan onlara yüklenmenin doğru olmadığını da düşünüyorum. Yargının bir unsuru olan avukatlık kurumunun, yargıç etiği konusunda olumsuz etkileri de göz ardı edilmemeli. Kuşkusuz kendi öz çabalarıyla yargıç etiği bilgisi ve bilinciyle görev yapan yargıçlarımızın varlığı da, azınlıkta olsalar bile, göz ardı edilemez. Ancak yargıç etiği tüm boyutlarıyla ele alındığında, onların da daha üst düzey bilgiye gereksinimleri olduğu anlaşılacaktır.

4- YARGIÇ ETİĞİNİN KAZANILMASININ KOŞULLARI

A-Hukuk Eğitimine Kadar Kazanılan Ahlâki Değerler

İnsan, az ya da çok, ahlâki değerlere doğuştan (genetik yapı- soya çekim) sahip olan bir yaratıktır. Diğer yandan aile ve toplum içinde yaşam, ilişkiler , ilk ve orta eğitim, okunan ve seyredilen yapıtlar kişilerin ahlâki değerlerini (doğru, iyi, güzel, hak sözünde durma, yardımseverlik gibi) olumlu ya da olumsuz etkileyerek kişilik kazanılır.Bu bağlamdaki olumlu kazanımlar, hukuk öğrenimine başlayan hukukçu adayı öğrenciler için hukukçu etiğinin

(8) Cumhuriyet Bilim Teknik eki, 5 Ocak 2002.
(9) Aşçıoğlu Çetin "Doğru Ve Güvenli Yargılanma Hakkınız Var".
(10) Basından.

temel taşlarının oluşmasında azımsanmayacak payı olacağını düşünüyorum.

B-Hukuk Öğreniminde Hukukçu Etiği

Hukuk fakültelerinde öğretim düzeninde;öğrencilerin ileride yargıç, avukat, danışman, yönetici olarak seçecekleri alanlarda ne tür tutum ve davranışlarda bulunmaları gerektiği konusunun işlendiği hukukçu etiği ile ilgili bir ders yer almamaktadır. Bu bağlamda hukuk fakültelerinde: Hukuk felsefesi ve sosyolojisi başta olmak üzere konular işlenirken; öğrencilere hukuk, hak, adalet, yansızlık gibi çeşitli değerlerin bilgisinin verildiği bir olgudur. Ancak bu bilgiler etik boyutlarında ve o amaca yönelik ele alınmadığı için hukukçu etiği bilincinin oluşmasına katkısı yeterli düzeyde olmamaktadır. Şimdi şu soruya yanıt aramalıyız: Hukuk fakültelerinde, örneğin tıp fakültelerinde tıp etiğinin işlendiği gibi, hukuk etiğinin işleneceği bir düzenin getirilmesine gereksinim var mıdır?

Bu soruya "meslek etiği, bilim alanının ilgileneceği konu değildir; ilgili meslek dalının koyacağı kurallarla ilgilidir, bu nedenle hukuk fakültelerinde etik derslerine gerek yoktur" yanıt verilebilir. Etiği, yalnız çalışma alanında davranış kurallarını kodlandırmak olarak yorumlarsanız bu yanıt doğru olabilir.

Oysa hukuk, insanı ilgilendiren adalete yönelmiş bir toplumsal düzen olduğuna göre; bu düzende görev ve yükümlülükler üstlenecek yarının hukukçularında etik değerlerin bilgisi ve bilincinin kazandırılması bilimsel bir yol ve yöntemin varlığını gerekli kılar. Bu nedenle hukuk fakültelerinde, hukukçu etiği zorunlu ders olarak öğrenim düzeninde yer almalıdır. Hukuk öğrenimi sırasında etik değerlerin bilgisi ve bilincini kazanmamış hukukçunun, çalışma alanında belirlenecek etik kodlara uyumu kolay olmayacaktır. Örneğin avukatların, çalışma alanlarında uyması gereken etik kurallar kodlanmıştır. Bunlar avukat adaylarına şöyle ya da böyle ele alınıp işlenir; ancak hukukçu olarak etik bilgisi ve bilinci hukuk öğreniminde verilmediği için çoğunlukla yazılı belge olma niteliğini aşmamaktadır.

a-Öğreti Yoluyla Etik Bilgisi ve Bilincinin Kazanımında İzlenmesi Gereken Yöntem

Hukuk etiği dersi ve öğretisinin amacı, hukukçu adayı olan öğrencilerde etik bilgisi ve bilinci oluşturmak olmalıdır. Bu nedenle işlenecek konular, bu amacı gerçekleşmeye yönelmelidir. Bu bağlamda konular şu ana başlıklarla ele alınmalıdır:

aa-Etik ve Ahlâk Bilgisi

Meslek ya da hukukçu etiği öğretisinden beklenen amacın gerçekleşmesi için öncelikle etik kavramının temel konusu incelenmelidir. Bilindiği gibi etik, insanın kişisel ve toplumsal yaşamdaki ahlâki değerleri ele alıp inceler. Bu nedenle hukukçu etiği incelenirken, özündeki ahlâk felsefesi işlenmelidir. Çünkü doğru, yanlış; ödev ve yükümlülük ve toplumsal sorumluluk kavramlarının sorgulanması olmadan hukukçu etiğinin sağlam temeller üzerine oturtulması olanaksızdır.

Ahlâk; etik ya da ahlâk felsefesinden ayrımlı bir kavram olmasına karşın meslek etiğinin anlaşılmasında ayrıca incelenmesi gereken bir kavram olduğu da göz ardı edilmemelidir.

O halde öğrencilere felsefenin bir dalı olarak etik bilgisi ve bilincinin verilmesi; iyi bir hukukçu tipinin oluşmasına katkıda bulanacağı gibi hukukçunun özellikle avukat ve yargıç olarak davranışlarını belirleyen ve sınırlayan kuralların saptanmasında yol gösterici olacaktır.

bb- Temel Değerler ve Kavramların Bilgisi

Felsefe, sosyoloji, hukuk ve ceza usullerinin konusu içinde kalan temel değerlerin ve kavramların soyut bilgisi olmadan hukukçu etiğinin güncelleşmesi uygulamada riskli durumlar yaratır. Değerlerle ilgili tanımların ya da yüzeysel bilgilerin verilmesi yeterli olmayacağını düşüyorum. Bu nedenle değerlerin tarihsel süreçteki gelişimi ve günümüzdeki özünü oluşturan bilgilere olmadan etik bilincinin kavranması ve yerleşmesi ve güncelleşmesi rastlantıya kalır.

Örneğin, y a n s ı z l ı k kavramını ele alalım: Yansız yargılama, doğru ve güvenli yargılamanın olmazsa olmaz bir ilkesidir. Usul hukuklarında yargıcın yansızlığını oluşturacak davranışlar genel ve özel olarak belirlenmiştir. Ve bunlar ilgili derslerde, çoğun, kural bazında ele alınarak işlenir. Yansızlık özellikle nesnel (objektif) yansızlık kavramının ahlâk felsefesi açısından değeri ve özünün bilgisi ya hiç ya da yeterince işlenmemektedir. Bunun sonucu olarak, uygulamada, yansızlık görünümünün verilmediği durumlar (HUMK m.29/6) doğru bir davranış olarak nitelendirilmekte, en azından eleştiri konusu yapılmamaktadır. Oysa yargıcın yansızlık görünümünü, her konumda, yargıladığı kişi ya da kişilere ve topluma vermesi; etik değer olarak, olmazsa olmaz niteliktedir.

H a k kavramı, hukuk öğretiminde tanım düzeyinde ele alınmaktadır. Oysa tarihsel gelişimi, birey ve toplumun hak kavramına bakışı ve filozofların hak ile ilgili düşünceleri incelenmeden hukukçu da özellikle yargıçlarda hak bilinci istenilen düzeyde oluşmaz. Böyle bir bilinç eksikliği yargısal alandaki etik ilişkiyi olumsuz etkilemesi kaçınılmazdır.

Yargısal işlem ve kararda g e r e k ç e bir yasa buyruğu ve en azından ahlâki bir yükümlülük olmasına karşın; hukuk öğretiminde yeterli düzeyde işlenmediği için bir gerekçesizlik türü olan sözde gerekçe yargı kararlarında egemenliğini sürdürmektedir. Bunun doğal sonucu olarak da etik ilişki de güvensizlik egemen olmaktadır.

b- Etik Sorunları İnceleme ve Bilgilendirme

Hukuk etiği derslerinde, çalışma alanlarındaki kötü uygulamalar ve görünümlerin oluşturduğu sorunların eleştirisi ve nedenleri ele alınarak incelenmelidir. Uygulamalı (pratik) bir yaklaşımla yarının avukat ve yargıç adayları olan öğrencileri bu aşamada bilgilendirmek etik bilincinin oluşmasına yardımcı olacaktır.

Örneğin; uygulamada bilirkişi kurumu yozlaşarak yargının önemli bir sorunu olarak (bilirkişiler yargıçlaştı) güncelliğini korumaktadır. İlk bakışta, usul hukuku alanını ilgilendirir gibi görünmesinden yola çıkarak; usul hukukunda çözülmesi gereken bir sorun olduğu düşünülebilir. Ancak bilirkişi kurumunun yozlaşmasında, kuralları uygulamayan yargıçların ve avukatların tutum ve davranışları etkili olmaktadır.

Yargıç ve avukatların bilirkişi uygulamasındaki bu tutum ve davranışlarının nedenlerinin ve eleştirisinin hukukçu etiği derslerinde de incelenmesinin gerekliliğini düşünüyorum

c- Araştıran, Sorgulayan Hukukçu Tipi Bilgisi

Hukukçu olarak bir avukat ve yargıç önüne gelen sorunları çözerken doğru düşünmenin ilk adımı; sorunla ilgili olgu, olay ve maddi hukukun bilgisine sahip olmaktır. Bunun içinde araştırma, sorgulamaya dayanan bir akıl yürütme yetisini kazanmış olmalıdır. Örneğin bu yeteneği kazanmamış bir yargıç etik ilişkide olumsuz durumlar sergileyerek güven yitirir.

Bu nedenle hukuk öğretiminde olgu ve hukuk sorunlarının araştırılması, elde edilen bilgi ve verilerin sorgulanmasının bilgileri de verilmelidir.

C-Yargıç Eğitiminde Etik

Hukuk fakülteleri, ilke olarak, hukukçu yetiştirir. Bu nedenle hukuk fakültesi çıkışlı hukukçunun yargıç olabilmesi için bu alanda ayrıca eğitim alması gerekir; kuşkusuz avukatların da. Bu nedenle ülkemizde 1980 dan sonra kurulan Yargıç Eğitim Merkezi üç yıl önce nitelik ve nicelikçe değişikliğe uğrayarak Türkiye Adalet Akademisi' ne dönüşmüştür.

Ancak ne geçmişte ne de bu gün ders düzeninde yargıç etiği konulu bir etkinlik yer almamıştır. Bir yargıç adayı bu eksikliği şöyle dile getiriyor: Maalesef yargıç etiği ve yargıç kimliği konulu bağımsız bir ders müfredatta bulunmuyor. Ancak muhtelif derslerde ve daha ziyade anlatıcının kişisel tecrübelerine dayalı olarak meslek etiği üzerine bir şeyler duyma imkanımız oldu. Son derece yetersiz kaldığını söylememe gerek bile yok[11].

Yargıç etiği konulu bir eğitimin yalnız yargıç adaylarına değil tüm yargıçlara yaygın bir biçimde verilmesinin kaçınılmaz bir gereksinim olduğunu düşünüyorum. Çünkü yargıda çekilen sıkıntıların özdeki nedenlerinden en önemlisi yargıç kimliğinin yaygın biçimde oluşmamış olmasıdır. Yargıç kimliği için ise, yargıç etiği bilgisi ve bilinci olmazsa olmaz bir durumdur.

Ne var ki; Adalet Akademisi' nde yargıç etiği eğitiminin verilmesinin üç nedenle kolay olmadığını düşünüyorum:

Ö n c e l i k l e; hukuk fakültelerinde, hukukçu etiği eğitimi verilmediği için Akademi'de eğitim alacak yargıç ya da adaylarının bu konuda alt yapısını oluşturacak bilgi eksikliği söz konusudur; bu nedenle de işe eksikliği gidermek için temelden başlamak gerekir.

Y a s a , yargıç eğitimini iki yıl olarak öngörmüştür; ancak yargıç gereksinimi gerekçesiyle bu süre bir yıla indirilmektedir. Bu kısa sürede, yargı yerlerindeki deneyim kazanma süresi de düşülecek olursa; yönetimin, yargıç etiğine gerekli süre ayırmasında zorlanması kaçınılmazdır.

D i ğ e r y a n d a n; yargıç etiği konusu, bilimsel olarak ele alınıp işlenmemiştir ve benim çalışmalarım dışında yararlanılacak kaynak da bulunma-

(11) Ali Murat Nas

maktadır[12]. Bu konuda yaptığım çalışmaları ve yayınladığım yazıları gözden geçirip "yargıç etiği ve kimliği" adlı bir yapıtın çalışmalarına önümüzdeki yıl ağırlık vereceğim.

Ancak bu nedenler "yargıç etiği" konulu bir eğitimin Adalet Akademisi' nde yer almamasının gerekçesi olmamalıdır. Yargıç eğitim merkezi Adalet Akademisi' ne dönüştürülmekle zor işleri de yüklenmiştir; asıl olan zoru başarmaktır. Çünkü hak aramanın son kapısında görev alacak yarının yargıçlarını ve savcılarını Tanrı'sal bir görev beklemektedir: İnsanı;yani türdeşini yargılamak

a- Yargıç Etiği Eğitiminde İşlenmesi Gereken Konular

aa- Yargılamada Etik Sorunlar

aaa- Yargılananlarla Yargıç Arasındaki İlişkinin Bilgisi

Doğru ve değerli eylemlerde, davranışlarda bulunabilmenin bir bilgi sorunu olduğu; artı değişik kaynaklı bilgilere de gereksinim olduğu göz ardı edilemez. Bu nedenle insanlar, çalışma alanlarının konumunu ve başkalarıyla olan özde var olan bilgisine ulaştıkça, bilinçlendikçe eylemleri güven ve saygınlıklarının artacağı bir olgudur.

Yargıç etiğinin kazanımının ilk koşulu; yargılanan kişi ya da kişiler yargıç arasındaki ilişkinin özdeki bilgisinin bilincinin oluşmasıdır. İlişkiyi biçimsel olarak ele aldığımızda görünüm: Bir yanda hiç bir kamu görevlisine tanınmamış yetkilerle donatılmış, yargı gücünü elinde bulunduran ve bireyin tüm hak ve özgürlükleri üzerinde son sözü söyleyen türdeşini yargılayan kişi. Diğer yanda elinde "soyut adil yargılanma hakkı"ndan başka gücü olmayan kişi.

Bu bağlamda usumuza öncelikle şu soru gelecektir. Yargıçla yargılanan kişi/kişiler arasındaki ilişkinin özü nedir? Hukuk devletinde "hükmeden ya da efendi ile kul arasında ilişkidir" biçimin bir yanıtın yeri olmadığını paylaşmasına paylaşırız da; ister sanık ister ya da davalı istersi tanık olsun yargıç önündeki korku duygusu ve çekingenlik de bir olgu. Bu konuda yargıcın kürsüdeki görünümünden, güçlü yetkilerinden ya da geleneksel değer yargılarından yanıtlarını da dışlamasına dışlamayız da; işin özünün ne olduğunu yargıcıyla, avukatıyla sıradan yurttaşıyla bilmeyiz. Bilmediğimiz için de yargı sorununa sağlıklı çözümler bulamadık bunca yıldır.

Yargıç, yargılama yaparken yalnız bir izleyici gibi yargılama konusu eylemin yapılmaması gereken bir eylem olup olmadığına karar veren kişi değildir. Yargıladığı kişinin birileriyle ya da yargılanan yanların birbiriyle olan ilişkine karışarak kendi özgü duyarlı bir alan yaratan kişidir. Sanırım, bireyin yargıcını seçme hakkı da olmadığına göre bu duyarlılığın boyutları daha iyi anlaşılır.

İşte yargıç, kendine özgü duyarlı alanda bir eylemin olumlu ve olumsuz yönlerini gözden geçirerek bir yargıya ulaşırken; yargıladığı kişi ya da kişilerle etik ilişki içinde olur[13]. Yargıç, yalnız yasa uygulayıcısı değil, türdeşini yargılayarak tanrısal bir görev üstlenen kişi olarak insanın insan ve toplumsal bir varlık olarak sahip olduğu değerlerle ilgili buyruk oluşan kişidir. Bu nedenle yargıç, özdeki etik ilişkinin bilincini yüreğinde duyarak en üst düzeyde özen ve duyarlılıkla türdeşini yargılaması gerekir. Bu nedenle; yargıç adaylarına ve yargıçlara öncelikle yargıladıkları kişilerle etik ilişkinin bilgisi verilerek insana saygı bilinci yaratılmalıdır:

H u k u k, bu gün eriştiği düzeyde, insanlık onurunun korunduğu bir düzen öngörmektedir. Bu nedenle yargıç, yargılamanın tüm aşamalarında türdeşlerinin manevi değerlerini (onur, saygınlık...) göz ardı etmeden özenle ve ölçülü davranmakla yükümlüdür. Gösterilecek yüksek özen, yargılanan bireyin davranışlarına istemlerine sevgi ve hoşgörüyle yaklaşımını sağlar; bu duygunun adı da saygıdır. Saygı ise bir ahlâk kuralı ve demokratik bir erdemdir; çünkü insana saygısızlık da bir adaletsizlik örneğidir.

Yargıçlar çoğunlukla, yargılamadaki etik ilişkinin özünü bilmedikleri için zaman zaman insana saygı buyruğunun sınırlarını zorlayarak olumsuz örnekler vermektedir. Bu nedenle; bireyler, hakları ve istemleri konusunda kuşkulu olmasalar bile; yargıç önüne çıktıklarında duydukları korku ya da çekingenliğin en önemli nedenlerinden biri de insana saygının yaygın ve etkin biçimde işletilmemesidir.

Bu nedenle yargıçlar, kendi başlarına buyruk dilekleri gibi davranın. Korkulan kişi görünümünü vermekten kaçınmak zorundadırlar. Çünkü yargı bağımsızlığının biçiminde ve özünde saygılı davranma zorunluluğu vardır. Unutulmamalıdır ki; saygı, karşı saygıyı ve güveni birlikte getirecektir. Daha önemlisi etik ilişkinin ve yargıç kimliğinin korunmasında gelişmesinde ilk adım insana saygı bilincinin yerleşmesine bağlıdır.

bbb- Doğru (adil) Ve Güvenli Yargılama Bilinci Yargı Bağımsızlığı

Yargı bağımsızlığı, yargıçlara tanınan bir ayrıcalık değil; hak aramanın son kapısında hak arayanlara tanınmış bir güvencedir. Ancak her kademede yargıçlarımızın bu kavram ve ilkenin değerini kavrayacak düzeyde bilgilere sahip olmaması yargıç etiğini olumsuz etkilemektedir[14]. Bu nedenle; yargıç, yargı bağımsızlığını sağlayacak ilke ve güvencelerinin neler olduğu ve hangi amaca yönelmiş olduğunun bilgisiyle donatılmadığında doğru ve güvenli yargılanma hakkı ve etik ilişki gizil bir tehlike altında olması kaçınılmazdır.

Yansızlık

Yargıç güvencelerinin ve olanakların bedeli olan yansızlık; yargıcın onur sorunudur. Ne var ki, özü ve değerinin iyi anlaşılamadığından etik ilişki olumsuz etkilenerek doğru güvenli yargılanma hakkı çiğnenmektedir. Bu nedenle; yargıca öncelikle bir hukuk sorunu kadar ahlâk sorunu olan yansızlığın özündeki değerlerin bilgisi verilmelidir. Ayrıca yansızlık kavramının çeşitleri ve özellikle nesnel (objektif) yansızlık üzerinde somut örneklerle durulacak bilgi bilince dönüştürülmelidir.

ccc- Usul İlke Ve Kurallarına Uyma

Usul ilke ve kurallarının amacı yargılamanın doğru ve güvenli yapılmasını sağlamaktır. Bu nedenle yargıç, usul

(12) Adalet Bakanlığı , Fransız yüksek yargıç Fabregueelles MP. 'nin "Adalet Mantığı ve Hüküm verme Sanatı" adlı yapıtını 1945 da Türkçeye çevirterek yayınlanıştır.. Bu gün için sorunların çözülmesinde yeterli olmasa (ancak yine de kaynak olarak değerli olduğu göz ardı edilmeden) da, 1940 lı yıllarda böyle bir yapıta gereksinim duyulmasının Cumhuriyet geleneğinin olumlu bir özelliği olduğunu düşünüyorum.

(13) İ. Kuçuradi, Etik.

(14) 1960 Anayasası ile getirilen yargı bağımsızlığı ilkesinin bilincinde olamadığımız için o dönemin yargıç ve savcılara bizim kuşağın davranışları önemli bir örnek oluşturur.

kurallarını biçimciliğe kaçmadan uygulamakla yükümlüdür. Örneğin; gerekçesiz ya da sözde gerekçeli kararlar ya da hukuki konularda bilirkişi görüşü alan ve bilirkişi öyle dediği için karar veren ya da Asliye Mahkemeleri'nde davacı ve davalıya sözlü savunma olanağı tanımayan yargıç; etik ilişkideki güveni sarsa ve yargıç kimliğini riske sokar. Uygulamada sorun olan usul kurallarının nedenlerinin ve etik bağlantısının bilgisinin verilmemesi durumunda bu gün tanık olduğumuz olumsuzluklar gündeme gelmesi kaçınılmazdır.

bb-Yargılama Dışındaki Etik Sorunlar

Yargıç, tüm yaşantısı izlenen ve yargısal çalışmasında yargıç kimliği açısından değerlendirilen bir kişidir. Bu nedenle yargılamadaki tutum ve davranışları kadar yargılama dışındaki yaşam ve ilişkileri de yargıç etiği açısından önem kazanır. Bu nedenle yargıç; meslektaşları, diğer çalışanlar, avukat, politikacı, aile yaşamı ve bunlar dışındaki kişilerle ilişkilerinde yargıç etiğinin gerektirdiği bilgilere tutum ve davranışların bilgisine sahip olması gerekir.

Oysa ülkemize özgü yargıç etiği kuralları saptanmadığı gibi bilgisi de verilmediği için bir biriyle uyum içinde olmayan çelişkili ve çoğun bilinçsiz tutum ve davranışlar sergilenmektedir.

Bu konuda zorluk, uluslar arası kurumları saptamalı göz ardı edilmeden, bu nitelikte tutum ve davranışlara ilişkin kurulların ne olacağı ve kimin tarafından belirleneceği bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır. Ancak öncelikle deneyimli yargıçların anıları, kamuya mal olmuş olaylarla ilgili örnekler, yargı ve yargıç konusunda üretken düşünürler, politik yaşamdan çekilmiş seçkin politikacılar, psikologların söyleşilerinden ve çağdaş bir yargı düzeni kurmuş ülkelerin bilgi birikiminden yararlanılarak eğitime başlamak gerekir.

Örneğin bir tarihte bir kentimiz hava alanında yargıçların adalet bakanını karşılaması ve uğurlaması basını yanmış ve tartışmalara neden olmuştu. Şimdi "yargıç, politik kimliği olan adalet bakanını karşılaması yargıç etiği ve kimliğiyle bağdaşan bir davranış mıdır" sorusunun geçmişteki ve günümüzdeki örnekleriyle tartışılması gerekir[15].

cc- Yargıcın Kendi Kendini Eğitmesi

Yargılama Tanrı'sal bir görev ve de sanat olduğuna göre: Yargıç, her alanda olduğu gibi okuyarak, deneyerek, gözleyerek yargıç etiği konusunda bilgilere sahip olma yükümlülüğündedir.

Yargıç, bu bağlamda eğitim almış olsa bile, tutum ve davranışlarını ve somut örnekleri değerlendirerek bilgi dağarcığını varsıllaştırması gerekir. Yargıçlar, yargıç kimliğine sahip olmanın ve korumanın kendisinin bir onur sorunu olduğunun bilincinde olmak zorundadırlar.

SONUÇ

Her alanda ve her konu da olduğu gibi etik değerlerin bilinci ve güncelleşmesi için: Eğitim, ancak bilimsel ve nitelikli eğitim olmadan olmaz. Siz ne dersiniz?

(15) Atatürk Dönemi Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt gemi ile çıktığı gezi sırasında Alanya' ya uğrar. Kendisini karşılayanlar arasında yargıcın olmadığı söylenir. Bu uyarıya Cumhuriyet geleneğine uygun yanıt verilir: "O yargıçtır biz onun ayağına gideriz" (Yargıtay Onursal Daire Başkanı Dr. Kemal Reisoğlu).

"Düşman Ceza Hukuku" Düşüncesine Eleştirel Bir Bakış - II[1]

Hayrettin ÖKÇESİZ[2]

I

Düşman Ceza Hukuku Düşüncesi'nin ileri sürülebilmesine yol açan olgu ilk önce, baş edilmesi güç, hukuk ve devlet düzenine ağır yıkım getirdiği düşünülen suçsal eylemlerdir. Bunlar siyasi ve iktisadi amaç ve hedefleri bulunan öldürme, yaralama, ağır ve kapsamlı tahrip ile bunlara doğrudan ya da dolaylı olarak bağlı diğer suç eylemleridir. Bunlar örgütlü suç eylemleri ve özellikle terör eylemleridir. Devletler terör suçlarının neler olduğunu kendi terörle mücadele mevzuatlarında belirleyip nitelemektedir. Örgütlü suçlar kategorisi için de ilgili yasalarda "Kanunilik ilkesi" çerçevesinde yeni düzenlemelere gidilmektedir.

Bu suç eylemleri sosyal, siyasi ve iktisadi anlamda devlet gücünü kullananların gücünü aşan derecede bir güç potansiyeline sahip olup buna uygun bir yapılanma içermektedir. Hiçbir suç örgütünün gücü ve yapılanması elbette devlet gücünün ve yapılanmasının üzerinde olamazken, bu gücü kullanan devlet memurlarının karşıya koydukları güç birçok nedenle bu suç örgütlerinin gücünün gerisine düşebilmektedir.

Dikkate değer bir kayıt dışı ekonominin bulunduğu toplumsal ilişkiler alanında bu tür suç eylemlerinin hızla çoğalıp güçleneceğini doğal karşılamak gerekir. Bu zafiyeti ve ilişkiyi örneğin TBMM'nin ve T.C. Başbakanlığının Susurluk raporlarını incelemekle bir yönüyle belgelemiş olabiliriz. Böylelikle bu nispi devlet aczinin yeni bir ceza veya daha geniş anlamda farklı bir kamu hukuku anlayışı ile aşılabileceği sanısı doğmaktadır.

Kayıt dışı ekonomik ilişkilerin daha çok başarıyla denetlenebildiği Almanya, İngiltere ya da ABD gibi ülkelerde bile burada sözünü ettiğimiz "Düşman Ceza Hukuku" anlamında bir ceza hukuku anlayışı giderek zemin kazanmaya başlamıştır. Artık bu suç eylemleri ulus ve sınır aşan eylemler niteliğine bürünmüştür. Her türlü motivasyonun birbiri içerisine girdiği bu suç eylemleriyle mücadele, para ve yetkiden inanca kadar insanın taşıyabileceği her şeyi birer silah olarak karşısında bulmaktadır.

Bütün bunlar olurken daha ürkütücü bir şey gerçekleşmektedir: Korku! Korkunun giderek artan şiddeti, kor-

(1) Bu konuda ilk yazım "Güncel Hukuk" dergisinde "Düşman Ceza Hukuku Düşüncesinin Eleştirisi" başlığı ile yayımlandı (Şubat 2006, sayı 26, s.40 vd.). Burada yeralan yazı HFSA'nın İstanbul Barosu ile birlikte İstanbul'da 7-9.9.2006 tarihinde düzenlediği "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – III" başlıklı Sempozyumda sunulan bildirinin tam metnidir. İlk olarak "Güncel Hukuk" Dergisinde yayımlanmıştır (Ekim/2006, s. 34 vd.).

(2) Prof. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

kuyu verenin kim ve ne olduğuna, eylemine ve eylemcisine, nedenine ve amacına baktırmamaktadır. Korku artık dağları değil, şehirleri, sokakları, çarşıları, duvar diplerini, istasyonları, hava limanlarını, hapishaneleri, sorgu odalarını, gazete manşetlerini, TV programlarını, haber bültenlerini, siyaset demeçlerini de beklemektedir. Onun karşısında kimsenin bir çehresi yoktur. Bu, kimi zaman kendi çocuklarını bile vahşetin kucağına atabilecek derecede bir körleşmenin çevreye saldığı sancılı bir duygudur. Hizbullah ile İsrail'in elbirliği ile giriştiği çocuk kıyımı ortalıkta korkusuz insan bıraktı mı acaba? Ama Korku gerçekten insan ruhunu yer bitirir. Bu duygunun sarması ile birlikte başka durum ve duygular da doğmaya, ona eşlik etmeye başlar: Şiddet her yönden her biçimde saygısızca ve kurnazca ruhumuza işledikçe biz Hannah Arendt'in deyimiyle[3] terkedilmişliğin yalnızlığında kendi benimizi yitirmeye doğru sürükleniriz. Bu terkedilmişlik de hiçbir çehre tanımaz. İster metrodaki polis, isterse işine aceleyle giden Brezilya'lı genç olun. Attığınız kurşun aslında sizi vurur. Guantanamo'daki hukuksuz bırakılmışlar aslında tüm ülkelerin bireyleridir. Korkularımızla örülmüş duvarların arasında onları aşağılarız. Biz bunu hep yaptık. Binlerce yıldan beri... Şimdi, hümanist ceza hukuku gibi, kısa süren bir cesaretin ardından ana karanlığımıza dönmeye, onun içinde kendimizi yitirmeye koşuyoruz. Ama şunu çok iyi bilmeliyiz: Korkunun maliyeti özgürlüktür. İki yüzyıllık özgürlük inancından ve mücadelesinden şimdi yeni bir döneme, korkuyla beslenen güvenlik arayışları ile, başkalarının yıldırma ve kullanma nesnesi durumuna düşürüleceğimiz bir uçurumun kenarına itilmekteyiz. Terörün mantığı ve kullandığı teknoloji insan bireyini özgürlükten soluk soluğa bir kaçışa ve koşulsuz bir teslimiyete sürüklüyor.

Terörün tüm failleri ve mağdurları ile birlikte bir bütün olduğu gerçeği ortaya çıkıyor: Bireyin edilgen konumunun getirdiği katkı ile, devletin ve devletlerin, yönetimlerin karşı önlemleri ve saldırıları ile, pozitif hukuk normlarının buna uygun biçimlendirilmesiyle ve nihayet derin devlet diye tabir edilen karmaşık girişimlerle terör monolitik bir bütün oluşturmaktadır. Terörle mücadele tüm bunlarla mücadeledir. "Kişi" ve "Özgürlük" değerlerini ezerken böyle bir mücadeleye giriştiklerini bahane edenler yüzyılın en acı yalanına bizim inanmamızı istiyorlar.

II

Bu korku üzerine kurulan bir hukuk düşüncesinde, bu korkuyu yaratanlara karşı özellikle Ceza Hukuku alanında, yazarının deyimiyle söylendiğinde bir "Feindstrafrecht" tasarımı ile (Düşman Ceza Hukuku) karşılaşıyoruz. Günter Jakobs, tehlikenin önlenmesine yönelik bir ceza hukuku anlayışıyla, temel hukuk ve devlet düzenini tanımayanları "düşman" olarak nitelemenin ve onları işleyecekleri suçlarda temel haklardan yoksun bırakmanın yerinde olduğunu ileri sürüyor. Sonuçta sanık bile olamayacak derecede hakları kısıtlanan bu insanlar yine O'nun deyimiyle

(3) Hannah Arendt, Ideologie und Teror, b.y.: Wege der Totalitarismusforschung, hazırlayanlar: Bruno Seidel, Siegfried Jenkner, Darmstadt 1974, s. 164 vd.

birer "Unperson"[4] olarak "Kişi"likten de tard edilmektedir. Bunlar "Yurttaş Ceza Hukuku – Bürgerstrafrecht" anlamında bir "Ceza"nın amacının ve işlevinin artık muhatabı değildir. Onlar en az zararla ve en uygun yöntemlerle bertaraf edilmesi gereken tehlikelerdir.

Jakobs'a göre[5], her kim kişisel davranışında yeterli derecede bilişsel güvenlik sunamıyorsa, kişi olarak muamele görmeyi bekleyemeyeceği gibi, devlet de ona asla bir kişi muamelesi yapamaz. Aksi halde, diğer kişilerin güvenlik hakları ihlal edilmiş olur. Devletle sözleşme yapmış bireylerin devlete karşı ileri sürdükleri ve devletin tek meşruluk nedeni sayılan "güvenlik hakkı"nın korunması asıl çıkış noktasıdır. Sözleşme kuramına dayandırdığı bu vulgarize doğal hukuk anlayışında her suçlu bir düşmandır (Rousseau, Fichte). Normatif beklentiler karşısında muhatabı sürekli var kılabilmek için "Temelde Sapmamış Olan"a yurttaş statüsünü taşımasına izin vermelidir (Hobbes, Kant), ama "Temelde Sapan", kendi davranışı için bir güvence vermediğinden, yurttaş olarak muamele görmek yerine, bir düşman olarak mücadele edilmelidir. Vatandaş ceza hukukunda cezanın belirgin işlevi karşılık vermedir. Düşman ceza hukukunda ise bu, bir tehlikenin bertaraf edilmesidir. Bu ideal tipler uygulamada katışıksız bir biçimde görünmezler. Her iki tip anlayışı da yukarıdaki çerçevede meşruluk taşır. Bu nedenle, O'na göre ceza hukukunun birtakım düşman ceza hukuku normlarıyla bezenerek bir karışıma gidilmesi karşısında, hatları açıkça belirlenmiş bir düşman ceza hukuku, Hukuk Devleti için daha az tehlikelidir. Bu her iki yaklaşımı pozitif hukukta birbirinden ayrı tasarlayarak, bir düşman ceza hukukunu kendi adıyla düzenlemelidir. Çünkü "hukuk devletleri"nin pozitif ceza ve idare hukukları bu önlemlerle dolmaya başlamıştır.

III

Bu korkuyu yaratanlara karşı alınması gereken önlemler bakımından, sanık'tan hükümlü'ye geçiş sürecinde hukuk devletinin taşıyabileceği çapta ve ağırlıkta güvenlik sağlayan normlara elbette onay vermelidir. Nihayet her halükarda görebilmemiz gereken şey, "Unperson" olarak bertaraf etmek istediğimiz "tehlike"nin hala ve daima bir insan olduğu gerçeğidir. Bu gerçeği göremeden örneğin bir "işkence yasağı"nı ve bu yasağı temellendiren değerleri anlayabilmek olası değildir.

Dikkatimizden kaçan ya da kaçırmak istediğimiz diğer bir nokta da şudur: Somut bir tehlikenin bertaraf edilmesiyle, tüm insanların, olası tehlikeleri bertaraf etme politikasının objesi kılınmasıdır. Yani gizil bir "Düşman" ve "Unperson" olarak sürekli bir kuşku ve hayati tehlike altında tutulmaktır. Birincisi uğruna ikincisini ceza hukuku düzeninde geçerli kılmak daha somut, sürekli ve daha büyük bir tehlike yaratmak olmaktadır.

Düşman Ceza Hukuku tasarımının odak noktasında ağırlıklı olarak terö-

(4) Jakobs, b.y.: Eser / Hassamer / Burckhardt (Haz.), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende, 2000, s. 47, 51 vd., 53, Franz Streng'den naklen (vom Zweckstrafrecht zum Feindstrafrecht? – Überlegungen zu den Auswirkungen des neueren Sicherheitsdenkens auf ein "demokratisches Strafrecht", henüz yayımlanmamış bildirisi, dipnotu:10).

(5) Günter Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, b.y.: HRRS (3/2004), s. 88 vd. ves. 95.

rizm bulunmaktadır. Asıl "tehlike" denilen şey artık günümüzde terör eylemlerinin yarattığı maddi ve manevi her türlü yıkım olmaktadır. Terörizm ise bugün epeyce kılık değiştirmiş, yetenek ve yetkinlik kazanmıştır. Bir birey ya da örgüt olarak "Terörist" ile iletişim kurmak, onu hukuk devletinin hukuk düzeni değerleri zemininde rasyonel bir sorumluluğa yönlendirmek polisiye önlemler ve ceza muhakemesi aşamasında epeyce zorlaşmış bulunmaktadır[6]. Onun bu hukuksal diyaloğa ve görüşe dönebilmesi çok farklı bir ilişki düzenini gerektirir. Ceza infaz döneminin çabası belki bu olmalıdır. Burada temelsiz bir iyimserliğe ve çaresiz bir karamsarlığa gerek yoktur. Karşımızda hala bir insanın bulunduğunu bilmek bu gerçekçilik ve ahlaki duruş için yeterlidir.

Görülüyor ki, terörizmin yarattığı tehlike ve korkunun sürüklediği mecrada toplumun ve devletin terörle mücadelesinin getireceği teröre dikkatimizi aynı öncelik ve ciddiyet ile yöneltmemiz gerekiyor. Bu mücadele aşamasında iki tür tehlike oluşmaktadır: İlki devlet içi ama yasadışı terörle mücadele örgütlerinin oluşmasıdır. Bunlar kamusal alanda manevi ve maddi destek bularak devleti kendi çizgilerinde tutabilmektedirler. Diğeri de, devletin yasama, yürütme ve yargı alanlarında terörizm ile mücadelede hukuk devleti düzenini terörize eden, onun değerlerini yıpratan ve ruhunu öldüren bir pozitif hukuk biçimlendirmesine ve uygulamasına yönelmesidir. Böylelikle ilki ile ikincisi bir araya geldiğinde terörle mücadele terörü başlangıçta bize ilk korkuyu salan terörün çok ötesine geçmek donanım ve eğilimine ulaşmış olmaktadır.

Biraz önce ana hatlarıyla değindiğim devlet içi ve dışı terörizmin olgusal çözümlemesine burada girişebilmem olanaksızdır. Bu bağlamda söyleyebileceğim şey, terörün akıl dışı bir korkunun bireye ve topluma hakim olmasına yol açtığı ve bunun bizi insanlığımızdan çıkardığıdır. Bu korkuyla biz kendimizi terk ediyoruz. Bu noktada devletin ve toplumun tüm kurum ve kuruluşları, birikimleri ile, tüm bilgi ve bilimlerini kullanarak bireyini bu sefaletten koruyabilmek için elinden geleni yapması beklenmelidir.

Şiddete şiddet, teröre terörle karşılık vermek, hiçbir şeyle karşılık veremeyecek durumda olan bireyi iki ateş arasında bırakmaktadır. Korku veren terör nefret ve tiksinti kazanmaktadır. Bu kazanç devletin ve onun pozitif hukuk düzeninin olmamalıdır.

"Feind" ve "Unperson" kavramlarını terörle mücadelede yapı taşı olarak benimsemek, Pandoranın kutusunu açmaya benzemektedir. Dönülmesi zor bir yolda yine terörün hedeflediği bir sosyal ve hukuksal yıkıma ilk adımları bu yaklaşımla atmış olacağız. Hümanist ve demokratik bir ceza hukuk felsefesinin bu mücadelede zayıf ve yavaş olduğu ileri sürülebilir. Demokratik ve hümanist olmayan bir ceza hukuku anlayışının kaz adımlarıyla bizim onurumuza yaraşan bir yere varabileceğimizi düşünebilecek miyiz? Terörün bizi götürmek istediği yere biz niçin hevesle koşarak gitmeliyiz? Bunun başka bir yolu olmalıdır! "Feindstrafrecht" bu korkunun bize yaşattığı bir kabustur.

(6) Bkz. Gerd Roellecke, Der Rechtsstaat im Kampf gegen den Terror, b.y.: Juristen Zeitung, 16 Mart 2006, sayı: 6 s.265 vd.

IV

Yıllar önce 1982 Anayasası'nın 15. maddesini ilk defa okuduğumda böyle bir korkuyu ben de duyumsamıştım. Bu madde üzerine yazılanları izleyerek bunun bir vehim olduğu düşüncesine ulaşmaya çalıştım. Başka ülkelerin anayasalarına bakarak onlarda da aynı hükümlerin bulunup bulunmadığını, anayasal yapılarının bu korkuya yol açıp açmadığını bilmeye çalıştım. Avrupa İnsan Hakları Bildirgesi'nin 15. maddesinin de aynı içerikte olduğunu, hatta bizim 1961 Anayasası'na göre bu metnin daha ileride bulunduğunu söyleyenlere bir yurttaş olarak inanmak istedim.

Şimdi farklı bilim alanlarından gelen kişilerden oluşan ama içerisinde her birimizin birer yurttaş olarak yer aldığı bu seçkin topluluğun karşısında, bu pozitif hukuk metinlerini yeniden okumak, düşüncelerimi ve duygularımı paylaşmak istiyorum:

Önce T. C. Anayasası'nın 15. maddesini okuyorum. "IV. Temel hak ve hürriyetlerin kullanılmasının durdurulması" başlığını taşıyor:

"Savaş, seferberlik, sıkıyönetim veya olağanüstü hallerde, milletlerarası hukuktan doğan yükümlülükler ihlâl edilmemek kaydıyla, durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir.

(Değişik: 7.5.2004-5170/2 md.)Birinci fıkrada belirlenen durumlarda da, savaş hukukuna uygun fiiller sonucu meydana gelen ölümler dışında, kişinin yaşama hakkına, maddî ve manevî varlığının bütünlüğüne dokunulamaz; kimse din, vicdan, düşünce ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz ve bunlardan dolayı suçlanamaz; suç ve cezalar geçmişe yürütülemez; suçluluğu mahkeme kararı ile saptanıncaya kadar kimse suçlu sayılamaz."

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 15. maddesi de "Olağanüstü hallerde askıya alma" başlığını taşıyor ve şöyle söylüyor:

1. Savaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde her Yüksek Sözleşmeci Taraf, ancak durumun gerektirdiği ölçüde ve uluslararası hukuktan doğan başka yükümlülüklere ters düşmemek koşuluyla bu Sözleşmede öngörülen yükümlülüklere aykırı tedbirler alabilir.

2. Yukarıdaki hüküm, meşru savaş fiilleri sonucunda meydana gelen ölüm hali dışında, 2. madde ile 3. ve 4. maddeler (fıkra 1) ve 7. maddeyi hiçbir suretle ihlale mezun kılmaz.

3. Bu maddeye göre aykırı tedbirler alma hakkını kullanan her Yüksek Sözleşmeci Taraf, alınan tedbirler ve bunları gerektiren nedenler hakkında Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne tam bilgi verir. Bu Yüksek Sözleşmeci Taraf, sözü geçen tedbirlerin yürürlükten kalktığı tarihi de Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne bildirir.

Her şeyden önce, bu iki pozitif hukuk metni aynı şeyi aynı etki ve sonuçla mı söylüyorlar? Aynı şeyi söylediklerini var saydığımızda, devletin bu maddelere aykırı davranışı durumunda bireyin kendisini korumakta gücü ve olanakları nedir ve nereye kadardır? Anayasa hukukçuları çekingen bir eda

ile bunun pek fazla olmadığını ima ediyorlar[7].

Yürütmenin olağanüstü hal kanun hükmünde kararnameleri ve anayasaya aykırılıkları ileri sürülemeyecek yasama tasarrufları karşısında ve idarenin bunlara uygun tasarruflarına karşı yurttaş bu maddenin hangi güvencesine güvenebilecektir?

Mühendis diliyle söylendiğinde, Anayasamızın Temel hak ve özgürlükler konstrüksiyonunun statiği kaygı vericidir. Yargıçlara ufuk açacak, anlayış ve cesaret aşılayacak bir anayasa yerine birkaç yargıcın ufkuna ve anlayışına sığındırılmış bu temel haklar ve özgürlükler koruma rejimi bireye korkudan başka ne verebilir?

Anayasa'nın 120. maddesine göre "Anayasa ile kurulan hür demokrasi düzenini veya temel hak ve hürriyetleri ortadan kaldırmaya yönelik yaygın şiddet hareketlerine ait ciddî belirtilerin ortaya çıkması veya şiddet olayları sebebiyle kamu düzeninin ciddî şekilde bozulması hallerinde, Cumhurbaşkanı başkanlığında toplanan Bakanlar Kurulu, Millî Güvenlik Kurulunun da görüşünü aldıktan sonra yurdun bir veya birden fazla bölgesinde veya bütününde, süresi altı ayı geçmemek üzere olağanüstü hal ilân edebilir." Ve 15. maddeye göre de Şiddetin yarattığı bu koşullarda devlet temel hak ve özgürlükleri korumak için bunların yurttaş tarafından kullanılmasını kısmen veya tamamen durdurabilir.

Bu bir kara mizah mıdır? Buradaki yurttaş aslında Jakobs'un "Unperson"u olmuyor mu? Temel hak ve özgürlükleri gerektiğinde tamamen durdurulmuş kişi, bu süre içerisinde hala kişi olmakta devam edebilecek midir? 15. madde acaba kişi ile tebaayı birbiriyle karıştırmıyor mu?

Devlet, kendisine karşı korunmak için yüzlerce yıldan beri mücadele edip kazandığımız temel hak ve özgürlüklerimizi bu kez bizi teröre karşı korumak amacıyla elimizden bütünüyle alabilir ve bu sırada sahip olduğumuz itiraz yollarının pek başarı vaat etmediğini de Anayasa Hukuku ders kitaplarında açık ve gizli yollarla bize duyurabilir. Burada terör bana devletin kuması gibi görünmektedir. Onun yapmak istediği şey, biraz önce 120 maddede okuduğum gibi, temel hak ve hürriyetlerimizi ortadan kaldırmaktı. Şu halde Sivil toplum, yurttaşlar ile birlikte özgürlüklerin durdurulmasına izin vermek yerine, farklı ve daha üstün normlar yaratarak, devletin terörün düzeyine düşmesine yol açacak hukuk normlarının üretimini ve uygulamasını durdurmalıdır.

Normlar hiyerarşisinde bu tür üstün normların en uç uzantılarının gerektiğinde neler olabileceğini uzun uzun düşünmeye hiç gerek yoktur. Size bunun bir örneğini hemen sunuyorum: "ST 31-15 Kara Kuvvetleri Sahra Talimnamesi"nde "Gayri Nizami Kuvvetlere Karşı Harekât" başlığı altında, Özel Harpçilere adam öldürme, bombalama, silahlı soygunculuk, iş-

(7) Bu bilidirideki anayasa hukuku göndermeleri için şu kaynaklara bkz. Ergun Özbudun, Türk Anayasa Hukuku, gözden geçirilmiş 7. baskı, Ankara 2003, s. 111 vd.; Burhan Kuzu, Olağanüstü Hal Kavramı ve Türk Anayasa Hukuku'nda Olağanüstü Hal Rejimi, İstanbul 1993; Kemal Gözler, Türk Anayasa Hukuku Dersleri, 2. baskı, Bursa 2004, s. 124; İbrahim Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, 6. baskı, Ankara 2002, s.110 vd.; Bülent Tanör, Türkiye'nin İnsan Hakları Sorunu, 1990 İstanbul; Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Yorumu, hazırlayanlar: Ömer İzgi, Zafer Gören, Ankara 2002.

kence, kötürüm hale getirme, adam kaçırmak suretiyle tedhiş ve olayları tahrik, misilleme ve rehinelerin alıkonulması, kundakçılık, sabotaj, propaganda ve yalan haber yayma, zorbalık, şantaj ile 'iç düşman' olarak tanımlanan yurttaşlara karşı savaş açılması görevi veriliyor[8].

Anayasanın 15. maddesinde dikkatinizden kaçmadığını düşündüğüm bir ibareyi tekrarlamak istiyorum. Devlet diyor ki bu maddede, "bunlar (yani temel hak ve hürriyetler) için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir". Bu tehdidin önünde ve ardında bu tedbirlere ölçüt olarak bazı güvenceler sayıyor ama, bu sözü ettikten sonra artık hiçbir güvencenin güvencesinin kalamayacağını o ve herkes elbette biliyor.

En zayıf toplumsal öge olan birey karşısında böylesine ağır bir tehdidi sorumsuzca savurmanın mantığı ne olabilir! Veriyor ama gerektiğinde geri alabilir. Ne zaman ve ne koşulda gerektiğini ise yalnızca kendisi bilecektir. Ayrıca hiçbir güvenceye güvence tanımaksızın...

Bunun bir lafzi yorum olduğu itirazı elbette gelecektir. 15. maddenin Anayasa'nın ruhunda kuvvetli bir kayıt altında olduğu söylenecektir. Tüm güvencelerin fiili olarak kayıtsız ve koşulsuz geri alındığı bir siyasal ortamda bunun için artık böyle bir normatif dayanağa hiç ihtiyaç bulunmayacağı, bu siyasal durumun herkesin herkese karşı savaşının yaşandığı bir doğal yaşam durumunu oluşturacağı, bu nedenle bu maddenin ancak kendi içerisinde sayılan güvencelerle bir anlam taşıyabileceği ileri sürülebilir. Güvencelere hiç bir güvence tanınmadığına dair bir yorumla bu maddenin anlamsızlaştığını elbette görebiliriz. Kanımca işin püf noktası da burada yatmaktadır: Anlamlı olmak gerekmiyor. Telaffuz edilmesi, verilmesi gerekeni yeterince veriyor: Yurttaş terk edilişini ve yalnızlığını bu ibarede okuyabiliyor.

Anayasa hukukçularının el işçiliğinde gösterdikleri titizliği ve başarılı tutarlılık üretimlerini saygı ve gıpta ile karşılıyorum. Ancak iç hizmet kanunlarına dayandırılan hükümet darbelerini ve anayasa ihlallerini kurucu asli iktidar olarak kılıflandırmalarını da bu işçiliğin üretim hatası olarak görüyorum. Bir iç hizmet kanunu[9] gibi, anayasanın 15. maddesini de bu tür kabagüç teşebbüslerinin pozitif hukuktaki beşinci kolu olarak algılıyorum. Bu kanunların bu maddelerinin böyle bir yetkiyi veriyor olmalarından dolayı değil, içerdikleri uygun ifadeleriyle özgürlükleri tahribe yeltenmek ve yurttaşa korku salmak isteyenlere retorik imkan sağladıkları için özellikle kurgulandıklarını sanıyorum. Böylesine absürd ifadelere kim tevessül eder ki! Bir gün yargıçlar, darbeciler ve demagoglar bu lafzi yorumu tercih ettiklerinde, devle-

(8) Yıldırım Türker, Özel Harp Dairesi Duyuru, b.y. Radikal, 9.1.2006: "Talat Turhan, 'Özel Savaş, Terör ve Kontrgerilla' başlıklı kitabında, 'Kontrgerilla'nın temelini ST 31-15 Kara Kuvvetleri Sahra Talimnamesi-Gayri Nizami Kuvvetlere Karşı Harekât başlıklı talimnamenin oluşturduğunu açıklıyordu. Bu talimname, ABD ordusunun bir belgesinin tercümesi olup ABD askeri literatüründe de ST 31-15 kodu'yla biliniyormuş. Turhan bu talimnamenin 25 Mayıs 1964 günü Kara Kuvvetleri Komutanlığı'nın verdiği emirle ve orgeneral Ali Keskiner imzasıyla yürürlüğe sokulduğunu açıklıyor."

(9) Türk Silahlı Kuvvetleri İç Hizmet Kanunu, Kanun Numarası: 211, Kabul Tarihi: 04/01/1961, Resmi Gazete, tarih:10/01/1961, Sayı: 10703, "Madde 35 - Silahlı Kuvvetlerin vazifesi: Türk yurdunu ve Anayasa ile tayin edilmiş olan Türkiye Cumhuriyetini kollamak ve korumaktır."

tin bu sözü niçin söylemiş olduğunu çok iyi anlamış olabileceğiz. Ancak lafzi bir yorumla ileri sürülebileceği söylenen bu tehlike, böyle bir niyet yok idiyse, uygun bir ifade seçimiyle lafzi bir yorumla dahi düşünülmesi olanaksız hale getirilemez miydi? Demek ki, hukuk biraz da damoklesin kılıcıdır.

Güvencelerin koşulsuz güvencesiz bırakıldığının aslında pek lafzi bir yorum olmadığını bu 15. maddenin ruhuna uygun olarak çıkarılmış bir Olağanüstü Hal Kanun hükmünde Kararnamesinde açıkça görebiliyoruz. 430 sayılı "Olağanüstü Hal Bölge Valiliği ve Olağanüstü Halin Devamı Süresince Alınacak İlave Tedbirler Hakkında Kanun Hükmünde Kararname"nin 8. Maddesi şöyle diyor:"Bu Kanun Hükmünde Kararname ile İçişleri Bakanına, Olağanüstü Hal Bölge Valisine ve olağanüstü hal bölgesi dahilindeki il valilerine tanınan yetkilerin kullanılması ile ilgili her türlü karar ve tasarruflarından dolayı bunlar hakkında cezai, mali veya hukuki sorumluluk iddiası ileri sürülemez ve bu maksatla herhangi bir yargı merciine başvurulamaz. Kişilerin sebepsiz uğradıkları zararlardan dolayı Devletten tazminat talep etme hakları saklıdır."

Bu hüküm ile fiiliyatta hiçbir çekirdek hakka kimseyi dokundurmayacağınızı, hangi ölçüyü tutturduğunuzu, hangi temel hak ve özgürlük güvencesini koruduğunuzu gönül rahatlığıyla nasıl söyleyebileceksiniz![10]

Jakobs'un "Düşman Ceza Hukuku", burada bir "Düşman Anayasa Hukuku"na dönüşüyor.

Anayasa'nın 15. maddesi Türk pozitif hukukunun kara kutusu gibidir. Ancak bu kutunun özelliği, kazanın bilgilerini kazadan önce kendi içerisinde barındırmasıdır. Bu madde basit yollarla ilan edilebilecek olağanüstü durumlarda devletin bir an bile olsa denetimsiz güçlerinin yöneleceği tahribat ile hukukun ve yurttaşların başına neler gelebileceğini şimdiden söylemektedir. Bu madde ve güçlü donanımı karşısında safdillikle hala temel hakların özünde korunduğundan söz etmeyi yadırgamaktayım.

V

Bildirimin son sözleri olarak şunları söylemek istiyorum: Öyle görünüyor ki, bu yeni yüzyılın başında yükselen değer, birçok anlama gelen "Güvenlik"tir. Güvenliğin karşısında diğer üstün değerler göreceli, hipotetik bir konuma itilmektedir. Yurttaşlar bugün teröre karşı güvenlik için verildiği ileri sürülen ve belki çoğunlukla onayladıkları bu mücadeleye karşı, her şeyi yeniden ayakları üzerine dikmek amacıyla birgün büyük bir çoğunlukla özgürlük için mücadele vermeye başlayacaktır.

Bilgelik, sonunda isteyeceğimiz şeyi, başında isteyebilmektir. Bu devletler için de geçerlidir. Atatürk'ün izlediği ve insanlığın nihai değerlerinin gerçekleştirilmesine, korunmasına dayalı, anayasamızın başlangıç hükümlerinde ve ikinci maddesinde bağlayıcı nitelik taşıyan devlet ve hukuk felsefesi, sonunda gücümüz kaldığında, isteyebileceğimiz şeyi Cumhuriyetin kuruluşuyla devlet ve hukuk politikası olarak bize başında sunmaktadır. Bu bilgeliği

(10) Bkz. M. Sezgin Tanrıkulu, Serdar Yavuz, İnsan Hakları Açısından Olağanüstü Hal'in Bilançosu, Sosyal Bilimler Araştırma Dergisi, Prof. Dr. Hüseyin Hatemi'ye Armağan, yıl: 3, sayı: 6, s. 409 vd.

hamaset nutuklarıyla, basit çıkar hesaplarıyla işitilmez hale getirmeyelim. Bu yüzden hiçbir özgürlüğün, hiçbir koşulda özüne dokundurmayalım. Hiçbir insanın hiçbir halde kişi olmaktan çıkarılmasına izin vermeyelim. "Güvenlik" bugün belki her zamankinden daha belirgin bir biçimde, varlık koşulumuz olarak görünüyor. Ama özgürlüğün başından beri insanın varlığının anlamı olduğu her zaman açıktır. Bu anlamı yitirmek pahasına elde edilecek şeylerin bir değeri olmayacaktır.

Bugünün insanı yurttaşlık görevini yerine getirebilmek, yurttaşlık erdemlerini kişiliğinde geliştirebilmek için öncesine oranla daha çok özgürlük güvencesine ihtiyaç duymaktadır. Bu güvence onun temel hak ve özgürlüklerini kullanırken tüm şiddet tehditlerinden korunduğu duygusunu ve bilgisini verebilecek bir hukuk düzenini gerektirir.

Devlet şiddet tekeline onu asgari düzeyde kullanmak koşuluyla sahip olduğunu içselleştirmelidir. Bu nedenle kendi dışından gelen şiddet uygulamalarını bu ilkeden sapmaksızın önlemenin yolunu ve yordamını bulmalıdır. Onun kendi iktidarı ile elinde tuttuğu ya da karşısında bulunduğu şiddetin birbirlerine dönüşmeye yönelik bir karşıtlık ilişkisinde yer aldığını yine Arendt'in saptamasıyla belirtmekte yarar vardır[11]. Şiddete karşı, iktidarın terkibinin en ileri düzeyde ayırdında olunarak, bu tehlikeyi bu terkipten elde edilecek olanaklarla bertaraf etmenin yolları bulunmalıdır. Bu nedenle özgürlüklerin her ne pahasına olursa olsun korunması gerektiği düşüncesi günümüzde bu iktidarın terkibinin en başta gelen öğesidir.

Şu halde, "bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir" demek yerine, korku salmadan ve duymadan, "bu güvencelerin ruhuna uygun tedbirler alınır" demek bilgeliğini ve dürüstlüğünü göstermelidir. Terörün yıkmak istediği güven böyle korunur.

Nihayet konu başlığına dönerek şunu söylemek istiyorum: Anayasamızdaki 15. maddenin Olağanüstü hal temel haklar ve özgürlükler rejimi ile Jakobs'un "Düşman" diye nitelediği olağanüstü birey'in hukuksuz bırakılmış statüsü örtüşmektedir. Birini diğerinin yardımıyla çok daha iyi anlayabiliriz. Jakobs, "Unperson" ile olağanüstü halin yer ve zaman sınırlarını aştığı için ona ülkemizden ancak Terörle Mücadele Kanunu ve benzeri normlarla eşlik edebileceğiz.

(11) Bkz. Hannah Arendt, Şiddet Üzerine, Çeviren: Bülent Peker, İstanbul 1997, s. 62: "Özetlemek gerekirse, siyasal açıdan iktidar ve şiddetin aynı şey olmadığını söylemek yeterli değildir. İktidar ve şiddet birbirinin karşıtıdır. Birinin mutlak hakimiyetini kurduğu yerde diğeri barınamaz. Şiddet iktidarın tehlikeye girdiği anda ortaya çıkar. Ama kendi başına bırakılırsa, iktidarın kayboluşuna yol açar. Bunun anlamı şudur. Şiddetin karşıtını şiddetsizlik olarak düşünmek yanlıştır. Şiddete dayalı olmayan iktidar diye bir şey yoktur gerçekte. Şiddet iktidarı yıkıma uğratabilir. Şiddet iktidar yaratabilme kabiliyetinden alabildiğine yoksundur. 'Yadsımanın gücü': Bu sayede karşıtlar birbirini tahrip etmez, ama yavaş yavaş birbirine dönüşür; çünkü çelişkiler gelişimi felce uğratmaz, tam tersine mümkün kılar."

Sözleşme Kavramı Açısından Dayanışma-Hınç (Ressentiment) Karşılaştırması

Yasemin IŞIKTAÇ*

Sosyal yaşam alanı bir dinamik denge alanıdır: Yani sürekli hareketlilik halinde bir denge arayışı. Aslında çelişik gibi gözüken dinamizm ve denge hali toplumsal diyalektiğin açılımıdır. Bu çelişkinin yarattığı gerilim toplumsal yaşamın itici gücüdür. Denge arayışında objektif ve subjektif öğelerin etkisini görürüz. Hukuk biçimsel sınırlarla ve etkinliği ile objektif bir alan yaratır. Normatif düzenlemeler, bir yandan bireyin nesnellik alanını zorlayarak biçimlendirirken diğer yandan bir toplum tipolojisi de oluşturmaktadır. Ya da tam tersi, belirli toplum yapıları belirli normatif düzenlemeyi ortaya çıkarmaktadır.

Dinamizmin yarattığı bir gerilim vardır. Timacheff bu gerilime toplumun verdiği tepkiyi, sosyal ve kültürel refleks olarak isimlendirmektedir. Sosyal ve kültürel refleks sosyal dengenin kurulabilmesini sağlar. Ancak bu denge, sadece objektif faktörlerle değil subjektif faktörlerce de biçimlenir. Subjektif etki "seçme" eylemi ile gerçekleşir. Seçimin kriterini ise değerlendirmeler oluşturur. Değerlerin ve değerlendirmenin kişilik kurucu işlevinin yanında daima bir tercih alanı yarattığını görürüz. Örneğin iş görmede beceri ve çalışkanlık bir piyasa değerine sahiptir; zekâ ve neşe sempati toplar; sözünde durma ve iyiye yönelme irade gücünü temsil eder. Yani zihinsel tutumların toplumsal ilişkilerin biçiminin belirlenmesinde önemli olanaklar sunacağı açıktır. Düzeni, uyma davranışlarının yoğunlaştığı bir sistem olarak gördüğümüzde uyma davranışının ortaya çıkışı, bireyin kabul görme arzusu kadar ötekinin de uyması ile ortaya çıkacak güvenin talebidir. Toplumsal yaşamın birey tarafından öngörülen davranış modeli olarak benimsenmesiyle bağlantısı, hukuk kuralları alanında "opinio nesessitatis" olarak isimlendirilen içsel onamaya bağlıdır.

Sosyal yaşamın hem iktisadi hem hukuki açıdan son derece önemli bir girdisi olarak sözleşme ilişkisinin kökeninde yatan iç dinamiklerinin, bu bağlamda araştırılmasının önemli olduğu düşüncesindeyiz. Bir arada yaşamanın başarılması için bazı şeylerin benzer şekilde yapılmasının yaratacağı benzeşme kadar, ne tür tepkilerin alınacağını bilerek önceden kendini ayarlamanın da toplumsal anlamda bireyi rahatlatıcı bir alan oluşturacağı açıktır. Bu nedenle örtülü bir sözleşme olarak örf ve âdetlerin de ele alınabileceğinin kabulü gerekir. Çünkü gerek örf ve âdet, gerekse teamül[1] belirli bir şekilde davranma açısından örtülü rızayı içerir.

(*) Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı öğretim üyesi.

(1) Teamül ve örf-âdetin farklılığına ilişkin vurgu için bkz. Yasemin Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 6 vd.

Çalışma sözleşme ile sınırlandırıldığı için hukukun kaynağı olma açısından örf ve âdet hukukunun merkez oluşuna işaret etmekle yetinelim[2].

Dayanışma ve hınç olarak belirlenmiş olan karşıtlık alanlarının taşıdığı anlam sözleşme açısından belirleyicidir. Çünkü dayanışma doğrudan güven ve eşitlik ile ilgiliyken hınç rekabet ve piyasa değeri kavramları açısından merkezi öneme sahiptir. Sözleşme ilişkisi çıkar beklentisi olarak iktisadi rasyonelleşmenin temel argümanıdır. Sözleşme açısından dayanışma–hınç karşıtlığını bu verilerin ışığında ele aldığımızda oldukça problematik olan bu iki kavramın tanımlanması ile işe başlamak daha uygun olacaktır.

Bu çalışmada, dayanışma kavramı bazı açılardan daraltılmıştır. Siyasal anlamda iç ve dış saldırıya karşı koyma, mutluluk ve beklentilerin belirleyici olduğu duygusal dayanışma ve soyun devamı, eğitim ve çocukların yetiştirilmesi anlamındaki sosyal dayanışma halleri dışarıda bırakılmıştır.

Söz konusu dayanışma sözleşme ile bağlantısı açısından iş ve yaşam araçlarının üretilmesi, dağıtılması ve tüketilmesi için değerlendirilebilir olan ekonomik dayanışmadır. Duguit, dayanışmaya götürücü davranış kurallarının genel bir formülünü Kant'ın *kategorik emparatifi* gibi tanımlar;

"İşbölümüne ya da benzeşmeye dayalı sosyal dayanışmayı azaltan hiçbir davranışta bulunma, bu iki sosyal dayanışmayı korumak ve geliştirmek için sahip olduğun bütün güçle her türlü davranışta bulun"[3].

Aynı şekilde dayanışmacı kavrayışın bir diğer ismi olan Durkheim ise toplumsal yaşamın etik temellerini, dayanışma fikri çerçevesinde işbirliği olarak kabul eder. Toplumun yapısal analizinde Durkheim, işbölümünü kullanırken, işbölümünü bireysel iradeden bağımsız mekanik bir süreç olarak sunmaktadır. Toplumsal gerçekliğin dinamikleri ile ortaya çıkan gereksinimler, bireylerin çeşitli görevler üstlenmelerine ve bunun sonucunda uzlaşmalarına ve bu da dayanışmaya yol açar, demektedir.

Max Scheler, Hınç'ın Ahlaki Temellendirmesi'nde (Das Ressentiment im Aufbau der Moralen) hınç terimini şöyle tanımlar. "Hınç: Kişinin başka insanlara ve onlardan yansımayla kurumlara, düşüncelere, pratiklere, yapılara hatta genel olarak değerlere ve değer yüklenmiş nesnelere karşı duyduğu kızgınlık, garez, intikam isteği ve haset gibi olumsuz duyguların toplamıdır[4]." Fransızca kökenli Ressentiment terimini niye tercih ettiğini ise benzer anlam için kullanılan Almanca Groll sözcüğünün farklı metaforlarına bağlamıştır. Aynı şekilde Hamischkeit'i (küçümseyici garez) de irdelemiş, ancak Nietzsche'nin yüklediği anlamı seçerek ressentiment terimini kullanmayı tercih etmiştir. Türk edebiyatında özel bir niteleme olarak yer alan *kifayetsiz muhteris* deyimi benzer anlam için kullanılmaktadır. Deyim ayrıştırıldığında kifayetsiz, yetersiz, bir iş için yeterli güç ve ehliyete sahip olmayan anlamındadır; muhteris ise, hırs ile çabalamak, hırslı olmak anlamında ve ihtiras kökü-

(2) Işıktaç, **Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku**, s. 49.

(3) Bahir Güneş Türközer, **Toplumsal Gerçeklik olarak Hukuk: Leon Duguit Sistematiği**, Ankara, 1996, s. 150 vd.

(4) Max Scheler, **Hınç**, İstanbul, Kanat Yayınları, 2004, s. vii.

ne bağlıdır. Doymak bilmeyen, kanaat etmeyen, haris kişi muhteristir. Hınç ise düşmanlık veya kızgınlıktan gelen öç alma duygusudur. Öfke, kin veya gayz ile yakın ilişkidedir. Gayz ise öç alma arzusu ile bilenmiş öfke, kızgınlık, hiddet ve gazaptır. Yani pek çok metinde özellikle Nietzsche ve Scheler çevirilerinde tercih edildiği için biz hınç teriminde karar kıldık.

Ressentiment (hınç) zihnin kendi kendini zehirlemesidir ve genelde insan doğasının normal bir bileşeni olan belli duygu durumları ve etkileşimlerin sistematik olarak bastırılması sonucu ortaya çıkan sürekliliktir. Değer yanılsamaları ve yeni/çarpık değer yargılarına kapılma olarak tezahür eden hınç değersizleştirici bir kin halini alır. Çünkü hınç bir bastırma halidir. Sonuçta nefret, kötü niyet, haset, kara çalma dürtüsü hıncı ortaya çıkarır[5].

Benzer yönelimler olarak intikam isteği (Rache) nefret (hass), kötüleme (Schelsucht), garez (Hamischkeit) ve başkalarının talihsizliğinden zevk alma (Schadenfreude) halleri hınç ile benzerlik taşır; ancak hınç bunların tümünü kapsayacak bir genişliği ifade etmek için kullanılmıştır. Örneğin haset, bir başkasının bizim imrendiğimiz şeye sahip olması durumunda yaşadığımız iktidarsızlık hissidir. İmrenme, hırs ve kibir bir güç yaratırken; haset, elde etme isteğini zayıflatır. İmrendiğimiz şeyler elde edilemez olduğunda ve buna bir de kendimizi kıyaslamamamız eklendiğinde hınç ortaya çıkar. Başkasının bizatihi doğasına yönelik olan varoluşsal haset, hıncın en güçlü kaynağıdır. Haset durmaksızın fısıldar gibidir; "Her şeyi bağışlayabilirim ama seni sen yapan şeyin sende olanın bende olmamasını aslında sen olmamamı asla bağışlayamam[6]."

Hasedin bu biçimini kazıdığımızda altından ötekinin bizatihi varoluşuna muhalefet çıkar. Çünkü haset bu haliyle katlanılamayan bir aşağılamadır.

Aslında Scheler'in söylemiyle iki insan arasındaki herhangi bir kıyaslamada "sonradan görme (arrivist)" ve "hınç (ressentiment)" mekanizmaları işlemektedir. Sonradan görmelik halinde arzulanan şeyler bir değer olarak değil, başkaları nezdinde daha saygıdeğer olmayla ilgilidir. Scheler bu tutumun "serbest rekabet" ilişkisiyle olan ilginç paralelliğine de dikkat çekmektedir.

Hınç ve kıskançlık ilişkisine gelince; hınç ahlak alanında ortaya çıkarken, kıskançlık psikolojiktir. Güç eksikliği olarak hınç, sadece kişinin yaşadığı şanssızlığın farkında olmasından ibaret değildir. Hınç, aynı zamanda nefret, nefretin dışa yansıması ve derin bir adaletsizlik duygusunu da içerir. Nietzsche tüm bu gerekçelerle "İnsanı hınçtan daha çok tüketen bir şey olmadığı" sonucuna ulaşır. Hınç aynı zamanda "dayanışma" ve "özdeşleşme yani kendi yerine koyma"nın da tam zıddıdır. Hınç tepkiseldir, bu tepki birçok varsayıma dayalı olarak ortaya çıkar ve bazen de daha geniş bir anlamda toplumsallaşabilir.

Scheler, eşitliğin sadece biçimsel olarak alındığı toplumsal yapılandırmalarda eğitim eşitsizliği ve servet dağılımına ilişkin derin uçurumların bu anlamda toplumsal hınç'ı ortaya çıkardığını belirtiyor. Kıyasın yapılamadığı yerde eşitliğin söndüğünü belirten

(5) Scheler, *Hınç*, s. 7.

(6) Scheler, *Hınç*, s. 14.

Scheler bunun da hınç'ı arttırdığını söylemektedir.

Scheler ünlü kitabı "Hınç'ın Ahlaki Temellendirilmesi"nde bu kavramın tarihsel, toplumsal ve sınıfsal koşullarını tartışmıştır.

Özellikle hukuksal eşitlikle, maddi eşitlikteki derin farklılığın, maddi güç ve siyasal güçsüzlük halleri gibi çelişkili durumlarda "hınç"ın ortaya çıkışının yoğunlaştığını söylemektedir. Beklenti ve hırsların imkânlara oranla daha yüksek olmasına yol açan toplumsal ve kültürel yapılanmalar da benzer bir etki yaratmaktadır.

Burada Scheler'in temel sorusunun insanı anlamak açısından davranışının iç ve dış yönlerinin değerlendirilmesi olduğunu görüyoruz. Scheler, davranışın görünen yanının tersine, davranışın içsel değerlendirmesinin daha yanılmaz olduğuna vurgu yapmıştır. Gerçekten insanın anlaşılmasında içsel tutumların belirleyiciliği ancak içsel tutumun nasıl anlaşılabileceği sorunuyla birlikte irdelenmelidir.

Hınç, karşısındaki insanda, kurumda, çalışmada ya da nesnede bulunan niteliği sadece yadsımakla kalmaz, başlangıçtan itibaren görünmez hale getirerek örter.

Scheler bu tutumun yaygınlaşması ile kapitalizm arasında bir paralellik kurmaktadır. Scheler nitelik farklılıklarını nicelik farklılıklarına indirgeyen her şeyi bir başka şeyin aracına ya da geçici amaca dönüştüren kapitalist üretimin ve kültürün bu değerlendirmedeki rolünü vurgular. Hınç, ona göre bütün boyutlarıyla gerçekleşmemiş demokrasinin en belirleyici ruhsal ve kültürel gerçeğidir.

İnsanlar arası ilişkinin (bu arada sözleşmenin de) sadece çıkar ya da sadece olumlu duygular ve sevgi temelinde yapılmasının, iyi-kötü karşıtlığını bir bütün olarak içinde taşıyan insanın saikler alanını aydınlatmada yetersiz kalacağı düşünülebilir. Salt çıkar açısından insanın tüm eylemlerinin açıklanması kendiliğinden bir çatışma yaratır. Şöyle ki eğer kaynaklar sınırlı ve istemler sınırsızsa tüm çıkarlar karşılanamayacaktır. Örneğin bu karşıtlığı nimetler ahlakının önemli bir bölümü olan hazcılık açısından egoizmi merkeze alışta da görürüz. Bu yaklaşımda insanın psikolojik olarak tüm eylemlerinde egoist davrandığı, kendini koruma güdüsüyle hareket ettiği fikri belirleyicidir. İnsanın görünüşte özgecil olan tutumları bile sonuç olarak ertelenmiş bencil dürtüleri olabilir. Egoizmin genelleştirilmesi olan utilitarizmin "en fazla kişinin en yüksek faydası" açılımı da nimetler ahlakının altında ele alınabilir. Faydacı yaklaşımların bir bakıma manifestosu olan "en çok sayıda insanın en büyük mutluluğunu gerçekleştirmek" deyişi sadece bir felsefi değerlendirme olmayıp Malthus, Ricardo, ve A. Smith gibi devrin ünlü ekonomistlerince de kapitalizmin etik görüşü olarak sunulmuştur. Böylece piyasa ekonomisi ile bu manifesto özdeşleşmiştir.

Bir başka önemli soru insanın biricikliğini tartışmaksızın libidonun da etkisiyle yarışma, kazanma, öne geçme gibi kendini onama hevesleri ile diğer insanlarla bir arada bulunma istemi nasıl bir çatışma yaratır? Bu bir sınır sorunudur ve bu sorunun cevabının psikolojiden başlanarak kurulması gerekir.

Psikolojik açıdan bunun içsel enerji alanının beslenmesi kadar bir karakter olarak değerlilik hali ile değerli olanı

seçme konusunda ahlaki bir profille örtüşmesi gerekir.

Ahlaka ilişkin teorileri materyal teoriler ve formel ahlak teorileri ayırımına tabi tuttuğumuzda materyal teorilerin ahlaki alanın kendine özgü oluşunu ve bağımsızlığını göz ardı ettiklerini, formel ahlak teorilerinin ise ahlakı içeriksiz bıraktıkları genel eleştirisini dikkate almak gerekir.

Scheler yeni bir kategori olarak amaç ahlakı sınıflandırmasını ahlakın tipikliğini ortaya koyan bir yaklaşım olarak sunmuştur. Scheler amaç ahlakını değer-değere aykırılık ölçütlerini iyi-kötü karşıtlığı gibi doğrusal bir düzlemde ortaya koymaktadır. Yani değer kavramı merkezde dururken en değerli olanla en fazla değere aykırı olanı bir skala içinde sıralamaktadır. Böylece değerlere aykırılık da değer alanı içinde ifade edilebilecektir.

Dayanışma ilkesi ahlaki açıdan güven ve birlikte var olmaya dayalıdır. Hınç ise bunun tam tersi bir tutum alıştır. Çünkü hınç halinde hem güven reddedilmekte hem de ötekine bir tahammülsüzlük hali vardır. Buna rağmen hıncın da toplumsal alanda örtülü ya da açık olarak belirleyici bir tutum olduğu açıktır. Hınçtaki bu belirleyicilik dayanışmadaki belirleyicilikten farklı olmakla birlikte Scheler'in özel isimlendirmesiyle "toplama ilkesine" dayandırılabilir[7].

Özgür irade kavramı bir ön kabul olarak alındığında seçim doğrudan ahlaki değerle ilişkilidir. Özgür iradi karardan yola çıkan dayanışma yaklaşımına karşın hınç, kurulu bir ortamda çıkar hesabı üstünden toplam faydayı çıkarcı bir tutuma dönüştürür.

Hıncın psikolojik anlamda haset ve kıskançlık duyguları ile yakın ilişkide oluşu daima bir karşılaştırma istemini beraberinde taşır. Çünkü hınçta kişi kendi değerini öteki ile karşılaştırdığında belirleyebilmektedir.

Hınç, kıskançlık ve haset hallerinin hepsinin rekabetçi olduğu açıktır. Özellikle liberal ekonomik modelde rekabet temel argüman olmakla birlikte sınırsız olmayıp "uygun rekabet" şeklindedir. Sınırlı rekabet de diyebileceğimiz bu etkileşim, seçme-seçilme ilişkisi alanında ve yarış hallerinde mutlak rekabettir. Mutlak rekabette daima biri kazanır diğeri kaybeder. Sınırlı rekabette ise kazan-kazan ilişkisi kurulabilir. Öyle ki liberal modelde kazan-kazan ilişkisinin garanti edilebilmesi için rekabet bozucu koşullar veya gizli anlaşmalar sistem tarafından çok sıkı bir biçimde takip edilmektedir. Rekabetin girişimi destekleyici etkisi sistemin etkin faktörü olarak onay görmesi olanağı sağlar.

İnsan refahı ve hayatının yüceltilmesi için faydanın öncelenmesi neyin faydalı olduğu sorusunu ortadan kaldırmaz. Örneğin genel refah açısından endüstriyel toplumda tercih edilir nitelikte olan verimlilik, dürüstlükten daha yararlı olabilir. Aynı şekilde ahlaki değerin çıkar bağlantısı açısından "kendinin edindiği"ne indirgenmesi kaçınılmaz olarak bir kişinin ahlaki değerinin "kendi başına" yaptığı şeylerle sınırlı olması sonucuna götürür. Oysa bir arada varolmanın iki temel koşulu vardır;

Dayanışma

İnsanların eşitliği varsayımı.

Gerek dayanışmanın gerekse eşitliğin değerlendirilmesinde başlangıçta

(7) Scheler, **Hınç**, s. 117.

yapılacak hatalı bir kurgu, dayanışmayı dayanışma olmaktan, eşitliği de eşitlik olmaktan çıkaracaktır. Burada sadece terminolojik bir değerlendirme yapmakla da yetinilemez; ahlaki bir deneyim olma açısından hem dayanışma hem de eşitliğin insanlar arası ilişkinin nitelendirilmesindeki işlevine bakmak gerekir. Yani bir ilke ya da teori olarak kalmayıp yapılan ve yaşanan bir şey olarak eylem, değerlendirme alanına girmelidir. Bunun da ulaştığı nokta erdem etiğidir.

İyi-kötü karşıtlığı dinsel alanda günah-sevap bağlamı ile örtülüdür. Buradaki temellendirme ortak ebeveyn (Âdem-Havva) ya da peygamberle bütünleşme olarak doğrudan dayanışma çerçevesinde görülüyor. Bu kurgu gerçekten de sağlam bir ortaklaşalık duygusu yaratır. Çünkü hem eşitlik hem de dayanışmacı paylaşımla çelişmez.

Modern laik temelli ahlaki açılımların bu temeli sarsmış olması bir güvensizlik yaratmış olabilir mi? Daha farklı bir şekilde söyleyecek olursak bir yandan modernin atomize bireyi dayanışma dışı bir alana itilirken, güven kurucu benzeşme zemininin de dışında mı kalmaktadır?

Nietzsche on dokuzuncu yüzyılda, ortaçağdan kopuşun da etkisiyle, giderek güç kazanan faydacı yaklaşımları eleştirmektedir. Aydınlanma rasyonalizminin nihilist sonucu saydığı bu noktayı kendini beğenmiş ve ürkek girişimler olarak irdeleyip dayanışmacı burjuva ahlakını da reddeder. Nietzsche aynı gerekçelerle hem dayanışmacı yaklaşımı hem de faydacılığı ilkesizlikle suçlar. Bu ilkesizlik sadece bireysel olanın vurgulanması ve "ânın" değerlendirilmesinden doğmaktadır. Tarihsel kavrayışın reddi ve bireyciliğe abartılı vurgunun nasıl olup da hümanist bir sağlam zemini sağlayacağı sorusunu gündeme getirerek hümanizmin zayıflığını da belirtir[8].

Sözleşme ilişkilerinde ya da daha geniş anlamda ekonomik ilişkilere uygulanmasında da modernin karşılığı, ortaklaşalık duygusunun reddidir. Çünkü mübadelelerde belirleyici olan içsel tutum, "aldatılmalara karşı uyanıklık" duygusuna dönüşmüştür. Scheler bu güvensizliği hınca çok yakın bir duygu olarak betimlemiştir.

Scheler, modernizmin eşitlik öğretisini açık bir hınç özrü olarak görür. Çünkü insanlar arası güç ilişkilerinde üstün durumda olanın eşitliği talep etmesi beklenmez. Scheler eşitlik talebinde olanların kaybetme korkusu olanlar olduğunu söyler. Bu durum için getirdiği tanım "en az değerli nitelikler bakımından eşitlik" talebidir. Scheler, aydınlanmacı düşünce nesnel genel geçerliliği soyutlayıp bir üst ideale çevirerek "iyi-kötü" çatışmasını insanın dışına itmiştir, demektedir. Hınç içinde nesnellik alanının çarpıtılması ile evrenselliği genel geçerliliğe çevirmiştir. Bu noktada ortaya çıkan modern yanılsama farklılıkların bir değer ifadesi olmadığıdır. Özellikle de tüm değerler nihai bir maddi değere yani çıkara indirgendiğinde ahlaki olan tepe taklak edilmektedir.

Yaşamsal değer faydayı önceler mi? Fayda türetilmiş bir değerdir. Buna rağmen fayda için çalışmanın hazzı yaşamaktan bile daha iyi olduğu modern ahlakın bir kuralı haline gelmiştir. Scheler bu ironiyi modernin çilecilik

(8) Friedrich Nietzsche, **Aforizmalar**, çev.: Sedat Umran, İstanbul, Buey Yayınları, 2000, s. 200 vd.

anlayışı sayar. Hazzın faydaya tâbi hale getirilmesine kadar oluşan kaymalar nedeniyle hasetle birlikte ortaya hınç çıkmaktadır. Böylelikle haz alınması, gerçekte bir haz aracı olmanın dışında hiçbir değeri olmayan çıkara kıyasla "kötü" haline gelir.

Ortaya çıkan karmaşık haz elde etme girişimleri farklı bir psikoloji de yaratır. En fazla çıkarı elde etme çabasında önde gidenler, haz kullanım kapasitesini en fazla kaybedenler olur. Scheler buradan hiç kimse için fayda ya da hazza ulaşılamayan bir ortam çıktığı sonucuna varmaktadır. Ortaya çıkan bu sonucun moderni acayip kıldığını "haz verici ve faydalı şeylerin azami miktarıyla asgari zevk alma idealine ulaşmak" gibi bir noktaya çakılıp kaldığını da belirtmektedir.

Pratik yansımalar olarak değerler hiyerarşisinin tersine çevrilmesi, kurnazlık, hesapçılık, her ne şart altında olursa olsun verimliliğin arttırılması değerlerini yükseltirken cesaret, kahramanlık, fedakârlık, maddi şeylere kayıtsızlık, sadakat ve tevazu geri çekilmiştir.

Buna bağlı olarak özellikle "adalet" ve "dürüstlük" değerlerinde köklü bir kayma olmuştur. Geleneksel adalet anlayışı "suum cui que" (herkese kendisine ait olanı verme) ilkesi çerçevesinde tanımlanırken bunun pratiğe yansıması eşit şartlarda eşit işleme tabi olmadır. Adalet kavramını biraz daha genişlettiğimizde adalet değerinin değerler sınıflandırmasına da dürüstlük, iyiliksever-lik, barışseverlik değerleriyle birlikte çevreye ilişkin değerler arasında yer aldığını görürüz. Çevreye ilişkin değerler ise öteki ile olan ilişkide nasıl davranmamız gerektiğini gösterirler. Burada çevre en geniş anlamda ele alınmakla birlikte konumuz açısından insanlar arası ilişkidir. Doğruluk, insanın bizzat kendisine karşı doğru davranması iken, dürüstlük bir dış doğruluk olarak nitelendirilir. Çünkü dürüstlük diğer insanlarla olan ilişkilerle ilgili bir davranıştır.

Bu nedenle de dürüstlük, toplumsal yaşam için son derece önemlidir. Dürüstlük aynı zamanda hıncın tam zıddıdır. Çünkü hınç, doğruluk değerini içermediği gibi dürüst bir tutum da değildir. Bunun değer olarak adalete yansıması ise adaletin bir form değer olarak insanların bir arada yaşamasını olanaklı kılışı ile açık bir çelişki yaratır. Adaletin form değer oluş yanında bir saygı ölçütü, ötekini kendi gibi algılama boyutu da vardır. Adaleti bir eşitlik düşüncesi olarak tanımladığımız gibi başkalarının haklarına saygı ve herkese kendine düşeni verme konusunda sarsılmaz bir irade olarak da genişletebiliriz[9]. Çünkü adalet, her şeyin kendisinin olmasını isteyen bireyin kaba egoizmini de törpüler.

Ahlaki değer olarak adalette esas olan, bireyin, başkalarının haklarına yönelik saygılı zihniyeti ve iradi tutumudur.

Scheler adalet değeri ile ilişkili şöyle bir psikolojik profil sunmaktadır;

– Nefsine hâkim olma; metanet, temkin, itidal ve hepsinin sonucu olarak alçakgönüllülük,

– Sadakat; sevgi ve güvenin devamlılığı. Sadakat "sözler ya da sözleşme" olarak ortaya çıktığında sadakatsizlik hakarete dönüşür. Özgür iradeler alanında sözün dışında sonucu ne garanti edebilir ki? Sözü kişi önce kendisine vermelidir.

– Doğruluk; her şeyden önce kendini onaylama cesaretidir. Kişiyi tutarlı kılar. Böylece psikolojik profil kişinin kendisi ile ilgili değerler alanında doğruluk, kendine sadakat, açık kalplilik, ölçülülük ve saflık değeri ile bütünleşebiliyorsa hınç dışarıda kalacaktır.

Oysa değerler alanının çıkar esaslı kurgulanmasında büyük bir çelişki ortaya çıkar.

Nefse hâkim olma; işi başarıyla yürütme olanağı, sadakat; anlaşmaya bel bağlama ve beklenti, dürüstlük ise; kişinin kamuoyu önünde söylenmeyecek şeyler için kendini tutmasına dönüşmüştür. Scheler bu değişimi demokrasi kavramına karşın demokratizm olarak adlandırır. Demokratizmi ise çok sayıda bireyin sürdürülebilir faaliyet içinde bulunması amacı olarak tanımlamıştır[10].

Demokratizm klasik dayanışma yaklaşımını dışlar. Çünkü bir dayanışmadan bahsedebilmek için içkin asli bir niteliğin kabulü gerekir. Bu da barış içinde birarada yaşama arzusudur. Güven ve birlikte var olma değerinin biçimlendirdiği dayanışma bireysel tercihler alanının üstünde ve ötesinde olmalıdır.

Scheler bu ayrımını Tönnies'in *topluluk-toplum* ayrımıyla ilişkilendirdiğinde toplumun sözleşme temelli uzlaşmaya dayalı bir birlik oluşu bir zayıflık olarak sunulur. Çünkü ortak sorumluluk alanları belirsizdir. 17. yüzyılın mekanik evren anlayışının modern yaşama yansıması olan fonksiyon açısından tanımlanabilir makine tasvirleri, yaşamın amacının kaybolmasına sadece işleyişe takılıp kalmaya yol açmıştır. Sonuç olarak araç olanın gelişimine karşın amacın unutulduğu Scheler'in haklı bir tespiti olarak gözükmektedir.

Adalet arayışında olgusal olarak neyin haklı olduğunda bir yanılma olsa bile içsel olarak adil olanın aranması da ahlaki bir değer tamlığıdır. Her türlü yabancılaşmanın hıncı doğurduğunu kabul ettiğimizde ve özgürlüğü de ahlakın önkoşulu saydığımızda kararın –sözleşmede söz vermenin– ortaya çıkışı asıl değerlendirici öğedir.

Kant'ın bireyin özgürlüğünü kategorize ederken kullandığı kategorik emparatif, biraz yukarıda sözünü ettiğimiz Nietzsche'nin düşünce evresinde "herkesin kendi ahlakını kendi koşulsuz isteminde icat etmesi"ne dönüşmüştür. Bu dönüşüm dayanışmayı bütünüyle dışlar. Dayanışmanın dışlanması gibi batı nihilizminin "insan iyiye gidiyor" kabulünde bütünüyle bir yanılsama olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Nietzsche'nin karşı önerisi olarak sunduğu "jenolojik" yaklaşım ise inançlara metafizik temeller sağlamak gibi naif çabalar yerine, inançların gerçek kökenlerini ve var oluş nedenlerini araştırmanın gereğine işaret eder. Böylece "iyi ve kötünün ötesine" geçilir[11]. İçi boş olanın yerine etkin değerlerin keşfini öneren Nietzsche'nin açıkça elitist, anti-demokrat ve anti-liberal olduğu tartışmasızdır. Buna itiraz edecek değiliz. Nietzsche'nin asıl öneminin ahlaki açıdan nesnellik iddiasında bulunan görüşlerin aslında öznel istek ve iradelerin bir dışa vurumu olduğunu ilk olarak ve en açık biçimde ortaya koyuşuna dikkat çekmek arzusundayız.

(9) Vecdi Aral, **Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları**, , İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 114.; Ayrıca Nicolai Hartmann, **Ethic**, 4. Auflage, Berlin, 1962, s. 114 vd.

(10) Scheler, **Hınç**, s. 108 vd.

(11) David West, **Kıta Avrupası Felsefesine Giriş**, İstanbul, Paradigma Yayınları, 1998, s. 185.

Nietzsche, Kantçı aklın yerine iradeyi önerir. İnsanların kendisini, kahramanlara özgü, muhteşem iradi edimler sergileyecek ahlaki özneler haline getirmesini istemektedir. Bunun anlamı köle ahlakının terk edilerek yeni bir ahlakın kurulmasıdır.

Nietzsche 'Ahlakın Soy Kütüğü Üstüne' adlı kitabında titizlikle adaleti tepkisel duygulardan ayırması, bir değer olarak adaleti tanımasına ve onun irade ile olan açık ilişkisine bağlanabilir. Tepkisel duygular alanının psikoloji ile bağlantısının açık oluşu hınç ile kıskançlık arasındaki yukarıda bahsedilen tespite paralel bir tutumdur. Eğer başkalarından daha az şeye sahip olduğumuz için hınç duyuyorsak bunun nedeni, mutlaka o başkalarının bizden daha iyi olmaları değildir. Sistemin yapısal olarak hatalarının da hıncı ortaya çıkarıcı etkisine dikkat etmek gerekir. Bu konuyu daha farklı bir bağlamda ele alan Rawls, hıncı ifade edenlerin, belli kurumların neden adaletsiz olduğunu veya açıkça kişilerin kendilerine zarar vermeyi tercih edebildikleri halleri de kapsam içine alarak, çeşitliliğe vurgu yapmıştır[12].

Rawls böylece hıncın ortaya çıkışının sadece yapısal olandan değil, kişinin tutum olarak hıncı tercihine de bağlayarak, liberal tutumun otomatik bir sonucu olmadığını göstermeye çalıştığını belirtebiliriz. Ancak özgürlük kavramına yüklenebilecek anlam çokluğu özgürlük-çıkar ilişkisinin değerlendirilmesinde gerek yasal korunmada ve gerekse taraf çıkarları açısından daima subjektif farklılıklar yaratabilir. Sonuçta sorun daima "tercih/seçme" sorunudur. Sınırlar son derece belirsiz olduğundan özgürlüğe farklı anlamlar verilebilir ve çıkarın ihmal edilemeyecek bir hak oluşu" için yeterli gerekçe oluşturabilir. Aslında liberalizmin sağlam sınır çizgilerini ve itina ile belirlenmiş içeriğini sürekli olarak kaybetmesinin en önemli sebebi budur. Bu belirsizliğe liberalizmin, pragmatik temel amacının toplumsal yaşama katılanların genel olarak durumunun düzeltilmesi gibi bir amacının olmadığı da eklendiğinde durum daha da iyi anlaşılmaktadır. Liberalizmin amacı insanların durumlarını daha iyi hale getirmeyi öğrenebilecekleri bir toplumun organizasyon kurallarını ortaya koymaktır.

Rawls'un adaleti toplumsal bağlamda en üst iyi sayışı da sorunludur. Sonuç olarak birisine hakkı olanı vermek çok olağanüstü bir ahlaki değer ifadesi değildir. Olağandır; çünkü ötekine hakkı olanı da vermeyeceksen nasıl bir ilişkiyi öngörmektesin?

Aristoteles'in dostlar arası ilişkide temel aldığı filia (sevgi) değeri herhalde adaletten çok daha yüksek bir değer ifadesidir. Sevgi, fedakârlık ve kendi hakkı olandan birisinin lehine vazgeçebilme gibi yüksek ahlaki değerler yanında, adaletin olsa olsa asgari etik sayılması gerekir. Ancak buna adaletin önemsiz bir değer olduğu değil, üzerinde yükselinen kurucu değer olduğunu, toplumsal yaşamın bir düzen olarak devamı açısından en son sınır olduğunu ve adaletin temin edilemediği toplumsal yaşamın bir düzen olarak kabulünün mümkün olmadığını da eklemek gerekir.

(12) John Rawls, **A Theory of Justice**, Oxford, Oxford University Press, 1971, s. 533.

Yargı Nerede?

Mustafa KUTLU*

Şimdilerde Başbakan soruyor[1]; Hukuk Fakültesine başladığım günlerden bu yana ben de hep bu soruyu sordum. Halen de sormaya devam ediyorum. Bu sorunun her zaman çok sesli sorulması gerekiyor. Evet, yargı nerede? Yargı söz konusu olduğunda olumsuzlanan her durum için bahane bulmak gerçekten çok kolay. Ancak adaletsizliğin insan, toplum ya da devlet için ne denli büyük bir sorun olduğunu bilmek de o derece yaşamsal. Adalete gereksindiğimizde yargının yedeği olmadığını, diğer tüm iktidar odak ve olanaklarının değişebilirliğini bilmek yanında, kendimizi sağlam bir desteğe, insanca bir dayanağa bağlamak zorunda olduğumuzun tüm yalınlığıyla ortaya çıktığını görürüz. Çünkü hepimiz öyle ya da böyle adalet istiyoruz, o halde yargı nerede? Şimdi bakalım yargı nerede ve ne yapıyor.

BAĞIMLILIĞIN HANDİKAPLARI

Yargı, köylü Mehmet ağa söz konusu olduğunda çok orta yerdedir. Bu durumda onun iktidarını her şart ve koşulda görür ve hissedersiniz. Bu nedenle Türkiye Savcıları çok kanıksadıkları şöyle bir savsöz söylerler, "bizim ancak köylü Memet ağaya gücümüz yetiyor" biz hâkimler de yıllar yılı savcı arkadaşlarımızın bu serzenişlerini dinler dururuz. Yıllar içinde ne değişti derseniz, ortada fazla bir şey görünmez. Ne yazık ki iki yıl geçince yetersiz hale gelen yeni adliye binaları da bu eksikliği asla gidermez. Bu serzeniş aslında şu soruyu sürekli kendimize sormak, bir itirafta bulunmaktır: Yargı nerede?

Bizler, iktidarda olup da yargıyı göreve çağıran siyasi görmeye pek alışmadığımızdan sorunu algılamakta zorlanabiliriz. Çünkü bu durumda ilk akla gelen iktidarın, yürütmenin ya da hükümetin çoğu kendine bağlı kurumlar –hatta Adalet Bakanlığı- içinde gereğini yapmasıdır. Muhalefette olup da yargıyı göreve çağıranların iktidarda iken ne menem yargı düşmanı olduklarını hep birlikte görmüşlüğümüz vardır. Ancak tarih muktedirlere sonunda ironik bir şekilde sürekli şu soruyu sordurur: Yargı nerede?

Aslında yargı en çok olması, kendini göstermesi gereken yerde asla yoktur. Bunu daha çok edilgen yargısal konumdaki mahkemeler ya da yargıçlar için söylemek haksızlık olur. Yargıçlara ve mahkemelere başka adil eleştiriler yöneltmek için de birçok nedenimiz var. Ancak burada üzerinde durulması gereken asıl yargısal sorun, etken yar-

(*) Hakim, Sincan Adliyesi Sincan/Ankara.

(1) 04.04.2007 tarihli Milliyet, Radikal ve Yeni Şafak gazeteleri.

gısal konumdaki savcılık kurumunun sosyal ve yargısal işlevinin ne halde olduğudur.

Türkiye adliye kurumlaşmasında Mahkemeler (yargıçlar) ile Savcılıkların (Savcıların) aynı binada "adliyelerde" yer almalarının birçok soruna yol açtığı tüm yargıçlar tarafından yakından bilinir. Ben diğer sorunları bir kenara bırakarak savcılaşamayan savcılar üzerinde durmak istiyorum.

YAKINMA MAKAMI

Savcılaşamayan savcılık yargısal olarak temel yakınma konularından biridir. Bu yakınma salt yurttaş mekânında değil, yargısal anlamda da geçerlidir. Ceza Yargılaması Yasasının değiştirilmesinin nedenlerinden biri de özellikle hazırlık soruşturmalarında Savcılığın işleyişindeki eksiklikleri gidermekti. Ancak adliye kültürünün içinde aynılaşmaya zorlanan Savcılar ile Hâkimler zamanla birbirlerine benzemeye başlarlar. Savcılığın etken konumu daha edilgen durumdaki, yani dava açılmasıyla harekete geçen Mahkemeyi ya da Hâkimi taklide yönelir. Zira böyle bir etkinlik alanı kişisel ve kurumsal olarak daha rahat ve sorunsuzdur. Diğer türlü savcı olmak gerçekten belalı bir iştir. Bu halde "Kadir İnanır" gibi efelenen bir savcı olmaktan çok, "Doğan Öz" gibi katledilen bir savcı olmaya adaysınızdır. Ancak başka şekilde suçları mahkeme önüne taşımak, adaleti ve toplumu savunmak mümkün değildir.

Bu aynılaşma hem savcıları hem de yargıçları yozlaştırarak farklı amaç ve yönelimleri olan iki kamusal otoriteyi niteliksizleştirir. Bu aynılaşma savunma hakkının içeriksel olarak yok edilmesine değin genişleyerek yargı devlet güdümünde otoriter bir içerikle yeniden şekillendirilir. Oysa savunma hakkının adaletin gerçekleşmesinde ne derece önemli olduğunu, hatta demokratik bir cumhuriyette yargısal anlamda başat değerde bulunduğunu bilmemize rağmen, savunma hakkı kurumsal olarak baroların da vesayet altında tutulmaları ile devletin güdümüne sokulur. Ancak devletin ya da savın olağanüstü gücü karşısında bireyin elindeki tek koz savunma hakkıdır. Bu aşırı dengesiz ve otoriter yönelim ile yargıcın bağımsızlığı ve tarafsızlığı ortadan kaldırarak, yargıcın, maaşını veren kamusal otoritenin soyut varlığına değil de, somut varlığına bağımlılığıyla tüm hukuksal güvenceler birer görüntüye dönüşür. Bu duyarsızlaşmanın tek açıklaması hukuk alanının bir geçim meşgalesine dönüşmesidir; artık yüksek sesle şunu sormalıyız: Yargı nerede?

Kişisel tarihimde yargının ya da daha doğru anlatımla savcılıkların önayak olduğu bir yolsuzluk ya da örgütlü bir suça karşı esaslı bir savaşım verildiğini ve sonuçlandırıldığını pek hatırlamıyorum. Ancak şu aklıma geliyor; Beyaz Enerji operasyonlarında[2] soruşturma savcıları ile hükümet arasında meydana gelen gerilimi anımsıyorum. O tarihlerde Başbakan olan Bülent Ecevit, soruşturma savcısı Talat Şalk'a haddini bilmesini kamuoyu önünde esaslı bir şekilde söylemişti. Savcı Şalk ise yaptığı görev kapsamında "özgür olduğunu" karşı sav olarak dile getirmişti. Savcı Şalk şüphesiz doğru söylemişti. Ancak yargısal özgürlüğün ne anlama geldiği konusunda bu ülkede

(2) 08.01.2001 tarihli Hürriyet Gazetesi; 09.01.2001 tarihli Radikal Gazetesi.

hiçbir açılım bulunmadığından ve ancak zorda kaldığımızda sarıldığımız bir argüman olduğundan tüm tartışma saman alevi gibi sönüp gitmişti. Bu noktada Başbakan sanırım şunu düşünüyordu: Nasıl olurda tüm karşı koymalarına rağmen ve Adalet Bakanlığının başında kendine bağlı bir Bakan varken Savcı böyle bir işleme kalkışırdı. İşte kuvvetler ayrılığı kuramının yargı açısından olmak ya da olmamak ile yüzleştiği yer burasıdır.

Yargısal özgürlük nedir? Yargısal özgürlük koyutunun anlamı ilk akla gelenin aksine, her yargı mensubunun kafasına göre çalıştığı bir etkinlik alanı değildir. Burada varoluşçuların söylediği gibi "özgürlüğünden sorumlu olma" durumu vardır. Bu bir tür yargısal bağlanmayı içerdiği kadar, özsel bağımlılığa karşı duran bir dışavurumdur. Yargısal özgürlük dediğimiz olgu; yargının bağımsız ve tarafsız olması ve bu içerikte hareket etmesi anlamına gelir; yargı içerik, işleyiş, yönelim ve görüntü olarak bu koyuta uygun davranmazsa demokratik bir cumhuriyette her zaman meşruluk krizi yaşar, yaşamalıdır da. Bu halde hukuk devletinden söz etmek olanaksızlaşır.

YARGI SİYASALDIR

Kuvvetler ayrılığına dayanan bir hukuk devletinde[3] yargının başlıca işlevi öncelikle siyasal ve sosyal dengeyi hukuk yoluyla sağlamaktır. Yargı, insan haklarını ya da hukuku kullanmak yoluyla sosyal hayatı hakların yörüngesine çekerek barışçıl bir mekanizma ve düzen oluşumuna önayak olur. Kuvvetler arasındaki uyum ise, denge sağlandıktan sonra gerçekleşecek koşullar bütünüdür. Kısacası önce dengelenen bir siyasallık, ardından denge içinde uyum gelir. Başta uyum geliyor ya da isteniyorsa orada kuvvetler ayrılığından doğası gereği söz edilemez.

Kuvvetler ayrılığının hikmeti, çatışmalı, baskıcı ve tekelci siyasallığın insan haklarını ya da hukuku yok etmesini engelleyerek dengeli bir sosyal düzene yol açmasıdır. Bunun anlamı sınırlı bir iktidar alanı oluşturmaktır. Sınırlı iktidarın oluşumunda yaşamsal tehditler haklarla giderilerek herkese ait bir hukuk düzeni ve sosyallik kurulmak istenir. Hukuk devleti de bu yapısal duruşun kurumsallaşarak güvenceye kavuşturulmasıdır. Çünkü gerçekte biliyoruz ki; insan insanın kurdudur. Sınırlandırılmamış güç her daim yozlaşmaya yatkındır.

Bu nedenle önce dengeye ulaşmak için çatışma kaçınılmazdır; hukuk tarihi bu konuda oldukça verimli ve kanlı bir geçmişi adeta gözümüze sokar. Bu nedenle devlet iktidarının ve kamu düzeninin barışçı bir çatışma mekanizması ile uyumlulaştırılması gerekir. Uyumun anlamı tavizlerin zorunlu kıldığı uzlaşmadan çok, insan doğasının öne çıkması ile herkese istisnasız dağılabilen değerler üzerinden gerçeklik kazanır. Buradan insanın hakikatine ulaşılır; bu hakikat bir kamusal organın mutlak anlamda derdi olmak zorundadır.

Buradan geliştirilen bir karşı duruş eğer herkese ulaşılabilir bir kamusallık sunuyorsa ve bu kamusallık gerçekten insanın hakikatini dert ediniyorsa, orada artık hukuk güvenliğinden söz edilebilir. Bu yapılanmanın kamu düzeni haline getirilmesi için yanlışların be-

(3) Mustafa KUTLU; **Kuvvetler Ayrılığı**, Seçkin Yayınları, Ankara 2001.

lirlenmesi, adil olmayan her işlemin bünyeden atılması için yargı koşullandırılır.

HUKUK BİLİNCİNİN YANSIMALARI

Bu siyasallık teması hukuk bilincini ortaya çıkarır ve yargısal olana ne olduğunu söyler. Onu saptırıcı etkilere karşı koruyarak, kamuyla birlikteliğini adalet adına her seferinde yeniden kurgular. Artık cumhuriyet bir hukukun dile gelişinden başkası olamaz, demokrasi ise insan haklarına evrilerek tüm insanlık dışı dayatmaları anlamsızlaştırır; artık bu dayatmaları kimin yaptığının hiçbir önemi kalmaz. Çünkü savaşım verilmesi gereken her şey orta yerdedir. Bu nedenle savcılar, Türkiye Cumhuriyetinde cumhuriyet savcısı olarak adlandırılırlar.

Bu duruş kamusal bir isteme dönüşmediğinde hukuk felsefesinin incelikleri olarak kalır. Hukuk felsefesinden uzak bir hukuksallık ise cari sisteme ve yasaya tapınmak anlamına gelir. Yasayı algılamak, hukukun yerel sosyolojisine indirgendiğinde hukukçunun hikmeti bellidir: Baskı aygıtı olmak. Artık savcı ya da hâkim (Bilge) olmanın yurttaş için herhangi bir anlamı yoktur[4]. Bu durumda şu söz sürekli tekrarlanacaktır: Yargı nerede?

Aslında yargı hiçte uzakta değildir. Her il ve ilçede ayan beyan ortadadır. Ancak orada yüzleştiğimiz süreç kocaman bir yöntem tuzağı ve soğuk bir atmosferdir. Hak aramanın nimetleri yerine sürekli horlanan bir yurttaş için hak arama özgürlüğü sistemden sızan hakla orantılıdır. Böyle bir adliye yapılanması tabandan geleni tartarak umduğumuzu değil, istediğini verir. Zira hakkın belirlenmesindeki otorite tek yanlı ve devlet merkezli olunca adil olanın ne olduğu şansa kalır ve gelenek hakların yerini alarak, birçok yargı oyunuyla töre onanır. Bu bumerang egemen çıkarların, gücün ve alışkanlığın hükümranlığının, halkın hukuk aracılığıyla egemenliğini biçim değiştirmeye zorlamak olarak geri döner. Bu nedenle Avrupa Birliğinin asıl yükünü hukuk ve yargı çekmek zorunda kalır[5].

Bu hiçbir şeydir. Cumhuriyet klan arzusuna dönüşerek hukukla biçimlenemez hale gelir. Cumhuriyetin demokrasiyle birleşmesi hep soruna yol açar ve tahakküm zincirleri boşalmış bir şekilde silahlı olarak kol gezer. Özgürlük Orta Doğu'nun kanlı arenasında asla kendine yer bulamaz, eşitlik ise ilkokul çocuklarına giydirilen kara ya da mavi önlüktür. Devlet yalın bir propaganda aracı olarak küçücük beyinleri okullarda ezbere boğarak geleceksiz bir halkın kuyusunu kazar. Tüm bu atmosferde yaşadığını sanmak adına, büyük bir memnuniyetsizlik içinde, çıkar yolu kendimize tapınmakta buluruz. Bunun anlamı geleceksizliğin tufanına dayanım göstermektir. Çünkü geçmiş avunmak için fazlasıyla bize yeterlidir. Haklardan kopmanın, haklarla yaşayamamanın, hakları geliştirmemenin ve haklara sahip çıkmamanın bedeli gerçekten büyüktür.

(4) Murat BELGE; **Darbe ve Savcı**, Radikal Gazetesi, 06.04.2007.

(5) 2003, 2004 ve 2005 yıllarına ait Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi, İstişari Ziyaret Raporları, http://www.abgm.adalet.gov.tr (05.04.2007)

YARGI BURADA

İtalya'da yargı nerede olduğunu gerçek boyutlarıyla gösterdi. Kamu (devlet değil) gücünün düştüğü acizliğin ne demek olduğunu her zaman ve her yerde görmek mümkün. İtalya'da Giovanni Falcone'nin neler yaptığını[6], ne şekilde katledildiğini de gördük. Sicilya'da, Palermo'nun ortasında ne şekilde yaşadığını ve burada akan kanın ne anlama geldiğini de biliyoruz. Temiz Eller Operasyonundan sonra parti kurup seçimlere giren, 2001 İtalya seçimlerinde ancak %3,98 oy alan ve seçim barajının altında kalan Temiz Eller Savcısı Antonio Di Pietro'nun seçmen karşısında gördüğü taltif ise sürecin ne kadar zorlu olduğunun işareti[7].Oysa bu savcılar taşra kökenleri ile kırsalın içinden gelerek İtalya'nın arınmasına katkı sağladılar. Sonuçta kimse sizi alkışlamıyor. Ancak şunu hep soruyor: Yargı nerede?

Adaletin kimsenin umurunda olmadığını dünyanın gidişinden biliyoruz. İnsan türünün adalete layık olmadığını da ben şahsen biliyorum. Ancak şunu da biliyoruz; mağduriyet hepimizin başı üzerinde Demokles'in kılıcı gibi asılı ve bunu değiştirmek olanaksız. Mağdur hep adalet isteği ile kapımızı çalar ve her mağduriyet insan vicdanına sözünü geçirmek ister. Eğer vicdanınızı kapı önünde bırakırsanız, önce şu sorulur: Gladio Nerede?[8] Eğer vicdanınızı her yere taşırsanız şu soruyu sürekli sormalısınız: Yargı Nerede?

Başbakan sorusunu çok geç sordu. Herkesin kafasına göre oligarşi oluşturmak için uğraştığı bir yerde bu soruya verilen yargısal yanıt[9] hep küçümsenecektir[10]. Çünkü kamusal mekanizmaların itici gücü kamunun kendisidir. Yargı ise, siyasal olarak varlığını anlamlandıramadığı ve içeriğini bu anlama göre oluşturamadığı sürece her şeye geç kalmaya mahkumdur. Harekete geçtiği anda da büyük bir şüphe bulutunun altında işleyecektir. Oysa yargı her türlü haksızlığa karşı direnme odağıdır. Ve direnme hakkını önemsemeyen bir cumhuriyet asla demokratikleşemez. Direnme hakkının gerçekliği karşısında artık yöneten değil, gözeten bir yönetim söz konusudur. Çünkü hiçbirimiz koyun değiliz ve bir çobana asla gereksinimimiz yok. Sanıyorum bu durumda artık şu soruyu sormak gereksiz hale gelecektir: Yargı nerede?

(6) 12.01.1997 tarihli Milliyet Gazetesi.

(7) 15.05.2001 tarihli Sabah Gazetesi.

(8) Derya SAZAK; Gladio Nerede?, Milliyet Gazetesi, 12.01.1997.

(9) Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının soruşturma açtığına ilişkin haberler için 04.04.2007 tarihli Milliyet ve Radikal Gazeteleri

(10) BELGE; adı geçen yazı.

Sosyolojik Hukuk Düşüncesinin Oluşumu

(Özel Metin)

Bahir Güneş TÜRKÖZER*

İnsanın doğuştan ve doğadan gelme haklara sahip olduğu tezi, Jean-Jacque ROUSSEAU (1712-1778)'ya aittir.

Bu tez, uygarlık tarihinde önemli dönüşümler sağlamış, gelişmelere yol açmıştır; bir yandan doğal hukukun anıtsal bir örneğine ulaşılmış, öte yandan 'Toplum Bilim'in gelişimini sağlayan, önemli tartışmalara kaynaklık yapmıştır.

"İnsanın doğuştan ve doğadan gelme haklara sahip olması", insanın doğuştan getirdiği haklarını, doğada (yani doğal yaşam hali içinde) kullanmış olması anlamını taşımaktadır. Bu haklar, adeta kutsal bir varlık tarafından insan bilincine empoze edilmiş ve insan kişiliğine sıkı-sıkıya bağlı kılınmıştır. Rousseau'ya göre, insan bu hakları, doğal yaşam hali (l'état de nature) içinde sınırsızca kullanmıştır.

Doğal yaşam hali'ne ilişkin tanımlamalara kısaca değinmek gerekiyor:

17. yüzyıldan itibaren, Doğa Bilimlerinde yaşanan gelişmelere bağlı olarak, bu bilim alanlarında kullanılan 'analitik' yöntemin, toplumsal bilgi alanında da uygulanması gereği önem kazanmıştır. Nasıl ki madde, en küçük yapı birimi olarak ele alınan 'atom' temelinde nesnel bir şekilde açıklanmış ise, toplumun da, onun en küçük yapı birimini oluşturduğu varsayılan, 'insan' temelinde açıklanması gereği, bu çağda, benzer bir yöntem olarak benimsenmiştir.

'İnsan'ı tanımlayan temel nitelikler bilenebilirse, mevcut toplumun doğasını algılamak, sorunlarını çözmek ve geleceğin toplumunu oluşturmak için gereksinim duyulan kurucu ilkelere ulaşılmış olacaktır. İnsanın nesnel doğasını algılamaya yönelen düşünürler, öncelikle en ilkel insana yönelmişlerdir. ilkel insanı kavrayabilmek için ise, (tarihin kaydetmediği dönemleri içerecek şekilde) doğal yaşam hali'ni tanımlamaya yönelmişler ve bu tanımlama biçimleri, bir kurgulamayı (tasarlamayı) zorunlu kılmış ve hayal gücünü zorlamıştır.

17 ve 18. yy. edebiyatı, 'doğal yaşam hali'ni tanımlamaya yönelen etkili anlatımlarla dikkate değer bir önem kazanmıştır. Bu kurgulamaların en önemlisi, (Thomas HOBBES, John LOCKE gibi düşünürler yanında) kuşkusuz J.J.ROUSSEAU'ya aittir. (Ona ilişkin tanımlamanın ana unsurlarına değinmekle yetineceğiz.) Rousseau'ya göre ilkel insan, doğal yaşam halinde, mutlak özgürlüğün tadını duyarak yaşamıştır. Bu insanın hiçbir kişi ve nesneye karşı bağımlılığı yoktur, doğada kendi başına buyruk yaşamış, hemcinslerinden tümüyle soyutlanarak bağımsız bir yaşamı sürdürmüştür.

Doğal yaşam halinde, güçlü bir bağımsızlık duygusu içinde yaşadığı farz edilen insan, salt insan olduğu için doğuştan sahip olduğu dokunulmaz nitelikli haklarını, sınırsızca kullanmıştır. Rousseau ya göre, insanın, doğal yaşam halinden topluluk yaşamına geçmesi, biri-diğerinden soyutlanmış insanların mekanik birleşiminden değil, 'sözleşme'den doğmuştur. Sözleşme aklın bir gereği olarak gerçekleşmiş, ilkel insan hem topluluk yaşamına (siyasal örgütlenme düzeyine) hem de hukuk düzenine ulaşmıştır.

İnsanın doğal yaşam halinden toplum yaşamına geçerken, doğuştan getirdiği ve doğada kullandığı tüm haklarını korumak mümkün olamamış, güvenliği karşılığında bir kısım haklarını topluma devretmiştir; buna karşın, önceden sahip olduğu bir kısım haklarını da, toplum yaşamı içinde elde tutmayı, kullanmayı sürdürmüştür. İnsanın doğuştan ve doğadan sahip olduğu bir kısım haklarının, toplumsal yaşamda kullanması, bu hakların toplumsal yaşama uyarlanması; hakların karşılıklı olarak sınırlandırılması gereğini ortaya çıkarmış ve böylece, sübjektif haklardan yola çıkılarak objektif hukuka ulaşılmıştır. Bu hukuk anlayışı içinde, bireyler genel iradenin emrindedir ve yasa genel iradenin bir ifadesidir ve asla keyfi bir buyruk değildir.

İnsanın bireysel benliğini kabul etmek, bireysel otonomisini güçlendirmek ve onu topluma öncelikli ve üstün kılmak amacına yönelen rasyonalist nitelikli doğal hukuk düşüncesi, Fransız İhtilal bildirgelerine aynen yansımış ve bu sayede, tüm çağdaş dünyayı etkisi altına alan geçerli bir hukuk sistemi haline dönüşmüştür.

19.yy. en çok değişen ve en çok şeyi değiştiren bir yüzyıl olarak tarihe geçmiştir. Soyut insan ideali üzerinde kurgulanmış olan mutlak ve ideal nitelikli sübjektif haklar, bu yüzyılda, geniş bir uygulama alanı bulmuştur. Teknolojik gelişme ve ekonomik büyümeye bağlı olarak oluşan sınıfsal ayrışmalar ve sosyal refaha, barış ve adalete ilişkin sorunların çözümüne dönük arayışlar, bu yüzyılda toplumsal bilgiye olan ilgiyi artırmış, toplumsal yaşam gerçekliği, nesnel araştırma ve incelemelere konu kılınmıştır.

"İnsan sadece hakları ile birlikte doğar mı? İnsan, gerçekten doğuştan hak sahibi olabilir mi? İnsan niçin borç ya da ödevleriyle birlikte doğmaz, ama sadece haklarıyla birlikte doğar?" gibi sorular ve bu temalar etrafında oluşan tartışmalar, 'soyut insan' tasarımı üzerinde oluşmuş toplumsallık tanımlamalarına yönelen eleştirel yaklaşımlar, toplumsal bilginin gelişimini zorunlu kılmıştır. Toplumsal gerçekliğin nesnel olarak algılaması ve açıklanmasına dönük çabalar, hem Sosyolojinin bir bilim dalı olarak gelişmesine hem de yeni bir hukuk düşüncesinin doğmasına katkı sağlamıştır.

Yukarıdaki sorulara, dikkate değer yanıtlar veren SOSYOLOJİ biliminin gelişiminde ilk önemli adımları atan ve 'SOSYOLOJİK HUKUK DÜŞÜN-

(*) Doç.Dr., Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

CESİ'nin oluşumuna ilk önemli katkıyı sağlayan düşünür, August COMTE (1789-1853) tur.

(Bu sunum, sadece August COMTE sistematiği ile sınırlı tutulmuştur.)

Felsefi pozitivizmin de kurucusu olan COMTE'a göre, algılanabilir bir dünya vardır ki o da ancak olguların dünyasıdır ve sadece gözlem ve deney, insanın algılayabileceği verileri ortaya koyabilir. Bu nedenle pozitivizm, her şeyden önce eleştirisini metafiziğe yöneltmiştir; çünkü metafizik, duyusal alanın üstünde ve ötesinde bir dünyanın bilgisidir. Bilim, akla dayalı soyutlamaları değil, sadece gözlem ve deneyin konusu olabilen objeleri kendisine konu edinebilir.

COMTE'a göre 18.yüzyıla damgasını vuran 'soyut insan' tasarımı, metafizik bir kurgulamadır; ve insan doğasını açıklamakta geçerli ve güvenilir bir kaynak olamaz; çünkü gerçekte insan, bir topluluk yaratığıdır, bir sosyal varlıktır. İnsan, topluluk ortamında doğar, topluluk halinde yaşar ve ancak topluluk halinde yaşayabilir. İnsanın, (içinde yaşadığı) topluluktan soyutlanarak yaşadığını gösteren hiçbir tarihsel veri yoktur. Soyut insan tasarımı, sadece bir hayalden ibarettir.

Toplumsal yaşam, toplumdan soyutlanmış bireylerden değil, sosyal gruptan meydana gelir. İnsan, biyolojik doğası gereği, sosyal bir grubun üyesi olarak doğar ve sosyal grup içinde yaşayabilir. İnsan daima sosyal bir grup içinde yaşamıştır. İnsanın gerçekliği ancak, toplumsal yaşam içinde kavranabilir ve açıklanabilir; çünkü, her bir sosyal olgu (sosyal unsur), ancak toplumsal bir gerçeklik olarak ve toplumsal bütünlük içinde algılanabilir.

'Ben'i ancak 'biz'den ötürü kavrayabiliriz.Toplumsal yaşam gerçekliği, 'salt bireyden' yola çıkılarak açıklanamaz, salt bireyden yola çıkılarak topluma yönelik açıklanmalar, dayanaksız bir yaklaşımı ifade eder. Toplumsal yaşamın gözleminden çıkan temel bulgu, karşılıklı sosyal bağımlılık (l'interdépendance sociale) olgusunun varlığıdır. Karşılıklı sosyal bağımlılık olgusu, toplumsal yaşamda bir düzenliliğe ve bütünselliğe yol açar.

COMTE'a göre, karşılıklı sosyal bağımlılık olgusunun, toplumsal yaşamın kurucu bir unsuru olduğu, bir öngerçeklik (bir postüla-'le postulat') olarak kabul edilmelidir. Toplumsal yaşamın her bir unsuru ve bu unsurlar arasındaki tüm ilişkiler, ancak bu düzenlilik ve bütünsellik içinde kavranabilir.Bir başka ifade ile hiçbir sosyal unsur, bu bütünsellikten bağımsız olarak ve soyutlanarak ele alınamaz. Hiçbir sosyal olgu, soyutlanmış, yalıtılmış unsurlar olarak açıklanamaz.

Toplumsal unsurların kendi aralarında ve toplumsal bütünlükle olan yapısal ve işlevsel ilişkilerinin varlığı, tüm unsurları birbirlerine karşı sıkı-sıkıya bağlı kılar. Toplumsal yaşamın her bir unsuru, diğer unsurlara göreli olarak algılanır ve açıklanır. Bu anlamda toplumsal sistem (yani bütün), sosyal olguya (yani parçaya) üstündür. Toplumsal bütünün-parçaya üstünlüğü, çağdaş Sosyolojinin önemli bulgularından birisidir.

Toplumsal yaşam, ROUSSEAU'nun tasarladığı gibi, bir sosyal sözleşme hali değildir; toplumsal yaşam,

insan düşüncesinin ürettiği ve karşılıklı bağımlılık olgusunun yol açtığı bir İŞBİRLİĞİ ortamıdır. Bu işbirliği, bütün toplumsal unsurların gerçekliğini açıklayıcı bir genelliğe sahiptir.

Her bir birey, toplumsal sistemin (bütünlüğün) farklı unsurları olarak ele alınmalıdır. Birey, bir yandan mevcut tüm toplumsal ilişkileri içinde, diğer yandan kendisinden önceki kuşaklarla olan ilişkisi içinde (ve bu ilişkilerin bir ürünü olarak) kavranmak zorundadır. Bu anlamda birey, toplumla olan ilişkisi içinde mutlak bir üstünlüğe ve önceliğe sahip değildir; onun hakları, ancak toplumun ona çizdiği statü sayesinde belirginlik kazanabilir. Birey, içinde yaşadığı ve bir unsuru olduğu sosyal grupla, karşılıklı bağımlılık ve işlevsellik içinde oluşan bir işbirliği ilişkisi içindedir ve birey, grup içindeki işlevini yerine getirmekten kaçınamaz.

Her birey, toplumsal yaşamın bir unsuru olarak, belirli bir işlevi (görevi) kendiliğinden ve sürekli olarak yerine getirmeye zorunludur; aksi halde, toplumsal yaşam zarar görür. Bu nedenle, bireysel işlevin yerine getirilmesi, kamusal bir görev yükümlülüğü anlamını taşır; yani bu işlev, kaçınılmaz bir biçimde, gerektiği gibi ve sürekli olarak yerine getirilmek yükümlülüğünü içermektedir. Bu anlamda her birey, adeta bir kamu görevlisi gibidir. Birey, ancak yerine getirmekle yükümlü olduğu işlevin (görevin) gerektirdiği hak ve ödevlere sahiptir.

COMTE'ta işlev kavramı (yani fonksiyon-görev kavramı), toplumsal yaşamın, yaşayan bir organizma olarak ele alınmasından doğmaktadır. Sosyal grup, toplumsal bir organizma olarak ele alındığında, onun varlık ve süreklilik kazanabilmesi, onu oluşturan unsurların işlevlerini sürekli olarak ve kaçınılmaz biçimde yerine getirmelerine bağlıdır. Biyoloji ve Sosyoloji bilimleri arasındaki yöntem birliğine dikkat çeken COMTE, biyolojik fonksiyon düşüncesinden yola çıkarak, sosyal fonksiyon düşüncesine ulaşmış ve bu kavramı, Sosyoloji ve Hukuk alanında kullanmıştır. Ona göre, bireysel bilincin mutlak özgürlüğü olanaksızdır. Nasıl ki yer çekimi yasaları karşısında fizikçinin bilinci özgür değilse, pozitif politik bir çağda da bireysel bilincin mutlak özgürlüğü gerçekleşmez (Pozitif politik bir çağ nitelemesi ile, pozitivizm temelinde oluşan sosyal ve siyasal önlemlerin oluşturulduğu dönemleri kastediyor.).

Bu çağda, mutlak hak düşüncesi, geri gelmez bir şekilde gözden kaybolmaktadır; çünkü, herkesin-herkese yönelik ödevleri vardır. Hiçbir kimsenin hiçbir şekilde hakka sahip olmadığı, aynı açıklıkla ifade edilebilir. Toplumsal yaşamın gözleminden, toplumsal yaşamda bir düzenliliğe yol açtığı kabul edilen karşılıklı bağımlılık olgundan çıkan ilke, 'hak' değil 'ödev' kavramıdır. Bu nedenle, COMTE'un hukuk sistematiği içinde 'ödev' kavramı, özel ve belirleyici bir öneme sahip kılınmıştır.

Ona göre, doğal hukuk kuramcıları tarafından hukukun temeline yerleştirilmiş olan sübjektif hak kavramı, özünde bir kurgulama niteliği taşır ve metafizik bir yapılanmayı temsil eder. Soyut insan tasarımı üzerinde oluşturulmuş olan insan hakları kavramı, hukuk düşüncesinin metafizik evresine aittir.

Duyularımız, bize ancak olguları gösterebilir; sosyal olgu, toplum yaşamı içinde insanları bir arada tutan, bütünleştiren ve onları çözülmez bir dayanışma (ilişkisi) içinde birbirine bağlayan ilişkilerde somutlaşır. Sosyal olgunun gözleminden çıkan sonuç, bireyin sosyal grubun işlevsel bir unsuru olduğu, topluluğun (sosyal grubun) birey üzerinde üstünlüklü bir konuma sahip olduğudur.Topluluk yaşamı, kendine özgü güçleri sayesinde bireyden belirli bir işlevi yerine getirmesini bekler; bu ilişki ortamı içinde bireye düşen, ancak 'ödev'dir.

COMTE önemle vurgulamaktadır ki, duyularımızın gözlemine dayalı pozitif algılama, sübjektif hakkın varlığına olanak tanımaz; sosyal olgunun doğasından çıkan ilke, 'hak' değil, 'ödev' kavramında ifadesini bulur. 'Ödev' kavramının hukuk içindeki üstünlüğünü kavrayabilmek için, pozitivizmin genel kavramlarıyla ilişki kurmak yeterlidir.

Pozitivizmin ortaya çıkışı ile sübjektif hakkın, teolojik ve metafizik niteliği ortadan kalkmıştır.Hak, artık dokunulamaz ve zaman aşımına uğramaz bir öze sahip değildir. O, hiçbir şekilde üstünlüklü bir yapı niteliği taşımaz; o ancak, toplum tarafından verilebilir ve onun temeli, ancak karşılıklı sosyal bağımlılık ilişkisi içinde kavranabilir.

Pozitif politik sistem içinde hak düşüncesi geri gelmez biçimde gözden kaybolmaktadır; her bireyin diğer bireylere karşı ödevleri vardır; açıkça ifade etmek gerekirse, hiç kimse, ödevini yapmaktan başka bir hakka sahip değildir. COMTE, mülkiyetin hukuki yapısını irdelerken, yine 'ödev' kavramından hareket etmiştir. Ona göre, pozitif politik bir çağda mülkiyet, bireye 'ödev' yükler.

Eşitsizlik ortamı içinde mülkiyet, bireysel üstünlük kurmanın bir aracı olarak anlam kazanır. Orada mülkiyet, az sayıda insanın tekelinde toplanır ve salt bireysel çıkarlar için kullanılır. Oysa mülkiyet (genel anlamda zenginlik), kaynağı açısından 'sosyal'dir ve kullanımı açısında da 'sosyal' olmak zorundadır. Çünkü mülkiyet, onu verimli, üretken ve etkin kullanacak olan (kullanmak yükümlülüğü altında olan) kuşaklara ve insanlığa aittir. Bu anlamda, birey için, mülkiyetin kullanımı bir sosyal fonksiyon niteliğini taşır; yani mülkiyet sahibi, mülkiyeti kullanırken, onu üretken, verimli ve etkin kılma gibi toplumsal ödevlerini yerine getirmek yükümlülüğü altındadır. Kuşaklar, sahip oldukları tüm toplumsal sermayeyi, büyüterek ve geliştirerek bir sonraki kuşağa devretmek zorundadır; aksi halde toplumsal yaşam zarar görür. COMTE, sübjektif bir hak olarak ele alınan mülkiyeti, sosyal fonksiyona dönüştürmüştür. Bireysel bir ödev olarak ele alınan sosyal fonksiyon ile, kamusal görevin gerektirdiği sosyal fonksiyon arasında niteliği açısından hiçbir fark gözetmemiştir.

Sonuç olarak COMTE, doğal hukuku, metafizik kimliği nedeniyle tümüyle reddetmiş, teolojik ve metafizik dönemin bir kurgulaması olan 'hak' kavramı yerine 'sosyal fonksiyon' (genel anlamda 'ödev') kavramı üzerinde yapılandırdığı yeni bir hukuk düşüncesine ulaşmıştır. Hukuku, olgusal temel üzerinde (yani sosyal olgu temelinde), yeniden kurmaya çalışmış

ve bu sayede sosyolojik hukuk düşüncesini oluşumuna ilk ve önemli katkıyı sağlamıştır. Bu yaklaşım içinde, hukuk kuralının, yönetenin iradesinden değil, olgusal gerçeklikten doğan ilke üzerinde oluştuğuna ilişkin, farklı bir hukuk düşüncesini sergiler.

Hukuku sosyal bir olgu olarak ele alan COMTE, hukukun gereksinim duyduğu bilgi boyutunu, Sosyoloji alanı içinde araştırmaya yönelmiştir.

Ona göre Sosyolojinin dışında tutulmuş bir hukuk, teolojiko-metafizik bir anlayışın ürünü olarak algılanabilir. Bu anlayışın spekülatif belirsizliği, ancak pozitif aşamaya ulaşmış olan Sosyoloji Bilimi sayesinde aşılacaktır.

Sosyolojik hukuk düşüncesi, COMTE un katkıları ile güçlü bir temele sahip kılınmış; özellikle Emile DURKHEİM ve Léon DUGUIT nin katkılarıyla yetkin bir hukuk düşüncesi düzeyine ulaşmıştır. Sosyolojik Hukuk Düşüncesi, çağımızda 'sosyal hukuk' nitelemesi adı altında, hukuk sistemlerini derinden etkileyen sonuçlar doğurmuştur.

Hukuk ve Siyasetin Kesişim Alanı Olarak Avrupa Birliği
AB ve Hukuk Kuramı - I

Gökçe ÇATALOLUK*

I) GİRİŞ

Hükümetlerarası antlaşmalarla ekonomik bir birlik kuran Avrupa devletleri son 15 yıldır siyasal açıdan da bütünleşip eşi daha önce görülmemiş bir ulusüstü birlik oluşturma niyetindeler[1]... 1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşması'nın yürürlüğe girdiği sabah üye ülke yurttaşlarının kendilerini AB yurttaşı olarak buluvermeleri, niyetin ciddiyetini ortaya koymakla kalmadı, aynı zamanda gidişin yönüne ilişkin tartışmaları alevlendirdi.

Avrupa Birliği, Avrupa Topluluklarının Konsey'i, Komisyon'u, Parlamentosu ve Adalet Divanı ile bir ulusüstü örgütlenme modeli olarak siyaset literatüründeki yerini aldığından beri süren tartışmaların odağını egemenlik devri ve federalizm tartışmaları oluşturuyor. Üye ülkelerin egemenlikten doğan yetkilerinin önemli bir kısmını topluluk organlarına devretmeleri elbette ulusüstü bir yapıyı uluslararası bir kuruluştan ayırt eden etmen ve dolayısıyla siyasi birliğin "*sine qua non*" u... Ancak iş tek bayrak, birlik marşı ve birlik yurttaşlığına gelince hükümetlerarası antlaşmaların kifayet etmediği, düzenin esas mimarı olması gereken "yurttaşlar"ın bu sürece yabancı aldığını görmek için hazırlanan Anayasa'nın onay sürecine bakmak da yeterli.[2]

Ortak pazar için biçilen kumaştan yaratılmaya çalışılan siyasal birliğin rotası federalizmden sapmış görünse de zemin arayışı sona ermiş değil. Öncelikli hedef, ortak pazar içerisinde müşteri sıfatıyla yer alan bireyleri gerçek bir siyasal birliğin gerçek özneleri haline getirmek. Adorno'nun deyimiyle "tepesinde olup bitenlere müdahale edebilecek gerçek özneler..."[3] Bunun için ortak pazarda varlığı hissedilmeyen bir ortak iyi arayışı, bu arayışı destekleyecek yeni bir kimlik ve aidiyet

(*) İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

(1) 1951 yılında Almanya, İtalya, Fransa, Hollanda, Belçika ve Luxemburg arasında imzalan Paris Antlaşması'yla Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu kurulmuş, bu topluluğa 1957'de Roma Antlaşması'yla Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun da eklenmesiyle Avrupa Ekonomik Topluluğu ortaya çıkmıştı. 1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşması, bu ekonomik birliği siyasileştirmiş ve Avrupa Birliği, bu Anlaşmayla kurulmuştu.

(2) Avrupa Anayasası , Nice Antlaşmasının ekindeki öngörülerden yola çıkılarak 2001 yılı Aralık ayında yayınlananan Laeken Deklarasyonu neticesinde Giscard d'Estaing başkanlığında toplanan bir Konvansiyon tarafından hazırlanmış, 2004 Ekiminde üye hökümet ve devlet başkanlarınca imzalanmış, daha sonra üye devletlerin teker teker onay süreci başlamıştır. Ancak referandumu sunulduğu 6 ülkeden Hollanda ve birliğin kurucu üyesi Fransa tarafından reddedilen metnin kalan dört ülkede halk oyuna sunumu ertelenmiştir.

(3) Adorno, Theodor W., "Almanya'da Kültürün Dirilişi", Eleştiri:Toplum Üzerine Yazılar, Belge Yayınları, İstanbul, 1990, , s.91

inşası gerekiyor. Bir de tabii ki "barbarlarını yitiren"[4] Avrupa'nın kendini yeniden tanımlaması... Bu amaçlarla ders kitapları yeniden yazılıyor, okul programları tek tipleştiriliyor ve öğrenci değişim programları uygulanıyor. Bu çabanın kamusal alanda sesi duyuramayan kesimler için de farklı yansımaları söz konusu. Ağırlıklı olarak internet üzerinden örgütlenen sosyal Avrupa yandaşları ve Avrupa Sendika Konfederasyonu bu bütünleşmeye farklı bir açıdan katkı sağlıyorlar. Topluluk organları eşi görülmemiş bir açıklık politikasıyla henüz taslak halindeki belgeleri dahi internet üzerinden yayınlıyor, Weiler'in Lexcalibur[5] hayalini gerçekliğe taşıyorlar. Bütün bu çabanın ne kadar işe yaradığını ise yalnızca zaman gösterecek.

Hukuk cephesinde de durum bir hayli karışık. 1992 öncesinde topluluk organları sınırlı sayıda konuda, çok da eleştiri almaksızın karar alıp hukuk üretir ve uygularken Maastricht'in "yurttaş"ları hukuk üretim sürecine tam olarak girebilmiş değil. Konsey ve Komisyon'a çok az etki edebilen bir Parlamento'yu kendi seslerini duyurmak için etkin ve yetkin bulmayan AB yurttaşları Avrupa genelinde Parlamento seçimlerine çok düşük oranlarda katılıyor.[6] Bu durumun hukuka yansıması ise bir meşruiyet tartışmasını beraberinde sürüklüyor.

Ayrıca AB hukukunun birincil kaynağı sayılan kurucu antlaşmaların biraraya getirilmesi ve buna zaten mevcut olan temel hak ve özgürlükler şartının eklenmesiyle oluşturulan anayasa teklifinin yurttaşlardan gerekli desteği alamaması klasik anlamıyla normlar hiyerarşisine uygun hukuk düşüncesini oldukça zorlamaktadır.

Başka bir problemli nokta ise Adalet Divanı... Kıta Avrupası hukukunda hiç alışık olmadığımız bir tarzda hukuk üretimine katkıda bulunan Divan'ın kararları üye ülkelerde doğrudan uygulanıyor ve aşağıda ele alacağımız "hukukun siyaseti yönlendirmesi" olgusuna en temel örneği oluşturuyor.

Bu çalışma, Avrupa Birliği'nin dinamik ve siyasal gelişmelerle sürekli yön değiştiren yapısının *sui generis* bir hukuk modeline nasıl etki ettiğini ve tam tersini yani AB hukukunun siyasi süreçleri nasıl belirlediğini ana hatlarıyla ele alıp çıkan sonuçları ulusüstü hukuk açısından değerlendirmeyi ve yukarıda değinilen sorunları tartışmayı amaçlıyor.

Henüz siyasal bütünleşme sürecini tamamlamamış bir birliğe ilişkin hukuksal bir incelemenin birçok açıdan eksik kalacağı öngörülebilir. Zira –uluslararası hukuka ve ilkel toplumlara ilişkin tartışmayı bir yana koyacak olursak– hukuk genel itibariyle siyasal zemini oturmuş alanlarda kendini ger-

(4) Bert von Roermund, "Jurisprudential Dilemmas of European Law", Constructing Legal Systems- European Union in Legal Theory, Kluwer Academic Publishers, İngiltere, 1997, s.358.

(5) Josepf Weiler Avrupa Birliğinde yürürlüğe giren ve hazırlık aşamasında olan bütün hukuki düzenlemelerin yurttaşların görebilmesi için bir internet sitesinde yayınlanmasını önerir. Bu öneriye göre siteye Kral Arthur Efsanesindeki kılıca nazire olarak Lexcalibur adı verilecektir. Weiler, J.H.H., "To be a European Citizen : Eros and Civilization", The Constitution of Europe, Cambridge University Press, İngiltere , 1999 s.352-3.

(6) Bkz. http://www.europeanelectionsstudies.net/; ayrıca 2004 seçimlerine katılım oranlarının ayrıntılı dökümü için bkz http://www.europarl.europa.eu/elections2004/ep-election/sites/en/results1306/turnout_ep/index.html.

çekleştirip kurumlaşır. Böyle bakıldığında da henüz ne yöne gideceği tam belli olmayan bir Avrupa Birliği özellikle hukuk kuramı açısından sağlam bir araştırma alanı sayılmayacaktır.

Buna rağmen Maastricht Antlaşması sonrası Avrupalı hukukçuların AB'nin siyasi entegrasyon çabasıyla paralel şekilde hukuk-kuramsal tartışmalara katıldıklarını gözlemlemek mümkün oldu.[7] Dahası bu tartışmalara kurulması beklenen birliği kendi kuramının uygulaması açısından bir laboratuvar olarak değerlendiren Jürgen Habermas gibi düşünürler de katıldı[8]. Ve hukukçunun üzerinde duramayacağı sanılan kaygan Avrupa Birliği zemini bir anda böylesine bereketli bir düşünce fırtınasına ev sahipliği yapmaya başladığında, hukuka ilişkin betimleyici çalışmalar Avrupa'nın kimlik sorunu, federalizm ideali ve kültürel sorunlara eklemlendi. Avrupa Birliğinin yapı ve işleyişini kuramsallaştırmak ve karşılaşılan sorunları değerlendirmek için salt hukuki bir yaklaşımın yeterli olmadığını ortaya koyan bu durum özellikle siyaset bilim ve hukuk çalışmalarında etkisini göstererek AB'nin disiplinler arası bir çalışma alanı olarak tasarlanmasına önayak oldu.

Bahsedilen bu yaklaşımın gelişme nedenleriyle birlikte sürekli evrim halindeki bir ulusüstü yapıyı hukuksal açıdan ele alan bu çalışmanın ilk bölümü, bahsi geçen çalışmaların eksenini hangi sorunların oluşturduğu konusuna açıklık getirmek amacını taşıyor.

II) BİRLİĞİN YAPISI: SİYASİ VE HUKUKİ SORUNLAR

Avrupa Birliği, hukukun üretilip uygulanması açısından oldukça ilginç bir sahneye benzetilebilir. Oyuncuları, figüranları ve kurallarıyla şaşırtıcı, ezber bozucu bir duruşu olan ve hayli karışık bir sahneye... Oyuna katılmak isteyenler için de, seyirciler için de çözmesi çok zor bir metin oynanıyor ve oyun oynanmaya başlamış olsa da senaryonun sonu henüz belli değil.

Zihinlerde oluşan bütün bu karmaşaya rağmen bu *sui generis* birliğin genel özelliklerini bir araya getirmek ve bir panorama ortaya koymak mümkün. Aşağıda birkaç başlık halinde toparladığım yapısal tespit ve değerlendirmelerime birliği tanımlayarak başlamak istiyorum.

A. Antlaşmalarla Kurulan Birlik:

Avrupa Birliği, varlığını selefi Avrupa Topluluğu'nda olduğu gibi uluslararası antlaşmalara borçludur.[9] Hükümetlerarası konferanslar neticesinde imzalanan kurucu antlaşmalar, birliği oluşturan ulus devletlerin egemenlikten kaynaklanan yetkilerinin bir kısmını AB'ye devretmesiyle sonuçlanmış; bunun sonucunda karşımıza yasama süreçleri, yürütme organı ve Adalet Divanı ile bir devleti andıran, fakat bünyesinde barındırdığı ulus devletlerin bu niteliklerini muhafaza ettikleri *sui generis* bir yapı çıkmıştır. Ancak bu yapı bir devlet olmadığı gibi uluslararası bir kuruluş da sayılamaz. Zira:

i. Uluslararası kuruluşların karar alma mekanizmalarında etkin bir şekilde söz sahibi yurttaşları olmaz.

ii. Hiçbir uluslararası kuruluş bireylere karşı doğrudan uygulanabilir yasa ve kararlar yoluyla doğrudan hukuki işlem yürütemez.

iii. Uluslararası kuruluşların bireylere temel hak ve özgürlük tanımaya ilişkin kaygısı olmaz.

iv Uluslararası kuruluşlar bireylere kendi işlemlerine karşı başvuracak hukuki yollar sunmazlar, zira bu kuruluşlar bireyleri doğrudan etkileyecek tasarrufta bulunmazlar.[10]

Bu maddelerin çoğu ileride değinilecek tartışmalara konu olsa da ayırt edici niteliklerini muhafaza ediyorlar: AB, taraf devletlerin altına imza attığı metinlerden doğmuş olsa da bir uluslararası kuruluş değildir.

Peki nedir?

Birliği örten *sui generis* örtüsünü kaldırdığımızda karşımıza çıkan, uluslararası kuruluştan devlete giden yolda; konfederasyon benzeri özellikler gösteren ama federasyon perspektifine sahip bir yapıdır[11].

• Buna göre, öncelikle, federasyonu oluşturan federe birimler egemenliklerini olduğu gibi federal devlete devrederler. Yani ortada bir devletler birliği değil, tek bir egemen devlet vardır. AB örneğinde gördüğümüz ise, egemenlik yetkilerinin bir kısmını topluluk organlarına devretmiş bir devletler topluluğudur. Buna göre topluluğun birincil hukuku ve ikincil hukukunun bir kısmı üye ülkelerin tanımasına gerek kalmaksızın söz konusu ülkelerde doğrudan uygulamaya konabilir[12]. Ancak egemenliğin tamamının devri söz konusu değildir. Bu anlamda Avrupa Birliği bir federasyon sayılamaz.

• İkinci olarak, federal devletlerde iki kademeli bir yurttaşlık anlayışı bulunmasına karşılık, konfederasyon üyesi devletlerin yurttaşları sadece kendi devletlerine yurttaşlık bağı ile bağlıdır. Maastricht Antlaşması'nın 17. maddesi uyarınca, üye devletlerden herhangi birinin uyruğu olan herkes AB yurttaşıdır. AB yurttaşlığı devlet yurttaşlığının yerine geçmez, onu tamamlar mahiyettedir. Öyleyse, AB'de ikili bir vatandaşlık anlayışı vardır ve birlik bu yönüyle federasyon özelliği göstermektedir.

• Konfederasyon ve federasyonu ayıran başka bir kriter de birlik organlarının yetkisini nereden aldığıdır. Federasyonda bu yetki federal anayasadan kaynaklanırken, konfederasyonda, birliği oluşan devletlerden kaynaklanmaktadır. AB'nin kurucu antlaşmalarının anayasal metinler olduğunu öne süren yaklaşımlara[13] karşın, birliğin he-

(7) Neil Mac Cormick, Zenon Bankowski, Joseph Weiler gibi isimler çalışmalarının büyük bölümünü AB hukuk kuramına yoğunlaştırdılar.

(8) Bkz., Jürgen Habermas , "Why Europe Needs a Constitution", New Left Review 11, September-October 2001, Open Letter to French Voters Le Monde, 2 Mayıs 2005 ve Sueddeutsche Zeitung, 3 Mayıs 2005. Ayrıca Jürgen Habermas, " Citizenship and National Identity", Between Facts and Norms, ' Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy'.Polity Press.İngiltere, 1997.

(9) Avrupa Kömür Çelik Topluluğu 1951 yılında Paris Antlaşmasıyla, Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Ekonomik Topluluğu 1957 yılında Roma Antlaşmasıyla kurulmuştu. 1992 yılında imzalanan Maastricht Antlaşması ise Avrupa Birliği'ni kurmuştur.

(10) Ingolf Pernice, "Multilevel Constitutionalism in the European Union", European Law Review. Vol: 27, no: 5.

(11) Oktay Uygun, "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme", Küreselleşme ve Ulus Devlet, YTÜ Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayını, Der. M. Koray, İstanbul, 2001, s.151-178. Avrupa Birliği'ne ilişkin yapılan sekiz maddelik bu değerlendirmede Oktay Uygun"un anılan makalesinde koyduğu kriterler esas alınmıştır.

(12) Emrah Oder (Tekinalp/Tekinalp) AB Hukuku,Beta Yayınları, İstanbul, 2000. s. 129 vd.

(13) Bkz. J.H.H Weiler, "Federalizmve Anayasacılık: Avrupa'nın Sonderweg'i", Cogito. no:39, bahar 2004, YKY, İstanbul, s.283; Amarllys Verhoeven , "The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory", Kluwer Law International, Hollanda, 2002, s.77.

nüz bir anayasası mevcut olmadığından birlik organlarının yetkilerinin anayasadan kaynaklandığını söylemek mümkün değildir.

◦ Kurucu antlaşmaların değişmesi ya da ortadan kaldırılması için federal yapılarda üyelerin oy çokluğu yeterliyken, konfederal sistemde oy birliği gerekmektedir. Bu açıdan AB konfederal bir yapı olarak değerlendirilmelidir.[14]

◦ Bilindiği gibi konfederasyonlarda devletlerin ayrılma hakkı vardır. AB'de bir devletin ayrılma hakkı olup olmadığı ise tartışmalıdır ve bu açıdan bir değerlendirme yapmak güçtür. Doktrinde ağırlıklı görüş antlaşmalarda değişiklik yapılmasıyla ve bütün üyelerin oybirliğiyle bir devletin üyelikten ayrılmasını mümkün olduğu yönündedir.[15]

◦ İş, dış politika ve güvenlik sorunlarına geldiğinde ise AB'nin federal motifleriyle karşılaşırız, zira bu iki konu da –konfederal yapılardakinin aksine- AB'yi ayakta tutan sütunlara dahildir.[16]

◦ AB, vergi konusunda bir harmonizasyona gitmiş olmasına rağmen kendi yapısı içinde vergi toplamamaktadır. Bu, onu konfederal bir yapı olarak değerlendirmemize olanak tanır.

◦ Son olarak Avrupa Topluluğu Mahkemesi'nin yetkileri üzerinde durmamız gerekecek. Avrupa Toplulukları Mahkemesi, AB içinde çeşitli düzeylerde çıkan sorunları çözmek için kurulmuş bir mahkemedir. Konfederasyon tipi örgütlenmelerde ise böyle bir mahkeme bulunmaz. Dolayısıyla bu kurumun varlığı da birliğin yapısının federal özelliğini göstermektedir.

Yapılan açıklamalardan çıkacak en basit sonuç, sanırım, eldeki kavram ve algı dizileriyle Avrupa Birliği'nin hukuk sahnesine verilecek ismin ne olduğunun tespitinin de oldukça güç olduğudur. Durum böyleyken, özellikleri üçüncü bölümde aktarılacak "ulusüstü" hukukun "hükümetler arası antlaşmalarla kurulmuş federatif özellikler gösteren, konfederasyon benzeri yapı"da kimler tarafından, nasıl oluşturulduğuna bir göz atarak gezimize devam edebiliriz.

B. Avrupa Birliği'nde Hukukun Özneleri: Devletler mi, Yurttaşlar mı?

Avrupa Birliği'nin yasama süreci, organlar arasında oldukça karmaşık bir ilişkiler zincirine dayalıdır. Tek bir yasama organı mevcut bulunmadığı gibi normalde bu görevi yapması gereken Avrupa Parlamentosu'nun yasamadaki azami rolü, yürütme organı olan Komisyon'unkine denktir.[17] Yasama sürecinde önemli rol oynayan Komisyon ve

(14) Bruno de Witte, "Treaty Revision in the European Union: Constitutional Change Through International Law", Netherlands Yearbook of International Law, Volume XXXV, 2004, s.71-74

(15) Ünal Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), AB Hukuku,Beta Yayınları, İstanbul, 2000. s. 53

(16) Avrupa Birliği, ilkini toplulukların (Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu ve Avrupa Topluluğu), ikincisini ortak dışişleri ve güvenlik politikasının, üçüncüsünü ise adalet ve içişlerinin oluşturduğu üç 'sütun'lu bir yapıya sahiptir. Avrupa Anayasası'nın yürürlüğe girdiğinde bu sütunları anayasal bir gövdede birleştirmesi öngörülüyordu.

(17) Yasama sürecine ilişkin olarak bkz. Paul Craig, Gráinne de Búrca, "EU Law, Text, Cases and Materials", Oxford University Press, NewYork, 1998, s.130 vd. Ayrıca Parlamentonun karar alma sürecinde artan önemine ilişkin bkz. Richard Corbett, Francis Jacobs ve Michael Shackleton, "The European Parliament", Cartermill Publishing, İngiltere, 1995, s. 197 vd

Konsey ise sırasıyla üye ülkelerin komiserlerinden ve genellikle bakan düzeyinde temsilcilerinden oluşur. Dolayısıyla Avrupa Birliğinde hukuk yapıcısı, Avrupa yurttaşları değil, hükümet temsilcileri ve onlardan aldıkları yetkiyle Brüksel'deki teknisyenlerdir.

Bu anlayış antlaşma metinlerinde de kendini gösterir. Kurucu antlaşmalar bir yana, Avrupa'ya ortak payda sağlamaya çalışan anayasanın dahi başlangıcında anayasayı sunanlar olarak devlet başkanlarının, kral ve kraliçelerin ismi geçmektedir.[18] Bu, esasında, Avrupa devletlerinin "konfederasyon benzeri bir yapı" ile birleştiği tespiti ile uyumlu bir durumdur. Antlaşmalarla sağlanan bu birlikteliğin tarafları üye devletlerdir.[19]

Problem, Avrupa Birliği'nin Maastricht Antlaşması'yla siyasi bir birliğe evrilmesi ve kendini "Avrupa Halkları arasında gittikçe artan bir yakınlaşma"nın ürünü ilan edip[20] bir Avrupa yurttaşlığı ihdas etmesi noktasında karşımıza çıkar. Zira yurttaşlık, sadece hukuksal bir kurgu değildir. Siyasi hak ve özgürlükleri, yani içinde bulunduğu topluluğu siyasal anlamda belirlemeyi ve tabi olduğu hukuku yaratmayı da içine alır.[21] Maastricht Antlaşması'nın yarattığı yurttaş, kâğıt üzerinde böyle bir bireydir[22] ve seçme/seçilme, resmi dillerden herhangi birinde parlamentoya ya da ombudsmana dilekçe verme, birliğin resmi belgelerine erişme gibi siyasi haklarla donatılmıştır. Fakat yukarıda belirtildiği üzere, aynı yurttaş kullandığı siyasi haklarla bir etki doğurabilmekten uzaktır.

Bu durum Avrupa Anayasası söz konusu olduğunda daha ciddi bir renk alır. Anayasanın klasik tanımına uygun bir şekilde hazırlanan Avrupa Anayasası sadece organların işlevlerini belirlemekle kalmamış, yurttaşlık tanımını Maastricht'teki haliyle muhafaza etmiş, temel hak ve özgürlükler şartını bünyesine almıştır. Peki, bu Anayasa yurttaşlardan gelen bir istek üzerine mi kaleme alınmıştır? Fransa ve Hollanda yenilgileri bunun böyle olmadığını gösteriyor. Aksine bir konvansiyon tarafından hazırlanıp hükümetlerarası bir toplantıda imzalanan, antlaşma biçimindeki bu metnin de yaratıcısı yurttaşlar değildir.

AB hukukunun özneleri sorunu böylelikle açıklığa kavuşmuş bulunuyor. Birlik hukuku büyük oranda Brüksel teknokratları tarafından üretilip devlet ve hükümet başkanları, bakanlar ve parlamentonun da içinde bulunduğu onay süreçlerinden geçerek yürürlüğe girip uygulanmaktadır. Hukukun özneleri iddia edildiği üzere yurttaşlar değil hükümetlerdir. Ve bu durum hukukçular ve siyaset bilimcileri arasında tartışma konusu olmaya devam etmektedir.

(18) http://europa.eu.int/constitution/en/ptoc1_en.htm, 30.8.2006.

(19) Ingolf Pernice, a.g.e, s.518.

(20) m.2 "This Treaty marks a new stage in the process of creating an ever closer union among the peoples of Europe..."

(21) Jan Broekmann, "A Philosophy of European Union Law", Peters,Leuven, 1999, s.286.

(22) Yurttaşlığın kapsamı ve gittikçe zayıflamasına, ayrıca AB içinde yaşayıp yurttaş olmayan kişilerin durumuna ilişkin bkz. Seyla Benhabib "Ötekilerin Hakları" İletişim Yayınları, İstanbul 2006, s 156-177.

C. Avrupa Birliği'nde Hukukun Üretildiği Alan

AB hukuku söz konusu olduğunda üzerinde en fazla tartışılan konulardan biri de birlik içi demokrasi eksikliğidir. Yine disiplinlerarası bir yaklaşım gerektiren ve de hukuk üretimi ve yurttaşlık ilişkileriyle bağlantısı nedeniyle sık sık karşılaşılan bu konu, yukarıda bahsettiğim, Parlamento'nun yasama sürecinde aldığı fazla etkin olmayan rol ile de paralel okunmalıdır.

Avrupa Birliği, teknokratların ürettiği ve hükümetlerin onayladığı hukuk ile demokratik ülkelerin meydana getirdiği, demokrasi zaafı[23] olan bir birlik görünümü çizmektedir. Bunun görünürdeki temel nedeni ise birliğin tabandan gelen güçlü bir istek olmaksızın, salt bir uluslararası antlaşma yoluyla, ekonomik bir topluluktan siyasi bir birliğe dönüşmesidir. Anımsanacağı gibi yeterli desteği bulamayışı bir yana[24], Maastricht Antlaşması yürürlüğe girdikten sonra pek çok ülkede tepkiyle karşılanmış, kitlesel protestolara neden olmuştu. Hatta Alman Anayasa Mahkemesi, tepkilerin özeti niteliği taşıdığı söylenebilecek bir karara imza attı ki bu karar sonraları "Maastricht Kararı" olarak anılacaktı.[25]

AB'nin tabanından söz ederken kimden söz ediyoruz? Pek tabii yurttaşlardan... Yalnızca yurttaşlardan değil, sayıları giderek artan üçüncü ülke vatandaşları ve göçmenlerden de... Yani AB sınırları dahilinde yaşayan bireylerden - ki bu bireylerin en temel ortak özelliği, çok ortak özelliklerin bulunmayışı... Coğrafya, ekonomik durum, kültür, dil ve hatta din gibi etmenler nedeniyle heterojen bir insan grubu... Bu insan grubunun ortak bir dil, ortak bir siyasi irade oluşturmaları ve parlamento yoluyla ifade etmelerinin ön koşulu ise bu iradenin, yani kamuoyunun oluşması için gerekli ortamın olmasıdır. Bu ortamın varlığı problemi ise AB'nin demokrasi deneyimine ilişkin bir sorundur.

AB hukukunun özne problemini yukarıda ele almıştık. Ancak bu problemin nasıl olup da demokrasi deneyimine ket vurduğunu anlayabilmek için Avrupa Birliği'nde özneler arası ilişki örgüsüne de bir göz atmamız gerekir.

Ulusüstü Kamusal Alan:

17 ve 18. yüzyılda, o zamana kadar iktisadi önem taşıyan "aile"nin, ticaret ve pazar ilişkileri lehine önemini kaybedip eğitim ve eğlencenin de okul ve salonlara taşınmaya başladığı bir tarihsel dönemde, karşımıza çıkan[26] "kamusal alan", kentsoylu toplumun ve ulus devletin bir öğesidir ve ulus-devlet terminolojisinin bir parçasıdır.[27] Avrupa Birliği kamusal alanını bir sorun olarak ele aldığımızda da karşımıza çıkan temel güçlük budur.

Birlik içerisindeki bireylerin bilgi ve düşünce alışverişinde bulundukları ve bir enformasyon şebekesi oluştur-

(23) Bu zaaf, İngilizce literatürde "democratic deficit", Almanca literatürde ise "demokratisches defizit" olarak anılmaktadır.

(24) Avrupa Birliği Antlaşması halkoyuna sunulduğu Danimarka'da reddedilmiş. Fransa'da % 51 lik bir oranla kabul edilmiş, İngiltere'de Parlamento'da çok ciddi muhalefetle karşılaşmıştı.

(25) Bundesverfassungsgericht, 12 Ekim 1993, BvR L 134/92 ve 2159/92.

(26) Ömer Çaha, "Ideolojik Kamusalın Sivil Kamusala Dönüşümü", Doğu- Batı, Kasım- Aralık- Ocak, 1998–9, s.75.

(27) Jürgen Habermas, "Kamusallığın Yapısal Dönüşümü", İletişim Yayınları, İstanbul, 1997, s.57-91.

dukları kendi kamusal alanları vardır[28]; fakat acaba birlik çapında bir ortak kamusal alandan söz edilebilir mi?

Bu soruyu müspet cevaplamak çok mümkün görünmüyor. Habermas, Avrupa'daki meşruiyet eksikliğine Avrupa çapında bir kamusal alan yaratılmadan çözüm bulunamayacağını, çünkü demokratik meşruiyetin parlamentoda, mahkeme ve idarî kurumlardaki müzakere ve karar alma mekanizması ile gayrı resmî kitle iletişim süreci arasında karşılıklı teması gereksindiğini söylerken[29] zımnî olarak hâlihazırda bir Avrupa kamusal alanından söz edilemeyeceğini ifade eder. En basitinden birden fazla dil bilmeyen sıradan AB yurttaşları, kendi ülkeleri dışında neler olup bittiğini çok iyi takip edememektedirler. Avrupa ölçeğinde siyasi partiler, Avrupa sendikaları, "Avrupa" sivil toplum kuruluşları yoktur. Var olan ve AB ölçeğinde faaliyet gösterenler ise AB yurttaşlarının amalgamı olmaktan çok uzaktır.[30] AB'ye ilişkin kamuoyu bu nedenle eldeki sınırlı bilgilerden oluşmaktadır. Ian Ward durumu şöyle özetlemektedir:

"Siyasî entegrasyonu tamamlamış bir Avrupa'nın savunucuları ve tasarımcıları, yurttaşlara inşa ve yönetimin bir parçası olduklarını hissettirecek en ufak bir çabayı sarf etmemektedirler."[31]

Esasında bu saptama çok da doğru değildir. Zira AB, özellikle internet üzerinden kamuoyu araştırmaları yapmaya, tanıtıcı broşürler hazırlamaya ve yukarıda da değinildiği üzere resmi belgeleri yurttaşlara açmaya başlamıştır. Bu uygulama, kamusal alan sıkıntısını giderme yolunda bir adım olarak görülmelidir. Ancak elbette kamuoyu oluşturacak olan alan şeffaflaşma ve malumatlandırılmadan çok fazlasını gereksinir. Tartışmanın aidiyet bilincine ilişkin uzantıları ise bu çalışmanın sınırlarını aşmaktadır.

Avrupa Birliği'nin bir hukuksal yapı olarak anlaşılması için gerekli temel tartışmaları, bu tartışmalardan elde ettiğimiz ipuçlarını da toplayarak bir tarafa koyduğumuzda, AB'de hukukun siyasetle ilişkisinin neden bizim anladığımızdan farklı olduğunu çözümlemeye başlayabiliriz.

III) Birlik Siyasetinin Hukuka Etkisi

Eğer hukukun boyutlarından biri sosyal ilişkilerden kaynaklanması ise[32] siyaset hukukun karşılıklı ilişkisi inkâr edilemez bir olgudur. Avrupa Birliği'nde de birlik politikalarının, mahkeme kararlarını fazla etkilemese bile, yasama süreçlerine etkisi olduğu muhakkaktır. Fakat Avrupa Birliği bu açıdan da ulus devletten farklı, ayrıksı özellikler gösterir.

Öncelikle şunu saptamak gerekir: Avrupa Birliği henüz tamamlanmamış bir siyasi birliktir.[33] Tamamlanmak bir

(28) Aykut Çelebi, "Avrupa: Halkların Siyasal Birliği", Metis yayınları, İstanbul, 2003, 202, s.82.

(29) Jürgen Habermas,"Why Europe Needs a Constitution", New Left Review 11, September-October 2001.

(30) Reiner Grundmann "The European Public Sphere and the Deficit of Democracy", Whose Europe?, Blackwell Publishers, İngiltere, 1999, s.127.

(31) Ian Ward, "Identity and Democracy in the New Europe", "Constructing Legal Systems- European Union in Legal Theory", Kluwer Academic Publishers, İngiltere, 1997.

(32) Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hukuk, Felsefe, Sosyoloji ve Devlet", der yayınları, 2003, s. 60-62.

(33) Jo Shaw, "Constitutional Settlements and the Citizen after Amsterdam-II", (Harvard Jean Monnet Working Paper 7/98, http://www.law.harvard.edu/programs/JeanMonnet, 1998), s.5.

tarafa, hedeflenenin nasıl bir topluluk olduğu bile kesin değildir. Öne sürülen entegrasyon modellerinden iki tanesi, hükümetlerarasıcılık [intergovernmentalism] ve federalizmden ilki, ortak pazar anlayışına daha bağlı kalarak devletlerin egemenliklerini azami sınırda tutmayı arzularken federalizm yukarıda değinildiği üzere tek bir devlet ve o devlete bağlı federe birimler öngörür.[34] Ve bu iki yaklaşımdan her biri dönemsel olarak öne geçip AB politikalarında belirleyici olabilir. Konsey, Komisyon ve Parlamento'nun bileşimindeki ağırlığa bağlı olarak da bu siyasi yaklaşımlar birlik hukukuna yansır. Zaten hükümet başkanları ve bakanların yasama sürecinde yer alması hukukun siyaset tarafından bariz ve hızlı bir şekilde dönüştürebilmesinin yolunu açar.[35]

Siyasetin hukukla gelgitli ilişkisinin tek nedeni bu değildir elbette. İkinci bir nokta, ilk kez 1979 yılında yapılan Avrupa Parlamentosu genel seçimlerine ilişkindir. Sonuncusu 2004 yılında yapılan bu seçimler bir Avrupa gündemi oluşturmak yerine seçmenlerin ülkesel politikaları ve konjonktürü Avrupa ölçeğine taşımalarına yol açmaktadır. Bunun nedeni, tabii ki, daha önce değinildiği üzere, Avrupalı seçmenin bir Avrupa perspektifinin oluşması için gerekli zeminin bulunmamasıdır.[36] Kendi ülke gündemi üzerinden Avrupa Parlamentosu seçimlerine katılan seçmenler elbette ki parlamenterlerin yerel siyasi kaygıları yasama sürecine taşımalarına sebep olur.

Avrupa Birliği'nin bir devletler topluluğu olduğunu ve üye ülkelerde iktidarların sürekli değiştiğini unutmayalım. Ülke bazındaki siyasi iktidar değişiklikleri yukarıda belirtilen nedenlerle Avrupa ölçeğine taşınmakta, Parlamento dengesini de farklılaştırmaktadır. Böylesine değişken bir siyasi ortamda üretilen hukukun da bu değişken doğadan bir takım özellikler alıyor olduğu sonucu rahatça çıkarılabilecektir.

Avrupa Birliği'nin değişken yapısından söz ettiğimizde değinmemiz gereken önemli bir olgu, Birliğin fiziken de değişmekte olduğudur. Bugün Ukrayna ve Türkiye'nin kapısını çaldığı Avrupa Birliği'nin coğrafi sınırlarını çizmek çok kolay değildir. Önce Avrupa Topluluğu, Maastricht sonrasında ise Avrupa Birliği'nde en çok üzerinde durulan konulardan biri, "derinleşme mi genişleme mi?" sorusuna ne cevap vermek gerektiği

(34) José Luís Martí, "The Democratic European State: Republicanism and Deliberative Democracy, "Law, politics and Morality: European Perspectives",Duncker &Humblot, Berlin, 2003, s.143-144.

(35) Avrupa Birliğinde üç temel yasama yöntemi vardır. Bunların ilki ve toplulukların kuruluşundan beri kullanılan yöntem Komisyon'un hazırladığı öneriyi Konsey ve Parlamentoya göndermesiyle başlayan "Consultation" dır. Konsey öneriyle ilgili Parlamento'nun fikrini alır (almamayı tercih de edebilir.) fakat Parlamento öneriyi değiştirse dahi Konsey oybirliğiyle Parlamento kararını tanımaksızın kabul edebilir. İkinci yöntem daha basittir. Buna göre Konsey Komisyon'un önerisini Parlamento'ya gönderir fakat Parlamento'nun öneriyi değiştirme hakkı yoktur. Ya kabul ya reddeder. Burada bir önerinin yasalaşabilmesi için iki organın kabulü gerekmektedir. "Assent" adı verilen bu yöntem yeni üye kabulü ve uluslararası antlaşma imzalaması gibi durumlarda uygulanır. Maastricht Antlaşması'yla uygulanmaya başlanan ve giittikçe daha çok alanda kullanılan üçüncü bir karar alma yöntemi ise "codecision"dur. Bu yöntemde Parlamento'nun ağırlığı hissedilir derecede artırmıştır. Parlamento'nun kabul etmediği bir metnin kabul edilmemesine dayanan bu yeni yöntemin kullanıldığı alanlar ortak pazara ilişkindir. Son olarak belki şunu eklemek gerekir: Bu yöntemlerin hepsine "çok karmaşık" oldukları ve "şeffaflık" politikasını anlamsızlaştırdıkları gibi eleştiriler getirilmektedir.

(36) Klaus Hänsch (MEP), "Immer Grösser- Immer Demokratischer?", Staat und Verfassung in Europa, ed. Peter Häberle, Martin Morlok, Wassilios Skouris, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden: 2000, s.123 vd.

idi.[37] Bu, anlaşılacağı üzere Avrupa Birliği için var olan sınırlar içerisinde daha güçlü bir birliktelik yaratmanın mı yoksa sınırları genişleterek güçlenmenin mi daha mantıklı olduğu sorunudur. Bu sorunun cevaplanması bir yana, AB'nin ister genişleme, ister derinleşme konusunda yaptığı her bir hamle yurttaşlar tarafından- yine yukarıda belirtilen kamusal alan ve kamuoyuna ilişkin sorunlar yüzünden- ani tepkilerle karşılanabilmektedir. Bu oynak zeminin hukuka çok bir yansıması yok gibi görünse de, örneğin anayasa referandumunda Fransa ve Hollanda'dan ret sonucu çıkmasının büyük ölçüde Türkiye'nin adaylık sürecine bağlanabileceği savının ortaya atılıp tartışılması, böyle bir etkiye işaret etmektedir.[38]

Avrupa Birliği bir yandan kendini yaratma çabasını siyasi açıdan sürdürürken bir yandan da yurttaşları birbirine bağlayacak kurgusal kimlik inşasıyla meşguldür. Çok kimlikli, çok aidiyetli bir toplumu birarada tutanın organik bir bağ olmayacağı açıktır. Bu nedenle Habermas'ın ortaya attığı *verfassungspatriotismus* fikri, yani yurttaşların anayasal değerler üzerinden bir birlik meydana getirmeleri, Anayasanın onların farklılıklarını bir şemsiye gibi örtmesi, siyasi bir tercih olarak sık sık gündeme gelmektedir. Bu düşüncenin anayasa çalışmalarına yön vermesi, tabanda yeterince tartışılmasa da Avrupa projesinin bir parçası haline gelmesine yol açmış, belki de eğitim sistemlerinin harmonizasyonu ve dil öğreniminin teşviki[39] için yasal düzenlemeler yapılmasına sebebiyet vermiştir. Yurttaşlar iletişim yoluyla birbirlerini tanımalı, anayasal paydayı kavramalıdırlar.

Öte yandan Avrupa Birliği, Avrupa Topluluğunun aksine AB sınırları içinde yaşayan bireyleri ekonomik açıdan faydaları ne olursa olsun gözetmek yükümlülüğü altındadır. Bu nedenle Birliğe giriş kriterlerine Pazar ekonomisinin yanı sıra insan haklarına saygı gibi asgari bir takım kriterler eklenmiş, temel hak ve hürriyetler ayrıca anayasada da düzenlenerek birliğin siyasi bütünleşme perspektifi hukuka yansıtılmaya çalışılmıştır.

IV) Avrupa Topluluğu Mahkemesi

Avrupa Topluluğunun iki mahkemesi vardır: İlk derece mahkemesi ve Avrupa Topluluğu Mahkemesi. İsimlerin çağrıştırdığının aksine Avrupa Topluluğu Mahkemesi sadece ilk derece mahkemesine gelen davaların temyiz edildiği makam değil, müstakil bir yargı organıdır. Yargı yetkisinin içine giren çoğu davanın ilk görüldüğü yer de Avrupa Topluluğu Mahkemesidir[40].

Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 220.maddesi uyarınca görev tanımı "Avrupa Toplulukları Mahkemesi, bu anlaşmanın yorumu ve uygulanmasında, hukuka uygunluğu güvence altına alır." şeklinde zikredilen mahkeme, sıkça yetkilerini aştığı eleştirisi ile karşılaşmaktadır. Bu eleştirilerin nedeni, kararları doğrudan etki doğuran mahkemenin kimi zaman bazı antlaşma hü-

(37) Avrupa Yurttaşlarının %68i AB'nin genişlemesiyle ilgili yeterince aydınlatılmadıklarını düşünmektedir. Bkz. http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_255_en.pdf.

(38) Jorge Semprun, Dominique de Villepin, "Avrupa İnsanı", Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006, s. 89–90.

(39) Bu konuda detaylı bilgi için bkz. http://ec.europa.eu/education/policies/lang/key/studies_en.html.

(40) Ünal Tekinalp, (Tekinalp/Tekinalp), a.g.e, s.235.

kümleri olağanüstü geniş yorumlayarak neredeyse yeni hukuk kuralları ihdas etmesidir. AT mahkemesi kararlarının bağlayıcı olması nedeniyle, üye ülke mahkemeleri bunlara aykırı karar verememektedir. Bu durum, mahkemenin siyasileştiği iddialarını da beraberinde getirmektedir.[41]

Mahkemenin topluluk hukukunu yönlendiren kararlar verdiği doğrudur. Ancak bir örneğe eğilmeden önce mahkemenin uyguladığı bir usulden söz etmek doğru olur: ATM, baktığı davalar dışında[42] bir de ön karar adı verilen bir usulle AT hukukunu yorumlamaktadır. Ön karar usulünde üye devlet yargıcı önüne gelen ve topluluk hukukunu uygulamak zorunda olduğu davalarda topluluk hukuku yorumunu bekletici mesele yapmalı ve ATM'ye başvurmalıdır. Bu, topluluk hukukunun yeknesaklığını sağlamak açısından öngörülmüş bir prosedürdür.[43] ATM'nin iş yükünün 2/3'ünü bu usul teşkil etmektedir. Bu yorumlar üye ülkeler için bağlayıcıdır ve topluluğun doğrudan uygulanabilirliği olan ikincil hukukuna dâhildir. Yani, iç hukukta uygulanması için tanıma-tenfiz işlemi gerektirmez.

Görüldüğü gibi Topluluk Mahkemesi aynı zamanda bir yorumlama görevi de üstlenmiştir. Bu onu hem çok fonksiyonlu bir mahkeme – üst mahkeme, idari mahkeme, anayasa mahkemesi vs... hem de- yetkisini aştığı eleştirileriyle paralel olarak- topluluk politikasının belirleyicisi haline getirmiştir.[44] Aşağıda vereceğimiz örnek bu durumu biraz daha aydınlatacaktır:

Martínez Sala Kararı[45]

Almanya'da yaşayan Martínez Sala adındaki bir İspanyol yurttaşı dönem dönem çalışmakta, dönem dönem ise devlette aldığı işsizlik maaşıyla geçinmektedir.1984 ile 1994 yıları arasında oturma izni bulunmayan Sala, söz konusu ülkede oturma iznine başvurduğunu gösterir belge ile ikamet etmektedir.

Sala'ya 1994 yılında bir yıl için oturma izni verilmiş, bu izin 1995 yılında bir yıl daha uzatılmıştır. Martínez Sala, oturma izninin uzatma işlemlerini sürdüğü sırada bir de çocuk doğurmuş, ancak çocuğa normal şartlarda bağlanması gereken maaş, başvuru sırasında annenin oturma izni olmadığı için bağlanmamıştır.

Martínez Sala, konuyu Almanya'da yargıya taşımış, açtığı dava mahkeme tarafından yorumuna başvurulmak üzere ATM'ye gönderilmiştir. Topluluk Mahkemesi'nden temelde istenen, Martínez Sala'nın ayrımcılığı yasaklayan antlaşma hükümlerine[46] dayanıp dayanamayacağı konusunu değerlendirmesidir.

Mahkeme, bir üye ülkenin, sınırları içinde yaşayan bir başka üye ülke

(41) Paul Craig, Gráinne de Búrca, a.g.e s.97.

(42) Bu dava çeşitleri için bkz. Ünal Tekinalp (Tekinalp/Tekinalp), a.g.e, s. 237.

(43) Bu, her durumda bir zorunluluk değildir. Ulusal mahkeme eğer kendi kararına karşı başvurulacak bir hukuki merci yoksa ATM'ye göndermek zorundadır. Böyle bir merci varsa, bu bir zorunluluk değil, ihtiyaridir. Bkz. Jo Shaw The Treaty of Nice: Legal and Constitutional Implications. European Public Law, vol: 7, is: 2.

(44) Yüksek mahkeme kararlarının siyasal sistemle ilişkisi ile ilgili olarak bkz. Mehmet Tevfik Özcan "Hukuk Sosyolojisine Giriş", Don Kişot Yayınları, İstanbul, 2001, 112-3.

(45) C-85/96 1998 ECR i-2691.

(46) Avrupa Topluluğu Antlaşması, Madde 12, 18.

yurttaşına oturma izni vermese dahi kendi yurttaşından farklı muamele edemeyeceğini karara bağlamıştır.[47]

Mahkeme, bu kararında Birlik içerisinde kişilerin serbest dolaşımına ilişkin düzenlemeleri daha önce görülmemiş bir serbestlikle yorumlamış, gerekli belgelere sahip olmayan bir İspanyol yurttaşının Almanya'daki durumunu AB yurttaşlığı perspektifinden değerlendirmiş ve onun bu bağlamda ayrımcılık hükümlerine dayanabileceğine karar vermiştir. Ayrıca mutlak bir hak olmayan ve sadece gerekli finansal koşullara sahip kişilerin faydalanabildiği serbest dolaşım hakkının kapsamı da böylece genişletilmiştir. Söz konusu karar, birlik yurttaşlığı kavramını güçlendirmektir ve bir yorum olduğu kadar siyasi bir tavırdır.

IV. SONUÇ

Avrupa Birliği, aday ülke yurttaşları için üzerinde tartışılarak tüketilemeyecek bir gündem maddesidir. Türkiye'de de 1963 Ankara Anlaşması'ndan beri süregelen bu tartışmaların bir yönünü her zaman, üyesi olmak istediğimiz bu birliğin hukuk yapısı oluşturur. Ancak, karşımızdakinin incelenip, bu budur diyerek bir kenara konamayacak bir yapı olduğunu, Maastricht Antlaşması'yla yönünü bir anda ekonomik topluluktan siyasal birliğe çevirdiğinde daha iyi gördük.

Hukuk elbette sadece ulus devlet sahnesinde oynanan bir oyun değildir. Uluslararası alanda olduğu gibi ulusüstü yapılanmalarda da, yapının kendi dinamikleri, gerek içerik açısından gerek biçimsel açıdan hukuku belirleyecek, yeni bir hukuk anlayışının oluşuma yol açacaktır. Ve elbette bu yeni çalışma alanında hukuk felsefesi de siyaset felsefesi gibi yerini bulacaktır. Ancak hukuku yeniden tanımlamanın heyecanı refleks köreltici bir noktaya gelmemelidir. Söz gelimi, tâbi olacakları hukuku yaratması da gereken "yurttaşlar"ın Brüksel'in teknokrasisi karşında kendi sözlerini bile üretemez halde olmaları, antlaşma maddeleri ile çözümlenebilecek bir sorun değildir. Avrupalı kimliğinin üzerine tarihin örttüğü örtünün kaldırılması, birliğin vaat ettiği demokratik katılımın gerçekleşmesiyle ve –dünün ötekileri bugün Avrupalı olmak istediği için - genişleme süreciyle çatışabilecek; serbest piyasayı esas alan Kopenhag ekonomik kriterleri ile vaat edilen Eldorado arasında sıkışan çalışan sınıfların[48] kolektif bilinçleri zedelenebilecek; kamuoyu oluşturmanın asgari koşullarını karşılamayan Avrupa, kamusal alanını yaratmak üzere tasarlanan projelerle "yurttaş"ların zihninde bir malumat yığını oluşturabilecektir. Birleşme aşamasındaki Avrupa, böylesi risklere gebe olduğunun sinyallerini vermektedir. Siyasi perspektifin gözden kaçırdıkları, ister istemez hukukçunun kadrajına girmektedir.

Aslında Avrupa Birliği bu nedenlerle hukuk ve siyaset kuramına ilgi duyanlar için bulunmaz bir gözlem alanı sayılmalıdır. Gözlerimizin önünde her manevrasını değerlendirebileceğimiz yeni bir tür siyasi birlik yapılanırken, bu devingenlik disiplinlerarası bir

(47) Amarilys Verhoeven, a.g.e, s.184.

(48) Bkz. Antonio Negri " Birleşmiş Avrupa Yeni Avrupa Proletaryasının Çıkarınadır", Avrupa ve İmparatorluk, Otonom Yayıncılık, İstanbul 2006.

çalışma fırsatı da doğurmaktadır. Zira hantal hukuksal saptamalar da naif siyasi değerlendirmeler de yukarıda anlatılan ve sürekli karşılıklı müdahalelerle gelişen bu iki alanı tek başına kavramaya yetmeyecektir. Avrupa Birliği'ni ulusüstü bir model olarak tarihin değerlendirmesine bırakmadan ya da karşısında takınılacak tutumu belirlemeden önce bu değinileri göz önüne almak, sanıyorum, fayda sağlayacaktır.

KAYNAKÇA

- Adorno, Theodor W., "Almanya'da Kültürün Dirilişi", Eleştiri:Toplum Üzerine Yazılar, Belge Yayınları, 1990, İstanbul.
- Benhabib, Seyla, "Ötekilerin Hakları" İletişim Yayınları, İstanbul, 2006.
- Broekmann, Jan , "A Philosophy of European Union Law", Peters, Leuven, 1999.
- Craig, Paul; de Búrca, Gráinne, "EU Law, Text, Cases and Materials", Oxford University Press. NewYork, 1998.
- Corbett, Richard, Jacobs, Francis ve Shackleton, Michael "The European Parliament", Cartermill Publishing, İngiltere, 1995.
- Çaha, Ömer "İdeolojik Kamusalın Sivil Kamusala Dönüşümü", Doğu- Batı, Kasım- Aralık- Ocak, 1998-9- Habermas, Jürgen "Kamusallığın Yapısal Dönüşümü", İletişim Yayınları, İstanbul, 1997.
- Çelebi, Aykut, "Avrupa: Halkların Siyasal Birliği", Metis Yayınları, İstanbul.
- de Witte, Bruno , "Treaty Revision in the European Union: Constitutional Change Through International Law",Netherlands Yearbook of International Law, Volume XXXV, 2004.
- Habermas , Jürgen, "Why Europe Needs a Constitution", New Left Review 11, September-October 2001.
- Habermas, Jürgen, " Citizenship and National Identity", Between Facts and Norms, 'Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy'. Polity Press.UK: 1997.
- Habermas, Jürgen, "Kamusallığın Yapısal Dönüşümü", İletişim Yayınları, İstanbul, 1997.
- Hänsch, Klaus , "Immer Grösser- Immer Demokratischer?", Staat und Verfassung in Europa, ed. Peter Häberle, Martin Morlok, Wassilios Skouris. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden-Baden: 2000.
- Márti, José Luís, "The Democratic European State: Republicanism and Deliberative Democracy, "Law, politics and Morality: European Perspectives",Duncker &Humblot, Berlin, 2003.
- Negri, Antonio " Birleşmiş Avrupa Yeni Avrupa Proletaryasının Çıkarınadır", Avrupa ve İmparatorluk, Otonom Yayıncılık, İstanbul 2006.
- Öktem, Niyazi : Türkbağ, Ahmet Ulvi "Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet", der Yayınları, 2003.
- Özcan, Mehmet Tevfik, "Hukuk Sosyolojisine Giriş", Don Kişot Yayınları, İstanbul, 2001.
- Pernice, Ingolf, "Multilevel Constitutionalism in the European Union", European Law Review. Vol: 27, no: 5.
- Reiner Grundmann "The European Public Sphere and the Deficit of Democracy", Whose Europe?, Blackwell Publishers, İngiltere, 1999.
- Semprun, Jorge; de Villepin, Dominique, "Avrupa İnsanı", Agora Kitaplığı, İstanbul, 2006.
- Shaw, Jo The Treaty of Nice: Legal and Constitutional Implications. European Public Law, vol: 7, is: 2.
- Shaw, Jo "Constitutional Settlements and the Citizen after Amsterdam-II", (Harvard Jean Monnet Working Paper 7/98, http://www.law.harward.edu/programs/JeanMonnet , 1998).
- Tekinalp/Tekinalp, AB Hukuku, Beta Yayınları, İstanbul, 2000.
- Uygun, Oktay, "Ulusüstü Siyasal Birlikler ve Küreselleşme", Küreselleşme ve Ulus Devlet. YTÜ Stratejik Araştırmalar Merkezi Yayını, Der. M. Koray, İstanbul, 2001.

- Verhoeven , Amarllys , "The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory", Kluwer Law International, Hollanda, 2002.
- von Roermund, Bert "Jurisprudential Dilemmas of European Law", Constructing Legal Systems- European Union in Legal Theory, Kluwer Academic Publishers, İngiltere, 1997.
- Ward, Ian, "Identity and Democracy in the New Europe", "Constructing Legal Systems- European Union in Legal Theory", Kluwer Academic Publishers, İngiltere, 1997.
- Weiler, J.H.H., "To be a European Citizen : Eros and Civilization", The Constitution of Europe, Cambridge University Press, 1999, İngiltere.
- Weiler, J.H.H , "Federalizm ve Anayasacılık: Avrupa'nın Sonderweg'i", Cogito, no:39, bahar 2004, YKY, İstanbul.
- http://europa.eu.int/constitution/en/ptoc1_en.htm
- http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_255_en.pdf
- http://www.europeanelectionstudies.net/
- http://www.europarl.europa.eu/elections2004/ep-election/sites/en/results1306/turnout_ep/index.html
- http://ec.europa.eu/education/policies/lang/key/studies_en.html
- Alman Anayasa Mahkemesi Kararı: Bundesverfassungsgericht, 12 Ekim 1993, BvR L 134/92 ve 2159/92.
- Avrupa Topluluğu Mahkemesi Kararı:- C-85/96 1998 ECR I-2691.

Hukukun Meşruluğu

Ali Şafak BALI*

Giriş

Çağdaş dünyada, "hukuk devleti" ve "hukukun üstünlüğü" gibi ilkelerin çok yaygın bir biçimde benimsenmiş ve kullanılıyor olması, bir bakıma siyasal toplumların hukuku her türlü karar ve eylemleri için en önemli (hatta yegâne) meşruluk aracı olarak algılamakta olduğunu göstermektedir. Başka söyleyişle, günümüzde tüm toplumsal yapılarda, herhangi bir kurum, karar ya da eylemin "hukuka uygun" olması, onu meşru olarak nitelendirmek için çoğunlukla yeterli sayılmaktadır. Öyle ki, uluslararası örgütlenmelerde ve ilişkilerde bile hukuk yegâne meşruluk zemini olarak düşünülmektedir. Avrupa Birliğinin, üyesi ülkelerce benimsenecek ortak bir anayasa oluşturma çabalarını bu çerçevede yorumlamak mümkündür. Yine, uluslararası güç kullanımı; sınır ötesi ve kıtalararası müdahalelerin hukuksal nitelikli kararlar (BM Güvenlik Konseyi kararları) aracılığı ile meşrulaştırılması gayretleri de bu tezi destekler niteliktedir. Kısacası, bugün adına hukuk dediğimiz normlar, gerek ulusal, gerekse uluslararası düzeyde meşruluğun (bir bakıma, meşruluk inşa etmenin) en önemli aracı olarak görülmektedir. Meşruluğun, hukuk ya da başka bir araç ile *inşa edilebilir bir şey* olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği oldukça tartışmalı olsa da, kanımca daha önce cevaplanması gereken başka sorular vardır: Hukuk meşruluğun en önemli göstergesi ise, şu halde hukukun kendisinin bir meşruluk sorunu olmayacak mıdır? Eğer böyle bir sorun varsa, hukuku meşrulaştıran şey ne olacaktır? İşte bu kısa tebliğ metninde birbirine bağlı bu iki soruyu cevaplamaya çalışacağım.

Kavramsal Sorun: Hukuksallık-Meşruluk Ayrılığı mı?

Hukuk ve meşruluk kavramlarının bu metnin başlığındaki gibi bir araya gelmesi ilk bakışta göze batmasa da yinede çok alışıldık bir kullanım değildir. Alıştığımız yaklaşım biçimi, hukuksallık kavramının genelde hukuk bilimi ve teorisi alanında, meşruluk kavramının da genellikle siyaset bilimi ve teorisi alanında yaygın olarak ve üstelik de aralarındaki ayrılığa vurgu yapılarak kullanılmakta olmasıdır. Şimdi burada da, hukuksallık ve meşruluk kavramlarını bütünüyle birbirlerinden ayrı kavramlar olarak sunabilir; her birini diğerinden bağımsız olarak tanımlayabilir ve tüm metin boyunca da aralarındaki farklılığı açıklamaya çalışılabilirim. Böyle bir açıklama çabası bizlere yadırgatıcı da gelmeyebilir. Kanımca, işte tam da bu yüzden, "hukuksallık ve meşruluk" kavramlarını, en azından hukuk söz konusu olduğunda, bir arada düşünmek, "hukukun meşruluğu" ifadesini problemleştirmek ve sorgulamak çok önemli bir ihtiyaç haline gelmiştir.

Hem olası bir yanlış anlaşılma ihtimalini ortadan kaldırmak, hem de ele alacağım sorunu tam olarak ortaya koyabilmek için bir önceki cümleyi biraz daha açmak, kavramsal sorunu biraz daha somutlaştırmak gerektiği kanısındayım. Çağdaş dünyada meşruluğun genellikle hukuksallık olarak algılandığına işaret etmiştim. Peki, hukukun kendisi söz konusu olduğunda meşruluğun dayanağı ne olacaktır? Hukuku da "hukuksallık" ölçütüne bakarak mı meşru saymak gerekecektir. Burada bir totoloji yapmakta olduğum düşünülebilir. Ancak asıl totoloji, "hukukun meşruluğu" ifadesinde, her iki kavramın bir arada bu şekilde kullanılmasındadır. Yoksa hukuk adını vereceğimiz bir normun, hukuksallık ölçütüne vurularak kabul ya da reddedilmesinde, uygulanması ya da uygulanmamasında bir gariplik olduğu söylenemez. Oysa "hukukun meşruluğu" dediğimizde ilk bakışta öyle gelmese de, aslında oldukça garip bir şey yapmış oluruz. En basit ifadesiyle, "hukuk" dediğimiz bir şeyin bir meşruluk problemi olabileceğini, yani bir bakıma onun aynı zamanda hukuk olmayabileceğini vurgulamış oluruz. Başka bir söyleyişle, hukuk dediğimiz şeyin kendisinin ya da hukukun nitelediği (hukuksal dediğimiz) bir şeyin meşru olmayabileceği ve fakat buna rağmen var (etkin, yürürlükte ve geçerli) olabileceğine işaret etmiş oluruz. Böylelikle, hukuksallık kavramının meşruluk kavramından farklı olduğuna dair nereden kaynaklandığından emin olmadığımız bir önyargıdan hareketle, bu farkın ne olduğu ve hangi temeller üzerine bina edilebileceğini tartışmak gibi bir zorunlulukla karşı karşıya buluruz kendimizi. Oysa kuvvetle muhtemel ki, önyargılarımızdan arınarak yapabileceğimiz realist bir tespit bizi bu iki kavramın özdeş olduğu sonucuna ulaştırabilecektir. Özetle, kanımca günümüzde hukuksal olan ile meşru olan arasında bir anlam ve nitelik farkı olduğunu düşünüyorsak bu, gerçekliğe dayalı bir bilgiden değil, bazı önyargılardan, yanlış ve eksik kavrayışlardan kaynaklanmaktadır. İşte yukarıda ifade etmeye çalıştığım şey, bizi bu önyargıya iten nedenlerin haklılığını sorgulamak ihtiyacıdır.

Zira hukuksallık ve meşruluk ayrılığını açıklama gereğini, daha doğrusu zorunluluğunu dayatan bir anlayış, dolaylı olarak, hukukun, meşruluğun da temeli sayılan toplumun benimsediği değerlerden bağımsız bir varlık biçimi olabileceği, hatta olması gerektiği şeklindeki en azından tarihsel-sosyolojik gerçeklik ve hukukun niteliği ile bağdaşmayan bir başka anlayıştan kaynaklanabilir ancak. Bu ise aynı zamanda, çağımızda genellikle "hukuk" dediğimiz şeyin gerçekte ne olduğunu da ciddi anlamda sorunsallaştıran, cevap arayışını ise, olabileceğinden çok daha sınırlı alana hapseden bir yaklaşımdır. Üstelik bu yaklaşım biçimi, 17. Yüzyıldan itibaren dünyevi (*secular*) ve rasyonel düşünce ile birlikte geliştirilen ve günümüzde etkinliğini koruyan hukuk anlayışı ve buna paralel uygulamalar ile önemli ölçüde beslenmiş ve kanıksanmış bir *inanç* biçimini almış ve deyim yerindeyse, kendi meşrulu-

(*) Doç.Dr., Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

ğunu inşa etmiş bulunmaktadır. Tabii ki, sözü edilen bu üç yüzyılı aşkın dönem boyunca, hem çok çeşitli hukuk anlayışları (tanım ve kavramları), hem de birbirinden çok farklılaşan hukuk sistemleri oluşturulmuş ve hayata geçirilmiştir. Şu halde, bu denli farklılaşan hukuk anlayış ve sistemlerine rağmen, hukuk ve meşruluk sorununda böyle ortak bir önyargı ya da yanılgının nasıl egemen hale geldiği merak konusu olabilir. Ne var ki, bu kısa tebliğ metninin konusu bu son soruya ayrıntılı bir cevap bulmak olmadığı gibi, hakkıyla verilebilecek herhangi bir cevap da bu metne sığdırılabilecek kadar yalın ve kısa olmayacaktır. Yine de, hukuk ve meşruluk ilişkisinin sorgulanması bizi ister istemez bu sorunun cevabı hakkında düşünmeye zorlamaktadır.

Bu nedenle, her ne kadar çok tatminkâr görülmeyebilirse de, gerekçelendirme çabasına girişmeksizin tarihsel/sosyolojik veriler ışığında şöyle bir açıklama yapılabileceği kanısındayım. Hukuk, özellikle Fransız İhtilali sonrasında, ihtilalin ortaya çıkardığı yeni siyasal ve toplumsal koşulları düzenlemek üzere yapılmak istendiğinde, üstelik de Kilisenin egemenliğinin ortadan kaldırılmış olması dolayısıyla geleneksel temelinden de yoksun kalmış olduğundan ister istemez, yine aynı dönemde insan aklının ürünü niteliğindeki ideolojilerin öngördüğü değerleri hayata geçirmek üzere yapılmıştır. Hukukun bu radikal dönüşümü belki Fransa'da toplumsal koşulların bu tür bir düzenleyiciliğe ihtiyaç göstermesi, hatta bunu zorunlu kılması nedeniyle ilk bakışta bir problem gibi görünmemektedir. Bununla birlikte bu radikal dönüşüm, hukukun ilk defa insan iradesi ürünü olarak rasyonel bir zeminde ve geleneksel yöntemler dışında üretilmeye başlanmasına ve daha da önemlisi geleneksel değerler ile hukuka dayanaklık etmeye başlayan dünyevi dinlerin (ideolojilerin) değerleri arasında bir çatışma potansiyeline de yol açmış bulunmaktadır. Zira devrim sonrası (örneğin, monarşi düzeninden çoğunluk iktidarı düzenine, teokratik ve geleneksel anlayıştan dünyevi ve laik hukuk ve toplum anlayışına geçilmesiyle) ortaya çıkan tabloda tüm toplumsal/siyasal yapı düşünsel olarak da yeni baştan kurgulanmış, geleneksel olana alternatif bir siyasal/toplumsal yaşam modeli de oluşturulmuştur. Fransız Devrimi'nin kendine özgü koşullarının ürettiği bu çatışmacı potansiyel, giderek diğer Avrupa toplumlarına, oradan da özellikle sömürgecilik ve resepsiyon yoluyla da bütün Dünya'ya yayılmıştır. İşte, bu yayılma sürecinde, hemen her toplumda, o toplumun geleneksel değerleri ile rasyonel (aslında ideolojik) temelli hukukun koruduğu değerler arasında bir uyumsuzluğun ve giderek çatışmanın ortaya çıktığı gözlenmiştir. Pek çok toplumda sorunlaşan bu uyumsuzluk ve çatışmaya rağmen, aynı toplumlarda geri kalmışlığı geleneksel ve dinsellikle, ilerleme ve gelişmeyi de pozitif bilim ve rasyonel düşünce ile özdeş gören bir anlayışın giderek yaygınlaşmış olması (ya da dayatılmış olması), bu anlamda geliştirilen yeni (pozitif) hukuk anlayışını toplumsal değişimin sürükleyicisi, bir toplum mühendisliği aracına dönüştürmüştür. Bu durumda, insan eliyle yapılan hukuk yenilikçi ve reformist bir anlayışın simgesi ve aracı olarak kendisine tabi olanların davranışlarını belirlemede aktif biçimde etkide bulunma potansiyeli kazanmış olduğu için, arkasındaki

iradenin emir ve yasaklarına toplumun diğer üyelerinin itiraz etmeksizin itaat etmesini sağlamak üzere, ister istemez *meşruluk* kavramına başvurma ihtiyacı doğmuştur. Ne var ki başvurulan meşruluk kavramının dönemle birlikte terk edilmek istenen geleneksel *hukuksallık* anlayışından bir farkı yoktur.

Bu genel (kapsayıcı) açıklamalardan sonra şimdi adım adım cevaplamaya çalışacağım sorular, başta da işaret ettiğim; "hukukun bir meşruluk sorunu var mıdır? Eğer böyle bir sorundan söz edilebilecekse, "hukuku meşrulaştıran şey nedir?" sorularıdır.

Hukukun Bir Meşruluk Sorunu Var mıdır?

Bu soruya verilecek cevap açık görünmektedir. Elbette çağdaş hukukun bir meşruluk sorunu vardır. Ancak, bu sorun ilk bakışta algılanabileceği gibi, aşağıda işaret edeceğimiz tarzda bir meşruluk sorunu değildir. Yani kendi başına karar alma ve eyleme girişme yetki ve potansiyeline sahip bir iktidarın ya da benzeri öznenin kendisine itaat sağlamak üzere ihtiyaç duyduğu tinsel dayanak olarak bir meşruluk sorunu değildir. Bu sorun, özü itibarıyla bir "hukuksallık" sorunudur. Niçin böyle anlaşılması gerektiğini ortaya koymak üzere üç aşamalı bir açıklama girişiminde bulunacağım. Bu çerçevede, öncelikle meşruluğun ve hukuksallığın ne olduğu ve bugün nasıl anlaşıldığını, sonra "meşru" nitelendirmesinin süjesinin kim ya da neler olabileceğini ve son olarak da hukuksallığın niteliği itibarıyla meşrulukla aynı şey olduğunu, dolayısıyla hukuk olarak anılan bir şeyin ayrıca meşru olarak nitelendirilmeye elverişli olmasının mümkün olmadığını açıklamaya çalışacağım.

Meşruluk ve/veya hukuksallık nedir?

Meşruluk nedir?

Meşruluk, günümüzde yaygın olarak siyaset teorisi alanında kullanılan ve gerek teorik çalışmaların, gerekse siyaset uygulayıcılarının sıkça başvurduğu ve kolay vazgeçemediği temel bir kaç kavramdan birisi ve hatta belki de en önemlisidir.

Salt kelime anlamına bakıldığında, meşruluğun hukuksallık ile sıkı bir ilişki içerisinde olduğu görülmektedir. Örneğin, *meşruluk* kelimesinin batı dillerindeki karşılıklarının kaynağı olarak kabul edilen, Eski Latince, *legitimus ya da legitimitas* kelimeleri *de lex* ve *legis "loi"* (kanun) kelimesinden türemiştir. Meşruluk kavramının İngilizce karşılığı *legitimacy* için de sözlükler, "tanınan ilkelere ya da kabul edilmiş kural ve standartlara uygun olma" biçimindeki bir tanımlama dışında, genellikle, *yasallık, hukuka uygunluk, haklılık* gibi karşılıklar vermektedirler. Türk Dil Kurumu sözlüğü meşruluğu, "yasanın, dinin ve kamu vicdanının doğru bulduğu"; Osmanlıca-Türkçe Lügat ise, "caiz olan, şeriatın izin verdiği, şeriata, kanuna uygun" olarak tanımlamaktadır. Özetle kelime kökeni itibarıyla meşruluğun, hukuksallık, yasallık anlamlarını taşıdığı söylenebilir. Sözlük anlamları, eski Latince kullanımı, İlk ve Ortaçağ hukukunun karakteristiği birlikte düşünüldüğünde, meşruluk kelimesinin etimolojik köken itibarıyla, geleneksel nitelikli normlara uygunluk anlamını taşıdığını söylemek daha yerinde bir saptama gibi görünmektedir.

Tarihsel sosyolojik bir zeminde ampirik veriler ışığında kavramaya çalıştığımızda da meşruluğun etimolojik anlamına uygun bir işlevi yerine getirmiş olduğuna şahit olunmaktadır. Zaten Orta Çağa ilişkin olarak eski gelenek ve yöntemlere uygunluk olarak kullanılması da bu tespiti doğrular niteliktedir. Modern dönemlere gelindiğinde, bu kavram artık genel olarak geleneksel/hukuksal değerlere uygunluğu anlatmanın yanı sıra, daha dar ve spesifik bir alanda, yönetim erkinin, yönetme hakkına dayandığına, yönetenlerin, yönetilmeye rıza gösterdiklerine işaret etmek üzere kullanılmaya başlanmış, kısacası, *hukuksal* nitelemesini siyaset alanına taşıyan kendine özgü bir kavram haline dönüşmüştür. Günümüzde, siyaset bilimi ve teorisi açısından "meşruluk" denildiğinde, çok karmaşık olmayan bir duruma işaret edilmektedir. Her ne kadar teorik çalışmalar, bu durumu farklı kavramsal analizlerle açıklamaya çalışmış olsalar da, meşruluğun anlamı ve işlevi konusunda herhangi bir karmaşa ya da tereddüde yer yoktur. Bu çerçevede meşruluğun ne olduğundan önce hangi işlevi yerine getirdiğine bakmak, sanırım onun ortak anlamını kavramak açısından da elverişli olabilir.

Siyaset pratiğindeki işlevi açısından ele alındığında meşruluğun, belirli bir konum, eylem ya da kararın, bu konumda olmayan, karar ya da eyleme katılmayanlar tarafından da benimsenmesi ya da en azından karşı çıkılmamasını sağlayan bir tinsel dinamik olduğu söylenebilir. Daha yalın olarak ifade gerekirse, meşruluk, bir toplumda yapıp-etme mevkiinde olanların, bu hak ve yetkileri ile bu hak ve yetkiye dayalı olarak yapıp-ettiklerinin, diğerleri tarafından, iradeleri baskı altında olmadığı halde onaylanmasıdır. Nihai aşamasında meşruluğun, egemen durumda olanlar için bir güç kullanma hakkı, tabi olanlar açısından ise, bu güce katlanma yükümlülüğü biçiminde somut bir görünüme büründüğü söylenebilir. Siyaset bilimi alanında meşruluk konusunda geliştirilen teoriler, bu karşılıklı hak ve yükümlülüğü neyin doğurduğunu, yani insanların hangi gerekçe ile iktidara katlanmak zorunda olduğunu açıklamaya yönelik bulunmaktadır. Yoksa meşruluğun ne olduğunu değil.

Bu konudaki teorileri en geniş çerçevede, klasik ve çağdaş teoriler olarak sınıflandırmak mümkündür. Klasik teoriler; teokratik, monarşik ve demokratik teoriler olarak ayrılabilir. İlkinde meşruluğun kaynağı Tanrı, ikincisinde tek kişi ya da hanedanın iradesi, üçüncüsünde ise çok kişinin, millet ya da halkın iradesi olarak kabul edilmekte, milli egemenlik ya da halk egemenliği gibi kavramlarla ilişkilendirilmektedir. Bu teoriler aynı zamanda meşruluğun sosyo-politik bir kavram olarak tarihsel sosyolojik izdüşümüne de işaret etmektedirler. İçinde yaşanılan çağa ve toplumsal/siyasal pratiğe göre meşruluğun kaynağı da farklılaşmakta, o dönem ve toplumlarda üstün tutulan değerleri temsil eden kaynak meşruluğun da temeli sayılmaktadır. Bu klasik teorilerin, çağdaş tasniflerin yapılmasında da önemli bir etkiye sahip oldukları, farklılaşan ve değişen toplumsal/siyasal yapılar içerisinde her bir klasik meşruluk (otorite) tiplemesine paralel düşecek yeni kategorilerin oluşturulması ve tanımlanmasına imkân verdiği söylenebilir.

Bu çerçevede en meşhur çağdaş tasnif Max Weber'in tasnifidir. Buna göre, kendisine meşruluk sağlayan kaynaklar açısından, geleneksel, karizmatik ve hukuki otorite tiplerinden söz edilmektedir. Yani güce meşruluk sağlayan tinsel dinamik olarak, gelenek, görenekler, lider ya da lider kadrosunun kişisel nitelikleri ya da hukuksal/rasyonel kurallar gösterilmektedir. Weber'den sonra da farklı kavramlaştırmalarla benzer sınıflandırmaların yapıldığına şahit olunmaktadır. Örneğin, Easton, meşruluğun kaynaklarını paralel bir yaklaşımla ideolojik, yapısal (normatif) ve liderlerin kişisel nitelikleri olarak belirlemiştir. İlkinde rejim ideolojisi, rejimin temelindeki değerler; ikincisinde, siyasî yapı ve onun işleyişini düzenleyen normlar; üçüncüsünde ise, lider kadrosunun nitelikleri meşruluğun kaynaklarıdır. Bu otorite tiplerinin her birini açıklamaya çalışmak bu tebliğ metninin sınırlarını oldukça aşacaktır. O yüzden, şimdilik diğerlerini bir kenara bırakarak, gerek Weber, gerekse Easton ve diğerlerinin çağdaş dünyada geçerli otorite tipi olarak niteledikleri ve çağdaş siyaset pratiği açısından da çok önemli ve yaygın olan hukuki-rasyonel-yapısal otorite tipi üzerinde kısaca durmak, amaca elverişli olmak bakımından da, daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Hukuki/rasyonel otorite tipine göre, meşruluktan söz edebilmek için emir verme gücünün geçerliliğinin akılcı kurallardan oluşan ve herkes için bağlayıcı olan normlara dayanması gerekmektedir. Böyle bir sistemde iktidarı kullananlar rasyonalist düşünceyle yapılmış hukuk kurallarına uygun olarak davrandıkları sürece meşrudurlar ve yönetilenler, emir verme gücünü elinde bulunduranlara değil, hukuk kurallarına riayet etmiş olurlar. Daha açık bir anlatımla, yöneticilerin iktidara geliş yolları ve yetkileri rasyonel normlarla (anayasa ve kanunlarla) açıkça belirtilmiştir. Yönetilenler, yönetenlerin şahıslarına değil, işgal ettikleri makama, bir anlamda, hukuk düzenine itaat gösterirler. İktidar, ancak belirtilmiş yetki sınırları içinde kalındığı sürece ve hukuk düzenine uygun kullanıldığı ölçüde meşrudur. Buradaki anlatımdan da kolayca çıkarılabileceği gibi, meşruluk problemi, çağdaş dünyada, devlet hukuku ya da devletin hukuku anlayışından hukuk devleti anlayışına geçilmesiyle birlikte tamamen hukuksal bir problem görünümü kazanmış, siyasal iktidarın *hukuksallık* ölçütüne göre geçerli ve itaat edilmesi gereken egemen güç olduğunu vurgulamanın spesifik bir biçimi halini almıştır.

Kelimenin etimolojik anlamıyla da uyumlu olmasına rağmen bu anlayışın sorunlu olduğunu belirtmek gerekir. Şimdi fazla ayrıntıya girmeden bu sorunun ne olduğuna işaret etmek gerekir. Açıktır ki meşruluğun hukuksallık olarak anlaşılmasının kendi başına bir sorun teşkil ettiğini söylemek, bu tebliğde hukukun meşruluğu sorunu bakımından savunduğum tez ile çelişir bulunmaktadır. Oysa gerçekten de çağdaş meşruluk anlayışı ile çağdaş hukuksallık anlayışı birlikte düşünüldüğünde böyle bir ilişki kurulmuş olması sadece teorik bakımdan sorunlu değil, ayrıca pratik açıdan da tehlikeli ve risklidir. Çünkü bu sayede, örneğin, Amerika Birleşik Devletleri, BM Güvenlik Konseyi'nden çıkaracağı rasyonel/hukuksal bir kararla dünyanın herhangi bir ülkesini "meşru" olarak işgal edebilir; istediği her bölgeye askeri güç yerleşti-

rebilir ve giderek dünyanın her yerinde fiziksel güç ve dolayısıyla söz sahibi olabilir. Yine, Türkiye, meclisten aldığı yetkiye dayanarak Hizbullah'ı etkisizleştirmek üzere Lübnan'a "meşru" olarak asker gönderebildiği gibi, başka bir güvenlik konseyi kararı uyarınca PKK'nın etkisizleştirilmesi için ülkesine Barış Gücü askeri davet/kabul etmek zorunda da kalabilir.

Burada vurgulamaya çalıştığım şey, hukuksallık ve meşruluk kavramlarının ortaçağın sonuna kadar sorunsuz yürüyen ilişkilerinin, hukukun rasyonel bir irade ürünü olarak algılanmaya ve yapılmaya başlanması ve bu çerçevede hukuksallığın, belli yetki ve usul şartları çerçevesinde üretilmesiyle birlikte sorunlu hale gelmeye başlamış olduğudur. Bu yüzden hemen bu noktada büyükçe bir parantez açarak hukuksallık kavramına da odaklanmak ve daha sonra hukuksallık-meşruluk ilişkisi sorununa yeniden dönmek daha uygun olacaktır.

Hukuksallık nedir?

Burada uzun uzun hukuk ve hukuksallık nedir sorusuna cevap verebilme imkânımız maalesef yok. Ancak yine de çok özet şekilde bu kavramların özüne değinilebilir. Kelime anlamı açısından ele alındığında hukuk, hak kavramıyla ilişkili görünmektedir. Arapçadan Türkçeye geçmiş olan "hukuk" kelimesi için Türkçe Sözlük, "Toplumu ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü" ve "haklar" tanımlarını vermiştir. "Hukuki" (hukuksal) ise "hukuk ile ilgili olan" olarak nitelendirilmiştir. Osmanlıca Türkçe Sözlük, "hukuk" için "haklar" ve "hakikatler" karşılığını verdikten sonra, "hukuki" kavramını ise, "hukukla ilgili" olarak tanımlamıştır.

İngilizce de ise hukuk *law*[1], hukuksallık ise *legality* kelimesi ile ifade edilmektedir. Kolayca fark edilebileceği gibi bu iki kavram birbirinden farklı köklerden türetilmiş bulunmaktadır. Daha da ilginci ise, hukuksallık demek olan *legality* kelimesinin yine İngilizce meşruluk anlamına gelen *legitimacy* ise aynı (eski Latince) kökten gelmiş olmasıdır. Dolayısıyla hukuksallık ile meşruluk arasında en azından etimolojik bir akrabalık bulunduğu kolaylıkla ileri sürülebilir. Zaten, İngilizce-Türkçe sözlükler de *meşruluğu*, hem *legality* hem de *legitimacy* kelimelerinin Türkçe karşılıklarından biri olarak göstermektedirler.

Kelime anlamı dışında bir kavram olarak hukuk ve hukuksallığı anlamak istersek sanırım ilk olarak realist bir tespitle yola çıkmak gerekecektir. O da şudur: hukukun olmadığı bir tarih dönemi ya da toplumsal yapı düşünülemez. Tarihin her döneminde bütün toplumlarda birbirlerinden çok farklı hukuk anlayış ve uygulamalarının varlığı gözlenmiştir. Bununla birlikte, teorik alanda, felsefe tarihinde bu denli çok farklı hukuk anlayış ve kavramları yoktur. Sadece iki temel hukuk kavramı dikkati çekmektedir. Bunlar: *olan* ve *olması gereken hukuk*tur. Hukuksallık dediğimizde de bu ayrıma paralel olarak iki farklı şeyden söz ediyor olabiliriz. Dolayısıyla hangi anlamına referansla bu kavramı kullandığımızı bilmek zorundayız. Eğer ilkine referansla kullanıyorsak, o zaman "yasallık ya da kanunilik" kavramını tercih etmemiz daha doğru bir yaklaşım olacaktır. İkincisine referansla kullanıyor isek bu defa da *akla, ahlaka ya da adalete uygunluk*tan söz edebiliriz daha doğru olarak. Şu halde, gerek hukukun meşruluğu sorununu, gerekse hukuk ve meşruluk kavramları arasındaki ilişkiyi kavramak açısından öncelikle hukukun ne olduğunu bilmek gerekmektedir. Hukukun ne olduğunu bilmek, bir normun niçin hukuk normu olarak geçerlik taşıdığını (taşıması gerektiğini) ya da taşımadığını tartışmaktan geçmektedir. Kısacası, hukukun meşruluğu sorununu, onun geçerliliğini nerden aldığı sorusu yardımıyla daha somutlaştırılmış ve kristalize edilmiş bir düzleme taşımak mümkün olabilir.

(1) Ancak İngilizce law kelimesi sadece hukuk anlamına gelmemekte "kanun, yasa, nizam, kaide, kural, düstur; adalet; hukuk; tabiat kanunu; usul, töre, âdet" gibi anlamları taşımaktadır.

Hukuk geçerliliğini nerden almaktadır sorusuna felsefe tarihi çeşitli cevaplar üretmiştir. Üç temel cevap vardır: (1) *Hukuk geçerliliğini bir üst norma, en üstte de temel norma uygun olmaktan alır* ya da başka deyişle, *kendisinden alır* (2) *Hukuk geçerliliğini, akla, adalete ya da ahlaka uygun olmaktan alır.* Birbirinden çok farklı hukuk anlayışlarını meşrulaştırdığını varsayabileceğimiz her iki cevap da realist değildir. (3) Realist cevap ise, *hukukun geçerliliğini toplumsal realiteye uygun olmaktan aldığını* söyler bize. Ancak bu cevap da tek başına tatmin edici değildir. Örneğin, namus temizleme adı altında töre cinayetlerinin yaşandığı bir toplumda geçerli olan hukuk, töre cinayetlerine izin veren hukuk olmalıdır gibi kabul edilemez bir dayatmayı da içinde barındırabilir.

İşte hukukun meşruluğu sorunu olsa olsa, neyin hukuk olarak geçerli kabul edilmesi gerektiğine, yani hukuksallığa, ilişkin bir sorun olarak algılanabilir. Bu sorunu ise teorik bir düzlemde çözümleyebilme imkânı yoktur. Şu halde, belki de yapmamız gereken şey, tarihsel/sosyolojik verilerden hareketle hukukun gerçekte hangi işlevi yerine getirmek (hangi toplumsal/insani ihtiyaçları karşılamak) üzere var olduğunu kavramaya çalışmak olmalıdır. Ne yazık ki, burada uzun uzun hukukun tarihçesini ele alma imkânımız yok. Ancak özetle diyebiliriz ki, hukuk ilk defa yargılama ve cezalandırma işlevini karşılamak üzere, mevcut normlardan doğmuş bulunmaktadır. Kısacası ilk ortaya çıkışında insan tarafından yaratılmamıştır. Tarih boyunca da bu işlevinden başka, merkezi bir güç kullanımın meşrulaştırma, uzlaştırıcılık ve düzenleyicilik gibi yenilikçi ya da reformist olmayan işlevler yerine getirmiştir. Şöyle de söyleyebiliriz: Hukuk modern dönemlere gelinceye kadar, merkezi otoritenin (en geniş anlamdaki siyasal iktidarın) meşruiyetini sağlayan, yargılama tekeline sahip olan, geleneksel değerlere uygun olarak düzenleyicilik işlevine sahip normlar olarak geçerlilik kazanmış ve çoğunlukla da ataların ya da kutsalların kanunlarını, geleneksel normları da derlemek biçiminde yazılı hale getirilmişlerdir. Eğer bu sayılanların ötesinde başka bir rol üstlenmişse toplum tarafından tepkiyle karşılanmış, çatışmalara yol açmıştır. Hatta denilebilir ki Reform, Rönesans hareketleri ve aydınlanma düşüncesi, Kilisenin, bu anlamda hukuku yozlaştırmış olmasının bir sonucu olarak ortaya çıkmış bulunmaktadır.

Bununla birlikte, Modern Çağda, kilisenin elinden alınarak dünyevileştirilen hukukun, rasyonel zeminde insan iradesi ile üretilmesi çabaları sırasında onun gerçek işlevlerinden uzaklaştırı-

larak, yeni toplum modelleri inşa etmek üzere, özellikle de ideolojilerin aracı olarak kullanılmaya başlandığını gözlemliyoruz. O zamana kadar sadece mevcut geleneksel değerlerden hukuksal olanları ayırt ederek belirlenen bir düzen unsuru olarak varlık kazanan hukuk artık, adeta kendi başına düzen inşa eden bir değerler sistemi haline dönüştürülmüş bulunmaktadır. Dolayısıyla, ilk defa olarak adına "hukuk" dediğimiz normların, hukuksallıktan başka bir meşruluk ölçütü ile değerlendirilmesi ihtiyacının doğmaya başladığını söyleyebiliriz. Çünkü modern anlamda "hukuksal" olarak nitelendirilen normlar artık, tarihsel/sosyolojik gerçekliği bağlamında "hukuksal" olmaktan çıkmış bulunmaktadır.

İşte bu son durumda, meşruluk kavramının çağdaş dünyada hukuksallık kavramına dayalı olarak tanımlanması çok manidar bulunmaktadır. Kanımca bunun anlamı, insan eliyle rasyonel zeminde, ancak hiç tartışmasız olarak belirli bir ideoloji etkisi altında oluşturulan yeni hukuk sistemleri ile gerçekleştirmek istenen ve fakat başaralı olunamayan toplumsal dönüşüm projelerinin, bu defa manipüle edilmiş bir meşruluk anlayışı ile gerçekleştirilmeye çalışıldığıdır. Ancak gariptir ki, bugün meşruluk denilen şey, ortaçağın sonunda terkedilmiş hukuksallıktan başka bir şey de değildir.

Meşruluğun süjesi kimdir?

Hukukun meşruluk ölçütü ile değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini anlamak üzere, meşruluk sıfatının kim ya da nelere atfedilebileceği üzerinde düşünmek sanırım yararlı olacaktır. Kanımca, çağdaş kullanımına da bakarak, meşruluğu, kural olarak, "herhangi" bir kişi, durum, konum ya da statüyü nitelendiren bir sıfat olmaktan ziyade, "aktif" bir statüyü, eylem ya da kararı nitelendiren bir inanç, tinsel bir dayanak olarak anlamak daha doğrudur. Herhangi bir aktivite imkânı olmayan, insanlar üzerinde olumlu ya da olumsuz hiçbir etkide bulunması ihtimali taşımayan bir kurum (tüzel kişilik) ya da kişinin meşruluk sorunu ile karşılaşması mantıksal açıdan kabul edilebilir değildir. Siyaset teorisi çalışmalarında yaygın olarak benimsenen anlamı da meşruluğun bu şekilde yorumlanmasına imkân vermektedir. Şu halde, kimler ya da neler meşru olarak nitelendirilebilir? Kimler ya da neler meşruluk ölçütüne vurulamaz? Bu soru üzerinde dikkatle düşündüğümüzde, mantığımız bize her şeyi meşru ya da gayri-meşru olarak nitelendiremeyeceğimizi söylese bile, ilk anda meşruluk nitelendirmesine ihtiyaç duymayan herhangi bir kurum, konum, statü, eylem ve karar bulamayabiliriz. Kısacası günlük kullanımda, insan ve topluma ilişkin olan ve insana hitap eden hemen her şey meşru ya da gayri-meşru olarak nitelendirilebilmektedir. Biz kural olarak, bir iktidarı veya siyasal rejimi meşru/gayri-meşru olarak nitelendirmenin ötesinde, duruma göre, çok eşliliğin meşru olmadığını ileri sürerken, eşcinsel bir ilişkinin meşru olduğunu söyleyebilir; yine, evlilik dışı doğmuş bir çocuğa, gayri-meşru demekte tereddüt etmeyebiliriz. Yani biz her kurumu, konumu, statüyü, eylemi, kararı, uygulamayı meşru ya da gayri meşru olarak nitelendirebiliriz. Üstelik bunu hiç de yadırganacak bir şey gibi de görmeyiz. Şu halde "meşruluğun süjesi" ifadesi ile "meşru" nitelemesine elverişli olan-

olmayan ayrımı yapmaya kalkışmak abesle iştigal etmek anlamına gelebilir.

Ancak unutulmamalıdır ki, biz gündelik kullanımlarında adil-gayri adil derken de, iyi-kötü ya da doğru-yanlış derken de aynı biçimde davranırız. Her bir kurumu, durumu, karar ya da eylemi, adil-gayri adil, iyi-kötü, doğru ya da yanlış olarak nitelendiririz üzerinde fazla düşünmeksizin. Oysa hemen her sıfat ve değer ölçütünün asli olarak nitelendirmek işlevine sahip olduğu bir süjesi vardır. Örneğin, adalet insanlar arasındaki haklar ve paylaşımlarla ilgili olarak; iyilik ya da kötülük, insan eylemlerini ahlaki açıdan nitelemek için; doğru ya da yanlış ise (mevcut, yapılmış, edilmiş) şeyleri gerçekliğe uygunluğu açısından değerlendirmek üzere kullanıldıklarında kendine özgülenen gerçek işlevi yerine getirmektedirler. Bunun gibi meşruluk kavramı da, insan davranışlarını belirleme, sosyal ve siyasal hayatı etkileyebilme kapasitesine sahip kurum ve eylemler hakkında kullanıldığında bir anlam ifade etmektedir. Şu halde meşruluğun süjesi, aktif tavır alabilme ve kararlarını bağımsız eyleyebilme yetenek ve kapasitesine sahip kişi ya da kurumdur. Bu açıdan bir bebek, kendi doğumunu belirleyemeyeceği ve başkaları üzerinde herhangi bir etkide bulunma imkanına da sahip olmadığı için gayri-meşru olamaz. Ancak, gayri-meşru bir ilişkiden meydana gelebilir. Bu anlamda, bir kişi ya da kurum eğer toplumda yerleşik inançlarla çatışma halinde değilse bir meşruluk sorunu yaşamayacaktır. Bir başka söyleyişle meşruluğunun sorgulanması ihtiyacı ortaya çıkmayacaktır. Meşruluk ihtiyaç ve arayışı genellikle yenilik ve değişiklikler yapıldığı zamanlarda, bu değişiklik ve yenilikler ve özellikle de onları gerçekleştirenlerle ilgili olarak ortaya çıkar.

Bütün bu açıklamalar bizi şu noktaya götürmektedir. Eğer hukuk yenilikçi ve reformist bir kurum olarak tanımlanabilir, kendi başına eyleyebilme kapasitesine sahip olduğu kabul edilirse, o halde kaçınılmaz olarak hukuk meşruluğun süjesi olacak ve geçerli sayılmak üzere, meşruluk ölçütüne vurulmak zorunda kalacaktır. Eğer hukuku hem reformist ve yenilikçi hem de kendi başına bir varlık sayamaz isek, o zaman zaten hukukun gündelik dildeki anlamıyla bile meşruluk değil, ancak bir hukuksallık sorunu olduğunu söylemek zorunda kalırız.

"Hukuk"un meşruluğunun imkânsızlığı

Bu çerçevede, yalnızca kelime anlamları bakımından değil, kavramsal açıdan ele alındıklarında da, hukuksallık ve meşruluk kavramlarının birbirlerinden ayrı ve bağımsız olduklarını söyleyebilme imkânı yoktur. Başka bir şekilde ifade etmek gerekirse, "hukuk" kavramı "meşruluk" kavramı tarafından nitelendirilmeye elverişli ya da ihtiyaç duyan bir kavram değildir. Şimdi, bu imkânsızlığı birkaç cümle ile açıklamaya çalışacağım.

Hukuk, insani değerlerin hangilerinin toplumsal ya da kamusal, hangilerinin özel olduğunu, yani, insani değerlerden hangilerinin dışsal ve başkalarını da ilgilendiren, hangilerinin içsel, yani sadece kişiye özgü olduğunu tespit ederek, birden fazla kişiyi ilgilendirenleri, adalet amacına yönelik olarak toplumsal düzen ve barış işlevlerini yerine getirerek korumaktadır. Yoksa hukuk mevcut toplumsal değerlerin dışında bir değer üretme aracı değildir. Bu

tespit günümüz hukuk anlayışı çerçevesinde realist bulunmayabilir. Ancak yine de unutulmaması gereken şey, hukukun örf-adet, ahlak ve din normlarına benzer bir nitelik taşımasına rağmen meşruluk konusunda onlardan bütünüyle farklı bir değerlendirmeye tabi tutuluyor olmasıdır. Buna yol açan şey, sayılan toplumsal düzen normlarının her birinin kendine özgü bir değer hiyerarşisini içinde barındırmasına karşılık, kendileri dışında bir meşruluk ölçütüne ihtiyaç duymamalarına rağmen, hukukun böyle bir şeye gereksinimi olduğu yolundaki neredeyse saplantı biçimini alan yaygın olduğu kadar yanlış inanışımızdır. Kısacası, biz ahlakilikten söz ederiz ancak ahlakın meşruluğunu sorgulamak ihtiyacı duymayız. Ahlaki olan ahlakidir. Biz dinsel olanı referans alırız ancak dinin meşru olup olmadığı konusunda kuşkuya kapılmayız. Dinsel olan dinseldir. Oysa hukuksal olandan söz ederken her nedense hukukun meşru olup olmayacağı şüphesinden arınmış saymayız kendimizi. Bunun neden böyle olduğunu yeterince ve ikna edici biçimde açıklamanın bu metnin sınırlarını aşacağını daha önce de vurgulamıştım. O nedenle burada neden böyle olmaması gerektiğini açıklamaya çalışmakla yetineceğim.

Yukarıda bir şeyin meşru olarak nitelendirilebilmesi yani meşruluğun süjesi olabilmesi için "aktif tavır alabilme ve kararlarını bağımsız eyleyebilme yetenek ve kapasitesine sahip" olması gerektiğini belirtmiştim. Bu tespitten yola çıkarak daha sonra, hukukun "yenilikçi ve reformist bir kurum olarak tanımlanabilir, kendi başına eyleyebilme kapasitesine sahip olduğu kabul edilirse, o halde kaçınılmaz olarak meşruluğun süjesi" olabileceğini, aksi takdirde meşruluğun süjesi olabilmesine imkân olmadığını vurgulamıştım. Şimdi bu iddianın geçerliğini birlikte düşüneceğiz. Bir şeyin yenilikçi ve/veya reformist olması, en yalın anlamıyla onun toplumu ve insanları değiştirmeye yönelmiş olması, mevcut durumdan farklı ve yeni bir durumu öngörmüş olması anlamına gelmektedir. Peki, hukuk bu anlamda yenilikçi ve reformist sayılabilir, bir toplum mühendisliği aracı olarak görülebilir mi?

Bu soruya cevap vermek sanıldığı kadar zor değildir. Çünkü bilebildiğimiz tarihin hiçbir döneminde insanoğlu hukuktan kendisini değiştirmesi talebinde bulunmamıştır. İlkel kabile topluluklarından başlayarak, dinsel ve geleneksel değerleri toplumsal hayatın en önemli normatif belirleyicileri olarak anlamış ve uygulamış Ortaçağ toplumlarına gelinceye kadar hukukun herhangi bir değişim ya da reforma aracılık ettiği söylenemez. Basit bir ampirik araştırmayla kolaylıkla test edilebilir ki günümüz modern toplum insanları da "hukuktan kendilerini değiştirmesi ve geliştirmesi" beklememektedirler. Sorulduğunda hiç kimse "hukuk beni değiştirsin, geliştirsin dememekte, aksine kendisini dilediği gibi geliştirebilmesine imkân verilmesini, buna müdahale edilmemesini talep etmektedir. Yani günümüzde de hemen herkes, geçmiş zamanlarda olduğu gibi, hukuktan düzeni korumasını, huzur ve güven içinde yaşama imkânlarını sağlamasını, insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almasını ve en çok da adalet sağlamasını beklemektedir. Daha amaca elverişli bir biçimde ifade etmemiz gerekirse, günümüz insanlarının, hukuktan, kendileri için mümkün ve sürdürülebilir bir sosyal yaşantının

güvencesi olmasını istedikleri, asla yenilikçi ve reformist olmasını, kendilerine alışık olmadıkları, yabancı gelen, hatta belki de hiç alışamayacakları bir yaşam biçimini dayatmasını istemedikleri ileri sürülebilir. İşte, belki de bu yüzden radikal değişikliklerin hayata geçirilebilmesi her dönemde ve her toplumda çok sorunlu ve sıkıntılı olmuş, üstelik çoğunlukla devrimlerle ve çok kanlı biçimde gerçekleştirilebilmiş, hatta çoğu zaman da uzun ömürlü olamamıştır.

Son birkaç yüzyıldır, insanların değişen, gelişen ve çeşitlenen toplumsal ilişkileri düzenlemek, toplumu bir kaos ya da karmaşaya teslim etmeksin huzur ve istikrarı sürdürebilmek üzere hukuk normları yaptıkları bilinmektedir. Ancak bütün bu durumlarda dahi hukukum kendisinin, toplumsal ve/veya insani değerler üretme anlamında yenilikçi ya da reformist olduğu söylenemez. Değerler ya kendiliğinden ortaklaşa kültür ürünü olarak belirmekte ya da ideolojiler tarafından suni bir biçimde üretilmektedir. Her durumda, hukuk ya statükoyu (geleneksel değerleri) muhafaza etmek ya da kendi dışında oluşturulmuş (ideolojik) değerleri hayata geçirmek üzere bir araç rolü üstlenmektedir.

Bu çerçeveden bakıldığında görünen odur ki, son birkaç yüzyıldır insanoğlunun temel problemlerinden birisi, hatta belki de en önemlisi "hukuk"u, "pozitif hukuk"a indirgemiş ve üstelik bunu da kendi eliyle ürettiği ideolojiler tarafından belirlenmiş değerlerin gerçekleştirilmesine (benimsetilmesine, onaylanmasına değil) hatta daha gerçekçi söyleyişle, dayatılmasına aracı kılmış olmasıdır. Ancak ne var ki, böyle bir yaklaşım hukuku, kendine özgü tarihsel/sosyolojik işlevlerinden (yargılama, meşrulaştırma, uzlaştırma ve düzenleyicilik) uzaklaştırarak, ideolojiler arasındaki çatışmaların bir tarafı haline getirmiş bulunmaktadır.

Başka bir anlatımla, hukuk gerek felsefi tanımlamalarına gerekse tarihsel sosyolojik anlam ve işlevine uygun olarak, kendi dışında oluşmuş ya da üretilmiş ve toplum tarafından benimsenmiş değerlere uygun düzenleyicilik işlevini yerine getirecektir. Bu işlev hukukun yenilikçi ve aktif değil, aksine üzerinde uzlaşılmış değerlerin muhafazasını üstlenmiş gelenekçi bir kurumsal yapıya sahip olması gerektiği anlamına gelmektedir. Hukuk toplum tarafından benimsenip onaylanmış değerlerle çatışan değerler dayatması durumunda, toplumsal çatışmaları önlemek olarak nitelendirilebilecek asli işlevi yerine, doğrudan toplumla çatışma halinde olan bir varlığa dönüşecektir. Kısacası, bir normun hukuk olabilmesi, onun aynı zamanda (meşru olarak) onaylanabilir olması ile olanaklıdır. Bu son anlamda, toplumsal bir onamaya tabi olmayan, toplumsal değerlerle çatışma halinde olan bir kuralın, her ne kadar belirli yetki ve usul ilkeleri çerçevesinde yürürlüğe konulmuş olsa bile, geçerli bir hukuk normu niteliği taşıyabilmesine imkan yoktur. İşte bu nedenle hukukun meşruluğundan değil, hukuksallığından söz edilebilir ancak. Zaten, hatırlayacak olursak, meşruluk demek, kelime anlamı itibarıyla da hukuksallık demektir. Bu konudaki bir başka sosyolojik ve tarihsel gerçeklik de şudur: Tarihte, meşruluk ve hukuksallığın kaynağı hemen her zaman aynı normatif değer ve inanışlar olmuştur. Meşruluğun kaynağının Tanrı olduğu varsayılan dönemlerde hukukun

da dinsel kaynaklı olması, meşruluğun kaynağının tek kişi iradesinde arandığı dönemlerde hukukun da imparator emir ve kararnamelerinden oluşması, meşruluğun kaynağının toplum iradesi olarak anlaşıldığı dönemlerde ise hukukun da millet meclislerinde yapılan normlar olarak tanımlanmış olması bu çıkarımı doğrular niteliktedir. Yine hukukun ve meşruluğun paralel olarak ideolojik bir temele bağlandığı yahut da tersinden, ideolojilerin iktidarının hukuk aracılığı ile meşrulaştırılmak istendiği de çağdaş dünyanın görmezden gelinemeyecek açıklıktaki temel gerçekliğidir.

Son tahlilde, her şeye rağmen, hukukun bir meşruluk sorunu ile karşı karşıya olduğunu düşünecek olsak bile, bu sorun ancak dar ve spesifik anlamda (çağdaş) pozitif hukukun meşruluk sorunu olabilir. Zira meşru sayamayacağımız bir kuralı ya da normu "hukuk" olarak nitelendirebilmek de en azından mantıksal açıdan olanaklı değildir. Belki meşru olmayan bir iktidar kaba güce dayalı olarak mevcudiyetini sürdürebilir. Ama hukuk böyle fiziksel bir varlık türü olmadığı ve kendi başına bir süje niteliğini taşımadığı için aynı şeyin hukuk hakkında kolaylıkla söylenebilmesine imkân yoktur.

Sonuç

Sonuç olarak, "hukukun meşruluğu" ifadesi, dilbilgisel bakımdan olmasa da kavramsal ve teorik açıdan sorunlu bir kullanımdır. Çağdaş dünyada bu kullanım görünürde oldukça önemli bir işleve sahipmiş gibi sunuluyorsa da, aslında hukukun, geleneksel anlamdaki hukuksallıktan koparılmış olduğunu anlatmanın ötesinde bir işleve sahip değildir. Zira açıklandığı gibi, gerçek anlamda hukukun bir meşruluk değil, hukuksallık sorunu olabilir. Hukukun geleneksel işlevlerini yerine getirmenin ötesinde, diğer toplumsal / siyasal norm ya da kurumlara özgü işlevleri doğrudan üstlenmesi ya da insan iradesinin (ürünü niteliğindeki değerler dizgesini, ideolojileri) diğerlerine dayatmanın bir aracı olarak algılanması durumunda geçerli bir "hukuk"tan değil, yürürlükte olan pozitif hukuktan söz edilebilir. Doğaldır ki yürürlükte olması herhangi bir normu fiilen etkin kılmayabileceği gibi, teorik ve kavramsal olarak "hukuk" olarak nitelendirilmesini de gerektirmez.

KAYNAKÇA

- Ahmet GÜRBÜZ, Hukuk ve Meşruluk: Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1998
- Ali Şafak BALI, "Hukuk ve Toplumsal Gerçeklik", HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 11. Kitap, İstanbul 2005 içinde
- Ali Yaşar SARIBAY – Süleyman. S. ÖĞÜN, *Politikbilim*, 2. Baskı, İstanbul 1999
- Bülent TANÖR – Necmi YÜZBAŞIOĞLU, *Türk Anayasa Hukuku*, 2. Baskı, İstanbul 2001
- Cengiz OTACI, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, İstanbul 2004
- Coşkun SAN, Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi, Ankara 1971
- David BEETHAM, *The Legitimation of Power*, Macmillan, Londra 1991
- Dennis LLOYD, *The Idea of Law*, Penguin Books, 1991
- E. Ethem ATAY, "Hukukta Meşruiyet Kavramı", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:1, Sayı:2, Aralık 1997 içinde
- Ernest HİRŞ, "İktidar ve Hukuk", Çeviren: Hayrettin Ökçesiz, Hayrettin Ökçesiz (Editör), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, İstanbul 1997 içinde
- Frederic BASTIAT, *Hukuk*, Ankara 1997
- H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford 1992
- Halis ÇETİN, "Siyasetin Evrensel Sorunu: İktidarın Meşruiyeti-Meşruiyetin İktidarı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, Cilt 58, Sayı 3, Yıl 2003 içinde
- Hayrettin ÖKÇESİZ, "Hukuk Kültürünün Yapısını "Nomos - Physis" (Toplum–Kültür-Doğa) Çevresinde Yedi Üçüzlü Bir Kurguyla Açıklama Şemasında Egemenliğin İrdelenmesi", HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 10. Kitap, İstanbul 2004 içinde
- Hayrettin ÖKÇESİZ, "Hukuk ve Siyaset Geriliminde Hukuk Kültürünün Yapısı Üzerine Yedi Üçüzlü Bir Açıklama Şeması" HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 7. Kitap, İstanbul 2003 içinde
- Huri İSLAMOĞLU-İNAN, "Mukayeseli tarih yazını için bir öneri: Hukuk, mülkiyet, meşruiyet", *Toplum ve Bilim*, Sayı 62, Yıl 1993 içinde
- Jean HAMPTON, *Political Philosophy*, Oxford 1997
- John FINNIS, Natural Law and Natural Rights, Oxford 1993
- John GARDNER, Legality of Law", Ratio Juris, Cilt 17, No 2, June 2004 içinde
- Jurgen HABERMAS, *Legitimation Crisis*, Cambridge 1997
- Mehmet T. ÖZCAN, "Hukuk İdeolojisi", Hayrettin Ökçesiz (Editör), *Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, İstanbul 1997 içinde
- Michael BAURMANN, "Legal Authority as a Social Fact" *Law and Philosophy* , Vol. 19, Kluwer Academic Publishers 2000 içinde
- Mustafa AYDIN, *Siyasetin Sosyolojisi*, 2. Baskı İstanbul 2006
- Mustafa ERDOĞAN, *Türkiye'de Anayasalar ve Siyaset*, 2. Baskı, Ankara 1999
- Mümtaz SOYSAL, "Değişen Egemenlik ve Meşruluk", http://www.anayasa.gov.tr/eskisite/ anyarg20/msoysal.pdf 18.08.2006
- Münci KAPANİ, *Politika Bilimine Giriş*, 16. Basım, Ankara 2004
- Niyazi ÖKTEM "Adalet Kavramı ve Sosyal Realite", Adnan Güriz (Editör), *Adalet Kavramı*, Ankara 1994 içinde
- Osman CAN "Bir Uygarlık Serüveni ve Anayasal Meşruiyet Tez Denemesi", HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 12. Kitap, İstanbul 2005 içinde
- Ömer ÇAHA, Aşkın Devletten Sivil Toplumu, İstanbul 2000
- Roger COTTOREL, The Concept of Legal Culture", David Nelken (Editör), *Comparing Legal Cultures*, Vermont 1977
- Sururi AKTAŞ "Hukuksal Geçerlilik Sorunu", HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 11. Kitap, İstanbul 2005 içinde
- Şerif MARDİN, *Türkiye'de Toplum ve Siyaset*, İstanbul, 1990.

Kamu Düzenini Etkileyen Sonuçları Açısından Türkiye'de Kolluk Yetkililerinin Hukuksal Durumu

R. Cengiz DERDİMAN*

GİRİŞ VE SUÇLA MÜCADELEYE İLİŞKİN ÖN BİLGİLER

Bir ülkede kamu düzenini bozulma eğiliminin belirmesi, öncelikle asayişin bozulması ile ortaya çıkmakta ve kişilerin güvenlik hislerinde azalma ile ciddi boyutlar kazanmaktadır. İşte hukukun sosyolojik algılanması bağlamında kanunlarda yapılan değişikliklerin, halk nazarında polisin yetkilerini azalttığı yönünde yansıma bulması bile tek başına suçların artmasını etkileyebilecek sosyolojik olgudur.

Kaldı ki kanunlarda kolluğun görev ve yetkilerinin azalması yönündeki somut değişikliklerin bir kısmının adeta suçların aydınlatılmasını zorlaştırdığı ve dahası, suçların işlenmesini kolaylaştırdığı iddiaları bile yeni CMK'nun yürürlüğe girmesi günlerinde çokça konuşulmuştur. Ülkemizde de CMK tasarısının Adalet Komisyonu'nda görüşülmeye başlandığında polis ve jandarma temsilcilerinin sert itirazlarda bulundukları o günlerde yayımlanan haberler (Örneğin: Yalçın, 2006: http://...html) arasına girmiştir.[1]

Aşağıdaki tablo, yeni CMK'nun üzerinde yapılan ve 234 kişinin katıldığı belirtilen 2005 yılında yapılan ankette, değişikliklerin, toplumda suç oranını artıracağı imajı verdiği yönündedir: **TABLO 1: Yeni CMK'nun Algılanışı Anketi; Toplam Oy: 234**

Türkiye'de insan hakları standartları yükselecek	9.40% (22)
Polisin yetkileri kısıtlanacak.	14.53% (34)
Savcıların Yetkileri artacak.	4.27% (10)
Avukatlar zengin olacak.	12.82% (30)
Toplumda suç oranı artacak.	26.92% (63)
Suç ile daha iyi mücadele edilecek.	2.99% (7)
Suç işleyenin özgürlüğü zarar görenden çok olacak	24.79% (58)
Hiçbiri	0.85% (2)
Bilmiyorum.	3.42% (8)

Kaynak: p://www.suc.gen.tr/modules.php?name=Surveys&op=results&pollID=3&modc=&order=&thold= Erişim Tarihi: 23.07.2006

(*) Doç. Dr., Uludağ Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Batı demokrasilerinde de suçla mücadele perspektifinde, ülkemizdeki gibi ve hatta daha farklı ve fazla yoğunluklu tartışmalar yaşanmıştır: "Polisin suçlar üzerindeki etkinliğinin tartışılmaya açılmasıyla birlikte ortaya suçlara karşı yeni polis yaklaşımlarının araştırılması zorunluluğu çıkmıştır. Bu süreç ABD'de 1960'lı yıllarda yaşanan özgürlük hareketleri, Wietnam karşıtı gösteriler ve sonrasında ortaya çıkan suç oranlarında meydana gelen patlamayla birlikte hızlı bir ivme kazanmıştır."(Cüneyt Görer, 2005: http://...htm). Suçla mücadelenin kanun ve yetkilendirme konusu olduğunu değerlendiren tartışmaların yaşandığı İngiltere'de de benzer yetkilendirmelerin yapıldığı (David C Hicks ve diğerleri, 2006: 89) göz ardı edilemez. Ayrıca, 1. "Avrupa Şehir Şartı, Avrupa vatandaşlarının; suçtan, çocukların suç işlemesinden ve saldırganlıktan mümkün olduğu kadar uzak, özgür, güvenli ve emniyetli bir şehir" haklarına"; 2. "Amsterdam Andlaşmasının 29. Maddesi, Avrupa Birliğinin amacının, üye ülkeler arasında polis ve adli alanlarda, suç konularında işbirliği yaparak, ortak hareket geliştirerek, vatandaşlara, adalet, emniyet ve özgürlük alanı içinde yüksek bir güvenlik seviyesi sağlamak olduğuna," işaret etmektedir(_2002: http://...htm).

Bu tabloda polisin yetkilerinin kısıtlanacağı suç işleyenin özgürlüğünün mağdurdan daha fazla olacağı yönündeki kanaatlere dağılımlar, hep birer dikkat vesilesi olarak ortaya çıkmaktadır. Buna karşılık, suç ile daha *iyi mücadele edilebileceği fikri ise sadece %2.99* olarak belirlenmektedir.

Yeni CMK'nun yürürlüğe girmesinden sonraki ilk temmuz ayında işlenen *evden hırsızlık* suçunun bir önceki yılın aynı ayında 3509 iken 6030'a çıkması yaklaşık iki kat artış olup (2005: http://...1.htm), bunu sırf, *CMK değişikliği dışındaki faktörlerle* açıklamak mümkün değildir. 2002 yılının temmuz ayında toplam asayiş olay sayısı 25822'den %12 civarında artarak; 2003 temmuz ayında 29154(Polis..., 2004, 106) olarak belirlenmiştir. 2004 yılının aynı ayında bu rakam 30420'ye çıkmış (_2005: http://...1.htm), 2005 yılında ise 43100 civarına yükselmiştir. Suçların artışı bakımından birbirlerine her yıl için ortalama % 10-12'lik artış oranının %73'lere vardığı görülmektedir. Bu anlamda, örneğin, Kayseri İli Emniyet Müdürlüğü kayıtlarındaki Asayiş suç sayıları itibarıyla, 2003 yılında 4054 olan suç sayısının 2004 yılında 7507 ye çıkmasına karşılık, 2005 yılında çok daha fazla artışla 15103'e çıkması, 2006 yılının ilk 5 ayında da 6812 olması(Dağdeviren, 2006: http://...tr/) da diğer bir göstergedir.

Uygulama bu şekilde devam ettiği sürece suç sayılarının ciddi derecede artacağını, yabancı ülkelerle aradaki uçurumun kapanacağı endişesi dile getirilmektedir (Dağdeviren, 2006: http://...tr/). Emniyet Genel Müdürlüğü Asayiş Daire Başkan Yardımcısı Emniyet Genel Müdürlüğünce düzenlenen bir sempozyumda, ceza adalet sistemini derinden etkileyen kanun değişikliklerinin yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihinden sonraki 7 aylık dönem ile bir önceki yılın aynı 7 aylık dilimine nazaran çok daha fazla artış meydana geldiğini vurgulamaktadır. Suçların analizi yapıldığında, bu artışların sosyal, ekonomik veya kültürel sebepler gibi sebeplerden çok, özgürlüklerde meydana getirilen kanun değişikliklerine bağlanabileceğinin altını çizmektedir (Zeybek, 2006: 88).

Ülkemiz, halen, batı ülkeleri ile karşılaştırılırsa, "güvenli"dir. Örneğin, 2003 yılında 391980'i bulan suç sayısının aynı yıllar yelpazesinde karşılaştırıldığında, ülkemizde suç oranlarının azlığı dikkat çekmektedir[2]. Bu bilgiyi veren tablo aşağıdadır:

Suçların Avrupa ülkelerinden az olması, sayısal çoğalma için beklemeyi

BAZI ÜLKELERİN 2003 NÜFUS VE SUÇ ORANLARI

Ülke	Nüfus	Olay	100.000 Kişiye Oranı
Türkiye	68.043.000	391.980	576
Almanya	82.536.680	6.572.135	7.693
İngiltere	52.084.900	5.899.450	11.327
Polonya	38.195.177	1.466.643	3.840
Hollanda	16.192.572	1383.875	8.546
Avusturya	8.053.106	643.286	7.988
Japonya	127.619.000	2.872.695	2.251

(2) Avrupa Konseyi'nin ülkemizden istatistik çalışması talebinde bulunduğunu bildiren Yenisey, elde edilen rakamların düşük olması dolayısıyla gerçek dışı olabileceği gerekçesiyle itiraz edildiğini belirtmektedir. Aynı çalışma tekrar yapılmış sonuçlar doğrulanmış ve Avrupa Konseyi'ne tekrar gönderilmiştir (Yenisey, 2006: 89).

BAZI METROPOL ŞEHİRLERİN 2003 YILI NÜFUS VE SUÇ ORANLARI			
Şehir	Nüfus	Olay	100.000 Kişiye Oranı
İstanbul	10.008.061	82.529	825
Berlin	3.392.425	563.905	16.622
Londra	7.188.000	1.090.767	15.175
Tokyo	12.310.000	321.752	2.614
Viyana	1.550.874	257.090	16.577
Amsterdam	901.276	131.307	14.569
Budapeşte	1.725.000	108.816	6.308

gerektirmez ve ülkeler kamu düzeninin bozulmasına neden olabilecek faktörleri tespit ederek ortadan kaldırmaları gerekirken, intiharları sayılabilecek kanunlar çıkarmazlar. Bu tür örneklerin çoğaltılması mümkündür. Ama ortaya çıkan tablodan bir vazife üstlenerek, suçların doğal olarak artış trendinde mevcut değişikliklerin olumsuz etkenlerini çok kısa ortaya koymak gerekmektedir.

HUKUKSAL DEĞİŞİMİN GETİRDİĞİ SORUNLAR

Polis-Cumhuriyet Savcısı İlişkisi Açısından Gelinen Son Nokta

1) Kanun Değişikliği ile Değişen Polis-C. Savcısı İlişkilerin Anlamı

Yeni CMK ile polis, ayrı teşkilat içinde de olsa, soruşturma ve suçu aydınlatma işleminde, önceden C. Savcısına *"niyabeten"* görev yapan kişi iken, şimdi, tamamen Cumhuriyet Savcısının emrine girmiştir[3].

"Bu değişikli(klerin) anlamı, şu anda gerektiği zaman kendi insiyatifi ile suçla mücadele için harekete geçebilen 200.000 civarındaki polis ve 220.000 civarındaki jandarmanın, bundan sonra 3000 civarındaki savcının emri olmadan harekete geçmesinin mümkün olmamasıdır. Bu, bir ülkenin suçla mücadele açısından intiharıdır. Kanunlar bir ülkenin intihar metinleri olamaz. Her yetkinin kullanılması için savcıya ulaşılması, yazılı izin alınması ve daha sonra olaya müdahale edilmesi kamu düzeninin ciddi olarak bozulmasına sebebiyet verecek, yakın zamanda ülkemiz suçlular cenneti haline gelecektir. Polisi korkulacak bir unsur halinden çıkarmaya çalışılırken, toplumu suç ve suçludan korkan ve sokağa çıkmayan insanlar haline getirmenin bir anlamı yoktur" (Eryılmaz, 2004: info…html).

Kaldı ki, hakim ve C. Savcısı sayısındaki yetersizliği de hizmet aksamasında göz ardı etmemek gerekecektir. Nitekim, daha 2000 yılı itibarıyla Plan ve Bütçe Komisyonu'nda zamanın Adalet Bakanı Prof. Dr. H. Sami Türk tarafından, standart kadro dikkate alındığında 2180 yeni mahkeme 4068 hakim ve C. Savcısı, 10248 zabıt katibi ve yazı işleri müdürüne ihtiyaç duyulduğunun belirtilmesi bile bu açığı gözler önüne sermektedir. Diğer taraftan 5276 sayılı kanunla öngörülen bir tür istinaf mercii olarak bölge adliye mahkemelerinin kurulması için de 4000 hakim&savcı kadrosuyla 1000 hakim adayı ve 5500 yardımcı personel kadrosu ihdas edilmesi(Yücel, 2005: http://...doc, dp: 32), bu açığın bir başka görünümüdür. 2003 yılı verilerine göre ülkemizde 3202 Cumhuriyet savcısı bulunmaktadır. Hakim sayısı ise 6600'dür (Türkiye…, 2005: 117). Meclis alt Komisyon görüşme tutanaklarında, yeni sistemde uygulamalar için 20-25.000 civarında C. Savcısı gerektiği belirtilmektedir (Dağdeviren, 2006: http://...tr/).

Bilhassa son değişiklikle, kolluk tüm yapacağı işlemleri savcı emri ile yapacaktır. Örneğin gözaltına alma dahi artık savcının direktifine bırakılmış, *kolluğun irtibat kuramadığı hallerde nasıl bir yol izleneceği de belirlenmemiştir. İrtibat kurarken doğacak gecikmelerin getirdiği zararlardan kimin sorumlu olacağı da belirlenmemiştir.* Bu önemlidir; çünkü her yerde ve her zaman, örneğin gece saat 05.00'de C. Savcısına haber vermenin ve talimat almada zorluklar olduğu belli zamanlarda C. Savcısını bulmanın mümkün olmadığı belirtilmektedir (Arslan, 2005:4).

Bu değişiklikler toplumda suç işleyenlere, *"artık polis eskisi gibi soruşturma yapamayacak"* şeklinde *"cüretkarlık"* vermiş, kamu düzenine ilişkin bir kanunun topluma vermesi gereken suçları önleme amaçlı korkutma imajı, bu kanun değişikliklerinde "muhtemelen" göz önünde bulundurulması gereken hedeflerden birisi olmamıştır. Kanun değişiklikleri daha çok kişi hak ve özgürlüklerini korumak amacına yoğunlaşmıştır.

2) İstinaf Sisteminin Kısa Vadede Getirebileceği Sorunlar

En yeni sistemi getiren 5235 sayılı "Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun" ceza mahkemelerinde de bölge mahkemeleri kurmak sureti ile istinaf sistemini benimsemiştir. Bu yeni yapılanmanın, ilk derece mahkemelerinde bitirilmiş olay yargılamasının yenilenmesi manasına gelmektedir. Bunun günümüzde hakim, C. Savcısı ve diğer tüm personelin yetersizliği sebebiyle suçla mücadeleyi olumsuz etkileyeceği aşikardır.

3) Karşılaştırmalı Hukuk ve Ülkemiz Açısından İdeal Olanı

Aslında polis C. Savcısı ilişkilerinin düzenlenmesi bakımından, karşılaştırmalı sistemler birkaç seçenekten söz etmektedir. Bu sistemler içinde yer alan soruşturma kolluğunu adli kolluk şeklinde savcını emrine veren sistemlerden birbirlerine karşı bağımsızlıklarını öngören sistemlere kadar farklı kabuller söz konusu olabilmektedir. Daha evvel, örneğin çok seyrek ülkelerde Belçika gibi seyrek ülkelerde yer alan adli kolluk sistemi terk edilmeye başlanmış ve yeni değişikliklerle, bu ülkede de ılımlı bağlılık diyebileceğimiz siteme doğru geçiş olmuştur. İngiltere ve İrlanda gibi ülkeler ikinci sistemlere örnek verilmektedirler (Tak, Peter J. B., 2006: 81, 82). Bu örnekler içinde de yer yer değinilen bir çok Avrupa Birliği üyesi ülkelerde polis savcı ilişkilerinde kolluk savcıdan ayrı çalışır; savcı da ancak bunu denetler. Nitekim Almanya'da bile, kolluk önceden savcı

(3) 5271 sayılı CMK tasarı halinde iken, polisin Adliyeye bağlanması gibi formüllerin de gündeme geldiği, o günlerde yapılan değerlendirmelerden de anlaşılmaktadır. Örneğin Eryılmaz, o günlerde kaleme aldığı bir yazısında, bu uygulamanın AB ülkelerinde dahi olmadığını söylemektedir (Eryılmaz, 2004: info…html). Tabii ki bu sürece gelinmesinde, önceki CMUK'nda 3842 sayılı kanunla yapılan değişikliklerin etkisi çok önemli ve büyüktür. Bu değişikliklerle, kolluğun hazırlık tahkikatında C. Savcısına daha fazla bağlanması sağlanmıştır. Hatta bu değişiklikler sırasında adli kolluk kurulması bile gündeme getirilerek büyük tartışmalar yaşanmıştır. Bu deşiklik, sanık hakları gibi düzenlemeleri de mevzuat metni haline getirmiştir.

yardımcısı olarak adlandırılırken, şimdi değiştirilmiş ve soruşturmacı olarak adlandırılmaya başlanmıştır (Yenisey, 2006: 89, 90).

Diğer taraftan, kamu yönetiminde, teşkilatlanma modelleri veya işlemler üzerinde yeniden düzenleme, aksamaların olması halinde doğrudur. Yoksa sadece bir iş yapmış olmak için yeni modeller ortaya atmak tüm yönleri ile performans kaybıdır (Derdiman, 1998: 223). Ceza adalet sisteminde adil yargılama şartlarına uyulup uyulmadığının denetiminin C. Savcısı tarafından yapılması kaydı ile, kolluk ve savcı ilişkileri açısından kolluğun, eskisi gibi hazırlık soruşturmasında savcıya bağlı olmayan, fakat savcı adına görev yapan, gerektiğinde savcı ile haberleşen ve soruşturma evresine aralarında çıkabilecek farklı görüşlerin devamlılık esasına göre görevlendirilmiş hakim tarafından karara bağlandığı bir sistem benimsenmelidir. Böylelikle, mevcut sistemde savcılığın hem itham makamı ve hem de emirleri ile olaya katılan ya da olayın tanığı haline gelmiş olması engellenmiş olmaktadır. Emir veren savcının duruşmaya çıkması bile önlenmemiş olduğu gibi, savcılığın idari niteliği olan bir teşkilatlanma olduğu da unutulmamalıdır. Ayrıca, bu sistem, *polisi savcılaşmaktan; savcıyı da polisleşmekten* kurtaracak ve böylece kuvvetler ayrılığına da uygunluk sağlanmış olacaktır. Baskın anlayış, C. Savcısını bir olayda sonuç çıkartan makam olarak görmekte; dedektiflik mahareti ile, meydana gelmiş bir suçu, sanık belli olana kadar araştırıp aydınlatıp adli makamlar önüne getirmeyi ise yürütmenin ve dolayısı ile kolluğun görevleri arasında kabul etmektedir[4]. Bu nedenlerle adli kolluk adıyla C. Savcısına bağlı adli kolluk modeli Anayasaya aykırıdır.

Acele Hallerde Müdahale Yetkisinin Kolluktan Alınmasının Sonuçları

Önceki sistemde 156. maddenin varlığı, polisi acele hallerde bazı işlemleri yapabilmesi konusunda yasal dayanağı teşkil ediyordu. Bu hükmün yokluğu ise kolluğu her işi emirle yapan ve acele hallerde hiçbir iş yapamayan görevli haline getirme tehlikesini içerir görünmektedir.

Bu kanunda yer verilmeyen önceki kanunun 156. maddesi, iktibas edildiği Alman CMK'nunda 163/1. madde olarak aynen yer almıştır ve halen de yürürlüktedir. Üstelik örneğin Alman CMK'nun 161. maddesinde de polisin savcının, isteği üzerine aydınlatmakla vazifeli olduğu suçlar için gerekli bilgileri toplayacağı ve ilgili makamlarla irtibat kurabileceği hüküm altına alınmıştır(Strafprozeßordnung, 2005: 63).

Şüphelinin Zaman İçinde Kazandığı Hakları...

Bilhassa Anayasa'nın 19. maddesinin 2001 yılında 4709 sayılı kanunla değişmesi ve daha önceki süreçten başlayarak yaşanan değişim ve gelişmeler ile, sanığın gözaltında tutulabilme süresindeki azalmalar, yakınlarına haber verilmesi ve yakalandığı anda, güvenlik tedbirlerini aldıktan sonra derhal müdafiden yararlanma hakkını tanımak gibi yenilikler, özgürlükler ve kamu düzeni gerekleri arasındaki dengeyi kamu düzeni aleyhine bozar.

1) Gözaltı Sürelerindeki Azalmalar

Önceki düzenlemelerde 4. günden sonra hakim kararı ile gözaltı süresinin 7 güne kadar uzatılabilmesi uygulaması kalkmış olup; bu, soruşturmanın selametini olumsuz etkileyebilecek bir nitelik taşımaktadır. En son kısıtlamalara göre, gözaltı süresinin;

1) 24 saat, 2) CMK'nun 250. maddesinde sayılan suçlarda 48 saat olduğu ve 3) toplu suçlarda en fazla 4 güne kadar uzatılabildiği görülmektedir. Bu uzatmalar her 24 saat için ayrı yarı yapılacaktır. Böyle bir uygulama her defasında uzatıma itirazı, kolluğun vaktinin önemli bir bölümünü bunlara ayırmasına sebep olacaktır.

İngiltere'de[5] bile normal suçlarda 36 saate kadar kimseye haber vermeden polis idari makamlarının kişileri gözaltında tutup, bu zaman zarfından aldıkları ifade itibarıyla sanık olarak suçlamayı gerektirecek veri oluşursa o zamandan itibaren kişilere haklarını hatırlatmaktadırlar. Ayrıyeten 1989 tarihli Terörle Mücadele Kanunu, terör suçlarından yakalanmış bir kimsenin 48 saat gözaltında tutulduktan sonra 5 gün daha İçişleri Bakanı'nın izni ile bu sürenin uzatılabileceğini öngörmektedir (Şahin, 2003: 66-72).

2) Sanığın Hakları-Miranda Kuralı

Önceki CMUK'da kabul edilen, ithamla birlikte hakların hatırlatılması yönteminden şüpheli lehine daha ileri sahayı anlatan bu yenilikle yetinmeyen CMK, müdafi olmadan kollukta alınan ifadenin kesinlikle delil olmayacağını kabul ederek, kolluğu artık, adeta bir kenara itmiştir. Yeni düzenlemelerle, şüpheliye yakalandığında hemen müdafi tayini, sisteminin getirilmesi, *şüpheliyi daha fazla direnen ve kendisine güvenen, cüretkar* bir hale getirmektedir. Yine yeni sistem, üst sınırı en az beş yıl hapis cezasını gerektiren suçlardan dolayı yapılan soruşturma ve kovuşturmada müdafi görevlendirilmesini de zorunlu tutmuştur ve müdafiden yararlanacaklar için, yararlanılabilecek müdafi sayısını 1'den 3'e çıkarmıştır.

Müdafiden yararlanma hakkının kaldırılmasının kötü muameleye kapı açacağı gibi iddiaların, *polis denetleme kurulu* kurulması veya soruşturmada kamu tanığından faydalanmak sureti ile telafi edilmesi ya da çürütülmesi mümkündür. Müdafiin şüpheli ile hemen görüştükten sonra dışarıda toplanacak delilleri karatmaya kalkışması diğer şüphelilerin yakalanmasını engelleyici girişimde bulunması dışarıya haber sızdırması sakıncası da ciddiyetle karşımızda durmaktadır.

Üstelik önceki CMUK kişiye *"soruşturmayı geciktirmemek kaydı ile"* müdafiden yararlanabileceği söylenmesine rağmen, yeni CMK'da bu ifadenin yer almaması, soruşturmayı geciktirmeyi mümkün kılabilecektir. Yeni kanunda müdafiin sadece hukuki yardımda bulunacağı sınırlamasının da kaldırılması ciddi derecede olumsuz ibret göstergesidir.

Müdafiden yararlanma hakkı konusunda, yine İngiltere ilginç bir örnek teşkil etmektedir. Çünkü eldeki verilere göre bu ülkede, özellikle terör suçla-

(4) 8. beş yıllık kalkınma planı adli kolluğun kurulmasını öngörmüştür (Adalet..., 2000: http://...pdf,: 17). Ama, ülkemizde yaklaşık 30 yıldır tartışılan bu konuda hazırlanan en az 5 ayrı tasarıdan hiçbirisi, adli kolluğun kurulması ile ortaya çıkabilecek mahsurlar gündeme her defasında getirilmiş olduğu için kanunlaşmamıştır.

(5) İngiltere'de, Terörle mücadele mevzuatı ve uygulamaları konusunda hükümet ve yargı arasındaki tartışmalar sürmektedir. İngiltere İçişleri Bakanı ısrarla, yargının, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin emsal kararlarını takip etmemesini istemektedir(Çaycı, 2005: 76).

rında şüpheliyi, ilk 48 saat müdafi ile görüştürme yasağı vardır. Diğer hallerde, ülkenin Galler gibi bölgeleri öncelikli olmak üzere, *ancak suçlandırıcı itham yapıldığında* avukattan yararlanma hakkı verilebilmektedir. Fransa'da da normal davalarda 20. saatten, örgütlü suçlar gibi suçlar için 36. saatten önceki gözaltı süresi içinde avukatla görüşme yasağı vardır. Belçika'da da ne polis ne de sorgu hakiminin şüpheliye *susma hakkını hatırlatmak zorunluluğu* bulunmamaktadır. Bu ülkede kişinin poliste ve sorgu hakimi önünde avukat bulundurma hakkı yoktur. (Şahin, 2003: 73, 76, 88).

Fransa'da suçlarda meydana gelen artışlar nedeniyle 2000 yılından itibaren polisin şüpheliye haklarını hatırlatma sorumluluğu kaldırılmıştır. Avusturya Ceza Muhakeme Kanununa göre de hakların hatırlatılması soruşturmayı olumsuz etkileyecekse, bu işlem yapılmamaktadır[6]. İtalya'da zanlılar, kendilerine bir suçlama yöneltilmeksizin, 24 saat göz altında tutulabileceklerdir. Sorguları, yanlarında avukat bulunmaksızın yapılabilecektir (Çaycı, 2005: 76).

Hal böyleyken ülkemizde, 3842 sayılı kanunla getirilen değişiklik doğrultusunda hakların hatırlatılması yeterli görülmeyerek, kişinin yakalandığı anda bu haklarını hatırlatma usulü getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi *Miranda* Kuralı ihlal edilerek toplanan delillerin dışarıda bırakma kuralına rağmen kabul edilebilir olmasını önermiştir (Amerika..., 2006: http://...22).

İHAM'nin bu konuda verdiği kararlarda adil yargılama şartlarının yerine getirilmiş olması *aranmakta ve yeterli* bulunmaktadır. Mahkeme ve Komisyon, *"İmbrioscia İsviçre'ye karşı"* davasında, tutulma sırasında sanığa, susma hakkının ya da avukattan yararlanmasının mümkün olduğunun bildirilmemesinin; sanığın sorgusunda avukatın hazır bulunması ve soruşturma belgelerini inceleyebilmesi imkanı tanındığı sürece, İHAS'ne aykırı bulmamıştır (Gözübüyük,– Gölcüklü, 2005: 304).

Yine İHAK Avusturya'ya karşı açılan *Can davasında*, önemli olan hususun, sanığın yargılamanın bir safhası bakımından değil, fakat *muhakeme faaliyetinin bütünü içinde* fiilen ve gerçekten bir avukatın yardımından gerektiği gibi yararlanıp yararlanmadığı olduğunun altını çizmiştir (Gözübüyük,– Gölcüklü, 2005: 303, 304).

3) Şüphelinin Yakınlarına Hemen Haber Verme Zorunluluğunun Sakıncaları

Yine, soruşturmanın devamı sırasında, soruşturmanın zarar görmemesi için, şüphelinin yakınlarına belli bir süre haber vermemek gibi bir istisna hem Anayasa'dan ve hem de kanunlardan çıkarılmıştır. Üstelik bu doğrultuda Anayasa değişikliği bile yapılarak, bu, şüpheli hakkı olarak garantiye alınmak istenmiştir.

Bu ne kadar doğrudur, yakalanacak bir sanığın kaçmasına imkân hazırlayıcı mıdır, tartışılabilir. Çünkü böylece birçok olayda, örneğin teröristlerin dışarıya haber sızdırmaları böylece mümkün olabilecektir. Nitekim, Şahin'in verdiği bilgilere göre, Alman hukukunda, kişilerin böyle bir hakkı olduğu kabul edilmekte ama polisin bu

(6) Emniyet Genel Müdürlüğümüz görevlileri ile yapılan görüşmelerde elde edilen bilgiler.

konuda yasal bir zorunluluğu bulunmamaktadır (Şahin, 2003: 62). Karşılaştırmalı hukukta şüphelinin yakınlarına haber vermek ya soruşturmaya zarar vermemesi ya da belli bir süre gözaltında kalma şartına bağlanmıştır.

Gözaltındaki şüphelinin kimseye haber verilmesini istemediği hallerde kolluğun ne gibi işlem yapacağı tartışmalıdır (Arslan, 2005: 7).

4) Gözaltına Alınan ve Gözaltı İşlemleri Sona Erenlerin Hekim İncelemesinden Geçirilmeleri

Kişilerin tek başına muayeneye girmeleri hekimlere zarar vermeleri veya kaçmaları riskini beraberinde getirmektedir[7]. Kişilerin, eskiden polis birimlerine giriş ve çıkışlarında raporları alınırken şimdi her 24 saatte ve gözaltı uzatmalarında raporunun alınması, bürokrasiyi artırmakta kolluğu da eyvah bir şey çıkacak yargılanacağız endişelerine sevk etmektedir. Bu sanki kolluğa güvensizliği yansıtacak boyuta gelmiş bir uygulama halini almaya başlamıştır.

Gözaltına alınan kimselerin sevk edildiği hekimlerde kimse olmadan muayene edilmesinin ve bilhassa bu raporun polisten gizli tutulması gibi hükümlerin getirilmesi polisi kendisini bile savunamaz duruma getirmektedir. İlgili yönetmelikle son getirilen düzenlemelerde doktorun şüphelinin muayenesine dair raporun bir nüshasını polise elden vermemesi ve bunun polisten gizli tutulması:

1) Anayasanın 40/2. maddesinde yer alan "Devlet, işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorundadır." hükmüne kesinlikle aykırıdır. Zira hekim bir devlet görevlisi olarak şayet polisi ilgilendiren bir durum varsa bunun kanun yollarını açıklamamış ve hekim raporunu vermemekle de bunu teyit etmiş olacaktır.

2) Polisin yaptığı iddia edilebilecek bir suçtan dolayı kendi hakkını arayamaması ve kendisini savunamaması sonucunu doğuracağından Anayasaya aykırıdır. Çünkü Anayasa'nın 36. maddesinde: "Herkes, meşrû vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."

5) Parmak İzi ve Fiziki Kimliğin Tespiti Açısından

Polis Vazife ve Salahiyetleri Kanunu 5. maddesinde parmak izi ve fotoğraf alma yetkisini düzenlemiştir. Aynı konuda, mahiyeti farklı bir biçimde yeni CMK m. 81 ile de yeni ama mahiyeti farklı hükümler getirilmiştir. Bu iki hüküm azınlıkta kalan çevrelerce birbiri ile zıtlık teşkil eder şekilde yorumlanmış ve bir çok tereddütlerin yaşanmasına sebep olmuştur. Hatta bazı önyargılı çevreler, artık 81/2. madde gereği imha edilmesi gerektiğini bile dile getirebilmişlerdir.

Bir ülkede potansiyel suçlu olarak değil ama suçları işleyenlerin tekrarlayabilecekleri veya faili meçhul olaylara daha rahat ulaşılabilmesinde suçların

(7) Örneğin Kapkaç Suçlarına ilişkin bir olarak yukarıda da değinilen, Emniyet Genel Müdürlüğümüz Polis Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yapılan/yapılan incelemeye dair raporda, (Kirazcı-Gürer – Şirin, 2005: http://...1/) "Kapkaç olaylarına karışan şüphelilerin Doktor Raporlarının alınması sırasında, genellikle doktorların muhafız polisleri muayene odasına almadıkları, içerde muhafız olmadığından sanıkların zaman zaman muayene odasından kaçtıkları anlaşıldığından suça karışanların muayenelerinin muhafazalı bir odada yapılması yönünde yasal düzenleme yapılmasının uygun olacağı"nın yararlı olacağına vurgu yapılması bunu tüm çıplaklığı ile göstermektedir.

aydınlatılmasında çok önemli bir yere sahip olan parmak izi ve fotoğraf arşivinin, imha edilmesi suçların takibi ve önlenmesinde büyük olumsuzluklara sebep olacaktır[8]. 2004 yılında İstanbul'da mala karşı işlenen 3 bin suçun parmak izi sayesinde çözüldüğü belirtilmektedir. Çok doğru bir biçimde, delilden sanığa gidilmesinin tavsiye edildiği yerde parmak izlerine önem verilmesi gerektiğinin altı da çizilmektedir (_2005a: http://...107). Bu anlamda CMK m. 81'e göre alınmış parmak izinin imha edilmesi bile anlaşılamamaktadır. Bu iz arşivine konup suçları aydınlatmaya yardımcı olsaydı şüphesiz ki çok daha iyi olurdu (Deniz, 2005: 166).

İHAK cezai işlerle ilgili parmak izi ve fotoğrafları içeren eski dosyaların korunmasının modern demokratik toplumda suçların önlenmesi dolayısıyla kamu güvenliği için zorunlu olduğu görüşünü benimsemiştir (Dilekçe no. 1307/61, Rec. 9, p. 3. Alderson, 1989: 55'den naklen).

Parmak izi ve fotoğraf arşivinin özel hayatın korunmasına karşı bir tehdit oluşturmaması için, ülkemizde derhal *kişisel verileri korunması* için kanun çıkarılmalıdır.

6) Yer Gösterme Yetkisinin Savcıya Geçişi...

Yeni CMK'nun yer gösterme gibi bazı yetkileri polisten aldığı görülmektedir. Önceki uygulamada yer göstermeyi keşiften ayıran kıstaslardan birisi, yetkiyi kullananların farklı oluşuydu. Fakat şimdiki yeni uygulamada, yer gösterme, ile acele hallerde keşif işlemlerini savcı yapmış olacaktır. Nitekim, bilinebildiği kadarıyla, İngiltere, Danimarka, Almanya gibi Avrupa devletlerinin mevzuatında soruşturma evresinde yer gösterme yapılırken hakim veya savcının bulunacağına dair hükümlere, rastlanmamaktadır.

Bir olaya *emir vererek katılmak* da dahil her türlü *müdahale*, müdahili, olayın ta başlangıçta tarafı haline getirmektedir (Derdiman, 1997: 75, 76). Polisin yanında yer gösterme gibi işlemlere katılma ayrı ve niteliği farklı iki yetkinin bir makam tarafından kullanılması anlamına gelebilmektedir. C. Savcılarının sayısının buna yetmeyeceği gün gibi aşikardır.

Yeni CMK'nun düzenlenmesi sırasında Adalet komisyonunda eklenen bu hükmün yine Komisyon gerekçesinde, bu hükmün, *"yer gösterme işleminin disiplin altında yapılması ve hukuki zemine kavuşturulması için"* konduğu belirtilmektedir (Bayyurt, 2005: 216). Hemen söylemek gerekir ki, yer göstermenin önceden disiplinsiz yapıldığı gibi bir gerekçe ile hüküm koymak değil, varsa, *disiplinsizliği gidermek gerekir*.

7) Adli Kolluğun Ayrılmasının Sonuçları

Yeni CMK, adli kolluğun kimlerden oluşacağının Adalet Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle belirlenmesini öngörmüş ve *ayrı bir adli kolluk kategorisi* oluşturmuştur. Aslında 3201 sayılı Emniyet Teşkilatı Kanunu 12. maddesinde tam teşekküllü bir karakolda veya polis biriminde adli kolluk görevi görenlerin ayrılacağı ifade edilmiş olmasına ve polisin adli görevini eksiksiz yerine getirmesine rağmen böyle bir kategorinin öngörülmesi kolluğu ayırma girişiminde sonuca ulaşılamaması ve bu aşamada kalınmasını bir ifadesi olsa gerektir.

Fakat ne olursa olsun adli kolluğu belirleyen yönetmelikle ortaya çıkan sorunları şöyle sıralamak mümkündür:

1.Adli kolluğa önleme görevi verilip verilemeyeceğini tartışır hale getirmiştir.

2.C. Savcısının adli kolluğu yetersiz görmesi halinde idari kolluktan faydalanması için emniyet makamlarının görüşlerini almak mecburiyetinde olup olmadığı belirtilmemiştir. Bu emniyet makamlarının atlanması manasına gelir ki, bu yönetim prensiplerine uygun değildir.

3.Adli kolluğun gizlilik esasına göre adli kolluk dışında kalan emniyet makamlarına bilgi vermesi gerektiği belirtilmemiştir. Bu mahallin asayişinden sorumlu asayiş amiri ve mülki amirin yetkilerini kısıtlamış olacaktır ve 5442 sayılı il idaresi kanununa aykırıdır (Arslan, 2005: 5). Bu çelişkilerin giderilmesi mutlaka sağlanmalıdır.

8-) Kamusal Alanı Kamera İle Gözetleme Sorunu

Kamusal alanın *mobese* gibi adlar altında elektronik cihazlarla gözetlenmesinin ilk bakışta kanunlara uygun olduğu düşünülse de son zamanlarda bunu özel hayata müdahale niteliği taşıyabileceği vurgulanmaya başlanmıştır. Bir kimsenin kamusal alanda özel ilişkileri vs. olmayacağına göre bu tür izlemelerin hukuka aykırı olmadığının altı çizilmelidir.

9-) 18 Yaşın Altında Olmanın Fırsatlarından Yararlanmak...

Son zamanlarda 18 yaşından küçük olanlara sağlanan avantajlar nedeni ile kapkaç gibi suçların daha çok bunlara işletildiği görülmektedir. Emniyet Genel Müdürlüğü Polis Teftiş Kurulu Başkanlığı'nca yapılan/yaptırılan bir incelemede (Kirazcı-Gürer – Şirin, 2005: http://...1/) "Kapkaç suçuna karışan 18 yaş altı çocukların suçlarıyla ilgili polis tarafından herhangi bir delil toplama faaliyetinin yapılamadığı, birden çok suça karışan çocukların sadece yakalandıkları suçtan dolayı C.Savcılıklarına intikal ettirildiği," çocukların karıştığı işlem konusu veya önceki suçlar için poliste delil toplama işlemleri yapılamadığından suçların çoğu kez faili meçhul kaldığı ortaya konmakta ve polisin bu suçlarda da delil toplama işlemlerini yapabilmesi konusunda yasal düzenleme teklif edilmektedir.

Çocukların suç işlediklerinde gördükleri bu tür avantajlardan dolayı, anne veya babalar ya da başkaları tarafından suça itildiği sıkça görülmektedir. Çocukları suça itenlerin sorumlulukları ispatlanamadıkça cezasız kalmaları çok sıkça rastlanan sonuç olmakta ve dolayısıyla, bu boşluk suç işlemek isteyenler sürekli avantaj oluşturmaktadır. Bunun önüne iki yolla geçilebilir.

1.Çocuklardan, anne-baba gibi hukuken sorumlu olması gerekenlerin, çocukların mükerrer işledikleri suçlardan dolayı hakimiyetleri altında bulunanların suç işlemesini önlemek için gereken özeni göstermediğini bir karine kabul ederek, devletin ayrı bir ispat külfeti yüklenmesine gerek kalmadan cezalandırılmaları yolunda kanun çıkarılmalıdır.

2. Anne ve baba gibi yasal temsilcilere himayesi altındaki kişilerin fiillerinden dolayı maddi ve manevi zararın

(8) Alman Savcılarının yetkilerine dair yönetmelikte, şüpheli hakkında tüm bilgilerin araştırılarak tamamlanmış vaziyette incelemeye sunulması gerektiğinin altı çizilmektedir (Savcıların..., 1987: 734-736).

ödenmesi açısından mali sorumluluk getirilmelidir ve Borçlar Kanunundaki hükümler işletilmelidir.

3. Suçtan sanık olan firari sanıkları yayın organları ile kamuoyuna bildirilmelidir. Bunların suçlu oldukları değil şüpheli olarak arandıkları belirtilmeli ve halkın suç önlemeye ve suçları aydınlatmaya katılımı sağlanmalıdır.

Yine son zamanlarda çocuklara tanınan haklar açısından, Çocuk Koruma Kanunundaki *uzlaşma* hükmünden yararlanma şartlarının suçları önlemeyi hedeflemesi esas amaç olmalıdır. Buna ek olarak, 15 yaşından büyük çocukların yetişkinler gibi işlemlere tabi tutulması tartışılmalıdır (Zeybek, 2006a: 326, 327). Belli sayıdan fazla ve aynı tür suçları işleyen çocukların, işledikleri suçun ne gibi sonuçlar doğurabileceğinin farkında olmaları halinde belli yaştan sonra küçüklerden daha farklı ceza usul siyasetine tabi olmalarının önü açılmalıdır. Bunun uluslararası normlara aykırılığı söz konusu olduğu iddia edilecek olursa yöntem, *Avrupa Konseyi* ile irtibat kurmak suretiyle somut önerilerde bulunmak ve ek bir protokolle, ne yaptığının farkında olan çocukların yargılanmasında genel hükümlere tabi olmalarını sağlamaktır.

Risk-Çelişki, Gecikme veya Olumsuzluk Oluşturabilecek ya da Zorlaştırıcı Hükümlerden Örnekler

1) Hukuki Hata Açısından

5237 sayılı TCK'nun 4/2. maddesi iken kaldırılıp[9], 5377 sayılı kanunla, yine yeni TCK'nun 30. maddesine son fıkra olarak eklenen "işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi cezalandırılmaz" hükmü, önceki kanunun 44. maddesinde yer alan *kanunu bilmemenin mazeret sayılmayacağına* dair hükümden biraz daha fazla ispat yükü getirir görünümdedir. Bu hüküm karşısında, yargılama makamları, belki de failin fiilinin *sakınabileceği hatadan kaynaklandığını ispat etmek* gibi bir yükümlük altına girebileceklerdir (Derdiman, 2005: 322-325).

2) Hukuksal-Mali Sorumluluk Kurallarının Getirdiği Endişeler

5271 sayılı yeni CMK'nun 141. maddesinde yer alan tazminat istemine ilişkin hüküm, kapsamını, yürürlükten kaldırılan 466 sayılı kanuna nazaran genişletmiş ve açıkça da yazmıştır. Adalet Komisyonu'nda aramayı *ölçüsüz* arama yapma halinde tazminat istenebileceği gibi hükümler bu hükme eklenmiştir (Bayyurt, 2005: 314).

Kişisel müşahedelerimiz itibarıyla, bu tür hükümlerin kamu görevlilerinin birçoğunu, sonradan kendisine bir sorumluluk gelebileceği endişeleri ile işlem yapmaktan çekingenliğe sevk edebileceği çok kez konuşulmuştur.

Diğer taraftan idare hukuku ilkelerine göre, *kin, garaz ve diğer şahsî etkenlerin bulunduğu bir eylem ve işlem şahsî kusuru ve şahsî sorumluluğu gerektirir* (Derdiman, 2003: 166, 167). Bu, haliyle, idari sorumluluğun şahsî sorumluluğu gerektirmeyeceği manasına gelse de, sonradan rücu etme gibi bir usulün hiç olmazsa sadece genel şartlarının kanunda yer alması belki daha doğru olurdu.

(9) Kaldırılan hükümde "Ancak sakınamayacağı bir hata nedeniyle kanunu bilmediği için meşru sanarak bir suç işleyen kimse cezaen sorumlu olmaz." ifadesi bulunmaktaydı.

3) Hak ve Alacaklara El koyma

Yeni CMK'nun 128. maddesi ile getirilen hüküm gereği, önceleri el koyma konusunu teşkil etmeyen hak ve alacaklar, el koyma kapsamına kanunla alınmış olmuştur.

Uygulamada, kanunlara göre, bir kişinin bankalardaki hesaplarına usulüne uygun ve acil el konulması için bile, C. Savcısından yazılı emir alınması gerekmektedir. Sözlü talimat yeterli kabul edilmemektedir. Buna karşılık, Bayern eyaleti Polis Görevleri Kanununda başka makamlarla polisin tehlikenin geçiştirilmesi için irtibata geçebileceği belirtilmektedir (Gesetz..., 2005: http://...htm).

Bununla birlikte, kolluk, C. Savcısından aldığı onay veya yazılı talimatı acil durumlarda derhal sistemde yer alan *tüm bankalara ayrı ayrı* gönderilmesi için çalışmaktadır. Bu sorun, doğrudan, Bankalar Kanunu ile kurulan Bankalar Birliğine yazılan tek bir yazı ve bu birliğin de ilgili yerlerle elektronik iletişim kurması ile aşılabilmelidir. Böylece kişilerin sadece ulaşılabilen değil tüm bankalardaki hesapları kısa sürede bilinip el koyma işlemi de gerçekleştirilebilecektir. Bu uygulama ve örneği, kambiyo, faktoring ve banker kuruluşları için de düşünmek mümkündür.

4) Tutuklamaya İlişkin Gözlemler

Tutuklama kararlarının verilmesi için, gerekli şartların kimine göre zorlaştığı kimine göre de biraz daha kolaylaştığı söylenmektedir. Yeni hükümlere göre kaçma niyetinde olabileceğini gösteren somut olgular varsa, bir kimsenin tutuklanması açısından yeterli ve gerekli önemli bir şart gerçekleşmiş demektir.

Bununla birlikte örneğin bir kimsenin kaçak ya da gizli olması ya da belli *bir süre içinde* iki defa cezalandırılanların tekrar suç işleyeceklerine dair ciddî belirtilerin bulunması gibi hallerde tutuklanabilmesine imkan getiren Alman CMK'nun 112 ve devamı maddelerindeki (Strafprozeßordnung, 2005: 41-43) hükümler incelenerek, mevzuata, *bu yolda, yeni ve demokratik hükümler* aktarılmalıdır. Böylece, birden fazla suç işleyen kimselerin kapkaççıların ve hırsızların hepsinin yeniden suç işler haldeki tutumlarına muhtemelen engel olunmuş olacaktır.

5) Ağır Cezalı Suç Kavramının Kalkmasının Getirdiği Belirsizlik ve Kolluk Görev ve Yetkilerinin Yeni Kanunlarla Uyumlu Hale Getirilmesi Gereği

5237 sayılı yeni TCK'nun ceza türü olarak ağır hapse yer vermemiş olması ve 5271 sayılı CMK'nun, önceki CMUK'nun ağır cezalı suçlar tanımı getiren 420. maddesi gibi bir maddeye yer vermemesi, hukuku etkilemiştir. Polisin, PVSK ve diğer kanunlarda yer alan ağır hapsi ya da ağır cezayı gerektiren veya ağır cezalı suçlarda kullanabileceği; parmak izi alma, yazılı emir almadan yerine getirilecek görevlerin bir kısmında, ağır cezalı suçlardan dolayı gereken hallerde silah kullanma gibi yetkiler *kadük kalmış*, kullanılamaz duruma düşmüşlerdir[10].

(10) Problemin bir başka yönü de Anayasanın 83. maddesinde yazılı yasama dokunulmazlığına ilişkin hükümdedir: "Ağır cezayı gerektiren suçüstü hali ..." yasama dokunulmazlığının istisnasını teşkil ederken, ağır cezalı suç kavramı kalkınca, Anayasanın bu hükmü de uygulanamaz duruma gelmiştir. Kanaatimizce, Anayasa hükmünün uygulanmasını zorlaştıran ya da uygulanması imkânını kaldıran her türlü düzenleme veya düzenleme eksikliği Anayasaya aykırıdır.

Bu deyimin hukukumuzdan kalkması sebebiyle örneğin polis:

1.Ağır cezalı bir suç işlendiği değerlendirilen meskene imdat istense de giremeyecektir.

2.Ağır cezalı suçların takibi ve önlenmesi için acil hallerde bile sözlü emir yeterli olamayacaktır.

3.Polis ağır cezalı suçun sanığı için kanunda belirtilen hallerde silah kullanamayacaktır. 2559 sayılı kanunun 16. maddesinde 9 bent halinde sayılan silah kullanabilme hallerinin 3 tanesi bu deyimle doğrudan ilişkili olduğundan uygulanamaz hale gelmiş, önemli sayılabilecek suç kategorilerine karşı polisin aniden ve hemen alması gereken yetkileri işlemez duruma gelmiştir.

Bu örnekler bile, kolluğun yetkilerinin, yeni TCK ve CMK sistemi karşısında yeniden düzenlenmesini zorunlu kılmaktadır. Yine örneğin;

1. "...*ağır hapis cezasını* gerektiren suçlarla TCK'nda sayılı *ammenin itimadı ve mal aleyhine işlenmiş suçların*..." sanık ve mahkumlarının parmak izi ve fotoğraflarının alınacağı belirtilmiş; ama yeni TCK'nda ve CMK'nda bu deyime veya başlığa yer verilmemiştir.

2. 2559 sayılı kanuna göre "Polis; yaptığı tahkikat esnasında ifadelerine müracaat lazım gelen kimseleri çağırır ve kendilerine lüzumu olan şeyleri sorar." Hükmünün, C. Savcısının talimatını beklemeyi gerektiren CMK'nu ile çeliştiği ortadadır.

6) Sık Sık Çıkarılan Aflar Ya da Af Sonucu Doğuran Tasarruflar

Aflar hükümlülerin topluma kazandırıldığı ve artık hürriyeti bağlayıcı cezayı çekmesinde de kamu yararı olmayacağı gerekçesi ile çıkarılırlar. Bu verileri içermeyen, kamu yararı hedefine ulaşmayan birçok affın, kolluğun işini zorlaştırması bir tarafa, suçların da devamlı artma nedeni olduğu gözlenmektedir. Ülkemizde Cumhuriyet döneminde çıkarılan birçok af veya af sonucunu doğuracak tasarrufların, suç işleyenlerde, suç işleme safhasında ümit vasıtası olarak görülmesi bile muhtemeldir. Kaldı ki, af ile cezaevlerindeki sayıların azaltılmasının amaçlandığı bile söylenilebilir (Yücel, 2004: 132, 133). "1975 Yunan Anayasasına göre amnisti sadece "siyasî suçlar *(political crimes)*" için ilân edilebilir (m.47/3). "Adî suçlar *(common crimes)*" için kanunla dahi "amnisti *(amnesty)*" ilân edilemez (m.47/4)" (Gözler, 2005: http://...htm).

Bir başka gerçek de af ile dışarı çıkanların tekrar suç işleme eğilimidir. Örneğin, salıverme yasası ile 2000'de tahliye olanların binde 5'i bir yıl içinde suç işleyerek, cezaevine geri döndü(_, 2005b: http://...html). Af ile dışarı çıkanların suç işleme eğilimleri ve sebepleri törpülenmediği ve topluma kazandırılmadığı sürece, potansiyel ve tecrübeli suçlu olma ihtimali daha yüksek olacaktır. Amaçsız ve suçları önlemeye yönelik olmayan, affa benzer her türlü ceza siyaseti için aynı şeyler düşünülebilir.

7) Ceza Kurallarından Bazı Örnekler

1.Organize Suç Kavramından Sapmalar ve Kara Para Açısından Durum

Yeni TCK'nın yürürlüğe girmesine paralel olarak, 4422 sayılı organize suç örgütleri kanunu kalkmıştır. Yeni TCK'nın 220 maddesinde bu yolda genel bir örgüt kurarak suç işleme suçu

ile yetinilmiştir. Ama bu 220. maddede cebir ve şiddet ya da korku salarak *birlikte suç işlemeyi* örgütlü suç kabul etmemiş olup, bu şekilde suç işlemeye teşebbüs ya da eylemin sadece korku salma aşamasında kalması halinde kişilerin tehdit gibi daha basit eylemlerden sorumlu tutulacaklarını ve beraber işleyenlere de iştirak hükümlerinin uygulanacağını kabul etmiş olmuştur. Bunun ceza siyaseti bakımından getireceği olumsuz sonuçlara gün geçtikçe tanık olunabileceği gibi, önceden organize suç kapsamında yargılananlara veya cezalarını çekmekte olanlara yeni hükümler lehe yargılama sonuçları doğurabilecektir.

Kara paranın aklanmasının önlenmemesine dair kanun kara para soruşturmasını karmaşık bir yapıya büründürmüş, adli makamlara ve MASAK'a aynı yetkileri vermiştir. Halbuki bu suç ise takibi adli makamlarda olmalı, MASAK buna yardımcı bir bilirkişi vazifesi üstlenmelidir. Kara paranın ispatı bir hayli zor olmaktadır. Bunu müşahede eden birisi olarak, kişilerin malvarlığındaki yükselmelerin gayrı meşru yoldan olmadığını ispatlamak kişinin kendisine verilmelidir.

2.Hırsızlığın Cezasız Kalan Kısmı

Yeni TCK'nun 145. ve 147. maddeleri, zorunluluk ve suçun işleniş şekli ile malın değerinin az olması gibi sebeplerle faile ceza verilmeyebileceğini hüküm altına almıştır. Bu tür deyimlerin içi içtihatla doldurulacaktır. Ama böyle bir muafiyetin kişilerde tekrar suç işleme belirtisinin görülmemesi şartına dahi bağlanmaması açıkça ceza hukukunun amacına ve suçları önleme politikasına aykırıdır.

3.Tekerrür

Yeni TCK'nuna göre, "Fiili işlediği sırada onsekiz yaşını doldurmamış olan kişilerin işlediği suçlar dolayısıyla tekerrür hükümleri uygulanmaz." Ayrıca, yeni kanun öncekine göre, tekerrüre esas olacak zamanaşımı süresini takriben yarı yarıya azaltmıştır. Cezanın infaz edilmesinden sonra işlemeye başlayan süre azami 5 sene ile sınırlı tutulmuştur.

Sonuç Yerine

Avrupa Birliğine giriş sürecinde ülkemizde doğrudan veya dolaylı olarak kolluğun yetkilerinin azaltılması birçok sosyal ve hukuksal sorunları beraberinde getirmiştir. Avrupa Birliği ülkelerine nazaran suçların fark edilir derecede az işlendiği ülkemizde yeni düzenlemeler Avrupa'ya uyum yasaları adı altındaki düzenlemeler olduğu halde Avrupa ülkelerinin her birinde polisin etkinliğinin önemli derecede olması da düşündürücüdür.

Her ne kadar;

1.Denetimli serbestlik gibi yeni düzenlemeler yargılama ve infaz kanunlarına girse de;

2.Cezaların etkinliği sağlansa, şartla salıverme daha zorlaştırılsa da;

3.Adli kontrol, tutuklama gibi kurumlar yeni getirilse veya yeniden düzenlense de;

4. Buna benzer pek çok örnek verilse de ; tüm bunlar delil toplanıp suç aydınlatılmadıktan sonra bir hiçtir.

Önce suç araştırılıp aydınlatılmalı ve delillerle ispatlanmalı ki duruşmalarla yapılan muhakemede suçluluğa dair karar çıkabilsin. Aksi taktirde mahkumiyet değil delil yetersizliğin-

den dolayı aklanma söz konusu olacak ve ne denetimli serbestli ve ne de başka bir yetki bir işe yaramayacaktır.

Devlet hayatında bazı işler kısa sürede zarar verirler ve geleceği etkilerler. Kişilerin korku duymama hakları da unutulmamalı ve yukarıda sayılan denetimli serbestlik gibi kurallar kolluğun alınan yetkilerinin verilmesi sureti ilke desteklenmelidir. Kamuoyunda yeni düzenlemelerle kolluğun yetkilerinin alınmasında, güvensizliğin etkili olması muhtemeldir. Bir kurum çalışanlarının varsa yanlışları sebebiyle ortadan kaldırılamayacağı gibi bunlar, yetkilerin kısıtlanmasında da haklı gerekçe olamazlar.

Son 10 yıldır yapılmak istenen düzenlemelerin arkasında kolluğu adliyeye bağlama gibi arka plan da sezilmektedir. Hiçbir Avrupa ülkesinde olmayan bu tür düzenlemeler, Belçika gibi devletlerde de terk edilmeye başlanmıştır. Ülke olarak bunun ne kadar sakıncalı olduğunun birçok platformda da altı çizilmiştir.

Ülkemizde mevcut sistem değişikliklerinin getirdiği tehlikeyi sezmede gecikmeyenler, terörle mücadele gibi kanunlarda yeni yetkilendirmeler yapmışlardır. Işin doğası da bunu gerektirmektedir.

Önemli olan kurumların ya da kişilerin değil, devletin, kamunun yararıdır. Bu sebeple, yanlış yapanlara hesap sormak da bir görev olmalı ve polise önceki yetkileri verilmelidir.

KAYNAKÇA

1. YAZILI ESERLER

- Alderson, J.,1989: İnsan Hakları ve Polis, (Çev.: İhsan Kuntbay), Türkiye Ortadoğu Amme İdaresi Yayınları, Ankara.
- Arslan, Feyzullah, 2005: CMUK ile İlgili Sorun ve Öneriler, Polis Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık 2005, yıl: 11 sayı: 46.
- Deniz, Kemal,2005: Fiziki Kimliğin Tespiti İle Parmak İzi Alma ve AFİS Ortamında Değerlendirme, Polis Dergisi, Ekim-Kasım-Aralık, yıl: 11, sayı: 46.
- Çaycı, Sadi, Terörle Mücadele Ve Hukuk: Türkiye, ABD Ve Avrupa Uygulamaları, Stratejik Analiz, Ekim 2005.
- Derdiman, R. Cengiz,1997: Polis Yönetimi ve Hukuku, Gaziosmanpaşa Üniversitesi Matbaası, Tokat.
- Derdiman, R. Cengiz,1998: Etkin Ceza Adaleti Açısından Alternatif Bir Öneri Olarak Cumhuriyet savcısından Ayrı Adli Polis Modeli, Ceza Adalet Sistemi ve Polis Sempozyumu, Emniyet Genel Müdürlüğü Basımevi, Ankara, 1998.
- Derdiman, R. Cengiz,2003: Türkiye İdaresinin Hukuksal Yönü ve Yapısı, Alfa Yayınları, İstanbul.
- Derdiman, R. Cengiz,2005:"Hukuki Hata"nın Ceza Sorumluluğuna Etkisi Açısından 5237 Sayılı Yeni Türk Ceza Kanununun 4. Maddesinin Polis Gözüyle DeğerlendirilmesiVeKapsamı (Sorunlar Ve Çözüm Önerileri), Polis Dergisi, Ocak-Şubat-Mart 2005, yıl: 11, sayı: 43.
- Gözübüyük, A. Şeref – Gölcüklü, Feyyaz,2005: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 11. Ek Protokole Göre Hazırlanıp Genişletilmiş 11. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara.
- Hicks, David C ve Diğerleri,2006: İlham Verici Polisiye Uygulamalar, (Çev: Ali Gökçe) Emniyet Genel Müdürlüğü Strateji Geliştirme Daire Başkanlığı Yayınları no: 250, Ankara.
- Polis 2002-2003,2004: Emniyet Genel Müdürlüğü Çalışmaları, Emniyet Genel Müdürlüğü APK Daire Başkanlığı Yayın no: 222, Ankara.

- Savcıların Ceza Muhakemesindeki Görevleri Hakkındaki Alman Yönetmeliği (Richtlinien für das Strafverfahren und Busgeldverfahren von 01.01.1967) (RiStBV), 1987; in Kayıhan İçel-Feridun Yenisey, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Kanunları, Der yayınları, İstanbul.
- Şahin, İlyas, 2003: Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Yakalama ve Gözaltına Alma, Seçkin yayınları, Ankara.
- Tak, Peter J. B.,2006: Avrupa Konseyine Üye Ülkelerde Savcılar ve Polis Teşkilatları Arasındaki İlişki: Karşılaştırmalı Hukuk Raporu, (Çev: Ali Bahadır), Polis Dergisi, 161. Yıl, yıl: 12, Ocak-Şubat-Mart 2006, sayı: 47.
- Türkiye İstatistik Yıllığı 2004,2005: Devlet İstatistik Enstitüsü Yayınları No:2945, Ankara.
- Yenisey, Feridun, 2006: Adli Kolluk Yönetmeliğinin Getirdiği Yenilikler ve AB Ülkelerinden Örnekler, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, 10-11 Şubat 2006, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın no: 33, Ankara.
- Bayyurt, Yıldırım, 2005: 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ve 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, Kartal Yayınevi, Ankara.
- Yücel, Mustafa Tören, 2004: Kriminoloji, Umut Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Zeybek, Cengiz, 2006:Yeni Yasal Düzenlemeler Doğrultusunda Asayiş Suçlarının İstatiksel Analizi, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, 10-11 Şubat 2006, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayınları no: 33, Ankara.
- Zeybek, Cengiz, 2006a: Çocuk Suçluluğunun Yeni Yasal Düzenlemeler Doğrultusunda Genel Analizi, TCK-CMK-Kabahatler Kanunu ve İlgili Yönetmeliklerin Uygulamalarının Değerlendirilmesi, 10-11 Şubat 2006, Emniyet Genel Müdürlüğü Eğitim Dairesi Başkanlığı Yayın no: 33, Ankara.

2. İNTERNET YAYINLARI

- 2002: Şehir Suçlarını Önleme Yerel Yönetimler için Bir Rehber Avrupa Yerel ve Bölgesel Yönetimler Kongresi "Bir demokratik toplum içindeki günlük yaşam içinde karşılaşılan şiddete cevaplar" (Urban Crime Prevention, a guide for Local Autorities, Council of Europe Publishing, July, 2002) Çeviren: İsmail YILMAZ http://www.egm.gov.tr/apk/dergi/38/web/ cevirilerIsmail_Yilmaz.htm Erişim Tarihi: 15.8.2005
- 2005: http://www.egm.gov.tr/akkm/index_dosyalar/istatistikler/ asayis1.htm Erişim tarihi: 22.9.2005
- 2005a: http://www.suc.gen.tr/modules.php?name= News&file= article & sid=107 Erişim Tarihi:16.8.2005
- 2005b:http://www.aksam.com.tr/arsiv/aksam/2004/06/19/gundem/gundemprn4.html, Erişim Tarihi: 14.07.2005
- 2006:http://www.suc.gen.tr/modules.php?name=Surveys&op=results&polID=3&mode=&order=&thold= Erişim Tarihi: 23.07.2006
- Adalet Hizmetlerinde Etkinlik Özel İhtisas Komisyonu Raporu 2000: Sekizinci Beş Yıllık Kalkınma Planı DPT: 2506 – ÖİK: 526, Ankara, 2000, http://ekutup.dpt.gov.tr/adalethi/oik526.pdf, Erişim Tarihi: 24.08.2005 s. 17, Strafprozeßordnung, 2005: Ein Service der juris GmbH - www.juris.de – Erişim tarihi: 17.08.2005 s. 63
- Amerika Birleşik Devletlerinde Federal Yargılama Sistemi Ve Bu Sistem İçinde Cezai Yargının Yeri Ve İşleyişi 2006: Hazırlayanlar: Çiçek Zoroğlu Emed ve diğerleri, http://www.uscourts. gov/ library/turkish.pdf #search=%22Amerika %20Birle%C5%9Fik% 20Devletleri%2BYarg%C4%B1 ama%22, erişim tarihi: 18.08.2006
- Dağdeviren, İlhan, 2006: CMK ve Polis Uygulama Değerlendirmeleri, Çağın Polisi, sayı: 55, http://www.caginpolisi.com.tr/ erişim tarihi: 17.08.2006
- Eryılmaz, M. Bedri, 2004: Suçla Mücadele ve Kişi Hak ve Özgürlükleri Açısından Yeni CMUK Tasarısı Neler Getiri-

yor?, 2004-11-24 10:38:22 info@turkish-weekly.net/türkçe/makale.html, Erişim Tarihi: 20.06.2005.

- Gesetz über die Aufgaben und Befugnisse der Bayerischen Staatlichen Polizei Polizeiaufgabengesetz (PAG) 2005: http://www.polizeirecht.de/polizeiaufgabengesetz-Bayern.htm Erişim tarihi: 09.08.2005.
- Gözler, Kemal, 2005: Karşılaştırmalı anayasa hukukunda af yetkisi http://www.anayasa.gen.tr/af.htm, 14.07.2005.
- Gürer, Cüneyt, 2005: Suç Analizi: Çağdaş Polisin Vazgeçilmez Silahı, http://www.caginpolisi.com.tr/ 34/40-41-42-43-44-45-46.htm, erişim tarihi: 08.07.2005.
- Kirazcı, Ahmet - Gürer , Cengiz – Şirin, Feray 2005: Kapkaç Olayları Ve Polis, İnceleme Ve Araştırma Raporu 5, http://egm1tkbmmb01/ Erişim tarihi: 05.09.2005.
- Yalçın, Zübeyde, 2006: http://www.sabah.com.tr /2004/11/27/siy103.html Erişim tarihi: 25.01.2006.
- Yücel, M. Tören, 2005: Yeni CMK'nun Sosyolojisi, http://www.cankaya.edu.tr/turkce/yayinlar/487b .doc, Erişim tarihi: 08.07.2005.

Adalet ve Kanun Arasında: Savaş Etik Olarak Temellendirilebilir mi?

Sinan Kadir ÇELİK*

Belirli bir açıdan bakıldığında, her türlü savaşın aynı ölçüde saçma ve ahlaki temelden yoksun olduğu söylenebilir; çünkü herhangi bir gerekçeyle bir insan, bir insanı öldürmemelidir. Söz gelimi her ne kadar Kant'ın savaş üzerine olan düşüncelerinde bir "gerilim"[1] varsa da, genel hatlarıyla Kantçı bir etik anlayışını benimseyenler savaşa gitmemeli, herhangi bir savaşı meşrulaştırmamalıdır. Zira bu anlayış içerisinde savaşların zaten olmaması gerekir; eğer bir savaş varsa, savaşın kendisine karşı olmamız salık verilir, savaşta bir taraf değil. Başka bir şekilde söylemek gerekirse, örneğin savaşa karşı pasifizmi savunan bir etik kuramıyla ancak savaşların neden olmaması gerektiği temellendirilebilir. Ne var ki bu yaklaşım, sürekli olarak savaşlarla karşılaşmak olgusunun karşısında yalnızca bir temenni olarak kalacak ve sonuçta gerçekçi olmamakla eleştirilebilecektir. Hatta ister deontolojik, ister hümanist bir şekilde temellendirilsin, işgal altındaki bir ülkenin ulusal kurtuluş mücadelesinde ya da Nazizme karşı savaşta bile asker kaçağı olmayı meşrulaştıran böylesi bir pasifizmin önerdiği vicdani reddin aslında ahlaksızlık olduğu da öne sürülebilecektir. O zaman herhangi bir savaş, ya da genel olarak savaş olgusu karşısında belirli bir tutum alırken "her türünden savaş anlamsızdır, etik olarak gerekçelendirilemez" diye düşünebileceği gibi örneğin Hobbes'u izleyerek, insanlar arasındaki savaşların kaçınılmazlığı değiştirilemeyecek bir olgu olarak da ele alınabilir. Diğer bir deyişle, savaş *a priori* olarak reddedilecek olursa, herhangi bir savaşa dair konuşmak da gereksizleşecektir. Çünkü savaş, görüldüğü her yerde lanetlenmelidir. Fakat savaş belirli bir "doğal durum", "insan doğası" kavramsallaştırmasına dayanarak ya da herhangi başka bir gerekçeyle kaçınılmaz bir olgu olarak ele alınacak olursa, bu durumda karşımıza "taraf tutma" sorunu çıkacaktır. Bu soru-

(*) ODTÜ Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi.

(1) *Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi* ve *Pratik Aklın Eleştirisi* gibi ahlak felsefesine ilişkin çalışmalarında Kant, her ne şart ve koşulda olursa olsun bir insanın bir insanı öldürmesinin etik olarak gerekçelendirilmesinin olanaksız olduğunu öner sürer. Kant'a göre değil kişinin bir başkasını, kendisini öldürmesi bile "koşulsuz buyruk"a aykırıdır. Bu nedenle Kant etiğe ilişkin yazılarında savaşı açıkça lanetler. Fakat Kant'ın *Sürekli Barış Üzerine Felsefi Bir Deneme* gibi daha çok siyasete ilişkin yazılarında, devletler arasındaki savaşların *kosmopolis*'in kurulması gibi olumlu sonuçlara yol açabileceği gerekçesiyle bazı savaşları meşrulaştırması, Kant'ın pratik felsefesi açısından çözümsüz bir sorun gibi görünmektedir. Kant'ın savaş olgusuna kategorik olarak karşı çıkışıyla pratik olarak olumlaması arasındaki bu "gerilim"in ayrıntılı bir şekilde serimlendiği ve tartışıldığı bir çalışma için bkz. Emre Bağce, "Küresel Savaşların Eşiğinde Kant ve Hegel'i Yeniden Okumak", *Doğu Batı* (24), 2003, ss.105-121.

na ilişkin olarak ise örneğin Machiavelli savaşta güçlünün yanında olmamız gerektiğini salık verirken, örneğin Marx haklının yanında olmamızı salık verecektir ve eğer söz konusu olan savaşın kendisinin reddi değil, belirli bir savaştaki haklılıksa, o zaman da haklılığın ne olduğu sorunuyla yüzleşmek zorunda kalırız. Bu soru sorulduğu anda ise karşımıza adalet, özgürlük ve hukuk gibi kavramlar dikilecektir. Günümüzde uluslararası ilişkilerde, "adil savaş teorisi" (*just war theory*) üzerine kurulu bir savaş hukukundan söz edilebiliyorsa ve savaş "insan hakları etiği" ya da adalet, özgürlük gibi kavramlar adına yapılabiliyorsa, belirli bir savaşı ya da genel olarak savaş olgusunu meşrulaştırmak için bazı ölçütlere başvuruluyor demektir. Bu noktada felsefe tarihinde Aristoteles, Cicero, Agustine gibi düşünürlerin ya da günümüzde Michael Walzer gibi adil savaş teorisyenlerinin hangi koşullarda savaşın etik olarak adil ya da hukuki olarak meşru olduğuna ilişkin yapmış olduğu tartışmalara girmeden, savaşın haklı olup olmadığına karar verirken başvuracağımız ölçüt ya da ölçütler konusunda şöyle bir ön-belirlemede bulunabiliriz.

Her şeyden önce savaş, aslında her zaman savaşı ilan edenin savaşıdır; kendisini savunmak zorunda bırakılan taraf ise nefsi müdafaa yapar. Nefsi müdafaa durumunda ise fazladan bir temellendirmeye gerek yoktur. Çünkü nefs-i müdafaa, tanımı gereği, canına kastedilen tarafın, yaşamaya hakkı olduğunu savunmasıdır ve bu savunmanın haksız olduğunun iddia edilmesi, en azından hukuksal olarak anlamsız olacaktır. Gerçi Levinasçı bir etik tutum, nefs-i müdafaayı bile sorgulayacaktır: "[B]enim ötekiye yanıt verme ödevim benim hayatta kalma doğal hakkımı, yaşam hakkını (*le droit vitale*) askıya alır."[2] Kısaca Levinas'a göre kendini korumak için olsa bile öldürmek, meşru bir eylem olmayacaktır[3] Levinas'ın nefsi müdafaayı bile sorgulamakta tereddüt etmeyen diğerkâmlığının, Spinoza'nın "varolma hakkı" (*conatus essendi*) üzerine temellenen ve sağduyuya yakın etik anlayışına bu karşı çıkışı, etiğe dair yürütülen bir tartışmanın konusu olabilse bile, bu diğerkâmlığın bir yasanın kurucu ilkesi olabileceğini düşünmek son derece güçtür. "Canını neden kurtarmaya çalışıyorsun?" sorusu, en fazla ve olsa olsa Levinas'ın diğerkâmlığının yer ettiği bir vicdanın sorusu olabilir. Sonuç olarak varolma hakkına saldırı ile varolma hakkını savunmak, saldırıya karşılık vermekle saldırmak, hem etik, hem de hukuksal olarak faklı şekillerde değerlendirilmesi gereken eylemlerdir. Dolayısıyla savaş, her ne kadar iki taraflı bir mücadeleymiş gibi görünüyorsa da savaşı ilan eden tarafın savaşı olarak görülmelidir. O zaman savaşı ancak saldıran tarafın gerekçeleri temellendirebilir. Öyleyse savaş, saldıran tarafın gerekçelerinin doğruluğu ölçüsünde haklı ya da haksız bir savaş olacak ve bu noktada karşımıza şu soru çıkacaktır: Etik gerekçelerle bir devlet bir başka devlete ya da siyasi bir kurum, organizasyon, topluluk diğer bir siyasi kurum, organizasyon veya topluluğa savaş ilan edebilir mi? Kısaca, savaş ilanı etik olarak gerekçelendirilebilir mi?

(2) *Emmanuel Levinas ve Richard Kearney, "Dialogue with Emmanuel Levinas", Face to Face with Levinas içinde, Albany: SUNY Press içinde, 1986, s.23. Türkçesi: "Fenomenolojiden Etiğe", çev. Özkan Gözal, der. Zeynep Direk ve Erdem Gökyaran, Sonsuza Tanıklık içinde, İstanbul: Metis, 2003, s. 272.*

(3) *Bu konuda yapılan bir tartışma için bkz. Judith Butler, "Kırılgan Hayat", çev. Başak Ertür, Kırılgan Hayat: Yasın Şiddetin Gücü içinde, İstanbul: Metis, 2005, ss.132-152.*

Aslına bakılırsa bu soru, bir milat vermek gerekirse daha çok Kant sonrası felsefenin bir sorusu gibi görünmektedir. Bu sorunun tarihselliğinin altını çizmek, en azından şu açıdan önemlidir. Her şeyden önce savaşa karşı Kantçı bir etik tutumu benimsemekle Aristoteles, Hobbes, Machiavelli gibi düşünürleri basitçe ahlaksızlıkla ya da dar görüşlü olmakla itham edemeyiz. Zira söz konusu düşünürler için savaş, herhangi bir siyasi sorundan özü itibariyle farklı bir sorun değildir. Açımlamak gerekirse, bu düşünürlerin bir siyasi organizasyonun belirli koşullarla karşılaştığında savaş ilan etmesini, savaşa girmesini doğal karşılamasının ardında etik bir değer değil, pratik bir gerekçe vardır. Bu pratik gerekçe bize savaşın etik değil, özü itibariyle siyasi bir ilişki biçimi olduğunu söyler ve devletler ya da siyasi organizasyonlar arasındaki ilişkilerin insanlar arasındaki ilişkilerden farklı bir şekilde değerlendirilmesi gerektiği varsayımına dayanır. Bu noktada geçmişte savaşların oldukça sarih bir biçimde siyasi bir amaca ulaşmak için açıldığını da unutmayalım. Örneğin bir A imparatoru ya da kralının, bir B imparatorundan ya da kralından vergisini alamadığı noktada ona karşı bir savaş ilan etmesi oldukça doğaldı. İmparatorluğun genişlemesi önemliydi; çünkü genişleyemiyorsa daralırdı. Askerler savaşa ganimet için gider, evlerine döndüklerinde bir kahraman olarak karşılanmak isterlerdi. Bu açıdan bakıldığında savaş, oldukça açık bir şekilde iktisadi, siyasi bir ilişki biçimiydi.

Savaşın etik olarak gerekçelendirilmeye başlanması, etik gerekçelerle savaş açılması ise daha çok günümüze özgü bir olgu gibi görünmektedir. Özü itibariyle siyasi bir ilişki biçimi olan, iktisadi ve siyasi nedenlerden kaynaklanan bir savaşın etik olarak temellendirilmeye çalışılmasının ardında savaş ilan etmenin asıl niyetini, bundan sağlanacak çıkarı ve böylece ulaşılacak amacı gizleme stratejisi vardır. Kısaca savaş ilanına ilişkin olarak sunulan etik gerekçeler savaşı meşrulaştırma aracıdır, ulaşılması hedeflenen asıl amaç değil. Devlet dediğimiz siyasi organizasyon bir insan değildir ki erdemli olsun ve kendi bildiği hakikat uğruna, "insan hakları etiği" adına kendi vatandaşlarını insan öldürmeye sevk ve seferber edebilsin. Burada söylenenleri anlaşılır kılmak için tartışmayı belirli somut durumlarla ilişkilendirerek sürdürmekte fayda var. Bu bağlamda günümüzde etik gerekçelerle savaş ilan etmekte ustalaşmış olan bir devletin, ABD'nin hangi gerekçelerle savaş ilan ettiğine biraz yakından bakalım.

George W. Bush'un bu konuda son yıllarda söylediklerine bakılırsa, ABD siyasi ya da iktisadi değil, etik gerekçelerle savaş ilan etmek zorunda kalmaktadır. Örneğin Bush 1 Haziran 2002 tarihinde *New York West Point*'te ABD Askeri Akademisi'nin mezuniyet törenindeki konuşmasında şunları söylüyor:

Her zaman savaştığımız gibi yine savaşacağız; yalnızca barış için, insan özgürlüğünün yanında yer almak için savaşacağız. Barışı terörist ve tiranların tehditlerine karşı koruyacağız...Ve

barışı her kıtada özgür ve açık toplumları destekleyerek genişleteceğiz. Adil bir barış kurmak Amerika'nın fırsatı ve görevidir... Amerika'nın genişleteceği bir imparatorluğu ya da kuracağı bir ütopya yoktur. Kendimiz için ne istiyorsak diğerleri için de sadece onu istiyoruz: Şiddete karşı güvenlik, özgürlüğün bahşettikleri ve daha iyi bir hayat için umut.[4]

Bush'un bu söylediklerine bakıldığında, etik bir jargonun nasıl olup da siyasete sirayet ettiği oldukça açık bir biçimde görünmektedir. Bush'a göre ABD şiddet değil, güvenlik istemektedir; savaşı değil barışı talep etmektedir; esaret değil özgürlük adına savaşmaktadır. Diğer yandan ABD'nin bir ütopya ya da imparatorluk kurmak gibi bir niyeti ya da hayali de yoktur. Kısaca ABD'nin savaşa girmesinin, savaş ilan etmesinin asıl amacı siyasi değil, etik değerleri gerçekleştirmektir. Yine Bush'un söylediklerine bakılırsa ABD, yalnızca kendisi için istediği "iyi"leri herkes için de isteyen bir devlettir. ABD diğer ülkelerle kurduğu bu empati ilişkisiyle erdemli bir insan rolü oynayabilmektedir ve bir devletin kendini erdemli bir devlet olarak ilan etmesi kanımca oldukça tehlikelidir. Elbette hiç kimse etik olarak güvenlik yerine şiddet, barış yerine savaş, özgürlük yerine esaret istemeyecektir. Demek ki erdemli bir devlet olduğunu öne sürerek ABD şiddete başvurmak ve savaşmak zorunda kalıyorsa, bir takım gerekçeleri olmalıdır. Ne var ki eğer ortada gayri hukuki bir müdahale, savaş varsa ve bu savaşı iktisadi ve siyasi olarak gerekçelendirmek de "benim aslında ve esasında bu savaştan çıkarım bu" demek anlamına geliyorsa ve hukuksal olarak düzenlenmiş bir alanda, uluslararası topluluk önünde bu savaşı bir şekilde meşrulaştırmanız da elzemse, başvurabileceğiniz tek bir alan kalıyor demektir: Etik. Evet, ABD de bu gerçeğin oldukça farkında olduğu için ilan ettiği savaşları etik olarak gerekçelendirmektedir. İlginçtir, Bush'un danışmanlarının ve ABD yandaşlarının bu savaşı meşrulaştırmak için kullandığı tüm etik argümanlar ise Hollywood filmlerinden alınmadır. Örneğin Bush'un ağzından son dönemlerde ilan edilen savaşları temellendirmek için kullanılan söylemin bazı Hollywood filmlerindeki şu klişeden hiçbir farkı yoktur: Bir takım kötü niyetli insanlar ellerine büyük bir güç geçirmiş durumdadırlar (nükleer silah, iktidar vb.). Ve bu insanlar halklarına zulüm etmektedirler ya da korkunç bir terör eyleminin hazırlığı içerisindedirler. Söz konusu kişilerin zaten terörist ya da tiran olduğu da düşünülecek olursa, demek ki bir an önce önlem alınmalıdır. Aynı konuşmada Bush'un söylediği gibi:

Eğer tehditlerin bütünüyle gerçekleşmesini beklersek, çok fazla beklemiş oluruz... Ama teröre karşı savaş savunmayla kazanılamayacaktır. Düşmanla savaşmalıyız, onun planlarını bozmalıyız, onun en kötü tehditlerine bu tehditler gerçekleşmeden karşı koymalıyız. [Bizi] güvenliğe götürecek tek yol müdahale etmektir; ve bu ulus müdahale edecek... 60 ya da daha fazla ülkede olan terör hücrelerini sermayenin tüm araçlarını, zekayı ve hukuki zorlamaları kullanarak ortaya çıkarmalıyız.[5]

(4) http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html, indirilme tarihi: 02.09.2006

(5) http://www.whitehouse.gov/news/releases/2002/06/20020601-3.html, indirilme tarihi: 02.09.2006

İşte tam da Bush gibi düşünen cesur, zeki ve fazlasıyla çevik olan bir polis bu klişeyle çekilmiş film boyunca tehlikeli bir suçlunun peşindedir. Bu caninin planlarını bozmak için bu cesur polis, ölümü bile göze alarak amansız bir mücadele verir. Bu şekilde bol aksiyonla devam eden filmin sonuna yaklaştığımızda şöyle bir sahneyle karşılaşılır: Bu cesur polis film boyunca kovaladığı bu tehlikeli caniyi yakalamak üzeredir; ama bu polisin elinde örneğin suçlunun evini arama izni yoktur. Bu durumda cesur polis, bir ikilem içerisine düşer: Eğer kanunlara uyar, o eve o anda girmez ve örneğin evi arama iznini çıkmasını beklerse o zaman suçlu elinden kaçacak, büyük kötülükler yapacaktır. Ama diğer yandan o kanunlara saygılı bir polistir; bir adalet ve kanun bekçisidir. Bu noktada bu cesur polis adalet ve kanun arasındaki gerilimli ilişki içerisine düşer. Kanunlara uyması gerekmektedir ama eğer kanunlara uyarsa adalet yerini bulamayacaktır. Ne de olsa "adalet" hukuktan daha fazla bir şeydir. Sonuçta söz konusu polis kanunların yetersiz olduğunu görür ve adaletin yerini bulması için o eve hukuku ihlal ederek de olsa girer. Duruma göre suçluyu ya öldürür ya da yakalayarak kanuna teslim eder.

İşte tam da bu nedenle ABD, kanuni zorlamaların yetersiz olduğunu öngören adalet savaşçısı bir dürüst polis olarak "sermayenin tüm araçlarını ve zekayı" da kullanmak zorundadır. Zira bu tür filmlerden de açıkça görüldüğü gibi adaletin yerini bulması konusunda kanunlar bazen yetersiz kalmaktadır. Bu noktada ufak çaplı bir komplo teorisi kurulmasına izin verilirse, şu soruyu soralım: ABD gibi hukuk devleti olmakla ve hukukun üstünlüğünü ateşli bir şekilde savunmakla övünen bir ülkede, kanunların adaleti sağlamak için ne denli yetersiz olduğu temasını işleyen yüzlerce filmin çekilmesinin nedenlerinden biri de acaba "ilerde bu polisin düştüğü duruma ben de düşersem ve uluslararası hukuka uymamak zorunda kalırsam, anla beni ey halkım, bu yalnız ve yalnız adaletin yerini bulmasına yöneliktir" demek için midir? Zira bu tür filmlerde bazı durumlarda kanuna uyulduğu zaman adalet yerini bulmaz; cesur, zeki, çevik ve ahlaklı olan bir polis adaletin yerini bulması için kanunları bile isteye çiğner. Aynı şekilde açtığı savaşları nasıl gerekçelendirildiğine bakarsak ve bu gerekçelere inanacak olursak, ABD'nin cesur, zeki, çevik ve ahlaklı olan bir devlet olduğuna ve "adalet yerini bulsun" diye uluslararası hukuku hiçe saydığına da inanmamız gerekir. Oysa söz konusu filmlerin olduğu gibi ABD'nin de bugün açtığı savaşların asıl nedeni ve amacı hasılattır. Alain Badiou'nun tarif ettiği gibi bu savaşın ardında etik değil, günümüzde saat gibi işlemekte olan şu mekanizma çalışır:

Evet, bir yandan Bin Ladin ya da cinayeti finanse eden, azmettiren her kimse o, diğer yanda Amerikan süpergücünün temelleri; bunlar aynı dünyaya ait: paranın, kör gücün, kinik rekabetin, hammaddelerin gizli altınının, insanların gündelik hayatlarının topyekun küçümsenmesinin, boşluk üzerine temellenen bir kendinden eminliğin getirdiği kibrin dünyasına, nihilist dünyaya ait. Bir de tüm bunların üzerine yapıştırılmış dinsel ve ahlaki basmakalıp laflara aitler: İyilik, Kötülük ve Tanrı, her iki tarafta da, bu mali vahşetin çekişmelerine, hegemonik iktidarın bu

komplolarma belagatli süslemeler olarak hizmet ediyor.[6]

Şüphesiz ki etiğin bir ideoloji olarak işletildiği günümüzde bu tür karanlık ya da daha doğrusu hakikate yakın sözleri çoğu kişi işitmeyecek ya da işitmemiş olmayı tercih edecektir. Sonuçta savaşı etik olarak temellendirenlere karşı vicdana ya da ahlaka sarılarak "savaşa hayır!" diyenler de olacaktır. Oysa ister Kantçı bir paradigmaya sadık kalarak, ister postmodernizmin saflarına katılarak, etik bir gerekçeyle "savaşa hayır!" diyelim, neye hayır denildiği bilinmedikten sonra "hayır"ın da pek bir anlamı olmayacaktır. Pek moda olduğu için savaşı da etik hukuk ilişkisi bağlamında ele almaktan ziyade, yine "yasayı yapan otoritedir, hakikat değil"[7] (*Autoritas, non veritas facit legem*) diyen Hobbes'a dönerek, hukuk siyaset ilişkisini kıyasıya tartışmanın tam zamanıdır; eğer savaş siyasi bir ilişkiyse ve Hobbes'un söylediği gibi savaş açma hakkı egemene aitse.[8] Sonuç olarak etik gerekçelerle savaş açan egemene "vicdan" ve "ahlak" kavramlarıyla savaşı durdurması için yalvarmak yerine, onun savaş açmaya yönelik iştahını, onun karşısına siyasi bir bilinçle, siyasi bir güç olarak dikilerek kapatmak gerecektir; eğer gerçekten savaşı durdurmak istiyorsak.

(6) Alain Badiou, "Felsefe ve Terörizme Karşı Savaş", çev. Işık Ergüden, Tuncay Birkan, *Sonsuz Düşünce*, İstanbul: Metis içinde, 2006, ss.111-112.

(7) Hobbes'tan aktaran Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost, 2002, s.38.

(8) Hobbes, savaş ilan etme hakkının açıkça egemene devreder. Bu nokta için bkz. Thomas Hobbes, *Leviathan*, çev. Semih Lim, İstanbul: YKY, 2004, ss.110-111.

Aristo Şârihi İbn Rüşd'ün Hukuk ve Siyaset Felsefesi

Muharrem KILIÇ*

I. GİRİŞ

Ortaçağda Meşşâî okulun son temsilcisi ve Aristo felsefesinin büyük şârihi ya da yorumcusu Endülüslü İbn Rüşd, sistemci bir filozof olması yönüyle hukuk ve siyaset felsefesine de akademik bir ilgiyle yönelmiştir. Bu akademik-filozofik ilgi, onun filozof kimliğinin yanı sıra bir hukuk bilgini olarak da ün kazanmasına imkan tanımıştır. Bu yönüyle İbn Rüşd'ün hukuk ve siyaset felsefesini konu edinirken onun Aristotelyen geleneğin son temsilcisi ve yorumcusu olduğu gerçeğini vurgulamamız gerekmektedir. Bu bağlamda İbn Rüşd'ün hukuk ve siyaset düşüncesinin şekillenmesinde onun filozof kimliğinin ve perspektifinin belirleyiciliği temel problematik alanı oluşturmaktadır. Bu yüzden İbn Rüşd'ün genel felsefi bakış açısının temel öncüllerinin ortaya konulması, onun hukuk ve siyaset felsefesine dair yaklaşımının etüt edilmesinde teorik bir önkoşul oluşturmaktadır.

Bu amaçla İbn Rüşd felsefesinin temel karakteristiklerinin öncelikle ortaya konulması gerekmektedir. Bu meyanda, onun ait olduğu geleneğin içinden gelen aykırı yorumlara ve özgül tarihsel bağlama karşı felsefi etkinliğin meşruiyetine dair yaklaşımının ele alınması zorunludur. Özellikle de din-felsefe ilişkisinin temellendirilmesi konusundaki İbn Rüşdçü perspektifin ele alınması gereklilik arz etmektedir.

Burada öncelikle hukuk ve siyaset felsefesini konu edinecek olduğumuz filozofun kısa biyografisini sunacağız. Bu biyografik tanıtım, salt bir bilgilendirme işlevinin ötesinde ilgili düşünce yapısına dair arka plan analizine katkıda bulunacak veriler sunacağı kanısındayız. Daha sonra, İbn Rüşd'ün genel felsefesinin temel karakteristiklerini hukuk ve siyaset felsefesi bağlamında ortaya koymaya çalışacağız. Bu çerçeve sunumunun ardından spesifik olarak sırasıyla İbn Rüşd'ün hukuk ve siyaset felsefesinin dayandığı temel öncüllere yer vereceğiz.

II. İBN RÜŞD'ÜN BİYOGRAFİSİ

Ebü'l-Velîd künyesi ile anılan İbn Rüşd, Endülüs'ün (İspanya) en seçkin ailelerinden birinin çocuğu olarak 1126 yılında Kurtuba'da dünyaya gelmiştir. Dönemin bilim ve kültür merkezi olan Kurtuba kentinde yetişmesi ve eğitimini sürdürmesi, onun hayatını şekillendiren faktörlerden birisi olmuştur. Onun yaşamında temel tercihlerini belirleyici bir diğer faktör ise, mensup olduğu ailesidir. Bu seçkin aile, İbn Rüşd

(*) Doç. Dr., Sakarya Üniversitesi Öğretim Üyesi, muharremkl@hotmail.com.

öncesi en az üç kuşak boyunca sürdürülen bir ilmi geleneğe sahiptir. Örneğin dedesi ve babası Kurtuba'da baş yargıçlık görevinde bulunmuş hukuk bilginlerindendir.

Aile geleneğini sürdürerek yargıçlık görevinde bulunması, İbn Rüşd'ün hayatında belki de dönüm noktası olarak değerlendirilebilecek olan bir görüşme sonrasında gerçekleşmiştir. Bu görüşme onun filozof İbn Tufeyl (öl. 1185) tarafından dönemin Muvahhidî emiri Ebû Yakub'a takdim edilmesi ile gerçekleşmiştir. Felsefeye ilgi duyan emir'in Aristo'nun eserlerini anlamada güçlük çekmesi sebebiyle bu eserlere ilişkin açıklamalar ya da yorumlar kaleme almasını istediği İbn Tufeyl, onu İbn Rüşd ile tanıştırmıştır. İbn Rüşd'ün felsefi birikimine hayranlık duyan emir, bu görüşmenin ardından onu önce İşbiliyye'ye yargıç, daha sonra 1171 yılında da Kurtuba baş yargıçlığı görevine getirmiştir.[1] Emirin talebi doğrultusunda Aristo'nun eserlerini yorumlamaya başlayan İbn Rüşd, bu ilmi çabası nedeniyle şârih (*commentator*) unvanını almıştır. İbn Rüşd, Aristo'nun eserlerini büyük, orta ve küçük şerhler şeklinde üç ayrı formda kaleme almıştır. Aristo'nun eserlerine yazdığı bu şerhler aracılığıyla İbn Rüşd, kendi felsefi anlayışını ortaya koymuştur.[2]

Ancak Muvahhidî yöneticilerin İbn Rüşd'e olan ilgi ve saygıları 1194 yılından itibaren yerini, sonu sürgünle (1195) sonuçlanan bir anlaşmazlığa bırakmıştır.[3] Bu anlaşmazlığın gerekçeleri konusunda tarihi kaynaklarda farklı rivayetler söz konusu olmakla birlikte, emirin ona ve diğer felsefe ile ilgili olanlara, felsefeyi yasakladığı rivayeti zikredilmektedir.[4] İbn Rüşd 1198'te emirin iade-i itibarda bulunarak tekrar yanına çağırdığı Marakeş'te ölmüştür. Orada defnedilmesinden üç ay sonra cenazesi doğduğu şehir olan Kurtuba'ya götürülmüş ve aile kabristanlığına defnedilmiştir.

Hukuk eğitiminin yanı sıra, asıl ün yaptığı felsefe ve diğer akli bilimler - tıp, matematik vd.- alanında ciddi bir eğitim alan İbn Rüşd bu alanda öncü bir isim olmuştur. Hukuk ve tıp alanında görüşlerine başvurulan önemli bir isim olan İbn Rüşd'ün çalışmalarından, tüm Aristotelyen bilimlere ilgi duyduğu veya aşina olduğu anlaşılmaktadır. Bir hukuk teorisyeni ve uygulayıcısı olarak İbn Rüşd'ün, karşılaştığı hukuki sorunların çözümlenmesinde akli ilimler alanındaki birikimine ve özellikle de tıp bilgisine başvurduğu görülmektedir. Akli ilimler ile dini ilimler arasındaki ilişkiye dair yaklaşımını ortaya koyacak biçimde İbn Rüşd, tıp ilmi ile din arasında bir çatışmanın söz konusu olmayacağını öne sürmüştür.[5]

Ancak İbn Rüşd'ün felsefi etkisi kendisini İslâm dünyasında değil, daha çok Batı Avrupa'da göstermiştir. İslâm dünyasında felsefi etkisinin olmayışı konusunda kaynaklarda yer alan bilgiler, felsefeye karşı olan genel olumsuz

(1) Bkz., İbnü'l-Ebbâr, *et-Tekmile li Kitâbi's-Sıla*, (I-III), Madrid 1886, I, 270, no. 853. Nübâhi, *Târihu Kudâti'l-Endelüs*, Beyrut 1983, s. 111. İbn Ebû Usaybia, *Uyûnu'l-Enbâ*, (thk. Nizâr Rıza), Dâru Mektebeti'l-Hayâ, Beyrut tsz., s. 531.

(2) Ehvânî, "İbn Rüşd", *İslâm Düşüncesi Tarihi*, II, 165-166.

(3) İbn Ebû Usaybia, *Uyûnu'l-Enbâ*, s. 531.

(4) Bkz., Merrâkûşi, *el-Mücib fi Telhisi Ahbâri'l-Mağrib*, (thk. Muhammed Said Uryân), Kahire 1963, s. 306.

(5) Bkz., Karlığa, "İbn Rüşd" md., *DİA*, XX, 267.

tavırdan kaynaklandığı üzerinde yoğunlaşmaktadır. Öyle ki, İslâm dünyasında onun hemen hemen hiç öğrencisi ya da halefi olmadığı gibi, ismi kayda değer eleştirmenleri de söz konusu değildir. Diğer yandan onun, Batı'da bir çok takipçilerinin ve eleştirmenlerinin bulunduğu görülmektedir. Onun Batılı takipçilerinden şu isimleri zikredebiliriz; Maimonides, Siger de Brabant, Moses ben Tibbon, Levi ben Gerson, Albert the Great, St. Thomas Aquinas.[6]

III. FELSEFİ ARKA PLAN

İbn Rüşd'ün hukuk ve siyaset düşüncesinin felsefi arka planıyla ele alınmasının gerekliliği, onun hem bir filozof ve hem de bir hukukçu kimliğine sahip olması yönüyle ortaya çıkmaktadır. İbn Rüşd'e felsefi ve metodolojik bir bakış açısı sağlayan filozof kimliği, onun hukuk düşüncesine doğal olarak yansımıştır. Diğer yandan hukukçu kimliği de ona felsefeyi ve felsefi bakış açısını temellendirme imkanı tanımıştır. Nitekim İbn Rüşd, sahip olduğu bu iki kimliğiyle ortaya koyduğu yetkinlik düzeyini, *Faslü'l-Makâl* adlı eserinde hukuki bir çerçevede felsefenin meşruiyet zeminini kurarken yansıtmıştır. Bir hukuk bilgini olarak felsefeyi savunan İbn Rüşd, "yargıç cübbesiyle sorduğu soruları, 'filozof' cübbesiyle cevaplamıştır."[7]

Felsefe ile din arasında kurmaya çalıştığı ilişkide onun, yetkin bir biçimde temsil ettiği her iki kimliğini birbiri ile örtüştürdüğünü görmekteyiz. Bu yüzden onun perspektifine derinlik kazandıran bu çift kimlikli yönü, onun hukuk felsefesinin ele alınmasında göz önünde bulundurulması gereken bir boyutu oluşturmaktadır. Bu bağlamda konu edilmesi gereken temel sorun, İbn Rüşd'ün din-felsefe ilişkisine getirmiş olduğu yaklaşım biçimidir. Aşağıda konu edileceği üzere, İbn Rüşd'ün bu ikisi arasında, 'arkadaş ve süt kardeş' metaforu ile kurmuş olduğu organik bağın bir gereği olarak, onun hukuk düşüncesi ile felsefesi arasında bir bağıntı söz konusudur. Nitekim onun özellikle felsefeye dini meşruiyet kazandırmak için kaleme aldığı *el-Fasl* ve *el-Keşf* adlı eserleri, hukuk felsefesini temellendirdiği felsefi-teolojik yapıtlar olarak nitelendirilebilir.

1. Din-Felsefe İlişkisi

Felsefe tarihinin kadim bir sorunu olarak din-felsefe ilişkisi ya da bu ikisi arasındaki uyum sorunu, temel tartışma konularından birisidir. İbn Rüşd, bu konuyu ele aldığı *el-Fasl* adlı eserinde din ile felsefenin uyum içinde olduğunu göstermek amacıyla bir felsefe savunması ortaya koymaktadır.[8] Yukarıda da değinildiği üzere bu savunma ya da temellendirme hukuki bir çerçevede gerçekleştirilmiştir. İbn Rüşd bu temellendirmeyi gerçekleştirdiği *el-Fasl*'ın başında amacını şöylece ortaya koymaktadır;

"Bu sözden amacımız; şer'î bakış açısı ile felsefeye ve mantık ilimlerine bakmanın dini açıdan mubah mı, ya-

(6) Fahri, Macit, *İslâm Felsefesi Tarihi*, (çev. Kasım Turhan), İstanbul 1992, s. 247. İbn Rüşd'ün felsefi etkisi daha çok Batı dünyasında görülmüştür. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz., Karlığa, "İbn Rüşd" md., *DİA*, XX, 268-273.

(7) Kurtoğlu, Zerrin, *İslâm Düşüncesinin Siyasal Ulku*, İstanbul 1999, s. 186.

(8) Bkz., Ehvânî, "İbn Rüşd", *İslâm Düşüncesi Tarihi*, II, 167.

saklanmış mı, yoksa emredilmiş mi olduğunu araştırmaktır...'"[9]

Burada İbn Rüşd, felsefe etkinliğinin hangi hukuksal kategoriye yerleştirilmesi gerektiği sorusuna cevap aramaktadır. Kitabında bu sorunun cevabını, öncelikle hukukun temel metinsel kaynaklarından çıkarsamıştır. Hourani bu yüzden bu çalışmanın aynı zamanda bir hukuk eseri olarak da nitelendirilebileceğini ve İbn Rüşd'ün bu çalışmasında, modern anlamda moral bir sorunu konu edindiğini öne sürer. Bu temel soruda konumu sorgulanan felsefe etkinliğidir. O yüzden bu eser, felsefe hakkında hukuki bir risâle niteliğindedir. İbn Rüşd, vardığı sonuçlar açısından bir felsefe uygulayıcısı/pratisyeni olmasına rağmen bu eserini –*Fasl*'ı- teorisyen bir hukukçu ve uygulayıcı bir yargıç yeteneği ve konumu ile kaleme almıştır.[10]

Bu temel sorunun cevabında İbn Rüşd, felsefe yapmanın din tarafından emredildiği ya da en azından tavsiye edildiğini öne sürmüştür. İbn Rüşd'e göre din, var olanları (*mevcûdât*) akıl ile değerlendirmeye ve bu yolla onların bilgisini araştırmaya davet etmektedir.[11] Varlıklar üzerinde akli bir düşünüme davet eden dinin gayesi, insanı doğru/gerçek bilgiye ve doğru davranışa/eyleme ulaştırmak ya da bunları öğretmektir.[12] Bunlardan doğru/gerçek bilgi, Tanrı'yı ve diğer varlıkları oldukları şekilde bilmektir. Yine doğru/gerçek bilgi, öte dünyaya dair mutluluğu ve mutsuzluğu bilmektir. Doğru davranış/amel ise, mutluluğa götüren eylemleri işlemek, mutsuzluğa yol açan eylemlerden ise kaçınmaktır. Bu fiilleri bilmek, pratik/amelî bilgi olarak adlandırılmakta olup, iki kısma ayrılmaktadır. Bunlardan ilki, bedeni fiiller olup, bu tür bilgiye hukuk adı verilir. İkincisi ise, nefsâni eylemler/davranışlardır ki, sabır gibi ahlakın ve dinin emrettiği veya sakındırdığı erdemlerden oluşmaktadır.[13]

İbn Rüşd'e göre felsefenin işlevi ise, varlığı derinlemesine incelemek ve varlıkların Tanrı'ya delâlet etme biçimini araştırmak ve yorumlamaktır.[14] Bir anlamda din ile felsefe bir hakikatin iki ayrı yorum biçimidir. Bu ikisi arasında bir çelişki durumu söz konusu değildir. Bunlardan insanı teorik ve pratik yönüyle bir yetkinlik düzeyine ulaştırmayı amaç edinen din ile insanın teorik açıdan yetkinliğini amaçlayan felsefe arasında bir "*gaye birliği*" söz konusudur.[15] Böylesi bir gaye birliği var olmakla birlikte, her ikisinin arasında kullanmış oldukları öğretim, söylem ve bilgi edinme yöntemleri açısından bir farklılık söz konusudur. Zira İbn Rüşd'e göre tek olan hakikatin birer ifade aracı olan din ve felsefeyi anlayıp yorumlayan insanın, bilgi ve anlama düzeyi farklılık arz eder. Bu farklılığa bağlı olarak İbn Rüşd, analitik (*burhânî*), diyalektik (*cedelî*) ve retorik (*hatabî*) olmak üzere üç söylem ve yöntem türünün var olduğunu ifade etmektedir.[16]

İnsanın hem teorik ve hem de pratik yetkinliğini amaç edinen ve tüm insanlığa hitap eden din, daha çok retoriği esas almakla birlikte, bu üç yöntemi ve söylem tarzını da kullanmaktadır. Öte yandan, salt teorik yetkinliği amaçlayan felsefe ise, bunlardan sadece analitik yöntemi ya da söylem tarzını kendisine esas kabul etmektedir.[17]

İbn Rüşd din ile felsefe arasında kurmaya çalıştığı ilişkiyi şu metaforik ifadesiyle ortaya koymuştur; "*Felsefe dinin arkadaşı ve süt kardeşidir. Bu ikisi doğaları açısından kardeş cevher ve özleri açısından da dostturlar.*[18] Bu yönüyle tek bir kaynaktan (hakikat) beslenen din ve felsefe arasındaki uyum ilişkisini İbn Rüşd, "*hakikat hakikate ters düşmez, tersine ona uygun olur*" sözüyle[19] net bir biçimde ortaya koymuştur.

İbn Rüşd bu özdeyişin açılımıyla din ile felsefe arasındaki ilişkinin nasıl bir uyum durumu sergilediğini üç ihtimal çerçevesinde şöylece ortaya koymaktadır; İlk olarak, felsefenin bir konuda varmış olduğu sonuç konusunda din sessiz kalmış ise, bu durumda filozofun vermiş olduğu hükmün, kabul edilmesi gerekmektedir. İkinci durumda ise, dinin bildirdiği hüküm ile felsefenin varmış olduğu sonuç arasında bir uyum söz konusu olur ki, bu durumda sorun bulunmamaktadır. Üçüncü ihtimal ise, felsefenin ulaştığı sonuç ile dinin bildirdiği hüküm arasında ârizî nedenlerden ötürü bir uyumun olmadığı sanılır ki, bu durumda din ile felsefenin yorumsama (*te'vil*) yoluyla uzlaştırılması yoluna gidilir.[20] Böylece felsefi bilgi ile dinin zâhirî bilgisi arasında bir çatışmanın var olduğu durumlarda başvurulacak metodolojik araç olarak yorumsamaya başvuran İbn Rüşd, din-felsefe ilişkisine yeni bir yaklaşım getirmiştir. Buna göre her birinin kimliğini ve etki alanını koruyacak ve belirleyecek biçimde din ile felsefenin tamamen birbirinden ayrılması ilkesinin benimsendiği ifade edilmektedir. İbn Rüşd din ile felsefe arasında rasyonalist bir ayırıma gitmiştir.

2. Bilimler Sınıflaması

Bilimleri konu, alan ve sınırları açısından sınıflama, bilimler arasındaki ilişkileri belirleme amacına dönük sınıflandırma geleneğinin düşünce tarihinde varlığını görmekteyiz. Bu sınıflandırma geleneğinde farklı perspektiflere bağlı olarak bilginler, amaç, yöntem, konu ve kaynak gibi unsurlar temelinde bilimleri kategorize etme yoluna gitmişlerdir.[21] Bu geleneği sürdüren İbn Rüşd, konuya ilişkin müstakil bir eser ortaya koymamakla birlikte,

(9) İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 63.

(10) Hourani, George, *Averroes on the Harmony of Religion and Philosophy*, Londra 1976, s. 19.

(11) Bkz., İbn Rüşd, *Faslu'l-Makâl*, (yay. ve çev. Bekir Karlığa), (Arapça aslı ile birlikte), İstanbul 1992, s. 64.

(12) Bkz., İbn Rüşd, *Faslu'l-Makâl*, s. 101.

(13) İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 100.

(14) İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 64

(15) Sarıoğlu, Hüseyin, *İbn Rüşd Felsefesi*, İstanbul 2003, s. 206.

(16) İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 101.

(17) Bkz., İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 101-102. Sarıoğlu, *İbn Rüşd Felsefesi*, s. 206. Kaya, Mahmut, "İbn Rüşd'e Göre Hakikat", Cumhuriyetin Kuruluşunun 75. Yılı Münasebetiyle, Ölümünün 800. Yılında İbn Rüşd Uluslararası Sempozyumu, (11-13 Aralık 1998), (Proje no. 1999 SOC-114/131200), s. 105-109, İstanbul 2004, s. 106.

(18) İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 115.

(19) İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 75.

(20) Bkz., İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 75-76. Sarıoğlu, *İbn Rüşd Felsefesi*, s. 212.

(21) Bkz., Kutluer, İlhan, "İlim" md., *DİA*, XXII, 113. Sarıoğlu, *İbn Rüşd Felsefesi*, s. 29.

kaleme almış olduğu şerh ve özetlerde (*telhîs*)[22] bu meseleye yer vermiştir.

Amaç, konu ve yararlarının yanı sıra disiplinler arası ilişkiler bağlamında bir bilimler sınıflaması ortaya koyan İbn Rüşd, bilimleri teorik bilimler/disiplinler, pratik bilimler/disiplinler ve yardımcı bilimler/disiplinler olan mantık disiplinleri olmak üzere üç kategoriye ayırmaktadır.[23] Konumuz açısından önem arz eden ikinci kategoride yer alan pratik bilimler, hayatın gereksinimlerini karşılamaya dönük olan pratik uygulamaların gerektirdiği bilgileri sağlamayı amaçlarlar.[24] Bunlardan bazıları yapısal olarak tümel, bazıları da tikeldir. Tikel olanlar, ilgili hukuki düzenlemeleri içermektedir. Tümel olanlar ise, hukukun kaynaklarının üzerine inşa edildiği metodolojik konuları kapsamaktadır.[25]

Pratik bilimlerin alanı ve bu alanın disiplinleri konumuz açısından önemlidir. Zira İbn Rüşd, doğrudan konumuzla ilgili olan hukuk, ahlak ve siyaset disiplinlerine pratik bilimler kategorisi içinde yer vermektedir. İbn Rüşd pratik bilimlerin bir türü olarak siyasetin konusunun, iradi şeyler olduğunu ve siyaset biliminin gayesinin davranış ve eylem olduğunu ifade etmektedir.[26] Görüldüğü üzere, hukuku pratik bilgi türüne dahil eden İbn Rüşd bu sınıflamada pratik disiplinler olarak ahlak ve hukuku birer davranış bilimi olarak tasarlamaktadır. Bunlardan ahlak, insanın iç dünyasına ait olan davranışlarına dönük normatif bir disipline işaret ederken, hukuk insanın dış dünyasına ait olan davranışlarını düzenleyen bir disiplin olarak varlık bulmaktadır. Ancak, İbn Rüşd'ün perspektifinden her iki disiplin arasında amaçları açısından bir gaye birliğinin varlığından söz edilebilir. Zira İbn Rüşd hukuk ilminin amacını, insanları ameli erdemlere ulaştırmak olarak belirlemektedir. Böylesi bir gayenin, İbn Rüşd açısından, insanın iç dünyasına hitap eden ahlak ilmi için de geçerli olduğunu rahatlıkla ifade edebiliriz. İbn Rüşd, hukukun bir anlamda etik gayesini belirlediği ifadelerinin ardından hukuk bilginlerinin çoğunun ameli erdemlerden uzaklaşıp, dünya işlerine daldıklarını[27] belirtmektedir. Burada İbn Rüşd, kendinden önceki hukuk bilginlerine ve muhtemelen kendi dönemindeki hukukçulara ahlaki düzlemde bir eleştiri getirmektedir.

Son olarak ifade edilmelidir ki, İbn Rüşd'ün bilimler sınıflaması, ilimlerin diniliği temelinde yapılmamıştır. Bu doğrultuda ilimleri dini ve dini olmayan biçiminde bir ayrıma gitmeyen, teorik ve pratik ilimler şeklindeki bir ayrımı benimseyen İbn Rüşd, tasnifinde konu ve gaye temelinde bir ayrım kriteri geliştirmiştir. İlimler sınıflamasındaki bu temel yaklaşımına uygun biçimde, tüm ilim dalları arasında bir geçişliliğin ya da interdisipliner bir bakışın varlığı İbn Rüşd için söz konusu olmuştur.

(22) Bkz., İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi Usûli'l-fikh*, s. 34. İbn Rüşd, *Metafizik Şerhi: Telhîsu Mâba'de't-Tabîa*, (çev. Muhittin Macit), İstanbul 2004, s. 1-4.

(23) Bkz., İbn Rüşd, *Metafizik Şerhi: Telhîsu Mâba'de't-Tabîa*, s. 1.

(24) Bkz., İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, (çev. Ahmed Şehlân), Beyrut 1998, s. 153. Sarıoğlu, *İbn Rüşd Felsefesi*, s. 31.

(25) İbn Rüşd, *ez-Zarûri fi Usûli'l-fikh*, s. 34.

(26) İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 72-73.

(27) İbn Rüşd, *Faslü'l-Makâl*, s. 74.

IV. İBN RÜŞD'ÜN HUKUK DÜŞÜNCESİNİN FELSEFİ TEMELLERİ

Teorik açıdan hukuk kavramını etik bir temele dayandırma amacı güden İbn Rüşd, hukuki düzenlemelerin temel gayesini, insani erdemler olarak belirlemektedir.[28] Salt olarak hukuku değil, bunun yanı sıra siyaseti de ahlaki bir temel üzerine inşa etmeyi amaçlayan İbn Rüşd, bu bağlamda beşerî erdemleri belirleyici kriterler olarak benimsemektedir. Nitekim bu teorik inşayı gerçekleştirdiği eserlerin başında gelen Eflatun'un (Platon) *Devlet* (*Republic*) adlı yapıtına yazmış olduğu özette (*ez-Zarûrî fi's-Siyâse*) hukuk ve siyaset felsefesine ilişkin etik merkezli hukuk ve siyaset tasavvuruna dair yaklaşımlarını ortaya koymaktadır.

İbn Rüşd, beşerî erdemler ile toplum sağlığı arasında doğrudan bir ilişkinin varlığını vurgulamaktadır. Ona göre, hem ruhsal ve hem de fiziksel anlamda toplum sağlığının yerinde olmamasının en önemli göstergesi, kent halkının yargıçlara ve doktorlara olan gereksinimidir. Yine ona göre bu ihtiyaç, o kent halkının kötülüğünü ve onların görüşlerinin bozukluğunu göstermek için yeterlidir. Zira sağlıklı olan erdemli kentin temel özelliklerinden birisi, o kentin ya da toplumun bu iki sanata ya da ilmi disipline ihtiyaç duymamasıdır.[29] İdealize edilen toplumsal yapının ahlaki ve beşerî erdemler üzerinde inşası, böylece bu iki mesleğin âriziliğini ve dolaylı bir biçimde de gerekliliğini ortaya koymaktadır.

İbn Rüşd hukuk uygulayıcısı olan yargıcın erdemli bir toplumda varlık nedeni ve işlevine dair yaptığı saptamada, ahlaki düzlemde toplum sağlığının korunmasının amaçlandığını şöyle ifadelendirir;

"Bu kentteki yargıca gelince; tabiatları kötü olan ve sağlığa kavuşmaları için, yani nefsinin ıslah edilmesi için hiçbir ilaç kâr etmeyen kimselerin durumunu incelemek için yargıcın varlığına ihtiyaç duyulur ve bu konularda yargıç karar verir. Haklarında karar verdiği kişiler arasında tedip edilmeye yatkın olanlar varsa onları tedip eder ya da eğitir."[30] Hukuk ile ahlak arasında kurmuş olduğu bu temellendirme ilişkisinin bir gereği olarak İbn Rüşd, bir hukuk uygulayıcısının (yargıç) sahip olması gereken temel niteliklerden birisini, erdemlilik olarak belirlemektedir. Ahlakilik ya da erdemlilik ile hukukun temel amacı olan adalet idesi arasında İbn Rüşd doğrudan bir bağ kurmaktadır. Bu doğrultuda ona göre, "*ahlaken kötü olan bir yargıç, adil bir yargıç olamaz. Zira ahlaken kötü olan kişi ne erdem bilir ve ne de erdemin cevherini.*"[31]

Hukuk düşüncesini etik bir temele dayandırma amacı güden İbn Rüşd, ölçülülük ve adaleti iki temel erdem olarak belirlemektedir. Bunlardan ölçülülük erdeminin, yaşamın tüm alanlarında dengeli bir davranış biçimi geliştirmek olduğunu öne süren İbn Rüşd, bunun tüm toplumun ya da kent halkının

(28) İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, (thk. Mâcid el-Hamevî), Beyrut 1995, IV, 1794.

(29) İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 99.

(30) İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 101.

(31) İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 101.

ahlakı olması gerektiğini ifade etmektedir.[32] Topluma esenlik ve devamlılık sağlayan adalet erdemi ise, bilgelik, yiğitlik ve ölçülülükten oluşan diğer üç erdemin toplumda var olmasına imkan tanımaktadır.[33]

İbn Rüşd *Bidâyetü'l-müctehid* adlı eserinde bu üç temel erdemin varlık koşulu olan adalet erdemi ve hakkaniyet ilkesi merkezinde bir hukuk tasavvuru ortaya koymaktadır. Ona göre getirilen hukuki düzenlemeler, adalet ve hakkaniyet ilkelerine uygun davranarak haksızlık ve zulüm etmekten uzak durmakla ilgilidir. İbn Rüşd'e göre bu düzenlemeler tümüyle, özünde mal ve can emniyetini amaçlayan hükümlerdir. Zira bu düzenlemeler bütünüyle toplumda bireylerin güven içinde yaşamalarını sağlamak için konulmuş olan hükümlerdir.[34] Bu erdemlerden bazıları, kamu hizmeti ve devlet yönetimiyle ilgili olup, ülkeyi idare edenlerin yönetim ve hareket tarzlarına dair düzenlemeleri içermektedir.

Toplumsal yaşamın devamı için gerekli olan erdemlerden birisi de, toplumda bireylerin birbirlerini sevmeleri ve birbirlerine maddi ve manevi anlamda yardımcı ve destek olmalarıdır. Bireylerin birbirlerine manevi anlamda destek olmaları ise, 'iyiliği emir ve kötülükten alıkoymayla' gerçekleşir. Sonuçta İbn Rüşd'e göre hukuk eserlerine konu edilen hükümler çoğunlukla adalet, cesaret ve cömertlik gibi erdemlerle ilgilidir.[35] Burada İbn Rüşd'ün hukuki düzenlemelerin ardında yatan temel gayeleri yorumlayarak tümel ilkelere –erdemlere- varmayı amaçladığı görülmektedir. Böylece getirilen hukuki düzenlemelerde içkin bulunan bu tümel ilkeler ya da erdemler hukukun etik temellerini oluşturmaktadır.

Görüldüğü üzere, İbn Rüşd'ün felsefi tasavvurunda hukuk, salt maddi yaptırıma dayalı formel hukuk kuralları olarak görülmemiştir. Zira o, ifade ettiğimiz üzere, sıklıkla başvurduğu ölçülülük, adalet ve hakkaniyet gibi erdemleri ve hukukun gayelerini esas alan bir hukuk tasarımına sahip olmuştur. Hukukun, ahlakla ve insanlığın ortak tecrübesiyle olan yakın ilişkisini ve yine hukukun beşerî tecrübe birikiminin ürünü olan temel insani değerlerle uyumunu ortaya koymuştur.

İbn Rüşd hukuk bilgininin bu erdemleri ya da hukukun temel gayelerini ortaya çıkarmayı amaçlaması gerektiğini vurgular. Bu yüzden iyi bir hukuk bilgininin, yasanın emrinin ne olduğunu keşfetmekle hukuksal yorum (ictihat) etkinliğinin sona ermeyeceğini savunmaktadır. Hukuk bilgini bunun ötesine geçerek, ilgili yasanın niçin bu emri ihtiva ettiğini ve neden ona uyulması için tavsiyeye şayan olduğunu sorgulamak durumundadır.

Eflatun'un *Devlet*'i (*Republic*) ve Aristo'nun *Nikomakhos Ahlakı*'nın şârihi olarak Grek felsefesinin siyaset ve hukuk biliminin temel kavramlarına ilişkin yaklaşımlarını bilen İbn Rüşd, hukuk ile ahlak arasında bir köprü kurmaya çalışmış ve hukuk kurallarını kişiyi geliştirme amacı güden bir ahlaka

(32) İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 118-119.

(33) İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 120.

(34) İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, IV, 1794.

(35) İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, IV, 1794.

irca etmeye çaba göstermiştir. *Bidâye*'nin sonunda bunu açık bir biçimde formüle eden İbn Rüşd, hukukun bireysel veya bireyler arası moral ahlak bağlamında analiz edilebilirliğini ortaya koymuştur. Yukarıda değinmiş olduğumuz dört temel erdem olan dengelilik/ölçülülük (*iffet*), adalet, cesaret ve cömertlik hukuk düzenin temelini oluşturmuştur.[36]

İbn Rüşd'ün döneminin hukuk bilginlerine yönelik eleştiri noktalarından birisi, etik temelli hukuk tasarımına da uygun düşmektedir. Şöyle ki onun, hukuk bilginlerinin ilgili oldukları alanın etik boyutlarını unuttuklarına ilişkin eleştirileri dönemin hukuk bilginlerine yönelttiği görülmektedir.[37] Bu eleştirel tutumda, bir filozofun hukuka yaklaşımındaki özgünlüğü ya da felsefi perspektifi gözlemlemekteyiz.

V. İBN RÜŞD'ÜN SİYASET DÜŞÜNCESİNİN FELSEFİ TEMELLERİ

Müslüman filozofların siyaset felsefeleri kendi özgün genel felsefelerinin bir parçası olmanın yanı sıra, kökeni açısından antikitenin iki üstadı olan Eflatun ve Aristo'nun siyaset geleneğinin de bir parçasıdır. Nitekim Fârâbî, İbn Sina, İbn Bâcce, ve İbn Rüşd gibi Müslüman filozofların siyaset felsefeleri Eflatun'un felsefi mirası olarak adlandırılabilir. Sokrates ile başlayıp klasik şeklini Eflatun ve Aristo tarafından alan siyaset felsefesi alanında Eflatun'un baskın bir etkisi söz konusudur. Antikitenin bu üç üstadınca klasik çerçevesi şekillenen siyaset teorisi, Ortaçağ siyaset felsefecilerince de benimsenmiştir.

Bu isimlerden birisi olan İbn Rüşd'ün siyaset düşüncesi de daha çok, 1198-1193 yılları arasında kaleme aldığı, ütopyacı siyaset kuramının öncüsü olan Eflatun'un *Devlet* (*Republic*) adlı eserine yazmış olduğu şerhte yer almaktadır. Bunun yanı sıra, Aristo'nun *Nikomakhos Ahlakı* ve *Retorika*'sına yapmış olduğu şerhler de onun siyaset felsefesine ve ahlaka dair yaklaşımlarını ortaya koymaktadır. İbn Rüşd'ün hukuk felsefesini ortaya koyan bağımsız telif eserleri bulunmakla birlikte, siyaset felsefesine dair yaklaşımlarını konu edinen telif çalışmaları bulunmamaktadır.

İbn Rüşd'ün siyaset felsefesini ortaya çıkaran temel yapıt olan bu şerhin –*Devlet*- ne yazık ki Arapça aslı kaybolmuştur. Günümüze eserin Samuel ben Yehuda tarafından İbranice'ye yapılan çevirisi ulaşmıştır. Aynı şekilde Aristo'nun *Nikomakhos Ahlakı* adlı eserine yapmış olduğu şerhin de Arapça orijinali kaybolmuştur. Ancak eserin, Lawrence V. Berman tarafından yayımlanan İbranice çevirisinden bazı bölümler elimize ulaşabilmiştir. İbn Rüşd, *ez-Zarurî fi's-Siyâse: Muhtasaru Kitabi's-Siyâse li Eflatun* olarak İbranice'den Arapça'ya çevrilen bu eserde yalnızca Eflatun'un siyaset felsefesine dair görüşlerini özetlemeyi amaçlamamıştır. Bunun yanı sıra İbn Rüşd, üstadı Aristo'nun siyaset teorisi ile birlikte kendi felsefi tutumunu da yer yer eleştirel bir biçimde ortaya koymuştur.

(36) Bkz., Brunschvig, "Averroes Juriste", s. 197-198. Apaydın, H. Yunus, "İbn Rüşd" md. *DİA*, XX, 290.

(37) Bkz., Fierro, Maribel, "The Legal Policies of The Almohad Caliphs...", *Journal of Islamic Studies*, 10:3 (1999), s. 243. İbn Rüşd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, III, 1284.

İbn Rüşd'ün buradaki tercihi yani, Aristo'nun *Politika*'sı yerine Eflatun'un *Devlet*'ini tercih etmesinin nedeni sorgulanması gereken bir noktadır. Zira İbn Rüşd, Aristo yorumcusu olarak ünlenen ve Aristo ile hocası Eflatun arasındaki görüş ayrılıklarında Muallim-i evvel olan Aristo'nun görüşlerini tercih eden bir filozoftur. Bu tercihin nedeni, aktarılan bilgilere göre felsefi bir temellendirmeye değil, *Politika*'nın Arapça çevirisinin olmaması gibi bir teknik imkansızlığa dayanmaktadır. Nitekim bu tercihin nedenini İbn Rüşd, eserin girişinde Aristo'nun kitabını elde edememesine bağlar. Ayrıca 'ideal devlet' kuramını ya da ütopyasını ortaya koyan ilk filozof olarak Eflatun, İbn Rüşd de dahil olmak üzere tüm ütopya savunucularının esin kaynağı olmuştur. Zira tarihte devlet, ütopyaların en büyüğü olmuş ve tüm ütopyacı felsefeciler de Eflatun'un peşinden gitmişlerdir.

İbn Rüşd *Devlet* şerhinin girişinde siyaset biliminin diğer bilim dalları ile ilişkisini kendi bilimler sınıflaması özelinde şöyle temellendirmektedir. İbn Rüşd tıp bilimine benzer şekilde siyaset biliminin teorik ve pratik bölümlere ayrıldığını öne sürmektedir. İbn Rüşd'e göre bunlardan ilki teorik bölüm olup, Aristo'nun *Nikomakos'a Ahlak*'ında yer almaktadır. İkinci bölüm ise, Eflatun'un *Devlet*'inde ve Aristo'nun *Politika*'sında bulunmaktadır. Bunlardan teorik kısımda, yetenekler, iradi fiiller ve tüm adetler konu edilir. Pratik bölümde ise, tümellerin tikel durumlara uygulanabilme imkanını ortaya koymaya çalışır. Daha açıklayıcı bir ifadeyle, bireylerin yeteneklerinin niteliklerini, vatandaşların eylem ve ahlaklarını konu edinir.

İdeal bir toplumun gerçekleştirilmesini amaçlayan klasik siyaset felsefesi şeması, 'ideal toplumu' olanaklı kılacak bir devletin, ütopik bir aygıtın tasarımını gerçekleştirir. Bu tasarım öncelikle, sosyal yaşamda 'yöneten' ve 'yönetilen' sınıf ayrımı ve devletin olgusal gerçekliği öncülüne dayanmaktadır. Nitekim Aristo'nun "insan tabiatı gereği siyasi bir varlıktır (*zoon politikon*)" sözünü yorumlayan İbn Rüşd şöyle der: "insanın devletsiz yaşaması imkansızdır."

İbn Rüşd'e göre, insana özgü yetkinlikler (*kemâlât*), teorik (ussal) erdemler, bilimsel/düşünsel erdemler (sanatlar), ahlaki erdemler ve uygulama sanatları olmak üzere dört kısma ayrılmaktadır. Bunlardan teorik erdemler, insanlık için ulaşılması hedeflenen nihai erdemlerdir. Diğer erdemlerin tümü, bu nihai erdemin (teorik erdemler), gerçekleşmesi için vardırlar. Sosyal ve medeni bir varlık olan insan, tek başına diğerlerinden yardım almaksızın bu erdemleri gerçekleştiremez. Bu yüzden yaşamda paylaşım ve toplumsal dayanışma esastır.[38] Eflatuncu siyaset kuramını takiben İbn Rüşd, ideal erdemlerin insanda bir yaşam biçimine dönüşümünün ancak ideal devletle mümkün olabileceğini öngörmektedir. İnsan en yüce mükemmelliğe de ancak ideal devlette ulaşabilir. Siyasal bir topluluk dışında insanın mutluluğa ve mükemmelliğe ulaşması bir yana, hayatını bile sürdürmesi imkansızdır.

İbn Rüşd, siyasal organizasyon ya da devlet ile insan ruhu arasında paralellikler kurar. Buna göre, insanın erdemli olabilmesi için nefsin diğer bölümlerinin teorik erdemin egemenliği altına girmesi gerekir. Benzer şekilde, devletin de ideal bir devlet olabilmesi için yönetimin erdeme/hikmete dayalı olması zorunludur. Zira devletin temel görevi, vatandaşlar arasında erdemlerin yaygınlaşmasını sağlamaktır. Bu bağlamda devlet biri ikna (eğitim), diğeri de zorlama olmak üzere iki yol izler. İkna yolu; Aristo gibi İbn Rüşd'e göre, halkın büyük çoğunluğu için retorik ve şiirsel söylem, bilgeler için ise akli istidlal yöntemleridir. İkna yöntemiyle başarılı olunmadığı takdirde zorlama yoluna başvurulabilir. Ancak bu yöntemi İbn Rüşd tasvip etmemektedir. Zira zorlama bir düşünceyi istekle kabul etmeyenler için uygulanır ve buna da erdemli bir devlette ihtiyaç duyulmaz.[39]

Devlet ile insan arasında kurmuş olduğu paralelizasyona bağlı olarak siyaset kuramını temellendiren İbn Rüşd, siyasi hiyerarşinin belirlenmesinde insan varlığını örneklem olarak alır. Beden ve ruh bütünlüğünden oluşan insan varlığının doğal düzeninde ruh, bedenden daha yüksek bir mertebededir. Düşünme yetisi de insan ruhunun ayırt edici bir unsuru olduğundan, insan için iyi olan hayat "akla" dayanan eylemde yatar. Siyasal yaşamda da doğal düzen, akıllıların diğerlerini yönetmesini gerektirir. Bu yüzden en iyi yönetim biçimi, aklın, bilgeliğin yönetimidir. Siyasal ütopyanın yönetimi filozof ya da bilge elitin yönetimidir.

Filozof kralların ya da bilgelerin yönetimi doğal olarak uzman yöneticileri gerektirmektedir. Buna bağlı olarak yönetici elitin eğitimi zorunluluk arz etmektedir. Bu zorunluluk, üniversitenin kurulması düşüncesini doğurmuştur. Bu amaçla Eflatun'un Yunan eğitimine getirdiği bir yenilik olarak bir anlamda ilk üniversite olan *Akademi* kurulmuştur. 'Filozof devlet adamlığı' sanatının temeli olarak gerçek bilginin öğretilmesi ve bu seçkin zümrenin eğitimi açısından Akademi'nin kurulması bir zorunluluk olarak doğmuştur. Zira onun eserinde devlet adamlığı bir bilim ve sanat olarak ortaya konmuştur.

Eflatun'un ideal devlet tasavvurunda eğitim, salt olarak yönetim algısının gerekli kıldığı donanımı kazandırma rolü ile sınırlı değildir. Bunun ötesinde Eflatun devlet aygıtını başlıca ve öncelikle bir eğitim kurumu saymıştır. Bu yüzden bazıları onun bu eserinin asıl konusunun eğitim olduğunu öne sürmüşlerdir. *Devlet* de Akademi için bir manifesto ve bir program niteliğindedir. Ona göre iyi bir eğitim, toplumsal yapıyı erdemler düzleminde iyileşmeyi ve dönüşümü sağlayabilecek temel faktördür. Bu denli yaşamsal bir öneme ve role sahip olan eğitim ihmal edilirse devletin başkaca yaptığı her şey önemsizdir. Ona göre, devletlerin tek kurtuluş yolu yetiştirilmiş zekaların çalıştırılmasıdır. Böylesi bir eğitimden geçenlerin öğrendiklerini öğretmek üzere insanlar arasına dağılmalarının gerekliliği de öngörülmüştür. Zira eğitimle gerçekleri olduğu gibi görebilen mağaradakiler, onun dışına çıkıyorlardı. Ve onların mağaradakilere yardıma dönmeleri etik bir gerekliliktir.

Yönetici elitin yüksek düzeyde eğitimini öngören Eflatuncu devlet tasarımına uygun biçimde İbn Rüşd, devlet

38) İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 74-76.

39) Bkz., İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 76 vd.

başkanının ne tür niteliklere sahip olması gerektiğini tartışır. Devlet başkanının doğuştan sahip olması gereken özellikler ve sonradan edinmesi gereken nitelikleri ele alır. Ona göre erdemli devlet, erdem, iyi anlayış, hayal gücü ve savaşma yeteneği gibi karakteristik özelliklere sahip yöneticinin başkanı olduğu devlettir.

Kadını akılsal bir varlık olarak görmeyen ve ona ikinci sınıf bir varlık statüsünü layık gören üstadı Aristo'nun ve Aydınlanma sonrası döneme kadar Batı felsefesinin kadın tasavvuruna karşı İbn Rüşd eşitlikçi bir kadın-erkek anlayışını benimsemiştir. Kadını sosyal yaşamdan izole ederek evde kocasına hizmet eden, çocuk doğuran ve yetiştiren bir konuma hapseden anlayışı reddeden İbn Rüşd'e göre, erdemli kentte kadın ve erkek eşitliği söz konusudur. Toplumsal yaşama kadının etkin ve eşit bir biçimde katılımını öngörür. Ancak insan olarak birbirine eşit olan kadın ve erkek cinsiyet farklılıkları nedeniyle yetenek ve kabiliyetleri açısından farklılık arz edebilir. Fakat, bu farklılıklar kadınların devlet organlarında ya da kamuda görev almalarına ve felsefe ile uğraşmalarına engel değildir. Böylelikle İbn Rüşd, kadını epistemik ve politik bir özne olarak tarihe müdahil kılmıştır.[40]

İbn Rüşd, Eflatun'u izleyerek 'erdemli devlet' nitelemesiyle ütopyanın merkezine yerleştirilen politik aygıtı diğer yönetim biçimleri ile karşılaştırarak ele alır. Erdemli devletin karşısında monarşi, timokrasi, oligarşi, demokrasi ve tiranlık şeklinde beş devlet modelinden söz eder. Erdemli bir devletin dönüşüme uğrayarak bozulmasını ya da diğer devlet modellerine dönüşümünü Eflatun'u takiple anlatır. Bu devlet modelleri ile erdemli devlet arasında karşılaştırmalar yapar. Teorik düzeyde yapılan bu karşılaştırmaları, genelde İslam tarihini ve özelde kendi yaşadığı tarihsel kesit ve coğrafyayı da göz önüne alarak somut bir biçimde tartışır. İbn Rüşd Hz. Peygamber ve dört halife döneminde Müslümanların erdemi esas alan örnek bir hukuk devleti kurduklarını belirtir. Ona göre, Muaviye döneminde bu devlet şan ve şerefi ön plana alan timokrasiye dönüşmüştür. Bu geleneğin İslam dünyasında Murâbıtlar dönemine kadar devam ettiğini ifade eden İbn Rüşd bu yapının kendi döneminde hazcı bir tiranlık biçimini aldığını öne sürer.

Devlet yönetim modelleri ile erdemli devlet arasında yapmış olduğu karşılaştırmalar bağlamında İbn Rüşd diğer yönetim biçimlerine dair eleştirel değerlendirmelere yer verir. Bu meyanda örneğin İbn Rüşd, erdemli devlet karşısında yer alan bozuk devlet şekillerinin en iyisi seçkinlerin yönetime hakim olduğu oligarşilerdir. Monarşilerde ise, yönetim bir aileden gelen fertlerin elinde bulunur. Devletin mali imkanları bu aileye ve yakınlarına hasredilir. Savaş durumunda krallar asker temini için zenginlerin mallarına el koyarlar. Böylece monarşiler despotizme ve totalitarizme dönüşürler.[41]

İbn Rüşd'e göre Eflatuncu ideal devlet tasarımı kendi uygarlığı ve devleti için de uygulanabilir niteliktedir. Onun *Devlet* için kaleme almış olduğu bu şerh ya da yorum, yukarıda da değinildiği üzere kendi tarihsel döneminin siyasal kurumlarına yönelik bir değerlendirme ve eleştirellik içermektedir. Ancak İbn Rüşd eleştirel tutumunu yorumunu yaptığı bu esere de yöneltmeyi ihmal etmez. Nitekim İbn Rüşd eserin sonunda Eflatun'un görüşlerini bilimsellik kriteri açısından kritik eder.

(40) Bkz., İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 85.

Bu bağlamda Eflatun'un adaletle ilgili fikirlerinin diyalektik bir söylem olup, kesinlikten uzak olduğunu ifade eder. Dolayısıyla İbn Rüşd bu görüşlerin yetersizliğini öne sürer. Öyle ki, İbn Rüşd *Nikomakhos Ahlak*'a yazdığı şerhin son sözünde İbn Bâcce'nin Eflatun'un *Devlet*'inin ideal devleti tam anlamıyla tartıştığına inanmasına şaşırdığını ifade eder ve eğer Aristo'nun incelemesinin tamlığı ve mükemmelliğinden haberdar olsaydı, İbn Bâcce'nin böyle bir görüşü ileri sürmeyeceğinden emin olduğunu belirtir.[42] Burada bir anlamda İbn Rüşd, normatif bir disiplin olarak siyaset felsefesinin, belirli ideal kurallardan oluşan bir normlar sistemi kurmayı amaçladığını öngörür.

Bu meyanda yine İbn Rüşd, bilimsellik kriteri açısından eserin mitolojik bölümlerini şerhine konu edinmemiştir. Retoriğe dayalı olan bu bölümlerin hakiki bilgiyi içermemesi nedeniyle bu ilim açısından verilmesinin zorunlu olmadığını ifade eder. İbn Rüşd özellikle, adalet kavramı çerçevesinde sunulan düşüncelerin diyalektik bir söylemle ifade edilmesi nedeniyle geçersizliğini öne sürmüştür.

İbn Rüşd'ün Eflatun'a getirmiş olduğu temel eleştiri konularından birisi de erdemli devlet ile tiranlık arasında yaşanan dönüşümün verilen sıradüzenine uygun bir şekilde gerçekleşmesi her zaman mümkün değildir. İbn Rüşd'e göre erdemli kentin Eflatun'un savunduğu üzere, gerçekleşmesinin tek bir yolu yoktur. Bu yüzden o, doğal determinizmin varlığını kabul etmez. Kendi dönemindeki yönetimlerin çoğunun tiranlık olduğunu cesaretle öne süren İbn Rüşd, tiranlığa karşı çıkar ve erdemler ve adalet temelinde bir devletin her zaman inşasının mümkün olduğunu ifade eder.

VI. SONUÇ

Bilimler sınıflaması açısından hukuk ilmini, pratik ilimler kategorisine yerleştiren İbn Rüşd, hukuki bilgiyi amelî bilgi türüne dahil etmektedir. İbn Rüşd bu sınıflamada pratik disiplinler olarak ahlak ve hukuku birer davranış bilimi olarak tasarlamaktadır. Ona göre ahlak, insanın iç dünyasına dönük davranışları normlaştıran bir disipline işaret ederken, hukuk, insanın dış dünyasına dönük davranışlarını düzenleyen bir disiplin olarak varlık bulmaktadır. Ancak ona göre, her iki disiplin arasında amaç yönünden bir gaye birliği söz konusudur. Zira hukuk ilminin amacının insanları ameli erdemlere ulaştırmak olduğunu öne süren İbn Rüşd, benzer biçimde insanın iç dünyasına hitap eden ahlak ilmi için de aynı amacın geçerli olduğunu ifade etmektedir. Böylece İbn Rüşd, hukukun bir anlamda etik gayesini belirlemeye çaba göstermiştir. Bu noktadan hareketle o, hukuk düşüncesini etik bir temele dayandırmaya çalışmış ve hukuk normlarının temel gayesinin insani erdemler olduğunu kesin bir şekilde vurgulamıştır.

Hukukun yanı sıra siyaseti de etik bir temel üzerine inşa etmeyi amaçla-

(41) Bkz., İbn Rüşd, *ez-Zarûrî fi's-Siyâse*, s. 97.

(42) Rosenthal, Erwin I. J., *Ortaçağ'da İslâm Siyaset Düşüncesi*, (çev. Ali Çaksu), İstanbul 1996, s. 256.

yan İbn Rüşd, bu doğrultuda insani erdemleri temel belirleyici kriterler olarak benimsemiştir. Öyle ki hukuk ve siyaset felsefesine ilişkin etik merkezli hukuk ve siyaset tasavvuruna dair yaklaşımlarını bir çok eserinde ortaya koymuştur. İbn Rüşd, bu erdemler ile toplumsal sağlık arasında doğrudan bir ilişkinin varlığını öngörmüştür. Ona göre toplum sağlığının yerinde olmamasının en önemli göstergesi, kendisinin hayatı boyunca icra etmiş olduğu iki meslek olan yargıçlık ve hekimliğe insanların ihtiyaç duymasıdır. Zira ona göre sağlıklı olan erdemli toplumun temel özelliği, o toplumun bu iki sanata ya da ilme ihtiyaç duymamalarıdır. Görüldüğü üzere onun idealize ettiği toplumsal yapının ahlaki ve beşerî erdemler üzerine inşası, bu iki mesleğin ârizîliğini ve dolaylı bir biçimde de gerekliliğini ortaya koymaktadır.

İbn Rüşd, Eflatuncu siyaset kuramını ya da ütopya merkezli devlet tasarımını benimseyerek 'erdemli devlet' nitelemesi ile bir politik aygıt öngörür. Diğer siyasal sistemler ya da yönetim biçimleri ile karşılaştırmalı olarak ele aldığı bu ütopik aygıtın kendi uygarlığı ve tüm insanlık için uygulanabilirliğini öne sürer. Temel etik erdemler üzerine inşa olunan bu siyasal ütopyanın varlık koşullarını ve temel karakteristiklerini Eflatuncu çizgide yorumlayarak ortaya koyan İbn Rüşd, siyaset ile ahlak arasındaki ilişkiyi kuramsallaştırır. Bu kuramsal boyutun yanı sıra tarihsel örneklemelerle de içinde yaşadığı uygarlığa eleştirel bir bakışla yönelir.

Aristoteles'te Adaletin ve Mutluluğun Ontolojisi Üzerine - I

Hatice Nur ERKIZAN*

Gözyaşlarını düşüncelere, düşüncelerini de "iyi" bir yaşama dönüştüren tüm insanlara ama özellikle de tüm kadınlara...

"Özcü" anlayış (*essentialism*) hemen hemen düşünce tarihinin hiçbir döneminde bu kadar büyük bir saldırı ile karşı karşıya kalmamıştı.[1] Bu saldırılar her ne kadar farklı renklerde ve biçimlerde kendilerini gösterseler de hepsinin temelinde relativist varlık ve bilgi anlayışı bulunur. Her şeyin göreli olduğu; zaman, mekan ve bilen özneden bağımsız hiçbir doğrunun olmadığı iddiası post-modern söylemde ilk iki terimi de yok sayarak var olanı öznenin mutlak öznelliği dolayımında, hatta "özne"yi de *öznelliğe* dayanarak ortadan kaldırmıştır. Bugün insanın işlevinden, insanın ne olduğundan söz etmek şöyle dursun, insana ilişkin herhangi bir *tanımlamanın* olanaksızlığı iddiası neredeyse mutlak bir doğru gibi insan hakları, adalet, kültür, kimlik ve benzeri -sosyal bilimler- tartışmalarda kendi egemenliğini kurmuş gibidir. Tüm söylem alanlarında kendine yer bulan bu yaklaşım *bir araya gelmezleri bir araya getirme* gibi bir işlevi yerine getirmesi bakımından kendine her alandan yandaş bulabilmektedir. Bu; bir şey söylemenin olanaksız olduğunu teorik olarak ileri sürmenin yaşamdaki pan- pragmatist yansımasıdır. Ben, bu anlayışın teorik ve pratik düzlemde kendine karşıt olarak kendini empoze etmesini son derece kaygı verici buluyorum. Bu konuda İoanna Kuçuradi, Betül Çotuksöken ve M.C. Nussbaum gibi günümüz filozoflarının akıntıya karşı duruşları son derece önemli. Onlar; her ne kadar birbirlerinden farklı varlık ve bilgi anlayışlarından hareket ederlerse etsinler -nominalist ve nominalist-olmayan- mutlak relativist anlayışın insanın var oluşunu/var olmasını ortadan kaldıracağı konusundaki kaygıda birleşirler.[2] Ben bu çalışmada ise Nussbaum'u izleyerek relativizmin ve subjektivizmin -

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

(1) Özcü düşünceye karşı özellikle günümüzde birçok ağır eleştiriler yöneltilmektedir. Onun cinsiyetçi, ırkçı ve ataerkil düşünce sistemini onayladığı ve böyle olması bakımından da toplumsal olarak güçsüz bulunan gruplara karşı- kadınlar , azınlıklar, yabancılar v.b.- karşı duyarsız olduğu iddia edilmektedir. Ayrıca; özcülüğün tarih bilincinden de yoksun olduğuna dikkat çekilmektedir. Bu eleştirilerin hepsi ayrı ayrı ele alınmayı ve yanıtlanmayı gerektirir. Ancak; bu çalışmada bütün bunların farkında olunarak özcülüğün insan ve dünya hakkında sorgulanmamış soyut varsayımların toplamı olarak görülmediği belirtilmelidir. Burada savunulan düşünce; insana ve onun temel işlevlerine ilişkin belirli bir tanımlama olmadan sosyal adaletin ve paylaşımın ne etik ve ne de politik bir temele sahip olamayacağıdır. Dolayısıyla; "özcülük" bu bağlamda insanın temel işlevlerine ve gereksinimlerine ilişkin belirlenimi ifade etmesi bakımından tanımlanarak sınırlanır.

(2) Bu konuda adı geçen filozofların konu ile ilgili çalışmalarından bazıları şunlardır:

İoanna Kuçuradi; "Devrim Kavramı ve Atatürk'ün Kültür Devrimi", (Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi- İLKE - Atatürk'ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı) 2006,

esas olarak birincisinin- insanın iyiliği/mutluluğu üzerine geliştirdiği söylemin kendisini tartışmaya açarak Aristotelesçi bir ruh ışığında adaletin ve mutluluğun *doğasının* ne olduğunu ele almaya çalışacağım.

Yerel değerlerin, kültürlerin korunması konusunda ultra-duyarlılığın relativist bakış açısıyla bütünleşmesinin etik ve politik sonuçlarının düşünsel ağırlığı, zorluğu evrensel olarak kendini duyurmaktadır. Ülkemizde relativistler henüz toplantılardan/akademilerden relativist olmayanları dışarı atma istemlerini uygulamaya geçirmediler ama Helsinki'de relativistler bunu bir toplantıda gerçekleştirmiş bulunuyorlar.[3] Amerikalı bir ekonomist sözü edilen toplantıda Hindistan'daki geleneksel yaşamın korunması gerektiğini belirterek onun Batılı değerler tarafından işgalinin ve kirletilmesinin engellenmesini savunur. Ona göre; Batıda özel ve kamusal yaşam arasındaki kopukluk ve ayrışma Hindistan kültüründe söz konusu değildir. Bu radikal ekonomisti havalı Fransız antropologu destekler ve Batı'nın özcü değerlerini diğer insanlara empoze etmenin mutlak yanlışlığını teyit ederek buna karşı çıkılması gerektiğinin altını çizer. Derrida, Foucault ve diğer post-modern filozoflar ötekine saygılı olmayı, öznelerin özgür oyunlarına karışılmaması gerektiğini yeterince açık bir biçimde göstermiş bulunmuyorlar mı bize? Bu düşüncelerle donanmış Fransız antropolog ve elbette radikal ekonomist ile paylaştığı relativist anlayışın doğal sonucu olarak su çiçeği aşısının İngilizler tarafından Hintli çocuklara uygulanmasını kültürel açıdan ve yerel geleneklerin silinip gitmesine neden olması bakımından korkunç bulur; çünkü aşı; çocukları söz konusu hastalıktan koruyan Sittala Devi kültünü ortadan kaldırmaktadır. Bu ise; farklılığa saygılı olmamadan, ona tahammül etmemeden, edememeden başka bir şey değildir. Şimdi bu noktada sorulması gereken temel soru relativist bakış açısından yaşamak ve ölmek, sağlık ve hastalık, *mutluluk* ve *mutsuzluk arasında herhangi bir ayrımın yapılıp yapılamayacağıdır*. Aristotelesçi kavrayışa göre; hiç kuşkusuz yaşam ölümden, sağlık hastalıktan, mutluluk mutsuzluktan daha iyidir. Buna karşı elbette relativist temelli gösterişli karşı çıkışlar olabilir. Batı'nın her şeyi dualist bir biçimde kavradığı ve eğer bu terk edilirse ölüm ve yaşam arasında bu kadar sert çizgilerin çizilemeyeceği iddia edilebilir. Bu, ancak yaşamı bir oyun olarak kabul etmekle olanaklıdır. Oysa, yoksul ülke insanlarının, çocuklarının açlıktan, yokluktan ve hastalıklardan ölümü bir oyun olmadığı gibi Batılı dualist kavrayışa bir karşı çıkma biçimi de de-

s. 1-10 Kuçuradi, "On Science and 'Wisdom' ", *Humana*, (Bozkurt Güvenç'e Armağan, Kültür Bakanlığı) 1994, s.345-350.

Betül Çotuksöken; "Aydınlanma- Romantizm Geriliminde Türkiye", (Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi- İLKF - Atatürk'ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı) 2006, s. 17-24;

Felsefe, Özne- Söylem, İnkılap Kitabevi, İstanbul, 2002.

M.C.Nussbaum; "Social Justice and Universalism: In Defense of an Aristotelian Account of Human Functioning", *Modern Philology*, Vol.90. Supplement (May, 1993), s.46-73.

"Non-relative Virtues: An Aristotelian Approach," *Midwest Studies in Philosophy* 13, 1988, s.32-53.

(3) M.C.Nussbaum; "Social Justice and Universalism: In Defense of an Aristotelian Account of Human Functioning", *Modern Philology*, Vol.90. Supplement (May, 1993), s.47.

ğildir.Yorumun dayanılmaz ağırlığını Aristotelesçiler taşımamakta yeterli politik ve etik bilince sahipler.

Yukarıdaki toplantıya dönelim. Bu toplantıyı Eric Hobsbawm zorlanarak dinlemektedir. Sonunda dayanamaz ve konuşur. Neredeyse tüm salonu kaplayan relativist anlayışın temsilcilerine karşı ağır eleştiriler yöneltir ve şunları hatırlatır: İnsanın tarihine bakıldığında geleneğe, geleneksel kültüre dönüş çağrıları çeşitli baskı ve şiddet biçimlerini meşrulaştırmak için kullanılmıştır. Faşizmin tüm tarihsel görüntülerinin yöneldiği en önemli şey gelenekçilik ve "kültür" olmuştur. Ayırımcılığın hemen hemen tüm biçimleri kendini kültüre ve geleneğe başvurarak meşrulaştırmıştır. Nussbaum'un aktardığına göre Hobsbawm'ın kim olduğunu bilmeyen ve çoğu gelişmekte olan ülkelerden gelen sosyal bilimciler onu konferans salonundan dışarı atmak isterler. Ancak bu durum karşısında utançla dolan ve kendi *geçmiş solculuğu* ile relativizmi arasında sıkışıp kalan radikal ekonomist Hobsbawm'ın konferans salonundan çıkarılmaması konusunda post-modern sosyal bilimcileri (hermeneutikçi, relativist, gelenekçi, feminist vb.) ikna eder.[4]

Bizzat Nussbaum tarafından düzenlenen başka bir felsefe konferansında ise Hindistanlı bir ekonomist, daha doğrusu ekonomi filozofu, Amartya Sen, kadınların geleneksel yaşam içinde aşağı görüldüklerini, cinsiyet ayırımcılığının yapıldığını ve hatta kadının bazı biyolojik özelliklerinin onu aşağılamanın, küçük görmenin bir aracı olduğunu söyler. Sonra; insanı insan yapan temel işlevlerden ve yeteneklerden söz ederek seçme özgürlüğünü de temel insan hakkı, insanın temel iyilerinden biri olduğunu savunur. Radikal ekonomist elbette buna itiraz eder ve çağdaş antropolojik çalışmaların Batılı- olmayan insanların seçme özgürlüğü ile çok da ilgili ve ona bağlı olmadığını öne sürer. Örneğin Japon erkekleri işten eve geldiklerinde ne yiyeceklerine, ne içeceklerine karar vermeyi arzu etmemektedirler. Onlar tüm bu ve benzeri şeylerin eşleri tarafından yapılmasını tercih ederler. Tartışma birçok boyutta genişletilebilir ama tüm bu karşı çıkışları yapanlar sonuç olarak özcü anlayışı suçlarlar; çünkü o, ötekinin, farklı olanın varlığını tanımamaktadır. Problemin esas nedeni de bu özcü düşünmedir. Benzeri örnekler ve benzeri tartışmalar hiç kuşkusuz kendi ülkemiz için geç de olsa yavaş yavaş entelektüel sahnenin çoğunu işgal etmeye başladı. Nussbaum'un da belirttiği gibi, tuhaf olan şey gelişmekte olan ülkelerde son derece zeki insanların ve kendi kendilerini ilerici, feminist ve ırkçılık-karşıtı görenlerin almış oldukları tavırların gerici, baskıcı ve cinsiyetçi tavır ve söylemler ile birleşmeleridir. Demokrasi ve insan hakları söylemi eşliğinde demokratik olmayan ve insan haklarını önemsemeyen ne çok söylem kurtarılmakta, aklanmakta ve kol-kanat gerilmektedir. Onların politik ve radikal özcülük-karşıtlıklarının altında dinsel tabular, ataerkil söylemin pohpohlandığı kültürün özneleri olan "kocalar" ve "karılar", kötü yaşam, cahillik ve ölüm bir yorum ve tercih nesnesi olarak tüm pervazsızlığı ile ortalıkta, orada burada dolaşmaktır. Oysa, yaşam

(4) *supra note 3*; s.48.

ölüme, özgürlük köleliğe, iyi beslenme açlığa, bilgi cahilliğe üstün değil midir? Yaşamın etik-politiği bunu bize zaman-üstü bir biçimde değil zaman-içinden duyurmuyor mu?

Relativizmin etik ve politik söylemde etkin konuma yükselmesiyle birlikte özcülük akademide kirli ve kaçınılması gereken bir sözcük olarak algılanmaya başladı. Ele alınan konu ile bağlantısı açısından özcülük tanımlanacak olursa; o insanı bütünleyen tözsel özelliklerin bütünlüğü anlamına gelir. Özcülük karşıtları ise, onu tarihten habersiz, farklı olana karşı duyarsız olmakla itham etmektedirler. Bunlar arasında hermeneutikçiler, relativistler, subjektivistler en önde gelirler. Özcülük gerektiği gibi tartışılmaksızın ırkçı, cinsiyetçi, ataerkil düşünmenin temelinde bulunan bir düşünme biçimi olarak tanımlanarak post-modernist söylemlerin tümü tarafından -ki onların temel varsayımı relativizmdir- ilericilik, sosyal ilerleme, etik duyarlılık ile taban tabana zıt olarak resmedilir. Ben bu çalışmada tüm bu eleştirileri yanıtlamayı düşünmüyorum; ama ele alınan konu bağlamında belli bir insan kavramından, insanın işlevinden ve insanın kendini gerçekleştirmesinden bağımsız insanı ele alan etik ve politik tartışmaların, yukarda da ifade edildiği gibi, kaygı verici sonuçlarına dikkat çekmeye çalışacağım. Çünkü, insanın gereksinimlerinden ve işlevlerinden bağımsız olarak sosyal adaleti ve sosyal paylaşımı ele almak olanaksızdır. Ayrıca iddia edildiği gibi relativist teori, etik duyarlılık, farklı olana saygı ve ilericilik ile de bir arada değildir. Çünkü; iki evrensel duygu olan şefkat ve saygı olmadan, bu çok önemli iki ahlaki duygu olmadan bir arada yaşamak olanaksız olduğu gibi *insanca* bir yaşamı da sürdürmek aynı biçimde olanaksızdır.

Tüm post-modern eleştirilerin özcülüğe yönelttikleri eleştirinin temelinde onun insan dünyasını, evreni belirlenmiş bir biçimde kavradığı düşüncesi bulunur. Buna göre; insan tarihten hatta post-modern hermeneutiğe göre, evren tarihten ve insanın yorumundan bağımsız ele alınamaz. Burada dikkat edilmesi gereken önemli nokta, eleştirilerin hem özcü-evrenselciliği ve hem de aydınlanmacı-nominalizmi hedef almasıdır. Oysa her iki anlayıştan birçok düşünür insanı tarih içine yerleştirmenin insanı *bilinmez* kılmadığını, insanın tarihine bakıldığında yine de tüm insanları bütünleyen belli bir insan kavramının, ortak insanlık anlayışının olduğunu söylemekteler. Düşünelim ki, Sina ayda on milyon kazanıyor, her yıl yurt-içi ve yurt-dışı tatillere çıkıyor, lüks mekanlarda yaşıyor; özetle; bir eli yağda bir eli balda. Şimdi; Sina sahip olduğu bu olanakların hepsini ya da birkaçını yitirirse insan olmaktan çıkacak mı? Hiç kuşkusuz çıkmayacaktır. Buna karşın Sina'nın düşünme, eylemlerini belirleme hakkının ve olanağının ortadan kalktığını veya engellendiğini düşünelim. Elbette; düşünme, seçme, belirleme ve eyleme hakkı ve olanağı olmayan bir insan insan olarak görülemez; bunlardan yoksun bir yaşam da insansal bir yaşam olamaz. Tüm ilineksel özelliklerin tözsel kabul edildiği ve insanın ne olduğunun yavaş yavaş unutulduğu, özellikle de adaletin, doğruluğun ve iyi olanın post-modern söylemlerin relativist baskısı altında yok sayıldığı günümüzde adaletin ve mutluluğun ne kendisinin ve ne de gölgesinin bizimle olamayacağı da açıktır.

İnsan Yaşamının Kurucu Nitelikleri ve İnsanın İşlevi

Aristotelesçi anlayışta insan yaşamının kurucu nitelikleri tarih-dışı bir kavrayıştan çıkarsanmaz; tam tersine insanın tarih içinde kendini ifade etmesinin tüm biçimlerinden hareketle insan ve yaşamı tanımlanmaya çalışılır. Çünkü insanın ne olduğu sorusu yanıtlanmadan insana uygun yaşamın ne olduğu sorusu yanıtlanamaz. Gerek etik ve gerekse politik tartışmalar insanın ve insansal yaşamın kurucu özelliklerinin ne/neler olduğuna verilen yanıtlar üzerinde yükselir. Bu olmadan sosyal ve politik olanın varlık alanı oluşmaz. Başka bir ifadeyle; sosyal ve politik oluşumlar ve onların sorgulanması ancak ve ancak insanın ne olduğu ve insan yaşamının ne olduğuna ilişkin verilen bir yanıt üzerinden olanaklıdır. İnsanlar insan olma olanaklarını gerçekleştirebiliyorlar mı gerçekleştiremiyorlar mı? Tüm sosyal-politik uygulamaların ve teorilerin temelinde bu antropolojik sorular açık veya gizli bir biçimde yer alır.

İnsan yaşamına ilişkin kavrayış hiç kuşkusuz ne metafizik ne tarih-dışı ne dinsel ve ne de geleneksel bir kavrayışa dayanmak zorundadır. O hem her bir birey için geçerli ve hem de tüm insanlar için evrensel olmayı amaçlayabilir. Bu temel üzerinde biçimlenen insan anlayışı kültürlerin ve dinlerin sınırlarını aşma olanağına sahiptir. Böyle bir kavrayışın üzerinde yükseldiği temel ilke, düşünce şudur: İnsan ne kadar farklı zaman ve mekanda yaşamış olursa olsun diğer insanı/ insanları başka bir varlık olarak değil de insan olarak tanır/bilir ki bu bilme biçimi insansal yaşama biçimi ile doğrudan bağıntılıdır. Ortak insanlık düşüncesi bu bağlamda ne tarih-dışı ve ne de metafizikseldir. O tüm kültürlerde şu ya da bu biçimde az veya çok olarak bulunabilir ki bu *evrensel denilebilecek serpilmişlik* ortak insanlık duygusu bakımından iyimserliğin yeterli nedeni olabilir. Böylesi bir yönelme yalnızca içinde bulunduğumuz alışkanlık , yaşam tarzı, gelenek ve kültürün evrenselleştirilmesi değil fakat tüm insanlara yönelmesi açısından evrensel, kültürler- aşırı bir insan anlayışının olanağını verebilir. Hiç kuşkusuz bu, insanın işlevi ve insan yaşamının temel niteliklerine ilişkin belirlemenin açık uçlu olmadığı anlamına gelmez. Aristoteles insanı tamamlanmış, olup bitmiş bir varlık olarak görmez; çünkü insan olanaklar ve gereksinimler tarafından karakterize olur. İnsansal etkinlik olanaklılığı kesin koşul olarak talep eder.

Herhangi bir insan yaşamının temel öğelerine ilişkin genelleme yukarıda da belirtildiği gibi açık uçlu bir var olma olanaklılığına ilişkindir ki bunlar: 1) Ölümlülük 2) Bedensellik 3) Bilişsel kapasiteler 4) Çocukluk dönemi 5) Pratik akıl 6) Diğer insanlarla karşılıklı bağlılık.[5]

Yukarıda ifade edilen insanın yeteneklerine ilişkin belirleme hiç kuşkusuz insana ve onun yeteneklerine ilişkin mutlak bir sıralamayı dile getirmez. İnsanın potansiyellerinin ne/neler olduğu hakkındaki değerlendirme temel olanı dikkate alır ki onlar olmadan insanın insan olmasından söz edile-

(5) *supra note 3; s.55-57. Aynı zamanda bir diğer önemli çalışması için: M.C.Nussbaum; "Non – relative Virtues: An Aristotelian Approach", Midwest Studies in Philosophy 13 (1988), s. 32-53.*

mez.Yani, onlar olmadan insan için iyi yaşamın ne olduğu tanımlamaz. Sınırlılıklar söz konusu olduğunda durum farklılaşır; çünkü insan yaşamı sınırlılıklara karşı mücadele ve direnmeden oluşur. İnsan yaşamını karakterize eden onun bu yanıdır. Açlıktan kurtulma, güzel yemek yeme, arzu, hoşlanma hep bu sınırlılıkta yaşanır. Ne açlığın, ne hoşlanmanın olmadığı bir yaşam insan yaşamı değildir. Ölümlü olmasına karşın ölümsüzlük istemi insanın kendi sınırlılığına karşın gösterdiği direncin ve mücadelenin bir diğer önemli örneğini oluşturur. İnsan sevdiklerinin ölümünü asla kabul etmez.

Burada önemli olan, insanın insan olarak işlevini yerine getirebilmesinin sınırı ki bu sınırın gerisinde insan yaşamından söz etmek anlamını yitirir. Buna bağlı olarak ikinci önemli nokta; insanın insan olarak işlevini yerine getirme olanağının yokluğu ki bu da iyi bir insan yaşamından söz etmeyi olanaksız kılar. Başka bir ifadeyle, birincisi; insanın ontolojik yanına ilişkin bir sınırlama diğeri ise sosyo-politik bir sınırlamadır. Elbette sonuncusu politik yapılanma bakımından son derece önemlidir; çünkü politik yapılanmanın amacı insanların yalnızca hayatta kalmalarını temel kaygı olarak görmek değildir. Eğer bir ülkede politik yapılanma çabası insanın salt fiziksel var olmasını, varlığını sürdürmesi ile sınırlanmışsa o politik yapılanma politik değil zoolojiktir. Burada elbette dikkatli olunması gerekmektedir; çünkü yaşamdan iyi yaşama geçebilme insanın kendi seçim gücüne ve kendisini nasıl tanımladığına da bağlıdır.

Politik yapılanma insanın işlevini bu bakımdan ele almak durumundadır. Çünkü insanın temel işlevlerinden ve yeteneklerinden bağımsız sosyal-politika oluşturmak olanaksızdır. Yasaların ve sosyal politikaların kendisi böyle bir insan anlayışını göz önünde bulundurmak durumundadır. Aristotelesçi anlayış, insanı yetenekleri ve gereksinimleri bakımından şu temel belirlemeler ışığında kavrar:

1) İnsanın insanca bir yaşam sürdürme olanağı. Yaşamın güvence altına alınması. Bütünleyici bir yaşamı sürdürebilme; yaşamın yaşanmaya değer olması

2) Sağlıklı olma, uygun beslenme ve barınma, cinsel yaşamını sürdürebilme, hareket özgürlüğü

3) Gereksiz acılara ve sıkıntılara maruz kalmama; yaşamdan hoşnut olma, tat alma.

4) Bilişsel ve algısal yeteneklerini kullanabilme; hayal edebilme, isteme düşünebilme.

5) Doğa ve diğer insanlarla bağlar kurabilme; duygusallığını yaşama olanağı yani sevme, bağlar kurabilme, şiir yazabilme.

6) İyi bir yaşama ilişkin düşünceler geliştirebilme, eleştirebilme ve insanın kendi yaşamını biçimleyebilmesi.

7) Başkaları için yaşama ve başkalarıyla birlikte yaşayabilme; diğer insanlar için kaygılanma; sosyal birliktelikler kurabilme.

8) Var olanlar ile bağ kurabilme, hayvanlar, bitkiler ve genel olarak doğa ile.

9) Gülebilme, özgür zamana sahip olma ve yaşamdan sevinç duyabilme.

10) İnsanın kendi yaşamını yaşayabilmesi, başkalarının yaşamını değil. Dikte edilen bir yaşam değil, kişinin

kendi yaşamının mimarı olduğu bir yaşam.[6]

Aristotelesçi bakış açısından bunlardan herhangi birinin yokluğu insansal yaşamın özünü zedeler. Onların yokluğu/yoksunluğu insanı insan olmaktan, insan yaşamını da insan yaşamı olmaktan çıkarır. Dolayısıyla; yukarıda sayılan nitelikler sosyal politikaları değerlendirme bakımından merkezi bir öneme sahiptirler; çünkü ancak onların ışığında sosyal politikalar anlam kazanabilirler. Fakat bu on kategori içinde ikisi merkezi bir işleve sahiptir: pratik akıl ve karşılıklı bağlılık ki her ikisinin de temelinde insansal duyarlılık ve kaygı bulunur. Bu insan yaşamının vazgeçilmez yanıdır. Tüm canlılar beslenir, belli duyularını kullanır, hareket eder vb. Ancak yalnızca insan tüm bunları gerçekleştirirken kendisini de kurar ve onları kendisi kılar. Ve insan kendi insansal var oluşunu gerçekleştirirken bunu başkaları ile birlikte ve başkaları için yapar. Ama şu da doğrudur ki, insan yalnızca kendine dayanarak var olamadığı gibi yalnızca başkaları ile de var olmaz. Karşılıklı ilgi ve duyarlılıktır insanı var eden.

Özellikle ekonomik alanda neo-liberalizmin yeniden etkin olması ve bu anlayışın sosyal-politik alana taşınması insanı ve insanlığı sayısız yüzleşmelerden bir yenisine daha çağırmaktadır. Sosyal-politik alan yeni bir kavrayışın varlığına olan gereksinimi duyurmaktadır. Öyle görünüyor ki; böyle bir kavrayış olmadan ne adaletin ve ne de sosyal adaletin hiçbir anlamı olmayacaktır. Birkaç yıl önce İngiltere'de Kamu Yönetimi alanında doktora yapan bir arkadaşım yaşamın niteliği (*quality of life*) terimini kullandığı için doktora sınavında adeta düşünsel linçe uğramıştı. Yaşamın niteliği nedir? Yaşamın niteliği olur mu? Yaşamın niteliğinden ne anlaşılabilir? Tüm bu ve benzeri sorular sanki bilimsel bir çalışmanın sınırlarını aşan sorular olarak algılanmıştı. Ve de *yaşamın niteliği* deyiminin rasyonellik ve meşruluk kazanması için Nussbaum'u beklemek gerekti. Nussbaum'a göre; bir ülkenin insanlarının insan olmak bakımından kendilerini gerçekleştirme olanaklarını bilmeden biz bir ülkenin gelişimini değerlendiremeyiz.[7] Bu ise; insana ve insan için iyi olanın ne olduğuna ilişkin belli bir kavrayışı gerektirir. Çünkü buna sahip olmadan yoksulların, belli bir cinsiyete sahip olanların, toplum dışına itilenlerin, ayrımcılığa uğrayanların adaletsizlik ile karşı karşıya olup olmadıklarını bilemeyiz. Böyle bir anlayışa sahip olmadan onlara ilişkin hiçbir şey söyleyemeyiz aslında.

Gelişen ve gelişmekte olan ülkelerde yaşamın kalitesini ölçmeye yönelik *kaba kriterler* oldukça yaygındır. Bu anlayış kaynakların adil bir biçimde paylaşımına ilişkin hiçbir veriyi dikkate almaz. Çocuk ölümleri, eğitim olanağı, siyasal özgürlük, ayrımcılık vb. konular önemli değildir; çünkü bu ekonomik bakışın temelinde kişi başına düşen paranın miktarı ile yaşama kalitesi aynı şey olarak düşünülür. Para var olanlarında var olmayanlarında tek doğrulayıcı ölçü olarak alınır. Sonra; yaşam kalitesini yarar bağlamında ele alan anlayış da son derece sorunludur. İnsanlara mutlu olup olmadıkları-

(6) *supra note 3; s.58-59.*

(7) *supra note 3; s.65-67.*

nı sorarak bir yerlere varma çabası oldukça yanıltıcı olabilir. Çünkü arzular, dilekler ve tercihler oldukça özneldir ve anket sonuçlarına mutlak güven ya tuhaf bir saflığın ya da pragmatizmin avuntusu olabilir. Çünkü; zenginlik ve lüks içinde yaşamaya alışan birine ortalama bir yaşam acı verici gelebilir; sonra, yoksulluk içinde yaşayan birinin beklentisi yüksek olamaz. *Koşullar hayal gücünü de sınırlar çoğu zaman.* Dolayısıyla; pragmatist yaklaşım iyi yaşamın kriterini belirlemede oldukça sorunludur. Hindistan'da boşanmış çiftlerin sağlık durumları hakkında yapılan bir araştırma bu bakımdan çok önemli bir örnek oluşturur. Boşanmış erkekler sağlıkları konusunda çok şikayetçi iken, boşanmış kadınlar, tam tersine, sağlık durumlarından oldukça memnun olduklarını belirtirler. Ancak ilginçtir ki; yapılan sağlık taraması sonucunda kadınların sağlık durumlarının erkeklerinkinden çok daha kötü olduğu ortaya çıkar. Burada hiçbir anketin ortaya çıkarmayacağı bir gerçek söz konusudur: kadınların iyi beslenmesinin toplumda hiçbir biçimde temel bir kaygı olmaması ve de bizzat kadınların bu hastalıklı durumlarının ikinci bir doğa gibi kendilerine yapışmasıydı. Sosyal-politik bilincin gelişmesini/yükselmesini izleyen bir çalışmada sonra çalışma tekrarlandığında kadınlar sağlık durumlarına ilişkin şikayetlerini ve hoşnutsuzluklarını öncekinden farklı olarak açık bir biçimde ifade ediyorlar. Çünkü; kadınlar binlerce yıldan bu yana geleneğin ve toplumun baskısı altında ne duygusallıklarını ve ne de akılsallıklarını yaşayabildiler. O nedenledir ki; yaşadıkları yaşam hiçbir zaman onlara ait olmadı. Gözyaşları yakın, hayalleri hep uzak oldu. Ve şimdi; Aristotelesçi bakış açısından sağlık taramasına ilişkin ikinci olaya bakıldığında, kadınların kendilerine ilişkin bir olayı dile getirmeleri bakımından bir ilerlemedir; çünkü kadınların istemleri insanca yaşama arzusu ile bağlantılı hale gelmiştir. Onlar yeşeren bir yaşamın ne olduğuna, olabileceğine ilişkin daha doğru bir kavrayışa ulaşmayla; yaşamlarında nelerin/neyin eksik olduğunun da farkına varıyorlar. *Çünkü bilginin, duygunun ve özgürlüğün yokluğunda verilen yanıtlar suskun yanıtlardır.*

Acaba relativistler bu ve benzeri durumlarda ne diyebilirler, ne söyleyebilirler? Onlara göre, tüm eleştiriler, hele de bazı relativistler için özellikle Aristotelesçiler, emperyalizmin *logosa* bürünmüş açıklamasından başka bir şey vermemektedirler. Çünkü; relativistler tercihleri eleştiriden korumaya özel bir özen gösterirler; sanki geleneğin acımasız, baskıcı ve yıkıcı görüntülerinden, sonuçlarından habersizlermiş gibi. Fakat; relativistler, normatif yargıları da bir yana bırakmazlar; çünkü geleneksel olarak kabul edilmiş normları iyi olarak benimserler ve hatta onları romantikleştirirler; romantik bir haleye büründürürler. Günümüzün önde gelen değerli felsefecilerinden Betül Çotuksöken'in *Aydınlanma-Romantizm Geriliminde Türkiye* adlı makalesi bu ve benzeri dipsiz/derinliksiz düşüncelere ve felsefesiz felsefelere önemli uyarılar içermekle birlikte evrensel bir kaygıyı da açık ve derin bir biçimde dile getirir. Ortak insanlık idealinin kayboluşu ve insanların/ülkelerin kendi üzerlerine kapanmaları sonucu yalnızca şiddet yoluyla iletişime geçme olanağının ve olasılığının kendini göstermesi ki bunun ırkçılık, ayırımcılık ve

sonunda da aklın paranteze alınması ile sonuçlanması kaçınılmazdır.[8] O nedenle; Aydınlanma-Romantizm gerilimini ele alan bu çalışma düşünsel dipsizliği nominalist bir bakış açısından analiz etmesi bakımından ayrıca çok önemli ve de yol göstericidir. Çotuksöken sözü edilen çalışmada farklı olana saygı, farklı yaşam biçimlerine karşı hoşgörü için aydınlanmacı tutumun önemine doğrudan göndermede bulunurken relativizmin romantizmle buluşmasının tehlikeli sonuçlarına karşı uyanık olmaya çağırır. Hem Çotuksöken ve hem de Nussbaum farklı felsefi gelenekten gelmelerine karşın bir konuda birleşir görünürler: yaşamın kendisi günümüzün baskıcı- moda görüşleri dışında da kavranabilir. Bu bağlamda bir diğer önemli yanıt, daha öncede ifade edildiği gibi, çağımızın önde gelen ekonomi felsefecilerinden biri olan Amartya Sen'e aittir. Ona göre; bir ülkenin gelişmesi insanın yetenekleri ve kendisini gerçekleştirmesi ile bağlantılı olarak ele alınmalıdır. Sen'e göre; yaşama kalitesi yarar, kaynaklar ve servetten farklı olarak belirlenmelidir.[9] Buna en iyi örnek Finlandiya ve İsviçre'deki sosyal bilimcilerin çalışmalarıdır; çünkü onlar; gelişmeyi salt para üzerinden değil, insan yaşamının niteliği üzerinden ölçmeye/değerlendirmeye yönelirler. Böyle bir değerlendirme ise hiç kuşkusuz insana ve insansal yaşama ilişkin belirli bir kavrayışı gerektirir. İnsana ve yaşama dair hiçbir şeyin söylenemeyeceğini öne sürenler kendi kendileriyle tutarlı kalmak için susmalılar, Aristoteles'in çok önceden ifade ettiği gibi.

Şimdi de bu çalışmanın başında ifade edilen ve tartışmaya açılan anti-özcü eleştirilere dönerek Aristotelesçi anlayışın söz konusu olaylara yaklaşımının ne olduğu/olabileceği üzerinde durmak istiyorum. Bir Aristotelesçi, kişinin kendi hayal-gücünü, duygularını ve dinsel inançlarını ifade etmesine karışmaz; ama bir Aristotelesçi Sittala Devi kültü yok olacak diye de çocuklara aşı yapmaktan geri durmaz. Aristotelesçi, aşı programını uygular ve insanların tanrıları ile ilişkilerini sürdürüp sürdürmemelerini veya nasıl sürdüreceklerini kendilerine bırakır. Ama Nussbaum'un çok haklı ve güzel bir biçimde ifade ettiği gibi, eğer insanlar hastalığın ortadan kalkmasından sonra tanrılarından vazgeçerlerse bu durumda da Aristotelesçi oturup gözyaşı dökmez.

Adaletin Ontolojisinden Mutluluğun Ontolojisine

Günümüzde kendini ilerici, feminist, solcu, diyalogcu, yorumcu, subjektivist görenler ve özetle; anti-özcü ligde birleşenler nasıl bir ahlak ve adalet duygusuna sahipler? Onlar, sosyal-politik alanda ne tür bir alternatif ya da alternatifler üretebilirler?

Nussbaum insan için iki temel duygunun vazgeçilmez bir öneme sahip olduğunun altını çizerek onların ancak ve ancak belirli bir insan anlayışının benimsenmesiyle anlamlı ve olanaklı olacağını iddia eder. Bu iki temel duygu şefkat, acıma ve merhamet (*compassion; eleos*) ve saygıdır (*respect*). *Eleos;*

8) Betül Çotuksöken; "Aydınlanma- Romantizm Geriliminde Türkiye", (Muğla Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi- İLKE - Atatürk'ün Doğumunun 125. Yılı ve Cumhuriyetimizin 83. Yılı Özel Sayısı) 2006, s.24.

9) Amartya Sen; "Equality of What?" (in: Cohice, Welfare, and Measurement), Oxford, 1982.

acı çeken insana karşı yürekten, içten duyulan acı, merhamet ve şefkat anlamlarına gelir. *Eleos* üç duygusal-düşünsel öğeyi içerir ki bunlar: I) bir kişinin duyduğu acı ve sıkıntının önemsiz olmadığı II) acı çeken kişinin bilinçli olarak bu acının nedeni olmaması III) kişinin karşısındaki kişi ile talih ve talihsizlik açısından aynı *olasılıklara* ve *olanaklılığa yani kırılganlığa* sahip olduğuna inanması. Özetle; *eleos* insanın insan olması bakımından diğerleri ile aynı kırılganlıklara, aynı sınırlılıklara ve her şeyden önemlisi aynı doğaya sahip olduğuna ilişkin bir *duymayı*, bilmeyi ve anlamayı ifade eder. Şimdi; diğerinin kendisinden farklı olduğunu düşünen biri hem ortak bir insanlık anlayışına sahip olmayacaktır ve hem de acı çekmeye karşı/ acı çekenlere karşı ilgisiz, duygusuz, duyarsız ve tepkisiz olacaktır. Tarih ve edebiyat bu gerilimin sayısız örnekleriyle doludur. Ortak insan doğası, onun tanınması ve bu temelde gelişen *eleos* bireysel ve sosyal ahlakın temelidir. Rousseau'nun *Emile* adlı yapıtında bize gösterdiği şey, insanın; ortak insan duygusunu yaşayarak, duyarak öğrenmesi ile iyi ve adaletli bir birey olabileceğidir. Çünkü; *eleos* ortak insanlığı tanımayı ve paylaşmayı gerektirir. Acıma/merhamet/şefkat olmadan birimizin diğerine karşı acımasız, sert, yaralayıcı ve yok edici olmaması için hiçbir neden yoktur. Bu akıl ve yaşam arasındaki bağın da olanağına ve birlikteliğine ilişkindir.[10] Yoksa; aklın önermelerini yaşama bağıntılayacak ne var? Acıma duygusu sınıf, ırk ve cinsiyeti aşar. Ahlaksal açıdan bu farklılıklar ilinekseldir ve ahlak ile hiçbir ilgisi yoktur. Ortak insan anlayışı ve yazgısı bize hep şunu gösterir: talihsizlikler benim de olabilir.

Kökleri uzak geçmişte olan ve bugün de varlığını sürdüren anlayışa göre merhamet olmadan da diğeri ile bağıntımız olabilir. Buna göre, önemli olan acıma değil, saygıdır. Stoacılar, Spinoza ve Kant bu geleneğin en önemli temsilcileridirler. Ancak onlar için de ortak insanlık kavramı merkezi bir öneme sahiptir. Saygı ne ilineksel ne de keyfi bir biçimde ortak insanlık kavramının içeriğini oluşturur. Diğerine saygının temelinde tüm insanların aynı doğaya, kapasitelere sahip olduğu düşüncesi bulunur. Kant için saygının temeli insanlıktır; *insan her nerede olursa olsun bir araç olarak değil bir amaç olarak düşünülmelidir*. Bu kavrayış zamanı ve mekanı aşar. Ve bu kavrayış olmadan diğerine etik bir temelde yaklaşmanın hiçbir ahlaki-duygusal nedeni ve temeli yoktur.

Bu noktada sorulması gereken asıl soru şudur: relativizmin ve subjektivizmin ahlak duygusu nedir ve neye dayanır? İnsanlar için kaygılanmanın, daha geniş bir bağlamda ifade edilecek olursa, var olan için kaygı duymanın temelinde ne olabilir? Eğer yaşam ve ölüm, hastalık ve sağlık, savaş ve barış, iyi ve kötü arasında bir farklılık yok ise ve kişiden kişiye değişiyorsa yaşama ilişkin herhangi bir anlamlı, kalıcı önerme kurmanın olanağı var mıdır? Sonra; her insanın acı ve sevinç konusunda aynı şeyi duyduğunu iddia etmek olanaklı mıdır?

Relativistler kendi anlayışlarını psudo-acıma üzerinden kurar gibi görünürler; azınlıkların, dışlanmışların, ayrımcılığa uğrayanların yanlarında

(10) *supra note 3; s.70-71.*

olduklarını söylerler. Fakat bu, onların teorilerinin izin vermesinden değil bilinçsiz olarak da olsa ortak insanlık anlayışına ilişkin sahip oldukları ahlaksal duyarlılık nedeniyledir. Nussbaum subjektivistleri ve relativistleri kastederek *onların yaşama derinliğine nüfuz etmekten yoksun olduklarını; kadın olmanın gerektirdiği fiziksel özelliklerden dolayı çalışamayacaklarının kendilerine anlatılmasının ne demek olduğunu bilmediklerini, yaşamı tehdit edici hastalıklardan kurtulmak için bir tanrıçaya dua etmenin ne demek olduğunu düşünemediklerini belirtir.*[11] Nussbaum relativizmin ve subjektivizmin gerçek ahlaki duygudan yoksunluğuna ilişkin eleştirisini sertleştirerek sürdürür ve onların azınlıklar, dışlanmışlar ve ayrımcılığa uğrayanlara karşı duygularını *turist duygusallığı* olarak tanımlar. *Turist duygusallığı* ise merak, heyecan, şaşkınlık ve eğlendirici ilgiyi içerir. Çünkü; diğerinin acısını paylaşma ve kabul etme ancak ve ancak ortak insanlık duygusunu ve *insan olmayı* paylaştığımız sürece olanaklıdır. Ve ancak bu tanımadan sonra *yabancının acısı* ilgi ve heyecan konusu olmaktan çıkıp acı ve kaygıya, merak; eylemde bulunmaya, *eğlendirici ilgi*; sevgiye dönüşebilir.

Nussbaum edebiyat, felsefe, tarih ve özellikle de sosyal bilimler üzerine olan tartışmalarda egemen olan relativizm ve- elbette subjektivizm- ve onu savunanlara ilişkin çağdaş bir masal anlatır bize. Masal şöyle başlar:

Edebiyat ve teorinin sonsuz geniş alanında Textualite denilen bir gezegen varmış. Bu gezegende yaşayanlar pek insana benzerlermiş bir farkla ki onlar çok iri ve tek bir göze sahiplermiş.Onların masalına göre, kendileri dünyadan göç etmişler.Bu göç edişin amacı ataerkil otoriteden ve dualist düşünmeden kaçmak, farklılığın, gücün ve arzunun serbest oyunu ile eğlenmekmiş. Textualite gezegeninde birçok ulus varmış, kimisi zengin, kimisi fakirmiş ama ulusların kendi içlerinde de büyük eşitsizlikler varmış. Bu durumun insanların sağlıkları, eğitim düzeyleri, başka bir ifadeyle, yaşam kaliteleri üzerinde olumsuz etkileri varmış. Ancak Textualite gezegeninde yaşayanlar bunları eşitsizlik olarak görmüyorlarmış. Onlar yalnızca teoride değil, günlük yaşamlarında da Dünyalı düşünme biçimlerini bir tarafa bırakmışlar.Çünkü, Dünyalılar kendilerinin acıları ile komşularının acıları arasında bağ kurarlarmış. Diğer insanın/insanların talihsizlikleri ve sevinçleri ile birlikte yaşarlarmış. Çünkü, onlar ortak insan değerlerine ve insanın kendi varlığını gerçekleştirmesine inanırlarmış. Ama Textualite gezegeninde yaşayan insanlara yabancılar gerçekten yabancı görünürmüş. Diğeri ile ortak hiçbir yaşama öğesine sahip değillermiş. Zaman zaman Textualiteli kişiler bir araya gelir konuşurlarmış ki bu da zaten grup normunu oluştururmuş. Diğer zamanlarda da herkes kendi yararının, kendi iyisinin ve kendi çıkarının peşinden koşarmış. Onlar için herkes birbirinin cehennemi imiş.[12]

Nussbaum içinde yaşadığımız dünyanın teorik durumunun mitosunu böyle kurar ve sorar: Textualite gezegeninde yaşayanlar aç, yoksul ve tacize uğ-

(11) *supra note 3; s.72.*

(12) *supra note 3; s.72-73.*

ramış birini gördüğünde acı hissederler mi? Onlar açlığın, yoksulluğun ve sömürünün ne demek olduğunu bilirler mi? Hissedemezler, bilemezler, çünkü aralarında parçalanmışlık var; ortak insanlık duygusu yok. Bütün bunlar onlar için Dünyalılardan kalan eski moda bir düşünmedir. Çünkü biz, diğerinin açlıktan veya tacizden veya hastalıktan dolayı acı çektiğini nasıl bilebiliriz? Herkesin yaşama biçimi farklı olabilir ve biz de buna saygı duymalıyız. Farklılık ve ötekine saygı gösterme bizim en temel kaygımızdır. Dolayısıyla; farklılık oyununun en sadık aktörleri olarak onlar bu tartışmalardan uzak durur ve bu konumdakilere bakmadan saygı adına dönüp giderler.

Textualite insanları nasıl hükümet programları oluşturacaklar? Hastalıkları, cahilliği ve sömürü biçimlerini nasıl ortadan kaldıracaklar? Tarım politikalarını neye göre belirleyecekler? Sonra, niçin ve neden bunu yapacaklar? Onlar yaşama ilişkin herhangi bir yargı veremezler; bu onları hiç ilgilendirmez; çünkü ilgilenmeme ilgilerinin biçimidir. Belki de yoksulluk, acı ve hastalıkla pençeleştiğini gördüğümüz insanlar yaşama biçimlerinden hoşnutturlar. Bir diğer önemli soru da şudur: Textualiteliler birbirlerini severler mi? Yoksa insanın diğer insanı sevmesi özcü Aristotelesçilerin bir düşüncesi olup onu da zaten Dünya'da bırakmamışlar mıydı kendileri?

İyi ki, Textualite gezegeninde yaşamıyoruz. Ama radikal subjektivizm ve relativizm ekonomiden edebiyata ve özellikle de felsefeyi içten içe sarmaya başlamış görünmektedir. Kuçuradi'nin "kültüroloji" (*culturology*) veya "kültür kültü"nden söz etmesi bu noktada son derece önemli görünmektedir. Kültürün kendini kutsal ilan etmesi – halihazırda etmediyse veya ilan edilmediyse- oldukça yakındır.Çünkü bu, her türlü değer arayışının *tinsel* - gerçekte dinsel- olanda temellendirilmeye çalışılmasının bir sonucudur. Burada değerin/değerlerin felsefi bilgisinin gerçekte hiçbir işlevi yoktur.[13] Değer üzerine olan tartışmanın felsefe dışına çıkarılmasının teorik olanağını ise mutlak relativizm verir. Ve böylece; kültürel olana saygı, yaşama biçimlerinin farklılığını meşrulaştırma ile birleşir ki onların çoğu baskıcı, ataerkil, ayırımcı ve sınırlayıcı yapıdadır. Bu ise; insan olma bilincimize, duygumuza ve deneyimlerimize aykırıdır. Farklılıklarımızı tözsel kılıp ortaklıklarımızı unutma çağrısını teoriden pratiğe geçirebiliriz. Yaşam bizim için bir oyun, güç oyunu, iktidar oyunu, farklılıkların oyunu olabilir. Ve tüm bunlar teoriden çıkıp gerçeğin kendisi de olabilir. İşte o zaman ve o zaman, insan olma adına paylaşacağımız hiçbir *ortak şey* kalmayacaktır!

(13) "On Science and 'Wisdom' ", *Humana*, (Bozkurt Güvenç'e Armağan, Kültür Bakanlığı) 1994, especially see: s.346-347.

Aristoteles ve Doğal Haklar Üzerine Bir Çalışma

Esra ÇAĞRI*

Bildirinin başlığından hareketle öncelikle üzerinde duracağımız konu günümüzün önemli Aristotelianlardan biri olan Fred Miller'in Aristoteles'te 'doğal haklar' kavramının bulunduğuna ve bu kavramın onun politika üzerine olan eserlerinde merkezi bir role sahip olduğuna dair görüşleridir.[1] Ancak buna karşı öne sürülen görüşler de belli bir ağırlığa sahiptir. Örneğin Kraut, Aristoteles'te doğal haklar kavramından bahsedebileceğimizi ama bu kavramın onun politika üzerine olan eserlerinde merkezi bir rolde olamayacağını düşünmektedir.[2] Schofield ise böyle bir kavramın Aristoteles'in görüşlerinde belli bir yer kapladığını söylemenin mümkün ama olası olmadığını söylemektedir.[3] Bu nedenle de Miller'in görüşlerini belirtmenin yanında onun bu görüşlerine karşı öne sürülen eleştiriler üzerinde de durulması gerekmektedir. Öyleyse; karşımızda iki soru bulunmaktadır:

1. Aristoteles'te doğal hak kavramı ya da özel olarak hak kavramı bulunmakta mıdır?

2. Eğer böyle bir kavram varsa merkezi bir role sahip midir?

İlk soruya ilişkin olarak, doğal hak kavramı içine tam olarak nelerin girdiğini bütünsel bir biçimde belirlemek olanaksız olduğundan verilen yanıtlar doyurucu olmamaktadır. Ama Miller'in Aristoteles'in böyle bir kavram kullandığına dair varsayımından hareketle ve bu varsayımı desteklemek için temele aldığı Aristoteles'in politika üzerine olan kitaplarında öne sürdüğü görüşlerinin de yardımıyla bu kavramın tanımı ve neleri kapsadığı üzerinde durulacaktır. İkinci soruya gelindiğinde ise; Aristoteles'in böyle bir kavramı kullanmakla birlikte onun yapıtlarında doğal hak kavramının önemli ve merkezi bir role sahip olup olmadığı konusu ele alınıp tartışılacaktır.

Doğal hakların Aristoteles'te bulunduğuna dair bir iddia öncelikle onda bir hak kavramının bulunduğu kabulünü gerektirir. Bir hakkın nasıl tanımlanabileceğine ve bir hak sahibinin kim olabileceğine dair tam anlamıyla bir anlaşma bulunmamaktadır. Değişik görüş açılarına sahip insanlar hakkın ve hak sahibinin tanımının ne olduğuna dair farklı görüşler öne sürmektedirler. Çoğu zaman, bireyler kendi kararlarını verebildikleri ve diğerlerine zarar ver-

(*) Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi.

(1) Miller, F. D. (1995), Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics, Clarendon Press, Oxford.

(2) Kraut, R. (June 1996), "Are There any Natural Rights in Aristotle", Review of Metaphysics, vol.49, syf.757.

(3) Schofield, M. (1999), Saving The city: PhilosopherKings and Other Classical Paradigms, Routledge, syf. 143.

meden arzu ettikleri şeylerin peşine düştüklerinde bir özgürlük alanı yaratmalarına izin veren hak tanımları yapma arzusundayızdır. Ama temelde bulunan ortak bir iddia vardır ki o da bir hak, toplumun bir üyesinin diğer bir üyesine karşı sahip olduğu adalet iddiasıdır. Bir adalet teorisi; toplum içindeki her bir birey eğer korunma iddiasına ve ahlaki bir duruşa sahipse onların bireysel haklarını destekler. Miller'a göre de Aristoteles'in politika üzerine olan görüşleri bir hak teorisini destekler; çünkü Aristoteles ona göre adaleti bireysel bir anlamda kavramaktadır. Yani Aristoteles siyasi adaleti ortak faydayla eş tuttuğunda ortak teriminden anladığı bireysel bir şeydir.[4]

Miller bireysel terimini holistik terimine karşıt bir anlamda kullandığını öne sürmektedir. Holistik görüşte adalet toplam faydayla bir tutulmaktadır. Yani bireyler polisi daha iyi bir yer haline getirmek adına gözden çıkarılabilmektedir. Oysa ki bireysel görüşte ortak/karşılıklı fayda göz önüne alınmakta yani tam anlamıyla adil bir polis, yurttaşların ortak faydasını gözetmektedir. Polis her bir bireyin mutluluğuyla ilgilenmektedir. Miller, tam da bu anlamda Aristoteles'te bir haklar teorisinin bulunduğunu savunmaktadır.

Aristoteles'in adalet teorisi modern teorilerden farklı bir yapıya sahiptir. Bu farklı yapıyı belirleyen en önemli etkenlerden birisi polisin sahip olduğu özelliklerdir. Doğal hakları kendisine araştırma konusu edinen birisi, insanın her durumda topluluğa önce olduğunu savunmadan doğal hakların önceliğinden bahsedemez. Topluluğun sahip olduğu bütün haklar kökensel olarak bireye aittir. Oysa; Aristoteles bir insanın kendi doğasının gerçek etkinliğine bir topluluktan uzakta sahip olamayacağını ve bu nedenle topluluğun bireye önce olduğunu söyler. Bu nedenle ilk ahlaki gerçek, hakka sahip olmak değil topluluğa karşı bir göreve sahip olmaktır. Bu nedenle, Aristoteles'te polis, aileler ve daha sonra onların bir araya gelmesiyle oluşan köylerin sonucunda doğal olarak ortaya çıkan ya da gelişen bir birlik görünümündedir. Polis nispeten dini, kültürel ve sosyal yapıların birbirleriyle ilişkili olduğu küçük ve kaynaşmış bir yapıdır. Daha önceki yapıların amacı yaşamı devam ettirmek iken polisin amacı iyi yaşamı sağlamak şeklinde ortaya konmaktadır. Her polis iyiyi amaçlar ve diğer toplulukların polisi amaçlamasının nedeni de budur. Polis ötekilerin amacıdır ve onun doğasının kendisi bir amaçtır çünkü herhangi bir şeyin etkin hale gelmesi sonucunda ortaya çıkan şey, o şeyin doğasıdır. O halde polis doğal bir şeydir ve insan doğası gereği sosyal bir varlıktır. Aristoteles polisin bireye önce olduğunu düşünür çünkü bütün parçaya öncedir. Örneğin bir eli vücuttan ayırırsanız artık o el olmayacaktır ya da sadece ismen el olacaktır. O halde; birey polisten ayrı bir varlığa sahip olamaz. Aristoteles politik hakların polis öncesi bir durumdan çıkarılamayacağını düşünmektedir. Çünkü adalet tam anlamıyla poliste varlığa gelir. Miller ise bu kavrayıştan farklı olarak bireylerin polis içinde bir diğer bireye karşı hakka sahip olduğunu düşünmekte ve bu nedenle hak kavramının Aristoteles'te bulunduğunu kabul etmektedir. Bu kabulün bir sonucu olarak da doğal haklar gibi

(4) Miller, F. D., syf.90-91.

bir kavramın da onda bulunduğunu kolaylıkla söyleyebilmektedir. Bu kabulünü sağlamlaştırma noktasında da öncelikli olarak doğal haklar teorisine yöneltilen eleştirileri sıralamaktadır:

a. Doğal haklardan ancak Aydınlanma'yla birlikte ortaya çıkan doğal haklar teorisine eşit bir kullanıma sahipse bahsedebilirler.

b. Modernite öncesinde böyle bir kullanımın bulunmadığı açıktır.

c. O halde modernite öncesinde böyle bir kavram bulunamaz.

Oysa ki; Miller'a göre doğal haklardan bahsetmenin pek çok yolu bulunabilir. Örneğin doğal hukuka dayanan haklar ya da pre-politik bir doğa durumunda sahip olunan haklar. Yani bir doğal hak ya doğal hukuktan temelini alır ya da bir doğa durumunda içerilmiş olarak bulunur.[5] Adil bir poliste bir vatandaşın sahip olduğu politik haklar doğa durumunda içerilmiş olmaksızın doğal hukuktan temellenmiş olabilir. Buna bağlı olarak Miller doğal teriminin iki farklı anlamda kullanılabileceğini düşünmektedir. Geleneksel olanla karşıtlık içinde bulunan ve ikinci olarak da siyasal topluluklar oluşmadan önce varolan doğa durumunda sahip olunan haklar. Aristoteles'in böyle bir doğal hak kavramına sahip olamayacağı açıktır. Modern doğal hak teorileri hakları, evrensel ve herhangi bir sosyal ve politik bağlamdan bağımsız şeyler olarak kabul ederler.

Miller'a göre Aristoteles "Hak nedir?", "Nasıl meydana gelir? gibi sorularla ilgilenmez. Onu ilgilendiren şey, onun adalet teorisi içinde sağlam bir temele sahip olan ve politika teorisinde bulunan diğer özellikleri açıklamada yardımcı olan tanımlanabilir bir hak iddiası toplamını ileri sürmektir. Bu nedenle Aristoteles'te doğal hukuktan temel alan bir hak kavranımı varken doğa durumunda içerilmiş olan haklardan bahsedilemez. Çünkü Aristoteles'te "doğaya göre olan" ile "doğa ürünü olan" arasında bir ayrım bulunmaktadır. Buna göre nasıl ki tedavi sanatına giden yola değil sağlığa giden yola tedavi denmekteyse, doğal olan şey doğan şeyin ondan kaynaklandığı değil ona yönelik olduğu şeydir. Yani kendini tedavi eden biri doktor olabilir ama bu onun kendisini tedavi etmesinin nedenini tedavi olan kişi olarak kendinde taşıdığı anlamına gelmez. O rastlantı sonucu hem doktor hem hasta olmuştur.

Aristoteles adalet ve haktan bahsederken farklı yapılarda olsa da her zaman bir topluma göndermede bulunur. Bu nedenle Aristoteles'in doğal hukuk anlayışı insanın doğasında bulunan doğal haklara bir temel hazırlar niteliktedir. Buna bağlı olarak, Miller da doğal hakları doğa durumunda sahip olunan haklar olarak değil de doğaya dayanan haklar olarak kullanabileceğimizi belirtmektedir. Ve bu anlamda da belki de bir hak kavramından bahsedebileceğimizi söyler. Kraut'a göreyse Aristoteles'in üzerinde durduğu adalet çoğunlukla politik adalettir. Yani poliste bulunan, onun sahip olduğu ve yönetimde kullandığı adalettir.[6] Kraut bütün canlıların belli şekillerde davranmak gibi doğal bir hakka sahip olduklarını düşünmektedir. Ona göre insanlar bu haklara hem politik hem de politik olmayan koşullarda sahiptirler. Buna ör-

(5) Miller, F. D., syf.94.
(6) Kraut, R., syf. 2-4.

nek olarak da köle ile sahibi arasındaki ilişkiyi vermektedir.

Buna göre Aristoteles bütün insanların kendilerine belli şekillerde davranılmaya hakları olduğunu düşünmektedir. Aristoteles insanların bir kısmının doğuştan köle olduğunu söyler. Bunun nedeni özgür bir anne ve babadan doğmamaların yanında aynı zamanda işleve yapılacak olan bir vurgudur. Kraut'a göre köle-efendi ilişkisi efendi ancak belli bir üstünlüğe sahipse ve köle de doğal bir aşağılığa sahipse adalet içinde temellendirilebilir. Eğer bir kişi doğası gereği efendiyse köleye sahip olacaktır. Bu nedenle gücünü köle sahibi olmak için kullanması adil olmayan bir şeydir:

....ilkin öteki eşi olmadan etkinlikten yoksun kalacak şeyler çift çift birleştirilmelidir. Örneğin üreme için erkekle dişinin birliği zorunludur, çünkü öteki olmadan biri etkisiz kalır. Bu, düşünülerek yapılmış bir şey değildir; doğanın hayvanlara da bitkilere de verdiği kendi benzerlerini çoğaltma isteğinden ileri gelmektedir. Yönetenle yönetilenin birleşmesi de tıpkı bunun kadar gereklidir; bunların bir araya gelmelerinde amaç, ortak güvenliklerin korunmasıdır. Çünkü gereken şeyleri zekasıyla önceden görebilen bir kimse, doğaca yönetici ve efendidir, oysa beden gücüyle bunları yapabilen bir kimse doğaca köledir, yönetilebilenlerden biridir. Bundan ötürü, efendiyle köleyi birleştiren ortak bir çıkar vardır.[7]

Miller'ın görüşlerine göre hareket edecek olursak bu noktada şöyle düşünebiliriz: Eğer haklardan bahsedecek-sek bir efendinin köle sahibi olmaya hakkı vardır demek zorunda kalırız. Ve tam bu noktada ona bazı eleştiriler yöneltilebiliriz. Öncelikle; vatandaş olmak Aristoteles'te belli haklara sahip olmak anlamına gelmez. Grekler "vatandaşlık"ı bir iyelik olarak değil paylaşılan bir şey olarak görürlerdi. Bu bir insana sahip olduğu hakları vermekten çok bulunma yetkisine sahip olduğu yer hakkında kişinin kendisini sağlama alması anlamına gelirdi. Polisin siyasal yaşamında söz sahibi olmak, siyasal yaşamı paylaşmak anlamına gelir. Antik Yunandaki herhangi bir yurttaşın sahip olduğu hak bir yurttaş olarak sayılıp sayılmamasına bağlı olarak yasalar karşısında dava açma hakkına sahip olmaktı. Çünkü Antik Yunan'da özgür bir anne ve babadan doğan bir kişi yurttaş olarak sayılıyordu. Sağlam bir haklar kavramının çözümlenmesi apaçık bir şekilde belirlenmiş, bir topluluk içinde enine boyuna yerleşmiş ve özellikle politik ve yasal bir çatışmanın sonucuna bağlı bir tarihsel varsayım olarak kabul edilebilir. Oysa ki Antik Yunan'da politik ve yasal bir çatışma sonucu doğan haklardan bahsedilemez. İnsanların doğumları onların sahip oldukları hakları belirler bir anlamda.

MacIntyre'ın da belirttiği gibi modern öncesi toplumsal düzenlemelerde, insanlar kendi teloslarını, kendi amaçlarını doğumla edinmişlerdir. Burada kişinin yolu rastlantısal doğumundan, doğumunda toplumsal olarak belirlenmiş olan özgün istikametiyle uyum içinde kendini tamamlamasına ya da yetkinleştirmesine kadar uzanır. "Atina'da insanlar haklarım ve ödevlerim nedir?" sorusundan önce "Haklarımı korumaya ya da savunmaya nasıl başlayabilirim?" sorusunu sorarlardı. Yani prosedür sahip olunan haklara önceydi.

(7) Aristoteles, Politika, çev.: M. Tunçay, Remzi Kitabevi, 2003.

Buna bağlı olarak da öncelikle bir hak iddiasını kendisine dayandırabileceğin prosedürler bulunmalıydı. Ancak hakkı temellendirebileceğin uygun bir prosedür varsa haklar var olabilirdi.

Zaten Antik Yunan'ın politik ya da etik kelime dağarcığında hak kavramını karşılayacak genel bir terim yoktur. MacIntyre hak düşüncesinin antiklere yabancı olduğunu düşünmektedir ve böyle bir terimle ancak 14. yy.da Ockhamlı William'ın eserlerinde karşılaşabileceğimizi söylemektedir. Bunun nedeni, Ockhamlı William'ın dinsel yaşam içinde bireyler olarak Hıristiyanların, kendi kendilerine eyleyebilecekleri yani belli bir bireysel otonomiye sahip olabilecekleri bir alan yaratmış olmasıdır. Miller da bunun farkındadır ve bu nedenle Aristoteles'in eserlerinde geçen bazı terimlerin geniş bir perspektiften bakılırsa modern anlamda hak kavramını karşıladığını düşünebileceğimizi söyler. Bu iddiasını desteklemek adına Hohfeld'in ortaya koymuş olduğu haklar ayrımına başvurur.[8]

Hohfeld, hak teriminin üç terimin bağlantıda olduğu bir terim yapısına sahip olduğunu düşünmektedir: hak sahibi, belli bir tür eylem ve hakkın onlara karşı savunulduğu bir veya daha fazla birey. Ona göre hak tek bir anlama sahip bir terim olamaz. Çünkü bu tek anlamlılık, hak kavramının sahip olduğu ve birden çok olan kullanım şekillerinin hepsini içine alamaz. Bu nedenle X olarak adlandırabileceğimiz bir kişinin Y olarak adlandırılan bir diğer kişiye karşı dört farklı anlamda hak sahibi olabileceğini ya da hak iddiasında bulunabileceğini belirtir. Buna göre:

1. A olarak adlandırılan bir şeyi yapma iddiasında bulunma anlamında: X'in Y'ye karşı bir hakkı vardır ve bu durumda Y'nin de A'yı yapmak şeklinde karşılık olarak bir ödevi bulunmaktadır. Örneğin alacaklının bir borcun geri ödenmesine yönelik iddiası

2. A'yı yapma özgürlüğü veya ayrıcalığı anlamında: X'in Y'ye karşı bir hakkı olması durumunda X'in Y'ye karşı A'yı yapmaktan kaçınmak gibi bir ödevi yoktur. Örneğin mülk sahibinin kendi mülkiyetini tüketme özgürlüğü

3. A'yı yapmak için sahip olunan güç ya da otorite anlamında. Bu durumda X A'yı yaparken Y'nin bununla karşılıklı bir yükümlülüğü bulunmaktadır. Örneğin bir polis memurunun bir suçluyu tutuklaması

4. Y A'yı yaparken X'in bundan muafiyeti anlamında: X'in Y'nin A'yı yapması nedeniyle bir yükümlülüğü yoktur. Örneğin bir suçlunun suçunu itiraf etmesine karşılık olarak suçtan muafiyeti

Hakkın sahip olduğu bu dört anlam Miller'a göre şu şekildeki bir tabloyla şematize edilebilir:[9]

HOHFELD	ARİSTOTELES
Talep Hakkı (Claim)	To dikhaion
Ayrıcalık, İmtiyaz Hakkı (Liberty, Privilege)	Exousia
Yönetme, Güç Hakkı (Authority, Power Right)	Kurios
Ayrıcalık Hakkı (Immunity)	Akuros, Adeia

(8) Hohfeld, W. N.(1923), Fundemental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, New Haven, syf.15.
(9) Miller, F. D., syf. 106.

Miller Aristoteles'te bulunduğunu düşündüğü doğal hak kavramının Hohfeld'in birinci anlamda ortaya koyduğu hak kavramının karşılığı olabileceğini düşünmektedir. Bunun nedeni olarak da Miller bir adalet iddiasını, bir toplumun diğer üyelerine karşı bireyin sahip olduğu bir şeyi talep etmesi olarak kabul ettiğimiz takdirde, Aristoteles'te 'adil olan şey' bağlamında kullanılan *to dikhaion* teriminin hak kavramını da karşılayabileceğini düşünüyor olmasıdır. Ona göre *to dikhaion* Antik Yunan'da bireyler tarafından bir şeyi yapmaya hakları olması anlamında ve diğer yurttaşların düzenli yasal ve siyasal süreçler içinde bu iddiaya karşı sorumluluk sahibi olmaları anlamında kullanılmaktadır. Miller'ın bu iddiasına karşılık pek çok eleştiri yöneltilmiştir. Schofield *to dikhaion* teriminin hak olarak çevrilmesinin olanaklı ama olası olmadığını düşünmektedir. Bu şekilde çevrilen *dikhaion* terimine öznel bir anlama karşıt bir tarzda nesnel bir anlam yüklenmektedir. Schofield'e göreyse burada söz konusu olan bu terimin hak olarak var olan anlamı karşılamasından ziyade yasal bir görüşme içerir görünümde olmasıdır. Bu da Miller'in ana yönteminin, kelimelerin anlamlarını ya da çevirilerini kendi yorumu bağlamında açıklamak olduğunu göstermektedir. Zaten Schofield'e göre pek çok *scholar* Aristoteles'i kendi zamanlarındaki geçerli olan politik bağlam ışığında okuma eğilimindedir. Gerçek şudur ki *to dikhaion* terimi Aristoteles'te genel olarak sosyal ya da siyasal kurumların ya da anlaşmaların bir özelliği olma anlamında kullanılmaktadır.

Aristoteles *Nikomakhos*'a Etik adlı eserinin V. kitabında adaletin ve adaletsizliğin ne olduğu üzerinde dururken aynı zamanda onların hangi eylemlerle bağlantılı olduğunu ortaya koymaya çalışmaktadır. Yapmaya çalıştığı adaletin bir tanımını yapmaktan ziyade adaletsiz olanın ne olduğunu belirlemeye çalışmaktır. Adil olan insan adil eylemlerde bulunan ve haklı şeyler isteyen insandır. Adaletsiz insan yasaya uymayan, insanlar arasında eşitliği gözetmeyen insandır. Yasaya aykırı davranmak herkesin ortak yararını gözetmemek anlamına gelir. Adalet kendi amacını kendinde taşıyan bir erdemdir. Çünkü bu erdeme sahip olan bu erdemi yalnızca kendisi için değil başkaları için de kullanır. O halde *dike*yi sahip olduğu bu geniş bağlamdan koparıp onun sadece haklar anlamında kullanıldığını söylemek pek de mümkün görünmemektedir.

GENEL KAYNAKÇA

- Aristoteles, Politika, çev.: M. Tunçay, Remzi Kitabevi, 2003
- Barker, E. (1959), The Political Thought of Plato and Aristotle, Dover, London
- Hohfeld, W. N.(1923), Fundemental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning, New Haven
- Kraut, R. (June 1996), "Are There any Natural Rights in Aristotle", Review of Metaphysics, vol.49, syf. 755-774
- Miller, F. D. (1995), Nature, Justice and Rights in Aristotle's Politics, Clarendon Press, Oxford
- Schofield, M. (1999), Saving The city: Philosopher Kings and Other Classical Paradigms, Routledge

Çağdaş Ahlâk Kuramlarının Hukuk Felsefesine Yansımasına Örnek Olarak Lawrence Solum'un "Erdem Ahlâkına Dayalı Hukuk Kuramı"

Sercan GÜRLER*

GİRİŞ

Hukuk felsefesi ile ahlâk felsefesi arasında çok yakın bir ilişki vardır. Nitekim çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarına bakıldığında, hukukun amacı, değeri, meşruiyeti ve adalet gibi konuların ahlâk felsefesi terimleriyle ele alındığı görülür. Hatta çağdaş hukuk felsefesi kuramları, ahlâk kuramlarının hukuk alanındaki yansımalarıdır. Dolayısıyla çağdaş hukuk felsefesi kuramlarını daha iyi anlayabilmek için çağdaş ahlâk felsefesi kuramlarını daha yakından incelemek gerekir.

20. yy.ın büyük bir bölümünde ahlâk felsefesi, sonuççuluk [consequentialism] ile deontolojik etik [deontological ethics] kuramları arasındaki tartışmalara sahne olmuştur. Kökleri 18. ve 19. yy.'lara dayanan bu tartışma, Amerikalı düşünür John Rawls'un *A Theory of Justice* isimli eserinin 1971 tarihinde yayımlanmasıyla daha da bir ivme kazanmıştır. Rawls'un söz konusu eserde Kantçı bir bakış açısıyla oluşturmaya çalıştığı adalet kuramı ve buna yönelik faydacı, liberteryan ve komüniteryan eleştiriler, günümüzdeki ahlâk-siyaset-hukuk ilişkilerine dair akademik çalışmaların yönünü belirlemiştir. Diğer bir deyişle deontolojik etik ile sonuççu etik kuramları, akademik dünyada hâlâ geçerliliğini sürdürmektedir.

Genel anlamıyla sonuççuluk, bir eylemin ahlâk açısından doğruluğunun veya yanlışlığının, doğurduğu sonuca göre belirlendiğini kabul eden ahlâk kuramıdır. Sonuççuluğun günümüzdeki en önemli temsilcisi faydacılıktır. Deontolojik etik ise bir eylemin sonucuna değil, kendisine önem verir. Çünkü sonuçları ne olursa olsun bazı eylemler, ahlâk açısından doğru veya yanlıştır. Dolayısıyla bu tür eylemleri her hâlükârda gerçekleştirmek veya hiçbir surette gerçekleştirmemek gerekir. Çağdaş ahlâk felsefesinde en önemli deontolojik kuram Kantçılıktır[1].

Sonuççuluğa göre bir takım değerlerin sadece benimsenmesi önemli değildir. Bireyler hangi değerleri benimserse benimsesin, ahlâk açısından doğru olan, bu değerlerin arttırılması ve yaygınlaştırılmasıdır. Bir değere saygı duymak, ancak o değerin arttırılması sürecinin bir parçası ise ahlâk açısın-

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Araştırma Görevlisi.

(1) Sonuççuluğun ve deontolojik etiğin tanımları için bkz. James P. Griffin, "Consequentalism", **The Oxford Companion to Philosophy**, (ed.) Ted Honderich, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, pp. 154-156; Roger Crisp, "Deontological Ethics", **The Oxford Companion to Philosophy**, (ed.) Ted Honderich, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, pp. 187-188.

dan bir anlam ifade eder. Buna karşılık, sonuççu olmayan görüşlere göre bir takım değerlere saygı duymak, bu değerlerin arttırılmasını veya yaygınlaştırılmasını gerektirmez. Bir değere saygı duymak ile onu arttırmak veya yaygınlaştırmak mutlaka bir arada bulunmak zorunda değildir. Sonuççuluğa göre değerler ile kişiler arasında araçsal bir ilişki vardır. Kişilerin eylemleri ahlâk açısından başlı başına bir değer ifade etmeyebilir. Önemli olan söz konusu eylemlerin bir takım değerleri gerçekleştirmesi, çoğaltması veya yaygınlaştırmasıdır. Diğer bir deyişle bu eylemler, ancak bir takım değerleri çoğaltıyor veya yaygınlaştırıyorsa ahlâken doğru kabul edilir. Burada kişiler, değerlerin gerçekleşmesi için yalnızca aracı işlevi görmektedir. Sonuççuluk karşıtı görüşler ise değerler ile kişiler arasındaki ilişkiyi araçsal kabul etmez; kişilerin gerçekleştirdiği eylemlerin kendileri bizatihi değer taşımalıdır. Kişilerden, her bir ahlâki eylemini, değerlerin toplamda artmasını sağlayacak surette gerçekleştirmesi beklenemez[2].

Sonuççuluk karşıtı bir görüş olarak deontolojik etik, ahlâka uygun hareket etmenin, kendi kendine kural koyma ve kendini sınırlandırma ile aynı anlama geldiğini ileri sürer. Kişinin kendisinin veya toplumunun çıkarını korumak istemesi doğaldır. Fakat bu doğal istek, ahlâk alanında eylemde bulunurken bizim için yeterli bir sebep oluşturmaz. Öyle bir takım eylemler vardır ki amacı ne olursa olsun ahlâk açısından yanlıştır. Buna karşılık sonuççular için bir eylemin, doğası gereği doğru veya yanlış olması kabul edilemez. Doğruluk veya yanlışlık, eylemin sonuçlarına göre belirlenir[3].

Sonuççuluk ile deontolojik etik arasındaki ilişkiyi Rawls'un kelimeleriyle şöyle de ifade edebiliriz:

Ahlâk felsefesinin iki temel kavramı, hak ve iyidir... Dolayısıyla bir ahlâk kuramının yapısı, büyük ölçüde bu iki temel kavramı nasıl tanımladığına ve birbiriyle nasıl ilişkilendirdiğine göre belirlenir... Bunun en basit şekli teleolojik kuramların kabul ettiği gibidir: İyi, haktan bağımsız tanımlanırken; hak, iyiyi azamileştirmekle tanımlanır. Deontolojik kuramlar ise ne iyiyi haktan bağımsızlaştırır, ne de hakkı iyiyi azamileştirecek şekilde yorumlar[4].

Demek ki deontolojik etik kuramları, hak kavramını iyiden hareketle tanımlamaz; iyinin haktan önce geldiğini kabul etmez. Hakkı yerine getirmek ile iyiyi gerçekleştirmek arasında zorunlu bir ilişki yoktur[5]:

[Bir eylemin doğurduğu] sonuçların iyi olması, eylemin haklılığını garanti etmez. Deontoloji yanlısı için bu iki alan birbirinden [tamamen] ayrı olmakla kalmaz, hakkın iyiye önceliği vardır[6].

Deontolojik görüşe göre ahlâken neyin doğru, neyin yanlış olduğu, eylemden önce bellidir. Diğer bir deyişle ahlâki doğru veya yanlış, olgu tarafından belirlenmez. Kişinin bu olguöncesi yanlış eylemden kaçınabilmesini sağlayan ise kurallar, kısıtlamalar ve yasaklardır. Her ne suretle olursa olsun kişi, yanlış bir eylemi gerçekleştirmemelidir. Söz konusu eylemi gerçekleştirmemesinin daha büyük zararlara yol açtığı durumlarda bile bu zorunluluk geçerlidir. Bu anlatılanlardan da açıkça anlaşıldığı üzere, deontolojik etik kuramları, sonuççu etik kuramlarının karşısında yer alır. Zira amaçları ne rekabeti sağlamak, ne de faydayı arttırmaktır[7].

Sonuççu ve deontolojik etik kuramlarının hâkimiyetindeki akademik ahlâk felsefesi tartışmalarında, 1980'lerden itibaren bir başka etik kuramının daha yer almaya başladığı görülür. Kökleri çok daha eskilere, Eski Yunan Felsefesi'ne, özellikle de Aristoteles'e uzanan bu kuram, *erdem etiği* veya *erdem kuramı* olarak adlandırılır. Erdem etiğinin 20. yy.'da tekrar gündeme gelmesi, Elizabeth Anscombe'un 1958 tarihli "Modern Moral Philosophy" isimli makalesi ile olmuştur. Her geçen gün etkisini daha fazla hissettiren erdem etiği, günümüzde deontolojik etik ile sonuççu etiğin en önemli rakibi sayılmaktadır. Dolayısıyla diğer iki kuram ile karşılaştırılarak incelenmesi, erdem etiğinin daha kolay anlaşılmasını sağlayacaktır.

Söz konusu makalesinde Anscombe, çağdaş ahlâk felsefesinde genel kabul görmüş iki büyük etik geleneğine de yoğun eleştiriler yöneltmiş, ahlâk felsefesinin günümüzde ancak Aristoteles'in erdem etiğini yeniden gündeme getirmek suretiyle yapılabileceğini savunmuştur.

Anscombe üç tez ileriye sürer:

Bunlardan ilki, günümüzde ahlâk felsefesi yapmanın mümkün olmadığıdır. Çünkü öncelikle 'niyet' veya 'ödev' gibi ahlâk felsefesinin temel kavramlarını izah edecek felsefi bir psikoloji kuramı geliştirilmelidir. Ancak ondan sonra felsefeciler ahlâk felsefesine yönelebilir.

Anscombe'un ikinci tezi, 'ahlâki yükümlülük', 'ahlâki ödev', 'ahlâki doğru' ve 'ahlâki yanlış' gibi kavramların terk edilmesi gerektiğidir. Bu kavramlar etik tarihinin erken dönemlerinden kalmadır ve bundan böyle varlığını sürdüremez; hatta bağlamları dışında kullanıldıkları için zararlıdırlar da. Çünkü bu kavramlar 'yasa'yı çağrıştırır, dolayısıyla ancak bir 'yasa koyucu' kavramıyla birlikte düşünüldüğünde anlamlıdır. 'Yasa' veya 'yasa koyucu' gibi kavramlar ilâhi kaynaklıdır. Fakat günümüzde çoğu kişi Tanrı'ya inanmadığı için bu tarz kavramların artık bir anlamı kalmamıştır. Dolayısıyla 'yükümlülük' veya 'ödev' gibi, 'yasa' ve 'yasa koyucu' düşüncesini gerektiren kavramlar etiğin temeli olamaz.

Anscombe'un ileriye sürdüğü son tez ise İngiliz düşünürleri arasında, ne kadar birbirlerine rakip görünürlerse

(2) Philip Pettit, "Consequentialism", **A Companion to Ethics**, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 230-240, p. 231.

(3) Nancy (Ann) Davis, "Contemporary Deontology", **A Companion to Ethics**, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 205-218, p. 205.

(4) John Rawls, **A Theory of Justice**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971, pp. 24, 25. Dikkat edileceği üzere Rawls sonuççuluk terimini değil de teleoloji terimini kullanmaktadır. Bunun sebebi sonuççuluğun da teleolojik kuramlar arasında yer almasıdır. Bu bağlamda teleolojinin çevirisi "amaçbilim" iken, deontolojininki "ödevbilim"dir. Teleolojik kuramlar ile deontolojik kuramlar arasındaki fark, bu karşıtlıklardan da anlaşılmaktadır. İlkinde eylem, kendisi dışında bir değere yönelmiştir. İkincisinde ise eylemin kendisi dışında hiçbir değer söz konusu değildir.

(5) Davis, **op. cit.**, p. 206.

(6) C. Fried, **Right and Wrong**, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1978, p. 9'dan aktaran Davis, **loc. cit.**

(7) **Ibid.**

görünsünler, Sidgwick'ten beri, ahlâka yaklaşım açısından aslında pek de önemli bir farkın kalmadığıdır[8].

Kendisi daha sonra felsefeden çok psikolojiyle ilgilense de Anscombe'un bu makalesi, çağdaş ahlâk felsefecilerinin önemli bir kesimini etkilemiş ve erdem etiğinin yeniden gündeme gelmesini sağlamıştır.

Yukarıda da değinildiği gibi erdem etiğinin kökeni Aristoteles'e kadar uzanır. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'e su sözlerle başlar: "[h]er sanat ve araştırmanın, aynı şekilde her eylem ve çabanın [pursuit] bir iyiyi amaçladığı düşünülür. Bu nedenle iyi, yerinde bir ifadeyle 'her şeyin amaçladığı şey' olarak tanımlanmıştır"[9]. Fakat Aristoteles bu tanımın bir takım zorluklar içerdiğini görür ve bu eylemlerin amaç edindiği iyiler arasında farklılıklar olduğunu söyler. Bazılarının yöneldiği amaç, bizzat o eylemin kendisi iken, bazılarınınki o eylemin sonucunda ortaya çıkan şeydir. Şayet amaç, eylemin kendisi değil de sonucunda ortaya çıkacak şey ise ortaya çıkan bu sonuç, doğal olarak eylemden üstündür. Aynı türden eylemler söz konusu ise üstün olanlar diğerlerine tercih edilir. Zira diğer bütün eylemler, üstün olanların gerçekleştirilmesine hizmet eder. Şayet eylemlerimizin yöneldiği amaçların bir kısmı bizatihi kendisi için, diğer bir kısmı ise başka amaçlar için isteniyorsa hepsinden üstün bir amacın olması gerekir. Zira her şeyi, bir başka şey için isteyemeyiz. Bu bizi, sonsuza kadar devam eden bir sürece sokar. İşte diğer tüm amaçlardan veya iyilerden üstün olan bu en üstün amaç veya iyi, 'iyi'nin kendisidir[10].

Aristoteles'e göre filozoflar arasında, bu iyinin 'mutluluk' olduğu konusunda bir anlaşmazlık yoktur. Buna karşılık, mutluluğun bizatihi kendisinin ne olduğu konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Örneğin bazıları mutluluğu haz veren şey ile bazıları para ile bazıları ise makam ve mevki ile açıklamak istemiştir[11] Aristoteles ise en yüksek iyi dediği 'mutluluğun' bizatihi kendisinin ne olabileceğini araştırır. Mademki faaliyetlerimizin yöneldiği birden fazla amaç vardır ve biz bunlardan bir kısmını diğerlerini elde etmede bir araç olarak seçeriz, öyleyse bu amaçlardan hiçbirisi nihai değildir. Eğer tek bir nihai amaç varsa, işte bu bizim aradığımız en yüksek iyi olabilir. Aristoteles'e göre mutluluk, bu tür bir nihai amaçtır. Zira diğer tüm iyileri veya amaçları, örneğin hazzı, parayı, mevki ve makamı başka amaçlar için tercih ederken, mutluluğu sadece kendisi için tercih ederiz[12]. Mutluluğun ne olduğu sorusunu, insanın amacının ne olduğu sorusunu cevaplayarak bulabiliriz. Nasıl ki herhangi bir meslek veya sanat erbabının iyiliği, sahip olduğu bu meslek veya sanatın işlevini gerçekleştirmekle kazanılıyorsa aynı şey insan için niye geçerli olmasın? Fakat acaba insanın bu tür bir işlevi var mıdır? Diğer bir deyişle insan, göz ve el gibi organlarının işlevi dışında bir işleve sahip midir?

(8) G. E. M. Anscombe, "Modern Moral Philosophy", **Virtue Ethics**, (Ed.), Roger Crisp and Micheal Slote, Oxford, Oxford University Press, pp. 26-44, pp. 26, 29-30, 31.

(9) Aristoteles, **The Ethics of Aristotle, The Nicomachean Ethics**, Revised Edition, trans. J. A. K. Thompson, Penguin Books, 1976, I, i, p. 63.

(10) **Ibid.**

(11) **Ibid.**, I, iv, p. 66.

(12) **Ibid.**, I, vii, pp. 73-74.

İnsan bitkilerle, beslenme ve büyüme gibi ortak bir takım özellikleri paylaşır. Fakat bu durum, bizim aradığımız işlevin ne olduğunu göstermez. Aynı zamanda insan hayvanlarla da duyu sahibi olma özelliğini paylaşır. Demek ki bu da bize yardımcı olamaz. İnsana has bir özellik olarak geriye sadece akıl sahipliği kalır. Dolayısıyla insanın, salt insan olarak işlevi, ruhunun bir akıl ilkesine uygun etkinlikler gerçekleştirmesidir. Bir şeyin işlevinin, o türden iyi bir şeyin işlevine denk geldiği kabul edilebilir. Örneğin bir piyanistin işlevi ile iyi bir piyanistin işlevi aynıdır; ikisinin de işlevi iyi piyano çalmaktır. İnsanın insan olarak işlevi ise akla uygun hareket etmektir. Bu durumda iyi bir insanın işlevi de bunu doğru bir şekilde yerine getirmektir. Her bir işlev, ancak mükemmel bir şekilde yerine getirildiğinde, tam ve doğru bir işlevden söz edilebilir. Aristoteles'e göre bütün bunlardan çıkan sonuç şudur: "İnsan için iyi olan, ruhunun erdeme, şayet birden fazla erdem söz konusuysa bunların en iyi ve en mükemmeline uygun etkinlikler gerçekleştirmesidir." Aristoteles bir insanın bu etkinliği ömür boyunca yerine getirmesi gerektiğini de ifade etmektedir[13].

Aristoteles'in erdem etiğini bu şekilde temellendirmesi, çağdaş erdem etikçilerini de doğrudan etkilemiştir. Çağdaş erdem etikçileri, günümüzde ahlâk felsefesinin iki temel eğilim gösterdiğini ileri sürer: İlki, özellikle 20. yy.ın ikinci yarısından itibaren daha da belirginleşen faydacılık ile Kantçılık arasındaki çatışma üzerine odaklanma, diğeri teorik sorunlara hiç değinmeksizin, sadece pratik konulardaki tartışmalarla veya pratik çözümler önermeksizin sadece kelimeler ve kavramlar üzerinde duran teorik açıklamalarla yetinmedir. Her iki eğilimde de ortak olan özellik, bu tartışmaların hiçbirinde *karakter* kavramına yer verilmemesidir. Erdem etiği işte bu eksikliğin farkına varmış ve ahlâk felsefesinin amacını, değişik karakter özelliklerinin ahlâk üzerindeki etkilerini araştırmak olarak belirlemiştir[14].

Hemen her etik kuramı bir şekilde erdemden bahseder. Fakat erdem etiğini, diğer etik kuramlarından ayıran, erdeme merkezi bir yer vermesi ve kişinin eylemini değil kendisini, daha doğru bir ifadeyle *karakterini* değerlendirmeyi, çözümlemelerinin temeline koymasıdır[15]. Bu durum, etiğin temel sorusunun değişmesine yol açar. Nitekim diğer normatif etik kuramlarından farklı olarak erdem etiğinin temel sorusu, "Ne yapmalıyım?" değil "Nasıl yaşamalıyım?" başka bir deyişle "Nasıl biri olmalıyım?" şeklinde ifade edilir. Bu sorulara kısaca "Erdemli yaşamalıyım" veya "Erdemli biri olmalıyım" şeklin-

(13) **Ibid.**, I, vii, pp. 75-76. Aristoteles'e göre erdemler, *zihin erdemleri* [intellectual virtues] ve *ahlâk (karakter) erdemleri* [moral virtues] olmak üzere ikiye ayrılır. Zihin erdemleri eğitimle gelişir; dolayısıyla zaman ve tecrübe gerektirir. Buna karşılık karakter erdemleri alışkanlığın bir neticesidir; dolayısıyla bizde doğuştan bulunmaz. Zira doğuştan gelen hiçbir şey, alışkanlık neticesinde değişmez. Karakter erdemleri doğuştan gelmemekle birlikte, yani doğal bir nitelik olmadıkları hâlde, doğaya aykırı da değillerdir. İnsan doğuştan bu erdemleri elde etmeye yatkındır. Fakat bunların geliştirilmesi ancak alışkanlıkla olur; **Ibid.**, II, i, pp. 91-92.

(14) Greg Pence, "Virtue Theory", **A Companion to Ethics**, (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 249-258, p. 249.

(15) Linda Trinkaus Zagzebski, **Virtues of the Mind**, Cambridge, Cambridge University Pres, 1998, p. 78.

de cevap verilir. Dolayısıyla erdem etiği, ahlâk alanında genel ilke veya kuralların geçersiz olduğunu, en azından çok önem taşımadığını savunur. Önemli olan kişinin karakter özellikleridir; bunlar da bir takım ilke ve kurallarla açıklanamaz[16].

Erdem etiğinin diğer etik kuramlarından bir başka farkı, pratik akıl yürütmenin doğası hakkındaki kabulleridir. Hem sonuççuluk hem de deontoloji, her zaman ve her koşulda geçerli bir ahlâki akıl yürütme ilkesi veya ilkeleri olduğunu iddia eder. Örneğin Kantçı etik, söz konusu ilkeleri açıklamak için koşulsuz buyruk kavramına başvurur. Kantçı etiğe göre ahlâken doğru eylem, koşulsuz buyruğa uygun eylemdir. Koşulsuz buyruk "Öyle davran ki eyleminin ilkesi, aynı zamanda evrensel bir doğa kanunu olsun" şeklinde ifade edilir. Sonuççuluğa göre ise bir eylemin doğruluğu, sonucunda ortaya çıkardığı faydaya bağlıdır. Bu durumda faydacı ilke de şöyle olacaktır: "Öyle davran ki eyleminin sonucunda mümkün azami fayda ortaya çıksın." Dolayısıyla her iki kurama göre de bize ahlâken doğru eylemi gösterecek bir ilke daima vardır. Kantçı etik bu ilkenin koşulsuz buyrukla açıklanabileceğini iddia ederken, faydacı etik söz konusu ilkeyi fayda ilkesiyle özdeşleştirmektedir. Buna karşılık erdem etiği öncelikle bu ön kabulü reddeder: Gündelik hayat öyle karmaşık ve öngörülemezdir ki, somut ahlâki durumlar karşısında kalan kişiye, ahlâk açısından doğru tercihi yapıp doğru eylemi gerçekleştirebilmesi için, önceden belirli hiçbir ilke, hiçbir formül tam anlamıyla yardım edemez. Kişi, ancak belirli bir ahlâk algısına sahipse doğru değerlendirmelerde bulunabilir. Diğer bir deyişle, her somut olayın ve durumun kendine has bir ahlâki yanı vardır ve kişi ancak bu yanı fark ettiğinde doğru tercihte bulunup doğru eylemi gerçekleştirebilir[17].

Geçen 20 küsur yıl içerisinde gözle görülür bir gelişme göstermesine karşın erdem etiği, hukuk felsefesi alanına ancak yeni yeni uyarlanmaya başlanmıştır. Çağdaş hukuk felsefesi hâlâ deontolojik etik ile sonuççu etik kuramlarının hâkimiyeti altındadır. Bununla birlikte yine de başta Anglo-Sakson dünyasında olmak üzere, farklı pozitif hukuk dallarının önde gelen sorunlarının, erdem etiğinin temel kabulleri ile açıklanmaya çalışıldığı görülmektedir. Bu hukuk dalları arasında anti-tröst hukuku, medeni hukuk, şirketler hukuku, ceza hukuku, iş hukuku, çevre hukuku, terör hukuku, haksız fiiller hukuku, avukatlık meslek hukuku, savaş hukuku vb. bulunmaktadır[18].

Günümüzde erdem etiğinin temel kabullerini hukuka uyarlamaya çalışanlar arasında en önemli isim Amerikalı düşünür Lawrence B. Solum'dur. Solum 1990'ların başından itibaren yazdığı bir dizi makalede, erdem etiğinden hareketle bir hukuk kuramı oluşturabilmenin imkânlarını araştırmıştır. Solum'un geliştirmeye çalıştığı kuram, aslında genel bir *hukuk kuramı* değil, özel bir *yargılama kuramı*dır. Solum, erdem ahlâkına dayalı özel bir yargılama kuramının, yargılama faaliyetinin doğası ve yargıçların rolü gibi konularda, diğer yargılama kuramlarına göre daha doğru ve kapsamlı bir açıklama getirebileceğini ileri sürer. Dolayısıyla bu çalışmada öncelikle, erdem etiğinden hareketle oluşturulacak bir hukuk kuramının genel çerçevesi çizilmeye çalışılacak ve temel sorunları üzerinde durulacaktır. Erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramının; hukukun amacı, değeri ve hukuki akıl yürütmenin doğası gibi konularda, diğer hukuk kuramlarından görece üstün olduğu yönler gösterilmeye çalışılacaktır. Bu amaçla Solum'un çağdaş hukuk felsefesine yönelik düşünceleri ve geliştirmeye çalıştığı kuram ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

(16) Micheal Slote, "Virtues" maddesi, **The Oxford Companion to Philosophy**, (ed.) Ted Honderich, Oxford, New York, Oxford University Press, 1995, p. 900.

(17) Lawrence B. Solum, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", http://ssrn.com/abstract=512882, **Loyola Law School (Los Angeles) Public Law and Legal Theory Research Paper Series**, Research Paper No. 04-03, Spring 2004, Çevrimiçi, 3.09.2006, p. 19.

(18) **Ibid.**, pp. 1-2, 14-16; Ayrıca bkz. Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", **Metaphilosophy**, Vol. 34, Nos. 1/2, January 2003, pp. 178-213, pp. 179-181.

I. ÇAĞDAŞ HUKUK FELSEFESİ VE LAWRENCE SOLUM

A. Çağdaş Amerikan Hukuk Sisteminin Eleştirisi

Lawrence Solum, erdem ahlâkına dayalı bir hukuk ve yargılama kuramına neden ihtiyaç duyulduğunu açıklamak için, öncelikle mevcut ABD hukuk sisteminin içinde bulunduğu koşulları göz önüne serer. Solum'a göre günümüzde ABD hukuk sistemi, iki tehlike ile karşı karşıyadır. Birbiriyle ilişkili bu iki tehlike, ehliyetsizleşme [mediocrity] ve siyasallaşmadır[19].

Siyasallaşmanın en önemli sebebi, anayasal denetim mekanizmasının işleyiş şeklidir. Çünkü bu denetim, hemen hemen her hukuk sorununun nihai çözümünü Federal Yüksek Mahkeme'nin eline vermektedir. Federal Yüksek Mahkeme'nin nihai karar verme yetkisine sahip olması, çoğu zaman suiistimallere kapı aralamaktadır. Yüksek Mahkeme üyelerinin seçiminde siyasetçiler, kendi siyasi tercihleri doğrultusunda karar verecek yargıçları tercih etmektedir. Yargıçlar ise mevcut hukuk kurallarına göre değil de kendi kişisel görüşlerine göre karar vermektedir. Üstelik bu iki eğilim birbirini sürekli beslemektedir. Siyasetçilere göre yargıçlar, hukuki kaygılarla değil de kişisel ve ideolojik kaygılarla karar vermektedir. Dolayısıyla siyasetçiler, verilen kararlar kendi ideolojik görüşlerine uygun değilse mevcut yargıçların yerine, kendi ideolojik görüşlerine uygun karar vereceğini düşündükleri yargıçları seçme yoluna gidebilmektedir. Yargıçlar ise göreve geldiklerinde herhangi bir ideolojik önyargı taşımasalar bile, rakiplerinin ideolojik kararlar verdiğini gördükçe, kendi tarafsızlıklarından vazgeçebilmektedirler[20].

Yargıdaki bu siyasallaşma, kalitesizleşmeyi de beraberinde getirmektedir. Yargıçlar ideolojik görüşlerine bakılarak seçildiğinden, hukuka bağlılık, dürüstlük, bilgili olma, erdemli olma gibi niteliklere sahip olmaları gerekmemektedir. Bunun yerine, retorik becerisi, hukuku dolanma yeteneği vb. nitelikler öne çıkmaktadır[21].

(19) Lawrence Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Turn", **Working Paper**, October 19, 2004, p. 3.

(20) **Ibid.**, pp. 3-4.

(21) **Ibid.**, p. 4.

Şüphesiz hâlâ hukuka bağlılık ve dürüstlük gibi niteliklere sahip yargıçlar vardır. Fakat bu gidişle siyaset ile hukuk arasındaki mesafe azalacak ve bir süre sonra ortadan kalkacaktır. Bunun bedeli ise oldukça ağırdır. Hukukun siyasallaşması, hukuk üstünlüğünü ve temel insan haklarını tehlikeye atar. Bir süre sonra ise hukuk artık işlemez hâle gelir. Böylece refah ve özgürlük de ortadan kalkar[22].

B. Çağdaş Hukuk Felsefesi Kuramlarının Eleştirisi

Solum çağdaş hukuk felsefesinin iki farklı çatışma ekseni etrafında şekillendiğini belirtmektedir: hak-fayda çatışması ve realizm-formalizm çatışması. Solum'a göre bu iki çatışma da çözülecek gibi gözükmemektedir. Çünkü ileri sürülen görüşler, akli gerekçelere değil, kişisel ve öznel tercihlere dayalıdır. Dolayısıyla taraflar arasında karşılıklı etkileşim değil, retorik hâkimdir[23].

Hak-fayda çatışması çağdaş ahlâk felsefesindeki deontoloji-sonuççuluk çatışmasının hukuk alanındaki yansımasıdır. Sonuççu etik kuramlarının hukuk felsefesindeki uzantısı, "hukuk ve ekonomi" okuludur. Harvard Üniversitesi'nden Louis Kaplow ve Steven Shavell, **Fairness versus Welfare** (2002) isimli eserleri ile bu okulun en yeni ve etkili temsilcilerindendir. Daha tanınmış bir isim ise Richard Posner'dır. Deontolojik etik kuramlarının hukuk felsefesindeki uzantısı ise Ronald Dworkin'in hak temelli hukuk kuramıdır. Hak temelli hukuk kuramının diğer önemli isimleri arasında Jules Coleman, James Fleming ve Randy Barnett vardır[24].

Solum'a göre bu tartışma bir sonuca varamaz. Her iki taraf da, diğerini yok saymakta, eleştirileri dikkate almadan çalışmalarına devam etmektedir. En iyi ihtimalle kendi aralarında tartışmakta, fakat karşı tarafı görmezden gelmektedir[25].

Çağdaş hukuk felsefesine hâkim olan diğer çatışma alanı ise realizm-formalizm tartışmasıdır. Hukukta realizm, bağımsız bir akım olarak 1920-30'larda ortaya çıkmış, 1950-60'larda yerini hukukta usulcülüğe [law and process movement] bırakmıştır. Hukukta usulün önemini vurgulayan bu akıma, 1980'lerde Eleştirel Hukuk Okulu "belirlenemezcilik tezi" [indeterminacy thesis] ile karşı çıkmıştır. Eleştirel Hukuk Okulu'nun radikal belirlenemezciliği ise pek de makul olmadığı gerekçesiyle 1990'larda itirazlarla karşılaşmıştır. Nihayet günümüzde realizm, yine yükselişe geçmiştir. Solum'a göre günümüz hukuk felsefesi tartışmalarına bakıldığında, aslında bu iki akımın da haklı tarafları olabileceği yönünde bir uzlaşma var gibi gözükmektedir. Hiçbir hukuk düşünürü, yargıçların sadece bir takım hukuk kurallarına uymak suretiyle tamamen tarafsız karar verdiğini iddia etmemektedir. Şüphesiz yargıçların kararlarında kişisel, siyasi ve ideolojik görüşleri etkilidir. Buna karşılık formalistler de tamamen haksız değildir. Hukukta sadece kurallara dayanarak tarafsız kararların verilebileceği basit davalar da vardır. Yazılı hukuk, çoğu zaman yargıcın vereceği kararı belirleyememektedir. Fakat hukuka tam bir belirsizliğin olduğunu kabul etmek de pek doğru değildir[26].

(22) *Ibid.*, p. 5.

(23) *Ibid.*

(24) *Ibid.*, p. 5-6.

(25) *Ibid.*, p. 6.

Sonuçta çağdaş hukuk felsefesi tartışmalarında ileri sürülen görüşler her ne kadar canlı ve sofistike görünse de aslında ortada içinden çıkılamaz bir çözümsüzlük vardır. Solum bu çözümsüzlükten, ancak erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramı ile çıkılabileceğini iddia etmektedir[27].

Solum yukarıdaki çatışmaların, aslında iki temel pratik soruyu cevaplamaya yönelik olduğunu söyler. Bu sorular, "Hukukun amacı nedir?" ve "Hukuk kurumlarının uyuşmazlıkları çözme işlevi, en iyi hangi yolla gerçekleşir?" şeklinde ifade edilebilir. Solum'a göre erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı, her iki soruya da cevap verebilecek niteliktedir. Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramına göre hukukun nihai amacı, ne tercihlerin mümkün en iyi şekilde tatmin edilmesini sağlamak ne de bir takım hakları korumaktır; insanın maddi ve manevi varlığının gelişimini sağlamaktır. Keza erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı, hukuk kurumlarının daha iyi çalışabilmesinin yolunu, yargı mekanizmasında yer alan kişilerin, ekonomistler veya ahlâk felsefecileri arasından seçilmesi olarak görmez. Tercih edilmesi gereken, yargılama faaliyetine ilişkin bir takım erdemlere sahip yargıçların göreve getirilmesidir. Bütün bu açıklamalar kısaca şöyle ifade edilebilir: Hukuk felsefesinin merkezinde, refah, verim, otonomi veya eşitlik değil, erdem veya kişisel niteliklerin gelişimi olmalıdır. Dolayısıyla Solum'a göre hukuk felsefesi, ideoloji, hak veya fayda gibi kavramlardan çok, erdeme odaklanmalıdır[28].

Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı, hukukun doğası ve amacı konusunda zengin ve verimli bir açıklama getirir. Hem hukuk felsefesinin eski sorunlarını çözme iddiasını taşır, hem de yeni sorunlara işaret eder. Hukuk felsefesine en önemli katkısı, hukuk düşüncesi ile uygulaması arasında kopan bağları yeniden onarabileceği iddiasıdır[29].

II. ERDEM AHLÂKINA DAYALI HUKUK KURAMININ TEORİK ÇERÇEVESİ

A. Genel Olarak

Solum'a göre erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramı [virtue-centred jurisprudence], öncelikle normatif bir hukuk kuramıdır[30]. Amacı, erdem etiğinin epistemolojik ve etik kabullerini, hukuk felsefesinin temel meselelerine uyarlamaktır. Bu bağlamda erdem ah-

(26) *Ibid.*, p. 7.

(27) *Ibid.*

(28) *Ibid.*, p. 2.

(29) *Ibid.*

(30) *Solum erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramı oluştururken, yöntem olarak yukarıdan aşağı bir açıklama stratejisi izlenmesi gerektiğini söyler. Buna göre öncelikle erdem etiğinin, deontolojik ve sonuççu etik kuramlarına karşı üstünlükleri gösterilmelidir. Ardından erdem etiğinden hareketle bir siyaset kuramı oluşturulmalıdır. Nihayet bu iki aşamada elde edilen sonuçlar hukuk alanına uyarlanmalıdır. Fakat kendi çalışmalarını, sadece son aşamayla, yani erdem etiğinin hukuk felsefesindeki sonuçlarının neler olabileceğini göstermekle sınırlandırır. Hatta erdem ahlâkına dayalı genel bir hukuk felsefesi kuramından çok, bu tür bir kuramdan hareketle özel bir yargılama kuramı oluşturmayı da amaçladığını belirtir; Ibid., p. 7.*

lâkına dayalı hukuk kuramının temel iddiası şudur: "Hukukun amacını açıklama iddiasındaki diğer rakip kuramlar büyük ölçüde eksiktir; zira hukuk ile karakter arasındaki ilişki hakkında bütüncül bir izahat getirememektedir.[31]"

Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramının temel sorunlarını ise şöyle sıralamaktadır[32]:

– Yasama faaliyetinin nihai amacını açıklamada erdem etiği, diğer etik kuramlarının (hak temelli Kantçı etik ve fayda temelli sonuççuluk) karşısında bir üstünlüğe sahip midir; sahip ise bu üstünlüğü nereden gelmektedir? Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramına göre hukukun amacı, ne faydayı azamileştirmek, ne de bir takım hakları gerçekleştirmektir; vatandaşların daha erdemli insanlar olmasını sağlamaktır. Bu durumda çözümü gereken sorun, yasaların ne tür bir içeriğe sahip olması ve bunun nasıl belirleneceğidir.

– Erdem etiğinin hukuk alanına uyarlanması, meslek ahlâkı açısından ne tür sonuçlar doğurabilir? Günümüzde özellikle avukatlık hukuku alanındaki tartışmalara deontolojik etik hâkimdir. Buna göre amaç, avukat-müvekkil ilişkisinde müvekkilin özerkliğini korumaktır. Erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı açısından buradaki sorun, avukat ile müvekkil arasındaki ilişkinin meslek ilkeleri doğrultusunda nasıl kurulacağıdır.

– Adalet erdeminin kendisi, hukukun ve özellikle yargılama faaliyetinin doğasına ilişkin tartışmalarda, erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramına, doğal hukuk kuramı ile hukuki pozitivizm karşısında ne tür bir üstünlük sağlar?

Solum'un asıl amacı, yukarıda da belirtildiği gibi, erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramından hareketle oluşturulacak bir yargılama kuramının, özellikle yargıçların nitelikleri ve göreve gelme şekli konusunda, diğer yargılama kuramlarından üstün yönlerini ortaya koymaktır. Dolayısıyla kendisi, erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramının diğer sorunlarından çok, yargılama alanındaki sonuçları üzerine odaklanmaktadır.

B. Erdem Ahlâkına Dayalı Yargılama Kuramı ve Yargılama Erdemleri

Solum, sağlıklı ve adil bir yargılama faaliyetinin gerçekleşebilmesi için yargıçlarda bulunması gereken erdemleri incelemeye geçmeden önce, erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının [virtue-centered theory of judging] amaçlarını şöyle sıralar:

Yargılama faaliyetine etki eden karakter kusurları nelerdir?

Yargılama faaliyetine etki eden üstün karakter özellikleri, yani yargılama erdemleri nelerdir?

Adalet erdeminin özünü ne oluşturur?

Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının temel kavramları nelerdir?[33]

Solum yargılama erdemleri arasında öncelikle bir ayrım yapılması gerektiğini söyler. Yargılama erdemlerinin bir kısmı, bir yargıçta mutlaka bulunması gerektiğine inanılan, diğer yargılama kuramları tarafından da kabul edilen erdemlerdir. Örneğin dürüstlük, ölçülülük, tokgözlülük, kendine hâkimiyet, tarafsızlık, çalışkanlık, bilgililik, medeni cesaret, itidal, hukuk becerisi ve yeteneği bu tür erdemlerdendir. Buna karşılık yargılama erdemlerinden bazılarının, bir yargıçta bulunması gerekip gerekmediği veya en azından bu erdemlerin özünü neyin oluşturduğu tartışmalıdır. Uzlaşmaya varılamayan erdemlerin başında adalet gelir. Tartışmalı diğer iki erdem ise teorik ve pratik hukuk zekâsıdır.[34].

1. Genel Kabul Gören Yargılama Erdemleri

a. Dürüstlük ve Ölçülülük

Her ne kadar yargıçların hangi erdemlere sahip olması gerektiği konusunda tam bir uzlaşmaya varılamamışsa da bazı özelliklerin yargıçlarda kesinlikle bulunmaması gerektiği, hemen herkesin üzerinde anlaştığı bir görüştür. Yargıçlarda bulunmaması gereken bu özelliklerin başında, ahlâki düşüklük / ahlâki yozlaşma [corruption] gelir. Ahlâki düşüklüğün en bariz örneği rüşvet karşılığı karar vermedir. Bir yargıcın rüşvet karşılığı karar vermesi, bu karar şeklen doğru olsa bile, hukuk üstünlüğünün gerçekleşmesinin önünde büyük bir engeldir. Dahası insanların hukuka saygısını ve güvenini kaybetmesine de yol açar[35].

Ahlâki yozlaşmanın karşıtı olan erdem "dürüstlük"tür. Yargıçlardan ahlâki yozlaşmaya yol açacak eğilimlere karşı dirençli olması beklenir. Ahlâki düşkünlüğe yol açacak özelliklerden biri "tamahkârlık"tır [graspingness]. Aristoteles'in *pleonexia* kelimesi ile karşıladığı bu özellik, kişinin hak ettiğinden fazlasını istemesidir. Bu bağlamda tamahkârlık, zenginliği başka amaçlar için bir araç değil de kendi başına bir amaç kabul etmektir. Kendisinden daha fazla kazanan meslektaşı, tamahkâr bir yargıcı rahatsız edecektir. Diğer bir deyişle gelir seviyeleri arasındaki fark, kendisi için her zaman sorun çıkaracaktır[36].

Ahlâki yozlaşmaya yol açabilecek diğer bir özellik ise aşırı lüks içinde yaşama tutkusudur. Bu tutkuya sahip bir yargıç, daima hayat standartlarını yükseltmek için çalışır. Daha lüks yaşama tutkusu, yargıcın paraya gereğinden fazla önem vermesine ve ihtiyaçlarını karşılamak için ahlâken doğru olmayan yollara başvurmasına yol açar. Bu da ahlâki yozlaşmayla sonuçlanabilir. Bu karakter kusurunun karşısında ise ölçülülük [temperance] gelir. Bu bağlamda ölçülülük, kişinin doğal dürtülerini, arzu ve isteklerini kontrol altında tutabilme becerisidir. Bir yargıcın arzularına yenik düşmemesi gerektiği o kadar açıktır ki ölçülülük erdemi yargıçlarla neredeyse özdeşleşmiştir[37].

b. Medeni Cesaret

Burada kastedilen fiziki tehlikeler karşısındaki cesaret değildir. Yargıçlar zaman zaman toplumun genel yargılarına aykırı kararlar vermek zorunda kalabilir. Şüphesiz tüm diğer insanlar gibi yargıçlar da yaşadıkları toplumun

(31) Lawrence B. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", **Metaphilosophy**, Vol. 34, Nos. 1/2, January 2003, pp. 178-213, pp. 178-179.

(32) **Ibid.**, p. 181.

(33) **Ibid.**, p. 185.

(34) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 8, 12.

(35) **Ibid.**, p. 8. Ayrıca bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", pp. 189-190.

(36) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 9.

(37) **Ibid.**

üyeleri tarafından kabul görmek ister. Bu doğal bir ihtiyaçtır. Fakat bazen başkalarının onayını alma ihtiyacı ile adaletin gerekleri çatışabilir. Diğer bir deyişle yargıç kendisini, toplumun genel yargılarına uygun karar vermek ile adil karar vermek arasında bir tercihte bulunmak zorunda hisseder. Böyle bir durumda yargıç, adaletin gereklerini ihlâl etme pahasına, toplumca kabul görecek bir karar vermeyi tercih edebilir. Yargıçların bazı davalarda nihai ve bağlayıcı karar verme yetkisi olduğu da düşünülürse, salt toplumca kabul görme saikiyle karar vermenin, bireylerin hak ve özgürlükleri açısından ne kadar zararlı sonuçlar doğuracağı açıktır[38].

Hakkı gözetmek ile konumunu, itibarını ve saygınlığını korumak arasında tercihte bulunmak zorunda kalan bir yargıç, medeni cesarete sahip olmalıdır ki adaletin gereğini yerine getirebilsin. Bu bağlamda medeni cesaret, doğal bir ihtiyaç olan başkalarının gözünde itibar kazanma güdüsünü kontrol altında tutabilme becerisidir. Yargıç bu güdüyü sınırlı durumlarda ve ancak makul amaçlarla devreye sokmalıdır. Solum'un ifadeleriyle "medeni cesarete sahip bir yargıç, adaleti kamuoyunun sunağında kurban etmez." Bu özelliğe sahip bir yargıç, insanların kendisi hakkında iyi kanaatler edinip edinmeyeceğini, karar alma sürecini etkileyen bir unsur olarak görmez[39].

c. Öfkesine Hakim Olma (İtidal)

İtidal, Aristoteles'te *proates* terimiyle karşılanan, kişinin sinirlerine hâkim olabilme becerisidir; çok çabuk sinirlenmek ile hiç sinirlenmemek arasındaki denge hâlidir. Yargılama faaliyeti açısından bakıldığında, yargıcın aşırı sinirliliği, adalet dağıtımı konusunda insanların yargıca duydukları güvenin azalmasına yol açar. Buna karşılık, yargıcın aşırı sakin olması da doğru değildir. Eğer bir duruşma salonunda, bir kargaşa, arbede vb. durumlar ortaya çıkmışsa veya davacı tarafa yönelik bir baskı, hakaret, tehdit vb. davranışlar söz konusuysa yargıç devreye girmeli ve duruşmanın sağlıklı bir şekilde devam etmesi için gerekirse sert tedbirlere başvurmalıdır[40].

d. Çalışkanlık ve Dikkat

Solum bu iki erdemi açıklamak için ABD hukuk sistemini örnek vermiştir. ABD hukuk sisteminde yargıçlar ömür boyu görevde kalmak üzere seçilir. Solum'a göre yargıçların ömür boyu görevde kalmaları, bazen kolaya kaçıp işlerini ağırdan almalarına yol açabilmektedir. Solum burada tembellik [sloth] kelimesini kullanmaktadır. Bu bağlamda tembel bir yargıç, işinin büyük bir kısmını yanında çalışan memurlara devreden yargıçtır. Böyle bir yargıç, kararını oluştururken kolaya kaçar; kendisini fazla yormaz. Kendi görüşlerinden çok, memurların görüşlerine veya çalışmalarına başvurur. Tarafları, mümkün mertebe sulhe gitmeye teşvik eder. Bu şekilde verdiği karar, belki kolay bir karardır fakat her zaman hata riskini taşır. Diğer bir deyişle adil bir karar değildir[41].

(38) **Ibid.** Ayrıca bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 190.

(39) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", **loc. cit.**

(40) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 191.

(41) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", pp. 10-11.

Tembelliğin karşısında doğal olarak çalışkanlık yer alır. Çalışkan bir yargıç, işini cazip ve tatminkâr bulur. Vaktinin önemli bir kısmını işine ayırmaktan imtina etmez. Doğru bir karar için gerekirse normalden fazla mesai harcamayı göze alır. Tarafların sulha gitmesi, bazen faydalı olabilir. Fakat yargıç, tarafları sulha davet ederken sadece adaleti gözetmeli, sıradan sebeplere dayanmamalıdır[42]

Çalışkanlıkla yakından ilişkili olan diğer özellik ise dikkattir. İyi bir yargıç, işine özen göstermelidir. Sadece vakitten kazanmak için ayrıntıları görmezden gelmemelidir. Gerektiğinde en girift kanunları veya emsal kararları bile bıkmadan, sıkılmadan incelemeli; ondan sonra kararını vermelidir. Kararını yazarken, yoğun çalışma gerektirse bile seçtiği kelimelere, kullandığı ifadelere özen göstermelidir. Kesinliği ve açıklığı amaçlamalıdır[43].

e. Hukuk Becerisi ve Yeteneği

Solum, üzerinde hemen herkesin uzlaşacağını düşündüğü karakter özelliklerinden son olarak beceri [craft] ve yetenek [skill] üzerinde durur.

Tıpkı iyi bir okçunun yay çekme tekniğinde ustalaşması veya iyi bir mimarın gelişkin bir çizim yeteneğine sahip olması gerektiği gibi, iyi bir yargıcın da belirli bir takım becerilere ve yeteneklere sahip olması gerekir. Solum örnek olarak dil becerisini gösterir. İyi bir yargıcın, dili kullanma becerisi gelişmiş olmalıdır. İlk derece mahkemelerinde, özellikle sözlü iletişim yeteneği gerekir. Yargıç, jürilere veya duruşmada bulunan diğer herhangi birisine bazen talimat vermek zorunda kalabilir. Bu durumda sözlü iletişimin imkânlarından yararlanacaktır. Temyiz mahkemelerinde ise yazılı ifade yeteneği gerekir. Özellikle Anglo-Sakson tipi hukuk sistemlerinde, emsal karar müessesesinin işlevini sağlıklı yerine getirebilmesi, yargıçların kararlarını anlaşılabilir ve etkili bir biçimde kaleme almalarına bağlıdır. İletişim kurabilme becerisi ayrıca anlaşmazlıkların sona erdirilmesinde de önemli işlev görür. Yargıçların arabuluculuk veya hakemlik yaptığı durumlarda, taraflar arasında uzlaşmaya varılabilmesi için yargıçların müdahale etmesi gerekebilir. İletişim becerisi yüksek bir yargıç, söz konusu durumlarda tarafları barışçı bir çözüme götürebilir[44].

Solum yukarıdaki erdemlerin hemen hemen herkes tarafından kabul edileceğini söyler. Buna karşılık teorik hukuk zekâsı, pratik hukuk zekâsı ve adalet gibi erdemler ise hakkında uzlaşma olmayan erdemlerdir. Solum'a göre erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının diğer yargılama kuramlarından üstünlüğü de işte bu erdemlere yüklediği anlamdan kaynaklanır. Bu erdemler, erdem ahlâkına dayalı yargılama kuramının özünü oluşturur. Dolayısıyla bu erdemleri ayrı bir başlıkta ele almak daha faydalı olabilir.

2. Tartışmalı Yargılama Erdemleri

a. Teorik Hukuk Zekâsı

Solum'un yargıçların sahip olması gerektiğini düşündüğü erdemlerden biri de teorik hukuk zekâsıdır [judicial

(42) **Ibid.**, p. 11.

(43) **Ibid.**

(44) **Ibid.**, p. 12.

intelligence]. Buna teorik hukuki akıl yürütme becerisi de diyebiliriz. Aristoteles'in *sophia* terimiyle karşıladığı teorik bilgeliğe karşılık gelen bu erdem, hukuka ilişkin anlama ve kavrama becerisidir. İyi bir yargıç, eğitimli ve bilgili olmalıdır. En karmaşık hukuk meselelerinin bile çözebilmelidir. Bir yandan somut olaya ait verilere nüfuz etmesi gerekirken, diğer yandan söz konusu olaydaki uyuşmazlığa uygulanacak kuralların hangileri olduğuna da karar vermelidir[45].

Solum bu erdemi Frederick Schauer ve temsil ettiği realist yaklaşımı eleştirerek temellendirmiştir[46]. Schauer, yargıçların nasıl ve hangi ölçütlere uyarak seçilmesi gerektiğine dair makalesinde, Hukuk ve Ekonomi okulunun görüşleri ile realist bakış açısını birleştirmek suretiyle, başta Dworkin'inki olmak üzere çağdaş yargılama kuramlarını eleştirir. Schauer'e göre yargıçlar ve yargılama faaliyeti, diğer modern hukuk sistemlerinde de önemli bir yer işgal eder. Fakat sadece ABD'de hukuk kuramları ile yargılama kuramları bir arada değerlendirilir. Hatta hukuk felsefesi neredeyse yargılama ve yorum kuramlarına indirgenmiştir. Schauer, bu eğilimin günümüzdeki en önemli temsilcisinin Dworkin olduğunu ileri sürmektedir. Dolayısıyla çağdaş Amerikan hukuk felsefesi, büyük ölçüde zor davaların nasıl çözülmesi gerektiğine hasredilmiştir[47].

Solum, Schauer'ın görüşlerini üç temel noktadan eleştirir. Öncelikle temyiz mahkemelerinde görülen davaların hemen hepsinin zor dava olduğu görüşünü reddeder. Solum'un üzerinde durduğu ikinci nokta şudur: Temyiz mahkemelerinin gördüğü davaların hepsinin zor dava olduğunu varsaysak bile, yargıcın doğru karar verebilmesi, Schauer'ın iddiasının tersine, hukuk alanında uzman olmasına bağlıdır. Son olarak Solum, bazı davalar için belirlenemezciliğin geçerli olduğunu, fakat bu belirlenemezciliğin hukuktan değil, dava konusu olayın karmaşıklığından

(45) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 191.

(46) Solum düşüncelerini açıklarken çoğu zaman belirli bir karşı görüşü hedef alır. Dolayısıyla düşünceleri önemli ölçüde polemik niteliği taşır. Nitekim aşağıda görüleceği üzere adalet erdemini açıklarken de aynı yola başvurmaktadır. Bu kez karşısında Bernard Williams vardır.

(47) Frederick Schauer, "Judging in a Corner of The Law", **Southern California Law Review**, 61, 1987-1988, pp. 1717-1733, p. 1717. Schauer'a göre ABD temyiz mahkemeleri, ahlâki, siyasi, ekonomik, toplumsal ve kültürel karar verme mercii olarak çalışır. Buna karşın hukuk sistemi, temyiz mahkemelerinin karar verme sürecine indirgenemez. Hatta zannedildiğinin tersine temyiz mahkemeleri, ancak hukukun küçük bir bölümünü oluşturur. Schauer'ın ifadesiyle temyiz mahkemeleri "hukukun köşesinde" yer alır. Schauer bu düşüncesini temellendirmek için hukuk olayları [legal events] terimini kullanır. Hukuku bütünüyle anlayabilmek için, hayatımız içerisinde geniş bir yer işgal eden hukuk olaylarını dikkate almalıyız. Bu açıdan bakıldığında temyiz yargılamasının, bu olaylardan sadece biri olduğu görülür. Temyiz yargılamasının, hukukun sadece küçük bir bölümünü oluşturduğu kabul edildiğinde, hangi hukuk olayının, ne tür saiklerle temyiz aşamasına getirildiği sorunu gündeme gelir. Schauer, temyiz yargılamasının hukuk olaylarının tamamını temsil etmediğini düşündüğü için, genel hukuk kuramları ile yargılama kuramları arasında zorunlu bir bağlantının da olmadığını ileri sürer. Schauer'ın bu yaklaşımının, yargılama faaliyetinin doğası ve yargıçların nitelikleri konusunda bir takım sonuçları vardır. Bu noktada Schauer, Hukuk ve Ekonomi okulunun seçme varsayımı [selection hypothesis] yaklaşımına başvurur. Bu yaklaşıma göre geleneksel hukuk düşüncesi, mahkemeye intikal eden uyuşmazlıkların, kişiler arasındaki hukuk uyuşmazlıklarının tamamını oluşturduğunu varsaymakla hataya düşmektedir. Hâlbuki hukukun bir parçası olduğunu düşündüğümüz olayların büyük bir bölümü, gerçek anlamda bir hukuk uyuşmazlığı bile sayılmaz. Hukuk uyuşmazlığı olduğunu kabul etsek bile, bu olayların önemli bir bölümü dava konusu edilmez. Dava konusu edilenlerin de çok azı temyize gider. Schauer Hukuk ve Ekonomi okulunun seçme varsayımı yaklaşımından hareketle, temyiz yargılamasının, aslında ne tür bir faaliyet olduğunu açıklar. Gerçek anlamda bir hukuk uyuşmazlığında, birbirine zıt istekleri olan en az iki taraf vardır.

kaynaklandığını ileri sürer[48]. Şimdi Solum'un, Schauer'a yönelttiği üç itirazı daha yakından inceleyelim.

<u>Birinci İtiraz:</u> Teorik hukuk zekâsına kolay davalarda da ihtiyaç duyulur.

Solum öncelikle şu soruyu sorarak işe başlar: Acaba sahiden de sadece pozitif hukukun sonucu belirlemediği davalar mı yargıç tarafından karara bağlanır? Temyiz davaları açısından bir dereceye kadar belirlenemezcilik geçerli olsa da bu durum fazla abartılmamalıdır. Temyiz mahkemeleri de basit davalar görebilir. Basit davalar için de belirli bir uzmanlık gerekir[49]. Solum, temyiz mahkemelerinin çoğu zaman basit davaları gördüğü iddiasını ispat için, ampirik verilerden ve rasyonel tercih kuramından faydalanır[50]. Daha sonra, neden basit davalarda bile yargıçların teorik hukuk zekâsına sahip olması gerektiğini göstermeye çalışır.

Solum'a göre pek çok temyiz davasında hukukun belirleyiciliğinden bahsedebiliriz. Bu sebeple yargıçlar, hukuk bilgisine ve hukuki akıl yürütme becerisine sahip olmalıdır. Temyiz sürecinin hemen her aşamasında yargıçlar, teorik hukuk zekâsına ihtiyaç duyulan durumlarla karşı karşıya kalır. Yargıçlar yasa, idari işlem ve önceki davaların metnini okuyup anlayabilmelidir. Dava konusu somut olayın hukuku ilgilendiren yönünü tespit edebilmeli, uygun kuralı bulup uygulayabilmelidir[51]. Solum'a göre temyiz yargılaması sürecine daha yakından bakıldığında yargıçların bu zihinsel etkinlikleri gerçekleştirdiğinin açıkça görülür. Hatta yargıçlığın uzmanlık gerektirmediğini savunanlar bile, bu tür becerilerin, basit davaların çözümünde gerekli olduğunu kabul edecektir[52].

<u>İkinci İtiraz:</u> Zor davaların sonuçlandırılması teorik hukuk zekâsını gerektirir.

— Bazı zor davalar kavramsal hukuk sorunları içerir.

47. dipnot devamı: Bu tür durumlarda tarafların her biri, isteğinin mahkeme tarafından karşılanacağı inancını taşır. Kişinin kendi isteğinin karşılanacağına inanması, bu isteğin mahkemece fiilen karşılanacağı ihtimaline dayanır. Söz konusu isteğin mahkemece fiilen karşılanacağı ihtimali de, pozitif hukuk içerisinde bu isteğe uygun bir hükmün bulunmasına bağlıdır. Dolayısıyla uyuşmazlık olarak nitelendirebileceğimiz bir hukuk olayında, taraflardan her birinin iddiasını destekleyecek pozitif hukuk materyali vardır. Eğer pozitif hukuk, taraflardan sadece birinin iddiasını destekliyorsa ortada bir uyuşmazlık da yoktur. Çünkü iddiası desteklenmeyen tarafın, iddiasından vazgeçeceği umulur. Böylece hukuk uyuşmazlığının alanı daha da sınırlandırılmış olur. Zira gerçek bir hukuk uyuşmazlığı, ancak her iki tarafın da kendi isteklerinin mahkemece karşılanacağı inancını taşıdığı uyuşmazlıktır. Dolayısıyla Schauer'a göre temyiz davaları, tarafların her birinin iddiasının hukuk açısından eşit değerde kabul edildiği davalardır. Schauer temyiz yargılamasına konu olan uyuşmazlıkların doğasına ilişkin bu açıklamalardan sonra, yargıçların bu uyuşmazlıkları nasıl çözdüğünü ele alır. Yargıcın bir hukuk uyuşmazlığını çözerken başvurduğu yöntem takdir yetkisidir [discretion]. Schauer'a göre yargıçların takdir yetkisine sahip olduğunu pozitivistler, realistler ve hatta Dworkin bile kabul eder. Yargıcın takdir yetkisini kullanması ise ahlâki, siyasi, ekonomik ve kültürel, yani hukuk dışı öğelerden faydalanması demektir. Schauer vardığı bu sonuçtan hareketle, yargılama faaliyetinin özel hiçbir hukuk yeteneği gerektirmediğini ileri sürer. Dolayısıyla yargıçlar hukuk alanında uzman olmak zorunda değildir. Özetle yargılama faaliyeti bir hukuk uzmanlığı işi olmadığından, yargıçların seçilmesinde de özel bir yetenek veya üstünlük ölçüt olmamalıdır. (**Ibid.**, pp. 1719-1732'den özetlenerek alınmıştır.)

(48) Lawrence Solum, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", **Southern California Law Review**, 61, 1987-1988, pp. 1735-1756, p. 1741.

(49) **Ibid.**

(50) **Ibid.**, pp. 1742-1746.

(51) **Ibid.**, p. 1746.

(52) **Ibid.**

Solum'a göre bazı zor davalarda kavramsal hukuk bilgisi gereklidir. Mevcut hukukun sonucu belirlemediği temyiz davalarının çoğu, ancak özel bir hukuki düşünme tarzıyla karara bağlanabilir. Zira bu tür davalarda temyiz konusu olayın kavramsal düzeyde ele alınması, hukuk yöntemine ilişkin ayrıntılı bir bilgi ile mümkündür. Hukuk usulü alanındaki sorunlar, buna iyi bir örnek teşkil eder[53].

— Bütün zor davalarda kararlar hukuk sınırları içerisinde verilir.

Solum'a göre Schauer ve temsil ettiği realist yaklaşım, dava sonucunun pozitif hukuk tarafından belirlenmediği durumlarda, yargıcın ahlâki, siyasi ve ekonomik gerekçelere dayanarak karar verdiğini kabul etmektedir. Bu yaklaşım, temyiz kararının, sadece alt mahkemenin kararını kabul veya reddi anlamına geldiği varsayımına dayanır. Diğer bir deyişle temyiz yargıcı, özel bir hukuki karar verme sürecinin sonucunda karar vermiş değildir; böyle bir sürece ihtiyaç duymaz. Buna karşın Solum'a göre temyiz kararı sürecine daha yakından bakıldığında, yargıcın kararının pozitif hukuk tarafından sınırlandırıldığı görülür[54].

Bu noktada Solum, çağdaş hukuk felsefesinde özellikle realistler ile formalistler arasında önemli bir tartışma konusu olan hukuki belirlenimcilik-hukuki belirlenemezcilik sorununu[55] gündeme getirir ve kendisini özgün bir konuma yerleştirir. Solum'a göre söz konusu tartışmanın tarafları, yargıcın karar verme sürecinin doğası açısından belirlenemezci ve belirlenimci açıklamaların son noktayı koyduğunu varsayar. Solum buna katılmaz. Bir hukuk uyuşmazlığının çözüm şekli, belki pozitif hukuk tarafından sınırlandırılır fakat belirlenmez. Dolayısıyla Solum, *belirlenimcilik* [determinacy] ve *belirlenemezciliğin* [indeterminacy] karşısına *sınırlı belirlenimciliği* [underdeterminacy] koyar[56].

Solum, sınırlı belirlenimcilik dediği kendi yaklaşımını temellendirmek için oldukça teknik bir açıklama getirir. Sınırlı belirlenimciliği kabaca, dava sonucunun pozitif hukukun çizdiği sınırlar içerisinde çeşitlilik göstermesi şeklinde tanımlayan Solum, öncelikle iki küme varsayar ve sınırlı belirlenimciliğin bu iki küme arasındaki ilişkiye göre belirleneceğini söyler. Bu kümelerden ilki, bir davanın sonucunda ortaya çıkacak *mümkün* durumların hepsini kapsar. İkinci kümeye ise sadece hukuk tarafından kabul edilecek kararlar girer. Belirlenimcilik, belirlenemezcilik ve sınırlı belirlenimcilik, herhangi bir somut davadan hareketle, işte bu iki küme arasındaki ilişkilere göre tanımlanacaktır. Buna göre:

–Herhangi bir davada verilecek hukuken kabul edilebilir kararlar kümesinin sadece ve sadece tek bir elemanı varsa hukukun *belirli* olduğunu söyleyebiliriz. Solum'un ifadesiyle burada yargıcın verdiği karar, kuralın öngördüğü ile aynıdır [rule-bound decision].

(53) **Ibid.**, p. 1747.

(54) **Ibid.**, p. 1748.

(55) Hukuki Belirlenimcilik – Hukuki Belirlenemezcilik tartışması için bkz. Gülriz Uygur, "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, C: 51, S: 2, 2002 (ayrı basım), **passim.**

(56) Solum, "The Virtues and Vices of a Judge. An Aristotelian Guide To Judicial Selection", **loc. cit.**

–Şayet hukuken kabul edilebilir kararlar kümesi, davanın sonucunda ortaya çıkacak mümkün durumların hepsini kapsayan kümenin bir alt kümesi ise hukukun *sınırlı şekilde belirli* olduğunu söyleyebiliriz. Diğer bir deyişle yargıç kuralın rehberliğinde karar verir [rule-guided decision].

–Son olarak eğer hukuken kabul edilebilir kararlar kümesi ile mümkün bütün sonuçların oluşturduğu küme özdeş ise hukukun *belirsiz* olduğunu söyleyebiliriz. Yani karar, kuraldan tamamen bağımsızdır [unbound decision].

Bu açıklamalar ışığında Solum zor davayı, dava sonucunun pozitif hukuk tarafından sınırlı bir şekilde belirlendiği dava olarak tanımlar. Yargıç böyle bir davayı, hukuken kabul edilebilir muhtemel tüm sonuçlar arasından tercihte bulunarak karara bağlar. Davayı kimin kazandığı ve kimin kaybettiği, işte bu muhtemel sonuçlara göre belirlenir. Bir davanın zor dava sayılabilmesi için mutlaka hukuk tarafından belirlenmemiş olması gerekmez. Solum'a göre belirlenemezlik ile sınırlı belirlenmişlik arasındaki fark, çoğu zaman görmezden gelinmektedir. Oysa hukukun bütünüyle belirsiz olduğunu iddia etmek pek de makul değilken, sınırlı belirlenimcilik çok daha kolay savunulabilir bir iddiadır[57].

Sonuç olarak Solum, temyiz kararlarının salt bir kabul veya red niteliğinde olmadığını ileri sürmektedir. Örneğin davanın iadesi [remand] kararı, pozitif hukukun belirlediği sınırlar içerisinde verilir[58].

Yargıcın hukukun öngördüğü sınırlar içerisinde karar verdiğini göstermek için Solum'un üzerinde durduğu bir başka örnek ise özellikle Anglo-Sakson hukuk sisteminde önemli bir yeri olan *emsal karar* müessesesidir. Aynı konuda değişik zamanlarda farklı iki karar verildiğinde, eğer önceki kararı veren yargıcın gerekçeleri, sonraki kararı veren yargıcı bağlıyorsa emsal karardan söz edilir. Her ne kadar çoğu zaman yargıçlar bu şekilde bağlayıcı bir karar vermekten kaçınıyorsa da Solum'a göre, bir davada geçerli olan akıl yürütme biçiminin, gelecekteki davalara etki edeceği konusunda şüpheye yer yoktur. Nitekim temyiz yargıçları, kararlarında bağımsız olsa bile, gerekçelerinde pozitif hukukun sınırları içerisinde kalmak zorundadır. Diğer bir deyişle pozitif hukuk, davanın sonucunu tam anlamıyla belirlemeyebilir; fakat gerekçelendirme faaliyetinin nasıl olacağına ilişkin bazı sınırlar getirir. Dolayısıyla bir yargıcın kararının gerekçesi sadece mevcut kanunlara, Anayasa'ya veya idari düzenlemelere değil, diğer davalarda başvurulan akıl yürütmelere, sunulan gerekçelere de uygun olmak zorundadır. Bu sebeple uzman olmayan bir yargıç, ahlâki ve siyasi açıdan doğru temellere dayansa bile hukuken iyi bir karar yazamaz. Zor davalarda neden teorik hukuk zekâsına gerek duyulduğunu açıklayan bir başka sebep de hukukun bu sınırlandırıcı niteliğidir[59].

(57) Solum'un sınırlı belirlenim kavramının açıklaması için bkz. Lawrence B. Solum, "Indeterminacy", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory**, (Ed.) Dennis Patterson, Oxford, Blackwell Publishing, 1999, pp. 488-502, pp. 489-490; Lawrence B. Solum, "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", **University of Chicago Law Review**, 54, 1987, pp. 462-503, pp.473-474.

(58) Solum, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide To Judicial Selection", p. 1749.

(59) **Ibid.**

— Karara etki edecek hukuki ve hukuki olmayan sebepleri bir araya getirmek, ancak teorik hukuk zekâsı ile mümkündür.

Solum, zor davaların sonuçlandırılmasında teorik hukuk zekâsının gerekliliğine ilişkin bir başka sebep daha gösterir. Bir davada yargıcın kararına etki eden birçok ahlâki, siyasi ve ekonomik faktör olabilir. Fakat sorun, bu farklı etkenlerin hukuk içerisinde nasıl bir araya getirileceğidir. Bu anlamda iyi bir yargıç, genelleme ve sentez becerisine sahip olmalıdır. Böylece hukuk dışı unsurlarla hukuku başarılı bir şekilde bir araya getirip en doğru sonuca ulaşabilir. Bu da teorik hukuk zekâsını gerektirir[60].

Üçüncü İtiraz: Bir davanın sonuçlandırılmasında zorluklarla karşılaşılması hukukun belirsiz olmasından değil, dava konusu olayın karmaşıklığından kaynaklanır.

Solum'a göre hukukun belirsiz gibi gözüktüğü pek çok davada bu belirsizlik, hukukun kendisinden değil, olayın karmaşıklığından kaynaklanır. Bu tür davalarda hukuken kabul edilebilir bir sonuç vardır. Fakat yargıcın bu sonuca nasıl vardığı, taraflarca pek de anlaşılmayabilir. Solum bu durumu açıklamak için mühendisliğe başvurur. Bir köprü inşaatını örnek vererek, mühendislerin çok uzun ve rüzgârlı bir geçide köprü yaparken bir takım sorunlarla karşılaşabileceği ihtimalini düşünür. Bu sorunlardan ilki, mesleki kurallara uygun olmak şartıyla aynı anda iki geçerli projenin çizilmesi durumudur. Bu projelerden hangisinin gerçekleştirileceği belirsizdir. Mühendisler bu durumda estetik değer gibi teknik gerekçelerin dışında bir takım gerekçelerle karar verecektir. Diğer bir sorun ise çok daha zordur. Bu, en iyi projenin hangisi olduğunun tespit edilememesi durumudur. Burada ancak diğerlerine göre daha tecrübeli ve becerikli olan mühendis, en iyi projeyi tespit edip uygulayabilir. Solum, mühendislik alanında geçerli olan bu durumun, yukarıda bahsedilen davalarda yargıçlar için de geçerli olduğunu ileri sürmektedir. Bu tür karmaşık ve zor olayların çözümünde teorik hukuk zekâsına sahip yargıç başarılı olacaktır. Dolayısıyla yargıçların seçiminde bu niteliğe sahip yargıçlara öncelik verilmesi gerekmektedir[61].

b. Pratik Hukuk Zekâsı

Aristoteles'te *phronesis* terimiyle karşılanan genel anlamda pratik akıl yürütme becerisi [judicial wisdom], her somut durumda insanın gerçekleştirmek istediği amaçları ve bu amaçları gerçekleştirmek için gerekli araçları doğru tayin edip, doğru tercihlerde bulunmasıdır. Yargılama açısından bakıldığında ise pratik hukuki akıl yürütme becerisi veya diğer bir deyişle pratik hukuk zekâsı, genel anlamda pratik akıl yürütme becerisinin, yargıç tarafından dava konusu olayın çözümünde kullanılmasıdır. Pratik hukuk zekâsına sahip yargıç, her somut olayda, gözetilmesi gereken menfaatleri ve bu menfaatlerin gerçekleşmesi için gerekli araçları tespit edebilen yargıçtır[62].

Teorik hukuk zekâsına sahip yargıç, oldukça karmaşık hukuk meselelerinde bile, nasıl akıl yürütülmesi gerektiğini bilir. Somut olayın özellikleri ile hukuk kurallarının ve öğretide geliştirilmiş görüşlerin arasındaki ilişkiyi görebilir. Örneğin somut olayla ilgili uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak kanun maddesinin kapsamını tayin edebilir. Fakat aynı yargıç, bu teorik bilgisini, somut olayın koşullarına uyguladığında ortaya çıkacak sonuçları kestirmekte zorlanabilir.

Buna karşılık pratik hukuk zekâsına sahip yargıç, teorik becerisinin yanı sıra, başka bir takım becerilere de sahiptir. Örneğin sağduyuludur; hangi hukuk yaklaşımının, tarafların menfaatlerini daha iyi koruyacağını bilir. Yine somut olayın hangi yönünün, hukuk açısından daha önemli olduğunu tespit edebilir. Kanun maddelerinin sadece içeriğini değil, somut olaya uygulandığında nasıl bir sonuç vereceğini de kestirebilir. Son olarak dava taraflarının, taraf vekillerinin ve ilgili diğer kişilerin, yargıcın vereceği karar karşısında nasıl bir tepki vereceğini de sezer[63].

Pratik hukuk zekâsının, yargıç tarafından nasıl kullanılabileceğini görmek açısından aşağıdaki gerçek dava örneği oldukça aydınlatıcı olabilir:

Söz edilen dava, ABD'nin Massachusett eyaleti Masphee kasabası sakinleri ile Wampanoag yerlileri arasındaki bir uyuşmazlık hakkındadır. Wampanoag yerlileri, kendilerine ait topraklara, kasabalılar tarafından anayasaya aykırı şekilde el konulduğunu iddia etmiş, uyuşmazlık mahkemeye intikal etmiştir. Dava, jüri üyelerinin yerliler aleyhinde verdiği bir kararla sonuçlanmıştır. Bunun üzerine Wampanoag yerlileri, tekrar mahkemeye başvurmuş, ardından dava bir üst mahkemeye taşınmış ve bir süre daha devam etmiştir. Bu süre içerisinde kasabada gayrimenkul fiyatları bir hayli düşmüş, bazı gayrimenkuller satılamaz hâle gelmiştir. Böylece mallarını satıp bir başka bölgeye gitme kararı alan mal sahipleri zor durumda kalmıştır.

Şimdi burada adaletin gereği nedir? Davaya bakmakla görevli yargıç nasıl bir karar vermelidir ki, adalet tecelli etsin. Öncelikle şunu belirtmekte yarar var: Böyle bir durumda ne Rawls'un, ne de Nozick'in adalet kuramı sağlıklı bir sonuç verebilir. Zira Rawls'un kuramına göre, **"toplumsal ve ekonomik eşitsizlikler, en kötü durumda olanların azami faydası gözetilecek şekilde giderilmelidir."** Fakat bu somut olayda, hangi tarafın toplumsal ve ekonomik açıdan en kötü durumda olduğu, ancak dava sonuçlandıktan sonra ortaya çıkacaktır. Örneğin mahkeme, Wampanoag yerlileri lehine karar verirse en iyi durumda onlar olacaktır; aleyhine karar verirse bu kez de en kötü durumda olacaklardır. Buna karşılık Nozick'in kuramına göre, **"bir insanın sahip olduğu şeyler, kazanma ve başkasına devretme sürecinde adalet ilkelerine uygun davranılarak hak edilmiş ise adildir."** Fakat dava konusu tam da budur: Kazanma ve devretmede kimin adilane davrandığı, ancak dava sonucunda ortaya çıkacaktır.

Davanın bu aşamasında yerlilerin temsilcisi, mahkemenin de kabul ettiği şu çözümü önermiştir: "Bir dönüm ve bir dönümden daha az olan araziler[in], ya da bu ölçülerdeki araziler üzerine kurulu evler[in] dava konusu olmaktan çıkarılması..."

(60) *Ibid.*

(61) *Ibid., p. 1750.*

(62) *Ibid., pp. 1752-1753.*

(63) *Ibid., p. 1753.*

Davanın sürdüğü dönemde hiçbir yasa, küçük ev sahiplerini koruyamadığı gibi, bu yönde getirilecek herhangi bir öneri yasalaşma imkânına da sahip değildir. Buradaki çözüm, bir dönümden az arazilerin çıkarılması sonrasında, dava konusu olacak arazi miktarı ile durumdan etkilenecek ilgili tarafların sayısı arasında oraniama yapan, basit ama etkili bir akıl yürütmenin sonucunda bulunmuştur. Aristotelesçi erdem anlayışının kabul ettiği, daha çok ile daha az arasında yargıda bulunmanın sonucu işte budur[66].

c. Adalet

Yargılama faaliyeti ile adalet arasındaki ilişki o kadar yakındır ki, "Bir yargıcın sahip olması gereken özellikler nelerdir?" diye sorulduğunda, hemen herkesin ilk aklına gelen özellik adalettir. Hatta Amerikan hukuk dünyasına bakıldığında, yüksek mahkeme üyelerine adalet anlamına gelen "Justice" denildiğini, yine mahkeme salonları için kullanılan terimin adalet salonu anlamına gelen "Hall of Justice" olduğunu ve nihayet yargıçların gerçekleştirdiği faaliyet için de adaletin dağıtımı anlamına gelen "Administration of Justice" ifadesinin tercih edildiğini görürüz[65].

Adalet ile diğer yargılama erdemleri arasındaki ilişkiye bakıldığında da adaletin merkezde yer aldığını söyleyebiliriz. Bir yargıcın yukarıda bahsedilen tüm erdemlere sahip olması mümkündür. Fakat eğer bu yargıç adil değilse diğer erdemlerin pek bir anlamı kalmadığı ileri sürülebilir. Örneğin öyle bir yargıç düşünelim ki, diğer tüm erdemlere sahip olsun, fakat adil olmasın. Böyle bir yargıcın iyi bir yargıç olmadığı rahatlıkla ileri sürülebilir. Yine öyle bir yargıç düşünelim ki, diğer hiçbir erdeme sahip olmasın, fakat adil olsun. Bu kez de söz konusu yargıcın, eğer kararları adilse pekâlâ iyi bir yargıç olduğunu iddia edebiliriz. Diğer bir deyişle kişisel hayatı ahlâk açısından ne kadar kusurlu olursa olsun, bir yargıcın verdiği kararlar adilse o yargıç adil bir yargıçtır denebilir. Adalet olmaksızın iyi bir yargılama faaliyetinden bahsedemeyiz. Dolayısıyla adalet, diğer yargılama erdemlerinin başında gelir[66].

Bir erdem olarak adalet, çok genel ve yaygın kabul gören bir tanımla, herkese hak ettiğini verme eğilimidir. Böyle bir tanım şüphesiz çok soyuttur ve ilk bakışta adalet erdemi hakkında pek fazla şey söylemez. Dolayısıyla bir adalet tanımı vermektense adalet erdeminin içeriğini belirleyen belli başlı özellikler üzerinde durmak daha faydalı olabilir. Bu özellikler, 'tarafsızlık', 'hukuka uygunluk' ve 'hukuk sezgisi'dir[67].

Solum'a göre erdeme dayalı bir yargılama kuramının merkezinde adalet erdeminin bulunmasına karşın, adaletin ne tür bir erdem olduğunu tespit etmede bir takım zorluklarla karşılaşılır[68]. Adaletin, diğer erdemler gibi bir

(64) Davanın alındığı kaynak için bkz. Alasdair MacIntyre, **Erdem Peşinde**, çev. Muttalip Özcan, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2001, ss. 229-230.

(65) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 194.

(66) **Ibid.**

(67) Solum, "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", p. 32.

(68) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 195.

itidal durumu olup olmadığı tartışmalıdır. Eğer adalet, herkese hakkını vermek ise adaletin zıddı nedir? Aristoteles'in itidal durumu olarak şemalaştırdığı erdem yaklaşımından hareket edildiğinde bireyler açısından adalet, kişinin, hak ettiğinden ne fazlasını, ne de azını alması şeklinde tanımlanabilir. Fakat kişinin hak ettiğinden azını alması çoğu zaman adaletsizlik olarak görülmez. Söz konusu yargıç olduğunda iş daha da zorlaşır. Zira yargıçlar adaleti gerçekleştirirken, kendileri için herhangi bir talepte bulunmaz[69]. Adalet erdemi, cesaret, kendine hakim olma, ölçülülük gibi diğer erdemler gibi değilse ne tür bir erdemdir? Adalet de diğerleri gibi bir karakter özelliği midir? Solum burada, adalet erdeminin doğası hakkında farklı bir yorum getiren Bernard Williams'a atıf yapar. Kendi görüşlerini, Williams'ı eleştirmek suretiyle açıklar. Dolayısıyla bu noktada Williams'ın yaklaşımına kısaca bakmak faydalı olacaktır.

Bernard Williams'a göre adil bölüşüm kavramı, adil kişi kavramından önce gelir. Adil kişi, adil bölüşümden yana olan, adil bölüşümün gerçekleşmesi için çalışan kişidir. Bir karakter özelliği olarak adalet, her somut durumda hakkaniyeti gözetme eğilimidir. Aristoteles'in *epieikes* dediği kişinin niteliğidir. Buna karşın herhangi bir bölüşümün adil olup olmadığı, söz konusu kişinin karakter özelliğinden bağımsızdır. Kişinin, herhangi bir bölüşüm biçimi için adildir veya değildir demesi, söz konusu bölüşümün gerçekten adil olması veya olmaması anlamına gelmez[70].

Adil kişi, her türlü adaletsiz bölüşüm biçimine karşı çıkar. Bu bölüşüm biçimlerinin, hangi niyetle gerçekleştirildiği önemli değildir. Aynı şey kişinin kendisi için de geçerlidir. Kişi, adaletsizliğe yol açacağı pek çok durumla karşı karşıya kalabilir. Ayrıca adaletin gerçekleşmesine engel teşkil edecek bir takım karakter özelliklerine de sahip olabilir. Adil kişi, bütün bunlara direnebilen kişidir. Bunun için de, cesaret vb. diğer erdemlere ihtiyaç duyabilir. Buna karşın adaletin kendisi, başlı başına bir niyet teşkil eder. Adaleti gözetmek ve adaletsizliğe karşı çıkmak, kendi başına yeterlidir. Adil olmak için, adil tercihlerde bulunmak ve adaletsizlikten kaçınmak tek başına yeterlidir[71].

Görüldüğü gibi Williams, adalet kavramının kendisine öncelik vermektedir. Adaletin doğasının anlaşılmasında, adalet erdemine sahip kişinin, şu veya bu davranışı adil bulması önemli değildir. Öncelikle adalet kavramı tanımlanmalıdır. Bir kişinin tercihlerinin adil olup olmadığına, bundan sonra karar verilmelidir. Solum, işte bu noktada Williams'a karşı çıkar ve kendi kuramı için merkezi öneme sahip adalet erdemini temellendirmek için tam aksi bir açıklama getirir.

Solum'a göre Williams'ın yaklaşımı, erdem merkezli bir yargılama kuramı açısından sorunludur. Şayet adalet kavramı, adalet erdeminden önce geliyorsa normatif bir yargılama kuramı,

(69) **Ibid.**

(70) Bernard Williams, "Justice as a Virtue", **Essays on Aristotle's Ethics**, (Ed.) Amelie Oksenberg Rorty, London, England, University of California Press, 1980, pp. 189-199, pp. 196-197

(71) **Ibid.**, p. 197.

erdem merkezli olamaz. Williams'ın yaklaşımından hareket edildiğinde, yargıçların adil bir kararı nasıl vereceği sorusunun cevabı, öncelikle adil bir kararın ne olduğu sorusunun cevaplanmasını gerektirecektir. Bu durumda, hangi yöntemin adil bir karara götüreceği üzerinde durulmalıdır. Dolayısıyla bu yaklaşımda erdemler, amaç değil, sadece adil karara götürecek araç niteliğindedir. İyi yargılama ile karakter ve zihin erdemleri arasındaki ilişki rastlantısaldır. Sonuç olarak adalet erdemi, önceden oluşturulacak bir hakkaniyet kuramından hareketle belirlenecektir. Bunun tersi, yani hakkaniyete ilişkin bir kuramın adalet erdeminden hareketle belirlenmesi söz konusu olmayacaktır[72].

Williams'ın tersine Solum, adil bir kararın diğer erdemlerden bağımsız olmadığını düşünür. Ancak uygun karakter özellikleri olan bir yargıç, önündeki davayı adalete uygun bir şekilde karara bağlayabilir. Hâlbuki Williams'ın yaklaşımından hareket edildiğinde, adaletin korkaklık, tamahkârlık vb. karakter kusurlarıyla bağdaşmadığını söylemek, bir anlam ifade etmeyecektir[73].

Solum kendi görüşünü daha sağlam temellere oturtmak için, yukarıda da belirtildiği gibi, adalet erdemine biraz daha yakından bakmayı ve adaletin içeriğini oluşturan karakter özelliklerini incelemeyi tercih eder. Bu özellikler *tarafsızlık* [judicial impartiality], *hukukun bütünlüğünü gözetme* [judicial integrity] ve *hukuk sezgisi*dir [legal vision].

— **Tarafsızlık:** Bu bağlamda tarafsızlık, yargıcın önüne gelen uyuşmazlığın taraflarına eşit derecede sempati ve empati göstermesidir. Yargıç, taraflardan herhangi birine, diğerinin aleyhine imtiyaz göstermemelidir. Her iki tarafın da istek ve çıkarlarını gözetmelidir[74].

— **Hukukun bütünlüğünü gözetmek:** Burada Solum, Dworkin'in geliştirdiği "bütünlük olarak hukuk" yaklaşımından faydalanır[75]. İyi bir yargıç, hukuka bağlılığa önem vermeli, hukukun tutarlılığını ve bütünlüğünü gözetmelidir[76]. Solum bu özelliğin adalet erdemi açısından niçin önemli olduğunu şöyle açıklar. Hukukun bütünlüğünü gözetmenin, adaletin vazgeçilmez bir özelliği oluşu, hukuk ile adalet arasındaki yakın ilişkiden kaynaklanır. Hukuk ile adalet arasında yakın bir ilişki olduğunu kabul etmek ise sağduyunun bir gereğidir. Makul bir hukuk sisteminde, kişilerin adalet gereği hak ettikleri ile kişilere mevcut yasalarca tanınan haklar arasında denklik vardır. Zira hukuk sisteminin tanıdığı haklar ile ahlâki ve siyasi haklar örtüşür. Diğer bir deyişle böyle bir hukuk sisteminde adalet, hukuka uygunlukla tanımlanır. Hukuka uygun bir kararın, aynı zamanda adil de kabul edilmesinin diğer sebebi de hukukun üstünlüğüne duyulan saygıdır. Hukukun düzenli, kamuya açık ve genel olması, mevcut hukuktan ayrılmamayı gerektirir. Yargıç herhangi bir yasanın doğru olmadığını düşünse bile, onu uygulamaktan kaçınamaz. Aksi takdirde kesinlik ve tutarlılık tehlikeye girer[77].

— **Hukuk sezgisi:** Adalet, her somut olayın, pozitif hukukun kapsamına giren yönlerini tespit edebilme becerisini gerektirir. Bu beceri, ancak hukuk sezgisine sahip yargıçlarda gelişir. Bu bağlamda hukuk sezgisi, hukukun içeriğini bilme ve amacını tayin edebilme becerisidir. Hukuk sezgisine sahip yargıç, her somut olayda, söz konusu amaca uygun özellikleri bulup çıkarır. Adalet erdemi hukuk sezgisini gerektirdiğinden, pratik hukuk zekâsı ile de yakından ilişkilidir[78].

Sonuç olarak Solum, erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının temel çerçevesini oluşturan kavramları şöyle tanımlamaktadır[79]:

–*Yargılama erdemi*, zihin veya iradenin doğal bir eğilimidir. Diğer yargılama erdemleriyle birlikte, yargıca adil kararlar vermede güvenilir bir imkân sağlar. Başlıca yargılama erdemleri tok gözlülük/gönüllülük, cesaret, itidal, hukuk zekâsı, bilgelik ve adalettir.

–*Erdemli bir hâkim*, yargılama erdemlerine sahip hâkimdir.

–*Erdemli karar*, somut olayın şartlarına uygun erdemleri kendisinde taşıyan bir yargıcın, bu erdemlere dayanarak verdiği karardır.

Hukuken doğru karar ise bir yargıç tarafından somut olayın şartlarına uygun verilen karardır[80].

3. Erdem Ahlâkına Dayalı Yargılama Kuramına Göre Adaletin İki İşlevi Erdem ahlâkına dayalı yargılama kuramının, diğer yargılama kuramlarından üstünlüğü, adalet erdemine yüklediği anlamdadır. Bu tür bir yargılama kuramında adalet merkezde yer alır. Bu sebeple adalet erdeminin işlevlerine ayrı bir başlıkta yer vermek daha uygundur. Bu noktadan hareketle yargılama faaliyetinin işleyişine bakıldığında, adaletin iki tür işlev gördüğü söylenebilir: *hukuka uygunluk olarak adalet* ve *hakkaniyet olarak adalet*. Şimdi bu iki farklı adalet uygulamasını inceleyelim.

a. Hukuka Uygunluk Olarak Adalet

Gerek basit davalar, gerekse zor davalar olsun, hukuk kurallarının dava sonunda verilecek kararı belirlediği durumlarda, adalet ne tür bir işlev görür? Bu konuda, erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramı ile diğer rakip yargılama kuramları arasında önemli bir fark yoktur. Normatif yargılama kuramlarının hemen hepsi, bu tür durumlarda, yasaların lâfzına uyulması ve herkese eşit uygulanması suretiyle adaletin gerçekleşeceğini kabul eder. Diğer bir deyişle adalet, eşitlikle aynı

(72) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", pp. 195-196.

(73) Ibid., p. 196.

(74) Ibid. Ayrıca bkz. Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 10.

(75) Solum, "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", p. 197, ff. 64.

(76) Ibid.

(77) Ibid.

(78) Ibid.

(79) Ibid., p. 198.

(80) Solum hukuken doğru karar-erdemli karar ayrımını, bütünüyle erdemlere dayanarak verilen karar ile böyle olmadığı hâlde, yine de hukuken doğru sonuca ulaştıran kararı birbirinden ayırmak için kabul eder. Erdemli bir karar, erdemli bir yargıç tarafından, salt erdemlere dayanarak, yani ahlâki gerekçelerle verilen karardır. Buna karşılık hukuken doğru karar, erdemlere dayanmaksızın veya bu tür bir kaygı taşımaksızın, sadece somut olayın özellikleri ve ilgili hukuk kuralları dikkate alınarak verilen karardır. Dolayısıyla örneğin bir yargıcın rüşvet karşılığı İakat hukuk kurallarına uygun verdiği karar, şüphesiz erdemli bir karar değilken, hukuken doğru bir karar sayılabilir; Ibid., ff. 66.

şeydir. Şüphesiz, yasaların neden eşit uygulanması gerektiğine ilişkin gerekçeler konusunda farklı normatif kuramlar, farklı açıklamalar getirir. Örneğin faydacı yargılama kuramı, yasaların eşit uygulanması sonucunda ortaya çıkacak faydaya dikkati çeker. Kantçı yargılama kuramı ise birey haklarının korunması üzerinde durur. Fakat sonuçta iki kuram da yargıçların, hukuka uygun karar vermesi için adalet erdemine sahip olması gerektiğini kabul eder[81]. Peki, erdem etiğine dayanan bir yargılama kuramının farkı nedir?

Diğer yargılama kuramlarından farklı olarak, erdem etiğine dayanan bir yargılama kuramına göre erdemler, yargılama sürecinin ayrılmaz parçasıdır. Dolayısıyla hukuk kurallarının somut olaya uygulanması ve doğru sonuca ulaşılması, ancak erdemlerin dikkate alınmasıyla mümkün olur. Kuralların somut olaya uygulanması, kendi başına gerçekleşen bir süreç değildir. Genel ve soyut bir kuralın, özel ve somut bir duruma uygulanması daima pratik akıl yürütme faaliyetini gerektirir. Ancak pratik hukuki akıl yürütme becerisine sahip bir yargıç, kuralların doğru şekilde uygulanmasını sağlar. Gerek kuralların ne anlama geldiği, gerekse doğru uygulanıp uygulanmadığı pratik akıl yürütme aracılığıyla bilinir[82].

Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının, diğer rakip kuramlardan bir başka farkı ise aynı konuda, aynı anda iki doğru ve erdemli karar ortaya çıktığında nasıl bir sonuca varılacağı noktasında görülür. Bir hukuk sisteminde, aynı olay hakkında, erdemli iki yargıç tarafından, doğru fakat birbiriyle çelişen iki farklı karar verilebilir. Bu durumda ya bunlardan birini *hukuken doğru karar*, diğerini de *hukuken yanlış karar* olarak nitelendirmek ve *hukuken yanlış kararı* erdemli karar olarak nitelendirmemek ya da kararların ikisini de *hukuken doğru karar* ve aynı zamanda erdemli karar olarak nitelendirmek gerekir. İlk durumda hukuken sadece tek bir doğru karar olabileceği tezini savunmak, ikinci durumda ise erdemli karar ile *hukuken doğru kararı* özdeş kabul etmek söz konusu olacaktır. Erdem etiğine dayalı bir yargılama kuramı, iki yargıcın aynı olaya ilişkin iki farklı ve birbiriyle çelişen karar verebileceğini kabul eder. Bu iki karar, eğer erdemli iki yargıç tarafından verilmişse *hukuken doğru karar* kabul edilebilir. Buna karşılık bu iki karar, erdemli olmayan yargıçlar tarafından verilmişse *hukuken yanlış karar* sayılır. Üstelik erdemli bir yargıcın verdiği karar ile erdemli olmayan bir yargıcın verdiği karar, aynı olsa bile sonuç değişmeyecektir: Erdemli yargıcın verdiği karar *hukuken doğru karar*, erdemli olmayanınki *hukuken yanlış karardır*[83].

Solum, adaletin hukuka uygunluk şeklinde ortaya çıktığı durumları açıklamak için, ayrıca Aristoteles yorumcusu Richard Kraut'un görüşlerinden de faydalanır. Kraut, hukuk (law) olarak çevrilen Eski Yunanca *nomos* teriminin, aslında pozitif hukuktan daha fazlasını karşıladığını söylemektedir. Kraut'a göre:

> Aristoteles adil bir kişinin, geniş anlamıyla *nominos* olduğunu söylerken, bu kişi ile kanunlar, kurallar ve mevcut toplumun büyük bir kısmınca kabul edilen gelenekler arasındaki ilişkiye belirli bir özellik atfeder. Adalet, sadece bir toplumun yasa koyucuları tarafından yapılan düzenlemelerle değil, toplum üyelerinin davranışlarını düzenleyen çok daha geniş bir kurallar kümesiyle de ilgilidir. Keza, adil olmayan bir kişinin karakteri, sadece yazılı kuralların ihlâlinde değil, içinde yaşadığı toplumun kabul ettiği kurallara aykırılıkta da ortaya çıkar.
>
> Aristoteles'in kullandığı şekliyle *nomos* teriminin, bizim kullandığımız 'hukuk' teriminden ayrıldığı bir başka nokta daha vardır: Aristoteles, *nomoi* terimini, kendi döneminde Eski Yunanlılar'ın kullandığı *psephismata* teriminden ayırır. Bu terim, yaygın bir şekilde 'kararname' [decrees] olarak çevrilir. Kararname, mevcut tek bir olayı düzenleyen bir hukuk işlemidir. Gelecekteki benzer olaylara uygulanacak bir hüküm değeri taşımaz. Buna karşılık *nomos*'un daha geniş bir düzenleme alanı vardır: Sadece mevcut olaylara değil, gelecekte ortaya çıkması beklenen olaylardan oluşan daha genel bir olaylar kategorisine uygulanır[84].

Solum, Kraut'un açıklamalarını takip ederek, Aristoteles'in kararname ile düzenleme yapmayı, tiranların bir özelliği olarak kabul ettiğini söyler. Zira kararname, hukukun değil, bireylerin koyduğu bir kuraldır. Kararname ile düzenleme yapmak süreklilik ve tutarlılık açısından sorunludur. Süreklilik ve tutarlılık ise insan toplumlarının gelişmesi için vazgeçilmez değerdedir[85]. Kraut, Aristoteles'in adalet anlayışını yorumlamaya şöyle devam etmektedir:

> Aristoteles'in, niçin adaletin en geniş anlamıyla hukuka uygunluk olarak tanımlanabileceğini düşündüğünü ve niçin hukuka uygun davranan kişiye yüksek bir değer verdiğini şimdi [daha iyi] anlayabiliriz... Aristoteles'in [hukuk] tanımı şu kabule dayanır: Her toplum yüksek düzeyde bir düzeni gerektirir. Bu düzen, geleneklerden ve kurallardan oluşan sabit bir bünye ile olur olmaz gerekçelerle [frivolously] ve öngörülemez şekilde [unpredictably] değişmeyen, tutarlı bir hukuk sistemine sahip olmakla gerçekleşir. Adalet, en geniş anlamıyla, zihinle ve duygularla ilgili bir beceridir. Kişi, toplumunun kurallar ve kanunlardan oluşan değişmez bir düzene sahip olması amacıyla, kendi üzerine düşeni yapabilmesi için bu beceriye ihtiyaç duyar[86].

Solum'a göre Aristoteles'in bu şekilde yorumlanması, adalet erdeminin siyasi ideolojinin bir yansıması olduğu şeklindeki görüşü çürütür. Her bir yargıç, kendi adalet anlayışına dayanarak karar verdiğinde, yargılama faaliyeti, ideolojik bir çatışma hâline gelir. Hukuk, siyasi hareketlerin gölgesi altında kalır. Buna karşılık Aristoteles'in yaklaşımından hareket edildiğinde, iyi yargıcın *nominos* olduğu kabul edilir. Bu nitelikte bir yargıç ise hukuka uygunluğun önemini fark eder. Böylelikle hukuka ve toplumunda geçerli kurallara dayanarak karar verir[87].

(81) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 16-17.

(82) Ibid., p. 17.

(83) Ibid., p. 17-20.

(84) Richard Kraut, **Aristotle: Political Philosophy**, 2002, p. 105-106'dan aynen aktaran Lawrence B. Solum, "Judicial Selection: Ideology Versus Character", **Cardozo Law Review**, 26, 2004-2005, pp. 659-689, p. 681-682.

(85) Solum, **op. cit.**, p. 682.

(86) Richard Kraut, **Aristotle: Political Philosophy**, 2002, p. 106'dan aynen aktaran Solum, **op. cit.**, p. 682.

(87) Solum, **loc. cit.**

b. Hakkaniyet Olarak Adalet

Solum, hakkaniyet olarak adaleti açıklamak için yine Aristoteles'e başvurur. Aristoteles hakkaniyet [equity, fairness] ile adalet arasındaki ilişkiyi şöyle açıklamaktadır:

> Zorluğa yol açan şudur: Hakkaniyet adalete uygundur; fakat hukukun öngördüğü adalete değil. Hakkaniyet, hukuk adaletinin eksiğini tamamlar. Bunun anlamı, hukukun tümel olduğu (genel ilkeler koyduğu), buna karşılık genel terimler aracılığıyla doğru ifade edilemeyen bir takım şeylerin de bulunduğudur. Bu sebeple, genel terimlerle ifade edilmesi gereken, fakat bunun pek de mümkün olmadığı olaylarda hukuk, söz konusu olayların [tek tek her birini değil de] ancak genelini hesaba katar; bu şekilde hata yapıldığının farkında olmaksızın. Her şeye karşın yine de hukuk hatalı değildir. Hata, ne hukukta, ne de yasa koyucudadır; olayın doğasından kaynaklanır. Zira insan davranışının kendisi de aslında böyledir. (Yani eylemlerimizin gerçekleştiği koşullar, tatminkâr bir şekilde genelleştirilemeyecek kadar biricik ve karmaşıktır.)
>
> Dolayısıyla hukuk genel bir kural koyduğunda ve bu kuralın düzenleme alanına giren istisnai bir durum ortaya çıktığında, yasa koyucu, kullandığı dilin genelliğinden ötürü, söz konusu durumu öngörmede yetersiz kalmışsa, [yargıç için] doğru olan, yasa koyucunun kendisi aynı konumda olsaydı ve mevcut koşulları bilseydi nasıl hareket edecek idiyse aynı şekilde hareket ederek, bir kural koymak suretiyle bu eksikliği gidermektir[88].

Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının, diğer normatif yargılama kuramlarından üstünlüğü, Aristoteles'in hakkaniyet kavramına yüklediği bu anlamdan kaynaklanır. Hakkaniyet kavramının önemi, hukuk kurallarının somut olayda verilecek kararı belirlemediği durumlarda daha iyi anlaşılır. Burada söz konusu olan, bir hukuk kuralının, herkese eşit uygulansa bile hakkaniyet duygumuzla çelişmesidir. Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramı, bu tür durumlarda hukuka uygunluk olarak adaletin değil, hakkaniyet olarak adaletin devreye girmesi gerektiğini söyler. Hakkaniyet olarak adaletin gerçekleşmesi ise ancak pratik hukuk zekâsı ile mümkündür[89].

Bir hukuk kuralı, ne kadar ideal formda düzenlenirse düzenlensin, somut hayat olaylarının karmaşıklığı karşısında yine de yetersiz kalabilir. Erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramı, işte bu olasılığı dikkate alarak, hakkaniyet olarak adaleti öne çıkarmaktadır. Dolayısıyla ancak erdem ahlâkına dayalı bir yargılama kuramının, hakkaniyet olarak adalete ilişkin tutarlı ve bütüncül bir izah getirebileceği rahatlıkla söylenebilir[90]

III. YARGILAMA ERDEMLERİNİN ELDE EDİLMESİ VE GELİŞTİRİLMESİ

Aristoteles, zihin erdemlerinin eğitim ve tecrübe sayesinde, karakter erdemlerinin ise alışkanlık ve temrin ile geliştirilebileceğini söylemektedir. Solum'a göre Aristoteles'in bu düşüncelerini rahatlıkla yargılama erdemlerine de uyarlayabiliriz. Teorik hukuk zekâsı ile pratik hukuk zekâsının geliştirilmesi

(88) Aristoteles, op. cit., 1137a35-1137b24, p. 199.

(89) Solum, "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", p. 20.

(90) Ibid., pp. 20-21.

için, yargıçların hukuk eğitimi almaları, hukuk uygulamalarında bulunmaları ve hukuka saygı göstermeyi öğrenmeleri gerekir. En iyi yargıçların, uzun bir süre avukat olarak çalışmış veya tecrübeli yargıçların yanında yetişenlerin arasından çıkma ihtimali daha yüksektir[91].

Örneğin teorik hukuk zekâsı, öncelikle hukuk eğitimi almış ve uygulamalı olarak hukukla ilgilenmiş kişilerde daha fazla gelişir. Keza yargıçların, yüksek görevlere getirilmeden önce alt derece mahkemelerinde çalışması, bu becerilerinin gelişmesi için faydalıdır[92].

Ölçülülük, medeni cesaret, itidal, adalet, özellikle de hukukun üstünlüğüne saygı gibi erdemler de ancak, bu tür erdemlere dayanarak karar vermek suretiyle alışkanlık kazanılması sonucunda geliştirilebilir. Dolayısıyla sıradan bir insanın bu erdemlere sahip olması pek mümkün değildir[93].

Nihayet pratik hukuk zekâsı da ancak avukat veya yargıç olarak çalışmakla elde edilebilir ve geliştirilebilir. Avukat veya yargıç olarak çalışmak, kişiye kuramsal hukuk bilgisinin somut olayda nasıl işleyeceğini öğrenme imkânı verir. Ayrıca yargıca, ilgili kişilerin dava sonucundan nasıl etkilenebileceğine ve nasıl tepki vereceğine ilişkin bir sezgi kazandırır; neyin hukuk açısından önemli ve değerli olduğunu anlamasını sağlar. Uygulamanın içinden gelmeyen birisi, kişisel gayreti ile belki hukuka ilişkin kuramsal bilgi edinebilir veya hukuka saygıyı öğrenebilir; fakat somut olayın özelliklerini dikkate alarak, hangi amacın takip edilmesi ve bunun için hangi araçların kullanılması gerektiğine karar veremez[94].

SONUÇ

Hukukun, tamamen hukuk dışı unsurlardan, yani kişisel görüşlerden; siyasi, ahlâki, dini ve felsefi kanaatlerden bağımsız olduğu şeklinde bir iddianın, günümüzde pek de savunulur yanı yoktur. Fakat bu unsurların, hukukun özünü oluşturduğu da söylenemez. Aksi takdirde, hukukun üstünlüğü, hukuk güvenliği, kişi hak ve ödevleri gibi hukuk düşüncesinin yüzyıllar içerisinde edindiği kazanımların pek anlamı kalmaz. Dolayısıyla hukukun doğası ve özü hakkında daha sağlıklı bir bilgi edinebilmek için, hukuka çok yönlü bir bakışla eğilmek, bu arada insan doğası ile hukuk doğası arasındaki ilişkiyi de dikkate almak gerekir.

Erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramı, bize bu tür bir bakış kazandırabilir. Erdem ahlâkına dayalı bir hukuk kuramının, rakipleri karşısındaki görece üstünlüğü şu noktalarda görülebilir:

–Çağdaş ahlâk felsefesinin uzun bir süredir içinde bulunduğu kısır deontolojik etik-sonuççu etik tartışması, erdem etiği aracılığıyla aşılabilir. Erdem etiği, insan doğasına ilişkin daha kapsamlı bir açıklama getirdiği veya getirme iddiası taşıdığı için bunu başarabilir.

–Erdem etiğinin yukarıda bahsedilen görece üstünlüğüne bağlı olarak, erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı da, özellikle hukukun amacına ilişkin tartışmada hak temelli hukuk kuramla-

(91) Solum, "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", p. 1755.

(92) Ibid.

(93) Ibid.

(94) Ibid.

rı ile fayda temelli hukuk kuramları yanında farklı bir açılım sağlayabilir.

–Yine erdem etiğinin, pratik akıl yürütmenin doğasına ilişkin getirdiği açıklama, aklın ahlâk alanındaki işlevi konusunda, diğer etik kuramlarına oranla daha fazla bilgi sahibi olmamızı sağlayabilir.

–Buna bağlı olarak, erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramı da, hukuki akıl yürütme konusundaki epistemolojik tartışmalarda, özellikle kısır belirlenimcilik-belirlenemezcilik tartışmasının aşılmasında yeni bir imkân sunabilir. Böylece realizm taraftarları ile formalizm taraftarları arasında daha sağlıklı bir etkileşim gerçekleşebilir.

–Nihayet, erdem ahlâkına dayalı hukuk kuramından hareketle inşa edilecek bir yargılama kuramı, özellikle yargılama faaliyetinin doğası hakkında, mevcut diğer yargılama kuramlarına oranla çok daha kapsamlı bilgi verebilir.

KAYNAKÇA

- Anscombe, G. E. M.: "Modern Moral Philosophy", **Virtue Ethics,** (Ed.). Roger Crisp and Micheal Slote, Oxford, Oxford University Press, pp. 26-44.
- Aristoteles: **The Ethics of Aristotle, The Nicomachean Ethics,** J. A. K. Thompson trans., Hugh Tredennick rev., Penguin Books, 1976.
- Davis, Nancy (Ann): "Contemporary Deontology", **A Companion to Ethics,** (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 205-218.
- Honderich, Ted (Ed.): **The Oxford Companion to Philosophy,** Oxford, New York, Oxford University Press, 1995.
- Pence, Greg: "Virtue Theory", **A Companion to Ethics,** (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 249-258.
- Pettit, Philip: "Consequentalism", **A Companion to Ethics,** (Ed.) Peter Singer, Oxford, UK, Cambridge, Mass., USA: Blackwell Reference, 1993, pp. 230-240.
- Rawls, John: **A Theory of Justice,** Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1971.
- Schauer, Frederick: "Judging in a Corner of The Law", **Southern California Law Review,** 61, 1987-1988, pp. 1717-1733.
- Solum, Lawrence B.: "The Aretaic Turn in Constitutional Theory", http://ssrn.com/abstract=512882, **Loyola Law School (Los Angeles) Public Law and Legal Theory Research Paper Series,** Research Paper No. 04-03, Spring 2004, (Çevrimiçi), 3.09.2006.
- Solum, Lawrence B.: "Virtue Jurisprudence: A Virtue-Centered Theory of Judging", **Metaphilosophy,** Vol. 34, Nos. 1/2, January 2003, pp. 178-213.
- Solum, Lawrence B.: "Virtue Jurisprudence: An Aretaic Theory of Law", **Draft,** October 19, 2004.
- Solum, Lawrence B.: "Indeterminacy", **A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory,** Ed. Dennis Patterson, Oxford, Blackwell Publishing, 2003, pp. 488-502.
- Solum, Lawrence B. : "On the Indeterminacy Crisis: Critiquing Critical Dogma", **University of Chicago Law Review,** 54, 1987, pp. 462-503.
- Solum, Lawrence B.: "The Virtues and Vices of a Judge: An Aristotelian Guide to Judicial Selection", **Southern California Law Review,** Vol. 61, 1987-1988, pp. 1735-1756.
- Solum, Lawrence B.: "Judicial Selection: Ideology versus Character", **Cardozo Law Review,** Vol. 26, 2004-2005, pp. 659-689.
- MacIntyre, Alasdair: **Erdem Peşinde,** çev. Muttalip Özcan, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2001.
- Uygur, Gülriz: "Hukuki Belirsizlik Problemi Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** C: 51, S: 2, 2002 (ayrı basım).
- Williams, Bernard: "Justice as a Virtue", **Essays on Aristotle's Ethics,** (Ed.) Amelie Oksenberg Rorty, London, England, University of California Press, 1980, pp. 189-199.
- Zagzebski, Linda Trinkaus: **Virtues of the Mind,** Cambridge, Cambridge University Pres,1998.

Locke'ta ve Hegel'de Mülkiyet Kavramı

Hamdi BRAVO*

Gündelik yaşamımızda bir şeyin bize ait olduğunu, onun bizim mülkiyetimizde, bizim tasarrufumuzda olduğunu gerekçelendirebilmenin çeşitli yolları vardır. Bu gerekçelendirmeyi, bu şeyin bize *miras* kaldığını, *hediye* ya da *hibe* edildiğini, parasını vererek *satın aldığımızı* vb. söyleyerek yapabiliriz. Ama bütün bu gerekçelendirmeler, aslında, yalnızca kurulmuş bir toplumsal düzen, hüküm süren bu yöndeki bir hukuksal dizge ya da geçerliliği olan ve çoğunluk tarafından kabul edilmiş bir kültür içerisinde geçerlidir. İnsanlık tarihinin başlangıçlarında, herhangi bir nesnenin mülkiyetinin nasıl kazanılabileceğine dair bir ölçütün olmadığı, oluşturulmamış olduğu –kısa ya da uzun- bir dönemin olması gerekir.

O dönemi imgelemeye kalktığımızda, aslında, sahipsiz bir dünya ve onun ürünü olan sahipsiz bir doğal nesneler yığını karşısında, henüz mülkiyetin ne olduğunu bilmeyen, buna ilişkin herhangi bir tasarımı olmayan insanoğluyla karşılaşırız. Buna karşın, aradan geçen binlerce, yüzbinlerce (belki de milyonlarca) yılı atlayarak günümüze geldiğimizde, bütün yeryüzünün parsellenmiş, doğal ve insan eliyle üretilmiş bütün nesnelerin paylaşılmış ve sahiplenilmiş olduğu bir durumla karşı karşıya kalırız.

Hernekadar insanın dünyayla ve onun ürünleriyle ilişkisinde bugünkü durum bize son derece doğal ve alışıldık görünüyorsa da, insanın dünyayla ilişkisindeki *orijinal* durumla kıyasladığımızda, aslında bugünkünün yapay, insan eliyle üretilmiş bir durum olduğunu rahatlıkla görebiliriz. Kimi insanlar, kendilerinin ürünü olmayan, orjinali bakımından kendilerine ait olmayan bir nesneyi, insan dışındaki diğer bütün varlıkları ve diğer insanları dışlayarak sahiplenmiştir ve bunun üzerinde yadsınamayan bir hakkın sahibi olmuşlardır.

İnsanların dünyada ilk varlık kazandıklarında ortaya çıkan orijinal durumu "doğa durumu" diye adlandıran Locke, "Mülkiyet Üzerine" adlı bu bölümde, hiçkimsenin yeryüzü ve onun ürünleri üzerinde tek başına hak iddia edemeyeceği ve söz sahibi olamayacağı bu durumdan nasıl çıkıldığını, mülkiyet hakkının hangi ölçütlerle kazanıldığını, bugün içinde bulunulan durumun nasıl ortaya çıktığını soruşturur.

Locke'a göre, "Tanrı dünyayı insanoğluna ortaklaşa vermiştir"[1].

(*) Yrd.Doç.Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, Felsefe Bölümü

(1) John Locke, Hükümet Üzerine İkinci Deneme, çev. Fahri Bakırcı, 1. baskı. (Ankara, Babil Yayıncılık, 2004), § 25.

Locke'un "mülkiyetin kökeni"ni açıklamaya yönelik bu ilk önermesinin içermelerine baktığımızda şunu görürüz ki, Tanrı'nın yaratmış olduğu bu dünyada var olan, bu dünyanın (doğanın) kendi ürünü olan her tek şey üzerinde ve bütün olarak dünya üzerinde her insanın eşit ve başkalarınınkiyle aynı orana sahip ortak bir hakkı vardır. Her nesne üzerindeki hakkın eşit ve her nesnenin mülkiyetinin ortak olduğu böyle bir durum içerisinde, hiç kimsenin, diğerlerini dışlayarak, bir nesne üzerinde tek başına hak iddia edebilme ve tasarrufta bulunma olanağı yoktur.

İnsanlığın ilk dönemlerinde mülkiyet hakkının durumuna ilişkin böyle bir öncülden yola çıkınca, aslında olanaklı olan yalnızca iki sonuçla karşı karşıya kalırız: 1) Kişisel (ya da, özel) mülkiyet diye bir hak yoktur, çünkü bir kişinin bir nesnenin mülkiyetine tek başına sahip olduğunu iddia edebilmesi –bu nesnede bütün insanların aynı oranda hakkı olduğundan- söz konusu değildir; 2) Bir kişinin bir nesnenin mülkiyetine kişisel olarak sahip olabilmesi (yani onu özel mülkiyeti haline getirebilmesi), ancak bu nesnede hakkı olan bütün diğer insanların haklarından feragat etmesi ve haklarının söz konusu kişinin hakkı olmasına onay vermesiyle olanaklı olur.

Birinci sonuç, Locke'un kendisinin de ulaştığı ve dile getirdiği bir sonuçtur[2].

Buna karşın ikinci sonuç, hernekadar öncülden tutarlılıkla türetilebilse de, Locke için, kabul edilebilecek bir sonuç değildir. Bunun neden böyle olduğunu anlayabilmek için, 'mülkiyet' kavramının kapsamının genişliğini düşünmek yeterlidir.

Günlük yaşamımızda 'mülkiyet' kavramının kendisinden türemiş olduğu "mülk" sözcüğünü, genelde, gayrimenkulleri (taşınmazları) kapsayacak biçimde kullanırız. Bir kişinin mülkünün ne kadar çok olduğundan söz ettiğimizde, aklımıza onun sahip olabileceği arsalar, araziler, tarlalar, binalar, evler ya da daireler gelir. Buna karşın "mülk" sözcüğü taşınabilir olan nesnelere de ilişkindir. "Mülk" sözcüğünün kapsamının genişliğini tasarlayabilmek için, bizim onayımız olmadan bizden alınması yasalar tarafından *suç*, ahlak tarafından *kötü* ya da görenek tarafından *ayıp* sayılan bütün nesneleri gözümüzün önünden geçirmeliyiz. Bu açıdan bakınca, yalnızca taşınmazlar değil, taşınabilir olan bütün şeyler de bizim mülkiyetimiz olabilir: Yenilen ve içilen nesneler bile, bunların bizden onayımız olmadan alınması *suç*, *kötülük* ya da *ayıp* sayılabildiğine göre, bizim mülkiyetimizin kapsamı içerisindedir. Birinin "mülk"ünden söz edince taşınmazların akla gelip de bunların gelmemesinin nedeni, aslında, yiyecek ve içecek gibi şeylerin bozulabilir olmasından dolayı bunların insanlar tarafından biriktirilip stok edilmemesidir. Dolayısıyla yemek ve içmek gereksinimleri bile, ancak bu nesneler üzerinde mülkiyet hakkımızın olmasıyla giderilebilir. Bunların mülkiyetinin bize ait olduğunu meşru biçimde iddia edemediğimiz takdirde, en temel gereksinimlerimizi karşılama etkinliğimiz bile başkalarına karşı bir haksızlığı ortaya çıkarır ve "hırsızlık" görünümü alır.

Bu perspektiften bakılınca, bütün hakların en temelinde yer alan hak, mülkiyet hakkıdır. Varlığımızı sürdürebilmemiz için, gereksinimlerimizi karşılayacak nesnelerin mülkiyetine sahip olmamız gerekir. Buna karşın, yukarıda sözünü ettiğimiz ilk öncülden yola çıkınca bir koşulla karşı karşıya kalırız: Bir nesnenin mülkiyetine sahip olabilmek için, bu nesne üzerinde hakkı olan bütün diğer insanların onayını almamız gerekir. Bunu, yararlanmak istediğimiz her tek nesne için ve her yararlanmak istediğimizde yapmak zorunda kalırız. Her acıktığımızda, her susadığımızda, uyumak için herhangi bir mağarayı ya da ağacı her kullanmak istediğimizde, hem her insana fikrini sormak için ulaşmak hem de hepsinden onay almak zorundayızdır. Var olan bütün insanlara ulaşamadığımız ya da hepsinin onayını alamadığımız takdirde, -ilk öncülün ikinci sonucuna bağlı kalırsak:- ya gereksinimimizi karşılamak olanaksız olur ya da herkesin onayını almadan karşılayarak bir haksızlık ve hırsızlık yapmış oluruz.

Locke'a göre, yukarıda dile getirilmiş ikinci sonuca ulaşmak ve bunu geçerli bir ilke diye kabul etmek (çünkü bunu yapanlar da vardır[3]), insan türünün bugüne kadar varlığını nasıl olup da sürdürebildiğini açıklamakta yetersiz kalır. Çünkü "eğer bu tür bir onay zorunlu olsaydı, Tanrı'nın vermiş olduğu bolluğa rağmen, insan açlıktan ölmüş olurdu"[4]. Oysa "yeryüzü ve yeryüzündeki her şey, insana varlığını sürdürmek ve rahatlığını sağlamak için verilmiştir"[5].

Locke, öncülden çıkan tutarlı sonuçları izlemektense, insan türünün varlığını sürdürmesinin yolunu açan en önemli araç olarak gördüğü "özel mülkiyet"i "ortak mülkiyet"ten türetebilecek bir araterimi işe koşmayı tercih eder. Bu da, "emek"tir.

Locke'a göre, doğal olan her şey ortak mülkiyetin kapsamı içerisindedir. Bütün insanların bunlar üzerindeki hakkı eşit orandadır. Dolayısıyla insanın bu eşitliği bozabilmek için, doğal olana, kendisinin olan, kendisinden olan bir şeyi katması, nesneye kendisinden bir şeyi karıştırması gerekir. Bunu yaparak, kişi, doğal ve ortaklaşa olan nesneler ile kişisel ve özel olanlar arasına bir ayrım koyar. Bu ayrımı yapacak olan, doğal olanı doğallıktan çıkarıp "özel" kılacak olan, *emek*tir.

Emeği katarak doğal olanı artırmak, dolayısıyla da doğal olanın üzerine kişisel emeğimizle *yeni* bir şey katmak, bizi, bu yeni şeyler üzerinde mülkiyet hakkına sahip kılar. Emek sayesinde, bir nesnenin mülkiyetine sahip olabilmek için diğer bütün insanların onayını almaya artık gerek kalmaz. Nesneye karıştırılan yalnızca bizim emeğimiz olduğu için, nesne, Tanrı tarafından bütün insanlara ortaklaşa verilmiş o eski nesne olmaktan çıkmıştır.[6]

Buraya kadar söylenenler ışığında Locke'un dile getirmiş olduğu ilk öncülü yeniden ele aldığımızda, "özel mülkiyet" ile "emek" arasında Locke'un kurduğu bağlantıyı kurabilmek için hem ilk öncülde küçük bir değişiklik yapmamız

(2) a.g.e., § 26.

(3) F. Suarez, H. Grotius ve R. Filmer'ın görüşleri için bkz: Andrew Lustig, "Natural Law, Property, and Justice: The General Justification of Property in John Locke", The Journal of Religious Ethics, 19:1, 1991, s. 119-149.

(4) John Locke, Hükümet Üzerine, §28.

(5) a.g.e., §26.

(6) a.g.e., § 37.

hem de ara öncülleri işe katmamız gerektiğini görürüz. İlkin, "Tanrı dünyayı insanoğluna ortaklaşa vermiştir" önermesini, "Yalnızca Tanrı'nın yarattıkları insanoğluna ortaklaşa verilmiştir" biçiminde değiştirmek gerekmektedir. Böyle bir düzeltme, dünyada Tanrı tarafından yaratılmamış olan nesnelerin de varlık kazanabileceği düşüncesine yer açma imkanı sağlar. Tanrı tarafından değil de, kişilerin kişisel, kendilerine özel emeği aracılığıyla yaratılanlar, böylelikle, diğer insanların onayına gerek kalmadan, kişilerin özel mülkiyeti kapsamına girer.[7]

Locke'ta "yaratma", illa ki yeni bir keşif, buluş ya da icatla özdeşleştirilmemelidir. Yaratma, bir nesneyi doğal hali içerisindeki durumun dışına çıkarmadır: örneğin bir meyveyi ağaçtan koparmak, bir sebzeyi topraktan sökmek de, doğada yeni bir durum yaratmaktır. Bunları yapan kişi, koparırken ya da sökerken harcadığı emek, çektiği zahmet dolayısıyla, bu nesnelerin mülkiyetini edinir. Locke'ta yaratma, "doğal hali bozmak, ona müdahale etmek"le aynı anlama gelir.

Kendisine sahip olabilen bir varlık olarak insan, kendisinden çıkan, türeyen her şeyin de sahibi olacaktır. Emeğinin sahibi olarak, emeğini içine kattığı her şeyin sahibi haline gelecektir[8].

Çünkü nesne, artık, eski yalın ve doğal hali içerisindeki nesne değil, kendisine sahip olabilen bir varlık olarak insanın kendisine ait bir şeyi içerisine katmış olduğu, doğal hali bozulmuş bir nesnedir. Bu nedenle, doğal halinden çıkan ve belirli bir insana ait bir şeyi içinde barındıran bir nesne olarak, söz konusu nesne artık o belirli insanın mülkiyeti içine girer[9].

Locke'un § 32'ye kadar "mülkiyet" üzerine söyledikleri, yalnızca taşınabilir olan nesnelere ilişkindir: yeryüzünün ürünlerine ya da yeryüzündeki nesnelere sahip olabilmek, onlar üzerinde mülkiyet iddia edebilmek bu ölçüte göre olanaklıdır. Taşınamaz olan nesnelerin, yani yeryüzünün kendisinin (toprak, arazi, tarla gibi) mülkiyeti de ancak bu ölçütle kazanılabilir: yani, emek harcayarak, kendimizi emeğimiz aracılığıyla toprağa katarak[10].

Yeryüzünün mülkiyetine ilişkin bu görüşlerinden dolayı Locke'a, elbette, yeryüzünün *ürünleri*nin mülkiyetine sahip olmak ile *yeryüzünün kendisi*nin (ya da belirli bir parçasının) mülkiyetine sahip olmak arasında önemli bir ayrım olduğu söylenerek itiraz edilebilir. Çünkü ürünlerin mülkiyetinde, sonu gelmez bir kendiliğinden üretimden kendinize yetecek kadar bir pay almış, dolayısıyla başkalarının payına engel olmamış olursunuz. Söz konusu üretim sürmektedir ve isteyen, gereksinim duyduğu anda ve gereksinim duyduğu oranda, bir başkasının onayına ya da iznine gerek kalmadan, gereksinimini karşılayabilecek ürünleri edinir. Buna karşın üretimin kaynağının (yani yeryüzünün, toprağın, onun üzerindeki arazilerin, tarlaların) mülkiyeti üzerinde hak iddia edildiği anda, aslında, başkalarının gereksinimini karşılaması, bu toprak parçasının sahibinin iznine tabi kılınmış olur: kişilerin gereksinimlerini karşılayacak ürünler –kaynağı zapt etmek yoluyla– ipotek altına alınmıştır ve bu, kişilerin varlığını tehdit edecek bir eylemdir.

Locke da, toprağın özel mülkiyet altına alınabilmesine ilişkin görüşünü temellendirirken, kendisine yöneltilebilecek olanaklı böyle bir itirazın farkında olduğunu gösterir düşünceler öne sürer. İlkin, insanlığın başlangıç çağlarında ne kadar az insan ve buna karşılık ne kadar geniş bir arazi olduğu hayal edilirse, "toprağın belli bir parselinin ıslah edilerek edinilmesi[nin] insanların zararına"[11] olmadığı kolayca görülebilecektir. Çünkü kişi, kendisine yetecek ve çürümeyecek kadar ürün elde edebileceği büyüklükteki bir toprağı kendisinin mülkiyetine geçirmiş olsa bile, "başkalarına da halen yeterli miktarda ve aynı düzeyde iyi toprak kalmıştı ve henüz ihtiyacı karşılanmamış olanların kullanabileceğinden daha fazla toprak vardı"[12].

İkincileyin, "kendisine emeğiyle toprak edinen kişi insanoğlunun stokunu azaltmamış, tam aksine artırmıştır"[13]. Çünkü doğanın kendiliğinden üretiminin miktarı, ne kadar sonu gelmez görünse de, belirli bir zaman aralığı içerisinde ele alındığında, sınırlıdır. Buna karşın toprağı ıslah etmek ve işlemek yoluyla, toprağın üretimi, doğal halindekinden kat ve kat daha fazla hale getirilir. Toprağın mülkiyetiyle kişi doğal kaynağı ele geçirmiştir, ama onu çok daha verimli kılarak, doğal kaynağın sağlayabileceğinden çok daha fazlasının ortaya çıkmasını sağlamış, ürün stokunun miktarını artırmıştır. Bu, diğer insanların zararına değil, yararına bir durum ortaya çıkarmıştır.[14]

Toprağı mülkleştirmede dikkat edilmesi gereken tek nokta, boş ve verimsiz halde bırakılmaması, sürekli olarak işlenmesi ve ürünlerinin tüketiminin sağlanıp çürümelerinin engellenmesidir.

Tüm bu söylediklerine rağmen, Locke'un temellendirmeleri, R. Harrison'ın da dile getirmiş olduğu gibi, toprağın ya da toprağın ürünlerinin üzerinde eksiksiz bir mülkiyet hakkını gerekçelendirmez. Çünkü "madde emekle biçim alır", emek ona önceden sahip olmadığı yeni şeyler ekler, bu doğrudur; "ama madde olmadan biçim de olmaz"[15]. Dolayısıyla emeğin kattığı *yeni*, zaten var olan, kişinin kendisinin ürünü olmayan *eski*nin üzerine ya da içine eklenir[16].

Kişi, kattığı emek ve özellik aracılığıyla, bir nesnenin bütününün değil, ancak kendisinin kattığı kadarının sahibidir. Bu açıdan bakınca, belirli bir nesne üzerindeki bütün insanlığa ait ortak ve eşit hakların gölgesi özel mülkiyet hakkının üzerinden henüz kalkmamış olur.

Yapılabilecek böyle bir itirazın Locke da farkındadır ve böyle bir itirazı da elinin tersiyle itmemektedir. Ancak o, bunu, emeğin doğal olan ile insan eliyle üretilmiş olan arasında yarattığı değer farkını vurgulayarak aşmaya çalışır.

(7) Ross Harrison, *Hobbes, Locke, and Confusion's Masterpiece: An Examination of Seventeenth Century Philosophy*, West Nyack (NY, USA), Cambridge University Press, 2002. s. 226.

(8) John Locke, *Hükümet Üzerine*, § 27.

(9) a.g.e., § 44.

(10) a.g.e., § 32.

(11) John Locke, *Hükümet Üzerine*, § 33.

(12) a.g.e., § 33.

(13) a.g.e., § 37.

(14) a.g.e., § 37.

(15) Ross Harrison, *Hobbes, Locke, and Confusion's Masterpiece*, s. 230.

(16) a.g.e., s. 230.

Emeğin doğal nesneye kattığı katma değer, bu nesnenin kendisinde barındırdığı asıl değerle asla kıyaslanamayacak kadar büyüktür, Locke'a göre. Kendinde değer ile katılan değer karşılaştırıldığında, hernekadar ortaklaşa mülkiyet hakkının gölgesi tam olarak silinemese de, dikkate alınması gerekmeyecek kadar belirsizleşir. Özel mülkiyet hakkı eksiksiz biçimde gerekçelendirilememiş olsa da, asla reddedilemeyecek oranda sağlama alınmıştır.

Bütün bu söylenenler, bir başka soruyu daha gündeme getirir: emek verdiğimiz her şeyin mülkiyetine sahip olabilir miyiz, yoksa özel mülkiyetin de bir sınırı var mıdır?

Emek sayesinde kazanılmış olan özel mülkiyet hakkı, Locke'a göre, sınırsız bir hak değildir. Hiç kimse, ne yeryüzünün bütününe ya da yeryüzünün bütün ürünlerine sınırsızca, ne de keyfinin istediği oranda sahip olabilir. Bu sınırlar, Locke'a göre, toplum kurulmadan önce "doğa durumundaki özgür ve eşit bireyler arasındaki ilişkileri düzenleyen"[17] "doğa yasası" tarafından çizilir. Bu yasa, Locke'un kuruntusu ya da dile getirdiği bir önerme değil, "tüm ussal varlıklara Tanrı tarafından işlenmiş pratik aklın kendisi"dir[18].

Locke, "Tanrı[nın] yeryüzünü bize nereye kadar vermiş bulun"duğunu sorar ve "kullanabileceğimiz kadar" yanıtını verir[19]. Herhangi bir kişi, daha önce de belirtilmiş olduğu gibi, ancak bozulmadan, çürütmeden önce kullanabileceği kadar doğal ürünün içine emeği aracılığıyla mülkiyetini yerleştirebilir. "Bunun ötesi, kişinin kendi payına düşenden fazladır ve başkalarına aittir"[20]. Dolayısıyla doğa yasası, kişiye, yalnızca kendi payını almasını buyurur. Kişinin kendi payını belirleme ölçütüyse, bu nesneleri tüketene kadar bu nesnelerin bozulmaması, çürümemesidir. Bozulup çürüyorlarsa, kişi, kendi payından fazlasını almış olduğunu anlar. N. Toku'nun da belirtmiş olduğu gibi:

"Locke açısından, bir insanın emeğiyle özel mülkiyete sahip olması doğal ise de, hayatını kolaylaştırmanın ve ihtiyaçlarını karşılamanın çok çok ötesinde özel mülkiyete sahip olması, doğal değildir."[21]

"Özel mülkiyet edimini sınırlayan [bu] koşul, açıktır ki, doğa yasasının toplumsal boyutu"nu[22] oluşturur.

Özel mülkiyet hakkının sınırlarını belirleyen, dolayısıyla da bu hakkın kendisini görünür kılan doğa yasasının dile getirilmemiş amacının ne olduğuna baktığımızda, bunun, belirli bir insanın ya da insan öbeğinin değil, genel olarak insan türünün varlığını koruması ve sürdürmesi olduğunu görürüz. Bu amaç, Locke'a göre, Tanrı'nın kendi eliyle insan ruhuna işlenmiş doğa yasasında emredilir:

[Tanrı] insana, [toprağı] emeğiyle işlemeyi ve insanın aşırı yoksul durumundan kendisini uzak tutmasını emretti. Tanrı ve insanın aklı, insanın yeryüzüne boyun eğdirmesini, -yani yeryüzünü yaşamın faydası için değerlendirmeyi...- emretti[23].

(17) Karl Olivecrona, "Locke's Theory of Appropriation", s. 222.

(18) Andrew Lustig, "Natural Law, Property, and Justice: The General Justification of Property in John Locke", The Journal of Religious Ethics, 19:1, 1991, s. 119-149.

(19) John Locke, Hükümet Üzerine, § 31.

(20) a.g.e., § 31.

(21) Neşet Toku, Siyaset Felsefesine Giriş, İstanbul, Kaknüs Yayınları. S. 227.

(22) Andrew Lustig, "Natural Law, Property, and Justice", s. 132.

Bu bakımdan doğa yasasının pekçok işlevi aynı anda yerine getirdiğini görürüz: bir yandan bir hak olarak özel mülkiyete sınırlar çizerken, öte yandan özel mülkiyeti ve onu yaratan emeği, –yaşamın refahı için– insanın önüne bir ödev olarak koyar. Aslında bu ödevin kendisidir, özel mülkiyeti bir hak kılan. Locke için hak ve ödev, aynı şeyin iki farklı yüzüdür, yalnızca: İnsan için varlığını sürdürmek ve daha iyi koşullara ulaşmak hem bir haktır hem de bir ödevdir; özel mülkiyet bu hakların gerçekleşmesi ve bu ödevlerin başarılabilmesi olanağını sunar; bunun yanında, özel mülkiyet hakkı ve ödevi, içerisinde, –özel mülkiyete getirilen sınırlarla- diğerlerine yönelik sorumuluğu da barındırır: başkalarının hakkı olanı çürütmemek ve başkalarına da kendi haklarını almalarını sağlayacak nesneleri bırakmak da ödevdir.

Bütün bu söylenenler açısından bakıldığında, özel mülkiyetin belirli bir amaç için geçerliliği olan bir hak olduğu kolayca görülür. Bu amaç, hem –daha önce söylenmiş olduğu gibi- insan türünün varlığını sürdürmesi, hem de doğa durumundakinden çok daha büyük bir bolluk ve refah içerisinde varlığını sürdürmesidir. Emeğin özel mülkiyeti yaratan temel ölçüt olmasının nedeni budur.

Locke'un mülkiyet görüşü hakkında buraya kadar söylenenlere baktığımızda, mülkiyet edinmek için kişinin doğal bir şeye emek vermesinin, kendisininin olan bir şeyi ona katmasının ve "Bu benimdir!" demesinin yeterli olduğunu görüyoruz. Aslında burada Locke 'mülkiyet' ile 'sahiplenme'yi birbirine karıştırmaktadır. Onun yaptığı şey, aslında yasal temellere sahip olması gereken 'mülkiyet'i 'sahiplenme'yle karıştırmaktır.

Hegel'e geldiğimizdeyse şunları söyleyebiliriz:

Hegel'e göre "insan", bir gereksinimler varlığıdır. Bu gereksinimler, kendilerini, kişilerin istemeleri biçiminde gösterir. Gereksinimlerin ortaya çıkma sıklığı, istemelerde bir sürekliliği yaratır. Hegel'e göre, bu nedenle, kişi, sınırsız istemedir. Bu istemenin, özgür olduğunu öne sürebilmek için, kendisine kendini gerçekleştirebileceği –Hegel'in deyişiyle "İde olarak varlık kazanabileceği"- dışsal bir *özgürlük alanı* sağlaması gerekir. Bu gereklilik, kişiyi, kendisi için özgürlüğün söz konusu olmadığı, kişiliğe ve hakka sahip olmayan *şeyler*le karşı karşıya getirir. Kişi, isteklerini karşılayabilmek için, kendisi-olmayan, doğal halleriyle isteklerini gerçekleştirmekten onu alıkoyan "şeyler"e kendi istemesini işlemek, ya da, onları, kendi istemesine uygun hale gelecek biçimde dönüştürmek zorundadır. Bu koşul, kişinin ilk hakkını ortaya çıkarır: **mülkiyet**.[24]

Hegel, "kişinin her şeye kendi istemesini yerleştirme hakkı olduğu"nu söyler. Böylelikle şey *benim* olur ve kendisinin tözsel amacı, belirlenimi ve

(23) John Locke, Hükümet Üzerine, § 32.

(24) G.W.F. Hegel, Elements of the Philosophy of Right, tr. by H.B. Nisbet, Cambridge, Cambridge University Press, 1991. pr. 41-43; G.W.F. Hegel, Encyclopedia of the Philosophical Sciences in Outline and Critical Writings, ed. by Ernst Behler, New York, Continuum Publishing Company, 1990, pr. 403.

ruhu olarak benim istememi edinir. Herkesin, istemesini bir şey haline getirmeye, yani, şeyin doğal halini bozup kendisinin olan bir şeye dönüştürmeye hakkı vardır. Bu hak tanınmadığı takdirde, bilinçli bir varlığın tam karşıtı olan şeyler dünyasında insan dediğimiz varlığın, varlığını sürdürebilmesi olanaksız hale gelecektir.[25]

Hegel'e göre, özgür bir isteme olarak sahip olduğum şeye kendi istememi işlediğimde, kendimi kendime nesne kılmış, bunun aracılığıyla da bir isteme olarak kendimi gerçekleştirmiş olurum: *mülkiyet* dediğimiz şeyin belirlenimi, ayırt edici özelliği budur.[26]

Bir şeye sahip olmak, Hegel'e göre, aynı zamanda kendine sahip olmaktır. Çünkü kendine sahip olmak, kendisinin olduğu şeyi, (olasılık, kapasite, gizilgüç olan) kişinin kendisini, kavramına dayanarak *varolan-gerçekliğe* tercüme etmesinden de oluşur. Bunun aracılığıyla, ilk kez kişi, kavramında olduğu şeye sahip bir kişi olarak, yalın öz-bilinçlilikten ayrı bir nesne olarak ortaya çıkar; böylelikle *şeyin biçimi* olabilme olanağına sahip olur. Özgür tin ancak bu sayede varlığının salt bir kavram olarak *kendinde* kalmasından kurtulur.[27]

Gereksinimler dizgesi açısından bakıldığında, mülkiyet, gereksinimlerimizi doyurmamızı sağlayan haktır. Bir isteme, şeylerde ya da şeyler aracılığıyla kendini gerçekleştirebilme hakkına sahip olmazsa, kendi varlığını sürdürebilme olanağını da yitirir. Kişinin kendi varlığını sürdürebilmesini sağlayan haktır, bu. Gereksinimler bakımından ele alındığında, mülkiyet edinmek yalnızca bir *araç* olarak görünür. Mülkiyete ilişkin hakiki bakış açısı, onu bir *amaç* kılan şey, bu hakkı özgürlük açısından ele almaktır. Bu açıdan mülkiyet, istemenin gerçekleşmesinin ilk adımı olarak, özgürlüğün ilk varoluşudur; bundan dolayı da kendisi için özsel bir amaçtır. Çünkü isteme, kişisel ve belirli bir şeyin istemesi olarak, mülkiyetle nesnel hale gelir. Buna da, Hegel, "özel mülkiyet" adını verir.[28]

"Mülkiyet edinme"nin üç farklı görünümü vardır, Hegel'e göre: a) zaptetme, b) şeyi kullanma c) mülkiyeti yabancılaştırma.

Doğrudan doğruya fiziksel "zapt"ten meydana gelen ilk görünüm de, kendi içinde üç değişik görünüme sahiptir. İlki, duyuların bakış açısından en tam "zaptetme" olan fiziksel zapt, yani bedenimizin organlarının, özellikle de elin, doğrudan doğruya zaptetmesi, tutması, kavramasıdır. Ama bunun eksik yanı, bedenimizin o an dokunamadığı şeylerin mülkiyetine sahip olamamamızdır.[29]

Mülkiyetin ilk görünümünün ikinci alt görünümü, bir şeye *biçim vermek* aracılığıyla ortaya çıkanıdır. Bu sayede şey, bana ait olduğunu gösteren belirleyici özelliğine *bağımsız olarak varolan bir dışsallık* olarak ve ben dokunmasam da sahip olur. Bu görünümde, kişi, kendindeki kavramı şeye uygulamak aracılığıyla nesnel kılar.[30]

(25) G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, pr. 44.

(26) a.g.e., pr. 45.

(27) a.g.e., pr. 57.

(28) a.g.e., pr. 45-46.

(29) a.g.e., pr. 54-55.

Üçüncü altgörünüm ise, benim istememi temsil eden, şeye istememi kattığımı gösteren, iz bırakma ya da damgalamadır. İz sayesinde şey, kendinde neyse o olarak düşünülen bir şey olmaktan kurtulmuş, birebir kişiyi ifade eden anlamlı bir ime dönüşmüştür.[31]

"Zaptetme"de istemenin şeyle *olumlu* bir ilişkisi vardır; çünkü şey, bu sayede, **"benim"** yüklemini edinir ve kendisine sahip olanla özdeş olur. *Şeyin kullanımı*nda ise bu ilişki olumsuzdur. Çünkü kullanım, kendisinde bir hiç olan *şeyin*, belirli bir istemenin tikel görünümü olan bir gereksinimin gerçek kılınması için değiştirilmesi, tahrip edilmesi ve tüketilmesidir.[32]

"Şeyin kullanımı", Hegel'e göre, şeyin değerini belirleyen etkinliktir de. Kullanımdaki şey, belirli bir gereksinim için kullanılır. Bu kullanımdaki yararlılığı ya da işlevselliği, yani gereksinimi karşılayışının niceliksel değeri, aynı gereksinim için kullanılan diğer şeylerin yararlılığı ve işlevselliğiyle kıyaslandığında, onun değerini ortaya çıkarır. Yani, niteliksel belirlenimin niceliksel görünümü, bir şeyin değerini ortaya çıkarır.[33]

Mülkiyetin üçüncü görünümü ise, daha önce söylenmiş olduğu gibi, "mülkiyete yabancılaşma (mülkiyeti devretme)"dır. Ama bu, yalnızca dışsal şeyler için, istemenin ürünü olan şeyler için geçerlidir; bizim özgün kişiliğimiz ve öz-bilincimizin tümel özü için değil. Bunlar yabancılaşılabilir ya da devredilebilir haklar değildir.

Mülkiyetimizde olanlara yabancılaşabilme, onları başkalarına devredebilme hakkı, bizi başka kişilerle ilişki içine sokan noktadır. Bu ilişkiyi ortaya çıkaran nokta, aslında, Hegel için, özgürlüğün varoluş kazanacağı hakiki zemindir de.

Biraz açmak gerekirse, hernekadar mülkiyetten söz ettiğimiz kısımlarda, mülkiyetin, kişinin isteklerini gerçekleştiriyor olması dolayısıyla, özgürlüğü ortaya çıkaran ilk adım olduğu söylendiyse de, Hegel bunu yeterli görmemektedir. Çünkü "şey", bilinç sahibi bir varlık olmadığı için, bir bilincin, Hegel'e göre, en temel gereksinimi olan "tanınma"yı, "hak sahibi bir varlık olduğu"nun kabulünü kendisine sağlayacak bir varlık değildir. Bir kişi, belirli bir şeyin kendi mülkiyetinde olduğunu iddia etse de, başka bilinçler bunu kabul etmediği –ya da, kendisini hak sahibi bir varlık olarak tanımadığı- takdirde, o şeyi mülkiyetine almakta ve isteklerini gerçekleştirmekte -yani, özgürlüğünü gerçekleştirmekte- ona engel olabilir. Bundan dolayı, bir kişinin "bu benimdir!" demesi yeterli değildir, Hegel'e göre; başkalarının da bu onundur demesi gerekir:[34]

Mülkiyete yalnızca şey ve kendi öznel istemem aracılığıyla değil, başka bir isteme aracılığıyla, böylelikle de ortak bir istemenin bağlamı içerisinde sahip

(30) a.g.e., pr. 56.

(31) a.g.e., pr. 58.

(32) a.g.e., pr. 59.

(33) a.g.e., pr. 63.

(34) a.g.e., pr. 71; G.W.F. Hegel, *Encyclopedia of the Philosophical Sciences in Outline and Critical Writings*, pr. 405.

olduğum bu bağlam, *sözleşme* alanını oluşturur.[35]

Sözleşme, mülkiyete sahip olabilmenin güvencesidir. Bunun yanında hibe, değiş tokuş, ticaret vb. gibi etkinlikler de –ki kişi ancak bunlar aracılığıyla gereksinim duyduğu, ama tek başına kendisinin üretmeye gücünün yetmediği şeyleri edinir- ancak sözleşmeyle yapılabilir. Bu bakımdan, sözleşmenin ortaya çıkmasına neden olan da, gereksinimler, yani bunların ifadesi olan istemedir.[36]

Sözleşmeyle birlikte, farklı istemeler aynı şey konusunda farklı isteklere sahip olmaktan vaz geçip aralarındaki ayrılığı ortadan kaldırırlar. Ama sözleşmeyi, kendisine benzeyen ve çoğu zaman kendisiyle karıştırılan "söz verme"den ayırmak gerekir. Hegel'e göre, "bir söz" ile "sözleşme" arasındaki fark şudur: bir *söz*de, neye niyet edersek edelim –vermeye, yapmaya, gerçekleştirmeye–, bunu *gelecekteki bir şey* olarak dile getiririz; bundan dolayı da hala yalnızca istememizin *öznel* bir belirlenimi söz konusudur ve eninde sonunda vaz geçebiliriz. Ama bir sözleşmedeki taahhüt, zaten istememin kararının *var olmuş hali*dir: örneğin, bundan dolayı şeyin kendi mülkiyetim olmasından vaz geçmiş, başkasına devretmiş ve devrettiğimin başkasının malı olduğunu kabul etmişimdir. Sözleşme, kendisinin ortaya çıkmasıyla, taahhüt ettiği şeyin gerçekleştiğini de kabul eder.[37]

Söze kıyasla daha tam bir alan olmasına karşın, sözleşme, Hegel'e göre, a) *keyfi istemen*in ürünüdür; b) sözleşme aracılığıyla varoluş kazanan özdeş isteme, yalnızca sözleşme yapan tarafların ortaya koyduğu, yani herkes için geçerli –tümel- olmayan, yalnızca bir topluluğa ait olup onlar tarafından kabul edilen (bundan dolayı da, başka topluluklar tarafından tanınmayabilecek olan) bir istemedir; c) sözleşmenin nesnesi, *dışsal tekil* bir nesnedir, çünkü salt keyfi olan istemelerin devredebileceği yalnızca bunlardır.[38]

Bütün bu nedenlerden dolayı, Hegel'e göre, bir şeyin mülkiyetini edinmek için ne bir kişinin bir nesne için "Bu benimdir!" demesi ne de bu kişinin sözleşme aracılığıyla uzlaştığı kişilerin "Bu senindir!" demesi yeterlidir. Bu iki adım da, mülkiyetin meşru ve yasal zeminini sağlamaz. Bunlardan da öte, bütün öznelliklerin ve bireyselliklerin üstünde yer alan, onlara egemen olan, kendi istemelerine karşı çıkıldığı takdirde bunu elindeki güçle cezalandırabilecek tümel bir istemenin, yani her türlü yasal ve meşru sahiplenmelerin dayanağı olan devletin, bu nesne için "Bu onundur!" demesi gerekir. Bundan önceki her adım, ancak 'sahiplenme' adını alabilir. Bir sahiplenmeyi "mülkiyet" kılacak olansa, devletin, yani bütün istemeleri temsil etme işlevini yerine getiren genel istemenin, onu belirli bir kişinin mülkiyeti olarak tanımasıdır.

(35) G.W.F. Hegel, *Elements of the Philosophy of Right*, pr. 71.

(36) a.g.e., pr. 71; G.W.F. Hegel, *Encyclopedia of the Philosophical Sciences in Outline and Critical Writings*, pr. 409.

(37) a.g.e., pr. 79.

(38) a.g.e., pr. 75.

Hegel'in Politika Felsefesinde Devlet – Birey İlişkisi ve Hakiki Bir Birey Olma Yolunda Hukukun İşlevi

Barış MUTLU*

Bu tartışmaya odaklanmamızın nedeni felsefesini açıkça "özgürlük felsefesi" olarak tanımlayan Hegel felsefesi'nin -özellikle birey/devlet ilişkisi bağlamında-halen üzerinde durmamızı gerektirecek denli önemli tartışmalara kapı açmış olmasıdır. Bu tartışmalar Hegel'in otoriter, totaliter, komüniteryan bir felsefe inşa ettiğini savunanlara kadar; bununla birlikte çok farklı bir güzergahta, Hegel'i olumlu ve olumsuz anlamda liberal olarak değerlendirenlere kadar varır. Örneğin totaliter değerlendirmesinin en ısrarlı ve popüler savunucusu olan, fakat bu savunuda birçok hatası olduğu düşünülen, Popper[1], Hegel felsefesini baştan sona Prusya İmparatorluğu'nun olumlanışı altında, devletin yüceltilip bireyin baskılandığı, hatta bireyin yok sayıldığı bir çizgide okur.[2] Diğer taraftan Hegel'i olumsuz anlamda liberal olarak değerlendiren en bildik isim olan K.Marx ise örneğin *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*'nde (*Ana Hatları*'nda) ele alınan görüşleri, burjuva ile mutlakiyetçi görüşlerin bir birleşmesini amaç edinmiş bir yapıt olarak ele alır ve kritik eder.[3]

Hegel'in, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*'nde modern ahlâkî yaşamı en iyi şekilde felsefi olarak yeniden yapılandırma girişimine[4] dair bu farklı okumalar içerisinde benim eğilimim ise Hegel'in liberal karşıtı totaliter olmayan bir felsefeyi amaç edinmiş olmasıdır. Çünkü Hegel 'faydacı temelli' olmadığı anlamda liberal karşıtıdır; eylem merkezli bir ahlâk anlayışını savunması anlamında totaliter değildir.[5] Hegel'in eylem merkezli bir ahlâk anlayışını savunmasını hukuk felsefesinin birbirleriyle ilişkili anahtar kavramları olan; yasa, ahlâk ve devlete baktığımızda, bireyin kendi gizil güçlerini, potansiyellerini, 'eylemiyle' ahlâkî yaşamın üç momenti olan aileden,

(*) Yüzüncü Yıl Üniversitesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi.

(1) Bknz.,Walter Kaufmann, "Hegel Miti ve Yöntemi", *Hegel Üzerine Yorumlar 1* içinde, Notlandırmalarla Çev.: Aziz Yardımlı, İdea yay., İstanbul, 1997

(2) Bknz.: Karl R.Popper, *Açık Toplum ve Düşmanları 2: Hegel- Marx*, çev: Harun Rızatepe, İstanbul, 2003

(3) Bknz.:Karl Marx, *Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi*, Çev.: Kenan Somer, Sol Yay., Ankara, 1997, Bu yapıt içerisine ek olarak dahil edilmiş olan Auguste Come'un "Hegel'in Hukuk Felsefesinin Eleştirisi" Marx'ın Hegel'i nasıl değerlendirdiğine dair önemlidir.

(4) Z.A.Pelcynsci, "The Significance of Hegel's of The State and Civil Society", *G.W.F.Hegel: Critical Assesments*, ed.:R.Stern, Routledge, New York&London, 1993 içinde, syf.7

(5) Bu formülasyona dair iki makaleye bknz.: Biri Işıl Bayar Bravo'nun "Hegel ve Liberalizm",Süleyman Demirel Üniversitesi *FLSF-2* içinde , diğeri ise Güçlü Ateşoğlu'nun "Hegel'in Devlet ve Eylem Felsefesi Üzerine", Mehmet Küçük'e içinde, Doğu-Batı yay., 2003, İstanbul

sivil topluma ve devlete uzanan yolda, öznenin 'diğer öznelerle kurduğu farklı ilişkiler' içerisinde ahlâkî yaşamın normlarını edimsel (aktüel) hale getirdiği serüven içerisinde görebiliriz kanaatindeyim.[6]

Bu kabul elbette sadece Hukuk Felsefesi'ne bağlanamaz; çünkü bu edimselleşme serüveninde, bireyin diğer bireylerle ilişkisi *Fenomenoloji*'den *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*'ne, *Sanat, Estetik, Felsefe Üzerine Dersler*'ine kadar merkezde olma özelliğini hiç kaybetmez. Örneğin kaleme aldığı ilk büyük yapıtı olan *Tinin Fenomenolojisi*'nde 'toplumsal yaşamın başlangıç ilkesini' 'sürekli bir mücadele olarak' gören Hegel, kişinin ilk olarak 'kendi gereksinimlerinin' tatminiyle dışsal nesnelere yönelik olan bu mücadelede, kişinin gerçek tatmini sağlamayarak gerçek tatmini için diğer öznelere yöneleceğini ve bu yönelimin sonucunda ortaya çıkan bu ölümcül mücadelenin karşılıklı ve eşit tanınmanın olduğu evrensel özbilinç noktasına kadar süreceğini söyler ki; bu evrensel özbilinç noktası 'zorunlu' gözükür çünkü bu mücadelede birinin ölümü durumunda ötekinin tanınıp kabul edilmesi gerçekleşmeyecektir.[7]

Hegel'in felsefesinin merkezinde yer alan bu tanınma mücadelesini daha sonra hatırlayacak olmamız nedeniyle unutmayarak *Hukuk Felsefesin Prensipleri*'ne geri dönersek; yapıtın aynı merkeze sahip, fakat iki varyasyon üzerinde yol alan düşüncelerin eleştirisiyle ilerlediğini söyleyebiliriz. Bu yapıtta yasa, ahlâk ve politika arasında sıkı bir ilişki kuran Hegel, ahlâkî eylemi 'Ben'in kendisiyle ilgili sadece bir 'iç diyalogu' olarak düşünen, öznenin niyetini edimselleştirip dış dünyada gerçekleştireceğini göz önünde bulundurmayan; bu nedenle eylemin yasallığı ile ahlâkî oluşuna ayrı yer veren Kantçı felsefeyi ve yine devleti hakeme indirgeyen, devlet ile özne arasında sadece 'rıza'ya dayalı bir ilişki olduğunu düşünen Hobbes, Locke gibi sözleşme kuramcılarını bu yapıtta eleştirerek, ahlâkî bir toplum tasarlar ve kolektif iyilere yönelmeyen eylemin ahlâklılığından bahsetmez. Hegel'in totaliterlikle suçlanmasının en büyük nedeni de zaten bu kabule dayanır.[8] Oysa Hegel, üzerinde ayrıntılı olarak duracağımız üzere öznenin öz-gelişimini, tikel çıkar ve ilgilerini dikkate alır ve bu dikkatle onun ilgisi, pratikte sadece bireyseli ve yararcılığı idealleştiren atomize bireyciliğin aşılmasıdır. Onun Nesnel (Objektif) Hukuk kavramlaştırması da zaten bu atomize bireyselliği aşma girişiminin bir ürünüdür. Ve bu kavramlaştırma ahlâkî olan ve olmayan eylemi; beraberinde de ahlâklı davranan bireyle ahlâklı davranmayan bireyi ayırma 'ölçütü'nü de verecektir. Tartışma bu çerçeve içerisinde yürüyecektir. Ve çok farklı güzergahlarda değerlendirilen Hegel felsefesi'yle ilgili bu tartışmanın sağlam bir zemine oturması için, sözleşme kuramcılarının bireyciliği ve Kant'ın formalist ahlâk anlayışı üzerinde durularak ilerlenecektir.

(6) Z.A.Pelcynsci, a.g.m., syf.8-9

(7) Bknz., Alexander Kojeve, Hegel Felsefesine Giriş, Çev.: Selahattin Hilav, Y.K.Y., 2001, İstanbul, syf .79-108

(8) Güçlü Ateşoğlu, "Etik Hukuk İlişkisinde Adalet ve Özgürlük", Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arkivi sayı 9 içinde, Haz.:Hayrettin Ökçesiz

Bu yolda 1802-1803 yıllarında kaleme aldığı "Doğal Hukuk" makalesiyle başlayan ve daha sonra "Fichte ve Schelling'in Felsefi Sistemleri Arasındaki Fark" ve "İnanç ve Bilgi"yle süren ve *Hukuk Felsefesi*'yle devam eden bu filozofların eleştirisi içerisinde ilk çalışmalarına bakıldığında Hegel, empiristleri ve Kant'ın da içinde yer aldığı aşkınsal felsefeleri 'form ve içeriği', 'birlik ve çeşitliliği', 'özdeşlik ve farklılığı', 'sonluluk ve sonsuzluğu' birbirinden sert bir şekilde koparmış olduğu için eleştirir. Daha da önemlisi, bu ayrımların varlığı Hegel'e göre kültür yaşamında daha derin yarılmaların bir ifadesi olarak yaşamlarımızda karşılıklarını bulmuştur.[9] Toplum yaşamının içerisinde 'özdeşlik ve farklılığın gerçek birliğini düşünebilme yetisinin eksikliğiyle' başlayan bu etkiler, tüm insanları harekete geçiren ahlâkî olanın gerçek birliğinin anlaşılmasını engellemiştir. Oysa Hegel için teorik felsefenin bir ilkesi olarak 'özdeşlik ve farklılığın' birliğini aramak ile pratik felsefe kapsamında 'ahlaki olanın gerçek birliğini' aramak aynı paranın iki yüzü gibidir.[10]; yani görünüşteki bu karşıtlık özde birdir. Bu birliği mümkün kılamamaları bakımından Hegel aşkınsal felsefeyle bir tuttuğu formalizm ile empirizm arasındaki karşıtlığın sahte olduğunu düşünür; yani formalizm empirizmin sadece farklı bir versiyonu durumundadır; çünkü "her ikisi de bilgi ve ahlâk teorilerinde bütünüyle geçerli kabul ettikleri bir takım verili olanlardan yola çıkar."[11]

Nasıl mı? Hobbes, Locke, Grotius, ve Pufendorf'un aralarında olduğu doğal hâk teorisyenleri bir 'doğa durumu' soyutlamasından hareket ederler. Bu doğal durum bir soyutlama olarak görülse de; bu teorisyenler doğal durumun hayal gücünün kurgusundan daha fazla bir şey olduğunu, insan doğasına tekabül eden bir gerçekliği barındırdığını düşünürler. Fakat bu gerçeklik Hegel'in mükemmel bir tutarlılık olarak adlandırdığı bir yolda kurulur: İnsan doğasını kurduklarını düşündükleri yönleri; geleneğin, göreneğin kökenine inmek için insanın cemaat yaşamından soyutlayarak -ki bu soyutlama empirik psikoloji aracılığıyla insanlarda bulunan yetilerin sıralanmasıyla oluşur- tesadüfen oluştukları şeyleri dışarıda bırakarak yaparlar. Oysa bu teorisyenlerde "bu soyutlama ve ayıklamayla uyum içinde yürütülen varsayım açıklanmaz; çünkü felsefi bir ilkeden ziyade, bu ayıklamayı yapmaya iten ön yargılardan beslenirler. Bu durumda yol gösterici ilke bu teorisyenler için empirik psikolojiden ziyade gerçeklikle bulunanı tanımak için gerekli olanın doğa durumunda bulunacağına duyulan 'inanç' olur. Hegel bu nedenle bu teorisyenlerde a priori için yol gösteren ilkenin aslında a posteriori olduğunu söyler; yani varsaydıkları doğa durumu, insan için zorunlu olan ve olmayanın ayıklamasıyla yapılır; fakat bu zorunlu olan ve olmayan ayıklamanın ölçütü sadece varolan durumun üzerinden yapılabilir.

Bu durum gerçekten de empiristlerin epistemolojik anlayışlarıyla tam bir

(9) Seyla Benhabib, Eleştiri, Norm Ve Ütopya, çev.:İsmet Tekerek, İletişim Yay., İstanbul, 2005, syf.43

(10) a.g.y., syf.44

(11) a.g.y., syf.44

örtüşme gösteren politika felsefelerinde görülebilir. Örneğin Hobbes insanda varolan temel bir içgüdüden bahseder: "kendini koruma" ya da "yaşamı sürdürme içgüdüsü" ve onun için insan, doğal olarak 'bitimsizce' yaşamını sürdürmeyi arzulamaktadır. Bitimsizce yaşamını sürdürme isteğinin de doğal olarak bir 'güç isteme duygusu' yarattığını söyler ve güç arzusu uyandıran yaşama arzusunun arkasında varolan temel güdüyü de 'ölüm korkusu güdüsü' ve bu güdüden kaynaklanan 'güvenlik isteği' olarak açıklar. Bunların devamında 'bir tutkular yumağı olan insan'; bu duygular eşliğinde, insanı hayvandan ayıran bir edimde bulunur: "geleceğini düşünmek". Artık insanlar Hobbes için zorunlu olarak geleceğini düşünmek adına devlet kurmaya yönelmeyi isteyecektir.

Görüleceği üzere insanların tek tek ne durumda olduklarının bir saptaması olan; öte yandan devletin vücut bulmasının dayanağı olan bu doğa durumu, doğası gereği toplumsal olmayan bir insan imgesine dayanır.[12] 'Her filozofun kendi döneminin çocuğu' olduğu Hegelci düsturu üzerinden aldığımız bu yol, empirizmin politik anlayışı olan liberalizmin hangi temeller üzerine dayandığını daha bir açık kılar. Hobbes İngiltere'deki iç savaştan etkilenerek, belki de her savaşta görülebilecek toplumsal organizasyonun yokluğunu deneyimleyerek; yani a posteriori üzerinden bir doğa durumu soyutlamasına gitmiştir. Fakat doğa durumu Solmaz Zelyüt Hünler'in deyişiyle "...tarihsel bir durum olmaktan çok varsayımsal bir durumdur veya bir çalışma hipotezidir ya da Hobbes'un terminolojisini kullanarak söylemek gerekirse, doğa durumu bir hayaldir."[13]

Hegel'i anlamak için Hobbes'un empirist, materyalist, sensualist, nominalist felsefesinde açık kılmaya çalıştığımız bu ilişki, diğer empirist filozofların felsefelerinde de aynı paralellikle görülmektedir.[14] Bireyi, ahlâkî ilişkiler dışında tanımlayan bu filozoflar, olgunlaşmış doğaları bakımından bireyi, devlete eklemlenmiş gibi ele alırlar. Zaten Hegel'in liberal ideolojiye kök salan bu felsefelere eleştirisi tam da bu eklemlenme üzerinedir; diğer bir ifadeyle birey ve bütünlük arasındaki ilişkilerin bu felsefelerde tesadüfi kaldığını düşünmesi nedeniyledir. Anlaşılacağı üzere, bu filozoflar için "insanların birliktelik ve etkileşim sürecinde ortaya çıkanların tümü; 'görenekler, tarih, kültürel formasyon (Bildung) ve devlet'e ait her şey, insan doğasının özsel olmayan ve tesadüfi yönü diye değerlendirilir; ve bu nedenle de 'yaşama dünyası' 'doğal durum' kavramı altında dondurulur. Bu anlayış insanın tatmini, mülkü, özgürlüğü için devleti, doğal olarak tanrısal bir hakeme indirger."[15] Oysa Hegel, felsefenin merkezine, o zamana kadar görülemeyecek bir

(12) Bknz.: Solmaz Zelyüt Hünler, *Dört Adalı, (Hobbes, Locke, Berkeley, Hume)*, Paradigma yay., 2003, İstanbul, syf. 19-20

(13) a.g.y., syf.20

(14) a.g.y. ., syf.20

(15) *Unutmayalım ki; Hobbes'un başyapıtı Leviathan'ın adı Tevrat'ta geçen bir devin adıdır. Bireyci ve özgürlükçü Locke buyurucu ve emredici nitelikte aklın ve doğanın yasalarıyla özdeş olan Tanrı'nın yasalarına uyan ahlak yasalarını bilebileceğimizi düşünür ve kendi politika felsefesinde tanrısallıkla örülü olan doğa yasasını hiçbir şekilde bilemeyeceklerini düşündüğü için ateistlere karşı hoşgörüde bulunmaz. Bknz. Solmaz Zelyüt Hünler, a.g.y.*

şekilde 'tarihselliği' ve 'diyalektiği' katarak, 'içkin eleştiri' bağlamında 'verili olanın' dolayımsız soyutluğunu olumsuzlayarak, 'şimdi' de varolan evrenselliğin izlerinden ve bu evrenseli de insanların karşılıklı ilişkisinde dolayımlayarak, insanların yaşamla olan yabancılaşmış ilişkilerini ortadan kaldıracak şekilde potansiyellerini edimsel hale getireceği bir serüvene inanır.

Bu inançla Öznel Tin (mantığın alanı), Nesnel Tin (aile, sivil toplum ve devlet gibi kurumların alanı) ve Mutlak Tin (din, sanat ve felsefeni alanı) olarak üç momentten oluşan bu serüvende Nesnel Tin alanına karşılık düşen kurumlar içerisinde Hegel, hiçbir "varsayım"a gitmeden ve "yüceltme"de bulunmadan öznelerin kişisel istencini takiple, gerçekten varolan; yani varolacak (olması gerekecek) olmayan toplumsal insanı ve onun ahlâkî sorumluluklarını incelemeye ve yapılandırmaya koyulur. Bu yapılandırmada Hegel ahlâk yasalarını sadece bireyin özgürlüğüyle ilişkilendiren Kantçı felsefenin ahlâkî yasallığını yeterli bulmayarak, bu yasaları nesnel toplumsal ahlâk ürünleri olarak ele alır.[16] Başka deyişle " Kantçı felsefede ahlâkî özne, iradenin öznelliğiyle belirlenmişken; buna karşın Hegel'de, iradeyi eylemlerinde belirginleştiren ilişkiler toplumsal ve ussaldır [akılsaldır]."[17] Bu nedenle insan varlığının sadece ahlâkî oluşundan bahsedemeyiz; onun toplumsal bir varlık olması nedeniyle.

Bu anlayış içerisinde Hegel "öznelliğe dayalı bir iyi niyet"in, toplumun karmaşık sorunlarını çözemeyeceğini, "insanların kötülük yapmalarını engellemeyeceği"ni düşünür; bu nedenle de 'iyi duygu'yu bir yürek, vicdan işi olarak görür ve eylemlerimizin değerlendirilmesinin bir kriteri olarak akılsal bir zemin üzerinde durur. Bu zemin onun için hukuktur; bu sayede toplumda yaşayan insan yasa önünde eylemlerinden dolayı sorumlu tutulur ve eylemi gerçekleştiren kişinin gerçek anlamda ahlâkî ölçütlere göre davranan, hakiki bir birey olup olmadığının değerlendirilmesi, eyleminin sonuçlarından bağımsız "salt iyi irade"ye havale edilmez.

Bundan dolayı; Hegel bu salt iyi niyeti, düşüncenin sadece kavramına denk gelen soyut hukuk olarak göz önünde bulundurur ve kavramı empirik ide ile bağdaştıracak bir açılımı gerçekleştirmenin peşine düşer. Bu bağdaştırma ise toplumun kendi yaşamından doğan "tin"inde, kurumlarında; aile, sivil toplum momentlerinden sonra varlığa gelen devlet (The State) aşamasında ancak mümkündür; ve ancak bu aşamada kişi hakiki bireyliğe ve ahlâkî eyleme sahip olabilecektir. Keyfi iradeyi özgürlükle karıştırmayan Hegel, sivil toplumda hakim olan keyfiliğin ancak devletin varlığıyla aşılabileceğini düşünür.[18] Üzerinde durduğumuz ahlâklı davranma, hakiki birey olma; ahlâkî bütünde, Devlet'te gerçekleşecektir.

Şimdi üzerinde yürüyeceğimiz yolda, Hegel sözleşme kuramcılarında varolduğunu düşündüğü atomize bireyciliğin aşılmasında devlete nasıl bir rol

(16) Şahin Yenişehirlioğlu, *Hegel Felsefesi'nde Birey, Toplum, Devlet İlişkileri*, Birey Toplum Yay., Ankara, 1985, syf.34

(17) a.g.y., syf.35

(18) Jean Hyppolite, "Hegel'in Hukuk Felsefesi"nin "sunuş" kısmı syf.7-19, Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* içinde, Çev.:Cenap Karakaya, Sosyal Yay., İstanbul, 1991

vermektedir? Bireyin devletle olan ilişkisi nasıl kurulmaktadır? Bu soruların cevabı verilmelidir. Çünkü salt bireyi merkeze almayan her düşüncenin totaliterlikle bir ilişkisi olabileceği değerlendirmeleri Hegel için hiç eksik olmamıştır. Bu nedenle devlet ve birey ilişkisine odaklanarak bireyin ahlâklı davranmayla olan ilişkisini göstermek zorundayız.

İlk olarak Devlet (The State) kavramı üzerinde durursak; bize, hatta kendi dönemine yabancı gelecek şekilde kutsal, tanrısal gibi esoterik bir anlamda bu kavram kullanılmış olsa da Devlet, politik komüniteye/topluluğa karşılık gelecek şekilde kullanılmıştır. Bu politik komünite de kültürel komünitedir; çünkü bir millet üzerine temellenen kurumlara karşılık gelir.[19] Bu düşüncenin kökleri Grek düşüncesine dayalı olmakla birlikte Hegel'in kendi öz-ilgisi doğrultusunda kişinin eylemine yön vereceğini belirtmesi bakımından dikkatle değerlendirilmesi gerekir. Örneğin; Grek düşüncesinde kişi kendisini "doğası gereği politik bir hayvan" olarak, "polisin bir çocuğu" olarak görür. Polis'te bağımsız bir birey olmak düşünülemez ve bireyin yaşamı, mutlulukları, eylemleri direk polisle ilişkilendirilir. Oysa Hegel çok farklı bir güzergâhta yol alır; kişinin öznel özgürlüğünden, tutkularından hareket eder.[20]

Bu durumda öznel ereğe, tikel çıkara dayalı kişinin tutkuları üzerinden hareketle nesnel bir ahlâkı inşa etmenin mümkün olup olmadığı sorusu akla gelebilir. Fakat Hegel ısrar eder: "dünyada büyük hiçbir şey tutku olmaksızın başarılmış değildir."[21] Ve hemen devamında bunun cevabını verir:[22] "Konumuza giren iki kıpıdan [momentten (haz. notu).] birincisi idea, ikincisi ise insan tutkularıdır. Birincisi dünya tarihinin önümüze yayılan engin halısının çözgüsü, öteki atkısıdır. İkisinin somut aracı ve birliği devlette törel özgürlüktür." Bu birlik ya da devlet yurttaşların kişisel çıkarları ile uyum içinde ise biri ötekinde edimselleşmesini ve doyumunu bulabiliyorsa iyi kurulmuş ve güçlüdür.[23] Ve kişi ancak "...tarihsel olarak 'kişilerce' oluşturulmuş kurumların farklı işleyişleri ile tarihte 'özgürlük'e doğru yol alacaktır. Çünkü Hegel'e göre, tarihe anlamını veren yegane şey özgürlüktür ve insanlık tarihi insanın özgürleşmesinin tarihidir."[24]

Bu açıklamalar birey ve devlet arasında ilişki çözer gözükmektedir. Fakat Hegel'in özgürlüğü zorunlulukla ilişkilendirmesi ve iradenin keyfi olmasının onun sadece bir momenti olduğu, gerçekte iradenin bilişsel olduğu düşüncesi üzerinde durulduğu zaman tam olarak anlaşılabilir; ahlâkî olanın toplumsallıkla olan sıkı ilişkisi bu ilişkiler üzerinden kurulduğu için.

İlk olarak özgürlük ve zorunluluk ilişkisine göz attığımızda; Hegel özgürleşmenin tarihinin zorunlu olarak

(19) Z.A.Pelczynski, "Political Community and Individual Freedom in Hegel's Philosophy of State", G.W.F.Hegel: Critical Assesments, ed.:R.Stern, Routledge, New York, London, 1993 içinde, syf.249

(20) a.g.m., 250-251

(21) Hegel, Tarih Felsefesi, çev.:Aziz Yardımlı, İdea Yay., İstanbul, 2006, syf.24

(22) a.g.y., syf.25

(23) a.g.y., syf.26

(24) Güçlü Ateşoğlu, "Hegel'in Devlet ve Eylem Felsefesi Üzerine", Mehmet Küçük'e içinde, Haz: Doğan Özlem, Doğu Batı yay., 2003, İstanbul, syf., 176

gerçekleşeceğini söyler. Ve bunu söyler söylemez; yani özgürlük ve zorunluluk arasında sıkı bir bağ kurduktan sonra özgürlüğü sadece öznellik üzerinden değerlendirenlerden çok önemli bir kopuş gerçekleştirir; ve bu kopuş Hegel felsefesinin merkezine yerleşir. *Tarih Felsefesi*'nde bu önemli ilişkiyi anlamamızı kolaylaştıracak bir değerlendirmeyle karşılaşırız. Hegel bu yapıtında, bir evin yapımı için ilkin bir iç erek ve amacın gerekli olduğundan bahseder; bunun karşısında araç olarak tikel öğeler ve demir, tahta, taş gibi tikel gereçler üzerinde durur. Öğeler gereçleri işlemek için kullanılır; örneğin ateş demiri eritmek, hava ateşi beslemek için, su tahtayı kesecek olan çarkları harekete geçirmek için. Hegel ortaya çıkan ürünün, evin yapımına yardımcı olmuş olan havanın ev tarafından dışarıda tutulmasına yol açacağını ve benzer olarak, yağmur sellerinin, ve ateşe dayanıklı olduğu ölçüde ateşin yok ediciliğinin dışarıda tutulacağını söyler. İşte doğalarına uygun olarak kullanılan öğeler tarafından ortaya çıkan ürün, öğeleri kısıtlar. Bu duruma " benzer olarak, tutkular doyurulur, kendi kendilerini ve ereklerini doğal belirlenimlerine göre geliştirirler ve insan toplumunun yapısını ortaya çıkarırlar; ama bunda hak ve düzen uğruna kendilerine karşı yetkenin doğmasını sağlamışlardır."[25] İşte insanlar Dünya Tarihinde eylemleriyle dolaysızca çıkarlarını, istediklerini yerine getirirken amacında kapsanmamış olsa, bilincinde bulunmamış olsa da evrensel olanı, tözsel olanı ortaya çıkarırlar.[26] Bu tözsel olanı ortaya çıkarma, özgürlüğün tarihsel açılımıyla mümkün olacaktır. "Birey özgürlüğünü onda bulur ve yaşar; ama kendisi, evrenselin bilgisi, inancı ve istenci olduğu ölçüde; gene de bu sanki bireyin öznel istenci edimselleşmesine ve doyumuna evrensel istenç yoluyla ulaşıyormuş ve bu onun için bir araçmış gibi, sanki özne başka öznelerin yanında ve özgürlüğünü sınırlamış ve bu ortak sınırlama, herkesin birbirine karşı sıkılganlığı her birine orada dolaşabileceği küçük bir yer bırakıyormuş gibi alınmamalıdır; tersine, tüze[hukuk b.m], törellik, devlet, ve yalnızca onlar özgürlüğün olumlu edimselliği ve doyumudur."[27] Birey taşıdığı tüm değeri ve tinselliği özünün akılsal olarak onun için nesnel olmasını, dolaysız varoluş taşımasını- ki böylece bilinçtir- ancak devlet yoluyla elde eder. Kişinin istenci devlette akılsal ve belirlenimli olarak kendini gösteren yasalarla uyumlu olduğu yolda birey gerçekten özgür olacak ve böylece özgürlüğün ve zorunluluğun karşıtlığı yitecektir. "Ussal [akılsal (haz. notu)] olan tözsel olan olarak zorunludur ve onu yasa olarak tanırken ve onu kendi varlığımızın tözü olarak tanırken ve onu kendi varlığımızın özü olarak tanırken özgürüzdür."[28]

Bu noktada üzerinde durmamız gereken Hegel'in ahlâkî bütünlüğü, başka bir deyişle devleti ikinci doğa olarak kabul etmesidir[29]. İnsanın ilk doğasını

(25) Hegel, Tarih Felsefesi., syf.28

(26) a.g.y., syf.28

(27) a.g.y., syf.36

(28) a.g.y., syf.37

(29) a.g.y., syf.40

ise onun dolaysız ve hayvansal varlığı olarak görür.[30] Hegel ikinci doğayla ahlâkî eylemin ancak toplumca paylaşılan anlam ve kurallar ağı çerçevesinde 'ötekiler' tarafından tanınma yönünü vurgular. Bu vurgulamanın yönelimi Kantçı ahlâk psikolojisinin, akılsallığın verili içeriği soyutlama yetisinin yanında, verili olanı yeniden şekillendirmede, gerekli bilişsel yetiye geçit vermeyen, akılsal düşünümsellik yeteneğimiz sayesinde iç doğayı dönüştürme gücünü dışlayan bu psikolojinin yerine, insanın iç doğasının yeniden eğitilmesi ve dönüştürülmesi olarak düşünümsel ve akılsal gelişimini kabul eden psikoloji üzerinden yol alır. Bu psikoloji bu nedenle bilişsel bir psikolojidir. Bu psikoloji üzerinden yürüyen Hegelci etik Kantçı ödev etiğini yeterli görmeyerek akılsal olarak bütünleşmiş toplumsal özgürlük ahlâkına varır. Bu bütünleşmiş özgürlükçü ahlâk öğretisi iç doğanın bastırılmasına dayansa da 'özel refah hakkı' olarak adlandırdığı bireyin mutluluk arayışıyla, kendini gerçekleştirme ile ahlâkın birbirini dışlamadığı noktasında ısrar eder. Daha önce kısaca üzerinde durduğumuz köle-efendi diyalektiğindeki kavramlar; "mücadele", "emek" ve "tanınma"nın vazgeçilmezliği mutluluk ve ahlâk arsındaki ilişkide görünüşe çıkar. Çünkü yaşam etkinliğine bağlı olan mutluluk bireyin kendini ancak ötekilere ilan etmesiyle gerçekleşir; ve ötekiler tarafından toplumsal olarak tanınma gerekliliği "ben"in (kişi olma'nın) oluşumu için, ahlâkı vazgeçilmez kılar.[31] İnsani eylemlerin açımlandığı bir mecra olarak öznelerarası toplumsal dünyanın kabulü Hegel'i pratik akıl ve ahlâkı yalnızca bir temiz kalplilik meselesi olarak görmekten uzaklaştırarak phronesis (teorik bilgiden ayrı olarak pratik bilgelik) erdemiyle, tercih edebilme ve doğru eyleyebilme yetisiyle ilgilenmeye sevketti.[32] Eylem merkezli bir ahlaklılığın hayatiyeti burada kendini açık kılar.

Hegel'in üzerinde durduğumuz değerlendirmelerine baktığımızda sanıldığının aksine birey bertaraf ediliyor değildir. *Hukuk Felsefesinin Prensipleri* 'nin önsözünde bireyselliğin olmadığı bir Nesnel Hukuk'un olamayacağını söyleyerek, kamuca kabul edilen hakikate sarsılmaz bir bağlılıkla bağlanıp tüm yaşamını değerlendirenler ile evrensel olanı engellediği düşünülen deneyimler çokluğunu vurgulayarak- yani ağaca bakmaktan ormanı göremeyenler-yaşamına yön verenleri eleştirir. Hegel'in üzerinde durduğu özgürlüğün ve etik olmanın prensibinin düşüncede aranması; yani etik davranmanın kriterinin salt düşünceden kopmuş dışsal olan da değil de, kendini dışsallaştıran düşüncede aranmasıdır. Bu sayede bireyselliğin bertaraf edilmeyeceği bir evrensellik mümkün olabilecektir. İşte bu nedenle Hegel, 'düşüncenin' evrensel bir şekilde tanınan değerlerden uzaklaşmakta kendini özgür hissettiği durumda 'haksızlık'a dönüşeceğini söyler.[33] Çünkü bu durumda hakiki anlamda ne ahlâk ne özgürlükten ne de bireyden bahsedilebilecektir.

(30) a.g.y., 37

(31) Seyla Benhabib, a.g.y., 113-118

(32) a.g.y., 118-119

(33) Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, Çev.:Cenap Karakaya, Sosyal Yay., İstanbul, 1991, syf.23

Hukuk Felsefesinin Prensipleri'nde öznel ilgi ve çıkarların (eyleyenin, kişinin) devletle (evrenselle) ilişkisi üzerinde durduğumuz açıklamalar ışığında değerlendirilmesi gerekir. Bu yapıtta hukuku; özgür istenç/irade temelinde tinsel bir alan olarak gören[34] Hegel, özgür iradenin başlangıçta; özgürlüğün yalnızca düşüncesi ya da kavramı durumunda, başka deyişle saf belirlenimsiz durumda olduğunu söyler.[35] Ve içgüdüler yığınından oluşan-ayrıca bu içgüdüler mutlak olarak benim olduğu için her türlü nesneyi (objeyi) amaçlayan-iradenin cisimleşmesi; ancak özgürleşmiş bireyin istencini, iradesini bir edinme özgürlüğü olarak ileri sürmesiyle gerçekleşecektir. İlkin bir öznenin tekil iradesi durumunda olan özgür irade, dışlayıcı ilişkiler içerisinde nesneler çokluğu arasında başkalarını istencinin nesnelerinden dışlayarak; yani sadece kendisinin kılarak edimsel olarak özgür olur; ve böylece kişiliği olan bir kişi olur. Yani tözü özgür irade olan ben, dışsal nesneyi kendisinin kılacağı bir yolda onu olumsuzlama, benim olmasını sağlama 'hak'kını taşır. Böylece ilk özgürlük kipi olan mülkiyet edinme gerçekleşir.[36] Fakat mülk edinmenin bir hak olarak gerçekleşmesi için, sahip olma hakkının başka bireylere de nesnel olarak tanınması gereklidir.

Hegel hiçbir tanrısal güce ihtiyaç duymadan mülk edinmeyi tüm olumsal bağıntıdan kurtaracak bir şekilde varlıkbilimsel (ontolojik) bir ilişki olarak tözselleştirdiği mülk edinmenin akıl ile olan ilişkisini, kişinin sahip olma hakkını, mülk edinme hakkı olarak evrenselleştirme aşamasında bulur. Fakat mülk edinmenin ve devamında bu çaba içerisinde yapılan sözleşmelerin akılsal temellerine rağmen, Hegel hiçbir durumda bu ilişkilerin özel yasa alanını aşmadığını söyleyerek[37] bu alanın sınırını "sivil toplum" adıyla çizer. Ve sivil toplum kişisel çıkarların alanı olması bakımından gerçek ahlâkın ve özgürlüğün edimselleşmesinden uzaktır. Çünkü "Yurttaş toplumunun[sivil toplumun, (haz. notu)] tüm örgüt ve kurumları mülkiyet korunması içindir ve

(34) a.g.y., syf.40

(35) Hegel için bu iradenin ilk ve sadece bir yanıdır ve kişi iradenin bu yanını kendisi için özgürlük olarak gördüğü için bu negatif özgürlüktür, boşluğun özgürlüğüdür. Hegel salt teorik olan bu özgürlük aşamasında kalınırsa sosyal her türlü düzeni yıkma aşırılığına dönüşeceğini belirtir. Bu nedenle Kant'ın ve Fichte'nin felsefelerinde görülen iradenin her türlü belirlenimden soyutlanması nedeniyle büsbütün belirlenimsiz olmadıklarını, soyut varlığın onun sonluluğunu ve belirlenimini oluşturduğu yargısını önemli bir ilerleme olarak görür. Fakat bu filozofların sonluluk ve sonsuzluk diyalektiğini kavrayamadıklarını Evrensel'de içkin olarak bulunan olumsuzlamanın olaya çıkaracağı zorunluluktan habersiz olduklarını belirtir. Bu nedenle her türlü sınırlama onlar için dışsaldır. Bu nedenle içgüdüler, arzular, eğilimler bu filozoflar için dışsaldır; yani bilişsel değildir. Oysa Hegel soyut iradeyi, kendinde iradeyi kavramın kendi içkin belirlenimi,olumsuzluğu nedeniyle kendinde iradenin nesnesi olacağını, kendisi için olacağını yani arzuların akılsal olacağını söyler. (bknz.Hukuk Felsefesi 42-45) Bu doğrultuda Hegel'in deneyimde yatan akılsalcılığın peşinde olduğunu söylemek yanıltıcı olmayacaktır. Bu açıklamalarımız ışığında Hegel'in gerçekliği kabul etmeyen bir spekülatif olduğunu söylemek fazlasıyla yanıltıcıdır. Mantık Bilimi'ndeki bir pasaj bu ilişkiyi açık kılar: "...felsefe ilk doğuşunu deneyime (a posteriori olana) borçludur (gerçekte düşünme özsel olarak dolaysızca bulunanın olumsuzlanmasıdır); ama yine eşit haklılıkla denebilir ki, insan yemesini besinlere borçludur, çünkü bunlar olmasaydı yeme edimi de olanaksız olurdu; yeme hiç kuşkusuz bu ilişkide iyilikbilmez yan olarak düşünülecektir, çünkü kendi kendisini borçlu olduğu şeyin tüketilmesidir. Düşünce de bu anlamda eşit ölçüde iyilikbilmezdir." Bknz, Hegel, Mantık Bilimi, Çev.:Aziz Yardımlı, İdea Yay., İstanbul, 1996, syf.,13

(36) Herbert Marcuse a.g.y., syf.153-154

(37) a.g.y., syf.157

bu toplumun özgürlüğü yalnızca mülkiyet hakkı demektir."[38] Bundan dolayı Hegel için salt bir düşünce ilkesi olmayan 'akıl'ın mülk edinmeyle kendini dünyada ilk defa varoluşa getirmeye, vücut vermeye çalışması ve beraberinde getirdiği ilişkiler, özgür bir toplumsal düzenin karşısında durarak bütünleşmiş akılsal bir toplumsal yapıyı engellemeye devam edecektir.

Bu nedenle Hegel toplumda, kurumsal olarak varolan katmanlaşmaların ekonomik işleyişten daha güçlü olan kuvvetler tarafından denetlenmesi gerektiğini düşünerek, sivil toplum alanı olarak kavramlaştırılan alanı, tikel ve evrensel istencin özdeşleştiği devletin altına almakta tereddüt duymaz. Ve sanılanın aksine "devlet somut özgürlüğün edimselliğidir; ama gerçek özgürlüğü oluşturan şey kişisel bireyselliğinin ve bunun tikel çıkarlarının tam gelişimlerini olduğu gibi hakların tanınmasını kendileri için taşımalarıdır. Bireylerin tikel çıkarları kesinlikle bir yana atılmamakta ya da ortadan kaldırılmamaktadır; her şey gelip devlette evrensellik ve tikelliğin birliğine dayanmaktadır."[39]

Hegel için 'Devlet' tikel gereksinimlere ve ihtiyaçlara dayalı kör-karşılıklı ilişkilere dayanmayarak yasaları ve ilkeleriyle özgür düşünen insanlara yol gösterecektir. Devlet, empirist felsefelerdeki gibi tek tek bireylerin tutkularıyla, insanın varsayımsal doğasıyla değil; ama insanın tinsel öğeleriyle, emek gibi insanın ontolojik tözsel doğasıyla, kendini, çevresini ve yaşamını dönüştürücü karşılıklı etkileşimde bulunarak varoluşa getirdikleri akılsal bilgi ve iradeleriyle ilişkilidir. Hegel'in özgürlüğün edimselleşmesi olarak gördüğü, 'Nesnel Tin' olarak adlandırdığı devlet - insanı hesaplama toplama ilişkisine indiren olumsal olarak varlığa geldiği anlaşılan devleti de bu toplama, çıkarma ilişkisini düzenleyen merci olarak görmek yerine[40] - kendi özgür düşünme edimiyle karşılıklı ilişki içerisinde olan öznelerin verili olana bağlı kalmayıp onu dönüştürerek, dönüştürdüklerinin de kendi tinselliği olduğu bilincine ulaşmasıyla, öznelerin özgürlüklerinin gerçek mekanı olarak görülecektir. İşte bu nesnel tinsellik alanı, her türlü özel çıkarlardan kurtarılarak yasa yönetimini geliştirmeyi dert edinir.

Toparlayarak söylersek; Özgür irade iç ve dış dünya arasında, öznel ve nesnel hak arasında bölünmeyi yenerek iradesini nesnel politik ve toplumsal kurumlarda yerine getirmesi gerekir; elbette bu kurumlar da bireyin istenciyle uyum içinde olmalıdır.[41] "Tüze[Hukuk] Felsefesi'nin bütün bir üçüncü bölümü varsaymaktadır ki öznenin özgür istenci kurulu olmayan hiçbir nesnel kurum, ve nesnel toplumsal düzende görülebilir olmayan hiçbir öznel özgürlük yoktur."[42]

(38) a.g.y., syf.165

(39) a.g.y., syf.163

(40) Hobbes için "felsefe doğru bir şekilde akıl yürüterek, sonuçlardan nedenlerin ve nedenlerden sonuçların çıkarsanmasıdır". Akıl yürütmenin anlamı ise onun için hesaplamak yani toplamak ve çıkarmaktır. Yani felsefe akıl yürütme eşliğinde toplama ve çıkarmadır. Fazlasıyla tutarlı bir toplamacı olan Hobbes neden-sonuç ilişkisi içerisinde olan karmaşık cisimlerin hareketi olarak gördüğü insan psikolojisinin nihai noktasında olan devleti en karmaşık yapay cisim olarak tanımlar. Bknz. Solmaz Zelyüt Hünler, a.g.y., syf.5-7

(41) Marcuse, a.g.y.syf.160

(42) a.g.y.,syf.161

Son olarak şunu belirtelim. Hegel'in devlet anlayışının totaliter olduğunu söylemeden önce iki nedenin göz önünde bulundurulması gerekir: İlki tin, özgürlük felsefesi olarak adlandırılan Hegel felsefesinin, öznel, nesnel, mutlak tin olan momentleri içerisinde nesnel tin alanına karşılık düşen devletin; din, sanat ve felsefenin içinde yer aldığı mutlak tin alanına alt güdümlü olmasıdır. İkinci olarak ise Hegel'in tasarlamış olduğu bu devlet eleştirel aklın ölçütleri ve evrensel olarak geçerli yasalar tarafından yönetilen bir devlettir[43]. Hegel yasanın gücünü kişisel çıkarların ötesine taşıdı. Çünkü yasa Hegel'e göre birbirimizin kişisel çıkarlarından uzak, ahlâkî bir zeminde birbirimizle ilişki kurmamızın güvencesini verecek tek güçtür.

(43) a.g.y., syf.143-145

Hukuk Devleti: Modern Toplumun Hukuk Aracılığıyla Siyasal Meşruiyeti

Mehmet Tevfik ÖZCAN*

1. Giriş

Uygarlık tarihinin incelediği toplumlara genel olarak baktığımızda, bu toplumların bütünsel varlığının belli bir iktidar düzeni içinde olanak dahiline girdiğini, kendilerini destekleyen iktidar yapıları etkisiz kaldığında varlıklarını da yitirdiklerini görürüz. Bu genelleme ile hemen devletçi bir siyasal tavır belirlemek veya sosyal bilimlere ilişkin konuların tümüne birer iktidar sorunsalı olarak bakmamız gerekmiyor. En azından, iktidarın türlerini, birbirleriyle bütünleşmelerini, siyasal meşruluğun inşası şekillerini, iktidara tabi olma durumunu ve çıkar çatışmalarını, ilk bakışta iktidarla ilgili olan, ancak sadece iktidar yapısının bilgisiyle aydınlatılamayan sorunlar olarak özel bir şekilde incelemek gerekir. İktidarın dağılımı ve meşrulaştırılması bakımından modern öncesi toplumlarda, kural olarak, egemenlik yapıları kuvvete dayalı olarak inşa edilmiş olan toplum yapılarının meşruluklarının yine aynı iktidar yapısıyla bütünlüklü din ve hukuk tarafından inşa edildiğini görürüz. Uygarlığın erken aşamalarından beri görülen yasaların (bildiğim kadarıyla en eskisi MÖ 2330'a tarihlenen Sümer uygarlığındaki Urugakina Yasasıdır) toplumsal yaşamı sürdürmeye dönük rol ve işlevi dinsel meşruluk tarafından inşa edilen daha kuşatıcı bir zihin yapısı ve din adamları tarafından işlenen *kanon* içinde yer tutar[1]. Kapitalizmle birlikte, askeri kapasiteye bağlı kuvvet kullanımıyla iktidara sahip olan egemenlik yapısının önce burjuvazi tarafından yeni bir iktidar paylaşımına itildiği bir süreç yaşandı. Bu, tek merkezli olan iktidarın sermaye sahipliğinin yaygınlığı ölçüsünde birden fazla merkez arasında paylaşılmasının talep edildiği bir demokratikleşme sürecini ortaya çıkardı. İngiltere gibi, bu iktidarın krallık, toprak sahipleri ve burjuvazi arasında zamana yayılan çatışmalar ve alt üst oluşlarla tedricen paylaşıldığı örneğin yanında, monarşinin bu paylaşımda hasislik yaparak burjuvazi tarafından alaşağı edildiği örnek olarak iki ideal tipe sahibiz. Bu süreç, sadece dü-

(*) Doç. Dr., İ. Ü. Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ve Hukuk Tarihi Anabilim Dalları öğretim üyesi. Elinizdeki makalenin taslağı başlangıçta "Laiklik ve Hukuk Devleti" başlığına uygun olarak kaleme alınmış ve 7-9 Eylül 2006 tarihlerinde İstanbul'da toplanan "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar III" sempozyumda özetlenerek sunulmuştu. Ancak metnin uzunluğu nedeniyle, yayın aşamasında iki ayrı makale olarak yayınlamanın daha isabetli olacağına karar verdim. Laiklik konusunu ihtiva edecek olan diğer makaleyi daha sonra yayınlayacağım. E-posta: mtozcan@istanbul.edu.tr, mtozcan@yahoo.com

(1) Jan Assman, Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik, Çev. Ayse Tekin, İstanbul, Ayrıntı, 2001, passim. Bu konudaki görüş açım için bkz. Mehmet Tevfik Özcan, Hukuk Sosyolojisine Giriş, 2. b., İstanbul, Set, 2003, s. 179, et seq.

şünce dünyasına ait değil, dünyevi olarak da varlığı dikkati çeken bir kurum olarak dinin meşruluk üretme kapasitesinin sona ererek özel alana taşındığı bir gelişmeyi ortaya çıkardı. Abartılı çıkarsamalar bir yana bırakılırsa, Habermas'ın incelediği seküler söylemin meşruluğu inşa etmesi olarak "iletişimsel rasyonellik" bu dönemin meşruluk idealidir[2]. Zira, burjuvazinin çıkarları sahiplerine pazarlık yapma cesaretini verecek düzeyde belirgin unsurdur. Bu durum din adamının okuyup üflemesiyle geçiştirilemez; bu yüzden hem din bu çıkarlara göre anlaşılacak şekilde özel alana ait hale gelir, hem de devletin muhatap almak veya dikkate almak zorunda olduğu bir kamusallığın inşasıyla sonuçlanır. Bu dünya sisteminin de kapitalist sistem olması koşullarında, devletin egemenlik yapısının burjuvazi aracılığıyla teşhis edildiği bir noktaya evrilir.

Toplumsal düzenin yasalarla temin edildiği toplumları modern toplumlarla sınırlı saymak olanaksızdır. Devlet yapılarının var olduğu koşullarda beliren uygarlık örneklerinin tamamında yasaların toplumsal düzeni temin etmede siyasal ve geleneğe ilişkin yapılarla birlikte az veya çok rol oynaması dikkati çeker. Ancak, "hukuk devleti" olarak adlandırılan, yönetilenler bakımından toplumun hukuk üzerinden tarif edildiği modeli sadece modernlik koşullarında görürüz. 1075 Papalık Devrimi sonrasında Avrupa'da hukukun bilimleşmesi sürecinde, Harold Berman, hukukun özerkleştiğini ifade ile bu özelliği batı hukukunun hukuk devleti geleneğinin temeline oturtmuştu[3]. Bu sadece batıya özgü bir durum da değildir. Osmanlı Devleti'nde 17 ve 18. yüzyıllarda şeriatın daha görülür hale gelmesi de aynı yönde değerlendirilebilir[4]. Ancak bu iki örnekte de hukuka riayet etmek durumunda olan insanların gerçek veya saymaca onaylarına ihtiyaç duyan bir siyasal sistem söz konusu değildir. Hukuki topluluğun mensupları, kendi yaşamlarını hukuk kurallarına göre algılamalarının öncesinde, dinsel olarak meşrulaştırılmış, yani yurttaşların meşruluk üretmelerine olanak vermeyen bir egemenlik yapısına tabi durumdadır. Toplumsal düzenin dinsel referans olmaksızın sadece hukuk aracılığıyla tanımlandığı koşullarda seküler ve kendi kendini meşrulaştıran bir düzen ilkesi ve meşruluk gereklidir. Hukuk devleti olarak tanımlanması henüz söz konusu olmaksızın

(2) Cf., Jürgen Habermas, Between Facts and Norms, Trans. By, William.Rheig, Cambridge, Polity Press, 1998, pp.118 et seq.

(3) Harold J. Berman, Law and Revolution, Cambridge, Mass. Harvard University, 1983 ©, p. 165 et seq.

(4) Osmanlı Devleti'nde bugünün hukuk devleti anlayışına yakın sayılabilecek olan "şeriat" ile yine hukuk devletinin asli unsuru olan "kanun" arasında belli bir gerilim mevcuttur. Hukuk devleti yasa yapmaya da hukuki bir form getirir, dolayısıyla yasama ile hukuk devletinin gerilimli olmayan bir ilişki modeli mevcuttur. Oysa, Osmanlı Devleti'nde bunlarda biri önde olduğunda diğerini güçten düşüren bir ilişki vardır. Osmanlı Devleti'nde hukuk devleti arayışı adına kanunu suçlarsak, bu kez devletin reform yapmasını ve bütün olarak modernleşmeyi yadsımanız gerekir. Tanzimat Fermanı ve izleyen gelişmeler başarılı olsaydı, gidiş yönü hukuk devleti istikametinde olabilirdi. Cf., Ömer Lütfi Barkan, XV. Ve XVI. yy.'da Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, C.I, İstanbul, İ. Ü. Edebiyat F., 1943, s. ix-xlii; Richard Repp, "Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat," Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku, Der. Aziz el-Azme, Çev. Fethi Gedikli, İstanbul, İz, 1992, s. 155-181. Prof. Hatemi hukuk devletini "adalet değerinin topluma hakim kılınması" ölçütüyle algıladığı için, bu değeri toplumda hakim kılma çabalarının tamamını, özellikle İslam hukukunun tutarlı uygulandığı bütün siyasal yönetimleri hukuk devleti içinde değerlendiriyor. Bkz., Hüseyin Hatemi, Hukuk Devleti Öğretisi, 1. b., İstanbul, İşaret, 1989, s. 47, 77 et passim.

ve uzun bir siyasal tarih sürecinde görece olarak kısa bir yer tutan Atina'da MÖ 510-511'de kanun koyucu yapılan Kleisthenes'in kurduğu demokraside, yurttaşlık hakkına sahip olanların karar süreçlerine katılması yanında, kanun önünde eşitliğini ifade eden isonomia güvencesine sahip olduklarını görüyoruz. Bunun, hukuk devleti tartışmalarının tabanında yer alan, kanun önünde eşitlik ilkesinin tarihsel kökeni bakımından hatırlanması gerekir[5]. Antik Yunan'daki demokrasi deneyimi dışında, modern öncesi hukuk yapıları meşruluğunu dine dayandıran ve hukuku politik sistemin uzantısı haline getiren bir yaklaşım biçimine sahipti. Oysa, modernlikle birlikte, imparatorluk modeline uygun düşen tabiiyet biçimleri yerinden edilmiş, birey meşruluğu ulus devlet formunda inşa edilen yeni devlet yapısında dünya sistemi bakımından kendisini ulusun mensubu olarak tanımlamak durumuna gelmiştir. Bu koşullarda bireyler ve birey grupları da kendi toplumundaki konumlarını hukuk aracılığıyla algılamaya başlamışlardır.

2. Prosedüral Hukuk Devleti: Modus Vivendi

Modernliğin siyasal meşruiyetin genel formunu yapıbozumuna uğratması, modern öncesinden miras alınan toplumun devlete göre tarif edilmesi olgusuyla bir arada düşünüldüğünde, rasyonellik iddiasının toplumsal ilişkiler alanının tümünü kapsamasına neden oldu. Toplum, bir kez Tanrı edimi olarak algılanmaktan çıkınca, her bireyin devletle ve başka bireylerle yaşadığı çıkar uyuşmazlıkları da aynı terimlerin alanına dahil olur. Hukuk, artık toplumu ahlaklı kılmanın aracı değil, bireysel dünyalara ait hale gelmiş ahlakları yaşanabilir kılmaktır. Modernliğin inşasındaki burjuvazinin mutlakçı kral-lara, soylu sınıflara ve kiliseye karşı eşitlik mücadelesi daha sonra sosyal sınıf haline gelecek işçilerin de tanınma ve eşit kabul edilme istemlerinin modelini biçimlendirmiş oldu. Hukuk devleti bu koşullarda ayrı bir meşruluk söylemine ihtiyaç duyulmayan, belli sınırlarda kullanıma elverişli yaşam dünyasını inşa etti[6]. Bu sınırların ne olduğu üzerinde fikir birliği yoktur, ancak verili bir toplumun inşa ettiği denge durumuna göre, su katılmamış liberalizmden devletin yeniden paylaşımda düzenleyici fonksiyonlarını icra ettiği modele kadar kapitalist devlete uygun düşen bir hukuk yaşamına kadar değişiklik gösterir. Burada dikkate alınması gereken, hukuk devleti konusundaki söylemin veya toplum kesimlerinin arzularının formları değil, bunların ne kadarının yaşandığıdır.

Dicey, 19. yüzyılın sonlarında Britanya İmparatorluğu'nun anayasal düzeninin dünyanın en meşru düzeni olduğunu belirtirken, bunu hukuk devletinin varlığına dayandırmıştı[7]. Dicey, hukuk devletini üç asgari ilkeye göre betimlemişti[8]: (1) Hiç kimse, olağan şekilde yapılmış hukuka göre, olağan mahkemeler karşısında hukuk ihlallerinin yargılanması dışında, cezalandırılamaz ve bedensel ve malvarlığı ile ilgili kısıtlamalara tabi tutulamaz. Bu anlamda, hukuk devleti idari mahiyetteki geniş ve keyfi kararlara tabi olmanın tersidir. (2) Hangi toplumsal sınıftan veya mevkiden olursa olsun, herkes eşit şekilde memleketin olağan kanunlarına tabi olmasıdır. (3) İngiliz kurumlarında görüldüğü üzere, toplumsal düzende hukuki ruhun önde gelmesidir. Bu üç ilkeye baktığımızda, bireylere göre anlaşılan kapitalist toplumda her bir bireye temin edilebilecek ölçüdeki güvenli yaşam dünyasının tanımının yapılmış olduğu görülür. Yine her üç ilkeye baktığımızda, toplumsal ilişkiler dokusunun hukuk algısına göre tanımlandığı dikkati çeker. Bu hukuk tarafından betimlenmiş bir "olağan" yaşamın sürdüğü toplumdur; bunun karşıtı olan olağanüstü hal anayasa hukukçularının minimize etmek üzere çaba gösterdikleri, sadece yoğun siyasal bunalım koşullarında kısa süreli olarak kabul edilebilir yaşamdır. Yine bu olağan toplum, "hukukun ruhunu" sadece olağan yargı mercilerinin tanımlayabildiği dikkate alınarak, bireylerin hak ve yükümlülüklerini tanımlamada yargıçların kilit rol oynadığı, deyim yerindeyse, yargıçların her türlü idari karar alıcının üstünde olduğu yargıçlar devletidir. Nitekim, Dicey, İngiliz Anayasa Hukukunun üstünlüğünü, bu hukukun

(5) *Isonomia kavramında ifade edilen kanun önünde eşitlik, demokrasinin özü sayılmıştır. Isonomia kavramının ilk kullanımının Samos adasında olduğu saptanmıştır. Kavramın, adının Pers istilası altında olduğu yıllarda, Pers soylularının MÖ 522'de başlayan iktidar kavgaları sonrasında, geliştiği ifade edilmiştir. Bkz., Charles W. Fornara, and Loren J. Samons II, Athens from Cleisthenes to Pericles. Berkeley: University of California Press, 1991 c., pp. 38-47, 166-167. Atina ve Isparta arasındaki Peloponesos Savaşı'nın başında (MÖ 431'de), savaşla yaşamını kaybetmiş Atinalılar için yapılan cenaze töreninde yaptığı meşhur konuşmasında Pericles hukuk devleti açısından önem taşıyan bir kamu yaşamını betimlemiştir. Perikles, Demokrat Parti lideri olarak başa geçmiş, ancak Pers savaşlarının yol açtığı ortam koşullarında bir yandan tıpkı bir kral gibi olağanüstü yetkiler kullanmış, diğer taraftan yine bu savaşın yarattığı krizden yararlanarak Atina'yı imparatorluk siyasetine yöneltmiştir. Konuşmasında şövenizme varan bir milliyetçilik vurgusu görülen Perikles, Atina kurumlarını Atinalıların özgürlüğü (tabii burada köleler kast edilmemekte), yasalara tabi olmaları, hukukun üstünlüğü ve demokrasi unsurlarına dayandırmıştır. Konuşmada Atinalıların kahraman atalarından ve geleneklerinden söz edilse de, bir dinsel meşruluk söylemi görülmemektedir. Eğer söz edilen yaşam kalıcı bir model olsaydı, hukuk devleti tartışması için Atina sitesinin MÖ 510'da Kleisthenes reformları ile başlayan demokrasi dönemi hareket noktası olabilecekti. Ne var ki, istikrarlı bir süreç halinde gelişmeyen bu dönem, MÖ 411'de tiranlık idaresi kurulmasıyla son bulmuştur. Burada Atina sitesinin tek merkezli bir monarşiye sahip olmamasıyla paralellik gösteren merkezi şekilde meşruluk üreten bir dinsel kurumun yokluğu meşruluğun dine dayandırılması yerine, işleyişi farazi veya eylemsel olarak demokrasiye göre belirlenen hukuka göre tanımlanması dikkati çekiyor. Konuşmadaki milliyetçi vurgu da, yüksek modernliğin bir yanda evrenselliği ilke edinmesi ile, diğer yanda ulus inşasına dönük pratiğinin ilk örneğini karşımıza çıkarmakta. Perikles'in söylevi için bkz., Thucydides, The History of the Grecian War, Trans by, Thomas Hobbes, Vol. I, London, John Bohn, MDCCCXLIII (1843), ii. 34-46, pp. 187-201. Aristoteles politika üzerine eserinde iyi yönetim konusundaki görüşlerini belirtirken, savunduğu anayasal yönetim (politea) modeli demokrasinin özgürlüğe dayanması ve yönetimin yasalarla icra edilmesi noktalarının üzerinde duruyor. Aristoteles'de (örneğin bkz. ii.6, ii.12, iii.14, iv.1, iv.6, iv.8) hukuk devleti algısı yönünden değer taşıyan ve Perikles'in görüş açısıyla tutarlı unsurları bulmaktayız. Bkz. Aristotle, Politics, Trans. by, B. Jowett, Vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1885, p. 42, 64, 96, 108, 119, 122.*

(6) *Yaklaşım farklarının olabilirliğine rağmen, hukuk devletinin Alman hukuk yazınında "rechtsstaat" kavramı ile 1798'den beri kullanılmakta olduğu belirtilmiş, J. W. Placidius, Adam Müller C. Th. Welcker, J. Ch. Fritz von Aretin ve R. Von Mohl gibi yazarların kavramı kullandığına işaret edilmiştir. Bkz., Hayrettin Ökçesiz, "Hukuk Devleti," Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Ala, 1998 ©, s. 17; Hatemi, op. cit., s. 7. İngiltere'de hukuk devletinin karşılığı olan "rule of law" aşağıda ele alacağım Dicey'in 1895'lerden başlayan görüş açısının çerçevesi içinde tartışılmıştır. Ancak, E. P. Thompson hukuk devletini 1723'de Kral I. George tarafından çıkarılmış ve yüz yıl sonra zımmen yürürlükten kalkmış Drakon tipinde bir ceza yasası olan "The Waltham Black Act"ın uygulaması içinde hukuki eşitlik fikrinin gelişmesiyle ilişkilendirmiştir. Söz konusu yasa kırsal bölgelerde yoksulların sebep olduğu mülkiyete ve şahsa karşı suçları önlemeyi amaçlamışken, süreç mülk sahiplerinin de belli oranda yasayı ihlal etmeleriyle mahkemeleri hukuki eşitlik yönünde bir algı oluşumuna zorlamıştır. Yine bu noktada, Thompson'ın hukuk devletini siyasal iktidarın maskelenmesinden ibaret saydığını da hatırlatmalıyım. Bkz., E. P. Thompson, Whigs and Hunters, London, Penguin Books, 1990, p. 258, et seq.*

(7) *A. V. Dicey, Introduction of the Study of the Law of the Constitution, 8th ed., London, Mac Millan &Co, 1915, pp. 182-226.*

(8) *Ibid., pp.193-198.*

yargı kararları ile yapılması (kendi deyimiyle "yargısal yasama" yoluyla yapılması) olduğunu belirtmiştir; bu ifade hukuk devleti güvencesinde temel rolü yargıya terk etmektedir.

Dicey'in hukuk devletini bir anayasa hukuku ilkesi olarak ortaya koymasında dikkati çektiği üzere, konu, son tahlilde burjuva toplumunun siyasal kurumlarının meşruluğunu temellendirmektir. Liberal bir toplum, başkaca bir meşrulaştırıcı söyleme ihtiyaç duymaksızın, mensuplarının ortak yaşamını tanımlamada hukukun yeterli bir yaşam tablosu sunmasıdır. Waldron'ın işaret ettiği gibi, hukuk devleti tanrısal bir toplum yerine, insan eseri yasalarla yönetilen bir toplumun tablosunu sunar[9]. Bunu ifade ederken, ne liberal düşünürler, ne de kısaca onların görüşlerini ortaya koyan ben, topluma ait kurumların tümünün hukukun içinde soğurulduğunu ifade etmiyorum. Esasen, yasaların içeriğinin minimalist bir maddi hukuku ihtiva etmesi gerektiğini açık veya örtülü olarak ifade eden liberaller için hukukun toplumsal alanı dakik bir tasarrufla düzenlemesi gerekir. Sadece, hukuk devletinde toplumsal düzen algısının hukuk olarak ortaya konulduğunu, politikanın da bu ölçüt aracılığıyla meşruluk sınırının belirlenmeye çalışıldığını ifade ediyorum. Böyle olunca, hukukun politika üstü veya politikadan etkilenmeyen, hatta ona meşruluk ölçütü sunan bir üst konuma yerleştirildiğini düşünmemiz gerekir. Gerçekten, İngiliz hukuk düşüncesinin temelinde yer tutan John Locke'un liberalizmi, siyasal toplumun kurulması için yapılan sosyal sözleşmenin akdedilmesinin *ratio decidendi*'si olarak doğal hakların korunmasını göstermiştir. Locke, bu korumayı sağlayacak olan toplumsal düzene ilişkin *(civil)* yasaların siyasal toplum tarafından yapılabileceğini dikkate alarak, siyasal toplumun sosyal sözleşme ile inşa edileceğini belirtmiştir[10]. Bu görüş açısına göre, insan eseri olan hukukun da meşruluk temelini temin eden "yaşam, özgürlük ve mülkiyet" olarak belirlenen üç doğal hakkın korunması hukuk devleti ilkesinin temelini oluşturur.

İngiliz hukukçularının *rule of law*, Amerikalıların *due process* olarak adlandırdıkları hukuk devleti ilkesi her iki hukuk sisteminde doğal hakların korunması sınırında ele alınır. Bu, belirtilen hukuk sistemlerinin sadece ve sadece Locke'un siyasal meşruluk söylemiyle sınırlı bir algıya sahip olduklarını anlamına gelmez. Nitekim, Hume'un anti-rasyonalist çizgisini izleyen Herbert Spencer[11] veya çağımızın liberal düşünürü Hayek, doğal hakların yerine yerleştiği "kendiliğinden doğal düzen" gereğince, özgürlük alanı olarak ifade ettikleri Locke'daki mülkiyet ve sözleşme serbestisi ile teşhis edilen nüvenin mutlak şekilde korunması görüşündedir[12]. Konuya liberal özgürlük kavramı açısından bakan bu iki hukuk çevresinde haklar yeniden düzenlenemeyeceğinden, siyasal meşruluk için maddi hukukun değiştirilmemesi asıldır. Locke'un, doğal hukuk içinde özetlediği siyasal alanın müdahalesinden masun kılınan hukuk, Hayek'de "kendiliğinden düzen" olarak ifade edilen *laissez faire* liberalizminin görünmez elinin düzenlediği piyasa temelinde betimlenen ilişkiler alanıdır. Hayek, bu noktada demokrasinin popüler kabul gören her türlü talebi yasalaştırması nedeniyle, kendiliğinden doğal düzene zarar veren bir unsura dönüşebildiğini belirterek, demokrasi ile hukukun üstünlüğünü cesur bir şekilde karşı karşıya getirmektedir[13]. Amerika Birleşik Devletleri'nde İç savaş sonrasında konulan *Fourteenth Amendment*'de düzenlenen *due process* yukarıda belirtilen üç doğal hakkın eşit olarak bütün insanlarca kullanılması, özellikle, idare ve yasamanın bunların kullanımına müdahalesinin önlenmesi amacıyla yürürlüğe konulmuştur[14]. Hukuk devletine "prosedüral" bir gereç olarak yaklaşan Amerikan hukukçuların Anayasa tadilinin yasalaştığı 1866'dan önce, daha 1850'lerde bazı mahkemeler eyaletlerin bu alana dönük olarak çıkardıkları yasaları sınırlayan kararlar vermişlerdi[15]. 1866 tarihli anayasa tadili yine ayrı tarihlerde özellikle kölelikten yakın tarihte kurtulmuş olan siyahların medeni haklarını düzenleyen Civil Rights Act ve Freedman Bureau Bill ile ortak mantığa sahiptir. Belirtilen iki yasa, siyahların sözleşme ve mülk edinme haklarını engelleyen uygulamaların kaldırılmasını birinci hedef olarak benimsemiştir[16]. Bu suretle, maddi hukuk bakımından üç hakkın korunması yargı organlarının yorumuna bırakılmıştır.

Hukuk devleti hukukun kendisi için gerekli bir ilke olmasının yanında, siyasal meşruluğu hukuk ölçütüne bağlamanın ilkesidir. Burada, gerçekte hukuka ait özellikler olarak ele almamız gereken bazı ilkelerin bir kez daha hukuk devleti için de ifade edilebildiğini görüyoruz. Bunlar arasında hukuk kurallarının genel olması, formelliği, açıklığa sahip olması, hesaplanabilir olması sayılabilir[17]. Bütün bu çerçeve, başkaca bir meşruluk söylemine müracaat etme gereği olmadan, devletin hukukla bağlı olması ölçütüyle meşruluğun gerekli ve yeterli koşulunun sağlanmasıdır. Hukuk devletinin, en ikna edici sunumu liberal bir ideal olarak bireysel özgürlüğün güvence altına alınmasıdır[18]. Burada, Locke'un çizgisini izleyen doğuştan haklar doktrini veya bu yaklaşımın sosyal sözleşmeci retori-

(9) Jeremy Waldron, The Law, London, Routledge, 1990, pp. 39, 45.

(10) John Locke, Two Treatises of Civil Government, Introduction by, William S. Carpenter, London, Everyman's Library, 1966, pp. 118-119, 159-160, 201-207, 220.

(11) The Man Versus The State, London, Williams & Norgate, 1885, passim.

(12) Friedrich A. Hayek, Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C.I (Kurallar ve Düzen), Çev. Atilla Yayla, (Ankara), T. İş Bankası Yay., 1994, 55-71, 76, 92. Görüşlerini iktisadi planlama karşıtlığı temelinde geliştiren Hayek, plancılığın hukuk devletine aykırı olduğunu, hukuki eşitlik ilkesiyle yetinmek gerektiğini ifade etmişti. Bkz., Frederich A. von Hayek, Kölelik Yolu, Çev. Turhan Feyzioğlu ve Yıldıray Arsan, Ankara, Liberte, 2004 c. s. 106 et passim. Sururi Aktaş, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Ankara, Liberte, 2001, s. 137 et seq.

(13) Cf. Hayek, Kanun..., C. I., s 209

(14) Bkz., Edward Keynes, Life, Liberty and Privacy: Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process, w. Place, Pennsylvania State University, 1996, p. 31 et seq.

(15) Ibid., p. 32

(16) Bu esnada, eski kölelik taraftarı olan Güney eyaletlerin askeri yönetim altında olduğu unutulmamalıdır; bu yasalarla Kuzeyli sanayiciler seçmen haline gelecek siyahların desteğini elde ederek, federal organlara yapılan seçimlerde Güneyli toprak sahiplerinin etkisini minimize etmeyi başarmış görünüyorlar. Cf., Keynes, op. cit., p.38, 42-43.

(17) Cf., Bill Schuerman, "The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis," Politics and Society, Vol.22, No:2 (June 1994), pp.197; Roger Cotterell, Law's Community, Oxford, Clarendon Press, 1995 ©, pp. 166-168. Cotterel konuyu Franz Neuman ve Otto Kircheimer'ın görüşleri çerçevesinde araştırmaktadır.

(18) Bkz., Bruno Leoni, Freedom and The Law, Princeton, New Jersey, D. Van Nostrand Co. Inc., 1961 ©, p. 59, et seq.

ğinden soyulmuş olan Hayek'in görüş açısı, toplumun kurucu edimini bireylere indirgeyen yaklaşımıyla hukuk devletini, pratikte mülkiyet haklarına dokunmama kabulüyle tanımlanan özgürlüğün olanaklı hale geldiği bir *modus vivendi* olarak betimlemektedir. Bu görüş açısı hukukun bir pozitivist için betimsel bilgi konusu olması durumunda anlamlıdır[19]. Hukuk devleti, tıpkı aralarında ateşkes yapmış devletler gibi, yurttaşların hukuka mevcut koşullarda değişiklik istemeden riayet etmesi anlamına gelir.

Liberal yaklaşımın söylem düzleminde kolay, ancak pratikte zorlu olan bu görüş açısı Raz tarafından iki temel ilke ve izleyen sekiz ilke ile betimlenmiştir[20]. Bu iki temel ilke şöyle ifade edilmiştir: (1)insanların hukuk tarafından yönetilmeleri ve hukuka riayet etmeleri; (2) söz konusu olan hukuk insanlara rehberlik yapabilecek olmalıdır. İzleyen sekiz ilke ise şöyle sıralanmıştır: 1. Bütün yasalar geleceğe dönük, açık ve sarih olmalıdır. 2. Yasalar görece olarak istikrarlı olmalıdır. 3. Tekil olarak yapılan yasalara (tekil hukuki emirler) açık, istikrarlı ve genel kurallarca yön verilmelidir. 4. Yargı bağımsızlığı güvenceye alınmış olmalıdır. 5. Doğal adaletin ilkeleri gözetilmelidir. 6. Mahkemeler diğer ilkelerin kullanılmasında kuvvetleri (yasama ve yürütmeyi-yazarın notu) denetleyebilmelidir. 7. Mahkemeler kolayca ulaşılabilir olmalıdır. 8 Suçu önlemeye yönelik kamu kurum ve kuruluşlarının hukuku ihlali önlenmelidir. Bu ilkelerin liberal toplumun yaşam koşullarını betimlerken, hukukun yargıçların ağzından ifade edilen haliyle dikkate alındığı, temel bir hukuk kaynağı olan yasamanın sorunlu hale geldiği görülmektedir. Aslında bu ilkeler Lon Fuller tarafından hukukun ahlaksallığı olarak betimlenmiş olan sekiz temel prensibin tekrarı mahiyetindedir[21]. Fuller, kapitalist piyasa modeline göre tasarımladığı ideal toplumun işleyiş koşullarını hukukun güvenceye alacağı beklentisindedir. Aralarında geçmiş olan tartışmalar bir tarafa, Fuller'ın "hukukun iç ahlaksallığı", Raz'ın da "değer" olarak ifade ettiği hukuk devleti tasarımı[22], politika alanında liberalizmi zorlayan taleplerin olmadığı *laissez faire* kapitalizmi koşullarında yaşam şansı bulur. Bu gerçekten bir *modus vivendi* oluşturabilir; ancak bu görece eşit koşullarda sözleşme ilişkileri kurabilen bir mülk sahipleri toplumuna aittir. Hukuk devleti bu koşullarda sadece prosedüral adalet olarak dikkati çeker. Bu noktada, prosedüral hukuk devleti yaklaşımının liberal kamusal alan algısıyla tam bir paralellik gösterdiği dikkati çekmektedir.

Nihayet, hukuk devleti –Raz'ın ilkelerinde dikkati çektiği gibi- sadece bireylerin hak aramalarıyla ilgili değil, aynı zamanda yasama organının edimlerinin hukuka uygunluğunu da gerektirir. Türk hukukunun da içinde bulunduğu geniş bir hukuk ailesi kanunların anayasaya uygunluğu denetimi usulünü benimsemesi bu anlayışın sonucudur. Burada, kanunların dar anlamda

(19) Waldron, op. cit., p. 33.

(20) Bkz., Joseph Raz, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford, Oxford University. Press, 1979, p. 210, et seq.

(21) Bkz., Lon Fuller, The Morality of Law, revised ed. New Haven, Yale University Press, 1969 c., p. 33, et seq.

(22) Cf., Fuller, op. cit., p. 42; Raz, op. cit., p. 221.

anayasa metnine nazaran yargılanabilmesinden daha çok, anayasanın ne olduğuna yüksek mahkemenin karar vermesi Dicey'in tanımındaki hukuk devletinin unsurudur. Bunun yanında, yine Dicey'in üstünde özellikle durduğu husus, hukuk devletinin patriyarkal yönetim metotlarına aykırı düştüğüdür. Ona göre Fransa'nın *Droit Administratif*'i yürütme gücüne yargısal bir sınır getirmediği için hukuk devletine aykırıdır. Dicey'in söz konusu ettiğim çalışmasının ilk baskısı 1885 tarihli olmakla, daha sonra 1915'deki sekizince baskıya yazdığı girişte zayıflayacak bir görüş olsa da, kendisi 19. yüzyıl sonlarında Fransız siyasal sisteminin hukuk devleti içinde değerlendirilemeyecek olduğu görüşündedir[23]. Hukuk devleti tekil bireylerin dar anlamdaki hukuk güvenliğinden daha fazla olarak toplumsal meşruluğun tümünü inşa etmeyi hedeflediğinden, idarenin her türlü yönetsel ve kollukla ilgili edimlerini yasalarla bağlı hale getirme çabasını içine alır[24].

3. Maddi Hukuk Devleti: Hukuk Devletinin Maddi Hukuku İnşası

Dicey'nin parlamento yasamasının liberalizme aykırı sonuçlar vermeyeceği yönündeki örtük kabulü, 19. yüzyılın son çeyreğinden dan itibaren yasama yoluyla kural koymanın yaygınlaşması koşullarında sıkıntı kaynağı haline gelmeye başlamıştır. Dicey, İngiltere için parlamentonun üstünlüğü görüşünü ifade ederken, hukuk devleti yönünden mahkemelerin hukuk yapması anlamında "yargısal yasama"nın varlığını güvence olarak ifade etmişti[25] ve bu liberalizmin sınırlamalarını aşan bir yasa yapmayı konu dışında bırakıyordu. Liberalizmin prosedüral hukuk devleti ile yasama arasındaki denge, yasama organının görece olarak az yasa yapması, hatta özel mülkiyet ve sözleşme ilişkileri alanlarını düzenlememesi durumunda işleyebilirdi. Kapitalizmin ağırlıklı olarak küçük mülk sahiplerini içine aldığı koşullarda bu olanaklıdır; ancak kapitalist rekabetin yerini tekelleşmeye bıraktığı koşullarda bu yaklaşımı sürdürmek olanaksızlaşmıştır. Örneğin, İçsavaş'ı izleyen yıllarda bu sorun Amerikan hukukunda mahkemelerin eyalet veya federal parlamentoların yasa yapmasına direnç göstermesi ile dikkati çekti[26]. Kapitalist sermaye birikiminin tekelciliğe yönelik eğiliminin belirginleştiği aşamada, doğası gereği liberal olamayan alt sınıflarda yol açtığı demokrasi istemi ya yasama organlarının kompozisyonunu değiştirerek işledi, ya da sosyal yasama yönündeki baskılar önem kazandı. Çoğulcu demokrasi ve parlamentonun halk egemenliği doktrinine uygun düşen şekildeki üstünlüğü prosedüral hukuk devleti açısından elverişli bir durum değildir. Nitekim, Cotterell de İngiltere'nin anayasa sisteminde iki temel taşı olan hukuk devleti ve parlamentonun üstünlüğünün sarih ve tutarlı bir model halinde işlemediğini ifade etmiştir[27]. Nihayet, *laissez faire* liberalizmine uygun düşen prose-

(23) Dicey, Introduction..., pp. 185-188.

(24) Bkz., Waldron, op. cit., p. 45; İl Han Özay, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa, 1996, s.11-17

(25) Dicey, Introduction..., p. 191.

(26) Cf., Duncan Kennedy, The Rise and Fall of Classical Legal Thought, Cambridge, Afar, 1998, p. 56 et seq.

(27) Cotterell, op. cit., p. 175.

düral hukuk devletinin yargıçların kilit rol oynadığı bir anayasal sistem içinde söz konusu olabileceği düşünülmelidir. Buradaki temel sorun, gerek kurumsal yapı, gerekse de olarak demokrasi açısından, toplumsal alandan çıkan liberalizmin sınırlarını zorlayan yeni talepler karşısında hukuk devletinin durumunun ne olacağıdır. Özellikle, serbest rekabetçi kapitalizme uygun olan bir kurumsal yapıda bu sistemin temel unsuru olan kamusal ve özel arasındaki ilişkiyi değişikliğe uğratmaya yönelik talepler başarılı olduğu durumda hukuk devletinin temin ettiği meşruluk anlayışı bir yana mı bırakılacak? Başka bir yönden sorun, dünya piyasasındaki tekelci kapitalizm koşulları altında ülkedeki sanayicilerin korumacı veya serbest rekabeti bertaraf eden düzenlemeleri talep etmeleri durumunda bu meşruluk ölçütünün ortadan kalkıp kalkmayacağıdır.

Hukuk devleti yaklaşımı, doğal hukukun alanında kabul edilen ve mahkeme kararları aracılığıyla dışa vurulduğu iddia edilen çerçeveden uzaklaşıldığında, daha yalın bir deyimle yasama organlarının kural koyma ediminin yaygın bir durum haline geldiği koşullarda farklılaşmaya uğramaktadır. Prosedüral hukuk devleti anlayışında eksen özelliği gösteren faaliyet, yasama organının maddi hukuku değil, liberalizme göre ifade edilen hukuki ilişkileri korumaya yönelik kuralları koyması (bunlara Locke *"civil laws"*, veya Hayek *"organizasyon kuralları"* demişti) ve siyasal-yönetsel edimleri mahkemelerin ifade ettiği maddi hukukla sınırlandırmasıdır. Hukuk devleti, maddi hukuku yasama organı aracılığıyla şekillendirdiğinde, hem liberalizme aykırı kurallar koydu hukuk oluşturmanın siyasal kaynaklarını hukuksallığın alanına dahil etti[28]. Yasama organının kaynakları siyasal olan faaliyetinin hukuksal bir görünüm kazanması hukukçu imgelemi için sempatik görünür; ancak bu noktanın liberalizmin korunaklı yapısını zedeleyeceği unutulmamalıdır. İngiltere'de monarşinin Fransız Devrimi örneğini yaşamamak çabasının da etkisiyle 20. yüzyılın ilk 30 yılında iktidarda olan Tory Partisi yasama karşıtı bir tutum izledi[29]. Bu dönemde hiç yasa yapılmamış değildir; mümkün olduğu kadar minimize edilen yasa yapma edimi muhaliflerin faaliyetlerini engelleyecek polis düzenlemeleriyle sınırlı olmuş, hatta yıllarca olağanüstü hal gerekçesiyle *Habeas Corpus Act* askıya alınmıştı. Durum, endüstri devrimini yapmış bir toplumda siyasal sistemin çağdışı konumunu koruması sonucunu vermiş ve alttan alta burjuvazinin rahatsızlıkları artarken, ayrı bir "problem" olarak işçi sınıfı ortaya çıkmıştı. 1830'dan itibaren Whig

(28) Cf., Ernst Rudolf Huber, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet," Çev. Tuğrul Ansay, Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998 ©, s 61.

(29) Bkz., A. V Dicey, Lectures on the Relation Between Law & Public Opinion in England During the Nineteenth Century, London, MacMillan and Co, 1905, p. 71 et seq. Yazarın referans verdiğim diğer eseri Introduction of the Study of the Law of the Constitution ilk kez 1895'de yazıldığı halde, görebildiğim kadarıyla hukuk devleti konusundaki yaklaşım bu yeni eserde tartışma konusu yapılmamıştır. Buna rağmen, Law of Constitution'un 1915'deki sekizinci basımına yazarın kendisinin eklediği Giriş'de İngiltere'de hukuk devleti konusundaki eski saygının kalmadığı şikayeti yapılmaktadır. Bunun sebepleri arasında, sosyal yasama yoluyla hukukileşen kurumlar, bunlara ait bürokrasi ve bunların İngiliz hukukunu Fransız Droit Administratif yönünde bir gelişmeye mecbur bırakması sayılmıştır. Ona göre, geçen zamanda Fransa'da kamu yönetimi kendi hukukunu geliştiriken, İngiliz hukukunun kavramsal ve kurumsal yapısının bu yönde bir gelişme olanak vermediği dikkati çekmektedir. Bkz., Dicey, Introduction..., p. xxviii, et seq.

Partisi ve radikal liberallerin etkili olduğu Benthamcı veya Sosyal Darwinist yasama dönemi başladı[30]. Bentham, "hukuk devleti" gibi soyut bir ilkeyi telaffuz etmek yerine, bununla uyumlu sonuçlar vermesi beklenen *laissez faire* esaslı bir yasama politikasını önermişti. 1870'e kadar devam eden bu süreçte burjuvazi temsil hakkını genişletti, İngiltere Kilisesi dışındaki kiliselerin faaliyetleri serbest bırakıldı, Sosyal Darwinizme uygun bir liberalizmin gereği olarak yoksulları korumaya dönük patriarkal yasalar yürürlükten kaldırıldı. Ancak, bu koşullarda, hem niceliği, hem de toplumsal etkisi bakımından büyüyen, üstelik daha da yoksullaşmış olan işçi sınıfından destek alan Chartism'e taviz olarak bazı örgütlenme hakları kabul edilmek zorunda kalındı. 1870 sonrasında ise, Dicey'in "kollektivizm" dediği refah devleti veya sosyal devlet politikaları diyebileceğimiz tedbirler yasalaştırıldı[31]. Bu tarih, küresel ölçekte liberal piyasanın ortadan kalkıp korumacılık ve düzenleme yaklaşımının öne geçtiği bir dönemi ifade etmektedir. Şimdi gelinen bu son noktada hukuk devletinin bireyin hak ve özgürlüklerini kamusal alanın müdahalelerine karşı koruma olarak betimlenen özelliği sona ermiştir. Artık, hukuk devleti, Max Weber'in yasal-ussal otorite olarak ifade ettiği bir meşruluk modeline dönüşmeye başlamıştır[32]. Prosedüral hukuk devletinin egemen olduğu yaklaşım ideal ifadesini doğal hukukçulukta bulurken, yeni dönem Rousseau'nun "genel irade" yaklaşımı da dahil olmak üzere, toplumdaki hukuksal-alt sistemin siyasal iradeye dayandığı, rasyonelliğin de bu politikadan kaynaklanan düzenleme ediminin dışa karşı rasyonellikle meşru kılındığı dönemdir[33].

Yasamanın etki alanındaki genişleme, liberalizmin güçler ayrılığı ilkesinin yeni bir forma bürünmesini sağlar. Hukukçular ve liberal politikacılar, liberalizmin temel kazanımı olarak, güçler ayrılığı ilkesini ifade etmeyi sürdürse de, kural koymanın sınırları genişlemiş ve yasakoyucunun sınırlandırılması zorlaşmıştır. Doğal hukukçu yaklaşıma eşlik eden *modus vivendi* yerine, Weber'in tasvir ettiği şekilde, hukuku inşa eden siyasal iktidarın yasal-ussal meşruiyeti öne geçmiştir. İradeci pozitivizme dayanan yaklaşım biçimi hukuku egemenin iradesine dayandırırken, Hobbes'un *Leviathan* ii.26'da ifade ettiği[34] egemenliğin bölünemeyece-

(30) Dicey, Lectures..., p. 125 et seq.

(31) Ibid., p. 210 et seq.

(32) Max Weber, On Law in Economy and Society, Ed. by, Max Rheinstein, Trans. by, Edward Shils and Max Rhinestein, New York, Simon and Schuster, 1954 ©, pp.156, et seq.

(33) Weimar Anayasası dönemi bu özellikle dikkati çekmiştir. Liberal bir toplum hedefiyle yapılan anayasa, bir yandan toplumdan gelen baskı nedeniyle liberalizmi uygulama olanağına sahip iken, anayasayı kaleme alan Hugp Preuss'un ifadesinde bile patriyarkal bir yönetime kapı açan şekilde devleti sınıfların ilişkisini düzenleyen bir güç haline getirmiştir. Anayasa'daki liberalleşme hedefiyle uyumlu olması dahi söz konusu olmayan aristokrat ve asker kökenli bürokrasi ve idare dışa dönük olarak çok sözü edildiği halde, hukuk devletinin yaşama geçmesini bütünüyle engellemiştir. Cf., Hugo Preuss, "The Significance Of The Democratic Republic For The Idea Of Social Justice (1925)," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los Angeles, University of California Press, 2000, pp. 116-127. Otto Kirchheimer, "Legality and Legitimacy," The Rule of Law under Siege, Ed. by, William E. Schuerman, Trans by., Anke Grosskopf and William E. Schuerman, Berkeley, University of California Press, 1996, pp. 44-63.

(34) Thomas Hobbes, Leviathan, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi, 1992, s. 189-205.

ği ve sınırlandırılamayacağı düşüncesinin hayaleti bu pozitivizmin arkasında dolaşır. Bu, hukuk devleti yönünden, sadece demokrasinin bulunmadığı koşullar açısından değil, demokrasi açısından da bir ütopya oluşturan genel iradenin liberalizmi aşan sonuçlar üretmesiyle de hukuk devleti konusundaki söylemin eylemsel olarak tehdit altına girmesidir. Rousseau'nun 1762'de yazdığı Toplum Sözleşmesi'nin ikinci kitabında yanılmaz olan genel iradenin tezahürü olan yasama yetkisi, bir yönüyle hukuk devleti algısının doğal sonucu gibi çelişkisiz bir görünüm sunmaktadır[35]. Liberalizm ütopyasına elverişli ve görece yaygın küçük mülkiyet koşullarında yaşamış olan Rousseau, daha önce 1758'de Ansiklopedi için yazdığı "Ekonomi Politik" başlıklı makalede mülkiyeti kutsal kabul etmekle birlikte, kamunun iyiliği için genel irade tarafından müdahale edilebilir saymıştır[36]. Rousseau'nun görüş açısındaki bu özellik, hukukun liberal *modus vivendi*'nin koşulu olmaktan çıkıp, genel iradenin tezahürü haline gelmesinde, artık liberalizme uygun formdaki hukuk devletinin mülkiyeti korumada işlevinin -yani liberalizmin temel işlevinin- ortadan kaldırılma tehlikesine maruz kaldığını göstermektedir.

Hukuk kültüründe yasama yoluyla kural koymanın ağırlıklı yer tuttuğu bir hukuk sisteminde, yasakoyucu ile hukukçuların ayrı ayrı faaliyetlerinin uyumlu kılınması ortak bir diyalog zemininin varlığını gerekli kılar. Bu diyalogda, Habermas'ın iletişimsellik kavramına dayanarak konu ettiği demokratik bir ortam[37] bulunmasa bile, iki profesyonel zümre olarak yasakoyucu ve hukukçu arasındaki uyumlulaştırma gereğinden kaynaklanan iletişim kaçınılmazdır. Böyle bir durumda, inşa edilebilecek ortak zemin akıl kavramıyla ifade edilen müşterek alandır. Yasama politikasının öne çıktığı veya konunun yoğun tartışıldığı reform dönemlerinde hukuksal pozitivizmin ve bunun ürünü olan çözümlerin akılla temellendirilmesi bu nedene dayanmaktadır. Yasama yoluyla hukuk sisteminin tümünün yeniden biçimlendirilmesi, usul hukuku kadar, maddi hukukun da -büyük ölçüde eski malzeme kullanılarak da olsa- yeniden inşa edilmesini gerektirir. Puchta ilk kez 1822'de yazdığı, İngilizce çevirisi 1887'de yayınlanmış denemesinde hukuka dönük olarak Hegel'e dayalı -ilave olarak bir ölçüde Hıristiyanlık tonu taşıyan- bir temellendirme oluşturma girişiminde bulunmuştu[38]. Puchta, hukuku insanın özgürlüğüne dönük bir sistem olarak ele alırken, hümanist yaklaşımının temeline "insan ruhu"nu yerleştirmişti. Düşünür, aşağı hayvanların doğasını içgüdüye dayandırırken, insan ruhunu akıl ile ifade etmiştir. Puchta, ayrıca, Hegel'in "gerçek olan akli, akli olan gerçektir" ifadesine dayanarak, rasyonel olanın, aynı zamanda zorunlu olan

(35) Jean-Jacques Rousseau, The Social Contract and Discourses, Trans. and Introduction by, G. D. H. Cole, London, Everyman's Library, 1973 c. p. 191 et seq.

(36) Ibid., p. 138. Cf. Fred Dallmayr, "Hermenutics and Rule of Law," Legal Hermeneutics, Gregory Leyh, Berkeley, University of California, 1992, p. 7.

(37) Habermas, op. cit., p. 132, et seq.

(38) Bkz., G. F. Puchta, "Outlines of Jurisprudence, as The Science of Right, A Juristic Enyclopedia," Outlines of The Science of Jurisprudence, Ed. and Trans by, W. Hastie, Edinburgh, T. & T. Clark, 1887, pp. 1-134, passim.

olduğunu ifade etti[39]. Yine, akıl ve özgürlük arasındaki çatışkıda, kendisi özgürlüğün daha yüksek olduğunu belirterek bu özgürlüğü ahlaki ideal haline getirdi. Puchta'nın akılla özgürlük arasında yaptığı ayrım, bana göre biraz bulanık bir çıkarsamayla sunulmuş olsa da, yazar, buradan ahlaki özgürlük/hukuki özgürlük ayrımına ulaşıyor. Puchta, hak olarak Tanrıdan geldiğini belirttiği özgürlüğü eşitlik olarak tamamlamıştır. Puchta'da hukuki özgürlük, (1) kişilerle, (2) kişilerin dışa dönük edimleriyle ilgilidir. Puchta, buradan da, hak kavramının iki kullanım şekliyle ilgili olarak iki tür iradeye göndermede bulundu. Birincisi, evrensel ve ortak irade, ikincisi ise bireyin iradesidir[40]. Birincisi objektif hukukun dışavurumu sayılırken, ikincisi sübjektif hakla tarif edilmektedir. Burada bireyin hukuki özgürlüğünün vücut bulduğu alan, dış objelere sahip olabilme, yani mülkiyettir. Mülkiyetle ilgili diğer edimler de buna eklenmiştir.

Burada asıl hedefim Puchta'nın görüşlerinin eleştirisi olmadığı için, konuyu yorumlamayı daha ileri götürmüyorum. Ancak, Puchta'ın görüşlerinden, yasayı yapacak ortak irade, bunun ürünü olan objektif hukuk, hukukun akli ve zorunlu şekilde bağlayıcılığı ve nihayet bunların tümünün meşruluğu da dahil olmak üzere yasama politikasının gerisinde yatan mantık ortaya çıkmaktadır. Bu yaklaşım, "yaşam, özgürlük ve mülkiyet"i korumaya dönük olan prosedüral hukuk devletinden, rasyonel bir düzen olarak hukuk devletine dönük anlam kaymasını dikkati çeker hale getirmektedir[41]. Kanımca, İngiliz *rule of law* (ve Amerikan *due process*) ile Alman *rechtsstaat* arasındaki ayrım, burada aranmalıdır. İlki, bireyin haklarına (özel hukuk alanına) dönük olarak hukuk kurallarını yasama yoluyla koymanın ağırlıklı olmadığı bir sisteme uygun düşmekte, ikincisi de, tersine yasamanın ağırlıklı yer tuttuğu ve toplumun bütününün refahına ilişkin bir algının korunduğu bir sistemi ifade etmektedir. Devleti kurallarla sınırlandırma maddi hukuku da içine alan objektif hukuk algısına dayanınca politikanın hukuksallaşmasını temin etmekte, bu da liberalizmin kısıtlılığından kurtulmuş demokrasinin anayasa ve hukukla özdeş hale gelmesiyle sonuçlanmaktadır. Anayasa ve hukuk yorum yoluyla anlam kaymalarına yatkın olduğundan, bu kayma Weimar döneminde olduğu gibi, bu tek adamın iktidarının onaylanmasına kadar ulaşabilmektedir[42].

Aslında, bu anlam kayması yeni de değildir; sadece yorum çerçevesinden

(39) Ibid., pp. 4-6.

(40) Ibid., pp. 14-16.

(41) Cf., Otto Kirchheimer, "The Rechtsstaat as Magic Wall," The Critical Spirit, Essays in Honor of Herbert Marcuse, Ed. by. Kurt H. Wolff and Barrington Moore, Boston, Beacon Press, 1967 ©, pp. 288-289; Ökçesiz, op. cit., s. 19 et seq.

(42) Dietze'nin görüş açısın üzerinden bu yönde bir yorum için bkz Dallmayr, op. cit., pp. 9-10. Franz L. Neumann, Weimar Anayasası döneminde Alman cumhuriyetinin en can alıcı sorunlarının kaynağını oluşturan işçi sınıfının toplu pazarlık rejimindeki zorlamasını kırma çabası içinde bu değişmeyi ifade etmiştir. Antikomünizmde uzlaşmış olan Alman bürokrasisi ve tekelci sermaye (tabii sosyal demokratlar da, sonuçları görecek basiretleri olmadığından bu kervana katılmıştır) tarafından desteklenen yargı örgütü, işçi ve işverenler arasındaki "uzlaşmaz çıkarları birbirine uyarlama" konusunda uzunca bir çaba göstermiş, bunun sonucunda hukuksal pozitivizm yaklaşımından bir ölçüde hukuk devleti güvencesi oluşturan hukuku "genel prensipler hukuku"na dönüştürmüştür. Kurumsalcılık (institutionalism) olarak adlandırılan bu yaklaşım hukuku üzerinde çokca oynanır hale getirirken, sonunda Hitler'in hukuk söyleyicisi bir diktatör olmasının yolunu açmıştır. Bkz., Franz L. Neumann, "The Change in the Function of Law in Modern Society (1937)," The Rule of Law Under Siege, Ed. by., William E. Scheuerman, Berkeley, University of California, 1996 c. pp. 101-141.

kaynaklanan bir kayma değil, hukuk devletinin liberal modelinin koşullarının ortada olmaması veya ortadan kalkmasının sonucunda, liberal temel hak ve özgürlüklere ilişkin olan hukuk kurallarının parlamentolarca konulmasının sonucudur. Immanuel Kant hukuk bilimi üzerine yazdığı denemesinde, hukuk düzeninin doğa durumundan farklı olarak kuvvetler dengesine dayalı bir anayasa ile bireysel ve kamusal arasında denge kurduğunu belirtirken tam bu noktayı ortaya çıkarmıştı:

"Bu üç kuvvetin –Yasama, Yürütme ve Yargının- işbirliği ile Devlet kendi otonomisini yaşama geçirir. Bu otonomi kendisini Özgürlüğün Yasalarıyla uygunluk içinde onun kendi kendine örgütlenmesi, biçimlendirilmesi ve sürdürülmesinden mürekkeptir. Kendi birliği içinde Devletin Gönenci yaşama geçirilir. Salus reipublicae suprema lex (devletin selameti en yüksek yasadır) Bununla, açıkça Devletin vatandaşlarının bireysel iyi halleri anlaşılmamalıdır; çünkü –Rousseau'nun iddia ettiği gibi- bu Hedef Doğa durumunda veya hatta despotik bir Hükümet altında daha Kabul edilebilir ve daha arzulanabilirdir. Fakat, Devletin Gönenci, kendi en yüksek iyisi içinde, içinde kendi Anayasası ve Hak Prensipleri arasında ulaşılabilir en yüksek uyumun koşuluna işaret eder – Devlete ait bir durumu Akıl Kategorik Emperatifi aracılığıyla daha sonra bu yolda çaba göstermek üzere bizim için yükümlü kılıcı hale getirir."[43]

Alıntıdaki mantığın geniş açılımları olduğu bellidir. Alıntıda, bir taraftan modern sanayi toplumunun refah devleti politikalarının koşullarının taslağının çizildiği görülür. Diğer taraftan Carl Schimtt tarafından geliştirilmiş kamusal ve politik olanı öne çıkarmanın gerekçeleri de aynı yerde bulunabilir. Bu konuyu tartışmayı daha ileri taşımaksızın, şimdilik, sosyal hukuk devletinin politik olarak tehlikeli bir zeminde durduğunu belirtelim. Nasyonal Sosyalist Almanya ve Faşist İtalya'daki gündelik politikanın söylemi ve kitleleri denetleme politikaları dikkate alındığında, bu kaygımın yersiz olmadığı görülür. Huber, Almanya'da sosyal devleti kuranlar arasında tutucuların bulunduğuna işaret ederken, aynı çevrelerin Nazilere destek verdiği dikkate alınırsa, bu yargımın yersiz olmadığı anlaşılır[44]. Ama, bundan hareketle, şahsen, insanların kitlesel yoksulluklarını göze alan liberalizmi, özellikle Hayek liberalizmini savunacak değilim. Her halde, politikanın nasıl herkesi aynı anda ve aynı programla tatmin eden bir masumiyet alanı olmadığını biliyorsak, hukukun da toplumsal düzenin güvencesi olarak aynı kaderi paylaştığını düşünmeliyiz.

Yasama politikası bir kez öne geçtikten sonra, iki ayrı gelişmenin bunun bileşeni olduğu görülür. Birincisi, yasama ile teşhis edilen hukuk devletine toplumsal düzen hedeflerini ihtiva eden dışsal amaçlar ilave edilmesi konusunda ağırlık kazanan bir ihtiyaçtır. İkincisi ise, yasama organına devlet dışı kamusallıklardan gelen toplumsal düzenleme taleplerinin karşılık bulması beklentisinin artışıdır. 19 yüzyıl sonundan itibaren görüldüğü üzere, bu, politika alanından kaynaklanan ve başlı başına ağırlığı olan bir dinamiktir. Bu vatandaşlık alanından gelen, aynı zamanda belli bir demokratikleşme gelişimine eşlik eden talep ve istemlerin sonucudur. Bu noktadan itibaren, prosedüral hukuk devleti anlayışından, Huber'in "maddi hukuk devleti[45]" veya Ökçesiz'in "içerikli hukuk devleti[46]" kavramlarıyla ifade ettiği, ideal ifadesinin "sosyal hukuk devleti"nde bulan bir gelişmenin karşısındayız. Burada, liberalizmin bireysel haklara dönük prosedüral güvencelerle sınırlı tutuğu hukuk devleti, maddi hukuku da belli bir adalet algısı ışığında yeniden düzenleme tercihine yönelir. Liberalizm hukuk algısının çekirdeğini oluşturduğu müddetçe bu çok zorlu bir problemdir. Liberalizmin prosedüral hukuk devleti bir *modus vivendi* getirmiş ve mantık zorlamalarına ihtiyaç duymayan kendiliğinden bir rasyonelliğe sahiptir; zira bu yaklaşımın egemen olduğu koşullarda iktisadi iktidar ile siyasal iktidar arasında kısmi bir paralellik vardır. Seçmenlerin servet düzeylerine göre belirlenen sınırlı oy hakkı bunu kolaylaştırmıştır. Kapitalist mülkiyetin dağılım modeli elverişli olduğu ve çalışan sınıflar kendilerinin çıkarları ve beklentileri mülk sahiplerinden ayrı bir toplumsal kategori oluşturdukları bilinci üretmedikleri sürece bu tutarlı bir şekilde işleyebilir. Ancak 19. yüzyılın ikinci yarısından itibaren madalyonun her iki yüzü birden değişince, yani hem kapitalist mülkiyetin tekelcilik yönünde gelişmesi, hem de çalışan sınıflardaki sınıf bilinci oluşumu başlayınca, artık hukuk devleti maddi hukuk alanına girecektir. Bir taraftan iktisadi iktidar daha az sayıda merkezin elinde toplanırken, oy hakkının genişlemesi yönündeki baskılar siyasal katılma ile iktisadi sistemin paralelliğini bozmuştur. Aşağıdan gelen bu talepleri karşılamak, kapitalizmin bütününün kurtarılması için tavizlerden oluşan[47] ve liberalizmin dokunulmaz alanlarını da yeniden düzenleyen bir hukuk politikasına yön verdi. Alman *sozialrechtsstaat* (sosyal hukuk devleti) yaklaşımı bu gelişmenin kaçınılmaz ürünüdür[48]. Bu arada, I. Dünya Savaşı öncesinden itibaren Avrupa devletlerinin korumacılığa yönelerek ekonomi alanını tekelci düzenlemelere uyruk hale getirdiklerini ve bunun burjuvazinin istemi veya onayı ile yapıldığını hatırlamak gerekir. Burada, önemli faktörler olarak, dünya savaşına hazırlanan devletlerin yurttaşlarıyla barışık olma baskısı altında olduklarını ve yeni yasalarla devlete yüklenen görevlerdeki artışın -liberalizmin kabusu olan- bürokrasiyi olağanüstü büyüttüğü olgularını da zikretmek gerekir. Ayrıca, bir iktisat tarihi sorunsalı olarak, dönemin sosyal devlet yaklaşımının ekonomik durgunluğu aşmakta kullanıldığına, bunun da yüksek enflasyona yol açtığına işaret etmek gerekir.

Klasik liberalizm verili olan özgürlüğü koruma iddiasını taşırken, maddi hukuk devletinde yapılan, bu özgürlüğü akıl aracılığıyla yeniden tasarla-

(43) Immanuel Kant, The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence, Trans. by,W.Hastie, Edinburgh, Clark, 1887, p. 173.

(44) Huber, op. cit., s 61.

(45) Ibid., s. 63-64.

(46) Ökçesiz, op. cit., s. 25.

(47) Bkz., Huber, op. cit., passim.

(48) Cf., Kirchheimer, "The Rechtsstaat...," pp. 293-294.

maktır. Bu liberalizmin sihir dolu paradigmasının kaybedilmesidir. Ökçesiz'in Kant'a dayanarak yaptığı betimleme çıkarılan "hukuk yasalarının ilk hukuk devleti için biçimlendirici akıl ilkeleri" olarak anlaşıldığını göstermektedir[49]. Bu yaklaşım, akla gönderme yaparak sağlam bir zemine oturmuş görünürken, I. Dünya Savaşı'nı izleyen yıllarda hukuk devletinin liberal biçimini de işlemez duruma getiren bir dizi soruna yol açmıştır. Önce, ilk dikkati çeken, dönemin hukuk yazınında devleti hukukla özdeş hale getiren bir görüş açısının gelişmiş olduğudur. Ortaya çıkacak olumsuz gelişmelerin bilinçli şekilde sorumlusu olduğunu söyleyemeyeceğimiz bir kişi, Hans Kelsen bu görüş açısını ortaya koymuştur[50]. Hukukçu imgelemi yönünden belli bir değere sahip olan bu yaklaşım, hukukçuyu toplumsal düzenin asli aktörü durumuna getirip altından kalkamayacağı bir yükün altına sokmuştur. Diğer taraftan, kamusal alan ile özel alan arasındaki kapitalizme uygun ayrımı ve kamusalın politik yönünü ortadan kaldıran bu görüş, toplumsal imgelemde, daha sonra Nazi Partisi'nin zaferini kolaylaştıracak olan politikasızlaşmayı getirecektir[51]. Franz Neumann, iki savaş arasındaki dönemde Alman hukukunun önce Serbest Hukuk Okulu yaklaşımıyla, hukukun şekilsiz -ve söylem inşasıyla her şeyi meşrulaştırabilen- bir hale geldiğini ve pozitif hukukun hızla "genel prensipler hukuku"na dönüştüğünü belirtmiştir[52]. Bu yeri geldiğinde güvenlik gerekçesiyle grevleri yasaklamak, veya özgürlük bahanesiyle burjuvazi, toprak sahipleri veya askerleri korumaya almayı içerir; ayrıca yasaların geçmişe etkili olmaması gibi, hukukun formelliğinden kaynaklanan güvenceler ortadan kalkmıştır. Dönemin söylem kullanımı siyasal kavramları o denli bulanıklaştırmıştır ki, Alman kapitalizmini korumayı hedefleyen Nazi Partisinin adına, dönemin en ziyade yok edilmek istenen politik hareketin adı olan "sosyalizm" iliştirilmiştir[53].

Yine, Weimar döneminde liberalizmin kısıtlılıklarından kurtulan devletin düzenleyici faaliyeti demokratik kazanımların tamamının ortadan kaldırılmasıyla sonuçlanmıştır. Weimar Anayasası liberal demokrasiyi kurmayı hedefleyen bir anayasa olarak planlanmakla birlikte, Almanya'da böyle bir politikanın dinamikleri mevcut değildi. İmparatorluk zamanından kalma bürokrasi ve örgütlü olmayan halk nedeniyle bu demokrasi plebisiter demokrasiye dönüştü[54]. Carl Schimitt, milliyetçi bir gerekçeyle, bu anayasanın Almanya'yı yenen devletlerin istemiyle, Almanya'nın üstüne giydirilmiş bir İngiliz elbisesi olduğunu, esasen liberalizmin devleti denetlemekle ilgili olduğunu, oysa devletin bundan daha ileri görevleri olması gerektiğini belirten hafife alınamayacak gerekçeler buldu[55]. Bunca gerekçenin sonucu dönemin temel sorununun "işçi sınıfını devletle bütünleştirmek" veya Nazi Partisi'nin getirdiği düzenin liberalizme karşı, fakat demokratik olduğunu ifade etmekti. Schimit, etkileri modern sosyal hukuk devletinde de görülen düzenleyici devletin iktidarının genişliğinin düşünsel gerekçesini sağlam bir şekilde kurdu. Bu "olağanüstü hal" durumuydu; burada devletin düzenleyiciliğinin sınırı artık tartışılamaz[56]. Olağanüstü hal ne kadar sürer, kapsamı nedir ve benzeri soruların yanıtını aramak da çok verimli değildir. Önemli olan devletin buna karar vermesidir; günümüzde bazı devletlerin azgelişmiş ülkelerde askeri darbeler yapabilmek veya kendi ülkesini savaşa sürüklemek için geniş kullanımlı bir "olağanüstü hal yaratma" teknolojisini ile iş gördükleri dikkati çekmektedir. Kapitalizmin bugünkü tekelci aşamasında liberal hukuk devleti artık taraftarları için de eski bir nostaljidir; maddi hukuku yeniden düzenleyen günümüz "sosyal hukuk devleti" de, ya olağanüstü halin sürekliliği ya da sınırlarında gezinmesi baskısı altındadır.

Nihayet bu tartışmayı liberal hukuk devletinin ilkelerini yeniden yorumlamayı deneyen girişimleri sergilemek ve eleştirmekle tamamlamak düşünülmelidir. Belirgin bir tutarlı tablo sunmayan bu tartışmayı bir başka çalışmaya bırakmak yerinde olur. Bu noktada dikkati çeken, önemli hukuk kuramcıları yönünden açık veya örtülü şekilde meşrulaştırma sorununun hissedildiğidir. Bu noktada, en sakıncalı yol, Raz'ın yukarıda zikrettiğim görüşü gibi, olarak ahlaki değerlere göndermede bulunan yazarların tutuğu yoldur. Demokratik kamusallığı ortadan kaldıran bu görüş açısı patriyarkal bir devlete davetiye çıkarmaktadır. Benzer şekilde hukukun formelliğini eleştiri konusu yapan eleştirel hukuk kuramları hukuku bir politik gereç durumuna düşürmektedirler. Yine çokkültürlülük ekseninden yaklaşan cemaatçi algı hukukun gayrıresmileşen şekilde anlaşılmasıyla belirsizleşmesine kaynaklık etmektedirler.

4. Sonuç

Hukuk devleti toplumsal düzenin hukuka gönderme yapılarak meşrulaştırılmasıdır. Bu anlamda, hukukçu, politikacı ve sıradan yurttaş ortak bir referansa gönderme yaparak hukuku meşrulaştırır. Bu meşruluk, başarılı olduğu durumda, sadece siyasal iktidarı meşrulaştırmakla kalmaz, bunun ya-

(49) Ökçesiz, op. cit., s. 19.

(50) Bkz., Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Trans by, Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1978, p. 279, et seq. Hans Kelsen, "Legal Formalism and Pure Theory of Law," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemelsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley, University Of California Press, 2000, pp.76-83.

(51) Carl Schimitt makalesinde devletin depolitizasyonu görüşünü alkışlamış ve Nazi Partisi yönünden bunu olumlu bir gelişme momenti olarak algılamıştır. Bkz., Carl Schimitt, "Tarafsızlaşma ve Depolitizasyon Çağı," Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIII, No:1-2 (2005) s. 359-372.

(52) Neumann, op. cit., pp.126-133.

(53) Almanya'da dönemin temel özelliği ağır sanayileri yöneten büyük sermayenin devletle içli dışlı olmasıdır. Hafif sanayilerin sahipleri toplumsal uzlaşma arayışında olsa da, silah, otomotiv, demir-çelik gibi en büyüklerin devletle bütünleşmeden yaşama şansı yoktu. Bkz., Daniel Guerin, Fascism and Big Business, Trans. by Frances and Mason Merill, New York, Monad Press, 1973, pp. 21-40.

(54) Kirchheimer, "Legality...," p. 49.

(55) Carl Schmitt, "Parlamentarizm ile Modern Kitle Demokrasisi Arasındaki Tezat Üzerine," Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, No: 1 (2006), s. 359-374. Carl Schmitt, "The Liberal Rule Of Law," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemelsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los Angeles, University Of California Press, 2000, pp. 294-300.

(56) Bkz., Carl Schmitt, Siyasi İlahiyat, Çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost, 2000, passim.

nında hukukçu etkinliğinin politikanın ve başkaca toplumsal alt sistemlerin müdahalesi olmaksızın kendine yeterli bir toplumsal alt sistem olarak işlemesini temin eder. Burada, bir ideal olarak hukuk devletinin *laissez faire* liberalizminde tutarlı şekilde işlediğini, tekelci kapitalizm koşullarında bu durumun ortadan kalktığını ifade ederken, böyle bir ütopyayı terk edip etmeme sorusunu sormak akla geliyor. Toplumsal düzen için hukukun dışında meşruluk ölçütü bulunmadığı sürece konunun kapanmayacağı anlaşılıyor. Belki, maddi hukuku yeniden inşa eden hukuk devleti tasarımını, demokratikleşmenin sağlıklı işleyişi koşullarında, demokrasiyi mülkiyetin kutsallığı yargısını taşıyan liberalizmden kurtaracak, ancak kötüye kullanılmasını da önleyecek yeni bir algı altında ele almakla, daha yaşanabilir hale getirmek mümkün olur. Ancak, bu da hukukçuların çözemeyeceği bir sorundur. Sorunun çözümü, olsa olsa, politika alanındaki güç paylaşımının yeniden düzenlenmesiyle, yani politika yoluyla söz konusu olabilir. Bu noktada siyasal meşruluğu ve hukuku dine dayandırma konusundaki revitalist hareketlerin hiç başarı şansının olmadığı hatırlanmalıdır; şayet bu hareketler kısmi bir başarı gösterebilirlerse, bu ülkenin modernliğin dışına düşmesi ve nihai şekilde dünya sistemi içinde sömürgeleştirilmesine hizmet edebilir.

BİBLİYOGRAFYA

- Aktaş, Sururi, Hayek'in Hukuk ve Adalet Teorisi, Ankara, Liberte, 2001.
- Aristotle, Politics, Trans. by, B. Jowett, Vol. I, Oxford, Clarendon Press, 1885.
- Assman, Jan, Kültürel Bellek, Eski Yüksek Kültürlerde Yazı, Hatırlama ve Politik Kimlik, Çev. Ayse Tekin, İstanbul, Ayrıntı, 2001.
- Barkan, Ömer Lütfi, XV. Ve XVI. yy.'da Osmanlı İmparatorluğunda Zirai Ekonominin Hukuki ve Mali Esasları, C.I, İstanbul, İ. Ü. Edebiyat F., 1943.
- Berman, Harold J., Law and Revolution, Cambridge, Mass. Harvard University, 1983 ©.
- Cotterell, Roger, Law's Community, Oxford, Clarendon Press, 1995 ©
- Dallmayr, Fred, "Hermenutics and Rule of Law," Legal Hermeneutics, Ed. by, Gregory Leyh, Berkeley, University of California, 1992, pp. 3-20.
- Dicey, A. V., Introduction of the Study of the Law of the Constitution, 8th ed., London, Mac Millan &Co, 1915.
- Dicey, A. V., Lectures on the Relation Between Law & Public Opinion in England During the Nineteenth Century, London, MacMillan and Co, 1905.
- Fornara, Charles W. and Loren J. Samons II, Athens from Cleisthenes to Pericles. Berkeley: University of California Press, 1991 c.
- Fuller, Lon, The Morality of Law, revised ed. New Haven, Yale University Press, 1969 c.
- Guerin, Daniel, Fascism and Big Business, Trans. by Frances and Mason Merill, New York, Monad Press, 1973.
- Habermas, Jürgen, Between Facts and Norms, Trans. By, William Rheig, Cambridge, Polity Press, 1998.
- Hayek, Friedrich A., Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük, C.I (Kurallar ve Düzen), Çev. Atilla Yayla, (Ankara), T. İş Bankası Yay., 1994.
- Hayek, Frederich A. von, Kölelik Yolu, Çev. Turhan Feyzioğlu ve Yıldıray Arsan, Ankara, Liberte, 2004 c.
- Hatemi, Hüseyin, Hukuk Devleti Öğretisi, 1. b., İstanbul, İşaret, 1989.
- Hobbes, Thomas, Leviathan, Çev. Semih Lim, İstanbul, Yapı Kredi, 1992.

- Huber, Ernst Rudolf, "Modern Endüstri Toplumunda Hukuk Devleti ve Sosyal Devlet," Çev. Tuğrul Ansay, Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998 ©, s. 57-81.
- Kant, Immanuel, The Philosophy of Law: An Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence, Translated by,W.Hastie, Edinburgh, Clark, 1887.
- Kelsen, Hans, "Legal Formalism and Pure Theory of Law," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley, University Of California Press, 2000, pp.76-83.
- Kelsen, Hans, Pure Theory of Law, Trans by, Max Knight, Berkeley, University of California Press, 1978.
- Kennedy, Duncan, The Rise and Fall Classical Legal Thought, Cambridge, Afar, 1998.
- Keynes, Edward, Life, Liberty and Privacy: Toward a Jurisprudence of Substantive Due Process, w. Place, Pennsylvania State University, 1996.
- Kirchheimer, Otto, "Legality and Legitimacy," The Rule of Law under Siege, Ed. by, William E. Schuerman, Trans by., Anke Grosskopf and William E. Schuerman, Berkeley, University of California Press, 1996, pp. 44-63.
- Kirchheimer, Otto, "The Rechstaat as Magic Wall," The Critical Spirit, Essays in Honor of Herbert Marcuse, Ed. by, Kurt H. Wolff and Barrington Moore, Boston, Beacon Press, 1967 ©, pp. 287-312.
- Leoni, Bruno, Freedom and The Law, Princeton, New Jersey, D. Van Nostrand Co. Inc., 1961 ©.
- Locke, John, Two Treatises of Civil Government, Introduction by, William S. Carpenter, London, Everyman's Library, 1966.
- Neumann Franz L., "The Change in the Function of Law in Modern Society (1937)," The Rule of Law Under Siege, Ed. by., William E. Scheuerman, Berkeley, University of California, 1996 c. pp. 101-141.
- Ökçesiz, Hayrettin, "Hukuk Devleti," Hukuk Devleti, Ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Afa, 1998 ©, s. 17-34.
- Özay, İl Han, Günışığında Yönetim, İstanbul, Alfa, 1996.
- Özcan, Mehmet Tevfik, Hukuk Sosyolojisine Giriş, 2. b., İstanbul, Set, 2003.
- Preuss, Hugo, "The Significance Of The Democratic Republic For The Idea Of Social Justice (1925)," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los Angeles, University of California Press, 2000, pp. 116-127.
- Puchta, G. F., "Outlines of Jurisprudence, as The Science of Right, A Juristic Enyclopedia," Outlines of The Science of Jurisprudence, Ed. and Trans by, W. Hastie, Edinburgh, T. & T. Clark, 1887, pp. 1-134.
- Raz, Joseph, The Authority of Law: Essays on Law and Morality, Oxford, Oxford University. Press, 1979.
- Repp, Richard, "Osmanlı Bağlamında Kanun ve Şeriat," Sosyal ve Tarihi Bağlamı İçinde İslam Hukuku, Der. Aziz el-Azme, Çev. Fethi Gedikli, İstanbul, İz, 1992, s. 155-181.
- Rousseau, Jean-Jacques, The Social Contract and Discourses, Trans. and Introduction by, G. D. H. Cole, London, Everyman's Library, 1973 c.
- Schmitt, Carl, "Parlamentarizm ile Modern Kitle Demokrasisi Arasındaki Tezat Üzerine," Çev. A. Emre Zeybekoğlu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. LXIV, No: 1 (2006), s. 359-374.
- Schimitt, Carl, Siyasi İlahiyat, Çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara, Dost, 2000.
- Schimitt, Carl, "Tarafsızlaşma ve Depolitizasyon Çağı," Çev. A. Emre Zeybekoğ-

lu, İ. Ü. Hukuk Fakültesi Mecmuası, C: LXIII, No:1-2 (2005) s. 359-372.

- Schmitt, Carl, "The Liberal Rule Of Law," Weimar, A Jurisprudence of Crisis, Ed. by, Arthur J. Jacobson and Bernhard Schlink, Translated By Belinda Cooper with Peter C. Caldwell, Stephen Cloyd, David Dyzenhaus, Stephan Hemetsberger, Arthur J. Jacobson, and Bernhard Schlink, Berkeley Los Angeles, University Of California Press, 2000, pp. 294-300.
- Schuerman, Bill, "The Rule of Law and the Welfare State: Toward a New Synthesis," Politics and Society, Vol.22, No:2 (June 1994), pp. 195-213.
- Spencer, Herbert, The Man Versus The State, London, Williams & Norgate, 1885.
- Thompson, E. P., Whigs and Hunters, London, Penguin Books, 1990.
- Thucydides, The History of the Grecian War, Trans by, Thomas Hobbes, Vol. I, London, John Bohn, MDCCCXLIII (1843).
- Waldron, Jeremy, The Law, London, Routledge, 1990.
- Weber, Max, On Law in Economy and Society, Ed. by, Max Rheinstein, Trans. by, Edward Shils and Max Rhinestein, New York, Simon and Schuster, 1954 ©.

Yüzyılımızın Postmodern Bireyi ve Baudrillard'ın Birey Anlayışı*

Zeynep Özlem Üskül-ENGİN**

"Dün gece düşümde gerçekliği gördüm, uyandığımda ne rahatlamaydı öyle!"

Stanislaw Lec

I. Bireyin Yirminci Yüzyılda İzlediği Sürece Bir Bakış

Birey kavramı, ilkçağlardan beri varolmakla beraber, sürekli değişik içeriklere sahip olmuş bir kavramdır. Her dönemde, bireye farklı anlamlar yüklenmiş, bazen tümüyle unutulmuş, bazen de ön plana çok çıkmıştır. Tarihsel sürece bakıldığında da, bireyden Eski Yunan'da dahi sözedilmesine karşın, bireyin Aydınlanma Çağı'nda taçlandırıldığı, ondokuzuncu yüzyıla kadar önemini koruduğu, Batı uygarlığının bir özelliği olduğu ve aynı zamanda modernitenin merkezini oluşturduğu görülmüştür.[1] Ancak ondokuzuncu yüzyılda ortaya çıkan siyasi, ekonomik ve toplumsal gelişmelere bağlı olarak birey kavramının değil, toplum kavramının önem kazandığı izlenmiştir. Yirminci yüzyıl ise hem bireyin unutuluşunun hem de geri dönüşünün yaşandığı bir zaman dilimidir.[2]

Ondokuzuncu yüzyılın başından itibaren 1950'lere dek sosyolojinin de önem kazanmasıyla, dünya düzenini çok yakından etkileyen savaşlarla bireyden çok toplumun öne çıktığı bir dönem yaşanmıştır. 1950'leri izleyen dönemlerde, temel olarak toplumsal, siyasal ve ideolojik çatışmaların giderek yokolduğu izlenmektedir. Totalitarist komünizm hala yerini korumaktadır, ancak bu ideolojiyi benimsememiş ülkeler için gitgide bir iç tehdit olmaktan çok bir dış tehdit olarak algılanmaktadır ve ideolojisinin etkisinin yavaş yavaş ortadan kalktığı hissedilmektedir. Bu durum dünya dengelerini de yakından etkilemektedir.[3] İkinci Dünya Savaşı sonrasında işçi hareketlerinin yavaş yavaş çöküşü, gözlerin toplumdan tekrar bireye doğru kaymasına neden olacaktır.

60'lı yıllar genel olarak sistemin ve yapıların tartışıldığı yıllardır. Bu yıllarda dilbilimi, psikanaliz, antropoloji, edebiyat eleştirileri, sosyoloji gibi dallar bireyi toplumsal yapılardan bağımsız olarak ele alarak toplumsal yapıları incelemektedir. Bireyin özne olarak ağırlığının kalktığı, özgürlük ve sorumluluk kelimelerinin anlamlarının

(*) Bu tebliğ daha önce İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'nda 2005 yılı sayısında basılmıştır.

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

(1) Laurent; Alain, Histoire de l'Individualisme, PUF, Paris, 1993, s. 3.

(2) Bireyciliğin izlediği süreç için Bkz. Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003.

(3) Castoriadis, Cornelius; Dünyaya, İnsana ve Topluma Dair, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001, s. 172-173.

değiştiği ileri sürülmüştür.[4] Bunun siyasetteki karşılığının radikal bir pesimizm ve kuşkuculuk olduğu görülmektedir. 60'lı yılların hareketlerinin (azınlık, kadın, gençlik, öğrenci) yarı başarısız sonuçlar doğurduğu, içlerinden hiçbirisinin kabul gören yeni bir toplum görüşü öneremediği savlanmıştır.[5] Toplumsal iş dünyasında ise, 60'lı yıllar ile 70'li yıllar arasında, bir aidiyet topluluğu yaratmaya götüren sembollerin ve işaretlerin varlığına dikkat çekilmiştir.[6] Bu semboller, aşağıda değinileceği gibi, Baudrillard tarafından da ele alınmış ve bireyin farklılıklarını yok ettiği öne sürülmüştür.

80'li yıllarda aniden ortamın değiştiği görülmektedir. Yapılar silinmiş, sistem hareketsiz kalmıştır. Eyleyenin, öznenin, bireyin dönüşüne tanıklık edilmektedir. Devrimci umutların silinmeye başladığı, ulus-devletin krizini yaşamaya devam ettiği bu döneme eşzamanda, liberaller inisyatifi ele alarak yeniden sorumluluktan, özgürlükten, seçme hakkından ve bireyden sözetmeye başlamışlardır. Modernliğin demokrasi, birey ve onun tercihleri olduğu söylenmektedir. Bu, bireyciliğin büyük dönüşü olarak yorumlanmaktadır. Ama, çağdaş bireycilik tam olarak nerededir? Bu geçmişte kalan bir ideolojinin dönüşü ve devamı mıdır? Yoksa çağdaş bireyciliğin farklı yönleri ve değerleri de var mıdır?[7]

Bu sorulara yanıt olarak, Aydınlanma Çağı, sanayi devrimi, teknolojinin ilerlemesi süreçlerinden geçtikten sonra, artık modern dünyanın başka bir sürece girdiği öne sürülmüştür. Kültür anlayışımızın köklü bir revizyona gereksinim duyduğu savunulmuş, varolan toplumsal yapıların sorgulanması gerektiği ima edilmiştir.[8] Yeni bir sürecin başladığını iddia eden bu söylem, modernitenin[9] bittiğini, post-modernitenin başladığını savlamaktadır.

Postmodernizm terimi, önce mimariyi, sonra dans, tiyatro, sinema, resim ve müzik gibi sanat dallarını kapsayarak giderek geniş bir alanda kullanılmaya başlamıştır.[10] Mimariden ve sanatın değişik dallarından başka bu terimin yaygın olarak akademik ve entellektüel çevrelerde de telaffuz edildiği görülmektedir.[11] Postmodernite, Aydınlanma'nın normlarına, kavramlarına karşı gelerek dünyanın temelsiz, istikrarsız, belirlenmemiş nitelikte ve bir dizi dağınık kültürden, yorumdan ibaret olduğunu ileri sürer.[12] Bu yaklaşım

(4) Ewald, François; "Baudrillard: Le Sujet et son Double", Magazine Littéraire, No: 264, Nisan 1989, s. 19.

(5) Castoriadis, a.g.e., s. 173.

(6) Géraud, Dominique, "Le Monde Symbolique des Travailleurs Sociaux", Esprit Critique, C.: 4, No: 7, Temmuz 2002, http// espritcritique.webdynamit.net/0407/article05 html, s. 2. (Eylül, 2003).

(7) Ewald, François; "L'Individualisme: Le Grand Retour", Magazine Littéraire, No: 264, Nisan 1989, s. 16.

(8) Featherstone, Mike; Postmodernizm ve Tüketim Kültürü, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 14.

(9) " Modernite terimi, düzenli olarak gelişme sosyolojisinde iktisadi gelişmelerin geleneksel toplumsal yapılar ve değerler üzerindeki etkilerine işaret etmek için kullanılmıştır. Ayrıca, modernleşme teorisi, endüstileşme, bilimin ve teknolojinin gelişimi modern ulus-devlet, kapitalist dünya piyasası, kentleşme ve öbür altyapısal ögelere yaslanan toplumsal gelişme aşamalarından sözetmek amacıyla kullanılır." Featherstone, a.g.e., s. 26.

(10) Huyssen, Andreas; "Postmodernitenin Haritasını Yapmak", Çev.: Mehmet Küçük, Modernite Versus Postmodernite, Vadi Yayınları, Ankara, 1994, s. 108.

(11) Featherstone, a.g.e., s. 20.

(12) Eagleton, Terry; Postmodernizmin Yanılsamaları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 9.

biçimi, hakikat, özgürlük, birey, tarih, normların nesnelliği, doğanın verili olması, kimliklerin tutarlılığı ile ilgili olarak bir kuşkuculuğu içerir, oysa Aydınlanma Çağı'nda bu kavramlar tartışılmış ve belirli bir sonuca ulaşılmışken, şimdi herşey yeniden müphem görülmektedir. Modernitenin tartıştığı *özgürlük, irade özgürlüğü, gerçek, birey* gibi kavramlar post-modern düşünürler tarafından farklı bir biçimde ele alınmaktadır. Postmoderniteden sözedenler, günümüz dünyasının ağır bir bunalımdan geçmekte olduğu iddiasındadırlar. Postmodern düşünürlere göre, bunun sebebi ise, daha önce kesin olarak kabul edilmiş olandan genelleştirilmiş bir belirsizliğe geçişin sözkonusu olmasıdır. Buna göre, dekonstrüksiyon yaratımın yerini almış, temel ilkelerin geçersizleşmesi ise insan faaliyet ve eylemlerinin anlamı üzerinde kaygılı bir belirsizlik yaratmıştır.[13]

Postmodernizmle birlikte ortaya çıkan bu belirsizlik kendini birçok alanda göstermektedir. Bireyciliğin temel unsuru akıldır, rasyonalizme dayanır, postmodern toplum eleştirel aklı saf bir araçsal akla dönüştürmüştür. Aklın, büyük filozofların sorunları çözmek için kullandıklarından çok, şimdiye dek hiç görülmemiş bir biçimde doğaya egemen olmak için kullanıldığı görülmektedir. Bunun sonucunda insanlar gerçekten dünyanın varlığını tehdit eden sorunlarla uğraşmak durumunda kalmıştır. Çünkü doğa, kendisini egemenliği altına almak isteyen insana eninde sonunda karşı koymaktadır: İnsanlar bu çabalarını küresel ısınma, ozon tabakasının delinmesi, kasırgalar, su basınları ve depremlerle karşılaşarak ödemektedirler. Her ne kadar yapılan yanlışlar insanlık için yıkıcı sonuçlara yol açsa da, insan kendisini her zamankinden daha akıllı görmektedir.

Postmodern olarak adlandırılan bu son dönemde, insanların kabuklarına çekildikleri ve sınırsız bir narsizm geliştirdikleri görülmektedir. Entellektüel ve toplumsal mücadele içinde olan bireyin dönemi sona ermiştir. Büyük ideolojik tartışmalar da görülmemektedir. 1789'un ortaya attığı eşitlik fikri birçok ülkede yasal düzlemde gerçekleşse de, ekonomik olarak gerçekleştirilemeyince eşitliğe olan umutlar da sönmüştür. Modernite kanserleşmiş bir yapıya dönüşmüştür: Şehir megapol olmuş, devletler küreselleşmeyle ulus-devlet niteliğini yitirmiş, medya tüketim toplumunu körüklemiş, modernitenin bireyi de tüm bu değişiklikten nasibini almıştır.[14]

Modernite hakkındaki bu düşüncelere katılanlardan biri olan Baudrillard, gerçek kavramının bir kurgulamadan ibaret olduğunu, medyanın algımızda yönlendirmeler yaptığını, seçimlerimizin de özgür bir iradenin eseri olmadığını söylemektedir. Bu durumda bireyden sözetmek ne denli mümkün olacaktır?

II. Postmodernizm ve Baudrillard.

Sanat dallarında postmodernizm tartışmaları Amerika Birleşik Devletleri'nde başlamıştır, ancak, postmodernizmi bir teori olarak sunan ilk çalışmalar Fransa'da ortaya çıkmıştır. Post-

(13) Jeannière, Abel; "Modernite Nedir?", Çev.: Nilgün Tutal-Küçük, Modernite Versus Postmodernite, Vadi Yayınları, Ankara, 1994, s. 23.

(14) Creagh, Ronald; "L'anarchisme et le Postmoderne", Magazine Littéraire, No: 264, Nisan 1989, s. 63.

modernizm terimi, bazı çevrelerde 80'li yıllara kadar benimsenmemiş olsa da Baudrillard eserlerinde 1968'den bu yana modern toplumları incelemektedir ve postmodernden sözedilmeye başlanmadan çok önce **Tüketim Toplumu**[15] adlı eserinde büyük tarihsel nedenlerin sonunun geldiğini, **Baştan Çıkarma Üzerine**[16]'de insanların baştançıkartıcı olayların ve nesnelerin etkisi altında kaldığını, simülasyonların etkisini, **Çaresiz Stratejiler**[17]'de ise, modern toplumların günün gereksinimlerine uygun değer ve yargı üretmekten yoksun olduğunu, kapitalist dönemden kalmış eski değer ve yargıların neoliberalizm adı altında ne olduğu da belli olmayan bir sisteme dönüştüğünü göstermeye çalışmaktadır. Baudrillard, üretim ve endüstri kapitalizminin egemenliğinde bulunan modernite denilen dönemin sona erdiğini, taklitlerle, *"hiper"*[18] gerçeklikle, yeni bir teknoloji, kültür ve toplum biçimleriyle oluşturulan post-endüstriyel bir çağa, postmodernizme girildiğinden sözetmektedir. Eserlerindeki çizgi nedeniyle, Baudrillard'ın postmodern bir düşünür olduğu kabul edilmektedir.

Genel olarak, modernite, yeni bir endüstriyel ve sömürgeci bir dünya kurması, kapitalizmin baskı altına aldığı grupların (köylüler, zanaatkarlar, kadınlar gibi) kamusal alandan giderek dışlanması nedeniyle eleştirilmiştir. Postmodern olarak adlandırılan teorisyenler, bu dönemin kurumlarının ve kavramlarının eskidiğini, günümüzün yüksek teknoloji kullanan medya toplumu aracılığıyla bir değişim ve dönüşüm sürecine girildiğini, bu sürecin bir postmodern topluma yolaçtığını söylemektedirler. Onlara göre, modernitenin tarihe karıştığı bu çağda, oluşan bu toplumun yeni kurum ve kavramlarla donatılacağını ileri sürmektedirler. Baudrillard da, simülasyonların ve modellerin toplumsal dünyayı gerçek ve görünüm arasındaki ayrımın silinmesine yolaçacak ölçüde şekillendirmesine meydan veren, üretimci bir toplumsal düzenden yeniden üretimci bir toplumsal düzene geçişte, yeni teknoloji ve bilgilendirme biçimlerinin temel bir rol oynadığını vurgular. Baudrillard, sözü edilen en son çıkan teknolojilerin kullanılmasıyla yeni bilgi biçimlerinin ve toplumsal ekonomik sistemde değişikliklerin ortaya çıktığını ve bunların postmodern bir toplumsal oluşum yarattığını savlamaktadır.[19] Önceki toplumsal teorinin tüm pozitivitelerinin başvuru kaynaklarının, amaçlarının bittiği fikrine katılan Baudrillard, gerçek[20], anlam, tarih, iktidar, devrim gibi

(15) Baudrillard, Jean; La Société de Consommation, Editions Denoël, Paris, 1970.

(16) Baudrillard, Jean; De la Séduction, Editions Dénoël, Paris, 1988.

(17) Baudrillard, Jean, Çaresiz Stratejiler, Çev.: Oğuz Adanır, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul, 2002.

(18) Hiper gerçeklik: Kökü ve gerçekliği olmayan gerçeklik. Kellner, Douglas, "Toplumsal Teori Olarak Postmodernizm: Bazı Meydan Okumalar ve Sorunlar", Çev.: Mehmet Küçük, Modernite Versus Postmodernite, Vadi Yayınları, Ankara, 1994, s. 230.

(19) Best, Steven/ Kellner, Douglas; Postmodern Teori, Çev.: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 15-16.

(20) Baudrillard, son yıllarda üretilen, bir ilkeye dönüştürülen gerçekliğin oratadan kaybolduğunu ileri sürmektedir. Bu gerçekliği bir referans olarak yaşatmaya çalışmak mantıksızdır, çünkü bu gerçekliği ayakta tutan ile ölmüştür. "Nesnel" gerçeğin ortadan kaybolmaya başlamasıyla birlikte bu gerçeklik ilkesi giderek güçten düşerken, bütünsel sanal bir gerçeklik onun yerini almaktadır. Baudrillard, Jean; Şeytana Satılan Ruh ya da Kötülüğün Egemenliği, Çev.: Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2005, s. 14.

kavramlara da eski anlamlarını yüklememek gerektiğini düşünmektedir.[21] Modernite, yaşam alanlarının giderek farklılaşması ve buna eşlik eden toplumsal parçalanma ve yabancılaşma süreciyle nitelendirilebilirken, postmodernite farklılaşmanın giderilmesi ve buna eşlik eden şiddetli bir patlamayla içe dönük bir çöküş süreci olarak yorumlanmıştır.[22] Baudrillard'ın bakış açısında hep görünenin arkasındakini merak etme unsuru öne çıkar, bu da varolan kavramları olduğu gibi değil, eleştirel açıdan yeniden ele almasına yolaçar. Bireye ilişkin söyledikleri de bu anlamda dikkat çekicidir.

III. Baudrillard'a göre Bireycilik Anlayışı ya da Bireyin Yadsınması.

Baudrillard, moderniteye ilişkin eleştirilerini yaparken, dünyadaki gelişmeleri yorumlarken bir yandan da bireyciliğin geri dönüşüne dikkati çekmiştir. Ondokuzuncu yüzyılın başında görülen sosyolojinin ortaya çıkışıyla birçok olguyu toplumla açıklama gayretinin sona ermesi açısından düşünülürse, Baudrillard'ın bu tespiti yerindedir. Ancak, Baudrillard'a göre, birey kavramı artık tarihi bir kavram ve ütopyadır ve bu anlamda son nefesini vermiştir.[23] Birey kavramının yeniden ortaya çıkışı, eskisinin bir kopyası olmaktan öte bir görünüm ortaya koymaktadır. Aydınlanma Çağı'nın anladığı anlamda birey kavramının artık bu yüzyılda bulunmadığını, bulunmasının da olanaksız olduğunu ileri sürmektedir. Postmodern teori, toplumsal ve dilsel olarak merkezileşmiş özneye karşı çıkarak, parçalanmış özneden yana taraf tutmakta, modern teorinin büyük çoğunluğunun varsaydığı rasyonel ve birleşik özneyi reddetmektedir.[24] Baudrillard da, bireyin, senteze ulaştığını, örgütlere ve kitle toplumuna bağlı nötr bir parça olarak ortaya çıkmadığını söylemektedir. Bugün konuşulan birey, artık bir özne değildir. Tutkuları, umutları, hedefleri olan, sübjektivitesini koruyan bir birey olmaktan çıkmıştır. Bugünkü toplumlarda izlenen bireyin daha çok homojen özellikler gösteren, sübjektivitesini yitirmiş, kendisine yüklenen bilgi ile kafasındaki imgelerle dolaşan ve karşısındakinden çok kendisini düşünen bir varlık olduğu görülmektedir. Bu birey, dayanışma kavramının anlamını unutmuş gözükmektedir.[25] Bireycilikten sözetmek gerekirse daha çok klonlanmış bir bireycilik sözkonusu olur. Bu da bireyin bir özne olarak kabullenilmesini engellemektedir. Baudrillard, özne ile birey arasında radikal bir ayrım yapmak gerektiğini ifade etmektedir. Ona göre, yaşadığımız çağda varolan, özne olmayan bir bireydir. Bu yeni birey, öznenin ölümünden sonra uzayı ziyarete gelen bir hayalettir. Bu anlamda, birey post-moderndir.[26]

Baudrillard'a göre hareket, bir özne, bir subjektivite, bir yapı meydana getirir. İnsan, geçmişte de günümüzde

(21) Baudrillard, Jean; Simulacres et Simulations, Galilée, Paris, 1981, s. 119, 136-137.

(22) Kellner, a.g.m., s. 231.

(23) Ewald, a.g.m., s. 19.

(24) Best/ Kellner; a.g.e., s. 18.

(25) Ewald, a.g.m., s. 19.

(26) Ewald, a.g.m., s. 19.

de kendisine bakılmasını, görülmesini isteyen, dikkat çekme arzusuyla dolu bir varlık olarak ortada dolaşmaktadır. Ama, günümüzdeki fark bu görülme çabasının varolma çabasıyla bir ilgisinin olmamasıdır. İnsan, bir imge olarak vardır ve dikkat çekmek için kullanılan araçlardan biri olan moda bile onun diğerleriyle olan farklılıklarını ortadan kaldırmaktadır. Bu paradoksun içinde kendi olmak, yarını olmayan, geçici bir çaba halini almaktadır.[27]

Baudrillard, bireyi unutulmuşluğunun enkazından çıkarmaya çalışmaktadır, ancak şunu da belirtmektedir ki, sonuç özgün bir yaratı ya da geleneksel, arkaik yapılara karşı, devrimden sonra ortaya çıkan belli bir özgünlüğe sahip bir birey olmayacaktır.[28]

Ondokuzuncu yüzyılda, birey ile bireyciliğin tüm zıt biçimleri ve sosyalizm arasında bir gerginlik vardır. Baudrillard'a göre, bu gerginlik günümüzde ortadan kalkmıştır. Bugün birey, cemaatçilerin anladığı anlamda tarihsel güçlerin bir çeşit sınırı ile yönlendirilmiş bir alanda bulunmamaktadır. Bireycilik, dinamik bir ütopya, hırs, düş, yenilmesi gereken yapılar, fethedilecek alanlar ve bireyin zorlukları aşması gerekli olduğu dönemlerde canlılığını korumaktaydı. Bugün ise, birey terim olarak kulaklarda çınlamaktadır. Biraz düz, biraz boş bir biçimi vardır. Bu anlamda, bir kalıntı olduğu izlenimini vermektedir.[29]

Bu birey, 1789'da görülen bireyden farklıdır, bir şeye karşı çıkacaksa bireysel olarak karşı çıkar – ama bu da onun 1789'daki bireyden daha fazla "birey" olmasını sağlamaz-. Onun diğerleriyle ortak bir umudun peşinden giderek devrim yapmasını beklememek gerekir. Bu bireyin radikal değişiklikler yapma arzusu bulunmamaktadır. Dayanışma gibi kavramları kullanmaz, diğerlerine katılmayan biridir. Birey, benzetme yapmak gerekirse, bir atomdur. Fizikte kendi başına varolabilen varlık atomsa, bireye de bu yakıştırmayı yapmak doğru olacaktır. İnsanlar, artık moleküller, partiküller içindeki atomlar gibi hareket etmektedirler. İşleyen bir sistem, bir ağ vardır, bireyin onun içindeki yeri bir partikül, bir globüldür.[30] Bu nedenle, son dönemlerde Batı toplumlarında gözlemlenen hep parçalanmış aileler, yalnız bireyler ve onlara yönelik sosyal sigorta sistemleri, değişen tüketim alışkanlıkları olmaktadır.

Baudrillard'a göre, bireyliğin geri dönüşü hümanist bir yeniden ortaya çıkıştır. Bireyin artık kişisel bir belirlemesi, bir adı, otodeterminasyon isteği yoktur. Tüm bunlar buharlaşmıştır. Ve bireycilik Baudrillard'ın bakışıyla bir kutuplaşma yaratmamaktadır. Bireycilik etkili bir biçimde ortaya çıktığında bir başka toplum belirlenmekteydi, bir şeyler yıkılmakta ve bunun yerine bir başka güç, yeni bir yapı, yeni bir sistem, toplum yaratma hırsını taşımaktaydı. Bugün ise, bambaşka bir toplum yapısı vardır: Modern endüstri toplumunun anahtarı üretim iken, postmodern toplumda 'gerçek'i önceleyen modeller olarak 'taklitler' toplumsal

(27) Baudrillard; Jean, "Nous Sommes Tous des Transsexuels", Ecran Total, Galilée, Paris, 1997, s. 21-22.

(28) Ewald, a.g.m., s. 19.

(29) Ewald, a.g.m., s. 19.

(30) Ewald, a.g.m., s. 20.

düzene egemen olmaya başlarlar. Bu durumda, da "gerçeğin tanımı şudur: **Gerçek,** eşdeğerli bir yeniden üretimi mümkün olandır- **gerçek**, yalnızca yeniden üretilebilir olan değildir, her zaman zaten üretilmiş olandır, hipergerçekliktir."[31] Bu durumda, gerçeğin bile özgünlüğünü yitirdiği bir ortamda birey, orijinal bir ürün değildir. Öznenin negatif göstergesi olarak belirmektedir. Ama, buna rağmen yaşamı kısa süreli olmayacaktır. Tarihsel, kahraman, ütopya kavramı olarak birey, göreli olarak kısa ömürlüdür. Ancak, bugünün bireyi bir sentez sonucu, ama bir protez gibi ortaya çıkmaktadır. Protezler ise hayat boyu -ama bir protez olarak- varolurlar.[32]

Bir savunma sisteminin sonucunda bireycilik yeniden ortaya çıkmıştır. Bu birey, kitlenin işleyişi ile bir bütün oluşturmaktadır. Bu nedenle de yokolmayacaktır. Ama artık çok çıkarı, çok da stratejik değeri yoktur. Bu bireycilik anlayışı ile Baudrillard, nasıl bir politik düzen ya da devrimci bir düzensizlik ortaya çıkacağını ise kestirememektedir.[33] Ewald, Baudrillard ile yaptığı söyleşide, yine de bunun bireycilik anlayışına bağlı olan bir siyasal proje olduğunu, insan haklarının, konsensüsün buradan kaynaklandığını belirterek Baudrillard'a karşı çıkmaktadır.[34] Baudrillard'a göre, bunun doğru olmasına karşın, radikal bir alternatif oluşturmadığı, daha çok bir konsensüsün bulunduğu gerçeği ağır basmaktadır. Bugün, birey tarihsel bir süreç sonunda ortaya çıkmış bir konsensüsün ürünü olabilir. Halbuki, başlangıçta bir değer olarak birey kendini göreli bir konsensüste şiddetli, kuvvetli biçimler alabilecek düzenli bir karşıtlıkta kendini ifade etmekte iken, şimdi bireyin entegre bir devre gibi işlediği, oluşacak düzenin homojen bir düzen olacağı izlenimi vardır.

Baudrillard'a göre, bireyin bugün protezleri, makinaları, görünümü, imgeleri vardır. Buna kültür denebilir ama bu, artık bir eylem kültürü değildir. Birey, aşkın bir düşüncenin ürünü de değildir, daha somutlaşmıştır. Oysa 1789'daki birey anlayışı soyut bir anlayıştır, aşkın bir düşüncenin ürünüdür[35].

Çatışmaların ortadan kaldırılmasına yönelik iradeyi ise Baudrillard şöyle yorumlamaktadır: Bu irade bir stratejiden, herhangi bir güçten kaynaklanmaktadır.[36] Ancak, iktidar da bundan dolayı sıkıntıdadır, çünkü gücün kaynağı, kimin yönettiği, hangi kararların alındığı herkes için belirsizdir. Bu durum, siyasal dinamiklerin bir erozyonu olabilir. Ancak, iktidarın tam anlamıyla ipleri elinde tutamaması hayal kırıklığına yolaçmamalıdır. Birey, önceleri bir radikalliğin taşıyıcısı iken bu özellik olaylara geçmiştir, bu nedenle şimdi radikalliği bireysel olarak uygulama hayalini taşımamak gerekir. Radikallik bireyden "şey"lere geçmiştir, prosesüsün içindedir, olaylardadır, zincirleme reaksiyonlardadır. Dönem, ironi ya da

(31) Kellner, a.g.m., s. 231.; Aynı zamanda Bkz. Baudrillard, Simülakr et Simülasyon, s. 10-11, 41.

(32) Baudrillard, a.g.m., s. 20.

(33) Ewald, a.g.m., s. 20.

(34) Ewald, a.g.m., s. 20.

(35) Ewald, a.g.m., s. 20.

(36) Ewald, a.g.m., s. 21.

bireysel eylemler açısından çok fakirdir, ama olaylar açısından hiç olmadığı kadar zengindir. Elektronik virüsler, terorizm, bütün kullanılan aletler bireysel sorumluluğu aşan konulardır ve bireyleri güçsüz bırakmaktadır. Bütün bunlar denetlenemeyen bir sürecin kanıtını oluşturmaktadır. Tüm bu olan bitenler yeni bir durumu yaratmamaktadır ve üstelik henüz yaşanmakta olduğundan yorumlanması da zordur. Varolan, geleneksel anlamıyla eylem değil, olaydır ve burada radikallik olayın kendisine vardır. Kollektif olandan, politik tutkudan veya başka bir şeyden sözedilemez. Baudrillard'a göre, geriye kalan sadece meraktır. Tüm bunlar olurken, modernitenin anladığı birey kavramını aramak çok fukara kalmaktadır.

Bireyin, moderniteye, demokrasiye bağlı olduğu, demokrasi isteniyorsa bireyin de varlığının istenmesi gerektiği düşüncesine Baudrillard da katılmaktadır. Bu demektir ki, birey başka şeyler gibi gerçekleştirilmiştir. Ütopik, kahraman olma düzleminde varolmak zorunda değildir, çünkü "gerçek"leşmiştir, somutlaşmıştır. Bu bir şeyin sonunu vurgular: Özne metaforunun sonunu... Birey ne istiyorsa ona sahiptir, ona sunulan yeterlidir, bir aşkınlığa, geleceğe ve rüyaya ihtiyacı yoktur. İleriye dönük bir projesi, devrim yapmak gibi, dünyayı değiştirmek gibi hayalleri yoktur. Geçmişi ve şu anı yaşamaktadır.[37]

Bu durum, modernitenin değerlerine bağlı olanlar için oldukça umutsuz bir durumdur. Birey varolmaya devam eder. Ama, 1789'un birey düşüncesi artık yokolmuştur. Bireyin özgürlüğü adına ortaya çıkan bireyin dokunulmazlığı "ben dokunulmazım, o halde sen de öylesin, o halde birbirimize dokunmadan yaşayalım" anlamını kazanmış, bu durum onları birbirilerine karşı kayıtsız olmaya götürmüştür. Birbirine kayıtsız bireyler, toplumun nasıl yönetildiğine karşı da kayıtsız bir tutum almışlardır.[38] Baudrillard, bireyciliğin geliştiği Amerika'da hiçbir şeyin bir noktada birleşmediğini (ne otorite, ne trafik), tam bir merkezsizliğin olduğunu, gösterilerin bile yalnızca göstericilerin gözü önünde yapıldığını ve bir etkisinin olmadığını belirtmektedir.[39] İnsanlar birbirinden yalıtılmış binalarda yaşamakta, kendi ailelerine, hatta kendi yalnızlıklarına dönük bir yaşama bakmaktadırlar. Baudrillard'ın bireyi bu şekilde ele alması tam da postmodernizmin içine düştüğü umutsuzluğu yansıtır görünmektedir.

Baudrillard'dan başka postmodern olarak anılan düşünürler de aynı umutsuzluğu ifade etmektedir: Örneğin Lipovetsky de davranışlarımızın ödevlerin, emirlerin, mutlak yükümlülüklerin etkilerinden kurtulduğu ödev-sonrası (après-devoir) çağına girdiğimizi ileri sürmektedir. Buna göre, özveri düşüncesi meşruiyetini yitirmiştir, insanlar ahlaki ideallerin peşinden koşmak için bir neden bulamaz hale gelmiş, bunun

(37) Ewald, a.g.m., s. 20.

(38) Baudrillard, Jean; "Les flotes et les Flites", Ecran Total, Galilée, Paris, 1997, s. 92.

(39) Baudrillard, Jean; Amerika, Ayrıntı Yayınları,, İstanbul, 1996, s. 58.

(40) Lipovetsky, Gilles; Le Crépuscule du Devoir'dan aktaran Bauman, Zygmunt; Postmodern Etik, Çev.: Alev Türker, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 11.

birçok alana olduğu gibi siyasete kadar bir yansıması da olmuş ve siyasetçiler de bir proje peşinden koşmaktansa günü kurtarmayı tercih eder olmuşlardır. Katı bir bireycilik çağına yolaçan bu anlayış, iyi yaşam arayışını revaçta tutmuş, insanlar da -Baudrillard'ın dediği gibi- başkalarına karşı korkunç bir kayıtsızlığın içine hapsolmuşlardır.[40] Baudrillard'ın ve Lipovetsky'nin düşüncelerinde doğruluk payı varsa, olması gereken ile olan arasındaki bilindik ilişki bozulmuştur. Katı bir "olan" tarafından yönlendirilen insan ilişkilerinden hareketle, yeni bir hukuk ve adalet anlayışının ortaya çıkacağını söylemek zor olmayacaktır.

IV. Baudrillard'ın Bakış Açısıyla Küreselleşme ve Birey

Küreselleşme, başta iletişim, bilgi ve ulaşım olmak üzere insani etkileşim biçimlerinin, uluslararası coğrafi sınırların önemini yitirmesine yolaçacak şekilde dünya ölçeğinde hızlı bir şekilde yayılması olarak tanımlanmaktadır.[41] Bu değişim sürecinin taraftarları olduğu kadar karşıtları da vardır. Küreselleşmeyi eleştirenlere göre, gelişme ve ilerlemenin modernitenin bir değeri olduğu söylenir, ama bunlar da bu süreç içerisinde yokolma yolundadırlar. Küreselleşme, değerlerin evrenselliğine de son noktayı koymuştur.[42] Evrensellik ile küreselleşme arasında temel bir farklılık vardır: Evrensellik, değerlerin, insan haklarının, özgürlüğün, kültürün ve demokrasinin, küreselleşme ise, teknolojinin, pazarın, turizmin, bilginin ifadesidir. Küreselleşmeden geri dönüş yok gibidir, evrensel olan ise yokolma sürecine girmiştir.[43] Evrensel ile küresel arasında fark kalmamıştır, önce pazarlar küreselleşmiş, sonra bu insan haklarına kadar uzanmıştır. Şimdi, demokrasi ve insan hakları herhangi bir ürün gibi serbest dolaşıma katılmıştır. Küreselleşme tüm kültürler arasındaki farklılıkları ve değerleri yoketmeyi hedef almıştır.[44] Bu anlamda, postmodernizmle küreselleşme arasında bir bağlantı kurmak ve her ikisinin evrensel değerleri aşındırdığını söylemek mümkün olmaktadır.

Baudrillard da küreselleşmeye olumlu yaklaşmamaktadır. Baudrillard'a göre, küreselleşen her kültür ölmeye mahkumdur.[45] Küresel güç için kendi savunduğu ve benimsediği değerler dışında kalan her değer farklı ve sapkındır. Bunları zorla bastırmak gerektiğine inanılır, her koşulda farklı olanın yokedilmesi esastır. Batı'nın misyonu, değişik kültürleri "vahşi eşitleme yasasına" tabi tutmaktır. Bunun için, gerekirse savaş yoluna dahi gidilebilir: Örneğin Afganistan'daki savaş, ekonomik ve siyasi stratejilerden önce, gerek düşünsel gerek coğrafi alanda kendi değerlerini, kendi anlayışını benimsetmek, farklı olanı yoketmek, sömürgeleştirmek ve tüm vahşi

(41) Kazgan, Gülten; Küreselleşme ve Ulus-Devlet, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002, s. 219.

(42) Baudrillard; Jean, "Le Mondial et l'Universel", Ecran Total, Galilée, Paris, 1997, s. 176.

(43) Baudrillard, Jean; "La Mondialisation Tue l'Universel, Journal l'Humanité, 7 Aralık 2002, http://www.humanite.presse.fr/popup_print.php3?id_article=26782 (4.5.2005).

(44) Baudrillard, a.g.m., s 178.

(45) Baudrillard, Jean; "La Mondialisation Tue l'Universel, Journal l'Humanité, 7 Aralık 2002, http://www.humanite.presse.fr/popup_print.php3?id_article=26782 (4.5.2005).

türleri evcilleştirmektir.[46] Amerika Birleşik Devletleri'nin son yıllarda Irak'ta yapmaya çalıştığı da budur: Irak halkına demokrasiyi getirmek. Bu, aslında, "iyi"nin vahşetidir, şiddetidir. Baudrillard, bunu Tanrı'nın yerini alıp, o insanları kaderleriyle oynamakla eş tutmaktadır, bu durumu eleştirerek, bunu bir güç, gerçeklik ve konfor fazlalığı olduğunu, bunun da terörizme yolaçtığını ifade etmektedir. Bireyciliğe göre, bireyler, aslında kendi geleceklerini belirleme hakkına sahip olmalıdırlar. Amerika Birleşik Devletleri de kuruluşuna bakılırsa bireyci ve devrimci temellere oturmaktadır. Ancak, bir süper güç olarak, başka devletlere yaptığı müdahalelere bakılırsa, gerçekten de başka ülkeler için bireyciliğin ilkelerinden uzaklaşıldığı görülür.

Küreselleşmenin sonuçlarından biri de, teknolojinin ilerlemesinin ve yaygın bir biçimde kullanılmasının özellikle Batı toplumlarında insan denen varlığın toplumsallaşması üzerinde ciddi sonuçlar yaratmasıdır. İnsanlar, televizyon, dvd, internet, hazır dondurulmuş gıdalar, iletişimi hızlandıran ama toplumsallaşmaya bir anlamda engel olan cep telefonları ile gitgide bir yalnızlığın içine gömülmüş bulunmaktadır.[47]

Yine de, Baudrillard, küreselleşmeyi olumsuzlamakla birlikte, bir yandan da bu yokolmayı kötümser bir biçimde değerlendirmemekte, bir şeylerin bittiğini, çünkü gelişimlerini tamamladıklarını belirtmektedir. Bu trajik bir ölüm değildir. Birey, bugün farklı bir biçimde ama mükemmel olarak yaşamaktadır. Ona otonom, kendi kendini düzenleyen bir monad olarak pratikte varolma araçları verilmektedir. Bu son, "geleceksizlik" anlamına gelmemektedir; yokolan aynı zamanda tarih, kökler, zıtlaşmaların olduğu bir geçmiştir. Artık konsensüse dayalı bir geçmiş hazırlanmaktadır.[48]

Küreselleşmenin, bireyin tüketim anlayışına yaptığı etkiden de sözetmek mümkündür. Örneğin, Japonya'da çıkan bir tekstil ürünü kısa zamanda medya ve onun desteklediği moda sektörü ile Avrupa'da ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın bir kullanıma sunulabilmektedir. Görüldüğü gibi herşey birbiriyle kolaylıkla etkileşime geçebilmektedir.

V. Tüketim Toplumu ve Birey

Postmodernizm tartışmaları beraberinde sosyolojinin ilgi alanlarının da değiştiğine dikkati çekmektedir. Önceleri, sosyoloji daha çok tarımsal ve geleneksel yapıdan sanayi toplumuna ve modern yapıya geçişi incelemiş, kırsal yapı, kentleşme, göç, iş dünyası, kadın dünyasındaki değişiklikler ele alınmıştır. Günümüzde ise, küresel bir değişim yaşandığından ortaya çıkan kimlik, kültür, devlet ve gelişen sivil toplum örgütlerinin ilişkileri, kentte yaşanan değişimler ön plana çıkmaktadır.[49]

(46) Baudrillard, Jean; "De l'Antiterrorisme à la Guerre: La Violence de la Mondialisation", Le Monde Diplomatique, Kasım, 2002, s. 18.

(47) Yalnızlaşan insanın portesi için Bkz. Monteil, Pierre-Olivier; Portrait du Zappeur Sens et Contre Sens de l'Individualisme Contemporain, Labor et Fides, Cenevre, 1994.

(48) Ewald, a.g.m., s. 20.

(49) Nitekim Baudrillard da kentteki değişikleri gözardı etmemiştir. İnsanların yaşama bakışları ve alışkanlıkları

Baudrillard da, örneğin Bourdieu'nün yaptığı tarzda geleneksel bir sosyolojinin yapılamayacağını, çünkü çağımızın hızlı değişimleri ve bu değişimlere karşı oluşan zincirleme tepkiler karşısında sosyolojinin alanından dahi çıkılması nedeniyle artık büyük sosyoloji akımlarının inceleyeceği tarzda bir toplumsal yapıdan sözedilemeyeceğini belirtmektedir. Ayrı bir değerler sistemi olan birbirinden ayrı dalların varlığı sürüp gidebilir, ama artık sosyoloji dalı için arta kalan bir onarım çalışmasıdır, kalıntılarla ne yapılabilirse o yapılacaktır.[50]

Bugünün toplumu genelde bir tüketim toplumu olarak değerlendirilmekte, tüketim olgusu ve kişinin bedeni ile olan ilişkisi sosyolojinin dikkat çeken konuları olarak görülmektedir. Köklerinden giderek kopan, yalnızlaşan bireyin tek seçeneği, tüketime yoğunlaşma ve dikkatini sağlıklı ve güzel olma konusuna vererek birçok konudan uzaklaşma olarak görülmektedir.[51] Baudrillard'a göre, tüketim, "etkin ve kollektif bir davranıştır, bir zorlama, bir ahlak ve bir kurumdur. Tüketim tam olarak bir toplumsal değerler sistemi, bu terimin grup bütünleşmesi ve toplumsal denetim işlevi olarak içerimlediği bir toplumsal değerler sistemidir";[52] tüketim toplumu ise, "aynı zamanda tüketimin öğrenilmesi toplumu, tüketime alıştırılma toplumudur; yani yeni üretim güçlerinin ortaya çıkmasıyla ve yüksek verimlilik taşıyan ekonomik bir sistemin tekelci yeniden yapılanmasıyla orantılı yeni ve özgül bir toplumsallaşma tarzı"dır.[53]

Baudrillard, tüketicinin seçmek zorunda bırakıldığı çirkinlikler diyarının egemeni olduğunu söylemektedir. Yazara göre, bireyin yaşamında sürekli olarak nesneler ortaya çıkmaktadır. Bu nesneler, kullanımlarının sağladığı yararlar ve bundan kaynaklanan bir değerle ölçülmemektedir ve zamanla bireylerin günlük yaşamlarını örgütleyen işaretler sistemine dönüşmektedir.[54] Şu halde, tüketimin, kullanım değerlerinin tüketimi olarak, maddi bir fayda olarak değil, herşeyden önce göstergelerin tüketimi olarak anlaşılması gerekmektedir.

Baudrillard'a göre, nesnelerin iki biçimde varolduğu görülmektedir: Birisi yarar fonksiyonuna göre, diğeri ise, sembolik bir bakış açısıyla bir statü, prestij anlamıyla yüklü olarak varol-

49. dipnot devamı: doğal olarak mimariye de yansımaktadır. Baudrillard, Amerika'da çok katlı binaların dış yüzeylerinin camla kaplandığına dikkati çekmektedir. Bu mimari özelliği siyah gözlük takan insanlara benzetmekte ve cam cephelerin çevreyi yansıtıp, bakana kendi imgesini gönderdiğini söylemektedir. Bu insanda bir aşılamazlık hissi vermektedir. "Walkman, siyah gözlükler, elektrikli otomatik ev aletleri, yüksek teknikle donatılmış arabalar, bilgisayarlar aracılığıyla geliştirilen sürekli diyalog, iletişim ve etkileşim olarak adlandırılan herşey aslında, her monadın kendi formülünün gölgesine, kendi kendini yöneten küçük köşesine ve yapay bağışıklığının içine çekilmesiyle sona ermektedir". Bu durum yalnızlaşan insanın konumu bir kez daha vurgulamaktadır. Bkz. Baudrillard, Jean; Amerika, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 74.

(50) Ewald, a.g.m., s. 22.

(51) Yılmaz, Aytekin; Çağdaş Siyasal Akımlar, Vadi Yayınları, Ankara, 2001, s. 347.

(52) Baudrillard, Société de Consommation, s. 114.

(53) Baudrillard, Société de Consommation, s. 114.

(54) Portenseigne, Gilles; "Une Critique de la Société de Consommation", www.geocities.com/kreatifkaaos/SOC_CONSOM.htm, 1996, (10.5.2004).

maktadır.[55] Tüketim toplumları da ikinci varoluş biçimine dayanarak şekillenmektedir. Bu şekilde tüketen bireyler gitgide homojen bir toplumun üyesi olmaktadırlar.[56]

Bu koşullarda, tüketim, ticaret merkezleri ile medya ajanları tarafından teşvik edilen bir yaşam biçimine dönüşmektedir.[57] Bu durumda, mutluluk, birincil ya da ikincil gereksinimleri gideren bu nesnelerin aranması olarak tanımlanmaktadır. Ancak, sistem bu arayışın asla bitmemesi üzerine kurgulanmıştır. Herkes, tüketim nesneleri karşısında eşit konumdadır. Nesnelerin yararına göre değerlendirilmesi halinde, bir eşitsizlik ortaya çıkmaktadır. Oysa, statüyü belirleyen nesnelerin alımı herkesi sosyolojik açıdan eşit konuma sokmaktadır. Tüketim, aynı malların ve aynı maddi ve kültürel ürünlerin gitgide artan paylaşımını toplumsal aykırılığın, hiyerarşinin, ayrımcılığın bir düzelticisi olarak gösterilmeye çalışılmıştır.[58] Bu durumda, aynı cep telefonuna sahip olan ev temizliğinde çalışanlar ile fabrika patronları "eşit" olmaktadırlar. Bu eşitliğin elbette 1789'da kastedilenden farklı olduğu açıktır ve bu yeni eşitlik anlayışının adalete yakınlığı da tartışmalıdır.

Tüketici de, gereksinimlerini yaşadığı toplumun gereklerine göre şekillendirmekte ve nesnelerin sağladığı yarara eskiden verdiği önemi vermemektedir. Bu sistemin mantığında, tüketim, eşitlikçi bir dünyada, özgür olarak yaşanabilmesi için bireyci bir ideolojinin arkasına gizlenen kollektif bir eylemdir. Aslında, bu varsayılan eşitlik, kapitalist dünyanın ayrımcı sistemini gizlemektedir. Bu, kollektif bir eylemdir, çünkü nesnelerin edinilmesiyle bireysel bir tatmine ulaşılmaz, ama nesnelerden kaynaklanan işaretlerin kollektif olarak değiş-tokuşu gerçekleşmiş olur. Bu durumda, farklı olma isteğiyle, bir kişilik ve hatta bir imaj yaratma çabasında olan birey, aslında tüm gerçek farklılıklarından, tüm özelliklerinden uzaklaşmış olmaktadır. Kişiselleşmenin mantığı homojen olmaktan geçmektedir. Bu da bireyi dışlanmaktan korumaktadır.[59] Yapılacak tek şey, küçük detaylarda kendini göstermekten ibarettir, statüyü belirleyen de zaten bu olmaktadır. Medya da, tüketim toplumunu vargücüyle desteklemektedir.[60]

(55) XIX. ve erken XX. yüzyıl moda sistemi, kadının sahip olduğu ya da olmak istediği toplumsal konumu ifade eden giyim tarzlarını üretmiştir. Bu sistem kendisinden sonra ortaya çıkan sistemlerden çeşitli biçimlerde ayrılır. Sınıf modasında kurallar oldukça katıdır, örneğin her kostümün tek bir doğru eldiveni vardır. Bu kurallara gore, hangi mevsimde hangi rengin giyileceğine dek ayrıntılar incelikle belirlenmiştir.Bu kurallar, cinsel kimlik, kadınlık ve davranışa ilişkin genel kabul gören normlara işaret eder. Sınıf modasının yerini alan tüketici modasında, biçimsel çeşitlilik çok fazladır, bir tarzın moda olması ile onun yerini bir başka tarzın ele geçirmesi arasındaki zaman dilimi kısa olabilmektedir. Bu moda türünde toplumun tüm katmanlarının beğenisi ve ilgisi dikkate alınır, seçkinlerin beğenisine ise 'haute couture' cevap vermektedir. Crane, Diana; Moda ve Gündemi, Giyinde Sınıf, Cinsiyet ve Kimlik, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 177-178.

(56) Portenseigne, Gilles; "Une Critique de la Société de Consommation", www.geocities.com/kreatixkaaos/SOC_CONSOM.htm, 1996, (10.5.2004).

(57) Baudrillard, Société de Consommation, s. 24.

(58) Baudrillard, Société de Consommation, s. 75-76

(59) Bir giyim tarzı edinmeye yönelik güdülenme, uyumculuğun reddi nedeniyle cezalandırılma korkusundan çok tüketim malları aracılığıyla toplumsal gruplarla özdeşleşmeye dayanır. Örnek alınacak kişiler medya kültüründen seçilir. Bu da elbette, toplumda, giyim alanında yeknesak bir tarzı yaşatmaktadır. Crane, a.g.e., s. 178.

(60) Baudrillard, Société de Consommation, s. 109.

Bu durumda, çağdaş toplumların temel özelliklerinin gitgide bir anlamlandırmalar mantığının, simgesel kodların ve sistemler çözülmesinin parçası haline geldiğini söylemek zor olmayacaktır.[61]

Baudrillard, tüketim toplumunun kodlarıyla yaşayan modern insanın yaşamını giderek daha az emek harcayarak üretimle, ama daha fazla kendi gereksinimlerinin ve refahının üretimi ve sürekli olarak yenilenmesiyle geçirdiğini belirtmektedir: "Modern insan, tüketimci potansiyelliklerinin ve kapasitelerinin tamamını seferber edecek şekilde kendisini hazırlamak zorundadır. Eğer bunu unutursa, kendisine mutlu olmama hakkına sahip olmadığı kibarca ve ısrarla hatırlatılır. Dolayısıyla modern insanın pasif olduğu doğru değildir: Modern insanın sergilediği ve sergilemek zorunda olduğu sürekli bir etkinliktir. Aksi halde, modern insan sahip olduğuyla yetinmek ve toplum dışı olmak tehlikesine doğru hızla yolalacaktır."[62] Buradan da, Baudrillard için tüketim toplumunun toplumsal denetim aygıtı olduğu anlaşılır, bu toplum tüketicinin her eyleminin örgütlendiği bir oyun gibidir. Bu toplumda, özne nesneleşmiştir, birey özenle toplumsal bir mantıkla yabancılaştırılmıştır ve özgür bir seçim illüzyonuna mahkum edilmiştir.[63]

Birey, tüketim toplumunun yarattığı sisteme tasarruflarını yatırarak ve sistemi sermayesiyle besleyerek değil ama tüketim toplumunun sunduğu ürünleri tüketerek hizmet eder. Baudrillard'a göre, bireyin böylesine eksiksiz, ustaca ve pahalı şekilde hazırlandığı başka hiçbir dinsel, siyasi ya da ahlaki bir etkinlik yoktur. Bu sistem, bireye tüketici olarak gereksinim duymaktadır.[64] Günümüzde, bireyin, birey olarak gerekli ve hemen hemen yeri doldurulamaz olduğu konum tüketici konumdur. 1789 Fransız İhtilali ile karşımıza çıkan eşitlikçi, özgürlükçü ve dayanışmacı bireyciliğin aksine tüketim toplumunun bireyi şekilsel olarak eşit yapabildiği ve dayanışmadan uzaklaştırdığı görülmektedir. Bunun yanında, birey hem yalnızlaşmış hem de olsa olsa sürünün bir parçası olmuştur.[65] Bu da onun özerkliğini yitirdiği anlamına gelmektedir. Oysa, birey kavramı başlı başına bir benzersizliğin siyasal, hukuksal ve sosyal sistemde

(61) Baudrillard, Société de Consommation, s. 30.

(62) Baudrillard, Société de Consommation, s. 112-113.

(63) Portenseigne, Gilles; "Une Critique de la Société de Consommation", www.geocities.com/kreatixkaaos/SOC_CONSOM.htm, 1996, (10.5.2004).

(64) Baudrillard, Société de Consommation, s. 118.

(65) Baudrillard, Amerika (s. 74) adlı kitabında söyle demektedir: "...Burada kimse size bakmıyor. Birinin üstüne atlayıp sizden dayanılmaz, cinsel bir istekte bulunmasından, sizden para ya da dostluk istemesinden herkesin ödü kopuyor. Herşey uyurgezer bir şiddetle yüklü ve bu potansiyel şiddetin patlamasından kurtulmak için her türlü ilişkiden kaçınmak gerekiyor. Deliler serbest bırakıldıklarına gore, herkes bir başkasını gözünde potansiyel bir deli".

"... Burada sokaklarda tek başına düşünen, tek başına yiyip kendi kendine konuşan insanların sayısı ürkütücü. Ama yine de bir araya gelmiyor; tersine birbirlerinden kaçıyorlar; dolayısıyla birbirlerine benzemeleri kuşkulu.

Ancak belli bir yalnızlık var ki, başka hiçbir yalnızlığa benzemiyor. Herkesin önünde, bir duvarın, bir arabanın motor kapağı üzerinde, bir parmaklık boyunca yemeğini tek başına hazırlayan adamın yalnızlığı. Burada her yerde görülüyor bu; dünyada görülen en üzücü sahne; yoksulluktan daha üzücü; herkesin içinde tek başına yemek yiyen bir kişi, dilenen bir kişiden daha çok üzücü". Amerika, s. 25.

karşılık bulmasını içermektedir. Bu kavram, özgür, özgün ve özerklik talebinde bulunan bir insanı anlatmaktadır. Ancak, postmodern çağda, anlaşılan odur ki, birey kavramı içerdiği bu anlamlardan uzaklaşmış, yalnız ve topluluğun içinde kaybolmuş, özgünlüğünü yitirmiş bir insanı ifade etmektedir. Zaten, postmodernizmin "çoğulculuk"tan anladığının "çok"luktan öteye geçemediği eleştirisi yapılmıştır.[66] Gerçek çoğulculuk, katılımcıların eşitliğiyle sağlanmaktadır. Tüketim toplumunda gözlemlenen eşitlik gerçekten bir eşitliği sağlayamamaktadır. Bu nedenle, postmodernizmin simüle edilmiş bir çoğulculuk yaratarak, süregiden baskı ve eşitsizlikleri görmezden geldiği ileri sürülmüştür.[67]

VI. Beden ve Birey İlişkisi

a) Genel Olarak:

Bireyin bedeniyle olan ilişkisi ilkel toplumlarda olduğu kadar gelişmiş toplumlarda da değişik anlamlar taşıyan kaynaşmış bir ilişkiye işaret eder.[68] İlkel toplumlarda, beden, kişinin diğerlerinden ayrı bir birey olarak tasarlanması için kullanılan bir öge değildir. Bedenin organları ve işlevi, ilkel toplumlarda, bu bedene sahip olan bireyden ayrı bir varlık olarak kabul edilmez. Kozmosun, doğanın bir parçası olarak kabul edilir. Kanaklar gibi ilkel toplumlarda bazen bedenin varlığından dahi sözedilmez: Ağacın kabuğu ile insan derisi aynı kelime ile ifade edilmiştir.[69]

Ortaçağdan itibaren bedeninin bireyleşmenin bir unsuru haline geldiği ve bireyden ayrıştığı görülür. Birey, kendisinden ayrı bir varlık olan bedenini denetlemek durumundadır. Ve bireyin toplumda edindiği yer oranında bedenin kamusallığının kalmadığı, özel alanda konumlandırıldığı görülmektedir. Birey-beden ayrılığı, nesneleşmiş bedenin bir "öteki", bir "alter ego" yaratmasına neden olur.[70] Kartezyen "ego cogito"sunun başvurabileceği bu "öteki", beden ile birey arasındaki sözkonusu ayrışmayı, parçalanmayı ılımlaştırmaya yarar. Bilimsel ilerleme ve uygarlaşma sürecinde, bireyleşme unsuruna hizmet etmek için birey ve beden ayrıştığına göre, bir boşluğu doldurmak gerekmiştir.[71] Beden kişiselleşmiştir, bir fetiş haline gelmiştir, dışa dönük bir yapıdır ve aynı zamanda semerelerinden yararlanılacak bir sermaye olarak da görülmeye başlanmıştır.[72]

Tüm bunlardan, ilkel toplumlarda olsun gelişmiş toplumlarda olsun, bedenin mutlaka bireyden koptuğu, yabancılaştığı sonucu çıkmamaktadır. Beden ile birey arasında bir ilişki hep vardır. Ne zaman ki beden bir bireyleşme unsuru ve bilimsel bir nesne olmuştur, o zaman bireyle beden arasında bir kopukluğun meydana geldiğinden sözedilmeye başlamıştır. Bunun bir gelişme olup olmadığı tartışmalıdır. Eleştirel bir bakışa sahip olanlar, bedenin bu şekilde asla özgürleşmediğini, özerkleşemediğini ifade etmekte, toplumsal yapıların, sınıfsal ya da kültürel alışkanlıkların bireyin bedenine gitgide yabancılaşmasına neden olduğunu ileri sürmektedir. Bu durum, bireyin kendine yabancılaşmasının yanında aynı zamanda ayrımcılığa da yol açmaktadır. Örneğin, toplumsal kabul gören zayıflık, şişman olanların dışlanmasına neden olabilmektedir.

(67) Yumul, a.g.m., s. 128.

(68) Nicoud, Christophe; "Corps", Ses Plurielles, www.cndp.fr/RevueDees/pdf/130/06206611.pdf, 12.2002, s. 1. (6.5.2004).

(69) Nicoud, a.g.m., s. 2.

(70) Maisonneuve, Jean; "Le Corps et le Corporétisme Aujourd'hui", Revue Française de Sociologie, XVII, 1976, s. 551-571.

(71) Nicoud, a.g.m., s. 3.

(72) Şişmanlık için Bkz. Baudrillard, Amerika, s. 52.

b) Günümüz Toplumlarında Baudrillard'ın Beden-Birey İlişkisine Bakışı:

Toplumların değer yargıları, bireyin bedeniyle olan ilişkisine yansımaktadır.[73] Tüketim toplumunda, bireyin bedeniyle olan ilişkisinde, bedenin görünümünün abartılı bir şekilde önem kazanmasının bu toplum tipinin özelliklerinden biri olduğu görülmektedir. Birey -öncelikli olarak kadın-, imajını önemser hale gelmektedir.[74] Birey, görünümünü yeniden yaratabilmekte, beden bireyin dışındaki ilk partneri olmaktadır.[75] Bu abartılmış narsizm, bireyin yabancılaşmasına neden olmaktadır. Güzelliğin etiğiyle yönlendirilen bu birey, kendisine hayran olmakta ve bedeninin kendisine çıkaracağı zorluklara karşı sürekli önlem almaktadır. Güzellik, statü açısından da elde edilmesi gereken bir işaret-nesne halini almıştır ve medya tarafından da bu durum desteklenmektedir. Güzellik, bireyin mahkumu olduğu bir toplumsal kodun önemli konularındandır. Bu amaçla, bireyin sürekli olarak kendi bedenine dönük yaşaması, Baudrillard'a göre: "Diyet bilgisi gibi, body-building ve daha başka bir sürü şey gibi jogging de yeni bir kölelik şekli"dir.[76] Toplumun belli bir beden stereotipi geliştirmesi, kişiyi belli aktivitelere zorlarken, toplumsal statü de bir yandan hangi sportif etkinliklerin yapılacağını belirlemektedir: Polo, golf, at binme gibi sporlar refah düzeyi yüksek olanlara hitap etmekte, aynı sınıfa mensup olan kişiler bu yolla sosyalleşmektedir. Böylece, üst bir sosyal sınıfa olan aidiyetlerini açıklamakta, bireyin bedenini kullanarak bazı değerlere ve spesifik normlara boyun eğmesini ortaya koymaktadır.[77]

Güzellik gibi sağlığa verilen önem de sınıfsal özellikler göstermektedir. Refah düzeyi yükseldikçe en küçük rahatsızlıklar doktor kontrolüne alınmakta, hastalıklarla mücadelede etkin olunmaya çalışıldığı kadar, sağlığı korumak için de özen gösterilmektedir. Son yıllarda ortaya çıkan vitamin çılgınlığı, yaşlanmaya direnme (anti-aging) merakı ve bio-besinler buna örnek oluşturmaktadır. Bu Baudrillard'a göre, aynı zamanda bitmek tükenmez bilmeyen bir yaşam çabasını da göstermektedir. Ona göre: "Yaşamda kalma sorunu her yerde gündemde... Diyet bilgisi, çevrebilim, sekoyaların, fokların ya da insan soyunun korunması dahil, bal gibi hayatta olduğumuzu tanıtlamayı amaç-

(73) Lefevre; Betty, "Corps Baroque et Education Physique Scolaire", Corps et Culture, No 5, http://www.revues.org/corpsetculture/numero5/article4.html (06.07.2004).

(74) Baudrillard, La Société de Consommation, s. 110 vd.

(75) Nicoud, a.g.m., s. 4.

(76) Baudrillard, Jean; Amerika, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1996, s. 51.

(77) Nicoud, a.g.m., s. 4.

lıyorlar (tıpkı bütün o düş ürünü peri masallarının gerçek dünyanın bal gibi gerçek olduğunu tanıtlamayı amaçlamaları gibi). Bunun doğru olduğu ise o kadar kesin değil, toplumun şu paradoksu yüzünden doğru sayılmaz: İnsan toplum içinde daha önce ölmüş olduğuna göre artık onun bir kez daha toplum içinde ölmesi söz konusu bile değildir... İşte gerçek belirsizlik budur. Bu da yalnızca nükleer çağda yaşamaktan değil, aynı zamanda yaşamanın kolaylığından ileri geliyor ki, böylece sağ kalmamız sağlanıyor. Nükleer silahlar kullanılırsa, ölmek için ne zamanımız olur ne de ölmenin bilincine varırız. Ama şimdiden aşırı derecede korunmuş bu toplumda artık ölümün bilincinde değiliz, çünkü fazla bir yaşama kolaylığı sürecine çok ustaca geçmişiz.[78]»

Beden, bir doğa yasası gereğince insan yaşadığı sürece varolmaktadır, insanın son çabalarından biri de mümkün olduğunca yaşam kalitesini de yükselterek bedenin mümkün olduğunda bu dünyada daha fazla kalmasını sağlamaktır. Yapılan son açıklamalara göre, insanın genetik kodlamasına bakıldığında ömrünün 120 ile 130 yıl olduğu anlaşılmaktadır. Gitgide gelişen genetik ve tıp bilimi bedenin sonsuza dek yaşamasını sağlayacak çalışmalar yapmaktadır. Üremeyi beden dışına çıkarmaya çalışmak gibi, yaşamı da ölümden ayırmak, yapılmak istenen başka bir şeydir. Ölüm, gereksiz görülmekte, ondan kurtulma çabaları derinleştirilmektedir. Organ nakilleri, klonlama[79] çalışmaları, hep öteleme çabasıdır. Böyle giderse, ölümsüzlük bizleri beklemektedir.[80] Baudrillard bu konuda görüşlerini ileri sürerek bu çalışmaların insanı yaşam-ölüm gerçeğinden uzaklaştırdığını, bir illüzyona sürüklediğini belirtmektedir.

Ölüm bir kesinlik olduğuna göre, bu ortadan kalkınca, insan önce bir belirsizliğin içine düşecek, sonra da muhtemel olarak tüm değerler, siyasi, sosyal, hukuki yapılar değişikliğe uğrayacaktır. Bu durumda miras hukukunun, miras kalan değerin arkasından devletin aldığı veraset ve intikal vergilerinin akıbeti kesinlikle değişecektir. Ayrıca, sonsuz yaşama bu yolla da ulaşılıp ulaşılamayacağı da henüz kesin değildir. Bu amaçla yola çıkıp, eski Mısırlıların kaderini paylaşmak olasıdır. Bütün klonlanma çabasına karşın, kim bir müzenin ayrı bölümünde daha fazla bilet parası verilerek gezilen bir yerde, bir camekanda sergilenmek ister ki?

Baudrillard, yabancılaşma yaratacak düzeyde önemi abartılan bedene gittikçe azalan bir önem verildiği görüşündedir. Genel olarak, zaten gerçek sahip olduğu içeriği yitirmiştir, geçici biçimler halinde sanal ekranlarda karşımıza çıkan ise "gerçek" değildir. Baudrillard, kendisiyle yapılan bir röportajda, eğer bir molekülü elektronik bir dalgayla ya da ona eşdeğer bir şeyle değiştirmek mümkün olsaydı, molekülle gereksinimimin kalmayacağını belirtmekte ve eğer bedeni cinsellikte

(78) Baudrillard, Amerika, s. 56.

(79) Baudrillard, böyle giderse, klonlanmış bir dünyanın ortaya çıkacağına işaret etmektedir. Baudrillard, Jean: Bir Parçadan Diğerine, Fransızcadan Çev.: Yaşar Avunç, İnkılâp Yayınları, İstanbul, 2005, s. 45.

(80) Autran, Isabelle/ Brohm, Jean-Marie/ Veyrié, Nadia; "Le Corps, Un Echange Impossible?", Baudrillard ile yapılan Röportaj, Significations, s. 3, www.j-baudrillard.com/article, php3?id_article=113 (12.5.2004).

geçmeden üretmek, onu denklemsel bir biçimde sonsuzlaştırmak mümkün olsa, insanın kendi bedenine ve doğal olarak bir başka bedene de gerek kalmayacaktır diye eklemektedir.[81] Klonlama türün devamını sağlayacaksa, cinsel aktivite üremeye yönelik temel işlevini yitirmiş olacaktır.

Klonlama sayesinde yepyeni bir bedeni, bireyin kendi hücrelerinden üretmenin mümkün olacağı görülmektedir. Yaşamın devamlılığı sağlanacaktır. Baudrillard, bu yolla edinilen bir yaşamın doğal olmayacağı görüşündedir.[82] Eğer herşey numaralandırılmış kodlarla şifrelendirilebiliyorsa, dilin işlevi de aşılmış olacaktır. Herşey beyin ve sinir sisteminde özetlenebiliyorsa, beden işlevini yitirir.[83] Gerçek beden, formüllerle yer değiştirdiğinde ne olacaktır? Aynı şekilde DNA'sına ve genetik koduna indirgenmiş insan soyutlaması yaşayan bir varlık olan insan için ne anlama gelecektir? Üstelik bu değişim, gelişim sürecindedir. Bu durum böyle devam ederse, daha büyük bir soyutlamaya gideceğimiz açıktır. Bu soyutlama arttıkça da, bedenin işlevleri ortadan kalkacak, sanallaşacaktır. Baudrillard klonlama hakkında şunları söylemektedir: "Kalıtsal kodun aynasına yansımak ve oraya gömülmek, DNA'dan daha güzel bir protez olabilir mi? Modern insana, ayna imgesinin yerine koysun diye verilen bu yeni Narkissos'vari imgenin sağladığı gelişmeden daha güzel bir gelişme olabilir mi? İnsanın kendi molekülünden daha iyisi olabilir mi? Her birey, kendi 'gerçek' varlığının, kendi biyolojik varlığının sonsuz kez tekrarlandığı bu ortamda, kendi 'hakikat'ini bulabilir. Aynanın bir kaynak olmaktan çıkarak bir formüle dönüştüğü bu tür narsisizm, Narkissos efsanesindeki korkunç parodinin ta kendisidir. Öylesine soğuk bir narsisizm, öylesine soğuk bir kendini baştan çıkarma süreci yaşanır ki, varlığın kendini yanılsama olarak yaşayabileceği en küçük bir boşluk bile kalmaz: Gerçek ve biyolojik kopyanın klonlamayla maddeleşmesi, varlığın kendi imgesiyle, kendi ölümüyle oynaması imkanını elinden alır".

Kopya hayal bir figürdür ve tıpkı ruh, gölge ya da gölgenin aynadaki görüntüsü gibi özneyi meşgul eder; nazikçe sürekli komplolar kuran ölüm gibidir. Maddeleşen kopya içkin ölümün ta kendisidir -günümüzde, klonlama sayesinde getirilen görkemli öneri şudur: Klon, ölüm figürünün ta kendisidir, ancak ölümü cazip kılan simgesel yanılsamadan yoksundur."[84]

Klonlama ile bütünselliğin son bulduğunu ileri süren Baudrillard, bölümlerden her biri bütüne ilişkin bilgiyi barındırdığından, bütünün anlamını yitireceğini de söylemektedir. Beden olarak adlandırılan eşsiz düzeneğin de sonu gelir, çünkü onu eşsiz kılan birbiriyle toplanan hücreler halinde parçalanamaması ve bölünmez bir tasarım olmasıdır.[85] Tüm bu nedenlerle, klonlama,

(81) Autran/ Brohm/ Veyrié; a.g.s., s. 2.

(82) Les Humains Associés; "Au-delà de la Fin", Baudrillard ile yapılan söyleşi, Les Humains Associés, No: 6, http://www.humains-associes.org/No6/HA.No6.Baudrillard.3.html (4.5.2005).

(83) Autran/ Brohm/ Veyrié; a.g.s., s. 2.

(84) Baudrillard, Jean; Baştan Çıkarma Üzerine, Çev.: Ayşegül Sönmezay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005, s. 204-205.

(85) Baudrillard, a.g.e., s. 205.

beden simülasyonunun en üst evresidir.[86] Bundan böyle birey, bedenin ana formülünün kanserli bir metastazı olmaktan ibaret kalacaktır, çünkü herhangi bir bireyin klonlanması sonucunda yaratılan bireyler, tıpkı kanserde olduğu gibi, aynı hücrenin çoğalmasına benzemektedir.[87]

Bedene yapılan bir başka müdahale de üremeye yöneliktir. 70'li yılların başından itibaren cinsellik üremeden bağımsız hale gelmişken, şimdi üreme cinsellikten bağımsız hale gelmiştir.[88] Tüp bebek olarak anılan bebekler, cinsel birliktelik olmadan yumurta ve spermin laboratuar ortamında döllenmesiyle oluşmaktadır. Sonra bu hücreler, belirli bir bölünme sayısından sonra ana rahmine yerleştirilmektedir. Tıp henüz ana rahmini devreden çıkaracak gen teknolojisini yaratamamıştır ama çalışmalar sürmektedir. Bu da, doğanın sınırlarının zorlandığı bir başka durumdur. Teknojinin sağladığı bir başka bilgi ise, ana rahmindeki bebeğin cinsiyetini çok erken dönemlerde dahi -kesin olmamakla beraber- belirlenebilmesidir. Etik komiteler, kurullar sayesinde, belirlenen cinsiyetin, gebeliğin belli bir haftadan önce anne-babaya söylenmemesi sağlanmaktadır. Bunun nedeni, bazı ülkelerde özellikle erkek çocukların kız çocuklara yeğlenmesidir. Baudrillard, bu komitelerin "etik"i korumak için yeterli olmayacağı kanısındadır.[89] Bunun dışında tıbbi bilginin ve teknolojinin ilerlemesiyle (amniyosentez), sakat doğması muhtemel çocukların da yaşamları engellenmektedir. Bu da yaşam kalitesinin artırılmasına yönelik bir önlem olarak karşımıza çıkmaktadır. Babasız çocuk büyütmek isteyen kadınlar, bazı ülkelerde sperm bankalarından edindikleri hücrelerle, istedikleri özelliklere sahip çocuklara kavuşabilmektedirler. Tüm bunlar doğanın bize kurduğu düzenin, dengenin giderek bozulması anlamına gelmektedir. Ayrıca bu gelişmeler, yepyeni konular ve sorunlarla karşı karşıya kalmamıza neden olabilmektedir. Örneğin sprem bankasından istediği değil de yanlışlıkla başka bir spermi alan ve bunu çocuğu doğduktan sonra farkeden annenin hukuki yolla elde edebileceği haklar olacak mıdır? Bu tarz sorunlar çok değil yirmi yıl önce insan aklına gelmesi zor olan konuları içermekte ve yeni yargısal düzenlemeleri gerektirebilmektedir.

Baudrillard, Aydınlanma Çağı'nda ve onu izleyen düşünürlerce ileri sürülen bedenin ve yaşamın bir başlı başına bir değer olduğu için değil, yerinin doldurulamaması nedeniyle değerli olduğunu belirtmektedir.[90] Bunun gibi, nasıl ki düşünce, sanal zekayla değiştirilemezse, insan türü de, ondan daha değerli ya da daha performanslı olsa dahi başka bir türle değiştirilemez. Bunların eşit karşılıkları yoktur.

Teknolojinin, tıbbın, genetik alanında yapılan çalışmaların ilerlemesiyle akıl almaz gelişmelere şahit olmak-

(86) Baudrillard, a.g.e., s. 205.

(87) Baudrillard, a.g.e., s. 210.

(88) Boncenne, Pierre; "Viral et Métaleptique", Baudrillard ile söyleşi, , Le Monde de l'Education, n° 274, Ekim 1999, http://www.lemonde.fr/mde/anciens/ octobr99.html (4.2.2005).

(89) Boncenne, Pierre; "Viral et Métaleptique", Baudrillard ile söyleşi, Le Monde de l'Education, n° 274, Ekim 1999, http://www.lemonde.fr/mde/anciens/octobre9.html (4.2.2005).

(90) Autran/ Brohm/ Veyrié; a.g.s., s. 3.

tayız. Bazı çalışmalar teknik açıdan yapılabilir düzeye gelse de etik açıdan sakıncalı olduğu düşünüldüğünden, bu ilerlemelerin tüm sonuçlarını görmemekteyiz. Ancak, bir gün bu çalışmalar engellenemez bir aşamaya gelirse, o takdirde, günümüze kadar -iyi kötü- bir denge içinde süregiden her türlü düzenin alt üst olacağı açıktır. Bu durumda, toplumsal değerlerin, ekonomik, siyasi ve hukuksal yapıların ne şekil alacağını kestirmek şimdiden oldukça güçtür. Küresel ısınmadan bahsedilirken, insan ömrünün 120-130 yıla çıkarılması halinde bu dünyanın kaynaklarının ne kadar yeterli olacağı da ayrı bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır.

c) Baudrillard'ın Görüşlerinin Değerlendirilmesi

Baudrillard, klasik, soyut birey anlayışının ortadan kalktığına işaret etmiştir. Toplumsal ihtirasları olmayan, devrimci özellikler taşımayan ama toplumu da dışlamayan bir birey kavramının üzerinde durmuştur. Gerçekten de günümüz insanının 1789'un insanından farklı özellikler taşıdığı, yeni bir dönem açma isteği içinde bulunmadığı doğrudur. Böyle insanlar bulunsa bile, bunların sayısı topyekün bir değişiklik yaratmaya yetecek denli çok değildir. Küreselleşme ile birlikte sanki bireyler dünya denilen o küre içinde giderek daha ufalmışlar ve geleceği yaratacaklarına ilişkin inancı kaybetmişlerdir, hatta bu konuda öğrenilmiş bir çaresizlikten de sözedilir olmuştur.[91] Çünkü birey olarak, tek başına yapılabileceklerin sayısı azalmış, o nedenle de, birey kendi içine dönmüştür. Bu anlamda, Baudrillard'ın saptamasında doğruluk payı vardır. Ancak, Baudrillard'ın diğer düşünürlerden farkı geleceğin nasıl şekilleneceğine dair merakını koruyup, bir saptama yapması, bir teori önermemesidir.

Baudrillard, bireyin 1789 'da görülen devrimci ruha sahip bireyden farklı olduğunu ileri sürdükten sonra, "atom"laştığını da kabul etmiştir. Bu açıdan görüşlerinin komünotaryenlere kısmen katıldığını görmek mümkündür. Eğer insanlar atomlar gibi yalnız başlarına hareket etmekteyseler ve bu onları gitgide yalnızlıklarına gömüyorsa, komünotaryenler, bu insanın mutsuz olduğunu ileri sürmektedir. Komünotaryenler, bireyin toplumla entegre olmasının onun iyiliğine olacağını söylemektedirler. Onların önerdikleri çözüm, aileye sarılmak, ortak geçmişi sahiplenmek, ülke değerlerini korumaktır. Baudrillard'ın bu çözüm yolunu benimsemese de eleştiri temelinde komünotaryenlerle aynı noktada buluşmakta olduğu söylenebilir.[92]

Bireylerin birbirine karşı kayıtsız olduklarını söyleyen Baudrillard, aslında bazı durumlarda onların dayanışmayı da ön plana çıkardıklarını unutmaktadır. Yüzyılımızın bireyinin kentleşme, sanayileşme gibi değişikliklerden ötürü yalnızlaştığı bilinen bir gerçektir, ancak, eğer söylenen tümüyle doğru olsaydı, savaşlar ve etnik hareketler ya da afetlerde yapılan bağışlar olmazdı. Ayrıca cemaatçiler olarak adlandırılan diğer bir düşünce grubunda olduğu gibi, tam aksine bireylerin aynı tarihi, aynı kaderi paylaşmaktan doğan ortak bir tavır içinde olduklarını, aileye, dayanışmaya önem verdiklerini ileri süren

(91) Göregenli Melek, "Muhaletetin Durumu, Öğrenilmiş Çaresizlik", Radikal Gazetesi, 21.2.2005, s. 9.

(92) Üskül, a.g.e., s.229 vd.

ve bu şekilde yaşayan insanlar da bulunmaktadır.

Ayrıca, Batı düşünürlerinin genelde düştüğü bir yanılgıya düşmekten kendini kurtaramayan Baudrillard'ın da dünyayı, salt batı ülkelerinden ibaret olarak ele almasıdır. Modernizm gibi postmodernizm de Batı'da ortaya çıkmakta, insanın bir birey olarak kendini ifade edebildiği, otonom kararlar alabildiği sadece bu ülke insanlarını incelenmektedir. Örneğin tüketimin, Hindistan'da yaşayan ve gelirleri olmayan insanların üzerindeki etkisinden ya da gelişmekte olan bir ülke olan Türkiye gibi ülkelerde tüketimin pompalandığı ancak parasız tüketim olmayacağından borçlanarak tüketime kayan insanların dramından bahsedilmemektedir. Bu nedenle, Baudrillard'ın Batı insanının atomlaşmasından, yalnızlığından, bir devrim yapmaktansa kendi imajına yönelmesinden sözetmesi doğru ama eksik bir analizi içermektedir.

KAYNAKÇA

- Autran, Isabelle/ Brohm, Jean-Marie/ Veyrié, Nadia; "Le Corps, Un Echange Impossible?", Baudrillard ile yapılan Röportaj, Significations, s. 3, www.j-baudrillard.com/article, php3?id_article=113 (12.5.2004).
- Baudrillard, Jean; La Société de Consommation, Editions Denoël, Paris, 1970.
- Baudrillard, Jean; Simulacres et Simulations, Galilée, Paris, 1981.
- Baudrillard, Jean; De la Séduction, Editions Denoël, Paris, 1988.
- Baudrillard; Jean; Amerika, Ayrıntı Yayınları,, İstanbul, 1996.
- Baudrillard ; Jean; "Nous Sommes Tous des Transsexuels", Ecran Total, Galilée, Paris, 1997.
- Baudrillard; Jean; "Les Ilotes et les Elites", Ecran Total, Galilée, Paris, 1997.
- Baudrillard; Jean, "Le Mondial et l'Universel", Ecran Total, Galilée, Paris, 1997.
- Baudrillard, Jean; "De l'Antiterrorisme à la Guerre: La Violence de la Mondialisation", Le Monde Diplomatique, Kasım, 2002.
- Baudrillard, Jean; Çaresiz Stratejiler, Çev.: Oğuz Adanır, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2002.
- Baudrillard, Jean; Bir Parçadan Diğerine, Fransızcadan Çev.: Yaşar Avunç, İnkılâp Yayınları, İstanbul, 2005.
- Baudrillard, Jean; Baştan Çıkarma Üzerine, Çev.: Ayşegül Sönmezay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005.
- Baudrillard, Jean; Şeytana Satılan Ruh ya da Kötülüğün Egemenliği, Çev.: Oğuz Adanır, Doğu Batı Yayınları, Ankara, 2005.
- Baudrillard, Jean; "La Mondialisation Tue l'Universel, Journal l'Humanité, 7 Aralık 2002, http://www.humanite.presse.fr/popup_print.php3?id_article=26782 (4.5.2005).
- Bauman, Zygmunt; Postmodern Etik, Çev.: Alev Türker, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Best, Steven/ Kellner, Douglas; Postmodern Teori, Çev.: Mehmet Küçük, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Boncenne, Pierre; "Viral et Métaleptique", Baudrillard ile söyleşi, Le Monde de l'éducation, n° 274, Ekim 1999, http://www.lemonde.fr/mde/anciens/octobr99.html (4.2.2005).
- Castoriadis; Cornelius, Dünyaya, İnsana ve Topluma Dair, İletişim Yayınları, İstanbul, 2001.
- Crane, Diana; Moda ve Gündemi, Giyimde Sınıf, Cinsiyet ve Kimlik, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003.
- Creagh, Ronald; "L'anarchisme et le Postmoderne", Magazine Littéraire, No: 264, Nisan 1989.
- Eagleton, Terry; Postmodernizmin Yanılsamaları, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1999.

- Ewald, François; "L'Individualisme: Le Grand Retour", Magazine Littéraire, No: 264, Nisan 1989.
- Ewald; François; "Baudrillard: Le Sujet et son Double", Magazine Littéraire, No: 264, Nisan 1989.
- Featherstone, Mike; Postmodernizm ve Tüketim Kültürü, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2005.
- Géraud; Dominique, "Le Monde Symbolique des Travailleurs Sociaux", Esprit Critique, C.: 4, No: 7, Temmuz 2002, http:// espritcritique.webdynamit.net/0407/article05.html (6.5.2004).
- Göregenli Melek, "Muhalefetin Durumu, Öğrenilmiş Çaresizlik", Radikal Gazetesi, 21.2.2005.
- Huyssen, Andreas; "Postmodernitenin Haritasını Yapmak", Çev.: Mehmet Küçük, Modernite Versus Postmodernite, Vadi Yayınları, Ankara, 1994.
- Jeannière, Abel; "Modernite Nedir?", Çev.: Nilgün Tutal-Küçük, Modernite Versus Postmodernite, Vadi Yayınları, Ankara, 1994.
- Kazgan, Gülten; Küreselleşme ve Ulus-Devlet, Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002.
- Kellner, Douglas, "Toplumsal Teori Olarak Postmodernizm: Bazı Meydan Okumalar ve Sorunlar", Çev.: Mehmet Küçük, Modernite Versus Postmodernite, Vadi Yayınları, Ankara, 1994.
- Laurent; Alain, Histoire de l'Individualisme, PUF, Paris, 1993.
- Les Humains Associés; "Au-delà de la Fin", Baudrillard ile yapılan söyleşi, Les Humains Associés, No: 6, http://www.humains-associes.org/No6/HA.No6.Baudrillard.3.html (4.5.2005).
- Lefevre; Betty, "Corps baroque et éducation physique scolaire", Corps et Culture, No: 5, http://www.revues.org/corpsetculture/numero5/article4.html (06.07.2004).
- Maisonneuve; Jean, "Le Corps et le Corporétisme Aujourd'hui", Revue Française de Sociologie, No: XVII, 1976.
- Monteil, Pierre-Olivier; Portrait du Zappeur Sens et Contre Sens de l'Individualisme Contemporain, Labor et Fides, Cenevre, 1994.
- Nicoud; Christophe, "Corps", Ses Plurielles, www.cndp.fr/RevueDees/pdf/130/06206611.pdf, 12.2002, s. 1. (6.5.2004).
- Portenseigne; Gilles, "Une Critique de la Société de Consommation", www.geocities. com/kreatixkaaos/SOC_CONSOM.htm, 1996, (10.5.2004).
- Yılmaz, Aytekin; Çağdaş Siyasal Akımlar, Vadi Yayınları, Ankara, 2001.
- Yumul, Arus; "Postmodernizmden Modernizm Ötekilik", Karizma, Temmuz-Ağustos-Eylül 2000.
- Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayıncılık, İstanbul, 2003.

Kuvvetler Ayrılığı İlkesi ve Türkiye'de Yargı Bağımsızlığı: Tartışmalar ve Sorunlar

Kemal ŞAHİN*

a- İlkenin Doğuşu ve Genel Tartışması

Montesqueiu'nün İngiltere gezisine ait siyasal gözlemlerini toparlamak suretiyle kurguladığı ve sonradan "hukuk devleti" kavramının kuramsal şartlarından birine dönüşen "kuvvetler ayrılığı" ilkesi, ilk tanımlandığı 17. yüzyıldan bu yana siyasi ve hukuki düşüncenin merkezi ilgilerinden birisi olarak kalmaya devam etmiştir. Dönemin İngiltere'sinin gerçek siyasal koşullarına bakarak yapılan bir tanımlama veya kavramlaştırma çabasının sonraki tarihsel süreçlerde başlıbaşına bir siyasal gerçeklik ve temel bir hukuki ilke haline gelmesinin sanırım yalnızca Montesqueiu'nün kendi entelektüel yeteneklerinin ötesinde, Fransız düşünce birikiminin olgun açılımlarına da atfedilebilir bir yanı vardır ve yalnızca bu haliyle bile, belirli bir siyasal kültür ile siyasal kurumlaşma ve kavramlar arasındaki ilişkinin ne derece önemli olduğu hemen anlaşılacaktır. Herhangi bir tarihsel gerçekliği tanımlayabilmek veya kavramlaştırabilmek başlıbaşına bir entelektüel vasıf ve birikimi gerektirmektedir. Zaten bu nedenle de; "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin hem tanımlanma düzlemleri, hem de siyasal gerçeklik düzlemleri birbirinden farklı tarihsel koşullar içinde farklı içerikler kazanmış, "kuvvetler ayrılığı" ilkesiyle siyasi ve hukuki düzeyde yüzleşme, onun içerik ve kapsamını belirleme yönündeki entelektüel çabalar birbirinden farklı gelenekleri ortaya çıkarmıştır. Bununla beraber, bu durum iki şeyi birbirinden ayırmak gerektiğini de göstermektedir. Bunlar "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin kavramsal ve "normatif" içeriklerinin belirlenmesi ve onun tarihsel gerçekliğinin tanımlanması düzeyleridir. Bunlardan birincisi "normatif siyaset teorisi", diğeri ise "siyasal tarih" ile ilgilidir. Montesqueiu'nün başarısı her iki düzeyi de büyük bir beceriyle bir araya getirmiş olmasıdır. Zaten sonraki modern araştırmacılar onu, normatif bir ilke ile bir sosyal bilim imkanını ilk kez kurmuş olmakla kutlamışlardır.

"Kuvvetler ayrılığı" ilkesinin, sonraki tarihsel dönemlerde, modernliğin temel hukuki biçimlerinden birine dönüşmesi ve Avrupa'dan tüm dünyaya doğru yayılan modernleşme atılımlarının bir parçası olarak farklı ülkelerde siyasal iktidarın yeniden örgütlenmesinde kullanılması, konunun siyasal çatışmalar açısından önemini artırmış, özellikle topluma sunulan hukuksal garantiler yönünden aralıksız olarak sorgulanmasını sağlamıştır. Bu konudaki

* Yargıç, Kazan Adliyesi.

tartışmalar daha çok "kuvvetler ayrılığı" ilkesinin gerçekte ne olduğu, nasıl anlaşılması gerektiği, kuvvetlerin ne şekilde örgütleneceği ve her bir kuvvetin bir diğeri karşısındaki yerinin belirlenmesi yoluyla ilkenin gerçek vaadlerine ne suretle erişilebileceği üzerinde yoğunlaşmıştır. Kuvvetler ayrılığı ilkesinin bir hukuki biçim olarak aktarıldığı ülkelerden birisi olarak ülkemizin sorunla olan ilişkisi de bu çerçevede tartışılabilir olmakla beraber, bugüne kadarki araştırmalar maalesef ciddi bir külliyat oluşturamamamış ve bu konudaki çalışmalar oldukça sınırlı olan niteliklerini hep korumuşlardır. Başka bir deyişle, Türkiye'nin bu kavram ve ilkenin hem normatif ve hem de tarihsel düzeylerde tanımlanması çabaları son derece zayıf kalmakta ve hatta ilkenin bir tarihsel siyasal gerçeklik olarak belirlenmesi bir yana bir kavram ve bir ilke olarak dahi yani bir normatif tanım olarak dahi ortaya konulmasında hala sorunlar yaşanmaktadır. Ülkemizin bu konudaki araştırmaları daha çok yasama ile yürütme arasındaki ilişkilerde yoğunlaşmış, yargının diğer kuvvetlerle ilişkisi, soyut şikayetlerin ötesinde, güçlü araştırmalarla desteklenmemiştir. Bu nedenlerle, Montesqueiu'nün İngiltere'yi ziyaretinde keşfettiği ve arzuladığı siyasal ideali, biz yargıçların inandığı/algıladığı şekilde gerçekten güçler ayrılığının titizlikle uygulandığı bir rejim midir? Montesqueiu'nün kuvvetler ayrılığı modelinde arzulanan yasama (ayan meclisi ve mebusan meclisi), yürütme (kral, bakanlar), yargının (yargıçlar) birbirlerinin alanlarına kesinlikle müdahale etmemesi midir? Türk Yargısının diğer kuvvetlerle ilişkisi nedir? Türk yargısının sorunları her dile getirilişte yasama ve yürütme suçlandığından acaba sorun sadece bu iki kuvvetten mi kaynaklanmaktadır?

b- İlkenin İrdelenmesi

Montesqueiu, "Kanunların Ruhu Üzerine (De L'Esprit Des Lois)" isimli eserinin XI. Kitabında ingiliz Anayasası üzerine düşüncelerini ortaya koyarken şöyle der: "Yasama organının giriştiği işleri durdurmak, uygulama organlarının giriştiği işleri durdurmak, uygulama organına verilmezse yasama organı zorba bir hal alır, çünkü o zaman yasama organı aklından geçirebileceği bütün yetkileri kişiliğinde toplar, öteki organların tümünü ortadan kaldırır.[1] Hür bir devlette, yasama organının uygulama organını durdurmak yetkisi olmamalı, ama buna karşılık, çıkardığı kanunların nasıl ve ne şekilde uygulandığını denetlemek hakkı ve yetkisi bulunmalı. Böyle bir hükümetin Cosme'larla Ephore'ların yönetimleri hakkında hesap vermedikleri Girit ve Lakedemonya hükümetlerine üstünlüğü buradadır işte..."[2] "Her ne kadar genel olarak yargılama organının, yasama organının hiçbir bölümüne bağlı olmaması gerekirse de, yargılanacak kişinin özel yararını gözetleyen üç hal bu kuralın dışındadır.

Büyükler daima kıskanılır; halk tarafından yargılansalardı, tehlikeli bir duruma düşerler ve hür bir devlette en küçük bir vatandaşın bile benzerleri ta-

(1) MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L'Esprit des Lois), Çeviren: Fehmi Baldaş, Seç Yayın dağıtım, Ekim 2004, ss. 161

(2) MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L'Esprit des Lois), Çeviren: Fehmi Baldaş, Seç Yayın dağıtım, Ekim 2004, ss. 161

rafından yargılanmaktan elde ettiği ayrıcalıkların hiçbirinden yararlanmazlardı. Şu halde, soylular milletin mevcut mahkemeleri tarafından değil, yasama organının soylulardan oluşmuş bölümü tarafından yargılanmalı.

Aynı zamanda hem çok uzakları gören hem de gözleri kör olan kanunun bazı durumlarda son derece şiddetli olması olasılığı vardır. Ama daha öncede söylediğimiz gibi, milletin hakimleri, kanunu sadece söz haline getiren, kanunun kuvvetini ya da şiddetini yumuşatacak durumda olmayan cansız birer varlıktan başka bir şey değillerdir. Şu halde yasama organının başka bir durumda, zorunlu bir mahkeme olduğunu söylediğimiz bölümü, bu durumda da zorunlu olarak bir mahkeme halini alır. Kanunu daha az şiddetli bir şekle sokup karar vererek kanunu bizzat kanunun lehine yumuşatmak da bu üstün organa düşer."[3]

Genel hizmetlerde çalışan bazı kişiler milletin haklarını çiğneyebilirler, mevcut hakimlerin cezalandırmak istemeyecekleri ya da cezalandıramayacakları suçları işleyebilirler. Buna rağmen yasama organının genel olarak yargılama yetkisi yoktur, hele böyle özel bir durumda bu yetkiden tümüyle yoksun olması gerekir; ilgili taraflardan birini, yani milleti temsil eder de ondan. Bundan ötürü de, ancak suçlandıran taraf olabilir. Ama kimin karşısında suçlandıracak? Kendisinden aşağı durumda olan, üstelik kendisi gibi halktan olduğu için böyle bu derece büyük bir suçlandırıcının kuvveti tarafından sürüklenecek olan kanunun kurduğu mahkemelerin seviyesine mi inecek? Hayır inmeyecek; bunun içinde milletin saygınlığını, kişinin güvenini korumak maksadıyla yasama organının halkı temsil eden bölümü, aynı organın soylulardan oluşmuş bölümü karşısında suçlandıracak; çünkü bu ikinci organın ne yararları bakımından ne de tutkuları bakımından birinciyle bir benzerliği vardır."[4]

"İşte sözkonusu ettiğimiz hükümetin temel yapısı bundan ibarettir. Yasama organı iki bölümden oluştuğu için karşılıklı önleme yetkilerini kullanarak biri ötekinin elini kolunu bağlayabilir. Bu iki bölüm ise yürütme organı tarafından sınırlandırılır, buna karşılık bu iki bölüm de yürütme organını sınırlandırır."[5]

Montesqueiu'nün bu tespit ve açıklamalarına baktığımızda; Louis Althusser'in de vurguladığı gibi kuvvetler ayrılığı teorisinin Montesqueiu'de bulunmadığını söylemek gerekir. Çünkü, kral veto hakkına sahip olduğundan yürütme organı yasama organının alanına giriyordu. Yasama organı, oya sunduğu yasaların uygulanmasını denetlediği için bir ölçüde yürütmeyi gözetme hakkına sahip idi. Yasama organı parlemento önünde "bakanlık sorumluluğu" söz konusu olmaksızın bakanlardan hesap sorabilmeliydi. Yine üç özel durumda, yasama organı yargılama organının yerine geçerek yargılama işlevini yerine getiriyordu. Bu üç

(3) MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L'Esprit des Lois), Çeviren: Fehmi Baldaş, Seç Yayın dağıtım, Ekim 2004, ss. 162

(4) MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L'Esprit des Lois), Çeviren: Fehmi Baldaş, Seç Yayın dağıtım, Ekim 2004, ss. 162

(5) MONTESQUIEU, Kanunların Ruhu Üzerine (De L'Esprit des Lois), Çeviren: Fehmi Baldaş, Seç Yayın dağıtım, Ekim 2004, ss. 1

özel durum ne idi? Birincisi; Onurlarını halk yargıçlarının önyargılarından korunması amacıyla her konuda ayan meclisindeki derebeyleri tarafından yargılanması gereken soyluları söz konusu olduğunda, ikincisi; af söz konusu olduğunda, üçüncüsü; mebusan meclisinin suç bildirimi sonunda ortaya çıkan ve ayan meclisi mahkemesinde ele alınması gereken siyasal nitelikli davalar sözkonusu olduğunda, yasama organı yargı organının yerine geçiyordu. Buna göre Louis Althusser'in söylemiyle "Montesqueiu'de kuvvetlerin ayrılığının değil, kuvvetlerin düzenlenişi, kaynaşması ve ilintilendirilmesi sözkonusudur."[6] Asıl önemli nokta da yargının Montesqueiu'de gerçek bir kuvvet olmadığı, göze görünmez ve yok gibi olmasıdır. Çünkü Montesqueiu'ye göre yargıç görmek ve söylemekten başka bir şey değildir. Aslında Montesqueiu'nün teorisinde yasama ve yürütme kuvvetleriyle karşı karşıyayız. Yani iki kuvvet ama üç kuvvet odağı vardır. Bu üç odak, kral, ayan meclisi ve mebusan meclisi, yani kral soyluluk ve halk vardır.

c- Türk Yargısındaki Sorun Nedir?

Althusser'in söylemiyle kuvvetler ayrılığının bir mitos olduğunu kabulümden sonra, Türkiye'de yargı sorunları tartışılırken ve özellikle yargının bağımsızlığına vurgu yapan her tartışmada kuvvetlerin ayrılığı teorisi dile getirildiğinden yargının yasama ve yürütme karşısındaki konumuna değinmekte yarar olduğunu sanıyorum.

Anayasamızın 9. maddesine göre "Yargı yetkisi Türk Milleti adına bağımsız mahkemelerce kullanılır." 138. maddesine göre ise, yargıçlar görevlerinde bağımsızdırlar. Hiçbir organ, makam, merci veya kişi yargı yetkisinin kullanılmasında mahkemelere ve yargıçlara emir ve talimat veremez, genelge gönderemez, tavsiye ve telkinde bulunamaz. Ancak yıllardır süregelen bir uygulama ile Adalet Bakanlığı'nın yasaların nasıl yorumlanması gerektiği konusunda adliyelere genelge gönderdiğini yargıçlar çok iyi bilir. Bu genelgelerin savcılara hitaben gönderildiği doğrudur. Ancak gönderilen her genelgenin sonu şu ünlü cümle ile bitmektedir: "Keyfiyetin yargı çevrenizdeki Cumhuriyet Başsavcılıkları ile bilgileri bakımından mahkemelere de duyurulmasını rica ederim."[7] Adalet Bakanlığı'nın genelgelerini bilgi mahiyetinde de olsa yargıçlara bildirilmesindeki amaç, yargıçların da bu genelgelere uygun işlemler yapmasını yargıçlardan beklemektir. Yoksa sadece spor olsun diye bu genelgeler yargıçlara da iletilemez. Bu tespitime ilk itiraz olarak, genelgelerin sadece idari işlerle ilgili gönderildiği itirazıyla karşılaşacağımı biliyorum. Ancak yargıçlara bilgi mahiyetinde gönderilen genelgelerden iki örnek vermek istiyorum. Birinci örnek şöyle: "... 2860 sayılı Yardım Toplama Kanunu'na aykırı hareket edenler hakkında gerekli işlemin yapılması konusunda daha dikkatli davranılması, keyfiyetin yargı çevrenizdeki Cumhuriyet Başsavcılıkları ile bilgileri bakımından mahkemelere de duyurulmasını rica ederim." İkinci örnek ise şöyle: "... ilgili mercilerle iş birliği yapılarak ilköğretim çağında bulunmasına rağmen

(6) Althusser, LOUIS, Montesquieu, Siyaset ve Tarih, Çeviren: Alp Tümertekin, İthaki Yayınları 2005, ss.123

(7) Yargı Mevzuat Bülteni, 7 Ağustos 2001 tarih, 153. sayı, ss. 41

çocuğunu okula göndermeyenler hakkında 222 Sayılı Kanunun etkili bir şekilde uygulanmasında titiz davranılmasını, keyfiyetin yargı çevrenizdeki Cumhuriyet Başsavcılıkları ile bilgileri bakımından mahkemelere de duyurulmasını rica ederim."[8] Bu örnekleri olabildiğince çoğaltmak mümkündür. Yasaların uygulanması ile ilgili Adalet Bakanlığınca yargıçlara genelgeler gönderilmesi yargıçların kendi bağımsız görüşlerinden ötede Adalet Bakanlığı'nın genelgelerdeki görüşlerine itibar edilmesi yönünde bir eğilimin doğmasına neden olmaktadır. Bu uygulamanın Anayasanın 138/2. maddesiyle getirilen yargıç bağımsızlığı ilkesini çok ciddi bir şekilde tehdit etitğini belirtmem gerekiyor.

Anayasamızın 140/6. maddesine göre; yargıçlar idari görevleri yönünden adalet Bakanlığına bağlıdır. Anayasa'nın bu hükmünün yukarıda değindiğim Anayasanın 9, 138. maddeleri açısından sorgulanması gerektiği inancındayım. Bir kere "idari işler" kavramı çok geniş bir alanı kapsamaktadır. Mahkemelerin kurulması, mahkemelere mali kaynakların sağlanması, yardımcı personelin atanması, yargılama faaliyetinin yürütülmesi için her türlü araç ve gerecin sağlanması, tüm fiziki koşulların oluşturulması vs. gibi şeyler idari işler kapsamındadır. Bütün bunlar sağlıklı bir yargılama faaliyetinin gerçekleşmesi için esaslı unsurları oluşturmaktadır. Yargısal faaliyetin sağlıklı yürütülmesinde zorunlu olan bu esaslı unsurların yürütmenin bir organı olan ve politik bir nitelik taşıyan Adalet Bakanlığına bırakılması, yargı organlarını yürütmenin içerisine çekme eğilimi ve politik çıkarlara alet edilmesini besleyici yönelimlere götürebilme sakıncalarını doğurmaktadır. Yani İdari İşler sözkonusu olduğunda; yürütme organı için arzulandığında her an yargı organları üzerinde kullanabileceği çok geniş bir alan bulunmaktadır. Yargıçların yargısal faaliyeti icra ederken genelde Adalet Bakanlığını gözetmesi eğilimi buradan kaynaklanmaktadır.

Anayasamızın 159. maddesine göre Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun içerisinde Adalet Bakanı ve Müsteşarın bulunması, kuvvetler ayrılığı ve yargı bağımsızlığı ilkeleri açısından sürekli hukukçular ve özellikle de biz yargıçlarca bir eleştiri konusu olmuştur. Aslında yargı bağımsızlığı sözkonusu olunca biz yargıçların ileri sürdüğü ve çok rahatlıkla dile getirdiği, söylendiğinde de herhangi bir sorumluluk gerektirmeyen ve buluduğumuz konumları kaybetme kaygısı oluşturmayan tek eleştirel itiraz olduğunu da belirtmek isterim. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bugünkü oluşumu dikkate alındığında; Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunda Adalet Bakanı ve müsteşarın bulunmasının, yargı ve yargıç bağımsızlığı açısından Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumu ve işleyişinin yarattığı etkilerden daha az bir tehdit oluşturduğuna inandığımdan; bu itiraza katılmıyorum. Çünkü Adalet Bakanı ve müsteşarı da dahil olmak üzere 7 asıl ve 5 yedek üyeden oluşan Hakim ve Savcılar Yüksek Kurulu'ndan Adalet Bakanı ve müsteşarını çıkarıp, yerlerine iki yüksek yargıç koyarsak, yargıç yağımsızlığı sağlanabilecek midir? Ya da yerel mahkeme yargıçlarının kurul üyelerine

(8)Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü'nün 21/012/2001 tarihli 34/148 sayılı genelgesi

karşı itaate varan ve yargıç kimliğiyle hiçbir şekilde bağdaşmayan davranışlarının önüne geçilebilecek midir? Hiç sanmıyorum. Çünkü yargıç bağımsızlığına asıl tehdit; sadece yüksek mahkemeler olan Danıştay ve Yargıtay üyelerinden seçilen, kararlarına karşı da yargı yolu kapalı olduğundan yargıçlar ve savcılar üzerinde her türlü tasarrufa sahip ve hiçbir sorumluluğu bulunmayan Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bizzatihi oluşumudur. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun oluşumunda yüksek mahkeme üyeleri dışında, yerel mahkeme yargıç ve savcılarının da bir rolü bulunmalıdır ve bu kurulun kararlarına karşı yargı yolu açık olmalıdır.

Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Adalet Bakanlığı'ndan bağımsız bir sekreteryasının olmaması, yani yargıçların ve savcıların atanması, yer değiştirmesi, terfi işlemleri, disiplin soruşturmalarının yapılması, disiplin cezalarının belirlenmesi, izin işleri vs gibi her türlü hazırlığın Adalet Bakanlığı'nın memurları tarafından yapılıyor olması, yani özellikle yargıçların tüm işlerinde Adalet Bakanlığı'nın memurlarıyla muhatap kılınması da yargıçlarda Adalet Bakanlığı'na bağımlılık hissinin içselleştirilmesine yol açmaktadır.

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunu'nun 51/2. maddesine göre yargı yetkisinin kullanılmasına ilişkin görevler hariç olmak üzere Adalet Bakanının yargıçlar üzerinde gözetim hakkı bulunmaktadır. Bu gözetim hakkının sınırı nedir? Nerede başlayıp, nerde sona ermektedir? Gözetim yetkisinin ölçütleri nelerdir? Dikkat edilirse, bu soruların yanıtları sadece ilgili adalet Bakanının inisyatifine bırakılmıştır.

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 9. ve 12. maddelerine göre yargıç adaylığına atama ve yargıç adaylığına son verme yetkisi Adalet Bakanına aittir. Yargıçlık mesleğine girişte; Adalet Bakanlığı, Müsteşar Yardımcısı, Teftiş Kurulu Başkanı, Personel Genel Müdürü, Ceza İşleri Genel Müdürü ve Hukuk İşleri Genel Müdüründen oluşan komisyon tarafından sözlü sınav yapılmaktadır. Bu komisyonu oluşturan kişiler daha önceden yargıçlık yapmış olabilirler. Ancak Adalet Bakanının bürokratları olduğundan artık yargıç olduklarından söz edilemez. Daha yargıç adaylığının başında yargıçlar ile yürütmenin bir organı olan Adalet Bakanlığı arasında bir organik ilişki kurulmakta ve yargıçların Adalet Bakanlığına bağımlılık hissine kapılmalarına yol açmaktadır. Bağımlılığın içselleştirilmesine yol açan bu uygulamanın yargıç bağımsızlığını tehdit edici olduğunu vurgulamak gerekir.

2802 Sayılı Hakimler ve Savcılar Kanunun 82. maddesine göre de yargıçların görevleriyle ilglii suçlarda soruşturma yapılması ya da yapılmaması tamamen Adalet Bakanının iznine tabidir ve Adalet Bakanı bu soruşturmayı doğrudan kendisine bağlı Adalet müfettişlerine yaptırma yetkisine sahiptir. Yine yargıçların olağan denetiminin adalet Bakanlığına bağlı Teftiş Kurulunun müfettişlerince yapılması da yargıçların devletin memuru olup olmadıkları sorusunu gündeme getirmektedir. Demokratik, çağdaş ve hukukun üstünlüğünün egemen olduğu ülkelerde yargıçların devletin memuru olmadıkları bilimsel bir gerçektir. Kendisini devletin memuru olarak gören ve bunu içselleştiren bir yargıcın

bağımsızlığı da sözde bir bağımsızlıktan öteye geçemez.

Buraya kadar anlattıklarımın çoğunluğu yürütme organının yargı organına müdahalesine olanak sağlayan saptamalardır. Ancak kuvvetlerin ayrılığı mitosunu bir kenara bırakarak yargıçlararası ilişkileri yargıç bağımsızlığı açısından yorumlama ihtiyacı hissediyorum. Hakimler ve Savcılar Kanununa göre dört sınıf yargıç bulunmaktadır. Yasal olarak durum böyle. Ancak fiilen iki sınıf yargıç olduğunu söylemeliyim: Yüksek mahkeme yargıçları ve yerel mahkeme yargıçları. Yargıç bağımsızlığının tam olarak sağlanabilmesi için, yargılamayı yapan yargıcın, diğer yargıçlara karşı da bağımsız olması, diğer yargıçların telkin ve tavsiyelerine maruz kalmaması, diğer yargıçlardan etkilenmeye açık olmaması gerekiyor. Bu ülkede, yargıç bağımsızlığı ilkesinin en fazla zarar gördüğü alan, yerel mahkeme yargıçlarının yüksek mahkeme yargıçlarına karşı bağımsız olamayışlarıdır. Yerel mahekeme yargıçları, yüksek mahkeme yargıçlarınca kendilerine not verilmesi kaygısıyla, çoğunlukla çözmekle yükümlü oldukları uyuşmazlıklarda kendi düşünce ve iradeleriyle kanunu yorumlama ve uyuşmazlığı çözmeyi bir tarafa bırakarak, tamamen yüksek mahkeme yargıçlarının şablon ve kalıplaşmış düşüncelerini birinci planda tutmayı tercih etmektedirler. Bu nedenledir ki; yeni çağda, bireyin ortaya çıkışını sağlayan makineleşme olgusunun insan bilinci üzerinde yarattığı çok çarpıcı sonuç olan, insanların kendi yarattıkları makinaya karşı derin bir hayranlık duyması gibi; yerel mahkeme yargıçları da yüksek mahkeme yargıçlarına karşı derin bir itaat, hayranlık ve bağımlılık hissine kapılmaktan kendilerini alıkoyamamaktadırlar. Bu bağımlılık ilişkisinin sonucudur ki yüksek mahkeme yargıçları hakim-i mutlak ve kadir-i mutlak, yerel mahkeme yargıçları da özgür olamamaktadırlar. Adaletin tecellisi gayesiyle yüksek mahkeme yargıçlarınca, yerel mahkeme yargıçlarına hiçbir objektif kritere dayanılmaksızın verilen notlar, yüksek mahkeme yargıçları için "gerekçenin sorulmaması gereken bir hak yani (hikmet-i hükümet)" olarak ortaya çıkmaktadır. Yaşadığımız çağda "düş'ün düş'ünü" kurmak kavramı tartışılırken, yerel mahkeme yargıçlarının özgürce davranması, sadece bir düş kurması ne acıdır ki, yine meslektaşı olan, yargıç bağımsızlığı ilkesinin tüm nimetlerinden yararlanan, ancak hiçbir külfetine katlanmak zorunda olmayan yüksek mahkeme yargıçları tarafından engellenerek bağımsızlıkları sınırlandırılmaktadır. Adeta "siz düşünmeyin yanlış yaparsınız, biz doğrusunu biliriz, sizin yerinize de düşünürüz mantığı" egemen kılınmaktadır. Bir tarafta her türlü güvenceye sahip ve denetleme imkanı olmayan yüksek mahkeme yargıçları, diğer tarafta benim gibi yüksek mahkeme yargıçlarına bağımlı ve kısmi güvencelere sahip yargıçlar olmak üzere iki sınıf yargıç olduğunu yinelemem gerekiyor. Adeta bir zamanlar klasik Fransız tiyatrosunda, yüksek tabakadan seyircilerin koltukları için, sahnede oyuncular arasında bir boşluk ayrılması gibi, yargı sahnesinde de bu iki sınıf yargıç arasında üstlük ve astlık ilişkisini hissettirmek için derin bir boşluk yaratılmıştır.

d- Sonuç

Yargıdaki oligarşik ve hiyerarşik yapılanma ortadan kaldırılmadığı sürece Althusser'in söylemiyle Montesquieu'nün güçlerin ayrılığı efsanesinin bir anda gerçekleştiğini varsaysak bile yargıç bağımsızlığını olanaklı kılmak mümkün değildir. Yargıç bağımsızlığının önündeki engelleri sadece yasama ve yürütme olarak görmek ya da yargıç bağımsızlığının sadece kuvvetlerin ayrılığı ilkesiyle gerçekleşebileceği algılamasıyla yetinmek bizleri Jose' Saramago'nun "Körlük" isimli eserindeki araba kullanmakta olan bir adamın yeşil ışığın yanmasını beklerken ansızın körleşmesi, körlüğüne çözüm bulmak için gittiği doktora da körlüğü bulaştırması, bu körlüğün bir hastalık gibi bütün kente yayılması gibi bir tehlikeyle karşı karşıya bırakmaktadır. Bu körlükten kurtulmak ya da körlük tehlikesiyle karşılaşmak istemiyorsak özellikle yüksek yargı oligarşisi devrim taşıyıcı misyonunu taşımaktan vazgeçmeli, Jacques Vergès'nin "Savunma Saldırıyor" isimli eserinde vurguladığı gibi "Kimsiniz? Neyi Temsil Ediyorsunuz? Nedir tarihsel olarak varlık nedeniniz?"[9] sorularını yargıçların ve özellikle yüksek yargı oligarşisinin her davanın eşiğinde kendilerine sormaları ve yanıtları üzerinde düşünmeleri gerekiyor.

(9)Vergès JACQUES, Savunma Saldırıyor, Çeviren: Vivetti Kanetti, Metis Yayınları, 1988, ss. 17

Farklı Hukuk Anlayışları ve Adalete İlişkin Ortak Görüşler*

Elif KUŞ**

Bu çalışmada, "adalet nedir" sorusuna konunun uzmanı olarak hukukçuların verdikleri yanıtlar konu edilmektedir.

Adalet, bireysel ya da kolektif bir düzlemde kimi zaman farklı talepler biçiminde karşımıza çıkabilmektedir. Gerçekten de, gerek içinde bulunulan toplumun özelliklerine göre gerek zamana göre adalet farklı biçimlerde tanımlanmıştır. Örneğin, geçmişte adil kabul edilen bir toplumsal uygulama ya da bir davranış tarzı bugün onun yerini alan –ve belki de ona taban tabana zıt- bir başkası ile yine adalet adına ikame edilebilmektedir. Dolayısıyla, günlük yaşam içinde eylemde bulunan aktörler olarak bizler, neyin adaletli neyin adaletsiz olduğu konusunda zaman zaman birbiriyle çelişen düşünceler içine girebilmekteyiz.

Günlük dil içerisinde adalet, adaletli, adil sözcükleri çeşitli bağlamlarda farklı nitelemeleri içerecek biçimde kullanılabilmektedir. Ancak bu çalışmamızda, adalet kavramının tanımlanmasına yönelik analiz düzlemi, kavramın, sosyal yaşam içinde insanlar tarafından kullanımları değildir. Kavramın içeriğinin doldurulduğu bir başka düzlem olarak uzmanların tanımlamaları analiz birimimizi oluşturmuştur. Modern çağda bu her iki düzlem sıkı bir etkileşim içindedir. Giddens, bu etkileşim sürecini "modern toplumsal yaşamın *düşünümselliği*" (1998, 42) olarak adlandırmakta ve "tüm toplumsal yaşam biçimleri kısmen aktörlerin bunlarla ilgili bilgileriyle oluşur" (1998, 43) demektedir. Bilgi, sosyal ağ içinde girdiği dolaşımda toplumsal bir dönüştürücü işlevini kazanmıştır. Giddens'ın deyimiyle: "Toplumsal uygulamaların, yine bu uygulamalarla ilgili bilgiler ışığında süreğen biçimde gözden geçirilmesi modern kurumların ana dokusunun bir parçasını oluşturmaktadır" (1998, 44).

Bu bağlamda konu adalet olduğunda, aktörlerin beslendiği bilgi kaynaklarından birisi 'hukuk bilimiyle' ilgilenen hukukçular olmaktadır. Adalet kavramıyla ilgili olarak, hukuk bilginlerinin tanımlamaları, gerek bir toplumdaki hukuk kurumlarının şekillenmesine gerekse bu kurumların eleştirilmesine yaptıkları katkı dolayısıyla önemli bir role sahiptir. Bu tanımlamalar sadece hukukun kurumsallaştığı alanda ve hukuk uygulayıcıları arasında -ve onlar kanalıylâ- etkinliğe sahip olmamakta, birçok başka kanaldan süzülerek sokaktaki insana kadar uzanmaktadır.

Dolayısıyla çalışmamızda, hukukçuların "adalet nedir" sorusuna verdikleri yanıtlar incelenirken, İstanbul Üniversitesi ile Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı evren olarak alınmıştır. Çalışmamızın evreni olarak belirtilen iki Anabilim Dalı'nın belirlenme gerekçesini, bu iki Anabilim Dalı'nın farklı hukuk görüşlerinin temsil edildiği bir geleneğe sahip olduklarına ilişkin sayıltımız oluşturmaktadır. Türkiye'deki hukuk felsefesine ait eğilimlerin incelendiği başlıca iki çalışma (Öktem, 1988; Balı, 1989) incelendiğinde, her iki üniversitenin ilgili Anabilim Dalı'nda çeşitli hukuk görüşlerinin temsil edildiği görülmektedir. Örneğin Öktem, doğal hukukçu görüş geleneğinin İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyeleri arasında geniş oranda kabul gördüğünü, Yörük, Çağıl, Çobanoğlu, Aral ve Özbilgen gibi hukukçular tarafından -aralarındaki bazı görüş farklılıklarına rağmen- bu görüşün yeniden üretildiğini yazmaktadır (1988: 108). Buna karşın Ankara Hukuk Fakültesi'nden Güriz'in açıkça normativist-pozitivist görüşte olduğunu ve Topçuoğlu'nun plüralist görüşüne rağmen sosyal olguya verdiği önem ile daha çok Durkheimci bir çizgide olduğunu; Gürkan'ın ise Anglo-Sakson realist geleneğin uzantısı bir görüşe sahip olduğunu belirtmektedir (Öktem, 1988: 112-113). Balı ise, Topçuoğlu'nun görüşlerini "tabi hukukun reddi" başlığı altında sınıflandırmakta (1989: 49); Gürkan'ın realist görüşlerinin ise, hukuku olduğu gibi ele alması açısından pozitivist olduğunu yazmaktadır.(Balı, 1989: 177).

Örneklemimiz ise, her iki Anabilim Dalı'nda 1933'ten günümüze öğretim üyeliği yapan hukukçuların "adalet"le ilgili makalelerinden seçilmiş toplam 22 makaleden oluşmaktadır. Yapılan inceleme sonucunda, konusu doğrudan adalet olmasa da, bir biçimde yazarların adalete ilişkin görüşlerinin de yer aldığı makaleler örneklemde yer almıştır. Örneklemi belirlemek üzere makale taramalarımızın yanı sıra, ilgili hukukçuların önerileri de dikkate alınmıştır. Örneklemi oluşturan toplam 22 makalenin yedisi Ankara Üniversitesi öğretim üyelerine, on beşi ise İstanbul Üniversitesi öğretim üyelerine[1] aittir.

Örneklemimizi oluşturan 22 makale şunlardır[2]:

(*) Bu çalışma, "Bilgisayar Destekli Nitel Veri Analizi" (Kuş, 2006) başlıklı doktora tez çalışmamızın bir parçası olarak , 'adalet projesi' adıyla yürütülen araştırmaya ait bulguları içermektedir.

(**) Dr., Ankara Üniversitesi Sosyoloji Bölümü Araştırma Görevlisi.

(1) Örneklemde yer alan makalelerden birinin yazarı Yavuz Abadan, Ankara Üniversitesi'nde görev yapmış olmasına rağmen hukuk formasyonunu edindiği (ve daha önce görev yaptığı) yer esas olarak İstanbul Üniversitesi olduğundan kendisi İstanbul Üniversitesi'nin temsilcisi olarak alınmıştır. Abadan, İstanbul Hukuk Fakültesi'ni bitirdikten (1930) sonra Heidelberg Üniversitesi'nde doktorasını tamamlamış ve Türkiye'ye döndüğünde İstanbul Hukuk Fakültesi'nde profesör olarak akademisyenliğe başlamıştır (1933). 1943-1946 yılları arasında Eskişehir milletvekili seçilerek Meclis'te bulunan Abadan, 1947-67 arasında Ankara Üniversitesi'nde görev yapmıştır.

(2) Yukarıdaki liste makale adlarının alfabetik sırasına göredir. Bu makaleler çalışmamızda kullanılan, örnek bilgisayar programına (NVivo2) aktarıldığında, program böyle bir sıralama yapmaktadır.

Makale	Üniversite	Yayın yılı	Yazar
Adalet İdesinin Tartışılması	Ankara Üniversitesi	1997	Adnan Güriz
Adalet Kavramı Üzerine	Ankara Üniversitesi	2004	Adnan Güriz
Adalet Kavramı ve Sosyal Realite	İstanbul Üniversitesi	2001	Niyazi Öktem
Adalet Kavramının Belirsizliği	Ankara Üniversitesi	2001	Adnan Güriz
Adalet ve Hukuk Devleti	Ankara Üniversitesi	2004	Gülriz Uygur
Ahlakla Hukukun Münasebeti	İstanbul Üniversitesi	1942	A.Kemal Yörük
Bir Adalet Bilimi Olarak Hukuk Bilimi	İstanbul Üniversitesi	2001	Vecdi Aral
Ebedi Bir Problem Olarak Hayır ve Şer Tezadı	İstanbul Üniversitesi	1957	O.Münir Çağıl
Eski ve Yeni Tabiî Hukuk	İstanbul Üniversitesi	1939	Richard Honig
Fenomen ve İdeal Olarak Hukuk	İstanbul Üniversitesi	1964	R.Çobanoglu
Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaş.	İstanbul Üniversitesi	1997	M.Tevfik Özcan
Hukuk İdesi	Ankara Üniversitesi	1997	Ernst Hirsch
Hukuk İdesinin Müspet Hukuk İçin Ehemmiyeti	İstanbul Üniversitesi	1937	Richard Honig
Hukuk Kavramı	Ankara Üniversitesi	1997	Ernst Hirsch
Hukuki Değer Olarak Adalet	İstanbul Üniversitesi	1997	Vecdi Aral
Hukukun Anlamı	İstanbul Üniversitesi	1984	Tarık Özbilgen
Hukukun Hukuka Aykırılığa Yol Açması Olgusu	İstanbul Üniversitesi	2004	Yasemin Işıktaç
Postmodernite ve Hukuk	İstanbul Üniversitesi	2001	A.Ulvi Türkbağ
Sosyal Adalet	Ankara Üniversitesi	2001	Üker Gürkan
Tabii Hukuk Görüşünden Sosyolojik Hukuk Görüşüne	İstanbul Üniversitesi	1964	Tarık Özbilgen
Tabii Hukuk Nedir	İstanbul Üniversitesi	1936	Richard Honig
Tabii Hukukun Yeni Veçhesi	İstanbul Üniversitesi	1950	Yavuz Abadan

Farklı hukuk görüşleri içinde, hukukun neliğine ilişkin görüşler birbirinden ayrılmakla birlikte bunların, yekpare bir hukuk düzenine sahip toplumlarda bu düzenin oluşturucu ve sürdürücü unsurlarından biri olarak yerini bulan hukuk disiplini içinde bir 'görüş birliği' oluşmasına engel olduğunu ileri sürmek pek mümkün görünmemektedir. Çünkü bir disiplin olarak hukukun deontolojik karakteri, en azından asgari düzeyde bir birliği gerektirmektedir. Bu çerçevede hukukçuların adaletin neliğiyle ilgili görüşlerinin incelendiği araştırmamız, "*Farklı hukuk görüşlerine sahip hukukçular arasında adaletin neliğine ilişkin ortak görüşler tespit etmek mümkündür*" biçiminde formüle edilen hipotez temelinde yürütülmüştür.

Metot

Örneklemimizi oluşturan makaleler analiz edilirken bir bilgisayar programı (NVivo2) kullanılmıştır. Öncelikle, örneklemimizde yer alan her bir yazarın

adaletin neliğine ilişkin görüşleri tespit edilmiş ardından; yazarların görüşleri, benimsedikleri hukuk görüşlerine göre bir üst kategori şemasına aktarılmıştır.

Allwood'un (1999) öne sürdüğü sekiz semantik-epistemik operasyona dayanarak, makaleler için geliştirdiğimiz üst-kategori şemamız ise şöyledir:

1. Adaletle ilgili ele alınan makalelerde yazarların 'temel semantik-epistemik' kategorileri şunlardır:

a. Hukuki pozitivist görüş

b. Doğal hukuk görüşü

c. Sosyolojik hukuk görüşü

2. Adalet'in yazarlarca ortaya konan temel kavramsal yapısı:

a. Ahlâk

b. Hukuk

c. Sosyal Gerçeklik

3. Yazarların adalet kavramını 'zaman ve mekana konumlandırmaları:

a. Zaman-mekan bağımlı

b. Zaman-mekandan bağımsız

4. Yazarlar adaleti şu dört ilişki içinde ele almışlardır:

a. Adalet-ahlâk ilişkisi

b. Adalet-birey ilişkisi

c. Adalet-toplum ilişkisi

d. Adalet-hukuk ilişkisi

5. Yazarlarca adalet şu iki süreç içinde ele alınmıştır:

a. Yasa/kanun yapma/oluşturma süreci

b. Yasa/kanun uygulama süreci

6. Yazarların adaleti ele aldıkları ilişkiler ve süreçlerden türettikleri çıkardıkları roller şunlardır:

a. Ahlâki rol

b. Sosyal rol

c. Hukuki rol

7. Yazarlar adaleti şu özellikleriyle ele almışlardır:

a. Öznel

b. Nesnel

8. Yazarların adaleti değerlendirmeleri iki biçimde karşımıza çıkmakta:

a. Onaylama

b. Kaçınma

Bu üst kategori şeması bize, yazarların görüşlerini toparlayıcı biçimde bir arada görme imkanı vermiştir[3].

Bulgular

Örneklemimizde hukuki pozitivist görüşün temel semantik-epistemik kategori olarak kullanıldığı makale sayısı beş olup, bunlardan üçü Adnan Güriz'e, ikisi ise Ernst Hirsch'e aittir.

Örneklemimizde doğal hukuk görüşünün semantik-epistemik kategori olarak kullanıldığı makale sayısının yazarlara göre dağılımı aşağıdaki gibidir:

Yazarlar	Makale sayısı
Orhan Münir Çağıl	1
Rahmi Çobanoglu	1
Richard Honig	3
Vecdi Aral	2
Yavuz Abadan	1
Gülriz Uygur	1

(3) *Bu üst-kategori şemasını kullanarak hazırladığımız taksonomik çizelgeler ekte sunulmaktadır. Örneklemimizde yer alan yazarların adalete ilişkin görüşlerini ayrı ayrı sunan taksonomik çizelgeler için bakınız Kuş (2006) "Bilgisayar Destekli Nitel Veri Analizi".*

Ahmet Ulvi Türkbağ	1
Yasemin Işıktaç	1
Abdülhak Kemal Yörük	1
Toplam	12

Örneklemimizde yer alan makalelerden beşinde sosyolojik hukuk görüşünün semantik-epistemik kategori olarak kullanıldığını görmekteyiz:

Yazarlar	Makale sayısı
Tarık Özbilgen	2
Niyazi Öktem	1
M. Tevfik Özcan	1
Ülker Gürkan	1

Adaletin Neliğine İlişkin Ortak Görüşler

Örneklemimizde yer alan makalelerin analizi sonucunda, farklı hukuk anlayışlarına sahip olmakla birlikte yazarların adalete ilişkin görüşlerinde ortak noktalar tespit edilebilmiştir. Semantik-epistemik operasyonlar temelinde geliştirdiğimiz kategori şemamız çerçevesinde bunları şu biçimde özetlemek mümkündür:

Temel kavramsal yapı:

Her üç hukuk görüşü içinde karşımıza çıkan temel kavramlar hukuk, ahlâk ve sosyal gerçeklik kavramlarıdır. Hukuki pozitivist görüş içinde sosyal gerçekliğin değişken karakteri öne çıkarılmakta, ahlâk öznel değer yargıları olarak görülmekte; hukuk ise, bunlara karşıt olarak düzen getiren kurallar sistemi olarak kabul edilmektedir. Doğal hukuk görüşü içinde ise, ahlâk ile hukuk arasına pozitivist görüşte olduğu gibi kesin ayrımlar çizilmemekte, ikisinin de aynı amaca yöneldikleri ifade edilmektedir. Bununla birlikte, hukuk ile ahlâk arasındaki farklılıklardan söz edilmekte ve ahlâkın otonom ve kapsayıcı olmasına karşılık, hukukun heteronom ve ahlâka göre sınırlı bir karaktere sahip olduğu bildirilmektedir. Bu görüş içinde de toplum, düzeni gerektiren bir gerçeklik olarak görülmekte ancak burada hukuka nesnellik kazandıran şeyin yalnızca sosyal gerçeklik olamayacağı vurgulanmaktadır. Özellikle Çağıl ve Çobanoğlu'nda açıkça görülebildiği üzere, doğal hukukçu görüş içinde hukukun 'manevi-ahlâki' yönü, hukukun düzen sağlayıcı işlevinde önemle vurgulanmaktadır. Aksi takdirde hukukun 'kanunlara' indirgendiği pozitivist görüşte olduğu gibi yürürlükteki, 'pozitif' hukukun içerdiği anlamdan öteye gidemeyeceği belirtilmektedir.

Sosyolojik hukuk görüşü içinde karşımıza çıkan en belirgin ortak nokta, hukukun öncelikle sosyal gerçekliğin bir parçası olarak kabul edilmesidir. Bu temelde hukukun ahlâkla ve değerlerle ilişkisi, hukukçuların sahip oldukları sosyal gerçeklik görüşüne bağlı olarak değişebilmektedir. Özbilgen ve Öktem açıkça hukukun değerlerle ilişkisini kabul etmekte, Özcan ve Gürkan ise daha çok maddi temellere dayalı bir hukuk tanımı vermektedirler.

Söz konusu farklılıklara rağmen, örneklemimizde yer alan hukukçuların çoğunluğu açısından (doğal hukukçu görüşe dahil ettiğimiz tüm hukukçular ile Özbilgen ve Öktem) hukukun 'manevi' yönünün kabul edildiği ve böylelikle salt topluma düzen getiren 'pozitif kurallar'dan ibaret olmadığı görüşünde birleşildiği ortaya çıkmaktadır.

Zaman ve mekana konumlandırma

Adalet; hukuki pozitivistler açısından, sosyal ve tarihsel açıdan değişken olmakla zaman ve mekana bağımlı görülerek kavramın tanımlanmasından kaçınılmaktadır. Doğal hukukçular ise, adaleti 'salt bir değer, ide, ilke' olarak kabul ederek kavramın, sosyal ve tarihsel değişmeler karşısındaki değişmeyen özüne vurgu yapmaktadırlar. Sosyolojik görüşü benimsemiş hukukçular ise adaletin, sosyal gerçeklik içinde şekillenmesiyle zaman ve mekana bağımlı yönünü kabul etmektedirler.

Bu durumda, adalet kavramının zaman ve mekana konumlandırılışı noktasında pozitivist ve sosyolojik hukuk görüşünü benimsemiş yazarların ortak görüşlere sahip olduğu ortaya çıkmaktadır.

İlişkiler: Adalet-ahlâk, adalet-hukuk, adalet-birey, adalet-toplum

Pozitivist görüşe sahip hukukçular (özellikle Güriz), adaleti ahlâka ait bir kavram olarak görmekte, bireysel ve öznel olarak değerlendirmektedirler. Bunlara göre, hukuk kuralları adalete önceldir, yani hukuk kuralları olmadan bir şeyin adaletli olup olmadığı söylenemez. Hukuk kuralları topluma düzen getirmiş ise orada adaletten söz edilebileceği görüşündedirler. Doğal hukukçular açısından ise, adalet ahlâki bir değer olarak kabul edilmekle birlikte, aynı zamanda hukuk düzeninin dayanması gereken ide, değer olduğu belirtilmektedir. Doğal hukukçular, adaletin, tek tek bireylerin vicdanlarından çıkmakla bireysel ve fakat özneler arasılıkta belirmekle toplumsal yanları olduğu belirtmektedirler.

Sosyolojik görüşe sahip hukukçular arasında (Özbilgen, Öktem) da adalet bir değer olması dolayısıyla ahlâka ait bir kavram olarak kabul edilmekte ve hukuk açısından değer olarak adaletin önemi kabul edilmektedir. Bu bağlamda her iki hukukçu açısından, bireylerin değerleriyle bağlantılı görülmektedir. Bu görüşe sahip dört hukukçu tarafından da adaletin, toplumsal gereksinimlerden beslenen karakteri vurgulanmaktadır.

Her üç görüşe sahip hukukçuların üzerinde birleştikleri nokta, adaletin ahlâka ait bir kavram olarak kabul edilmesidir. Dolayısıyla farklılıklar esas olarak, ahlâk-hukuk ilişkisindeki tavırlara göre belirmektedir. Ancak daha önce de ifade edildiği üzere, bu konudaki farklılıklara rağmen hukukçuların çoğu tarafından hukukun manevi yönü kabul edilerek ahlâkla arasındaki yakınlık kabul edilmektedir. Bunun dışında, hukukçuların hemen hepsi adaletin toplumsal düzeni sağlayıcı işlevini kabul etmektedir.

Süreçler

Pozitivist görüşteki yazarlar adaletin 'yasaların uygulanması sürecinde' gerçekleşebileceği görüşündedirler. Hukuk kurallarının tarafsız, eşit biçimde uygulanması ve hukuk sisteminin düzgün işlemesi adaleti sağlayacaktır. Doğal hukukçular ise, yasaların uygulanmasından önce bunların oluşturulması sürecinde adalete merkezi bir önem vermektedirler. Bununla birlikte pozitivist görüşte ileri sürülen uygulama sürecine de önem vermektedirler. Ancak doğal hukukçular için esas olarak, adalet 'hukukun dayandığı şey', hukuka yön veren ide, ilke olması açısından önem taşımaktadır.

Sosyolojik görüşü benimsemiş hukukçular için ise adalet, hem yasa oluşturma hem de oluşturulan yasaların uygulanması sürecinde önem taşımaktadır.

Farklı görüşlere sahip olmakla birlikte hukukçuların tümü yasaların uygulanması sürecinde adaletin gerçekleştirilebileceğini kabul etmekte, büyük çoğunluğu (doğal hukukçular ve sosyolojik hukuk görüşündeki hukukçular) ise bununla yetinmeyerek, adaletin gerçekleşebilmesi için yasa oluşturma sürecinde bu değerin gözetilmesi gerektiğini kabul etmektedir.

Türetilen roller

Pozitivist görüşe sahip hukukçular, adaletin gerçekleştirilebilmesi için yargıcın hukuk kurallarına uygun karar vermesi gerektiğini belirtmektedirler. Sosyal açıdan ise, adaletin taşıdığı olumsuz role işaret ederek bireylerin çıkar mücadelesinde bir araç olarak kullanılabileceği belirtilmektedir. Bu görüş içinde hukuk ile ahlâk arasına kesin bir ayrım konmakta ise de, 'insana saygısızlık adaletsizliktir' sözüyle Güriz'in ahlâki bir rolü bildirmesi ahlâktan tümüyle uzaklaşılamadığının bir göstergesidir. Doğal hukukçular arasında ise, adalete ulaşmada 'iyi olana yönelme' bir ahlaki rol olarak öne sürülmektedir, çünkü adalet 'iyi değeri' içinde görülmektedir. Burada adaleti gerçekleştirici sosyal rol ise, 'ortaklaşa iyi'nin gerçekleştirilmesi olarak belirmektedir. Hukuki açıdan ise yargıca, yalnızca yasaları uygulama değil, fakat bununla birlikte, somut durumları göz önünde bulundurma rolü yüklenmektedir. Bunun dışında hukuki açıdan adaleti gerçekleştirme konusunda bir diğer önemli rol, yasa koyucuya düşmektedir.

Sosyolojik görüşe sahip hukukçular arasında da, adaletin gerçekleştirilebilmesi için 'karşılıklı yardım' (Gürkan) ve Thomasius'un üç tanımı (Öktem) gibi ahlâki rollerden söz edildiği görülmektedir. Sosyal açıdan ise, sosyal bütünü gözetme rolü adalet açısından önemsenmektedir. Hukuki açıdan adaletin gerçekleşebilmesi için ise, sosyal adaletin gerçekleştirilmesi (Öktem, Gürkan) rolü karşımıza çıkmaktadır.

Hukukçuların adaletle ilgili olarak türettikleri rollerdeki ortak noktalara bakacak olursak: Pozitivist görüşe sahip Güriz de dahil olmak üzere hukukçuların hemen hepsinin adaletin gerçekleşebilmesi için ahlâki bir takım rollerden bahsettiklerini görmekteyiz. Hukuki ve sosyal rol açısından ise, hukukçuların çoğunluğunun (pozitivist görüştekiler dışında), yasa oluşturma sürecinde önem kazanan ve toplumsal açıdan ortaklaşa iyiyi gözeten rollere işaret ettikleri görülmektedir.

Özellikler ve değerlendirme

Pozitivist görüşteki hukukçuların, adaletin öznel yanını öne çıkararak keyfiliğine ve belirsizliğine vurgu yaptıkları görülmektedir. Bu nedenle bir değer, ide ya da ilke olarak adalete ilişkin 'kaçınmacı' bir tavır sergiledikleri görülmektedir. Doğal hukukçular ise tersine, bir değer olarak adaleti 'onaylayıcı' bir tavır sergilemektedirler. Bu görüştekilere göre adalet, her şeyden önce tüm zaman ve mekanları aşan yüksek bir değerdir. Bununla birlikte, adalet değerinin ikili karakterine de işaret edilmektedir: Adalet öznel yanları taşımakla birlikte nesnel bir değerdir. Doğal hukukçular arasında pozitivist görüştekilerin ileri sürdüğü biçimde adaletin öznel olması dolayısıyla belirsizlik içerdiği kabul edilmekteyse de, nesnel yanları ortaya konularak tümüyle keyfi olduğu reddedilmektedir.

Sosyolojik görüşe sahip hukukçular arasında da, değer olarak adaleti onaylayıcı tavırlar bulunmaktadır (özellikle Özbilgen ve Öktem de açıkça görüldüğü gibi). Ancak bu değerin salt, mutlak değil fakat içeriği sosyal yaşama göre biçimlenen bir değer olduğu kabul edilmektedir.

Görüldüğü üzere, bir değer olarak adalete ilişkin 'onaylamacı' tavır farklı görüşlere sahip olmakla birlikte hukukçuların çoğunluğu tarafından ortaklaşa olarak paylaşılmaktadır.

Sonuç olarak, aralarındaki görüş farklılıklarına rağmen örneklemimizde yer alan hukukçuların çoğunluğunun adaletin neliği konusunda birleştikleri noktalar tespit edebilmemiz hipotezimizi geçerli kılmaktadır. Buna göre ortak noktaları özetleyecek olursak: Hukukçuların tümü tarafından, adaletin neliğinin öncelikle bir 'değer' olarak ortaya konulduğu görülmektedir. Pozitivist görüştekiler değer olması dolayısıyla adaletin öznelliğine ve belirsizliğine işaret ederken, doğal hukukçu görüşler bu değerin, aşkın (transsandantal) karakteri dolayısıyla hukuka yol gösterici olacağını (ve olması gerektiğini) kesin biçimde ortaya koymakta, ayrıca, vicdanlara hükmeden ses olarak yalnızca bireysel ve keyfi kalmadığını, bireyler arasılığı dolayısıyla nesnel yanları da bulunduğunu belirtmektedirler. Sosyolojik görüşteki hukukçuların ise, değer olarak adaletin içeriğinin daha somut bir şey olarak 'sosyal olan'la belirlenebileceğini vurguladıklarını görmekteyiz. Bu durumda, örneklemimizde yer alan hukukçuların çoğunluğu açısından (pozitivist görüştekiler hariç) bir değer olarak adaletin, 'hukukun dayandığı şey' olması dolayısıyla yalnızca yasaların uygulanması sürecinde değil fakat yasaların oluşturulma sürecinde de gözetilmesi gereken bir ilke biçiminde ileri sürüldüğü görülmektedir. Dolayısıyla, hukukçular arasındaki görüş farklılığı, adaletin neliği konusunda değil fakat hukuk-ahlak ilişkisinde belirmektedir.

Sonuç

Buraya kadar, "Adalet nedir?" sorusuna, konunun uzmanı olarak hukukçuların görüşlerinden hareketle yanıt aradığımız araştırmamızdan elde edilen bulguları sunmuş bulunmaktayız. Bu bağlamda, farklı hukuk anlayışlarına sahip hukukçuların adaletin neliğine ilişkin ortak görüşleri gösterilmeye çalışıldı. Bu aşamada bizi bu çalışmayı yapmaya iten başlangıç noktasını anımsayarak, bulgularımızdan, bir birey olarak bizlerin adaletin ne olduğu konusundaki sorularımıza ve kafa karışıklığımıza ışık tutabilecek nitelikte çıkarabileceğimiz yanıtlar üzerinde durmak yerinde olacaktır.

Her şeyden önce adalet, bir 'değer' olarak karşımıza çıkmaktadır. Bir değer olarak adalet, hem eylemlerimize yön verici bir ilke hem de eylemlerimizin yöneldiği bir amaç olmaktadır. Peki, bir değer olarak adaleti gerçekleştirmek üzere hangi eylemlerimiz doğru ve yerinde olacaktır? Bizim, ya da karşımızdakinin, ötekinin karar ve eylemlerini 'adil' kılan nedir? İşte bu gibi sorularımıza, hukukçuların adalete ilişkin operasyonel tanımları rehberlik edebilir. Buna göre ilkin, adalet değerinin

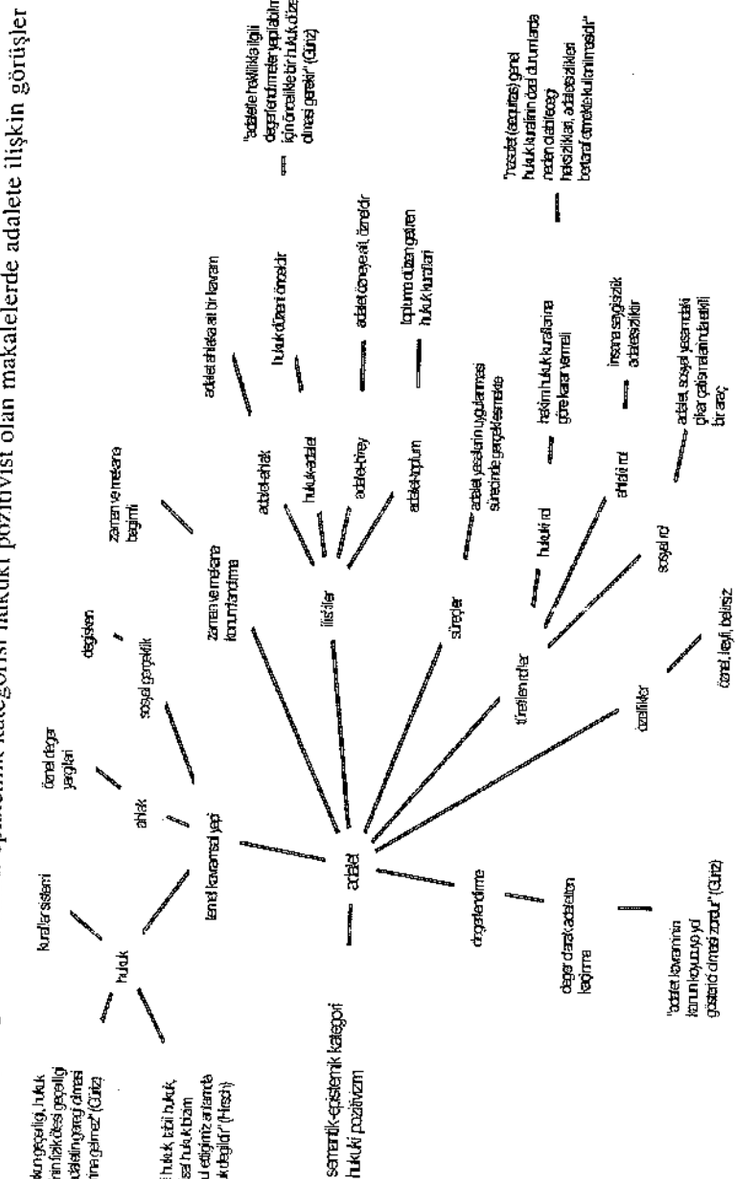
realitede somutlaştığı yer olarak 'vicdanlarımız' karşımıza çıkmaktadır. Ancak burada söz konusu olan, tek tek bireylerin vicdanı değil, sosyal varlıklar olarak bireylerin özneler arasılıkla (intersubjektivite) sahip oldukları vicdandır. Bu bağlamda, adaletin gerçekleşip gerçekleşmediğini bize bildirecek en 'somut' birimin 'kolektif vicdan' olduğunu belirtebiliriz. Kolektif vicdan, benimkinin yanı sıra ötekinin sesini de içinde barındıran ortak bir inşaya karşılık gelmektedir. İnşadır, çünkü sosyal gerçeklik bir kerede olmuş bitmiş, halihazırda ve hep öyle var olan bir gerçeklik değil tersine, içinde bulunan bireylerin anlama ve yorumlama süreçlerinin yönlendirdiği ilişkileri, etkileşimleri, yapıp etmeleri içeren, zaman ve mekana bağımlı, karmaşık ve çok boyutlu bir 'yapılaşmadır'.

Bu çerçevede hukuku, sözü edilen toplumsal konsensüsün hem yansıdığı hem de gerçekleştirildiği bir kurumsal mekanizma olarak kabul etme gerekliliği belirmektedir. Bulgularımızın göstermiş olduğu gibi, hukukçuların çoğu hukukun, salt pozitif yasaların ötesinde bir şey olduğuna işaret etmektedirler. Hukuk, adalet için vardır. Pozitif yasaların eşit uygulanması, adaletin gerçekleşmesi için gereklidir fakat yeterli değildir. Bundan başka, yasaların içeriğinin 'eşitlik' esasına göre oluşturulması da yine adaletin gerçekleştirilmesi açısından sorunlu olabilmektedir. Aral'ın (1997) ifade ettiği gibi "Herkese eşit olanın verilmesi, herkesin eşit bir işleme tabi tutulması, bazı durumlarda bizzat eşitliğin bozulması sonucunu doğurur". Ayrıca, dağıtıcı, denkleştirici adaletin ifadesi olan 'herkese payına düşeni vermek' konusunda Ökçesiz (2000:227), "Ama kimin payına neyin düştüğünü nasıl bilebileceğiz?" sorusunu yönelterek, bu noktada 'bilmek' değil fakat 'istemek'in söz konusu olduğunu belirtmektedir. Ökçesiz'in ifade ettiği gibi "Aristoteles'in, Akino'lu Thomas'ın, Rawls'ın 'dağıttığı' adaletlerin topu bir bakıma 'adalet duygusu'ndan başka bir şey değildir" (2000: 227).

Ökçesiz'in belirttiği gibi, adaletin içerik sorununa getirilebilecek çözüm, adaletin 'insan haklarının gerçekleşmesi' olarak ele alınması olacaktır: "Adalet, insan haklarının gerçekleşmesidir ve insan haklarının gerçekleşmesi derecesinde var olan bir mutluluktur. Adalete ulaşmak bu bakımdan da zorlu bir iştir. Bir altın arayıcılığıdır. Alçalmışlığın, düşmüşlüğün içerisinden doğrulmayı, yükselmeyi başarmaktır. Bu yüceliğin ve zorluğun derin uçurumları daimdir, kuraldır, o kadar gerçek ve günceldir. Hukuk ve adalet bu yüzden... bizim pür dikkat kesilmemiz gereken bir varoluş sorunumuzdur" (Ökçesiz, 2000: 230).

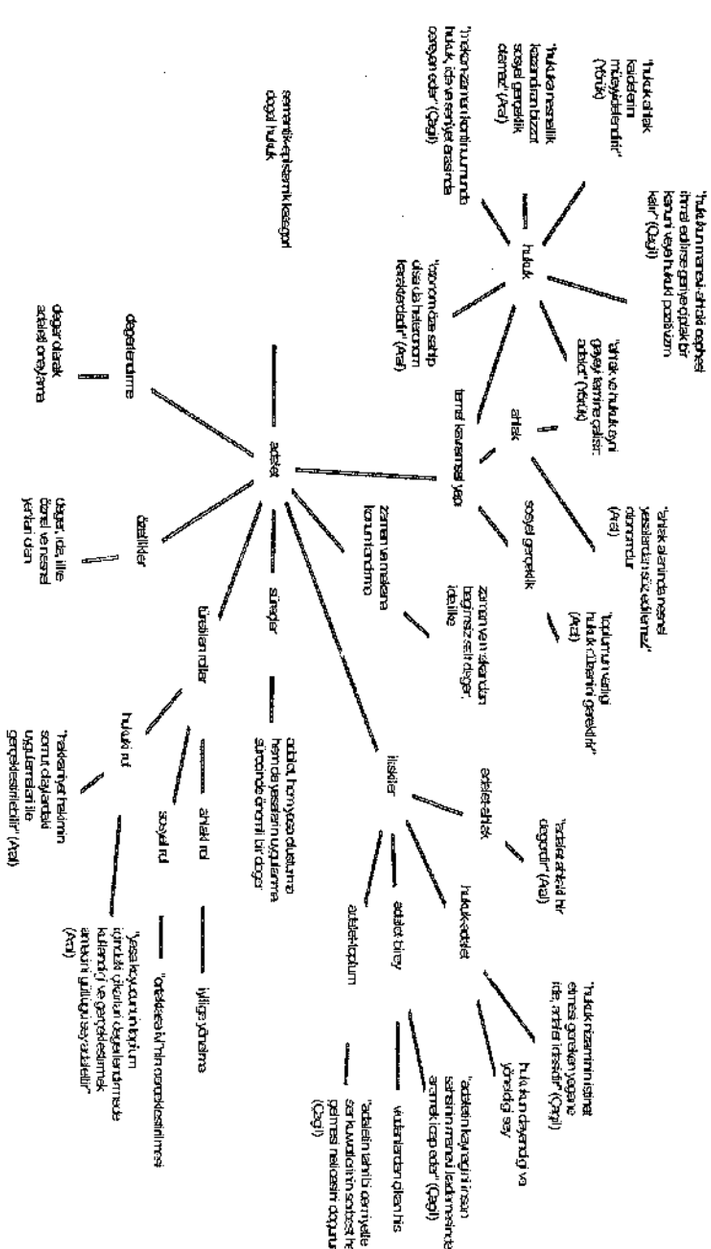
EK 1

Çizelge 1: Semantik-epistemik kategorisi hukuki pozitivist olan makalelerde adalete ilişkin görüşler



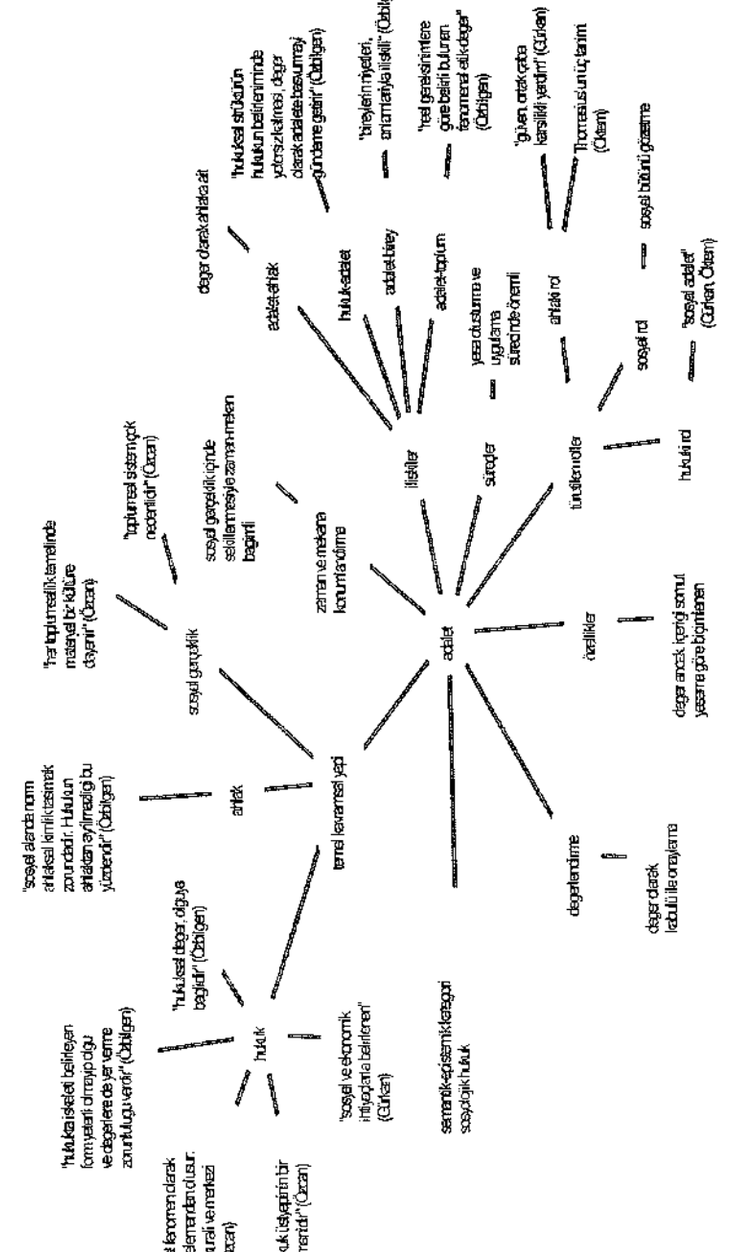
EK 2

Çizelge 2: Semantik-epistemik kategorisi doğal hukuk olan makalelerde adalete ilişkin görüşler



EK 3

Çizelge 3: Semantik-epistemik kategorisi sosyolojik hukuk olan makalelerde adalete ilişkin görüşler



KAYNAKLAR

- Abadan, Y. (1950). Tabii hukukun yeni veçhesi. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII*, S.3-4, s.501-520.
- Aral, V. (1997). Hukuki değer olarak adalet. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi. 1*, 329-364.
- Aral, V. (2001). Bir adalet bilimi olarak hukuk bilimi. A. Güriz. (Ed.) *Adalet kavramı*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu. s. 59-75.
- Balı, A.Ş. (1989). *Türkiye'de Hukuk Felsefesi Öğretiminde Hakim Olan Felsefi Eğilimler*. Ankara: A.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi.
- Çağıl, O.M. (1957). Ebedi bir problem olarak hayır ve şer tezadı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.XII-1*, s.381-440
- Çobanoğlu, R. (1964). Fenomen ve ideal olarak hukuk. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. XXIX*, S.1-2, s.664-692.
- Giddens, A. (1998). *Modernliğin sonuçları*. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Güriz, A. (1997). Adalet idesinin tartışılması. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 1*, s.364-370.
- Güriz, A. (1997). Hak kavramı. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 1*, s.134-151.
- Güriz, A. (2001). Adalet kavramının belirsizliği. A. Güriz (Ed.) *Adalet kavramı*. Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları. s.7-39.
- Güriz, A. (2004). Adalet kavramı üzerine. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 9*, s.19-34.
- Gürkan, Ü. (2001). Sosyal adalet. A. Güriz (Ed.). *Adalet kavramı*. Ankara: Türk Felsefe Kurumu. s.115-125.
- Hirsch, E. (1949). *Hukuk felsefesi ve hukuk sosyolojisi dersleri*. Ankara: HFSD.
- Hirsch, E. (1997). Hukuk idesi. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 1*, s. 319-322.
- Hirsch, E. (1997). Hukuk kavramı. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 1*, s.169-182.
- Honig, R. (1936). Tabii hukuk nedir. *Hukuk gazetesi*, S. 12, s.9
- Honig, R. (1937). Hukuk idesinin müspet hukuk için ehemmiyeti. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi. C.III*, N.10, s.97-112.
- Honig, R. (1939). Eski ve yeni tabii hukuk. *Adalet Dergisi, S.12*, s.1473-1481.
- Işıktaç, Y. (2004). Hukukun hukuka aykırılığa yol açması olgusu. İç. Y. Işıktaç. *Hukuk yazıları*. s.37-48.
- Kuş, E. (2006). *Bilgisayar destekli nitel veri analizi*. A.Ü, S.B.Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Ökçesiz, H. (2000). Hukuk ve adalet üstüne duygular. *Doğu Batı Dergisi*, 4, 13, s.225-230.
- Öktem, N. (1988). Tendances actuelles de la philosophie du droit en Turquie. *Actes de la premiere, semaine juridique franko-turque*. İstanbul, 9-12 Mayıs.
- Öktem, N. (2001). Adalet kavramı ve sosyal realite. A. Güriz (Ed). *Adalet kavramı*. Ankara: Türk Felsefe Kurumu. s.75-85.
- Özbilgen, T. (1964). Tabii hukuk görüşünden sosyolojik hukuk görüşüne. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s.281-304.
- Özbilgen, T. (1984). Hukukun anlamı. *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. L*, S.1-4, s. 329-347.
- Özcan, M.T. (1997). Hukuk ideolojisi. *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi. 1*, s.432-454.
- Türkbağ, A.U. (2001). Postmodernite ve hukuk. *Doğu-batı dergisi, S.13*, 200-213.
- Uygur, G. (2004). Adalet ve hukuk devleti. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.53, S.3, s.29-38.
- Yörük, A.K. (1942). Ahlakla hukukun münasebeti. *Adalet dergisi, S.7*, s. 913-926.

Bir Sivil İtaatsizlik Örneği Olarak Vicdani Red

Rabia SAĞLAM*

GİRİŞ

Sivil itaatsizlik anayasal-demokratik rejimlerin ahlaki/siyasi varoluş ilkeleri üzerinde kabul görebilecek bir kavramdır. Düşünce ya da felsefi hitapla sınırlı olmayıp eylemsel nitelik arz etmesi, sivil itaatsizliğin tanımlayıcı unsurlarının ilkidir. Herhangi bir eylemi sivil itaatsizlik olarak değerlendirmenin ölçütü ise eylemi yapanların bir şekilde amaçlarına ulaşabileceklerine, itaatsizliğin sebebine karşı kamuoyu oluşturup meşruiyetlerini sağlayarak amaçlarını gerçekleştirebileceklerine ve haksızlığı/adaletsizliği ortadan kaldırabileceklerine dair taşıdıkları inançtır. Sivil itaatsizlik hukuki/siyasi/ahlâki olabilecek açılımları içinde barındıran ve her pratik olguyu farklı şekilde değerlendirmeyi gerektiren geniş bir yelpazedir. Yasaya aykırı hangi durumların sivil itaatsizliğin meşruluğundan yararlanabileceğine dair belirlenim her somut olayın özelliklerine göre değişiklik gösterebilir. Bir bakıma teori, eylemsel pratiklerin tümünü maskelememekte ve her pratik olayda özel bir düşünüm gerekmektedir. Yalnızca tanımlamadaki maddi unsurların göz önüne alındığı bir tasarım somut durumdan bağımsızlaştırıldığı için eksiz kalacaktır. Sivil itaatsizliğe ilişkin teori, eylemin taşıdığı motiflerle birlikte ele alınmalı ve bu şekilde değerlendirilmelidir.

Sivil itaatsizliği siyasi/ahlâki argümanlarla meşruluk sağlayıcı bir eylem olarak düşünmek kavrama ilişkin alanı belirgin kılar. Haksızlığa karşı direnme, hukukun çoğu zaman engelleyemediği bir davranıştır. Buradaki sorun adaleti sağlamakla kendini yükümlü sayan bir hukuk düzeninde ortaya çıkan hangi adaletsizliklere ne şekilde direnme göstereceğimizdir. Uğruna mücadele verilen gayenin gerçekleşebileceğine dair kuvvetli umut hangi haksızlıklarda ya da hangi yanlış uygulamalarda bu meşruluktan yararlanabilir? Sivil itaatsizliği Hannah Arendt'in "politik" ya da John Rawls'un "vicdani" bir eylemi ile anlamlandırmak yeterli midir?

Öncelikle belirtilmelidir ki sivil itaatsizlik varlığını teorilerden önce eylemsel pratiklere borçludur. Devlet ile birey/toplum, yasa ile ahlâk'ın karşı karşıya geldiği her durumda, birey/toplum-vicdan şıklarını seçenler itaatsizlik eylemlerini birincil, buna dair felsefi kurgusallığı ise ikincil tutmuşlardır. Yaptıkları itaatsizliğin kurbanı olanlar, daha sonra direnişlerinin meşruluğunu kanıtlamaya çalışmışlardır. Yanlış bir

* Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi.

hükümet politikası, adaletsiz bir yasa, haksız bir hükümet kararı vardır ve tüm bunlara karşı bireylerin, grupların ya da azınlığın belirli bir biçimde protesto eylemi, direnme hakkı kaçınılmazdır. Sokrates'in baldıran zehrini içtikten sonra Platon tarafından neden kendisine verilen cezaya katlandığı anlatılır. Henri David Thoreau köleliği ve savaşı hiçbir şekilde tasvip etmediği için hapse girmesinin ardından, haksız yasalara itaat edilmemesi gerektiğine dair düşüncesini kurgular. Martin Luther King zencileri ikinci sınıf gören yasaları bir yıl otobüse binmeyerek protesto ettikten sonra ceza evinde eyleminin gayelerini yazıya döker. İtaatsizlik eyleminin anlamı, eylem ile normatifliği bünyesinde barındırmasından doğan şerhli tanımlamalardan oluşmaktadır.

Sivil İtaatsizliğin devrim, ihtilal ve adi suçlardan ayrı bir kategoride incelenebilmesi için eylemin nelerden teşekkül ettiğini belirlemek gerekir. Sivil itaatsizliğin unsurları üzerinde çeşitlilik gösteren yorumlar olsa da ortak bir noktada uzlaşılabilecek ilkeler mevcuttur. Genel olarak sivil itaatsizliği "görünürde bir değişikliği, yeniliği amaçlayan, etik prensiplerle süslü, barışçıl anlamıyla bir hukuk kurallını çiğneyen, aleni ve kolektif, bilinçli ve tasarlanmış, ayrıca iradi olarak hukuki müeyyideleri kabul eden eylemler"[1] olarak tanımlayabiliriz. Bu tanım sivil itaatsizliğin ilkeleri üzerinde varılan asgari uzlaşmayı deyimler. Yukarıda değindiğimiz gibi, pratik olgular değerlendirilirken, bu unsurların tamamının bulunma zorunluluğu aranmayabilir. Bu çalışmada özellikle Rawls'ın analizleri dikkate alınarak sivil itaatsizliği, anayasal demokratik yapıyla içkin, ortak adalet hissine çağrı yaparak, ikna etme metoduyla, şiddet kullanılmadan ahlâki ya da siyasi motivasyonla, bireysel ya da toplulukça, adaletsiz yasa, haksız hükümet politikası ve uygulamaları aleyhine yapılan protesto eylemleri olarak tanımlamaktayız. Bu şekilde göz ardı edilen diğer unsurların (yasadışılık, üçüncü kişilerin üstün bir hakkını çiğnememe, tüm yasal yolların tüketilmesi zorunluluğu, katlanma yükümlülüğü[2]), sivil itaatsizlik tanımlamasının yapılabilmesi için tali niteliktedirler. Sivil itaatsizliğin üç esas unsurunu (ortak vicdana yönelik çağrı, anayasal demokratik sistemle bütünlülüğü, şiddetsizlik) teorik olarak açıklama girişiminin ardından, tali özelliklere sivil itaatsizlik eylemleri incelenirken değinilecektir. Fakat hemen belirtilmelidir ki tali unsurlar sivil itaatsizlik tanımlamasında ontolojik değil metodolojik bir hiyerarşiye işaret etmektedir. Bu

(1) Maria Jose Falcon y Tela, "Civil Disobedience and Test Case", Ratio Juris, Vol.17, 2004, s.315, www.blackwell-synergy.com/ çevrimiçi 20.12.2005.

(2) Katlanma yükümlülüğü sivil itaatsizlik eyleminin sonuçları itibariyle dikkate alınması gereken bir unsurdur. Direnişçiye ceza verilip verilmemesi tanımsal unsurları açısından önemli bir özellik arz etmez. Yinede direnişçinin cezaya katlanma yönünde bir iradesinin olması ortak adalet duygusu ve sistemin bütünüyle uyumlu olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Katlanma yükümlülüğü vicdani red ve sivil itaatsizlik eylemlerin ortak unsurlarından biridir. Fakat vicdani redçi için bazen cezanın anlamsız olduğu durumlar mevcuttur. Askerlikten imtina eden kişi, adil olmadığına inandığı yasaya karşı gösterdiği itaatsizliğin cezasına ne kadar süre katlanmalıdır? Talebi doğrultusunda yeni yasal düzenlemelerin yapılması uzun bir sürece yayıldığında suç ve ceza kıskacında kalan kişinin durumu ise belirsizleşir. Vicdani red itirazı böyle durumlarda katlanma yükümlülüğünden muaf tutulabilir. Osman Murat Ülke davasında AİHM' nin verdiği kararda bu yöndedir. Hapishane ve askeri kışla arasında gidip gelen vicdani redçi, insan onuruna yakışmayan muameleye tabi kılındığı gerekçesiyle haklı bulunmuştur.

ikincil unsurlar her sivil itaatsizlik eyleminde aynı belirlilikle ortaya çıkmayabilir. Bu yüzden, pratik olaylarda bulunma zorunluluğu açısından ikincil niteliktedirler. Kuramsal düzlemde üç esas unsuru içerdikleri için, bu eylemleri sivil itaatsizlik olarak tanımlamaktayız.

Vicdani red, kural olarak bu unsurları içermesine karşın, teorisi ve pratiği arasında bütünsel örtüşme çoğu zaman gerçekleşmediğinden pasifist ve kısmi vicdani redçiler şeklinde ikili bir ayrıma tabi tutularak incelenmiştir. Pasifist vicdani redçilerin "anti-militarist zihniyetleri" vicdani reddin teorik boyutunu, kısmı vicdani redçilerin "askerlik hizmetinden muaf tutulmak" istemeleri ise pratik kısmını betimler. Vicdani reddin pratik boyutunda her retçinin savaş karşıtı (anti-militarist) olması beklenmez. Bu anlamda anti-militarizm felsefesine sahip olsun ya da olmasın sayılan kodlamalara uygun olduğu ölçüde yapılan vicdani red eylemleri sivil itaatsizlik olarak tanımlanacaktır.

I. Sivil İtaatsizliğin Temel Unsurları

a) Ortak Adalet Duygusuna ve Anayasal Demokratik Sisteme Uygunluğu

Sivil itaatsizlik "ortak adalet anlayışına/kamu vicdanına yönelik bir çağrı olmalıdır"; diğer bir deyişle sivil itaatsizlik adalet idesiyle çelişmeyen, siyasal/ahlâksal bir güdülenmeden destek alan ve bunu diğerleriyle etkin biçimde paylaşarak, karşıtları ikna etme girişimidir.

Rawls, sivil itaatsizliği, "hükümet politikaları ya da yasalarda değişiklik meydana getirme amacıyla yapılan, kamuya açık, şiddetsiz, vicdani fakat yasal olmayan politik bir eylem" şeklinde tanımlar. Sivil itaatsizliğin haklılığı, bireysel ahlâk ya da dini doktrin ilkeleriyle sağlanamaz. Bunun yerine toplumda varolduğuna inandığı ortak adalet anlayışını sivil itaatsizliğin temel dayanağı kabul eder. Kamusal adalet hissi ona göre yurttaşların politik sorunlarını çözmede ya da anayasayı yorumlamada ölçü aldıkları bir veridir.[3]

Sivil itaatsizlik olayı Jurgen Habermas'ın belirttiği gibi bütünüyle işleyen bir hukuk devletinin varlığı halinde ortaya çıkar. Direniş savaşçılarından farklı olarak sivil itaatsiz mevcut düzenin demokratik yasallığını tanır. Haklı bir sivil itaatsizlik düşüncesinin temeli, "demokratik hukuk devletinde dahi yasal düzenlemelerin gayri meşru olabileceğinden doğmaktadır. Ancak bu gayri meşruluğun ölçütü, herhangi bir ahlâk anlayışından, bir ayrıcalık hakkından ya da hakikati bilmekte ayrıcalıklı bir konumdan gelmemektedir. Meşruluğun ölçütü; modern anayasal devletin, yurttaşlarınca özgürlük içinde tanınmak beklentisini temellendirdiği ve herkes için anlaşılabilir olan ahlâksal ilkelerdir."[4]

Arendt sivil itaatsizliği ortak çıkardan ziyade, ortak bir düşünce ve hükümet politikasına karşı çıkma ortak kararıyla -çoğunluğun desteğinin hükümetten yana olacağını gösteren verilerine rağmen- bir araya gelmiş siyasi azınlıklar olarak tanımlar. Sivil itaatsizliği vicdani redden ayrıştırmak için

(3) John Rawls, A Theory of Justice, (Oxford: Oxford University Press, 1971), s.364-365.

(4) Jurgen Habermas, Sivil İtaatsizlik, çev. Hayrettin Ökçesiz, (Ara Yayınları, 1995), s.42.

öncelikle ortak ve bireysel eylem ayrımı yapar. Sivil itaatsizlik, ortak siyasi düşünce etrafında şekillenmiş bir azınlığın yasaya aykırı, aleni ve barışçıl bir protesto biçimidir. Sivil itaatsizliğin kaynağına üstün bir yasa yahut ortak vicdana çağrı mefhumunu koymaz.[5]

Amerika'da sivil itaatsizlik ve vicdani red iki olgusallıkla perçinleşmiştir. Birincisi siyah insanların ayrımcı yasalara karşı giriştikleri direniş, ikincisi Vietnam savaşı sırasında bazı grupların gösterdiği tepki ve asker olmak istemeyen bireylerin yaptığı protestolar. Birinci eylemler sivil itaatsizlik ikincileri ise vicdani itiraz ya da vicdani red olarak kavramsallaştırılmıştır. Arendt vicdani bir amaçla ortak bir hedef etrafında birleşen bir gurubun yasaya aykırı eylemlerine meşruluk kazandırılmasının sivil itaatsizlik olamayacağını söyler. Sivil itaatsizliği politik olanla ilgili kılmasının nedeni itaatsizliğin kamusal alana özgü bir etkinlik olmasıdır. Ona göre insan faaliyetleri özel ve kamusal alanla çevrelenmiştir. Emek, iş gibi etkinlikler özel alana aittir. Kamusal alan ise insanın potansiyellerini öne çıkarabileceği, ölümsüzlük arzusunu tatmin edebileceği bir yerdir. Kamusal alan politik olanın yeridir ve kişi eşitleri arasında yüce olanı gerçekleştirebilir. Kamusallık, politik insanların "dayanışma ilkesiyle" (aynı yönde istekte bulunmaya iten ilke) bir arada özgür olabilecekleri bir alandır. Bu politik toplum kamusal alanda siyasi eşitlik ilkesi çerçevesinde sürekli yenilenen bir rızaya dayalıdır.[6] Siyasi otoriteye karşı itaatsizlikte bulunmanın nedeni bu anlamda politik olmalıdır. Politik alanda tek başına bireyle değil bir gurubun üyesi olan vatandaşlar vardır. Direniş ancak birden çok bireyin siyasi motivasyonu eşliğinde yapılıyorsa sivil itaatsizlik olabilir.

Arendt'e göre "vicdan her yerde apolitiktir; ne haksızlığın yapıldığı dünya ile ne de bu haksızlığın dünyanın geleceğine dair sonuçlarıyla ilgilidir. Yasaya karşı itaatsizlik hiçbir zaman, her hangi bir ahlâka veya ahlâk sistemine dayanan vicdanla açıklanamaz. Çünkü vicdanın sesi sadece apolitik değil aynı zamanda son derece sübjektiftir." Vicdani herhangi bir olgu ancak bir dizi insan, aynı kanaate ulaştıktan sonra kamuoyuna başvurmaya ve seslerini duyurmaya karar verirlerse politik bir anlam kazanabilir.[7]

Sivil itaatsizliğin "vicdaniliği bazen güçlü kişisel motivasyonlarla adalet ve refahın gelişmesini sağlayacak inanç ve eylemi gerektirir."[8] Dolayısıyla, sivil itaatsizliği kolektif ve politik olma vasfıyla ilişkilendirerek sınırlamak oldukça güçleşebilir. Kamusal alan, anayasal demokratik sistemde bir cemaatin üyesi olarak eyleyen bireyi değil özerk birey algılayışına dayandırılır. Politika toplumsallığın bir gereği olsa da, birey sistemin aksaklıklarına karşı itirazını

(5) Hannah Arendt, "Sivil İtaatsizlik", Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, çev. Yakup Çoşar, (Ayrıntı Yayınları, 2001), s.85

(6) Şükrü Nişancı, Sivil İtaatsizlik, (İstanbul: Okumuş Adam Yayınları, 2003), s.209.

(7) Noel O'Sullivan, "Hannah Arent: Eski Yunan Özlemi ve Endüstri Toplumu", çev. Gülayşe Koçak, Çağdaş Siyaset Felsefecileri, (İstanbul: Remzi Kitapevi Yayınları,1993), s.223-242., Hannah Arendt, İnsanlık Durumu, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2000).

(8) Kent Greenawalt, "Justifying Nonviolent Disobedience", Civil Disobedience in Focus, Ed. Hugo Adam Bedua, (Newyork: Chapman and Hall, 1995), s.170.

kolektif bütünlükten kendisini soyutlayarak da yapabilir. Tekil olma durumu Arendt'in aksine sivil itaatsizliğin ilkeleri bağlamında değerlendirilebilir. Ayrıca, kamusal alana yansıyan her edim bizatihi politik olmaktadır. İtaatsizliğin kaynağı vicdani ilkelerden teşekkül etse de aynı zamanda politik bir içeriği beraberinde taşımaya devam edecektir.

Ronald Dworkin sivil itaatsizliği Amerikan sosyal yapısının dinamikleştirdiğini ve üç pratik eylemin kavramın içini doldurduğunu belirtir. Yurttaş hakları hareketi ve Vietnam savaşında belli bir bakış açısından ahlâk dışı olduklarına inandıkları bir politikaya -bir azınlığın çoğunluk tarafından ezilmesi politikasına[9]- karşı çıkılmıştır. Yurttaş Hakları Hareketi içinde ayrımcı yasaları ihlal eden siyahların ve Vietnam savaşına karşı protesto eylemleri yapanların amacı çoğunluğun kendi çıkarını kollayıp gerçekleştirmeye çalışırken haklı olmadığıdır. Çünkü bu süreçte başka insanların hakları ihlal edilmektedir: Yurttaş Hakları Hareketinde ülke içindeki bir azınlığın, savaşta ise bir başka ulusun. Her iki sivil itaatsizlik örneğinde de ahlâki çıkış noktasıyla, yasaları çiğneyenlerin karşı tarafı ikna etme çabası mevcuttur. İkinci tip sivil itaatsizlik örneği ise Güney eyaletlerinde bazı yurttaşların siyah çocukları beyazların okuluna göndermeme eylemidir. Siyah çocuklar Anayasa Mahkemesinin 1954 yılında verdiği karara göre bu hakka sahiplerdir. Bu eylemi yapanların motifleri ise, onlara göre yanlış, mantıksız olan bir politikayı değiştirmeye, ertelemeye çalışmaktır. Karşı tarafı ikna etme gibi bir amaçları ise yoktur. İkinci tip sivil itaatsizlik örneğinde eylemciler değiştirmeye çalıştıkları politikanın özel bir biçimde haksız olduğunu düşünmezler. Çoğunluğun sadece kendi çıkarlarına göre hareket ettiğini fakat bu arada başkalarının haklarını ihlal ettiği fikrinde değildirler. Bunlar daha çok karşı çıktıkları politikayı temelde yanlış, ahmakça ve yıkıcı olarak değerlendirerek hem çoğunluğun hem de kendi çıkarlarının nerede olduğunu daha iyi bildiklerine inanırlar.[10] İkinci tip eylemler; başkalarının haklarını ihlal etmeyen, çoğunluğun yanlış ve mantıksız kararına karşı, ikna etme çabası içinde olmadan, şiddetsiz, kamusal yapılan protesto eylemleridir. Bu tip eylemler çoğunluğun azınlığın haklarını üzerinde baskı kurarak adaletsiz uygulamalarda bulunduğunu değil, hükümet kararının -çoğunluğunda dâhil olmak üzere- menfaatine olmadığını anlatır.[11]

İtaatsizlik, az çok adil demokratik bir sistemin[12] total yapısıyla aykırılığa

(9) Çoğunluk sözcüğü demokratik politik bir sistemin politik mekanizmasını belli bir süre ellerinde tutanları anlatmak üzere kullanılır. Bunlar sayısal olarak çoğunluğu oluşturmasalar da, iktidarlarını demokratik sürecin ifadesi olan adil seçimlerle sağlama almışlardır. Ronald Dworkin, "Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatiği", Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, s.144.

(10) Dworkin, a.g.e., s.144-155.

(11) Dworkin'ne göre diğer ikinci tip sivil itaatsizlik örneği ise atom silahlarının ve nükleer füzelerin ülkeye konuşlandırılmasına dair yapılan protestolardır. Atom silahlarına karşı protesto eylemlerine katılanların büyük çoğunluğu, gerek ahlâki gerekse politik argümanlardan daha ziyade, başka bir iddiaya, atom silahlarının ülkeye yerleştirilmesinin ahmakça bir politika olduğu ve bunun bir atom savaşını engelleyemeyeceği, tersine böyle bir tehlikeyi artıracağı iddiasına dayanıyorlardı. Dworkin, s.153.

(12) Hayrettin Ökçesiz sivil itaatsizliği "hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna (...) yapılan protesto eylemi" olarak nitelendirirken ortak vicdana çağrı ve anayasal demokratik sistemin meşruluğunu kabul etmiş olmayı anlatmaktadır. Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, (Afa Yayınları, 1994), s.130.

düşmeden meydana gelen tekil haksızlıklara, çoğunluğun verdiği politik kararların yanlışlığına dair bir karşı çıkışı ifade eder. Sivil itaatsizlik böylelikle modern demokratik toplumlarda düzeltici bir fonksiyonu yerine getirebilir. Yasaların ve anayasanın çeşitli aksaklıklarını giderici yanıyla hukuk devletinin yine hukuken meşru görülebilen bir biçimde olgunlaşmasını sağlar. Toplum eşit ve özgür insanlar arasındaki iş birliği olarak algılandığında, haksızlığa uğrayanlar boyun eğmek zorunda değildirler.[13] Sivil itaatsizlik ve vicdani red bu toplumlarda, tanımı gereği yasa karşıtı olmasına rağmen anayasal bir sistemin istikrarını sağlayan eylemlerdir. Düzenli ve özgür seçimle anayasayı yorumlamak durumunda olan bağımsız mahkemelerle birlikte, dikkatli ve ölçülü olarak başvurulan sivil itaatsizlik eylemleri adil kurumların korunmasına ve güçlenmesine katkıda bulunur.[14]

b) Şiddet İçermemesi

Sivil itaatsizliği diğer yasadışı eylemlerden ve ihtilal, devrim gibi olgulardan farklılaştıran diğer bir unsur ise eylemin metodunun şiddetten uzak olmasıdır. Sivil itaatsizlik, haksızlığa karşı direnmeyi örgütleyerek aleyhte olanları ikna etme çabasıyla uyumlu olarak şiddet içeren eylemleri araçsallaştırmaz. Şiddetsizlik unsuru aynı zamanda direnişçinin amacıyla tutarlılığını ve samimiyetini ispat etme bakımından da önemlidir.

Rawls'a göre sivil itaatsizlik, kamusal prensiplere dayalı olması ve kamuya açık bir biçimde gündeme getirilmesi nedeniyle barışçıl olmalıdır. Sivil itaatsizlik gizli değil kamuoyu tarafından yeterince algılanabilecek bir biçimde uygulanır. Herkese açık hitapla, vicdani, derin politik kanaatlerin ifade edildiği çağrı nedeniyle, şiddetten, özellikle de insanlara karşı şiddetten kaçınır. "İnsanları yaralayabilecek, incitebilecek şiddet eylemleri sivil itaatsizliğin çağrı karakteriyle uyuşmaz. Başkalarının özgürlüklerinin sınırlanması yolundaki davranışlar, eylemin sivil itaatsizlik özelliğinin belirsizleşmesine yol açar. Çağrıların başarısızlığı durumunda, şiddet içeren direniş yöntemlerine başvurulması fikri akla gelebilir. Ancak unutulmaması gereken, sivil itaatsizliğin vicdani ve derin kanaatleri ifade ettiğidir; bu nedenle uyarıda bulunup ihtar edebilir, ancak tehdit edemez."[15]

Hugo Adam Bedau sivil itaatsizliği, dolaylı ya da dolaysız yasaları ihlal eden, sivilliğin sınırları içinde kanunen hoş görülebilen uygulamaları içeren yasadışı bir eylem şeklinde tanımlar. Şiddet, şiddet tehdidi, açık ya da gizli sabotaj, şantaj ve saldırı gibi yasalara ve yasal uygulamalara engel olabilecek eylemler açık bir şekilde sivil itaatsizlikle bağdaşmaz. Özellikle bu gibi şiddet niteliğindeki eylemler bireylerin kişisel güvenliğini tehdit edebilir mahiyette ise sivil itaatsizlik tanımından dışlanmalıdır.[16]

(13) Rawls'un siyasal toplum modeli eşit özgürlük ilkesi üzerine kurmuştur. Tüm bireylere bahşedilen özgürlük diğer adalet ilkeleri (farklılık ilkesi ve fırsat eşitliği) uğruna sınırlandırılamaz.

(14) John Rawls, "Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı", Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, s.68.

(15) Rawls, s.59.

(16) Bedau'nun bu tanımı ekonomik şiddete icazet verir niteliktedir. Sivil itaatsizliğin şiddetsizlik unsurunu Rawls ve Dworkin'nin aksine doğrudan ekonomik değerler açısından sınırlandırmamıştır. Şiddetin açık ya da

2. Örnek Sivil İtaatsizlik Eylemleri

Sivil itaatsizliğin, önemli haksızlıklara karşı tüm yasal yolların tüketilmesinin ardından başvurulan ikincil bir temyiz mekanizması olma potansiyeli olgusal/teorik açıdan askıda kalabilmektedir. Buna en uygun örnek "cumartesi anneleri" adı altında bir grup insanın senelerdir haber alamadıkları yakınlarını arama çalışmalarında yetkililerin ilgisizliğine karşı tepkilerini her cumartesi günü İstiklal Caddesinde oturma eylemi yaparak göstermeleridir. Bu eylemi sivil itaatsizlik olarak adlandırmamız için eylemcilerin zorunlu olarak yasal yolları tüketmeleri aranmaz. Hatta eyleme katılanların böyle bir haksızlığın mağduru olması da beklenmemiştir. Eyleme, kamusal vicdanlara çağrı yaparak haksızlığı gidermeye çabalayan, onlarla aynı duyguyu paylaşan, onlara destek veren herkes katılmıştır.

Sivil itaatsizliğin yasal norma aykırılığı yani yasadışı olması gerektiği düşüncesi onu diğer yasal protesto eylemlerinden ayırt etmek için kullanılır. Yasadışı eylemi süre giden düzenin protesto eylemleri neticesinde az da olsa sarsılması, kamusal güvenliğin tehdit edilmesi şeklinde okuyabiliriz. Bir sivil itaatsizlik eyleminin, yasadışılığın yumuşak karnı ya da teknik olarak yasadışı olduğunu söylenebilir. Mac Guigan sivil itaatsizliğin yasallık ve yasadışılık arasında ortada olma durumunu "paralegal" (Yunanca para- öneki "yanında" "yakınında" anlamındadır) olarak isimlendirdiği yeni bir kavramla tanımlar. Paralegal yasaya uygun ve yasaya aykırılığın karakteristiğine uygun olarak bazı şeylerin bütünüyle yasallığından daha az, fakat açık bir yasadışılıktan da daha fazlasını anlatmak için kullanılır.[17]

Bağdat caddesinde yapılan hız yarışları nedeniyle kızını kaybeden bir babanın hükümetten bu konuya acil çözüm bulmasını sağlamak için (yasalarda verilen cezaların caydırıcı olmadığı yahut yasal normlarda bulunan çeşitli boşluklar nedeniyle cezaların adaletsiz olduğu gerekçesiyle) İstanbul'dan Ankara'ya sessizce yürüme eylemi yapmıştır. Bu sivil itaatsizlik eyleminin teknik olarak yasadışı olduğu hemen fark edilmeyebilir.[18] Buradaki yasadışılığı hukuki normlarla toplumsal ilişkileri düzenleyerek asgari de olsa adaleti ve güvenliği sağlayan bir düzene karşı

16. dipnot devamı: örtülü mülkiyet hakkına karşı uygulanması bazı durumlarda meşru olabilir. Özellikle çevreci eylemlerin (Greenpeace) amaç, niyet ve yöntem itibariyle bireysel mülkiyet hakkını ihlal etmesinin kabul edilebileceği üzerine uzlaşmalar vardır. Üçüncü kişilerin mülkiyet hakkına kesinlikle zarar verilmemesi gerekir. Ancak protesto doğrudan özel kuruluşun bilinçli ya da bilinçsiz neden olduğu çevre kirliliğini (arıtma tesisi olmayan bir fabrika) protesto etmek için yapılmış ve özel mülkiyet bir şekilde ihlal edilmiş ise bu durum şiddetsizlik unsuruyla bağdaştırılabilir. Gandi'nin pasifizminin, günümüzde özel kuruluşların ve hükümetlerin sebebiyet verdiği zararları ya da haksızlıkları protesto etmek için yeterli bir yöntem olduğu tartışmalı olduğundan ekonomik şiddet bazı durumlarda sivil itaatsizliğin meşruiyeti içine sığdırılabilir. Jennifer Welchman, "Is Ecosabotage Civil Disobedience?", Philosophy&Geography, Vol.4, (2001): s.105., www.blackwell-synergy.com/ çevrimiçi 20.12.2005.

(17) Maria Jose Falcon y Tela, s.318.

(18) Bu eylemde kişi belki de "otoyolda yürünemeyeceğine" dair bir kanun maddesini çiğnemektedir. Bu kuralı düzenleyen yönetmelik, tüzük, yönerge de olabilir. Yasadışılığı tali bir unsur şeklinde yorumlamamızın nedeni de tüm yasal metinlerin bilgisine sahip olunamayacağı ve eylemin teknik anlamda pozitif bir normu ihlal edip etmediğinin ilk olarak anlaşılamayacağıdır. Dolayısıyla yasadışılık unsurunu kamu düzeninin bozulması anlamında okumak gereklidir. Böylelikle, herhangi bir hukuk normunu çiğnemenin en azından toplumsal düzeni bozacağı bilgisine eylemcinin sahip olduğunu varsayarız.

yapılan bireysel muhalefetin yaratacağı cüz'i kaos şeklinde yorumlayabiliriz. Bu tip sivil itaatsizlik örneklerinde belirgin unsur yasadışılık değil şiddetsizlik ve dolayısıyla üçüncü kişilerin haklarının[19] dikkate alındığı durumlardır.

Başörtüsüne özgürlük sloganıyla her ilde örgütlü yürüyüşler yapan eylemciler ise daha tipik bir sivil itaatsizlik örneğidir. Anayasa mahkemesinin verdiği bir kararın belli bir azınlığın özgürlüğü üzerinde haksızlık ve adaletsizlik yarattığı gerekçesiyle Rawls, Dworkin ve Arendt'i uzlaştıran şekilde (ortak vicdana çağrı, çoğunluğun azınlık üzerindeki baskısı ve politik olma vasfı) yasaya karşı eylemde bulunurlar. Eylemin başörtüsüyle girmeleri yasak olan üniversitede içinde yapılması halinde doğrudan (gayri adil olduğunu düşündükleri yasayı çiğneyerek) sivil itaatsizlikte bulunmuş olurlar. Eylemler yasanın öngörmediği bir alanda yapılırsa dolaylı sivil itaatsizlik oluşturur. Burada artık eylemin yasadışı oluşu öncelikle taleplerinin yasaya aykırılığından, ikincisi de kamusal düzeni bozmaları nedeniyledir.

Her üç örnek her ne kadar birbirinden farklı moleküllerden teşekkül etse de aslında bu eylemleri ortak bir potada birleştiren ayırt edilebilir benzerlikler mevcuttur. Üç itaatsizlikte meşruiyetlerini ortak adalet değerinden alarak haksız, adaletsiz olduğu düşünülen durumun düzeltilmesi amacıyla yapılmıştır. Kullanılan ikna yöntemi ve karşı tarafı kendi lehlerine faaliyete geçirme arzusu kamusal vicdana bağlı olarak yürürlük kazanır.[20] Tali unsurlar, (yasadışılık, üçüncü kişinin üstün hakkını ihlal etmeme, önemli haksızlıklara karşı tüm yasal yolların tüketilmesinden sonra yapılması) her sivil itaatsizlik eyleminde fark edilme potansiyeli düşük olduğundan, belirgin unsur olma vasfını yitirebilir niteliktedir. Bu açıdan sivil itaatsizliğin en temel unsurları ortak adalet duygusuna yönelik bir çağrı olması, sistemin bütünüyle uyumluluğu ve zorunlu olarak şiddetsizliğin içselleştirilmesidir.

3- Vicdani Reddin Teorik Tanımı

Vicdani reddin sürükleyici motifleri farklı olmakla birlikte hukuk alanına ilk olarak yansıması dini saiklerle askeri hizmette bulunmayı reddedenlerin giriştikleri mücadelelerdir. Yahova Şahitleri -tam anlamıyla pasifist söylemleri olmamakla birlikte- Hıristiyanlığın dünyevi uyuşmazlıklarda tarafsız kalması gerektiğine inanarak orduya katılmayı reddederler. Diğer itirazcıların nedenleri ise ya bir bütün olarak tüm insanlığa karşı derin bir sorumluluk hissinden (hümanist-pasifist) ya da böyle bir ahlâki yetkiye hiçbir hükümetin sahip olmaması gerektiğine dair yalın bir redden (vicdan özgürlüğü) kaynaklanır.[21]

Vicdani reddin Amerika'da meşrulaşma süreci Hıristiyan inancıyla bağlantılıdır. 17. yüzyılda İngiliz kolonileri (Amerika) pasifist Protestanlar -dirençsiz Hıristiyanlar bu dönemde bu şekilde adlandırılırlardı – tarafından kurulmuştur. Buraya yerleşenler, İsa'nın öğretileri ve İncil onlara savaşta yer almayı ve diğer insanlara karşı herhangi bir şiddet kullanmayı yasaklayan mezhebin üyeleridir. Bu dinsel pasifist cemaatlerin en önemlileri Quaker'lardır. Quaker'lar Tanrı'nın içindeki ışığın tüm insanların içinde parladığına inanırlar. Bu inanç savaş ve şiddetin İncil'deki yeri ve içgüdüsel tahminlerinden kaynaklanır. Son zamanlarda, askeri ya da alternatif görevlerde bulunmayı reddeden en belirgin dini gruplardan biri de Yahova Şahitleri'dir. 1870'lerde Charles Toze Dusell tarafından Amerika'da kurulan bu küçük dini akım katı bir teoloji bakış açısıyla, pasifist değildir. Çünkü İsa'nın 2. kez dünyaya geldiğinde onun komutanlığında savaşmayı onurlu bir mücadele olarak kabul etmektedirler. Yahova Şahitleri hükümetlerin şeytan işi olduğuna inandıklarından bayrağa selam vermeyi ve hükümette yer almayı reddederler. Kanunlara karşı gelerek hapsedilen en büyük grup olmuşlardır.[22]

Vicdani red uzun dönemli bir fenomen olmasına rağmen, günümüzde silahlı kuvvetleri ve toplumu etkileyen önemli bir faktör olmuştur. Yeni vicdani red diye adlandırdığımız şey, büyüklük ve oran bakımından eskisinden ayrılır. Şu anki silah taşımayı kabul etmeme dini temellerden daha seküler, marjinal varlığından daha yaygın ve zorunlu askerliğe karşı direnenler kadar üniformalı servis çalışanlarını da içeren bir yaklaşımdır.[23]

Birleşmiş Milletler 1983'te sunduğu bir raporda vicdani reddi "Vicdan ile samimi etik kanaatler kastedilmektedir, bunlar dinsel ya da hümanizm kaynaklı olabilir(...) Burada iki büyük kanaat kategorisi öne çıkmaktadır. Birine göre öldürmek her koşulda yanlıştır (pasifist ret), diğerlerine göreyse zorun kullanımı bazı durumlarda meşrudur, ama başka bazı durumlarda meşru değildir ve dolayısıyla bu diğer durumlarda reddetmek bir gerekliliktir (kısmi ret)"[24] tanımlamıştır. Vicdani reddin teorik tanımı ise (pasifist ret) sadece siyasi, dini, felsefi inanç gereği askerlik yükümlülüğünü yerine getirmemek şeklinde değil de, silahsız ve savaşsız bir dünyaya ulaşmaya yönelik ve militarizme karşı bir dünyanın ifadesi olarak yapılabilir.[25]

(19) Üçüncü kişinin üstün bir hakkını çiğnememenin klasik örneği: hastaneye giden tek yol üzerinde oturma eylemi yapan eylemcilerin diğer kişilerin yaşam hakkını ihlal etmeleridir. Yaşam hakkının diğer tüm haklardan üstün olduğu rahatlıkla kabul edilebilir. "Savunulan temel hakkın ve özgürlüğün çiğnenen haktan daha üstün olma zorunluluğu" vardır. Hayrettin Ökçesiz, Sivil İtaatsizlik, s.122. Üçüncü kişilerin haklarını ihlal etmeme durumu yalnızca itaatsizlik eyleminin şekliyle değil amacıyladа örtüşmelidir. İtaatsizliğin amacı, diğerlerinin haklarını ihlal ederek kendi meşruiyetini sağlamayı hedefleyemez. Bu unsur özellikle vicdani red eylemlerinin amaçları açısından tartışmalı olabilir. Zira vicdani redçi çeşitli nedenlerle zorunlu askerlik hizmetinden muaf tutulmak isteyerek diğerlerinin bir ölçüde yaşam haklarını ihlal etmiş olmaktadır. Kendi isteğiyle profesyonel asker olan kişi her hangi bir askeri çatışmada kendi hayatını tehlikeye atma iradesini de kabul etmektedir. Buna karşın askerlik hizmetinden kaçınan vicdani redçinin yaşama hakkı potansiyeli diğerlerinin zararına büyümektedir. Bu tali unsur vicdani red açısından hakları yarıştırması ve eşitliği bozması nedeniyle oldukça tartışmalıdır.

(20) Tartışmaya açık hususu, başörtüsü yasağıyla ilgili eylemlerin sistemin bütününe yönelik bir yıkımı yahut değişikliği öngörüp öngörmediği olabilir. (eylemcinin gerçek saikinin bilinmezliği vicdani red içinde söz konusudur) Eylemci açıkça bunu ifade etmedikçe ya da bu yönde davranış da bulunmadıkça eylemi sivil itaatsizlik kabul etmek gereklidir. Sivil itaatsizlik eylem yanıyla hukukun egemenliğine giren bir kavramdır ve hukuk bireyin gerçek niyetini belirlemeye yoğunlaşmaz. Biçimsel durumları veri kabul ederek adalete hükmeder. Eylemcinin anayasal demokratik sistemin temel bir ilkesini ve dolayısıyla tüm yapıyı değiştirme niyeti dış evrene tezahür etmedikçe hukuk var olanı gerçek niyet kabul eder.

(21) http//en.wikipedia.org/wiki/conscientious_objector, 20.12.2005.

(22) Charles C. Moskos, "Vicdani redçiliğin Tarihsel Gelişim Süreci", s.9. www.savaskarsitlari.org.

(23) Moskos, s.12

(24) Andreas Speck, "Savaş Karşıtı Uluslararası Hareket İçinde Ret", Birikim, Sayı: 207, s.43.

(25) Ümit Kardaş, "Modern Devlet, Ordu ve Vicdani red İtirazı", Birikim, s.41.

Pasifist vicdani red barışın en yüce değer olarak benimsendiği bir dünyada kanla, silahla hiçbir şeyin halledilemeyeceği savıyla temellendirilir. Bu zihniyetin pratik yansıması ise askeri hizmet yükümlülüğüne karşı çıkıştır. Vicdani reddin bu pratik talebi (kısmi ret), hukuksal ve ahlâksal olarak vicdan özgürlüğünün bir parçası olarak onaylanmaktadır. Burada bireyin topluma ve nihayetinde devlete karşı bir yükümlülüğün olması ile bireyin hangi motifle olursa olsun vicdanını ilgilendiren ve öznel ahlâkın alanına girebilecek olan bu konuda devletin ve yasaların zorlamasının ne ölçüde doğru olup olmadığı farklı bir tartışma konusudur. Kısmi vicdan retçiler, vicdani reddin bu insancıl değerlerle biçimlenen teorisini (pasifist tutumu)göz ardı ederek diğer nedenlerle zorunlu askerlik hizmetinde bulunmayı retdedenlerden oluşmaktadır.

4 - Vicdani reddin Pratik Boyutu

Vicdani red ilk olarak Amerika' da Vietnam savaşına katılmak istemeyen kişilerin yaptıkları protestolarla şekillenmiştir. Dini inancı, felsefi ve ahlâki düşüncesi, ideolojisi nedeniyle askeri hizmette bulunmak istemeyen kişilerin buna ilişkin talepleri vicdani reddi oluşturur. Total (pasifist) vicdani redçi tümüyle savaş karşıtı olduğunu, dolayısıyla barışsever biri olarak hiçbir şekilde askeri hizmette bulunmamayı ve bu hizmete alternatif olarak dayatılan diğer kamu hizmetlerini de yerine getirmemeyi savunur. Diğer taraftan barışsever kaygılarla olmasa da, zorunlu askeri hizmetin sadece yakın savaş hali gibi kaçınılmaz koşulların varlığı halinde yerine getirilmesini, bu koşulların yokluğu halinde vatana hizmet borcunun yerine başka kamu hizmetlerinde bulunabilmeyi talep eden vicdani redçiler de vardır (kısmi vicdani red).

Pasifist ve kısmi vicdani reddin pratik-tanımlayıcı unsurları şu şekilde kendisini gösterir; Vicdani red görünüşte (prima facia) bireysel bir taleptir, bu talep iki farklı şekilde olgusallaşır; a- vicdani redçi tam anlamıyla savaşa karşı olmasa da askerlik ödevini yerine getirmekten imtina eder, b- vicdani redçi bütünüyle barışsever zihniyete sahiptir ve silahla ve savaşla ilgili olan her şeye karşı direnç gösterir. Pasifist vicdani red hareketi (savaş karşıtı/anti militarizm) eylemci ve muhalif bir harekettir. İtici kuvveti reformisttir: savaşı durdurmak. Taktikleri sivil itaatsizliği ve doğrudan eylemliliği içerse de, savaş karşıtı koalisyonlar nadiren temel toplumsal değişimlere yönelirler. Büyük koalisyonlar kalabalık manzaralar, yürüyüşler, gösteriler ve diğer geçici protesto biçimleriyle kendilerini ifade ederler. Hepsinin ortak bağı, savaşa olan nefretleri ve insancıllıklarıdır.[26]

Türkiye'deki vicdani redçiler arasında Mehmet Tarhan pasifist tutumla askerlik yükümlülüğüne karşı direnerek sivil itaatsizlik eylemlerinde bulunmuştur. Vicdani red için her yıl dünya vicdani redçi günü olan 15 Mayıs tarihinde üç büyük ilde (Ankara, İstanbul, İzmir) anti militarizm gösterileri yapılmaktadır. Kore gaziliğinde, anlamsız bir savaşa kurban gidenler için sembolik silahlar parçalanmakta, silah üreten firma önüne çiçekler bırakılmaktadır. Bu eylemler şiddetsiz,

(26) Howard Ehrlich, "Barışa Doğru: Anarşistler ve Savaş Karşıtı Hareket", //uk.geocities.com/anarsistbakis/makaleler/ehrlich-barisyolunda.html, 18.08.2006.

aleni bir şekilde yapılır. Gösterinin sonunda eylemciler vicdani red açıklamasında bulunurlar. Türkiye'de vicdani red açıklamasında bulunduğu bilinen yaklaşık 60 kişi vardır.[27] Bunlar arasında farklı kültürel ve politik kodlamalara sahip insanlar bulunmaktadır. Özellikle Türkiye gibi etnik kimliklerin fazla olduğu ülkelerde vicdani red güdülenmesi sadece ahlâki temellere dayanmaz. Bazı vicdani red açıklamalarında politik tutumun izleri görülebilmektedir: "Ben bir Türkiyeli Kürt vatandaş olarak, savaşa karşıyım. İnsan öldürmek istemiyorum. Emir almak veya vermek istemiyorum. Ülkemizde yaşanan çatışmaların tarafı olmak istemiyorum. Kürt ve Türk Halkının kardeşliğinin bir sembolü olarak vicdani red hakkımı kullanmak istiyorum."[28]

Vicdani red beyanları erkeklerle sınırlı değildir. Militarizmin özünde erkek hegemonyasının bulunduğunu düşünen kadınlar, bu eşitsizliği körükleyen etkene karşı vicdani reddi desteklemektedirler. Total vicdani redçi açısından militarizm yalnızca askerliği değil, toplumsal yaşamın ve ilişkilerin özüne sirayet etmiş tüm hiyerarşik ve ayrımcı ilişkiler ağını kastetmektedir. Dolayısıyla vicdani red aslında anarşizm ve cinsiyet eşitliğinin gizli ya da açık savunulduğu bir alandır.

Vicdani redçiler askeri hizmetten muaf tutulmaları halinde profesyonel askerliğin çözüm olacağını kabul ederler. Fakat pasifist vicdani red açısından profesyonel askerlik, militarizmin farklı bir zeminde kendisine meşruiyet alanı bulmasını sağladığından, kısmi çözüm olmaktan öteye gidemez. Bununla birlikte kısmi vicdani red vicdan özgürlüğü çerçevesinde tanınan bir hak mahiyetindedir. Bu, Alman Anayasasının 4. maddesinin 3. paragrafında "Hiç kimse vicdanı ile bağdaştıramayacağı silahlı bir savaş hizmeti olan askerliğe zorlanamaz" şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yerine ikame sivil hizmet hakkı tanınmaktadır.[29]

5. Sivil İtaatsizlik ve Vicdani Red Ayrımı

Rawls bazı durumların sivil itaatsizlik ile vicdani red arasındaki farklılıkları bertaraf ettiğini, hatta aynı eylemin her ikisine ait güçlü unsurları barındırabileceğini söyler.[30] Vicdani red az çok doğrudan yasal emirlere ya da idari düzene uyumsuzluğu ifade eder. Vicdani reddi çoğunluğun adalet hissine hitap etme biçimi olarak görmez. Vicdani red politik ilkelere dayalı olmak zorunda değildir. Anayasal düzenle uyumlu dinsel ya da diğer ilkelere dayalı olabilir.[31] Genellikle sivil itaat-

(27) Vicdani red eylemleri ile ilgili daha fazla bilgi için bkz. www.savaskarsitlari.org.

(28) Vicdani red beyanları için bkz. www.bianet.org/2004/05/21/352002.htm.

(29) Avrupa Konseyi, BM İnsan Hakları Komisyonu kararı doğrultusunda vicdani red hakkını tanımıştır. Avrupa Konseyi'nin zorunlu askerliği kaldıran üye ülkeler dışında kalan tüm üyeleri (Türkiye ve Azerbaycan hariç) bu hakkı tanımışlardır. Vicdani red hakkını kabul eden ülkelerde bu hakkı kullanmak isteyenlere askerlik hizmetine karşılık askerlik hizmetinden biraz daha uzun süreyle sivil hizmette çalışma seçeneği sunulmaktadır. Hastanelerde, çocuklar ve engellilere hizmet veren kurumlarda çalışma gibi. Bu ülkelerde vicdani red hakkının kullanılma sürecinde kişinin bu karara nasıl vardığını, bu inancının askeri hizmetle nasıl çatıştığını açıklaması istenir. İsviçre ve Bulgaristan'da bu kararı Çalışma Bakanlığına bağlı komisyon, Hırvatistan'da ise Adalet Bakanlığı vermektedir. Kardaş, a.g.m., s.40.

(30) John Rawls, A Theory of Justice, s.371.

(31) Rawls, s.369.

sizlik yasaya karşı itaatsizlikte bulunarak politika yahut hukuki kurallarda bir değişiklik meydana getirmeyi amaçlar. Buna karşılık vicdani red bu amaçları gerçekleştirmeyi tasarlamadığı gibi zorunlu olarak politik amaçlara haiz eylemler şeklinde tanımlanmaz.[32]

Sivil itaatsizlik ve vicdani reddin teorik ortak argümanları "politik ya da ahlâki amaçsallıkları" ve Rawls'ın aksine "ortak vicdana çağrı yapma" nitelikleridir. Bu anlamda ilk vurgulanması gereken yukarıda belirtilen sivil itaatsizlik unsurlarını taşıyan her türlü vicdani red eyleminin aynı zamanda sivil itaatsizlik örneği olduğudur. Sivil itaatsizlik genel bir başlık olarak düşünülürse vicdani red onun bir alt başlığı ya da sivil itaatsizlik bir bütünse vicdani red onun molekülüdür. Vicdani reddi sivil itaatsizlikten kesin yapılarla ayrıştırmak oldukça güçtür. Ancak mevcut pratiklerde ve teoride vicdani red daha belirgin, hedefi sınırlı, talebi ise herkes tarafından açıkça öngörülebilir. Bu nedenledir ki başlangıçta sivil itaatsizlik eylemleriyle meşruluğunu ifade eden retçiler sonradan isteklerini tek bir konuda yoğunlaştırarak kendilerini diğer sivil itaatsizlik türlerinden özerkleştirmişlerdir. Bu anlamda vicdani reddin konusu haksız olan yasa yahut hükümet politikası değil sadece militarizme ilgili olan gayrı adil yasalar ve politikalardır. Pasifist ve kısmi vicdani red bireysel/kolektif, ahlâki/siyasi bir güdelenmenin sonuçu, şiddetsiz, aleni ve kamusal vicdana çağrı yaparak gerçekleşirse sivil itaatsizlik eylemi olarak nitelendirilir. Sivil itaatsizlik için saydığımız unsurlar vicdani red eylemleri içinde söz konusudur

Vicdani red eylemlerinin şiddetsiz, ortak adalet hissine atıf yaparak, hukuk devleti politikasıyla içkin olması hem pratik hem de teorik anlamda sivil itaatsizlikle aynı argümanlara sahip olduğunu gösterir. Buna rağmen yine bu unsurlar üzerinde birbirlerinden ayrışabilecek noktalar ortaya konabilir. Vicdani reddin bireysel bir talep yahut öznel çıkarı hedeflediği düşüncesi kısmi vicdani red için biçimsel anlamda kabul edilebilecek bir unsurdur. Zira askerlik hizmetinde bulunmak istemeyenler her ne kadar anlamsız olduklarını düşündükleri yasaya karşı çıksalar da eylem daha öznel bir kaygı ve daha sübjektif bir güdülenmeye dayanır. Pasifist ve kısmi vicdani redçinin hangi saikle eylemde bulunduğunu ya da yasaya aykırı davrandığını belirlemek oldukça güçtür. Bir vicdani redçinin gerçekten barışsever olduğunu her türlü şiddetin aracı olmak istememesi yönündeki iradesinin gerçeği ne derecede yansıtıp yansıtmadığını kanıtlamak vicdani reddin yasalaşma sürecinde sorun olmaktadır. Pasifist vicdani redçilere göre böyle bir sorun tartışılamaz bile çünkü insan öldürmeyi hiçbir otorite yurttaşına buyuramaz. Kısmi vicdani redçilere göre ise, yakın savaş hallerini dışında, bu, kişinin ahlâk anlayışına (vicdan özgürlüğüne) devletin müdahalesi anlamına gelir.

Rawls'ın vicdani reddi sivil itaatsizlikten farklılaştırmak için belirttiği "ortak adalet hissine çağrı yaparak onları ikna etme anlayışında olmama" durumunu pasifist vicdani redçiler açısından teorik düzlemde söyleyebiliriz. Ayrıca zorunlu olarak politik ilkeler ışığında amaçları açıkça haksız /gayrı adil olan durumu düzeltmek veya değiştirmek değildir. Daha ziyade insan öldürmenin en büyük haksızlık olduğu zihniyetiyle kendi dünya görüşlerini ifade etme çabasındadırlar. Pratikte ise bu dünya görüşleriyle uzlaşmayan araçları ve uygulamaları reddederek sivil itaatsizlik eylemlerinde bulunurlar.

Kısmi vicdani redçilerin zorunlu askerlik hizmetinin en azından barış zamanlarında kaldırılmasını istemeleri ve alternatif hizmette bulunmaya yönelik iradeleri, vicdani red ile sivil itaatsizlik arasındaki farkı daha görünmez kılar. Pasifistlerden daha berrak ortak vicdana çağrı yaparak, hükümetin ve yasalarının böyle bir hizmeti zorunlu hale getirmesinin çoğunluğa ve azınlığa bir yararı olmadığı düşüncesindedirler. Askere gitme zorunluluğunun haksız ve adaletsiz bir uygulama olduğunu ve anayasal bir hak olan vicdan özgürlüğü ile çatıştığını belirtirler.[33] Kısmi vicdani red eylemleri haksız yasayı ve hükümet uygulamasını değiştirmeyi kısa vadede başarabilir. Pasifist vicdani red eylemleri ise sivil itaatsizliğin ortak vicdana çağrı yapma amacını zorunlu olarak paylaşmaz ve kamusal vicdana çağrı yaparak karşıtlarını ikna etme gayretini hissetmez. Değiştirilmesini istedikleri yalnızca militarizme dair siyasi ve yasal zorunluluklar değil, topyekûn savaş ve şiddetin aracı olma politikalarıdır. Daha ziyade bireysel özgürlüğünün devlet aygıtı tarafından baskıya uğratılmasına, ahlâki davranış normlarının zorunlu olarak dayatılmasına karşı çıkar ve dini, ahlâki, politik kimliğine saygı gösterilmesini talep etme hakkı olduğuna inanır. Arzuladığı, silahın araç olduğu her uzlaşmazlığı barışla çözmektir.

Josep Raz vicdani reddi "ahlâken ona itaat etmeyi yasaklayan norm nedeniyle bir yasanın ihlali" şeklinde tanımlar.[34] Buna göre pasifist ve kısmi vicdani reddi, sivil itaatsizlikten özerkleştiren en belirgin unsur ahlâki kaygıların sivil itaatsizliğe nazaran daha belirgin olmasıdır. Vicdani red bu anlamda etik değerlerin zorlamasıyla yasayı ihlal etme durumudur. İyi ve kötü üzerine karar verme yetkisi hükümetin ya da yasaların değil yalnızca bireylerin vicdanlarına aittir. Thoreau, yasaya karşı beslenen yersiz saygının sonuçu "tabur tabur asker, albay, yüzbaşı, onbaşı, er ve topçunun eşsiz bir düzen içinde, sağduyu ve vicdanlarına karşı, istekleri dışında savaşa koştuklarını" söyler. Askerler baştaki bir avuç vicdansızın buyruğu altında ayaklı birer kale, birer cephaneliktir.[35]

SONUÇ

Sivil itaatsizlik ve vicdani red analitik ve empirik çözümleme alanları oldukça geniş kavramlardır. Özellikle vicdani reddin hukuki anlamda vicdan

(32) Alek D. Epstein, "The Freedom Of Conscience and Sociological Perspectives on Dilemmas of Collective Secular Disobedience: The Case of Israel, Journal of Human Rights, Vol 1, (2002): s.308. www.blackwell-synergy.com/ çevrimiçi 20.12.2005

(33) Kısmi vicdani red eylemleri Dworkin'nin ikinci tip sivil itaatsizlik (her ne kadar kısmi vicdani red Dworkin'nin tanımlamasının aksine ikna stratejisini benimsemiş olsa da) sınıflandırmasına daha yakın gözükmektedir. Çoğu kısmi vicdani redçilerin protestoları yasaların haksızlığından ziyade böyle bir uygulamanın anlamsızlığı üzerinde yoğunlaşmıştır.

(34) Epstein, a.g.m., s.308.

(35) Henri David Thoreau, Haksız Yönetime Karşı, çev. Vedat Günyol, (Cumhuriyet Kitapları Yayınları, 1999), s.21.

özgürlüğü ile meşruluk kazanabileceği, adaletin özü olan eşitliği bozması nedeniyle de kabul edilemeyecek bir hak olduğu ya da anti militarizm (pasifist) düşüncesinin vicdani red için çıkmaz bir yol yarattığı gibi açılımlar yazının sınırlarını aşan tartışma alanlarıdır. Burada vicdani reddin öncelikle eylemsel boyutunun sivil itaatsizlik olduğunu, teorik açıdan ise benzer argümanları kapsadıklarını açıklamaya çalıştık.

Sivil itaatsizliği Rawls ve Arendt eşliğinde belirlediğimiz üç temel ilke ve örnekler aracılığıyla inceledik. Tali unsurlar bir eylemin sivil itaatsizlik olarak nitelendirilmesi açısından öncelikle dikkate alınması gereken prensipler olmadıklarından, vicdani red eylemlerinin sivil itaatsizlikle ortak noktasını daha belirginleştirmemize yardımcı olmuştur. Buna göre, sivil itaatsizlik, bireysel ya da kolektif, ahlâki/politik, kamusal vicdana çağrı yaparak, münferit haksızlıklara karşı, şiddet kullanmadan, ikna etme çabasıyla yapılan yasadışı protesto eylemleri şeklinde tanımlanmıştır.

Sivil itaatsizliğin üç temel unsuru ışığında değerlendirdiğimiz vicdani red eylemlerini, teorik boyutunu anti militarizm (pasifist tutum), pratik talebinin de zorunlu askerlik hizmetine karşı muhalefet (kısmi vicdani red) olarak tanımlayarak inceledik. Sivil itaatsizlikle ortak unsurları içermelerine rağmen yine bu ilkeler üzerinden ne şekilde farklılaştırılabileceklerini açıkladık.

Sivil itaatsizliğin Rawls, Arendt ve Dworkin açısından benzer tanımlayıcı unsuru, ikna yöntemiyle mevcut bir haksızlığın giderilmesine yönelik bir çabayı gerektirmesidir. Bu ilke kamusal adalet hissine dayandırılır. Sivil itaatsizlik eylemleri karşı tarafı ikna ederek adaletsizliği bertaraf edebilecek dayanıklılığı göstermelidir. Bu bakımdan kısmi vicdani red eylemleri sivil itaatsizliğin sayılan unsurlarını yetkinlikle içermektedir. Kısmi vicdani red görünürde daha fazla bireysel güdülenmeyle, kamusal adalet hissine çağrı niteliğiyle haksız ya da makul olmadığı düşünülen askere gitme zorunluluğuna ilişkin yasa aleyhine şiddetsiz eylemlerde bulunmaktır. Protestoları politik sistemin meşruiyetine dair olmayıp belirli bir adaletsizliğe ilişkindir. Bu anlamda kısmi vicdani red eylemleri makul bir talep olarak sivil itaatsizliğin meşruluğundan yararlanır.

Pasifist vicdani red eylemlerinin, kamusal vicdana hitap ederek haksızlığı ya da yanlış buldukları uygulamakların yeniden düzenlemesine dair mutlak bir amaçları yoktur. Savaşsız ve şiddetsiz dünyanın varolabileceği üzerine bir dünya tasavvuruna sahiptirler. Askerlik ödevini buyuran yasaları değiştirilse de anti militarizm algılayışının kısa vadede sonuça ulaşma olasılığı zor görünmektedir. Ayrıca sistemin bütünüyle uyumlu oldukları da bu anlamda şüphelidir. Kamusal vicdana çağrı yaparak ikna yöntemiyle yanlış olan uygulamayı değiştirmeyi değil, dünya görüşlerini protesto eylemleriyle gösterme çabasındadırlar. Bu bakımdan kısmi vicdani red eylemleri her ne kadar sivil itaatsizlik olarak kabul edilse de, pasifist tavrın sivil itaatsizlik vasfından uzaklaştığı belirtilebilir.

Sivil itaatsizlik tarihsel bir fenomen olarak günümüz demokrasilerinin aksaklıklarını gideren meşru ve tüketilemeyecek bir alandır. Normlaştırılmasının gerekliliğine ihtiyaç hissedilmeden

meşruluğu kabul edilen sivil itaatsizliğe karşın vicdani red yasalaşmıştır. Pasifist vicdani redçiler açısından bu durum yeterli bir başarı değildir kuşkusuz. Onlar dünyada şiddetin bertaraf edilebilmesi için protesto eylemleri yapmaya devam edeceklerdir. Kısmi vicdani redçi savaş zamanlarında asker olmayı yani makul şiddeti red etmez. Onun amacı barış zamanlarında vicdanıyla bağdaştıramadığı yahut vatan hizmetini asker olarak yerine getirmenin pragmatik açıdan kimseye yararı olmadığı düşüncesiyle sivil itaatsizlik eylemleri gerçekleştirmektir. Karşılığında da alternatif sivil hizmetlerde çalışır. Kısmi vicdani red hukuki yapı itibariyle kabul edilebilir bir kavramdır. Fakat pasifist tutumun filozofik tezleri etik anlamıyla kuvvetli olmasına karşın, haklı şiddet kullanımını dahi yadsıdığından savaş fenomeni devam ettiği müddetçe iyimser bir itaatsizlik eylemi olarak kalacaktır.

KAYNAKLAR

- Epstein, D. Alek., "The Freedom Of Conscience and Sociological Perspectives on Dilemmas of Collective Secular Disobedience: The Case of Israel, Journal of Human Rights, Vol.1, 2002. www.blackwell-synergy.com/ çevrimiçi 20.12.2005
- Speck, Andreas, "Savaş Karşıtı Uluslararası Hareket İçinde Ret", Birikim, Sayı: 207.
- Moskos, C. Charles, "Vicdani redçiliğin Tarihsel Gelişim Süreci", www.savaskarsitlari.org.
- Arendt, Hannah, İnsanlık Durumu, İstanbul: İletişim Yayınları. 2000, "Sivil İtaatsizlik", Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Ayrıntı Yayınları, 2001.
- Ökçesiz, Hayrettin, Sivil İtaatsizlik, Afa Yayınları, 1994.
- Thoreau, H. David, Haksız Yönetime Karşı, Cumhuriyet Kitapları Yayınları, 1999.
- Ehrlich, Howard, "Barışa Doğru: Anarşistler ve Savaş Karşıtı Hareket", //uk.geocities.com/anarşistbakis/makaleler/ehrlich-barisyolunda.html. 18.08.2006.
- Weichman, Jennifer, "Is Ecosabotage Civil Disobedience?", Philosophy & Geography, Vol.4, 2001. www.blackwell-synergy.com/ çevrimiçi 20.12.2005
- Rawls, John, A Theory of Justice, Oxford: Oxford University Press, 1971, "Sivil İtaatsizliğin Tanımı ve Haklılığı", Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Ayrıntı Yayınları, 2001.
- Habermas, Jurgen, Sivil İtaatsizlik, Afa Yayınları, 1995.
- Greenawalt, Kent, "Justifying Nonviolent Disobedience", Civil Disobedience in Focus, Ed. Hugo Adam Bedua, Newyork: Chapman and Hall, 1995.
- O'Sullivan, Noel, "Hannah Arendt: Eski Yunan Özlemi ve Endüstri Toplumu", Çağdaş Siyaset Felsefecileri, İstanbul: Remzi Kitapevi Yayınları,1993.
- Tella, Falcon y Maria Jose, "Civil Disobedience and Test Case" Ratio Juris, Vol.17, 2004. www.blackwell-synergy.com/ çevrimiçi 20.12.2005.
- Kardaş, Ümit, "Modern Devlet, Ordu ve Vicdani red İtirazı", Birikim, Sayı:207.
- Dworkin, Ronald, "Sivil İtaatsizliğin Etiği ve Pragmatiği", Kamu Vicdanına Çağrı Sivil İtaatsizlik, Ayrıntı Yayınları, 2001.
- Nişancı, Şükrü, Sivil İtaatsizlik, İstanbul: Okumuş Adam Yayınları, 2003.
- http//en.wikipedia.org/wiki/conscientious_objector.. 20.12.2005
- www.bianet.org/2004/05/21/352002.htm

Bir Boşvermişliğin Tarihi ve Genel Olarak Sakatlığa Dayanan Olumsuz Ayrımcılık

Selen ÖZEL*

Ayrımcılık, türlü görünüş biçimleriyle yüzyıllardır varlığını sürdüren ve günümüzde de özellikle bazı insan topluluklarının sıkça karşılaştığı bir yaklaşım biçimidir.

Tarihte ve günümüzde ayrımcılığın birçok örneğini bulmak olanaklıdır. Örneğin kölelik, doğuda Hint, Çin gibi yabancı uygarlıkların yanı sıra, Hun, Göktürk ve Uygur gibi eski Türk uygarlıklarında ve daha sonra tarih sahnesindeki yerini alacak olan Osmanlı İmparatorluğu döneminde de geçerli bir kurumdu.[1] Kölelik kurumu batıda da Eski Yunan ve Roma uygarlıkları döneminden 19. yüzyılın sonlarına kadar ulusal düzeyde varlığını sürdürmüştür.[2] Bilindiği üzere, Roma uygarlığında insanlar, kavimler hukuku *(ius gentium)* bakımından köleler ve özgürler olarak ikiye ayrılıyordu.[3] Bu uygarlıkta, köleler özgürlere –"efendilerine"- bağlı olarak üretim etkinliklerine katılmaktaydılar. Tarihin ve Roma hukukunun sağladığı veriler ışığında, kölelerin hak kavramının öznesi değil, tersine, nesnesi konumunda bulundukları bilinmektedir.[4] Roma uygarlığında, yurttaşlık haklarının konusu olan özgür Romalılardı.[5] Bu bağlamda, ayrımcı uygulamaların -kölelik örneğinde olduğu gibi- eski uygarlıklar döneminde var olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ne var ki, söz konusu uygarlıklarda, sosyo-ekonomik sistemin özünde varolan ayrımcı yaklaşım, bugün insan hakları hukukunun tutarlı olarak yasakladığı bir yaklaşım biçimidir.

İnsan haklarının evrimleşmesi süreci açısından önemli bir belge olarak değerlendirilen 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi[6] ve 18. ve 19. yüzyılın öncü anayasaları olan 1776 Pennsylvania, 1780 Massachusetts, 1787 Amerika Birleşik Devletleri, 1791 Fransa, 1812 İspanya/Cadiz, 1831 Belçika ve 1851 Prusya anayasalarında da seçme ve seçilme hakkının mülkiyet koşuluna bağlanması da ayrımcı yaklaşımı yansıtan örneklerdendir.[7]

Yine, erkek egemen anlayışın bir sonucu olan kadınla erkek arasındaki eşitsizliğin kökeni de Eski Yunan uygarlığına kadar uzanmaktadır.[8] Yukarıda kölelik kurumuyla ilgili olarak, Roma hukukunda yurttaşlık haklarının konusunun özgür Romalılar olduğunu dile getirmiştik. Önemle altını çizmek gerekir ki, "özgür Romalılar" sözlerinden anlaşılması gereken, "özgür erkek Romalılar"dır, çünkü Romalı kadınlar evlilik öncesi babalarının, evlendikten sonra da eşlerinin velayeti *(manus)* altındaydılar. Buna ek olarak, 1789 tarihli İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirisi ve yukarıda anılan 18. ve 19. yüzyılın öncü nitelikli anayasalarında da cinsiyetçi yaklaşımın izlerini görmek olanaklıdır. Özellikle, seçme ve seçilme hakkı açısından bu cinsiyetçi yaklaşım belirgindir. Bilindiği gibi, kadının seçme ve seçilme hakkını elde edebilmesi için 20. yüzyıla kadar beklenmiştir.[9]

20. yüzyılın önemli insan hakları hareketlerinden birine öncülük eden, **"Yurttaşlık Hakları Hareketinin Anası" Rosa Parks'ın**, Aralık 1955'te yorucu bir iş gününün sonunda Alabama eyaletinin Montgomery kentinde bindiği otobüste yerini bir beyaz yolcuya terk etmeyi kabul etmemesi,[10] bu uygulamaya verdiği tepki dolayısıyla tutuklanması ve yaşanan deneyimle başlayan boykot eyleminin temelinde de ayrımcılığa duyulan tepki vardı.[11]

Bilindiği gibi, insan hakları hukuku da büyük bir kültürel ve tarihsel birikimin ürünüdür. Ancak, her ne kadar tarihte insan haklarının evrimleşmesi süreci bağlamında önemli belge örneklerinin varlığı bilinse de, 20. yüzyılın ilk yarısında özellikle, Nazi Almanyası'nda bazı insan topluluklarına yönelen ve soykırımlara varan büyük hak ihlalleri ve İkinci Dünya Savaşı'nın yarattığı yıkımın insan hakları hukukunun doğuşunu hazırlayan gelişmeler olduğu kabul edilmektedir.

Bu iki önemli gelişmeden biri olan Hitler Almanyası'ndaki insanlık dışı uygulamaların özellikle anti-semitist

---

(*) İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Doktora Öğrencisi.

(1) Bkz. Coşkun Üçok, Ahmet Mumcu, Gülnihal Bozkurt, **Türk Hukuk Tarihi**, Savaş Yayınevi, Ankara, 1996, s: 20-21, 27-28, 85-88. Uygurlar döneminde kölelik kurumunun varlığını belgeleyen örnekler için bkz. s: 35-36

(2) Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Beta, İstanbul, 1997, s: 197-202

(3) Bkz. Belgin Erdoğmuş **Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar)**, Filiz Kitabevi, İstanbul 1995, s: 106

(4) Prof. Erdoğmuş, bu durumu şu sözlerle dile getiriyor: "Köle hak ehliyeti olmayan esas itibariyle bir hakkın konusu olan varlıktı..." a.g.e., s. 110

(5) Erdoğmuş, a.g.e., s: 112

(6) Gemalmaz, a.g.e., s: 49-53

(7) Gemalmaz, a.g.e., s: 63-66

(8) Üçok, Mumcu, Bozkurt a.g.e., s: 90-91

(9) Prof. Gemalmaz, katıldığımız şu saptamasını aktarıyor: "Burjuvazinin 'insan hakları' olarak sunduğu haklar ve özgürlükler sadece kendi sınıfından olanların yararlanabileceği kapsamda formülleştirilmekle kalmamıştı. Bunun yanı sıra çok önemli bir başka ayrımcılık da, üzerinde çok uzun süre boyunca pek durulmaksızın süre gidecekti. Bu cinsiyetçi ayrımcılık, tanınan hakların çoğunun, özünde, erkek egemen düşünüşün ve buna dayanan politiko-juridik ve toplumsal düzenin gereklerine uygun olarak biçimlendirilmiş olmasıydı. Bu ayrımcılık sorununu, diğerlerinin yanısıra siyasal haklar düzleminde de göstermek olanaklıdır. Örneğin, kadınların siyasal haklarına kavuşmaları, yasalarla tanınmaktan ibaret çerçevesi içinde bile, büyük ölçüde ancak 20. yüzyılda gerçekleşebilmiştir..." a.g.e., s: 66-67

(10) Bu deneyimin yaşandığı tarihlerde ABD'de siyahlar, otobüslerin arka koltuklarında oturmak zorundaydılar, ön koltuklar beyazlara ayrılmıştı.

(11) Parks'ın tutuklanmasıyla başlayan bu boykot eylemi **"Montgomery Otobüs Boykotu" ("Montgomery Bus Boycott")** olarak bilinmektedir. Boykot eylemi kapsamında siyahlar, bir yıl boyunca otobüslere binmeyerek söz konusu uygulamayı protesto etmişlerdir. Sonunda, otobüslerde siyahlara yönelen bu ayrımcı uygulama Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin verdiği bir kararla yasaklanmıştır. Ayrıntılı bilgi için bkz KAM Rosa Parks and the Montgomery Bus Boycott, (Çevirimiçi) http://www.geocities.com/CollegePark/Classroom/9912/rosa-parks.html. Ayrıca Rosa Parks'ın yaşantı öyküsü için bkz, RosaParks Biography-Academy of Achievement, (Çevirimiçi) http://www.achievement.org/autodoc/page/par0bio-1

ve anti-komünist yönleri bu dönemin en çok tartışılan özellikleridir.[12] Ancak, bu dönemin pek sözü edilmeyen yönleri de vardır ki, bunlardan biri de Nazilerin, "**ekonomik yükler**" ve "**yararsız yiyiciler**"[13] olarak nitelendirdikleri sakat-hasta topluluğuna yönelen uygulamalardır. Nazizmin 1933-1945 yılları arasında bu topluluğa uyguladığı kısırlaştırma, öldürme ve zorla çalıştırma gibi eylemlerin temelinde, zihinsel veya fiziksel sakatlığın, **"doğuştan kötü/bela"** olmanın ve "**suç eğilimlerinin bir göstergesi**" olarak değerlendirilebileceği düşüncesi/varsayımı yatmaktaydı.[14] Bu düşünce/varsayım bağlamında Nazi yönetimi, o dönem Almanyası'nda yaşayan sakat bireylerin öncelikle 1933'te yürürlüğe giren? **Kalıtsal Hastalık Taşıyan Soyların Önlenmesi Yasası**"na (*Law for the Prevention of Genetically Diseased Offspring*) dayanarak zorla kısırlaştırılması politikasını uygulamaya koymuş,[15] ardından "**Aktion T-4**" kod adıyla anılan bir "ötenazi" programıyla katletme politikası izlemiştir.[16] Kısırlaştırma işlemlerinin sistematik bir biçimde uygulanmasını sağlamak amacıyla da 181 sağlık ve temyiz mahkemesi kurulmuştur.[17] Bu yasa yürürlüğe girdiği 1933 yılında zorla kısırlaştırmaya ilişkin düzenlemeleri içermiş, 1935'te kürtaj uygulamalarını da kapsayacak biçimde genişletilmiştir.[18] Öldürme programı **Aktion T-4,** yetişkin kadın ve erkekleri kapsamıştır. Ancak Nazilerin hedefi sadece yetişkinlerle sınırlanmış değildi. Bu programa "**Çocukların Programı**" olarak adlandırılan bir program da eklenmiş, böylece "**çocuk ötenazisi**" olarak da nitelendirilen öldürme programı, "**ciddi kalıtsal hastalık**" kuşkusu uyandıran yeni doğmuş bebekleri ve üç yaşın altındaki çocukları da kapsamıştır. Bu program da daha sonra on yedi yaşın altındaki çocukları da kapsayacak biçimde genişletilmiştir.[19] Bu uygulamalar sistematik biçimde yürütülmüş, işkence olarak değerlendirilebilecek yöntemler uygulanarak –örneğin, kısırlaştırma işlemlerinde cinsel

(12) Disability Rights Advocates (Sakat Hakları Savunucuları) kuruluşunun Eylül 2001 tarihli, **"Forgotten Crimes: The Holocaust and People with Disabilities"** ("Unutulmuş Suçlar: Holokost ve Sakatlar") başlığını taşıyan raporunun başında Henry Friedlander'ın **"The Origins of Nazi Genocide: from Euthanasia to the Final Solution"** (Nazi Soykırımının Kökenleri: Ötenaziden Nihai/Kesin Çözüme) başlıklı kitabına yollamayla şu alıntıya yer verilmiştir: "Auschwitz Savaş sonrası dünyada, yirminci yüzyıldaki soykırımın simgesi haline geldi. Oysa Auschwitz Nazilerin sadece en kusursuz son katliam merkeziydi. Katletme girişimlerinin tamamı Ocak 1940'ta en çaresiz insanların, engelli hastaların öldürülmesiyle kurumsallaşmaya başlamıştır..." Özgün dili İngilizce olan bu rapor için bkz: http://www.dralegal.org/downloads/pubs/forgotten_crimes.pdf#search=%22Full%20Text%20of%20the%20Report%20Forgotten%20Crimes%20Holocaust%20and%20People%20with%20Disabilities%20by%20Disability%20Rights%20Advocates%20Oakland%20California%202001%22

(13) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 5 vd

(14) Disability Rights Advocates, a.g.r., a.y.

(15) Disability Rights Advocates, a.g.r., 6-9

(16) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 9-13

(17) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 6. Ayrıca bkz. Marta Russell, **Beyond Ramps Disability At The End Of The Social Contract**, Common Courage Press, 1999, s: 19. Russell adı geçen kitabında **"Kalıtsal Hastalık Taşıyan Soyların Önlenmesi Yasası"**nın,şizofreni, kalıtsal sağırlık, körlük, epilepsi ve zihinsel zayıflık gibi hastalık ve sakatlıkları kapsadığını belirtiyor.

(18) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 7

(19) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 13-15

organlarda yara açılması, öldürme eylemlerinde doğrudan kalbe zehir enjekte edilmesi, aç bırakmak vb- insanlar kısırlaştırılmış veya öldürülmüştür. Nazilerin bu eylemleri kısırlaştırma ve öldürme eylemleriyle de sınırlı kalmamıştır. Bunlara ek olarak, sakat topluluğu zorla çalıştırma, tıbbi araştırma ve deneylerde kullanılma gibi eylemlerin de konusu olmuş, Almanya'nın işgal ettiği topraklarda yaşayanlar da dahil birçoğunun malı-mülkü yağmalanmıştır.[20] Sakat Hakları Savunucuları (Disability Rights Advocates) kuruluşunun Eylül 2001 tarihli raporuna göre, kısırlaştırma uygulamaları kapsamında en az 375.000 kişinin kalıcı olarak kısır kaldığı, kısır kalan insan sayısının toplamının ise 400.000'i aştığı;[21] ötenazi programı kapsamında da en az 275.000 kişinin yaşamını yitirdiği sanılmaktadır.[22] Yukarıda belirtilen diğer eylemlerin mağduru olan ve savaş bölgesinde yaralanan, yaşamını yitiren sakatlar belirtilen sayının dışındadır.

Görüldüğü üzere, her ideoloji gibi Nazizm de kendine özgü altyapısını oluştururken hukuksal düzlemde kendi yapılanmasını güçlendirecek ve bu yapılanmaya hukuksal geçerlilik kazandıracak düzenlemeler yapmayı da unutmamıştır. 1933'te "**Kalıtsal Hastalık Taşıyan Soyların Önlenmesi Yasası**"nın çıkarılması bu durumun en çarpıcı örneklerinden biridir. Bu yasanın işlevselliğini sağlayacak kalıtsal sağlık mahkemelerinin kurulması da bir başka çarpıcı örnektir. Bu bağlamda hukukun, zorba egemen güçlerin elinde işlevini yitirdiğini, giderek işkence ve baskının geçerlilik aracı konumuna getirildiğini söylemek olanaklıdır.

Bütün bu işkence deneyimlerine karşın, "Nazilerin işkence denemelerinin ilk mağduru" olan sakat topluluğu boşverildi ve uzunca bir süre Birleşmiş Milletler gibi uluslararası kuruluşların, akademisyenlerin,[23] insan hakları savunucularının gündeminde pek yer almadı. İnsan hakları ihlallerini izleme ve bu ihlalleri belgelendirme gibi önemli etkinlikleri bulunan İnsan Hakları İzleme örgütü (Human Rights Watch) ve Uluslararası Af Örgütü (Amnesty International) gibi kuruluşlar da bu alanı hep ihmal ettiler.[24] Bugün sakat bireylerin dünyanın her yerinde eğitim, iş, sosyal ve kültürel etkinliklere katılım, oy kullanma, siyasal hayata katılım, barınma, ulaşım, erişebilirlik, haberleşme ve kamusal hizmetlerden yararlan-

(20) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 24-27, 27-30, 30-37

(21) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 7

(22) Disability Rights Advocates, a.g.r., s: 3

(23) Arlene S. Kanter, **"THE GLOBALIZATION OF DISABILITY RIGHTS"**, (Çevirimiçi) 30th Anniversary Issue, Syracuse Journal of International Law and Commerce, Summer 2003, s: 254. (Makaleye, Westlaw veri tabanında yapılacak bir aramayla ulaşılabilir.) Bağlantı: text.westlaw.com. Yazar, uluslararası ve bölgesel sakat haklarını ele aldığı makalesinde, sakat bireylerin uzunca bir süre boyunca BM dahil uluslararası kuruluşlar ve uzman hukukçularca ihmal edildiğini vurgulamaktadır.

(24) Janet E. Lord, **"NGO PARTICIPATION IN HUMAN RIGHTS LAW AND PROCESS: LATEST DEVELOPMENTS IN THE EFFORT TO DEVELOP AN INTERNATIONAL TREATY ON THE RIGHTS OF PEOPLE WITH DISABILITIES"**, (Çevirimiçi: Westlaw veri tabanı), 10 ILSA Journal of International and Comparative Law, Spring 2004, s: 311-312. Lord da bu çalışmasında, sakat haklarının uluslararası insan hakları açısından kuramsal olarak ve uygulamada geleneksel olarak ihmal edildiğini ve İnsan Hakları İzleme Örgütü ve Uluslararası Af Örgütü kuruluşlarının sakat hakları ihlallerine ilişkin ihlalleri izleme ve belgeleme etkinliklerinde bulunmadıklarını eleştirmektedir.

ma gibi birçok konuda ayrımcı uygulamalara hedef oldukları BM raporlarına –örneğin, özel raportörlerce BM İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan ve 1983-1992 yılları arasındaki zaman dilimini kapsayan rapora[25]- yansımasına karşın, bu boşvermişlik halen etkisini sürdürmektedir. Ayrıca, Avrupa Konseyi'nin 1592 sayılı tavsiye kararı da anılan BM raporunun sağladığı verileri bölgesel düzlemde destekler niteliktedir. Söz konusu kararda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) ve Avrupa Sosyal Şartı'nın kapsamına giren bazı temel hakların çoğu sakat birey açısından halen yararlanılabilir olmadığı vurgulanmaktadır. Kararda sayılan bazı haklar şunlardır: Eğitim hakkı, çalışma hakkı, özel ve aile yaşamına saygı hakkı, sağlık ve sosyal güvenliği koruma hakkı, yoksulluğa ve sosyal dışlanmaya karşı korunma hakkı vs (paragraf 2.).[26] Özetle, sakat bireylerin temel hak ve özgürlükleri kullanırken fiziksel ve sosyal engellerle karşılaştığı bilinmektedir. Bu boşverme yaklaşımının doğal bir sonucu olarak sakat hakları, insan hakları hukukunun diğer alt dallarına göre daha geç gelişecektir. –gerçekten sakatlığa ilişkin uluslararası yasama etkinliklerinin 35 yıllık bir geçmişi vardır.[27] 1970'li yıllara kadar sakatlık BM'nin gündeminde yer almamıştır- Sözü edilen bu boş vermişlik aşağıda da ele alınacağı gibi, insan haklarının temel belgelerine damgasını vuracaktır. Sakat topluluğu, Türkiye'de ve dünyada yıllardır toplumun başka bireyleri gibi, hakkın öznesi olmaktan çok, hayır kurumlarının, toplumda acıma duyguları içeren bakış açılarının değişmez konusu oldu veya bakım, rehabilitasyon gibi destekleyici hizmetler alması gereken bir insan topluluğu olarak algılanmıştır.[28] Başka anlatımla, sakat bireyler, sakatlıkları dolayısıyla üretken olamayan ve toplumsal yaşama etkin biçimde katılamayan; sürekli ailelerine veya kurumsal yardıma, bakıma gereksinim duyan bağımlı, edilgin insanlar olarak değerlendirilmiştir. Bu bağlamda da, sakatlık olgusu tıbbi (medikal) bir soruna indirgenmektedir. Bu anlayışın sonucu olarak, sakat bireylerin haklarını gereği gibi kullanamamasının kaynağı sakatlık olgusunda aranmaktadır. Bu yaklaşımlar dolayısıyla üretilen çözümler veya getirilen çözüm önerileri de söz konusu olgunun dar bir çerçevede sıkışıp kalmasına yol açmakta, hatta bazen dışlayıcı yaklaşımların güçlenmesine neden olabilmektedir. Örneğin, sakatlar için ayrı ulaşım araçları, parkların, okulların yaratılması bu durumun tipik örnekleridir. Tam da bu noktada, öncelikle anlayışın değişmesi gerektiğini vurgulamak gerekir. Bütün bireylerin eşit haklara sahip oldukları, ancak bazı farklılıklarının bulunabileceğinin kavranması gerekir.[29] Özetle, söz konusu olgunun sadece tıbbi bir sorun olarak ele alınması çoğu kez ayrımcı yaklaşımların güçlenmesine neden olmaktadır.

Peki nedir yukarıda sözünü ettiğimiz insan hakları belgelerine yansıyan önemli eksiklik?

İnsan hakları hukukunun temel belgeleri olan, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi (EİHB), Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi (ESKHS) ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi (MSHS) ayrımcılık yasağını düzenleyen belgelerdir. Bu belgelerin üçü de ayrımcılık yasağını benzer biçimde düzenlemişlerdir.[30] Örneğin, MSHS'nin ayrımcılık yasağını düzenleyen 2/1. maddesi şöyledir: "**Bu Sözleşmenin tarafı her devlet, kendi ülkesinde bulunan ve yargı yetkisine tabi olan tüm bireyler bakımından, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum yahut başkaca statü gibi herhangi bir türde ayrım yapılmaksızın bu sözleşmede tanınan haklara saygı göstermeyi ve bunları güvence altına almayı üstlenir.**"[31]

Öncelikle, bu düzenlemede özel olarak ve açıkça, ırk, renk, cinsiyet gibi ayrım yaratacağı günlük yaşam deneyimleriyle ve tarihsel veriler ışığında saptanmış durumların yer alması son derece yerinde bir yaklaşımdır. Bununla birlikte, sakatlık olgusundan bu düzenlemede hiç söz edilmemiş olması bu ve buna benzer düzenlemelerin bulunduğu belgelerin terimsel bir eksikliğidir. Düzenlemedeki bu eksiklik bilinçli olmasa da, herhalde yukarıda sözü geçen boş vermişliğin bir sonucudur. Ancak düzenlemedeki, "...yahut başkaca statü gibi..." sözlerinin geniş yorumlanmasıyla, sakatlık durumunun da bu yasağın kapsamına girdiğini kabul etmek gerekir.

Terimsel eksiklik neden önemlidir?

Öncelikle, söz konusu farklılığın terimsel olarak temel insan hakları belgelerinde yer alması, olası ayrımcılık deneyimlerinde doğabilecek boşlukları tam olarak ortadan kaldıramasa da, duraksamaları azaltabilir. İkinci olarak, ayrımcılık yasağının kapsamında sakatlığın da bulunması, bu yasağa uyma bilincinin güçlenmesinde psikolojik olarak yasak kapsamına giren tüm grupların farklılık gözetilmeksizin eşit olduğu anlayışının yerleşmesini kolaylaştırabilir. Üçüncü olarak, ayrımcılık yasağı ihlallerinin belgelendirilme-

(25) Aktarılan bilgiler Kanter'in makalesinde yer almaktadır. Özel raportörler: Leandro Despouy ve Erica-Irene Daes tarafından hazırlanarak BM İnsan Hakları Komisyonu'na sunulan bu raporun 1983-1992 yılları arasında dünyada sakat hakları ihlallerini belgelediği belirtilmektedir. Kanter, a.g.e, s: 247

(26) Avrupa Konseyi, Tavsiye Kararı,: ***"Towards full social inclusion of persons with disabilities"***, No: 1592, 29/01/2003. (Çevirimiçi) http://assembly.coe.int/Documents/AdoptedText/ta03/EREC1592.htm

(27) BM Genel Kurulu'nun 2856 (XXVI) sayılı kararıyla 20/12/1971 tarihinde kabul edilen ilk belge ***"Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons"*** (Zihinsel Özürlü/Engelli Hakları Bildirisi) başlığını taşımaktadır. Bildiri metni için bkz: http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/m_mental.htm

(28) Sakat bireylerin, hak kavramının öznesi olarak algılanmadıkları, bunun yerine hayır kurumlarının, acıma ve koruma duygusu ağırlıklı yaklaşımların konusu oldukları, son yıllarda sakat hakların ele alan yazarların haklı olarak sıkça eleştirdikleri bir anlayıştır. Theresia Degener de bu yaklaşımı ve sakat bireylere yönelen dışlayıcı anlayışı eleştiren yazarlardan biridir. Dr. Theresia Degener, ***"INTERNATIONAL DISABILITY LAW—A NEW LEGAL SUBJECT ON THE RISE: THE INTERREGIONAL EXPERTS' MEETING IN HONG KONG , DECEMBER 13*17, 1999"***, Rapor, 18 Berkeley Journal of International Law 180, 2000, s: 180, (Çevirimiçi) Westlaw Veritabanı. Ayrıca, Janet E. Lord ve Arlene S. Kanter de adı geçen makalelerinde benzer görüşleri dile getirmektedirler. (Lord s: 312, Kanter s 241).

(29) Sakatlığın, bir farklılık olarak kabul edilebileceği, ilke olarak 13 Aralık 2006 tarihinde Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edilen ***"Sakat Hakları Sözleşmesi"***nin ***"Genel İlkeler"*** başlığını taşıyan 3. maddesinin, d bendinde yer almaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz: UN Enable ***Text of Convention on the Rights of Persons with Disabilities***, (Çevirimiçi) http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/convtexte.htm

(30) Karş. Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, madde 2/1; Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, madde 2/2; Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, madde 2/1.

(31) Adı geçen üç belgenin Türkçe çevirileri için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, ***Ulusalüstü İnsan Hakları Belgeleri (Uluslararası ve Bölgesel Sistemler,)*** Beta yay. (2. baskı), İstanbul 2000

sinde sakatlığın atlanmasını önleyebilir.

Peki nedir sakatlığa dayanan ayrımcılık?

Sakatlığa dayanan ayrımcılık -İngilizce karşılığıyla, "disability-based discrimination"- Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne dayanarak hazırlanan 5 Numaralı Genel Yorum Belgesi'nde şöyle tanımlanmıştır: "**Bu sözleşmenin amaçlarına uygun olarak, sakatlığa dayanan ayrımcılık, her türlü ayrıştırma, dışlama, kısıtlama ya da tercih veya gerekli düzenlemelerin gereği gibi yapılamaması dolayısıyla, ekonomik, sosyal ve kültürel hakların kullanılamaması veya bu haklardan yararlanılmasının büyük ölçüde ortadan kaldırılmasıdır**..."(paragraf 15)[32] Bu tanım söz konusu ayrımcılıktan ne anlaşılması gerektiği konusunda bir fikir vermektedir. Bu tanım ekseninde, örneğin, gerekli koşulları yerine getirerek bir eğitim kurumuna başvuran bir öğrenci adayının sakatlık gerekçesiyle reddedilmesi veya işverenin bir eleman adayını sadece sakatlık gerekçesiyle geri çevirmesi ayrımcılık sayılabilecektir.

13 Aralık 2006 tarihinde sakat hakları konusunda önemli bir gelişme yaşandı, -ki bu gelişme bildiri metninin güncellenmesini zorunlu kılmıştır- taslak halinde bulunan "**Sakat Hakları Sözleşmesi**" Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nda kabul edildi. 30 Mart 2007 tarihinde imzaya açılacak olan bu sözleşme de sakatlığa dayanan ayrımcılığı yukarıda yer verdiğimiz tanıma benzer biçimde tanımlamıştır:[33] Ancak, 5 Numaralı Genel Yorum Belgesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne dayanarak hazırlandığından söz konusu tanım, sözleşmenin kapsamına giren haklarla sınırlıdır. Sakat Hakları Sözleşmesi'nin 2. maddesinde yer alan tanım ise ekonomik, sosyal ve kültürel haklara ek olarak, medeni ve siyasal haklarla diğer alanlarda ortaya çıkabilecek ayrımcılıkları da kapsamaktadır. Özetle, sakatlığa dayanan ayrımcılığın kapsamı bu tanımla genişletilmiştir. Kuşkusuz, Sakat Hakları Sözleşmesi niteliği gereği, hakların korunması bağlamında bildiri gibi bağlayıcı özelliği olmayan belgelere göre daha etkin bir koruma sağlayabilecektir. Öte yandan, söz konusu sözleşmede, varolan uluslararası, bölgesel ve ulusal hukuksal düzenlemelerine göre daha gelişmiş bir insan hakları anlayışının bulunduğu söylenebilir. Birleşmiş Milletler'in sakat haklarına ilişkin çalışmalarında özellikle 1990'lı yıllardan başlayarak insan hakları anlayışının belirginleştiğini görüyoruz. 17 Aralık 1991'de kabul edilen "**Akıl Hastalarının Korunması ve Akıl Sağlığının Geliştirilmesine İlişkin İlkeler**" bağlığını taşıyan belge bu anlayışı yansıtan örneklerden biridir.[34] Söz konusu belgede, akıl sağlığının geliştirilmesine ek olarak, akıl hastalarının,

(32) OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER FOR HUMAN RIGHTS, *"Persons with disabilities", General Comment 5, 09/12/1994, (Çevirimiçi)* http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(symbol)/CESCR+General+comment+5.En?OpenDocument

(33) Bkz., Sakat Hakları Sözleşmesi, madde 2, a.y.

(34) Bkz., *Principles for the Protection of Persons with Mental Illnesses and the Improvement of Mental Health Care, (Çevirimiçi)* http://www.unhchr.ch/html/menu3/b/68.htm

Evrensel İnsan Hakları Bildirisi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin kapsamına giren temel hak ve özgürlüklerden yararlanma haklarının bulunduğu açıkça belirtilmiştir (bkz., İlke 1, paragraf 5). 20 Aralık 1993'te kabul edilen "**Sakatlar için Fırsat Eşitliğine İlişkin Standart Kurallar**" adlı belge de, insan hakları anlayışını yansıtan ve ulusal düzlemde oluşturulacak altyapının bu anlayışa uygun olarak yapılanmasını amaçlayan bir belgedir.[35] Standart Kurallar, bilinçlendirme; tıbbi bakım; rehabilitasyon; destek hizmetleri; erişebilirlik; eğitim ve iş gibi birçok konuda devletlerin ulusal düzlemde altyapı oluştururken yararlanabilecekleri bir yol gösterici, rehber kaynak niteliğindedir. Yine, "**Sakat Bireyler**" bağlığını taşıyan ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'ne dayanarak Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi tarafından hazırlanan 5 Numaralı Genel Yorum Belgesi de insan hakları anlayışının belirgin olduğu bir belgedir. Ancak Sakat Hakları Sözleşmesi bağlayıcı özelliği bulunduğundan daha kararlı bir adımı ifade etmektedir.

Sakatlığa dayanan ayrımcılığın kaynakları bakımından, sakat hakları konusunda "öncü" olarak değerlendirilen Amerika Birleşik Devletleri'nde bazı yazarların benimsediği bir sınıflandırma bu konuda fikir verebilir.[36] Buna göre ayrımcılığın dört kaynağı vardır. Bunlar:

Rahatsızlık;

Korumacılık ve acıma;

Genelleme;

4) Damgalama biçiminde sıralanmaktadır.

Bugün dünyada 40 ülkede ayrımcılık karşıtı hukuksal düzenlemelerin olduğu sanılmaktadır.[37] Bu ülkelerin başında Amerika Birleşik Devletleri, Kanada, İspanya, Birleşik Krallık, İsrail, İsveç ve Avustralya gelmektedir

Türkiye'de 1982 Anayasası'nın "**Kanun önünde eşitlik**" başlığını taşıyan 10. maddesi, uluslararası insan hakları belgelerindekine benzer bir düzenlemeyle ayrımcılığı yasaklamıştır. Söz konusu maddede de herkesin, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasî düşünce, felsefî inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğu belirtilmiştir. Bu temel yasada da ayrımcılığa karşı korunan gruplar arasında sakatlıktan söz edilmemiştir. Ancak yapılacak ilk anayasa değişikliğiyle sakatlık durumunun da söz konusu gruplar arasına eklenmesini kararlılıkla beklemeye bir engel yoktur.

1 Temmuz 2005 tarih ve 5378 sayılı, "**Özürlüler ve Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun**"la –kısaca "**Özürlüler Yasası**"- ayrımcılık yasaklanmış görünmektedir. Bununla birlikte, bu düzenlemeler belirsizlikler ve üstü kapalı ifadeler içermektedir. Örneğin, yasanın "**Genel**

(35) UN Enable, *Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities, (Çevirimiçi)* http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre00.htm

(36) Ruth Coker, Adam A. Milani, Bonnie Poitras Tucker, *The Law of Disability Discrimination, Fourth Edition, 2003 by Anderson Publishing Co. s: 2-6*

(37) Kanter, a.g.e., s: 249 vd

esaslar" başlığını taşıyan 4. maddesinin a bendinde: "...**Özürlüler aleyhine ayrımcılık yapılamaz; ayrımcılıkla mücadele özürlülere yönelik politikaların temel esasıdır**." deyişine yer verilmiştir. Bu düzenleme karşısında, "Özürlüler lehine ayrımcılık yapılabilir mi?" sorusu akla gelecektir. Yasada ayrımcılıkla ilgili bir tanım bulunmadığından, ayrımcılıktan ne anlaşılması gerektiği de belirsizdir. Ancak bu belirsizliklere karşın, yasanın olumsuz ayrımcılığı yasaklama eğiliminde olduğu sonucuna varılabilir. Ne var ki, böyle bir düzenleme biçimi, uygulamada karışıklıklara yol açabilir.

Türkiye'de ayrımcılık karşıtı hukuksal düzenlemelerde önemli bir gelişme de, ayrımcılığın 5237 sayılı yeni **Türk Ceza Yasası'nın** (TCY) kapsamına giren bir suç niteliği kazanmasıdır. 1 Haziran 2005'te yürürlüğe giren yeni TCY'nin "**Ayrımcılık**" başlığını taşıyan 122. maddesinde, Anayasa madde 10'da sayılan nedenler dolayısıyla, bir taşınır veya taşınmaz malın satımı, devri, bir hizmetin icrası veya hizmetten yararlanılmasının engellenmesi, bir kişinin işe alınmasını veya alınmamasını sayılan nedenlere bağlanması (bent a); besin maddelerinin verilmemesi veya kamuya arz edilmiş bir hizmetin yapılmasının reddedilmesi (bent b) ve kişinin olağan bir ekonomik etkinlikte bulunmasının engellemesi (bent c) ayrımcılık olarak nitelendirilmiş ve bu davranışlarda bulunan kişilerin altı aydan bir yıla kadar hapis veya adli para cezasıyla cezalandırılacakları öngörülmüştür. Yeni TCY'deki bu düzenlemeye 5378 sayılı Özürlüler Yasası'nın 41. maddesiyle "**özürlülük**" de eklenmiş, böylece sakatlık da ayrımcılığa karşı korunan gruplar arasında açıkça yer almıştır. 5378 sayılı yasanın TCY'de yaptığı bu yenilik yerinde olmuştur.

Sonuç olarak, kuşkusuz, hakların korunması ve ayrımcılıkla mücadele konusunda, yasalaştırma etkinlikleri çok önemli bir adımdır. Ancak bu düzenlemelerin işlevsel bir nitelik kazanması için uygulamaların standartlaştırılması, ihlallerin düzenli biçimde izlenmesi, belgelendirilmesi ve yönetsel, yargısal denetim mekanizmalarının etkin biçimde çalışması gerekir. Bunlara ek olarak, sakat bireylerin ve ilgili sivil toplum kuruluşlarının da tutarlı ve etkin biçimde bu izleme, ihlalleri belgelendirme, özetle denetim etkinliğine katılması gerekir. Böylelikle, yapılan düzenlemeler umut verici bir anlam kazanabilecektir.

Bunlara ek olarak, sakatlık ve sakat hakları konusunda, sadece sakat topluluğunun değil, toplumun da bilinçlendirilmesi gerektiği gerçeğinin göz ardı edilmemesi gerekiyor. Ayrımcı, dışlayıcı politikalar yerine, toplumla bütünleştirici politikaların hayata geçirilmesi, toplumu bilinçlendirme çalışmalarına da ivme kazandırabilecektir. Özetle, dünyanın içinde başka dünyalar yaratarak, "ötekilerin dünyası"nı biçimlendirmek, ancak ayrımcı, dışlayıcı yaklaşımları güçlendirir.

Son olarak, sakatlık olgusunun hukuksal boyutlarının akademisyenler tarafından ele alınması, bilimsel araştırma etkinliklerinin geliştirilmesi gerektiğini de vurgulamak gerekir. Kısaca, bilim dünyasında da sakatlık olgusunun çok yönlü olarak ele alınması, bu konudaki bilincin oluşması gerekmektedir. Böylece, uzman görüşüne gereksinim duyulduğunda yaşanan tıkanıklıklar da aşılabilecektir.

Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi

Yusuf KARAKOÇ*

GİRİŞ

İki yılda bir yapılmakta olan Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu'nun Üçüncüsünde de yine birlikteyiz. Böyle geniş katılımlı ve olabildiğince verimli bir sempozyuma öncülük eden değerli dostum sayın Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz'e; organizasyonu üstlenen İstanbul Barosu'nun başkanı değerli meslektaşım sayın Avukat Kâzım Kolcuoğlu ve mesai arkadaşlarına; bu yıl yapılmakta olan sempozyumun yönetmenliğini üstlenen değerli meslektaşım sayın Prof. Dr. Yasemin Işıktaç'a ve güzel bir hafta sonu eğlenmek ve dinlenmek varken, üç gündür sürmekte olan sempozyumu izlemeyi tercih eden sizlere teşekkür ediyor, hepinizi saygıyla selamlıyorum.

Tebliğ başlığı olarak, *Yargı Kararlarının Dili ve Gerekçesi*'ni seçtim. Çünkü, hukuk dili özellikli bir dildir. Hukuk metinleri, bir dilin şahikası olmalıdır. Acaba, birer hukuk metni olan yargı kararlarının dili bu özelliği taşımamakta mıdır? Öte yandan, bütün mahkemelerin kararlarının gerekçeli olması gerekir. Gerekçe, mahkeme kararının doğruluğunun ve meşruiyetinin temelini oluşturur. Acaba, hukukun bizatihi kendisi olması gereken yargı kararları doğru ve meşru bir temele dayanmakta mıdır? İşte, bu ve benzeri soruların cevabını birlikte aramak, uygulamadan bazı örnekleri sizlerle paylaşmak için böyle bir başlık altında bir konuşma yapmayı düşündüm.

Yoğun teorik tartışmalara girmeden, konuşmayı ayrıntıya boğmadan ana hatlarıyla konuyu ele almak istiyorum. Şüphesiz, Türk yargısında hem dil ve hem de gerekçe yönünden dört başı mamur kararların varlığını asla yadsımıyorum. Haksızlığa uğrayanların ve/ya da uğradığını sananların *son sığınağı* olan yargının amacına uygun olarak daha iyi, daha düzgün, daha güzel işlemesi için sadece olumsuz örneklere işaret etmek istiyorum. Amacımız, ülkemizde hukukun gerçek anlamda var olmasına ve hukukun üstünlüğünün sağlanmasına katkıda bulunmaktır.

I.YARGI KARARLARININ DİLİ

Teorik ve/ya da pratik açıdan hukuk hayatında iletişimin aracı hukuk dilidir. Hukuk dilinde kullanılan kavramların, kurumların ve kuralların inceliklerini, çok anlamlı olabilme gibi özelliklerini göz önüne almadan varılacak sonuçlar gerçeğe aykırı, yanlış, yanıltıcı, adalet duygusunu rencide edici

(*) Prof. Dr., Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Merkezi Müdürü

olabilir. Nitekim, hukuk, adalet, hakkaniyet, hukuk devleti, hukukun üstünlüğü, insan hakları gibi kavramlar içeriği çok farklı ve tartışmalı olan temel kavramlardır[1].

Yargı kararları, birer hukuk metnidir. Hukuk metinleri, bir dilin şahikası olmalıdır. Bu itibarla, yargı kararları doğru ve düzgün bir biçimde kaleme alınmalıdır. Yargı kararlarında kullanılan dilin, Türkçe, anlaşılır ve hukuk dili olması gerekir. Hukuk dili, hemen her ülkede farklı bir dildir. Hukuk alanının özelliği, bu alanda kullanılan dili farklılaştırmaktadır. Kaldı ki, hemen her bilim alanının kendine özgü bir dili olduğu bilinen bir gerçektir. Örneğin, ayrı bir tıp dilinden, mühendislik dilinden, iktisat dilinden, hatta edebiyat dilinden söz edilmekte ve bu diller kendi alanlarında kullanılmaktadır. Doktorların yazdığı reçeteyi o alanın uzmanı olmayan birinin anlaması neredeyse mümkün değildir.

Hukuk, sosyal bir bilim dalıdır. Hukuk metinleri, sorumlu/yükümlü tuttuğu kişiler tarafından anlaşılır olmalıdır. Fakat, her alanın, uzmanının anlayacağı farklı bir dilinin var olması yine de kaçınılmazdır. Hukuk, kavramlar, kurumlar ve ilkeler bilimidir. Bu kavramların, kurumların ve ilkelerin gereği gibi anlaşılması, bu alanda gerekli ve yeterli bir eğitim/öğretimi gerekli kılmaktadır. Aksi halde, hukuk fakültelerine ve hukukçulara gerek olmazdı; hukuk duygusuna/bilincine sahip herkes hukukçu olarak nitelendirilebilirdi.

Hukuk dilinde olmaması gereken ve/ya da dilin doğru kullanılmadığına ilişkin bazı uygulama örneklerine işaret etmekte yarar vardır. Hukuk uygulamasında sıkça karşılaşılan bir örnek, dava dilekçelerinde "Sayın Hâkimliğine", "Sayın Mahkemesine" deyimlerine yer verilmesidir. "Sayın" sıfatı, gerçek kişiler için kullanılmalıdır. Oysa, hitap edilen şahıslar değil, kurumlardır. "Sayın" sıfatının hukuk diliyle bir ilgisi bulunmamaktadır.

Yine, dava dilekçelerinde ve/ya da mahkeme kararlarında sıkça rastlanan bir başka sıfat, "Yüce" sıfatıdır. Bu sıfatın da hukukla bir ilgisi bulunmamaktadır. Laik bir hukuk sisteminde herhangi bir mahkemeye "Yüce" sıfatı izafe etmek, o mahkemeyi/mercii kutsallaştırmak anlamına gelir. Hele bunun bizzat bir Yüksek Mahkeme tarafından yapılması ise[2], işi daha da anlaşılmaz hale getirmektedir.

Hem yargı kararlarında hem de hukuk yazınında yer alan başka bir yanlış kullanım örneği de, Kanunların adını "Yasa" biçiminde ifade etmektir. Türk Hukukunda Anayasa dışında hiçbir kanunun adında "yasa" sözcüğü yer almamaktadır. Türk Medeni Kanunu'na Türk Medeni Yasası, Türk Ceza Kanunu'na Türk Ceza Yasası demek, bir kimsenin adını farklılaştırmak gibidir. Farklı ad, başkasını ifade eder. Kanun adlarında hangi sözcükler yer alıyorsa onları kullanmak gerekir. Şayet "kanun" sözcüğü beğenilmiyorsa, Kanunların adlarından bu sözcüğün çıkarılması sağlanmalıdır. Bu yapılıncaya kadar, Kanunların adlarının, yer alan kelimeleri aynen kullanarak belirtilmesi gerekir. Her kademedeki hukuk alanı

(1) Karayalçın, s. 3.

(2) Bkz. Yarg. HGK. 25.02.2004 gün ve E.2004/1-120, K.2004/96, (Özel Arşiv).

çalışanlarının bu konuda titizlik göstermesinde yarar vardır.

Türkçe Dilbilgisi kurallarına uymayan, nerede başlayıp nerede sona erdiği anlaşılamayan uzun ifadelerle dolu kararlara sıkça rastlanılmaktadır. Kararlar, okuyanların anlayacağı açıklıkta kaleme alınmalı; meramı iyi anlatabilmelidir. Konunun uzmanının bile anlayamayacağı karmaşıklıkta kaleme alınmış bir karar amaca hizmet etmekten çok uzaktır. Anlaşıl(a)mayan bir kararın (doğru) uygulanması da mümkün değildir.

Dilde ve bu arada hukuk dilinde yenileşme, zenginleşme gayet doğaldır. Ancak, dili ve bu arada hukuk dilini yenileştirmek için "uydurma"cılık yapılırsa, bu dilin yenileşmesi ve zenginleşmesine hizmet etmek bir yana, anlaşılmaz hale gelmesine ve fukaralaşmasına yol açılır. Dil, dinamik bir olgudur. Yeni kavramlar ve kurumlar, ihtiyaç duyuldukça üretilecek, önerilecektir. Üretilen ve öneriler kavram ve kurumlar, geniş kitleler tarafından benimsendikçe yerleşecektir. Yenileşmenin kendi doğal seyri içinde gerçekleşmesine yardımcı olmak gerekir. Aksi halde, yenileştirme gayreti ile ortaya konulan metinleri anlamak için bir "Okuma ve Anlama Kılavuzu"na ihtiyaç duyulması kaçınılmazdır.

II.YARGI KARARLARININ GEREKÇESİ

A. Gerekçe

Hüküm, mahkemenin bakmakta/görmekte olduğu bir davada uyuşmazlığı sona erdiren karardır. Bir kararın ne olduğu hüküm fıkrasında belirtilmektedir. Ancak, bu sonuca hangi vasıtalarla, niçin ve nasıl ulaşıldığını ortaya koyan "gerekçe"dir. Gerekçe, hâkimi/mahkemeyi varmak istediği menzile ulaştıran yoldur. Bu yol, mutlaka gereklidir. Bu yolun yeterli olması, yani düzgün yapılmış olması da şarttır. Hükme, yani menzile hâkimin/mahkemenin uzun atlama/sırıkla atlama/tepeden inme suretiyle ulaşması mümkün değildir.

"Gerekçe, (raison, ragione, mantıki sebep), psikolojik anlamdaki hükmün yani karar ile mütalâanın üçüncü unsuru olan 'sonuç'un mantık yönünden dayanağıdır. Bu nedenle gerekçeye 'mantıki delil' de denilir. Tabiattaki sebeb-sonuç ilişkisi gibi, mantıkta da bir sebep-sonuç ilişkisi vardır. Küçük ve büyük önermeler karşılaştırılınca, sonuç mantık zoru ile kendiliğinden çıkar. Başka bir deyişle, küçük ve büyük önermelerden başka bir sonuç çıkarılmasına mantık izin vermez. İster karar, ister mütalâa niteliğinde olsun hükümler, mantıklı oldukları ölçüde gerekçelere dayanırlar ve gerekçeleri ölçüsünde inandırıcıdırlar. Mantığa dayanmayan, yani keyfi kararların muhakeme hukukunda yeri yoktur"[3].

Hükümlerdeki sonuçların mantıki delilleri olan gerekçeler, geriye veya ileriye bakarak bulunduklarına göre iki çeşittir. Birinciler, sonucun 'neden'ini, ikinciler 'niçin'ini oluşturmaktadır[4].

"Gerekçe, hâkimi muayyen bir hükmü vermeğe sevk eden mantık yolunu, aralıksız ve boşluksuz gösterebilmelidir."[5]

(3) Kunter, no. 28/b, 1.

(4) Kunter, no. 28/b, 1.

(5) Erem, s. 503.

"Gerekçe, hükmün yorumlanmasını sağlar, fakat hiçbir zaman 'hüküm fıkrası'nın yerine geçemez, hatta onu tamamlayamaz"[6].

Hüküm sadece "kabul" değildir; hüküm bir iddiayı kabul etmiş ise, bunun karşıtı iddiayı "red" etmiş demektir. Bu itibarla, gerekçe sadece "kabul"ü göstermekle yetinemez; böyle bir gerekçe eksiktir. Çünkü, kabulün gerekçesi reddin ancak zımni gerekçesi olabilir. Oysa, mahkeme kararlarının "açık gerekçe"ye dayanması gerekir[7].

Gerekçe, hükmün sebeplerinin açıklanması/belirtilmesidir. Gerekçe sayesinde, kararın doğru olup olmadığı denetlenebilmektedir. Gerekçe, kararın hem kamu vicdanı hem de kanun yoluna başvurulması halinde yüksek mahkeme tarafından hükmün denetimini sağlamaktadır. Gerekçe, fiilî ve hukukî meselelere göre ayrı ayrı yazılmalıdır. Fiile ilişkin gerekçe, hukukî meselelerin gerekçesine temel teşkil etmektedir. Hüküm, sadece gerekçenin yokluğunda batıl değildir; aynı zamanda gerekçe ile hükmün çelişkili olması halinde, usulüne uygun verilmiş bir hükümden söz edilemez[8].

Gerekçe, davaya bakan yargı organının karara, hangi maddî ve hukukî dayanaklardan hareketle nasıl ulaştığını gösterir. Yargılama, tüm yönleriyle belirlenip sınırı çizilen somut olaya, tekniğine uygun olarak yorumlanan soyut hukuk kuralının uygulanması suretiyle yapılan uğraş olduğuna göre, yargı organı, kararını, bu çalışmasını tüm yönleriyle ortaya koyacak biçim ve biçem (üslub) de kaleme almalıdır. Başka bir deyişle, maddî olayı anlatıp, ilgili hukuk kuralını yazarak, bu duruma göre, işlemin hukuka uygun olduğunu ya da olmadığını söylemek, gerekçe değildir. Bir karara gerekçeli denilebilmesi için, kararda, idarenin dayandığı maddî sebebin gerçeğe ve hukuka uygunluğunu çeşitli yönleriyle ve tarafların iddia, talep[9] ve savunmaları da karşılanmak suretiyle ortaya konulmalı[10]; idarenin uyguladığı (yasal veya idarî) düzenlemenin doğruluğu tesbit edilip, doğru yorumu, yorum teknikleri kullanılarak yapılmalı; yapılan tesbit ve yoruma göre idarî işlemin ya da eylemin hukuka uygunluğu yargısına ulaşılmalıdır[11].

Kararda, önyargılardan kesinlikle kaçınılmalıdır. Çünkü, önyargı, objektif (nesnel) değil, sübjektif (öznel) dir. Hâkim/mahkeme, "bu böyledir" ya da "böyle olması gerekir" dememeli; neden öyle olması gerektiğini açıklayarak, "şu, şu nedenlerden dolayı böyledir ya da böyle olmalıdır" demelidir. Başka bir deyişle, hâkim/mahkeme, kararına esas aldığı her yargının maddî ve/ya da hukukî dayanaklarını mutlaka göstermeli; ayrıca, davada re'sen araştırma yetkisinin kapsamı dışında kalan, yani ispatlanması davanın taraflarına ait olan konularda, ispat yükünün hangi tarafa ait olduğunu doğru belirlemeli, ispat yükü kendisine düşen tarafın ispatlanmamış iddia veya savunmasını kararına dayanak almamalıdır. Hâkim/mahkeme, ancak böyle davranarak, objektif sonuçlara ulaşabilir ve davanın taraflarına güven verebilir[12].

Kararın gerekçeli olmasının, yargı organının objektif ve tarafsız yargılama yaptığı konusunda, davanın taraflarına sağlayacağı güven duygusu yanında, bir başka yararı da, üst yargı organının itiraz ya da temyiz başvurusu nedeniyle yapacağı denetimi kolaylaştırmasıdır[13] Gerekçenin üçüncü yararı, hukukun gelişmesine olan katkısıdır[14]

Bir yargı kararında gerekçenin varlığı;

Mantıkî bir zorunluluktur. Çünkü, uyuşmazlık konusu olay ile ortaya konulan delillerden hareketle varılan sonuç olan karar arasında sebep-sonuç ilişkisini kurmak gerekir.

Ahlâkî bir ödevdir. Çünkü, hâkimin/mahkemenin çözdüğü uyuşmazlık hakkında verdiği karar ile öncelikle taraflar olmak üzere tüm ilgililere bilgi verme ödevi bulunmaktadır.

Hukukî bir yükümlülüktür. Çünkü, mahkeme kararlarının gerekçeli olması anayasal bir buyruktur (Any.m.141)[15].

B. Gerekçenin Hukukî Dayanağı

1. Anayasa

Anayasa'nın 141'inci maddesinin 3'üncü fıkrasına göre, "Bütün mahkemelerin her türlü kararları *gerekçe*li olarak yazılır." Bu itibarla, mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olmak zorundadır.[16] Böyle bir hükmün Anayasada yer alması, sadece hükümle ilgili olan kişiler bakımından ele alınmadığını, aynı zamanda mahkemelerden verilen hükümlerin gerekçelerini bilmeye toplumun da hakkı olduğunu göstermektedir. "Gerekçe göstermek görevi" esasında "hüküm vermek görevi"nin bir uzantısıdır[17].

(6) **Erem**, s. 500.

(7) **Erem**, s. 504.

(8) Ayrıntılı bilgi için bkz. **Erem**, s. 507, dp. 20.

(9) Davada, farklı vergilerin tahsili amacıyla düzenlenen ödeme emirlerinin iptalinin istenilmesine ve diğer vergilerle ilgili talebin karşılanmasına karşın, taşıt alım vergisi ile ilgili ödeme emri hakkında hüküm kurulmamış olmasının kanuna aykırı olduğu hk. Dş. 7.D. 20.5.1999 gün ve E.1999/88, K.1999/2108. (**Candan**, s. 617, dp. 778); Vergi cezasına karşı açılan davada, istem dışına çıkılarak, vergi aslı yönünden de hüküm kurulmasının kanuna aykırı olduğu hk. Dş. VDDGK. 23.10.1998 gün ve E.1997/59, K.1998/303, (**Candan**, s. 617, dp. 778).

(10) İnceleme raporlarındaki tespitlerin uyuşmazlığın çözümü için yeterli olmadığı görüşü ile verilen ara kararıyla getirilen bilgi ve belgelerin değerlendirilmesi yapılmaksızın, yetersiz görülen inceleme raporuna dayanılarak, dava hakkında karar verilmesinin isabetli olmadığı hk. Dş. 7.D. 28.11.2002 gün ve E.2002/1778, K.2002/3847, (**Candan**, s. 617, dp. 779).

(11) Temyize konu kararda, miktarı yazılı faizin davacıya ödenmesi yargısına götüren maddi ve hukuki nedenler hakkında herhangi bir açıklama yapmadan hüküm kurulmasının, kararın gerekçeli olması gereğine aykırı olduğu hk. Dş. 7. D. 19.9.2001 gün ve E.2000/3264, K.2001/2940, (**Candan**, s. 617, dp. 780).

(12) **Candan**, s. 617.

(13) Yargılama Hukukunda, hükmün, uyuşmazlığı çözmekle görevli yargı yerinin, yargılama sürecinin son aşamasında ulaşmış olduğu sonuç olduğu; yargı kararlarının gerekçeli olmasının, anayasal bir zorunluluk olduğu; hakimin uyuşmazlıkla ilgili olarak saptanış olduğu maddi olgularla hüküm arasındaki hukuki değerlendirme olan gerekçenin, kararın hukuka uygunluğunun denetlenmesine olanak tanıdığı; yargı kararlarının gerekçeli olması ilkesinin amacının bu olduğu hk. Dş. 7.D. 23.9.2002 gün ve E.2001/2320, K.2002/2904, (**Candan**, s. 618, dp. 781).

(14) **Candan**, s. 618.

(15) Bkz. ve karş. **Aşçıoğlu**, Gerekçe Sorunu, s. 154.

(16) Düzenleyici işleme karşı açılan davaların ilkinde verilen iptal kararından sonra, aynı işlemin iptali istenilyle açılan diğer davalarda verilen karar verilmesine yer olmadığına dair kararlarda da, iptal gerekçesinin yer alması gerektiği hk. Dş. İDDGK. 1.12.2000 gün ve E.1999/240, K.200/1165, (Dş. Dr., S. 105, Yıl 33, s. 74). Mahkeme kararlarının gerekçeli olması ve gerekçenin de uyuşmazlıkla ilgili bulunması gerektiği hk. Dş. 12. D. 13.1.2005 gün ve E.2002/1760, K.2005/20, (Dş. Der., 2005, Yıl: 35, S. 109, s. 333).

(17) **Erem**, s. 501.

Anayasa'ya göre, "*bütün mahkemeler*"in kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerekmektedir. Yüksek mahkemeler de bu kapsama dahildir. Şablon/formül kararlarla Anayasal buyruğa uygun hareket edildiği düşünülemez. Öte yandan, yine Anayasa'ya göre, bütün mahkemelerin "*her türlü*" kararlarının gerekçeli yazılması gerekmektedir. Bu itibarla, mahkemelerin yargılama sürecinde vermiş oldukları ara ve/ya da geçici koruma niteliğindeki kararlarının da gerekçeli olması şarttır. Örneğin, idarî yargıda/vergi yargısında verilen yürütmeyi durdurma taleplerine ilişkin kararların mutlaka gerekçeli olması gerekmektedir.

2. İdari Yargılama Usulü Kanunu

İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun *"Kararlarda Bulunacak Hususlar"* başlığını taşıyan 24'üncü maddesine göre, kararlarda;

- Davacının ileri sürdüğü olayların ve dayandığı hukuki sebeplerin özeti, istem sonucu ile davalının savunmasının özeti;

- Kararın dayandığı hukuki sebepler ile *gerekçesi* ve hüküm; tazminat davalarında hükmedilen tazminatın miktarı"nın yer alması gerekmektedir (İYUK. m. 24/b, e).

Yine İdari Yargılama Usulü Kanunu'na göre,

Kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların, kararda karşılanmamış olması,

Bir kararda birbirine aykırı hükümler bulunması,

Karar düzeltme sebebi sayılmaktadır (İYUK.m.54/1, a, b).

3. Ceza Muhakemesi Kanunu

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun *"Hükmün gerekçesinde gösterilmesi gereken hususlar"* kenar bağlığını taşıyan 230'uncu maddesine göre,

(1) Mahkûmiyet hükmünün *gerekçesinde* aşağıdaki hususlar gösterilir:

a) İddia ve savunmada ileri sürülen görüşler.

b) Delillerin tartışılması ve değerlendirilmesi, hükme esas alınan ve reddedilen delillerin belirtilmesi; bu kapsamda dosya içerisinde bulunan ve hukuka aykırı yöntemlerle elde edilen delillerin ayrıca ve açıkça gösterilmesi.

c) Ulaşılan kanaat, sanığın suç oluşturduğu sabit görülen fiili ve bunun nitelendirilmesi; bu hususta ileri sürülen istemleri de dikkate alarak, Türk Ceza Kanununun 61 ve 62 nci maddelerinde belirlenen sıra ve esaslara göre cezanın belirlenmesi; yine aynı Kanunun 53 ve devamı maddelerine göre, cezaya mahkûmiyet yerine veya cezanın yanı sıra uygulanacak güvenlik tedbirinin belirlenmesi.

d) Cezanın ertelenmesine, hapis cezasının adlî para cezasına veya tedbirlerden birine çevrilmesine veya ek güvenlik tedbirlerinin uygulanmasına veya bu hususlara ilişkin istemlerin kabul veya reddine ait dayanaklar.

(2) Beraat hükmünün *gerekçesinde*, 223 üncü maddenin ikinci fıkrasında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir.

(3) Ceza verilmesine yer olmadığına dair kararın *gerekçesinde*, 223 üncü maddenin üçüncü ve dördüncü fıkralarında belirtilen hallerden hangisine dayanıldığının gösterilmesi gerekir.

(4) Yukarıdaki fıkralarda belirtilen hükümlerin dışında başka bir karar veya hükmün verilmesi hâlinde bunun nedenleri *gerekçe*de gösterilir.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 232'nci maddesine göre, hükmün *gerekçesi*, tümüyle tutanağa geçirilmemişse açıklanmasından itibaren en geç on beş gün içinde dava dosyasına konulur (CMK.m.232/3).

4. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu

Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre, kararda, "İki tarafın iddia ve savunmalarının özeti, anlaştıkları ve anlaşamadıkları hususlar, ihtilaflı konular hakkında toplanan deliller, delillerin tartışması ret ve üsn tutma sebepleri, sabit görülen vakıalarda bunlardan çıkarılan sonuç ve hukuki sebep" yer almalıdır. (HUM.m.388/3).

C. Gerekçenin Yararları ve Sakıncaları

1. Yararları

Gerekçe;

Kararların/hükmün isabetli olarak verilmesini sağlar; hükmü verenin kendisini denetleyebilmesi bu sayede mümkün olmaktadır.

Kararların taraflar ve kamuoyu tarafından benimsenmesine yardımcı olur.

Kararların (kanun yolu) denetimini kolaylaştırır.

Hukuk biliminin gelişmesine yardımcı olur. Çünkü, bilim adamları, onları kabul etmeseler bile, eleştirerek daha isabetli görüşlere ulaşırlar[18].

2. Sakıncaları

Gerekçenin sakıncaları da vardır. Bunlar;

a. Gerekçe göstermenin güç olduğu hallerde hâkimlerin gerekçe gösterilmesi mecburi olan işlemleri yapmaktan mümkün olduğunca kaçınmaları,

b. Gerekçe göstermek zaman alacağından yargılamanın uzamasına yol açması,

c.Çoğunlukla ve hele pek az oy farkı ile karar verilmesinde olduğu gibi, gerekçe göstermenin taraflar ve kamuoyu bakımından kararların saygınlığını zedelemesidir[19].

D.Eleştirilmesi Gereken Karar Türleri

Konuşmayı sıkıcı hale getirmemek ve sempozyumda sunulan tebliğlerin yayınlandığı kitabın hacmini gereksiz yere artırmamak için, eleştirilmesi gereken kararlardan ayrıntılı örnekler vermek istemiyorum. Kaldı ki, hukuk alanında görev yapan her kademedeki ilgililerce bilinen örnekleri tekrarlamanın pek bir yararının olacağına da inanmıyorum.

Eleştirilmesi gereken kararları şu başlıklar altında ele almak mümkündür.

1. Dili Anlaşılmaz Kararlar,

2. Usulüne Uygun Verilmemiş Kararlar,

3. Hukuka Uygun Olmayan Kararları Onayan Kararlar,

4. Şablon/Formül Kararlar,

5. Kaçak Kararlar.

(18) Bu konuda bkz. Kunter, no. 28/b, II; Erem, s. 507, dp. 20; Aşçıoğlu, Gerekçe Sorunu, s. 157; Candan, s. 617, 618.

(19) Kunter, no. 28/b, II.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

"Felsefe, matematik ve hukuk alanının problemleri görme gücü olan, kendilerine soru sorabilen ve bunlara doğru cevap arayanların katkılarıyla geliştiğinin"[20] bilinmesi,

Kararların düzgün ve hukuk dili ile kaleme alınması;

Kararların mutlaka gerekli ve yeterli bir gerekçeye dayanması;

Hukukun hukuk fakültesi mezunlarına (hukukçulara) bırakılamayacak kadar önemli ve değerli olduğunun kabul edilmesi,

Hukukun var olması ve hukukun üstünlüğünün sağlanması için herkesin üzerine düşeni yapması gerektiğine inanılması

Umut ve dileğiyle hepinizi saygıyla selamlıyorum.

KAYNAKÇA

- **AŞÇIOĞLU**, Çetin; "Yargı Kararlarında Gerekçe", (Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu IX, 8-9 Mayıs 1992, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları, Ankara 1992), s. 47-63, (Gerekçe).
- **AŞÇIOĞLU**, Çetin; "Yargıda Gerekçe Sorunu", (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 8, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003), s. 154-161. (Gerekçe Sorunu).
- **CANDAN**, Turgut; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, 2. Baskı, (Maliye ve Hukuk Yayınları), Ankara 2006.
- **EREM**, Faruk; Diyalektik Açıdan Ceza Yargılaması Hukuku, 6. Baskı, (Işın Yayınları), Ankara 1986.
- **KARAYALÇIN**, Yaşar; Hukukda Öğretim-Kaynaklar-Metod Problem Çözme, Genişletilmiş 5. Bası, (Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayınları Nu. 380), Ankara 2001.
- **KUNTER**, Nurullah; Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku, 8. Bası, (Kazancı Hukuk Yayınları), İstanbul 1986.
- **ÖKÇESİZ**, Hayrettin; "Devlet ve 'Gerekçe'si", (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 10, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2004), s. 11-13.
- **YÜCEL**, Mustafa Tören; "Kararlarda Gerekçe ve Muhalefet Şerhi", (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, S. 8, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2003), s. 162-170.

(20 Karayalçın, s. 5.

Ceza Muhakemesinde Hakimin Vicdani Kanaati

Veli Özer ÖZBEK*

I. GENEL OLARAK

Vicdan, bireyde veya ahlaki özne ya da failde varolan **doğru ve yanlış duygusu** ya da insanlara neden sakınmaları gerektiğini bildiren **insani meleke veya aklın sesi**[1]; insanın içinde bulunan iyiyi kötüden ayırabilme duygusudur[2]. **Kanaat** ise kanı, inanç, düşünce anlamına gelir[3].

Ceza muhakemesi hukukunda vicdani kanaat, delilleri takdir yetkisi ile ilintilidir. En azından önceki 1412 sayılı CMUK ve sonraki 5271 sayılı CMK, iki konuyu bir arada düzenlemektedir:

1412 s. CMK'un aynı başlığa sahip 254.m.si *"Mahkeme irat ve ikame edilen delilleri duruşmadan ve tahkikattan edineceği kanaate göre takdir eder."* düzenlemesini getirmekteydi.

Delilleri takdir yetkisi başlığını taşıyan CMK m.217/1'e göre *"Hâkim, kararını ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayandırabilir. Bu deliller hâkimin vicdanî kanaatiyle serbestçe takdir edilir."*

Her iki düzenleme arasındaki en belirgin fark, eski düzenlemede Alman CMUK'a uygun olarak sadece "**kanaat**"tan söz edilmekteyken, yeni kanunun açıkça "**vicdani kanaat**"tan söz etmesidir. Böylece *Mahkemelerin bağımsızlığı* başlığını taşıyan ve *"Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler."* düzenlemesini getiren Anayasa m.138/1 ile de uyum sağlanmıştır. Anayasa bu şekilde vicdani kanaatin hakimlerin bağımsızlığı ile bağlantısını da ortaya koymuştur.

CMK'nın gerekçesi olduğu ileri sürülen metinde bu husus *"Maddenin birinci fıkrasında yer alınış ikinci temel ilke, hâkimin kararını, ancak duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayalı vicdanî kanaatine dayandırabileceğidir. Fransız Kanununun 353. maddesi vicdanî kanaati "akla dayalı izlenim" olarak tanımlamaktadır. Portekiz Kanunu vicdanî kanaati "tecrübe kurallarına göre bir takdir" deyimi ile ifade etmektedir"* (m.226) şeklinde açıklanmaktadır.

II- DELİLLERİ TAKDİR YETKİSİ VE VİCDANİ KANAAT

Ceza muhakemesinde ***"Delil Serbestisi Sistemi"*** geçerlidir. Bu aslında

(*) Doç.Dr., DEÜ Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

(1) Joseph Butler, vicdanı, yüreğin olaylara yönelmiş algısı olarak tanımlamıştır. (Cevizci Ahmet, Paradigma Felsefe Sözlüğü).

(2) Yılmaz Ejder, Hukuk Sözlüğü.

(3) TDK Türkçe Sözlük.

vicdani delil sistemi olarak da adlandırılır. Buna göre hakim belli bir konunun sabit olduğu yönündeki hükmünü tam bir inanışla vermelidir. Hakim hükmünü verirken hem delilleri incelemeli hem de bunları serbestçe kendi vicdanına göre değerlendirmelidir. Aslında bu ***masumiyet karinesi***nin de bir gereğidir. O halde CMK m.217/1'in ifadesi bir tesadüfün sonucu değildir.

Vicdani delil sistemine göre akla uygun her şey delil olabilir: Sanık beyanı, tanık beyanı, bilirkişi incelemesi, koruma tedbirleri neticesinde elde edilen deliller, kolluk, savcı ve hakim tutanakları, özel yazılı açıklamalar, görüntü ve ses kaydeden araçlarla açıklama, belirti vs. Ancak bu sayılan hususların delil niteliğine kavuşabilmesi ve bunun neticesinde hakim tarafından kararına gerekçe teşkil edebilmesi için mutlaka duruşmaya getirilmesi ve duruşmada tartışılması gerekmektedir. Hakim kararını delillerle doğrudan doğruya, bizzat temasa geçerek verir. Bu, ***vasıtasızlık ilkesi*** olarak anılır. Ayrıca hakim delilleri **vicdani kanaatine göre** serbestçe takdir eder. Bu ise ***delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi*** olarak adlandırılır.

Dikkat edilirse kanun, kestirme bir ifadeyle, hakimin vicdani kanaatine göre karar vereceğinden söz etmiyor. Kararın duruşmaya getirilmiş ve huzurunda tartışılmış delillere dayanabileceğini, vicdani kanaatin delillerin takdiri aşamasında devreye gireceğini söylüyor. O halde vicdani kanaati oluşturan şey delillerdir. Hakim tek başına, yalnızca vicdani kanaatine dayanarak karar veremez. Vicdani kanaat delil değil, delilin sınırıdır[4].

Gerçekten hakim yapılan muhakeme sonucunda, maddi gerçeğin ne olduğu konusunda bir kanaat elde etmek zorundadır. Ancak bu kanaatin dava dışı bilgilerden, inançlardan meydana gelmiş olması tehlikelidir[5]. Hükme esas teşkil edebilecek her hususun kural olarak ispat edilmiş olması gereklidir[6]. Vicdani kanaat tek başına hüküm sebebi olamaz; isnadın doğruluğuna veya yanlışlığına vicdanen kanaat getirinceye kadar hakim delil araştırmaya devam etmelidir[7]. Bu nedenle VİCDANİ KANAAT BİR DELİL DEĞİL, SADECE MEVCUT DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNDE HAKİMİN ELİNDE OLAN BİR ARAÇTIR. *Vicdani kanaat, kişisel hislere, keyfiliğe değil, mantığa uygun bir değerlendirmeyi gerektirir.* Hükmün gerekçeli olması da, hükmün mantığını ortaya koyar ve bu şekilde verilen hükmün denetimi yapılabilir[8]. Bu duruma en güzel örnek sanığın susma hakkını kullanması halinde kendini gösterir. Hakim hiçbir zaman sanığın susmasını vicdani kanaatine dayanarak suçun sabit olduğu şeklinde yorumlayamaz. Hüküm, objektif, akla yakın, benimsenebilir mülahazalara dayalı olarak delillerin kontrolüne imkan vermelidir. Delilin değerlendirilmesi tartışılabilir olmalıdır.

Öte yandan vicdani kanaat ile vicdani delilin de aynı şeyler olmadığı söylenmelidir. Vicdani delil her şeyin delil olmasını, delil serbestliğini ifade eder. Vicdani kanaat ise delillerin serbestçe takdir edilmesi suretiyle oluşturulan kanaattir. Biri delil serbestliğini, diğeri delillerin serbestçe değerlendirilmesini ifade eder. Biri delilin kendisi, diğeri değerlendirilmesiyle ilgilidir. **O halde VİCDANİ KANAAT DELİL SERBESTLİĞİ İLKESİNİN BİR SONUCU OLARAK GÖRÜLMELİDİR.**

(4) Erem Faruk, Ceza Usulü Hukuku, Ankara 1964, s.312.

(5) Erem, 332.

(6) Taner Tahir, Ceza Muhakemeleri Usulü, İstanbul 1955, s.156.

(7) Erem, 333.

(8) Erem, 334.

III- VİCDANİ KANAAT-HAKİMİN KİŞİSEL VE KESİN BİLGİSİ

Hakim, özgür kanaatine göre karar verir. Kanaatin oluşmasından anlaşılması gereken akla uygun, öğrenilebilir ve tanınabilir bir yöntemin sıkı bir şekilde uygulanması değil; daha ziyade his ya da duyguda olduğu gibi, mantıksal bir anlayıştan ulaşılan çok taraflı manevi-ruhsal bir oluştur. Kısaca, KANAAT MANEVİ-RUHSAL BİR OLUŞTUR. Öyle ki, bu kanaat hiçbir zaman yanlış olduğundan dolayı reddedilemez.

Hakimin kanaati, duruşmanın sonunda oluşan (gelişen) soruşturma konusuna ilişkin kendi görüşü, düşüncesi ya da mütalaasıdır. Bu sadece mantıksal bir anlayışı ifade etmez; aynı zamanda duygusal bir etki de taşır. **KANAAT, HAKİMİN OBJEKTİF GERÇEKLİKTEN ÇIKAN SÜBJEKTİF BİLGİSİ, ANLAYIŞIDIR.**

Objektif gerçeklik —> deliller

Sübjektif bilgi (anlayış)—> kanaat

Şüphe hala daha ağır basıyor, sanığın o suçun faili olduğu ya da kusurunun bulunduğu konusunda hala az da olsa şüphe bulunuyorsa hüküm verebilmek bakımından gerekli olan kanaat eksik demektir. Burada söz konusu edilen şüphe, insana özgü anlayış yeteneğinin genel yetersizliğinden ortaya çıkan şüphe değildir. Gerçekten **HAKİM DAHİL, HİÇ KİMSE ŞÜPHEDEN TÜMÜYLE ARINMIŞ, MUTLAK BİR KESİN BİLGİYE (Kanaate) SAHİP OLAMAZ.** Ancak kesine yakınlıktan söz edilebilir. **KANAAT İLE HAKİMİN KİŞİSEL KANISI İFADE EDİLMEK İSTENİR[9]. ANCAK KANAATİN VARLIĞI İÇİN, GERÇEK HERHANGİ BİR ŞÜPHEYE YER OLMAKSIZIN BELİRLENMİŞ OLMALIDIR[10] KANAAT, YARGILAMA SONUNDA HAKİMİN DELİLLENDİRİLMİŞ OLAN FİİLİ ARTIK GERÇEK OLARAK TELAKKİ ETMESİDİR.** Bununla birlikte "***yüksek ölçüde bir olasılık***" hakimin kanaati için yeterli olamaz[11].

Kanaat, mutlak, karşı düşünceyi tümüyle ortadan kaldıran, hiç kimse tarafından şüphesiz ve mutlak bir şekilde kabul edilebilen kesin bir bilgi olmak zorunda değildir. Yaşam tecrübesine göre yeterli ölçüde bir kesinlik yetişir. Bununla birlikte, makul ve olası şüphe kanatın oluşmasını engeller: ŞÜPHEDEN SANIK YARARLANIR!

Öte yandan burada, hakim kanaatin oluşması bakımından bilimsel gerçekliği esas almalıdır. Bilimsel gerçeklik, hakimin vasıtasızlık ve sözlülük ilkelerine göre icra edilen kovuşturma sonunda tam bir kanata sahip olmasıdır.

IV- KANAATİN OLUŞMASI

Olayı gerçek olarak kabul etmek, hakimin murakabesinin bir sonucudur. Bu murakabe bakımından, hangi koşullar altında belirli bir sonuca ulaşılmış olduğu emredilebilir, önceden belirlenebi-

(9) BGH LM Nr. 14; BGH NStZ 1983, 277.

(10) BGHSt. 10, 208, 209 = NJW 1957, 1039

(11) BGH 30. 7. 1981, 4 StR 348/81.

lir, dikte edilebilir, bir örnek olarak ortaya konulabilir değildir[12]. Hakim, bu sonuca ulaşma süreci içinde hüküm bakımından sonuca etkide bulunmaya uygun ve önemli tüm hususları tartışmalıdır[13] Hakimin kanaatinin kesin yargıya ulaşmış bir sonuç olmasına ihtiyaç bulunmaz. Hakimin kanaati düşünsel olarak meşru ya da sadece yaşam tecrübelerine göre mümkün olan mülahazalar da dayanabilir[14] Kanaat kavramı olayın olağan olmayan bir gelişim süreci sonunda meydana gelmiş olması ihtimalini ve yine bilimsel olarak tartışmalı bulunan düşünceleri de içeriyor olabilir. Yani hakimin kanaati olağanüstü bir duruma ya da tamamen tartışmalı olan bir düşünceye de dayanıyor olabilir[15]. Hakimin kanaat özgürlüğüne, bir başka hakim tarafından yenilebilir olması mümkün olmayan şüpheye rağmen karar verme özgürlüğü de dahildir[16].

Abartılı talepler hakimin kanaatinin oluşmasına konu olamaz[17] **HÜKMÜN GEREKÇESİ, DELİLLERİN DEĞERLENDİRİLMESİNİN KABUL EDİLEBİLİR, FİİLE İLİŞKİN ANLAŞILABİLİR, GÖRÜLEBİLİR SEBEPLERE DAYANDIĞINI VE MAHKEME TARAFINDAN ULAŞILAN NETİCENİN SADECE BİR VARSAYIM (KABUL) OLMADIĞINI YA DA TAHMİN OLARAK GÖRÜNMEDİĞİNİ ORTAYA KOYUYOR OLMALIDIR.**[18] Kanatın varlığını kabul için hiç kimse tarafından şüphelenilebilir olmayan, matematik bir kesinlik gerekli değildir.[19] Fiilin bir başka şekilde de olmuş olabileceğini ortaya koyan açıkça şüpheli, tasvire dayalı bir olasılık, hükmün verilmesini engellemez.[20] Sadece kişisel anlamda kesinlik gerekli ve yeterlidir.

Yeterli somut sebeplere dayanan olası bir sonucun hakimin sübjektif kanaatine göre gerçek olan olayı açıklıyor, anlatıyor olması[21] **DELİLLERİN HAKİM BAKIMINDAN YAŞAM TECRÜBESİNE GÖRE YETERLİ ÖLÇÜDE KESİNLİK ORTAYA KOYMASI YETERLİDİR.** Buna karşılık makul şüpheden artık söz edilemiyor olmalıdır.

V- HAKİMİN KANAATİ DENETLENEBİLİR Mİ?

Hakimin kişisel, şüpheden arınmış belirli bir olaya ilişkin kanaati, hükmün yazılı gerekçesi sayesinde, sadece hükmün somut, hakimin tümüyle sübjektif bilgisini ortaya koyup koymadığı ve hükmün mevcut şüpheye rağmen verilmiş olup olmadığı (şüpheden sanık yararlanır ilkesinin ihlal edilip edilmediği) ya da hukuka aykırılık hallerinin bulunması noktasından incelenebilir. Hakimin hata yapmaksızın elde ettiği kanaat ne diğer bir hakimin hala

(12) BGHSt. 10, 208, 210 = NJW 1957, 1039; BGH 27. 4. 1976, 1 StR 90/76

(13) RGSt. 77, 157, 161; BGHSt. 25, 365, 367 = NJW 1974, 2295; BGH 31. 10. 1978, 1 StR 484/78.

(14) BGH NJW 1951, 325; BGH VRS 30, 101; 32, 198; BGHSt. 26, 56, 63 = NJW 1975, 788.

(15) BGH NStZ 1995, 590.

(16) BGH GA 1954, 152; BGH NJW 1967, 359, 360.

(17) BGH MDR 1980, 948.

(18) BGH StV 2000, 67 vd.

(19) BGH LM Nr. 6 u. Nr. 14; BGH NJW 1951, 83; 1967, 359; BGH GA 1969, 181; BGH NStZ 1999, 206; BGH NStZ-RR 1999, 301 = StV 1999, 5 f..

(20) BGH VRS 24, 207, 210; BGH 21. 10. 1983, NStZ 1984, 212 (Pf./M.); BayObLG GA 1970, 186

(21) BGH 23. 9. 1981, NStZ 1983, 212

şüpheye sahip olduğu ne de ulaşılmış olan yargının zorlama ile elde edilmiş olduğu düşüncesiyle bozulamaz[22].

KANAAT DELİLLERE DAYANMALIDIR. KEYFİLİKTEN FARKI DA BUDUR. KANAAT, DELİLLER DEĞERLENDİRİLİRKEN KULLANILAN NİHAİ VE İÇSEL BİR ARAÇTIR. BU NEDENLE DENETLENEMEZ. **DENETLENEN HAKİMİN KANAATI DEĞİL, KANAATI OLUŞTURMA SÜRECİDİR.**

VI- KANUNUN DİLİ VE VİCDANİ KANAAT

Kanunlarımızda yer alan suç tipleri, fiziksel olarak mevcut olan gerçekliklerin tasviri değil, metafizik hukuk (hak) gerçekliklerinin açıklamalarıdır. Diğer bir deyişle TCK ya da diğer ceza kanunları somut değil, soyut düzenlemeler getirir. Dolayısıyla suç tipleri doğru olarak anlaşılabilir olmalıyı gerektirir. Bu noktada yorum önem kazanır. O halde yasada yer olan kuralların ya da suç tiplerinin anlaşılması hukuki bir YORUM SANATInı gerektirir: Hükmün anlamını kavramak ya da anlamak.

Hukuk kuralları anlaşılmalıdır ki kanaat edinilebilsin. Kanaat, yasanın sosyal gerçeklik içinde somutlaştırılması anlamını taşır. Konuyu daha iyi ortaya koyabilmek bakımından bir hüküm kurmak üzere görevlendirilmiş bilgisayar ile aynı amaçla faaliyette bulunan hakimi karşılaştırabiliriz.

Bilgisayarın üç faaliyeti söz konusudur:

Verileri alır.

Mevcut proğramla söz konusu verileri işler.

Ortaya bir sonuç koyar.

Tüm bu faaliyetleri bir hakim de yapar. Ancak hakim tüm bu faaliyetler dışında yaptığı hüküm kurma sürecini anlar ve onu kendi anlayışı içinde yönlendirir. Şematik olmayan, "HAKLI VE ADİL" OLARAK UYGULANACAK BİR KANUN, HAKİMİN BU ŞEKİLDEKİ ANLAMA VE YÖNLENDİRME YETENEĞİNE YARDIM EDEBİLECEK ÖZELLİKTE BULUNMALIDIR. Burada beklenen şey hakimin kanaatinin adil ve haklı olarak kabul edilebilir olmasıdır. **HUKUK (HAK), "ANLAYIŞLI" HAKİM TALEP EDER. HAKİM İNANARAK, KANAAT GETİREREK KARAR VERMELİDİR.** Hakimin kanaat oluşturması, yasal normların sosyal gerçeklik içinde somutlaştırılmasını içine almalıdır.

O halde;

İYİ YASA YAPILMALI. YASA ANLAŞILABİLİR OLMALIDIR.

YASA İYİ ANLAŞILMALIDIR. O HALDE İYİ HAKİM YETİŞTİRİLMELİDİR. (TABİİ SAVCI VE AVUKAT DA)

İYİ KANUN + İYİ ANLAMA 22 DOĞRU UYGULAMA

İYİ KANUN + İYİ ANLAMA + DOĞRU UYGULAMA = ADALET

Görüldüğü üzere burada üç farklı süreç karşımıza çıkmaktadır: yasa yapma süreci, anlama süreci, uygulama süreci.

HUKUK KURALLARININ ASIL AMACI VİCDANİ KANAATİN OLUŞMASIDIR. HUKUK KURALLARI SADECE BU KANAATE ULAŞILMASI SÜRECİNİ DÜZENLER. BÖYLECE OBJEKTİFLİK VE "HERKESE GÖRE"LİK SAĞLANMIŞ OLUR.

(22) BGH NJW 1951, 325; BGH 23. 7. 1970, 4 StR 241/70

Hukuki Argümentasyon Teorisi

Altan HEPER*

1950'li yıllarda hukuki pozitivizme yöneltilen eleştirilerle klasik retorik yeniden önem kazanmıştır. Geleneksel semantik ve mantıktan çok, argümentasyon teorisi ile daha iyi anlaşılır hale gelen retorik, parlak bir dönem, tabiri caizse rönesansını yaşamaya başlamıştır. Hukuki argümentasyon teorisi de bugün, hermenuetik, mantık-dil felsefesini esas alan akımlar yanında hukuk metodolojisinde üçüncü önemli ana akım olarak önemini sürdürmektedir.[1]

Konuya argümentasyon kavramıyla gireceğiz. Argümentasyon kavramına kısaca değinmenin, hukuki argümentasyon, diskurs (söylem) teorisini ele almada yararlı bir giriş olduğunu düşünüyoruz.

İkinci olarak hukuki argümentasyon teorisinin zorunluluğu başlığı altında neden bir hukuki argümentasyon teorisine ihtiyaç duyuyoruz, sorun ve gereksinim nereden kaynaklanıyor sorularını irdeleyeceğiz. Daha sonra hukuki argümentasyon teorisinin sınırlarını çizeceğiz.

Üçüncü olarak hukuki argümentasyon teorisinin ana hatlarını ele alacağız. Hukuki karar sürecinin akışını inceleyerek ana hatları ortaya koymaya çalışacağız. Burada kararın içsel temellendirilmesine, gerekçelendirilmesine, dışsal temellendirilmesine, gerekçelendirilmesine, tipik hukuki argümanlara, objektif yorum teorisine, sistematik argümanlara değinelecektir. Son olarak diskurs ve konsensus konusu ele alınacaktır.

I.Argüman, Argümentasyon Kavramı

Argümanlar getirmeyi, hem günlük özel yaşamda, hem kamusal alanda, hem de bilimsel çalışmada temel bir insani davranış olarak görmek mümkündür. Bu nedenle argümentasyonun bilimlerarası çalışmanın tipik bir örneği, konusu olduğunu söyleyebiliriz. Gerçekten de dil bilimi dışında felsefe, mantık, bilim teorisi, retorik, hukuk bilimi gibi alanlarda da argümentasyon teorisine ilişkin çalışmalar vardır.[2]

Argümantasyon nedir?

(*) Dr. Dr. Avukat Stuttgart, İstanbul

(1) ayrıntılı olarak, Die Sprache des Rechts. 2.cilt," Recht Verhandeln „ Argumentieren, Begründen und Entscheiden im Diskurs des Rechts, hazırlıyan Kent D.Lerch, Berlin, 2005, Norbert Horn, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, Heidelberg,1996, s.115 vd.

(2) Markus Nussbaumer, Argumentation und Argumentationstheorie, Heidelberg, 1995,s.1, bu çalışma argümentasyon teorileri ile ilgili geniş bir bibliyografyayı içermektedir. Argümentasyon teorileri için detaylı bilgi Josef Kopperschmidt, Argumentationstheorie zur Einführung, 2. Baskı, Hamburg, 2005

Romalı retorik ustası Çiçero, 2000 yıl önce argümentasyonu bir yöntem olarak tanımlamıştır; Çiçero'ya göre, bu yöntemle birisi tartışmalı olanı, tartışmasız olanın yardımıyla tartışmasız hale getirebilir (ratio quae rei dubiae faciat fidem). Örnek olarak şu olay verilebilir: Arkadaşım kendisine yapılan iş teklifini kabul etmekte tereddüt etmektedir. Tartışmalı olan budur. Hatta tartışmanın arkadaşımın şahsından (tereddütünden) kaynaklandığını söyleyebiliriz. Ben arkadaşımın iş teklifini kabul etmesinden yanayım ve bunun için üç argüman getiriyorum: 1. Tartışmasız olarak hem arkadaşımın hem de benim kabul ettiğim husus, işyerinde büyük ölçüde bağımsız, kendi başına çalışmanın bir avantaj olmasıdır; teklif edilen işte kendi başına çalışma imkanı mevcuttur. 2. Tartışmasız olarak kabul edilen ev ile işyeri arasındaki mesafenin kısalığının bir avantaj olmasıdır; sunulan iş teklifinde işyeri eve yakındır. 3. Yine tartışmasız olan, kriz dönemlerinde iş ararken pek seçici olmamak gerektiğidir. Şu anda kriz dönemindeyiz.

Bu argümanları, arkadaşımı ikna etmek amacıyla, arkadaşımın kafasındaki tartışmayı-çatışmayı sona erdirmek için sunuyorum.Yöntem, tartışmalı olanı tartışmasız olan vasıtasıyla ortadan kaldırmaktır.[3]

Argüman aslında tartışmalı olaylarda bir pozisyondur ve bu pozisyon, lehte veya aleyhteki nedenlerin tartışma alanına getirilmesidir. Bu tartışma alanına getirme, yani argümanları sunma da dilsel alanda argümentasyondur.[4]

Hukuk ansiklopedilerinde argümentasyon bir sav lehine veya aleyhine nedenler öne sürme olarak tanımlanmaktadır.[5]

Bu kavram, bazı düşünürlere göre diskurs kavramı ile aynı anlamı taşırken, bazıları için de diskurs kavramına yakın bir kavramdır.[6]

Bir argüman geçerli ya da geçersiz olabilir, güçlü ya da zayıf olabilir, ama kesin olarak doğru ya da yanlış olduğu söylenemez.

Argümentasyon ve argümentasyona benzer bir kavram olarak kanıtlama konusuna bu bağlamda kısaca değinelim. Argümentasyon, tartışmalı konunun lehinde veya aleyhindeki görüşlerin sunulması, diğer kişinin ikna olması ve konsensusa varılarak sona erer. Buna karşılık, kanıtlama sürecinde katı mantiki yasaların uygulanması gerekir ve burada gerçek veya yanlışın sunulması sözkonusudur. Gerçek veya yanlış, kanıtlama ile son bulur. Bir konunun argümentasyonun mu, yoksa kanıtlamanın mı konusu olduğu eşyanın doğasıyla ilgilidir. Üç kanıtlama örneği olarak aşağıdaki örnekler verilebilir:

- Formel, aksiyomatik bir bilim olarak matematikte argümanlar getirilmez, aksiyomlar ve ispatlanmış teoremler kullanılır.
- Adli yargılamada, ispat araçları örneğin, tanıklar, bilirkişiler, keşifler aracılığıyla az veya çok şüpheden ari bir kesinliğe ulaşılır, tabii ispat

(3) Nussbaumer, age,s. 2

(4) Nussbaumer,agy

(5) Robert Alexy, Handlexion des Rechts, Gruppe Rechtsphilsophie, Neuwied/ berlin, 1992, 2/30

(6) Walter R. Schfuep,Einladung zur Rechtstheorie, Baden- Baden ,2001,s. 1120

araçları, iddianame ve savunma gibi argümanlardan farklıdır.

- Doğal bilimlere özgü, örneğin atmosferin ısınmasının devamı halinde deniz seviyesinin yükseleceği gibi önermeler argüman olarak ileri sürülmez. Bu doğa yasalarına dayanılarak hipotetik olarak kanıtlanır. Kanıtlama, sağlam bir kesinlikle ve açıklıkla sonuçlanır. Argümentasyon ise konsensusa varmakla ve akla uygunlukla, tutarlılıkla sonuçlanır.[7]

Argümentasyonda ve kanıtlamada iki yönlü bir hareket gözlenmektedir.

1. Argümentasyonda yön, kesin olmayandan kesin olan üzerinden ve kesin olan aracılığıyla kesin olmayanın kesinleşmesi doğrultusundadır.

2. Kanıtlamada yön, tersi bir seyir izler. Burada kesinden hareket edilir ve yeni bir kesin sonuca ulaşılır. Yeni kesin sonuç birinci kesinden çıkmaktadır. Bu da formel mantıkta silolojik uslamlamadır.

Argümentasyon teorisininin 20. yüzyıldaki rönesansını akla yatkılığın, konsensusun tekrar önemsenmesine borçludur. Bu süreç içersinde retorik formel tutarlılıktan ve formel mantıktan uzaklaşmaktadır. Burada argümentasyon retoriğin en önemli konusunu oluştururmaktadır.Bu bağlamda topiği de argümanların nasıl aranacağının ve bulunacağının bilimi olarak açıklıyoruz.

Modern argümentasyon teorisinin en önemli ve ilk eserleri arasında sayılan iki çalışma Belçikalı Chaim Perelman/ Lucie Olbrechts-Tytcea'nin 1958'de yayımlanan " Yeni Retorik " ve yine aynı yıl yayımlanan Stephan Toulmin'in "Argümanların Kullanılması' (The Uses of Argument), bugün de diğer çalışmaları etkilemeye devam etmektedir[8].

Argümentasyon teorisinin retorik için önem taşıması gibi, retorik de hukuk biliminin ve hukuk felsefesinin teori ve pratiğinde önem taşımaktadır. 20.yüzyıl hukuk teorisi de retorik ve topik alanındaki yeni akımların etkisinde kalmıştır. "Topik ve Genel Hukuk Teorisi", " Hukuki Argümentasyon Teorisi" gibi başlıklar altında, Aristo'ya kadar uzanan bir gelenek devam etmektedir.[9] Aristo'nun formüle ettiği silojizm, retorik ve topiğin etkilerini bugünkü argümentasyon teorilerinde görmek mümkündür. Çağdaş argümentasyon teorilerinde de analitik felsefesinin ve diskurs felsefesinin bir aradalığını bulmaktayız.[10]

II. Bir Hukuki Argümentasyon Teorisinin Zorunluluğu

Hukuki argümentasyon teorisinin konusunu hukuki kararların nasıl doğru temellendirileceği alanında bilgi vermek oluşturur. Doğru temellendirilmeden kasıt içeriksel doğruluk değil, formel yapıdır, Fakat, biçim ve içerik arasında karşılıklı bir etkileşim de vardır.[11]

(7) Nussbaumer,age,s.4 ; ayrıntılı olarak, Bernd Rüthers, Rechtstheorie, 2.baskı, Münih, 2005, s.407 vd., Theodor Wiehweg, Topik und Jurisprudenz, 5.baskı, Münih, 1974

(8) Nussbaumer,age,s.6

(9) Norbert Horn,age,s.114 vd.

(10) Heinrich Weber-Grellet, Rechtsphilosophie, Münster, 2002, s. 35, Topik ve retorik kökleriden ayrılmış ve diskurs teorisine yönelmiş bir argümentasyon teorisini Robert Alexy'de görüyoruz. Weber- Krellet, agy, Robert Alexy, Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, 1993

(11) Hans-Peter Schwintowski, Recht und Gerechtigkeit, Berlin, 1996, s.73

Hukuk uygulamalarında formel mantığın sınırlı kullanımı, hukuki argümentasyon teorisini zorunlu kılmaktadır. Matematik, fizik ve mantıktaki yapay dilin sembolleri, kavramların birbiriyle bağlantısını kolaylaştırır. Hukukta ise bu söz konusu değildir. Mantık sorunu nadiren rol oynar. Mantıki türetim günlük yaşam diliyle yürüyebilir. Fakat günlük yaşam dilinin açık olmadığı durumlarda sorun yaşanır.[12] Bir ceza normunda silah sözcüğünün yer aldığını düşünelim. Buradaki silah sözcüğü ile ateşli silah, bıçak dışındaki cisimler de kastedilmektedir. Silah yerine S harfini kullandığımızda her zaman sandalyenin veya ayakkabının, kalın bir ciltli kitabın silah olup olmadığına karar vereceğiz. Böyle durumlarda normun amacına, anlamına bakmak gerekmektedir.[13]

Deontolojik mantığın yetersizliği de hukuki argümentasyon zorunluluğu için bir nedendir. Bilindiği gibi, deontolojik mantığın konusunu, olması gereken önermeler (Sollenssätze) oluşturur.[14] Deontolojik mantığın standart sistemi (teoremi) normatif çelişkilerden uzak olmaktır. Örneğin "a eylemini yapacaksın "emri ve "a eylemini yapmayacaksın' emri bir arada, aynı zamanda geçerli olamaz. Böylece her türlü norm çelişmesi veya ahlaki ikilemden kurtulmuş oluruz. Fakat bu durum günlük yaşam deneyimine aykırıdır. Normların çelişmesi hem ahlaki hem de hukuki gerçekliğin bir parçasıdır.[15] Norm çelişmeleri özellikle temel haklar konusunda görülür. Hem Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin hem de Türk Anayasa Mahkemesi'nin kararlarında temel hakların karşılıklı değerlendirilmesi, orantılılık ölçüsünün uygulanması yoluyla çözülmeye çalışılır. Sanat, basın ve düşünce özgürlüğü ile kişilik hakları ve özel hayatın korunması gibi haklar çelişebilir. Hangi hak, hangi olayda ağır basmaktadır sorusunun cevabını, karşılaştırmasını deontolojik mantığın standart sistemi içinde sembolleştirmek ve formüle etmek mümkün değildir. Formel mantık dilsel açıdan sınırlı bir dili hukukun hizmetine sunabilir. Bu sınırlı dille bütün hukuki olayların yeniden yapılandırılması olanaksızdır.[16] Fakat, katı mantık kuralları dışında karşılıklı değerlendirmelerin en azından yapısal açıklanması, betimlenmesi çalışmaları yapılmaktadır.[17]

Hukuki argümentasyonun zorunluluğunun diğer bir nedeni de, modern formal mantığın hukuki günlük sorunların çözümü için herhangi bir ölçü getirememesidir.[18]

Legalist, yazılı hukukun ağır bastığı bir hukuk düzeninde de hukuki argümantasyon teorisine ihtiyaç vardır. Yasaları, mevzuatı açık bir şekilde formüle etmek ve yargıcın da bu yasalara uymasını sağlamak yeterli değilmidir? Cevap hayır olacaktır, çünkü yasaları, prensip olarak akla gelebilecek bütün hukuki olayları, hukuki tasım (altlama-

(12) Rüthers,age,s.152

(13) Rüthers,agy

(14) Horn,age,s.95,ayrıntılı olrak Ulrich Klug, Einführung in die juristische Logik, 4.baskı, Berlin,1984

(15) Rüthers,agy

(16) Rüthers,age,s.153

(17) örnek olarak Robert Alexy, Theorie der Grundrechte, 1.Baskı, Frankurt, 1986

(18) Rüthers,age,s. 162

subsumption) aracılığıyla, her zaman karar verilebilecek bir biçimde formüle etmek imkansızdır. Schwintowski'ye göre bunun için önemli dört neden sayabiliriz.[19]

a. Kavramların her zaman yoruma açık olması (Dürüstlük kuralı M.K 2, Alman MK 242.), (taksir, nasafet vb. gibi kavramlar)

b. Normlar arasında çelişme

c. Hukuki boşlukların önlenememesi (hiç bir yasa koyucu, tam olarak gelecekteki gelişmeleri görerek, düşünürek yasa çıkartamaz, geleceği göremeyeceği için, gelişmeler, teknolojik ilerlemeler için yasada düzenleme yapamaz, örnek olarak genetik, çevre koruma, kişiye ait özel bilgilerin korunması, kişilik haklarının korunması); sözleşme öncesi sorumluluk (culpa in contrahendo).

d. Yasanın lafzına aykırı, contra legem karar verme olanağı (reform öncesi, alman hukukunda kişilik hakları için manevi tazminat)[20]

Bu dört argüman hukuki karar süreçlerinde değerlendirmelerin rol oynadığını, bu değerlendirmelerin yasa yoluyla yapılmasının, yerinin doldurulmasının mümkün olmadığını göstermektedir. Bu sadece kıta Avrupası'ndaki gibi yazılı hukuk düzenlerinin ağır bastığı, legalist sistemlerin değil, hukuki karar alma sürecine ilişkin genel bir sorun olarak, anglo-sakson hukuk sistemlerinin de sorunudur.[21] Bilindiği gibi bu sistemlerdeki vakaya dayalı karar (case law) uygulamasında, genellikle yasal düzenlemenin eksik olması nedeniyle yargıç kararlarının temellendirilmesi için teoriye daha büyük bir gereksinim vardır.

Bu nedenlerle anayasalarda ve yazılı anayasası olmayan hukuk düzenlerinde yargıcın sadece yasaya bağlılığı değil, hukuka uyması da düzenlenmiştir.

Alman Anayasası'nın 20. maddesinde ve T.C Anayasası'nın 138. maddesinde hukuka bağlılık yer alır. Avukatlık, hakimlik ve hukuk fakültesi mezuniyet yeminlerinde hukuka bağlılılık yeminleri yapılır. Buradaki soru, hakim hukuku nasıl bulacaktır?

Hukuki argümentasyon teorisi bu soruya bir cevap arar. Hangi koşullar altında bir yargıç kararı doğru temellendirilmiş olarak geçerlidir? Ne var ki bu teori, formel olarak doğru gerçekleştirilmiş kararın maddi anlamda da doğru olup olmadığı konusuna bir yanıt vermez.[22]

Bu durum temellendirme ve karar verme sürecinin ana niteliğini göstermektedir. Ne türlü bir karar verilirse verilsin, hiç kimse mutlak doğru, gerçek bir karar verdiğini iddia edemez.[23] Bu olgu, filozof Hans Albert'in formüle edişiyle 'bilginin üçlemi' (Trilemma der Erkenntnis) olarak da adlandırılmaktadır. Burada, gerçek bir kısır döngü sözkonusudur, yani temellendirmede gereksinim duyduğunuz, kullandığınız argümanın, kendisi temellendirme-

(19) Schwintowski,age,s. 73

(20) Alexy, die juristische Argumentation als rationales Diskurs,Elemente einer juristischen Begründungslehre,yay. R.Alexy, H.Koch, Baden-Baden, 2003, s. 113

(21) Schwintowski,age,s. 73

(22) Schwintowski,age,s.74

(23) Rüthers,age,s.389

ye muhtaçtır ve bu silsile devam edecektir. Şeyler gerçektir, çünkü bunlar gerçektir şeklindeki bir söylem bizi ileri götürmez. Bu kısır döngüyü önlemek isterseniz, geriye dönük sayısız, bitmez tükenmez bir temellendirme işlemine sürüklenirseniz. Her aşamada yeni bir soyutlamaya ulaşırsınız. A, araba kazası sonucu B'den tazminat istemektedir. Bu haklı bir taleptir. Çünkü BK Md. 41 ve Alman MK Md. 847'de haksız fiil nedeniyle tazminat düzenlenmiştir. Hem BK Md. 41, hem Alman MK Md. 847 adil hükümlerdir, çünkü hem Türk Anayasası'nda, hem de Alman Anayasası'nda insan onuru ve kişilik hakları güvence altına alınmıştır. İnsan onurunun korunması da adildir, çünkü bu anayasalara ve hukuk düzenlerine kaynaklık eden doğal hukuk ilkeleri içinde yer alır. Bu doğal hukuk ilkesi adildir, çünkü akla uygun bir değerler düzenine, değerler arasında dengeyi sağlayan bir düzene uygundur. Bu değerler düzeni de adildir, çünkü köklerini ilahi, tanrısal bir düzende bulur. İlahi –tanrısal düzen de adildir, çünkü tüm varlığın nedeni odur. Tüm varlığın nedeni de adildir, çünkü var olma her şeydir. Her şey de adildir, çünkü aksi takdirde her şey hiçbir şeydir.[24] Son önerme bize ironik bir ifadeyi gösteriyor. Bu ifadeyle gerçeğin epistemolojik olarak temellendirilmesi teşebbüsü yarıda kalıyor.

Yukarıdaki açıklamalar, hukuki argümentasyon teorisiyle mutlak adaleti temellendiremediğimiz gibi bir suçlama yapmamız için bir neden olmamalıdır. Her şeye rağmen, karar süreci için formal bağlayıcı argümentasyon yapısı bir ölçüde de maddi anlamda adaleti sağlar. Bu formal argümentasyon süreci keyfiliği önler, mesela belirli argümentasyonların yapılması zorunlu karar süreçlerini sağlar. Eşitlik yaratır. Argümentasyonlar yoluyla belirli sınırlar içinde bir diskurs (söylem) gerçekleşir. Bu diskursla, hukuk etiği ilkeleri, hukuk uygulamasına ilişkin, tecrübeye ilişkin bilgiler sağlanır, diskurs ile akla uygun bir birlikte yaşam düzeninin esasları ortaya çıkar.[25]

Yukarıda açıkladığımız gibi, bir çok katılımcı bir karara varmak için argümanlar getirerek diyolog, diskurs koşulları altında sebebler ve karşı sebebler geliştirerek, bunları karşılıklı olarak değerlendirebilir. Bu da diyalektik düşüncenin kaynağında yatar. Hukuki düşünce tarzı, mahkemenin bir davayı görmesinde kendini gösterir. Hukuk davasına taraflar davalı ve davacı olarak avukatlarıyla, ceza davasında savcı, sanık ve avukatıyla katılır. Birbirine zıt hukuki görüşler ileri sürülür. Davacı avukatı müvekkilinin hukuki haklarını, savcı kamunun cezalandırılması talebini gerçekleştirmek isteyecektir. Taraflar bunun için gerekçeler öne sürer. Karşı taraf bu gerekçenin önemli adımlarını çürütmek için gerekçeler, argümanlar getirecektir. Her iki taraf da karşı tarafın argümanlarını ele almaya zorunludur.

Argümentasyonlarda önem taşıyan, değerlendirmeye açık ve değerlendirmenin yapılması zorunlu konularda argümenlar aracılığıyla kendi lehine karar verilmesini sağlamadır. Hakim ta-

(24) Hans Albert, Traktat über Kritische Vernunft, 6. Baskı, Tübingen, 19912, s. 15, Schwintowski, s.74, krş. Rüthers, age,s. 164 vd.

(25) Schwintowski,age,s. 74 vd.

rafsız bir kurum olarak argümanların karşılıklı sunulmasıyla bir gerekçeli karar verebilecek duruma gelir.[26]

III. Hukuki Argümentasyonun Sınırlarının Çizilmesi

Argümanlar getirme, kural olarak açık bir düşünsel süreçtir. Somut sorunla ilgili akla gelebilecek bütün bakış açıları, görüş noktaları ortaya konabilir. Hukuki argümentasyonda sadece olaya uygulanacak norm değil, bu norma veya normlara ilişkin daha önce verilmiş mahkeme kararları, hukuki literatür, mesela şerhler, makaleler de ortaya konur. Taraflar tarafından bir yenilik olarak getirilen yeni düşünceler, somut olayla ilgili argümentasyon sürecine dahil edilir. Taraflarların somut olayda, karşılıklı çelişen menfaatleri olduğu, bilimsel tartışmada kendi görüşünde inatla ısrar eden insanlar olduğu gerçeği göz önüne alındığında, argümanlarla sınırsız bir tartışmaya sürükleneceğimizi saptarız.[27]

Diğer taraftan jurisprudenz (bundan hukuk bilimi ve pratik hukuk uygulamasını anlıyoruz), somut hukuki kararları sınırlı bir süre içinde verme ve bu kararları denetlenebilir bir biçimde gerekçelendirme göreviyle karşı karşıyadır. Bu karar verme zorunluluğu, hukuk biliminde argümentatif düşünceyi istikrarlı kılmaya, karara yönelmeye zorlar, bu doğrultuda etkiler. Gerçekten de hukuki argümentasyonda hem içeriksel, düşünsel (zihni) hem de dışsal, usüle ilişkin bir dizi bağımlılıklar, zorunluluklar rol oynar.

Almanya'da savunulan hukuki argümentasyon teorisinin kural olarak sınırları bellidir, bu sınırlar teorinin içinde bulundurduğu öncüllere dayanır.[28] Bunların başlıcaları;

a. Hukuki karar süreci esas olarak yazılı temellendirmelerle, en azından şifahi temellendirmeleri sağlamalıdır.

b. Bu karar süreci, akla yatkın rasyonel bir diskursun mümkün olduğu, amaca uygun olduğu, çözüm bekleyen sorunlar için yeterli olduğu görüşüne dayanır.

c. Hukuki karar alma sürecinin, günlük hayatta sorunların çözümünde olduğu gibi, genel karar sürecinin bir alt biçimi olduğu kabul edilir.[29] Bu şekildeki bir hukuki karar süreci tatmin işlevini yerine getirir.

d. Montesquieu'nun 1748 tarihli "Kanunların Ruhu" isimli başyapıtında ortaya konulan kuvvetler ayrılığı teorisinden bu yana hukuki argümentasyonun, parlamento tartışmaları (legislatif güç- yasama gücü) ve idarenin eylemleri (executive - yürütme) aracılığıyla denetlenmesi ve eleştirilmesi konusunda bir anlayış birliği bulunmaktadır.

Her hukuk sistemi bu içkin öncüllerin koşullarını içermez. Örneğin, akıl yerine kutsal kitaptan yapılan türetimin önem taşıdığı, kutsal kitabın kaynak olduğu toplumlarda, Sudan'daki gezgin çoban topluluklarında, Nuenler gibi topluluklarda ritüellerle, törensel karar süreçleriyle karar alınır; bu süreçler ne yazılı, ne de şifahi olarak kurallaştırılır ve rasyonel olarak da temellendirilemez.[30] Bu da, ele aldığımız hukuki argümentasyon teorisinin, batı kültürüne, batı hukuk kültürüne dayanan, Avrupa merkezci, etnosentrik bir teori olduğunu göstermektedir. Fakat bu teori batı hukukunda ve kültüründe adalet olarak anlaşılan kurumun da ana hattını oluşturur. Çünkü batı kültüründe adalet, insanlar arasında sadece rasyonel olarak anlaşılabilir, temellendirilmiş hukuki argümentasyon ile gerçekleşmez, bunun dışında hukuki sürecin diğer unsurlarıyla, mesela muhakeme usulü, yargı kararı ve kararın icrası gibi alanlarda da gerçekleşir. Örneğin, haczedilemeyecek maaş, ücret miktarı, özel af vb. kurumlar önem taşır. Son olarak da karar hiyerarşisi (yüksek mahkemeler, Almanya için 3 dereceli mahkeme sistemi) mahkeme kararlarının kabul görmesinde rol oynar. Mahkemelerin karar verme zorunluluğu da adaletin önemli bir parçasıdır. Yargıç önüne gelen ihtilaf için makul bir süre içersinde karar vermek zorundadır.

IV. Hukuki Argümentasyon Teorisinin Ana Hatları

Hukuki karar süreci iki aşamada gerçekleşir. Birinci aşamada hukukçu sorunu yasanın yardımıyla çözmeye çalışır. Sorunun çözümüne, özgül hukuki bağlam içinde ulaşırız ve bu nedenle bu aşamayı içsel (intern) temellendirme olarak adlandırırız.[31]

Daha önce de bir kaç kez vurguladığımız gibi, karşılaştığımız olay çoğunlukla yasa metniyle çözülemez, ahlaka aykırılık, kusur, dürüstlük gibi kavramlar altı doldurulacak yasal kavramlardır ve kavramlar ikinci aşamayı zorlamaktadır. İkinci aşamada içi doldurulması gereken bu yasal unsur, hukuki kalıp kesinleştirilerek belirlenir veya tamamlanır. Bu işlem normun anlamı ve amacı araştırılarak, göz önünde tutularak yapılır. Normun amacı ve anlamı içsel hukuki temellendirmenin dışındadır. Bu nedenle ikinci aşamaya dışsal (extern) temellendirme denilir.[32]

Hukuki argümantasyon teorisini tanıtabilmek için, Schwintowski'nin tezlerinden hareketle, öncelikle hukuki karar süreci kendi akışı içersinde, şematik olarak açıklanacaktır.[33]

Hukuki Karar Süreci

A) İhtilaf

Olay, günlük yaşamdan bir hadise: çözüm bekleyen bir sorun

Yasa/ hukuk. Hukuki sorun çözüm mekanizması

B) Hukuki Kararın İçsel Temellendirmesi

1) Hukuki Tasım[34] (altlama)

a. Büyük Öncül (yasal unsurlar)

b.Küçük Öncül (olayın parçaları)

c. Çıkarım

2) Çıkarım sonucunun değerlendirilerek kontrolü, sonucun hukuki ve sosyal düzenin temel ilkeleri açısından kabul görüp göremeyeceğinin, sistemle uyum içinde olup olmadığının denetlenmesi. Böyle bir uyum tam olarak

(26) Horn, age,s. 123
(27) Horn,age,s.116
(28) Schwintowski,age, s. 75
(29) Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation,Frankfurt, 1983, s.261 vd.

(30) Scwintowski,agy.
(31) Alexy, age,s. 273
(32) Alexy,age, s. 283, Schwintowski, s.76
(33) Schwintowski, age,s.76
(34) Schwintowski, age,s.76, krş. Mustafa Turan Yücel, Hukuk Felsefesi, Ankara, 2005, s. 241 vd.,Rüthers,age,s.440

görülmüyorsa, uygulanan normun amacına ve anlamına uygun düşüp düşmediği sorusu yöneltilir. Buradan dışsal temellendirmeye geçilir.

C. Dışsal Temellendirme

Olayda rol oynanan, normdaki hukuki kalıpların Savigny'den bu yana kullanılan yorum yöntemleri "canones" aracılığıyla yoruma tabi tutulması [35]

a) Gramatik yorum; lafzi yorum yasanın gramatik yorumu (bir yorum ile bulunabilecek bir kelimenin açık anlamı bağlayıcıdır.)

b) Tarihi yorum; yasa koyucunun yasayı vazedişteki isteklerinin, düşüncelerinin araştırılması. Yasa koyucunun amaçlarını, iradesini T.B.M.M tutanaklarında, yasa gerekçelerinde görebiliriz. Kural olarak, yasa koyucunun iradesi temelinde yasanın amacı araştırılır.

c) Sistematik yorum; her norm, yasa ve işlev yönünden, bağlam içinde değerlendirilerek, normun amacı ve anlamı araştırılır.

d) Teleolojik yorum; burada yasanın amacı, normun anlamı ve amacı, yani ratio legis aranır. Aslında yukarıda sözü edilen üç argümanda da normun amaç ve anlamı araştırılmaktadır. Bu üç argüman araştırmayı kolaylaştırır. Bu üç argümanla yeterli, tatmin edici bir sonuca varılamazsa, teleolojik yorum yoluyla normun anlam ve amacı aranır.

Böylece, hukuki argümentasyon için bütün argümantasyon türleri, kuşkusuz bunlardan biri olan hukuki diskurs (söylem) yolu açılmış olur.

Yorum yöntemlerinden (topoi), lafzi , tarihi, sistematik yorum, aslında teleolojik yorumun alt başlıklarıdır. Fakat kavramsal farklılık yaratmak amaca uygun düşmektedir.[36] Teleolojik yorum, yani amaca ve anlama uygun yorum her tür rasyonel argümana kapılarını sonuna kadar açan bir imkan sağlar, cevaz verilen hukuki argümanlar konusunda hiç bir sınırlama yapılamaz. Aksi takdirde bir normun amaç ve anlamı gerçekten araştırılamaz.[37] Genel rasyonel diskursun bütün argümanları ileri sürülebilse de, aşağıda sayacağımız beş argümentasyon formu hukuki diskurs için özellikle önem taşır.[38]

Bunlar;

a) Kıyas

b) Argumentum e contrario; zıt kavram, (mefhumu muhalif, aksi ile kanıt)

c) Argumentum a fortiore; öncelik, (evleviyet). Bunun da iki türü vardır; argumentum a maiore ad minus (büyükten küçüğe akıl yürütme ve argumentum a minore ad maius (küçükten büyüğe akıl yürütme)

d) Argumentum ad absurdum

e) Teleolojik argüman[39]

Bu şekilde yorumla araştırılan değiştirilmiş unsurlar veya elde edilen

(35) Rüthers,age,s. 447 vd.Prof.Dr. Eberhard Dorndorf, Grundriss der Methodenlehre, 2001, s.1

(36) karş. Dorndorf, age.s. 2

(37) karş. Dorndorf, age.s. 2

(38) Schwintowski,age,s. 77

(39) karş. Yasemin Işıktaç, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, İstanbul, 199, s. 153 vd.; Yasemin Işıktaç-Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi, İstanbul, 2003, s.231, Kemal Gözler, Hukukun Genel Teorisne Giriş, Ankara, 1998, s.172 vd.

yeni unsurlar, içsel temellendirmede, oradaki hukuki tasımda incelenir.

1. İçsel Temellendirme (Subsumtionstechnik)[40]

a. Normun bulunması

Bu işleme başlamadan önce olaya uygulanacak norm veya normları bulmak, ayıklamak,

gerekir. Ceza hukukunda ilgili suç unsurlarını, hukuk davasında dilekçede hukuki nedenleri, idare hukukunda idarenin eylem ve işleminde dayandığı norm araştırılır. Burada hukuki argümentasyon teorisinin bir faydası olmaz. Bu zor işi hukukçu kendisi yapacaktır. Bunun için de yasa, yönetmelik vs. metnini bilmek gerekir.[41]

b. Norm bulunduktan sonra asıl içsel temellendirmenin başlaması.[42]

Olayın, normun unsurlarıyla örtüşüp örtüşmediği incelenir. Olay, normun unsurları içinde çelişmesiz yer almalıdır. Bu işlem için geçerli kurallar, içsel çelişmesizlik ilkesinin kurallarıdır. İlk adım olarak yasal unsur betimlenir. Böylece büyük önerme bulunur. İkinci adım, sorun olarak karşımızda duran olayı anlamak ve bu olayın büyük önermeyle sıkıntısız bir biçimde örtüşüp örtüşmeyeceği araştırmaktır. Böylece küçük önerme bulunur. Almanya'da yargıç sınavlarında adaylara incelemeleri için bir mahkeme dosyası verilir ve sonra adaydan olayı anlatması istenir. Burada adayın olayı ne ölçüde anladığı, sınavı başarması açısından büyük önem taşır.

Üçüncü adımda çıkarım söz konusudur. Küçük önerme, büyük önermedeki yasal unsurlara uyuyorsa, aranan hukuki unsurun var olduğu sonucuna varılır. Eğer küçük önerme büyük önermeyle örtüşmezse iki çıkarım söz konusudur; ya yasal unsurun oluşmadığı sonucuna varılır ve inceleme burada sona erer ya da bu sonucun normun amacı ve anlamıyla bağdaşıp bağdaşmadığı incelenmesine geçilir, böylece dışsal temellendirmeye başlanır. Burada büyük önermedeki yasal unsurların genişletilmesi veya tamamlanması zorunluluğu araştırılır. Bu işlem için yasanın bir cevabı olamaz, bu yüzden dışsal temellendirme kurallarına gereksinim vardır.[43]

Büyük önermenin genişletilmesi veya tamamlanması zorunluluğu varsa, tamamlanmış yeni büyük önerme diğer önermelerin önüne geçer. Bu yeni büyük önerme ile küçük önermenin örtüşüp örtüşmediği incelenir, ardından da yeni bir çıkarıma ulaşılır. Büyük önermenin genişletilmesi, daha da büyümesi söz konusu değilse, imkanı yoksa, çıkarım yasal unsurun oluşmadığıdır.[44]

Bu argümentasyon yapısı Aristo'dan beri, "Organom" adlı eserinde temellendirdiği mantıkta, silolojizm (tasım) olarak bilinir. Silolojizm mantığın esasını oluşturur. Silolojizmde, iki öncülden (büyük önerme ve küçük önermeden) bir çıkarım elde edilir.Burada küçük

(40) karş. Reinhold Zipelius, Juristische Methodenlehre, 4. Baskı, Münih, 1985, s. 89 vd.. Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. Baskı, Berlin, 1968, s. 228 vd.

(41) Horn,age,s.101

(42) Schwintowski,age,s. 77, Horn,age,s.99 vd.

(43) Schwintowski,age,s. 78

(44) Schwintowski,agy.

önerme büyük önermede kullanılan unsura bağlanmalıdır. Böylece orta terim ortaya çıkar. Aksi takdirde çıkarım zorunlu olarak yanlıştır.[45]

Örnek; Büyük önerme: bütün erkekler canidir.

Küçük Önerme: Erkekler de, kadınlar da insandır.

Çıkarım: Kadınlar da canidir.

Bu çıkarım yanlıştır, çünkü küçük önerme, büyük önermede bulunmayan bir unsura , insan unsuruna dayanıyor ve bu unsur da büyük önermede bulunmuyor.

Doğru tasım şu olabilir:

Büyük Önerme: Erkeklerin hepsi canidir.

Küçük Önerme: Bütün caniler insandır

Çıkarım: O halde bazı insanlar canidir.[46]

Burada küçük önerme büyük önermedeki unsura, cani unsuruna dayanmaktadır. Orta terim oluşmaktadır. Çıkarım çelişmesizdir. Karı kocadan biri evlenme merasimi sırasında evli ise evlenme batıldır. Evlenme töreni sırasında evli olmak yasal unsur olarak büyük önermedir; A, C ile evlenme töreni yaparken B ile evlidir. Bu olay küçük önermedir. Çıkarım: A'nın C ile evliliği batıldır. [47]

Tasımda, ne büyük önermenin ne de küçük önermenin maddi anlamda (ontolojik) gerçek olma zorunluluğu vardır. Büyük önermenin gerçekliği konusunda hukuk biliminde örf ve adet hukuku dahil olmak üzere yasa karar verir. Küçük önermenin gerçekliği konusunda somut olay tayin edicidir. Mantıki argümentasyon formu olarak tasımın işlevi, çıkarımın çelismesiz olarak ortaya çıkıp çıkmadığını göstermektir.

Argümentasyonun yapısı büyük önerme ve küçük önerme arasında çelişme olup olmadığını anlamak için önemli bir imkandır.[48]

2. Dışsal Temellendirme

İçsel temellendirmede çıkarımın normun anlam ve amacıyla bağdaşıp bağdaşmadığı denetimi yapılır. Burada bir normun yasal unsurları incelenmektedir. Unsurlar yetersiz kalıyorsa, tamamlanır. Dışsal temellendirme bir süreçtir ve bu süreçte hukuken caiz, hukuk düzeninin elverdiği unsur tamamlanması ve eklenmesinin sistematik araştırması ele alınır. Burada eylemin iki önemli dayanağı yorumlar ve emsal içtihatlardır (Präjudiz). Yorum yoluyla unsur tamamlanmasında Savigny'in açıkladığı gibi 'canones' yorum yöntemlerine dayanılır. Yukarıda açıklanan dört yorum imkanı (canones), elimizdeki hukuki unsurun tamamlanmasına gereksinim olup olmadığı sorusuna yanıt verir.[49] Normun amaç ve anlamının araştırılması için, tasavvur edilebilecek bütün rasyonel argümentasyon formlarının kullanılması caiz olmakla birlikte, yukarıda açıklanan çok tipik hukuki argümentasyon formları da bulunmaktadir. Bunlar karar verme sürecinde önemli bir rol oynar. Kıyas, argumentum e contrario, argumentum a fortiore, argumentum ad absurdum bu grupta yer alır.[50]

(45) Horn,age,s.99
(46) Schwintowski,agy
(47) Gözler,age,s. 162,
(48) Schwintowski,age,s. 78
(49) Rüthers,age,s.447, Dornhof,age,s. 1

3. Objektif Yorum, Sistematik Yorumlar

Objektif yorumlardan, ne lafzi ne de sübjektif yorum kapsamına giren, yasa yorumu ve yargı yoluyla hukuku geliştirmeyle ilgili argümanlar anlaşılmaktadır.[51] Objektif yorum deyimi, sübjektif ve objektif yorum teorileri arasındaki farktan doğmaktadır. Objektif yorumun amacı, sübjektif yorumun amacıyla aynı olup, bir kelimenin olası tüm anlamlarının farklı açıklama versiyonları arasında yapılacak seçimini veya yargı yoluyla hukukun geliştirilmesini temellendirmedir. Sübjektif yorumda bu amacı gerçekleştirecek araç, olguların araştırılması, yani olandan hareket etmektir. Objektif yorum ise, normatif argümanlardan, olması gereken "Sollen"dan yola çıkar. Objektif yorum teorileri, yasa koyucunun objektif amacı, eşyanın tabiatı gibi teorileri içerir.[52] Objektif yorumun kapsadığı iki argüman türü olan sistematik ve etik argümanlar arasında bir ayrım yapılmaktadır. Ama bu argümanlar da birleştirilebilmektedir. Sistematik argümanlar sadece yasanın lafzı, ifadesi ve istediğiyle değil, yorumlanması zorunlu olan yasanın, hukuk sisteminin diğer bütün normlarıyla bir bağlam içinde, bir bütünlük içinde gerekçelendirilmesine dayanır. Sistematik argümanlar, yorum gerektiren yasanın, hukuk düzeninin diğer bütün normatif düşünceleriyle, ilkeleriyle en uyumlu yorumu sağlama taraftarıdır. Diğer bir deyişle sistematik argümanlar, hukuk düzeni içinde çelişkileri önleyen bir yorumun taraftarıdır. Bu yorum, hukukun, bilimsel öneriler arasındaki karşılıklı bağımlılığa en fazla katkı sağlayan yorumu olarak değerlendirilmektedir.[53] Bu tür bir yorum keyfiliği önler ve bu nedenle eşit davranmaya ve hukuk devleti ilkelerinin gerçekleşmesine hizmet eder.

Belli başlı sistematik argümanlar arasında çıkar argümanları, prensipler argümanı, anayasaya uygun yorum, Avrupa Hukukuna uygun yorum, objektif –teolojik yorum, içtihatlara uygun yorum sayılabilir.[54]

Bunlardan en önemli üç sistematik argüman için aşağıdaki özetlemeyi yapabiliriz; çıkar argümanında Jhering'den hareketle Philip Heck, hukuk normlarını çıkar çatışmaları konusunda yasa koyucunun kararları olarak görmektedir.[55] Alman Medeni Kanununun 119. maddesi ile Borçlar Kanunumuzun 23.md. ve takip eden hükümlerinde, rızadaki fesat başlığı altında, bir sözleşmede rızasını beyan eden ve kabul edenin irade açıklamaları arasındaki uyuşmazlık hali düzenlenmektedir. Yasa koyucu, bu çıkar çatışmasında, rıza beyanının, beyanı kabul eden tarafın nasıl anlaşılması gerekiyorsa öyle geçerli olması gerektiği kararını vermiştir.

Prensipler argümanına gelince, ilkeler bir hukuki düzenlemeye temel

(50) Schwintowski,age,s. 79, Dornhof,age,s. 3
(51) Dorndorf,age,s.14
(52) Dorndorf,age,s.14
(53) Dorndorf,agy
(54) Dorndorf,age,s.15
(55) Heck'in teorisi için ayrıntılı olarak, Rüthers,age,s. 358 vd.

teşkil eden, ona yön veren ana düşüncelerdir. Fakat bu ana düşüncelerin çok soyut karakterleri, belirsizlikleri nedeniyle bizatihi uygulanma imkanı yoktur. Çok genel, soyut bazı hukuk prensiplerinin varlığı eskiden beri hukuk teorisi ve metodolojisinde bilinen bir husus olmakla birlikte, bu prensiplerin açıkça belirtilmesi (ya da belirgin hale getirilmesi) 1970'li yıllarda gerçekleşmiştir.[56] Dworkin ve Alexy çok genel hukuk prensiplerini belirginleştirerek hukuk teorisi içinde kullanılabilecek bir hale getirebilmişlerdir.[57] Prensipler teorisine göre, prensipler normatif yönergelerdir ve yorumun ve yargının hukuku geliştirmesinin kurallarını belirler. Bu teoriye göre yasa koyucunun kararlarından oluşan hukuk normları, prensipler ve prensipler çatışması olarak meşruiyet kazanır, hukuka uygun hale gelir. Prensipler sık sık diğer prensiplerle çatışır. Bu tür çatışmalarda her somut olay temelinde karşılıklı değerlendirme, tartma sonucunda karar verilir. Örnek olarak , sözleşme hukukunda iradenin yönlendirici olduğu sözleşme özgürlüğü ilkesi ve kitle sözleşmelerine katılanların sosyal korunması (tüketici sözleşmelerinde tüketiciyi koruma) prensibinin karşılıklı değerlendirilmesi, tartılması, hangi prensibin ne derece ağır basacağına karar verme gösterilebilir, diğer bir örnek basın, haber alma özgürlüğünün özel hayatın korunması ile çatışması halidir. Müktesap haklar, güven ilkesi de prensipler olarak karşımıza çıkar. Bütün normları prensiplere ya da prensipler arasındaki çatışmalarda yasa koyucunun değerlendirmelerine dayandırmak, hukuk bilimine, sürekli (hukuksal) değişimlerde yargıya, hukuk düzeninin birliğini sağlama ve koruma olanağı vermektedir.

İçtihatlara uygun yorum da önemli bir sistematik yorumdur. Yargıcın yüksek yargı kararlarına uyma zorunluluğu bulunmaktadır. Alman yargıcı, Türk yargıcı gibi, Amerikan ve İngiliz yargıcından farklı olarak yüksek mahkeme içtihatlarına doğrudan bağlı değildir. Türk hukukunda Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararları hem ilk derece mahkemeleri hem de Yargıtay daireleri için bağlayıcıdır. Yargıcın içtihatlara uyma zorunluluğunu argümentasyon yükümlülük kuralı olarak görebiliriz. Bu kurala göre; bir yüksek mahkeme bir konuda karar verdiğinde, bu karar alttaki mahkemeler için argümentatif olarak, daha iyi, daha ikna edici argüman olmadığı ölçüde ve sürece bağlayıcıdır.[58]

V. Konsensus ve Karar

Her argümentasyon, argümentasyona katılanlar arasında bir konsensus (oydaşlık) oluşumunu amaçlar. Katılanların, tarafların, makul davranacaklarına ilişkin güven ve argümanların akla uygunluğu, tutarlılığı, sosyal ve hukuki ihtilafların acımasızlığı, tarafların inatçılığı karşısında her zaman konsensus amacına ulaşmaya olanak sağlamaz.[59]

Bir çok olayda uzlaşmaya varılması mümkün değildir. Burada yargıcın karar verme yetkisi gündeme gelir ve yargıç kararı, tarafların ulaşamadığı konsensusun yerini alır. Argümentasyonun sonuçlanması veya sınırlanması, tarafsız bir yargıcın bu konuda karar vermesiyle olur. Yargıç karara ulaşmada ve ardından gerekçeli kararda, tarafların argümanlarından bir seçim yapar. Yargıç tarafların tarafgir, karşılıklı, sınırsız, sonsuz argümanlar getirmelerini tarafsız kararıyla sonuçlandırır. Bu karar, usul hukukunun bir mahkeme kararına sağladığı yetkeyle donatılmıştır. Bu yetki, kararın davayı şekli, formel anlamda sonuçlandırmasıyla, yeni bir dava açılamamasıyla, dava tüketimiyle kendini gösterdiği gibi, maddi anlamda da tarafların arasındaki ihtilafın bağlayıcı biçimde bitmesi ve kararın icra edilebilecek bir nitelik taşıması (ilam) olarak da görebiliriz.[60]

Genel olarak ifade etmek gerekirse, bir karar şu koşullarda yeterli olarak temellendirilmiş, gerekçelendirilmiş sayılır: Sebebler, çıkış noktaları, temel önermeler ve bu temel önermelerden hareketle neticeye varmadaki düşünsel adımlar ve bu iki unsur birlikte, her makul insanı aynı sonuca ulaştırıyorsa, yani onların onayını alıyorsa, bu sonuç yeterli ölçüde gerekçelendirilmiş sayılır.[61]

Hukuki gerekçelendirme, sonucun çıkarıldığı yasa normları veya diğerleri gibi hukuki önermeleri, hakkında karar verilen olaya ilişkin önemli olguları ve sonuca götüren bütün önemli düşünsel adımları göstermelidir. Burada zorunlu değerlendirmeleri açığa vuran önemli ana argümanlar da belirlenmeli, gösterilmelidir.[62] Bu zorunluluklar hem mahkeme kararları için, hem de hukuk uygulamasının diğer alanları, mesela idarenin kararları ya da hukuki bilimsel yazılar için geçerlidir. Argümentasyon sürecinde bütün argümanları dikkate almak zorundayız, bu süreçte ya bu argümanlar gerekçelendirilmeye yönelik olarak kullanılır ya da bu argümanların karşı argümanlar aracılığıyla yanlışlığı ortaya çıkartılır. Bu bağlamda argümentasyonun doyuma ulaşma zorunluluğundan bahsedilir. Kuşkusuz argümentasyonun kısaltılması zorunluluğuna da uymak gerekir.[63]

Modern usul hukuklarını göz önüne aldığımızda, argümanların karşılıklı olarak sunulması, tarafların her birinin diğerinin argümanlarını dikkate alması, hukuk için büyük bir verimlilik yaratır. Habermas'dan bu yana argümentasyonun ancak belirli koşullar altında anlam taşıyacağı bilinmektedir.[64] Habermas'a göre bu koşullar, argümanlar getirme sürecinde daha iyi argümanların sunulması yarışmasının gerçekleşmesiyle yerine gelmektedir. Bu yarışmanın nihai amacı evrensel olarak katılımcıların desteğinin, onayının alınmasıdır.[65] Habermas'a göre, sadece herkesin potansiyel onayını alma ideal gayretini gösterenler inandırıcı olabilir.[66] Habermas, günlük yaşamdaki karar verme sürecinin rasyonelliği sorununun çözümü için kurallarını ideal diskurs koşullarından çıkaran bir argüman getirme sürecini düşünmektedir. Ona göre, bir hukuki diskurs teorisi, bir kurallar katoloğu önerebilmelidir ve bu katoloğa uyulma-

(56) Prensipler teorisi için Ronald Dworkin, Bürgerrechte ernstgenommen, Frankfurt, 1984, Alexy, Theorie der Grundrechte, 3.baskı, 1996, Frankfurt,3.bölüm

(57) Dworkın,age,s.46 vd,122 vd,145 vd.; Alexy, Rechtsregeln und Rechtsprinzipien, " Elemente einer juristischen Begründungslehre" yay. R.Alexy, H.-J.Koch,L.Kuhlen,H.Russmann, Baden-Baden, 2003, s. 217vd.

(58) Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, s.273,Schwintowski,age,s.81,krş.Rüthers,age.s.180

(59) Horn,age.,s.118

(60) Horn,age.,s.119

(61) Horn,age.,s.119

(62) Horn,agy.

(63) Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt, 1978,s.293

(64) Jürgen Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns,Bd.I/II,Frankfurt, 1981

(65) Habermas,Faktizitaet und Geltung , Frankfurt, 1992,s. 278

(66) Habermas,Faktizitaet und Geltung , Frankfurt, 1992,s. 279

sı, sağlam ve aynı zamanda rasyonel kabul edilebilen sonuçlara varmayı sağlar. Habermas'a göre rasyonel diskurs örnek olarak şu koşulları zorunlu kılar; argümanları getirme süreci tarafların isteği olmaksızın kesilmemelidir, bütün katılımcılar eşit olmalıdır, her türlü şiddet diskursun dışında tutulmalıdır. Bu ideal akli kurallar ve önerilerin genelleştirilmesi ilkesi temelinde, argümentasyon pratiğine ciddi olarak katılmak isteyen herkes tartışmaya katılabilir. Tartışmaya katılan kişi diğer potansiyel katılımcıların bakış açılarını benimseyebilme ve onu yorumlayabilmeye muktedir olmak zorundadır.[67]

Hukuki diskursun rasyonellik iddiası nedeniyle genel pratik diskursun argümanlarından bağımsız düşünülemeyeceği göz önüne alındığında, kısmen ahlaki argümanların da bulunması bakımından, hukuki diskursu genel pratik diskursun bir özel hali olarak görmek pekala mümkündür.[68]

Hukuki temellendirme düşünsel adımları da formel olarak gösterebilmelidir. Bu temellendirmede mantiki çelişkiler olmamalıdır. Aksi takdirde böyle bir karar keyfilik yasağının ve böylece de eşitlik ilkesinin ihlali olacaktır. Günlük yaşam deneyimlerinin yasalarına aykırılık temyiz sebebi sayılır. Karar gerekçelerinin formel mantiki düzgünlük içermesi, bir kararın temellendirmesinin yeterli olduğu anlamına gelmez. Karara esas alınan değerlendirmeler argümentatif olarak kendilerini göstermelidir ve değerlendirmeler geçerli hukuk düzeninin değerleriyle örtüşmelidir. Öncelikli olarak bu değerlendirmeler her koşulda uygulanacak yasanın normatif düzenlenmesinde görülür. Bundan başka bu değerlendirmeleri, yüksek yargı organlarınca normun uygulanmasında ve yorumunda bulup ortaya koydukları ve doktrinde de kabul gören genel hukuk ilkelerinde görmek mümkündür. İdeal olarak, yargıç, egemen görüş olarak tanınan önermeleri dikkate almalıdır. Belirli olaylarda geçerli olmak üzere, hukuk bilimi ve içtihatlarla bu tür hukuki önermelerin kavramsal yapıları ortaya çıkmıştır.

Kullanılan yasal normlar ve diğer hukuki önermeler ve bunların içerdiği değerlerin ikili bir özelliği vardır. Bu değerler bir yandan her makul insanın kabul edeceği, anlayışla karşılacağı bir değeri içerir, ki buna rasyonellik denir. İdeal olarak aleyhinde karar verilen insan da bu kararı onaylamalıdır, fakat bu gerçekte mümkün olmaz; örneğin cezaya çarptırılan mahkumlar içinde işlediği suçtan pişman olan az sayıda insan olduğu gibi, hukuk davasında davası reddedilen davacının da bu kararı gerçekten onayladığı, içine sindirdiği olay azdır. İkinci özellik, kararı temellendirmede kullanılan hukuki önermeler hukukun hakim olduğu bir toplumun konsensusu olarak görülmektedir. Bir yasal norm, demokratik usullerle seçilmiş bir yasa koyucu tarafından, yine demokratik esaslara uygun bir yasa koyma sürecine göre vazedilmişse, bu norm herkesçe kabul görmelidir. Bir hukuki önerme, sadece doktrin veya sadece mahkemelerce (yerleşmiş içtihat) kabul görürse, egemen görüş olarak konsensus olarak nitelendirilebilir. Böyle bir konsensus, devlet tarafından geçerliliği sağlanabildiğinde, yetke özellliğini taşıyan yasa niteliğine kavuşur.[69]

(67) Habermas, Faktizitaet und Geltung, Frankfurt, 1992, s. 281

(68) Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, Frankfurt, 1978, s.86

(69) Horn, age., s. 120.

Meslek Olarak Hukuk ve Etik

İsmail H. DEMİRDÖVEN*

"Kişi, 'birlik'te olamayandır".

Oruç Aruoba, "yürüme"

Son zamanlarda çok yazılıp konuşuldu Hukuk ve Etik üzerine. Burada da bir kez daha konuşulacak. Bizlerin insan olarak bazı şeyleri öğrenip anlayarak düşünmemiz ve yaşamımızı bu öğrenip anladıklarımızla düzenlemeye çalışmamız çok uzun bir zaman alır. Bu işi becerebiliyoruz bile kimi zaman. Çünkü yeni olana, alışılmamış olana uzun süre hep kuşkuyla bakıldığı söylenebilir. Üstelik bu yeni olan bir bilgi ya da bir düşünce niteliğinde ise, onun insanın yaşamında yerine oturması, böylece insanlara, olaylara, ilişkilere bakışı değiştirmesi ve değerlendirmeleri etkilemesi çok daha uzun bir süreyi gerektirebilmektedir.

Bu bağlamda Etik Hukuk için yeni sayılmalıdır. Her ne kadar "Hukuğa Başlangıç" ya da "Hukuk Felsefesi" kitaplarında "Ahlâk" kavramı hukukla ilişkisinde işlenir ve bu kavramın hukuk için önemi anlatılır ve Etikle Ahlâk arasında bir ayrım gözetilmezse de; "Ahlâk", Etikle özdeş sayılabilecek bir kavram olmadığından Etik, hukuk için yeni sayılmalıdır.

Bunun yanında, dünyada ve ülkemizde artan toplum ve hukuk sorunları doğrudan doğruya kişiler olarak hukukçuları da öne çıkaran sorunlar oldukları için Etik; hukuk ve hukukçuluk mesleği bakımından da bu sorunların çözümüne ışık tutması beklenen ve kendisiyle ilişki kurulmasına gereksinim duyulan bir alan (felsefenin bir bilgi alanı) olarak yenidir.

Kısaca söylendiğinde **Etik,** felsefenin (bugün "Bilgi Felsefesi" dediğimiz **Epistemoloji** ve "Varlık Felsefesi" dediğimiz **Ontoloji** ile birlikte) en eski araştırma alanlarından birisidir. Baktığı yer, insanın yaşayan kişiler olarak "yaşam" dediği, onun ilişkileri ve eylemlerinden oluşan, felsefede kimi zaman "praxis" terimiyle dile getirilen alandır.

Etiği bir araştırma alanı olarak olanaklı kılan hareket noktalarından birisi, insanın insan olmak bakımından, kendi dünyasını oluşturabilmesi için bazı **değerlere de** sahip olduğu, onları taşıdığı ve başka yapıp ettiklerinin yanında **değerlendirmeler de** yapığı kabulüdür. Etikte "değer" ve "değerlendirme" kavramları her ne kadar bazı felsefî görüşler tarafından tartışma ve eleştiri konusu yapılıyorsa da, bu kabul **bilgisel** bir kabul olarak, insandan soyutlanamaz.

"Ahlâk" böyle bir çerçeve içinde yer alabilecek ve **belirli türden değerler** ile **belirli türden değerlendirmeleri** içeren bir kavramdır. Örneğin

(*) Doç. Dr. Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü

"Ahlâk" ile "değer yargısı" kavramı arasında doğrudan bir bağlantı vardır ve gerek "Ahlâk" gerekse "değer yargısı" kavramları Etiğin inceleme ve araştırma alanına giren kavramlardır.

Biz burada hukuğun Etikle ilgisine hukukçu ve hukukçuluk mesleği bakımından değinmek istiyoruz. Çünkü kişi insanlar arasındaki temel ilişkinin (buna "etik ilişki" de denmektedir) taşıyıcısıdır, öznesidir. Sorunun, insana yönelik mesleklerde büyük ölçüde **meslek adamlığının gerekleri ile o kişinin sahip olduğu anlamlar ve değerler dünyası (kimliği)** arasındaki çatışmadan kaynaklandığı söylenebilir.

İmdi soru şudur : Sorunu çözmek istersek, meslek adamlığı formasyonu ile kişiyi ne biçimde ve nasıl değiştirmeliyiz ?

Bu soruyu yeterince düşünebilmemiz için ilkin meslek, meslek adamlığı ve kişi kavramları üzerinde durmak ve tartışmak yerinde olur.

Bir mesleği (insana yönelik her mesleği) meslek yapan üç unsur bulunmaktadır. Bunlar **amaç, bilgi** ve **uygulama**dır.

Tarihsel süreç içinde bakıldığında bu üçlüden bilgi ve uygulamanın zaman içinde değiştiği, ancak amacın aynı kaldığı görülebilir. Çünkü bir meslek amacı tarafından belirlenir ve insanlararası ilişkilerde rol oynayan başlıca meslekler olarak Hekimlik, Öğretmenlik, Hukukçuluk ... gibi meslekler arkasında, o mesleğin insanlar için sağlamaya ya da ulaşmaya çalıştığı bir hedef yer alır. Bu, her defasında, yani mesleğin **her bir uygulama**sında kendisine ulaşılmaya çalışılan bir şeydir. Niteliği ise onun bir **ide (fikir)** olmasıdır. Örneğin Hukukçuluk söz konusu olduğunda bu fikir **adalet** kavramıyla dile getirilir. İmdi, hukukçuluk mesleğinin amacı da **insanlararası ilişkilerde, insan (günümüzde insan hakları) için adaleti sağlamak** olur.

Bu noktada, tarihsel olduğu kadar güncel de olan bir sorun ortaya çıkar : İnsanlar, insanlararası ilişkilerde adaletin sağlanması gerekliliği konusunda az çok anlaşmışlardır. Ama onun **ne** olduğu konusunda anlaşabildiklerini söylemek kolay değildir.. Burada adalet kavramıyla ilgili tartışmalara girilmeyecektir. Ancak, hukuk alanında ortaya çıkan kimi etik sorunlarla, hukukçuların adalet anlayışları arasında doğrudan ya da dolaylı olarak bir ilgi olduğunun düşünülebileceğini belirtmek gerekir.

Mesleklerin yapısal unsurları olarak belirtilmiş olan amacın (hukuk söz konusu olduğunda, yukarda belirtildiği gibi adaletin), bilginin ve uygulamanın bir tarihi vardır. Bu tarih, **insanın tanrı ile olan ilişkilerinin** ve **insanın insanla olan ilişkilerinin** tarihi olarak kategorize edilip özetlenebilir.

Böyle olsa da, bu ilişkiler her ne kadar, tarih boyunca iç içe geçmiş, yaşanmış ve yaşanmakta olan ilişkilerdir ve hangisinin merkeze alındığına göre farklı bir anlam ve içerik kazanmaktadır. Merkezinde ahlâkın, dinlerin ve tanrının bulunduğu bir adalet anlayışı ile elinde bir terazi bulunan gözleri bağlı bir **insanın** (kadının) sağlayacağı bir söylem bütününde somutlaşan adalet anlayışı kuşkusuz ki farklıdır ve ikincisinde insana son derece güç bir sorumluluk,adaleti araştırıp bulmak sorumluluğu yüklenmiştir.

Ancak bu farklı söylemleri birbirinden ayırmak ve adalete bağımsızlığını

kazandırmak hiç de kolay olmamıştır. bu yolda dökülen kanları tarih yazıyor. Öyle ki, bugün bile bizde, "töre cinayetleri" örneğinde olduğu gibi "ahlâk", insanlararası ilişkilerde adaletin belirleyicisi olarak hükmünü sürdürmekte, hatta pozitif hukuğu bile çeşitli biçimlerde etkileyebilmektedir.

İmdi, mesleklerin amaç, bilgi ve uygulama ana unsurları açısından hukukçuluğun tarihi de bu bağlamlarda oluşup gelişmiştir. Günümüzde anlaşılış biçimiyle meslekler ise, toplumsal ilişkiler düzeninin "büyük dönüşüm"üyle ortaya çıkmışlardır. Bu düzen, batıda "sanayi devrimi" ile gelen ve "kapitalist" olarak adlandırılan ilişkiler düzenidir.

Buna ilk dikkati çekenlerden birisi Max Weber'dir. "Protestan Ahlâkı ve Kapitalizmin Ruhu"nda, her ne kadar "yeni" ilişkiler düzeni ile "Protestan Ahlâkı" arasında bir paralellik kuruyorsa da; Weber'in, yeni ilişkiler düzeninin getirdiği "işbölümü"nün insanın "görev"lerini ayrıştırdığını vurguladığı ve mesleklerin köklerinin böyle bir ilişkiler düzeninde bulunduğunu gösterdiği de söylenebilir.

Bu, meslek etikleri ve mesleklerde yaşanan etik sorunlar açısından bir dönüm ve başlangıç noktası sayılmalıdır. Çünkü mesleklerin kendi başlarına kimlik kazanması (otonomisi), o mesleğin taşıyıcılarının ve onların görevlerinin sınırlanıp belirginleşmesini de birlikte getirmiştir. Bunun da gözlerin bir anda mesleklerin taşıyıcıları olarak meslek adamlarına ve onların uygulamalarına çevrilmesi sonucunu doğurduğu söylenebilir.

Hukukçuluk mesleği de bütün bu süreçlerden geçerek gelmiş, mesleğin bilgi gövdesi bilimin verileriyle desteklenmiş, uygulama alanı çeşitlenip genişlemiş, hukukçuluk kendi içinde dallara ayrışmıştır. Öyle ki, hukuk, uygulamalarda çoğu zaman, bilimi doğal olarak kendisine veri sağlayan tek kaynak kabul etmiş, hatta bu kaynağı mutlaklaştırmıştır.

Örneğin bizde bilime gözü kapalı ve kayıtsız koşulsuz bir değer verildiği için zaman zaman bilirkişilik kurumu yargıçlık kurumunun önüne geçebilmekte, yargıçlar kararlarını bilirkişi raporlarını okumadan, onların sonucuna bakarak verebilmektedirler.

Max Weber'in, Benjamin Franklin'in deyişiyle aktardığı ve "Kapitalizmin Ruhu"nda taşındığını, ya da bu "ruh"u oluşturduğunu söylediği ilkeler ve değerler, yaşanan toplumsal ilişkiler düzeni olarak günümüzde "piyasa" sisteminde geçerliliğini ve işlerliğini bulmaktadır. Bu ilkeler başlıklar olarak dile getirildiğinde şöyle sıralanmaktadır :

- Para : "Unutma ki zaman paradır..."
- "Unutma ki kredi paradır..."
- "Unutma ki para, üretimi güçlendirici ve verimli bir yapıya sahiptir..."
- "İyi bir ödeyici, herkesin cüzdanının efendisidir..."
- "Kişi, kredisini etkileyen en önemsiz eylemleri dikkate almak zorundadır..."
- "Borçlarına sadıksan, bu durum senin şerefli bir insan olduğun gibi sorumlu biri olduğunu da gösteriri; bu da senin kredini arttırır..."

- "Sahip olduklarını kendi mülkiyetinde tutmaya ve ona göre yaşamaya dikkat et..."

Böylece insanın; merkezinde ekonomik ilişkilerin diğer ilişkilerin belirleyicisi olarak bulunduğu bir

duruma ("Homo Economicus") indirgendiği; insanın varlığını sürdürebilmesi için doğaya ve diğer insanlara doğal olarak bağımlı olması zorunluluğunun piyasa kurallarına tâbi kılındığı söylenebilir.

Böyle bir toplumsal ilişkiler düzeninin istediği kişinin sahip olduğu değerler, zaman zaman insanın insan olarak sahip olduğu değerlere ters düşebilmekte; kişiler eylemlerinde kendilerini bir çatışma ya da hesaplaşma durumunda bulabilmekte, yapıp ettiklerinde neyi/neleri ölçü almaları gerektiğini bilememektedirler.

Hukukçular da içinde olmak üzere, meslekleri kişilerin taşıdığı daha önce de belirtilmişti. İşte kişinin/kişilerin meslek adamları olarak önemi bu bağlamda ortaya çıkmaktadır.

Öyle ki, diğer bütün mesleklerde olabileceği gibi, **meslek adamı olarak hukukçu**, meslek adamı olarak hareket alanı ile hukukçuluğu taşıyan **kişi** olarak hareket alanı arasında bilinçli bir ayırım yapamadığından (ki belki de Felsefe ve Etik eğitiminin gerekliliklerinden birisi buradadır); karşılaşılan her bir tek durumda, verilen kararlar, yapılan savunmalar, öne sürülen iddialar, ağırlığın hukukçuluğa ya da kişi olmaklığa verilerek yapılabilmektedir.

Kişi olarak hukukçu, yaşamda olup bitenlere kulaklarını tıkayıp kendisini kapatarak elindeki mevzuat çerçevesinde hareket edebilir. Aslında genellikle yapılan da budur: Yani o, **ele avuca sığmaz yaşamı ve ilişkiler bütününü varolan mevzuata sığdırmak.** Böylece hukukçuluk rolü yaşamda öne çıkar. Bu rol ortadan kalksa bile, rol, kişi ölünceye kadar, hatta öldükten sonra bile devam eder. Bu bağlamda, hukukçular yoruma ve kanaate yer bırakmayacak bir mevzuat isterler. Ama olup bitenler, yani yaşam mevzuata sığmadığı için bu olanaksızdır. Olanaklı olduğu düşünülse bile, böyle bir durum meslek adamı olarak hukukçunun özgürlüğünü ve dolayısıyla kişi olarak etik hareket alanını ortadan kaldırır.

Bunun tersi de etik sorunların kaynağını oluşturabilir. Yani hukukçu kişi olarak kendi öznel yorumlarını, kendi inançlarını, kendi ahlâk anlayışını uygulamalarda ön planda tutarak hareket edebilir. Ayrıca, bir "homo economicus" olarak ortaya çıkabildiği gibi aynı zamanda bir "ahlâk bekçisi" olarak da ortaya çıkabilir.

Aristoteles'in şu sözü bütün bu söylediklerimizi felsefece özetler gibidir : *"... yapma gücüne sahip olduğumuz şeyleri, ancak onları yapma gücüne sahip olduğumuz tarzda yapabiliriz" (Metafizik, 1048 a20).*

Kişilere yaşamda yapma ve olaylara, insanlara, ilişkilere bakma tarzları ve yolları eğitimle verilir. Bu eğitim bir mesleğin adamı olacak olan her kişi için geçerli temel eğitim olarak Felsefe (ve Etik) eğitimidir. Hukukçuluk mesleğinde Felsefe eğitiminin amacı; hukukçunun yukarıda **değinilen iki yapma tarzının bilgisine ve bilincine sahip olarak** kendisine **üçüncü bir yol** çizmesinde yardımcı olmaktır.

Çünkü kişi, yazının başındaki alıntıda olduğu gibi "birlikte olamayandır". Onun kişi olarak özgür ve bağımsız

olabilmesi için birlikte olamayacağı ama çok iyi bilmesi gereken şeyler, yinelenecek olursa, yukarda kısaca dile getirilmiş olan iki yapma tarzıdır. Bu, kişinin kendi varlık koşullarına egemen olması, yani kişi olması anlamına gelir.

Üçüncü yolun ne olduğu, nasıl bir yol olduğu önceden söylemek ise zordur. Söylenebilecek olan; Üçüncü yolu, böyle bir bağlam içinde ancak tek tek kişilerin kendilerinin bulabileceği, bunu bulabildikleri ölçüde de, yaptıkları işin insan için bir anlam kazanıp zenginleşebileceği ve yücelebileceğidir. Böyle bir şeyi ise bize ahlâk değil, olsa olsa Etik söyleyebilir.

Aristoteles'in Adalet Anlayışı: Mesotes Öğretisi

Işıl Bayar BRAVO*

Aristoteles'in adalet anlayışını, mesotes öğretisini anlamak için, öncelikle genel olarak erdemin neliğine bakmak yerinde olur. Çünkü adalet bir karakter erdemidir ve mesotes erdemlere ilişkindir.

Aristoteles erdemin neliğini *Nikomakhos'a Etik* kitabında farklı pek çok yoldan giderek ortaya koyar. Bu yollardan birisi, 'orta olma' olarak karşıladığımız *mesotes* öğretisidir. Yani Aristoteles erdemin doğal yapısını araştırırken, *mesotes* (orta olma) kavramını da kullanır. Ona göre sürekli ve bölünebilir olan herşeyi bölüp daha çoğunu daha azını ve eşitini alabilir, bunu da ya o şeye göre ya da bize göre yapabiliriz. Eşit olan da, aşırılık ile eksikliğin ortasıdır. Bir şeyin ortası, iki ucundan eşit uzaklıkta olandır ve bu herkes için bir ve aynıdır; ancak bize göre orta, ne fazla ne de eksik olandır; bu ise tek değildir ve herkes için aynı değildir. Örneğin bir şeyin çoğu on, azı iki ise, şeye göre alındığında ortası altı olur. Bu, matematiksel ortadır. Oysa insanlara göre 'orta olan' böyle değildir, Aristoteles'e göre. İnsanların kimine göre onbeş kilo yemek çok, kimine göre üç kilo yemek azdır (Aristoteles 1988: 1106a 25-35). O halde her bilen kişi, aşırılıktan ve eksiklikten kaçar; ortayı arar, onu tercih eder; bu orta ise şeyin ortası değil, kişiye göre orta olandır. Erdem de ortayı hedef edinmektir. Bu, Aristoteles'in erdeme ilişkin yaptığı tanımlardan yalnızca birisidir. Burada Aristoteles'in kastettiği karakter erdemidir. Çünkü karakter erdemleri eylem ve etkilenimlerle ilgilidir, aşırılık, eksiklik ve orta da bunlarda olur. Cesaret, ölçülülük, cömertlik ve tabii ki adalet bu erdemlerdendir. "Gerektiği zaman, gereken şeylere, gereken kişilere karşı, gerektiği için, gerektiği gibi bunları yapmak orta olandır ve en iyidir ve bu da erdeme özgüdür" (Aristoteles 1988: 1106b 20-25). Aynı biçimde eylemlerde de aşırılık, eksiklik ve orta olma söz konusudur. Erdem ise aşırılığı yanlış olan, eksikliği yerilen, ortası övülen ve isabetli olan etkilenimlerle ve eylemlerle ilgilidir. Demek ki erdem bir tür orta olmadır, ortayı amaç edinmedir. Orta olma ancak akıllı insanın tercihlerine ilişkin olarak ortaya çıkar. Erdem, akıllı insanın orta olanda bulunma *huyudur*. Orta olanı bulma, akıllı olmaktan başka, tecrübeyi de gerektirir. İyi ve doğru karar ya da eylem, aşırılıkların ortasını bulmaktan geçer. Bunun için hem bilgiye hem de tecrübeye ihtiyaç vardır. Aristoteles, aşırılığa ve eksikliğe bakarak ortanın bulunacağını söyler. Erdem neliği bakımından orta olanı bulmakla ilgilidir, en iyi olmak bakımından ise en uçta olandır. Kendileri kötü olan şeylerin (hırsızlık, zina, kıskançlık) aşırılıklarının ve eksikliklerinin dile getirilmesi mümkün değildir. Buna karşın orta bir bakıma uç olduğu için, ölçülülüğün, yiğitliğin aşırılığından, eksikliğinden ve ortasından söz edilemez; bunlar kendileri iyi olan şeylerdir. Aristoteles her ne kadar bu tür bir genel belirleme yapsa da, eylem söz konusu olduğunda genel belirlemelerden kaçınmak gerektiğini belirtir. Örneğin, yiğitlik, korkular ve cüretlerle ilgili orta olmadır; korkusuzlukta aşırıya kaçanların adı yok, cüretlilikte aşırı olan cüretli, korkmada aşırıya kaçanlar korkaktır.

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'in II. Kitabında orta olanlara örnek verir:

	Eksiklik	Orta	Aşırılık
(Yiğitlik)	Korkaklık	Cesaretli olma	Atılganlık
(Hazlar)	Duygusuzluk	Ölçülülük	Kendini tutamamazlık
(Para)	Cimrilik	Cömertlik	Savurganlık
(Harcama)	Eli sıkılık	İhtişamlılık	Gösteriş Budalalığı
(Öfke)	Sinirlilik	Sakinlik	Öfkesizlik
(Samimiyet)	İstihza	Samimilik	Şarlatanlık
(Şaka)	Yabanıllık	Şakacılık	Şaklabanlık

Biri aşırılık öteki eksiklik olarak görünüm kazanıp kötülüğü ortaya çıkaran, biri de orta olma olarak görünüm kazanıp erdemi ortaya çıkaran bu üç tür tutumun hepsi birbiriyle bir karşıtlık içerisindedir; uçlar hem ortaya hem birbirlerine, orta ise uçlara karşıttır (korkak yiğite 'cüretli', cüretli de 'korkak' der).

Erdemin –karakter erdeminin- orta olma olduğu sonucu bu söylenenlerden rahatlıkla çıkarılabilir. Orta olma derken Aristoteles, biri aşırılık öteki eksiklik olan iki kötülüğün ortasını kastettiğini ve ortayı hedef edinmekle bunun gerçekleştirilebileceğini söyler. Bu nedenle, ona göre erdemli olmak zor bir iştir, çünkü herşeyde ortayı bulmak zordur. Örneğin bir dairenin ortasını bulmak herkesin değil, bilenin işidir; aynı şekilde öfkelenmek, para vermek, harcamak herkesin yapabileceği kolay bir iş değildir. Bunların kime, ne kadar, ne zaman, niçin, nasıl yapılacağı da herkesin bileceği bir iş değildir, kolay da değildir. Bunun için Aristoteles, herkesin, kendisinin nelerden kaçtığını ve nelerden haz aldığını tam olarak bilmesi gerektiğini ve kendilerini bunların çekip ittiğinin tam tersi yöne çekmeleri ya da itmeleri gerektiğini belirtir. Bu, Machiavelli'nin iddialarına oldukça ters düşen bir anlayıştır. Çünkü Machiavelli hep aşırılıklara vurgu yapar ve onları över. Ama Aristoteles'e göre iyiyi aramak için insanların akıllarını erdemi/ortayı aramada kılavuz olarak kullanması gerekir.

(*) Yrd.Doç.Dr., Süleyman Demirel Üniversitesi, Felsefe Bölümü.

Herkes her tek durumda kendi ortasını kendi belirlemelidir. Bu nedenle Aristoteles etiği, tüm durumları tek bir ölçüye sokmaya çalışmaz.

Bu açıklamalardan sonra kendisi bir karakter erdemi ve orta olan adalet erdemini ele alabiliriz.

Adalet, erdemleri konu edinen Aristoteles etiğinde önemli bir rol oynar. Adalet, toplumsal yaşamın ve erdemlerin en yüksek derecede kavranmasını imler. Adalet erdemi için Aristoteles genel olarak erdemler için yaptığı akıl yürütmeleri kullanır.

Aristoteles'in adaletle ilgili görüşlerini en fazla *Nikomakhos'a Etik*'in V. kitabında buluruz. Aristoteles, adalet sözcüğünün iki anlamına dikkat çekerek başlar: Bunlardan ilki, yasal olanın ne olduğuna, ikincisi haksız ve eşit olanın ne olduğuna ilişkindir (Aristoteles 1988: 1129a 3-1130a 13). Bunlar aslında "genel" (tümel) ile "tekil" adalettir (Ross 1995:216). Buradaki ilk anlamla sözü edilen, 'adil' nitelemesiyle imlediğimiz değil; *dikaios* sözcüğü ile "kuralın, geleneğin yasasına uyan" kastedilir (Sherman 1999:235). Bu anlamda (yani tümel anlamda) adalet, yasaya boyun eğmedir; o, böylelikle erdemi kapsar, ama bu erdem ile yasa arasında bir özdeşlik olduğu anlamına gelmez. "Adalet" sözcüğü, ahlaksal erdemin toplumsal ıralayıcısına gönderme yapar, buna karşın 'erdem' sözcüğü bu anlamı içermez (Ross 1995:216). Yani tümel adalet yasalara boyun eğmeyi ve diğer erdemlerle ilişkiyi vurgularken, tekil adalet erdemler arasında yer alır. Yani adalet, erdemin bütünü olarak ele alınabilir, karşıtı olan adaletsizlik ise kötülüğün parçası değil, bütünüdür. Erdem ile bu anlamıyla adalet arasında fark vardır. Bu adalet erdemle aynı şeydir, ama adaletin olduğu şey ile erdemin olduğu şey aynı değildir: başkasıyla ilişkide söz konusu olduğunda adalettir, kendi başına böyle bir huy söz konusu olduğunda erdemdir (Aristoteles 1988: 1130a 10).

Erdemin bir parçası olan, yani bizim tekil adalet olarak adlandırdığımız adalet ise, daha çok eylemlerde ortaya çıkan adaletsizlikler ve haksızlıklarla ilgilidir (Williams 1980: 189-199). Tümel adalet de adaletsizlikle ilgilidir, ama o adaletsizliği yasaya aykırı olan olarak tanımlar; oysa tekil adalet için eşitliğe aykırı olan herşey yasaya aykırıdır, buna karşın yasaya aykırı olan herşey eşitliğe aykırı değildir. O halde tüm erdemin tarafına koyduğumuz adaleti ve adaletsizliği (tümel adalet) şimdilik bir yana bırakıp, daha problematik olan tekil adalete bakmakta yarar vardır.

Aristoteles'e göre eylemlerin pek çok uçları vardır: örneğin bir savaşta askerin korkaklığından dolayı kalkanını atıp geri çekilmesi gibi eylemlerin erdemli olmayan pek çok yanı vardır. Bu eylemde kötülük yapan, diğer arkadaşlarına bir haksızlık da yapmış sayılır, ama kendine çıkar sağlamaz; oysa çıkar sağladığı zaman belirli bir kötülük ve adaletsizlik yüzünden yapar bunu. Bu tür eylemler birer adaletsizlik örneğidir.

Diğer uçlar ile adaletsizlik arasında bu ayrım, tekil adaletsizlikte adaletsiz kazanımlar sağlandığını gösterir. Örneğin bir A kişisi zinayı bir yarar ve çıkar sağlamak için yapıyorsa, B kişisi de hazlarını doyurmak için yapıyor ve bunun için para harcıyorsa, B kişisi ölçülü, A kişisi ölçülü değil, adaletsiz görülür (Aristoteles 1988: 1130a 25-29). A kişisi ne tür kazanımlar elde eder, bu tartışmalıdır. Örneğin ekonomik yarar ya da refah için mi böyle davranır? Burada daha geniş bir yarar tanımına ihtiyaç var. Bununla birlikte bir B kişisinin eylemi de uçlardan (haz düşkünlüğü) birine gitmeye yol açabilir. Sonuçta biz hem A kişisini hem de B kişisini eleştiririz, ama farklı biçimlerde. Bu farklılık bu eylemleri yapanların niyetlerinden kaynaklanır.

Tekil adalet dediğimiz, tümel erdemden farklı bir adalet türü olarak adaletsizlik ve haksızlıkla ilgilenirken, tümel adalet yasasızlıkla ilgilenir: "haksız olan ne varsa yasasızdır, ama yasasız olan herşey haksız değildir" (Aristoteles 1988: 1130b 12-13).

Aristoteles yasayı insan hayatını koruyan bir güç olarak düşünür. Bu güç sadece ahlaksal anlamda değildir, çünkü bu "soyluluk adına" yapılacak insan eylemlerini koruyamaz, ama tekil bir devletin yasaları erdemlere uygun eylemde bulunmayı sağlıyorsa, erdemli eylemlerde bulunulabilir (Aristoteles 1988: 1130b 25).

Yukarıda da değinildiği gibi, adalet bu anlamda yasaya boyun eğmedir. Böylelikle erdemli olmayı da kapsar, ama bu yasa ile erdemin birbirine özdeş olduğu anlamına gelmez. "Adalet", tüm ahlaksal erdemin toplumsal ıralayıcısıdır, ama "erdem" bu anlamı içermez (Ross 1995:216).

"Tümel adalet"e ilişkin bu tür belirlemeler yapsa da Aristoteles'in asıl ilgisi "tekil adalet"edir. Bu anlamda adil olmayan insan, kendi başına iyi olan şeylerden payına düşenden fazla alandır. Aristoteles tekil adaleti ikiye ayırır: yurttaşlar arasında onur, zenginlik, refah gibi gözle görülemez iyileri dağıtma anlamında adalet ve insanla insan arasındaki ilişkileri düzenleme anlamında adalet (Aristoteles 1988: 1130a 14-1131a 9).

Dağıtıcı adalet toplumun üyelerini, yani yurttaşları gerektirir ve en az iki kişi ve iki durumu gerektirir. Bir toplumda bir kişi diğerinden daha az ya da daha çok mal ve değere sahip olabilir. Dağıtıcı adalet var olan mal ve değerleri akla uygun olarak dağıtmaktır (Aristoteles 1988: 1130b 31). Tabi ki övülen değer veya mal her devlette farklı olacaktır: demokraside özgürlük standarttır ve her özgür kişi bu bakımdan diğerlerine eşittir; oligarşide asalet ve refah, aristokraside erdem. O halde, bunu göz önünde tutarak, hepsi için şu ortaklık dile getirilebilir:

A:B=C:D sonra:

A:C=B:D ve sonuç olarak:

A+C:B+D=A:B

(Ross 1995:217)

Yani C, A'ya verilirse, D de B'ye verilmelidir: ancak o zaman dağıtmadan önceki durumla eşit hale gelinmiş olunacak ve adalet sağlanacaktır. O halde adalet A'ya hak ettiğinden daha fazlasını verme, B'ye de aynı oranda verme arasında bir "orta" olmuş olur (Aristoteles 1988: 1131a 9-b 24).

Aristoteles için değerlerin doğru dağıtılması, iki aşırı uç arasında ortayı bulmak demektir. Bu orta "hak" (fair) olarak adlandırılır (Aristoteles 1988: 1131a 11-12). Adalet, aşırı uçlar arasında, ortada olmalıdır. Dağıtıcı adalette eşit niteliklere sahip insanlar arasında değerlerin dağıtılması söz konusudur. Aristoteles "İnsanlar eğer eşit değillerse, eşit parçaları adil biçimde ala-

mayacaklardır, bu da tüm tartışmaların kaynağıdır" der (Aristoteles 1988: 1131a 23-24). Aristoteles dağıtmada, herkesin işine göre oranlandırma yapmak gerektiğini belirtir (Aristoteles 1988: 1131b 29). Dağıtmada adil olanın ne olduğu değere göre belirlenmelidir. Değer, dağıtıcı ve bölüştürücü adalet arasındaki ayrımı da verir. Dağıtma sadece eşitler arasında olur. Aristoteles değerden sayısal olarak söz etmemektedir; daha ziyade bunun bir parça olduğunu ve adaletin dört öğe arasındaki orta olduğunu söyler: bunlardan ikisi değerler ve mallar için, ikisi kişiler içindir. Dağıtıcı adaletle ilgili olarak Aristoteles son bir nokta olarak, kötülüğün dağıtılması gerektiği durumlarda, daha az kötü olanın tercih edilmesi gerektiğini söyler (Aristoteles 1988: 1131b 21-25).

Tekil adaletin ikinci türü olan bölüştürücü adalet de kendi içinde ikiye ayrılır: 1) isteyerek yapılanlar (satış yapma, borç verme vb.) ve 2) istemeyerek yapılanlar (sahtekarlık, hırsızlık, tecavüz etme vb.). Burada yine en az iki kişi vardır, ancak bunlar birbirine eşit değildir. Bu adalet türü öncekinden farklıdır. Çünkü ortak şeyleri paylaştırmadaki adalet oranlamaya göredir (A,B,C,D). Paylaştırma ortak mallarda olursa, katkıda bulunanların birbirlerine oranları ne ise aynı oranda kalacaktır, adaletsizlik de bu orana aykırı paylaştırmak olacaktır. Bölüştürücü adalette, eylemi yapan ile bu eyleme maruz kalan birbirine eşit değildir. Bu durumlarda yargıç, cezayla kazancı azaltarak bunları düzeltmeye çalışır. Daha çok ile daha azın eşitleştirilmesi burada orta olandır. Daha çok ve daha az, kazanç ve zarardırlar. Yargıç burada onarma, düzeltme ya da zararı gidermeyle ilgilenir. Ama bu, kazananla zararı olan arasındaki ilişkide böyledir. Çünkü kişilere değil, devlete karşı işlenen suçlar tekil adaletsizliğin değil, tümel adaletsizliğin örnekleridir.

Aristoteles "bölüştürücü adaletin konusu, kaybeden ile yarar sağlayan arasında ortayı bulmaktır" demiştir (Aristoteles 1988: 1132a 13-15). Burada kaybedenin kaybı niceliksel dir, Aristoteles kaybedenin kaybının nasıl ölçülebileceğiyle ilgili bir hesap yapma önerisi sunmamakla birlikte örneğin suç işleyen birinin bu suçtan nasıl ve ne tür bir yarar elde ettiğini bilmese de suç işleyen ile suça maruz kalanın eşitliğini sağlamak için, yargıcın, suç işleyenin kazanımlarının bir kısmını, eşitliği sağlamak adına, suça maruz kalana vermesi gerektiğini belirtir. Bu kural hem isteyerek hem de istemeyerek yapılan eylemler için uygulanmalıdır.

Bölüştürücü adalet, dağıtıcı adalet gibi geometrik orana göre sağlanmaz, o aritmetik orana göre sağlanır. A ve B kişilerinden yalnızca A'ya C verildiğinde A ile B arasındaki eşitlik bozulmuş olur. Yargıç böyle bir durumda C'yi alıp B'ye verdiğinde kazananla kaybeden arasındaki aritmetik ortanın elde edilmesini sağlar ve eşitliği korumuş olur: çünkü A'ya B gibi davranılmıştır. Yani: A+C-C=B-C+C

Aristoteles, Pitagorasçıların tanımladığı gibi "A, B tarafından neye maruz bırakıldıysa, adalet B'ye de onu yapar" ya da diğer bir deyişle "göze göz dişe diş" biçimindeki formüllere karşıdır. Bu formül ne dağıtıcı ne de bölüştürücü adalet için uygulanır. Bu formülün uygulanacağı tek alan değiş-tokuş adaleti ya da diğer bir deyişle ticari

adalet alanıdır. Burada "eşitlik temelindeki ortaklık" ilkesiyle değil, "orana uygun ortaklık" ilkesiyle hareket edilir (Ross 1995:218). Bir devlet içinde servislerin değiş-tokuşu için ortaklık gereklidir. Bu değiş- tokuşa insanlar ürettikleriyle girerler ve verdiklerinden daha azı için değiş-tokuş yapmazlar; değiş-tokuşa girecek hizmetler değer bakımından birbirinden farklıysa, değiş-tokuş olmaz. Arzu edilen yan, doğru olandır ve bu insanları bir araya getirir. Ancak malların değiş-tokuşunda kişiler eşit parçalara sahip değillerse, değiş-tokuş olmaz. İnsanlar bu tür durumlardan kaçınmak için "istemenin uylaşımsal temsilcisi" olan parayı kullanır. Para, kişiler değiş-tokuş yapmak istemediğinde, istendiği zaman o malı almanın garantisi olarak karşımıza çıkar (Ross 1995:218-19). Parayla, kişilerinin ürünlerinin değeri hesaba katıldığında değiş-tokuş hakça olabilir.

Bu anlatılanların açık kıldığı gibi, Aristoteles adil bir eylemin ortayı bulmaktan geçtiğini belirtir. Devlet adamları ve yargıçlar adaleti gerçekleştirmek istiyorlarsa, her durumda ortayı bulmalıdır. Ama onlar da kimi zamanlarda adil olmayan biçimde davranma tehlikesi altında olabilirler ve bu şekilde yurttaşlara zarar verebilirler. Böyle durumlarda ne çok fazlayı ne de çok azı seçen, sadece kendi payına düşeni seçen, hak ettiğinden fazlasını ya da azını istemeyen kişi adil davranmış olacağı ilkesini hatırlamaları gerekir (Aristoteles 1988: 1133b 29-1134a 16).

Aristoteles bu ayrımlara doğal olanla uylaşımsal olan yasal adalet arasındaki ayrımı da ekler. Aristoteles'e göre aslında haklar ve ödevler evrensel olarak kabul edilmiştir, ama bunların üstünde bazı devletlerde yasalarca ortaya konmuş haklar ve ödevler vardır, ama doğal olan adalet olağandışılıklara da izin verdiğinden, Aristoteles tümel adaletin uylaşımsal olması görüşüne karşıdır. Doğal olan adalet her yerde aynı güce sahiptir ve kanılara göre değişmez. Uylaşımsal olan adalet ise başlangıçta şöyle ya da böyle olması fark etmeyen, ama konduktan sonra fark eden hukuktur. Doğal olana Aristoteles, ateşin her yerde yakıcı olması örneğini verir, ama hak sayılanların her yerde değiştiğini söyler.

Bu ayrımlardan sonra, Aristoteles adaletin sadece bir orta ya da orandan ibaret olmadığını söyler. Adil bir eylem her şeyden önce isteyerek seçilen bir eylemin sonucunda ortaya çıkabilir. İnsanlar ortaya ulaşmada başarısız oldukları eylemlerinin tümünden sorumlu tutulamazlar. Aristoteles bir eylemden kişinin sorumlu olması için eylemlerin yapısını çözümler. Ona göre eylemler dört kısımdan oluşur:

1) Bilmeyerek bir eylem yaparsan ve zarar verirsen, bu eylem beklenmeyen bir eylem olur ve rastlantısal olarak adlandırılır. 2) Bilgisizlikten bir eylem yapıyorsan, ama kötü niyetli değilsen ve yine de zarar vermişsen buna hatalı eylem denir. 3) Bilerek ama istemeden eylem yapıyorsan, yani kızgınlıkla mesela, bu eylem adaletsiz olur, ama senin adil olmadığını göstermez. 4) Bilerek bir seçimin sonucunda bir eylem yapıyorsan, hem eylem hem de onu yapan adaletsiz olur (Aristoteles 1988: 1135a 15-1136a 9).

Aristoteles'in buradaki niyeti yasaya uygunluk sağlamak değil, tamamıyla ahlaklılığı sağlamaktır. Onun adalete ilişkin yaptığı ayrımlar hukuk bilimi

için büyük katkı sağlamıştır. Yasa ve eşitlik arasındaki ayrımı pekçok tarihi olay göz önüne alınarak yapılmış olsa da, büyük oranda Aristoteles'in eşitliği bir tür adalet saymasından ve bunu yasal adaletin üstünde tutmasından çıkarılmıştır: "... böyle şeyleri tercih ederek yapan ve yasa ona yardımcı olduğu halde olumsuz yönde adaleti harfi harfine yerine getirmeyen, daha azıyla yetinen doğru insandır. Bu huy ise doğruluktur, yani bir tür adalettir ve ondan farklı olmayan bir huydur" (Aristoteles 1988: 1138a 1-5) (Ross 1995: s.221). Ayrıca Aristoteles "kendisinin bütününe zarar verdiği yerde yasanın düzeltilmesi"ni önerir (Aristoteles 1988: 1137a 31-1138a 3) (Aristoteles 2001: 1374a 26-b 22).

KAYNAKÇA

- Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, (Çev. Saffet Babür) 1988, Ankara.
- Aristoteles, *Retorik*, Yapı Kredi Kültür Sanat Yayıncılık, (Çev. Mehmet H. Doğan), 2001, İstanbul.
- Ross, David. *Aristotle*, Routledge, Florence, KY, (USA), 1995.
- Sherman, David. 'Aristotle and the Problem of Particular Injustice', *The Philosophical Forum*, Volume XXX, No.4, s. 235-248, December 1999.
- Williams, Bernard. 'Justice as a Virtue', *Essays on Aristotle's Ethics* içinde, ed. Amelie O. Rorty, University of California Press, Berkeley, s.189-199, 1980.

Yeni Aristotelesçi Bakış Açısıyla İyi Bir Yaşamda Dağıtıcı Adalet ve Eşitlik İlkesinin Belirlenimi Üzerine

Aylin TOMAN*

Giriş

Tarihsel açıdan bakıldığında kökleri Aristoteles'e kadar uzanan dağıtıcı adalet anlayışı günümüzde hâlâ en sık tartışılan konulardan biri olarak karşımıza çıkar. Dağıtıcı adalet teorisiyle ilgili olarak tartışılan konuların başında onun doğası ve konusunun ne olduğu problemi gelir. Söz konusu teorinin doğasının hangi tür iyileri içerdiği ve iyilerin her birinin paylaştırılmasının mümkün olup olmadığı soruları tarih boyunca birçok düşünürü meşgul etmiş ve bunun sonucu olarak bu konu üzerinde çok farklı düşünceler ortaya çıkmıştır. Bu temeldeki tartışmaların tümü elbette dağıtıcı adaletin ilkesinin nasıl oluşturulacağı sorusundan bağımsız olarak düşünülemez. Dağıtıcı adalet genel olarak toplumsal zenginliklerin paylaşımıyla ilgilidir. Ancak toplumsal zenginliğin ya da dağıtılabilir iyilerin paylaşımına ilişkin adalet ilkesinin içeriğinin nasıl belirleneceği ve bu ilkenin kaynağının ne olabileceği konuları oldukça karmaşıktır. İyilerin paylaşımında ya da dağıtılabilir iyiler (*distributive goods*) için gerekli ilkenin oluşturulmasında halen bir konsensüs sağlanamamasına rağmen Yeni-Aristotelesçi düşüncenin konuya farklı açılımlar getirdiği söylenebilir.

Yeni-Aristotelesçi yaklaşım, dağıtıcı adalet ilkesini *insanlara saygı* (*respect for persons*) ile insanın kendinde bir değere sahip olduğu düşüncesi üzerinde temellendirir. Başka bir deyişle dağıtıcı adalet ilkesi, saygıyı merkeze alan Kantçı bak

ış açısıyla Yeni-Aristotelesçi değer teorisinden çıkarsanır. Yeni-Aristotelesçi düşünceye göre dağıtıcı adaletin ilkesini oluşturan bu iki ana düşünce insanlar arasındaki *eşitlik ilkesi*nin de kaynağını oluşturur. Dolayısıyla iyi bir yaşamda *eşitlik ilkesi*nin *(equal well-being)* sağlanması hem insan için saygıyı hem de insanın sahip olduğu potansiyelleri gerçekleştirmesini, *yeşertmesini (flourishing)* gerekli kılar. Aristotelesçi bakış açısından iyi yaşam, doğası gereği kendi potansiyellerinin farkına varıp bunları gerçekleştiren insanın erdemli, adaletli bir yaşama sahip olmasından başka bir şey değildir. Yeni-Aristotelesçi kavrayış, dağıtılacak/dağıtılabilir olan iyilerin paylaşımı için yeni bir ilkenin varlığından söz eder. Bu ilkenin içeriğini ise insansal iyinin tanımı ile insana saygı düşüncesi oluşturur.

Şimdi dağıtıcı adalet teorisinin ilkesinin oluşturulmasında önemli rol oynayan

(*) Muğla Üniversitesi, Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi.

unsurlardan biri olarak Yeni-Aristotelesçi değer teorisini inceleyelim.

Yeni-Aristotelesçi Değer Teorisi

Yeni-Aristotelesçi değer teorisi, Aristotelesçi bakış açısıyla insanın insan olarak bir varlığa sahip olduğu düşüncesini temele alır. Peki ama insanın *insan olarak* var olması ne anlama gelir? İnsan olarak *insan olmak* ne demektir? Bu soruya yanıt bulabilmenin yolu Aristoteles'in *ergon*(işlev) kavramını açık kılmaktan geçer. Aristoteles'in felsefesinde çok önemli bir yer tutan *ergon*un ne anlama geldiği sorusuna cevaben herhangi bir varlığın sahip olduğu işlevi tanımladığı ifade edilir. Bir varlığın *ergon*u yalnızca o varlığın sahip olduğu işlevi tanımlamakla kalmaz, aynı zamanda o varlığın karakteristik özelliğini de tanımlar. Söz gelimi, görme gözün *ergon*u olurken, kesme bıçağın *ergon*u olur.[1] Varlığın *ergon*unun söz konusu varlığın karakteristik etkinliğini ifade etmesi *ergon*u olmayan varlığı yoklukla eş değer tutar. Bu düşüncenin kendisi ise işlevini yerine getirmeyen varlığın *varlık olarak* hiçbir değere sahip olmadığı sonucuna götürür. Nitekim göz işlevini yitirdiğinde göz olarak bir değere sahip olmaz. Buradan hareketle denilebilir ki bir varlığın asıl değerini belirleyen unsur, gerçekte o varlığın *ergon*undan başka bir şey değildir.

Ergon tartışmaları bağlamında üzerinde durulan en önemli noktalardan biri de *ergon* ile *telos* arasındaki içsel ilişkidir. *Nikomakhos'a Etik*'te varlığın *telos*unun varlığın kendisine içkin olduğunu ifade eden Aristoteles, *telos* ile *ergon* arasındaki ilişkiyi; varlığın *telos*unu , yine varlığın *ergon*unu gerçekleştirmesi olarak ortaya koyar.[2] Burada *telos* insanın Everest'e tırmanmayı amaçlaması anlamında sıradan bir amaç olmaktan çok daha fazlasıdır. Çünkü insanın insan olarak varlığının *ergon*unu bu *telos* oluşturmaz. O halde insanın *ergon*unun ne olduğu sorusunu yanıtlamak yerinde olur. İnsanın *ergon*u onu diğer canlılardan ayıran bir etken/unsur olarak etkin bir akıl varlığı olmasıdır. *Telos*la birlikte yürüyen *ergon* insan için *iyi* olandır. Çünkü *iyi* tanımı gereği varlığın kendisine yöneldiği, kendisini amaçladığı şeydir. Kısaca, insanın *ergon*unun tanımlanması bize insan olmanın ne demek olduğunu vermekle kalmaz, aynı zamanda iyi insan yaşamı ve insan için iyi yaşam nedir sorularına da ışık tutar.[3] Yeni Aristotelesçi düşünürlerden Walsh, insan varlığına ilişkin söz konusu ettiğimiz teleolojik bakışın post-darwinci bir dünyada hâlâ geçerli olduğunu düşünmenin çok gerekli olmadığını ifade eder. Ona göre varlığın tüm gerçekliğinin amaçlarla örüldüğü düşüncesini benimsemek zorunda değiliz ve *ergon* düşüncesi en nihayetinde metaforik bir biçimde de anlaşılabilir. Etikte, teleolojik bakışın varlığının metaforik kabul edilip edilmemesi, insana ilişkin kavrayışın kendisinden daha önemli değildir. İnsana ilişkin kavrayışta insan *insan olmak* bakımından bir değere sahiptir. Aristotelesçi düşüncede insanın değeri, varlığın karakteristik etkinliği olarak nitelendirilen *ergon*un farkına varılmasında yatar. *Ergon*un keşfedilmesi ise kendi başına değeri oluşturmaya yetmez. Değer, kendi *ergon*unu kavrayan insanın ancak buna uygun eylemlerde bulunması sonucunda oluşur. Bu bağlamda doğası gereği kendi potansiyellerini, yetilerini(kapasitelerini) gerçekleştiren insan *insan olmak bakımından* eş deyişle *insan olarak* değerli olur. Sonuç olarak Yeni-Aristotelesçi düşüncenin değer anlayışının temelini kendi doğasının farkına varan insanın, sahip olduğu potansiyelleri gerçekleştirmesi oluşturur. İnsanın kendi ilgi ve yeteneklerinin farkına varması, sahip olduğu potansiyelleri etkin hale geçirme sürecini gerekli kılar. Peki potansiyellerin gerçekleşmesi için hareket ettirici bir unsur olan ve bu anlamda insanı değerli bir varlık kılan *telos* ya da *ergon* neyi içerir? İnsansal *telos*, sanat, felsefe ve bilim gibi insanın çok çeşitli olan ilgi ve yeteneklerinin tümünü içine alan büyük bir içeriğe sahiptir. Yeni-Aristotelesçi bakış açısı bu ilgileri genel olarak üç başlık altında toplar:

1-Temel ilgiler (*basal interest)*

2-Eudaimonik ilgiler (İyi yaşamla ilgili/ilişkin ilgiler)

3-Öznelliğin ilgileri

Bunlardan temel ilgiler, etkin bir biçimde yaşayan canlının yeme, içme, barınma, sağlıklı ve güvenli bir yaşam şekli, çalışma koşulları, medikal hizmetlerden yararlanma, arkadaşlık gibi doğal ve aynı zamanda zorunlu gereksinimlerinin hemen hepsini içine alır. Temel ilgilerin ya da gereksinimlerin belirli bir seviyede olmasının zorunlu bir koşul olduğu varsayılır. Çünkü doğal gereksinimlerin karşılanmadığı durumlarda diğer ilgi ve yeteneklerin gerçekleşmesinden söz edilemez. Dolayısıyla temel ilgiler hem ileriki ilgi ve gereksinimlerin gerçekleşmesi için bir zemin, hem de insanın hayatta kalabilmesinin temel koşulu olur. *Eudaimon* ilgiler ise, temel ilgilerin yanı sıra uçakları planlama etkinliğinden, kitap yazma, felsefe yapma, satranç oynama hatta bir yeri dizayn etme etkinliğine kadar her tür yaratıcı etkinlikleri içerir. Çok iyi bir tenisçi olmak isteyen kişi çok fazla tenis oynayarak, etkinlikte bulunarak kendi yetilerini geliştirir. Bu ilgilere *eudaimonik* denmesinin nedeni, kendi yetenek ve ilgilerimizin etkin hale getirilmesinin ya da geliştirilmesinin iyi yaşamla yani *eudaimonia*yla çok yakından ilgili olmasıdır. Çünkü hiç kimse yoktur ki kendi potansiyellerini gerçekleştirip ondan hoşlanmasın. *Eudaimonik* ilgilerin ya da yeteneklerimizin geliştirilebilmesi için eğitimin, gerekli kaynakların var olmasının, sağlanmasının ve boş zamanın önemi büyüktür.[4] Son olarak öznelliğin ilgileri üzerinde duralım. Öznelliğin ilgileri ise, adından anlaşılabileceği gibi insanın özsaygı(self-respect), kimlik gibi kendi doğasıyla ilgili olarak düşünmesidir. Söz gelimi öznelliğin ilgilerinden olan kendilik/benlik algısı (self-image) insanın kendisine uygun bir biçimde oluşturduğu, yarattığı bir kavrayış olarak insanın kendisini iyi hissetmesini sağlar. İnsanın kendisine ilişkin kavrayışı aslında kişinin gerçekte kim -futbol fanatiği mi, asker mi, atlet mi, model mi- olduğuna inandığı şeydir. Bu ise kişiye kendi hakkında bir farkındalık sağlar. Özsaygı da benlik algısı gibi öznel ilgilerden biri olarak kabul edilir. İnsanı statüsü nedeniyle değil, yalnızca insan olması nede-

(1) Aristotle; *De Anima* translated by D.W. Hamlyn, Clarendon Press, Oxford, 1993, 412 b 20 25.

(2) Aristotle; *Nicomachean Ethics*, translated by H.Rackham, HUP, 1094 a1 5, 1097 b 22 1098 a 5, EE 1219 a 5-10.

(3) Kathleen V. Wilkes; "The Good Man and the Good for man in Aristotle's ethics", Mind Vol: 87 No:348,(October 1978) p.553-555.

(4) Burada sahip olduğumuz her yetinin gerçekleştirilmesinin iyi bir yaşamı oluşturmayacağının farkında olmak önemlidir. Söz gelimi adamı öldürme yetisine de sahibiz ama böyle bir edimde bulunmanın kendisi hiçbir zaman iyi bir yaşam gerçekleştirmeye olanak tanımaz.

niyle insan olarak değerli bulmak ya da bir kişinin kapasitesi ve yeteneklerinden bağımsız olarak kişinin değerini tanımaktır. Özsaygı, tüm insanların farkına varacağı evrensel bir erdem kabul edilir ve tüm insanların içsel bir değeri olması bakımdan Kantçı doktrini hatırlatır. Çünkü Kant da özsaygının kayıtsız şartsız bir değere sahip olduğunu ifade eder. Yeni-Aristotelesçilerden Walsh, özsaygıyı iyi yaşamın vazgeçilmez unsurlarından biri olarak nitelendirir. Nitekim kendine özsaygısı olmayan bir kişi, hem kendisine hem de başkasına saygı duymayacağından iyi bir yaşamı gerçekleştiremez. Rawls da bu konuda Walsh ile benzer düşüncededir. Ona göre özsaygı, temel bir iyidir ve onsuz bir eylemde bulunmanın hiçbir değeri yoktur. Kendi yetilerimizi gerçekleştirmemiz için özsaygı bir araç kabul edilir.[5]

Yeni-Aristotelesçi bakış açısıyla oluşturulan insansal ilgilerin tümü kendinde bir değere sahip olmakla birlikte insanın kendisini gerçekleştirmesinin unsurları, hatta araçları olarak görülür.İyi bir yaşama ulaşmada gerekli unsurlar olarak görülen iyilerin, ilgilerin ya da yeteneklerin gerçekleşmesi bir toplumun varlığını gerekli kılar. Daha açık bir ifadeyle Aristoteles tarafından sosyal/politik bir canlı olarak tanımlanan insanın[6] kendi potansiyellerini ilgi ve yeteneklerini etkinleştirmesi sosyal bağlamda gerçekleşir. Çünkü insanın kendi ilgilerinin farkındalığı toplumun varlığını gerekli kılar. Robinson Crouse'nun tek başına toplumdan bağımsız kendi yetilerini gerçekleştirebilmesi mümkün değildi. O nedenle onun tam bir insansal yaşam yaşadığını öne sürmek saçma olur.

Dağıtıcı adalette hangi tür iyilerin dağıtılabilir olduğu tartışmasında Walsh söz konusu ettiği ilgilerle, insansal iyiler arasında içsel bir ilişkinin olduğunu dile getirir. Söz gelimi temel ilgiler kategorisine giren yemek, insansal bir iyi olmakla birlikte temel ilgileri doyurur. Benzer bir şekilde ödül ve onur da insansal bir iyi kabul edilip öznel olarak kendi ilgilerimizin gelişmesini sağlar. İnsansal iyiler temelde insansal ilgilere araç olur. Her iki şey arasındaki içsel bağ, insansal iyilerin dağıtıcı adalet anlayışında dağıtılabilir olduğu düşüncesi ile sonuçlanır. Sonuç olarak insansal iyiler insansal ilgilerden, insansal iyiler ise dağıtılabilir iyilerden ayrı düşünülemezler. Ancak burada şunu sormamız gerekir: Acaba tüm insansal iyileri dağıtılabilir iyiler kategorisinde düşünmek mümkün müdür? Arkadaşlık ve dostluğun insansal iyi olması su götürmez bir gerçektir; ama buna rağmen sosyal kurumlar tarafından insansal olan her iyinin arkadaşlığın, dostluğun benzer bir şekilde özsaygının dağıtılması söz konusu değildir. Bunun nedeni öznellik siferindeki bazı insansal iyilerin kendilerinin dağıtılmaya elverişli olmamasıdır. Walsh sosyal adalet kuramında, sosyal kurumların her tür iyiyi dağıtamasa bile bu tür iyilerin gerçekleşmesinin ön koşulunu oluşturmaları gerektiğini ifade eder.[7] Yeni-Aristotelesçi bakış açısıyla ancak böyle bir ortamda insan kendi ilgi, iyi, yetenek ve potansiyellerini etkin hale getirebilir başka bir ifadeyle insanın ilgileri yeşerme olanağı bulabilir.

(5) Adrian J. Walsh, A Neo-Aristotelian Theory of Social Justice,Ashgate Publishing, England, 1997, s.85-94.

(6) Aristotle; Politics translated by, Benjamin Jowett, (The Basic Works of Aristotle ed Richard Mckeon), 1966, 1253 a 7-18 1259 a27-29.

(7) Adrian J. Walsh, A Neo-Aristotelian Theory of Social Justice,Ashgate Publishing, ,England, 1997, p. 117-123.

Walsh, Yeni-Aristotelesçi sosyal adalet kuramının içerdiği dağıtıcı adalet teorisinde, dağıtılan iyilerin niteliğinin diğer adalet türlerinde olduğu gibi yalnızca maddi araç ve gereçlerle sınırlanmadığının altını çizer. Bu kuram insana değer veren Aristotelesçi düşünce ile uygunluk taşıması bakımından oldukça önemlidir. Çünkü dağıtıcı adalet ilkelerini insan için iyi olandan, daha önce de ifade edildiği üzere insan olarak insandan, insanın doğasından bağımsız bir biçimde ele almanın çok da yararlı olabileceği düşünülemez. İnsan için iyi olanla, adalet ve onun ilkeleri arasında ayrılmaz bir bağ vardır. Dolayısıyla dağıtıcı adaletin ilkeleri, Aristotelesçi kavrayışla yalnızca iyi kavramı ışığı altında ele alınabilir.

Kendinde Amaç Olması Bakımından İnsana Saygı İlkesi

Yeni-Aristotelesçi bakış açısıyla amaç olarak insana saygı ilkesi Aristoteles'in değer teorisinden sonra dağıtıcı adaletin ilkelerinin oluşturulmasında ikinci önemli öğedir. Bu ilke, Aristotelesçi değer teorisinden farklı bir biçimde insansal iyinin tanımıyla değil, hem insanların hem de devletin insanlara karşı nasıl davranması gerektiğiyle ilgilidir.

Kant ahlâkının temel dayanağı olarak kabul edilen *kategorik imperatif*in kendisinden türetildiği saygı ilkesi şu biçimde formüle edilir: *İnsanlığı kendi kişiliğinde olsun bir başkasının kişiliğinde olsun hep bir erek gibi görerek, hiçbir zaman yalnızca bir araç olarak kullanmayacak şekilde eyle.*[8]

Bu anlayışa göre, tüm insanlar her türlü şarttan bağımsız olarak mutlak bir değere sahiptir. Böyle bir kabulün insanlar arasında ahlâki açıdan bir eşitliğe işaret etmesi elbette kaçınılmazdır. Çünkü ahlâki açıdan eşit olma düşüncesi diğer bütün insanların nesnel bir değere sahip olduklarını kavramayı gerekli kılar. Kant'ın ilkesi temelinde insan olmak bakımından her bir kişinin diğer insanlar arasında eşit bir değere sahip olduğu söylenebilir.

İnsana saygı ilkesinin tanımı olarak belirtilen, insanı kendinde amaç olarak görme neyi ifade eder? Daha geniş bir perspektiften insanları yalnızca araç olarak değil de, her zaman *amaç* olarak görme düşüncesi eylemlerin türlerine ilişkin ne söyler yani hangi tür eylemler bu bağlamda ahlâki kabul edilebilir?

Kapitalizmin en vahşi olduğu dönemlerde üretimi artırmak amacıyla fabrika işçilerinin yokluk pahasına, çalışanların sağlık ve çalışma koşullarını dikkate almaksızın günde 14-15 saat işverenlerce zorla çalıştırılmaları, insanların araç olarak görülmesinden ibarettir. Marx'ın işçilerin kapitalist sınıfın aracı olma noktasındaki kritiği, bu bakımdan oldukça önemlidir. İnsanların yalnızca araç olarak görülmesinin doğru olduğunu düşünmek olanaksız. Fakat Walsh, dikkatli bir biçimde gözlendiği durumlarda, sosyal hayatın zorunlu olarak diğer kişilere araç olarak davranmayı gerektirdiğini ifade eder. Nitekim trene binerken o treni kullanan kişiyi, film izlerken aktörü, yemek yerken yemek yapan kişiyi, kitap okurken yazarı kendi amacımızı gerçekleştirme yolunda araçsallaştırırız.[9] Peki sosyal hayatta özellikle de ticari ilişkilerde insanların araçsallaştırılması zorunluluğu Kant'ın saygı ilkesini/düşüncesini çürütür mü? Walsh diğer

(8) Bedia Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi ,İnkılap Kitabevi Yayın, İstanbul, 1999, s. 109.

(9) Richard Norman, The Moral Philosophers,Oxford University Press, Newyork, 1998, p.87-88.

kişilerin araç olarak kullanılmasının sosyal bir zorunluluk olup olmadığını sorma girişiminin, Kant'ın ortaya koyduğu formülü/saygı ilkesini ortadan kaldırmayacağını ifade ederken, bunun gerekçesini Kant'ın insanları yalnızca/*only* araç olarak görmemek gerektiğini ifade etmesi olarak belirler. Buradaki yalnızca(*only*) terimi, insanlara araç olarak da davranılmasının mümkün olduğunu gösteren bir kelimedir.

Peki ama eylemin ahlâki değerini belirleyen şey nedir?

Walsh, Yeni-Aristotelesçi adalet kuramında eylemin ahlâki değerini belirlemede yalnızca Kant'ın saygı ilkesini yeterli bulmamaktadır. Walsh'a göre eylemin tanımı, kişiye amaç olarak davranmayı içeriyorsa, eylem ahlâki kabul edilebilir. Söz gelimi, yüzyıllardır yağmur ormanlarında yaşayan İndialıların ikamet ettikleri yerlerin altın avcıları tarafından yalnızca altınları araştırmak değil, aynı zamanda oradaki ilkel insanlara medeniyet ulaştırmak amacıyla işgal edildiği varsayılsın. Kant'ın ilkesinin burada söyleyebileceği çok fazla bir şey yoktur. Çünkü insanların yaşadığı yerleri harap etme ,onları hastalıklarla yüz yüze bırakma pahasına medeniyet getirme düşüncesi gerçekte amaç sayılamaz. Altın avcıları her ne kadar ilkel insanlara medeniyet götürme amacı taşısalar da onların eylemleri orada yaşayan insanların amaçlarına ters olması itibariyle ahlâki kabul edilemez. Dolayısıyla bir eylemin tanımı insana amaç olarak davranılması düşüncesi ile zıtlık oluşturmadığı sürece eylem -eylemi gerçekleştirenin aracı olarak kullanılsa dahi- ahlâki kabul edilebilir[10] Walsh içerikten yoksun, oldukça belirsiz ve yalnızca rasyonel temelde kalan Kantçı düşünceyi, insanın kendini gerçekleştirme koşullarıyla zıtlık oluşturmasını engelleyecek şekilde, insansal iyi tanımını da aklında tutarak yeniden belirler. Yeniden formüle edilen ilke ise şöyledir.

Bir eylem; ancak ve ancak bağlı/tabi olduğu eylemin amaçları kendilerini gerçekleştirme koşullarıyla karşıtlık içinde olmaksızın, insanların kendilerininmiş gibi benimsedikleri amaçlarsa ahlâki olarak kabul edilebilirdir.[11]

SONUÇ

Walsh, dağıtıcı adaletin ilkelerinin oluşturulmasındaki unsurlardan biri olarak belirlediği insansal iyinin tanımının adaletin temel ilkesini yaratmada belirsiz kaldığını ve bu nedenle ilkenin yalnızca iyi teorisinden çıkarsanamayacağını ifade eder. Bu yüzden iyi teorisi ile dağıtıcı adalet teorisi arasındaki boşluk, insanlara nasıl davranılacağıyla ilgili bir biçimde, deontik kavrayışla kapatılabilir. Dağıtıcı adaletin ilkesinin içeriğinin belirlenmesi noktasında Kant'ın düşüncesi yalnızca iyi teorisinde kalma sonucunda ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçları bertaraf eder. Aristotelesçi değer teorisinin kendisi, dağıtılan iyilerin, kaynakların yalnızca yetenekli olan kişilere, erdemli eylemler gerçekleştirenlere göre paylaştırılması gerektiği düşüncesini içereceğinden adaletin ilkesini tek başına oluşturmada eksik kalır. Öte yandan Walsh, Kant'ın kendinde amaç olması bakımından insana saygı ilkesinden türetilen ahlâki eşitlik ilkesinin Aristotelesçi iyi kavramıyla birleştirilmedikçe içi boş bir kavram olacağını iddia eder. İnsansal iyi kavrayışı olmaksızın saygı ilkesinin kendisinden

(10) Walsh, a.g.e, 102-110.

(11) a.g.e, 113.

dağıtıcı bir adalet ilkesi oluşturulmaz. Çünkü adalet denilen şey ya da dağıtıcı adalet anlayışı, insanın iyisinden ayrı, soyut, bağımsız, salt teorik bir zeminde ele alınmaz. Walsh, Rawls'ta olduğunun tersine adalet tartışmalarının insan iyisinden bağımsız olarak sürdürüldüğü insan için iyi olan sorusunu adalet tartışmalarından, dolayısıyla da dağıtıcı adaletin ilkelerinden ayrı ele almanın mümkün olmadığını hatta adalet ilkelerinin insanın kendi *ergon*unu, *telos*unu, potansiyellerini ve de iyisini gerçekleştirdiğinde anlam kazandığını başarılı bir biçimde tartışır. Kant'ın saygı ilkesi ile Yeni Aristotelesçi iyi kavramını senteze götüren Walsh, ancak böyle bir uzlaştırma ile iyi bir yaşamda eşitlik ilkesinin sağlanabileceği ileri sürer. Böyle bir sentezin argümanlarını Walsh şu şekilde özetler:

1. Her bir kişi kendi hakkının farkında olup onu kendine mesele eder. Böyle bir farkındalık ise başkalarına yalnızca araç olarak değil; aynı zamanda kendinde amaç olarak davranmayı getirir.

2. Her insanın farkında olup kendisine mesele ettiği, kişilerin sahip oldukları potansiyellerini gerçekleştirmeleri ve iyi bir yaşam sürmeleri olur.

3. İnsanlara kendinde amaç olarak davranma zaten insanların pratik ve teorik ilgilerinin yeşermesine olanak verir.

4. Tüm insanların birbirlerine amaç olarak davranmalarının bir sonucu olarak, her insan diğer insanlardaki iyiyi kavrar. Böylelikle iyi yaşam eşit bir şekilde her bir kişide kavranır.[12]

Son olarak iyi bir yaşamda eşitlik ilkesinin, ancak Kantçı saygı ilkesi ile Aristotelesçi iyi kavramının senteze götürülmesi sonucunda gerçekleşebileceği veya olası olduğu söylenebilir.

(12) a.g.e, 125-126.

Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları

Ahmet Ulvi TÜRKBAĞ*

Giriş

Hukuk felsefesi alanında köklü, kadim ve derin bir tartışma vardır: *Doğal hukuk* ile *hukuki pozitivizm* tartışması. İlginç olan nokta söz konusu tartışmanın kuşaklar boyu (bu anlayışların içeriği tartışmanın en şiddetli olduğu dönemden, 18. yüzyıldan günümüze ciddi biçimde değişmiş olmakla birlikte) süregelebilmiş olmasıdır. Eskilerin uzlaşmazlığını yenilerin büyük bir hevesle benimsemeleri gerçekten ilginçtir. Kökleri bizim olmayan (eğer maksatlı olarak ileri sürüldüğü gibi yalıtılmış tarih, kültür ve uygarlık mümkünse(!) bizim dışımızda bulunan) bu tartışmanın; diğer pek çoğu ile aynı biçimde sanki Resepsiyon'un zorunlu bir öğesiymiş gibi ülkemizde tam anlamıyla özümsenmiş ve aramızdaki bir tartışmaya dönüştürülmüş olması da ayrı bir hayret noktasıdır. Türk hukuk tarihinin uzun ve ilginç serüvenine özenli bir gözle bakılırsa benzer birçok örnek kolaylıkla bulunabilir. Belki de bu bağlamda Türk hukukunu kendine özgü ve diğerlerinden köklü olarak farklı kılanın, yabancı unsurların benimsenmesinin yanında hazmedilmesindeki, yani onların bizimki haline getirilmesindeki mükemmellik olduğu söylenebilir. Bu yabancı hukukların kendi otantiklikleri içerisinde alındıkları anlamına gelmez ancak rastlantılar, yanlış anlamalar, ideolojik tercihler vb. birçok etki Türk hukukunu[1] belirlemiş ve yine de o özgün bir hukuk olarak varlığını sürdürebilmiştir.

Bu bağlamdaki son tartışmanın Hart-Dworkin tartışmasının özü bu makalenin içeriğini oluşturmaktadır[2]. Aslında tartışma taşıyıcı kavramlarına, doğal hukuk-hukuki pozitivizm, sığmadığı gibi (günümüzde Locke ya da Austin ile kuramsal olarak tümüyle hemfikir olanlar bulunmamaktadır), sözü edilen temel karakterlerle, Hart ve Dworkin ile de sınırlı değildir, (en azından Fuller, Finnis ile Raz, MacCormick bağlamında uzun bir adlar zincirinde salınan taraftarlarla muhaliflere de teşmil edilebilir).[3] Tartışma ilk

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

(1) Ahmet U. Türkbağ, "Hun İmparatorluğu'ndan AB'yet(!) Hukuk Tarihimizin Kırılma Noktaları", ss.13-20

(2) Tartışmanın temel metinleri olarak bkz. H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Press., 1961 ile R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Duckworth, 1978.

(3) Yine adı geçenlerin temel metinleri olarak bkz. J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, Oxford 1980; L.L.Fuller, *The Morality of Law*, Yale University Press, Newyork 1969; J.Raz, *The Concept of a Legal System*, 2nd Ed., Clarendon Press, Norfolk 1997 (ayrıca aynı yazarın, *The Authority of Law*, Oxford University Press, Newyork 2002; *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Norfolk 1988); N. MacCormick, *Legal Reasoning And Legal Theory*, Oxford University Press, Oxford 1977.

bakışta, keyfilikten tümüyle arınmış, kesin, uyuşmazlığa mahkeme tarafından uygulanmadan önce de sonucu öngörülebilir kurallardan oluşan bir hukuk düşü ile ne denli belirsiz görünürse görünsün kişilerin ısmarlama hakkaniyet beklentilerin karşılayan, 'biçimsel' değil de 'gerçek' adaleti yerine getiren bir hukuk düşü arasındaki mücadele gibi görünmektedir. Ancak ona yakından bakıldığında dogmatik hukuk açısından önemli sonuçlar doğuracak, kişilerin menfaatlerini kökten değiştirecek ölçüde 'gerçek', 2005 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu olacak kadar hukukumuz açısından da güncel olduğu görülecektir.

1. Kural Temelli Hukuk Anlayışının Ana Hatları

Hukuki pozitivizmi bu biçimde adlandırmak aslında taraftarlarından çok karşıtlarının kullandığı bir tarzdır ancak, bir haksızlık da sayılmaz. Çünkü pozitivizm yalnızca belirli bir kurum tarafından (bu kurumun kendisi de belirli hukuk kurallarına göre kurulmuş olmak kaydıyla) belli bir prosedüre uygun olarak çıkarılmış kuralların 'hukuk' olarak kabul edileceğini öngörür. Pozitivizmin özü sayılabilecek bu ifade aslında onun diğer bir asli özelliğini de gizil olarak içinde barındırır ve bir kuralın hukuk olup olmadığı ile ilgili herhangi bir kuşkuda yapılacak incelemenin sınırlarını da belirler. Yani inceleme kuralı çıkaran kurum ve bunun kuralı çıkarırken izlediği şekil-usul ile sınırlı olacaktır. Austin ve Kelsen'in hukuk kuramına armağanlarının özünü bu yöntem oluşturmaktadır. Bir hukuk kuralını din, ahlak, gelenek, görgü kuralları gibi diğer tüm sosyal kural türlerinden ayıran nokta *yalnızca* (yalnızca –çünkü Ayrılık Tezi yani hukuk ve ahlakın ayrılığı, farklı bir yaklaşıma izin vermez ancak normativizmin 'kurallar hiyerarşisinde' öngördüğü kapalı denetim buna zarar vermez) kimin tarafından, nasıl, hangi yöntem ve usullerle yapıldığıdır. Bu ise eldeki kuralın geleceğine değil geçmişine bakmayı gerektirir. Burada *soy testi* 'pedigree' belirleyici olur.[4] Bir kuralın hukuk olup olmadığı onun yapılış sürecine bakarak kesinlikle saptanabilir.

Bu mantığa normativizm *iki* özgün ve önemli katkıda bulunmuştur: *Geçerlilik* ve *etkililik*.[5] Aslında geçerlilik Austin'in buluşudur ama onu belirleyen, geliştiren ve bir ölçüde de olsa mucidinin yaklaşımından uzaklaştıran ancak daha uygulanabilir kılan Kelsen'dir. Yeni Kantçı formalizmi ile o, hukuk kurallarını belirli bir hiyerarşi içine yerleştirmiş uluslararası hukuktan Temel Norm'un egemenliğindeki iç hukuka dek uzanan kademeli bir 'kurallar evreni' öngörmüştür. Bu 'normatif realite'(!) basamaklarında yer alan her kural varlık nedenini, zorla uygulanma gücünü, meşruiyetini üst basamaklardaki kurallardan aldığından, üsteki kurallara uygun olmak zorundadır ki, *geçerli* bir hukuk kuralı olarak varlığını sürdürebilsin. Geçerliliğin saptanması kuralın içeriğine bakılmasını gerektirir ancak bu kapalı bir denetim mekanizmasıdır. Yani kural bu piramidal yapıda yer almayan her-

(4) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.17. Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman, *Philosophy of Law An Intruduction to Jurisprudence*, Westview Pres, London 1990, s.19-33.

(5) Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 6. Bası, Siyasal Kitabevi, Ankara 2003, s.337-344.

hangi bir ölçüte göre değerlendirilmez. Çünkü, aksi ayrılık tezine aykırı olurdu. 1982 AY 148/1-2'nin kısa bir incelemesi normativizm netleşmesi açısından yararlıdır. Anayasa değişiklikleriyle anayasaya aykırılığın şekil bakımından ileri sürülmesinde 148/2'in getirdiği ölçütler: Teklif ve oylama çoğunluğu, ivedilikle görüşülmeme şartı ya da son oylama çoğunluğu gibi tümüyle biçimsel ölçütlerdir ve Kelsen'in piramidindeki üstün hukuk kurallarının başlıcalarından biri olan anayasa kuralında yer aldıkları için, normativist anlayışla tutarlıdırlar. Esas bakımından denetim ise piramidin herhangi bir basamağındaki kuralın içeriğinin yine aynı yapıda yer alan diğer bir kuralın içeriğiyle karşılaştırılmasından ibarettir ya da dar anlamda böyle görülebilir. Dolayısıyla kapalı kurallar sistemine kanun koyucunun yasalaştırması biçimindeki doğal girişin dışında bir sızma normativizm genel çerçevesinde mümkün değildir.

Etkililik ise çok farklı bir alana gönderme yapar, dikkatini normatif realiteden sosyal realiteye yöneltir. Bu içerisindeki kurallardan herhangi birinin değil, piramidin bir bütün olarak uygulanıyor olmasını gerektirir. Bu bir hukuk sisteminin tümü için getirilen bir ölçüttür ve Kelsen'in sisteminin iki kara deliğinden birini oluşturur. Çünkü hukuku yalnızca kurallardan ibaret saymak gibi ciddi bir iddia ile yola çıkan Kelsen sistemin tamamı için kural'ın dışına, olgusal alana (aslında doğal olarak) başvurmak zorundadır. Tam bu noktada onun 'kural'ın dışına ikinci çıkışına da değinmek gerekir: Ulusal hukukların tepesinde yer alan Temel Norm hukuku, Kelsen'in ayırmak için olağan üstü çaba harcadığı ideoloji ve ahlakın karanlık ya da belirsiz koridorları içine gönderir. Bu ise hukuki pozitivizmin özüne yani keyfilikten uzak kesin ve belirli bir hukuk sistemi yaratmak amacına tümüyle terstir.

Aslında bu gelinen nokta bir son değil bir başlangıçtır Hart'ın (açıkça ilan etmemekle beraber) aktif ve pasifleriyle birlikte devraldığı düşünsel mirastır. Öncelikle hukukun uygulandığı biçimiyle kuramsal bir çerçeveye oturtulması gerekir. Bu çerçeve hukuki pozitivist-normativist temellere de uygun olmalıdır. Dolayısıyla hukuk kurallardan ibaret olmalıdır. Ancak ona göre bu kurallar hiyerarşik dizilimin dışında nitelik olarak da birbirlerinden farklıdırlar. Hatta onların bu hiyerarşik görünümlerinin nedeni niteliksel farklılıklarıdır. Bu bağlamda hukuk kuralları *birincil* ve *ikincil* kurallar olmak üzere ikiye ayrılırlar ancak ikincil kurallar da kendi içlerinde üç türdür. Hukukun yapı ve işleyişiyle kural türleri arasında sıkı bir ilişki vardır, Hart'ın belirleyici öğesi, kuramının anahtarı kural türleri ve bunların işlevleri arasında yaptığı ayrımdır.

Tüm yapının temelini ve hukuku bir sistem haline getirme görevini ikincil kuralların ilki olan *tanıma kuralı* yerine getirir. Bu kural (farklı bağlamda da olsa Temel Norm'un bir muadili olarak) bir ülkede neyin hukuk kuralı olduğunu ya da olmadığını ayırt etmeyi sağlayacaktır. Ama çok önemli bir işlevi daha vardır. Belirtildiği gibi diğer ikincil normlarla (*değiştirme* ve *yargılama* kurallarıyla) birlikte hukuku mantıksal tutarlı bir bütün haline getirir. Bu sayede yurttaşlar ona içsel bakabilmekte yani hukuka yalnızca yaptırımlarından korktukları için uymamakta, onu davranışlarına bir rehber ve eleştirilerine bir neden olarak almaktadırlar. Birincil kurallar ise doğrudan kişilere yükümlülük getiren kurallar toplamından oluşmaktadır. Onları sistemleştiren ikincil kurallar bulunduğundan, birincil kuralların bir karmaşık yığın olarak sorun yaratması söz konusu değildir.

Ancak kural türlerinin ayrımlaşmasıyla oluşan ve kendine yeterli kapalı bir sistem gibi görünen bu yapının aslında böyle tutarlı olmadığını Hart da itiraf eder, ama ona göre bu olgu hukuk için bir çelişki değildir. Yani Hart aynı anda hem 'hukukun birincil ve ikincil kurallar birliğinden' oluştuğunu hem de *açık dokulu* olduğunu yani kurallar sonucu gerektirecek bir düzenleme öngörmediğinde (penumbral cases, ufki davalarda ya da gölge alanda), bir 'kanun boşluğu' bulunduğunda (ki bu doğaldır) hakimin hukuk yaratıcı takdirini kullanacağını ve davayı karara bağlayacağını söyler.

Konu doktrinimizde 'kanun boşluğu' ile 'hukuk boşluğu' kavramları tartışması bağlamında düğümlenmektedir. MK 1'in düzenlemesinde hakim kanunda uyuşmazlığa ilişkin bir hüküm bulamadığında ortaya kanun boşluğu çıkmaktadır. Ancak, eğer örf ve adet hukukunda da hüküm bulamazsa bu kez hukuk boşluğundan söz edilebilir. Yani hukuk boşluğu için bir adım daha ileri gitmek gerekir. Tam bu noktada Anglosakson hukuk kuramında, dahil olduğumuz Kara Avrupa'sından farklı olarak takdir ile hukuk yaratmanın aynı sözcük (discretion) ile ifade edildiğini de belirtmekte yarar vardır. Böylece Hart'a göre hukukun tanıma kuralı ile saptanan sistematik yapısına hakimin hukuk yaratması teorik ya da pratik olarak bir zarar vermez, bir çelişki olmadığı gibi kullanımının da çok ciddi sorunlar doğurduğu görülmemiştir[6]. Ancak en azından bir kişi, R. Dworkin bu konuda onunla aynı düşüncede değildir ve bu ayrılık Hart'ın teorisine en kapsamlı eleştirinin de çıkış noktasını oluşturmuştur.

2. Kuralı Aşan Hukuk Yaklaşımı

Dworkin'in itirazının temel noktası hukuk ile kuralı eşitleyip ardından da hakimin hükmünü, hukuk yaratıcı takdirini kabul etmektir. Çünkü hakim tanıma kuralı ile belirlenmiş olan yasa koyucu değildir. Bu çelişkinin giderilmesi için iki biçimde düşünülebilir:

Tanıma kuralı hakimin hukuk yaratıcı takdirini içerecek ölçüde genişletilip formüle edilebilir.

Hukuku kurallardan ibaret saymaktan vazgeçilip, kuralın ötesinde bazı ölçütlerin de hukuk olduğu kabul edilebilir.

Dworkin takdir kavramında düğümlenen bu olasılıkları oldukça ayrıntılı ve olabildiğince rafine argümanlarla Hakları Ciddiye Almak adlı temel yapıtlarından ilkinin Kurallar Modeli I ve II adlı bölümlerinde tartışır.[7] O nihai yanıtını vermeden önce anahtar kavram olan takdir kavramını bir incelemeye tabi tutar ve türlerini saptar.

Analizine günlük dilde, hayatta takdir kavramını irdeleyerek başlayan Dworkin öncelikle takdirin hiçbir zaman tam bir serbestliği ya da keyfiliği

(6) Hart, *The Concept of Law*, s.138-150.

(7) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.14-45, 46-80.

ifade etmek için kullanılmadığını saptar. Takdir daima *fındıklı halka tatlısı* (doughnut) gibi belirli bir çerçevenin ortasında yani sınırlı bir alanda söz konusu olur. Ancak ona göre başta Hart olmak üzere hukuki pozitivistlerin ona verdikleri hukuk ötesi ya da hukuk aşıcı rol onu bir tür keyfilikle eş anlamlı kılarak yalnızca onların kural temelli yaklaşımlarıyla değil, bizatihi takdir kavramının sözcük anlamı ve günlük dildeki kullanımıyla da bağdaşmaz. Takdirin üç türü vardır: "Özetle *ilk zayıf* türde takdiri kullanacak kişiye bir standart, bir ölçüt dahilinde seçim yapması söylenir. Örneğin okul müdürü, yarışmaya hazırlamak için öğretmene en çalışkan beş öğrenciyi seçmesini söylediğinde, öğretmenin 'en çalışkan' ölçütü ile yaptığı seçim takdiridir, yani çevresi standartla sınırlı belli bir alandadır. *İkinci zayıf* türde karar verecek merci, o konudaki son merci ve makam olmasından dolayı takdire sahiptir ve olay onun önüne gelene dek belli bir olgunluğa ulaştırıldığından sınırlıdır. Ancak Dworkin'e göre takdirin kullanımı yukarıdaki iki tür ile sınırlı değildir: 'Takdir yetkisini yalnızca bir görevlinin kendisini yetkili kılan standartları uygularken muhakemesini kullanması gerektiğini belirtmek ya da bu muhakemeyi denetleyecek hiç kimse olmadığını söylemek için kullanmıyoruz aynı zamanda sadece görevlinin söz konusu yetkiyi veren standartlarla bağlı olmadığı bazı konuları belirtmede de kullanıyoruz'. İşte bu 'bazı konular' *güçlü* takdir türünü saptamaktadır. Güçlü takdirde yine kişiden seçim yapması istenir ancak bu kez ilk zayıf türde olduğu gibi bir standartla bağlılık söz konusu değildir. Örneğin okul müdürü öğretmenden beş öğrenci göndermesini istediğinde, bir sınırlama getirmediğinden (tek sınırlama gönderilenlerin öğrenci olmasıdır) takdir güçlüdür. Bu takdirin sınırı ancak genel akıl ve adalet ölçüleridir. Yani hukukta geçen makul ve mantıklı, basiretli, adil gibi ifadeler oldukça geniş olan bu takdir alanını oluştururlar. Hakimin MK 1 anlamında hukuk yaratması da güçlü takdire örnektir çünkü, o kanun mantığı ve diğer emredici mevzuatla bağlı olmakla birlikte, takdiri zayıflatacak ölçüde yakın ya da belirli bir standartla bağlı değildir".[8]

Şimdi Dworkin'e göre birinci ve ikinci tür zayıf takdir gerçekten de 'takdir' sözcüğünün günlük dildeki ve hukuk alanındaki kullanımına uygundur. Ancak güçlü takdir hem sözcüğün anlamına hem de yalnızca kurallar modelini kabul eden hukuki pozitivist görüşe değil genel hukuk uygulamasına da aykırıdır. Çünkü takdire böyle hukuku aşan, hukuk ötesi bir anlam verildiğinde taraflar ex post facto, olay sonrası oluşturulan bir ölçüte tabi tutulmuş olacaklardır. Bu ise öncelikle kanunların geçmişe dokunmaması ilkesine ters düşmektedir. Dahası tümüyle hakim tarafından konulan bir kural söz konusu olduğundan kuvvetler ayrılığı ilkesiyle de bağdaşmamaktadır.

Ancak hukukta takdire ya da boşluk doldurmaya gereksinim olduğu da bir 'olgu' dur. Bu nedenle Dworkin sorunun çözümü için hakimlerin kanunun sustuğu ya da uygulanması gereken kuralların açık bir adaletsizliğe götürdüğü

(8) Ahmet U. Türkbağ, "Böyle Yazıldı Böyle Uygulansın: Hakimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği", Ankara Barosu Hukuk Kurultay- 2006, C. II, s.572-573; Dworkin, Taking Rights Seriously, s.31-33.

durumlarda mahkemelerin sorunu nasıl çözdüklerini inceler. Bu konuda köşe taşı olabilecek iki davayı (Riggs ve Palmer ile Henningsen ve Bloomfield Motors Inc.) ve mahkemelerin bunlardaki davranışını görüşüne kanıt olarak sunar. Böylece pozitivistlere hukuk realitesinden, yargılamadan kanıt getirerek onları kendi silahlarıyla vurduğunu düşünmektedir.

"İlkinde büyükbabasının vasiyeti gereği mirasçısı olan genç, büyükbaba yeniden evlenince, vasiyeti değiştirmesinden korkup onu öldürmüştür. Bu olayda hukuki sorun geçerli bir vasiyetnamenin bulunmasına karşılık varisin, kendi miras bırakanını öldürmesi durumunda miras hakkını alıp alamayacağıdır. O günün New York Eyalet yasaları içinde bu durum düzenlenmemiştir[9]. Bu olayda Dava mahkemesi şöyle bir mantık yürütmüştür: Eğer genel olarak sözleşmelerin ve özelde ölüme bağlı tasarrufların geçerliliği hakkındaki hükümler 'söze bağlı' yorumlanırsa mirasın, murisin katiline verilmesi gerekir. Ancak: 'tüm yasa ve sözleşmelerin işleyiş ve sonuçları Common Law'un *genel ve temel ilkeleri* doğrultusunda kontrol edilebilir. Hiç kimsenin kendi hilesinden kazanç sağlamasına veya kendi yanlışından üstünlük elde etmesine veya iddiasını kendi haksızlığına dayandırmasına, ya da kendi suçu ile mal elde etmesine izin verilmez.'

İkinci davada ise otomobilin hatalı üretiminden dolayı kazada yaralanan Henningsen, hiçbir pozitif hukuk metnine dayandıramamakla birlikte, üretici firmadan otomobilindeki hasarın yanında tedavi masraflarını da talep etmekteydi. Firma ise ortada bir sözleşme olduğu, bu sözleşmede üreticinin hatalı üretimden dolayı doğan zararlardan sorumluluğunun yalnızca 'hatalı parçayı değiştirmekle sınırlandırıldığını', Henningsen'ın bunu imzaladığını ve böyle bir sınırlamanın yapılamayacağını öngören herhangi bir yasa maddesi bulunmadığından da sözleşmenin geçerli, davacının tedavi masraflarına ilişkin talebininse haksız olduğunu ileri sürüyordu.

Dworkin mahkemenin bu iki karşıt savı değerlendirirken 6 ilkeden yaralandığını belirterek bunları özetlemektedir. Bunlardan önemli olanlar bir öykü oluşturacak biçimde şöyle sıralanabilir:

"...Bir sözleşmeyi okumadan imzalamayı seçen kişi, olumsuz sonuçlarına da katlanır. (Ancak) Sözleşme Özgürlüğü ilgilendiğimiz alanda hiçbir sınırlamaya izin vermeyecek ölçüde kesin bir doktrin değildir. Otomobilin, günlük yaşamımızın yaygın ve gerekli bir parçası ve onun kullanımının da sürücü, yolcular ve herkes için bu denli tehlikeli olduğu bizimki gibi bir toplumda; üretici, otomobillerinin yapım, servis ve satımıyla ilgili olarak *özel bir sorumluluk altındadır*. Sonuç olarak mahkemeler satış sözleşmelerini, *tüketici ve kamu yararının adil biçimde* ele alıp alınmadığını görmek için dikkatle incelemek zorundadırlar. Anglo- Amerikan hukuk tarihinde mahkemelerin

(9) MK 578'de bu olasılık Mirastan Yoksunluk kurumu çerçevesinde düzenlenmiştir. Buna göre: Miras bırakanı kasten ve hukuka aykırı olarak öldüren ve öldürmeye teşebbüs edenler, mirasçı olmayacakları gibi, ölüme bağlı tasarrufla da bir hak elde edemezler.

bizzat kendilerinin, *haksızlık ve adaletsizliğe alet edilmelerine izin vermeyecekleri* temel düsturundan daha bilinen ve sağlam bir ilke (yoktur)'".[10]

Dworkin'in bu davalardan çıkardığı sonuçlara geçmeden önce değinilmesi gereken ilginç bir nokta vardır. İlk dava olan Riggs ve Palmer 1889'da tarihlidir. Ancak bununla ikiz denebilecek bir olay 2005 tarihli bir Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararına konu teşkil etmiştir.[11] Bu davadaki sorun sigortalı eşini, onun mirasından ya da aylığından yararlanmak için değil *tümüyle farklı bir nedenle öldüren kadının*, 'ölüm aylığına' hak kazanıp kazanamayacağı sorunudur. Tıpkı eski New York eyaleti yasaları gibi 506 Sayılı SSK/66,68 maddelerinde de bu konuya açıklık getirilmemiştir. MK 578 murisi öldürmeyi bir yoksunluk sebebi olarak düzenlemiştir. Aynı doğrultuda bir hüküm de 5434 sayılı ESK/77'de vardır. Hukuk Genel Kurulu Kararı ile Karşı Oy yazılarından anlaşıldığı gibi burada sorun iki temel hukuk ilkesinden (*Kuralından değil!*) hangisinin geçerli olduğu noktasında düğümlenmektedir. Bunlar: 'Hiç kimsenin kendi kusurundan yararlanamayacağı' ilkesi ile 'herkesin toplumun bir üyesi olarak sosyal güvenlik hakkına sahip olduğu' ilkesidir. Yargıtay olayda ilkini tercih etmiş ve eşini haksız tahrik sonucu öldürdüğü ceza mahkemesi kararı ile saptanmış olan kadını 'ölüm aylığı' almaktan yoksun kılmıştır.

Ne denli canlı ve ne denli gerçek oldukları Yargıtay kararından da anlaşılan bu iki örnekten Dworkin hakimlerin Hart'ın iddia ettiği gibi hukukun açık dokulu olmasından dolayı üçüncü takdir türü olan güçlü takdire sahip olmadıklarını, kuralların sustuğu durumlarda en azından her kültürün hukukunda kabul edilmiş belirli ilkelerle bağlı olduklarını çıkarır. Hatta ona göre kurallara uyulmasının ya da bunların bağlayıcı olmasının nedeni dahi bu ilkelerin varlığıdır. Eğer hukukta ilkeler bu denli önemli bir rol oynuyorsa bu durumda da hukukun Hart'ın belirttiği gibi kurallardan oluştuğunu ileri sürmek gerek pratik gerçekler gerekse teorik tutarlıklık açısından doğru olmayacaktır.

Gelinen bu nokta Hart'ın teorisinin çok önemli bir kavramının daha sorgulanmasını gerektirmektedir. Kuralların ve hukukun temelinde yer alan tanıma kuralı ilkeleri belirlemekte ne ölçüde yeterli olacaktır? Bu sorıya ilkelerin nitelikleri dikkate alındığında verilecek yanıt, tanıma kuralının ilkeleri saptamada yetersiz kalacağıdır. Çünkü özetle, ilkeler kurallara göre çok daha belirsiz ve elastiktirler. Sosyo-kültürel bir süreçte uzun bir zamanda oluşurlar, değiştirilmeleri oluşma süreçleri gibi uzun ve belirsizdir. Ağırlıkları ya da önem denebilecek boyutları dolayısıyla her davada sonucu belirleme ya da kararı etkileme düzeyleri farklıdır. Tanıma kuralı ise örneğin 'TBMM'nin anayasal prosedürlere göre yasalaştırdığı her şey Türkiye Cumhuriyeti'nin hukukunu oluşturur' gibi net ve açık bir kural olmak zorundadır. Dworkin'in uzun uzun tartıştığı gibi eğer tanıma kuralı ilkeleri de içerecek biçimde genişletilirse bu kez de hukuku diğer sosyal kurallardan ayırmada kullanılacak bir ölçüt olma işlevini yani temel işlevini yitirecektir.

Dolayısıyla tanıma kuralı hukukta böylesi önemli rol oynayan ilke boyutunu kapsamada yetersiz kalınca onun halen hukukun temel taşı olarak kabul edilmesi olanaksız hale gelmektedir. Bu durumda ise açıklamalarının ağırlık merkezini tanıma kuralı üzerine kuran Hart'ın teorisi temelini yitirmekte, dahası kural kavramını esas alan diğer kuramlarda bu eleştiriden paylarını almaktadırlar.

Doğal olarak tartışmanın devam ettiği yaklaşık 30 yıllık sürede Hart'ın, Dworkin'in bu eleştirilerine verdiği yanıtlar vardır. Hatta artık tartışmanın çok daha geniş bir alanda, sayısız taraftarlar arasında ve sayısız versiyonla süregeldiği de söylenebilir. Ancak öz yukarıda belirtildiği biçimini korumaktadır.

(10) Ahmet U. Türkbağ , Kanıtlananıayanı Kanıtlamak, Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı, Der'in Yay., İstanbul 2003, s. 49-50; Dworkin, Taking Rights Seriously, s.23,24.

(11) Esas no: 2005/10-364, Karar no: 2005/390, Tarih: 15.06.2005, Legal Hukuk Dergisi-Ekim 2005, s.3726-3730.

Nötr İlkeler ve Hukuk

Gülriz UYGUR*

Hukukta normların bir türü olarak ilkeler yer almakta ve bilinen ifadeyle hukukun genel ilkeleri olarak adlandırılmaktadırlar. Yukarıdaki başlıktan hareket edilince, nötrlük ilkesi de bu ilkeler arasında sayılabilir. Diğer yandan, yukarıdaki başlığın "ilkelerin nötr olmasıyla" ilgili olduğu da belirtilebilir. Bu durumda, "nötr ilkelerden söz edilebilir mi?" gibi bir soru akla gelebilir. Bu soruyu sordurmanın veya akla getirmenin birkaç nedeni olabilir. Örneğin, ilkelerin özelliklerinden hareket edilerek nötr bir ilke olamayacağı belirtilebilir. Bu iddiada haklılık payı olabilir. Zira ilkeler, içerikleriyle beraber ön plana çıkmakta ve değerler, çıkarlar veya yararları açıklayan standartlar olarak değerlendirilmektedirler. Bu açıdan bakınca ve nötrlükten de belirli bir şey anlaşılınca, yani değerden bağımsız olmak olarak nötrlük ele alınınca, nötr ilke olamaz şeklinde bir düşünceyi savunmak mümkündür. Ancak bu tür bir düşünceye değerden bağımsız olduğu öne sürülen (tarafsızlık, tutarlılık gibi) ilkelerin var olduğuyla karşı çıkılabileceği gibi, nötrlüğün anlamından hareket edilerek de karşı çıkılabilir. Zira nötrlüğün birden fazla anlaşılış şekli mevcuttur.

Başlıkla ilgili olarak üzerinde durulacak ikinci husus nötr ilkeler ve hukuk arasındaki ilişkiyle ilgilidir. Bu ilişkide ise anahtar rolü oynayacak olan temel soru, çıkarı, amacı, planı farklı olan insanların bir toplumda hukuk vasıtasıyla nasıl birleştiğidir. Esasen bu soruyu Ronald Dworkin sormakta ve bu tür birleşmeyle ilgili dostluk terimine yer vermektedir[1]. Ancak bu soruyu nötrlük temelinde sorarken oldukça dikkatli olmak gerekir. Zira, bu sorunun başlıca cevabını nötrlük oluşturmamaktadır. Daha çok nötrlük bu soruya verilecek cevapla ilişkili, onun bir uzantısı veya tamamlayıcısı olan bir unsur olarak düşünülmelidir. Çünkü nötrlük, birçok düşünürün görüşünde olduğu gibi, kendi başına bir değer olmayıp, en fazla araçsal bir niteliktedir. Ayrıca bu soru ve nötrlük arasındaki ilişki de, nötrlüğün çoğulculukla olan ilişkisinden dolayıdır. Öte yandan nötr ilkeler ve hukuk arasındaki ilişki kurmanın tek yolu, belirtilen sorudan hareket etmek değildir. Nötrlüğe verilecek anlam çerçevesinde bu ilişki, çok farklı şekillerde kurulabilir. Burada üzerinde durulacak ikinci ilişki türü ise, hukuk uygulaması bakımındandır. Ancak bu ilişki kurma biçimleri nötrlüğe verilecek anlama bağlı olduğu için öncelikle nötrlüğün

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

(1) Ronald Dworkin, Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge 1986, s.413.

ve bununla ilişkili olarak da nötr ilkelerin anlamını belirlemek gerekmektedir.

I.GENEL OLARAK NÖTRLÜK

Nötrlük, değerden bağımsız olmak olarak tanımlanmaktadır. Bu tür bir nötrlük tanımı, gerçekte, doğa bilimleriyle ve doğruya ulaşmaya ilişkin objektif bir metot bulma düşünceleriyle yakından ilgilidir. Esasen burada belirli bir bilgi anlayışı göz konusu olup, bilimsel araştırmalarda nötrlüğün doğru olana götüreceği düşünülmektedir. Bu tür bilgi anlayışı, olgu-değer ayrımına dayanmakta, bilginin tek bir kaynaktan türetildiğini ileri sürmektedir. Bu tür anlayışa dayalı bir yaklaşım örneği olarak da klasik hukuki pozitivizmi belirtmek mümkündür.

Hukuki pozitivizm, mevcut hukuka ilişkin yaklaşımında, belirli anlamdaki bir bilimsel yaklaşımı yani değerden bağımsız olmayı benimsemektedir. Bunun bir gereği olarak da, olan hukuk-ideal hukuk veya olgu olarak hukuk ile ideal olarak hukuk arasında ayrım yapılması gerektiği savunulmaktadır[2].

Pozitivizmin nötrlük tezi, hukuka dair değerden bağımsız olmayı, yani hukuki geçerlilik yargılarının ahlaki değerlendirmelerden ayrılmasını gerektirmektedir. Hukuki pozitivizm bakımından nötrlük tezi, hukuki pozitivizm ile analitik felsefenin birbiriyle uyumunu yansıtmaktadır. Nötrlük ilkesinin dayanak noktası, mantıki bir bakış açısıyla olgu ifadelerinden değer yargılarının türetilmesini yasaklayan, olan ve olması gereken arasındaki ayrımda yer almaktadır. Bu bakış açısı, hukuki bilim teorisi olarak, hangi şartlar altında hukuki bilginin türetileceğini belirtmektedir[3].

Nötrlük tezinin yansıması, kendisini hukuki pozitivizmin temel tezlerinden biri olan ayırma tezinde göstermektedir. Bu tez gereğince, hukuk ve ahlak ayrımı söz konusu olup, hukukun ne olduğuyla ne olması gerektiği birbirine karşıtırılmamalıdır. Pozitivizmin ayırma tezi, hukukun tanımında ve hukuka ilişkin kavramsal ve teorik incelemede hukuk hakkında değer yargılarına yer vermeyi yasaklamaktadır.

Bu anlamda nötrlük tezinin, iki temel gereklilikle haklı gösterildiği belirtilebilir. İlki olgu-değer ayrımı, ikincisi ise hukuk değerlendirmesinin hukukun tasvirinden ayrılmasıyla ilgilidir[4]. Pozitivizmin nötrlük tezi, her türlü değer yargısının, dini, politik, ahlaki dışarda bırakılması, hukukun sadece tasviri olarak incelenmesiyle ilgilidir. Bu ilke, empirist bilim anlayışıyla ilişkilendirilmektedir[5].

Öte yandan çağdaş pozitivizmdeki gelişmelerle, nötrlük tezinin anlamı da sorgulanmaktadır. Örneğin günümüzde bazı pozitivistler, hukuk ve ahlak arasında rastlantısal ilişki kurulabileceğini kabul etmektedirler. Yine nötrlük teziyle ilgili hukuki pozitivizmin temel kavramlarından biri olan hukuki geçerliliğin de anlamı, anayasal devletler bakımından değişmektedir. Nötrlüğün

(2) Giorgio Pino, "The Place of Legal Positivism in Contemporary Constitutional States", Law and Philosophy 18, 1999, s.518.

(3) Pino, a.g.e., s.523.

(4) Pino, a.g.e., s.535.

(5) Vittoria Villa, "Legal Theory and Value Judgments", Law and Philosophy 16, 1997, s.449.

gereği olarak hukuki geçerlilik, bir hukuk kuralının çıkarılma sürecine, şekli-prosedürel sürece dair olmalıdır. Ancak anayasal devletlerle birlikte anayasalardaki hukuki geçerlilik kriteri sadece şekli değil, maddi kriter biçiminde de düzenlenmektedir. Örneğin temel hakları korumak gibi[6].

Pozitivizmin ayırma tezinin anlamı da bu gelişmelere göre değişmektedir. Esasen ayırma tezinin güçlü ve daha zayıf anlamları arasında ayrım yapılabilir. Güçlü anlamında bu tez, değer ve değer yargılarına yer vermemektedir. Daha zayıf anlamında ise değer ve değer yargılarının bazen göz önüne alınacağını belirtir[7]. Buna göre de pozitivizmin farklı türleri arasında da katı ve esnek hukuki pozitivistler olarak ayrım yapılabilir. Esnek hukuki pozitivistler, kısaca, hukuki geçerlilik kriteri olarak ahlakiliğe yer verilebileceğini kabul eden pozitivistler olarak tanımlanabilir.

Bilgi alanında, monist bilgi anlayışı yanında farklı bilgi teorilerinin ortaya çıkmasıyla beraber de nötrlüğün temelini oluşturan olgu-değer ayrımına karşı çıkılmaya başlanmıştır. Örneğin konstruktif bir yaklaşım çerçevesinde, bilginin keşfedilmediği oluşturulduğu, olgunun değerden veya düşünceden ayrılamayacağı, tüm bilginin tarihsel olarak şartlandırıldığı belirtilmektedir[8].

Böylece günümüzde değerden bağımsız olmak anlamında nötrlüğün oldukça problemli olduğu belirtilebilir. Öte yandan nötrlük tartışmasının genellikle liberalizm çerçevesinde yapıldığı ve bu anlamda nötr devlet, nötr hukuktan söz edildiği görülmektedir.

Esasen belirli bir anlamdaki değerden bağımsız olmakla ve bununla ilişkili pozitivist hukukla, liberalizmin nötr hukukunun benzeştiği veya birbirini desteklediği ileri sürülebilir. Ancak bunun için liberal nötrlüğün, hangi bakımdan arandığına ve mutlak olup olmadığına bakmak gerekir.

Bilindiği gibi liberalizm, özgürlük ve özerklik düşünceleriyle ön plana çıkmaktadır. Klasik liberal düşüncenin kamusal alan-özel alan ayrımı çerçevesinde oluşturulan hukuk, bireylerin kendi çıkarlarını izleyecekleri nötr bir çerçeve sağlamaktadır. En basit tanımıyla özel alan bireysel alan, kamusal alan ise sosyal düzenleme, kamusal çıkarın yer aldığı alandır. Bu ayrımla, devletin müdahalesinin olmaması ve özgürlüğün, özerkliğin sağlanması amaçlanmaktadır[9].

Çoğulculukla ilgili modern liberal politikaların ortak özelliği, devletin ve onun kurallarının bireylerin sahip olduğu farklı iyi anlayışları karşısında nötr olması gerekliliğini savunmalarıdır. Nötrlük ilkesinin de liberalizmi diğer siyasal teorilerden ayırt ettiği ileri sürülmektedir. Bir liberal, başkalarının kendi yaşamlarına ilişkin iyi değerli olana dair özerk seçimlerine saygı göstermeli ve tarafsız kalmalıdır. Bunun anlamı, bir liberalin, iyiyi sübjektif olarak değerlendirmesi değildir. Bunun anlamı, rızaları olmaksızın özerk kişilere yükler veya zorlamalar getiren hiçbir iyi anlayışının liberalizmle tutarlı olmadığıdır[10].

(6) Pino, a.g.e., s.534.

(7) Villa, a.g.e., s.458.

(8) Deborah J. Gallagher, "Neutrality as a Moral Standpoint, Conceptual Confusion and the Full Inclusion Debate", Disability&Society, Vol.16, 2001, s.642.

(9) Gary Peller, "Neutral Principles in the 1950's", Mich.J.L. Reform, 1987-1988, s.577.

Böylece, liberal nötr hukukun, belirli bir iyi anlayışına dayanmayan, onun lehine veya aleyhine düzenleme yapmayan hukuk olduğu belirtilebilir. Bu durumda bir hukukun veya hukuk kuralının nötr olup olmadığını belirlemek için içeriğine bakmak gerekmektedir. Dolayısıyla, burada pozitivist anlamdaki nötr hukuktan farklı bir anlayışın olduğu belirtilebilir. Pozitivizmde nötrlük, prosedürle ilgili aranmakta, hukuki geçerlilik kriterinin nötr olması istenmektedir. Bunun anlamı, diğer hukuk kuralları nötr olmayabilir veya olabilir. Bir pozitivist, hukuk kurallarının içeriğiyle ilgilenmemektedir. Diğer yandan belirli bir iyi anlayışına dayanmayan hukuki geçerlilik kriterinin liberallerce kabul göreceği de belirtilebilir.

Burada belirtilmesi gereken nokta, liberal nötrlüğün, değerden bağımsızlık anlamına gelip gelmediğiyle ilgilidir. İlk olarak, belirli bir iyi anlayışına dayanmama veya aleyhine ya da lehine düzenleme yapmamanın anlamının zorunlu olarak değerden bağımsız olma anlamına gelmediği belirtilebilir. İkinci olarak, değerden bağımsız olma anlamında nötrlüğün liberalizmin kendi içinde çatışmalara yol açabileceği veya liberalizmin diğer ilkelerine aykırı olabileceği belirtilebilir. Bununla ilgili olarak çağdaş siyasal liberalizmdeki iki temel öncülden söz edilebilir: a. Devlet ve hukuku, toplumdaki farklı ve hatta birbiriyle çatışan ahlaki iyi anlayışları karşısında nötr olmalıdır. b. Devletin zorlayıcılığı kullanmasının sınırları zarar verme ilkesiyle belirlenmelidir[11]. Şayet nötr olma, tamamıyla değerden bağımsız olarak ele alınırsa, ikinci öncülü açıklamak mümkün görünmemektedir. Dolayısıyla liberal nötrlüğün, bu iki gerekliliğe birden yer verecek şekilde formüle edilmesi gerekir.

Bu doğrultuda Robert Audi, nötrlüğün iki boyutu olduğunu, ilkinin devletin veya hukukun herhangi bir belirli kapsayıcı doktrinin lehinde olmamasını, ikincisinin de başkalarına zarar veren davranışları yasaklamak gibi sınırlandırılmış nötrlüğü gerektirdiğini belirtmektedir[12]. Nötrlüğün bu boyutu, iyi anlayışlarına ilişkin sınırlamalar yapılmasını mümkün kılmaktadır. Bu bağlamda, nötrlüğün anlamının, değerden bağımsızlık olmadığı belirtilebilir. Örneğin, adalet ve özgürlük liberal devlet için önemli değerlerdir. Liberal devlet, bu tür değerler karşısında nötr olamaz[13]. Devletin bu değerler karşısında nötr olmaması da, beraberinde belirli bir yaşam tarzını ve iyi anlayışını desteklemesini de getirmektedir.

Diğer yandan hukukun tümüyle nötr olmasından da söz etmek mümkün değildir. Anayasada benimsenen değerler, hukuk kurallarında yer verilen seçimler, nötrlüğün mümkün olmadığı-

(10) Larry Alexander-Maimon Schwarzchild, "Liberalism, Neutrality, and Equality of Resources", Philosophy and Public Affairs, Vol.16, 1987, s.85.

(11) Wojciech Sadurski, "Joseph Raz on Liberal Neutrality", Oxford J. Legal Studies, 1990, s.122.

(12) Robert Audi, "Moral Foundations of Liberal Democracy, Secular Reasons, and Liberal Neutrality Toward the Good", Notre Dame Journal of Law, vol. 19, 2005, s. 204.

(13) Audi, a.g.e., s.210.

nı göstermektedir. Feminist literatürde pek sık belirtildiği gibi, en başta devlet evlenmeyi düzenlemekle nötr olmadığını göstermektedir[14]. Örneğin evlenmenin farklı cinsler arasında yapılmasına ilişkin düzenleme, devletin nötr olmadığını gösterir. Devlet, aynı cinsler arasında evlenmeyi düzenlese bile nötr değildir. Örneğin tek eşliliği benimsemekle, diğer iyi anlayışları karşısında nötr olmadığını göstermektedir. Zira devlet diğer düzenlemelere karşı, bu tür evliliği ayrıcalıklandırmakta ve desteklemektedir[15].

Diğer yandan bir devlette bu tür kuralların olması da kaçınılmazdır. İnsani bir kurum olan hukukun, insan iyisinden bağımsız olması düşünülemeyeceğine göre, buna ilişkin düzenlemeler içermesi de kaçınılmazdır. Problem, bunun nasıl yapılacağıyla ilgili olup, nötrlüğün buna ne ölçüde katkıda bulunabileceği veya bunun için elverişli bir kavram olup olmadığıyla ilgilidir. Ancak bunun için nötrlüğün anlamını daha açık bir şekilde belirlemek gerekmektedir.

Değerden bağımsız olmak anlamında nötrlük kabul edilemeyeceğine göre, nötrlüğün değerlerle ilişkili anlamını belirlemek gerekmektedir. Bununla ilgili John Rawls'un, prosedürel nötrlük ve amaçsal nötrlük ayırımına başvurulabilir. Rawls'a göre prosedürel nötrlük, prosedürü meşrulaştıran veya haklı gösteren tarafsızlık, tutarlılık gibi nötr değerlerle ilgilidir. Amaçsal nötrlük ise ahlaki değerlerle ilgilidir[16].

Tarafsızlık, tutarlılık gibi değerler, herhangi bir kapsayıcı doktrine dayanmayı gerektirmeyen değerler olduğu için nötr değerlerdir. Ahlaki değerler ise problemlidir. Problem, bu değerlerin neler olduğu ve nasıl anlaşılacaklarıyla ilgilidir. Nötrlüğün kavram olarak, kendi başına bir anlamı olmayıp, başka şeylere göndermede bulunularak anlaşılması mümkün olduğundan, bu tür değerleri anlamlandırmada çok az yardımı olabilir. Bu nedenle ancak nötrlükle birlikte düşünülen belirli değerleri, örneğin eşitlik ve tarafsızlığı belirtmek bakımından yardımcı olabilir. Diğer değerler konusunda nasıl bir tutum izleneceği ise farklı şekillerde belirtilebilir.

Günümüzde, demokratik-çoğulcu toplumlarla ilgili ortak veya paylaşılan ya da herkes tarafından kabul edilir nitelikteki değerlerden hareket edilmektedir. Bu tür değerlerle ilgili ilkeler de nötr ilkeler olarak adlandırılabilmektedir. Nötr olmalarının da anlamı, Rawlsçu terminolojiyle herhangi bir kapsayıcı doktrine veya iyi anlayışına dayanmamalarıyla ilgilidir. Bu tür ilkeler hem oluşturulmaları hem de kendileri bakımından nötr oldukları gibi, ayrıca nötr bir perspektif sağlamaktadır. Yani bu ilkelere uygun davranma veya onlara aykırı hareket etmeme nötr davranma anlamına gelmektedir. Nötr ilkelerin diğer grubu ise nötr değerlerle ilgili olan ilkeler olup, bunlar hem herkes tarafından kabul edilir nitelikteki ahlaki değerlere götürmekte hem de bu değerlerin uygulanmasında rehberlik etmektedirler. Bu anlamda, Rawls'un belirttiği prosedürel nötrlük ve amaçsal nötrlük birçok durumda, çatışma olasılıkları yanında, iç içe olup, şekli ve maddi adaletin gerekleriyle ilişkilendirilebilirler. Bu tür ilkelerle hukuk arasındaki ilişki ise hem hukukun anlaşılması bakımından hem de uygulanması bakımından kurulabilir.

(14) Feminizmin eleştiri odaklarından biri liberal nötrlük olup, devletin patriarkal yapısını maskelediği üzerinde durulmaktadır. Bu tür eleştirilerdeki haklılık payı Will Kymlicka'nın nötrlük tanımı çerçevesinde gösterilebilir. Kymlicka nötrlüğü müzakerede ve sonuçlarda nötrlük olmak üzere ikiye ayırmaktadır. Müzakerede nötrlük, devletin siyaset yaparken iyi anlayışlarından kaçınması ve sonuçlarda nötrlük de davranışlarının-işlemlerinin sonucu olarak belirli bir iyi anlayışı lehine davranmaması anlamına gelmektedir. Kariyer yapma ve çocuk sahibi olma örneği alınırsa, kadınlar da erkekler gibi işlerini serbestçe seçebilirler. Ancak çocuk sahibi olan kadınlar için çalışma saatleri esneme göstermez. Bu durumda kadının çocuğuna bakmasının da doğal olduğu düşünüldüğü için kadınlara yönelik adaletsizlik ortaya çıkar. Esasen burada nötrlüğe aykırı bir durum olduğu iddiasından da hareket edilebilir. Örneğin çalışma saatlerinin düzenlenmesi, toplumsal cinsiyet temelindeki rol dağılımına göre yapılmıştır. Yani nötrlük, toplumdaki cinsiyetçi modelin perdelenmeye çalıştığı iddiasıyla çelişmemektedir. Aksine bu tür durumlar nötrlüğün olmadığının göstergesi olup, eksik hukuki düzenlemelere işaret etmektedirler (Elizabeth Brake, "Rawls and Feminism: What Should Feminists Make of Liberal Neutrality", Journal of Moral Philosophy, 2004, s.305-309).

(15) Brake, a.g.e., s.309.

(16) John Rawls, Justice as Fairness: A Restatement, Ed.Erin Kelly, Harvard University Press, Cambridge 2003, s.153 n27.

II. NÖTR HUKUK

Nötr hukuku, nötr değerlere veya ilkelere dayanan hukuk olarak tanımlamak mümkündür. Yukarıda da belirtildiği gibi, birbirinden farklı görüşleri, inançları, çıkarları, cinsiyetleri olan insanların bir arada (adil ve barışçıl bir şekilde) yaşamasını hukukun nasıl düzenleyeceğine ilişkin sorunun cevabında nötrlüğün ne derece yer aldığı sorgulanmaya çalışılmaktadır. Yine yukarıda belirtilenler çerçevesinde, hukukun insansal bir olgu olduğu kabul edildikten sonra insana ait iyiyi içermesi gerektiği belirtilebilir. Bu noktada nötrlük ve iyi düşüncesinin birbiriyle bağdaşmayacağı ileri sürülse de, nötrlüğün değerlerle ilişkisi gösterilerek bu tür düşünceye karşı çıkılabilir. Önemli olan bu değerlerin nasıl belirleneceğini ortaya koyabilmektir. Bununla ilgili olarak Kantçı ahlak teorilerine ve Rawls'a bakılabilir.

Kantçı ahlak teorileri, sosyal sözleşme geleneğine aittirler. Sosyal sözleşme geleneğinin ayırt edici yanı, sosyal normların geçerliliğini bu normların uygulanacağı kişiler arasındaki olası anlaşmaya göre açıklamaya çalışmasıdır. Bu düşünce izlenerek bütün Kantçı ahlaki teoriler geçerli normları keşfetmek için ahlaki ilke veya prosedür oluşturur. Kantçı sözleşmeciliği diğer sözleşmecilerden ayırt eden şey, bu tür bir prosedürün herkes için geçerli normları seçmeyi mümkün kılmasıdır. Buna göre, ahlaki yargılarımızın objektifliği, seçim yapmamızı mümkün kılan bu tür bir prosedür veya ilkeyle (Kant'ın kategorik emperatifi, Rawls'un orijinal durumu, Habermas'ın evrenselleştirme ilkesi) ilgilidir. Prosedürü uygulamanın sonuçlarının objektif olarak geçerli olduğu varsayılmaktadır. Prosedür, hepimiz için aynı şekilde geçerli normları seçiyorsa, bizlerin de prosedüre katılması gerekir. Bütün sosyal sözleşme teorileri, adalet sorunlarının farklı insanlar arasında çıkar çatışması olduğunda ortaya çıktığını ve adalet sorunlarına rasyonel bir cevaba, bu sözleşmeden etkilenmesi olası herkesin anlaşmasıyla ulaşılacağını kabul eder[17]. Ayrıca anlaşacak bütün grupların rasyonel araçlarla çatışmayı çözmede bir çıkarı paylaşmaları ve rasyonel anlaşmaya bağlı çözümde bulun-

(17) Cristina Lafont, "Moral Objectivity and Reasonable Agreement: Can Realism Be Reconciled with Kantian Constructivism?", Ratio Juris, Vol.17, 2004, s.29.

maları herkesin çıkarının göz önüne alınacağını garanti etmelidir. Son olarak da rasyonel varlık olarak yaşamlarını sürdürebilmeleri için zorunlu olan temel çıkar ve ihtiyaçları paylaşmalıdırlar[18]. Bu anlamda, bütün insanlar için temel çıkarları koruyan normlar adil iken, bunlarla bağdaşmayanlar adil değildir. Kantçı çatı altında gruplar arasındaki rasyonel anlaşmanın bütün çıkarların değerlendirilmesinin garanti etmesinin anlamı, çatışan çıkarların bir diğerine karşı dengeleneceği anlamına gelmemektedir. Rasyonel varlıklar olarak yaşamlarını sürdürmeleri için zorunlu olan ihtiyaçların normlarla eşit olarak korunacağı üzerinde anlaşılmaktadır[19]. Rasyonel insanların paylaştıkları ortak çıkar ve ihtiyaçlarla ilgili Kantçı gelenekte farklı açıklamalar vardır. Rawls, bütün rasyonel varlıklar için aynı olan öncüllerini belirlemek için, Kant'ın gerçek ihtiyaçlar olarak adlandırdığı şeye bakılması gerektiğini belirtmektedir. Rawls'a göre Kant gerçek insan ihtiyaçlarından söz ederken insanların yaşamlarını sürdürmeleri için zorunlu olan şeyleri kastetmektedir[20]. Bununla ilişkili olarak da Rawls birincil iyiler listesini getirmektedir.

Rawls'un birincil iyiler listesi, her rasyonel varlığın isteyecekleri iyilerden oluşmaktadır. Rawls'un birincil iyileri yani gelir, refah, fırsatlar ve kendine saygı gibi iyiler nötrdürler. Bir kişinin iyi görüşü ne olursa olsun her rasyonel kişinin istediği iyilerdir[21]. Rawls'ta, ahlaki olarak nötr iyi anlayışı, zayıf iyi teorisiyle ilişkilidir. Bu teoride, birincil iyilerin tercihini açıklamak için nötr iyi anlayışına yer verilmektedir. Buna göre nötrlük, her rasyonel varlık tarafından istenilir olmayla ilgilidir[22]. Birincil iyiler, bütün rasyonel yaşam planlarının sürdürülmesinde ihtiyaç duyulan iyilerdir. Bunlar ahlaki olarak nötr insan iyileri listesidir. Birincil iyilerin çok genel bir şekilde ahlaki olarak nötr karakteri sağlanabilir. İnsanlar yiyeceğe, giyinmeye ihtiyaç duyduklarından bütün rasyonel bireylerin refah istediği belirtilebilir. Ancak refahın miktarı herkese göre değişir[23]. Öte yandan Ralws'ta kişi ve toplum anlayışı söz konusudur. Bu anlayışlar çerçevesinde de birincil iyiler listesini temellendirmek mümkündür. Örneğin Rawls'ta eşit ve özgür vatandaş ideali yer almakta ve bununla da ilişkili iki ahlaki yeti, yani iyi anlayışına ilişkin yeti ve adalet duygusuna ilişkin yeti söz konusu olmaktadır. Dolayısıyla birincil iyiler listesi bu anlayışlar çerçevesinde temellendirilmektedir. Bu durumda, listenin nötr olup olmadığı sorgulanabilir. Rawlsçu düşüncede nötrdür. Çünkü Rawls'un amaçsal nötrlük tanımıyla bağdaşmaktadır.

Diğer yandan bu iyilerle ilgili olan adalet ilkeleri de nötr olma özelliğini taşımaktadır. Adalet ilkelerinin bu şekilde nötr olmasını sağlayan şey, birincil iyilerin nötr olması yanında, prosedürel nötrlüktür. Rawls'ta prosedürel

(18) Lafont, a.g.e., s.30.

(19) Lafont, a.g.e., s.31.

(20) Lafont, a.g.e., s.32.

(21) Alexander-Schwarzchild, a.g.e., s.89.

(22) Adina Schwartz, "Moral Neutrality and Primary Goods", Ethics, Vol.83, 1973, s.298.

(23) Schwartz, a.g.e., s.301.

nötrlükle ilgili olarak belirtilmesi gereken, adalet ilkelerinin seçildiği durum olan orijinal durumla ilgilidir. Rawlsçu orijinal durumun en önemli özelliği ise bilmezlik perdesidir.

Bilmezlik perdesi, orijinal durumdaki grupları belirli tür bilgiden yoksun bırakmaktadır. Bilmezlik perdesi, rasyonel bir insan olarak herkesin sahip olacağı çıkarlar hakkındaki bilgiye izin verirken, özel çıkarların bilgisine izin vermemektedir[24]. Öte yandan insanlar arasında genelleştirilebilir çıkarlar olmadığı düşünülürse, bir normun insanlar için iyi olup olmadığını veya adil olup olmadığını sormak anlamsız olacaktır. Ancak insanlar arasında temel çıkarların bir örtüşmesi var olduğunu varsaydığımızda, normların adilliği hakkındaki yargılarımızın objektif olarak geçerli olduğu belirtilebilir. Bu durumda, herkes için bu çıkarları koruyan bir norm adildir[25].

Esasen çağdaş sosyal sözleşme teorisyenleri (Rawls) bakımından, sadece makul bir anlaşmanın konusu olan siyasal ahlakilik ilkeleri devlet gücünün kullanımını meşrulaştırabilir. Bu kriter, birbiriyle çatışan etik, dini veya metafizik öncülleri önceden varsayan adalet ilkelerini dışlar. Meşruluk, çatışan etik idealler arasında nötr olan belirleyici ilkeleri gerektirir. Sadece adalet ilkeleri böyledir. Buna haklı gösterici nötrlük denmektedir. İnsanın kendini gerçekleştirmesi-gelişimiyle ilgili çatışan görüşlerin geçerliliğini önceden varsayan mükemmeliyetçi ilkeler makul değildir. Makul insanlar sadece nötr adalet ilkelerine rıza gösterecekleri için meşruluk haklı gösterici nötrlüğü gerektirir[26]. Rawls'ta makul insanlar aralarında anlaşmazlık kaynaklarını tanımaktadırlar. Siyasi ve ahlaki değerlerin farklı olduğunu, farklı normatif değerlendirmelerin olduğunu, öncelikleri belirlemede güçlükler olduğunu bilmektedirler. İkinci olarak makul insanlar bu tür anlaşmazlıkların, bencillikten, sosyo-ekonomik çıkarlardan kaynaklandığı düşüncesini reddetmekte ve özgür kurumlar altından aklın kullanımının kaçınılmaz sonucu olarak değerlendirmektedirler[27]. Rawls'ta, siyasal meşruluk makul anlaşmayı gerektirmekte, çatışan iyi anlayışlarından doğan argümanlar rasyonel argümanla çözülmemekte ve bu nedenle sadece nötr adalet ilkeleri meşru olmaktadır[28].

Rawls'un bilmezlik perdesi, nötrlüğe götürür. Çünkü, sözleşmeciler ne güç üstünlüğüne, ne de mükemmeliyetçiliği seçmek için bir neden bilgisine sahip değildir. Sadece insanların farklı görüşte olduklarını, bunların bazısının doğru bazısının yanlış olduğunu bilmektedirler. Bu şekilde nötrlük tek rasyonel seçimdir[29]. Sözleşmecilerin savunduğu nötrlük, eşit özgürlük ideali altında izin verilir iyi anlayışları arasındaki bir tarafsızlık türüdür. Liberal nötrlüğün sözleşmeci argümanı, ahlaki eşitlik ve belirli prosedürel sınırlamalardır[30].

(24) Lafont, a.g.e., s.32.

(25) Lafont, a.g.e., s.34.

(26) Steven A. Lecce, "Contractualism and Liberal Neutrality: A Defence", Political Studies, Vol.51, 2003, s.525.

(27) Lecce, a.g.e., s.527.

(28) Lecce, a.g.e., s.529.

(29) Lecce, a.g.e., s.537.

(30) Lecce, a.g.e., s.538.

Rawls'un bilmezlik perdesiyle ilgili getirdiği sınırlama, örneğin dini, ahlaki inançlarının ne olduğunu ve bunlarla ilişkili ödevlerinin neler olduğunu bilmemeleri, nötrlüğe götürmektedir. Çünkü kararlara etkili olacak belirli bir tür bilgiye izin vermemektedir[31]. Bu şekildeki prosedürel nötrlükle, tarafsızlık ve eşitliğe yer verilerek nötr ilkelere ulaşılmaktadır.

Bu tür amaçsal nötrlüğe ve prosedürel nötrlüğe yer veren veya bunlarla ilişkili değer ve ilkelerin temelini oluşturduğu hukukun da nötr olduğu belirtilebilir. Burada belirtilmesi gereken nokta, bu tür hukuk için vatandaşlarca kabul edilir nitelikteki değer ve ilkelerin olması yanında, prosedürel nötrlükle de ilgili ilkelerin olması gerekliliğidir. Buradaki başlama noktası nötrlük değildir. Belirli bir şekilde anlamlandırılan nötrlük düşüncesi, sadece yardımcı veya tali nitelikte olup, başlı başına amaç değildir.

Diğer yandan bu tür anlayışlara karşı da en güçlü eleştiri, zorunlu olarak belirli iyi anlayışlarını, özellikle liberal değerlerle bağdaşanları, ön plana çıkaracağı ve diğerleri karşısında ayrıcalıklı konuma getireceğine dairdir. Bunun bir sonucu olarak insanlar bazı iyi anlayışlarını kabul etmenin boş yere olabileceğini düşünürler. Bunun kültürel kayba yol açacağı, bunun karşısında liberal toplumun da bireysel özgürlükleri geliştirmeyi kazanacağı belirtilebilir[32].

Dworkin, nötrlüğün kabul edilme nedenini, hiçkimsenin başkasına yaşamdaki kendi öncelikleri ve inançlarını dayatamayacağına dayandırmaktadır. Ancak Rawls ve Dworkin, nötrlüğün, bireylere her iyi anlayışını geliştirmeye izin verileceği anlamına gelmediğini kabul etmektedir. Dworkin, eşit ilgi ve saygı hakkına dayanarak her kişinin başkalarına zarar vermedikçe kendi iyi anlayışını sürdürebileceğini belirtmektedir. Bazı iyi anlayışlarının liberal bir devlette sürdürülmeyeceğini kabul etmektedir. Rawls da hiçbir toplumun bütün yaşam biçimlerini içeremeyeceğini belirtmektedir. Ralws, demokratik bir kültürde, farklılıkların, birbiriyle bağdaşmayan doktrinlerin olacağını ileri sürmekte, ancak adalet ilkeleriyle doğrudan çatışan görüşleri dışlamaktadır[33]. Bunun nedeni, adalet ilkelerinin her iyi anlayışının temelini oluşturmasıyla ilgilidir. Diğer bir ifadeyle bu ilkeler olmazsa, iyi anlayışları gerçekleşemez. Bu ilkeler onların varlık şartlarını sağlamaktadır. Rawls'a göre, belirli temel değerleri gerçekleştirmek için bazı yaşam biçimlerini dışlamayan sosyal bir dünya bulunmamaktadır. Önemli olan, mümkün olduğunca fazla yaşam biçimine izin vermektir. Ancak bu sosyal zorunluluklar, keyfi, ön yargılı veya adaletsiz olmamalıdır. Rawls'un görüşü minimalist olup, herkes için iyi olana karar vermenin imkansız olduğunu ve bu nedenle sosyal işbirliğini güvence altına aldığı sürece en temel konularda konsensusa ulaşılmasını ve diğer konularda nötr kalınmasını belirtmektedir[34].

(31) Gerald Dworkin, "Non-Neutral Principles", The Journal Of Philosophy, Vol.71, 1974, s.503.

(32) Sadurski, a.g.e., s.124.

(33) Raphael Cohen-Almagor, "Between Neutrality and Perfectionism", Canadian Journal of Law and Jurisprudence, Vol.VII, 1994, s.225.

(34) Cohen-Almagor, a.g.e., s. 226.

Bu anlamda nötr devlet ve onun hukuku, uzlaşılan konulara dayanarak hareket etmeli, yani amaçsal nötrlükteki değerlere, bunlara aykırı düşmeyen diğer anlayışlar karşısında ise nötr olmalıdır.

III.HUKUKUN UYGULANMASI BAKIMINDAN NÖTRLÜK

Hukukun uygulanması bakımından nötrlük de, prosedürel ve amaçsal nötrlük olarak söz konusudur. İlk olarak amaçsal nötrlüğe bakıldığında, verilecek hukuki kararların benimsenen değerlere uygun olması beklenir. Özellikle zor davalar bakımından, yargıçların aldıkları kararların bu tür değerlere uygun olması gerekmektedir. Zira bilindiği gibi zor davalarda yargıçlar oldukça yaratıcı konumdadırlar. Bu tür davaların karar almayla ilgili sınır çizgisini veya çerçevesini amaçsal nötrlüğün belirlediği söylenebilir[35]. Diğer yandan zor dava-kolay dava ayrımı yapmadan, bütün hukuki kararların amaçsal nötrlüğe uygun olması gerekliliği de belirtilebilir.

Hukukun uygulanması bakımından nötrlük, ikinci olarak, prosedürel nötrlükle ilgilidir. Burada, özellikle tarafsızlık gibi değerlerin hukuki karara ulaşmada rol oynaması söz konusudur.

Tarafsızlık farklı bağlamlarda karşımıza çıkabilmektedir. Bununla ilgili olarak tarafsız kurumlar ile tarafsız davranışlar arasında ayrım yapılabilir. İlk olarak tarafsızlık, özellikle, belirli bir adalet anlayışı çerçevesinde tarafsız kurumlardan söz edildiğinde kendini göstermektedir. Rawls'un ki gibi bir adalet anlayışında görülebileceği gibi, tarafsızlık adalet ilkelerinin seçildiği durum olma özelliğinden başlayıp tarafsız kurum düzenlemesinde sürdürülmektedir.

Esasen Rawls'tan itibaren, hakkaniyet ve tarafsızlık tartışması, tarafsız kurum düzenlemesi çerçevesinde yapılmaktadır. Tarafsızlık olarak adalet düşüncesi, tarafsız aktörlerle değil, tarafsız kurumlarla ilgilidir. Tarafsız kurumlar, çatışan iyi anlayışları arasında ayrım yapmadıkça etik olarak nötrdürler. Bir argümantasyon ve karar alma ilkesi olarak tarafsızlık, bir çatışmada ortaya çıkan bütün görüşlere adil bir ağırlık vermeyle ilgilidir[36].

Diğer yandan bir çatışma olduğu durumda, bu çatışmayı çözmekle görevli kişi olmalıdır. Ayrıca, çatışmanın çözülmesi daha önceden belirlenmiş standartlar çerçevesinde yapılmalıdır. Tarafsız karar almayla ilgili bu standartlar, şekli kurallar ve ilkelerdir. Yargısal alanda yargıç, tarafsız olarak kurallara bağlı kalmalı ve onlar çerçevesinde karar vermelidir[37].

Tarafsızlık her adalet anlayışının normatif temelini sağladığı gibi, modern kamusal ve özel yaşama yön veren ilke niteliğindedir. Yargıcın, polisin, hocanın tarafsız olmasındandan

(35) Zor dava ve kolay dava ayrımı yargısal karar almayla ilgili yapılmakta, ve genellikle bir uyuşmazlığa ilişkin açık ve belirgin bir cevabın olduğu davalar kolay dava olarak adlandırılırken, hukuki boşluklar, hukuki belirsizlikler ve diğer nedenlerden dolayı açık ve belirgin bir cevabın olmadığı ve yargıcın yaratıcı bir konumda olduğu davalar zor davalar olarak adlandırılmaktadır (Brian H. Bix, A Dictionary of Legal Theory, Oxford University Press, Oxford 2004, s.81-82).

(36) Andreas Schedler, "Arguing and Observing: Internal and External Critiques of Judicial Impartiality", The Journal of Politicial Philosophy, Vol.12, 2004, s.248.

(37) Schedler, a.g.e., s.249.

söz edilmesi gibi. Tarafsızlık, hukukta yargıcın durumuyla ilgili olmakta ve yargıcın tarafsızlığından söz edilmektedir. Özellikle, modern anayasal demokrasilerin ideali olarak tarafsız yargıç öne sürülmektedir[38].

Hukukun uygulanmasıyla ilgili prosedürel nötrlüğün de öncelikle yargıcın tarafsızlığıyla ilgili olduğu belirtilebilir. Ayrıca bu tür prosedürel nötrlüğün, hukuki kararın içeriden bakış açısına göre değerlendirilmesinde de söz konusu olduğu ileri sürülebilir.

Genellikle hukuki eleştirilerle ilgili, içeriden veya dışarıdan bakış açılarından söz edilmektedir. İçerden eleştiri tarafsız karar almayla, hukuki haklı göstermeyle ilgiliyken, dışarıdan eleştiri, karar almada etkili olan hukuk dışı faktörlerle ilgilidir. Esasen içerden ve dışardan bakış açılarını hukuk ekseninde tartışılmasını sağlayan Hart'tır[39]. Ancak burada üzerinde durulan içeriden-dışarıdan ayrımı Hart'tan farklı anlamda ele alınmaktadır. Buradaki içeriden ve dışarıdan bakış arası arasındaki fark, metot farklılığına dayanmaktadır. İçeriden perspektif yargısal kararları kendi temellerinde değerlendirirken, dışardan perspektifte hukuk dışı faktörlere bakılmaktadır[40]. İçerden bakış açısıyla yargısal kararın uygunluğu değerlendirilirken, dışarıdan bakış açısında yargıyla ilgili empirik hususlar örneğin yargıcın ideolojisi veya etnik kökeni, kaybeden tarafın sosyal durumu veya cinsiyeti, kazanan tarafın gücü veya refahı gibi konularla ilgilenilmektedir. İçerden eleştiriler yargısal kararın doğru olup olmadığı üzerinde dururken, dışardan eleştirilerde uyuşmazlığın taraflarıyla ilgili ön yargı olup olmadığına bakmaktadır. İçerden bakış açısı, hukuki argümanın incelenmesiyle, hukuki akıl yürütmeyle ilgilidir. Dışardan bakış açısında ise hukuk dışı olgularla ilgilidir[41].

Hukukun uygulanmasıyla ilgili içerden bakış açısı bakımından nötrlükle ilgili belirtilebilecek diğer bir nokta, yargıcın alacağı kararın genel ve nötr olmasıyla ilgilidir. Burada nötrlük, yukarıda belirtilenlerden farklı bir şekilde ele alınmaktadır. Bu anlamda nötrlük tanımını, Herbert Wechsler'in görüşlerinde bulmak mümkündür. Wechsler Yüksek Mahkeme'nin takdir yetkisini belirlenmiş standartlar çerçevesinde kullanması gerektiğini belirtirken nötrlük üzerinde durmaktadır. Wechsler'e göre, mahkemeler bir değer seçiminde bulunacaksa bunu da yapmaları gerekmekte, ancak onların, sadece güç sahibi bir devlet organı gibi değil, hukuki bir niteliğe sahip olacak şekilde davranmaları gerekmektedir. Bunu da sağlayacak olan ilkeleşmiş şekilde karar vermeleridir. ilkeleşmiş şekilde karar verme, genel ve nötr olan nedenlere dayalı karar vermedir[42].

İlkeleşmiş yargısal karar içerik konusu değil, form konusudur. Bu anlamda nötrlük ve genellik, hukukun içeriğinde değil, uygulanmasında söz konusudur[43]. Wechsler'de çatışan ilkeler arasında seçim yapılırken nötr ilkelere başvurulması gerekmektedir. Wechsler, yargısal karar bakımından nötr ilkelere dayanan akıl yürütme üzerinde durmaktadır. Mahkeme, çatışan gruplar ve çıkarlar bakımından nötr olan nedenlere dayanarak karar vermelidir. Böylece çıplak gücün kullanılmasına ilişkin farklılık olacaktır. Wechsler'e göre mahkemelerin çıplak bir güç organı gibi davranmamasının anlamı, kararlarını ilkelere dayandırmasıdır. Wechsler, nötr ilke terimini kullanmasına rağmen, hukuki ilke, bir değerdense diğerini seçmeyi gerektirdiği için nötr değildir[44].İlkelerin uygulanmasıyla ilgili nötrlük söz konusu olup, yargıç, ilkelerin tanımlanması ve türetilmesinde nötr olmalı, kendi değerlerine yer vermemelidir. Nötr bir yargıç, A, B davasında niçin X ilkesini uyguladığını kanıtlayacaksa, ilkenin tanımlanmasını, neyi içerdiğini neyi içermediğini açıklamalıdır[45].

Hukukun nötr ilkeleri üzerinde dururken, Wechsler, yargısal kararların nedenleşmiş haklı göstermesini vurgulamaktadır[46]. Mahkemelerin kararlarını verirken nötr ilkeler temelinde hareket etmelerini istemektedir. Wechsler'e göre, nötr bir neden, bir karara ilişkin, diğer durumlarda da uygulanmak istenilecek olan bir temeldir[47]. Nötrlük testinin bir karara uygulanabileceği farklı perspektifleri ayırt etmek önemlidir. Karar verme konumunda olan kişi, bir nedenin diğer durumlara uygulamayı isteyip istemeyeceği bir neden olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir. Bir kararı destekleyen ilkeler, Wechsler'e göre, nötr olmaları yanında genel olmalıdır. Davanın dar şartlarının dışına çıkmalıdır[48]. Nötr ilkeler, mevcut davayı aşan standartlardır. Sonuç, zenciye veya komuniste göre değişmemelidir. Uygulanan ilke, nötrlükle beraber uygulanmalıdır[49].

Wechsler'da uygulanan ilkeler yeterince genel ve nötr olmalı, yargıcın, mevcut davadaki kuralı gelecek davada da uygulama isteği söz konusu olmalıdır. Öyle ki, bu ilkeler sadece davanın sonucu bakımından değil, diğer uygulanma olasılığı bulunan davalar bakımından da söz konusu olmalıdır. Bu şekildeki nötrlükle Wechsler, hukuki karar almada hukuk dışı faktörlerin ve keyfiliğin etkisini azaltmayı amaçlamıştır. Böylece nötr ilkeler yargıyı sınırlandırmak için getirilmekte ve nötr ilkeler teorisi, kabul edilebilir bir düzeye keyfilik düzeyini indirmek için yar-

(38) Schedler, a.g.e., s. 247.

(39) Schedler, a.g.e., s.250.

(40) Schedler, a.g.e., s.251.

(41) Schedler, a.g.e., s.246.

(42) Herbert Wechsler, "Toward Neutral Principles of Constitutional Law", Harvard Law Review, 1959, s.19.

(43) M.P.Golding, "Principled Decision-Making and the Supreme Court", Moral Theory and Legal Reasoning, Ed. Scott Brewer, Garland Publishing, New York 1998, s.110.

(44) Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", Indiana Law Journal, Vol.47, 1971, s.2.

(45) Bork, a.g.e., s.7.

(46) Kent Greenawalt, "The Enduring Significance of Neutral Principles", Moral Theory and Legal Reasoning, Ed. Scott Brewer, Garland Publishing, New York 1998, s.129.

(47) Greenawalt, a.g.e., s.131.

(48) Greenawalt, a.g.e., s.133.

(49) John O. Newman, "Between Legal Realism and Neutral Principles: The Legitimacy of Institutional Values", California Law Review, , 1984, s.206.

gıçlara sınırlamalar getiren tutarlılığın bir gerekliliği olmaktadır.[50]

İlkelerin nötr uygulanmasına ilişkin bütün düşünce, nötrlük olmaksızın bir kararın meşru olmayacağına dayanmaktadır. Wechsler, nötr ilkelerin toplumda yargılama pratiğinin zorunlu parçası olduğunu belirtmektedir. Burada sosyal pratiklerin anlamı, ideal mahkemeler söz konusudur[51]. Bu ikinci anlamda meşrulukta, nötrlüğün meşruluk için zorunlu olmasının anlamı, kurumların mahkeme olmalarının gereği nötr ilkeleri kullanmalarının zorunlu olmasıyla ilgilidir.

Diğer yandan içeriden bakış açısında yer verilebilecek olan bu tür nötrlüğü, dışarıdan bakış açısıyla tamamlamada herhangi bir engel bulunmamaktadır. Başka bir ifadeyle yargısal karar almada sadece prosedürel nötrlüğün değil, ilk başta belirtilen amaçsal nötrlüğün de söz konusu olduğu belirtilirse içerden ve dışardan bakış açılarının birbirinden ayrılığından değil, birbirini tamamlamasından söz edilebilir. Daha önce belirtilen, değerden bağımsız olmak şeklindeki nötrlüğün kabul edilemeyeceğinden de hareket edildiğinde, seçilen değerlerin amaçsal nötrlük kapsamında olması gerekliliğini Wechsler'in yaklaşımıyla da birleştirip, desteklemek mümkün görünmektedir.

(50) Mark V. Tushnet, "Following The Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles", Harvard Law Review, Vol.96, 1983, s.784.

(51) Tushnet, 1983, s.807.

Hukuksal Pozitivizmi Doğru Okumak

Ertuğrul UZUN*

Hukuksal pozitivizme yönelmiş en önemli eleştiri, pozitivizmin hukuka ilişkin felsefi tartışmayı dışladığı ve hukuku pozitif hukuk kurallarından ibaret görmekle egemenin/iktidarın iradesine bağlı kıldığı, egemenin/iktidarın ideolojisini yücelttiği, hatta ahlaken olumladığı şeklindedir. Bu eleştiriyi dile getirenler, ilginç bir şekilde, "hukuksal pozitivizm" başlığı altında böyle bir genelleme yaparken, pozitivist düşünürlerin hangi ifadelerinden bu anlamı çıkardıklarına gönderme yapmaktan kaçınmaktadırlar. Bu bildirinin amacı, "analitik pozitivizm" bağlamında, mezkur genellemenin geçersizliğini, analitik pozitivistlerin kendi yaklaşım ve ifadelerinde tam da aksi bir tutumun var olduğunu göstermektir.

Türk hukukçulardan müteşekkil bir grup önünde hukuksal pozitivizm lehine olabilecek bir görüş ileri sürmek, esasında, cesaret isteyen bir teşebbüstür. 20. yy başında Amerika'da, II. Dünya Savaşı sonrasında bütün bir Batı dünyasında olduğu gibi, günümüzde de Türkiye'de, hukuksal pozitivizmin idam fermanı çoktan çıkarılmıştır ve gizli bir yasa, pozitivizm hakkında olumlu konuşmayı yasaklamış durumdadır. Bu yönde çıkan birkaç ses, söylenenlerin içeriğine çok da bakılmadan bir kenara itilmiştir. Hukuk camiasında hukuk akımları içerisinde tercihinizi bildiren bir beyanda bulunacak iseniz, işe, pozitivizmi yermekle başlamanız gerekmektedir. Aksi takdirde akıbetinizden şüphe etmelisiniz.

Bu gerginliğin en önemli nedeni, pozitivizmin savunduğu düşünülen bir kaç düşüncenin, aleyhtarları tarafından sıklıkla dile getirilmesidir. Hart'ın deyimiyle hukuksal pozitivizm, "*entelektüel savaşlarda silah olarak kullanılan pek çok kavram gibi, karmaşık farklı günahlar yığınının yerine geçmektedir*".[1] Bu iddialar öyle yıkıcı ve etkilidir ki, hukukun niteliği üzerine derin bir düşünmeye niyetlenen genç bir hukukçunun, daha ilk başta pozitivizmi reddetmesine, hatta incelemeye değer görmemesine neden olmaktadır. Tarafsız pozitivizm incelemelerinin belirttiğim baskıyla olanaksız hale getirilmesi, bırakınız asli kaynaklara erişilmesini, betimsel içeriğe sahip ikincil kaynakların bile dolaşımını engellemektedir. Nihayetinde Türkçe literatürde hukuksal pozitivizm konusunda sadece eleştiriler vasıtasıyla araştırma yapma olanağı bulunmaktadır.

(*) Dr., Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Görevlisi.

(1) H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", **Harvard Law Review**, C. 71, S. 4, 1958, s. 595.

Sosyal bilimlerde belli yöndeki düşünceler, akımlar, okullar, ya da '–izm'ler başlığı altında bir araya getirilir ve bu '-izm'ler için bazı özellikler belirlenir. Sonrasında ise, pek çok sayıdaki düşünce, bu birkaç sayıdaki '–izm'in içine sokulur. Yapılan, Prokrustes'in kurbanlarına yaptığı şeye benzer. Prokrustes, Yunan mitolojisinde Atina ile Megara yolu üzerinde bulunan bir haydutun ismidir. Herkesin boyuna uygun yatağı olduğunu söyler yolculara ve onları rahat ettireceği vaadinde bulunur. Tuzağına düşenleri yatağa yatırır, boyu uzun olanların bacaklarını keser, kısa olanları ise çekerek boylarını yatağa uygun hale getirir. Yatağın boyu yolcuların boyuna uyar uymasına da, Prokrustes'in kurbanları çoktan parçalanmıştır. Ne yazık ki hukuk felsefesi akımları olarak belirlenen birkaç okul için de aynı şey geçerlidir. Bir şekilde bu okullar için belirlenen özellikler, -izm şemsiyelerinin altına sokulan bütün düşünceler için geçerli kılınır; bazen okulun tanımından taviz verilir, bazen de okula dahil edilmek istenen düşüncelerden.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, bu çalışmada asıl olarak analitik pozitivizmi ele alacağız. Analitik pozitivizm, Bentham-Austin-Hart çizgisinde gelişmiştir ve sonrasında pek çok isim kendisini bu gelenekle tanımlamıştır. Analitik pozitivizmin omurgasını oluşturan üç isim de, bu omurga etrafında pozitivizme eklenen diğer isimler de, ileri sürdükleri görüşler çerçevesinde zaman zaman önemli olabilen farklılıklar gösterebilmektedir. Bununla birlikte, eğer analitik pozitivizme ilişkin genel bir tanımlama yapılacaksa, analitik hukukçuların hukuk kavramıyla, resmi görevlilerin uygulamakla yükümlü oldukları ve mahkemelerde yargıçların dikkate aldığı/alacağı kurallar bütününü kastettiğini söylemek mümkündür. Görüldüğü gibi, burada yapılan, bir olgular bütününe isim vermekten ibarettir. Pozitivizmin bu tavrı, bazı hukukçular ve siyaset bilimciler tarafından, hukuk araştırmasının salt pozitif hukuka hasredildiği, ideal hukuka ilişkin araştırmanın hukukçunun gündeminden çıkarıldığı hatta bu araştırmanın yok sayıldığı şeklinde yorumlanmıştır.[2] Bu anlamda, iddiaya göre, pozitivistler hukuku kapalı mantıksal bir sistem olarak görmektedirler. Oysa Hart, 1950'lerdeki Batılı hukuk felsefesi tartışmalarında "*pozitivizmin ağızdan ağza dolaşan beş anlamı*"nı, bu sayının artırılabileceğini de belirterek, şu şekilde aktarır:

1. yasaların, insanların buyrukları olduğu iddiası.

2. hukuk ve ahlak ya da olan ve olması gereken hukuk arasında zorunlu bir bağlantının olmadığı iddiası.

3. hukuksal kavramların analizinin (anlamlarının incelenmesinin) (a) gerçekleştirilmeye değer olduğu ve (b) yasaların nedenlerini ve kökenlerini araştıran tarihsel çalışmalardan, hukukla ve diğer toplumsal olgularla ilgili toplumbilimsel araştırmalardan ve hukukun ahlak, toplumsal amaç, işlevler ya da bunun gibi konular bakımından eleştirilmesi ve değerlendirilmesinden ayrı tutulması gerektiği iddiası.

4. hukuk sisteminin, doğru hukuksal kararların, toplumsal amaçlara, politikalara, ahlaki ilkelere gönderme yapılmaksızın önceden belirlenmiş hukuksal kurallardan, mantıksal araçlarla çıkarsanabileceği anlamında 'kapalı mantıksal bir sistem' olduğu iddiası, ve

5. ahlaksal yargıların, olaylarda olduğu gibi, rasyonel tartışma, delil ve kanıtlarla saptanamayacağı ya da savunulamayacağı iddiası (etikteki 'bilinemezcilik').[3]

Ve ekler Hart: "*Bentham ve Austin (1), (2) ve (3)te belirtilen görüşleri benimsemişler fakat (4) ve (5)'tekileri kabul etmemişlerdir. Görüş (4) her ne kadar genellikle analitik hukukçulara atfedilmişse de bu görüşe sahip her hangi bir 'analitik hukukçu' bilmiyorum*".[4]

Daha önce de belirttiğimiz gibi, asıl tartışma noktası ya da pozitivizmin yanlış anlaşıldığı yer, Hart'ın pozitivizme ilişkin verdiği anlamlardan ikincisiyle ilgilidir. Hart ve diğer hukuksal pozitivistler, hukuksal kavramların incelenmesi ile hukuk kökenine ve ahlaki değerine ilişkin tartışmanın birbirinden ayrı tutulması gerektiğini belirtirler. Bu başka bir ifadeyle, 'ayrılabilirlik tezi' olarak isimlendirilir ve hukuk ile ahlakın ayrı kategoriler olduğunu savunur. Açıktır ki, ayrı tutmak ile birini var sayarken diğeri yok saymak birbirinden farklı şeylerdir. Eğer iddia edildiği gibi pozitivistler hukukla ahlakın birbirinden ayrılması gerektiğini söylerken, aynı zamanda, hukuka ilişkin eleştirel bir bakışın, ahlaki ve felsefi bir değerlendirmenin olamayacağını söylüyorlarsa, yani hukuktan bahsedildiğinde artık ahlakın, adaletin söz konusu olmadığını söylüyorlarsa buna uygun bir tutumu onların eserlerinde ve davranışlarında da gözlemlemek gerekirdi. Halbuki pozitivistler, dönemlerinin hukuk anlayışına en radikal eleştirileri getiren insanlar olarak tarihe geçmişlerdir; hem de ahlak, felsefe ya da din adına.

Pozitivizm hakkındaki ezberimizi altüst eden bir olgu bu. Ancak, Türkçe literatürde yer aldığı şekliyle hukuksal pozitivizme ilişkin düşüncemize[5] ne kadar karşıt olursa olsun, bir vakıa. Hem de o kadar açık bir vakıa ki, pozi-

(2) S. Keyman, "Hukuki Pozitivizm", AÜHFD, C. XXXV, S. 1-4, 1978, s. 23.

(3) Hart, **a.g.m.**, s. 601-2, dn. 25.

(4) **Aynı yer.**

(5) Ör. Niyazi Öktem ve Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet** (İstanbul: DER Yayınları, 2001), s. 387 ("Hukuksal pozitivizm tarih boyunca aslında kurulu düzenin korunması, devlet otoritesinin sağlamlaştırılması amacıyla çeşitli ad ve düşüncelerle ortaya çıkmıştır. Devlet irâdesinin üstünlüğü, içte ve dışta her hangi bir güçle sınırlanmayan egemen devlet anlayışı çağlar boyunca tarih sahnesinde görülmüştür. Bunların hepsi hukuksal pozitivist düşünceyi dile getirmektedirler. Felsefi pozitivizmle birlikte ideolojilere bilimsel bir kimlik verebilme fırsatı çıkmış ve pozitivist sözcüğü benimsenmiştir. Böylece irâdeci, devletçi hukuk anlayışı "bilimsellik" kavramı arkasına sığınmıştır." "İradeci hukuksal pozitivizm, ...ahlâk dışıdır, çağdışıdır, demokrasi ile bağdaşmaz. (a.e., s. 398.)"); Ernest Hirş, **Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri** (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1996), s. 97 ("Pozitif hukuk okullarının, devleti tek hukuk kaynağı olarak görmeleri ve hukuk incelenmesinde fizikötesi ilkelere olan her türlü inancı ortadan kaldırmaları, sonuçta, kanun koyucunun keyfî eylemlerine bile hukuk sıfatını vermelerine neden oluyordu."); Keyman, **a.g.e.**, s. 28 ("Hukuki pozitivizm, müsbet hukuka, sırf varlığı ve yürürlükte olması nedeni ile bir değer atfetmektedir... [Pozitivizme göre] sırf mevcut oldukları için, yani içerdikleri değer ve hükümlere bakılmaksızın, hukuk kurallarına itaat etmek gerekir... Kanunlara itaatin nedeni, hukuka saygıdan doğan ahlâkî bir borçtur."); Sururi Aktuş, "Pozitivist Hukuk Kavramı Üzerine Eleştirisel Bir Refleksiyon", AÜEHFD, C. IV, S. 1-2, 2000, s. 268-9 ("...hukuksal pozitivizm, doğal hukuka dayanan doğal haklar ve özgürlüklerin ontolojik varlığını kendi iradesinin ürünü sayan ve bu kavramlar üzerinde iradesinin sınırsız olduğunu düşünen otoriter bir devletin ideolojisi olarak karşımıza çıkmaktadır."); Ali Şafak Balı, **Hukuk – Tanım, Kavram, İşlev ve Nitelik Sorunları** (Konya: Çizgi Kitabevi Yayınları, 2005), s. 261 ("...hukuku salt yetkili organlarca ve belirli usullere uygun olarak çıkarılan normlar olarak tanımlamak, dolaylı olarak onun, açıkça hukuk-dışı (gayri-meşru) bazı emellerin gerçekleştirilebilmesinin aracı haline dönüşmesini de onaylamak (ya da kabullenmek) olmasa da buna göz yummak anlamı taşıyabilir. Örneğin, kanun koyucunun keyfî iradesi ya da herhangi bir iktidar ideolojisinin hayata geçirilmesi bu şekilde tanımlanan bir hukuk sayesinde kolayca mümkün hale gelebilir.").

tivistlerin eserlerini okuduktan sonra, 'esasında şöyle demek istiyor' gibi yoruma, niyet okumaya dahi ihtiyaç yok. Bentham'la başlayalım.

Bentham, şüphesiz, İngiliz hukuk ve siyaset tarihinin en etkili isimlerinden birisidir. İngiliz hukuk ve siyaset hayatında köklü bir reform yapılması gerekliliğini, etrafına topladığı farklı felsefi görüşteki düşünürlerle birlikte güçlü bir şekilde savunmuştur. Bu gruba, reform talepleri nedeniyle felsefi radikaller de denmiştir. Bu entelektüel grup, belki de Ada'da Kıta Avrupası'ndan en çok etkilenen gruptu. Bentham, 1828 yılında Cambridge ve Oxford'a alternatif olarak Londra Üniversitesi'nin (*University of London*, daha sonra *University College London* –UCL) kurulmasına da öncülük etmiştir. Bu grubun içinde göze çarpan isimlerden birisi de J. Stuart Mill'dir. İngiliz Analitik Pozitivizmi Austin'in ismiyle anılsa dahi, bilinen bir gerçek, Austin'in ortaya koyduğu görüşlerin büyük bir kısmının esasında Bentham'a ait olduğudur. Bu konuda Bentham'ın talihsizliği, hukuk kuramı konusundaki düşüncelerini sistemli bir eser çerçevesinde toplamamış olmasıdır. Bu sistemleştirme ve bir araya getirme işini ise, bazı değişiklikler yapmak suretiyle, Austin üstlenir.[6] Bentham, *Fragment on Government*'ın önsözünde şöyle der:

> Hukuk hakkında bir şeyler söyleyecek herkesin, iki farklı niteliğe sahip olduğu düşünülebilir: *Açıklayıcılık* ve *Denetleyicilik*. *Açıklayıcı*nın kapsamına, kendisinin varsaydığı şekliyle hukukun ne olduğu girer; *Denetleyici*ninkine ise hukukun ne olması gerektiğine ilişkin düşünceleri. Dolayısıyla birincisi, öncelikle olayların gerçekleşmesinden sonra düşünce ileri sürme ya da araştırma yapmakla meşguldür; ikincisi ise, nedenleri tartışmakla uğraşır. *Açıklayıcı*, bu kapsamda kalarak, zihnin anlama, hatırlama ve hüküm verme özelliklerinden başkasını dikkate almaz; oysa ikincisi, kendileriyle konuları değerlendirme fırsatı bulduğu hazzetme ve hazzetmeme sezgileriyle duygusal ilişkiye girer. Değişik ülkelerdeki hukuklar birbirinden oldukça farklıdır: aynı zamanda, bir dereceye kadar, [hukuk] tüm ülkelerde aynıdır. Dolayısıyla Açıklayıcı, daima şu ya da bu ülkenin vatandaşıdır; Denetleyici ise, dünya vatandaşıdır, ya da öyle olmalıdır. Açıklayıcı, Yasakoyucunun ve onun altında çalışan Yargıcın ne yapmış olduğunu gösterecektir; Denetleyici Yasakoyucunun gelecekte ne yapması gerektiğine ilişkin önerilerde bulunacaktır.' (vurgular Bentham'a ait)

Analitik pozitivizmin kurucusu kabul edebileceğimiz Bentham'ın alıntıladığımız ifadeleri, bilindik pozitivizm tanımlarına uymuyor. Hatta, hukuksal pozitivizm ve doğal hukuk hakkında biraz bilgi sahibi olan birisine bu satırları yazarını belirtmeden göstersek, sanırım, sadık bir doğal hukukçunun ağzından çıktıklarını söyleyecektir. Bentham'ın bu ifadeleri kim için söylediğini ve kendisini nerede konumlandırdığını görmek, işi daha da ilginç kılıyor. Bu sözlerinde Bentham'ın hedefi, kay-

(6) Ertuğrul Uzun, "İngiliz Analitik Hukuk Teorisi ve John Austin", Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, C. 3, S. 2, 2003, s. 1 dn. 2.

(7) Jeremy Bentham, Fragment on Government (1776), http://www.ecn.bris.ac.uk/het/bentham/government.htm (06.05.02).

nağını doğal hukuktan aldığını iddia ettiği *common law*'a "huşu" ile yaklaşmayı öneren W. Blackstone'dur. Bentham'a göre, Blackstone'un hukuk hakkındaki düşünceleri en iyi ifade ile açıklayıcıydı, yani yasaları olduğu şekliyle açıklıyordu; ancak kötümser bir deyişle, yorum arkasına gizlenmiş bir kurulu-düzen savunmasıydı. Bentham ise bu tarz bir yaklaşıma, hukukun bazı amaçlara etkin bir şekilde ulaşmak için var olan kurallar topluluğu olduğunu, zaman geçip de amacına hizmet etmediği takdirde değiştirilmesi gerektiğini söyleyerek karşı çıkmıştır. Bentham'a göre, hukuk teorisinin gerçek görevi eleştirmektir. Eleştiri için bir değer ölçütü gereklidir ve Bentham'ın belirlediği ölçüt fayda ilkesidir. Böylece Bentham, tüm hukuk sisteminin yeniden gözden geçirilmesini, yeni bir kodifikasyonu teklif etmiştir.[8]

Bentham'ın çağdaş demokrasi anlayışına ve döneminin İngiliz siyasi düşüncesine yaptığı katkılar göz ardı edilemez. Hart'tan aktarıyorum:

> Bentham'ın yapıtlarının her noktasında, Rechtstaat'a ilişkin unsurları ve bugünün doğal hukuk terminolojisinin kazandığı anlamı savunan ilkeler bulabilirsiniz. İşte ifade ve basın özgürlüğü ile örgütlenme hakkı, yasaların uygulanmadan önce yayımlanmasını ve geniş kesimler tarafından bilinmesini sağlama gerekliliği, idari ajanların kontrol edilmesi gerekliliği, kusur olmadan cezai sorumluluk olmaması gerektiği ve hukukilik ilkesinin, nulla poena sine lege'nin, önemi. Bentham'ın, yasaların yönetimi altındaki yaşam için verdiği reçete çok basittir: '*harfi harfine itaat etmek; serbestçe eleştirmek*'.[9] (vurgular Hart'a ait; atıflar ihmal edilmiştir)

Eğer Hart'ın da bir pozitivist olması nedeniyle bu sözlerde bir tereddüt yaşanacaksa, alıntıda çıkardığım, doğrudan Bentham'ın eserlerine gönderme yapan atıflara ve Bentham hakkındaki eserlere bakmak yeterlidir.

Bentham, faydacılığın, ya da daha doğru bir ifadeyle İngiliz faydacılığının kurucusu ve liberalizmin yılmaz bir savunucusudur. Faydacılığı da liberalizmi de eleştirmek için gerekçelerimiz olabilir; hatta bu gerekçelerimiz çok kuvvetli de olabilir. Ne var ki bu, Bentham'la birlikte Austin'in, hukuk için ideal bir durum benimsemedikleri anlamına gelemez. Eğer kavramlarla konuşacaksak, Bentham da Austin de, bir ahlak felsefesine dayanmaktadır. Austin'in eserinin her yerinde fayda ilkesine gönderme yapılmasının dışında, büyük bir kısmı sadece bu ilkenin savunulmasına ayrılmıştır.

Austin, hukuksal pozitivizm eleştirilerinde, iradecilikle suçlanmıştır. İradecilik bu eleştirilerde, hukuku egemenin buyruğu olarak kabul etmek şeklinde sunulmuşsa da, hemen eklenen bir ifadeyle, ahlakı da hukuku da belirleyen şeyin sadece egemen olduğu belirtilegelmiştir.[10] Halbuki, Austin'in egemenle ilişkilendirdiği hukuk, geniş an-

(8) George Sabine, **Siyasal Düşünceler Tarihi**, C. II, Çev. Alp Öktem (Ankara: Türkiye Siyasi İlimler Derneği, 1969), s. 56; Uzun, **a.g.m.**, s. 7.

(9) Hart, **a.g.m.**, s. 597.

(10) Ör. bkz. Öktem ve Türkbağ, **a.g.e.**, s. 396; Keyman, **a.g.m.**, s. 30 ("Hukuki pozitivizm, müsbet kanunları, sırf egemen iradenin ürünü olmaları nedeni ile adil sayması dolayısıyla, adalet ve kanunların geçerliğini eş anlamlı iki kavram haline getirmektedir. Evvelden belirlenmiş usullere göre konulmuş bulunan hukuk kuralı geçerli; aynı hukuk kuralı geçerli olduğu için de adildir.").

lamdaki hukukun ancak bir parçasını oluşturur. Pozitif hukuku, siyaseten üstün olanların siyaseten altta olanlar için yaptığı hukuk olarak tanımlayan Austin'e göre, Tanrı'nın hukuku kesin hukuktur. Bu iki hukuk birbirinden kavramsal ve olgusal olarak ayrıdır ama, Austin'e göre, insanların yarattığı hukuk Tanrı'nın hukukuna uygun olmalıdır. Austin burada da fayda ilkesine gönderme yapmayı ihmal etmez: Tanrı hukukunun içeriğinin belirlenmesi, Tanrı'nın da iradesini yansıtan fayda ilkesine göre belirlenmelidir. Austin'in bu yöndeki düşünceleri, Blackstone'nun, Tanrı yasalarıyla çelişen bir beşeri yasanın geçersiz olduğu şeklindeki sözlerine verdiği yanıtta açıkça ortaya konmaktadır:

> [Blackstone bu sözüyle] tüm yasaların İlahi hukukla uygunluk içerisinde olmasını kastetmiş olabilir. Eğer kastettiği buysa, duraksamadan ona katılırım.(...) [İ]nsan yasakoyucuların, koydukları yasaları yapmak için İlahi yasalarla bağlı olduklarını, çünkü böyle yapmazlarsa Tanrı'nın kendilerini cezalandıracağını kastetmiş de olabilir. Buna da, eğer Tanrı'nın hukukunun belirtisi fayda ilkesi olacaksa, (...) tamamiyle katılırım. (...) Ancak Blackstone'a ait bu ifadenin anlamı, eğer bir anlamı varsa, sanki şöyleymiş gibi görünüyor: İlahi hukukla çatışan hiçbir insan yasası zorunluluk yükleyici ya da bağlayıcı değildir; diğer bir deyişle, İlahi hukukla çatışan bir yasa, *yasa* değildir (...).
>
> Şimdi, İlahi yasayla çatışan insan yasalarının bağlayıcı olmadığını, yani yasa olmadığını söylemek tamamen saçmadır. En yıkıcı yasalar, dolayısıyla Tanrı'nın isteğine aykırı olan yasalar, mahkemeler tarafından yasalar olarak uygulanmıştır ve halen de uygulanmaktadır. Zararsız hatta faydalı bir eylemin, egemen tarafından ölüm cezasıyla yasaklanmış olduğunu düşünün; eğer bu eylemi işlersem, yargılanır ve suçlu bulunurum. Bu cezaya, insan yasakoyucuların kötü sonuçları olmayan eylemleri yasaklamamalarını emretmiş olan Tanrı yasasına karşıt olması nedeniyle itiraz edersem, Mahkeme yapmış olduğum muhakemenin etkisizliğini, geçerliliğini inkar ettiğim yasanın gereğini yerine getirerek, beni asmak suretiyle ortaya koyacaktır. Dünyanın yaratılmasından bugüne kadar, Tanrı hukukuna dayanan bir itiraz, yargı tarafından dinlenmemiştir.[11]

Pozitivizmin hukuka ilişkin ahlaki tartışmayı yok saydığı iddiası daha da ileri gitmiş, ikinci ve daha yıkıcı bir şekle dönüşerek, hukuksal pozitivizmin kurulu düzenin savunuculuğunu yaptığı ve iktidarın iradesini ahlaken olumladığı söylenmiştir. Yukarda aktardığımız ifadelerden, bu iddiayı da geçersiz kılacak sonuçlar çıkarılabilirse de, sanırım en güzel örnek, Hart'ın, toplumun gayri ahlaki kabul ettiği eylemler nedeniyle bireylerin cezalandırılmasına karşı olarak Lord Devlin'le girdiği tartışmadır. Ancak bundan önce, kısaca, Bentham'ın, 'harfi harfine itaat etmek; serbestçe eleştirmek' şeklindeki reçetesine yer vermek gerekiyor.

Belirtmemiz gerekiyor ki, Bentham ve Austin, İngiltere'de siyasi istikrara en çok ihtiyaç duyulan bir dönemde yaşamışlardı. Sadece onların değil, dönemin İngilteresindeki tüm aydınların ve siyasetçilerin Hobbes'dan beri en

(11) John Austin, **Lectures on Jurisprudence or the Philosophy of Positive Law**, C.I, (Londra: John Murray, 1940), s. 214-5.

büyük arzusu, güçlü bir hükümet idi. Dolayısıyla, Bentham'ın sözlerini ikiye ayırmakta ve ikincisini genelleştirmekte hiçbir sakınca yoktur. Üstelik, itaat salık verilmekle birlikte serbestçe eleştirmeyi gerekli görmek, tam da pozitivizme yöneltilen eleştirileri yersiz çıkaracak niteliktedir.

Burada sadece mevcut siyasal koşullardan kaynaklanan bir gerekçelendirme söz konusu değil. Zira, sonrasında da, bazı pozitivistler hukuka itaat yönünde görüş beyan etmekten kaçınmamışlardır. Ancak bu noktayı değerlendirirken serinkanlı olmakta fayda var. Somut, belli bir hukuksal düzendense, genel itibariyle hukuka ilişkin bir düşünce ileri süreceksek, Raz'ın da belirttiği gibi[12], her hukuk düzeninin, hatta her normatif düzenin kendine itaat edilmesini beklediğini, ahlaken doğruluk iddiasında olduğunu yadsımak mümkün değildir. Hukuksal pozitivistlerin yaptığı ise, modern hukukun ihtiyacı olan bir mesleki uğraş alanının somut sınırlarını çizmektir. Gördüğümüz ve göreceğimiz üzere, bu somut alanın eleştirilmesi için herhangi bir düşünsel engel de ihdas edilmemiştir.

İktidarın yarattığı hukukun pozitivistler tarafından ahlaken olumlanmadığına, felsefenin hukukçunun gündeminden çıkarılmadığına ilişkin en güzel örnek, Devlin-Hart tartışmasıdır[13]. Devlin-Hart tartışmasını tetikleyen, 1954'te Sir John Wolfenden başkanlığında kurulan Eşcinsellik Suçları ve Fahişelik Hakkında Komite'nin (*Commitee on Homosexual Offences and Prostitution*, daha çok *Wolfenden Komitesi* olarak bilinir) raporudur. Komite 1957'de sunmuş olduğu raporda, özetle, eşcinselliğin suç olmaması gerektiğini, fahişeliğin ise ancak toplumun diğer bireylerini rahatsız edecek tarzda alenen cinsel ilişki teklifi söz konusu olduğunda suç sayılmasının uygun olacağını belirtmiştir. Sonradan İngiltere Yüksek Mahkeme yargıcı da olan Lord (Patrick) Devlin, 1959 yılında vermiş olduğu bir konferansla Wolfenden raporunu eleştirmiştir. 1961 tarihli *Ladies' Directory* davasıyla (*Shaw v. Director of Public Prosecutions*)[14], ceza hukukunun geleneksel ahlâktan sapan eylemleri cezalandırabileceği Lordlar Kamarasınca kabul edilince, Hart, hem Devlin'e cevap verme hem de ceza hukuku alanındaki reformları destekleme ihtiyacı hissederek, 1962 yılında Stanford Üniversitesi'nde verdiği üç konferansta bu konuyu ele almış, konferanslar 1963'te yayınlanan, *Law, Liberty and Morality* (*Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk*) başlıklı ki-

(12) Joseph Raz, **Ethics in the Public Domain** (Oxford: Clarendon Press, 1994), s. 199'dan aktaran: Brian Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", **DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi**, Çev.: Ertuğrul Uzun, C. 6, S. 2, 2004, s. 339.

(13) Ayrıntılı bilgi için bkz. Ertuğrul Uzun, "Ahlaksızlığın Cezalandırılması: Devlin-Hart Tartışması", **Eskişehir Barosu Dergisi**, S. 6, Şubat 2005, ss. 152-71 (bundan sonraki kısmı bu makaleden alıntılanmıştır)

(14) Dava konusu, Bay Shaw'un yayınladığı *Ladies' Directory* [Hanımefendiler Rehberi] isimli 28 sayfalık broşürdür. Rehber'de, fahişelerin isimleri, adresleri ve telefon numaralarıyla birlikte çıplak fotoğrafları ve sunabilecekleri hizmetler de yer almaktadır. Shaw hakkındaki kovuşturma üç nedene dayanmıştır: (a) fahişelik kazancıyla yaşamak (Shaw'un, fahişelerden para almak suretiyle yayın yaptığı için fahişelik geliriyle yaşamını devam ettirdiği iddia edilmiştir), (b) müstehcen yayın yapmak, (c) kamu ahlâkını bozmaya yönelik komplo kurmak. Nihayetinde Lordlar Kamarası, verdiği kararda, mahkemelerin kamu ahlâkının muhafızları olduğunu ve toplumun çözülmesine neden olabilecek bu tarz ahlâksızlıkları hoş görmemesi gerektiği sonucuna varmıştır. Bkz. Yves CARON, "The Legal Enforcemenet of Morals and the So-Called Hart-Devlin Controversy", **McGill Law Journal** (Vol. 15, 1969, ss. 9-47), s. 17-8 ve Roderick MUNDAY, "İngiliz Hukukunda ve Common Law Ülkelerinde Kanunilik İlkesi", **İÜHFM** (C. LXI, S. 1-2, 2003, ss. 441-64), ss. 441-4.

tabında[15] bir araya getirilmiştir. Hart, Türkçe'ye çevrilen bu yapıtında, devletin ahlaksızlığı cezalandırmak gibi bir görevi olamayacağını ısrarla savunur. Hatta, belleklerimizdeki pozitivist tanımının sınırlarını ciddi biçimde tecavüz ederek, "evrensel değerler"in toplumun temeli olduğunu söyler. Hart'a göre bu değerler *"bireysel özgürlük, yaşam güvenliği ve kasten verilen zarardan koruma vb."* dir.

> ...Lord Devlin'le aynı yönde, toplumsal ahlâk bu şeyleri sakındığı ölçüde değerlidir, çünkü toplumun muhafazası için bunlara ihtiyaç duyulur demek yanıltıcıdır; aksine, belli bir toplumun muhafazası, diğer şeylerin yanı sıra, insanlar için bu evrensel değerlerin bir güvencesini oluşturduğu için değerlidir. Aslında, ahlâkı içerisinde bu değerlerin hiçbir şekilde tanınmadığı bir insan toplumunun, ne ampirik ne de mantıki bir olasılık olduğu ve olsa bile, böyle bir toplumun, insanlar açısından hiçbir pratik değer taşımadığı kabul edilebilir.[16]

DEĞERLENDİRME

Görüldüğü üzere, analitik pozitivizm, hukuksal pozitivizm hakkında yapılan genellemeyle maruz kaldığı, egemenin iradesinin savunuculuğunu yapma, hukukçunun gündeminden ahlaki ve felsefi tartışmayı çıkarma gibi iddialarla *haksız yere* eleştirilmektedir. Analitik pozitivistler, ahlaki ve felsefi değerlendirmeleri yok saymamış, bilakis bu tarz tartışmalara bizzat katılmışlardır. Pozitivistler için de 'ideal', felsefi yaklaşımlarla savunulan bir 'olması gereken hukuk' bulunmaktadır. Böyle bir ideal hukuk tasarımına sahip olma, elbette ki pozitivistleri doğal hukukçu yapmaz. Üstelik bu yaklaşımları, onların doğal hukuka kapı araladıkları ya da özünde doğal hukuk düşüncesi olmaksızın yapamadıkları anlamına da gelmez. Belki de pozitivistleri, pozitivizm-doğal hukuk tartışmasını bir anlığına göz ardı ederek okumak gerekir. Bu noktada sorulması gereken soru, böyle bir hukuk idealine sahip olmalarına rağmen, pozitivistlerin hukuk ve ahlak ayrımı iddiasıyla neye, niçin karşı çıktıkları ve neyi amaçladıkları olmalıdır. Bu sorunun yanıtı ise, bildirimizin sınırları dışında olması nedeniyle, gelecekteki çalışmalara bırakılmıştır.

(15) H.L.A. HART, **Hukuk, Özgürlük ve Ahlâk.** Çev.: Erol Öz. (Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, 2000).

(16) **Aynı eser**, s. 68.

Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi*

Kasım AKBAŞ**

1. Giriş

Sınırlarının nerede başladığı, nerede sona erdiği tam olarak kestirilemeyen bir "hareket" olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları (EHÇ), "hukuka ilişkin kuşku"nun ete kemiğe bürünmüş şekli olarak çıkar karşımıza.

Bu cümleden hareketle, Eleştirel Hukuk Çalışmalarını konu edinen bir makalenin, dört konuyu açıklaması beklenebilir: 1. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının sınırları 2. Eleştirel Hukuk Çalışmalarının niteliği 3. Hukuka duyulan kuşku 4. Hukuka duyulan kuşkuyu somutlaştıran çalışmalar. Bu dört konu alanının ayrı başlıklar altında ele alınması ya da alınmaması, yazarın yeteneğine ve birikimine bağlı olarak değişebilir. Bu makalenin yazarının yeteneği ve birikimi, dört konuyu ancak iki başlık altında ele almaya yeterli olduğundan, Eleştirel Hukuk Çalışmalarını konu edinen çalışmasını, "Hukuk Eleştirisi ve Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Gündemi" olarak sınırlamıştır.

2. Küçük harfle: Hukuk eleştirisi de içeren çalışmalar

Mesele bir akım olarak Eleştirel Hukuk Çalışmaları değil de, hukuku eleştiren çalışmalar olarak ortaya konduğunda, geniş bir yelpaze ile karşı karşıya kalırız. Eleştirel Hukuk Çalışmalarından zamansal olarak önce ortaya çıkan her hukuk eleştirisini, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının öncülü olarak kabul edecek olursak, bu yaklaşımın bizi hangi yüzyıldan, hangi binyıla savuracağı belirsizdir. Zira "hukuk eleştirisi" kavramı da tutarlı bir çizgiyi takip etmemizi zorlaştıracak çağrışımlar içerir. Söz gelimi, vazedilmiş kuralların eleştirisi olarak doğal hukuku da bu kapsamda ele almamız gerekir mi? Söz gelimi, "Adil olmayan yasa, yasa değildir." diyen Martin Luther King'in sivil itaatsizlik kuramı, bir hukuk eleştirisi olarak mı adlandırılır yoksa aksine hukuk bilincini pekiştirmeye yarayan bir çağrı olarak mı? Öy-

(*) *Bu çalışmanın "2.1. Hukuk ve Gelişme" ile "3. Büyük harfle: Eleştirel Hukuk Çalışmaları" başlıklarını taşıyan bölümleri, daha sonra "Hukukun Büyübozumu" adıyla kitap olarak da basılan "Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi" başlıklı yüksek lisans tezi ile Maltepe Üniversitesi Dergisi 2005/1'de yayımlanan "Eleştirel Hukuk Çalışmaları'nda Marksist Toplum ve Hukuk Çözümlemesi Eleştirisi" makalelerinden hemen hemen aynen muhafaza edilerek alınmıştır. Birkaç küçük ekleme ve çıkarma dışında, bu bölümler için yeni kaynak taraması ya da okuması yapılmamıştır.*

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

leyse "hukuk eleştirisi"nden ne anlamak gerekir?

Belli bir hukuksal düzenlemenin içeriğinin beğenilmemesi anlamında hukuk eleştirisinden de söz edilebilmekteyse de, bu makalede ele aldığımız anlamda hukuk eleştirisinin, "bir kavram ya da kurum olarak hukuk"un eleştirilmesi olduğunun altı çizilmelidir. Hukukun kendisinin bir kurum olarak eleştirilmesi, "hukuk kurumu"nu bir eleştiri "nesne"si olarak ele almayı gerektirdiğinden, ister istemez, hukuka olgusal yaklaşımı da gerektirmektedir. Bu anlamda hukuk eleştirisinin, şu ya da bu biçimde, hukuk içerisinde, toplumbilimsel ilginin sonucu olarak ortaya çıkan okul ya da kuramlarla ilişkilendirilebileceği görülür[1]. Bu, her toplumbilimsel ilginin bir hukuk eleştirisi ile sonuçlanması gerektiği anlamına gelmeyeceği gibi, toplumbilimsel bir ilgi olmadan hukukun eleştirilemeyeceği anlamına da gelmez, kuşkusuz. Ancak tekrara düşmek pahasına ifade edelim ki, bir "kurum olarak hukuk"un eleştirisinin, az ya da çok bir "toplumsallık"ı içinde barındırdığı söylenebilir[2]. Bu anlamda, toplumu da dikkate alan yaklaşımlarıyla diğerlerinden ayrılan hukuk kuramlarını kabaca değerlendirmekte yarar vardır. Zira Eleştirel Hukuk Çalışmalarının, bu kuramlardan öğrenecekleri vardır.

Topçuoğlu, "hukuk ilminde tecerrüt hali" başlığı altında Fransız Yorumcu Hukuk Okulunu, Alman Kavramlar İçtihadı Hukuk Okulunu ve İngiliz Analitik Hukuk Okulunu ele almaktadır[3]. Bu tecerrüt haline karşı "sosyolojik isyan", aynı kültür çevrelerinde, (Almanya ve Avusturya'da) Serbest Hukuk Okulu, (Fransa ve Belçika'da) Serbest Bilimsel Araştırma Okulu ya da Bilimsel Okul, (Amerika'da) Sosyolojik Hukuk Bilimi olarak ortaya çıkmaktadır[4]. Özcan, "toplumun varlığını dikkate alan hukukçu yaklaşımları" şeklinde belirlediği başlık altında, Marx'ın, Bentham'ın, Weber'in isimlerini anmakta, Von Savigny'nin Tarihçi Hukuk Okulunu, Jhering'in sosyal faydacı görüşünü ve Heck'in Menfaatler İçtihadı kuramını ele almaktadır[5]. Ayrıca Amerikan Sosyolojik Hukuk Bilimini ve Hukuksal Realizmi, "hukukun sosyolojikleştirilmesi" olarak adlandırmaktadır[6].

Topçuoğlu'nun ve Özcan'ın isimlerini andıkları okul, kuram ya da akımların hepsinde ortak olan nokta, hukuka toplumsal bir kurum olarak yaklaşmış olmalarıdır. Bu çalışma ve Eleştirel Hukuk Çalışmaları açısından taşıdıkları değer ise, hemen hepsinin Eleştirel Hukuk Çalışmaları ile uzaktan da olsa akraba olmalarıdır. Zira, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının Amerikan Hukuksal Realizminin devamcısı[7] ya da bir başka deyişle, hukuksal realizmin Eleştirel Hukuk Çalışmalarının esin kaynağı[8] olarak kabul edilmesi bir yana, bu okulun yazarlarının çalışmalarında, Marx'tan Weber'e, çeşitli toplum kuramcılarına yapılan atıflar gözlenmekte ve hukuk çözümlemesi, bir toplum çözümlemesinin üzerine inşa edilmeye çalışılmaktadır.

Özellikle Anglo-Sakson kültür çevresi çerçevesinde düşünüldüğünde, toplumsal çözümleme merkezli ve hukuk eleştirisi de içeren yaklaşımlar açısından bir zenginlik göze çarpmaktadır. İlk elden akla gelen Hukuksal Pragmatizm, Hukuk ve Ekonomi, Hukuk ve Gelişme gibi yaklaşımlar da, yukarıda anılan okul, kuram ya da akımlarla paralellikler göstermektedirler.

Anglo-Sakson dünyada ortaya çıkan akımların ya bir dernek veya birlik ya da bir sempozyum veya konferans ismiyle örgütlenmeleri dikkat çeken bir durumdur. Söz gelimi Hukuk ve Gelişme akımı 1965'te toplanan bir konferansla somut olarak ortaya çıkmıştır[9]. Keza, Eleştirel Hukuk Çalışmalarına katılanların, bu isimle bir konferans düzenlemeden evvel içinde bulundukları Hukuk ve Toplumcular, Law and Society Association adlı bir dernekte bir araya gelmişlerdir[10]. Ayrıca İngiltere'de de Eleştirel Hukuk Konferansı düzenlenmeye devam edilmektedir. Yine İngiltere'de Ulusal Eleştirel Hukukçular Grubu etkinliğini sürdürmektedir[11].

Amerikan Hukuksal Realizmi, Hukuk ve Gelişme akımı ile Hukuk ve Toplum Derneği; Eleştirel Hukuk Çalışmalarının öncülleri olarak, diğer okul ve akımlara oranla bir adım öne çıkmaktadırlar. Daha sık konu edildiği düşünülen ve aşina olunduğu varsayı-

(1) *Hukuk ve Toplum Derneğinin etkin bir üyesi olduğu gibi Eleştirel Hukuk Çalışmalarına da öncülük eden David Trubek, hukukun, sosyal bilimler tarafından ele alınabilen bir nesne olabileceği düşüncesini "hukuk ve toplum düşüncesi" olarak niteledikten sonra, hukuku bir dizi kural ya da ilkeden ibaret görecek olursak, "hukuk ve toplum düşüncesi"nin gerektirdiği hukuk çalışmaları için ele alınabilecek pek bir şey kalmayacağını, ancak hukuku bir toplumsal kurum, karşılıklı davranışlar, politik grupların çıkarlarının yansıması, ritueller ve semboller olarak görecek olursak hukuk çalışmalarının yapılabileceğini ifade etmektedir. bkz. David M. Trubek, "Back to Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement", **Florida State University Law Review**, 18: 1-55 (1990), s. 6.*

(2) *Mehmet Ali Aybar'ın, epey eski tarihli bir makalesinde dikkat çektiği husus aynıdır. Aybar, toplumun da doğa bilimlerine benzer yöntem ve usullerle ele alınabileceği düşüncesiyle ortaya çıkan bilimsel düşünce akımının, hukuk alanına da sirayet ettiğini saptamakta ve Comte'tan, Duguit'den, Hauriou'dan ve Radbruch'tan hukuk eleştirisi örnekleri vermektedir. Buna göre Comte, meseleyi hukuku inkara kadar vardırırken, Duguit ve devamcıları "klasik hukuka, hem ilmi bir kritiğe tahammülü olmadığı, hem de günün sosyal ihtiyaçlarına cevap vermediği için iki cepheden hücum" etmektedirler. Radbruch ise, "meseleyi izafi bir cepheden mütalea ederek, hukukun kainata dair ileri sürülmüş olan tasavvurlarla alakalı kıymet sistemlerine bağlı olduğunu söylüyor. Ancak kıymet sistemlerinden birini tercihan kabul edebilmek için ortada ilmi bir sebep bulunmadığından herkesin arzularına göre bu sistemlerden birini terci edebileceğini ilave ediyordur"dur. Bkz. Mehmet Ali Aybar, "Hukukta Mecburiyet Meselesi", **İstanbul Barosu Mecmuası**, 1938 (Ayrı basım), s. 7-8 ve dn. 2, 3 ve 5.*

(3) *Hamide Topçuoğlu, **Hukuk Sosyolojisi I** (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960), s. 12-23.*

(4) ***Ibid.**, s. 23-76.*

(5) *Mehmet Tevfik Özcan, **Hukuk Sosyolojisine Giriş** (İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003), s. 37-42.*

(6) ***Ibid.**, s. 43.*

(7) *Bkz. Mehmet Yüksel, **Modernite Post Modernite ve Hukuk** (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002), s. 205.*

(8) *Sururi Aktaş, **Eleştirel Hukuk Çalışmaları** (İstanbul: Kazancı Kitap, 2006), s. 60 vd.*

(9) *H. C. L. Merillat, "Law and Developing Countries", **The American Journal of International Law**, 60: 71-79 (1966), s. 71*

(10) *Dernek, Eleştirel Hukukçuların da katılımlarıyla faaliyetlerini sürdürmektedir. Her yıl düzenli olarak gerçekleştirilen ve konferans olarak düzenlenen uluslararası toplantıların 2006'daki başlığı "Law End(s)!" olarak belirlenmiş ve Baltimore'da gerçekleştirilmiştir. 2007'deki toplantı 25-28 Temmuz'da "21. Yüzyılda Hukuk ve Toplum: Dönüşümler, Direnişler ve Ötesi" üstbaşlığıyla Berlin'de yapılacaktır. Bkz. <http://www.lawandsociety.org/> b.t. 14.02.2007.*

(11) *Bkz. 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. 242-243 ve Yüksel, **Op.cit.**, s. 207. Ulusal Eleştirel Avukatlar Grubu'nun yıllık konferansı "İnsan Hakları(ya da Doğruları) ve İnsan Yanlışları (Human Rights and Human Wrongs)" üstbaşlığı ile 24-25 Şubat 2007'de Canterbury'deki Kent Üniversitesi'nde düzenlenmektedir. bkz. <http://www.nclg.org.uk/> b.t. 14.02.2007.*

lan Amerikan Hukuksal Realizmi[12] inceleme dışı bırakılarak, Hukuk ve Gelişme ile Hukuk ve Toplum çalışmalarına birer başlık açmak ileride Eleştirel Hukuk Çalışmalarının gündeminin anlaşılmasını kolaylaştırabilir.

2.1. Hukuk ve Gelişme

Hukuk ve gelişme araştırmaları, Üçüncü Dünya ülkelerinin kalkınmaları sürecinde hukukun işlevini saptamaya yönelik çalışmalardır[13]. "Hukuk ve gelişme kuramları, gelişmekte olan ülkelerde hukuk ile gelişme arasındaki ilişkiyi ortaya çıkarmaya çalışmaktadırlar."[14]

Bu çalışmalar, İkinci Dünya Savaşı'nın ardından gündeme gelen siyasal gelişme (modernleşme) hareketlerine dayanmaktadırlar. Buna göre, gelişme, nihayetinde Batı benzeri ekonomik, siyasal ve toplumsal kurumlar yaratacak, yükselen bir toplumsal değişim sürecidir; bu süreç kaçınılmaz ve evrimseldir[15]. Bu sürecin sonunda, söz gelimi serbest pazar sistemi, liberal demokratik siyasal kurumlar ya da hukuk devleti ortaya çıkacaktır. Modernleşme kuramlarına göre siyasal gelişmenin, kilit önemde dört unsuru bulunmaktadır: Rasyonalizasyon (aklîleşme), uluslaşma, demokratikleşme ve siyasal katılım[16]. Her bir unsur, bir yanıyla hukuku işaret etmektedir.

Gelgelelim 1960'ların sonlarına doğru modernleşme kuramcıları büyük bir karamsarlığa kapılırlar. Zira, "gelişmekte olan" şeklinde nitelenen ülkeler, modernleşme kuramlarında öngörülenin aksine, ekonomik anlamda çöküş yaşıyor olmalarının yanında, siyasal anlamda da askerî rejimlerle boğuşmaktadır. Bir anlamda kuram iflas eder ve kuramın iflasının faturası, gelişmekte olan ülkelerin kültürel yapısına çıkarılır. Yani bu kuramcılara göre, Üçüncü Dünya ülkelerinin Batı tarzı siyasal-toplumsal kurumlara –örnek olsun, ulusal bütünlüğe, demokrasiye, meşru yasalara ve bu yasalara saygılı yurttaşlara- sahip olamamalarının nedeni, Batı kültürüne sahip olmamalarıdır[17].

Modernleşme kuramları daha sonra, içeriden ve dışarıdan eleştirilere konu olmuştur. Modernleşme kuramcıları, gelişmekte olan ülkelerin kültürel yapılarına ilişkin kendi yaklaşımlarını sorgularlarken, dışarıdan bir eleştiri olarak, modernleşme kuramlarını muhafazakar ve statükocu bulanlar da vardı[18].

Hukuk ve gelişme hareketi, diğer modernleşme kuramlarına oranla geç bir tarihte, 1960'larda[19], modernleşme kuramları gerilemeye başladığında ortaya çıkmıştı. Hukuk ve gelişmeye ilişkin pek çok makale 1965 ile 1975 arasındaki on yıllık süreçte yazılmıştı[20]. 16-17 Temmuz 1965'te Washington'da düzenlenen konferans, bu çalışmaların başlangıcı olarak kabul edilebilir. Society's Board of Review and Development tarafından desteklenen konferansın amacı "az gelişmiş ülkelerin, durumlarını iyileştirirken karşılaştıkları farklı hukuksal sorunları saptamak ve gelecekte yapılacak araştırma ve diğer etkinlikler için olası doğrultular önermek"[21] olarak açıklanmaktadır. Bu ilk konferansta tartışmalar üç başlıkta yoğunlaşmaktadır: Uluslararası hukukun gelişmedeki rolü, gelişmekte olan ülkelerin uluslararası etkinliklerinde hukukun rolü ve nihayet, hukuku ve hukukçuları kalkınma sürecinde daha etkin kılabilmek için hazırlanacak hukuksal eğitim ve araştırma programları[22]. Konferansta öncelikli olarak hukukçuların kalkınma programlarının hazırlanmasında ve uygulanmasında göze çarpan bir etkinliklerinin olmadığı saptanmıştı. Latin Amerika, Afrika ve Asya'daki gelişmenin ya da kalkınmanın ana mimarları ekonomistler, mühendisler, kamu yöneticileri, ziraatçılar, doktorlar, eğitimciler ve hukuk dışı diğer alanlardaki uzmanlardı[23]. Kalkınma sürecinde hukuka ve hukukçulara bakışın ne olduğunu göstermek açısından İngiliz sömürgelerinin bağımsızlıklarını kazanmalarının ardından hukukçuların oynadığı rolü gözlemlemek son derece öğreticiydi. Bu ülkelerdeki bağımsızlık hareketlerinde hukukçular önemli rol oynamışlar; hükümetin prestijinin ve gücünün artmasını sağlamışlardı. Ancak, bu ülkelerde hukukçunun "teknik" bir işlevinin olduğuna, yoksa politikaların belirlenmesi sürecinde dikkate alınmadıklarına kuşku yoktur[24]. Konferansı düzenleyenlerin iddiası şuydu ki, hukukçuların bu süreçlere daha fazla dahil olmaları gerekmektedir.

Gelişme sürecinin özel hukuksal gereksinimleri, konferansta şu başlıklar altında belirlenmişti: Ticarî işlere ilişkin (mahkemeleri de kapsayan) hukuksal süreçlerin yeterliliğinin sağlanması, toprak reformu, su hukuku, ticaret formlarının belirlenmesi, kalkınma bankaları, tasarruf kurumları, borsa gibi çeşitli kurumlar, vergi politikaları ve vergi yönetimi, yabancı yatırım koşullarını da hazırlayan endüstriyel geliş-

(12) Amerikan Hukuksal Realizmi ile Eleştirel Hukuk Çalışmaları ilişkisi için bkz. " Round and Round the Ramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," **Harvard Law Review**, 95: 1669-1690 (1981-1982).

(13) Aslında bu çalışmalara katkıda bulunan kimi yazarlar, hukuk ve gelişme araştırmalarının hepsinin gelişmekte olan ülkelere özgülenmediğini iddia etmektedirler. Kimilerine göre hukuk ve gelişme çalışmaları, hukuk ve toplum çalışmalarının özel bir türü iken; kimilerine göre ise bu çalışmalar, gelişme süreci içerisinde hukukun yerini belirlemeye yöneliktir. Bu çalışmalara ilişkin farklı bakış açıları için bkz. Elliot M. Burg, "Law and Development: A Review of The Literature and a Critique of Scholars in Self-Estrangement," **The American Journal of Comparative Law**, 25: 492-530 (1977), s. 494.

(14) **Ibid.**, s. 492.

(15) Brian Z. Tamanaha, "The Lessons of Law and Development Studies", **The American Journal of International Law**, 89:470-486 (1995), s. 471.

(16) **Ibid.**, s. 471-472.

(17) "1940'lı yıllarda birlikte Amerikan sosyal bilimlerinde oldukça ayrıcalıklı bir konum elde eden Max Weberci toplumsal kuram, kalkınma probleminin ele alınışında da kendisini göstermiş ve Weberci tezlerden hareketle, kültür azgelişmiş toplumların gelişememişliğinin temeline yerleştirilmiştir. Bu düşünsel zemin üzerinde çözüme ilişkin olarak söylenecek her söz doğal olarak azgelişmiş toplumların kültürünü hedef alacak ve gelişmenin sağlanmasının ön koşulu olarak bu toplumların sahip oldukları kültürel bağlardan kurtulmak gösterilecektir." Bkz. Fahrettin Altun, "Modernleşme Kuramı ve Gelişme Sorunu," **Dîvân İlmî Araştırmalar**, 8: 123-186, 2000/1, s. 150.

(18) Tamanaha, **Op.cit.**, s. 472.

(19) John Henry Merryman, "Comparative Law and Social Change: On The Origins, Style, Decline and Revival of The Law and Development Movement," **The American Journal of Comparative Law**, 25: 457-491 (1977), s. 457.

(20) Tamanaha, **Op.cit.**, s. 473. Bu konudaki literatür için bkz. Burg, **Op.cit.**

(21) Merillat, "Law and Developing Countries," **Op.cit**, s. 71.

(22) **Ibid.**, s. 71-72.

(23) **Ibid.**, s. 72.

(24) **Ibid.**

meye ilişkin yasalar[25]. Ancak tüm bunlardan daha dikkat çekici olan, gelişmekte olan ülkelerde "ticaret hukukçusu eksikliği"ne önem verilmiş olmasıdır[26]. Nihayet tüm bu konuların ardından, gelişmenin yalnızca ekonomik göstergelere indirgenemeyeceği, insan hakları, nüfus kontrolü gibi konularda da etkinlik gösterilmesi gerektiği tartışılmıştır[27].

Konferanstan çıkan sonuca göre, hukuksal yeterliliği artırmaya ilişkin olarak dört yöntem belirlenmiştir[28]: Gelişmekte olan ülkelerde hukukçuluk mesleğine ilişkin temel eğitimin geliştirilmesi, bu ülke hukukçularının sanayileşmiş ülkelerdeki kurumlarda eğitime tabi tutulması, hukukçu olmayan memurlar ve yöneticiler için özel hukuk öğretim programlarının hazırlanması ve yeni hukuk kuralları ve kurumları oluşturulurken hukukçuların teknik desteğinin alınmasının sağlanması. 1965 tarihli bu ilk toplantının ardından 1966 Nisan'ında aynı kuruluş tarafından, yeni bazı katılımcılarla, ikinci bir konferans daha düzenlendi[29].

Siyasal gelişme (modernleşme) kuramlarıyla hemen hemen aynı nedenlerle, hukuk ve gelişme kuramları da geçerliliğini yitirmişti. Nitekim hukuk ve gelişmeye ilişkin ilk çalışmanın yayımlanmasının üzerinden daha on yıl geçmemişken Trubek ve Galanter hukuk ve gelişme çalışmalarının "krizi"nden söz etmektedirler[30].

Hukuk ve gelişme hareketi, modernleşme kuramının temel önermelerini kabul ediyor; evrimsel değişim sürecinin eninde sonunda Batı benzeri bir hukuk düşüncesi ve hukuk kurumu ile sonuçlanacağı fikrini benimsiyordu[31].

2.2. Hukuk ve Toplum Derneği

Hukuk ve Toplum Derneği, 1964 yılının Kasım ayında Colarado eyaletinde kurulmuştu[32]. Derneğin ilk başkanlığını, 1970 yılına kadar Denver Üniversitesi'nden Robert Yegge yapmıştı[33]. Derneğin yayım organı olan *Law & Society Review* [Hukuk ve Toplum Dergisi], 1966 yılında, Northwestern Üniversitesi'nden Richard Schwartz'ın editörlüğünde çıkarılmaya başlandı. Dernek üyelerinin varlıklarıyla dikkat çektikleri diğer yerler, Berkeley'deki California Üniversitesi ve ileride Eleştirel Hukuk Çalışmalarına da ev sahipliği yapacak olan Madison'daki Wisconsin Üniversitesi'dir.

(25) **Ibid.**, s. 74.

(26) **Ibid.**

(27) **Ibid.**, s. 75.

(28) **Ibid.**, s. 76.

(29) James N. Hyde, "Law and Developing Countries," **The American Journal of International Law**, 61: 571-577 (1967), s. 571. Konferansların her ikisine de çeşitli üniversitelerin ilgili bölümlerinden akademisyenlerin yanı sıra, bakanlık temsilcileri, Ford Vakfı temsilcileri, Inter-American Development Bank, International Bank for Reconstruction and Development ve International Monetary Fund (IMF) gibi bazı finans kuruluşları katılmıştı.

(30) David M. Trubek and Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflecions on The Crisis in Law and Development Studies in The United States," **Op.cit.**, s. 1063.

(31) Tamanaha, **Op.cit.**, s. 473.

(32) Bryant Garth ve Joyce Sterling, "From Legal Realism to Law and Society: Resshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State", **Law and Society Review**, 32: 409- 471 (1998), s. 417.

(33) **Ibid.**

Böylece derneğin, dört büyük üniversitenin hukuk fakültelerindeki öğretim elemanlarınca yönlendirildiği söylenebilir. Ancak kurumsallaşmanın sağlanması noktasında kritik katkı, Russel Sage Vakfı'ndan gelmiştir. Vakıf, hem derneğin dört merkezindeki üniversiteleri, hem dergisini diğer yayımlarını, hem de Berkeley'de çıkarılan önemli kitapların basımını parasal olarak desteklemiştir[34]. Derneğin bir diğer mali desteği, Walter E. Meyer Hukuk Araştırma Enstitüsü'dür[35].

Hukuk ve Toplum hareketinin[36] bu çalışma açısından önemi, Eleştirel Hukuk Çalışmalarına katılan hukukçuların bu derneğin üyeleri arasından çıktıklarının bilinmesi ile anlaşılır. Derneğin ikinci, üçüncü kuşak üyelerinden David Trubek, Mark Tushnet gibi isimler, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının da kurucularıdırlar. Keza Tom Heller, Stewart Macaulay, Marc Galanter hatta Richard Abel gibi Eleştirel Hukuk Çalışmaları içerisinde yer alan önemli isimlere, Hukuk ve Toplum Derneğinin çalışmalarında da rastlanmaktadır. Şunu da eklemekte yarar var: Eleştirel Hukuk Çalışmalarına katılan hukukçular, bu çalışmaları başlatmış olmakla, Hukuk ve Toplum'dan tamamen uzaklaşmış da değillerdir[37].

Derneğin içerisinde oldukça etkin olan Wisconsin grubunun öncülüğünü yaptığı temel motif, hukukun içinde işlev kazandığı toplumsal koşulların incelenmesinin, hukukun daha sağlam işleyebileceğini sağlayacağı düşüncesidir. Bu temel motif, yalnızca kuruluş aşamasında ortaya çıkıp, sonradan ortadan kalkmış değildir. Silbey ve Sarat, derneğin 1986'daki yıllık konferansında yaptıkları sunumda, "hukuksal kurumlar, bütün bir toplumsal çevre görülmeden anlaşılamaz" demektedirler[38]. Buradan hareketle hukuk ve toplumcular, toplumsal ve ekonomik koşulların bilincinde olan hukukçular sayesinde hukukun, toplumsal ilerleme noktasında, daha etkin bir araç olarak kullanılabileceğini ileri sürmektedirler[39]. Hukuk ve toplumcular da, hukuksal realizmin araçsalcı yaklaşımlarını sürdürmektedirler.

(34) **Ibid.**, s. 419. Vakıf, derneğin dergisi için, derginin çıkarılışında 54.000 dolarlık bir katkı yapmıştır. Bkz. Robert B. Yegge, "The Law and Society Association to Date", **Law and Society Review**, 1: 3-4 (1966-1967), s. 3.

(35) **Ibid.**, s. 449. Aynı yerde, Russel Sage Vakfı'nın "sosyoloji merkezli", Enstitü'nün ise "hukuk merkezli" çalışmalara ağırlık vermek istedikleri ifade edilmektedir. Benzer bir "rekabet", Wisconsin ve Berkeley Üniversiteleri açısından da söz konusudur. James Willard Hurst'ün öncülüğündeki Wisconsin grubu hukuk, Philip Selznick'in öncülüğündeki Berkeley grubu sosyoloji ağırlıklı çalışmaktadır. **Ibid.**, s. 459.

(36) Daha sonra derneğin başkanlığını da yapacak olan Lawrence M. Friedman, dernek özelinde ortaya çıkan ve hukuk ve toplumbilim ilişkisi üzerine yoğunlaşan ilgiyi, "hukuk ve toplum hareketi" olarak adlandırmaktadır. Bkz. Lawrence M. Friedman, "The Law and Society Movement", **Stanford Law Review**, 38: 763- 780 (1985-1986). Öte yandan, Hukuk ve Toplum Derneği'ni bir akım olarak adlandırmanın doğru olmadığını, zira hukuk ve toplumbilimlerle ilgilenen, farklı motiflere sahip hemen herkesin dernekte yer alabildiğini ileri sürenler de vardır. Bkz. Hutchinson ve Monahan, "Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought", **Op.cit.**, s. 200, dn. 7.

(37) Hemen ifade edelim, Hukuk ve Toplum Derneği'nin 2006'daki yıllık konferansına katılanlar arasında, Richar Abel, Marc Galanter, Stewart Macaulay, Mark Tushnet, David Trubek gibi Eleştirel isimlere rastlanmaktadır. David Trubek, 2007'deki konferansın düzenleyicileri arasında da yer almaktadır.

(38) Susan S. Silbey ve Austin Sarat, "Critical Traditions in Law and Society Research", **Law and Society Review**, 21: 165- 174 (1987), s. 165.

(39) Garth ve Sterling, **Op.cit.**, s. 440.

Bu araçsalcı yaklaşımın önemli özelliği, hukukun kendisinin bir ideal ya da amaç olarak görülmemesidir. Hukuk ancak,–toplumsal ya da bireysel- hedeflere ulaşmak için kullanılan araçlardan biridir. Öyleyse hukuk, hukuk bilimi dışı disiplinlerin de katkılarıyla birlikte ele alınmalıdır. Tek başına hukuksal düzenleme bilgisi, hukuksal ve toplumsal yapıyı anlamaya ve dolayısıyla uyuşmazlıklara uygun çözümler getirmeye yetmez.

Bu yaklaşım, Hukuk ve Ekonomi çalışmalarında da, Hukuk ve Gelişme çalışmalarında da, Hukuksal Pragmatizm'de de bulunabilecek bir yaklaşımdır. Öyleyse, Hukuk ve Toplum'u diğerlerinden ya da bu yaklaşımları birbirinden ayıran nedir? Hukukun ele alınışında bir farklılık olmadığı sürece bu türden akımları birbirinden ayıran toplumsal ve siyasal perspektiflerindeki farklılıktır. Örnek olsun, Hukuk ve Gelişme çalışmaları, -antropolojik çalışmalar açısından- ilgilerini gelişmiş sanayilerin bulunduğu kentlere yöneltmişken, antropolojik çalışmalar yapan Hukuk ve Toplumcular, bir parça buna da tepki duyarak, çalışmalarını kırsal bölgelere yöneltmişlerdir[40]. Grubun diğer çalışma gündemleri, yoksullara avukatlık hizmeti verilmesi, suç ve yoksulluk, ceza adaleti gibi konulardan oluşmaktaydı. Kısaca ifade etmek gerekirse, 1990'lara kadar Hukuk ve Toplum çalışmalarındaki ana temalar, toplumsal eşitsizlik, yoksulluk ve suç olarak belirmektedir.

Dikkat çeken bir başka husus, Hukuk ve Toplum çalışmalarına, elit hukuk okulları olarak bilinen okullardan çok az katılımın olmasıdır. Yale, Stanford, New York Üniversiteleri'nden birkaç isim dışında, bu tür okullardan yoğun bir katılım söz konusu değildir[41].

Dolayısıyla, Hukuk ve Toplum'un diğerlerinden farkı, çalışma gündemleri ve çalışmalara katılanların akademik geçmişleri göz önüne alındığında anlaşılabilmektedir.

3. Büyük harfle: Eleştirel Hukuk Çalışmaları

Eleştirel Hukuk Çalışmaları hareketi, resmen, Hukuk ve Toplum Derneği çalışmalarından tatmin olmayan küçük bir grup hukukçunun 1977 yılında, aynı adı taşıyan bir konferans vesilesiyle toplanması sonucu ortaya çıkmıştır[42]. 70'lerin sonunda ortaya çıksa da, hareketin, 1930'ların [Amerikan] Hukuksal Realizmi'nin devamı ve yeniden canlandırılması olduğu sık sık dile getirilmektedir.

Geniş bir ilgi ve çalışma alanını kapladığı; üstelik bu ilgi ve çalışmalara değin, belli başlı ya da sınırları çizilmiş bir kabule dayanmadığı söylenen Eleştirel Hukuk Çalışmaları için bir çerçeve çizme girişimine, baştan karşı çıkılabilir. Ancak, böyle bir girişimin, sınırlı çalışmalar içerisinde de Eleştirel Hukuk Çalışmalarının ele alınıp anlaşılabilmesi için zorunlu olduğu da kabul edilmelidir. Bu nedenle, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının çeşitli araştırmacılar tarafından saptanan farklı ya da benzer niteliklerinin kabaca özetlenmesi mazur görülmelidir.

(40) **Ibid.**, s. 446-447.

(41) **Ibid.**, s. 451.

(42) Hutchinson ve Monahan, "Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought," **Op.cit.**, s. 200. Harekete ilişkin içeriden bir tarihçe için bkz. John Henry Schlegel, "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affectionate History of The Conference on Critical Legal Studies," **Stanford Law Review**, 36: 391-411 (1984); Mark Tushnet, "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," **Journal of Legal Education**, 36: 505- 517 (1986); Mark Tushnet, "Critical Legal Studies," **The Yale Law Journal**, 100: 1515-1544 (1990-1991).

3.1. EHÇ Gündeminin Saptanması

Eleştirel Hukuk Araştırmaları, hukukun işlemlerini, onun körlüğünü, tutarsızlığını ya da gizlenmiş çıkarlarını sergilemek amacıyla inceler... 1970'lerin sonlarında Kuzey Amerika'da ortaya çıkıp hızla yayılan Eleştirel Hukuk Araştırmaları, ...eleştirinin temellerini genişletmiş ve hukuk eleştirisinin yürütülebileceği yol ve düzeyleri çeşitlendirmiştir. Eleştirel Hukuk Araştırmaları hukuk eleştirisini açıkça özgürleşme amacının hizmetine koyar, ama bu özgürleşmenin tek bir biçimi olabileceğine inanmaz; kadınlar, etnik azınlıklar, homoseksüeller, işçiler gibi her türden marjinal ya da dışlanmış toplumsal gruplardan yola çıkar ve bu grupların çıkarlarını daha baştan birleştirmeye çalışmaz. Bu yaklaşımı benimseyen, bir dizi farklı hukuksal konu ve sorun üstünde kendilerine özgü bir tarzda çalışan araştırmacılar, hukuk teorisinin doğal, kalıcı ve özsel kabul ettiği ve hukuksal prosedürlerin bizi öyle görmeye ikna ettiği kural ve yapıların tarihselliğini, kurulmuşluğunu, hatta kimi zaman düpedüz keyfiliğini ortaya koyma amacında birleşirler. Eleştirel Hukuk araştırmalarının merkezinde, hukukun kendisini ve işlemlerini evrenselleştirme yönündeki "modernist" eğilimin bir reddi ve toplumsal eleştirinin bu evrenselleştirmeyi taklit etme eğilimindeki biçimlerinden sakınma çabası yatar. Eleştirel Hukuk araştırmacıları, işlevselci uslamlamalara karşı, hukukun gelişmekte olan özgül toplumsal ihtiyaçları karşılama gibi doğal bir rolünün olmadığını göstermeye çalışırlar. Eleştirel Hukuk teorisinin bazı biçimleri, bütün doküman, mevzuat ve anayasa yorumlarının belirlenmemişliğini göstermek ve niyetin bilinebilirliğine ya da anlamın saptanabilirliğine dayanan yargıların temellerine saldırmak için dil çözümlemesini kullanır[43].

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının amacı, toplumun her düzeyine yayılmış, baskıcı ve gayri adil ilişkiler düzenini destekleyen hukuksal pratiğin işleyişini ortaya çıkarmak şeklinde özetlenebilmektedir[44]. Bu nedenle Eleştirel Hukuk Çalışmalarının, bir hukuk kuramı olmaktan çok, mevcut baskıcı ve gayri adil düzenin karşısında, siyasal bir duruş olduğu da dile getirilmektedir. Yine de, hukuku, belli bir toplumsal perspektiften ele alıp çözümlemeye yönelen çabaları nedeniyle Eleştirel Hukuk Çalışmaları hukuk kuramsal bir ilgi ile de dikkate alınmaya değer görünmektedir. Söz gelimi, Martha Minow'a göre Eleştirel Hukuk Çalışmaları; hukuksal ilkelerin, hukuk öğretilerinin açık-yapılılığına ve hukuk kurallarının birbirine zıt sonuçlara neden olabilme yetkinliğine dikkat çekmesi ile diğer hukuk kuramlarından farklılaşmaktadır[45].

Minow, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının meşgul olduğu konuları şu şekilde özetlemektedir: Eleştirel kuramcılar, hukukun belirsizliğini göstermeye

(43) Steven Connor, **Post-Modernist Kültür**. Çeviren: Doğan Şahiner (İstanbul: YKY, 2001), s. 93-94.

(44) Gary Minda, **Postmodern Legal Movements** (New York: NY University Press, 1995), s. 106.

(45) Aktaran **Ibid.**, s. 108.

çalışmışlar; belirli çıkar gruplarının, toplumsal sınıfların ya da diğer köklü ekonomik oluşumların, hukukun belirsizliğine rağmen, hukuksal kararlardan nasıl istifade ettiklerini belirleyebilmek için tarihsel ve sosyo-ekonomik analizlerle ilgilenmişler; hukuk analizlerinin ya da hukuk kültürünün, hukuk alanını, hukukçular dışında kalanlar için nasıl mistifize ettiğini ve hukuksal sonuçları, değişmez yasalar haline getirdiğini göstermeye çalışmışlardır[46].

Mevcut hukukun -ve onun meşrulaştırılmasına dayanan "geleneksel" hukuk kuramlarının- "liberal" olduğu iddiasını taşıyan Eleştirel Hukuk Çalışmaları, siyasal ve hukuksal liberalizm eleştirisi olarak da okunabilir. Nitekim Tushnet, Eleştirel Hukuk Çalışmaları yaklaşımının kalbi olarak, her türlü formalizm ve liberal siyasal kuram karşıtlığını belirlemiştir[47]. Schlegel'e göre, Eleştirel Hukuk Çalışmalarının hukuka ilişkin kuramı, belirsizlik tezi ve hak eleştirisi olmak üzere, iki konuda odaklanmaktadır[48]. "Hukukun görece özerkliği" de bunlara eklenebilir[49].

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının neyle ilgilendiğine ilişkin belki de en kısa ve anlaşılır cümle Trubek tarafından dile getirilmektedir: "Eleştirel çalışmalar hukukun ne *olduğ*unu değil, ne yaptığını araştırırlar"[50].

3.2. EHÇ Gündemine İlişkin Değerlendirmeler ve Açıklamalar

Bu saptamalara dayanarak, eleştirel hukuk çalışmalarını üç ana başlık altında kategorize etmek mümkündür: Hukuksal belirsizlik çalışmaları; hukukun taraflı olduğuna ilişkin çalışmalar ve nihayet hukukun hem bir ideolojisinin olmasını hem de kendisinin bir ideoloji haline gelmesini ifade eden hukuk ideolojisi çalışmaları.

Eleştirel kuramcılara göre, hukuksal muhakeme, hukukçuların kişisel eğilimlerinden ya da içinde bulundukları toplumsal bağlamdan bağımsız değildir. Hukuk, aslında, o denli "çelişkili" ya da "tutarsız"dır ki, aynı hukuksal düzenleme, farklı toplumsal bağlamlarda, farklı hükümlerin verilmesine gerekçe olabilmektedir. Hukukun belirsizliğinin (indeterminacy) nedeni budur[51]. Hukukun belirsizliği, hukuksal çıktıların[52], salt hukuk kurallarına dayalı olmadığı düşüncesinin bir ifadesidir. Sorun şu şekilde formüle edilebilir: "Somut hukuksal uyuşmazlıkların sonucunu hukuk mu belirler?"[53] Eleştirel yaklaşımla, sorunun yanıtı ise şu şekilde: Yargısal kararlara, sadece anayasa ve diğer yasalarda belirlenmiş kuralların doğrudan uygulanması ile ulaşılamaz[54].

Bir başka mesele de, hukukun, değerlerden bağımsız (value-free) olup olmadığıdır. Eleştirel Hukuk Çalışmalarına göre hukuk, sadece "görünüşte" nötr/tarafsız ve bağımsızdır. Aslında hukuk, toplumun egemen değerlerini yansıtmakta, hatta bu değerlere ve dolayısıyla statükoya meşruluk kazandırmaktadır. Böylece eleştirel kuramcılar, hukuku, egemen iktidar sisteminin karşısında bir korunma aracı olarak değil, o sistemin bir parçası olarak görmektedirler[55].

Silbey ve Sarat'a göre, Avrupa'da hukuk ve toplumun birbirinden ayrılması, sivil toplumla devleti ayırmayı hedefleyen bir dizi siyasal mücadelenin sonucudur. Zira Avrupa feodal geleneği içerisinde hukuk ve toplumun birliği, toplumdaki hiyerarşik baskının bir unsuru olarak işlev kazanmaktadır. Amerikalılar içinse, hukuk devleti kavramı, hukukun devletten ve toplumdan bağımsız olması anlamına gelmektedir. Vadettiği rasyonelleşmiş düzen nedeniyle hukuk, devlet tarafından yaratılmakta ama devleti kontrol altına almakta kullanılmaktadır. Böylece Avrupalı düşüncede hukuk, hiyerarşinin bir parçası iken, Amerikan düşüncesinde, hiyerarşi ve baskı görünmez olur. Aksine, dışsal ve nötr düzenleme görüşü öne çıkar. İşte bu nedenle, hukukla hiyerarşi arasındaki ilişkiyi gösterebilmek Amerikan yaklaşımları açısından kritik önem taşımaktadır[56].

Eleştirel Hukuk Çalışmaları kuramcılarına göre, "hukuk, adalete ya da hakkaniyete ilişkin nesnel bazı standartların ürünü değildir. Dolayısıyla, hukuksal sınırlamalar [herkes için geçerli] bir ahlâkî yükümlülük doğuramazlar."[57]

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının bir başka kabulü de –ki yine hukukun bağımlılığı ve taraflılığı ile ilişkilidir-, hukukun bir ideolojisinin olduğu; hatta hukukun kendisinin bir ideoloji, hukuk ideolojisi, olduğudur[58]. Buna göre hukuk öncelikle, bir ideolojinin yarattığı koşulları meşrulaştırmak ve bunların sürekliliğini sağlamak üzere işlev ka-

(46) **Ibid.**

(47) Mark Tushnet, "Perspectives on Critical Legal Studies," **The George Washington Law Review**, 52: 239-242 (1983-1984), s. 239.

(48) John Henry Schlegel, "Of Duncan, Peter, and Thomas Kuhn," **Cardozo Law Review**, 22: 1061-1072 (2000-2001), s. 1069.

(49) **Ibid.**, dn. 31.

(50) David Trubek, "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empricism", **Stanford Law Review**, 36: 575-622 (1984), s. 587. Vurgu Trubek'in.

(51) Steven Vago, **Law and Society** (Yedinci basım, New Jersey: Pearson Education Inc., 2003), s. 66.

(52) Hukukun bir girdi-çıktı sistemi olarak ele alınıp alınamayacağı bakımından bkz. Özcan, **Op.cit.**, s. 121 vd. İktidar ilişkileri bir soyutlama olarak dışarıda bırakıldığında, hukukun bir girdi-çıktı sistemi olarak ele alınabileceğini saptayan Özcan, bu yaklaşımının sonucu olarak, hukukun belirsizliği düşüncesine şu ifadelerle ulaşmaktadır: "Hukuk, iktidar merkezlerinin direnç noktasına kadar kendini topluma uydururken, toplum da beklentilerine veya taleplerine varlık kazandıran ve daha gerisine gidilemez olan bir direnç noktasına kadar kendisini hukuka uyarlar. Hukukun kendini topluma uydurmasına, yasama organının tasarrufları ve

52. dipnot devamı: mahkemelerin içtihatları yoluyla hukuk kurallarının değiştirilmesi kadar, işlev üstlenemeyen hukuk kurallarının kadük kalması veya yorumlanarak yeni koşullara uyarlaması da dahildir. Retorik ve hermenötik konusundaki yeni yaklaşımlar 'hukuk kurallarının kesinliği' düşüncesinin sadece hukuk düzeninin postulatı olduğunu ortaya koymaktadır. Hukuk kitaplarında yazılı olanlardan çıkarılabilecek olan hukuk düzeni, topluma uygun olup olmadığı tartışması bir yana, sistemik işleyişin ideali olarak karşımıza dikilir." Bkz. **Ibid.**, s. 125.

(53) Gülriz Özkök, "Hukukî Belirsizlik Problemi Üzerine," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, 51/2: 1-19 (2002), s. 1.

(54) Lawrence B. Solum, "Indeterminacy and Equity," **Radical Critiques of Law**, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat (USA: University Press of Kansas, 1997), ss. 44-66, s. 44.

(55) Vago, **Op.cit.**, s. 66.

(56) Silbey ve Sarat, **Op.cit.**, s. 170.

(57) Richard Nunan, "Critical Legal Parricide, or: What's So Bad About Warmed-Over Legal Realism," **Radical Critiques of Law**, Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat (USA: University Press of Kansas, 1997), ss. 21-43, s. 23.

(58) Minda, **Op.cit.**, s. 110.

zanmaktadır. Söz gelimi mevcut hukuk sistemi özel mülkiyet rejimini ve sınıflı toplum yapısını meşrulaştırıcı bir nitelik taşımaktadır. Bunun ardından hukukun kendisinin bir ideoloji olduğu önermesi tartışılmaya başlanmıştır. Eleştirel Hukuk Çalışmalarındaki, özellikle Frankfurt Okulu menşeli katkılarla, hukukun nasıl bir ideoloji haline geldiği ortaya konulmaya çalışılmıştır[59]. Buna göre, geçmiş tarihsel dönemlerde dinin bir düşünce formu haline gelmesi gibi, modern toplumlarda da hukuk, bilincin içinde şekillendiği formlardan biri haline gelmiştir[60].

Üç başlık altında kabaca özetlenen eleştiriler, hukuksal liberalizme ve onun görünme biçimlerinden biri olarak, hukuk devleti fikrine yönelmiştir. Zira pek açık ki, hukuksal liberalizm, toplumdaki mevcut eşitsizlikleri yasallaştırarak meşrulaştıran, yani eşitsizliklerin doğal ve zorunlu olduğunu ileri süren bir yönelim içerisinde iken; hukukun belirli (determinant) ve tarafsız olduğu iddiası, hukuk devletinde somutlaşmakta, böylece hukuk devleti, siyasal mekanizmaların ve her türlü toplumsal çatışmanın üstünde, bağımsız, tarafsız, sınırları kesin ve net olarak belirlenmiş hukukun olanaklılığı bilincini yaratmaktadır. Hukuksal liberalizme göre, toplumsal eşitsizlikler doğal ve zorunlu olduğuna göre, yurttaşlara vadedilebilecek tek eşitlik, hukuk devletinin sağladığı iddia edilen yasa önünde eşitliktir. Yasa önünde eşitliğin unsurları olan hukukun bağımsızlığı, tarafsızlığı, nesnelliği gibi nitelikler ise ancak, hukuk piyasa mantığına göre işletildiğinde söz konusu olabilecektir[61]. Buna dayanarak Hayek de, serbest pazar kapitalizminin, hukuk devleti düşüncesince içerildiğini ifade etmektedir[62].

4. Sonuç

Hukuka ilişkin eleştirel yaklaşımları sınıflandırmak ve sınırlandırmak çeşitli güçlükler barındırmaktadır.

Bu güçlükler, hem hukuk kavramından hem de eleştiri kavramından kaynaklanmaktadır. Zira, üzerinden anlaşmaya varılabilen tek bir hukuk kavramı bulunmadığı için, kişinin kabul ettiği hukuk tanımına bağlı olarak, diğer her türlü hukuk tanımı bir eleştiri olarak nitelenebilir.

Tek tek hukuk tanımlarının eleştirisinden değil de, bir kurum olarak hukukun eleştirisinden söz ettiğimizde ise, hukuk kurumunun farklı görünümleri, farklı koşullarda, farklı perspektiflerden eleştirilebilmektedir. Eleştiri kavramı akla ister istemez, olumsuz bir içeriği getirdiğinden, bu türden eleştirilerin hukuk alanı içerisinde kabul edilip edilemeyecekleri sorgulanır. Oysa, hukuk kurumuna ilişkin eleştirel yaklaşımların büyük çoğunluğu "hukuk olmasın" şeklinde bir yaklaşımdan ziyade, "hukuk var; öyleyse..." şeklinde bir yaklaşımı benimsemektedirler. Bu çalışmada ele alınmayan Hukuksal Realizm ya da Hukuksal Pragmatizm yaklaşımları, en belirgin örnek olarak çıkmaktadır karşımıza.

(59) **Ibid.**, s. 115.

(60) Peter Gabel ve Paul Harris, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law," **The NewYork University Review of Law and Social Change**, 11: 369-412 (1982-1983), s. 374.

(61) Gary Peller, "The Classical Theory of Law," **Cornell Law Review**, 73: 300-309 (1987-1988), s. 300-301.

(62) Aktaran **Ibid.**, s. 301.

Keza, bu çalışmada ele alınan Hukuk ve Gelişme ile Hukuk ve Toplum yaklaşımları da benzer çerçevede düşünülebilir. Örnek olsun, Hukuk ve Toplum'un önde gelen isimlerinden olan Lawrence Friedman, hukukun, bindiğimiz uçağın hiç tanımadığımız pilotunun sarhoş olmadığından, uçağı kullanmak için yeterli eğitimi almış olduğundan emin olmamızı sağladığını ifade etmektedir. Öyleyse, bu güveni sağlayabilecek bir başka mekanizma bulunmadığı sürece, hukuku ciddiye almak kaçınılmazdır.

Eleştirel Hukuk Çalışmalarının taşıdığı değer bu noktada devreye girmektedir. Diğer yaklaşımların tümünden esaslı bir şekilde ayrılarak eleştireller, hukukun, sağlamaya aday olduğu bu güvenliği ve kesinliği sağlayıp sağlayamadığını sorgulamakta ve bundan çeşitli sonuçlar çıkarmaktadırlar. İtiraf etmek gerekir ki, bu da yabana atılacak bir sorgulama değildir ve sonuçları görmezden gelinemez.

Eleştirellerin bundan çıkardıkları en önemli sonuç, eğer hukuk kesinlik taşımadığı halde, kesinlik taşıyormuş duygusu/bilinci yaratılıyorsa, bunun bir nedeni olması gerektiğidir. O neden de, bir başka çok bilinen miti, "hukukun tarafsızlığı" mitini sorgulamakla açığa çıkarılabilmektedir. Fitzpatrick'in saptaması bu anlamda değerlidir. Buna göre, hukuk topluma 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[63].

Bunca çelişkiyi aynı anda barındıran bir kavram ya da kurumun eleştirisinin de, tek bir perspektiften hareketle yapılamaması ve sınırlarını çizmenin zorluğu, doğal kabul edilmelidir.

KAYNAKÇA

- Aktaş, Sururi. **Eleştirel Hukuk Çalışmaları.** İstanbul: Kazancı Kitap, 2006.
- Altun, Fahrettin. "Modernleşme Kuramı ve Gelişme Sorunu." **Dîvân İlmî Araştırmalar,** 8: 123-186, 2000/1.
- Mehmet Ali Aybar, "Hukukta Mecburiyet Meselesi", **İstanbul Barosu Mecmuası,** 1938 (Ayrı basım).
- Burg, Elliot M. "Law and Development: A Review of The Literature and a Critique of Scholars in Self-Estrangement." **The American Journal of Comparative Law,** 25: 492-530, 1977.
- Connor, Steven. **Post-Modernist Kültür.** Çeviren: Doğan Şahiner. İstanbul: YKY, 2001.
- Fitzpatrick, Peter. "Preface,"**The Mythology of Modern Law.** London: Routledge, 1992.
- Friedman, Lawrence M. "The Law and Society Movement", **Stanford Law Review,** 38: 763- 780, 1985-1986.
- Gabel, Peter ve Paul Harris, "Building Power and Breaking Images: Critical Legal Theory and the Practice of Law," **The NewYork University Review of Law and Social Change,** 11: 369-412, 1982-1983.
- Garth, Bryant ve Joyce Sterling, "From Legal Realism to Law and Society: Reshaping Law for the Last Stages of the Social Activist State", **Law and Society Review,** 32: 409- 471, 1998.
- 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.

(63) Peter Fitzpatrick, "Preface," **The Mythology of Modern Law**

- Merillat, H. C. L. "Law and Developing Countries", **The American Journal of International Law,** 60: 71-79, 1966.
- Merryman, John Henry. "Comparative Law and Social Change: On The Origins, Style, Decline and Revival of The Law and Development Movement," **The American Journal of Comparative Law,** 25: 457-491, 1977.
- Minda, Gary. **Postmodern Legal Movements.** New York: NY University Press, 1995.
- Nunan, Richard. "Critical Legal Parricide, or: What's So Bad About Warmed-Over Legal Realism," **Radical Critiques of Law,** Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat. USA: University Press of Kansas, 1997.
- Özcan, Mehmet Tevfik. **Hukuk Sosyolojisine Giriş.** İkinci baskı. İstanbul: Set Yayınları, 2003.
- Özkök, Gülriz. "Hukukî Belirsizlik Problemi Üzerine," **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** 51/2: 1-19, 2002.
- Peller, Gary "The Classical Theory of Law," **Cornell Law Review,** 73: 300-309, 1987-1988.
- "Round and Round the Ramble Bush: From Legal Realism to Critical Legal Scholarship," **Harvard Law Review,** 95: 1669-1690, 1981-1982.
- Schlegel, John Henry. "Notes Toward an Intimate, Opinionated, and Affetionate History of The Conference on Critical Legal Studies," **Stanford Law Review,** 36: 391-411, 1984.
- Schlegel, John Henry. "Of Duncan, Peter, and Thomas Kuhn," **Cardozo Law Review,** 22: 1061-1072, 2000-2001.
- Silbey, Susan S. ve Austin Sarat, "Critical Traditions in Law and Society Research", **Law and Society Review,** 21: 165- 174, 1987.
- Solum, Lawrence B. "Indeterminacy and Equity," **Radical Critiques of Law,** Ed.: Stephen M. Griffin ve Robert C. L. Moffat. USA: University Press of Kansas, 1997.
- Tamanaha, Brian Z. "The Lessons of Law and Development Studies", **The American Journal of International Law,** 89:470-486, 1995.
- Topçuoğlu, Hamide **Hukuk Sosyolojisi I.** Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1960.
- Trubek, David M. "Back to Future: The Short, Happy Life of the Law and Society Movement", **Florida State University Law Review,** 18: 1-55, 1990.
- Trubek, David M. and Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on The Crisis in Law and Development Studies in The United States," James N. Hyde, "Law and Developing Countries," **The American Journal of International Law,** 61: 571-577, 1967.
- Trubek, David. "Where the Action Is: Critical Legal Studies and Empricism", **Stanford Law Review,** 36: 575- 622, 1984.
- Tushnet, Mark. "Critical Legal Studies," **The Yale Law Journal,** 100: 1515-1544, 1990-1991.
- Tushnet, Mark. "Critical Legal Studies: An Introduction to its Origins and Underpinnings," **Journal of Legal Education,** 36: 505- 517, 1986.
- Tushnet, Mark. "Perspectives on Critical Legal Studies," **The George Washington Law Review,** 52: 239-242, 1983-1984.
- Vago, Steven. **Law and Society.** Yedinci basım, New Jersey: Pearson Education Inc., 2003.
- Yegge, Robert B. "The Law and Society Association to Date", **Law and Society Review,** 1: 3-4, 1966-1967.
- Yüksel, Mehmet. **Modernite,Post Modernite ve Hukuk.** Ankara: Siyasal Kitabevi, 2002.

Linç: Politika mı, Kültür mü?

Serkan GÖLBAŞI*

1.Giriş

Linç konusunda bir çalışma yapmayı tercih etmemin nedeni, ülkemizde son iki senedir sık sık örneklerini gördüğümüz linç girişimlerinin arkasında yatan nedenleri keşfetme isteğine ek olarak; bu girişimlerle varlığı ya da en azından meşruiyeti ve yeterliliği reddedilen hakimi, savcısı, avukatı ve akademisyeniyle birlikte bir hukukçular camiasından ve yine bundan kapsamı çok daha geniş olan demokrasi savunucularından, bu girişimlere ve bu girişimleri hoş gören bürokratlar ve siyasetçilere yeterince tepki verilmediğini düşünmemdir. Ancak burada sosyal bilimlerin ihmal ettiği bir konunun gündeme getirilmesi gerekliliğinden daha fazlasına dikkat çekmek istiyorum. Bu suskunluğun ve yaşananların geniş bir kesim tarafından toplumsal bir sorun olarak algılanmamasının, hatta "vatandaşların anlaşılabilir tepkisi" veya "sabırlarının taşması" olarak meşrulaştırılmasının, içinden geçmekte olduğumuz sürecin anlaşılmasında çıkış noktası olabileceğini düşünüyorum. Bu çalışmada linçleri gerçekleştiren kitlelerin ve bu kitleler içerisindeki bireylerin davranışlarının sosyal psikolojinin kuram ve verileriyle değerlendirilmesine değil, kitlelerin linç davranışına yönelmelerinin ardındaki sosyolojik ve politik nedenlerin tartışılmasına ağırlık verilecektir.

Linç konusunda sosyal bilimler literatürüne baktığımızda çok da geniş yer kaplamayan bir konu olduğunu görürüz. Sosyal bilimler modernleşme süreciyle birlikte geliştiği için, pre-modern bir uygulama olarak görülen ve güncelliği olmayan linç konusunu gündemine almaması anlaşılabilir. Kimi ilkel toplumlarda, linç bir toplumsal kontrol aracı olarak görülmüştür. Bu nedenle sosyolojiden ziyade, hukuk antropolojisi alanında linç konusunun çalışıldığını görüyoruz. Örneğin Eskimo topluluklarında bir kereden fazla adam öldürenler ve yine bir kereden fazla yalan söyleyenler, "toplumun varlığını tehlikeye düşürmeleri" nedeniyle topluluk tarafından linç edilmektedir.[1] Ancak, özellikle ABD'de 19.yüzyılın sonları ve 20. yüzyılın başlarında yoğun bir biçimde ve günümüzde de kimi Latin Amerika ülkelerinde linçin örneklerini görebiliyoruz. Türkiye'deki olaylar ise şimdiye kadar çoğunlukla linç girişimleri aşamasında kalmıştır. Bu konuda en fazla çalışma ABD'de yapılmıştır. Bu nedenle her ne

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

(1) Mehmet Tevfik Özcan, İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol, 1.bs., İstanbul:Özne, 1998, s.252.

kadar bugün ülkemizdeki linç girişimlerinin anlaşılmasına katkısı sınırlı olacaksa da, ABD'de, 1890'lı ve 1930'lu yıllar arasında yoğunlaşan linçleri incelemek, konuyla ilgili sorunları ortaya koymak açısından faydalı olabilir. Latin Amerika'da ise 1990'lı yıllar gibi yakın bir zamanda yoğunlaşan ve bugün de devam etmekte olan linç olayları, güncellikleri nedeniyle, Türkiye'deki gelişmenin anlaşılmasına katkıda bulunabilecek ipuçları barındırmaktadır.

Encyclopedia of Social Sciences, linç ve linç hukuku kavramlarının, "bireylerin düzenli hukuk mahkemelerinin varlığından bağımsız olarak ve yargılanmadan, belirli bir kitlesel şiddet aracılığıyla, intikam amaçlanarak öldürülmesi veya onlara işkence edilmesi eylemlerini karşıladığını belirtmektedir.[2] Bu tanımdaki yargılama ifadesiyle, muhtemelen bir devlet mahkemesinde devletin hukukunun öngördüğü kurallara bağlı olarak yapılan bir yargılama kastedilmektedir. Çünkü, pek çok linç vakasında suçlu olduğu düşünülenler, devletin mahkemesine öykünen kişi ya da kişilerce yargılanmaktadır.(Her ne kadar bu yargılama kısa süreli, çoğu zaman sembolik ve neticesi önceden belirlenmiş olsa da).

Linç İngilizce kökenli bir kelimedir. Kelimenin İngilizce'deki kaynağı konusunda, kesin olmamakla birlikte en çok kabul edilen açıklama Amerikan Devrimi sırasında, suçluları ve Amerikalıların bağımsızlık için mücadele ettikleri İngilizlere taraftar olanları yargılamak ve cezalandırmak için küçük bir örgütlenme gerçekleştiren, Virginia'lı çiftçi Charles Lynch'ten geldiğidir.[3]

2- ABD'de linç hukuku ve ırk ayrımcılığının muhafazası politikası

ABD, Avrupa'dan göç edenlerin Kuzey Amerika'nın doğusundan başlayarak ve sürekli batıya ve diğer bölgelere göç ederek yeni topraklar işgal etmesi ve yeni yerleşimler kurmasıyla gelişmiştir. Bu süreçte yeni kurulan kasabalarda hemen bir mahkeme ve güvenlik teşkilatı kurmak mümkün olmuyordu. Bu nedenle merkezi devletin rasyonel hukuk uygulaması, özellikle de merkeze uzak bölgelerde bulunmuyordu. Dolayısıyla 1800'lü yılların sonlarındaki döneme kadarki linçlerin bir bölümü, topluluğun kendini savunmaya yönelik sosyal kontrol uygulaması olarak değerlendirilebilir.[4] Böyle bir değerlendirme linçlerin onaylanması olarak anlaşılmamalıdır. Sadece devletin rasyonel ve örgütlü hukukunun bulunmadığı toplumlardaki linçlerle, devlete ve hukuka rağmen gerçekleşen linçler arasında ayrım yapmanın gerekliliğinin altını çizmek istiyorum.

Amerika'da mahkemelerin ülke çapında yaygınlaşmasından sonraki bir dönemde, özellikle iç savaştan sonra ve güneyde, ağırlıklı olarak zencilere uygulanan linçleri anlamak için, bu vakaların ikincil nedenleri de olmakla beraber, öncelikle kölelik kurumunu ve

(2) Francis W.Coker, "Lynching", in *Encyclopedia of the Social Sciences*, Edwin R.A.Seligman-Alvin Johnson eds., 12th.imp., Vol.9, New York:MacMillan, 1957, p.639.

(3) a.y.

(4) a.e., pp.639-640. Bu dönemin tarihi için bkz.Allan Nevins-Henry Steele Commager, *Amerika Birleşik Devletleri Tarihi*, Çev.Halil İnalcık, Ankara:Varlık, 1961, s.9-192.

köleliğin kaldırılmasından sonra da zencilere yönelik ayrımcılık ideolojisi ve uygulamalarını ele almak gerekiyor. Avrupa'dan göç eden beyazların ele geçirdiği verimli topraklarda çalıştırılmak üzere çok sayıda ve ucuz emekçi ihtiyacını karşılamak üzere 1619 gibi erken bir tarihten itibaren Afrika'dan köleler getirilmeye başlandı.[5] Bunun dışında zencilere nazaran az sayıda olmak üzere, bazı beyazlar da, kendilerinin Amerika'ya getirilmelerinin masrafının karşılığı olarak ve bu karşılığı ödedikleri süreyle sınırlı olmak üzere bir tür kölelik kurumu içerisindeydiler;[6] ancak tabii ki kendilerine yapılan muamele ve algılanış tarzları dikkate alındığında kölelik yine de zencilerle özdeşleşen bir kurumdu.[7] Ve 17. yüzyılda kölelik Amerika'da artık yasallaşmış durumdaydı.[8]

ABD yönetiminin köleliğe verdiği desteğin pratik bir nedeni vardı. Kölelere en çok ihtiyaç duyulan yerler güneyin öncelikle pamuk olmak üzere, pirinç, tütün vs. üretiminin yapıldığı plantasyonlardı. 1790'larda güneyde her yıl 1000 ton pamuk üretilirken, 1860'a gelindiğinde bu miktar bir milyon tonu bulmuştu. Aynı dönemde köle nüfusu da 500.000'den dört milyona yükselmişti. Aslında ülkeye köle sokmak 1808'den itibaren yasaklanmıştı. Ancak uzun ve denetimsiz bir sahil ve Amerikalı tüccarların pazar ve büyük kâr beklentileri bu yasağı kağıt üzerinde bırakıyordu. Köle ticaretinin yasak olduğu dönemde de ülkeye yasa dışı yollarla 250.000 köle daha getirildiği tahmin edilmektedir.[9]

Kölelerin hukuksal statülerine baktığımızda, kölelerin insan olarak değil, bir mal olarak kabul edildiklerini görürüz. Bir görüşe göre, İspanya ve Portekiz'inki gibi yüzlerce yıllık bir kölelik kurumu deneyimine dayanan, köleleri bir insan gibi gören ve onlara bazı haklar tanıyan bir hukuka değil, daha önce böyle bir deneyimi olmayan İngiliz hukukuna dayanan ABD'de, köleyi bir mal olarak gören bir hukuksal anlayış hakim olmuştur.[10] Burada bu görüşü ayrıntılı bir biçimde tartışmak mümkün değildir; ancak ABD'deki acil ve büyük çaptaki sömürü ihtiyacı ve bu sömürüyü sağlamak ve zorlamak için yaratılan koşullar, bu koşulların insan olan bir varlığın maddi ve manevi ihtiyaçlarıyla bağdaşmaması da, köleyi insan gibi görmeyen bir anlayışın yerleşmesinde en az hukuksal gelenekler kadar, belki de ondan daha çok etkili olmuş olabilir.[11]

ABD'nin kuzeyinde kapitalizmin gittikçe gelişmesiyle ekonomide sanayici ve tüccarların ağırlığı artarken, güneyde tarıma dayalı bir ekonomi hakim olmaya devam etmiştir. Her iki tarafın

(5) Thomas F.Pettigrew, "Race Relations in the United States", in Talcott Parsons ed., *Knowledge and Society*, Cambridge, Massachusetts:Voice of America Forum Lectures, 1968, p.281 ve Nevins-Commager, a.g.e., s.14.

(6) Nevins-Commager, s.21 ve Howard Zinn, *Amerika Birleşik Devletleri Halklarının Tarihi*, Çev.Sevinç Sayan Özer, Ankara:İmge, 2005, s.48-51.

(7) Bkz. Zinn, a.g.e., s.29-44.

(8) Pettigrew, a.g.e., p.281.

(9) Zinn, a.g.e., s.179-180.

(10) Pettigrew, a.g.e., pp.281-282.

(11) Kölelere yapılan muameleler ve onların yaşam koşulları için Bkz. Zinn, a.g.e., s.29-44.

egemen sınıflarının çıkarları arasındaki farklar ABD'yi iç savaşa sürüklemiştir. Kuzeyli elitler serbest topraklar, özgür emek, özgür pazar, koruyucu yüksek gümrük tarifeleri ve merkez bankası istiyorlarken, özgür emek talebinin kölelerini kaybetmelerine neden olacağını bilen güneyliler, başta bu talep olmak üzere, diğer konularda da kuzeylilerle çıkar çatışması içerisindeydiler. 1860 yılında kuzeyin çıkarlarının temsilcisi olarak gördükleri Abraham Lincoln'un başkanlığa seçilmesi üzerine güney devletleri birlikten ayrılmaya karar vermişlerdir. Bu karar üzerine iç savaş patlak vermiştir.[12] İç savaşın sürdüğü 1861-1865 yılları arasında her iki taraftan 600.000 kişi ölmüştür.[13] Kuzeyde gerçekten de köleliğin kaldırılmasını ekonomik çıkarlar nedeniyle değil, hümanist bir felsefeyle isteyenlerin varlığı inkar edilemese de, bu kadar büyük bir savaşın zenci kölelerin özgürleşmesi için verildiğini düşünmek yanıltıcı olur. Nitekim, savaş yıllarında kuzeyde de zencilere yönelik linç vakaları artış göstermiştir. Kimi beyazlar zencilere yönelik şiddetlerini, onlar yüzünden savaşmak zorunda kalmalarıyla açıklamışlardır.[14]

1864'de kuzeyde (Federal Birlik) köleliğin kaldırıldığı ilan edilmiş, 1865 başlarında ise güneyde siyahların savaşta asker olarak kullanılabilmeleri için "Zenci Asker Yasası" çıkarılmıştır. Siyahların sahiplerinin ve bulundukları eyalet yönetiminin rızasıyla özgürleştirilebileceklerini düzenleyen bu yasa tam anlamıyla uygulanamadan, savaş güneyin yenilgisiyle sona ermiştir. Ancak savaş sonrası bu dönemde yasal durumlarındaki düzelmeye rağmen, siyahların toprak sahibi olmamaları nedeniyle beyazlara bağımlılıkları devam etmiştir. 1877'de ise Cumhuriyetçi Parti'nin başkanlık seçimlerini kazanabilmek için Demokrat Parti'ye ve dolayısıyla güneydeki beyazlara verdiği bir ödün olarak, siyahların haklarının korunmasının en büyük güvencesi olan Federal Birlik askerleri çekilmiştir. Ayrıca yine aynı dönemde güneydeki beyaz elitler Ku Klux Klan ve benzer terörist grupları siyahlara baskı yapmak amacıyla kullanmaya başlamışlardır.[15]

Tuskeege Institute'un tespit ettiği rakamlara göre, 1882-1946 yılları arasında ABD'de 4715 kişi linç edilmiştir. Bunların yaklaşık dörtte üçü siyahtır ve her 10 linç vakasından 9'u güney eyaletlerinde gerçekleşmiştir. Linç edilen kişilere yöneltilen suçlamaların % 38'i cinayet, % 6'sı saldırı, % 16'sı tecavüz, % 7'si tecavüze teşebbüs, % 7'si hırsızlık, % 2'si bir beyazı aşağılamak ve % 24'ü ise diğer suçlar ve hiçbir suçun bulunmadığı durumlardır. Bu son kategoride bir beyazı dava etmek, saldırgan bir dil kullanmak ve mağrur davranışlar vs. gibi eylemler bulunmaktaydı. Bu veriler linçin belirli suçlara verilen bir tepkiden ziyade, siyahları disipline etmeyi amaçlayan bir araç işlevi gördüğünü ortaya koymaktadır.[16]

(12) a. e., s.197.

(13) a.e., s.201.

(14) a.e., s.200.

(15) a.e., s.200-213.

(16) Arnold Marshall Rose, The Negro in America, N.Y.:Harper&Row, 1964 (the condensed version of Gunnar Myrdal's "An American Dilemma"), p.184.

Söz konusu dönemde ABD'deki linçleri açıklamak için pek çok tarihsel ve sosyolojik çalışma yapılmıştır. Bu çalışmalarda farklı nedenlere ağırlık verilmişse de, üzerinde en çok uzlaşılan görüş, bu linçlerin öncelikle suçu bastırmayı değil, siyahları baskı altında tutmayı amaçlayan ideolojik ve politik bir tutumdan kaynaklandığıdır. Oliver C. Cox'a göre linç güneydeki ırksal sistemin muhafazasında vazgeçilmez bir rol oynamıştır. Linç statükonun korunmasına hizmet eden en güçlü ve ikna edici eylem biçimidir. Linçler, beyaz ırkın üstünlüğüne yönelik kolektif duyguyu periyodik olarak pekiştirmeye hizmet etmişlerdir.[17]

Bununla birlikte linçlerin gerçekleşmesinde ve/veya dönemsel olarak yoğunluklarının artmasında rol oynayan arka planı ve ikincil nedenleri de göz ardı etmemek gerekir. Mahkemelerin ve kamu görevlilerinin atanmadan ziyade seçilmeye dayanmasını ön gören Amerikan geleneği, hakimlik ve diğer kamu görevlerindeki profesyonel standartları düşürmüş ve onları kamuoyuna, popüler ön yargılara bağımlı kılmıştır. Jüri sistemi bu bağımlılığı pekiştiren bir işlev görmüştür. Siyahlar, bu türden kamu görevlerinden ve jüri sisteminden dışlandıkları güney eyaletlerinde, adaletin ve polisin korumasından yoksun kalmışlardır.[18] Bu durum linç edilenlerin korunamaması ve linççilerin yargılanamaması ile sonuçlanmıştır. Siyahların oy kullanma haklarının beyaz elitler tarafından engellenmesi linçlerin gerçekleştirilebilmesi için bu elverişli ortamı yaratmış, linçler ise siyahlarda yarattığı korku ile siyahları oy kullanma hakkı için harekete geçmekten caydırma işlevi görmüştür.[19]

I.Dünya Savaşı öncesi ve sonrasındaki yoksulluk ve beyazlar arasındaki statü kaybı korkusu da linçlerin arka planında yer alan bir faktördür. Siyahların artan mobilitesi ve işgücü pazarında beyazlarla rekabet eder duruma gelmesi onlara yönelik şiddetin nedenleri arasındadır. Birçok yetersizlikler barındırmakla birlikte siyahların kazanmış oldukları haklar, onlardan bazılarının ekonomik olarak gelişmesine ve beyazlarda bu nedenle sosyal statülerinin tehdit altında olduğu duygusuna yol açmıştır.[20] Beck ve Tolnay ise 1882 ile 1930 yılları arasında pamuk fiyatlarıyla linç vakalarını karşılaştırarak, aralarında bir korelasyon olduğu sonucuna varmışlardır. Onlara göre, pamuk fiyatlarının düştüğü yıllarda güney eyaletlerinde siyahlara yönelik linçler artmaktadır. Pamuk fiyatlarının düşmesiyle yoksullaşan güneyin yoksul beyaz çiftçilerinin ekonomik koşulları, özellikle tarımın daha belirleyici olduğu 1900 öncesi dönemde, siyahlara yö-

(17) Oliver C.Cox, "Lynching and the Status Quo", The Journal of the Negro Education, Vol.14, No:4, Autumn 1945, p.581. Benzer görüşler için bkz. Gordon W.Allport, The Nature of Prejudice, 25th ed., Reading, Massachusetts:Addison-Wesley, 1979, pp.60-61 ve Francis W.Coker, a.g.e.

(18) Arnold Marshall Rose, a.g.e., pp.170-171.

(19) Oliver C.Cox, Caste, Class and Race, 2nd.pr., New York,London:Modern Reader, 1970, p.555.

(20) Rose, a..g.e, p.186. Beyazların zenginleşen siyahlara yönelik tepkileri sonucu gerçekleşen tipik bir linç vakası için bkz. Terence Finnecan, " "The Equal of Some White Men and the Superior of Others":Masculinity and the 1916 Lynching of Anthony Crawford in Albeville County, South Carolina", in Pieter Spierenburg ed., Men and Violence, Ohio:Ohio State University Press, 1998, pp.240-254.

nelik şiddetin nedenlerinden birini teşkil etmektedir.[21]

ABD'deki linçler 20.yüzyılın başından itibaren düşme trendi içerisine girmişlerdir. 1890-1899 yıları arasında yılda ortalama 154.1 kişi linç edilirken, 1920-1929 yılları arasında bu sayı 31.2'dir.[22] 1931-1941 yılları arasında ise toplam 118 kişi linç edilmiştir. 1939'da linç edilen kişi sayısı, biri beyaz olmak üzere üç kişidir.[23] Jessie Daniel Ames bu düşüşte New Deal politikalarının güneyin kırsal kesimlerindeki olumlu etkilerini vurgulamakta[24] ve 1939'daki üç linç vakasının da bu bölgelerde gerçekleşmediğine dikkat çekmektedir.[25] Her biri aynı sürecin bir parçası olan ve birbirleriyle bağlantılı olan kentleşme, güneydeki toplumsal yapının çözülmesi, yaşam standartlarının ve eğitimin gelişmesi, Kongre'nin çıkarmış olduğu Anti-linç yasaları[26] gibi etkenlere bağlı olarak, siyahlara yönelik ayrımcı uygulamalar daha uzun süre devam etmiş olsa da, II.Dünya Savaşı'ndan sonraki refah döneminde linçler sona ermiştir.

3-Latin Amerika: Küreselleşen dünyada linç

Linç olgusunun çağdaş örneklerinin en sıklıkla görüldüğü yer Latin Amerika'dır. Latin Amerika'daki linçler merkezi devletin otorite sağlamaktaki eksiklikleri, bu kıtada 20. yüzyılın ikinci yarısı boyunca etkili olmuş diktatörlükler ve onlarla bağlantılı yapıların yaratmış olduğu hukuksuzluk ve hem bu koşullardan hem de yerel gelenekten beslenen toplulukların "kendi güvenliklerini ve düzenlerini sağlama ihtiyacı" temelinde gelişmiş ve yoğunlaşmışlardır.

Latin Amerika'da özellikle 1990'lı yıllarda linç uygulamalarının sayısında büyük bir artış gözlemlenmiştir. Guatemala İçin Birleşmiş Milletler Misyonu, 1996-2002 yılları arasında Guatemala'da 482 linç vakası olduğunu belgelemiştir. Bu, söz konusu dönemde Guetemala'da ayda ortalama 6 adet linç vakası gerçekleştiği anlamına gelmektedir. Venezuela'da ise bir insan hakları örgütü Ekim 2000-Eylül 2001 arasında 164 linç vakası rapor etmiştir. Aynı dönemde benzer bir süreç Peru, Ekvador, Brezilya ve diğer Latin Amerika ülkelerinde de gözlemlenmiştir.[27]

Latin Amerika'da linçlerin niceliğindeki bu büyük tırmanmanın nedenleri konusunda farklı görüşler bulunmaktadır. Godoy bu durumun istisnai, tesadüfi ve kendiliğinden şiddet eylemleri olarak algılanmasına itiraz etmekte ve bu vakaların derin politik saiklere dayandığını belirtmektedir. Godoy'a göre yerel topluluklar, yıllarca maruz kaldıkları devlet güçlerinin, yerel seçkinlerin ve küresel ekonominin baskıları karşısında bu eylemleriyle, yalnızca suçluları cezalandırma değil aynı zamanda özerkliklerini ortaya koyma çabası içerisindedirler. Hatta bu eylemler Godoy'a göre yerel toplulukların yalnızca kurban olmayı reddedip aktif özneler haline gelmeye çalıştıklarını göstermektedir ve bu bağlamda bu eylemelerin bölgedeki "demokrasinin" karanlık yüzü olarak da değerlendirilebileceğini iddia etmektedir. Ancak Godoy bunun tehlikeli bir tez olduğunun farkındadır ve bunun linçin olumlanması olarak anlaşılmaması gerektiğine dikkat çekmektedir. Yapmaya çalıştığının linçlerin, yerel elitlerinin kontrolü altındaki göstermelik seçimlere dayanan göstermelik bir demokrasiye verilen şaşırtıcı olmayan bir yanıt teşkil ettiğini vurgulamak olduğunu belirtmektedir.[28]

Godoy başka bir çalışmasında Guatemala'daki linçlerin, 30 yıl sürmüş devlet güçleri ile solcu gerillalar arasındaki iç savaşta ülkeye hakim olmuş olan hukuksuzluğun doğal bir sonucu olduğunu iddia etmektedir. 1960'lı yılların başından 1980'li yılların sonlarına kadar süren iç savaşta devlet, siyasal cinayet, işkence ve gerillaların tabanını oluşturduğunu düşündüğü yerli yerleşimlerin boşaltılması gibi yöntemlere başvurarak bir hukuksuzluk ortamı yaratmıştır. 1996'nın Aralık ayında barış görüşmelerinin sonuçlanmasının ardından siyasal şiddet olayları azalmakla birlikte, Guatemala bu sefer adi suç oranlarındaki önemli bir yükselişle karşı karşıya kalmıştır. Dünya Bankası'nın tahminlerine göre 1997'de her 100.000 kişilik nüfus için 150 cinayet suçu işlenmiştir. Suç oranlarının yüksekliğiyle tanınan ABD'de bu oran 10/100.000'dir. Yine Guatemala'nın pek güvenilir bulunmayan resmi istatistiklerine göre bu oran 1996 yılı için 58.68/100.000'dir ve bu oran bile suç oranları dünya ortalamasının üzerinde bulunan Latin Amerika ortalamasının iki katıdır.[29]

Yükselen suç oranlarının yarattığı suç korkusu, Guetemala güvenlik ve yargı mekanizmalarının etkisizliği ve iç savaş döneminden kalma para-militer güçlerin sivil otoritelerin dışında yerel düzeyde sürdürdüğü fiili iktidar ve etkinlikleri linçlerin arka planını oluşturmaktadır. Devletin iç savaşta kendi saflarında savaşmak üzere örgütlediği para-militer güçlerde yaklaşık bir milyon yerli yer almıştır. Bu yerlilerin kendi akrabalarına ve komşularına karşı uyguladığı şiddetin ve gerillaları destekleyen köylerin boşaltılmasının yarattığı sosyal çözülme, linçlerin gerçekleşmesi için uygun bir ortam yaratmıştır. Birçok linç vakasında topluluklara öncülük edenler bu eski para-militer güçlerdir. Bir görüşe göre bu güçler bu yolla topluluklar içerisindeki güçlerini muhafaza etmeye çalışmaktadırlar. Diğer bir görüşe göre ise bu güçlerin daha derin politik amaçları bulunmaktadır. Eski para-militer güçler, linçlerden, savaş sonrası geliştirilmeye çalışılan demokrasiyi destabilize etmek ve otoriter yöntemlere davetiye çıkarmak için yararlanmaya çalışmaktadırlar.[30]

(21) E.M.Beck – Stewart E. Tolnay, "The Killing Fields of the Deep South:The Market for Cotton and The Lynching of Blacks, 1882-1930", American Sociological Review, V.55, No:4, Aug.1990, pp.526-539.

(22) Coker, a.e., p.640.

(23) Jessie Daniel Ames, The Changing Character of Lynching, 2nd.ed., New York:AMS, 1973, p.33.

(24) a.e., pp.15-16.

(25) a.e.,pp.61-62.

(26) Rose, a.g.e., p.187.

(27) Angelina Snodgrass Godoy, "When "justice" is criminal: Lynchings in contemporary Latin America", Theory and Society, 33, 2004, pp.622-651, p.622.

(28) a.e., 621-623.

(29) Angelina Snodgrass Godoy, "Lynchings and the Democratization of Terror in Postwar Guatemala:Implications for Human Rights", Human Rights Quarterly, 24, 2002, pp.640-644.

(30) a.e., pp.644-652.

Bolivya'daki linçler üzerine yapılan başka bir çalışma, Latin Amerika'daki linçlerin farklı boyutlarına dikkat çekmekte ve onları neoliberal politikalarla ilişkili olarak değerlendirmektedir. Goldstein'a göre özellikle 1985'ten sonra uygulanmaya başlayan neoliberal politikaların (özelleştirme, esneklik, sosyal devlet uygulamalarından vazgeçmek, vs.) kitlelerde yaratmış olduğu yoksulluk ve güvensizlik, güvenlik güçlerinin ödenek yetersizliği nedeniyle etkisizleşmeleri ve maaşlarının düşüklüğüyle bağlantılı olarak rüşvetsiz iş görmez hale gelmeleri yine bu politikaların sonucu olan artan suç oranları (1995 ile 2002 yılları arasında yılda ortalama %140'lık bir artış kaydedilmiştir) ile aynı neoliberal mantığın bir sonucu olarak gelişen özel güvenlik şirketleri ve devlet yerine vatandaş inisiyatifinin öne çıkarılması linçlerin artışının nedenlerini oluşturmaktadırlar. Goldstein bu mantığın bir göstergesi olarak, devlet başkanı Lozada'nın 2003'te istifa etmeden kısa bir süre önce güvenlik sorunun çözümü için planladığı, kentlerde mahalleler düzeyinde toplumsal kontrolü sağlamaya yönelik "Genç Vatandaş Güvenliği Tugayları" projesine dikkat çekmektedir.(her ne kadar uygulamaya konulmuş olmasa da).[31] Bolivya'nın Evo Morales başkanlığında girdiği yeni dönemde, ulusal doğal kaynakların kamulaştırılması ve toprak reformu politikalarının artan suç oranları ve linç sorunlarını çözüp çözemeyeceğini zaman gösterecektir.

20. yüzyılın son çeyreğini kapsayan, küreselleşmenin bu sürece dahil olan her coğrafyada ekonomik kalkınmaya katkıda bulunacağının, bu sürece dahil olan ülkelerin siyasal yapılarının demokratikleşeceğinin ve evrensel bir kültürün gelişeceğinin iddia edildiği bir dönemde, Latin Amerika'daki bu durum, bu söylemlerin gerçekliğe ne kadar uzak olduğunu ve bu sürecin kaybedenlerinin gelişmiş ülkelerden ne kadar farklı sorunlarla boğuşmakta olduğunu göstermektedir.

4-Türkiye'de Linç: "Vatandaşın güzel tepkisi"

Bu noktaya kadar tartışmakta olduğumuz farklı tarihsel dönemlerde ve bölgelerdeki linçler ve onlarla bağlantılı sorunların boyutları, Türkiye'deki linç girişimi vakalarının aslında çok da büyütülecek önemde olmadığı izlemini uyandırabilir. Ancak her ne kadar Türkiye'de hakim bir "linç kültürünün" bulunduğu söylemi tartışmaya açık olsa da, linç girişimlerinin toplumdaki derin yapısal sorunlara işaret ettiğini ve çok daha vahim sonuçlar yaratabilecek olayların da habercisi olabileceğini göz ardı etmemek gerekir.

Türkiye'nin tarihinde, Cumhuriyet'in ilk yıllarındaki Kubilay vakasından, aslında linç diye nitelendirilemese de birer kolektif şiddet eylemleri olmaları nedeniyle linçlerle benzer bazı kaynaklardan beslenen Maraş ve Sivas katliamı olaylarına kadar konumuzla ilgili pek çok örnek olay bulabiliriz. Son iki senedir yaşanan süreci geçmişten ayırt eden ise, linç girişimlerinin

(31) Daniel M.Goldstein, 'Flexible Justice:Neoliberal Violence and 'Self –Help' Security in Bolivia', *Criticial Anthropology*, Vol.25, No.4, 2005, pp.389-411. Neoliberal politikaların Latin Amerika'da yaratmış olduğu sonuçlar için bkz. James Petras-Henry Veltmeyer, *Globalization Unmasked:Imperialism in the 21st Century*, 2nd.pr., Nova Scotia:Fernwood, 2001, pp.74-91.

zaman açısından sıklaşması ve yalnızca politik hedeflere değil, adi suçları işleyenlere de yönelmesidir. Durumun güncelliği nedeniyle henüz bu sorunun bilimsel araştırmalara ve analizlere pek konu olmadığını görüyoruz. Sorun daha çok bazı akademisyen ve entelektüellerin kitle iletişim araçlarına verdiği demeçlerle ve gazetelerdeki köşe yazılarıyla sınırlı kalmıştır. Bu demeçler ve köşe yazılarında en çok kullanılan söylem Türkiye'de bir "linç kültürü"nün geliştiği ve bunun da "milliyetçi" yaklaşımlardan kaynaklandığıdır. Bununla beraber kitlelerin yoksulluğu ve işsizliğinden, devlete ve mahkemelere güvenlerine kaybetmelerine, AB sürecini baltalamaya çalışan odakların olayların arkasındaki güç olduğuna kadar farklı nedenler ileri sürülmüştür. Linç kültüründen hep bahsedilse de, bunun nasıl bir kültür olduğu ve nasıl oluştuğu net bir şekilde tanımlanmadığı için, bunun sadece moda haline gelmiş kestirme bir teşhis olduğunu düşünebiliriz.

Linç kültürü söyleminin barındırdığı sorunlara işaret eden bir makalede Aydın Çubukçu, toplumsal olaylara sosyal psikoloji çerçevesiyle sınırlı bir biçimde bakmanın, toplumsal sorunların ardındaki egemen sınıf politikalarını gizleyen ve toplumu suçlayan bir bakış açısından kaynaklandığı eleştirisini yapmaktadır. Çubukçu'ya göre bu yaklaşım, 19. yüzyıldaki işçi eylemleri ve ayaklanmalarından kaynaklı bir korkudan beslenen, her türlü kitle hareketini irrasyonel olarak niteleyen bakış açısıdır. Bu bakış açısına göre kitlesel şiddet eylemleri de dahil olmak üzere, her türlü kitle içerisinde bulunanlar eğitimsiz ve cahil, böyle olmasa da kitle içerisindeyken rasyonel davranma özelliklerini kaybeden kişilerdir. Çubukçu'ya göre bu tür analizler " 'hastalıklı ve geri halk' paradigmasına bağlı burjuva görüş açısını" yansıtmaktadır. Böyle bir bakış linç kültürüne vurgu yaparak, linç eylemlerinin arkasındaki politik amaç ve güçleri gizler. Türkiye tarihindeki pek çok kolektif şiddet vakasının (6-7 Eylül olayları, Malatya, Kahramanmaraş, Çorum, Sivas olayları, vs.), "halkın tepkisi" şeklinde sunulmasının, bu olayların ardındaki politik saik ve güçleri gizlediğini belirten Çubukçu'ya göre bugün söz konusu olan da linç kültürü değil, linç politikasıdır.[32]

Gerçekten de yukarıda başka dönem ve coğrafyalarda da örneklerini gösterdiğimiz linç olaylarının, kontrol edilemez halk tepkilerinin sosyal psikolojik açıklamalarıyla yetinmek yerine, devlet ya da devlet içindeki güç odakları ya da böylesi bir eylemi organize edebilecek sivil politik güçlerin kontrolünde gerçekleştiği, katılımcıların zihin dünyasının ve nefretlerini yönelttikleri kesimlerin yine bu güçler tarafından belirlendiğini tespit etmek, bize bu sorunu çözmekte daha fazla yardımcı olacaktır. Türkiye'deki linç girişimlerinin faillerinin şu ana kadar cezai yaptırımlarla karşılaşmaması, hatta emniyet müdürü düzeyinde taltif edilmeleri ülkemiz için de gerçekliğin bu doğrultuda olduğunun göstergeleridir. Birinci bakış açısı da linç kalabalıklarının davranışlarının anlaşılması noktasında bilimsel olarak katkıda bulunmaktadır. Ancak buradaki sorun sosyal bilimlerin uzmanlık alanlarının birbirinden kopuk ve topluma ve toplumsal

(32) Aydın Çubukçu, "Linç Kültürü!", *Evrensel Kültür*, 178, Ekim:2006, s.4-6.

sorunlara yalnızca kendi uzmanlık alanlarının sınırları içerinde bakma eğiliminden kaynaklanmaktadır. Bu sınırlı bakışın sonucu ya kitlelerin eğitilmesinin önerilmesi ya da *her türlü* kitlesel eyleme karşı bireyciliğin yüceltilmesi olmaktadır.

Öte yandan linç politikasına vurgu yapmak, bu politikayı kurgulayan, uygulayan ya da sadece bu politikaya "alet olanların" beslendiği kültürel arka planı göz ardı etmeye neden olmamalıdır. Ancak bu kültürel arka planı nitelendirmede, linç kültürü kavramlaştırmasını, "iç düşman" ve "iç tehdit" gibi kategoriler oluşturan ve bu kategorilere politik ortama bağlı olarak belirli politik grup, etnik, dinsel ve mezhepsel azınlıkları yerleştiren ve onların belirli sınırları aştıklarında susturulması ya da imhası için hukukun, insan haklarının[33] askıya alınabileceğini öneren bir politik kültürden soyutlayarak kullanmak, açıklayıcılığı düşük bir analiz biçimi olacaktır. Linç girişimleri söz konusu politik kültürün dışa vurulma biçimlerinden yalnızca bir tanesidir.

Linç kültürü söyleminin ötesine geçen, yukarıda belirttiğimiz politik kültürün ve linç girişimlerinin sosyolojik ve politik nedenlerini daha derinlemesine analiz eden çalışmalar da bulunmaktadır. Bu tür çalışmalardan birinde Bora, Türkiye'de bazı devlet görevlileri ve siyasetçiler tarafından sık sık kullanılan "milli refleks" tabirine dikkat çekmektedir. Bora'ya göre milli refleks terimi düşüncenin, tartışmanın ve müzakerenin karşısına, refleksi, "güdüleri" çıkartmakta, insan ve toplum eylemini güdülere indirgemektedir.[34] 1991'den sonra günümüze kadar linç girişimlerini de kapsayan bir dizi olay, "milli refleks"in bir kriz idaresi yöntemi olarak teşvik edilmesi temelinde gerçekleşmiştir:

Gerçekten, kabaca 1991'den sonra, "milli refleks", bir yönetim aleti, bir "halkla ilişkiler" politikası aracı olarak yerleşikleşmiştir. Milli değer ve çıkarlara aykırı addedilen birilerinin düşmanlaştırılarak linç tehdidi altında yaşamaya mahkum edilmesi, bazı gerginlik anlarında linç edilmesi, kamuoyu oluşturmanın bir vasıtası oldu. Siyasal sistemin içine girdiği tıkanıklık derinleştikçe, milli refleksi "boşaltan" intikam gösterileri, linç provaları, bazen de düşmanlara/hasımlara dönük sembolik ihtar ve tehditlerin damgasını vurduğu kutlama töreni/şenliği biçiminde tecelli eden vb. milli histeri patlamaları, "kriz idaresi"ni meşrulaştıran arkaplan olarak, hatta bizzat "kriz idaresi" yöntemi olarak, kurumlaştı.[35]

Bora'ya göre her ne kadar bu kriz idaresi yöntemlerine aracılık etmede başı çeken "ülkücüler" olsa da, halkın kendiliğinden ve anonim katılımı olmaksızın korkutucu boyutlara ulaşmaları mümkün değildir. Bora, kurumlaşmayla bu tür eylemlerin belirli bir odak tarafından idare edildiğini değil, yaratılan politik ortamın onları olağanlaştırdığını kastettiğini belirtmektedir.[36]

(33) Tanıl Bora'nın ifadesiyle "insanlık dışına çıktığına hükmedilenler için insan hakları geçerli olmaktan çıkar" anlayışının milliyetçilik ve insan hakları ilişkisi çerçevesinde değerlendirilmesi ve bu anlayışın çeşitli milliyetçi gazete ve dergilerdeki yazılardaki yansımalarının örnekleri için bkz.Tanıl Bora, "Milliyetçilik ve İnsan Hakları", yazara ait Medeniyet Kaybı:Milliyetçilik ve Faşizm Üzerine Yazılar, İstanbul:İletişim, 2006 içinde, s.65-80.

(34) Tanıl Bora, Medeniyet Kaybı, s.9.

(35) Tanıl Bora, "Türkiye'nin 'Kriz İdaresi' Yöntemi:Milli Refleks ve Linç Orjisi", Medeniyet Kaybı içinde, s.198.

Politik unsur taşıyan linçlere odaklanan başka bir çalışma, son iki yıldır gerçekleşen linç girişimlerinin Kürtlere'e ya da "Kürt sanılan solculara" yönelldiğini, bu yönelişin "milliyetçi akıl ve çevrelerin"; AB reform sürecinin yasalarda yarattığı değişimler, "Türk-Kürt meselesi"nin göreceli bir sakinlik döneminden sonra yeniden şiddet içeren bir tırmanışa geçmesi ve Kuzey Irak'ta "Kürdistan Özerk Bölgesi"nin artık bir gerçeklik durumuna gelmesinden kaynaklanan tehdit algısından kaynaklandığını iddia etmektedir. Murat Paker'e göre normal koşullarda bu tehdit algısından kaynaklanan tedirginliği devlet güçlerinin eylemleri sakinleştirebilecekken, polisin "elimiz kolumuz bağlandı" söyleminin de ortaya koyduğu gibi, AB reform süreci (gözaltı sürelerinin kısalması, avukat bulundurma zorunluluğu, vs.) ile sağlanan yasal değişimler nedeniyle, "sosyo-politik denetim"in devletten sivil topluma havale edilmesi, "kısmen özelleştirilmesi" söz konusudur. Türkiye gibi neoliberal yapılandırma içinde bulunan bölgelerde yoksulluğun yaratmış olduğu engellenme duygusu ve bu duygudan kaynaklanan saldırganlık, linçler için uygun bir toplumsal zemim sağlasa da tek başına açıklayıcı değildir. Paker'e göre Türkiye'deki politik elit ve kurumlar, bu hoşnutsuzluğu milliyetçi bir tehdit algısına yöneltmektedir ve linçler de bu bağlamda değerlendirilmelidir.[37]

Bu saptamalara son zamanlardaki linç girişimlerinin yalnızca politik hedeflere değil, özellikle tecavüz ve hırsızlık suçlarını işleyenlere de yönelldiğini ekleyebiliriz. Artan suç oranları ve bu suçların ana haber bültenlerinde çok geniş yer kaplamaları ve dramatize edilmelerinden kaynaklanan güvensizlik duyguları; kamuoyunda "Rahşan Affı" olarak bilinen 4616 sayılı Şartlı Salıverme ve Erteleme Yasası'na yönelik hoşnutsuzluk ve kitle iletişim araçlarının da bu yasadan yararlananların işledikleri yeni suçlarla ilgili yapmış oldukları haberleriyle daha da pekişen "cezaların yetersizliği"ne yönelik düşüncelerin bu linç girişimlerinin arka planını oluşturduğu düşünülebilir. Ayrıca hem politik hem de politik olmayan hedefler içeren linçlerin, cezai yaptırımlardan muaf tutulması, bazı bürokrat ve siyasetçiler tarafından onaylanması ve kitle iletişim araçlarının da linç girişimine maruz kalanları "tahrikçi" linç girişimcilerini ise "vatandaş" olarak lanse etmesi, bu olayların meşruiyetine yönelik bir atmosfer oluşturarak bir taklit süreci içerinde birbirlerini takip etmelerine neden olmaktadır.

5-Sonuç

Yukarıda zikredilen çeşitli çalışmalardan da faydalanarak, bu çalışma sonucunda ulaşılan varsayımlar kabaca aşağıdaki gibi ifade edilebilir:

i.Linçler, gerek farklı dönem ve coğrafyalarda, gerekse bugün Türkiye'de çoğunlukla kendiliğinden, örgütsüz ve bilinçsizce gerçekleşen sapmalar olarak değil, kimi zaman devletin, kimi zaman para-militer gruplar ya da devlet içindeki çetelerin, kimi zamansa toplumu yönlendirme gücü bulunan si-

(36) a.e., s.199.

(37) Murat Paker, "Lincin psiko-politiği:Nedir, niçin, nasıl?", Birikim, 211, Kasım:2006, s.32-35.

vil politik güçlerin teşviki, kontrolü ve desteğiyle, belirli bir ideolojiye ve bu ideolojinin öngördüğü somut politikalara bağlı olarak gerçekleşmektedir. Yalnızca kalabalıkların irrasyonelliğine, eğitimsizliğine, güvensizliğine ya da yoksulluğuna vurgu yapan çalışmalar, linçlerin politik kullanımını ve sorumlularını gizlemektedir.

ii. Linç politikalarına vurgu yapmak, linç kalabalıklarına katılanların beslendiği belirli bir politik kültürü ve onların yaşam koşullarını ve kalabalık içerisindeki davranışlarını sorunsallaştırmaya engel olmamalıdır. Söz konusu politik kültür ve politik kültürü oluşturan, kullanan ve bundan yararlananlar birbirinden soyutlanmadan ve karşılıklı etkileşimleri içerinde incelenmelidir.

iii. Linç kültürü söylemi ilk iki varsayıma bağlı olarak sorunlu bir söylemdir. Bunun yerine, hangi politik kültürün belirli politik grupları, etnik, dinsel ve mezhepsel azınlıkları konjonktüre göre "iç düşman" ve potansiyel "iç tehdit unsuru" olarak gördüğü, onları insan olma niteliğinden soyutlayarak algıladığı ve onların gerektiğinde susturulması ve imhası için insan haklarının ve hukukun askıya alınabileceğini önerdiği saptanmalıdır. Bu politik kültüre siyaset biliminin bugüne kadar verdiği *faşizm* adı, onun güncel somutlaşmaları ve gündelik hayattaki yansımalarıyla birlikte nitelendirildiğinde, linç kültüründen çok daha açıklayıcı olacaktır.

iv. İşsizlik, güvensizlik, engellenme duygusu gibi sosyo-ekonomik koşullardan kaynaklanan unsurlar da ikincil nedenler olarak, linç olayların araştırılmasında göz önünde bulundurulmalıdır.

v.Türkiye'deki politik hedeflere yönelen linç girişimlerinin nedenlerini ele alırken ilk olarak; güneydoğuda 20 yılı aşkın bir sürede yaşanan çatışmalarda verilen kayıpların yarattığı bir toplumsal öfke ve tehdit duygusunun, ABD'nin Irak işgaliyle birlikte Kuzey Irak'ta bir Kürt devletinin kurulması ihtimalinin güçlenmesiyle pekişmesi ve Avrupa Birliği'nin uyum sürecindeki taleplerinin ve yine büyük ölçüde bu uyum sürecinin cesaretlendirdiği düşünce açıklamalarının bu öfkeyi ve tehdit duygusunu artırdığını düşünebiliriz. Gerek bugüne kadarki süreç içerisinde Avrupa Birliği üyesi devletlerin hükümetlerinin birçoğunun müzakere çerçeve belgesine de yansıyan Türkiye için tam üyelikten ziyade özel statüyü tercih eden ve Türkiye'nin tam üyelik çabalarını yokuşa süren yaklaşımları, gerekse de Avrupa Birliği karşıtlığının tutarlı ve olgulara dayalı ve yurttaşların aklına hitap eden bir biçimde değil, onların yurtseverlik duygularının sömürülmesiyle yürütülmesi toplumdaki gerginliği artırmıştır. Bu toplumsal gerginlik linç kalabalıklarının toplanması için gerekli koşul olsa da, yeterli olup olmadığı kuşkuludur. Bugüne kadar ki linç girişimlerinin öncülerinin kimler olduğu, linç girişimlerinin belirli bir örgütlenme sonucu gerçekleşip gerçekleşmediği hukuken soruşturulmuş değildir. Ancak bu noktada belirsizlik olmasına rağmen, açık olan güvenlik güçlerinin, onların amirlerinin ve siyasal iktidarın eylemsizlik ve alttan almadan, övme ve teşvik etmeye uzanan yaklaşımlarıdır. Bir linç politikasının varlığını iddia eden tezler, ancak bunları önlemekle ve faillerini cezalandırmakla yükümlü olanlar bu

yönde harekete geçtiklerinde çürütülmüş olacaktır.

Son olarak linç girişimlerinin "Büyük Ortadoğu Projesi"nin yürütülmekte olduğu coğrafyanın bir parçası olan Türkiye'de, bir etnik çatışmayı ve hatta iç savaşı körükleyebileceğine dikkat çekmek istiyorum. Vatandaşın daha güzel tepkileri de olabileceğini göstermek, bu tehlikeyi önlemenin tek yoludur.

KAYNAKÇA:

- Allport, Gordon W., *The Nature of Prejudice*, 25th ed., Reading, Massachusetts:Addison-Wesley, 1979.
- Ames, Jessie Daniel, *The Changing Character of Lynching*, 2nd.ed., New York:AMS, 1973.
- Beck, E.M. – Tolnay, Stewart E., "The Killing Fields of the Deep South:The Market for Cotton and The Lynching of Blacks, 1882-1930", *American Sociological Review*, V.55, No:4, Aug.1990.
- Bora, Tanıl, "Milliyetçilik ve İnsan Hakları", Tanıl Bora, *Medeniyet Kaybı:Milliyetçilik ve Faşizm Üzerine Yazılar*, İstanbul:İletişim, 2006 içinde.
- Bora, Tanıl, "Türkiye'nin 'Kriz İdaresi' Yöntemi:Milli Refleks ve Linç Orjisi", *Medeniyet Kaybı:Milliyetçilik ve Faşizm Üzerine Yazılar*, İstanbul:İletişim, 2006 içinde.
- Coker,Francis W., "Lynching", in *Encyclopedia of the Social Sciences*, Edwin R.A.Seligman-Alwin Johnson eds., 12th.imp., Vol.9, New York:MacMillan, 1957.
- Cox, Oliver C., "Lynching and the Status Quo", *The Journal of the Negro Education*, Vol.14, No:4, Autumn 1945.
- Cox, Oliver C., *Caste, Class and Race*, 2nd.pr., New York,London:Modern Reader, 1970.
- Çubukçu, Aydın, "Linç Kültürü!", *Evrensel Kültür*, 178, Ekim:2006.
- Finnecan, Terence, " "The Equal of Some White Men and the Superior of Others":Masculinity and the 1916 Lynching of Anthony Crawford in Albeville County, South Carolina", in Pieter Spierenburg ed., *Men and Violence*, Ohio:Ohio State University Press, 1998.
- Godoy, Angelina Snodgrass, "Lynchings and the Democratization of Terror in Postwar Guatemala:Implications for Human Rights", *Human Rights Quarterly*, 24, 2002.
- Godoy, Angelina Snodgrass, "When "justice" is criminal: Lynchings in contemporary Latin America", *Theory and Society*, 33, 2004.
- Goldstein, Daniel M., "Flexible Justice:Neoliberal Violence and 'Self –Help' Security in Bolivia', *Criticial Anthropology*, Vol.25, No.4, 2005.
- Nevins, Allan- Commager, Henry Steele, *Amerika Birleşik Devletleri Tarihi*, Çev.Halil İnalcık, Ankara:Varlık, 1961.
- Özcan, Mehmet Tevfik, *İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol*, I.bs., İstanbul:Özne, 1998.
- Paker, Murat, "Lincin psiko-politiği:Nedir, Niçin, nasıl?", *Birikim*, 211, Kasım:2006.
- Petras, James -Veltmeyer,Henry, *Globalization Unmasked:Imperialism in the 21st Century*, 2nd.pr., Nova Scotia:Fernwood, 2001.
- Pettigrew, Thomas F., "Race Relations in the United States", in Talcott Parsons ed., *Knowledge and Society*, Cambridge, Massachusetts:Voice of America Forum Lectures, 1968.
- Rose, Arnold Marshall, *The Negro in America*, N.Y.:Harper&Row, 1964(the condensed version of Gunnar Myrdal's "An American Dilemma").
- Zinn, Howard, *Amerika Birleşik Devletleri Halklarının Tarihi*, Çev.Sevinç Sayan Özer, Ankara:İmge, 2005.

Mekân ve İmkan: Hukuk Sosyolojisinde Bir Saha Uygulamasının Yol Haritası

Eylem ÜMİT*

"Yöntemi bulmak ve bilimi oluşturmak gerekir."
Sartre

Bir çok orta sınıf kentlinin yaptığı gibi belli bir mesafeden izlediğim çocuk suçluluğu olgusu, kardeşimin tiner bağımlısı çocukların saldırısına uğramasının ardından benim ve ailemin gündemini uzun süre işgal etti. Bu acı deneyim, olguya ilişkin bir çok soru ile aramdaki mesafeyi azaltırken bu sorulara samimi ve inandırıcı yanıtlar bulma ihtiyacımı artırdı: Neden kentin en işlek caddesinde, merkezinde, yani kalbinde olmuştu olay? Bu tür kentsel mekanlar ile çocuk suçluluğu arasında ne tür bir ilişki vardı? Bu sorular beni mekân kuramının ortaya koyduğu temel kavramlar ve varsayımlar üzerine düşünmeye itti ve bu açıdan bakıldığında meselenin, kent sosyolojisinin yürüttüğü tartışmayla olan ilgisi çok açıktı. Aslında çocuk suçluluğu, birden çok disiplinin ilgilendiği multi-disipliner bir çalışma alanıdır. Suç hukuki olduğu gibi aynı zamanda sosyolojik bir olgudur. Kriminoloji, adli tıp ve gelişim psikolojisi de hukuk ve sosyolojinin yanı sıra çocuk suçluluğu olgusuna farklı açılardan bakış geliştiren disiplinlerdir. Çocuk suçluluğu olgusuna ilişkin soruların yanıtını arayan bir çalışmanın bu çok disiplinli yapı üzerine kurulması kaçınılmaz olduğu için doktora tez çalışmasının iskeleti bu disiplinlerin kavramları ve metodolojisi ışığında oluştu.

Olguya ilişkin yukarıda yer verdiğim ilk soru, mekân kuramının, mekanın insan eylemleriyle biçimlenen aynı zamanda insanın eylemlerini biçimlendiren bir kategori olduğu varsayımına götürerek olgunun mekansal bağlantısını fark etmeme neden oldu. Şairin söylediği gibi "insan yaşadığı yere benzer" miydi?[1] Bilindiği gibi mekanın

(1) "İnsan yaşadığı yere benzer,
O yerin suyuna, o yerin toprağına benzer.
Suyunda yüzen balığa,
Toprağını iten çiçeğe,
Dağlarının, tepelerinin dumanlı eğilimine.
Konya'nın beyaz,
Antep' in kırmızı düzlüğüne benzer.
Göğüne benzer ki gözyaşları mavidir.
Denizine benzer ki dalgalıdır bakışları.
Evlerine, sokaklarına, köşe başlarına,
Öylesine benzer ki.
Ve avlularına,
(Bir kuyu halkasıyla sıkıştırılmıştır kalbi)
Ve sözlerine,
(Yani bir cep aynası alım-satımına belki)
Ve bir gün birinin bir adres sormasına benzer.
Sorarken sorarken üzünçlü bir ev görüntüsüne,
Camının cam kesmesine,
Dülgerin rende tutmasına,
Öyle bir cigara yakımına,
Birinin gazoz açmasına,
Minibuslerine, gecekondularına,
Hasretine, yalanına benzer.
Anısı ıssızlıktır.
Acısı bilinçtir...."
Edip Cansever, Mendilinde Kan Sesleri.

(*) Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Görevlisi.

toplumsal bir kategori olarak ele alınması ve suçla ilişkisinin kurulması düşüncesinin geçmişi 60'lı yıllara ve Chicago okuluna kadar götürülebilmekte. Ancak mekanın insan eylemleri üzerindeki belirleyiciliğini hakkıyla teslim edebilmek için Chicago okulu ve ardıllarınınkinden farklı olarak mekanın, fiziksel ölçekleri aşan bir biçimde ortaya konduğu bir paradigmaya ihtiyaç duyulduğu düşüncesindeyim. İşte bu noktada Bourdieu'nun "mekanın ruhu", "mekanın duygusu" dediği "habitus" kavramını, mekanın fiziksel ölçeklerin ötesinde bir toplumsal kategori olarak ele alınmasına imkan tanıdığı için çalışmamın anahtar kavramı olarak belirledim. Habitus kavramının işaret ettiği geniş anlam çerçevesi dahilinde suça karışan çocukların yaşadıkları toplumsal ortamı gözlemek, onların yaşam alanlarına ilişkin algılarını ve duygularını izlemek önem kazandı. Dolayısıyla, kentte suça karışmış çocuklar üzerine yapılan bir çalışmanın, çocukların kentsel mekanlara ilişkin bakışları ve yorumlarından yola çıkarak olguyu anlamaya yardımcı olabileceği sonucuna ulaştım. Sorun böyle bağlantısal bir biçimde ortaya konduğunda, çalışmanın kuramsal açıklamalarla sınırlandırılamayacağı ve sahadan verilerin toplanması gereği açıkça belirdi.

Olguya ilişkin ikinci sorunsalı yine yaşam deneyimi su yüzüne çıkardı. İlk olarak, kardeşimin uğradığı saldırıda rapor tutan polisten, daha sonra bir çok devlet görevlisinden duyduğum "kaybedecek hiçbir şeyi yok bunların" sözü, yanıtlanması gereken bir soruyu daha gündemime taşıdı. Kaybedecek hiçbir şeyi olmayan onlar ve sahip olduklarını kaybetmekten korkan bizler biçiminde görünen bu toplumsal yarılmaya, hangi süreçler ve yapılar sebep olmuştu? Söz konusu toplumsal yarılmayı anlamak, ancak bu süreçlerin ve yapıların analiziyle mümkün görünmekteydi. Bu nedenle "anlamak" (verstehende), çalışmanın planlandığı ilk aşamadan son noktanın konulduğu ana kadar esas derdim oldu. Toplumsal bir olguyu anlamak biçiminde formüle edilen sorunsalın, ötekini anlamanın ne kadar mümkün olduğuna yönelik bir ipucunu da taşıdığı düşüncesindeyim. Bu düşünce, insan eylemini ve toplumsal davranışı anlamak nasıl mümkün olabilir sorusunun altını çizerken, bilim tarihinde paradigmaların karşı karşıya geldiği bir tartışmayı bu çalışmada selamlamayı kaçınılmaz kıldı. Özellikle Kuhn ve Mannheim'ın adıyla anılan, onların fikirleri çerçevesinde yürütülen tartışmadan oldukça yararlandım. Eleştirel paradigmanın dert edindiği meseleler çalışma konuma ilişkin önemli açılımlar sağladı ve çalışmanın tamamına hakim olan öznel dil, hermenötik bakış bu bağlamda gelişen bir tercihin sonucu oldu. Çalışmada "sınadığım önermeler" ve "aradığım ilişkiler" büyük ölçüde sahayla ilk karşılaşmamdan ve gözlemlerimden çıktı. Bu doğrultuda gelişen metodolojik tercihin bir uzantısı olarak bu çalışmada, ölçmeye ve açıklamaya değil, ilişkisellik aramaya ve eğilim belirlemeye yani olguyu "anlamaya" yöneldim.

Bu nedenle, bir anket hazırlayarak suça karışan çocukların bulunduğu kurumlara yollayıp sonuçları sayısal olarak analiz etmek yerine yorumlayıcı paradigmanın yöntemi olarak bilinen nitel yöntemi çalışmama esas aldım. Nicel, yani sayısal verilerden ise resmi tamamlamak için yararlandım. Sahadaki verilere ulaşmak için çocuk mahke-

meleri, çocuk polisi, adli tıp, cezaevleri ve ıslahevlerinde çocuklarla yüz yüze görüşmeler yaptım. Çalışmamın başlığı "Kentte Suça Karışmış Çocuklarda Toplumsal Ortam (habitus) ve Ceza Ehliyeti Araştırmaları" olduğu için çocukların doğal yaşam ortamlarında da onlarla zaman geçirdim, evlerinde kaldım, sofralarında yemek yedim, onlarla birlikte çalıntı otoyla dolaştım. Böylece saha uygulaması üç yıl süren bir serüvene dönüştü.

Bilindiği üzere nitel çalışmalarda araştırılan doğal ortamın laboratuar deneylerindeki gibi aynen yeniden yaratılması mümkün olmadığı için bir nitel araştırmanın verileri, bir başka çalışmayla aynen tekrarlanamaz. Bu nedenle her nitel araştırma orijinal ve kendine özgü özellikler taşır. Nitel araştırmanın özgünlüğünün en iyi anlaşıldığı bölüm, çoğu zaman araştırma raporlarıdır. Araştırma raporunda araştırmacının konumunu ve tutumunu açıkça ortaya koyması yani kendi perspektifini okuyucuya sunması, çalışmanın sonunda vardığı sonuçlara hangi yol, yöntem ve algısal tercihlerle ulaştığını göstermesi açısından önemlidir. Araştırmacının sahada doğrudan elde ettiği verileri nasıl topladığı araştırma raporunda anlatıldığı için raporun, öznelliği açıkça yansıtan bir dille yazılması ve raporda birinci tekil şahıs ifade kullanılması, araştırmacının saha uygulamasının bir parçası olmasının doğal sonucudur. Bu gerekçeler ve açıklamalar ışığında, çalışmamın özgün yanının en iyi anlaşıldığını düşündüğüm bölüm olan, veri toplama sürecine ilişkin rapora burada yer vereceğim. Yani hukuk sosyolojisinde bir saha uygulamasının yol haritasını çizeceğim.

İLK KURUM: ÇOCUK MAHKEMESİ

Çocuk suçluluğu konusunda saha uygulamasını da içeren bir çalışma yapmaya karar verdikten sonra, çocuklarla karşılaştığım ilk kurum Ankara Çocuk Mahkemeleri oldu. Araştırmaya başladığım 2003 yılında Ankara'da iki çocuk mahkemesi görev yapmaktaydı. O dönem henüz Çocuk Ağır Ceza mahkemeleri kurulmamıştı ve bu iki mahkeme çocuklara ilişkin ceza yargılamasına tabi her tür davaya bakıyordu. İlk olarak 1. Çocuk Mahkemesi başkanı ile temasa geçtim ve duruşmaları izleyip dosyalar üzerinde çalışma talebimi ilettim. Başkanın yaklaşımı son derece olumlu oldu ve her aşamada çalışmamı kolaylaştıran yardımlarını esirgemedi. Yaptığım çalışma ve kimliğim hakkında kendisine aktardığım sözlü bilgilerin dışında, hiçbir belge veya izne ihtiyaç duymadan duruşmalara katılmamı ve dosyaları inceleyebilmemi sağladı. Mahkeme heyeti üç erkek üyeden oluşmakta ve duruşmalara bir de kadın savcı katılmaktaydı. Yasa gereği çocuk mahkemesi üye ve savcıları çocuğu olan hukukçular arasından seçilmek durumunda olduğundan, üyeler ve savcı evli ve çocuk sahibi idiler. Hatta üyelerin torun sahibi de olmaları dikkat çekiciydi.

Mahkeme salonu duvarında çocukların yaptığı suluboya resimler ve cam kenarında bol miktarda yeşil yapraklı çiçek saksıları vardı. Çocuklar, mahkeme salonuna girdiklerinde resim ve çiçekleri uzun uzun inceliyorlardı. Katibe çocuklara "ablacım" diye hitap ediyordu: "Nüfus cüzdanın yanında mı ablacım?" gibi. Katibe ve mübaşirin deneyimli ve müşfik tavırları gözden

kaçmıyordu. Mahkemedeki sıcak ve gerilimsiz ortam çocukların duruşmadaki tavırlarını etkiliyor, çocukların genellikle rahat ve konuşkan halleri göze çarpıyordu.

Çocuk Mahkemesinde hafta içi her gün duruşma vardı ve sabahtan öğleye kadar devam ediyordu. Üyeler genellikle öğleden sonra odalarında dosyalar üzerinde çalışıyor, başkan da mahkeme salonunda "karara çıkan" dosyaların kararlarını katibeye yazdırıyordu. Mahkemenin dosya yükü bir hayli ağırdı ve dosyaların çoğu bir seneden daha uzun süredir devam eden sonuçlandırılamamış davalara aitti. Her gün yirmiye yakın dosyanın duruşması oluyor ve bir sonraki duruşma tarihi üç aydan daha erken bir güne verilemiyordu. Genelde ilk duruşması olan dosyaların tarafları mahkemede hazır bulunurken, çoğunlukla tarafların katılmadığı duruşmalar ortalama beş dakika sürüyordu.

Ankara Barosu CMK servisi, çocuklar için bir avukatın müdafi olarak duruşmada hazır bulunmasını sağlıyordu. Avukatı duruşma sırasında mahkeme salonunda hazır bulunmayan çocuğun duruşması erteleniyor ve Baro'ya duruşmaya gelmeyen avukat hakkında yazı yazılıyordu. Ancak bu çok sık tekrarlanan bir durum değildi ve genellikle avukatlar duruşma sırasında hazır bulunuyordu.

Çocukların büyük çoğunluğu mahkeme salonunda nerede duracağını, ne zaman konuşacağını biliyordu. Mahkemeye ilk defa gelen veya mahkeme hakkında hiçbir bilgisi olmayan çocuklar salona girer girmez kendilerini belli ediyorlardı. Onlara mübaşir müdahale ederek nerede durmaları gerektiğini gösteriyor, ne zaman konuşmaları gerektiğini, karşıda durup mimikleri ve baş işaretiyle haber veriyordu. Buna rağmen kendisine soru sorulmadan konuşmaya başlayan veya laf arasına giren çocukları başkan uyarıyordu.Bu istisnai durumlar dışında mahkemeye sanık olarak gelen çocukların büyük çoğunluğunun mahkemenin acemisi olduklarını söylemek oldukça güçtü. Öyle ki, çocukların çoğunluğunun mahkeme heyeti, savcı, katibe, mübaşir, şikayetçi, müdahil ve avukatlardan oluşan mahkeme kompozisyonuna aşinalıkları her hallerinden belli oluyordu. Bu insanlardan kimin ne iş yaptığı, en yetkilinin kim olduğuna ilişkin yargıları mahkeme salonuna girmeden önce oluşmuştu ki, konuşurken kimin gözünün içine bakacaklarını biliyorlar, bu bilgiye dayanarak mahkeme salonundaki herkesi tartıyorlardı. Heyetin oturduğu yüksek kürsünün hemen önünde, kürsüye göre aşağıda kalan bir sırada katibenin yanında oturan bana genellikle kısa bir bakış atıyorlar ve ilgilerini heyet üzerinde yoğunlaştırıyorlardı. Sempatisiyle heyeti etkilemek isteyenler olduğu gibi, duruşu ve konuşmasıyla mahkemeye meydan okuyanlar da vardı. Salona girdiği andan itibaren gözünü başkana dikip kim soru sorarsa sorsun başkana bakarak ters cevaplar veren 16 yaşındaki bir erkek çocuğa başkanın, "korkmuyor musun lan?" demesi üzerine adeta dudaklarının arasından tükürür gibi "Allah'tan başkasından korkmam" diyen çocuk gibi.

Çocukların hemen hepsi sanki ne ile karşı karşıya olduklarına dair bir bilinç ve mahkemenin kudretine dair belli ön kabullerle birlikte mahkeme salonuna adım atıyordu. Çocukların mahkemedeki ifadeleri, bir korkudan çok,

öğrenilmiş- mecburi bir saygının gölgesinde gerçekleşir gibiydi. Konuşmaları hukuki söylemin farkındalıklarını düşündüren küçük ayrıntılarla örülüydü. Evden veya işyerinden hırsızlıklarda sanıklar, olayın gerçekleşme anına ilişkin sorulara benzer muğlaklıkta yanıt veriyor, "bilmem ki hatırladığım kadarıyla hava kararmamıştı" ya da "hava aydınlanmıştı", "biz girdiğimizde gündüzdü" diyorlardı. Polis tutanaklarında olayın gece vuku bulduğuna ilişkin ibarelerin bulunması üzerine, başkan olayın geçtiği yerin meteoroloji müdürlüğüyle, olay günü havanın kaçta karardığının tespit edilmesi için yazışma başlatıyordu. Bu nokta, çocukların önceden hazırlanarak geldiği durumlardan sadece biriydi. Suçun sabit bulunması halinde, gece işlendiği tespit edilirse verilen cezanın artacağını bildiklerinden olsa gerek, hırsızlık suçundan sanık olan hiçbir çocuğun "geceydi" dediğine tanık olmadım. Gözcülük yaptığı iddiasıyla gelen çocuklar da olayı anlatırken bulundukları yerden işyerinin, evin veya otomobilin görünmediğini söylüyorlardı. Yargıç soru sorarken özellikle sözlerini seçerek konuşuyor, ancak çocuklar bir cambaz ustalığıyla manevra yapıp, neyi anlatmak istiyorlarsa onu anlatmayı başarıyorlardı. Zaman zaman üyelerin kendi aralarında hukuki niteleme üzerine yaptıkları tartışmalarda geçen hukuki terimleri işitip itiraz etmeye bile yeltenenler oluyordu. Çocuklar mahkemenin kapısından sanki çocukça olan birçok şeyi dışarıda bırakarak giriyorlardı. Çocuk yargılaması alanında çalışan bir kamu görevlisi bu durumu şöyle okuyordu: "Biz bunları çocuk olarak görmüyoruz, çocuk olmaktan çıkmışlar."

Çocukların mahkeme salonundaki hazırlıklı ve belletilmiş halleri genelde tek bir durum karşısında değişiyordu. Yargıç, sanık vekili yerinde duran avukata söz verip, de avukat "müvekkilimin ifadesine katılıyorum, beraatine karar verilmesini, talebimiz yerinde görülmediği takdirde ceza kanunundaki lehine hükümlerin uygulanmasına" dediği anda, çocukların yüzünde şaşkınlık ifadesi beliriyordu. Çocuklarla mahkeme salonunun dışında yaptığım görüşmelerden, çocukların büyük çoğunluğunun lehlerine konuştuklarını anladıkları bu insanları ilk defa gördükleri anlaşılıyordu.

Mahkeme salonundan çıkan çocuklarla koridorda konuşup kendimi tanıtıyor; telefon numaramı verip, eğer kabul ederlerse başlarından geçenler, yaşadıkları çevre, nasıl bir ortamda büyüdükleri hakkında onlarla konuşmak istediğimi söylüyordum. "Hayat boş, her şey boş, biz ekmeğimize bakalım, sen de boş ver bunları abla" diyen de oldu; hemen ayak üstü hayatını, ailesini anlatmaya başlayan da. Yaşadığı yerin adresini verip her zaman gelebileceğimi söyleyenler çoğunluktaydı. Mahkemedeyken verdikleri açık davetiye üzerine çocukların yaşadıkları, çalıştıkları ortamlara gittiğimde ise birçok engel ve güçlükle karşılaşıyordum. Öncelikle aşmam gereken, görüşmeye gittiğim çocuğun bir akrabası olduğunu söyleyen çocuktan biraz büyük bir başka çocuk veya bir yetişkin engeli oluyordu. Çocuğu yakından tanıyınca, bu akrabalık bağının aslında ya sadece hemşehrilik bağından ya da aynı mahallenin insanları olmaktan ibaret olduğu ortaya çıkıyordu.

Mahkeme salonuna yalnız gelip, salonda tek başına sanık yerinde duran

çocukla konuşmak üzere çalıştığı, yaşadığı ortama gittiğimde koruyucularıyla karşılaşıyor, çocuğa daha çok yaklaştığımda "suç kirveleri", "haram dayıları", "güzel abileri", "gayrimeşru amcaları" ile muhatap olmak zorunda kalıyordum. Çocukların çevresindeki bu gayrimeşru çember genelde beni kabul ediyor, onlar da hayatlarını, ortamlarını anlatmak ve bana göstermek istiyorlardı, ama çocukların çevresindeki bu gayrimeşru ve koruyucu halka tarafından geri püskürtüldüğüm de oluyordu. Bir kez, küçük yaşta sahte kimlikle fuhuş yapan bir kız çocuğunun "gazino ağası" ve ablası tarafından tehdit edildim, bir kez de yankesicilik suçunun sanığı olan bir kız çocuğu ile görüşmeye gittiğim Çin Çin Bağları' nda (Örnek Mahallesi) kızın halası, teyzesi olduklarını söyleyen bir grup kadın tarafından arkamdan terlik ve taş fırlatılmak suretiyle kovalandım. Bu kız çocuğu da diğer sanık çocukların hemen hepsi gibi mahkeme salonuna yalnız gelmişti. Oysa halası ve teyzesi olduğunu iddia eden kadınlar bana "ne olmuş karakola, mahkemeye düşmüşse, düşer de çıkar da, ona bir şey olmaz, sana ne" diyerek çocuğun benimle görüşmesine engel oldular.

Mahkemedeki duruşmalarda tanıdığım çocuklardan bazıları saha çalışmamın ilerlediği aşamalarda çocuk polisinde, adli tıpta ve tutukevlerinde yeniden karşıma çıktılar. Beni yeniden gördüklerinde, "neler neler oldu abla sana anlatayım da dinle" diyerek son görüşmemizden bu yana olanları anlatmak için her seferinde artan bir hevesle benimle konuştular. Kızılay'da, Kuğulu Park' ta beni görünce, yalnız olmamalarına rağmen, benim yanıma geldiler, yanlarındaki ilk defa gördüğüm kişilerin gayrimeşru vukuatları da dahil olmak üzere gizlemeye gerek duymadan yaptıkları her şeyi anlattılar. Bir süre sonra artık mahkemeden tanıdığım çocukların yanında sokakta gördüğüm çocuklar da benimle görüşüyor, teması koparmıyordu. Anlatacakları yeni bir şey olmadığında hal hatır sormaya, "kitap çıktı mı" diye sormaya arar oldular.

2004- 2005 adli yılında Üçüncü Çocuk Mahkemesinin kurulmasıyla yeni tarihli dosyaların hepsine bu mahkeme bakmaya başladı. Başkanın yardımcı ve kolaylaştırıcı yaklaşımı sayesinde bu mahkemede de duruşmaları izleme ve dosyaları inceleme imkanı buldum. Bu mahkeme heyetinde kadın yoktu ve katipleri de erkekti. Çocukların tavırlarında bu durumdan kaynaklanan bir farklılık olduğunu söylemek oldukça zor. Ancak bir önceki mahkeme salonuna hakim olan ilıman iklim bu mahkemede yoktu ve çocuklar diğerinde olduğu kadar konuşmaya hevesli değildi. Bu mahkemedeki duruşmasından sonra koridorda konuştuğum hiçbir çocukla süregelen bir bağlantı kuramadığımı belirtmeliyim.

İKİNCİ KURUM: ÇOCUK POLİSİ

Suç işlediği iddiasıyla polis tarafından yakalanan çocuklar, karakoldan sonra Emniyet Müdürlüğü binası dördüncü katında bulunan "Çocuk Şube"ye getiriliyor, burada hazırlık evrakı tamamlanıyordu. Bir çocuk, şubeye getirildiğinde ilk olarak avukatla görüşmesi sağlanıyordu. CMK servisinden görevlendirilen avukat, çocuğun şubeye getirilmesinden kısa bir süre sonra şubeye geliyor, avukat görüşme odası denen bu işe tahsis edilmiş bir odada çocukla yalnız görüşüyordu.

Çocuklar gözaltına alındıktan hemen sonra ve gözaltı süresi uzatıldığı takdirde her 24 saatte bir ve salıverilmezden önce olmak üzere en az iki kez "darp cebir raporu" için adli hekime götürülmekte, 15 yaşından küçük çocuklar, "darp cebir raporu"nun dışında, "farik mümeyyiz raporu" için de adli hekim muayenesine çıkarılmaktaydı. Evrakı tamamlanan çocuk savcıya götürülmekte, ifadesi savcı tarafından alınarak hazırlık dosyası tamamlanmaktaydı. Şubeye karakoldan çocuk getirilmesiyle bu hareketlilik başlıyor, tutuklama veya salıverme kararı çıkmasına kadar devam ediyordu. Şube 24 saat hareketliydi. Çocuğu yakalayan karakol günün her saatinde çocuğu şubeye getirebiliyordu.

Şubedeki bu çalışma şekli ve çocukların hareketliliği benim çalışma zamanlarımı ve çalışma biçimimi de belirledi. Çocuklarla görüşmelerim muayeneye götürülmeleri, avukat görüşmeleri gibi nedenlerle kesintiye uğramakta, bazen de yarım kalmaktaydı. Çalışmaya ilk başladığımda akşam üzeri 18:00-19:00 sularında şubeye gidiyor, gecenin ilerleyen saatlerine dek çocuklarla görüşüyordum. Görüşmelerin tamamlanmamasına rağmen saatin gece yarısını geçmesi üzerine çocuk şubede sabahladığım gecelerin sayısı hayli fazlaydı. Çocuklar gece geç saatlerde uyumak yerine konuşmayı tercih ediyorlardı.

Şubeye gelen çocuklar iki gruba ayrılmaktaydı: Adli çocuk ve idari çocuk. Bir suça karıştığı iddiasıyla tutulan çocuklara, şubede adli büro baktığı için adli çocuk denmekte; sokakta yanında bir yetişkin olmayan, başı boş izlenimi veren çocuklara, çocuk şubeye getirildiklerinde, bunlarla idari büro ilgilendiği için idari çocuk adı verilmekteydi. Genelde sokakta dilenen, selpak, yara bandı vs. satan ve küçük yaştaki çocuklar idari çocuk olarak şubeye getiriliyordu. İdari çocuklar adli çocukların tutulduğu parmaklıkla kapalı gözaltı odalarında değil tv ve koltukların bulunduğu genişçe bir odada tutuluyorlardı.

Şube, uzun bir koridorun iki yanındaki odalardan oluşmaktaydı. Pek büyük olmayan parmaklıklı gözaltı odalarında, çocukların üzerinde uyuduğu duvar kenarına yerleştirilmiş sıralar vardı. İki adet gözaltı odasından başka iki de yatakhane vardı. Parmaklıklı gözaltı odasında erkek çocuklar, yatakhane veya tv odasında ise genelde kız çocukları bulunuyordu. Tuvalete gitmek veya su içmek isteyen çocuklar, nezarethane görevlisi memura seslenerek kapıyı açtırıyor ve koridorun sonundaki tuvaleti kullanıyorlardı. Yemeklerini ise içinde büyükçe bir masa ve buzdolabı bulunan bir mutfakta yiyorlardı.

Çocuklarla, "müdafi görüşme odası" adı verilen odada yalnız görüşmeme ve görüşmeler sırasında ses kayıt cihazı kullanmama izin verilmişti. Çocuklara kendimi tanıtırken özellikle, polis olmadığımı, adliyede çalışmadığımı, avukatları olmadığımı vurgulayarak üniversitede çalıştığımı ve polise getirilen çocuklar hakkında bir kitap hazırladığımı belirtiyordum. Kitapta onlarla ilgili isim veya herhangi bir kimlik bilgisinin yer almayacağını söyleyerek ses kayıt cihazını anlattıklarını unutmamak için kullanacağımı ekliyordum. En kısa görüşme bir saat sürüyordu. Çocuklar sık sık açık uçlu sorularda uzun açıklamalar yapıyor, akıllarına geleni anlatıyorlardı. Bu yüzden bir görüşme ortalama bir buçuk saat

sürüyor, görüşmenin bitmesine rağmen sohbet etmek istiyorlardı. Şubedeki bir yıl kadar süren çalışmalarım boyunca sadece bir kez bir çocuk görüşmek istemedi. Bazen beni koridordan geçerken gören bir iki saat önce görüştüğüm çocuklar "biraz önce unutmuşum anlatmayı beni çağır abla da onları anlatayım" diyorlardı.

Polis memurlarının beni uyardığı "dikkat edin bu çocuk tehlikeli" veya "madde bağımlısı" dedikleri çocuklar en kolay güvenip açılanlar oluyordu. Memurlar çocukların ne anlattığını merak ediyor ve gerçeği söylemeyeceklerini düşünüyorlardı. Çocukların çoğu zaman inkar etmeden karıştıkları suçları bana anlattıklarını duyan memurlar şaşırıyorlardı. Benim onların iddia edilen suçu işleyip işlemedikleriyle ilgilenmediğimi anladıklarında çocuklar, kendiliklerinden anlatıyorlar ama arada bir beni tartmayı da ihmal etmiyorlardı. Zaman zaman onlar da bana soru yöneltiyor özel hayatımı, nereli olduğumu, benim görüşme formundaki bir soruya nasıl cevap vereceğimi merak ediyorlardı. Onlarca çocuk bir yıl içerisinde birkaç kez yeniden şubede karşıma çıktı. Bazen haftada iki kere şubeye getirilen çocuklar oluyordu.

Çocuklar genelde kendilerine uygulanan adli prosedür hakkında bilgi sahibiydi. Bana bilgilerini teyit etmek için soru soruyorlardı. Genelde savcının karşısına çıkarılıp serbest bırakılma beklentisi içindeydiler. Ancak bu beklentileri gerçekleşmediği durumlarda, gözaltı süreleri uzatıldığında veya aileye teslim kararına rağmen onları teslim alacak kimsenin gelmemesi üzerine şubede geçirdikleri süre uzayınca, bir belirsizlik duygusuna ve korkuya kapılıyorlardı. Böyle durumlarda hakimin ne karar vereceğini, savcının ne yapacağını, polisin ne zaman onları serbest bırakacağını soruyorlar, aldıkları cevaptan tatmin olmayarak bir süre sonra yeniden bu konuyu açıyorlardı. Bilinmezlik ve endişe içerisinde beklerken benden cep telefonumu kullanmayı veya onlara sigara vermemi istiyorlardı. Sigara içmelerine şubede izin verilmiyordu ama onlar bir yolunu buluyorlardı. Bir sigara veya bir iki telefon denemesinden sonra (genelde aradıkları telefonlara ulaşamıyorlardı), hayatlarının, mahallelerinin, arkadaş ortamlarının ne kadar "pislik", "kötülük" ve "bela" ile dolu olduğunu anlatıyorlardı. Hayatından memnun olan çok az çocuk vardı. Hayatından nefretle söz edenler değiştirmeyi istemiyor, değiştiremeyeceğini düşündüğü için de üstüne kafa yormayı gereksiz buluyordu. Birçoğu kendine ne olacağı umurunda değilmiş havasına bürünüyor ancak bir süre sonra endişeleri açığa çıkıyor ve polisin onu ne zaman salıvereceğini bilip bilmediğimi soruyorlardı.

Çocuklarla görüşürken onlara yanımda getirdiğim kek, poğaça, çikolata, meyve suyu gibi şeyleri ikram ediyordum. Utana sıkıla önce poğaçayı yiyorlardı. Çikolata vs de yemelerini önerdiğimde, doyduklarını söyleyerek daha fazlasını istemiyorlardı. Çoğunun ailesi poliste olduğunu ya bilmiyor ya da haber verilmesine rağmen polise gelmiyordu. Ailesinin arayıp sorduğu, para, yemek bıraktığı çocukların daha mahcup ve nedamet getirmiş tavırları dikkat çekiyordu.

Kendisini almaya ailesinden kimse gelmediği için günlerce şubede kalan çocuklar oluyordu. Banyo yapamamaktan, tv'de istedikleri diziyi seyredememekten yakınıp, herhangi bir şeyi

bahane edip ağlamaya başlıyorlardı. Susturabilmek çok güçtü. Yaşı küçük olanlar ve kızlar yüksek sesle ağlıyor, koridorda sesleri yankılanıyordu. Madde bağımlısı olup şubede madde yoksunluğuna giren çocukları susturabilmek veya bir şeye ikna edebilmek de oldukça güçtü. Amir veya komiserlerden birinin konuşması üzerine sakinleşiyorlar, ama bir süre sonra şubede sükunet yeniden bozuluyordu. Sentetik uyuşturucunun etkisinde olduğunu söyleyen bir çocuk görüşme sırasında, ikram ettiklerim arasından bir poğaçayı yemiş, daha sonra görüşmenin üstünden birkaç saat geçmesine rağmen beni tekrar görmek istemişti. Çocuğu görmeye gözaltı odasına gittiğimde, çocuk bana poğaçanın içine ne koyduğumu sordu. Görüşme öncesi aldığı maddenin etkisi yüzünden durup oturamadığını söyleyen çocuk görüşmeden çıkıp uyuduğunu, poğaçanın içine koyduğumu iddia ettiği sakinleştirici uyuşturucudan biraz daha istediğini söylüyordu. Ne dediysem ikna olmayınca, çareyi çocuğa bir poğaça daha vermekte buldum. Poğaçayı yedi ve hemen uyudu.

Birkaç ay geçtikten sonra çalışma saatlerimi kaydırarak, sabah sekizde gelip akşama kadar çalışmaya başladım. Memurların çalışma saatleri ve yerleri değişiyordu. Bir süre sonra şubede görev yapan memurların tamamını tanıyordum. Kadın polis memurları azınlıktaydı ve çocuklar en çok onları seviyordu. Çocukların memurlarla ve memurların çocuklarla ilişkileri her iki taraf açısından da gelgitli idi. Bir an süt liman olan ortalık bir an sonra geriliyordu. Çocuklar yanlış bir şey yaptıklarında veya saygısızca bir şey söylediklerinde memurlar kızıp azarlıyor, küsüp konuşmuyorlardı. Çocuklar kadın polislere nazlanabiliyorlar hatta şımarıklık, "çocukluk" bile yapabiliyorlardı. Çocuklar "en çok bunu seviyorum" dedikleri memur hakkında bir anda fikirlerini değiştirebiliyorlardı. Bu durumu da "ayıdan post, polisten dost olmaz" sözüyle ifade ediyorlardı. Memurlarla sürekli beraberdim ve bana alıştıklarını, "sizin kadroyu üniversiteden buraya aldıralım" diyerek ifade ediyorlardı. Yediklerini, içtiklerini benimle paylaşıyorlar, ben de çocukların getirilmesini beklerken onlara dosyalama işlerinde yardım ediyordum. Çalışmam hakkında birçok soru soruyorlar, fikirlerini paylaşıyorlardı. Çocukları bu yola özellikle iten ailelerden söz ediyorlar, çocukların durumundan onları doğurup sahipsiz ve ilgisiz bırakan aileleri suçluyorlardı. Polislik mesleğinden, polisin teröre veya öğrenci eylemlerine bakışına kadar her konuda sohbet etmeye hevesliydiler. "Efendi hırsızlar"dan saygıyla söz ediyor, belalı çeteleri koruyanların polisi korumadığını ima ediyorlardı. Çinçin 'e "tabi-i ki girmeyeceğini" anlatan bir polis memuru, "arkamdan çoluğuma çocuğuma bakacak mı bu devlet? "Nerede, bakmaz!; benim anam ağlayacağına başkasınınki ağlasın" diyordu. Daha sonra bu sözü çocukların ağzından da duydum. Polis memurları ile çocukların aynı dili konuşup aynı müziği dinlediğine tanık olmak ilginçti.

Aynı suça karıştıkları iddiasıyla, birlikte getirilen çocuklarla önce tek görüşme, ardından da grup görüşmeleri yaptım. Suç ortağı oldukları iddia edilen, birlikte yakalanan çocuklar genelde akraba idiler. Akraba olmayanlar da ya hemşehri ya da aynı mahallenin çocuğuydu. Polis deneyimi en fazla

olan çocuğun grup üzerindeki etkisi açıkça gözlenebiliyordu. Grup üyeleri görüşme sırasında genelde birbirlerini kolluyor, birbirlerinin sözlerini destekliyordu. Nadiren de olsa görüşme sırasında aralarında tartışan gruplar da oldu. Grubun üyelerinden bazı çocukların daha sonra farklı gruplar içinde ve farklı suç tiplerine karıştıkları iddiasıyla şubeye getirildiğine tanık oldum. Önceki grup aynı suçla tekrar şubeye geldiğinde, gruba yeni katılanlar oluyor; grup üyeleri sürekli değişiyor; artıyor ama eksilmiyordu. Önceki görüşmede birlikte konuştuğum arkadaşlarını sorduğumda, "o artık bizim yanımıza gelmiyor (...) larla geziyor", "oto ya çıkıyor" veya "eve giriyor" ya da "telefona geziyor" [2] cevabını alıyor, o çocuğun "habitusunu" değiştirdiğini ve yeni "habitusta" yaygın olan suç türüne geçtiğini anlıyordum. Aynı grubun aynı tür suç iddiasıyla birden çok geldiği oluyordu. Grubun hep birlikte farklı bir suç türüne geçiş yaptığına hiç tanık olmadım. Bazen önceleri onlarla gezen bir arkadaşları hakkında "Hızlı koşturuyor. Yakında gayrimeşrular alır yanına. Ya da Yukarıdaki (Allah) alır." dediklerini işitiyordum.

Görüşme formundaki soruları sevip, "hayatımı yazmışsın oraya" diyenler de oluyordu, sorulardan sıkılıp kendi istediklerini anlatmak isteyenler de. Konuşmanın bir yerinde ölümcül bir illete yakalanan bir aile üyesi, yakın akraba veya kendisi hakkında bir hastalık hikayesi mutlaka geçiyordu. "Kan tükürmek", "kan işemek", "psikolojisi bozulup eliyle dişini sökmek", "Atatürk' ün hastalığı", "beynin büyüyerek kafatasını patlatması" gibi ibarelerle hastalıklar tanımlıyorlar, dehşet verici ayrıntıları kanıksamış bir ifadeyle anlatıyorlardı. Trafikte duran arabalara selpak satan kız kardeşinin arabanın camından uzatılan paranın yere düşmesi üzerine, yere eğilmişken saçının araba cantına takılarak hareket eden arabayla sürüklenmesini ve kafatasının ezilip gözlerinin asfalta bulaşmasını uzun uzun anlatan çocuk gibi.

Görüşme formundaki soruları anlamakta zorlanan çok az çocuk oldu. Madde etkisindeki çocuklar bile çok zorlanmadan sorulara yoğunlaşabiliyorlardı; en azından hiçbir görüşmeyi bu nedenle yarım bırakmak zorunda kalmadım. Yaptığım çalışma ile ilgileniyor, bunun ne işe yarayacağını bile bana soruyorlardı. "Bu yazdıkların bizim hayatımızı değiştirecek mi?" diyen tiner bağımlısı karton toplayan çocuklardan birinin sorusu karşısında yanıt vermekte zorlandığımı itiraf etmeliyim. Aslında çoğu zaman soruları beni hayrete düşürecek kadar zeka ve muhakeme yeteneği ile doluydu. Devlet, mafya, Tanrı, kader, cennet, yoksulluk, para, aile, zengin olmak gibi konularda çok kafa yordukları konuşmalarından anlaşılıyordu.

Görüşmenin sonunda çocuklara telefonumu veriyor, istedikleri takdirde arayabileceklerini söylüyordum. Aramayan çocuk olmadı. En azından bir kez arıyorlar, şubeden çıktıklarını ve nerede olduklarını söylüyorlardı. Hatta çocuklardan biri aileye teslim için Doğubeyazıt'a götürülürken polisin elinden kaçmış, beni arayarak görüşmek istemişti. Telefonlar daha sonra da kesilmiyordu. Aralıklı olarak halen arayıp hayatlarında olan gelişmelerden

(2) Otomobil hırsızlığı, evden hırsızlık, cep telefonu gaspı ve yağma için kullanılan tabir.

haberdar ediyorlar ve benim kitabımı soruyorlar. Bayramlar, yılbaşları ve kutsal günlerde mani biçimindeki mesajlar göndermeyi de ihmal etmiyorlar. Bazı çocuklar ise polisten çıkınca tövbe ettiklerini söylüyorlar, yeni girdikleri işi veya devam ettikleri okulu anlatıyorlardı. Tövbe eden çocuklar, bazen annelerine, ağabeylerine telefon açtırıp onlarla konuşmamı istiyordu. Aileler büyük olasılıkla çocuğun anlattıklarına dayanarak, çocuğunun gayrimeşruyu bırakmasında benim payım olduğunu düşünüyor ve "Allah razı olsun" diyorlardı. Bir kız çocuğu bırakılmasının ardından beni aramış ağabeyi olduğunu söyleyen genç bir erkekle konuşmamı istemişti. Ağabey aslında Hacı Hüsrevli olan ama Ankara'da hırsızlık iddiasıyla yakalanan kızı İstanbul'a geri götürdüğünü söylüyor, beni Hacı Hüsrev 'e davet ediyor ve teşekkürlerini sunuyordu. Ne için teşekkür ettiklerini ve teşekkürü hak etmek için ne yaptığımı tespit etmek güç. Polise düştüklerinde onlara yakınlık gösteren, ilgilenip anlattıklarını dinleyen "iyi biri" olarak görüyor olmaları kuvvetle muhtemel.

ÜÇÜNCÜ KURUM: ADLİ TIP

Bir suça karıştığı iddiasıyla çocuk şubeye getirilen 15 yaşından küçük çocukların "farik mümeyyiz" muayeneleri Ankara Adliyesi içindeki Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'na bağlı çalışan Adli Tıp Şube Müdürlüğü'nde yapılmaktaydı. Muayeneleri yerinde gözlemlemek ve çocuk yargılama sistemindeki süreci kesintisiz izlemek amacıyla Adli Tıp Kurumu Başkanlığı'ndan izin alarak 05.07-02.08.2005 tarihleri arasında muayenelerde hazır bulunarak katılımlı gözlem yaptım.

İki doktor aynı anda, genişçe bir salonda hasta kabul ediyordu. Muayene için ayrılmış bir oda vardı, ancak hastayı soyunmuş bir vaziyette muayene etmeleri gerektiğinde doktorlar bu odayı kullanıyordu. Adliyenin birinci katındaki adli tıp şube müdürlüğünün önü, adliyenin her zaman en kalabalık yerlerinden biriydi. Sabah dokuzda başlayan muayenelere öğle yemeğinde ara veriliyor öğleden sonra beşe kadar hasta bakılıyordu. Kanuna göre adli hekim tarafından düzenlenmesi öngörülen birçok rapor burada veriliyordu. Trafik suçlarında alkol muayenesinden, ölüm raporuna veya fiili livata raporuna kadar birçok muayene ve raporu hazırlayan şubede dört doktor nöbetleşe çalışıyordu. Kapının önündeki kalabalık nedeniyle, doktorlar her bir muayeneye iki-üç dakikadan fazla zaman ayıramıyordu.

Çocuklar, çocuk şubeden polislerin nezaretinde getiriliyor, muayene sırasında polisler dışarıda bekliyordu. Salonda iki doktor aynı anda hasta bakıyordu. Çocuklar içeri girince katip ve katibe tarafından yönlendiriliyor, doktorun önündeki sandalyeye oturmaları isteniyordu. Üç dakikalık muayenede, genelde çocuğa nereli olduğunu, ailesini ve işlediği iddia olunan olayı soran doktor, çocuğu konuşturarak çocuğun işlediği suçun farkında ve sonuçlarını algılayabilecek yetenekte olup olmadığını anlamaya çalışıyordu. Doktor, simit sattığını söyleyen bir çocuğa "10 simit kaç lira eder, 5000 lira versem üstüne ne verirsin" gibi sorular sorarken diğer çocuklara da "ekmek kaç para, 10 kg demir mi ağır 10 kg pamuk mu" gibi sorular yöneltiyordu. Çocuklar konuşmaya pek hevesli değillerdi, "evet,

hayır, yok, var" gibi cevaplar veriyorlar, lafı ağızlarında geveliyorlardı.

Doktorlar muayene koşullarından memnun değillerdi ve bunu "çok vaka olduğu için yüzeysel ve hızlı bakıyoruz", "aslında her suç türüne özel vermeliyiz raporu ama böyle olmuyor; çocuğun o fiilinin suç olup olmadığını bilmesi çok önemli ama bunu öğrenmek iki dakikalık muayenede zor" şeklinde ifade ediyorlardı. Muayene esnasında doktorlar ilk olarak çocuğun yaşına baktıklarını söylüyorlardı. 12 yaşında ve ilk olayı olan bir çocukla 14-15 yaşlarındaki bir çocuğu aynı şekilde değerlendirmediklerini, 13 ve yukarısını farik mümeyyiz değil demek için ileri yaşlar olarak gördüklerini belirtiyorlardı. Çocuğun nüfusundaki yaşından büyük veya küçük gösterdiği düşünülen durumlarda mutlaka kemik incelemesi isteniyordu. Çünkü doktorlar için ilk halledilmesi gereken yaş konusuydu. Bunun ardından zeka geriliği meselesi geliyordu. Çocukta zeka geriliği olup olmadığını da, bu konuşmada anlamaya çalışıyorlardı. Çocukluk çağı psikozlarından birinin varlığı, çocuğun fiilini oyun olarak görmesi, psiko-sosyal gelişim, sosyal çevre, ailenin teşviki gibi hususlar ikincil kalıyor ve bunları derinlemesine araştırmaya zaman bulunamıyordu.

Adli hekim muayenesinin, sürecin diğer aşamaları kadar çocukların ilgi ve merakını çekmediği gözlenebiliyordu. Doktoru herhangi bir şeye ikna etmek için çaba sarf etmiyorlar ve sık sık "bilmiyorum" cevabını veriyorlardı. Burada tam olarak ne yapıldığını ve adli tıp muayenesinin ne işlerine yarayacağını bilemiyorlardı. Çocuklara sorduğumda, "polis gözaltında dövdü mü dövmedi mi" diye doktora çıkartıldıklarını söylediler. Doktorun işledikleri iddia edilen fiil hakkında ve kendileri hakkında sorduğu soruları, muayeneyle ilgisiz bir nevi sohbet olarak değerlendirdikleri anlaşılıyordu.

Adli Tıp Şubede yaptığım katılımlı gözlemler sırasında, daha önce polis şubeye getirilmiş çocuklarla karşılaşıyordum ve adliye koridorunda konuşuyorduk. Yeniden getirilmelerine sebep olan olayı anlatıyorlar, arkadaşlarından, aile üyelerinden haberler veriyorlar, ama poliste iken sordukları kendi durumlarının ne olacağı hakkındaki soruları burada sormuyorlardı.

DÖRDÜNCÜ KURUM: ÇOCUK CEZAEVLERİ ve ISLAHEVLERİ

İlk olarak 2004 yılı Haziran ayında çocuk cezaevlerinde ve ıslahevlerinde tutulan çocuklarla mülakat çalışması yürütmek için Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkifevleri Genel Müdürlüğü'ne yaptığım başvuruya ve ardından Adalet Bakanlığı Çocuk Gözetim birimi ile altı ay süren yazışmalara rağmen bir sonuç elde edilemedi. Bu birimde çalışan sosyal çalışmacı görevlinin, "bu tez çok iddialı", "ya bu çalışmanın sonucu basına Çinçin 'den hırsız, Yeni doğan' dan gaspçı çıkıyor diye yansırsa", "benim kafam bu tezi basmadı, ölçme-değerlendirmeci arkadaşlarıma bir sorayım" gibi mazeretler ileri sürmesi üzerine yazışmalar bu noktada kesildi. Ancak altı ay sonra bu birimde çalışan sosyal çalışmacı kadronun değişmesi üzerine, başvuruyu aynı biçimde tekrar yaptım ve bu sefer, başvurunun hemen ardından, çalışma takdir ve beğeni ile karşılanıp Elazığ ve Ankara kapalı ve

açık infaz kurumlarında çocuklarla mülakat yapmam için izin verildi.

Uygulama alanı olarak Elazığ ve Ankara'nın seçilmesi ile ilgili gerekçeler şöyle sıralanabilir: Elazığ, son 15 yılda Doğu ve Güneydoğu'daki kent ve köylerden en fazla göç almış Doğu Anadolu kenti olmasının yanında, Doğu ve Güneydoğu bölgelerinin tek çocuk ıslahevine sahip kenti olması nedeniyle çalışma konusu açısından önem taşımaktaydı. Türkiye genelindeki üç (açık infaz kurumu) ıslahevinden (Ankara, İzmir ve Elazığ) biri olan Elazığ ıslahevi, Türkiye'nin doğu ve güneydoğusunda işlenmiş suçlardan verilmiş hükümlerin açık infaz kurumu olarak yetkilendirilmişti. Çalışmanın sadece ülkenin batısında suça karışmış çocuklara ait veriler üzerine temellenmesi gibi bir yoksunlukla malul olmaması ve ülkenin doğusunda suça karışmış çocuklara ait verilere ulaşmak üzere Elazığ cezaevi ve ıslahevi, mülakatları gerçekleştirmeye en uygun kurumlar olarak belirdiğinden, Bakanlığa yapılan başvuru Elazığ ve Ankara kurumlarını kapsamaktaydı. Bu kurumlarda sadece erkek çocuklarının cezaları infaz ediliyordu.

Elazığ'ın 10 km. dışındaydı Kapalı Ceza İnfaz Kurumu, o dönemde kurumda bulunan çocukların tamamı ile görüştüm. Görüşmeler sırasında ses kayıt cihazı kullanmama izin verilmediği için, görüşme formundaki açık uçlu sorularda çocukların anlattıklarını not aldım. Çocuklar, infaz koruma memurları tarafından koğuştan sırayla çıkarılıp cezaevinin içinde eğitim servisi olarak hazırlanmış dersliklerden oluşan bir bölüme getiriliyorlardı ve bu dersliklerden birinde yalnız görüşmemiz sağlanıyordu. Ceza infaz koruma memurlarından güvenliğim için kapıyı açık bırakmam konusunda beni uyaranlar olmasına rağmen, çocuklarla yalnız kaldığım odanın kapısını kapalı tutmaktan tedirgin olmuyordum. Çocuklar öylesine efendi ve saygılıydılar ki, benden izin istemeden yanımda sigara bile içmiyor, kapıdan çıkarken her zaman yol veriyorlardı. Dolayısıyla çocukların yanında kendimi tedirgin hissetmemi veya güvenliğimden endişe etmemi gerektiren hiçbir durumla karşılaşmadım.

Çocukların büyük çoğunluğu köy ve ilçe doğumluydu. Çoğu bir süre önce köyden ilçeye veya ilçeden kente göç etmiş ailelerin çocuğuydu. Bingöl, Tunceli, Diyarbakır'dan göç etmiş ailelerin çocukları olanlar olduğu gibi, bu kentlerin köylerinden, ilçelerinden bağlı bulundukları kent merkezine aileleriyle göç etmiş çocuklar da vardı. Bu son grup o kentlerde suça karışmış, tutuklanmış, ve yargılanmış ve haklarında verilen hükmün infazı için Elazığ cezaevine konmuşlardı. Diğerlerine göre azınlıkta olan bir grup çocuk vardı ki, onların aileleri köyde, ilçede yaşamayı sürdürüyorlar, ama çocuklar büyük kentlere gidip geliyor; geçici işlerde çalışıyorlardı. Bunun adına "gurbete çıkmak" diyorlardı. Görüştüğüm çocukların yaşam öykülerinde kırsaldan kente göç olgusuna rastlamadığım çocuk olmadı. Kendisi kent doğumlu olan çocuğun mutlaka ailesi göç etmişti. Memleketle bağlantıları zayıflamış ama kopmamıştı. Ailenin yaşlı üyeleri birçok örnekte göç etmemiş, kırsalda kalmıştı. Birçoklarında ailenin büyükleri bölgedeki terör olaylarının takvimine göre köye geri dönmüş, boş bir köyde iki- üç hane olarak yaşamaktaydı.

Çocukların büyük çoğunluğunun 1987-1988 doğumlu olduğunu ve 6-7 yaşlarında kente geldiklerini göz önüne alarak, 90'larda bölgede yaşanan terör ve istikrarsızlığın yarattığı büyük göç dalgasına rastlayan toplumsal hareketliliğin toplumsal sonuçları çocukların hikayelerinde karşıma çıkıyordu. "Kente kaç kişi geldiniz" sorusuna Ankara'da 3-5 arası yanıt alırken Elazığ'da "15 hane" veya "bütün köy" gibi yanıtlar aldım. Bazılarının "terör zamanı"[3] anıları tazeydi. Örgütün kaçırdığı ağabey, sabaha karşı alevler yükselen tarlalar ve evler, bir gecede toparlanıp göç eden köyler çocukların hikayelerinde kanıksanmış bir arka planı oluşturmaktaydı. Çocuklar köydeki toprakların büyük kısmının boş durduğunu; eskiden ailece işlediklerini, şimdi herkesin bir yere dağıldığını, bu nedenle toprağa bakacak kimsenin kalmadığını anlatıyorlardı. Arada bir gidip köyde tek kalan büyük hala, amca veya dede gibi aile büyüklerinin işlediği küçük bir bahçeye yardım ettiklerini ekliyorlardı. Çocuklar, köye dönüp orada yaşamak isterler mi diye sorulduğunda, net bir şekilde hayır diyorlardı. "Tohuma, gübreye, ilaca para bulacaksın, bir de çalışacak işçi toplayacaksın, adam kalmadı ki köyde." "Köyde para kazanamazsın ki, bir karnın doyar" "Köyde cahil kalırsın, her gün aynı" gibi gerekçeleri bu konuda düşünülmüş, konuşulmuş olduğunu işaret eder nitelikteydi. Köye dönmeyecek olsalar da çoğu köyünden büyük bir özlemle söz ediyor, kendi köylüsü olan birinden bahsederken "toprağım" diye hitap ediyordu.

İlçeden göç eden ailelerin çocukları da babalarının çalıştığı işkolunun yok olmasının veya kurumun özelleştirilip kapatılmasının ardından kente geldiklerini anlatıyorlardı. Maden (Eti Ferrokrom) veya mermer ocağı işçisi, yöreye özgü yumurta topuk ayakkabı ustası, terzi, sulama kanalı bekçisi iken işsiz kalanların çocukları, yaşamlarındaki olayların gelişimini aktarırken, tanık oldukları bu değişimi genelde tevekkülle karşılamış görünüyorlardı. Babasının işini kaybetmesini ve ardından yaşadıklarını anlatan 16 yaşındaki bir delikanlı hem utanıyor hem de ağlıyordu.

Aslında çocukların tamamına egemen olan bir hava vardı; ağırbaşlı, beyefendi halleri, bulundukları yere düşmekten ötürü kendilerinden utanmaları ve sadece kendilerini suçlamaları, Ankara'da rastlamadığım bir durumdu. Doğu Anadolu erkek kültüründe önemli yer tutan "gakgoşluk", "dadaşlık", "delikanlılık" raconunun kalıntılarıyla karşılaştığımı Elazığ'da elliye yakın çocukla görüştükten sonra anlayabildim. Mağrur ve terbiyeli üslupları, nedamet getirmiş üzgün halleri, bu çocukların, Ankara-İstanbul'da suça karışmış çocuklarla karşılaştırıldıklarında, suç dünyasında daha az profesyonel kaldıklarını düşündürüyordu.

Görüşmeler oldukça uzun sürüyordu. Sabah sekizde başlayıp 18.30'a kadar çalışmama rağmen, günde iki görüşme ancak tamamlanıyordu; çünkü benim onlara yönelttiğim kadar çocukların da bana soracak soruları vardı. Yeryüzünde bu kadar farklı dilin neden var olduğunu merak edip "ne olmuş da

(3) *Terör zamanı: Çocukların bölgede silahlı çatışmaların yoğun olarak yaşandığı dönemi işaret etmek için kullandıkları tabir.*

onlar İngiliz, biz Kürt, siz Türk olmuşsunuz" diye soranların yanı sıra, "devlet sana para verir, git Elazığ'a Orhan'ı bul soru sor?" diyen de vardı. Bunun para karşılığı yapılan bir çalışma olmadığını anladıklarında, benim için üzülüp vazgeçmemi ve gidip para getirecek bir iş yapmamı öneriyorlardı. Bazıları bu durum karşısında minnet duyarak, "ama sen yine de yaz bu kitabı, belki bizim gibilere faydası olur" diyordu.

Çocuklarla aynı yemeği yiyor, onların çalıştığı çay ocağından çaylarını içiyordum. Bardağımı hiç boş bırakmıyorlardı. "Bugün çok içtim, içmeyeyim" deyince keyifleri kaçıyordu, ben de kırmamak için her getirdikleri çayı içiyordum. Beni konukları olarak görüyorlar ve ikramda bulunuyorlardı. Her ne sebeple olursa olsun, ikramlarını geri çevirmenin aramızdaki ilişkiyi zedeleyebileceğini kestirebiliyordum. Çokça çay içmenin yanı sıra, hatırı sayılır miktarda boncuk işinden yapılmış tespih, bileklik ve maşallahlarım oldu. Akademik çalışmalara ve işbirliğine son derece açık olan müdür ve ikinci müdürlerin sağladıkları imkanlar ve özveriyle çalışan kurum personelinin yardımları sayesinde hafta sonları da çalışarak mülakatları tamamladım.

Cezaevinin ardından Elazığ Çocuk Islahevi'ndeki çocuklarla mülakat yapmaya başladım. Çalışma devam ederken, cezaevlerinin adı "kapalı ceza infaz kurumu", ıslahevlerinin adı da "çocuk eğitimevi" olarak değiştirildi. Çocuk eğitimevindeki çocuklar davaları devam ederken kapalı infaz kurumunda kalmış, hüküm verilip kesinleştikten sonra eğitimevine alınmışlardı. Çocuklar burada cezaevindeki gibi kapalı değillerdi. Genişçe bir bahçenin ortasındaki eğitimevi şehrin içindeydi. Eğitimevi' ndeki çocuklardan bazıları dışarıda okula gidiyor veya çalışıyordu. Burada çocuklar günlük ihtiyaçlarını karşılamakta oldukça aktif görev alıyorlar; yemekhanede yemek yapıyor, kaloriferi yakıyor, temizlik yapıyorlar; akşamları da kurumda verilen çeşitli meslek ve bilgi edindirme kurslarına katılıyorlardı. Gündüz dışarıda çalışan ve okula giden çocuklarla da akşam görüşerek kurumda çalışmayı tamamladım.

Eğitimevi' ndeki çocuklar arasında Elazığ doğumlu yoktu. Diyarbakır, Siirt, Malatya, Mardin, Batman, Urfa,Tunceli ve Antep'in ilçe ve köylerinde doğmuşlar, kent merkezine veya Adana, Mersin gibi kentlere göç etmişlerdi. Göç ve işsiz aileler konusunda, cezaevinde gördüğüme çok yakın bir tabloyla karşılaştım ve doğdukları topraklardan ayrılmalarına ilişkin benzer hikayeler dinledim. Çocukların halleri, duruşları da cezaevindeki gözlediklerim gibiydi; tek fark, çocukların Eğitimevi' ndeki rahat tavırlarıydı. Kurum içinde, bahçede rahat dolaşabiliyorlar, çarşıya gidebiliyorlardı. Bu hareket serbestisi tavırlarına yansıyordu. Kurumu ve kurum idarecilerinin kararlarını eleştiriyorlar, eleştirilerini kurumda görev yapan öğretmenlere yakınma şeklinde iletebiliyorlardı. Çocukların en fazla yakındıkları konu, çalışmak gibi görünüyordu. Cezaevinde hiçbir şeyle uğraşmadan kapalı kalmanın daha iyi olduğunu söylüyorlar, birinden emir veya talimat almak istemediklerini anlatıyorlardı. Eğitimevi'nde de çocuklar benimle yemeklerini, çaylarını paylaştı, boncuk işi tesbihler armağan ettiler; yazdıkları şiirleri, manileri verdiler. Hala yazdıkları mektuplarla boncuk hediyeler ve şiirler yollüyorlar ve kitap nasıl gidiyor diye soruyorlar.

Elazığ Eğitimevi' ndeki çalışmayı tamamladıktan hemen sonra, Ankara Elmadağ K tipi Kapalı Çocuk Cezaevi'nde çalışmaya başladım. Ankara'nın 41 km. kuzeydoğusundaki ilçesi Elmadağ'ın hemen dışında bulunan cezaevi, sadece çocukların bulunduğu bir ceza infaz kurumuydu. Kazada (ilçede) yapıldığı için K tipi olan cezaevi önce büyük mahkum ve tutuklular için yapılmış ve bir süre böyle hizmet vermişti; uzun bir süreden beri de çocuk cezaevi olarak kullanılmaktaydı. Doktor odası olarak tanzim edilen, ama kuruma ait bir doktor olmadığı için sık kullanılmayan bir odada çocuklarla yalnız görüşmem, cezaevi idaresi tarafından sağlandı.

Cezaevine girmeden önce Ankara'da yaşayan çocuk sayısı oldukça fazlaydı. Ankara dışında doğmuş, sonradan Ankara'ya gelmiş çocuklar kadar, kendisi Ankara doğumlu ancak ailesi Ankara dışında doğmuş çocuk da vardı. İlçelerden ve köylerden gelen çocuklar azdı. Ankara'da suça karışmış çocukların çoğu aynı mahallelerden geliyorlar ve birbirlerini tanıyorlardı. Birbirini tanıyan çocukların aynı tip suçlara karışmış olduğunu tespit etmek zor olmadı. Genelde kolektif işlenen suçlarda suç ortakları ile birlikte cezaevine girmişlerdi. Kardeşi, amca veya dayı çocuğu da aynı cezaevinde olan çocuklar vardı. Kendisinden yaşça büyük suç ortağının Ulucanlar Cezaevi'nde olduğunu söyleyen çocuklar çoktu. Bu çocuklar kendilerini tetikçi olarak görüyor, işyeri kurşunlama ve yaralama gibi olaylara karıştıklarını anlatıyorlardı. Bireysel işlenen suçlardan dolayı cezaevinde bulunan çocuklar da cezaevindeki kendi mahallesinden olan diğer çocukları tanıdığını söylüyorlardı.

Çocukların çoğu daha önce tevkif edilmişti ve mahkemede bakılan birden çok dosyaları olduğunu anlatıyorlardı. Aralarında, "af çıkarsa çıkarım yoksa bu kadar dosyayla zor" diyenler vardı. İlk tevkifi olan çocuklar genelde kavgada yaralama veya kazaen ölüme sebebiyet verme gibi olaylara karışmışlardı. "Kapatılma"ya karşı bu çocukların tavrı, birden çok tevkifi ve dosyası olan çocuklardan farklıydı. Her duruşmaya tahliye umuduyla çıkıyorlar, her an bırakılma umuduyla yaşıyorlardı. Beklentileri gerçekleşmeyince gözlerden uzak bir yerde ağlıyorlardı. Birden çok dosyası ve tevkifi olan çocuklar da elbette çıkmak istiyorlardı, ama diğerleri kadar bunu dillendirmiyorlar, belki de kendilerinde o hakkı görmüyorlardı. Kapatılmayı kanıksamış, buradaki hayata alışmış bir halleri vardı. Kendi tabirleri ile "paşa paşa yatıyorlardı". Bu tabir onlara göre efendiliği bozmadan, kaderlerinde ne yazılmışsa onu yaşamak anlamına geliyordu. "Bizim sonumuz ya kurşun ya cezaevi" diyorlardı, yaşlarına pek uygun olmayan bir tevekkülle. İlk defa bir kurumda, çıkınca gidecek yeri olmayan, çıkınca ne yapacağını bilmediğini söyleyen bu kadar çok sayıda çocukla karşılaştım. Çocuk yuvasından yaşı dolduğu için çıkarılan olduğu gibi, ailesi kabul etmeyeceği veya bakacak durumda olmadığı için gidecek yeri olmayan çocuklar da vardı. Onlar da tahliyelerine kalan günleri sayıyorlardı, ama giderek büyüyen bir korkuyla. "Burası sokakta kalmaktan iyi, karnımız doyuyor, hem sıcak" diyordu bir çocuk durumunu anlatmak için. "Hiç yollamasalar beni buradan,

ne güzel pislik yok, hap yok, tertemiz" diyordu bir diğeri.

Görüşmeler havanın açık olduğu günler oldukça uzun sürüyordu. Görüşme yaptığım oda ikinci kattaydı ve penceresinden cezaevini çevreleyen duvarın müsaade ettiği kadar karşı tepedeki evler ve otoyol görünüyordu. Ancak, bu manzaranın görülmesi için havanın sisli ve kapalı olmaması gerekiyordu. Aralık ayındaki görüşmeler sırasında, havanın açık olduğu günlerde, görüşme için alt kattaki koğuşlardan çıkarılan çocuklar biraz daha kalıp dışarıyı seyredebilmek için benden izin istiyorlardı. Bazen parmaklıklı camın önünde durup yoldan geçen kamyonlardan, uzaktan görünen evlerden konuşuyorduk. "Bıraksalar buradan Ankara'ya kadar yürüsem, adımlarımı saymadan" demişti bir çocuk. Çay ocağında çalışan, ilk tevkifi ve dosyası olan çocuk sabahları bana çay getirdiğinde, "dışarıda" havanın nasıl olduğunu soruyordu. "Soğuk, buz gibi" dediğimde "ne güzel" diye karşılık veriyordu. Günün sadece 8 saatini parmaklıklar ve kapalı kapılar arkasında geçirmenin ruh halimde yarattığı sıkıntıyı tecrübe ettikten sonra, buradaki çocukların ve bir ömür bu kurumlarda çalışmış personelin psikolojik durumunu tahayyül bile edemiyorum. Gerek müdür ve ikinci müdürler gerekse personel ile aramda oluşan güzel diyalog, kapanmanın bana yaşattığı travmayı hafifletiyor, onların yardımlarıyla duruma alışıyordum. Çocukların hazırlanmasına katıldığı yemeklerden yiyip, getirdikleri çayları içerek ve yine birçok boncuk işi hediye alarak buradaki çalışmayı tamamlayıp Keçiören Çocuk Eğitimevi'ndeki görüşmelere başladım.

Keçiören Çocuk Eğitimevi, içinde lojmanların, Adalet Bakanlığı Ceza ve Tevkif evleri Personeli Yetiştirme Merkezi' nin ve bir de erkek lisesinin bulunduğu büyük bir bahçede yer almaktaydı. Büyük ağaçlar, bakımlı bir yeşil alan ve süs bitkilerinin yetiştirildiği bir sera da bulunan güzel bir bahçeydi. Çocuklar lisede okuyan öğrencilerin de gelip yemek yediği yemekhanede çalışıyor, top sahasında oynuyor, kısacası müştemilat içerisinde serbest hareket edebiliyorlardı. Zaten dışarıda okuyan ve çalışan çocuklar hayli fazlaydı. Parmaklıklar ve ağır demir kapıların yokluğu çocukların tavırlarını etkiliyor, görüşmelere rahat ve daha hafif bir hava hakim oluyordu. Çocuklar hep bir şeylerle ilgileniyor, hep meşgul oluyorlardı. Çağırdığım çocuğun bulunup uğraştığı işi bırakıp gelmesi zaman alıyordu. Burada da çocuklar gündelik işleri büyük ölçüde kendileri görüyordu. Temizlik, yemek, bulaşık gibi işlerde aktif görev aldıkları gibi, kurumda verilen meslek ve eğitim kurslarına da katılıyorlardı. Buradaki çocuklar da Elazığ Eğitimevi' ndekiler gibi çalışmaktan genelde pek memnun değillerdi; ama burada da, Elazığ'daki gibi, meslek edindiği ve eğitimine devam edebildiği için hayatından memnun olan çocuklar vardı.

Kırsaldan gelen ve kırsalda suça karışmış çocuklar, diğer cezaevi ve eğitim evlerinde olduğu gibi, burada da vardı. Bunlar genelde "töre cinayeti" diye adlandırılan suçlara karışmışlardı. Bu çocuklar küçük bir çevrede doğup büyümüşler ve ilk defa yaşam alanlarını terk edip buraya gelmişlerdi. Çalışmayı yadırgamayan, kurumun kurallarından şikayet etmeyen çocuklar genelde bu çocuklardı. Çalışıp ailelerine para gönderdiklerini gururla söylüyorlardı. İstanbul, İzmir gibi metropollerde de suça karışmış, birden çok tevkifi olan çocuklar kuruma eleştiriler yöneltiyor, çalışmaktan yakınıyorlardı. Kurumda görev yapan sosyal çalışmacının çocuklarla iyi ilişkiler kurduğu gözleniyordu. Çocukların bir işe yerleştirilmeleriyle veya okuldaki durumlarıyla sosyal çalışmacının yakından ilgilendiğine tanık oldum.

Kurumdaki bazı çocuklarla daha önce poliste mülakat yapmıştım. "Yine mi kitap hazırlıyon abla" diye gülerek içeri giriyorlardı. Onlarla görüşmeyeli başlarından geçenler hakkında konuşuyor; arkadaşları, aileleri hakkında sohbet ediyorduk. Kurumdaki çocuklar, psikolog ve sosyal çalışmacılarla konuşmaya alışkındı. Kurumda çalışan kadın personel sayısının fazlalığı ve çocuklarla iç içe bulunmalarının çocuklar üzerindeki olumlu etkisi gözlenebiliyordu. Ayrıca çocukların çıkan yemeğin kalitesinden şikayet etmediği tek kurumun burası olduğunu eklemeliyim. Keçiören Eğitimevi'ndeki mülakatların tamamlanması ile saha uygulamasını da tamamlamış oldum.

"Güldünya Tören Olayı"nın Hukuk Sosyolojisi Açısından Değerlendirilmesi

Şengül Yaman EFE* – Mustafa Kemal EFE**

Namus: Bir toplum içinde ahlak kurallarına karşı beslenen bağlılık (TDK 2006).

Namus, kültür içerisinde birçok farklı alanda önem verilen ve vurgulanan bir değer olmakla birlikte, genellikle cinsel ilişkileri düzenleyen kurallarla ilgilidir. Kadın önemli bir yükümlülük taşır; evlenmeden önce ve sonra, cinsel saflığını ve temizliğini korumalıdır. Erkeğin yükümlülüğü ise, hem kendi ailesindeki kadınların namusunu korumak hem de başkalarının mahremiyetine el atmayarak kendi namusunu korumaktır. Ailenin adını ve namusunu korumak, bu bağlamda şerefini sürdürmek erkeğin görevidir (Tezcan, 1999). Namuslu olmak, şerefli olmanın bir parçasıdır. Şeref, bir kişinin/ailenin toplumsal saygınlığını belirleyen en önemli ölçütlerden biridir. **Şeref,** genel olarak bireyin ya da ailesinin toplumsal itibarı ya da saygınlığı olarak tanımlanabilir. Namus da onun en önemli parçalarındandır. Şeref, sosyal statüye bağlı olarak değişik anlamlar içerebilir (Tezcan, 1999).

Kanun: Anayasanın öngördüğü yetkili organ tarafından, belirtilen usul ve biçimde kabul edilerek yürürlüğe konan yazılı hukuk kuralı (TDK 2006).

Töre: Bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, gelenek ve göreneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü (TDK 2006).

Toplum üyelerinin çoğunluğunun inandığı terbiye standartlarını sağlayan temel ahlak kuralları ve davranış biçimleri (Yıldız 2003).

Bir toplumun ya da toplum kesiminin ortaklaşa benimsediği, kabul ettiği, uymak zorunda olduğu gelenek, görenek gibi toplumsal kurumlardan kaynaklanan davranış kalıplarını içerir. Töreler, alışılagelen, yapılagelen davranış kalıplarından oluşur. Bastırıcı, etkin, zorlayıcı yaptırım güçleri vardır (Yıldız 2003).

Töreler, hayatın içinde, insan ile hayatın gerçekleri ve hayatta oluşan kurallardır. Bunlar sosyo-ekonomik şartlar içinde kendiliklerinden oluşurlar. Uzun zaman yürürlükte kalırlar ve kendiliklerinden değişime uğrarlar. Yaptırımları ayıplama ve dışlamadır (Soyaslan, 1999).

Töre Cinayeti: Töre baskısı yanında, öç alma duygusu, yanlış dinsel inanç ve toplumsal değer yargılarından kaynaklanan bir suç türüdür (Anar, 1991).

(*)Gazi Üniversitesi Hemşirelik Yüksekokulu Öğretim Görevlisi.
(**)Hatice Hikmet Oğultürk Kız Meslek ve Anadolu Kız Meslek Lisesi Bölüm Uzmanı.

Cinsel davranışların hangisinin suç sayılması gerektiğini, o günün değer ölçüleri saptamaktadır. Eski çağlarda cinsel suçlarda yitirilen değerin, adam öldürme suçunda olduğu gibi bir daha yerine konulamayacak türden değerler olduğu kabul edilmiş, cinsel suçlar da affedilemeyecek kadar vahim eylemler olarak algılanmıştır.

Eski Türkler'de:

Hunlar: Zina suçunun cezası idam

Göktürkler: Başkasının karısıyla gayri meşru münasebet (zina) suçunun cezası idam

Moğollar: Zina ve livata suçunun cezası idam. Ancak faillere idam cezası verilebilmesi için ya suçüstü yakalanmaları ya da suçlarını itiraf etmeleri gerekir.

Cengiz Han Yasası: Fiili zinada yakalananları görenler öldürebilir (Avcı, 2003).

Eski TCK: Namusu kurtarma saikiyle işlenen suçlar yalnızca adam öldürme veya müessir fiil suçları değildir. Eski TCK madde 447'ye göre nesebi yok etmek, değiştirmek, saklamak ve terk suçları failin kendisi, füruundan biri veya evlatlığı olan kızın namusunu kurtarma saiki ile işlenmiş ise hafifletici sebep olarak kabul edilmiştir. Türk toplumunda geçerli olan sosyal değerlere göre evlilik dışı çocuk doğuran, evlilik dışı ilişkide bulunan kadın aşağılanmaktadır. Şerefini (namusunu) kurtarma saiki, aynı zamanda ruhi ve akli bunalımı beraberinde getiren bir baskı oluşturmaktadır. Fiilin işlenmesi sebebiyle aile şerefi bakımından ağır saldırıya uğramış bulunan kişinin üzerinde meydana gelen şiddetli toplumsal baskı sebebiyle kanunlar bu şekilde düzenlenmiştir (Avcı, 2003).

Günümüz koşulları göz önüne alınarak TCK yeniden düzenlenmiş, eski TCK'da yer alan bu maddeler değiştirilmiş ve **Yeni TCK**'ya "töre cinayetleri" ile ilgili madde konmuştur. Bu maddeye göre: Töre cinayetleri 'nitelikli adam öldürme' sayılacak ve cezası ağırlaştırılmış müebbet hapis olacaktır. 'Töre saikiyle' işlenen cinayetler artık nitelikli adam öldürme sayılacak ve ağırlaştırılmış müebbet hapisle cezalandırılacaktır (Ankara TCK Kadın Platformu) .

Namus cinayetlerini özendiren, destekleyen ve bu tür cinayetleri işleyenleri koruyan bir sosyo-kültürel çevre vardır. (**Aşiret:** Kendi aralarında ayrı diller ya da ağızlar kullanıyor olsalar da, aralarındaki iletişimi tek bir ortak dille sağlayan aynı ya da benzer kültür özelliklerini gösteren, büyük ölçüde aynı kökten geldiklerine inanan, daha doğru bir deyişle birlikteliklerini kan bağıyla açıklayan iki ya da daha çok kabilenin oluşturduğu birlik (Yıldız, 2003).) Çünkü bu suçu işleyenlere cemaatsal değer ve ahlâk yargılarına uygun hareket ettikleri gözüyle bakılmaktadır. Bu nedenle çevreden onay görmektedirler. Çevre baskısı ve gelenekler, olayların sürmesini teşvik etmektedir. Kentlerde, modern öncesi kültürel öğelerin ve törelerin yer alması çok görülen bir durumdur. Bu da toplumsal yaşamın hareketliliği sonucu ortaya çıkan göçlerle belirgin hale gelmektedir. Böylece büyük kentlerin içinde aile içi namus cinayetleri her zaman görülen bir olaydır. Ama artık toplumumuzun önemli bir kesimi bu cinayetleri onaylamamaktadır. Bu olaylarda dikkati çeken husus, akrabalık ve aile kurumu içinde işlenmiş olmalarıdır (Tezcan, 1999).

Töre Cinayeti İşlenen Grupların Yapıları:

Daha ziyade tarıma dayanan ekonomilerde oluşan toplumlarda görülür. Bu toplumlarda aile birdir ve geniştir, aile fertleri aile reisinin hakimiyeti altındadır. Kadınların namusu ailenin şerefidir. Ailede kişiler arasında mesafe yoktur. Kişiler dışarı karşı bir bütündür. Tek başlarına karar veremezler, öz güvenleri zayıftır ve bağımsız düşünemezler. İçlerinden birisine karşı yapılan kötülük hepsine yapılmış olarak algılanır ve birisinin yaptığı törcye aykırı hareket hepsinin adını lekeler. Birisinin yaptığı onurlu hareket, aileye şeref ve itibar kazandırır (Soyaslan, 1999).

Töre Cinayetleri
Sebep: Töreye aykırı davranış

- Kızın ailenin istemediği birisiyle duygusal ilişkiye girmesi,
- Gayri meşru çocuk doğurması,
- Kadının kocasını terk edip başkasıyla kaçması,
- Kızın bir gence sevdalanması,
- Kızın evlilik öncesi hamile kalması,
- Kızın sevdiği gençle evden kaçması,
- Kızın "kötü yol"a düşmesi.

Öldürenler: Eş, eski eş, baba, kardeş, diğer erkek akrabalar (dayı, amca...)

Kadının öldürülmesine aile meclisi karar verir.

Ülkemizde adam öldürme nedenleri arasında namus ilk sırada yer alıyor.

Suçu genellikle 18 yaş altı erkek çocuklar işliyor.

Yöntemler: Boğup nehire atma, traktörle ezme, gırtlağından kesme, kurşunlama... (Tezcan, 1999; Soyaslan, 1999).

Namuslu olmak sürekli bir nitelik değildir; kaybedilebilir. Kaybedildiğinde, tekrar kazanılması gerekir. Namus lekelenebilir; temizlenmesi gerekir; kanla temizlenmesi gerekir. Kişi, namusunun lekelendiği dolayısıyla toplum/topluluk içerisindeki saygınlığı tehdit edildiği anda, "uygun" bir çözüme başvurarak, "namusunu temizlemeli", "kurtarmalı"dır. Burada kişinin sosyal kimliği, statüsü, saygınlığı dikkate alınmalıdır (Öğün, 2006).

Namus/şeref değerleri temelinde üzerinde durulması gereken bir diğer nokta da, aileye ilişkin kültürel ve toplumsal değerlerdir. Bu noktada kuşkusuz, kadının toplum içerisindeki konumunu, ataerkil, geleneksel değerlerin kültürde hala önemini koruyor olmasını da vurgulamak gerekmektedir (Öğün, 2006).

Kırsal kökenli, aşiret ve akrabalık ilişkileri güçlü, kente göç etmiş olsalar bile çevreleri fazla değişmemiş, ait oldukları aile ve topluluğun yaşamlarında öncelikli bir yere sahip olduğu gözlenen kişilerde namus, insanların uğruna öldürülebileceği çok büyük bir şey, yaşamın anlamı ve amacı olarak tanımlanmaktadır. Öte yandan, tüm kentlerde, kişiler arasındaki farklı algılamalara karşın, en güçlü eğilimin namusu kadın, kadın bedeni, cinselliği ve kadınların kontrol edilmesi biçiminde ele alış olduğu söylenebilir. Bu çerçevede namus, bir erkeğin karısı, yani helalidir, kız kardeşidir, annesidir, ailedeki diğer kadınlar, hatta yakın çevredeki kadınlardır. Erkek, bunların

hepsine göz kulak olmak durumundadır. Böyle bir anlayış, kadınları, sadece kendi babaları, ağabeyleri ve evli oldukları durumda eşlerinin değil, aynı zamanda yakın çevredeki erkeklerin de gözetimi altına sokmaktadır. Erkeklerin sorumluluk alanları genişlerken, kadınlar üzerindeki baskı da artmış olmaktadır. Hele, aşiret ve akrabalık bağlarının güçlü olduğu koşullarda ya da toplumsal baskının daha fazla hissedildiği daha dar ve yüzyüze ilişkiler içinde yaşanan çevrelerde bu baskı daha da yoğunlaşmaktadır (Tezcan, 1999; Soyaslan, 1999).

Erkeklerin, özellikle de genç erkeklerin kendilerini belli ölçüde baskı altında hissetmelerine yol açan bu anlayışın, kadınların davranışlarının toplumca kontrolünü meşru kılan büyük bir gözaltıya yol açtığını söyleyebiliriz. Namusa aykırı hareket ettiği düşünülen kadınlara (ve erkeklere) verilecek cezalara da meşru bir zemin böylece yaratılmaktadır (Öğün, 2006).

Kadınlar; ailenin, toplumsal normların ve geleneklerin korunması adına erkeklerin kontrolü altında tutulurlar. Namus için; kadın okula gönderilmez, erken yaşta evlendirilir, berdel yapılır ve kuma gönderilir... Namusun kadınların bedeni üzerinden kurulması ve kadın cinselliğinin erkekler tarafından kontrolü, özellikle kadının zina yaptığının bilindiği durumlarda, insanların kafasında namus cinayetlerini bir anlamda meşrulaştırmaktadır (Kardam 2005).

"Namusunu temizlemek" isteyen aileler kendisini öldürmesini sağlayamadıkları kadınlara cezasını vermek için yasal düzenlemelerin yarattığı boşluklardan yararlanmaktadır. İstanbul Valiliği İnsan Hakları Masası Sorumlusu Avukat Vildan Yirmibeşoğlu, 1995-2002 yıllarına ait 300 dava dosyasını inceleyerek yaptığı araştırma sonucunda töre cinayetlerinde cinayeti işleyenlerin daha çok 11 ile 17 yaş arasındaki erkek çocuklar olduğunu ortaya koymuştur. Mahkeme kararlarında namus cinayetini işleyen çocuksa büyük indirimlerin uygulanması, hiç ceza almadan 50 milyon para ödeyerek çıkması gibi örneklerin varlığı göze çarpıyor. Bu yüzden de ailelerin, en küçük erkek çocuğu bu işle görevlendiklerini görüyoruz (Uçan Süpürge 2006).

Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü Tarafından Yapılan Çalışma

En çok Şanlıurfa'da ve Arap aşiretlerinde görülmektedir. Töre cinayeti kurbanları ortalama 12-20 yaş arası aile baskısıyla veya akrabadan kişilerle evlendirilmiş genç kız ve kadınlardır. Genellikle sebep ailenin karşı çıktığı bir kişiyle ilişkinin olmasıdır (KSGM 2006).

Töre ve Namus Cinayetlerinin Nedenleri

1. Kolektif Bilinç ya da Mekanik Dayanışma

İnsanoğlunun yerleşik düzene geçtiği ve toplu halde yaşamaya başladığı Neolitik Çağ'ın başından itibaren üyelerden birine yapılan haksızlık, grubun tümüne yapılmış gibi benimsenip algılanmıştır. Herhangi bir başka grubun üyelerinden gelen ve haksız olduğu düşünülen bir eyleme karşı ortak tepki verme "mekanik dayanışma" denilen bir dayanışma türünün ortaya çıkmasına neden olmuştur (Özkaya, 2003).

2. Kadınların Cinsel Tatmin Aracı Olarak Sınırlı Varlık Oluşu

Geleneksel ilişki biçimlerinde, toplumun ve aile gruplarının kadınlara öteden beri yüklediği rol ve fonksiyonlarda ve onlardan beklenen tutum ve davranış modellerinde radikal değişmeler ve farklılaşmalar ortaya çıkmadığından, töre ve namus cinayetleri, kantitatif olarak görece azalmış ancak kadınlar "sınırlı varlık" olma konumundan çıkamamıştır. Bu durum, töre ve namus cinayetlerinin, olması gereken ya da düşünülen derecede sınırlandırılmasını engellemektedir (Özkaya, 2003).

3. Toplumun Kadınlardan Rol Beklentisi ve Kadının Aile İçindeki Statüsü

Cumhuriyet dönemi başından itibaren ciddi mesafe alınmış olmasına rağmen, kadınlar, günümüzde hala kişiliğinin gelişimi ve özgürleşmesi engellenen; toplumsal ve ekonomik baskı altında tutulan genç, orta yaşlı ve yaşlı kadın üyelerden oluşmaktadır.

Konumu dolayısıyla sahiplenilen kadınlar, çoğu kez kendi geleceği hakkında alınacak kararlarda söz sahibi olamamakta ve maruz kaldığı haksızlığın giderilmesi hususunda görüş beyan edememektedir (Özkaya, 2003).

4. İtaat ve Yoksulluk Kültürü

Kadınlar erkeğe bağımlı ve muhtaç konumdadır. Bağımsız iş yapma arzusu engellenmiş, zaman zaman töre ve namus adına susturulmuş ve bastırılmıştır (Özkaya, 2003).

5. Namus ve Şerefin Üstün Toplumsal Bir Değer Olarak Algılanması

Namusa leke sürecek her olay, aile içerisindeki bir üyeden gelmiş olsa bile, evin erkeğini, özellikle koruma görevini üstlenmiş yaşlı üyelerini her türlü suçu gözünü kırpmadan işlemeye yöneltebilir (Özkaya, 2003).

6. Eğitim Yetersizliği

Töre ve namus cinayetlerine karışan büyük çoğunluğun ya herhangi bir örgün eğitimden geçmemiş olması veya alt düzeyde formal eğitim almış olması da bunu kanıtlayacak niteliktedir (Özkaya, 2003).

7. Ruhsal/Psişik Durum (Özkaya, 2003)

Kuzeninin kocasından hamile kalan Güldünya Tören, kardeşleri tarafından sokak ortasında vuruldu, ancak şans eseri ölmedi... Durumu öğrenen kardeşlerden biri, genç kadının kaldırıldığı hastaneye ziyaretçi gibi girip kafasına nişan aldı.

Güldünya Tören 22 yaşındaydı. İstanbul'un göbeğinde öz kardeşleri tarafından 14 saat arayla iki kez kurşunlandı. Çünkü töre böyle emrediyordu. Aile meclisi, yasak aşk yaşayan Güldünya'nın ölümüne karar vermişti. Tetikçiler önce sokak ortasında denedi, olmadı. Yaralı Güldünya hastaneye kaldırıldı. Yatırıldığı acil servisin girişinde polis bekliyordu. Ama tetikçi kararlıydı. Elini, kolunu sallayarak yanına girdi ve Güldünya'nın kafasına tek kurşun sıktı. Şimdi suçlu kim? Aile meclisi mi, infazla görevlendirilen kardeşler mi, önlem almayan hastane mi, sığındığında ailesine teslim eden ve dün de yanında olmayan polis mi? Yoksa töre cinayetlerine indirim öngören mevcut yasa mı? (Milliyet 2006).

Bitlis Mutki'ye bağlı Erler Köyü'nde yaşayan Güldünya Tören, amcasının kızının eşi Servet Taş'la birlikte oldu ve hamile kaldı. Karnı büyüyünce hamile olduğu ortaya çıkan Tören, bebeğin babasının Taş olduğunu söyledi. Taş köyden kaçarken, Tören de doğum yapana kadar amcası Mehmet Tören'in İstanbul'daki evine gönderildi (Milliyet 2006).

Hamileyken polise sığındı

Bebeğini doğurduktan sonra öldürüleceğini anlayan Tören, hamileyken polise sığındı. Baba Şerif Tören, polise kızının köylerinde bir süre imamlık yapan Alaattin Ceylan'a (66) verilmesini istedi. Ve polis, Tören'i, Ceylan'a teslim etti. 2 ay önce doğuran Tören'in babası, torununun evlatlık verilmesini ve kızını gelip alacağını söyledi. Bu sırada aile meclisi de, Tören'in ölümüne karar verdi. Ferit Tören (17) ve ağabeyi İrfan Tören (24) kararı infaz edecek kişiler olarak belirlendi. İrfan Tören, Ceylan'ı arayarak, kardeşini Bursa'daki yakınlarının yanına yerleştireceklerini ve evlendireceklerini söyledi. İstanbul'a gelen İrfan Tören, önceki gün 13.30'da Ceylan'ın evine gitti. Ceylan'ın "Eşyaları hazırlıyoruz, biraz bekle" demesi üzerine Tören, "Eşyaya gerek yok" dedi. Şüphelenen Ceylan, "Esenler Otogarı'ndan sizi uğurlayacağım" dedi. Ağabey ve kız kardeş, evden çıkarak yürürken, pusuda bekleyen Ferit ablasını vurdu. Yaralanan Tören, hastaneye kaldırırken, iki kardeş kaçtı. (Milliyet 2006).

'Refakatçisiyim' dedi

Hayati tehlikesi bulunmayan Tören, ilk tedavisinin ardından Bakırköy Eğitim Hastanesi'ne sevk edildi. Güldünya'yı öldüremediklerini öğrenen iki kardeş, dün 03.45'te hastaneye gitti. Kardeşlerden biri güvenlik görevlisine "Güldünya'nın refakatçisiyim" diyerek içeri girdi. Ablasının kafasına tek kurşun sıkan Tören, diğer kardeşiyle kaçarken, Güldünya'nın beyin ölümü gerçekleşti. Polis soruşturma başlattı (Milliyet 2006).

2.5 yıl yatıp çıkıyor

Yargı, töre cinayetine hâlâ "haksız tahrik indirimi" uyguladığından, cinayeti işleyenler çok az cezalarla kurtulabiliyor. Yürürlükteki TCK'nın "Haksız Tahrik" başlıklı 51. maddesine göre, cinayeti ağır tahrik altında işleyenler idama mahkûm edilmişse ceza 24 yıla, müebbete mahkûm edilmişse 16 yıla kadar indiriliyor. İnfaz Kanunu'na göre, 16 yıla mahkûm edilen bir kişi 6.5 yıl cezaevinde kalıp özgürlüğüne kavuşabiliyor. Yargıç cinayetin planlı olmadığına karar verir ve sanığa cinayet nedeniyle 24 yıl verirse, 51. maddeye göre cinayette tahrik varsa 2/3 oranında ceza indirimi yapılıyor. Böylece cezası 8 yıla kadar inebilen sanık, İnfaz Kanunu'na göre 2.5 yıl cezaevinde kalıyor. Yargıçlar genellikle töre cinayetlerinin tahrik altında işlendiğini düşündüklerinden, 51. maddeyi her olayda uyguluyor. TBMM Adalet Alt Komisyonu'nda görüşülen TCK tasarısında da başlangıçta bu hüküm değişmedi. Ancak kadın örgütleri ve sivil toplum kuruluşlarının tepkisi üzerine komisyon töre cinayetlerinde tahrik indirimi uygulanamayacağını karara bağladı. Tasarı böyle yasalaştı ve töre cinayetlerini işleyenler "adam öldürme" hükümlerine göre ceza alacak (Milliyet 2006).

Evlilik dışı çocuk sahibi olduğu gerekçesiyle, Güldünya Tören'i öldürdükleri için tutuklu olarak yargılanan iki kardeşinden biri müebbet, diğeri de 11 yıl 8 ay hapis cezasına çarptırıldı.

Bakırköy 5. Ağır Ceza Mahkemesi'nde görülen davanın dünkü duruşmasında karar açıklandı. Mahkeme heyeti, sanıklardan İrfan Tören'i müebbet hapis cezasına çarptırdı. Olay tarihinde 18 yaşından küçük olan F.T. ise 11 yıl 8 ay hapisle cezalandırıldı. Duruşmaya, tutuklu sanıklar İrfan Tören ile F.T. getirilirken, hakkında yakalama emri bulunan Mehmet Tören henüz bulunamadığı için getirilemedi. Sanık İrfan Tören, "Olayla alâkam yoktur." derken, sanık F.T., suçu üzerine aldı. Daha sonra son sözleri sorulan sanıklardan İrfan Tören, "Bir kardeşim ölmüştür, ikimiz de cezaevindeyiz. Ailem dışarıda mağdur. Tahliyemi istiyorum." dedi. Sanık iki kardeşi önce ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına çarptıran mahkeme, İrfan Tören'in cezasını duruşmalardaki iyi halini göz önüne alarak müebbet hapse çevirdi. Mahkeme, F.T.'nin cezasını da olay tarihinde 18 yaşından küçük olması nedeniyle önce 14 yıla, ardından da mahkemedeki iyi hali sebebiyle 11 yıl 8 aya indirdi (Zaman 2006).

ANALİZ

Töre modern hukuktan farklı olarak cemaat yapısı içerisinde vücut bulur ve varlığını sürdürür. Hukuk ise töreden farklı olarak cemiyet içerisinde var olur ve cemiyetin üyelerince kabul görür. Cemaat; müşterek hayatın ana şartlarını paylaşacak şekilde aynı mekânda bir arada yaşayan kuvvetli bir dayanışma ve bütünleşme içinde olan yoğun birlik şuuruna sahip insan topluluğudur. Cemiyet ise; sürekli, dinamik, mesleki bakımdan yeterli derecede farklılaşmış, fert ve sosyal gruplardan, sosyal teşkilat ve ilişkiler ağından oluşan bir yapıdır (Erkal, 1998).

Cemaat hayatı daha ziyade kırsal kesimde görülmekte, kentlerde ise cemiyet hayatı hüküm sürmektedir. Tanımından da anlaşılacağı gibi birey tüm hayatını cemaat içerisinde geçirmekte, ben duygusundan ziyade biz duygusuna sahip olmaktadır. Cemaat hayatında insan ilişkileri yüz yüze ve birincil ilişkiler olarak şekillenmekte, yazılı hukuktan ziyade töreler takip edilmektedir.

Cemiyet hayatı cemaatten farklı olarak kentleşmeyle birlikte ortaya çıkan ve kent kültürü içerisinde varlığını devam ettiren bir hayat tarzıdır. Cemaat yapısının tam tersine bireylerin ben duygusunu taşıdıkları, bireyler arası ilişkilerin yazılı hukukla düzenlendiği, ikincil insan ilişkilerinin hüküm sürdüğü, mekanik değil organik dayanışmanın var olduğu bir yapıya sahiptir.

Şüphesiz cemiyet ve cemaat içerisinde yaşayan insanların arasındaki farklılıklar bunlarla sınırlı değildir. Cemiyette yaşayan bireyle cemaatte yaşayan bireylerin hayata bakış açıları, geçim kaynakları, değer yargıları, eğitim durumları da farklılık göstermektedir. İşte bu noktada töre cinayetlerini ele aldığımızda kırsal kesimde daha çok görülüyor olmaları anlam kazanmaktadır.

Töreler binlerce yıldır varlığı sürdüren sözlü hukuk kurallarıdır. Bu açıdan töreleri arkaik bir kültürel tortu ya da kültürel bir gen olarak değerlendirebiliriz. Töreler yazılı hukuktan farklı olarak evrensel olmaktan ziyade kültürden kaynaklandıkları için toplumdan topluma hatta aynı toplum içerisinde yöreden yöreye farklılıklar gösterebilmektedirler. Fakat her ne kadar yazılı hukukla farklılıklar gösterseler de

töreler de yazılı hukuk kuralları gibi toplumsal düzeni korumayı amaçlar.

Töreler cemaat içerisinde bireylerin birbirleriyle ilişkilerini düzenler. Cemaat içerisinde neyin yapılması ya da neyin yapılmaması gerektiği belirtmek suretiyle davranış kalıpları oluşturur. Bunun da ötesinde töreler, töreye uyanları mükâfatlandırır, uymayanları da cezalandırır. Hukuk gibi töreler de ceza tehdidiyle toplumsal düzeni bozacak davranışları engellemeyi amaçlar. Bu noktada töreyle hukuk arasında önemli farklılıklar mevcuttur. Yazılı hukuk kanıta dayalı ve tarafsız karar verir. Suçluya kendini savunma hakkı tanır. Hukukun amacı bireyin davranışını ceza yoluyla ıslah etmektir. Hukuk topluma karşı bireyin haklarını korur. Töre ise cemaat hayatına uygun olarak bireyin haklarından ziyade toplumu korumayı amaçladığından bireyin haklarından ziyade toplumsal faydayı dikkate alır. Zaten birey cemaat hayatı içerisinde erimiştir. Bireyden ziyade aslolan toplumun işleyişinin aksamamasıdır. Bu yüzden töreleri çiğneyenlere, toplumun diğer fertlerine ibret olması için cezalar verilir. Bu uygulamayla töreler cemaatin üyelerine aynı suçu işlediklerinde başlarına geleceği bilmeleri sağlamak ve onları töreleri çiğnemekten alıkoymak maksadıyla ceza verir. Bu sebepten ötürü de modern hukuktan farklı olarak bireyin hakları dikkate alınmaz.

Töreler bu durumu her ne kadar şeriatın kestiği parmak acımaz diye formüle etse de, Tiberius'un belirttiği gibi topluma ibret olsun diye verilen her cezada toplum lehine fakat ferdin aleyhine bir adaletsizlik söz konusudur.

Cemaat yapısının görüldüğü kırsal kesimde temel geçim kaynağı tarımsal üretimdir. Tarım toplumlarında işgücü kol kuvvetine dayanmakta bu durum erkeğin ön plana çıktığı ataerkil aile yapısına zemin hazırlamaktadır (Yıldız, 2003). Erkeğin önemli olduğu bu toplumsal yapıda kadın ikinci plana itilmektedir. Ancak her ne kadar değer verilmediği için okumasına gerek görülmese, sofradaki yeri öküzden sonra da gelse kadın, namus açısından değer atfetmekte kadının namusu erkek için önemli olmaktadır. Namusu korumak ailede erkeklerin görevleri arasında yer almaktadır. Evin hanımı ya da kızının namusuna gelecek bir lekeyi temizlemek de yine erkeğe düşmektedir.

Bu kolektif toplumsal yapı içerisinde bireyselliğe yer yoktur. Kadın ailenin izin verdiği erkekle evlenebilir. Kötü yola giremez, flört edemez, zina yapamaz, evlilik dışı ilişkiler kuramaz. Düşman ailenin erkeği ile evlenemez, bir başkasıyla kaçamaz. Kısaca kadının tüm hayatı ailenin kontrolü altındadır. Aslında bu kurallar da daha önceden kurulmuş olan toplumsal yapının devamını sağlamayı hedeflemektedir. Genellikle kızlar ailenin servetinin bölünmemesi için yakın akraba çocuklarıyla evlendirilmektedir. Bu yöntemle aile ekonomik gücünü korumakta, bunun bedelini mutsuz bir hayat yaşamak zorunda kalan kadın ödemektedir. Aynı şekilde uzun yıllar süren aşiret kavgaları bittiğinde aşiretler arası barışı pekiştirmek için de karşılıklı kız alıp vermek suretiyle bir bağ kurulmaya çalışılmakta, bu süreçte kadının fikri dahi sorulmamaktadır (Cengiz, 2003). Cemaat kendi düzenini korumak için kadınları feda etmektedir.

Kadın bireyselliğinin farkında olduğunda ya da bireyselliğini kazanmak istediğinde yani ailenin kararının aksine davrandığında töreyi çiğnemiş olacaktır. Kadının bireyselliğini fark etmesi ve ailenin kararlarına karşı çıkması tehlikesi karşısında töre bunu en baştan önlemenin yolunu da bulmuştur. Kız çocuklarının okula gönderilmemesi bu yüzdendir. Kadın okuyup kültürlenirse, 'gözü açılırsa' bireyselliğini fark edecek, bu durum da onun törelere karşı gelmesine, nihayetinde de aileden birinin mezara birinin hapse gitmesine yol açacaktır. Bu yüzden böyle bir tehlike oluşmadan ailenin reisi tedbirini alır, okul çağına gelen kızını okula kaydettirmez.

Keza evlenen kadının gelin gittiği evde de mutlu ve geçimli, eşine sadık olması da ailenin şerefiyle ilgilidir. Töreler toplumun temelini teşkil eden aileyi korumak için de töreye başvurur. Kadın erkek evine gelinlikle girer kefenle çıkar. Çünkü kadın eşine sadık olmak zorundadır. Eşine sadık olmayan kadının cezasını da ailesi verir.

Güldünya Tören'in hikayesi de aslında kendisiyle aynı kaderi paylaşan kadınlardan farklı değildir. Güldünya yasak aşk yaşadı ve yasak aşkın cezası töreler hukukunda ölümdü. Töre cezayla birlikte cellâdı da belirlemişti. Cellât erkek kardeşi olarak belirlenmişti. Çünkü töreler bunu emrediyordu. Ailenin namusunu korumak ve temizlemek onların göreviydi. Ailesinin kurduğu mahkemede yargılandı. Hamile olduğu için çocuğunu dünyaya getirene kadar yaşamasına izin verildi. Nihayetinde sokak ortasında kurşunlandı. Ölmediği öğrenilince katilleri onu polis tarafından korunan hastanedeki odasında öldürdü.

Cemaat, varlığını korumak için oluşturduğu töreler vasıtasıyla varlığını sürdürmeye çalışır. Bu sistemin aksamadan işlemesi törelere uyulması ile sağlanır. Bireyler töreleri hiçe saydığında cemaatin çıkarı ve varlığı tehlikeye girer. İşte bu noktada töre devreye girerek yapıyı korur. Toplumsal yapıdaki değişme cemaat üyeleri üzerinde korku yaratır. Değişim bilinmeyene doğru yapılan bir yolculuk olduğu için cemaat var olan yapısını korumaya çalışır. Ve her tür değişime karşı çıkar, direnç gösterir. Değişime taraftar olanı dışlar, törelere karşı geldiği için cezalandırır.

Günümüz dünyası Mcluhan'ın ifadesiyle küresel bir köye dönüşmüştür. Artık ülkemizde elektriği olmayan köy kalmamış, modern teknoloji kırsal kesime kadar ulaşmıştır. Radyo sinyalleri kırsal bölgeye cemaat hayatından farklı bir dünyanın, bireyin toplum içerisinde erimediği, bireyliğinin farkında olduğu ve bunu savunduğu bir dünyanın, cemiyet hayatının mesajlarını taşımaktadır. Bu yayınlar yeni yetişen kuşakların bilinçlenmesi ve töreye karşı çıkmasına zemin oluşturmaktadır. Kızları töreleri çiğnemesin diye okula göndermeyen babalar televizyon aracılığıyla iletilen mesajları engellemeyi başaramamışlardır.

Televizyon vasıtasıyla tanışılan bu yeni kültür unsurlarını benimseyen ve bilinçlenen kuşakların bu karşı çıkışlarına töreler şiddetle karşı koymaktadır. Bu isyanı bastırmak için her geçen yıl işlenen töre cinayetlerinin sayısında artış gözlenmektedir. Özellikle Batman'da son yıllarda artan genç kız intiharlarının arkasında yatan sebep budur. Her ne kadar bu olaylar adli kayıtlara intihar olarak geçse de bilinen bir gerçek vardır ki, o da töre cinayetlerini önlemek için alınan hukuki tedbirlere karşı töreyi uygulayanlar da farklı stratejiler geliştirmektedir. Bunun en çok bilinen örnekleri işlenen töre cinayetine kaza ya da intihar süsü vermektir. Traktör kazası, nehire düşerek boğulma en çok rastlanan kaza türleridir. Bunun yanı sıra kendini asma, nehire atma ya da tarımsal ilaçla intihar sıkça rastlanan intihar türleridir (Yıldız, 2003).

Töreler hukukunun uygulayıcıları devletin kendi işlerine karışmaması gerektiğine inanmakta, töre cinayeti işleyenler daha az ceza alabilmek ya da hiç ceza almamak için farklı yöntemler uygulamaktadırlar. Bu durum adeta törelerin modern hukuka bir meydan okuyuşudur. Bu yüzden töre cinayetlerini işleyenler 18 yaş altı çocuklardır. Çünkü bilindiği gibi böyle bir suçu bir çocuk işlediğinde alacağı ceza çok az olacaktır ve birkaç sene yatıp çıkacaktır. Failler bunu bildikleri için kolaylıkla tetik çekebilmektedirler. Hatta failin 11 yaş ve altı olması durumunda hiç ceza almaması da mümkündür. Ayrıca toplum cinayetin bir suç olduğunu kabul etmesine ve katilleri damgalayarak toplum dışına itmesine karşın namus cinayeti sanıklarına diğer katillerden farklı bir statü vermektedir. Toplum, namusunu temizleyeni tekrar bağrına basmaktadır. Çünkü aslında namusunu temizlemesi için katilleri kışkırtan da yine odur.

Cemaat, namusu kirlenen aileden namusunu temizlemesini bekler. Çünkü ailenin namusunu temizlemesi diğer ailelerin çocuklarına da kötü örnek teşkil edecek ancak verilen cezanın uygulanması diğerlerine de ibret olacak düşüncesiyle hareket eder.

Töre cinayetleri uzun yıllardır süregelmekte, bunun engellenmesi için yasal tedbirler alınmakta, sinema eserleri, dizi filmler, belgesel, panel v.b. ile halk bilinçlendirilmeye çalışılmaktadır. Ancak töreler bunlara karşı da varlığını devam ettirmeyi başarmıştır. Çünkü ceza kanununda bu suçların cezalarının artırılması durumunda töre uygulayıcıları bu töreyi kaza süsü vererek uygulamakta ya da kişiye psikolojik baskı uygulayarak onu intihara zorlamaktadır. Aile kararıyla işlenen bir suç olması ve toplumun sessiz onayı hukuk çerçevesinde töre cinayetleriyle mücadeleyi zorlaştırmaktadır. Bu tarz olaylar nadiren adli deliller vasıtayla gün ışığına çıkarılmakta ya da Güldünya Tören olayında olduğu gibi açıktan işlenmediği sürece tespit edilememektedir.

Güldünya Tören cinayetinde failler adalete teslim edilmişlerdir. Çünkü failler töreler uğruna adeta modern hukuka kafa tutarcasına bu cinayeti sokak ortasında işlemiş, amaçlarına ulaşamayınca polis tarafından korunan bir hastane odasına korkusuzca girerek emellerine ulaşmışlardır. Burada dikkatleri çeken önemli bir hususa değinmeden geçemeyeceğiz. Güldünya Tören çocuğunu doğurduktan sonra öldürüleceğini bildiği halde yanında kaldığı amcasının evinden ayrılamamış adeta orada ölümü beklemiştir. Çünkü yeterli eğitimi almamış, belki de yaşadığı köyün bağlı olduğu kasabayı bile görmemiş bir kadının kucağında küçük bir çocukla kaçmayı akıl etse de kaçamayacağı gerçeği ortadadır. Bu durum kadınların güçlendirilmesinin önemini bir kez daha ortaya sermektedir.

Son Söz:

Ülkemizin geleneksel yaşam tarzının sürdürüldüğü bazı bölgelerinde özellikle Doğu ve Güneydoğu Anadolu'da namus kavramı çoğu zaman kadın bedeni ile sınırlandırılmakta, bu kavrayış şiddetin doğrudan yaşam hakkına yönelen en ağır türü olan töre cinayetlerine mazeret oluşturmaktadır. Bu fiil için eski TCK'da özel bir indirim öngörülmesi, ayrıca reşit olmayan çocukların azmettirilerek yaş nedeniyle genel ceza indiriminden faydalanılması, mağduru genellikle kadın olan bu cinayetleri adeta teşvik eder hale getirip hukuk sisteminde ve toplum vicdanında derin yaralar açmaktadır. Tarihsel ve sosyal temelleri olan bu yarayı salt hukuki düzenleme ve yaptırım ile tamamen ortadan kaldırmak mümkün değildir. Ancak kadın, erkek, çocuk toplumun tüm fertlerinin sosyal kalkınma imkanlarından yararlanmaları halinde tüm alanlarda çalışmalar eşzamanlı olarak yürütülmelidir.

Töre cinayetleri geleneksel toplum yapımızın ürettiği bir olgudur. Özellikle namus kavramının algılanışındaki çarpıklık bu cinayetlerin en başta gelen sebeplerinden biridir. Gelenek çoğu durumda toplumsal yapının ayrılmaz bir parçasıdır ve olumlu işlevler üstlenir. Bazı durumlarda ise gelenek toplumsal gelişimin önünde engel olarak durabilmekte ve modern değerlerle çatışmaktadır. Bu sosyolojik olgu öncelikle iyi irdelenmelidir. Yapılması gereken geleneksel yapının olumlu yönlerinin korunması, olumsuz yönlerinin ise evrensel değerler ölçü alınarak değiştirilmesidir.

Töre cinayetlerinin önüne geçebilmenin en iyi yolu da eğitimdir. Konu eğitim kurumlarında, medyada her vesileyle işlenmeli ve bilinçlenme sağlanmalıdır.

Töre cinayetlerinin önüne geçilmesi için bir diğer boyutu hukuksal alan oluşturmaktadır. Polis, savcı ve yargıçların konunun hassasiyetine gösterdikleri önem bu cinayetlerin önüne geçilmesinde vazgeçilmez unsurlardır. Töre cinayetlerinde suçun tespiti, suçlunun cezalandırılması ve verilecek cezanın ölçüsünün iyi saptanması gerekmektedir.

Töre cinayetlerinde cinayet genellikle çocuklara işletilmektedir. Ailenin, çevrenin psikolojik ve toplumsal baskısıyla çocuklar ne yaptıklarının farkında olmayarak bu cinayetleri işlemektedir.

Töre cinayetlerinin mağdurları büyük çoğunlukla kadınlar olmaktadır. Özellikle kırsal kesimde yaşayan kadınlar, kapalı bir toplumsal yapının bütün baskısını üzerlerinde taşımaktadırlar. Bu yüzden kadınların statülerinin yükseltilmesi ve her alanda eşit haklara sahip olmaları sağlanmalıdır.

Önlenmesi İçin;

Hukuk sisteminin gizli ya da açık biçimde yeniden ürettiği, geleneklerden kaynaklanan "genel" ahlâk anlayışı, kadının sosyal yaşamının "ahlâk" sisteminin cinsel hayatta yasakladığı davranışlar içinde bulunmasına olasılık hazırlayacağı sanılan potansiyel her türlü ilişkiyi dışlayacak biçimde sınırlanması anlamına gelecek tarzda kategorik bir baskı uygulamaktadır. Sınırlamanın sorumluluğu ve denetimi erkeğin sırtındadır ve özü itibari ile, kadının cinselliğini hedef almaktadır. Erkeğin ahlâkı ve şerefi kadının namusuna endekslidir. Kadının namusu ise temelde bekaret ve sadakat kurallarına riayete bağlıdır.

Sonuç olarak töre cinayetlerinin engellenmesinin sadece polisiye ve adli tedbirlerle mümkün olmadığı ortadadır. Toplumsal olaylar çok nedenlidir. Bu sorunun çözümü için toplumun tüm kesimlerinin ve kurumlarının aynı istikamette hareket etmesi gerekecektir.

Öneriler:

1. Ekonomik Yapı ve Gelişme
2. Kadının güçlendirilmesi
3. Cemaat hayatından cemiyet hayatına geçilmesi
4. Toplumun bu konuya bakışının değişmesi
5. Eğitim-öğretim
6. Yasal değişikliklerin duyurulması
7. Toplumsal cinsiyet- kadın hakları- kadının statüsü
8. Kuruluşların gelişimi
9. Medya
10. Herkesin eşit eğitim, istihdam, adalet, güvenlik ve sağlık gibi hizmetlerden etkin biçimde yararlanabilmesi (Tezcan, 1999; Soyaslan, 1999)

KAYNAKLAR:

- Anar S. Türkiye'de Kan Davası. Türk Aile Ansiklopedisi. Cilt 2. Aile Araştırma Kurumu Yayınları, Ankara, 1991
- Ankara TCK Kadın Platformu. Türk Ceza Kanunu Kadınlara Neler Getiriyor? Kalan Yayınları, Ankara, 2005
- Avcı M. Türk Hukuk Tarihinde Hukuk Sisteminin Namus Cinayetlerine Yaklaşımı. Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı. AKADER, Diyarbakır, 2003
- Cengiz R. Kan Davasının Toplumsal Değer ve Normlar Açısından sosyolojik Görünümü; Tokat/Erbaa örneği, Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu Bildiri Kitabı. AKADER, Diyarbakır, 2003
- Erkal Mustafa E. Sosyoloji; Der Yayınları, İstanbul 1998
- Kardam F. Türkiye'deki Namus Cinayetlerinin Dinamikleri: Eylem Programı için Öneriler Sonuç Raporu. Koza Yayın, Ankara, 2005
- Öğün A. Kadının Suç İşlemesinde ve Suç Kurbanı Olmasında Geleneklerin Etkisi: Namus Cinayetleri. www.akmb.gov.tr/turkce/books/v.t.kongresi er. tar: 18/07/2006
- Özkaya V. Töre ve Namus Cinayetleri ve Toplumsal Algılama: Bölgesel Örnekler. Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslar arası Sempozyumu Bildiri Kitabı. AKADER, Diyarbakır, 2003
- Soyaslan D. Töre Cinayetlerinin Önlenmesi. Töre Cinayetleri Panel Bidirileri, T.C. Başbakanlık KSSGM, Beyda Basımevi, Ankara 1999
- Tezcan M. Ülkemizde Aile İçi Töre ya da Namus Cinayetleri. Töre Cinayetleri Panel Bidirileri, T.C. Başbakanlık KSSGM, Beyda Basımevi, Ankara 1999
- www.kssgm.gov.tr er.tar: 14/0772006
- www.milliyet.com.tr er.tar: 18/07/2006
- www.tdk.gov.tr er.tar: 10/06/2006
- www.ucansupurge.org er.tar: 21/08/2006
- www.zaman.com.tr er. tar: 18/07/2006
- Yıldız M.C. İntihar Bir Töre Cinayeti mi? Sosyolojik ve Hukuksal Boyutlarıyla Töre ve Namus Cinayetleri Uluslararası Sempozyumu Bildiri Kitabı. AKADER, Diyarbakır, 2003

Isaiah Berlin'in Liberalizmi ve Değerlerin Plüralizmi*

Mehmet TURHAN**
Nur ULUŞAHİN**

Yirminci yüzyılın en büyük siyaset felsefecilerinden biri olan Sir Isaiah Berlin'in önemi sadece düşüncelerinin etkileyiciliğinde değil; bu düşüncelerin yarattığı etkinin son elli yılda azalmak bir yana tersine artmasında da saklı bulunmaktadır. Hatta, öyle ki yirminci yüzyılda yaşanan liberalizm tartışmalarındaki hareketliliğin Berlin'in düşüncelerine paralel bir şekilde geliştiğini söylemek pek de yanlış olmayacaktır. Son derece geniş bir okuyucu kitlesine ulaşabilecek denli akıcı bir üslupla yazan Berlin'in etkileyici düşünceleri, siyaset felsefesi uzmanları, tarihçiler ve filozoflar kadar genel okurlar ya da sadece edebiyat severlere de hitap edebilecek ustalık ve beceriyle yalın bir biçimde ifade bulmuştur. Aktardığı konuya son derece hakim olan düşünür, okuyucuyu metnin dışında tutmayarak, aktif olarak bilimsel tartışmaya çekmeye çalışmıştır. Berlin'in yazılarındaki düşünceler belirli düşünürlerle birlikte ve belli zaman ve yerle bağlantılı olarak aktarıldığı için de, hiçbir zaman soyut ifadenin açmazlarına mahkum olmamıştır. İncelediği düşünürlerin yapıtlarını ayrıntılarına girerek tartışmak yerine; bu görüşlerin bütününden elde ettiği yorumları bazen aslına sadık ve sempatik bir biçimde, bazen onların çağdaşı bir yorumcu gibi aktaran düşünür, hemen her zaman düşün hayatının önemle üzerinde durduğu sorunlara yanıt aramaya çalışmıştır. Örneğin, Saint-Simon, Comte, Hegel ve Marx'ın ileri sürdüğü gibi tarihte genel olarak belirlenebilecek bir örüntü var mıdır? Acaba Aydınlanma Çağının düşünürlerinin iddia ettiği gibi, cehaletten bilgiye, söylencelerden ve çocukça fantezilerden gerçekliğin algılanmasına, gerçek amaçların neler olduğunun farkına varılmasına, gerçek değerlere ve gerçek olgulara ulaşabilmek olası mıdır? Hume'un inandığı ve Vico'nun reddettiği gibi, bütün zamanlarda ve yerlerde aynı olan bir insan doğası var mıdır? Pozitivistlerin iddia ettiği ve yine Vico'nun reddettiği gibi doğa bilimlerinin yöntemleri aynı başarıyla etik, politika ve genel olarak insan ilişkilerine uygulanabilir mi? Eğer uygulanamazsa neden uygulanamaz? İşte Berlin yazılarında okuyucuya bu soruları sormakta ve onlara kendi yanıtını aktarmaktadır. Nadiren de olsa ayrıntıya ve önemsiz bazı problemlere takılmak yerine temel sorunları çözümlemeyi öne çıkaran bu seçkin düşünürün yapıtlarının çok daha geniş kitlelere ulaştırılmasında tüm bu nedenlerle tartışılamaz bir biçimde önem ve yarar bulunmaktadır.

Bu çalışmada, Profesör Berlin'in temel görüşü olarak nitelendirebileceğimiz "değerlerin[1] plüralizmi (çoğulculuğu)" anlayışı ve düşünürün bu anlayış çerçevesinde geliştirdiği liberalizm görüşü, felsefe eğitiminden geçmemiş; ama felsefeye ilgi duyan iki anayasa hukukçusu tarafından incelenecektir.[2]

Bu çalışmada ilk olarak değerlerin plüralizmi olanak olduğu ölçüde Berlin'in yapıtlarından yararlanılarak açıklanmaya çalışılmıştır. Sir Isaiah Berlin değerlerin plüralizmini büyük bir tehlike olarak gördüğü monizm düşüncesine karşıt bir görüş olarak geliştirmiştir. Berlin'in düşüncesiyle ilgili temel sorun değerlerin plüralizminin liberalizmi destekleyip desteklemediği noktasında ortaya çıkmaktadır. Siyasal ve ahlaksal yaşam, birbiriyle yarışan iyiler ve kötüler arasında, kişileri zorlayan; her şekilde bir kayıp ve pek çok zaman da trajedi ile sonuçlanan radikal seçimlerle doludur. John Gray, Berlin'in bu siyasal görüşünü *agonistik liberalizm* olarak adlandırmaktadır. Bu nedenle Berlin'in bu *agonistik liberalizminin* açıklaması ve bu liberalizmin klasik liberalizmden ne farkının olduğu açıklanmaya çalışılmıştır. Berlin hem plüralist hem liberaldir. Ama aynı zamanda Berlin, plüralizmin sınırları konusunda insanlar arasında etik düşünme ve davranmada alt sınırı oluşturan *ortak ahlaki bir ufuk* olduğunu söylemektedir. Yani tartışılmaz bazı değerler düşünüre göre de vardır. O halde incelenmesi gereken bir konu da agonistik liberalizmin rasyonel sınırlarının ne olması gerektiğidir. Bununla bağlantılı olarak temel hakların önceliği konusu bu çalışmada Berlin'in liberalizmi açısından ele alınmıştır. Çalışmadan çıkabilecek temel sonuç Berlin'in *değerlerin plüralizminin liberalizmini desteklediği* olmaktadır.

Isaiah Berlin'e Göre Değerlerin Plüralizmi

Berlin'in belirttiği gibi, Plato'dan günümüze gelinceye dek -özellikle on sekizinci yüzyılda evrensel kabul gör-

(*) Bu yazının özeti 9 Eylül 2006 günü İstanbul'da düzenlenmiş olan Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-III Sempozyumunda tebliğ olarak sunulmuştur.

(**) Prof. Dr. Mehmet Turhan ve Dr. Nur Uluşahin, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı öğretim üyeleri.

(1) Şeylerin özelliklerinin değerli olduğunu belirtmek, karar verirken bu özelliklerin dikkate alınması demektir. Bir başka deyişle, kişinin kendine ve başkalarına yol gösterirken ve seçim yaparken şeylerin dikkate aldığı özellikler değerlerdir denebilir. Değerlere ilişkin bilgi edinmek için değerlendirme olayına bakmak gerekir. Eşya ve olayların sahip oldukları değer özellikleri onların varlık özellikleriyle ilgili değildir. Örneğin bir tablonun boyutları, rengi ve yapımında kullanılan malzemeler o tablonun varlık özellikleridir. Oysa bu tablonun değer özelliği olan güzelliği onun varlık yanından bağımsızdır. Tabloyu güzel olarak değerlendiren olmasa, o tablonun bu özelliğinden söz edilemez. Değerler gerçeklikten de ayrıdır. Değerler düşünsel yani ideal şeylerdir ve bu nedenle geçerlik (validity) dünyasına ilişkindir. Gerçeklik (reality) ise gerçekte olandır ve görgül bir varlığa sahiptir. Değerler konusunda daha geniş bilgi için bakınız: Vecdi Aral, Toplum ve Adaleli Yaşam (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1988), s. 47-93.

(2) Hukukçuların felsefi konulara ilgi duymalarını garipsememek gerekir; çünkü Sokrates'in belirttiği gibi sorgulanmayan bir yaşam yaşanmaya değmez. Sorgulanmayan dogmalara sahip toplumlar ise ilerleyemezler. Bunun yanında Berlin'in belirttiği gibi felsefe başlı başına ilginç bir alandır. Bu konuda Berlin şunları belirtiyor:

"Her şeyden önce felsefi sorular kendinden ilginç sorular. Çoğu kez de bu sorular, birçok normal inançların temelinde yatan varsayımlarla ilgili. İnsanlar varsayımlarının fazla irdelenmesini pek istemezler inançlarının temellerini anlamaya itildikleri zaman kendilerini rahatsız hissetmeye başlıyorlar- fakat, gerçekte sağduyuya dayanan birçok inancın temel varsayımları felsefi çözümlemenin alanına girer. Bu temel varsayımlar eleştiret bir gözle irdelendiklerinde, bazen ilk görünüşlerinden çok az daha sağlam, anlam ve uzantıları ise oldukça bulanık olarak karşımıza çıkar. Bu soruları inceleyerek filozoflar insanların kendi haklarında bilgi edinmelerini sağlarlar." Isaiah Berlin, "Felsefeye Bir Giriş", Bryan Magee, Yeni Düşün Adamları, Çeviri Editörü: Mete Tunçay (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2004), 3-4.

müş değerler temelinde- objektif bir ahlak ve estetik bilimleri oluşturulmak amaçlanmışsa da; bugüne kadar bu konuda gerçek bir başarı sağlanamamış; sürekli değerler konusunda ancak görecilik, sübjektivizm, romantizm ya da kuşkuculuk gibi objektiviteden uzak çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.[3] Değerlerin plüralizmi ise, hem insan yaşamı hem de sosyal yaşam açısından kaçınılması mümkün olmayan olgusal bir gerçekliğe karşılık gelmektedir. Gerçekten de, sayısız çeşitlilikteki yaşam biçimi arasında hangisinin iyi olduğunu söylemek göründüğü kadar kolay değildir. Bazı yaşam biçimleri birbirinden ne daha iyi ne de daha kötüdür. Olsa olsa, farklı bir biçimde her biri değerli yaşam biçimleridir. Benzer şekilde, Berlin'in ifadesiyle herhangi bir siyasal rejim de bir diğerinden ne daha az ne de daha çok meşrudur. Birbirlerine üstünlüğü bulunmayan yaşam biçimleri gibi, bu rejimler de farklı nedenlerle meşru *sayılan* rejimlerdir.[4]

Isaiah Berlin, en basit şekliyle bu ifadelerle aktarabileceğimiz değerlerin plüralizmine,[5] "monizm" olarak nitelendirdiği düşünce biçimine karşıt bir kavram olarak yer vermektedir. Berlin'in monizm tanımı şu üç unsuru içermektedir: 1) Bütün gerçek soruların yalnızca doğru bir yanıtı ve tek bir yanıtı olmalıdır. Verilen tüm diğer yanıtlar hatalıdır. 2) Halen bilinmiyor olsa da, doğru yanıtların keşfedilmesinde, ilke olarak bilinebilir, güvenilir bir yol vardır. 3) Doğru yanıtlar bulunduğunda, birbiriyle uyumlu bir bütün oluşturur; çünkü bir doğru diğer doğruyla uyumsuz olamaz. Zaten, evrenin tutarlı ve uyumlu olduğu yolundaki metafizik varsayım da bunu gerektirir.[6]

"İki Özgürlük" adlı ünlü makalesinde, değerlerin plüralizminden düşünür şu şekilde bahseder: "Adalet ya da gelişme ya da gelecek kuşakların mutluluğu veya bir ulusun, ırkın ya da sınıfın kutsal görevi veya kurtuluşu, hatta bazen toplumun özgürlüğü için kişilerin kurban edilmesini isteyen özgürlüğün kendisi gibi tarihin büyük idealleri önünde kişilerin katledilmesinden her şeyden çok tek bir inanç sorumludur. Bu, geçmişte veya gelecekte bir yerde, tanrısal dile gelişte veya bir düşünürün zihninde, bilimin veya tarihin söylediklerinde ya da yozlaşmamış iyi bir adamın basit kalbinde yer alan bir son çözümün olduğu inancıdır. Bu eski inanç insanların inandığı bütün pozitif değerlerin sonunda birbiriyle uyumlu oldukları ve hatta birbirlerini içerdikleri yargısına dayanır."[7]

Evrensel olarak inanılan ve diğer amaçların üstünde yer alan tek bir insani amaca sahip bir toplum bulunduğunu varsayarsak, bizi ilgilendirecek tek konu evrensel çerçevede kabul edilmiş bu amaca teknik olarak nasıl ulaşılacağına ilişkin doğru yolun veya yolların bulunması olacaktır. Örneğin, insan

(3) Isaiah Berlin, "Does Political Theory Still Exist?", *Concepts and Categories: Philosophical Essays*, Der. Henry Hardy (London: Pimlico, 1999), s. 148.

(4) John Gray, *Two Faces of Liberalism* (Cambridge: Polity Press, 2000), s. 34.

(5) "Plüralizm" karşılığı olarak "çokçuluk" veya "çoğulculuk" da düşünülebilir.

(6) Jashua Cherniss and Henry Hardy, "Isaiah Berlin", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/berlin/, s. 11.

(7) Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", *Liberty*, der. Henry Hardy (New York: Oxford University Press, 2002), s. 212.

yeteneklerinin en üst düzeye ulaşmasına kendini adamış teknokratik bir toplum ya da en fazla sayıda insanın mutluluğunu amaçlayan yararcı bir toplum ya da Thomist veya komünist veya Platoncu; yani bu anlamlarda olmak üzere monistik bir toplum yaratmaya kalkışıldığında bu tür bir durum ortaya çıkacaktır. Siyasal sorular kaçınılmaz bir biçimde değerlerin plüralizmi ile yüzleşmemize neden olurken, tek bir amacı gerçekleştirmeye çalışan teknokratik veya otoriter bir toplum bu gerçeği kabul etmeyecektir. Teknokratik veya otoriter bir toplum için sadece bir amaç ve bu amaca ulaşmaya çalışan teknik yollar bulunmaktadır. Normdan ayrılmanın felâket doğuracağı durumlarda, yani olağanüstü hâllerde, savaşta, devrimlerde, cerrahi müdahalelerde amaç tamamıyla somut bir amaç olduğundan; farklı yorumlara başvurulamadığı gibi somut amaçtan vazgeçmek de mümkün olmaz. Totaliter ve otoriter rejimlerin stratejilerinden biri de toplumda sürekli bir tehlikenin varlığını iddia ederek tek bir amaca kilitlenmek ve buna uygun davranmayanları cezalandırabilmek için hemen her durumu olağanüstü bir durum gibi göstererek hayali düşmanlar yaratmaktır.[8] Toplumsal kaygının yaratacağı huzursuzluk ise at gözlükleri ile tek bir doğruya ya da tek bir amaca kilitlenmeye neden olur. Yazık ki, böyle bir durum sağlıklı düşünme için uygun ortam sağlamaktan son derece uzak kalacaktır.

Profesör Isaiah Berlin, günümüzde birbiriyle uyuşmaz iki görüşün olduğunu belirtmektedir: Birinci görüşe göre, tüm insanlar için bağlayıcı önemde ezeli ve ebedi değerler bulunmaktadır. Şayet bu değerler halen kabul görmediyse, bu amacı gerçekleştirmede kişilerin entelektüel veya maddi, ahlaki ve bazen de sadece kapasitelerinin yetersiz kalmasının buna neden olduğu söylenebilir. Böyle bir bilgiye ulaşmamız tarihin yasaları tarafından engellenmiş olabilir. Hatta, sınıf savaşı birbirimizle ilişkilerimizi o denli bozabilir ki, insanların gerçeği görmesi ve yaşamlarını rasyonel bir biçimde örgütlemesi olanaksız hale gelebilir. Ama zamanla bazı insanlar gerçeği görecek ve evrensel çözümün ne olduğunu mutlaka anlayacak; bunun sonucunda ise, tarih öncesi bitecek ve gerçek insanlık tarihi başlayacaktır. İkinci görüş ise, insanların doğuştan getirdiklerinin, mizaçlarının, yapılarının birbirlerinden farklılık gösterdiğini kabul etmektedir. Herkese aynı şekilde davranmak demek, bu özellikleri yok etmek anlamına gelir. Oysa sadece farklılık veya çeşitliliklerin hoş görüldüğü toplumlarda değil; aynı zamanda bu çeşitliliklerin onaylandığı ve özendirildiği toplumlarda insanlar dolu dolu yaşayabilir. Böyle toplumlarda insanlar son derece geniş bir düşünce yelpazesi içerisinde gelişme ve zenginleşme imkânı bulabilecektir. Sir Isaiah Berlin, J. Stuart Mill'in buna "yaşam deneyimi" adını verdiğini belirttikten sonra, ifade özgürlüğünün tanındığı bu toplumlarda, görüş ve düşüncelerin birbiriyle çatışabildiğini ve şiddete başvurulmadığı sürece bu toplumlarda sürtüşme ve çekişmelere de izin verildiğini açıklamaktadır. Zira, birlik ve beraberlik uğruna bile olsa, farklılık ve çelişkileri yok et-

(8) Berlin, "Does Political Theory Still Exist?", s. 152.

mek yaşamın kendisini ortadan kaldırmak demektir.[9]

Berlin, yukarda aktardığımız görüşlerini "*Mükemmelin Peşinde*" başlıklı yazısında daha da geliştirmiş ve şunları söylemiştir:

> "Belli bir noktaya geldiğimde, tüm bu görüşlerin ortak yanını Platonik bir idealin oluşturduğunu anladım: İlk olarak bütün bilimlerde olduğu gibi bütün gerçek soruların bir doğru yanıtı ve sadece *tek* bir doğru yanıtı olduğu, diğer yanıtların ister istemez hatalı yanıtlar oldukları; ikinci olarak, bu gerçekleri bulabilmek için güvenilebilir bir yolun bulunması gerektiği; üçüncü olarak da bu doğru yol bulunduğunda, a priori olarak bir gerçek diğeriyle uyumsuz olamayacağından, doğru yanıtların zorunlu olarak birbiriyle uyumlu olması ve tek bir bütün oluşturması gereği. Bu tür mutlak bilim kozmik yap-boz bulmacasının çözümüydü. Böylece, etik alanında evreni yöneten kuralların doğru anlaşılmasıyla mükemmel yaşamın ne olması gerektiğini tasarlamamız mümkün olacaktı."[10]

Berlin, insanların takip ettiği geçmişte kabul gören ya da bugün kabul görmekte olan üstün değerlerin tamamının birbiriyle *uyumlu olmayabileceğini* Machiavelli'yi okuyunca anladığını söylemiştir. Bu ise, Berlin için *philosophia perennis*'e dayanan, yaşamın temel sorunlarıyla ilgili gerçek amaçlar ve gerçek yanıtlar arasında hiçbir çelişkinin olamayacağı varsayımını yıkmıştır. Giambattista Vico da, dünyada kendine özgü örüntüsü olan uygarlıkların çokluğunu ortaya koymuştur. Tüm bunlardan sonra, Johann Gottfried Herder'i okuyan ve yazarın farklı yer ve zamanlarda varolan ulusal kültürleri karşılaştırdığını ve her toplumun kendine özgü bir çekim merkezi olduğunu gören Berlin; bu görüşlerin kültürel veya etik görelilik olarak adlandırıldığını belirterek; buna görecilik (rölativizm) denemeyeceğini bunun plüralizm (çokçuluk veya çoğulculuk) olduğunu ileri sürmüştür.[11] Berlin'e göre rölativizm (görecilik) şu şekilde örneklenebilir: "Ben kahve, sen ise şampanya içmeyi tercih ediyorsun. Farklı damak zevklerine sahibiz. Söylenecek fazla bir şey yok." denildiğinde, bu rölativizmdir. Buna karşılık, Berlin'e göre Herder'in ve Vico'nun görüşlerini görecilik olarak nitelendirmek mümkün değildir. Buna ancak çokçuluk, çoğulculuk veya plüralizm denebilir. Plüralizm kavramı insanların izleyebileceği tümüyle rasyonel pek çok farklı amaçlar olabileceğini; insanların farklı konularda birbirlerini anlayarak birbirlerinden yararlanabileceğini göstermektedir. İnsanı insan yapan özellik toplumlar arasında köprü işlevi gördüğünden, zaman ve yer bakımından birbirinden farklı kültürler arasında iletişim kurulması olanaklıdır. Buna karşılık, bizim değerlerimiz bize aittir; onların değerleri ise onlara ait bulunmaktadır. Başka kültürlere ait değerleri eleştirmekte ve kınamakta serbest olsak da, onları anlayamadığımızı veya onların bize hiçbir biçimde hitap etmeyen, farklı zevklere sahip ve farklı koşulların ürünü öznel

(9) Isaiah Berlin, "The Decline of Utopian Ideas in the West", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003). s. 45-46

(10) Isaiah Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003). s. 5-6. Bundan sonra bu yazıya "The Pursuit of the Ideal" olarak atıf yapılacaktır.

(11) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 9-10.

varlıklar olduğunu öne sürmek mümkün değildir.[12]

Berlin bütün iyi şeylerin ve özellikle de insanlık ideallerinin birbiriyle uyumlu olmadığını belirterek şu gözlemde bulunmuştur:

> "Sıradan deneyimlerimizle algıladığımız bu dünyada, eşit güçteki nihai amaçlar ve eşit güçteki mutlak iddialar arasında seçim yapmak zorunda kalmaktayız ve bunlardan bazılarının gerçekleşmesi kaçınılmaz olarak diğerlerinden vazgeçilmesini gerektirmektedir. Gerçekten de, durum böyle olduğu için insanlar seçme özgürlüğüne bu denli büyük önem atfetmektedir. Eğer insanlar, dünyada gerçekleştirilebilecek mükemmel bir devlette ulaşmak istedikleri amaçların hiçbir zaman birbiriyle çatışma içinde olmayacağı konusunda bir güvenceye sahip olabilselerdi, seçim yapmanın gerekliliği ve ıstırabı ile birlikte seçme özgürlüğünün merkezi önemi de ortadan kalkardı. Bu halde bu nihai duruma bizi yaklaştıran her yöntem ne denli çok özgürlüklerimizden fedakarlık etmemize neden olursa olsun, tümüyle haklı olarak görülebilecektir."[13]

Profesör Berlin'e göre açık olan, değerlerin birbiriyle çatışmasının mümkün olmasıdır. Dolayısıyla, uygarlıkların birbirleriyle uyumsuz olması ve uygarlıklar arasında çatışmalar ortaya çıkması da aynı ölçüde olasılık dahilindedir. Kültürler arasında veya aynı kültür içinde birtakım gruplar arasında veya sizle benim aramda benimsediğimiz değerler nedeniyle uyumsuzluklar bulunabilir. Siz her durumda doğruyu söylemekten yana olabilirsiniz; ben ise bunun zaman zaman çok acı verici veya yıkıcı olabileceğine inanabilirim. Bu konudaki görüşlerimizi tartışabilir ve ortak bir noktaya varmaya çalışabiliriz; ama sonunda sizin izlediğiniz yolun benim hayatımı vakfettiğim amaçla uyuşmadığı açıkça ortadadır. Değerler tek bir kişi özelinde de birbiriyle çatışabilir. Böyle bir durum ortaya çıktığında bazı değerlerin doğru, bazılarının ise yanlış olduğunu söylemek mümkün değildir. Adalet bazı insanlar için mutlak bir değerdir. Ancak, adalet değerinin ondan daha alt düzeyde olduğunu kabul edemeyeceğimiz son derece önemli başka bazı değerlerle uygulamada çatışması da mümkündür. Örneğin, katı bir adaletin merhamet veya şefkat ile uyumsuzluk içinde olması çoğu zaman rastlanan bir durumdur.[14] Bunun gibi, özgürlük ve eşitlik insanlığın yüzyıllardır arzuladığı ve ulaşmaya çalıştığı temel değer ve amaçlardan başlıcalarıdır. Ne var ki, Berlin'in ifadesiyle kurtlara tanınacak özgürlük koyunların ölümü olacaktır.[15] Aynı şekilde, güçlüye ve yetenekliye tanınacak tam bir özgürlük güçsüz ve yeteneksiz insanlar için felâket doğurabilir. Dolayısıyla, eşitliğin zaman zaman özgürlüğün sınırlandırılmasına neden olması doğaldır. Sosyal refahı sağlamak, açları doyurmak ve evsizlere ev sağlamak için ekonomik bakımdan güçlü sınıfların özgürlüğünün sınırlandırılması gerekecektir. Bütün iyi şeylerin beraberce varolacağı mükemmel bir bütün veya en son çözüm ulaşılamayacak bir şey olduğu gibi, aynı za-

(12) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 11.

(13) Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", s. 213-214

(14) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 11-12.

(15) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 12.

manda kavramsal olarak da tutarsızdır. Bu nedenle de, iyi şeyler arasında kaçınılmaz olarak sürekli tercihlerde veya seçimlerde bulunmak durumundayız.[16] Bu konuda Isaiah Berlin şöyle söylemektedir:

"O halde en son çözüm kavramı sadece uygulanamaz bir kavram olmayıp, eğer haklıysam, aynı zamanda da bazı değerler birbiriyle çatışmak durumunda kaldığından tutarsız bir kavramdır da. En son çözüm olasılığı –Hitler döneminde bu terimin edindiği insanı dehşete düşüren anlamı hatırımızdan uzak tutsak bile- bir yanılsamaya hatta çok tehlikeli bir yanılsamaya dönüşmektedir. Çünkü eğer bir kişi böyle bir çözümün olası olduğuna inanacak olursa, bunu elde etmek için ödenecek bedel hiçbir zaman çok yüksek sayılmayacaktır: İnsanlığı sonsuza dek adil, mutlu, yaratıcı ve uyumlu kılmak için ödenecek hangi bedel çok yüksek sayılabilir ki? Böyle bir omleti yapmak için kırılması gerekecek yumurtaların sayısının bir sınırı yoktur – Bu Lenin'in, Trotsky'nin, Mao'nun ve bilebildiğim kadar Pol Pot'un inancıdır."[17]

Profesör Berlin'e göre emin olacağımız tek gerçeklik yapılan fedakârlıklardır. Yani, bu uğurda ölenlerdir. Ne yazık ki, onların uğruna canlarını verdikleri ideal ise gerçekleşmemiştir. Yumurtalar kırılmıştır, hatta yumurta kırma bir alışkanlık haline gelmiştir; ama ortada omlet yoktur. Ancak Berlin değerlerin birbirleriyle uyumsuzluklarının çok fazla abartılmasından yana da değildir. Neyin doğru, neyin yanlış ve neyin kötü olduğu konusunda değişik halklar arasında ve uzun zaman dilimi içerisinde geniş ölçekli bir uzlaşma söz konusudur.[18]

Çok önemli bir nokta Berlin'in bazı vazgeçilemeyecek değerlerin olduğunu da kabul etmesidir. Bu konuda aynen şunları yazmaktadır:

"Evrensel değerler olmasa da, her şekilde toplumların yokluğunda zorlukla ayakta kalabileceği bir asgari bulunmaktadır. Bugün için çok azımız köleliği veya törensel bir biçimde insan kurban etmeyi ya da Nazi gaz odalarını veya zevk, kazanç ya da hatta siyasal iyi adına insanlara zarar verilmesini –ya da çocukların Fransız ve Rus Devrimlerinin arzuladığı şekilde anne ve babalarının suçlamalarını veya rasgele adam öldürmeyi savunmak isteyecektir. Böyle bir uzlaşmanın meşruiyeti bulunamaz. Diğer taraftan, mükemmellik arayışı idealistlerin en samimisi tarafından yüreğinin derinliklerinden gelerek talep edilse dahi bana kan dökmeye davet olarak gözükmektedir. Immanuel Kant'tan daha sert bir ahlakçı dünyaya gelmemiştir; ancak o bile bir ilham anında "eğri büğrü insanlık kerestesinden düz bir şey yapılamamıştır.' demiştir. İnsanları dogmatik inanç şemalarının talep ettiği düzgün tek biçem içerisine girmeye zorlamak hemen her zaman insanlık dışı bir yola sürüklenmek anlamına gelir. Biz sadece ne yapabiliyorsak onu yapabiliriz: Ama bunu karşılaştığımız her türlü zorluk karşısında da yapmalıyız."[19]

Berlin bir başka yazısında insanın temel doğasının gereği olarak bazı ahlaki özelliklerinin varolduğundan söz etmektedir:

(16) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 12-13.

(17) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 15.

(18) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 16.

(19) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 18-19.

"Eğer sadece yaşamın amaçları konusunda bizden farklı düşünen, mutluluğu fedakarlığa, ya da bilgiyi arkadaşlığa tercih eden kimselerle karşılaşırsak, onları hemcinsimiz kabul edebiliriz, çünkü neyin amaç olduğuna dair düşüncelerini, amaçlarını savunmak için ortaya koydukları savları ve genel davranışları bizim insanî kabul ettiğimiz sınırlar içerisindedir. Fakat (ünlü örneği verecek olursak) serçe parmağındaki acıyı gidermek için dünyayı neden yok etmemesi gerektiğini anlamayan veya masum insanları suçlamakta ya da dostlarına ihanet etmekte ya da çocuklara işkence yapmakta gerçekten de bir sakınca görmeyen kimselerle karşılaştığımızda, böyle insanlarla karşısında sadece dehşete düştüğümüz için değil, onları bir şekilde insan olarak görmediğimiz –ahlaki eblehler olarak nitelendirdiğimiz için- tartışma imkanımız bulunmamaktadır."[20]

Berlin, birtakım evrensel değerlerin var olduğunu kabul etmektedir. Bu konuda aynen şöyle demektedir:

"Halklar veya topluluklar arasındaki farklılıklar abartılabilir. İyi ve kötü; doğru ve yanlış kavramları olmayan hiçbir kültür varolmamıştır. Örneğin, cesaret bilebildiğimiz bütün toplumlarda hayranlık uyandırmıştır. Evrensel değerler vardır. Bu Leibniz'in verites du fait, verites de la raison olmadığını söylediği, insanlık hakkında ampirik bir olgudur. Bir çok durumda insanların büyük bir bölümünün bilinçli ve açıkça veya davranışları, jestleri ve hareketleriyle ifade ettikleri, ortaklaşa benimsedikleri değerler bulunmaktadır."[21]

İnsan haklarının bu ortak değerler arasında yer aldığını söyleyen Berlin bu konuda da şunları belirtmiştir:

"İnsan hakları kavramı, şu ya da bu milliyet, din, meslek, ya da karakter mensuplarının değil, tüm insanlığın menfaatine olan özgürlük, adalet, mutluluk, şeref ve sevgi gibi belli iyilerin varolduğuna dair doğru inanca dayanır. Bu iyilerle ilgili iddiaları karşılamak ve insanları bu iddiaları inkar eden ya da reddedenlere karşı korumak gerekecektir. Fransız ya da Alman ya da ortaçağ bilgini veya manav olmaları nedeniyle değil, erkek ve kadın olarak insanca hayat sürdükleri için insanların hak ettikleri şeyler vardır."[22]

İşte bunlar insan haklarıdır.

Berlin değerlerin objektif nitelik taşıdığına inanmaktadır. Ayrıca doğru değerler arasında çözümsüz çatışmalar da vardır. İnsanlar sadece gerçeğin veya doğrunun ne olduğu konusunda tartışmazlar, aynı zamanda bu konularla ilgili doğrular üzerinde de çatışırlar. Bu nedenle çatışmaların tek kişinin iç çatışmaları şeklinde de ortaya çıkması mümkündür. Kendimiz için ideal yaşamın gerektirdiği tüm nitelikleri içinde barındıran bir yaşam düşleyebiliriz. Veya her türlü değere saygı gösteren ve bunları uygulayan bir anayasa tasarlayabiliriz. Ama Berlin'e göre, bu her iki proje de başarısızlığa mahkumdur. Değerlerimizin çatışması derin bir çatışmadır ve bu nedenle ideal bir uyumluluk sadece elde edilemez bir şey değil; aynı zamanda kavramsal olarak da tutarsızdır. Zira, bir değerin korunması

(20) Isaiah Berlin, "European Unity and its Vicissitudes", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003), s. 203-204.

(21) Ramin Jahanbegloo, *Conversations with Isaiah Berlin* (London: Phoenix Press, 1993), s. 37.

(22) Jahanbegloo, a.g.e., s. 39.

veya güvence altına alınması ister istemez diğerlerinin terk edilmesi veya sınırlandırılmasına neden olacaktır. Yine Berlin'e göre, önemli değerler arasındaki çatışmalar zaman zaman oldukça önemli zararlar doğurur. Tek bir yaşama bütün maceraları ve güzellikleri sığdırma olanağı bulunmadığından, birer kişi olarak bu yaşamda her istediğimizi elde etmemiz mümkün değildir. Dolayısıyla, tercihlerde bulunma zorunluluğu kaçınılmaz bir sonuç olarak ortaya çıkmaktadır.[23]

Isaiah Berlin, *Batı'da Ütopyacı Düşüncelerin Gerileyişi* başlıklı yazısında ütopyacı görüşlerin ortak yanının bütün insanlar için, her yerde ve her zaman geçerli evrensel doğruları kabul etmek olduğunu; bu doğruların da Stoacılarla, Ortaçağ kilisesi ve Rönesans hukukçularının doğal hukuk ve buna dayalı evrensel hukuk kurallarında ifade bulduğunu belirtmiştir. On altıncı yüzyılda Avrupa'da gerçekleşen Dinsel Devrim sonucunda ortaya çıkan ulus devletlerle birlikte farklı ulusların, farklı köklerin, farklı yasaların, farklı halkların, farklı toplulukların, farklı ideallerin varolduğu ortaya çıkmıştır. Her ulusun kendine özgü bir yaşam biçimi vardı ve bir ulus diğer bir ulusa kendi yaşam biçimini dayatmamalıydı. Reform hareketinin önderleri, özellikle Papanın dinsel otoritesini inkâr ediyorlardı. İşte bu olay, Berlin'e göre, tek bir dünya, tek bir evrensel hukuk ve bunların sonucu olarak bütün insanlar için her yerde ve her zaman geçerli olduğu düşünülen tek evrensel amacın büyüsünü yok etmişti.[24]

Berlin'e göre çeşitlilik ve farklılıklar değerlerin çatışması olasılığını ortaya koyduğu için; özünde güzelin, iyinin ve doğrunun tekliği görüşünü taşıyan doktrinler veya her şeyin sonunda bütünüyle uyumlu bir çözüme kavuşacağını söyleyen teleolojiler veya benzer kuramlar; çeşitlilikleri ve farklılıkları kendi başına izlenmesi gereken bağımsız birer değer olarak kabul etmemektedir. Zira, bu durum erdemli kişiler arasında idealler boyutunda bağdaştırılması mümkün olmayan uyumsuzlukların baş gösterebileceği gerçeğinin kabul edilmesini gerektirir.[25]

Uluslar bakımından evrensel açıdan geçerli değerlerin varlığının reddi, Berlin'e göre, zaman zaman aşırı ulusalcılığa ve saldırgan şovenizme, bireysel veya kolektif olarak kendi görüşlerini uzlaşmaz bir biçimde zorla kabul ettirmenin yüceltilmesine de neden olabilmektedir. Yazara göre, ulusalcılık aşırı biçimlerinde genellikle korkunç ahlaki ve siyasal sonuçları olan, aklın ve gerçekliğin terk edildiği şiddete dayalı patolojik biçimlere de bürünebilmektedir.[26]

İnsan doğasının her yerde ve her zaman özünde aynı olduğu; bu doğanın insanın kendi denetiminin dışında ebedi yasalara tabi olduğu görüşü oldukça az sayıda yazar tarafından sorgulanabilmiştir. Bunu, bilim adına kabul etmek demek; değerlerin yaratıcısı ve onların yok edicisi olarak insanın, evrenin diğer sakinlerinden esirgenmiş olan bir iç yaşama sahip bir süje olarak rolünü azaltmak veya bu rolü inkâr etmek demektir. Thomas More'dan Mably, Saint-Simon, Fourier, Owen ve bunların izleyicilerine kadar modern zamanların en ünlü ütopyacıları insanın temel niteliklerini statik bir şey olarak takdim ederek; aynı biçimde ulaşılabilecek mükemmel toplumun statik bir görüntüsünü sergilemişlerdir. Böylece bu yazarlar insanın kendi kendini dönüştürebilecek bir özelliğe sahip olması ile birlikte, doğanın ve tarihin sınırlamaları içinde insanın birbiriyle uyuşmayan amaçlar arasında serbestçe seçimlerde bulunabilmesi olanağını da reddetmişlerdir.[27]

Düşünüre göre, evren eğlence olsun diye sonradan birleştirilmek üzere birbirinin aynı olmayan birçok parçaya bölünmüş bir yap-boz değildir. Bizler birbiriyle çelişen değerlerle karşı karşıyayız. Bu değerlerin birbiriyle uyuşabileceği görüşü boş bir umuttan başka bir şey değildir. Deneyimlerimiz tam tersini işaret etse de, seçim yapmak ve bir değeri seçerken büyük olasılıkla bir diğer değeri sonsuza dek kaybetmeyi göze almak zorundayız. Bireysel özgürlük lehinde seçimde bulunursak, verimlilik sağlayabilecek bir örgütlenme biçiminden vazgeçmeye zorlanabiliriz. Adaleti tercih etmek, merhametten vazgeçmek; bilgiyi ve bilmeyi tercih etmek ise, saflık ve mutluluktan fedâkarlık anlamına gelebilir. Eğer demokrasiyi seçersek militerleşmenin ya da bir şekilde emir-komuta zincirinin sağlayacağı güçten vazgeçmek durumunda kalabiliriz. Eğer eşitliği önemsersek, belli ölçüde bireysel özgürlükten feragat etmemiz gerekebilir. Kendi yaşamımız için savaşmayı yeğlememiz halindeyse, yaratmak için büyük bir enerji harcadığımız uygar değerleri kaybetme tehlikesiyle yüzleşebiliriz. Tüm bunlara rağmen, insanın onuru ve üstünlüğü seçilen değil, seçen olmasında yatmaktadır. Her ne kadar seçimde bulunmak zaman zaman kişiyi yalnızlığa götürmekte ve bu nedenle güvensizliğe neden olabilmekteyse de; insan seçme özgürlüğünü kullanabildiği için, güvenlik ve huzur karşılığı kendisinin ve diğerlerinin sorumluluk, özgürlük ve saygısını ortadan kaldıracak olan totaliter yapının herhangi bir zerresine yerleştirilmeye karşı çıkarak kendi kendisinin efendisi olabilmektedir.[28]

Berlin ve Agonistik Liberalizm

Berlin'in düşüncesiyle ilgili temel sorun değerlerin plüralizminin liberalizmi destekleyip desteklemediğidir.[29] John Gray'e göre Profesör Berlin'in bütün çalışmaları yerleşik düşünceleri yıkan tek bir düşünceye dayanmaktadır. Değerlerin plüralizmi olarak adlandırılabilecek bu düşünce, değerlerin objektif ve farklı olduğu; farklılıkların yok edilmesinin mümkün olmadığı; birbiriyle çatışan farklı değerlerin çoğunlukla birleştirilmez ve çelişmeleri halinde de herhangi bir rasyonel ölçü temelinde karşılaştırılamaz olduğudur.[30] Bunun siyaset felsefesin-

(23) Ronald Dworkin, *Justice in Robes* (London: Harvard University Press, 2006), s. 108-109.

(24) Berlin, "The Decline of Utopian Ideas in the West", s. 30.

(25) Isaiah Berlin, "Giambattista Vico and Cultural History" *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003), s. 57.

(26) Berlin, "Giambattista Vico and Cultural History", s. 58.

(27) Berlin, "Giambattista Vico and Cultural History", s. 68.

(28) Isaiah Berlin, "European Unity and its Vicissitudes", s. 201-202.

(29) Plüralizm ile liberalizm Berlin'e göre mantıksal olarak birbiriyle ilişkili değildir. Berlin'e göre plüralizm asgari bir hoşgörü gerektirir.

(30) John Gray, Berlin (London: Fontana, 1995), s. 1, 6, 8-9, 25.

deki anlamı bütün gerçek değerlerin ve iyilerin mükemmel bir toplumda gerçekleştirilebileceği düşüncesinin yalnızca bir ütopya olmaktan öte, aynı zamanda tutarsız da olduğudur. Siyasal ve ahlaksal yaşam, birbiriyle yarışan iyiler ve kötüler arasında, kişileri zorlayan; her şekilde bir kayıp ve pek çok zaman da trajedi ile sonuçlanan radikal seçimlerle doludur. John Gray, Berlin'in bu siyasal görüşünü *agonistik liberalizm* olarak adlandırmaktadır.[31] Gray, *agonistik* nitelemesini yaparken hem rekabet unsurunu hem de trajik tiyatrodaki karakterlerin çatışmalarını yansıtan *agon* sözcüğünden yararlanmaktadır. Aslında, egemen liberalizm anlayışı temel hak ve özgürlüklerin ve adaletin temel ilkelerinin birbiriyle uyum içinde olduğu optimist bir görüşe dayanmaktadır. Buradan hareketle Gray, liberalizmin bu yorumuna da Voltaire'in *Candide* adlı eserindeki Dr. Pangloss karakterinden esinlenerek *Panglossian liberalizm* adının verilebileceğini söylemektedir.[32] Buna karşılık, Berlin'in liberalizmi değerler arasında kaçınılmaz olarak çatışmalara ve bu çatışmalar sonucunda onarılamaz kayıplara neden olan birtakım radikal seçimlere dayanan *trajik* bir liberalizm anlayışını ifade etmektedir.[33]

Değerlerin plüralizmini eleştirenlere göre, örneğin John Gray'e göre, agonistik veya trajik liberalizm temel değerlerin sadece karşılaştırılamaz olmasının değil; aynı zamanda değerler arasında çelişkiler ortaya çıktığında bunların karşılaştırılarak sıralamaya tabi tutulmasının da mümkün olamayacağını kabul ettiği için liberal rasyonalizmin savunmasını yok etmektedir. Zira bu tür bir plüralizm, liberal ve liberal olmayan değerlerin birbiriyle karşılaştırılmasını da olanaksız hale getirmektedir. Berlin'in agonistik liberalizmi karşılaştırılamaz değerler arasında rasyonel olmayan; yani, herhangi bir ölçünün, temelin veya ilkenin söz konusu olmadığı radikal seçimler yapmamıza neden olmaktadır.[34] John Gray bu konuda şunları belirtmektedir:

> "Plüralizm gerçeğinden ortaya çıkan, liberal kurumların evrensel otoriteye sahip olamayacağıdır. Liberal değerler varlıklarını sürdürebilmek için liberal olmayan sosyal ve siyasal yapılara dayanan değerlerle çatıştıklarında ve eğer bu söz konusu anti-liberal değerler karşılaştırılamaz nitelikteyse –ve eğer plüralizm doğru ise- liberal değerlerin evrensel önceliğine dayanan bir tartışma yapılamaz. Bunu kabul etmemek demek değerlerin karşılaştırılamazlığı tezinin reddi demek olacaktır."[35]

Buna karşılık, Berlin'i trajik plüralist olarak nitelendirenler yanında onu daha selim bir plüralizm yanlısı olarak görenler de yer almaktadır. Yani agonistik plüralizmin zaman zaman değerlerin rasyonel olarak karşılaştırılmasına izin verdiğini söyleyenler de bulunmaktadır. Kanımca bana da doğru gelen bu görüşü açıklayabilmek için Berlin'in romantizm ve anti-rasyonalizm

(31) Gray, a.g.e., s. 1, 6, 8-9, 25.

(32) Gray, a.g.e., s. 141-168.

(33) John N. Gray, Berlin (London: Fontana, 1995), s. 1.

(34) Gray, a.g.e.,s. 8.

(35) Gray, a.g.e.,s 155.

konusundaki görüşlerine kısaca değinmek gerekmektedir. Bu yapıldığında agonistik plüralizmin liberalizmle uyuşabileceği ortaya çıkacaktır.

Berlin, romantizmin savunduğu anti rasyonalizmin Aydınlama Çağının rasyonalizminin aşırılıklarını giderdiğini belirtmiştir. Berlin, Aydınlanma Çağının rasyonalizmini hem tutarsız bulmakta hem de özgürlükler için bir tehlike olarak görmektedir. Berlin romantikliğe neleri borçlu olduğumuz noktasında şunları söylemektedir:

> "Sanatçının özgürlüğü fikrini romantikliğe borçluyuz ve ne onun ne de genellikle insanların, on sekizinci yüzyılda egemen olan ve halen de insanların olsun toplulukların olsun aşırı-akılcı ve aşırı bilimci çözümlemecilerinin öne sürdükleri aşırı-basitleştirilmiş görüşlerle açıklanabileceği gerçeğini. İnsan işlerinde tek bir yanıtın mutlaka yıkıcı olacağı düşüncesini de romantikliğe borçluyuz: İnsanlığın bütün hastalıklarının tek bir çözümü olduğuna ve bu çözümü her ne pahasına olursa olsun zorlamamız gerektiğine gerçekten inanırsanız, çözümünüz adına şiddetli ve despotik bir tiran olma olasılığınız çok yüksektir; çünkü onun önündeki bütün engelleri kaldırma arzunuz, kendilerinin yararına bu çözümü önerdiğiniz yaratıkların tahrip edilmesiyle sonuçlanacaktır. Pek çok değer bulunduğu ve bunların birbirleriyle bağdaşmaz oldukları anlayışı; bütün o çoğulluk, tüketilemezlik, her türlü insan yanıtlarının ve düzenlemelerinin yetkinsizliği düşüncesi; gerek sanatlarda gerekse yaşamda yetkin ve doğru olmak iddiasındaki hiçbir tek yanıtın ilkece doğru olamayacağı fikri – bütün bunları romantiklere borçluyuz."[36]

Berlin'in agonistik plüralizmi etik ve siyasal seçimlerimizi yaparken aklın tek başına yeterli olamayacağını savunur. Ne var ki, temel değerler arasında yapılan bir seçimin akılla açıklanabilmesi mümkün olmasa da; akıl dışı seçim yapmanın da bir sınırı vardır. Seçim yapma özgürlüğü liberal olmayan seçeneklere kadar gitmeyeceği gibi, temel insan hakları da ihlal edilmemesi gereken değerler arasında yer almaktadır. Kuşkusuz liberal özgürlükler karşılaştırılamaz çoğul değerler olarak birbiriyle çelişebilir. Jonathan Riley'in belirttiği gibi, özellikle bütün etik ve siyasal çelişkileri çözmede ilke olarak aklın yetersiz kalacağı saptaması karşısında, Berlin'in tehlikeli ve yanlış bir ideoloji olarak rasyonalizmin yaygın anlaşılmasını açıkça eleştirmesi onun rasyonalizmin her türüne karşı olduğu anlamına gelmeyecektir.[37] Gerçekten de, aslında rasyonalizmin yaygın anlaşılma biçimi ahlaki evrenimizi düzenleme ve sınırlamada aklın gücünü abartarak, aklın gerçek sınırlarını kabul eden ve rasyonel bir temeli olmayan acı verici seçimler karşısında gerçek rasyonalizme zarar vermektedir.[38] Dolayısıyla, Berlin'in asıl karşı olduğu rasyonalizmin aklın gücünü abartarak etik ve siyasal tercihleri yaparken ak-

(36) Isaiah Berlin, Romantikliğin Kökleri, çeviren Mete Tunçay, hazırlayan Henry Hardy (İstanbul: YKY, 2004), s. 172-173.

(37) Jonathan Riley, "Interpreting Berlin's Liberalism", American Political Science Review, Vol.95 (June 2001), s. 284.

(38) Riley, a.g.m., s. 284.

lın tek başına yeterli olacağını savunmaya varan anlaşılma biçimidir.[39]

Aslında Berlin sadece rasyonalizmi değil anti rasyonalist görüşleri de eleştirmektedir. Berlin'in temelde savunduğu görüş, her türlü rasyonel sosyal ütopyanın terk edilmesi gereğidir. Buna karşılık, rasyonel olarak gerekçelendirilebilecek plüralizm anlayışının liberal sınırları gözetmesi de gerekir. Dolayısıyla, ironik bir biçimde *akla olan inancın;* bir başka deyişle, rasyonel seçimde bulunmanın aynı zamanda Berlin'in liberalizminin temelini oluşturduğunu söylemek de yanlış olmayacaktır.[40]

> Berlin "toplum içinde yaşadığımız sürece iletişimde bulunuruz. İletişim içinde olmasaydık, pek insan olamazdık. 'İnsan' derken kast ettiğimiz şeyin bir parçası, ona söylediğimiz bir şeyin en azından bir kısmını anlamasıdır. Öyleyse, bu açıdan, ortak dil olmalıdır, ortak iletişim ve bir dereceye kadar da ortak değerler varolmalıdır; yoksa insanlar arasında anlaşılabilirlilik olmazdı. Başka bir insanın söylediğini anlayamayan bir insan, pek o kadar insan sayılmaz; onun anormal olduğu söylenir. Öyleyse, normallik olduğu, iletişim olduğu ölçüde, ortak değerler de vardır. Ortak değerler olduğu sürece de, her şeyi benim yaratmış olmam gerektiğini, verili bir şey bulursam onu parçalamam gerektiğini, yapılandırılmış bir şey görürsem, dizginsiz imgelememin önünü açabilmek için onu yıkmam gerektiğini söylemek olanaksızdır. Bu bakımdan, romantiklik mantıksal sonuçlarına kadar götürülürse, sahiden bir çeşit deliliğe varır."[41] demektedir.

Berlin'e göre romantiklik ve onun üzerinde odaklandığı yaratıcı ve dizginsiz imgeleme bazı ortak etik ve siyasal normlarla sınırlandırılmalıdır. Kuşkusuz *ortak ahlaki ufuk* veya düşünceler, bireyler veya gruplar tarafından kendiliğinden seçilen çoğul ve birbirleriyle karşılaştırılamaz idealleri sınırlandırır. Berlin, bu ortak ufkun da rasyonel yöntemlerle keşfedilebileceğini düşünmektedir.[42]

Değerlerin Plüralizmi ve Liberalizm

Liberalizm bireylerin ve grupların istedikleri biçimde yaşamaları, yaşamlarına verdikleri anlama ve benimsedikleri değerlere göre yaşamlarını sürdürmeleri gerektiği yolundaki *aksi kanıtlanabilir bir karineye*[43] dayanır. Yine *aksi kanıtlanabilir bir başka karine de*, liberalizmde bireylerin ve grupların uğraşlarına dışardan bir müdahalede bulunulmamasını zorunlu kılar. Liberal bir devlette bireylerin ve grupların kendi yaşamlarını istedikleri biçimde sürdürebilmeleri gerekir. Bunun için güvenli bir alan yaratma yolunda ise kamu kurumlarına gereksinim vardır. Buna karşılık, liberal bir devlet de bazı durumlarda bireylerin ve grupların etkinliklerini sınırlandırabilir: İlk olarak, farklı meşru etkinlikler arasındaki çatışmaları ve kaçınılmaz olarak varolan uyuşmazlıkları çözmek ve koordinasyon sorunlarını azaltmak; ikinci olarak, bireylerin birbirlerine zarar vermelerini önlemek ve gerekirse cezalandırmak; üçüncü olarak, meşru yaşam biçimlerini meşru olmayanlardan ayıran çizgiyi korumak için ve son olarak da, kültürel ve sivil koşullar dahil olmak üzere zaman içinde kamu kurumlarının durumlarını güvence altına almak amacıyla liberal bir devlette kamu kurumları kişilerin ve grupların etkinliklerine bazı sınırlamalar getirebilir.[44]

Standart liberal görüş, *özerklikle farklılıkların* birbirini tamamladığı ve uyum içinde bulunduğu düşüncesini savunur. Özerklik, kişinin kendi kendini yönetmesi; farklılık da, bireylerin ve grupların iyi yaşamın ne olduğu, ahlaki otoritenin kaynakları, akıl karşısında inanç ve benzeri konulardaki farklı özellik ve kanaatler anlamına gelmektedir. Toplum içinde bir çok alt kültür ve alt grup bireyin özerkliğine ve seçim yapabilmesine fazla değer vermeyebilir. Liberalizm ise, özünde meşru farklılıkların korunması anlamına gelmektedir. Eğer liberalizmin temeline özerk seçim ilkesini koyacak olursak, liberal topluluklarda varolan olasılıkların alanını son derece daraltmış oluruz. Gerçekte bizim ihtiyacımız farklılıklara gereken önemi veren bir liberalizm anlayışı olmalıdır. Farklılıklar Berlin'e göre kendi özgül durumlarından doğan bir değere sahipken, ahlaki evrenimiz de birbiriyle zaman zaman çelişen değerlerden oluşmaktadır.[45]

William A. Galston'a göre, liberal plüralizmin üç kaynağı vardır. Bunlardan ilki yazarın *kendini ifade etme özgürlüğü (expressive liberty)* dediği özgürlüktür. Bundan kastedilen birtakım insanların diğerlerinin yaşamlarına anlam ve değer katan inançlarını yansıtacak biçimde yaşamalarının engellenmemesidir. Örneğin vejetaryen bir kişinin et yemeden toplum içinde rahatça yaşayabilmesi gibi. Çoğumuz inançlarımıza göre davranmamız engellendiğinde mutsuz oluruz, sinirleniriz ve kızarız. Kendini ifade etme özgürlüğü insanlar için iyi bir şeydir. Ancak tek iyi şey de değildir ve zaman zaman bu özgürlüğün de kısıtlanması gerekebilir. İnsanların her türlü samimi inancı korunamaz. Örneğin, bazı dinlerde ve kültürlerde görülen insan kurban etme kuşkusuz yasaklanacaktır. Ama her ne kadar günümüzün uygar ülkelerindeki

(39) Isaiah Berlin ayrıca "dizginsiz" romantizmi onaylamadığını açıkça söylemektedir. İnsanların birbiriyle ilişki kurabilmeleri ve birbirlerini anlamaları için bazı ortak değerlere sahip olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Ayrıca Berlin'e göre faşizmin romantizmle ilişkisi vardır: "Faşizm de romantikliğin mirasçılarından biridir; akıl-dışı olduğu için değil –çünkü birçok öyle akım olmuştur-, seçkinlere inandığı için değil –çünkü birçok hareket bu inançtadır. Faşizmin romantikliğe bir şeyler borçlu olmasının sebebi, yine, bir insanın ya da grubun, örgütlenmesi, öngörülmesi, akılcılaştırılması olanaksız bir tarzda ileriye atılan önceden kestirilemeyecek iradesi fikridir. Faşizmin yüreği burasıdır: Önderin yarın bize ne söyleyeceği, ruhun bizi nasıl hareket ettireceği, nereye gideceğimiz, ne yapacağımız – bunlar önceden bilinemez. Histerik biçimde kendini vurgulama ve sınırsız iradeyi engelliyor diye, varolan kurumların nihilistçe tahribi ve bunun insanı insan kılan tek şey sayılması; kendi iradesi daha güçlü olduğu için üstün kişinin altakini ezmesi; bu, romantik akımın doğrudan bir kalıtıdır – hiç kuşkusuz son derece çarpıtılmış ve kılık değiştirilmiş olarak, ama yine de bir kalıt. Bu miras bizim yaşamlarımızda gayet güçlü bir rol oynamıştır." Berlin, *Romantikliğin Kökleri*, s. 171-172.

(40) Riley, a.g.m., s. 285.

(41) Berlin, *Romantikliğin Kökleri*, s. 171.

(42) Riley, a.g.m., s. 285. "The common moral horizon of the species" olarak Gray'in adlandırdığı Berlin'in düşüncesini "ortak ahlaki ufuk" olarak çevirdik. Bu çeviriyi "species" sözcüğünü çevirmeden yaptık. "Türlerin ortak ahlaki ufku" gibi bir adlandırma Türkçe'de karışıklık yapabileceği nedeniyle bu yola gidilmiştir. Riley de deyişi böyle kullanmaktadır. Bakınız. Riley, a.g.m., s. 288.

(43) Karine bilinen bir olaydan bilinmeyen diğer bir olayı ortaya çıkarmak olarak tanımlanabilir. Hukukta aksi kanıtlanabilir karinenin yanında, aksinin hiçbir biçimde kanıtlanması olası olmayan bir yasal karine türü de vardır.

(44) William A. Galston, *Liberal Pluralism: The Implications of Value pluralism for Political Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), s. 3.

(45) Galston, a.g.e., s. 27.

değerlerle çatışıyorsa da, İslamiyet ve Musevilikte var olan bazı gelenekler insanlık onurunu zedelemediği sürece korunacaktır. Örneğin, Müslümanlıkta kadınların eğer isterlerse başlarını örtebilmeleri veya erkeklerin sünnet olmaları gibi. Kendini ifade etme özgürlüğü sadece birbirlerinin yaşamlarına karışmayan kişilerden oluşan toplumlarda gerçekleşebilir. Kendini ifade etme özgürlüğünün uygulamada anlamlı olabilmesi için, özgürlük ahlakının özgürlük sosyolojisi ve politikasıyla tamamlanması gerekir. Gerçi kurumsal düzenlemelerle kişilerin birbirlerinin yaşamlarına karışmaması belirli ölçüde gerçekleştirilebilir. Ama toplumda eğer yaygın bir biçimde herkesin kendini ifade ederek yaşamasına saygı duyulmuyorsa bunu gerçekleştirebilmek pek olası değildir.[46]

Meşru inanç ve uygulamaların alanı dar olsaydı, kendini ifade etme özgürlüğü çok anlamlı bir özgürlük sayılmayabilirdi. Ne var ki, toplumların çoğunluğunda değerlerin plüralizmi söz konusu olduğundan, meşru inanç ve uygulamaların alanı pek dar değildir. Değerlerin plüralizmi, değerler arasındaki ilişkilerin belirli bir biçimde yapılandırılabileceğini; fakat sürekli bir biçimde, koşulları dikkate almaksızın ne tür fedâkarlıklar gerektirdiğini; hesaplamadan bazı değerlerin diğer değerlerden daha önemli görülebileceğini savunmanın mümkün olamayacağını ifade etmektedir. Plüralistler bütün değerlerin bir tek değere yöneldiği yolundaki görüşleri de kabul etmez.[47] Temel değerler her ne kadar ölçülemez veya bir ölçüye dayanarak değerlendirilemezse de karşılaştırılabilirler. Yapılan karşılaştırma sonucunda gerekçeli bir biçimde neden bir değerin diğer değer karşısında üstün tutulduğu söylenebilir. Bunun aksini iddia etmek değerler arasında yapılan seçimlerin tümüyle keyfi olduğunu kabul etmek anlamına gelir ki, Berlin'in kastettiği herhalde bu olmasa gerekir.[48]

Liberal plüralizmin üçüncü kaynağını siyasal plüralizm oluşturur. Siyasal plüralizm yirminci yüzyılın başında J. N. Figgis, G. D. H. Cole ve Harold Laski gibi siyasal bilimciler tarafından geliştirilmiştir. Siyasal plüralistlerin temel eleştirisi her konuda yetkili olan, egemen devlet anlayışına yöneliktir. Onlara göre sosyal yaşam pek çok sayıda egemenden veya otoriteden oluşur. Bunlar örneğin bireyler, anne ve babalar, dernekler, kiliseler, devlet kurumları ya da diğerleri olabilir. Ancak bunlardan hiçbiri her koşulda ve tüm amaçlar çerçevesinde tek egemen konumda bulunamaz. Devlet dışındaki otoriteler kaynağını ve yetkilerini devletten almazlar. Belli kurallar çerçevesinde işleyen bir devlet düzeni toplum içerisindeki diğer otoritelerin tamamını yaratmasa da onları tanır.[49]

Galston'a göre eğer ahlaki plüralizm ahlaki evrenimizin yeterli bir çizimini bize sunuyorsa, yaşanmaya değer insan yaşamlarının alanı da çok geniş demektir. Bazı yaşam biçimleri insanlığın asgari standartlarını zedeliyor olsa da, pek çok yaşam biçimi için bu

(46) Galston, a.g.e., s. 29.

(47) Galston, a.g.e., s. 31.

(48) Galston, a.g.e., s. 35.

(49) Galston, a.g.e., s. 36.

söylenemez. O halde, insanlığın sahip olduğu kendini ifade etme özgürlüğü normuyla korunan alan son derece kapsamlı olmalıdır. Ahlaki plüralizm ile siyasal plüralizm birbirini desteklemektedir. Şunu da söylemek gerekir ki, bütün içsel değerler siyasal değerler olmayıp çoğu değer aileyle, sosyal yaşamla ve dinle ilgilidir. Bunlar siyasal düzenle ilişkilendirilerek anlaşılmaya çalışılacak olursa yeterince anlaşılamaz. Kuşkusuz bu değerler siyaseti etkiler; ama bunlar sadece siyaset için varolan değerler değildir ve ayrıca siyasal değerler her koşulda önceliğe sahip değerler de olamazlar.[50]

Değerlerin plüralizmini esas alan politikalar her yerde ve bütün zamanlarda herkes için iyi olacak tek bir yaşam biçimini seçemez veya yaygınlaştırmaya çalışamaz. Değerlerin plüralizmini kabul eden liberalizm, A yaşamının B yaşamından iyi olduğu veya C yaşamının kabul edilemez olduğu yolundaki savlara şüpheyle bakacaktır. Değerlerin plüralizmini esas alan liberal devlet, özerk yaşam biçimlerine saygı gösterir; herkes için geçerli olacak bazı değerleri kabul ettirmeye çalışmaz. Bütün yurttaşların kabul etmek zorunda oldukları uygulamaları ve ilkeleri anayasada yer alacak az sayıdaki temel ilkeyle sınırlı tutar. Devlet, bireylerin ve grupların istedikleri ve önem verdikleri değerlere uygun yaşayabilmeleri için gerekli koşulları yaratmaya çalışır. Bireylerin istemedikleri yaşam biçimlerinden rahatça ayrılabilmesi veya çıkabilmesi hakkını sonuna kadar savunur. Bir başka deyişle, bu tür bir liberalizm, "özgür olmak demek, hapiste olmamak demektir" biçimindeki negatif özgürlük anlayışını ciddiye almakla birlikte, özgürlüğe gerekli değeri vermeyen yurttaşlara da saygı ve anlayış gösteren bir devlettir.[51]

Bu açıklamalar sonunda sonuç olarak şunlar söylenebilir: Modern yaşamın anlaşılmasında birbirinden farklı ve değişik tarihsel kökene sahip iki bakış açısı vardır. Bunlardan birincisi, *özerklik* kavramına değer verir. Özerklik, Aydınlanma Çağının bir projesi olup dışardan empoze edilen otoriteden akıl yoluyla kurtuluş deneyimini ifade etmektedir. Bu projeye göre akıl yoluyla gözden geçirilmiş ve değerlendirilmiş yaşam, geleneklere veya inanca dayanan yaşam biçiminden üstündür. Buna alternatif olan bakış ise, *farklılığı* öne çıkarır. Farklılık projesinin kökeni ise, Reform hareketlerine bağlanabilir. Bu projede esas olan yurttaşların (kamusal) birliği çerçevesinde karşılıklı hoşgörü yoluyla farklılıkları kabul ederek ülkeyi yönetebilmektir.[52] Berlin'in liberalizmi kuşkusuz farklılıkları öne çıkaran bir liberal anlayıştır.

Agonistik Plüralizmin Rasyonel Liberal Sınırları

Berlin'in ifadesiyle ancak bir deli bütün değerlerin ve kültürlerin karşılaştırılamaz olduğunu savunabilir. Bir başka deyişle, rasyonel bir insan agonistik plüralizmi ancak belirli sınırlar içinde kabul edebilir. Berlin, plüralizmin sınırları konusunda insanlar arasında etik düşünme ve davranmada alt sınırı oluşturan *ortak ahlaki bir ufuk*

(50) Galston, a.g.e.,s. 38.

(51) Galston, a.g.e.,s. 62.

(52) Galston, a.g.e.,s. 21-26.

olduğunu söylemektedir. Sir Isaiah Berlin Nazi kültürünü ise, ortak ahlaki eşiğin altına düşmesi nedeniyle eleştirmektedir.[53] Berlin hem bir plüralist hem de bir liberaldir.

Isaiah Berlin'in *ortak ahlaki ufuk* veya *ortak evrensel değerler* biçimindeki kategorileri geniş, genel ve soyut bir biçimde anlaşıldığında, insan topluluklarının büyük çoğunluğunun hatta hiç bir biçimde liberal olmayan toplumların bile bu koşullara uygun olduğu iddia edilebilecektir. Bu nedenle Berlin'in söz konusu kategorilerinin çok geniş olduğu ve liberal toplumlarla liberal olmayan toplumları birbirinden ayıramayacağı ileri sürülmüştür[54] John Gray bu konuda şunları belirtmektedir:

> "Liberal evrenselciler, liberal değerler olarak kabul ettiklerinin her rejim için bağlayıcı olduğunu ileri sürmektedir. Liberal rölativistler ise, evrensel değerler olduğunu inkâr eder. Her ikisi de yanılmaktadır. Çağdaş rejimlere uygulanabilecek asgari meşruluk ve medenilik standartları bulunmaktadır; ama bunlar büyük ölçüde liberal olmayan değerlerdir"
>
> "Çağdaş tarihe bakacak olursak bu standartları karşılayan rejimlerin tek bir çeşit olmadıkları görülecektir. Bazı liberal olmayan rejimler meşruluk standartlarını liberal devletlerden daha iyi karşılayabilmektedir".

Osmanlı İmparatorluğundaki *millet* sistemini liberal olarak değil ama bir hoşgörü ortamı olarak kabul eden Gray bu konuda da şunları belirtmiştir:

> "Osmanlı İmparatorluğunu liberal bir rejim olarak düşünmek çok abartılı bir düşünce olur. Osmanlı İmparatorluğunun ayırt edici kurumu *millet* sistemiydi: Bu sistemde ülkedeki farklı dinsel topluluklar tanınmakta ve kendi mensupları üzerinde yetkilere sahip olmalarına izin verilmekte ve yasalarca da korunmaktaydı. *Millet* sisteminde Müslümanlarla Müslüman olmayanlar arasında eşitlik kabul edilmemekte ve tek tanrılı dinler dışındaki dinlere bir koruma getirilmemekteydi."[55]

Berlin bir rölativist olmayıp plüralisttir. Yani Berlin evrensel değerlerin varlığına inanmaktadır. Bu konuda tartışma yapmanın anlamı yoktur. Sorun Berlin'in evrensel değerler kategorisinin çok geniş olup olmadığıdır. Berlin'e göre, değerlerin plüralist doğası insanların günlük deneyimlerinden de ortaya çıkan bir gerçektir. Bu, rasyonel düşünme yeteneğine sahip herkesin anlayabileceği gibi *ortak ahlaki ufkun* bir parçasıdır. Liberal değerler liberal olmayan değerlerden daha üstündür. Berlin'e göre, uygar toplumlarda yaşayan rasyonel insanların temel insan haklarının korunması gerektiği noktasında anlaşmaları gerekir. Rasyonalizm, liberalizmin ahlaki üstünlüğünü onayladığından, agonistik plüralizm liberal ve liberal olmayan değerler arasındaki çelişkilere uygulanamaz. Bu iki tür değer ve kültür birbiriyle rasyonel olarak karşılaştırılabilirse de, bunlar arasındaki çatışmalar liberalizm lehine sonuçlandırılmalıdır. Rasyonel bir agonistik liberal kişi, Berlin'in delilik

(53) Gray, *Berlin*, s. 157.

(54) Bakınız: Gray, *Berlin*, s. 158. "Ortak ahlaki ufuk" kavramı Gray'e göre liberalizme bir ayrıcalık getirmemektedir.

(55) John Gray, *Two Faces of Liberalism* (Cambridge: Polity, 2000), s. 109.

suçlamasından kurtulabilmek için temel liberal değerlerin insanlığın yarattığı diğer değerlerden daha önemli olduğunu kabul etmek zorundadır.[56]

Herhangi bir siyasal sistemin asgari ölçüde liberal bir sistem olabilmesi için öncelikle temel insan haklarını gerçekleştirmesi gerekir. Böyle bir sistemin mutlaka bir demokrasi olması da gerekmez; çünkü anayasal bir monarşi de insan haklarını ve sınırlı devleti gerçekleştirebilir. Profesör Berlin'e göre, çok daha gelişmiş bir liberal süreçte dahi – yani, yetkin bir hak ve özgürlük düzeni içerisinde belli denge ve denetim mekanizmalarıyla sınırlandırılmış bir çoğunluk yönetiminde bile- insanların değerlere dair çelişkilerini bütünüyle siyasal süreç çerçevesinde çözümlemeleri mümkün olmayacaktır. Tıpkı romantikler gibi, Berlin de karşılaştırılması olanaksız olan ideallerin yarattığı çatışmanın rasyonel biçimde çözümlenemeyeceğini ifade etmektedir.[57]

Gerçekten de, liberal siyasal süreç rasyonel olarak birbiriyle karşılaştırılamayan değerleri çözümleyemez. Agonistik liberal rasyonalistler liberal siyasal süreci maksimal seçenekler arasında radikal seçimlerde bulunmak olarak tanımlar. Bu seçeneklerin hepsinin liberal değerlerle uyumlu olması gerekir; ama bu durum rasyonel açıdan birbiriyle karşılaştırılamayan değerlerin rasyonel olarak bir sonuca bağlandığı şeklinde de yorumlanamaz. Buna karşılık, rasyonel olarak en iyi olanın saptanması mümkün değilse de, belli zamanda ve belli yerdeki kamusal amaçların çokluğu böyle bir seçimin yapılmasını zorunlu kılmaktadır.[58] Agonistik liberal sistemlerde bu seçimin yapılabilmesi için başta temel haklar olmak üzere birtakım liberal kurumsal araçlara ihtiyaç olacağı açıktır. Anti liberal seçeneklerin veto edilmesi işlevini üstlenen bu araçlar ise, anayasa yargısı, kuvvetler ayrılığı ya da diğer denge ve denetim mekanizmaları gibi anayasal devleti gerçekleştirdiği bilinen araçlardır.

Negatif ve Pozitif Özgürlükler

Profesör Berlin negatif özgürlükle pozitif özgürlük arasındaki farklılığı bir konuşmasında şöyle açıklamaktadır:

> "Birbirinden farklı iki soru bulunmaktadır. Bunlardan ilki, 'önümde kaç kapı açıktır'; diğeri ise, 'burada bu kapılardan kim sorumludur? Burayı kim denetlemektedir'. Bu sorular iç içe geçmiştir; fakat aynı değillerdir ve farklı yanıtlar gerektirirler. Negatif özgürlüğün kapsamıyla ilgili soru önümde hangi engellerin bulunduğuyla ilgilidir. İster doğrudan, ister dolaylı, ister kasten, ister kurumsal olarak neleri yapmaktan alıkoyulmaktayım? Diğer soru ise, 'beni yöneten kimdir?' Beni başkaları mı yönetmektedir, yoksa kendi kendimi yönetebilmekte miyim? Eğer başkaları beni yönetiyorsa, hangi hakla ve hangi yetkiyle bunu yapmaktadırlar? Eğer kendi kendimi yönetmek ve özerklik konusunda bir hakka sahipsem, bu hakkı kaybetmem mümkün müdür? Ondan vazgeçebilir miyim? Feragat edebilir miyim? Onu sonra tekrar kazanabilir miyim? Ne şekilde tekrar kazanabilirim? Yasaları kim yapmaktadır? Ya

(56) Riley, *a.g.m.*, s. 288.

(57) Riley, *a.g.m.*, s. 289.

(58) Riley, *a.g.m.*, s. 290.

da kim uygulamaktadır? Bu sırada bana danışılmakta mıdır? Çoğunluk yönetebilmekte midir? Neden? Pekiyi, Tanrı yönetebilmekte midir? Ya rahipler? Ya parti? Ya kamuoyu baskısı? Yoksa gelenekler mi yönetmektedir? Hangi yetkiyle yönetebilirler? Bu farklı bir sorudur. Her iki soru ve alt soruları da temel ve meşru sorulardır. Her ikisinin de yanıtlanması gerekir?[59]"

Düşünür, pozitif özgürlüğün mantıksal olarak negatif özgürlükten çok da uzak olmadığını ve özgürlüğün bu iki görüntüsünün birbirinden tümüyle farklı tutulamayacağını; buna karşılık bunların aynı şeyler de olmadığını belirtmektedir. Örneğin, demokratik öz yönetim mantıksal olarak negatif özgürlüğe iyi bakmayabilir. Bazen demokratik öz yönetime katılma hakkı, mülkiyet haklarıyla veya mahremiyet hakkıyla ya da bu hakların temsil ettikleri değerlerle çatışabilir. Berlin, pozitif özgürlüğün geçerli evrensel bir değer olduğundan; bir başka deyişle, içkin bir biçimde değerli olduğundan kuşku duymamaktadır. Berlin'in vurguladığı mesele, negatif özgürlüğün tersine pozitif özgürlüğün tarihsel olarak çarpıtılarak rasyonel açıdan kendini mükemmelleştirme gibi sahte ideallere konu yapıldığı ve bu ideallerin gerçekleştirilmesi adına otoriter yönetimlerin meşrulaştırılmasına araç olduğudur. Berlin, negatif özgürlüğün de bu biçimde bir saptırılmaya uğrayabileceğini belirtmekle birlikte, negatif özgürlüğün henüz bu tür bir olumsuzluğa araç olmadığını söylemektedir. Berlin'e göre, negatif özgürlük tarihsel açıdan çarpıtılmaya çok daha sınırlı bir biçimde müsait olduğundan, negatif özgürlüğün doğası itibarıyla özgürlük temel düşüncesine daha uygun düştüğü söylenebilir. Berlin, bu konuda şunları belirtmektedir:

"Pozitif özgürlük karşısında negatif özgürlüğü savunmamdan ve negatif özgürlüğün daha uygar olduğunu söylememden şüphe duyulmasının tek nedeni, insanca bir yaşam için tabii olarak gerekli olan pozitif özgürlük kavramının negatif özgürlüğe oranla daha sıklıkla kötüye kullanılmış ya da çarpıtılmış olduğunu düşünmemdir. Bu kavramların her ikisi de siyasal ve etik olarak karşıtlarına dönüştürülebilir. George Orwell, bu konuda son derece ustadır. Halk 'Ben sizlerin gerçek isteklerinizi ifade ediyorum. Siz ne istediğinizi bildiğinizi sanabilirsiniz; ama Ben, Führer, biz, Parti Merkez Komitesi, sizi kendinizden de iyi tanırız ve eğer 'gerçek' ihtiyaçlarınızı bilebilseydiniz bizden ne isteyecek idiyseniz size onları sağlarız' demektedir. Kaplanlarla koyunlar eşit özgürlüğe sahip olmalıdır dediğimde negatif özgürlük karşıtına dönüşmüştür ve devletin zorlama gücü kullanılmadığı sürece kaplanların koyunları yemesine neden olsa da, bundan kaçış yoktur. Kuşkusuz kapitalistlerin sınırsız özgürlüğü işçilerin özgürlüğünü yok eder, fabrika sahiplerinin veya anne ve babaların sınırsız özgürlüğü çocukların kömür madenlerinde çalıştırılmasına yol açabilir. Hiç kuşkusuz zayıflar güçlüler karşısında korunmalıdır ve özgürlüğün bunu sağlayacak biçimde sınırlandırılması gerekir."[60]

Özgürlük düşüncesinin kendisi agonistik liberalizmin gücü karşısında bir dokunulmazlığa sahip değilse, o zaman rasyonel olarak birbirleriyle karşılaştırılmaları mümkün olamayacak liberal kültürlerin çatışması olasılığı da var demektir. Her bir liberal kültür farklı bir özgürlük kavramına veya bir dizi farklı hak ve özgürlüklere dayanılarak inşa edilebilir. Daha genel olarak ifade edilirse, her kültürün farklı bir liberal siyasal süreçle ilişkilendirilmesi mümkündür. Bu liberal kültürlerin olası bazı sonuçlarının çakışması bu kültürlerin direktifleri arasında çatışmalar yaratabilir ve olasılıklar her yönüyle dikkate alındığında seçeneklerin oluşturduğu evrensel liberal sıralamasında rasyonel belirsizlik ortaya çıkabilir. Ne var ki, bu belirsizliği ortadan kaldırabilecek *tek bir* en iyi liberalizm mevcut değildir.[61]

(59) Jahanbegloo, a.g.e., s. 40-41.

Temel İnsan Haklarının Önceliği

Berlin özgürlüğün çoğul bir kavram olduğunu belirtmektedir. Bununla beraber, özgürlük diğer değerlerden daha önemlidir ve Berlin'e göre bu kabul "normal insan olmanın" doğal sonucundan başka bir şey değildir. Temel haklarla bağlantılı değerlerin diğer değerlerle çatışması durumunda ise, temel hakların diğer değerlerin önüne geçmesi zorunludur. İşte bunlar sağlandığında bu toplumlarda bireysel özgürlüğün asgari alanı da ihlal edilmemiş olacaktır.[62] Berlin özgürlüğün önemini şu şekilde açıklamaktadır:

"Ama demokrasiler, demokratiklik niteliklerini sona erdirmeden, özgürlüğü ortadan kaldırabiliyorlarsa, en azından liberallerin bu sözcüğü kullandığı anlamda, bir toplumu gerçekten özgür yapacak olan nedir? Constant, Mill, Tocqueville ve benimsedikleri liberal geleneğe göre, hiçbir toplum birbiriyle ilişkili şu iki ilke tarafından yönetilmedikçe özgür olamaz: İlk olarak haklar dışında hiçbir yetki veya iktidar mutlak olarak kabul edilemez ve bu nedenle bir ülkeyi hangi iktidar yönetirse yönetsin herkesin insanlık dışı davranışı reddetme konusunda mutlak bir hakkı vardır; ve ikinci olarak, yapay olarak çizilmemiş, içinde insanların zedelenemeyeceği sınırlar vardır; bu sınırlar o kadar uzun süredir ve yaygın olarak kabul edilmiştir ki, bunlara uyma normal insan olma kavramının içinde görülmüştür ve bu nedenle de aksi delilik ve insanlık dışı

(61) Riley, a.g.m., s. 291.

(62) Berlin negatif özgürlük ile ilgili şunları bize aktarmaktadır: "Plüralizmin gerektirdiği 'negatif' özgürlük ölçüsü bana, aşırı disipline dayanan otoriter düzenlemelerde sınıfların, halkların ya da bütün insanlığın kendi kendine hükmetmesi biçimindeki 'pozitif' ideali arayanların amaçlarından daha gerçek ve daha insani bir ideal olarak gözükmektedir. Daha gerçektir çünkü en azından insanın amaçlarının çok olduğunu, tümünün birbirleriyle karşılaştırılamayacağını ve bu amaçların birbirleriyle sürekli rekabet içinde olduklarını kabul etmektedir. Tüm değerlerin tek bir skala üzerinde sıralandırılabileceğini, böylece en yüksekte yer alan değerin belirlenmesinin sadece basit bir incelemeyle gerçekleştirilebileceğini varsaymak bana insanların özgür olduğunu yalanlamak ve ahlaki açıdan karar vermenin kural olarak sıralamayı gösteren bir cetvele baktılarak gerçekleştirilebilecek bir şey olduğunu söylemek gibi gelmektedir. Sonunda, her şeyin birbiriyle uzlaştığı, gerçekleşmesi olası bir sentezde görevin çıkar ya da bireysel özgürlüğün saf demokrasi veya otoriter bir devlet olduğunu söylemek, kendi kendini kandırmanın veya bilinçli bir ikiyüzlülüğün üstüne metafiziksel bir battaniye örtmek demektir. Bu daha insanidir çünkü (sistem kurucular gibi) insanları, uzak ya da tutarsız bir ideal adına, kendilerini öngörülemez bir biçimde değiştiren insanlar olarak yaşamlarının vazgeçilmez parçalarından yoksun kılmaz. Sonuçta insanlar mutlak değerler arasında seçim yaparlar; bu seçimleri yaparlar, çünkü yaşamları ve düşünceleri, geniş zaman ve mekan içinde ve nihai kökenleri ne olursa olsun, varlıklarının ve düşüncelerinin bir parçası, kimliklerinin bir anlamı olan ve onları insan yapan şeyin parçası temel ahlaki kavramlar ve kategoriler tarafından belirlenir." Berlin, "Two Concepts of Liberty", s. 216-217.

kavramlarını akla getirir olmuştur; örneğin bir mahkeme veya egemen bir organ tarafından bu kuralların ortadan kaldırabileceğini söylemek çok saçma olur. Normal bir insandan söz ettiğimde, söylemek istediğimin bir yönü, bu insanın tiksinti ve pişmanlık duymadan bu kuralları kolayca savsaklayamayacağıdır. Yargılanmadan kişinin suçlu ilan edilmesi durumunda, geçmişe yürüyen yasalarla kişiler cezalandırıldığında, çocuklar anne ve babalarını ihbar etmeye ve arkadaşlar birbirlerine ihanete zorlandığında, askerler barbarca yöntemlere başvurduklarında, insanlar işkenceye uğradıklarında veya öldürüldüklerinde veya azınlıklar ülkedeki çoğunluğu veya diktatörü kızdırdıkları için soykırımına uğradıklarında ihlal edilen kurallar bu gibi kurallardır. Bu gibi eylemler egemen kişi tarafından yasal olarak gerçekleştirilse dahi bugünlerde bile büyük bir nefret ve tiksinti duygusu uyandırmaktadır ve bu bir insanın iradesini diğeri üzerine koyması önündeki bazı mutlak engellerin ahlaki geçerliliğinin - yasalar göz önüne alınmaksızın- tanınmasından kaynaklanmaktadır. Bir toplumun veya bir sınıfın veya bir grubun özgürlüğü, özgürlüğün bu anlamı çerçevesinde, bu engellerin gücü ve üyeleri için –hepsi için değilse de her halde onların büyük bir çoğunluğu için- açık tuttukları yolların sayısı ve önemiyle ölçülür."[63]

Yukarıdaki alıntıdan açıkça anlaşılacağı gibi, Berlin'e göre kabul edilebilir herhangi bir kültürün asgari açıdan liberal bir kültür olması gerekir. Bu ise, bazı hakların herkese eşit bir biçimde tanınmasını zorunlu kılar. Berlin yazılarının çoğunda bu kültürlerdeki özgürlükten söz ederken bunu negatif özgürlük olarak tanımlamaktadır. Ama Berlin asgari bir özgürlüğün tanınması koşulunu ifade ederken bunun içine kuşkusuz pozitif özgürlüğü de sokmaktadır.

Trajik plüralizmi liberal sınırlar içinde tutabilmek için liberal istemleri ve değerleri liberal olmayanlardan ayırmak gerekir. Liberal haklar veya liberal olmayan haklar arasındaki çelişkiler birbirleriyle karşılaştırılması mümkün olmayan değerlere ilişkindir. Buna karşılık, liberal bir hak ile liberal olmayan bir istem arasında bir çatışma ortaya çıktığında, Profesör Berlin'e göre liberal hakka üstünlük tanımak gerekeceği açıktır. Bir başka deyişle, liberal haklar veya daha geniş bir ifadeyle liberal siyasal süreç liberal olmayan alternatiflerinden çok daha değerli olduğundan, bu durumda bir karşılaştırma yapabilmek olanaklı olmaktadır. Zira, agonistik liberal rasyonalist kişinin birbiriyle çatışmayan eşit hakların asgari özünü kabul etmekten başka seçeneği yoktur. Örnek vermek gerekirse, kişinin köleleştirilmeme hakkını ortadan kaldırabilecek istemler liberal açıdan kabulü mümkün olamayan istemlerdir. Demek ki, liberal istemlerin liberal asgari temel hakların içinde yer alan hakları ihlal etmemesi gerekir.[64]

(63) Berlin, "Two Concepts of Liberty", s. 211.

(64) Riley, a.g.m., s. 292. Liberal asgari temel insan haklarının neler olduğu konusu bu çalışmada üzerinde durulmayacak önemli bir konudur. Burada, liberal asgari hakların özüyle çatışan her istemin liberal olmayan bir istem olarak görülmesi gerektiğini söylemekle yetinelim. Ayrıntılı bilgi için bkz., Alan Haworth, "Is Liberty Sacred?", Ben Rogers, der., Is Nothing Sacred, (New York: Routledge, 2004), s. 93-94. Alan Howarth liberalizmin temelleri veya özünün şunlardan oluştuğunu söylemektedir: (devamı 417. sayfada)

Sonuç

Profesör Isaiah Berlin "*Siyasal Kuram Hâlâ Var Mı?*" adlı yazısında insan olmanın ne demek olduğunu şu ifadeyle açıklamaktadır:

> "...Bu nedenle ben bir kişinin merhametli veya acımasız olduğunu, gerçekleri sevdiğini veya gerçeklere karşı kayıtsız kaldığını söylediğimde, bu her iki durumda da o kişiyi bir insan olarak kabul edebilirim. Ama hareketsizliğine veya sıkıntısına son vermek için bir çakıl taşına tekme atmakla ailesini öldürmek arasında herhangi bir fark görmeyen bir insan bulacak olursam, tutarlı rölativistler gibi, o kişiye benim veya çoğu insanın ahlak kurallarından farklı bir ahlak anlayışına sahip olduğunu veya o kişiyle bazı ahlaki temeller konusunda anlaşamadığımızı söyleme yerine; akıl hastalığından veya insanlık dışılıktan söz etmeye başlarım; ve nasıl kendini Napolyon sananları deli olarak nitelendiriyorsak, o kişiyi de bir deli olarak kabul ederim; yani böyle bir kişiyi gerçek anlamda tam bir insan olarak göremem. Bu tür durumlar, eski *a priori* doğal hukuk doktrinindeki gerçeklerin özünün ampirik terimlere çevrilmesinin temelinde yer alan, 'insan', 'rasyonel', 'akıllı, 'doğal' ve benzeri temel kavramlar –bunlar çoğunlukla değerlendirici olarak değil tanımlayıcı olarak düşünülürler- çözümlememize girdiğinde evrensel –veya hemen hemen evrensel- değerleri tanıma yeteneğini göz önüne sererler."[65]

Isaiah Berlin insan olmamız nedeniyle farklı yerlerde ve farklı zamanlarda yaşasak dahi birbirimizi anlayabileceğimizi söylemektedir. Bunun yanında, insan olma özelliğimiz ortak değerlere sahip olmamız anlamına da gelir. Ortak insani değerlerimizin başında da evrensel değerler yer almaktadır. Berlin'in liberalizm anlayışını ise, sözü edilen ortak insani değerleri dikkate almaksızın açıklamak mümkün değildir.

Berlin kendisinin rölativist olmadığını; ama değerlerin plüralizminin ise bir gerçek olduğunu ve bu nedenle plüralist olduğunu söylemektedir. Ber-

64. dipnot devamı: "Her kişinin diğer kişilerin ve devletin saygı göstermek zorunda olduğu bazı temel hakları ve özgürlükleri vardır;

Bu haklar özellikle din ve vicdan özgürlüğünü (yani kişinin seçtiği dini inancına göre hareket etmesi veya etmemesi), düşünce ve ifade özgürlüğünü, kişinin yaşamını istediği bir biçimde yaşaması özgürlüğünü ve hükümete muvafakat etmek veya gösteriler muvafakatten vazgeçmek özgürlüğünü içerir;

Bu hakların saygı gösterilmediği hiçbir toplum –genel olarak ve bir bütün olarak- 'özgür toplum' olarak kabul edilemez; (yukarda söylenenlerin altını çizerek) –özerklik ve 'egemenlik' (J.S. Mill'in sözleriyle) olarak yorumlanan- bireysel özgürlüğün en önemli değilse de çok önemli olduğu kabul edilmelidir."

(65) Isaiah Berlin, "Does Political Theory Still Exist?", s.166. Hürriyet gazetesinin bir haberinde Arnavutköy'de henüz 25 yaşına girmemiş bir oğlan bir eve giriyor ve 10 veya 12 yaşlarında bir kıza tecavüz ediyor ve sonra 70 kez tornavida saplayarak bu kızı öldürüyor. Bundan sonra da bu zat ormanlık bir alanda kulağında kulaklıklar müzik dinleyerek uyuyor. Mahalleli bu oğlanın madde bağımlısı (tinerci) olduğunu, defalarca hırsızlık yaptığını, bıçakla vatandaşları yaraladığını ve küçük kız çocuklarına cinsel tacizde bulunduğunu söylüyor. İnsan sayılabilip sayılamayacağı tartışılabilecek bu kişi için Murat Belge bir yazısında aynen şöyle diyor: "Demek ki, bilinen biri bu. Mahallelerde, sokak kedisi ve köpeği gibi (ama onlar gibi zararsız değil), bir şekilde barınan, hayvan-üstü ve insan-altı yaratıklardan biri." Bakınız: Murat Belge, "Üçüncü Sayfa", Radikal, 14 Temmuz 2006 tahlı tarafından çizilmiştir.). Haber için bakınız: Hürriyet 13 Temmuz 2006. Yine ülkemizde rastlanan töre cinayetlerinde bir babanın kızını veya bir kardeşin kız kardeşini öldürmesi de çok kolay anlaşılabilir bir şey değildir. Bu babaların ve kardeşlerin de insan olup olmadığı sorgulanabilir. Sorulması gereken bir soru da bir toplumdan nasıl oluyor da bu tür insanlar çıkabiliyor? Veya toplum nasıl oluyor da böyle insanlık dışı "yaratıkları" yaratıyor?

lin'e göre eğer ben bir insansam ve yeteri kadar da hayal gücüm varsa bana ait olmayan, benimsemediğim veya bilmediğim başka değer yargılarını keşfedebilir ve onları anlayabilirim. Böylece farklı değer yargılarına sahip kültürlerle de iletişime girebilirim; çünkü bu toplumlarla da ortak bazı değerlere sahip olduğum açıktır. Zira, her insan farklı ve birbiriyle karşılaştırılamaz değerlere sahip olduğu gibi, tüm insanların insan olmaları nedeniyle sahip oldukları ortak bazı değerler de bulunmaktadır. Bu nedenle plüralizm rölativizm değildir. Değerlerin çok sayıda ve farklı olmaları objektif bir gerçektir; oysa rölativizmde ise farklılık insanların sübjektif fantezilerinin bir ürünüdür.[66] Bir başka deyişle, rölativizm benim tercihim nedeniyle ortaya çıkar; plüralizm ise benim tercihimle bağlantılı değildir.

Berlin'in liberalizminin zaman zaman radikal; ama genellikle rasyonel seçime dayandığı söylenebilir. Berlin'in agonistik plüralizmi liberalizmini zedelememektedir. Aksine Berlin'de plüralizm onun liberal rasyonalizminden, yani değerler arasındaki bazı çatışmaları çözmede aklın yetersiz kalmasından kaynaklanan bir plüralizmdir. Düşünür, temel insan haklarını üyelerine tanımayan, üyelerine gruptan ayrılma hakkı vermeyen liberal görüşlere karşıt gruplara hoşgörüyle bakmamaktadır. Berlin farklı kültürlerin tümünde asgari bazı temel hakların herkese tanınmasını istemektedir. Berlin negatif ve pozitif özgürlüğü bu denli önemli kabul ettiğine göre, daha fazla hak ve özgürlük tanımak daha az hak ve özgürlük tanımaktan daha değerli demektir. Berlin gelişkin liberal demokratik kültürlerin liberal olmayan veya minimum düzeyde liberal olan kültürlerden daha üstün olduğunu söylemektedir. Berlin'e göre bir kez gelişmiş liberal haklar sistemi kabul edildiğinde toplumun bu haklar sistemini güvence altına alabilmek için gerektiğinde zora başvurması tamamıyla rasyoneldir.[67]

Profesör Berlin aklın belirli değerlerin birbirleriyle çatışmalarını çözmede yeterli olamadığını ve zayıf kaldığını söylemektedir. Bu nedenle gerçek rasyonalizmin romantiklikte varolan türden trajik plüralist ahlaki görüşe belirli ölçüde yer açması gerekir. Böyle bir rasyonalizm anti-ütopyacıdır. Agonistik liberalizmde rasyonel olarak birbirleriyle karşılaştırılamaz değerlerin çatışması kaçınılmaz olarak herhangi bir ahlaki veya siyasi mükemmellik görüntüsünü engelleyecektir. Her ne kadar akıl, aklı savunanların iddia ettiklerinden daha zayıfsa da, Berlin'e göre ahlaki ve siyasi yaşamda akıl yine de temel bir rehber olarak durmaktadır. Akıl asgari ölçüde liberal içeriği olan *ortak ahlaki ufku* haklılaştırmaktadır. Özellikle asgari temel haklarla birlikte liberal siyasal süreçler liberal olmayan değerler karşısında önceliğe sahip olmalıdır. Bir başka deyişle, romantiklerin övgüyle söz ettikleri çoğul ve birbirleriyle karşılaştırılamaz idealler arasında radikal seçimlerde bulunmak Berlin tarafından rasyonel liberal sınırlar içinde tutulmuştur.[68]

(66) Isaiah Berlin, "My Intellectual Path", *The Power of Ideas*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2001), s. 11-12.

(67) Riley, a.g.m., s. 295.

Berlin sürekli olarak monizmden ve monizme yol açabilecek durumlardan korkmuştur ve buradan hareketle özgürlüğü daha iyi gerçekleştireceğine inandığı değerlerin plüralizmini savunmuştur. Plüralizmi savunmasının temel nedeni en açık biçimde ünlü *İki Özgürlük* adlı çalışmasında şöyle ifade edilmiştir:

> "Sonsuza kadar geçerli olduklarını iddia etmeden sonuçları seçme özgürlüğü ideali ve bununla bağlantılı değerlerin plüralizmi, sadece düşüş sürecinde olan kapitalist uygarlığımızın bize sunduğu son meyve olabilir: Bu eski çağlarda ve ilkel toplumlar tarafından bilinmeyen ve bizden sonraki kuşakların merak ve belki de sempatiyle bakacakları ama çok da anlayamayacakları bir idealdir. Bu böyle olabilir; ama bunu hiçbir kuşkucu sonucun izlememesi gerektiği sonucuna varılması bana doğru olacak gibi gelmektedir. İlkeler varlık sürelerinin belirsiz olması nedeniyle daha az kutsal olmazlar. İşin aslında değerlerimizin nesnel bir cennette sonsuza kadar güven içinde kalacağı garantisi isteği; belki de, çocuklukta kesinlikler için veya ilkel geçmişimizde mutlak değerlere duyduğumuz şiddetli arzudan kaynaklanmaktadır. 'Görüşlerinin geçerliliğinin göreceli olduğunu anlamak ve yine de gözünü kırpmadan onları savunmaya devam etmek, uygar insanı barbar insandan ayıran şeydir' demiştir günümüzün hayranlık uyandıran yazarlarından biri. Bundan daha fazlasını istemek belki de derin ve tedavisi olmayan metafiziksel bir gereksinimdir; ama böyle bir gereksinimin kişinin uygulamalarını belirlemesine izin vermek çş derinlikte ve daha tehlikeli ahlaki ve siyasi açıdan olgunlaşamamanın bir semptomudur." [69]

Profesör H.L.A. Hart ünlü yapıtı *Hukuk Kavramı*'nın "Adalet ve Ahlak" adlı bölümünde değerlerin başka değerlerle eleştirilmesinden ahlaki açıdan bir sonuç çıkarılamayacağını söylemiştir.[70] Örneğin özgürlüklere getirilen sınırlamalara yapılan eleştirilerin güvenlik ve eşitlik değerlerine başvurularak yanıtlanması olasılığı vardır. Değerlerin plüralizmine göre değişik ahlaki değerlere verilen önem veya bunlara yapılan vurgunun birbirileriyle uzlaştırılabilmeleri her zaman gerçekleşmeyebilir. Bu anlayışlar toplumun ideal anlaşılışındaki radikal farklılıklardan kaynaklanabilir ve birbirlerine karşıt siyasal partilerin de farklı ahlaki temellerini oluşturabilir. Demokrasinin en temel haklılık nedenini bu tür alternatifler arasında gözden geçirilebilir bir

(68) Riley, a.g.m., s. 295. Yaptığımız bir yorumun tersi için bakınız: John Gray, *Endgames* (Cambridge: Polity Press, 1997), s. 84-96. Gray Berlin'in temel düşüncesi olan değerlerin plüralizmini şöyle yorumlamaktadır: "Berlin'in temel düşüncesi olan bazı nihai değerlerin karşılaştırılamaması – kuşkusuz ahlaki epistemolojide iddiaları olmakla birlikte, bu ahlak kuramında bir iddia olarak ileri sürülmemiş ama **Sokrat**'tan beri sürekli bastırılmak istenen bir deneyimin kurtarılmasından ibarettir. Berlin'in agonistik liberalizmi karşılaştırılamaz değerler arasında seçim yapmasını sağlayan ve kişinin kısmen de olsa kendi yaşamını kurabilmesini mümkün kılan özgürlüğe ayrıcalık tanıma çabasındadır." (s. 91).

(69) Berlin, "Two Concepts of Liberty", *Liberty*, s. 217. Berlin'in alıntı yaptığı hayranlık uyandıran yazar Joseph A. Schumpeter'dir. Bakınız: Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism, and Democracy* (London, 1943), s. 243. Isaiah Berlin ve görüşleri Türkiye için önemlidir; çünkü Türkiye'de liberal değerlerin çok fazla onaylanıp benimsenmediği açık olduğu gibi, hoşgörünün de çok yaygın olduğu söylenemez. Türkiye'nin demokrasisinin önündeki en büyük engeller militarizm ve farklı olanı dışlayan, yabancı düşmanlığını öne çıkaran "ulusalcılık" veya "milliyetçiliktir".

(70) H.L.A.Hart, *The Concept of Law* (London: Clarendon Law Series, 1961), s. 179.

seçime ve böyle bir deneyime izin vermesi oluşturur. Demek ki Sir Isaiah Berlin'in değerlerin plüralizmi demokrasinin de gerekçelerinden en önemlisini oluşturmaktadır. O halde varılması gereken bir sonuç da, düşünürün değerlerin plüralizminin liberal demokratik bir rejimi zorunlu kılmasıdır.

Eğer yasalar somut olaylara uygulanacaklarsa yorumlanmaları gerekir. Yasalarda yer alan *müphem* hususlar yargıçlar için geniş bir yaratıcılık alanı yaratmaktadır. Bazılarına göre bu yargının yasa yapması anlamına da gelir. Profesör Hart'ın düşüncelerinden hareketle bu konuda şunlar söylenebilir. Ne yasaları yorumlarken ne de içtihat oluştururken yargıçlar kör ve keyfi seçenekler arasında veya daha önceden belirlenmiş anlamlarından çıkan mekanik sonuçlarla sınırlandırılmamışlardır. Çoğunlukla yargıçların seçimlerindeki rehberliği, yorumlanmakta olan kuralın amacının akla uygun olduğu ve bu nedenle kuralların adaletsizlik yaratacak biçimde işlemeyeceği ve yerleşik ahlak kurallarını ihlal etmeyeceği varsayımı yatar. Anayasa yargısındaki kararlar ise üst düzeyde anayasal sorunlarla ilgili olduklarından, ahlaki değerler arasında bir seçim yapmayı gerektirir. Anayasanın bir hükmünün anlamlandırılmasında eğer bir müphemlik varsa, ki çoğu anayasa kuralı böyledir, ahlakın da bu soruna hemen her zaman birden fazla yanıtı vardır. Anayasa yargıçları ister istemez bunlardan birini seçmek zorundadırlar. Anayasa yargısı alanında da yargıçların keyfi veya mekanik bir biçimde hareket etmemesi gerekir. Ama ne olursa olsun karar verilirken uygulanan ilkeler birden fazla olacağı için de, zor davalarda verilen kararın tek doğru karar olduğu söylenemez. [71] Çünkü bu durumda objektif değerlerin birbirleriyle karşılaştırılmaları ve rasyonel olarak birinin tercih edilmesi mümkün değildir. Bunu biz *Berlin paradoksu* olarak adlandırabiliriz.[72]

Berlin'in değerlerin plüralizmini savunmasını Steven Lukes şöyle özetlemiştir:

> "Herzen gibi Berlin 'akla, bilimsel yöntemlere, bireysel girişime, ampirik olarak keşfedilebilen gerçeklere' inanmıştır. Hamann'ın tersine o 'bilginin çoğalmasına, özgür işbirliği için gerekli koşulların yaratılmasına ve adına layık tek tip bir ilerlemenin ortaya çıkmasına yol açacak olan çoğu insan bakımından anlaşılır ilkelerle yapılacak rasyonel tartışmalara başvurmaya' inanmıştır. Kısaca Sir Isaiah Berlin'in düşüncesinin insanı düşünmeye davet eden en önemli yönü geçmişteki ve şu anki itibar azaltıcı nihilizm ve rölativizmi kesin bir biçimde reddederken, Aydınlanmanın temel mesajını koruyan değerlerin plüralizmini savunması ve geliştirmesidir." [73]

Buna eklenebilecek tek cümle kanımızca şudur: Düşünürün değerlerin plüralizmi günümüzde liberalizmi koruyacaktır.

Berlin'e göre rölativizm plüralizmden üç bakımdan farklılık gösterir. İlk olarak plüralistler değerlerle ilgili seçimlerin insanların varlıklarının, düşüncelerinin ve kimlik anlayışlarının parçası olan temel ahlaki kategoriler ve kavramlarla belirlendiğini ileri sürerken, rölativistler bütün bakış açılarının insanların farkında olmadıkları güçler tarafından ortaya çıkarıldığına inanır. İkincisi plüralistler kültürel farklılıkların ortadan kaldırılabileceğini söylerken, rölativistler, (özellikle aşırı rölativistler) bunu inkar eder. Üçüncüsü ve Berlin için en önemlisi plüralistler kültürleri, grupları ve bireyleri bölen değerleri objektif değerler olarak görürken, rölativistler değerlerin objektif olduğunu reddeder.[74] O halde, Steven Lukes'in sözleriyle, "Liberaller için plüralizm, yamyamlar için ise rölativizm" söz konusudur.[75]

(71) Hart, a.g.e., s. 200.

(72) Anayasa yargısında bu paradoksun veya çıkmazın nasıl aşılabileceği ve nasıl rasyonel davranılabileceği ayrı bir yazı konusudur.

(73) Steven Lukes, *Liberal&Cannibals: The Implications of Diversity* (London: Verso, 2003), s. 96-97.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Aral, Vecdi, *Toplum ve Adaletli Yaşam* (İstanbul: Filiz Kitapevi, 1988), s. 47-93.
- Belge, Murat, "Üçüncü Sayfa", *Radikal*, Temmuz 2006.
- Berlin, Isaiah, "The Decline of Utopian Ideas in the West", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003) s. 20-48.
- Berlin, Isaiah, "Does Political Theory Still Exist?", *Concepts and Categories: Philosophical Essays* der. Henry Hardy (London: Pimlico, 1999) s. 143-172.
- Berlin, Isaiah, "European Unity and its Vicissitudes", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003), s. 175-206
- Berlin, Isaiah, "Felsefeye Bir Giriş", Bryan Magee, *Yeni Düşün Adamları*, Çeviri Editörü: Mete Tunçay (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayını, 2004), s. 3-39.
- Berlin, Isaiah, "Giambattista Vico and Cultural History" *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003), s. 49-69.
- Berlin, Isaiah, "My Intellectual Path", *The Power of Ideas*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2001), s. 1-23.
- Berlin, Isaiah, "The Pursuit of the Ideal", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003), s.1-19.
- Berlin, Isaiah, *Romantikliğin Kökleri*, çeviren Mete Tunçay, hazırlayan Henry Hardy (İstanbul: YKY, 2004).
- Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *Liberty*, der. Henry Hardy (New York: Oxford University Press, 2002), s. 166-217.
- Cherniss, Jasffua and Henry Hardy, "Isaiah Berlin", Stanford Encyclopedia of Philosophy, http://www.seop.leeds.ac.uk/entries/berlin/.
- Dworkin, Ronald, *Justice in Robes* (London: Harvard University Press, 2006).
- Galston, William A., *Liberal Pluralism: The Implications of Value pluralism for Political Theory and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002).
- Gray, John, *Berlin* (London: Fontana, 1995).
- Gray, John, *Endgames* (Cambridge: Polity Press, 1997).
- Gray, John, *Two Faces of Liberalism* (Cambridge: Polity Press, 2000).
- Hart, H.L.A., *The Concept of Law* (London: Clarendon Law Series, 1961).
- Haworth, Alan, "Is Liberty Sacred?", Ben Rogers, der., *Is Nothing Sacred*, (New York: Routledge, 2004), s.
- Jahanbegloo, Ramin, *Conversations with Isaiah Berlin* (London: Phoenix Press, 1993).
- Kadıoğlu, Ayşe, "Demokrasinin Olmazsa Olmazları", *Radikal İki*, 16 Temmuz 2006.
- Lukes, Steven, *Liberals &Cannibals* (London: Verso, 2003).
- Riley, Jonathan, "Interpreting Berlin's Liberalism", *American Political Science Review* Vol.95 (June 2001), s. 283-295.
- Tanpınar, Ahmet Hamdi, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*, 8. Baskı (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001).
- Yüksel, Murat, *Hukuki Plüralizm* (İstanbul: Beta, 2003).

(74) Isaiah Berlin, "Alleged Relativism in Eighteenth-Century European Thought", *The Crooked Timber of Humanity* (London: Pimlico, 2003), s. 78-81.

(75) Lukes, a.g.e.,s. 105.

Liberal Demokrasilerde Kültürel Çoğulculuk, Kamusal Alan ve Hukuk Sorunsalı

Neşet TOKU*

Liberalizm ve ***demokrasi***nin aynı şey olup olmadığına dair teorik tartışmalar, on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren yapıladursun, bu iki siyasi doktrinin ideallerinin günümüzde içiçe geçtiği inkâr edilemez bir gerçektir. Demokrasi, Antikçağ'dan beri bilinmekte idiyse de moderniteyle yaratılan demokrasi, liberal demokrasidir. ***Liberal demokrasi; evrensel insan hakları temeline dayanan, siyasal erkin anayasayla sınırlandırıldığı, çoğunluk ilkesi çerçevesinde halk egemenliğini içeren, hukuk devleti modelidir*** **(Meyer, 2005: 6)**. On yedinci yüzyılla birlikte siyasi tarih sahnesine çıkan bu yeni demokratik modelin şanssızlığı, adının nerdeyse doğumundan iki yüz yıl sonra konulabilmiş olmasıdır. Belki de en önemli şanssızlık, modelin adının endüstrileşmenin gerçekleştiği sömürü döneminde, ***laissez faire*** denilen ekonomik liberalizmin, siyasî liberalizmi gölgede bıraktığı bir dönemde tespit edilmesidir. Konulan adın kabulü ve sistemin yerleşmesi ise hayli zaman almıştır. Öyle ki, mesela anayasal çerçevede kurulan ***Amerika Birleşik Devletleri,*** klasik ve sözcüğün tam anlamıyla liberal demokrasinin ilk temel örneği olmasına rağmen, Amerikalılar hiçbir zaman ürettikleri politikaya ***liberalizm*** adını vermemişlerdir **(Sartori, 1993: 400-405)**. Tüm bu şanssızlıklar bir kenara, bugünkü Batılı demokrasilerin hemen hemen hepsi, adına sosyal devlet, refah devleti ve saire de dense şüphesiz liberal demokratik modelden kaynaklanırlar.

Liberal demokrasinin temel unsurları şu şekilde sıralanabilir: **1- Bireycilik:** Bireycilik, devlet veya herhangi bir toplumsal grup ya da kolektif bir organ karşısında bireyin önceliğine ve üstünlüğüne duyulan inançtır. Bu çerçevede birey, bütün siyasî teorilerin ve toplumsal açıklamaların merkezinde yer alır. Bir siyasî teori ileri sürülecekse ya da toplumsal bir açıklama yapılacaksa bu bireye yönelik olmalıdır. Bireyler eşit ahlakî değerde, ayrı ve biricik şahsiyetlerdir. Liberal demokrasinin hedefi, her bireyin kendi yetenekleri ölçüsünde yapabileceğinin en iyisini yaparak, kendi tanımladığı "iyi" yönünde yaşayabileceği bir toplum inşa etmektir. Bunun anlamı, liberal demokrasinin, bireylerin kendilerini ilgilendiren ahlakî kararlarını yine kendilerinin almasını mümkün kılan bir kurallar bütünü oluşturma noktasında, ***nötr*** pozisyonda bulunduğudur. **2- Negatif Özgürlük:** Liberal demokrasi açısından bireyin özgür olması demek, diğer insanlar tarafından yapılabilecek keyfi müdahalelere maruz kalmamak, onlardan kaynaklanabilecek keyfi baskılardan uzak olmak demektir. Birey için müdahalenin olmadığı alan ne kadar genişse özgürlük alanı da o kadar geniştir. Müdahale edilmeyen alanla ilgili olarak tasvir edilen ilke ne olursa olsun; ister doğal hukuk, ister yarar ilkesi, ister sosyal bir sözleşmenin yaptırımı veya insanların kendi inançlarını açıklama ve doğru çıkarma yönünde aradıkları başka herhangi bir prensip; özgürlük, daima ***"bir şeyden*** (devletten) ***özgürlük"***tür **(Berlin, 2002: 169-178)**. Yani, başkalarının (toplumun ya da devletin) keyfi müdahalelerinden ve baskılarından özgürlüktür. **3- Akılcılık:** Liberal demokrasi, dünyanın rasyonel bir yapısı olduğunu ve bunun bireyler tarafından eleştirel akılla keşfedilebileceğini kabul eder. Buna göre bireyler, kendileri için neyin iyi, neyin kötü olduğuna karar verebilecek niteliğe sahiptirler ve bunu kendi akıllarıyla pekalâ yapabilirler. Bu konuda devletin rehberliğine ihtiyaç yoktur. Bireylerin özgürlüğü, zaten onların rasyonel bir varlık olmalarıyla doğrudan alâkalıdır. Söz konusu rasyonellik bazen kurucu-kurgulayıcı akıl, bazen de keşfedici akıl şeklinde değerlendirilse de liberal demokrasi için toplumsal ve siyasal hayatın kriteri akıldan başka bir şey değildir. Bunun anlamı siyasal sistemin ***laiklik*** ekseninde inşa edileceğidir. Çoğulcu ve çok kültürlü bir toplumsal yapıda başka bir alternatif mümkün görünmemektedir. **4- Eşitlik:** Liberal demokrasi açısından bireyciliğin doğal uzantısı, bireylerin ahlakî değer anlamında hukukî ve siyasî eşitliğidir. Ancak bireyler; aynı seviyedeki ailelere, aynı yeteneklere, aynı şansa ve aynı derecede çalışma isteğine sahip olmadıklarından sosyal statü ve ekonomik açıdan eşit olmayabilirler. Liberal demokraside fırsat eşitliği ve liyakat önemsenmekle birlikte, spontane bir biçimde gelişen sosyal statü ve ekonomik eşitsizlik doğal karşılanmaktadır. **5- Hoşgörü:** Liberal demokrasi, mutabık olunmayan konularda muhalife tahammül anlamında hoşgörünün hem bireysel özgürlüğün hem de toplumsal refahın garantisi olduğunu ileri sürer. Ahlakî ve kültürel çeşitliliğin fiilen var olduğu bir toplumda, barış içerisinde yaşamanın ön şartı elbette hoşgörülü olmaktır. Şüphesiz, ahlakî ve kültürel tek-biçimlilik dayatmaları, özgürlükle de eşitlikle de bağdaştırılamaz. Bireysel özgürlük ve eşitlik, elbette farklılıkların kabulüyle mümkündür. **6- Rızaya Dayalı Yönetim:** Liberal demokrasi açısından toplumsal ilişkiler ve siyasi otorite, daima bireylerin rızasına ve gönüllü sözleşmelerine dayalıdır. Yönetilenlerin rızasına muhalif bir siyasî otoriteden, meşru otorite şeklinde söz edilemez. Her türlü sosyal organizasyonun kökeninde, kendi öz çıkarlarını izlemeyi amaçlayan, bireylerin gönüllü olarak katıldıkları sözleşmeler yatmaktadır. Bu anlamda her türlü yönetim, "aşağıdan" (bireylerin rızasından) gelir ve meşruiyetini de yalnızca oradan alır. Rıza yoksa kuşkusuz meşruiyet de liberal demokrasi de yoktur. **7- Anayasacılık:** Liberal demokrasi, devleti bir toplumda düzeni ve istikrarı sağlamanın teminatı olarak görmekle birlikte, iktidarın hükümet edenleri yozlaştıracağı gerçeğinden hareketle, onun bireylere karşı bir diktatörlüğe dönüşebilme riski taşıdığını da benimser. Bu nedenle

(*) Doç. Dr., Atatürk Üniversitesi, Fen-Edebiyat Fakültesi, Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

de sınırlı yönetimden yanadır. Bu hedefe ise yönetim gücünün bölünmesi, yani kuvvetlerin ayrılması ve aralarında bir dengenin kurulması ve devletle birey arasındaki ilişkileri tanımlayan bir haklar beyannamesi içeren kodifiye edilmiş ya da "yazılı" bir anayasanın oluşturulmasıyla ulaşılacağına inanır **(Heywood, 2006: 61-62). 8-Serbest Piyasa Ekonomisi:** Genellikle karşıtları tarafından ***"laissez faire kapitalizmi"*** olarak adlandırılıp, ahlakî zeminde kınanmaya çalışılan serbest piyasa ekonomisinin temel özelliği; ekonomik işleyişin ***arz-talep dengesi*** ve ***rekabet*** çerçevesinde gerçekleşmesini savunmasıdır. Bu yaklaşıma göre, ekonomide aslolan, üretim araçlarının özel sahipliği çerçevesindeki iş bölümüdür. Serbest piyasa ekonomisinde herkes özgürdür ve bireyler, diğerleriyle işbirliğine girip girmemekte serbesttir. Devletin görevi, bu kendiliğinden işleyen düzeni koruyarak bireylere yardımcı olmaktır. Devlet, tüketiciyi korumaya yönelik olmak üzere, rekabeti engelleyen tekelleşme ve kartelleşmeye müdahalenin ötesinde, ekonomiye karışamaz. Çünkü bunun ötesi totalitarizmden başka bir şey olmayacaktır.

Geleneksel ***aristokrasi***ye karşı yürütülen mücadelenin sonucunda inşa edilen ***liberal demokrasi***nin, yerini aldığı aristokratik yönetimden asıl farkı, şüphesiz ***eşitlik*** ekseninde gerçekleştirilen bir siyasal örgütlenme olmasıdır. Meşruiyetini, Katolik din anlayışından alan ***"ancient regime"*** hiyerarşik bir modeli ifade ediyordu. Toplum; ***aristokratlar, rahipler ve köylüler***den ibaretti. Bir başka ifadeyle savaşanlar, dua edenler ve çalışanlardan. Yönetme hakkı, tanrısal bir bağış olarak aristokratlara aitti ve rahipler tarafından da destekleniyordu. Sistemi savunanlara göre, insanlar doğadan ya da yaratılıştan eşitsizlerdi ve bu nedenle de köylülerin yönetimle işi olamazdı. Doğası aşağı olan köylüler, üstün olan aristokratlara, hem tanrısal-doğal takdirden ötürü, hem de kendi menfaatleri öyle gerektirdiği için itaat etmeli ve tabi olmalıydılar. Çünkü egemen inanca göre köylüler, yani doğadan düşkün olanlar, kendileri için neyin iyi neyin kötü olduğunu bilebilecek durumda değillerdi. Bu çerçevede devlet, yönetici anlamındaydı ve devletin kapsamında yönetilenlere yer yoktu. **14. Louis**'nin ***"devlet benim"*** sözü, bu yönetim anlayışının doğal bir yansımasıdır. ***Eşitlik*** düşüncesinin kökeninde elbette ki ***akılcılık, seküler-leşme*** ve ***kapitalizm*** anlayışı yatmaktadır. ***Doğal hukuk*** teorilerinin ve ***ticarî kapitalizm***in yaygınlık kazanmaya yüz tuttuğu bu dönemde, gelişen orta sınıf, aristokrasiye karşı ***özgürlük*** taleplerini de seslendirmeye başlayacaktır. Avrupa'nın tüccar sınıfı ilk etapta, belki Amerikan devrimcileri gibi ***"bütün insanlar eşit ve özgür yaratılmışlardır"*** demiyordu, ama sağladığı ekonomik yarar için de olsa artık kişisel özgürlük istiyordu.

Tarıma dayalı ekonominin, ticarî ekonomiye dönüşmesi, Ortaçağın feodal, kırsal hayatının yerine, büyük şehirlerin kurulmasını sağlamıştır. Ticaretin gelişmesinden önce de Avrupa'da bir çeşit şehir vardı, fakat bunlar aslında kırsal kasabalardan ibaret olup, yönetim merkezleri değillerdi. İnsanlar daha çok kırsal alanlardaki malikânelerde ve malikânelerin kapsadığı köylerde yaşıyorlardı. Kralın sarayı şehirde bulunduğu için, zaman

zaman buraya gidilir gelinirdi, fakat buralar büyük yerleşim alanlarını oluşturmazdı. Oysaki ticaretin gelişmesiyle kurulan şehirler, büyük yerleşim merkezlerine dönüştü. Öyle ki insanlar, şehirlerde hayata yeniden başlamak için köylerini ve malikânelerini terk ettiler. Şehirler yeni iş imkânı demekti. Aynı zamanda yönetim merkezlerine de dönüşen bu şehirler, artık yepyeni bir hayat tarzını ifade ediyordu. Bir anlamda şehir, feodal kısıtlamalardan kurtulmak, serbestleşmek ve özgürleşmek demekti. Şehirde zenginliğin ölçüsü de değişti. Feodalitede zenginliğin ölçüsü yalnızca toprak sahipliğiydi. O da feodal beyler ve kilise arasında paylaşılmıştı. Ticaretin yaygınlaşmasıyla hem yeni bir servet çeşidi, "para sahipliği" hem de yeni zenginler ve yeni bir sınıf, ***burjuva*** ortaya çıktı. Servet ve zenginlikte kendisini feodalitenin soylularına eşitlediğini düşünen bu yeni sınıf, şüphesiz yönetime katılma hususunda da ***eşitlik*** talep edecektir. Bu talep, hayatı tanzim eden dinî düşüncenin yerini, elbette ***rasyonel*** ve ***seküler*** düşüncenin alması demekti. Ortaçağda Kilise, insanın bütün eylemleri için bir tek doğrudan ve yanlıştan bahsediyordu. Doğruyu da yanlışı da belirleyen Katolik öğretiydi. Dinî hayat, dünyevî hayat şeklinde bir ayrım yoktu. Halkın genel inancı da böyleydi. Öte yandan, her ne kadar Kilise böyle diyor idiyse de dediği başka, yaptığı başkaydı. Mesela, piskoposlar ve krallar faize karşı yasalar çıkarırlardı ama kendi yasalarını kendileri bozmaktan da geri durmazlardı. Borç verdikleri insanlar, aldıkları miktara karşılık istenilen faizi ödemedikleri takdirde, manevi cezayla tehdit edilir; hatta faizler bizzat Papa'nın marifetiyle tahsil edilirdi. Dolayısıyla, Kilisenin statik doğru ve yanlışları, ***burjuva***nın değişken ticarî hayatının önünde büyük bir engeldi ve değişmesi gerekiyordu. Mesela faizsiz bir ticarî hayat ***burjuva*** için düşünülemezdi. Burjuvayla Kilise çatışınca kaybeden yavaş yavaş da olsa Kilise oldu. Zamanla Kilise öğretisinin belirlediği hayat gitti ve yerine ticarî ilişkilerin belirlediği hayat geldi. Artık hayatı din tanzim etmeyecek, rasyonel ve seküler yasalar tanzim edecekti **(Huberman, 1991: 11-53).** Bu da hayatın dünyevî ve dinî, yani kamusal ve özel diye ikiye ayrılması anlamını taşıyordu. Ortaçağda da iktidarın kamusal temsiliyeti söz konusuydu, fakat feodal hiyerarşinin hangi basamağında olursa olsun, bir feodal lordun statüsü, "özel" ya da "kamusal" diye bir ayrım bilmezdi. Ancak yine de bu statüye sahip bir kişi, statüsünü kamusal olarak temsil ederdi. Yani, kendisini ebedi, "aşkın-muteal" bir iktidarın cismanî taşıyıcısı olarak gösterir ve sunardı. Kamusal ve özel alan tartışmaları, ticarî toplumun, bir başka ifadeyle burjuva toplumunun özgül bir aşamasında ortaya çıkmıştır. Burjuva kamusal alandaki temsiliyet ***(representation)*** anlayışıyla; mesela seçmenlerin temsil edilmesiyle, Ortaçağdaki "temsilî kamusal alan" ***(representative)*** arasında hiçbir ilişki yoktur. Ortaçağdaki "temsili kamusal alan" doğrudan bir yöneticinin somut varlığına bağlıydı. Kral ve soylu lordlar, mülkün vekilleri olarak fonksiyon icra etmek yerine, mülkün kendisi (sahibi) olarak onu sunarlardı ***(re-present)***. Yani feodal otorite, kutsal iktidarını ***"halk için"*** değil, ***"halkın önünde"*** temsil ederdi. Ortaçağın bu

temsili kamusal alan uygulaması, ticarî toplumun gelişmesiyle çözülecektir. İşte bu çözülmenin anlamı, kamusal ve özel ikileminin ortaya çıkması ve siyasî otoritenin de artık "halkın önünde" değil, "halk için" var olması biçimini alacaktır. Temsili kamusal alanın çözülmesi, uzun bir kutuplaşma süreci içerisinde gerçekleşti. On sekizinci yüzyılın sonuna gelindiğinde, feodal otoriteler bir yandan özel unsurlar, diğer yandan da kamusal unsurlar olarak bölünmüştü. Aynı şekilde, Kilisenin konumu da Reform hareketleri sonucu değişmişti. Kilisenin temsil ettiği kutsal otorite, yani din, bireylerin vicdanlarına ait özel bir konu haline geldi. Böylece dinî özgürlük denilen şey, bireysel özerkliğin tarihsel olarak ilk anını oluşturdu. Kilisenin kendisi de diğer kamusal ve hukukî kurumlar arasında, onlardan yalnızca biri şeklinde varlığını sürdürdü. Kralın otoritesindeki özel ve kamusal kutuplaşması, ilkin kamusal bütçenin, bir yönetici olarak kralın özel masraflarından ayrılmasıyla açığa çıktı. Kamusal otoritenin kurumları; bürokrasi, ordu ve kısmen hukukî organlar, kralın özelleşmiş saray alanından bağımsızlıklarını beyan ettiler. Buna paralel bir biçimde feodal hiyerarşi de dönüştü. Aristokratlar, kamusal otorite organlarını, parlamento ve hukukî kurumları oluştururken; ticaretle uğraşan kesimler; loncaları, kentsel korpoasyonları, özerk bir özel alan olarak devletten ayrı duran burjuva toplumu alanını geliştirdiler. Feodalitenin temsili kamusal alanı, yerini ***ulus-devlet***lerle birlikte ortaya çıkan "kamusal otorite"nin yeni alanına bıraktı. Kamu, artık otorite bahşedilmiş bir kralın "temsili" sarayına işaret etmiyordu. Bunun yerine, yurttaşlar tarafından düzenlenmiş bir alana, otoritenin yasal kullanımı üzerinde tekel bahşedilmiş bir aygıta ve onun gövdesini oluşturan özel bireylere (herkese) işaret ediyordu. Böylelikle devlete karşı konumlanan toplum, bir yandan devletle apaçık bir zıtlık içindeymiş gibi dururken; öte yandan gelişmekte olan serbest piyasa ekonomisinin şafağındaki hayatın üretimiyle kendisi kamusal ilgi gerektiren bir mesele olmaya başlamıştır. Bu çerçevede kurulan ***burjuva kamusal alanı***, kamusal otoriteye karşı kullanılmak üzere resmi bir biçimde düzenlenmiş, bir başka ifadeyle kamusal bir gövde olarak toplanmış özel bireylerin alanıdır. Bu alana tüm yurttaşların erişmesi, eşitliğin gereği olarak, siyasi otoritenin garantisi altındadır. Sonuç itibarıyla burjuva kamusu, devlet muamelelerinin kamusal kılınması gereğini dayatan ilkeyle kralın iktidarının temel ilkesine, denetim ilkesiyle karşı koymayı ifade eder. Denetim ilkesi, mevcut iktidarın sadece meşruiyet zeminini değiştirmek için değil; aynı zamanda doğasını değiştirmek için de bir araçtır. Bu yönde atılacak nihai adım, siyasi otoritenin ***"kamu erki"***ne dönüşmesi olacaktır. Nihai noktada yurttaşlar, bu kamusal alan aracılığıyla siyasal otoriteyi, "rasyonel" bir otorite haline dönüştürecek ve burjuva toplumunun ihtiyaçlarını devlete iletebileceklerdir. Bu tür bir rasyonelliğin ölçüsü de serbest piyasa ekonomisine dayanan toplumun ihtiyaçlarına uygun düşen ***"ortak yarar"***dır (general interest). On dokuzuncu yüzyıl boyunca istikrar kazanacak olan burjuva-kapitalist kamusal alanı; kamusal topluluk adı altında bir araya toplanmış özel şahısların,

kamu erkini, kamu önünde meşru kılmaya zorlamaya yöneldikleri bir forum olarak kamu erkinden de kopacaktır. Neticede; publicum kamusala, privaticum özele, devletin uyruğu (compatriot) yurttaş ise onun (devletin) sözleşme ortağına dönüşecektir **(Habermas, 1997: 57-91)**.

Bu açıdan bakıldığında kamusal alan; içinde özel-bireylere ait olandan ayrı, bütün yurttaşlar için müşterek bir dünyayı ifade eder. Ancak bu dünya, insanların üzerinde hareket ettikleri muayyen bir mekânla ya da organik hayatın genel durumunu oluşturan doğayla aynı şey değildir. Kamusal alan; insan eseri bir dünyada, birlikte yaşayanlar arasında cereyan eden meselelerle olduğu kadar, insan elinden çıkma şeylerle de ilintilidir. Şeylerden oluşma bu dünya, çevresinde oturanlar tarafından müşterek sahiplenilen bir masa gibidir. Masadaki her şey gibi, bu dünya da insanları hem birbirlerine bağlar, hem de ayırır. Kamusal alanın gerçekliği, müşterek dünyanın kendini sunduğu ve haklarında hiçbir ölçüm ve paydanın belirlenmediği, aynı anda sayısız perspektif ve veçhenin mevcudiyetine dayanır. Çünkü müşterek dünya, herkesin bir araya toplandığı bir yer olmakla birlikte orada bulunanlar bu dünyada farklı konumlar işgal etmektedirler ve bireylerin birbirlerine göre konumu iki nesnenin konumlanışından daha az tesadüfi değildir. Başkalarınca görülenler ve duyulanlar, bu dünyadaki anlamlarını herkesin farklı bir konumda duyuyor ve görüyor olmasından alır. Müşterek bir dünyanın şartları altında gerçekliği temin eden şeyse esas olarak onu oluşturan, herkesteki mevcut "ortak doğa" değil, konum farklılıklarına ve buradan kaynaklanan perspektif çeşitliliğine rağmen her bir kişinin aynı nesneyle ilgilenmekte olmasıdır. Müşterek dünya olarak kamusal alanın hakiki ve güvenilir bir yoldan var olabileceği yegâne form; şeylerin çevresinde toplananların, kimliklerini değiştirmeden bütün yönleriyle ve herkes tarafından kabul edildiği, farklılık içerisinde aynılığı görebildikleri yerdir. Yalnızca bir tek yanıyla görülmeye başlandığında ve kendisini yalnızca bir tek perspektiften sunmasına izin verildiğinde, müşterek dünyanın sonu gelmiş demektir **(Arendt, 1994: 74-85)**.

Özetlemek gerekirse; Katolik gelenekten keskin bir kopuşu ifade eden modernitenin siyasal formasyonu liberal demokrasilerde; hayatın, kamusal ve özel alan şeklinde ikiye ayrılmasının gerçek nedeni, ekonomik dönüşüm ve rasyonelleşme sonucu dinden bağımsız hale gelen etik, değersel çeşitliliktir. Bu ayrım; nihayetinde Katolikler ve Protestanlar arasındaki çatışmalara yönelik bir çözümü ifade eder. Bu çözüm, belli dinsel azınlıklara özel haklar tanıyan değil, kilise ve devleti ayıran ve herkesin birey olarak dinsel özgürlüğünü sağlamlaştıran bir çözüm olmuştur. Böyle bir çözümde dinsel azınlıklar, bireysel ibadet özgürlükleri teminat altına alınarak dolaylı yoldan korunmuş ve insanlar, devletin ayrımcılığı ya da onaylamaması gibi bir korkuya kapılmaksızın ***eşitlik*** temelinde diğer insanlarla bir araya gelebilmişlerdir.

Ne var ki bu durum ***eşitlik*** meselesinin yalnızca bir boyutunu oluşturmaktadır. Geleneğe karşı inşa edilen modern sistemin istikrarını hedefleyen liberal demokrasi teorisyenleri,

kiliseyle devletin ayrılmasına dayanan dinsel hoşgörünün, etnik-kültürel farklılıklarla baş etmek için de bir model oluşturduğunu düşünmüşlerdir. Bu anlayışa göre, dinî inançlar gibi etnik kimlikler de insanların özel hayatlarında ifade etmekte özgür oldukları, ancak devleti ilgilendirmeyen bir şeydir. Devlet insanların kültürel bağlılıklarını ifade etmelerine karşı çıkmaz ise de bu gibi ifadeleri beslemez de. Devletin tavrı daha çok ***"iyi niyetli ihmal"***dir. Devlet, dinî inanç farklılıklarını istikrar için nasıl iyi niyetle görmezden geliyorsa (böyle bir şey nasıl mümkün oluyorsa) etnik-kültürel farklılıkları da aynı şekilde iyi niyetle görmezden gelecektir. Şüphesiz böyle bir yaklaşım tarzı; zımnen etnik-kültürel veya dinsel ya da ideolojik bir toplumsal homojeniteyi öngörmektedir. Oysaki realite hiç de böyle değildir. Bugün çoğu ülke; etnik-kültürel veya dinsel ya da ideolojik bakımdan hayli çeşitlilik göstermektedir. En son verilere göre; dünyadaki iki yüze yakın bağımsız devlet, bünyesinde altı yüz çeşit dili ve beş bin çeşit etnik grubu barındırmaktadır. Çok az ülkede, yurttaşların aynı dili konuştukları, aynı inanç ya da ideolojiyi paylaştıkları ve aynı etnik gruba ait oldukları söylenebilir. Tabiatıyla bu çeşitlilik önemli ve potansiyel olarak ayrılıkçı bir dizi sorunu da beraberinde getirmektedir. Azınlıklar ve dil hakları, bölgesel-yerel özerklik, siyasi temsil, eğitim-öğretim müfredatının belirlenmesi, göç ve vatandaşlığa kabûl politikaları gibi meselelerde, hatta ulusal marş ya da resmi tatiller gibi sembollerde dahi sıklıkla bir takım problemler yaşanmaktadır. Bu meselelere ahlakî olarak savunulabilir ve siyasi olarak geçerli cevaplar bulmak, günümüz liberal demokrasilerinin karşısına dikilen en ciddi problemdir. Bu problemlerin, liberal demokrasilerin inşasında, geleneksel aristokrasiye karşı ileri sürülen ***"insan hakları öğretisi"*** çerçevesinde çözülemediği de açıktır. Resmi dil nasıl tespit edilecektir? Etnik gruplar, kamu ya da özel okullarında anadilde eğitim yapabilirler mi? Yönetsel veya idarî birimler etnik yapılar çerçevesinde yerelleştirilebilirler mi? Siyasi mevkiler etnik oran ilkesine göre dağıtılabilirler mi? Azınlıkların entegrasyon sorumlulukları ne kadardır? Liberal demokrasilerin meşruiyet zeminini oluşturan ***"insan hakları öğretisi"*** bu sorunlara çözüm üretmek bir tarafa, genellikle bu sorunları görmezden gelmektedir. Şöyle ki: Herkesin yurttaşlığa hakkı olması, her yurttaşın eşit haklardan faydalandığı anlamına gelmez. Herkesin düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne hakkı olması, her bireyin bunları özgürce yaşayabildiğini göstermez. İfade özgürlüğünün varlığı, uygun dil politikasının ne olacağına ilişkin bir şey söylemez. Seçme ve seçilme hakkı, politik sınırların nasıl çizilmesi gerektiğini anlatmaz. Herkesin yönetime katılma hakkının olması, bunun realize edilebilir olduğuna delil teşkil etmez. Herkesin eğitim hakkına sahip olması, her dille eğitim yapılabileceğini ifade etmez. Görünen o ki bu sorunlar, her devlet içerisinde, çoğunlukçu-egemen karar alma süreçlerine terk edilmiştir. Netice ise kültürel azınlıkların, egemen-çoğunluğun insafına bırakılması nedeniyle etnik-kültürel çatışmaların şiddetlenmesinden başka bir şey değildir. Bu sorunlara hakkaniyetli bir çözüm bulmak için

besbelli ki liberal ***"insan hakları öğretisi"***ne eklenmesi gereken hususlar vardır **(Kymlicka, 1998: 25-31)**. Hukuk düzeni, kültürel bir veri olarak düşünülmedikçe, hukuk kuralları toplumsal verilere göre şekillenmedikçe, rasyonel hukuk idealleri bu veriler ışığında tanzim edilmedikçe, söz konusu kültürel-hukukî düzenin yaratılması pek de mümkün gözükmemektedir. ***Hukuk***, evrensel bir özgürlük ilkesi *(universal principle of right)* gereğince, bireyin iradesinin ve eylemlerinin, diğer bütün bireylerin iradeleri ve eylemleriyle birlikte bulunmasını sağlayan kuralların bütünü **(Kant, 1952: 3)** olmadıkça; barış içerisinde bir arada yaşamanın imkanı bulunabilir mi?

KAYNAKÇA

- Arendt, H. (1994). *İnsanlık Durumu*. (çev., B. S. Şener). İstanbul: İletişim Yay.
- Berlin, I. (2002). *"Two Concepts of Liberty", Liberty*. Oxford: Oxford Uni. Press.
- Habermas, J.(1997). *Kamusallığın Yapısal Dönüşümü*. (çev., T. Bora – M. Sancar). İstanbul: İletişim Yay.
- Heywood, A. (2006). *Siyaset*. (çev., Ed. B. Kalkan). Ankara: Liberte Yay.
- Huberman, L. (1991). *Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla*. (çev., M. Belge) İstanbul: İletişim Yay.
- Kant, I. (1952). *The Science of Right*. (trans., by. W. Hastie). London: Great Boks of the Western World.
- Kymlicka, W. (1998). *Çokkültürlü Yurttaşlık*. (çev., A. Yılmaz). İstanbul: Ayrıntı Yay.
- Meyer, T. (2005). *Sosyal Demokrasinin Geleceği*. (çev., O. B. Kula, vd.). İstanbul: SODEV Yay.
- Sartori, G. (1993). *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*. (çev., T. Karamustafaoğlu – M.Turhan). Ankara: T.D.V.

Demokrasinin Maksimizasyonu Ekseninde C.B. Macpherson'un Utilitarizm Eleştirisi

Naci İSPİR*

Liberalizm, bireyin özgürlüğünü, özerkliğini, temel haklarını garanti altına almayı amaçlayan ve bu nedenle siyasal iktidarın sınırlandırılması gerektiğini vurgulayan bir düşüncedir. Bu düşünce, bireylerin kendi seçimlerinde, inançlarında, günlük yaşamı etkileyen ekonomik ve siyasi olaylarda özgür olma arzularının sonucunda ortaya çıkmıştır. (Held 1987: 41) Liberal demokrasi ideali, dünyada yeni taraftar kitleleri kazanmakla birlikte, kavramın geleneksel ahlaki temeli, kuramsal bir şüphe konusu olmaya devam etmektedir. Söz konusu bu kuramsal şüphe giderilemezse, insan haklarının ihlalleriyle ilgili protestolar, kolaylıkla bir hiç etrafında çıkartılan bir sürü patırtı olarak geçiştirilecek ve liberal demokrasiye de herhangi bir ahlaki iddiadan yoksun, olsa olsa diğerleri arasında yalnızca faydayı hedefleyen bir siyasal seçenekten öteye herhangi bir konum izafe edilemeyecektir.(Lakoff 1993: 142)

Bu çerçeveden bakıldığında; liberal demokrasinin içerisinde hem ahlaki hem de siyasal anlamda birtakım yetersizlikleri barındırdığını ileri sürerek, onu temelden bir eleştiriye tabi tutan Neo-Marksist düşünür C. B. Macpherson'un düşünceleri bir yönüyle liberal demokrasinin bir kritiği, diğer yönüyle liberal demokrasinin kendisini yeniden üretmesi için önemli bir katkı niteliğindedir. Macpherson, liberal demokrasinin gelişimini anlatırken, öncelikle liberal düşüncenin ve liberal devletin, daha sonra da liberal demokrasinin ve liberal demokratik devletin ortaya çıktığını söyler. (Macpherson 1966: 6) O, bu sürece bağlı olarak liberal demokrasinin iki farklı anlamını verir: Birincisi, hala çoğunlukla kullanılan anlamıyla kapitalist piyasa toplumunun demokrasisi olarak liberal demokrasi; diğeri ise, J.S. Mill ve 19. yüzyılın sonlarında ve 20. yüzyılın başlarında Mill'i takip eden etik liberal demokratların savunduğu, toplumun bütün üyelerinin yeteneklerini geliştirmek için eşitlik içinde özgürlüğü sağlamaya çalışan liberal demokrasi anlayışıdır. (Macpherson 1977: 1) Ne yazık ki, "Liberal Demokrasi" kavramı iki anlamda da kullanılmaktadır. Çünkü "liberal" sözcüğü, pazar kurallarının takip edilmesiyle daha güçlünün özgürlüğü için daha zayıf olanı daha aşağı çekmek olarak da adlandırılabilir; ya da toplumdaki tüm bireylerin kapasitelerini geliştirmek ve ondan yararlanmak için eşit özgürlüğe sahip olmaları anlamında da kullanılabilir.

(*) Yrd. Doç. Dr., Ankara Üniversitesi İletişim Fakültesi

Macpherson'a göre liberal demokrasi kavramındaki temel zorluk şu ana kadar olan süreçte söz konusu iki anlamı birleştirmeye çalışmasındadır. Liberal demokrasi, kapitalist pazar toplumunda başlamıştır. Bu dönemdeki liberal demokrasi anlayışı, ***"marketh man"*** (pazar insanı) olarak ifade edilebilecek temel bilinçsiz bir varsayıma dayandırılmıştır. Ancak, 19. yüzyılın ortalarında Mill, bireyin kendini geliştirmesi için eşit bireysel haklara vurgu yapmıştır. Mill, herkes için en iyi yaşamın, bireyin yeteneklerinin çok boyutlu gelişmesine dayandığına inanmaktadır. Böyle bir bakış açısı, ancak bazı yeteneklerimizin gelişimi, ötekilerin yeteneklerinin gelişimini engellememesi halinde anlamlı olacaktır.(Gray 2003: 58) Mill'in bireyin kendisini geliştirmesinin başkalarının gelişimine engel olmaması anlayışının yaygınlaşmasından beri, liberal demokrasinin bu iki anlayışı mücadele içerisindedir. (Macpherson 1977: 2) Macpherson bu noktadan hareketle siyasi düşüncesinin amacını, liberal demokrasinin temel bozukluklarını tespit etmek ve ihtiyaçlar doğrultusunda onu yeniden inşa etmek olarak belirlemiştir. (Macpherson 1989: 3) Ona göre, Batılı liberal demokrasiler bunalım içerisindedir. (Macpherson 1984: 7) Bu bunalım büyük ölçüde Batı demokrasi kuramının ontolojik varsayımlarından ve ***meşruiyet*** (justifying) teorisinin dayandığı iddialardan kaynaklanmaktadır. Batı demokrasi kuramının ontolojik varsayımları, insan doğasının iki farklı anlayışında kendi içinde tutarsızlıklar barındırmaktadır. Bunlardan birincisi, sonsuz arzulayıcı, sınırsız sahiplenici ve özellikle **yararlılıkların** tüketicisi olarak liberal, bireyci insan anlayışı; diğeri ise, insanın kendi kapasitelerinin ve vasıflarının ortaya çıkarıcısı ve çabalayıcısı olarak insan anlayışıdır. (Macpherson 1989: 24) Macpherson, mevcut sosyal yapının şu anki kararsız ontolojinin kılavuzluğuna bırakılması durumunda, liberal demokratik amaçların gerçekleşmesinin mümkün olmayacağını, bundan dolayı liberal demokrasinin ***meşruiyet*** kuramının yeniden ele alınması gerektiğini söyler. O, bu konudaki kesin tavrını "Batı, demokratik toplumlarının sürekliliği ve meşruluğu açısından kendi ontolojik temellerini yeniden gözden geçirmedikçe demokratik toplumun devamı mümkün olmayacaktır" (Macpherson 1989: 24) şeklindeki ifadesiyle ortaya koymuştur.

Macpherson, Batı demokrasisi ***meşruiyet*** kuramının, iki maksimize iddia üzerine dayandığını söyler: Birincisi, ***bireysel faydanın maksimize edilmesi***; diğeri ise, ***bireysel kabiliyetlerin maksimize edilmesi***dir. Ona göre, her iki iddia da kısmen doğalarında var olan bozukluklardan dolayı, kısmen de değişen koşullardan dolayı amaca uygun şekilde gerçekleşememektedir. Çünkü değişen koşullar, aynı ölçüde mevcut teorinin varsayımlarının da değişmesini zorunlu kılmaktadır. Değişen koşullar, iddialarının çok geniş olmasından dolayı demokrasi kuramı için yeni zorluklar yaratmıştır. Batı demokrasi kuramının merkezi değerlerinden birisi seçme özgürlüğünün önemini en üst düzeyde vurgulamasıdır. Macpherson, seçme konusunda piyasa ekonomisiyle siyasi tercih arasında bir bağ kurmak suretiyle konuyu açıklamaya çalışır. Ona göre, değişen koşullar, tüketici tercihinde büyük rol oynamaktadır. Öte yandan, batı demokrasisi, piyasa ekonomisinde olduğu gibi fiili taleple-

rin değişimine cevap vermek üzerine yükselir. (Macpherson 1989: 3)

Bu ilişkide sıkça gözden kaçırılan önemli bir hususa dikkat çekmek gerekir: Dünya çapında politik pazar olarak isimlendirilebilecek tüketicilerin tercihleri hızlı bir şekilde değişmektedir. Fakat Batı, özgür toplum için halen aynı üstün tercihi savunmaktadır. Oysa dünyanın geri kalan üçte ikisi küresel anlamda yeni talepleri olan ve farklı şeyleri talep etme noktasına gelen ülkelerdir. Eğer iddia edildiği gibi tüketicilerin egemenliğine inanılıyorsa, onlar kendi tercihleri konusunda özgür bırakılmalı ve bu taleplere cevap vermeye hazırlıklı olunmalıdır. Bu, var olan demokratik kuramı ortadan kaldırmak anlamına gelmemelidir. Yapılması gereken farklı kuramların birlikteliği için yeni bir argüman geliştirmektir. (Macpherson 1989: 4)

Macpherson'un ifade ettiği liberal demokrasinin her iki iddiası da (bireysel faydanın ve bireysel kabiliyetlerin maksimize edilmesi) bireysel kişiliğin gelişimi adına ileri sürülmüştür. Her iki iddianın da temel argümanı, bireylerin farklı tarihsel köklere ve farklı kişiliklere sahip olmalarına rağmen, "liberal toplum"u insan kişiliğinin gerçekleşmesinde en büyük kriter olarak ele almalarıdır. Birinci iddia şudur: Liberal demokratik toplum, bireysel tatmini ve faydayı en üst noktaya çıkarmada ve bireysel seçim özgürlüğünü genişletmede liberal olmayan toplumlara göre çok daha iyi gerçekleştirir. Bu iddia yalnızca bireysel arzuların maksimize edilmesini değil, aynı zamanda bunun hakkaniyetle yapılmasını da içerir. Ancak ***faydacılık***, insanlara eşitler olarak davranmaya çalışsa da insanları eşitler olarak değerlendirmenin gerçekte ne anlama geldiği yönündeki çok sayıda inancı hiçe sayar. Ne var ki, faydacılığın her insanın çıkarını eşit değerlendirme idealini yanlış yorumladığını ve bunun sonucu olarak bazı insanlara yeterince eşit davranmadığını, dolayısıyla bu insanlara başka insanların amaçlarına yönelik birer araç olarak davranılmasına izin verdiği de söylenebilir. (Kymlicka 2002: 37) Burada, Bentham'ın ***"en çok sayıda insana en fazla mutluluğun sağlanması"*** şeklinde ifadesini bulan utilitarist yaklaşımı temele alınmıştır. Bentham'a göre, refahın (maddi zenginliğin) artışıyla, mutluluğun artışı doğru orantılıdır. Eşit olmayan fırsatlarla iki bireyden hangisi daha çok refaha sahipse o daha çok mutludur. (Bentham 1931: 103) Dolayısıyla refahın en yüksek seviyeye çıkarılması mutluluğun en yüksek seviyeye çıkarılmasıdır. Benthamcı anlayışla liberal kuram, bireysel yararlılıkların en yüksek noktaya çıkarılmasını, iyi toplumun ölçüsü olarak ele almış ve bireyin yararlılıklarını en yüksek noktaya çıkarma arzusu, insan doğasının temel özelliği olarak düşünülmüştür. Bu da Bentham'ın insanı bir tüketici olarak gördüğü anlamına gelmektedir. İkinci iddia ise, liberal demokratik toplumun insan kabiliyetlerini en üst noktaya çıkardığıdır. Yani insanların, sahip oldukları potansiyelleri ve yetenekleri en üst düzeyde gerçekleştirmesinin böyle bir siyasi yapıda gerçekleşebileceği iddiası.

Macpherson'a göre; ilk iddianın içeriği, liberal demokratik toplumun, herhangi bir liberal olmayan toplumdan daha fazla, bireysel tercih oluşturarak, bireysel tatmin veya yararlılıkları en yüksek seviyeye çıkardığıdır. Yani, liberal demokrasinin sadece toplu tatminleri en yüksek seviyeye çıkartmasını değil, fakat aynı zamanda bunu eşit bir şekilde yapması, yani tatminleri herhangi bir denklik açısından her bireyin hak ettiği en yüksek seviyeye çıkartmasıdır. (Macpherson 1989: 4) Elbette ki bu iddia, bir insan doğası tanımına dayanmaktadır. Yararlılıkların yükseltilmesini toplumun nihai hakkı olarak ele almak, insanı temelde yararlılıkların bir tüketicisi olarak görmektir. Bu durum, sadece iyi toplumun, memnuniyetleri en yükseğe çıkaran seviyede tatmin isteyen bir bütün olarak görüldüğü zaman geçerlidir. ***Benthamizm***de hakim olan bu insan anlayışı, klasik politik iktisatçıların da çok ötesine geçmektedir. Bu anlayış, liberal gelenekte sağlam bir şekilde yerleşiktir ve günümüzdeki liberal demokratik toplumun önemli bir parçası olarak kalmıştır. İkinci iddianın içeriği ise liberal demokratik toplumun, insanların beşeri güçlerini yükseltmek yani, kendilerine özgü insani kapasitelerini kullanma ve geliştirme potansiyellerini artırmaktır. Bu iddia, insan doğasını yararlılıkların bir tüketicisi olarak değil, fakat bir yapıcı, yaratıcı ve insani davranışlarından (vasıflarından) zevk alıcı olarak gören bir anlayışa dayanmaktadır. (Macpherson 1989: 4) Bu vasıflar değişik şekilde listelenip değerlendirilebilir. Örneğin, rasyonel anlayış, moral muhakeme ve faaliyet, estetik yaratıcılık veya düşünme, duygusal arkadaşlık ve sevgi faaliyetleri ve bazen de dini tecrübeleri de içine alacak bir kapasite olarak düşünülebilir. (Bentham 1982: 3) İnsani vasıflar ne olarak ele alınırsa alınsın, bu insan anlayışında bunların ortaya çıkışı ve gelişimi kendi içlerinde amaç olarak görülürler yoksa tüketici memnuniyetlerine basit birer araç değildirler. Çünkü insan, memnuniyeti arayan istekler yığını değil, ortaya çıkarılmayı bekleyen bilinçli enerji kümesidir. (Macpherson 1989: 32)

Fark edileceği üzere insan doğasına ilişkin bu yaklaşım, utilitaristlerinkinin tam tersi bir insan anlayışıdır. Esasında bu yaklaşım, ***Benthamiklerin*** insanı tüketici olarak gören ham görüşüne bir tepki olarak ortaya çıkmıştır. ***Benthamizm*** 19. yüzyılda tutucu, radikal ve orta yolcu olarak birçok tepkiyi ortaya çıkarmıştır. Bütün bu tepkiler, şu veya bu şekilde insan doğasını, tüketimden çok bir faaliyet olarak tekrar ileri sürmüşlerdir. Tekrar ileri sürmüşlerdir, çünkü Aristoteles'ten 17. yüzyıla kadar insan doğası, tatminlerin tüketiminden daha ziyade amaçlı faaliyetler, yani herhangi bir rasyonel amaca göre kişinin enerjisini kullanması olarak düşünülmüştür. 17. yüzyılın başlarına kadar geri götürebileceğimiz modern piyasa toplumunun ortaya çıkmasıyla birlikte insan doğasına ilişkin bu anlayış daraltılmış ve hemen hemen tersine döndürülmüştür. İnsan halâ, amacı olan rasyonel bir varlık olarak ele alınmış, fakat bu rasyonel davranış sınırsız arzuların bir karşılanma aracı olarak sınırsız bireysel sahiplenme düşüncesini ortaya çıkarmıştır. Macpherson'a göre insan doğasına ilişkin bu bakış açısı insanı, sınırsız sahiplenici ve sonsuz bir tüketici haline getirmiştir. (Macpherson 1989: 5) İnsanın sınırsız sahiplenici olması onun sonsuz arzulayıcı olarak tanımlanmasının doğal bir sonucudur.

Kabul etmek gerekir ki, liberal gelenek, temel özelliği yararlılıkların rekabetçi bir şekilde yükseltilmesi olan piyasa toplumunda oluşturulmuştur. Dolayısıyla yukarıda bahsettiğimiz iki

farklı insan doğası anlayışı ve iki yüceltici iddianın bir araya getirilmesi çabası şaşırtıcı değildir. Bundan dolayı 19. yüzyılda liberal demokrasi düşünürlerinin karşılaştığı en önemli problem, önceki iki yüzyılın demokrasi öncesi liberal geleneğini, yeni demokrasi moral iklimine yerleştirecek bir yol bulmaktır. Bunun için de, liberal demokratik toplum imajını daha ahlaki bir zeminde meşrulaştırmak gerekliydi. Bu durum bireysel özgürlüğün liberal icraatla uygunluğu içerisinde, herhangi birinin kendinden beklenenin en çoğunu elde etmek için özgürlüğü liberal demokratik toplumun ana prensipleri olarak sunmasıyla gerçekleştirilebilirdi. Böylece birinin güçlerini en yükseğe çıkarmak için bireysel özgürlük, faydaları en yükseğe çıkarmak özgürlüğüne eklenmeliydi. Sonuç olarak yeni bir moral kazanmış olan liberal demokratik toplum bir piyasa toplumu olarak bireylerin seçilmiş faydalarını ve özgür bir toplum olarak da güçlerini en yükseğe çıkarmayı iddia edebilirdi.

Macpherson, bu iddiaların hiçbirinin çok sağlam biçimde ayakta duramadığını ifade eder. Ona göre, liberal demokratik toplumun bireysel yararlılıkları en yüksek seviyeye çıkardığı iddiası, ekonomik bir iddiaya indirgenebilir. (Macpherson 1989: 6) Gerçekten de sınırsız sahiplenme içinde bireysel teşebbüs ve bireysel hakların piyasa ekonomisiyle sosyal ve politik kurumların talebi üzerine bireysel yararlılıkları en yüksek seviyeye çıkardığı iddiası inkâr edilemez bir gerçektir. Aslında yararlılığı en yüksek seviyeye çıkarma iddiasını Macpherson'un yaptığı gibi ekonomik bağlama indirgemek, liberal demokratik iddialardan yola çıkarak diğer liberal kurumlara yüklenen değeri dışlamayı haklı kılmayacaktır. Çünkü sivil ve siyasi özgürlüklerin kendilerine ait enstrümantal ekonomik değerlerden başka bir değere sahip olduğunu göz ardı edemeyiz. Kaldı ki bireysel güçlerin gelişimi ve ortaya çıkması için sivil ve siyasi özgürlüklerin ön koşul olarak kabul edilmesi gerekir.

Liberal demokratik toplumun bireysel yararlılıkları en yüksek seviyeye çıkardığı iddiasını Macpherson'un iddia ettiği gibi ekonomik bir iddiaya indirgeyecek olsak bile burada tartışılması gereken problem bu iddianın gerçekten doğru olup olmadığıdır. Macpherson'a göre, kapitalist piyasa ekonomisinin bireysel yararlılıkları en yüksek seviyeye çıkardığı iddiası 20. yüzyılın iktisatçıları tarafından yeterince eleştirilmiş, ancak bunu çok az siyasi teoriysen fark edebilmiştir. Macpherson, bunun temel nedeninin, bu bireysel yararları en yüksek seviyeye çıkarma iddiasının üstesinden gelinemeyecek mantıki bir zorluk içermesi olduğunu söyler. Zira, farklı kişilerin farklı şeylerden tatmin olmaları tek bir ölçme şekliyle kıyaslanamaz. Dolayısıyla bunlar birbirlerine eklenerek bir araya getirilemezler. Yine bu yüzden piyasanın gerçekte ürettiği yararlılıklar kümesinin başka bir sistem tarafından üretilebilecek diğer bir kümeden daha büyük olduğunu göstermek mümkün değildir. Macpherson, bu noktadan hareketle, piyasanın toplu yararlılığı en yüksek seviyeye çıkardığı iddiasının ispatlanamayacağını vurgular. (Macpherson 1989: 7) Zaten serbest piyasanın özgürlükleri ve yararlılıkları artırdığıyla ilgili yaygın söylemin büyük bölümü, özgürlüğün ahlakileştirilmiş tanımına dayanmaktadır. Ahlakileştirilmiş bir tanımla,

serbest piyasanın hiç kimsenin özgürlüğüne kısıtlama getirmediğini, yalnızca insanların yapmaya hakları olmadığı şeyleri yapmalarını önlediği söylenebilir. (Kymlicka 2002: 151)

Macpherson'un bu konuda dikkat çektiği ikinci problem, piyasanın yararlılıkları eşit derecede yükselttiği iddiasının bir geçerliliği olmadığı yönündedir. Macpherson burada eşitliği, yararlılıkların toplumun bireysel üyeleri arasındaki dağılımına atfen kullanmaktadır. Eşitlik, her bir bireyin toplu ürüne yaptığı katkıyla orantılı dağılımı gerektirir. Sorun, bunu piyasanın gerçekleştirmesinin mümkün olup olmadığıdır. Macpherson'a göre iktisatçılar, kaynakların veya gelirin özel dağılımını varsayarak mükemmel bir serbest rekabetçi piyasanın işleyişinin her bir bireye katkısını hak ettirdiği kadar azami memnuniyeti vereceğini göstermişlerdir. Ne var ki, kaynakların ve gelirin dağılımının adil olduğu ispatlanmazsa eşit yararı en yüksek seviyeye çıkarma iddiası sürdürülemez. (Macpherson 1989: 7) Bu bağlamda, iktisatçıların modeliyle gösterilebilecek azami durum salt rekabetçi piyasanın herkese sahip olduğu kaynaklar vasıtasıyla katkıda bulunduğu oranda bir ödül verebileceğidir. Bu kaynaklar bireyin enerjisi, becerisi, sermayesi, arazisi veya diğer kaynakları olabilir. Ancak bu durumda bütün kaynakların gerçek sahiplenme şeklinin eşit olup olmadığı sorun olarak ortaya çıkmaktadır.

Eşitlik bireyin enerji ve becerisine ***orantılı*** ödülleri gerektiriyorsa –ki bu J. S. Mill'in 'mülkiyette eşitlik prensibi'ni göstermektedir- piyasa modelinin eşit olmadığı ileri sürülebilir. Çünkü piyasa modeli, ödülleri enerji ve beceri gibi diğer sahip olunan kaynaklara ***orantılı*** olarak dağıtır. Ancak diğer kaynakların mülkiyeti edinilmiştir. Macpherson, bu noktada hiç kimsenin diğer kaynakların mülkiyetinin sahipleri tarafından kullanılan enerji ve beceriyle orantılı olduğunu iddia edemeyeceğini söyler. Bu durumda piyasa, yararlılıkları işe göre eşit bir şekilde en yüksek seviyeye çıkaramayacaktır. İhtiyaca göre de ***egaliteryan*** ihtiyaç anlayışı içerisinde yararlılıklar eşit bir şekilde en yüksek seviyeye çıkarılamayacaktır.

Macpherson'a göre Bentham, bireylerin hazlar açısından eşit kapasiteye sahip olduğu ve böylece eşit ihtiyaçları olduğu ***"egaliteryan"*** varsayımını ortaya atmış ve toplu yararlılığı belirlemede bireyin tek sayılamayacağını ve hiç kimsenin de tek olmanın ötesinde olamayacağını öne sürmüştür. Daha sonra Bentham, yararlılığın, refahın (zenginliğin) mutlak eşit dağılımıyla en yüksek seviyeye çıkarılabileceğini göstermiştir. Bentham ayrıca, eşit dağılımın, üretkenliğin ayrılamaz teşviki olarak gördüğü kâr dâhil, mülkiyetin güvenliğiyle tamamen uygunsuz olduğuna da işaret etmiştir. Böylece yararlılıkların toplu üretimi en yüksek seviyeye çıkarmak için güvenlikle birlikte olması gerektiği sonucuna varmıştır. (Macpherson 1989: 7) Bentham'ın açık bir şekilde göstermek istediği, kâr teşvikleriyle ilgili piyasa varsayımını yapar yapmaz, azami yararlılığı hesaplamada her bir bireyi eşit derecede değerlendirme ihtimalini terk etmemiz gerektiğidir. Zaten, Bentham, piyasanın kendi eşitlik anlayışına göre yararlılıkları en yüksek seviyeye çıkardığını ileri sürmez, aksine piyasanın bunu yapamayacağını iddia eder.

Yukarıda bahsettiğimiz iki eşitlik anlayışının dışında *(işe göre dağılım ve varsayılan eşit ihtiyaca göre dağılım)* eşitlikle ilgili farklı anlayışlar da ileri sürülebilir. Ancak Macpherson'a göre, demokratik teorinin asgari eşitlikçi varsayımlarıyla uyumlu olmayan hiçbir eşitlik anlayışı, piyasanın yararlılıkları eşit bir şekilde en yüksek seviyeye çıkardığını göstermez. Macpherson, bu noktadan hareketle, yararlılıkları en yüksek seviyeye çıkarmanın ve bunun eşit bir şekilde yapılması iddiasının, mükemmel rekabetçi bir yapıda bile başarısız olacağını iddia eder. (Macpherson 1989: 8) Ona göre; liberal demokratik toplumun insanların güçlerini en yüksek seviyeye çıkardığı iddiası yeterince açık olmasına rağmen, oldukça karmaşık sorunları da içinde barındırmaktadır. Bunu bireysel güçlerin en yüksek seviyeye çıkarılması prensibi içinde toplamak (ki, Macpherson için liberal demokrasinin yararlılıktan başka bütün temel iddiası budur) (Macpherson 1989: 8) şüphesiz konuyu oldukça basite indirgemek olacaktır. Batı geleneği içerisinde insanın yegâne amacı, beşeri davranış ve kapasiteleri kullanma ve geliştirme önerisine dayandırılır. Bu varsayıma göre iyi bir hayat, bu güçleri en yüksek seviyeye çıkarandır. Aynı şekilde iyi bir toplum da bu güçleri en yüksek seviyeye çıkaran veya bunu kolaylaştırıp izin veren ve böylece insanın kendisini en iyi konuma çıkarmasını sağlayan toplumdur. ***Macpherson*** bu güçler anlayışının tanımlayıcı değil etik bağlamda düşünülmesinin önemine dikkat çeker. Bu bakış açısıyla bir insanın güçleri, doğa ya da Tanrı tarafından kendisine bahşedilmiş temel insani davranışları anlamak için kendisinde bulunan potansiyellerdir. Yoksa ***Hobbes***'da olduğu gibi nasıl edinilirse edinilsin isteklerinin gelecekte gerçekleştirilmesini sağlayacak mevcut vasıtaları değildir. (Hobbes 1966: 74)

Macpherson için demokrasinin maksimizasyonu açısından insan güçleriyle ilgili söz konusu iki farklı anlayışı doğru anlamak, mevcut liberal demokratik teorinin eksikliklerinin giderilmesi açısından oldukça önemlidir. İnsan güçleriyle ilgili ***etik anlayış***, bireyin amaçlarını gerçekleştirmede bu güçleri potansiyeller olarak, insanın sadece doğal kapasiteleri şeklinde değil (enerji ve beceri) fakat aynı zamanda bunları dışa vurma kabiliyeti olarak ele alır. Bu dışa vurum, insanın kendi dışındaki şeylere erişimini sağlar. Dolayısıyla insan amaçlarını gerçekleştirirken karşısına çıkan olaylarda söz konusu erişimi sınırlamayı da kapsayacak şekilde insanın güçlerinde bir azalma kaçınılmaz olacaktır. (Macpherson 1989: 9)

Tanımlayıcı insan güçleri anlayışı ise, başka insanların istekleriyle enerji ve becerilerinin kullanılması sonucu edinilmiş ilave güçlerle doğal kapasitelerini kapsar. Bu anlayış, insanın amacına ulaşması için beşeri kabiliyetlerini tamamen kullanmayı ve kapasitelerini kullanmak için ihtiyaç duyduğu şeylere özgürce ulaşmasını da şart koşmaz. Dolayısıyla insan kapasitelerini kullanırken karşısına çıkacak herhangi bir şey için insanın güçlerinin azalması söz konusu olmayacaktır. Bu açıdan insanın güçleri tamamen insan olması için sahip olunması gereken güçler değil, sahip olduğu güçlerdir. Bu nedenle gelecekte elde etmek istediği şeyler için araç olarak tanımlanan insan güçleri, başka insanların enerji ve becerileri vasıtasıyla edindiği güçlere hitap etmeyi de kapsayacaktır. (Macpherson 1989: 9) İnsanların amaçlarına ulaşmada erişimin geniş çapta sınırlandığı herhangi bir toplumda insan güçlerinin hangi anlamda tanımlandığına bağlı olarak sonuç farklılaşacaktır. Etik anlayışta bazı insanların güçlerinin bir kısmının başkalarına sürekli net bir transferi olacak ve gücün alındığı kişilerin insani varlığında bir azalma olacaktır. Tanımlayıcı anlayışta ise, net güç transferi ve insani varlıkta bir azalma olmayacaktır. Transferde azalma olmayacaktır çünkü güçler, insanın edinmiş olduğu veya kendisine bırakıldığı kadarıyla erişim vasıtalarıdır. İnsani varlıkta da bir azalma olmayacaktır çünkü, insanın varlığı fikri, bu anlayışta ima edilen, insanın tatminlerinin bir tüketicisi olduğu düşüncesine dayanmaktadır. (Macpherson 1989: 10)

Macpherson'a göre insanın güçlerinin ***etik anlayışı*** 19. yüzyılda batı geleneğine yeniden sokulan bir kavramdır. Bu giriş; liberal teoriyi, liberal demokratik teoriye dönüştüren şeydir. 19. yüzyılda bu etik anlayış yeniden başladığında eski ve Ortaçağlardaki durumunda ihtiva ettiğinden çok daha spesifik ***egaliteryan*** bir varsayımı içermekteydi. Bu anlayış sadece her bir bireyin insani varlığını anlama fırsatıyla eşit derecede donatıldığını değil, ama aynı zamanda insanların kapasitelerinin önemli derecede eşit olduğunu ve bu dünyada eşit fırsatlarla donatıldığını da varsayar. Böylece, 19. yüzyılda piyasa toplumunu ve demokrasi öncesi liberal teoriyi insanileştirmeyi deneyenler tarafından bu etik anlayış, yeniden ileri sürüldüğünde, iddia, insanın temel davranış veya kapasitelerini kullanma ve geliştirmeyi en yüksek seviyeye çıkarma anlamında her bir bireyin güçlerini liberal demokratik toplumun en yüksek seviyeye çıkardığı iddiası haline gelmiştir. Burada dikkat çekilmesi gereken husus, liberal demokratik toplumun her bir bireye sahip olduğu doğal kapasiteler ne olursa olsun onları kullanma ve geliştirmede azami özgürlüğü sağladığı görüşüdür.

Macpherson, bu görüşün doğruluğunu da tartışmaya açar. Ona göre, liberal demokratik toplum kapitalist piyasa toplumudur ve kapitalist piyasa toplumu doğası gereği iddia edilen doğal kapasiteleri kullanmak ve geliştirmek için eşit bireysel özgürlüğü en yüksek seviyeye çıkarmaktan ziyade onu azaltarak bazı insanların güçlerinin bir kısmını başkalarına aktarmayı zorunlu kılar. (Macpherson 1989: 10) Çünkü kapitalist piyasa toplumu bireysel güçlerin sürekli olarak ve her zaman her yerde değişimini gerekli kılarak çalışır. Çoğu insan başkalarının enerji ve becerisinin ürünü ve kullanımı karşılığında kendi enerji ve becerisinin kullanımını piyasada satar. Böyle de yapmak zorundadırlar, çünkü çalışacakları yeterli sermaye ve diğer kaynaklara sahip değillerdir veya bunları kontrol edemezler. Bu da kendi sermayelerini artırma çabası dışında hiçbir şeyden sorumlu olmayan çok az bir kısım insan tarafından ve sermaye ve diğer kaynaklara sahip olan kapitalist toplumun doğasından kaynaklanır. Bu azınlık, sermayelerini ne kadar artırırsa sermayesi olmayanların üzerinde o kadar çok kontrolleri olacaktır. Dolayısıyla gerçek iş hayatında kişinin kendi güçlerinden haz duyması ve bu güçlerini geliştirmesi söz konusu olamaz. Kendi emek araçlarından yoksun olanlar, başkalarına ulaşmak için bedel

ödemelidirler. Başkalarına bedel ödemeksizin kendi beceri ve enerjisini bireyin kullanamadığı bir toplumda, başkalarının çıkarları için yani güçlere erişim için insanın güçlerini en yüksek seviyeye çıkardığı söylenemez. (Macpherson 1989: 11)

Bu noktadan hareketle Macpherson, 20. yüzyıl siyasi düşünürlerinin, mükemmel rekabetçi kapitalist piyasa toplumunda güçlerin net bir şekilde transferini görmezlikten geldiklerini söyler. (Macpherson 1989: 11) Hobbes'tan Bentham'a kadar birçok düşünürün böyle bir insan anlayışının mirasçıları olarak bu transferi görmezden gelmelerinin sebebi, insan güçlerini, tatminleri sağlamak için insanın sahip olduğu araçlar olarak tanımlamalarından kaynaklanır. Yani, arazi ve sermaye edinimiyle bir insanın hali hazırda edindiği ne kadar güç varsa, başkaları arazi ve sermayeyi edindiği zaman kendisine kalan kadar az gücü olacaktır. Daha önce ifade ettiğimiz gibi güçler, bu şekilde tanımlandığında emek - sermaye ilişkisinde net güç transferi olmayacaktır. Güçlerin bu şekilde tanımı, insanın güçlerinin etik tanımıyla oldukça uygunsuzdur. Dolayısıyla liberal demokratik kuram, bireysel güçleri en yüksek seviyeye çıkarma iddiasını gerçekleştirmek istiyorsa, etik tanımı dikkate almak zorundadır. Yoksa liberal demokratik yükseltme bağlamında, insanın güçleri onun doğal kapasitelerini kullanma kabiliyetini de içerecek şekilde ele alınacaksa, bazı insanların güçlerinin bir kısmının başkalarının çıkar ve hazzı için sürekli olarak başkalarına transferiyle işleyen kapitalist piyasa toplumu, her bir bireyin gücünü uygun bir şekilde en yüksek seviyeye çıkarmayı iddia edemez. Piyasa işlemleriyle edinilen, eşit olmayan mülkiyetler bazı insanların başkalarının güçlerini edinerek kendi güçlerini artırdıkları araç haline gelmiştir. Güçlerin yalnızca azınlık bir grup için en yüksek seviyeye çıkarılmasının demokratik bir toplumun kriteri olmayacağı açıktır. Ne var ki, insanın yararlılıkların sonsuz arzulayıcısı olduğu anlayışını terk etmeksizin insanın başkaları üzerinde gücün sonsuz istekçisi olduğu gerçeğini değiştirmek ve net güç transferinden kaynaklanan eşitsizliği ortadan kaldırmak mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak Macpherson'a göre liberal demokrasilerin garanti altına almak zorunda oldukları en önemli şey, her bir ferdin kendisi için en iyi olanı gerçekleştirme hususundaki eşit-özgürlük hakkıdır. Açıktır ki etik manada bireysel kabiliyetlerin en yüksek seviyeye çıkarılması ile tanımlayıcı piyasa anlamında bireysel güçlerin en yüksek seviyeye çıkarılması arasındaki çelişkiler çözülmediği sürece demokrasinin maksimizasyonundan da söz edilemeyecektir. Liberal demokratik teorinin iddialarını gerçekleştirebilmesi, bünyesinde barındırdığı bu çelişkileri çözmesine bağlıdır.

KAYNAKÇA

- Bentham, J. (1931); The Theory of Legislation, ed. C.M. Ogden, New York.
- Bentham, J. (1982): Introduction to the Principles of Morals and Legislation, edited by: J.H. Burns and H.L.A. Hart, London and New York.
- Dworkin, Ronald (1985); A Matter of Principle, Harvard University Press, London.

- Groy, John (2003) Liberalizmin İki Yüzü, Çev. K. Değirmenci, Dost Kitabevi Yayınları, Ankara
- Held, David (1987): Models Of Democracy, Cambridge, Polity Pres, Cambridge.
- Hobbes, Thomas (1966): Leviathan, The English Work of Thomas Hobbes ed. S.W. Molesworth Barth, Scientia Verlag Aalen, Darmstadt.
- Kymlicka, Will (2002): Contemporary Political Philosophy, Oxford University Press, Oxford.
- Lokoff, Sanford (1993): Özerklik ve Liberal Demokrasi, Çev. E. Seber, Sosyal – Siyasal Teori, (Der: A. Yayla) Siyasal Kitabevi, Ankara.
- Macpherson CB (1966), The Real World Of Democracy, Oxford University Pres CB, New York.
- Macpherson CB (1977) The Life and Times of Liberal Democracy, Oxford University Pres, New York.

  Macpherson, C.B. (1984); Demokrasinin Gerçek Dünyası, Birey ve Toplum Yayınları, Ankara
- Macpherson, C.B. (1989): Democratic Theory: Essays in Retrieval, Clarendon Press, Oxford.

Doğa, İnsan ve Yasa: Thomas Hobbes

Halil TURAN*

İnsanın bir etik ve siyasal varlık olarak tanımı, bu tanıma bağlı olarak geliştirilecek kuramın da ana çizgilerini belirleyecektir. Onu kendi yararını kollayan bir varlık, yaşamsal kaynakları öncelikle kendi varlığını sürdürmek için kullanmak isteyen, bedensel ve düşünsel tüm gücünü her şeyden önce bu amaç için harcayan bir canlı olarak betimlemek böyle belirleyici bir tanımdır. Bu türden tanımlara göre, bu varlığın temel kaygıları, öncelikle kendi varlığını korumak, olabildiğince uzak bir geleceğe yönelik hesaplarla güvenceye almaktır. Hemcinsleri de dahil olmak üzere tüm canlılarla ilişkilerini bu amaçları gözeten hesaplar üzerine kurmaktadır. Doğrusu insanın bencilliğine ilişkin kanıtları sokakta, pazarda, işte, tatilde, her an ve her yerde açıkça görebiliriz. Öte yandan, bütün etik, hukuki ya da siyasi eleştirilerin gelip dayanacağı yer de, bir komşu, bir yurttaş ya da türdeş olarak insanın bu nitelikleri gereği, belli durumlarda vazgeçmek zorunda olduğu kabul edilen bencilliğe kendini kaptırması, kendi yararını başkalarının zararına gözetme suçunu ya da kabahatini işlemesi olacaktır. Oysa, insanı öz sevgisi eğiliminden hiçbir zaman tümüyle arınmış olarak düşünemeyiz; böyle bir durum en azından sağlık belirtisi sayılmayacaktır. Mutlak bir özgeci (diğerkâm) varsa bu korunmaya muhtaç bir kişi olmalıdır.

Toplumsal yaşamı çözümleme ve böylece yönlendirme işine, insanın özelliklerinden, özellikle de onun bencilliğinden başlayan etik ya da siyaset kuramlarının felsefi bir sorgulamayı bile gereksiz kılacak kadar sıradan ve somut bir temele dayandığını söyleyebilir miyiz? Bu sıradan ve somut temelde bir değer aramalı mıyız? Eğer bencillik gibi bir kavram sırf bir davranış özelliği, örneğin maddenin "davranışındaki" bir özellik gibiyse bir "değeri" olamaz. Tersine, bencilliğe günlük dilde olumsuz bir değer yüklendiğini düşünecek olursak, "insan bencildir" önermesinin bilimsel bir olgudan çok, insanın hiç de "iyi" sayılamayacak bir özelliğini vurguladığı, bir olguyu saptıyor gibi görünse de, aslında insana "belki de yalnızca usunu kullanmakta kusur eden insana" ilişkin bir değer yargısı içerdiği ya da böyle bir yargı olduğu da söylenebilir. Buna göre, etiğe ve siyasete ilişkin çözümlemelerde insanın bencilliğini öne çıkarmanın, bunu araştırmanın temeline yerleştirmenin, değerden bağımsız olması beklenen bir çözümlemeye bir değer yargısıyla başlamak hatasına düşmek olduğunu mu düşüneceğiz? Olguda değer var mıdır? Olgu ile değer birbirlerinden tümüyle bağımsız mıdır? Örneğin maddenin temel bir özelliğine ilişkin bir nicelik saptamasının bir değer yargısından büsbütün farklı olduğu açıktır. Ancak, insana ve topluma ilişkin olguları doğaya ilişkin olanlardan ayırmak gerekmez mi? Bencilliğin insana ilişkin doğal bir nitelik olduğunu kabul etsek bile, çözümlemeye bu olgudan başlayarak bir bireşime, bir dizgeye doğru ilerlemek, insanın eğilimlerine baştan bir değer yüklendiği için, çözümlemeden çok bir düzeltme, kötüyü iyiye çevirme çabası olmayacak mıdır? Filozof evrensel bir düzeltici mi sayılmalıdır?

Her ne kadar böylesi sorular felsefi açıdan önemli sorular olsa da, burada yalnızca bencillik kavramının iyi anlaşılması gerektiğini vurgulayalım. İnsanın öz sevgisi, kendi varlığını sürdürme ve geliştirmeyi her şeyden daha önemli sayma yatkınlığını saptamak ona bir değer yüklemek midir? Aslında bencillik ya da öz sevgisinde değerin derecelerle belirlendiğini gözden kaçırmamak gerekiyor. Apaçık bir öz sevgisi uğruna yapılan ve başkalarının yararını büsbütün göz ardı eden her davranış, toplumda kendilerini her yönden yükümlülüklerle çevrili bulan varlıklar olan bizler için elbette olumsuz bir değer taşımaktadır. Sokakta, işte, evde, mecliste kör bir ben sevgisi uğruna yapılan her şeye tartışmasız kötü denir; çünkü, sokakta, işte, evde, yararlar belli ölçülere göre bölüşülmelidir ve kaba bir ben sevgisiyle eyleyen kişi bu bölüşümün kabul edilen ilkelerini çiğneyecek bir biçimde eylemektedir. Oysa, ortak yaşamın hiçbir yerinde hiç kimseden kendi yararına ilişkin düşünce ve eylemlerden büsbütün uzak durması ve yalnızca başkalarının yararlarını gözetmesi ne istenebilecek, ne de beklenebilecektir. Her özgeci gibi görünen eylem, daha geniş bir bakış açısından pekâlâ yarar dengelerini gözeten bencil bir eylem olarak nitelendirilebilecektir. Öyleyse, bencilliğin dilde alışık olduğumuz kullanımına bakarak, kendi yararını gözetmeye koşulsuzca bir kötülük damgası vurulamayacaktır. Kötü olarak nitelenemeyecek böylesi bir eylemde ya da davranış eğiliminde, belli güçlerin denetlenmiş olduğunu, bu güçlerin ya da eğilimlerin zarar değil yarar sağladığını ve böylece tersine bir değerlemenin olanaklı olduğunu görürüz. Daha da önemlisi, söz konusu eylemi çözümlemekte kullandığımız gereçler, isteme, güç, yatkınlık gibi kavramlar, tıpkı doğal nesnelerin devinimlerini çözümlemekte, anlamakta kullandığımız kavramlar gibi ahlaki değerlendirme alanının da dışında kalmalıdır. Bunların belki varsayımlara dayandıkları ve varsayımların kendilerinin belli bir değer alanından çıkıp geldikleri söylenebilir; ancak, aynısı doğal nesnelere ilişkin devinim çözümlemelerinin dayandığı varsayımlar için de geçerli olacağı için, değerin ilk kavramlarda gizlendiğini savunmak, olanaksız olmasa bile pek kolay bir iş sayılmaz.

Sokak, ev, iş, meclis, bunlar yalnızca toplumsal yaşamda bu terimlerin imlediği gerçek şeyler olurlar; bunlar, adeta tinsel bir kimliğe bürünen ayrıcalıklı bir hayvan olan insanla, toplumla ortaya çıkan, ancak böyle anlam bulan kavramlardır. Sokak taş ve topraktan oluşmaz, o bir doğa parçasından farklıdır, dönüştürülmüş bir doğa parçasıdır; deyim yerindeyse, doğa onda bir tüzelkişilik kazanmıştır. İşte doğa parçasında böyle bir dönüşüm olduğunda gerek

(*) Doç.Dr., Orta Doğu Teknik Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi.

insan, gerekse edimleri için doğal devinimler, yatkınlıklar için kullanılamayacak belirteçler kullanılabilecektir. Artık insanın devinimleri devinim değil edimdir, artık onlara yalnızca hızlı ya da yavaş, doğrusal ya da çembersel değil, iyi ya da kötü, güzel ya da çirkin gibi sıfatlar uygulanabilecektir. Denetlenmemiş bir ben sevgisiyle ortaya koyulan davranış ya da söz, artık bir taşın devinimi gibi doğal, yani yalnızca belli bir yönde, belli bir şiddette değildir; o artık adaletsiz, eğri, kötü gibi sıfatlarla nitelenebilecektir; artık yalnızca ölçülebilecek bir güç de değildir, şimdi yönlendirilmesi, azaltılması, durdurulması *gereken* bir güçtür, artık ben sevgisine ilişkin eylemler yükümlülüklerin ve hakların konularıdırlar, devinim biliminin değil. Ancak, güvenlik ya da hazzı ya da bunları sağlayacak araçları elde etme eğiliminin kendisini tıpkı nesnelerdeki bir itki, bir güç olarak tasarlamak hâlâ olanaklı olmalıdır; dahası, insanın hemcinsleriyle ve diğer canlılarla ilişkisinde yapıp ettiklerinde belli bir güç ya da belli güçler tarafından itildiğini ve yine benzer güçler tarafından engellendiğini ve buna bağlı olarak belli biçimlerde eylediğini kurgulamak siyasal ya da etik çözümlemelerde kuramsal bir kolaylık sağlayacaktır. Böyle bir yaklaşımda, örneğin Thomas Hobbes'un siyaset felsefesinde eyleme ve devinmeler arasında yalnızca bir benzeşim mi kurulmaktadır, yoksa burada benzeşimden daha fazla bir yakınlık mı vardır?

Doğa

İlk bakışta özdekçi Thomas Hobbes'un, insanın doğasını incelemekle, mekanik biliminin konusu olan doğayı incelemek arasında, bu iki alana ilişkin varlık varsayımları açısından önemli bir fark gözetmediği düşünülebilir. Hobbes'a göre, insanın algıları, eğilimleri, düşünceleri, yapıp ettikleri tıpkı, örneğin Galileocu ya da Descartesçı mekaniğin konusu olan doğal cisimler gibi, kesin sonuçlar veren mantıksal-matematiksel bir yöntemle açıklanabilecektir. Bu insan görüşünde, Descartes'ın kas, *spiritus animalis* vb. terimleriyle sunduğu *isteme* düzeniyle çelişir hiçbir şey yoktur; ancak, Hobbes'un siyaset felsefesinin ve etiğinin "fenomenolojik" yöntemle önemli yakınlıkları olan mekanik-tinsel bir düzenek olduğunu da söyleyebiliriz. Bu ikinci olanaklı değerlendirmenin üzerinde duracağım; ancak, ilkin, Hobbes'un insanı cansız doğadaki mekanik düzenden ayırmayan yaklaşımını ele alalım.

Hobbes, örneğin, bilginin imgelemdeki algı yankılarına ya da deneyime bağlı olduğunu söyler: Gerçek algısına sahip olmadığım şeyin imgesi olamaz; elbette imgeleri bitiştirerek yeni imgeler üretebilirim; ancak, amaçlı ve düzenli bir düşünce doğayı yankılamalıdır, hangi algıların hangileri tarafından izlendiğini doğru bir biçimde saptamadan işe yarayan bir yöntem geliştirilemeyecektir. Arzu ya da korku, durumlardan ya da nesnelerden kalan kuvvetli yankıları düzenli düşünceye dönüştürecektir.[1]

Burada bizim soracağımız soru, arzunun (*desire*) ya da çabanın (*endeavour*) doğadaki mekanik düzenle bağıntısının yukarıda belirttiğim gibi bir benzeşim mi, yoksa daha fazlası mı olduğuna ilişkin olacak. Arzu ya da çaba

(1) Leviathan, yay. haz. R. Tuck (Cambridge: Cambridge University Press, 1991); p. 21; Part 1, Chapter 3.

tıpkı cisimlerin düzeninde görülen itme gibi bir etki midir? Hobbes böyle düşünmüşe benziyor. 17. yüzyıldan beri felsefeyle ilgilenen herkesin aklını kurcalayan, bedenin devinimlerinin düşüncenin devinimlerine nasıl olup da neden olduğu sorusuna Hobbes da, tıpkı Descartes gibi kolay bir yanıt bulmuş gibidir, görünmeyecek kadar *küçük devinimler*, bedende, *çaba* dediğimiz, nesnelere ve durumlara ilişkin sevgi ve nefret duyumlarıyla ortaya çıkan, eyleme yönelten itkilerin nedenidir: "Yürüme, konuşma, vurma ve diğer görülebilir eylemler biçiminde ortaya çıkmadan önce, insan bedenindeki bu küçük devinim başlangıçlarına genel olarak ÇABA denir."[2]

Bu küçük devinimler, bedendeki küçük özdek parçalarının devinimleridir; öyleyse beden bir saat düzeneğine benzer, zemberek bir kez kurulduğunda çarklar birbirini devindirecek, saat çalışacaktır. Aslında, belki de Hobbes şunu diyecek gibidir: Devinimlerin etkisini görürüz; bu etki isteme, sevme, nefret etme ve bunlara bağlı bir yönelme ya da kaçmadır. Oysa bu tüm yapının görünmeyen küçük devinimlerinin etkisidir. Söz konusu etkiler, ilk örneklerinde yemeye, içmeye ve bedende yük hissi uyandıran şeylerden kurtulmaya yöneliktir; geri kalan arzu nesneleri için çabalamayı, onları istemeyi, istemeye değer olduklarını ya da kaçınılmaları gerektiğini deneyimle öğreniriz. Ancak, mekanik bir nedensellik olduğu gibi insana, insan bedenine uygulanabilecek ve böylece sevgi ve nefret bedensel değişimlere bağlanabilecek olsa da, sevgi ve nefretin, çabanın "içeriden", "dışarıdan" olduğundan çok daha farklı biçimlerde kavranabilecekleri de açıktır. Sevgi, nefret ya da ilgisizliğe ilişkin gözlemlerim, duyumlarım, onları algılar ya da imgelerken başka, "dışarıdan" başka insan ya da hayvanların davranışlarını algılar ya da imgelerken başkadır; bu davranışları ya da kendi duyumlarıma eşlik eden bedensel devinimleri (örneğin kan akışını, sinir, vb. değişimlerini) gözlerken durum yine farklıdır. Hobbes'un insana ilişkin yukarıdaki saptaması, örneğin küçük bir çocuğun örneklediği *çaba*ların dışarıdan gözlenmesini konu alıyor olabilir. Söz konusu çabaların fizyolojik olarak, *in vivo* incelenmesinin de olanaklı olduğunu düşünelim. Ancak, çaba, sevgi ya da nefretin ne olduklarını, ne anlama geldiklerini yalnızca böyle bir saat düzeneğini -Leibniz'in güzel örneğindeki gibi bir değirmenin içini- gözlemlediğimde bilemem. Belki bu düzenekle sevgiye vb. ilişkin duyumlarım arasında bir koşutluk, hatta nedensellik ilişkisi vardır, ancak söz konusu duyumların ya da duygulanımların nasıl şeyler olduklarını öncelikle "içeriden" bilmem, tanıklık etmem gerekir. Bu koşul, Hobbes'un mekanikçi düzeninde gözleme ilişkin ikinci bir yön olması gerektiğini düşündürüyor. Bunun üzerinde birazdan duracağım.

Yine de, Hobbes'un istemeyle devinim arasında kurduğu bağıntı oldukça açıktır. İstemeyi, çabayı, sevgi ve nefreti devinime bağlamakta, hatta kimi zaman bunları yalnızca devinim olarak görmektedir. Hor görme (*contempt*) üzerine söyledikleri buna çok iyi bir

(2) Leviathan (R. Tuck), s. 38; Part 1; Ch. 6. Çeviride Semih Lim'in ifadesini biraz değiştirdim (Thomas Hobbes, Leviathan, çev. S. Lim [İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 1993]; s. 47).

örnek: "Ne arzuladığımız ne de nefret ettiğimiz şeyleri *hor gördüğümüz* [*Contemne*] söylenir: Hor görme kalbin devinimsizliğinden, ya da inatla direnmesinden [*contumacy*] başka bir şey değildir."[3] Daha da çarpıcı bir örnek, Hobbes'un özgürlük üzerine söylediklerinde bulunuyor:

> "Serbestlik ya da özgürlük [*Liberty, or Freedome*] (tam olarak) karşı koyma olmamasını imler; (karşı koymayla devinime dışarıda engeller bulunmasını kastediyorum) ve bu usu olmayan ya da cansız yaratıklara olduğu kadar ussal olanlara da uygulanabilir. Çünkü, devinemeyecek biçimde bağlanan ya da çevrelenen, dıştaki bir cismin direnciyle belirlenen belli bir uzamda bulunan herhangi bir şey için, ileri doğru gitme serbestisi [*Liberty*] yoktur deriz. Hapsedildiklerinde, duvarlarla ya da zincirlerle engellendiklerinde bütün canlı yaratıklar için de bu böyledir; yine, su için, nehir yatağının içinde ya da kaplarda tutulduğunda ... serbest [*at liberty*] olmadığını söyleriz. ... [S]özcüğün bu tam ve genel olarak kabul edilen anlamına göre, özgür insan, *kuvveti ve zekasıyla yapabildiği şeylerde, istediğini yapması engellenmeyen insandır*."[4]

Olağan dil kullanımında sevgi, nefret, hor görme ya da ilgisizlik gibi terimlerle maddenin devinimleri arasında Hobbes yalnızca bir benzeşim mi kurmaktadır? Bu soruya dönelim. Doğrusu, ayırma eğiliminde olduğumuz alanlardaki nesneler arasında Hobbes'un kurduğu bağıntı bir retorik gereci sayılabilecek benzeşimden daha fazlasını çağrıştırıyor gibi görünüyor; onun insanın eylemlerine ilişkin incelemesi, doğal devinimlerin alanından alınan örneklerin tam olarak metaforlarla etiğe ve siyasete yansıtılması değildir. Tam tersine, öyle görünüyor ki, Hobbes insanın eylemesi ile bir özdek parçasının devinmesi arasında bir tür farkı gözetmemekte, bu ikisini de aynı türden devinimler olarak ele almaktadır. Oysa, bu hiç de kolayca anlaşılabilecek bir şey olmasa gerek. Özgürlük ya da serbesti gibi terimleri pekâlâ hapsedilmemiş, zincire vurulmamış insana da, kovadan boşaltılan suya da uygulayabiliriz derken Hobbes, son derece samimi bir biçimde insanı salt özdek olarak görmeye çalışmaktadır.

Hobbes'un dizgesinde insan, tıpkı Galileo'nun, Descartes'ın uzay ve zamanda, matematiksel terimlerle ifade edilebilecek biçimde devinen nesneleri gibi; yine, daha sonraları Newton'un yerçekiminin belirleyeceği eğrilerde devinen cisimleri gibi, kendine özgü bir devinim gücüyle kendini ve çevresini belirleyen ya da tersine çevresi tarafından kendine özgü bir kuvvet ya da fiziksel başka bir özellik tarafından belirlenen bir odaktır. Bu duyum, us ve istemeden oluşan nesnenin toplumsallığı da tıpkı bildiğimiz kütlenin, fiziksel cismin devinimine benzer bir biçimde açıklanacaktır. Örneğin, küçük kütlelerin çarpışma ya da tutunma yoluyla büyük kütleleri oluşturması gibi, çekişen, kendi varlıklarını, hazlarını, güvenliklerini tıpkı cisimlerin devinim niceliklerini (örneğin momentumlarını) koruduğu gibi korumaya eğilimli olan insanlar da siyasal toplumu oluşturacaklardır. Elbette Hobbes'un kendisi böyle konuşmuyor. Ancak, bugünden, yani tarihsel olarak yeterince

(3) *Leviathan (R. Tuck), s. 39. Bundan sonra, çeviri bana ait olduğunda belirtmeyeceğim.*

(4) *Ibid. s. 145-6; Part 1, Ch. 21.*

uzaktan bakıldığında, Hobbes'un dizgesi böyle görünüyor. Döneminin en büyük doğa bilimcisi değildi; ancak, en büyük doğa bilimcisini, Galileo'yu tanımış, döneminin her gerçek düşünürü gibi parçacıkçı mekanist felsefe anlayışının etkisine kapılmıştı. Felsefesini doğa bilimi ve matematik örneğine göre biçimlendirmeye çalıştığı oldukça açıktır.

Hobbes, siyaseti, Prometheus söyleninin sayısız kuşağa öğrettiği gibi, insanı insan yapan, hayvandan ayıran bilimler arasına yerleştiriyor.[5] Doğa durumunda insanın yaşamı "kötü, hayvanca ve kısadır." İnsanı toplumsallığa götüren şey, Aristoteles ve onu izleyen Skolastik felsefenin dediği gibi ondaki bir "doğa", bir toplumsallık doğası değildir; tersine, her şey üzerinde hak iddia eden bencil doğasıdır. Bütün iyinin ve bütün kötünün kaynağı yalnızca budur.

> Bir insan hakkını devrettiğinde ya da ondan vazgeçtiğinde, bunu ya karşılıklı olarak bir hakkın kendisine devredilmesini ya da bununla umduğu başka bir iyiliği düşünerek yapmaktadır. Çünkü, bu isteyerek yapılan bir eylemdir: Her insanın isteyerek yaptığı eylemlerindeki amaç da, *kendisi için bir iyiliktir*.[6]

İnsanın kendisi için bir yarar, bir iyilik olarak gördüğü şeylerin, bir sevgi düşüncesiyle belirginleştiklerini ve buna bağlanan bir çabayla bir amaç olarak ortaya çıktıklarını düşünmemiz doğal. Bir şeyi istemek onun yararlı olduğuna inanmaktır. Eğer Hobbes, insanların haklarını isteyerek devrettiklerini söyleyen ussal siyaset ilkesini yalnızca belli bir algılama biçimine, bir şeyi istemeye neden olan bir düşünceye dayandırarak temellendirebilecekse, bir şeyin insana *iyi* olarak görünmesini, sevgiyi, nefreti, hor görmeyi yalnızca özdeğin devinimlerine indirgeyerek açıklamakta güçlük çekecektir. Doğrusu, cisimlerin özsel niteliklerinin onların nasıl devineceklerini belirlediğini söyleyen bir yasayla, her insanın yararını arayacağı gibi bir ilke arasında benzerlikler olsa da, isteme ya da *çaba* görünmez cisimcik devinimleriyle başlasa da, devindirici ilkelerinin anlamının ortaya çıkarılması için "içeriden", yani söz konusu çabayı ya da sevgiyi kendi isteme deneyiminde bulan özne tarafından gözlenmesi gerekecektir. Yoksa, devinimlere kendi başlarına bir anlam vermek olanaksız olurdu: Bir sinir deviniminin belli bir *isteme* olduğunu anlayabilmek için, öyle bir istemenin, öyle bir nesne ya da durum tasarlamanın ne demek olduğunu bilmeliyim; başka türlü hiçbir bedensel devinime, ne yüzdeki devinimlere, ne de, örneğin, sinirlerdeki akımlara bir anlam yükleyebilirdim. İşte bu nedenle istemeyi yalnızca devinim olarak görmek ya da göstermek çok güçtür, istemeye yalnızca doğrudan tanık olunabilir çünkü. İstemeyi başka değişimlerle niteleyen, devinimlere indirgeyerek çözümleyen bir yol, ister istemez aynı biçimde tanıklığın yapılamadığı farklı bir alana götürecek, insan kendini orada Güneş'in, Ay'ın, taşların, yüzlerin

(5) *Örneğin, Leviathan, Part 1, Ch. 9'da tabloya bakınız. Hobbes bilimler sınıflamasında siyaseti iki ana bilim türünden biri sayıyor. Yine, Leviathan (R. Tuck), s. 145'te (Part 1, Ch. 21), siyasetin aritmetik ve geometri kadar kesin bir bilim olduğunu Hobbes şu sözlerle vurguluyor: "Devletleri yaratma ve ayakta tutma becerisi aritmetik ve geometri gibi belli kurallardan oluşur."*

(6) *Leviathan (R. Tuck), s. 93; Part 1, Ch. 14.*

ya da kan ve sinirin, ancak "içeriden" anlaşılan şeylere eşlik eden devinimlerini gözlerken bulacaktır. Belki bu devinimlerin tüm insanlarda ya da canlılarda istemeye nasıl eşlik ettiklerinin temel ilkesi bir kez bulunsa, tüm anlamlar cisimlerin devinimleri cinsinden çözümlenebilir, onlara tümüyle indirgenebilirdi; ancak, böyle bir dilin sırrının çözülebileceğini ilkece kabul etsek bile, bunun pek de kolay bir iş olmadığı açıktır. Elbette Hobbes da böyle bir iddiada bulunmuş değildi; her ne kadar istemenin, çabanın cisimsel devinimler tarafından belirlendiğine inanmış, bazı durumlarda insana ve cisimlere aynı sıfatların uygulanabileceğini düşünmüş olsa da, özdek dilinin ayrıntılı bir çözümlemesine pek de girişmiş değildir. Hatta, tersine, onun siyaset felsefesi (bilimi), her şeyden önce istemenin "içeriden" incelenmesi koşuluna dayanır. Bu koşulun belirlediği yöntemin "fenomenolojik" yöntemle yakınlığına dikkatleri çekmek istemiştim. Bu yakınlığı belki Hobbes'un siyaset üzerine konuştuğu her yerde örtük olarak bulabiliriz, çünkü, eğer söylediklerimde yanılmıyorsam, bu yöntem onun siyaseti incelerken kullandığı temel varsayıma, yani insanı tanımak için öncelikle kendini tanımak gerektiği varsayımına dayanmaktadır. Bu savımı destekleyecek en açık örneği, insanın "kalbini", yani edimlerini, toplumsal ve ahlaki yapısını çözümlemenin en sağlam, hatta biricik yolunun kendisi üzerine yaptığı gözlemleri ölçüt olarak benimsemek olacağını söylediği *Leviathan*'ın "Giriş" bölümünde buluyorum:

"İnsanların eylemlerinden amaçlarını öğrenebilirsek de, bunu, kendimizinkiyle karşılaştırmaksızın ve olayı değişikliğe uğratabilecek bütün koşulları ayırt etmeksizin yapmak, bir anahtar olmadan şifre çözmeye benzer; çok fazla güvenmek ya da çok fazla güvensizlik yüzünden de kişi çoğu kez aldanır; çünkü, çözümleyen kişinin kendisi de bizzat iyi ya da kötü bir insandır.

Bir insan, bir başka insanı eylemlerinden tam olarak tanıyamaz; bu ancak yakınlarıyla ilişkisinde işine yarar, bunlar da ancak birkaç kişidir. Bütün bir ülkeyi yönetecek olan kişi, kendinde şu veya bu insanı değil, insanlığı tanımalıdır: Bunu yapmak zor olsa da, herhangi bir dili ya da bilimi öğrenmekten daha zor olsa da, kendi çözümlememi düzenli ve açık bir biçimde ortaya koyduğumda, başkasının katlanacağı tek zahmet, aynı şeyi kendinde bulup bulmadığını düşünmek olacaktır. Çünkü, bu öğreti başka bir kanıtlamaya izin vermez."[7]

Descartes'ın *Meditasyonlar*'daki bilgi kuramsal yöntemini, Descartes'ın benimseyip uyguladığından daha keskin – daha dünyevi – bir biçimde uygulayan Edmund Husserl, Descartes'çı felsefenin ben-merkezli yönteminin en önemli sorunu olarak ortaya çıkan başkasının – hatta *res extensa*'nın – varlığının gösterilememesi sorunu karşısında, gerçekliği görüngüler üzerine kurmaya çalışıyor ve bunu yaparken doğadaki nedensel düzenlilikten, *başkasının* düşüncelerindeki, istemesindeki, yönelmişliğindeki ve eylemesindeki düzenliliğe kadar bütün bir varlık çevrenindeki ussal çözümlemenin kapsamına giren her şeyi sonunda aşkın bir temele yerleştirmese bile, aşkınla bi-

(7) *Leviathan (R. Tuck), s. 10-11; "The Introduction"; Semih Lim'in çevirisinde değişiklikler yapılmış; s. 18-9.*

releştirerek açıklamak zorunda kalıyordu. Başkasının edimlerinin anlamını çözümleyebilmek için, öncelikle onun kendime benzer bir varlığı olduğunu gösterebilmek gerekir. Başkasının yapıtı olarak ortaya çıkan her şey – bir edimden, bir durumu ya da yönelmişliği bildiren bir sözden, bütün bir uygarlığa kadar her şey – ancak başkalarının kendiminki türünden bir varlığının ve meditasyonu yapan *ben* gibi yönelmişlikleri olduğu varsayımlarıyla açıklanabilecektir: Bu açıklama, bir bakıma deneysel bir temele dayanır; çünkü, başkasını, hatta kendimi ancak *Einfühlung*'la, empatiyle anlarım. İşte *Leviathan*'ın, zamandışı bir yöneticiye hitap eder görünen "Giriş"inin yukarıda aktardığım bölümünde, siyasete ilişkin kılgısal bir amaç için tek güvenli yol olarak sunulan kendini inceleme, tutkularına "içeriden" bakma yönteminin, Husserl fenomenolojisinin gelip dayanacağı ve dayandığı bu tekbenci-deneyci anlama görüşünün ilkörneği (*archetypum*) olduğunu söylüyorum.

Nosce teipsum, Read thy self.[8] Kendini tanı! Bu eski buyruk, bu kez Hobbes'un kaleminden bir kez daha, etiğin ve siyasetin olanağının ve sağlamlığının koşulunun ne olduğunu ve nerede bulunacağını hatırlatıyor: Kendini tanı! Ancak böyle anlar ve ancak böyle yönetirsin. Başkasını ancak kendine, kendi tutkularına (etkilenmelerine) bakarak anlarsın. Hobbes insanı bir makine, zamanın Galileo ve Descartes'la başlayan yeni bilim anlayışına uygun olarak zemberekli bir saat düzeneği gibi görmektedir. Ancak, Descartes'la aralarında önemli bir fark vardır. *Tinin Tutkuları*'nda [*Les passions de l'âme*] Descartes insanın tutku düzeneğini hız, biçim gibi birincil niteliklerle, fiziksel terimlerle açıklamayı deniyordu; ancak, bugünün diliyle fenomenolojik olarak niteleyebileceğimiz koşut betimlemesi bir siyaset ve ahlak görüşünün temellendirilebilmesi bakımından oldukça zayıf görünür. Descartes'ın kendine yetmeyi, yazgıya karşı metaneti öne çıkaran (Stoacı) ahlakını fizyolojisinden türetebilmek "Hobbes için olduğu gibi" açıkça olanaksızdır. Tinin ayrıcalıklı, Descartes'a göre insanın Tanrı'ya en çok benzeyen yetisi olan istencinin *spiritus animalis*'i nasıl olup da belli amaçlar uğruna devindirebileceği sorusuna doyurucu bir yanıtı yoktur; böyle bir açıklama verilebilse bile bunun ne kadar işe yarayabileceği, ne kadar işlevsel bir "bilimsel" açıklama olabileceği pek kuşkuludur. İşte, Hobbes dev siyaset ve ahlak yapıtında, deneyci-fenomenolojik bir betimlemeyle, böyle bir etkiyi Descartes'ınki gibi ikici bir dizgede açıklamanın güçlüklerinden, adeta bu güçlüklerin çevresinden dolaşarak kurtulmayı denemiş gibidir. Bir yandan özdekçi bir açıklamayı çözümlemesinin temeline yerleştirerek ikiciliği yadsırken, bir yandan da Kartezyen felsefenin tin alanında salt isteme terimleriyle ele alınmasına en azından izin verdiği ahlak ve siyaseti, istemenin bir devinim olduğunu baştan kabul etse de, bu varsayımını geride bırakarak, yalnızca "içeriden" çözümleyiciye, yani kendisine görünen saf isteme terimleriyle açıklamak iddiasındadır. Bu açıklama girişiminde önemli bir başarıya ulaştığını düşünebiliriz. Hobbes'un insanın en karanlık sayılan özelliklerini betimleyen açıklaması bu-

(8) *Leviathan (R. Tuck), s. 10.*

gün hâlâ çok ilginçtir ve hâlâ bir siyaset ve ahlak felsefesi olarak yeni düşüncelerin yolunu hazırlayacak kadar verimlidir; bu kendi-gözlemine dayanan siyaset felsefesi, bugün de ilk kez ortaya koyulduğu yıllardaki gibi, tehlikeli sayılabilecek kadar etkilidir. Onun dev siyaset yapıtı, sonraları Kant'la ahlakın doğadan büsbütün ayrılmasına yol açacak Kartezyen ikiciliğin – belki de bir ölçüde kabaca – yadsınmasına çok şey borçludur; çünkü, böylece Hobbes bencilliği bir güç olarak, tıpkı devinimin evrendeki düzeni oluşturduğu gibi, siyasal toplumu oluşturan temel güç olarak ele alabiliyor, tüm açıklamasının temeline yerleştirebiliyordu. Ahlakı ve siyaseti aşkın bir alana taşıyarak insanın bencilliğini ısrarla ahlak alanından dışarı süren, istemeyi neredeyse bencilliğin yadsınması olarak tanımlamaya girişen felsefelerle Hobbes'un felsefesi arasındaki karşıtlık gerçekten de çok belirgindir.

Güvensizlik ve Yasalar

Hobbes doğal hakkın temelini şöyle tanımlıyor: "Her insan elinden geldiği kadar canını ve bedenini koruyacaktır."[9] İnsanın kendini koruyabileceği her aracı kullanmaya ve her eylemi yapmaya hakkı vardır. Doğa durumunda herkesin her şeye, "başkasının bedenine bile"[10] hakkı vardır; varlığını sürdürmek için her aracı kullanmaya hakkı vardır. Ancak, açıktır ki herkesin her şeye hakkı, aynı zamanda başkasına güvensizliğin nedenidir. Hakların ve güçlerin eşit olduğu düşünülecek olursa, insanın yaşamı güvensizdir.

Öyleyse insan, savaşı değil barışı arayacaktır. Birinci, temel, tüm diğer doğal yasaların türetileceği ilke ya da doğal yasa Hobbes'a göre, "*herkesin, onu elde etme umudu olduğu ölçüde, barışı sağlamak için çabalaması gerektiği; sağlayamıyorsa, savaşın bütün yardım ve yararlarını araması gerektiği*"ni söyler.[11]

Olanaklıysa barışı aramayı, değilse savaşta yardım (*auxilia belli* [De Cive]; *helps, and advantages of Warre* [*Leviathan*]) aramayı öğütleyen ve tüm insanların usunda bulunan yasa, açıktır ki kendini koruma istencine dayanır. Başkalarıyla barış ya da savaş, başkalarının varlığını korumaya da yönelik olabilir, ancak her ikisi de öncelikle kendi varlığını koruma kaygısına bağlıdır. Hobbes'un bu temel yasadan türediğini söylediği diğer doğa yasalarında hep aynı bencil kaygının belirleyici olduğunu görürüz. Bunlardan birkaçına bakacak olursak, örneğin, *Leviathan*'daki sıraya göre[12] *ikinci yasa* insanın her şey üzerindeki doğal hakkından vazgeçmeyi, başkalarına karşı, "ancak kendisine karşı onlara tanıyacağı kadar özgürlükle" yetinmeyi[13]; *üçüncü yasa* yaptığı antlaşmalara (*agreements*) uymayı, *dördüncü yasa* minnettarlığı; *beşincisi* karşılıklı uyum ya da nezaketi; *altıncısı* pişman olanları bağışlamayı; *yedincisi* cezada yalnızca gelecekte elde edilebilecek yararları düşünmeyi, zulümden kaçınmayı; *sekizincisi* başkalarını aşağılamamayı; *dokuzuncusu* herkesi eşit saymayı, kibir duymamayı; *onuncusu* başkalarına kendine tanıdığı hakları tanımayı, alçak gönüllülüğü; *on birincisi* başkalarına hak dağıtırken tarafsızlığı gözetmeyi buyurur, vb.

Görüleceği gibi, bu yasalar ahlak yasalarıdır. İlk bakışta özgeci ilkeler gibi görünmektedirler. Örneğin, kibrin, aşağılamanın kötü olduğunu vurgulayan, alçak gönüllülüğü, bağışlamayı buyuran yasalar, öncelikle başkalarının değerini, yararlarını öne çıkarmakta gibidirler. Ancak, bu saptama yalnızca ilk bakışta doğru gibi görünür; bu yasaların, onları usunda bulan kişiye kendi yararını gözetmemeyi öğütlediğini ya da buyurduğunu düşünmek hiç de zorunlu değildir, üstelik, bu yanlış olur. Toplumsal düzeni olanaklı kılan bu yasaların aslında *ben-sevgisiyle* anlaşılır olabildikleri saptamasının ilk bakışta çok açık olmadığını, hatta kimilerinin buna karşı çıkabileceklerini biliyorum. Başkalarının hakkına "saygıyı" öğütleyen ya da buyuran yasaların bencillik temeline dayandığı nasıl söylenebilir? Buna yanıt vermek için, örneğin yukarıda, minnettarlığı (*Gratitude*) buyuran dördüncü yasaya bakalım: "*Bir başkasından, bu kişinin yalnızca inceliği nedeniyle bir yarar sağlayan bir insan, bunu sağlayan kişinin iyi niyetinden pişman olması için hiçbir akla yakın gerekçesi olmaması için çaba göstermelidir.*"[14] Bu ilke, ilk bakışta, her şeyden önce başkasının haklarını kollamayı öğütlüyor ya da buyuruyor gibi görünüyor. Başkasını haklarını kolladığı kesinlikle doğrudur. Ancak, başkasının haklarını kollamanın gerekçesinin başkasının hazlarını, esenliğini, güvenliğini sağlamak istenci olduğunu mu düşünmeliyiz? Minnettarlığı öğütleyen yasanın başkasının yararını gözetmesi yalnızca bir sonuçtur: Kendi yararımı gözetmenin "ne iyi ki" doğal bir sonucudur. Başkasını ancak kendime benzer bir varlık olarak tasarlayabiliyorsam, yapıp etmelerimin, iyilikseverliğimin ya da kötülük yapma isteğimin başkalarında da benzer biçimlerde ortaya çıktığını, benzer gerekçelere dayandığını ve benzer biçimlerde gizlenebileceğini düşünürüm. Minnettarlıkla ya da değerbilirlikle ilgili yasa, söz konusu gerekçelerin belli varlık, özellik ve yarar varsayımlarına dayanan bir düzende anlam kazanacağını, böyle bir düzen ya da düzenlilik olmadığında, yalnızca kötülüğün değiş tokuş edilebileceğini söyler gibidir. Belki herkesin herkese karşı savaşı tam anlamıyla düzensizlik değildir, ancak, böyle bir durumda bir düzenden söz edilebilecekse, bu ancak günlük yarar ve intikam düzeni olabilir. İşte us ve duyarlık sahibi hiçbir varlık böylesi bir düzende, düzenliliği yalnızca güvensizliğe dayanan bir düzende yaşamak istemeyecektir. Öyleyse, herkes, kendi duyarlığı ve usuyla, minnettarlığın bir yasa buyruğu olduğunu anlayacaktır: Başka türlü olsaydı, emeğin korunması ve ürününün başkalarına aktarılması diye bir şey söz konusu olamazdı.

(9) *On the Citizen, yay. haz., çev. R. Tuck, M. Silverthorne (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), s. 27; De Cive or The Citizen, yay. haz. S. P. Lamprecht (New York: Appleton-Century-Crofts, 1949), s. 27; aynı zamanda bkz. Leviathan (R. Tuck), s. 91; Part 1; Ch. 14.*

(10) *Leviathan (R. Tuck), s. 91; Part 1, Ch. 14; Leviathan (S. Lim) s. 96.*

(11) *Leviathan (R. Tuck), s. 92; Part 1, Ch. 14; Leviathan (S. Lim) s. 97; Lim'in çevirisinde bazı değişiklikler yaptım. Ayrıca bkz. On the Citizen (R. Tuck, M. Silverthorne), s. 32.*

(12) *Leviathan'daki sıralama, De Cive'deki sıralamayı bir sayı fazlasıyla izlemektedir.*

(13) *Leviathan (S. Lim) s. 97.*

(14) *Aynı yasa On the Citizen'da (R. Tuck, M. Silverthorne; s. 47) biraz daha farklı bir biçimde dile getiriliyor: "Birisi sağistemine (hüsnüniyetine) güvenerek sana bir yarar sağladığında, bu nedenle zarar görmesine izin verme: Ya da, hiç kimse iyilik yapan kişiyi bunu yaptığına pişman etmemeye niyetli değilse iyilik kabul etmemelidir."*

Minnettarlıkla ilgili doğa yasası gibi, örneğin yukarıda andığımız nezaketi, alçak gönüllülüğü, bağışlayıcılığı, zulümden kaçınmayı öğütleyen ya da buyuran yasalar için de benzer çözümlemeler yapılabilir. Bütün bu erdemlerin belki ilk bakışta kişinin kendisinin değil başkalarının yararını gözettiği, söz konusu yasaların da özgecilik temeli üzerine kurulduğu söylenebilecekse de, gerçekte bu yasalar yalnızca onları usunda bulanın kendi haz ve acı duyumları ya da bunların imgeleriyle anlam kazanırlar. Kimseyi hor görmemenin, eşitliği gözetmenin, nezaketin, bağışlayıcılığın gelip dayandıkları temel güvenlik kaygısıdır: Ölçüsüz öç, hakaret, haksızlık, dönüp dolaşıp insanı arkadan vuracak bir düşman yaratacak, öç öcü, hınç hıncı besleyecek ve savaş sürüp gidecektir. Oysa temel yasa olanaklı olduğu ölçüde barışı aramayı buyurmaktadır. İşte, ilk bakışta özgeciliği çağrıştıran tüm doğa yasaları, yalnızca kişinin kendi güvenliğine ilişkin duygulanım imgelerini işleyen düşünceyle anlaşılır olurlar. Aşağılanmak istemiyorsan aşağılama, bağışlanmak istiyorsan, düşmanlığın bitmesini istiyorsan bağışla. Bunlar başkasınınkini değil kendi yararını düşünmeyi öğütleyen yasalardır. Başka türlü söylersek, bu yasalar insana başkasını, öz yararı için düşünmesini öğütlemektedirler. Ve böylece toplum bu bencil ahlak üzerine kurulabilecektir.

Hobbes'un karanlık doğal durum betimlemesini düşünecek olursak, toplumu, devleti, sözleşmeyi olanaklı kılan ve her insanın usunda bulduğu söylenen bu yasalarla, karabasanlarla boğuşan birinin düşünde bulduğu garip fakat etkili çareler arasında bir benzerlik kurulabilir. Her iki durumda da başkalarını davranışa yönlendiren ilkeleri yalnızca kendi usumda kurguladığım biçimleriyle tanıyabilirim; bunlar öncelikle kendi edimlerimin arkasında bulunduğunu varsaydığım ilkelerdir. Kendi edimlerimin gerekçelerini de kurgularım. Elbette bu varsayımlar rasgele değildir; kendimi ve dolayısıyla başkalarını tanımama ne kadar olanak veriyor, yeterince uzun bir zaman için yapıp ettiklerimin daha iyiye yönelmiş olduğuna ya da en azından daha kötü bir duruma götürmeyeceğine ilişkin sezgilerimle ne kadar uyuşuyorlarsa, o kadar değerli, o kadar gerçektirler. Başkalarının edimlerini anlama çabamda bu çözümlemeleri örnek olarak kullanırım. Bu ilkeler arasında yatkınlıklar dediğim şeyler de vardır. Örneğin genel olarak insanın suç işleme ya da suç işlemekten kaçınma eğilimlerini, suça götüren ya da suçtan uzak tutan nedenleri hep kendi deneyimlerime, kendi usumda bulduğumu varsaydığım ilkelere dayanan çözümlemelerle irdeleyebilirim. Tüm yasaların onlarla uyumlu olmasının, çelişmemesinin zorunlu olduğunu düşünebileceğim doğa yasalarının "Hobbes'un varsayımlarına katılarak usumda olduklarını kabul edebileceğim doğa yasalarının" kendi deneyimlerime başarılı çözümlemeler getirdiklerini, örneğin güvenlikle ilgili tasarımlarımı anlaşılır kıldıklarını, bu yasaların en azından şimdiye kadar güvenli bir yaşam sağlayan araçlar olduklarını kabul edebilirim. Böylece, bu yasalar güvendiğim davranış ilkeleri olacaktır. Başkaları için de bunların böyle olduğunu varsaymak, bu ilkeler üzerinde kurulan bir düzeni güvence altına alıyor, onu benim için kestirilebilir kılıyorsa, sözleşmeli bir siyasal düzenin ya da böyle bir düzenin kuramının temeli oluşacaktır. Hobbes, yukarıda değindiğimiz üçüncü doğal yasasının "Başkalarının sana ne yapmasını istiyorsan, sen de onlara onu yap" ilkesine indirgenebileceğini söylüyordu. Toplumsal sözleşmenin temeli budur. Sözlerin ve sözleşmelerin güvenilir değilse, başkalarından güvenilirlik bekleyemezsin; çünkü, onlar da tıpkı senin gibi düşünen ve tıpkı senin gibi kendi güvenliklerini ve yararlarını gözeten varlıklardır. İşte, Hobbes'un devleti bu güvenli ve kestirilebilir söz ve edim düzeninin koruyucusu olarak tasarlanmıştır. Çünkü, doğa durumu yalnızca ussal ahlak ilkelerinin farkına varılmasıyla sonlanmayacaktır. Doğa durumu imgesi her zaman zihnimizde; kimi zaman da bütün somutluğuyla, sokakta, başkasının yüzündedir.