

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği

Julius Hermann v. Kirchmann

Hukuk ve Sosyolojinin Münasebetleri

Henri Levy Bruhl

Hukuk ve İctimaiyat Tariflerinin Karşılaştırılması

Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin

1943 - 1944 Yılı Açılış Dersi

Esat Arsebük

Hukuk İlmî ve Sosyoloji

Sadri Maksudi Arsal

Hukukta "Özgürlükçü" Yorum ve

Refah Partisi Kapatma Davaları

Mehmet Turhan

Modernleşme, Toplumsal Yaşamın

Hukuksallaşması ve Etik

Mehmet Yüksel

Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma

Saim Üye

Genetik Testler ve Etik Sorunlar Üzerine

Saim Üye

Marx'sız Bir Gelecek Neden Düşünülemez?

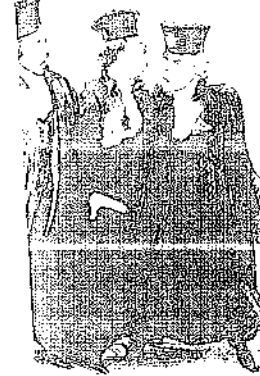
Eylem Ümit

Aydınlanma Çağı ve Burjuva Devrimlerinde Düşünce Özgürlüğü

Eylem Ümit

İnsan Genom Projesi ve İnsan Kimliği

Dan W. Brock



17

Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz



İSTANBUL
BAROSU

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

17. KİTAP

Hazırlayan
Hayrettin Ökçesiz



340.1 HFS 2007

A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ

340.1.....122011..



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul, 2007

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

Onaltıncısıyla birlikte çıkan bu onyedinci kitabında olduğu gibi HFSA, sempozyum bildirileri dışında yazılan yazıları da ara sayılarda yayımlamaktadır. Böylelikle yazarları bu sonraki sayılara yazı vermeye çağırılmaktadır. Ayrıca bu sayılarda arşivlerden yazı seçerek, bir özel arşiv kuruyormuşcasına, bugün değerini hala koruyan yazıları yeniden yayımlıyoruz. Yazıların ilk defa HFSA'da yayımlanması gibi bir koşulumuzun bulunmadığını anımsatmak isteriz. Bize bu tür yazıları(nızı) da önerebilirsiniz.

Onaltıncı kitaptaki teşekkür sözlerimi burada yinelemek istiyorum: Bu kitabın da 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 ve Can Grafik'ten Sayın Semiha Şahin'in değerli emekleriyle bu kitap kâğıt 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 meslektaşlarımızın destek ve teşviki ile vücut bulabilmektedir.

Baştan sona emeği geçen herkese şükran ve minnet duygularımızı sunuyoruz.

Yıl bitmeden belki bir yeni kitabı daha HFSA'nın 2007 dağarına kazandırabilmek umuduyla,

Hayrettin Ökçesiz

İÇİNDEKİLER

• İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği - <i>Julius Hermann v. Kirchmann</i>	7
• Hukuk ve Sosyolojinin Münasebetleri - <i>Henri Levy Bruhl</i>	32
• Hukuk ve İktisadiyat Tariflerinin Karşılaştırılması <i>Ziyaeddin Fahri Fındıkoğlu</i>	36
• Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 1943 - 1944 Yılı Açılış Dersi - <i>Esat Arsebük</i>	51
• Hukuk İlmi ve Sosyoloji - <i>Sadri Maksudi Arsal</i>	60
• Hukukta "Özgürlükçü" Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları - <i>Mehmet Turhan</i>	73
• Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik <i>Mehmet Yüksel</i>	97
• Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma <i>Saim Üye</i>	109
• Genetik Testler ve Etik Sorunlar Üzerine - <i>Saim Üye</i>	120
• Marx'sız Bir Gelecek Neden Düşünülemez? - <i>Eylem Ümit</i>	128
• Aydınlanma Çağı ve Burjuva Devrimlerinde Düşünce Özgürlüğü - <i>Eylem Ümit</i>	137
• İnsan Genom Projesi ve İnsan Kimliği - <i>Dan W. Brock</i>	148

İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği*

Julius Hermann v. KIRCHMANN

Çeviren: Coşkun Üçok**

ÖNSÖZ'

On yıllar geçtikçe günden güne artan hukuk edebiyatında, Savcı Julius Hermann von Kirchmann adının uyanırdığı yankılar hiçbir zaman eksik olmamıştır. O, bazan gerçek bir Alman halk hukukunun büyük bir mücahidi olarak methedilmiş, bazan da gerçek hukuk ilminin düşmanı diye telin edilmiştir.²

Ancak v. Kirchmann hakkında çabuk hüküm vermek de bütün hükümler gibi tehlikeden uzak değildir. Kirchmann demokrasiye inanmıştı; o,

cesurca zamanının yeni siyasi idealleri, terakki ve aydınlanma uğrunda mücadele ediyordu. O, 1848'in bir halk adamı idi. Bundan ötürü onu iyi anlamak için yaşadığı devri iyi bilmek gerektir.

Julius Hermann v. Kirchmann 5 Kasım 1802'de Merseburg yakınında Schaffstaedt'de doğmuştur. Sonradan Prusya ordusunda binbaşılığa kadar yükselen Eberhard August v. Kirchmann adlı bir subayın oğludur. Liseyi bitirdikten sonra hukuk tahsil etmiş ve bundan sonra stajını Saksonya ilinin muhtelif adalet dairelerinde yap-

(*) Bu makale Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.6, S.1, s.181-212'den aynen alınmıştır.

(**) Doç. Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

(1) Önsözün yazılmasında Gottfried Neesse esas alınmıştır. Gottfried Neesse: Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft, eine Rede des Staatsanwalts J. H. v. Kirchmann aus dem Jahre 1847. Stuttgart - Berlin 1938 (çeviren)

(2) v. Kirchmann'ın bu konferansı ile ilgili olarak şimdiye kadar yayınlanmış olan belli başlı yazıların bir listesini vermeyi faydalı buluyoruz (çeviren): Stahl, Aufgaben der Rechtswissenschaft, Leipzig 1884; Exner, die praktische Aufgabe der Jurisprudenz als Wissenschaft 1848; Strenberg I., H. v. Kirchmann und seine Kritik der Rechtswissenschaft 1908; Windscheid, Recht und Rechtswissenschaft, Greifswald 1854; Windscheid, Rede an die Studierenden, München 1867; Windscheid, Die Aufgaben der Rechtswissenschaft, Leipzig 1884; Exner, die praktische Aufgabe der romanistischen Wissenschaft (S 11 N.7); C. Erdmann, über die Stellung der Rechtswissenschaft vor dem Richterstuhl der Laien und der Schwesterwissenschaften, Dorpat 1875; Lorenz v. Stein, Gegenwart und Zukunft der Recht und Staatswissenschaft Deutschlands 1876, bilhassa S. 104 v. ö.; Brinz, Rechtswissenschaft und Rechtsgesetzgebung, München 1877; Olner, Studien sozialer Jurisprudenz als soziale Technik S. 1. V. ö.; L. Savigy, Die Stellung der Rechtswissenschaft zur Universität, Freiburg, Schweiz, 1895; H. O. Lehmann, Die Systematik der Wissenschaften und die Stellung der Jurisprudenz 1897; Schwann, DJZ. 7. 513 v. ö.; Habrucker (S 115. N. 3); Kühlenbeck, Die Rechtswissenschaft in ihren Beziehungen zu anderen Wissenschaften 1905; Leonhard, Stimmen des Auslands über die Zukunft der Rechtswissenschaft 1906; Rumpf, Volk und Recht 1910, S. 86 v. ö.; Ist Jurisprudenz eine Wissenschaft?; Nussbaum, über Aufgaben und Wesen der Jurisprudenz, ZsozialW. 9, 1 v. ö.; Gareis, Moderne Bewegungen in der Wissenschaft des deutschen Privatrechts, München 1912; Stammeler, Die Zukunftsaufgaben des Rechts und der Rechtswissenschaft, in Kultur der Gegenwart: Systematische Rechtswissenschaft 1913 s.551. v. ö.; Kretschmar, über die Methode der Privatrechtswissenschaft 1914; Kretschmar, Grundfragen der Privatrechtsmethodik, in JheringsJ. 67, 233 v. ö.; Joerges, Rechtsunterricht und Rechtsstudium (S 74 N.1.), bilhassa s.140 ve ö.; 159 v. ö.; Huch, Der Begriff Wissenschaft im Kantischen Sinne 1917; Bozi, im Kampf um ein erfahrungswissenschaftliches Recht 1917; bunun hakkında da Bovensiepen, in Schmollers J. 41, 1601 v. ö.; DrichtZ. 1918. S. 88; Marx, Der Philosophie 1919 S. 13 v. ö.; Binder, der Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft, Kantstudien 25, 321 v. ö.; Stammeler, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Leipzig 1922, S. 49. N.2; Ernest Işig, Hukuk bir bilim kolu mudur? (Ank. Huk. Fak. Mec.) Ankara 1945.

miş ve daima âmirlerinin takdirini kazanmıştır. 1829'da yargıç yardımcısı, dört yıl sonra da Halle'de ceza yargıcı olmuştur. O, gün geçtikçe olağanüstü bir memur ve önemli bir hak koruyucusu olduğunu ispat etmiş ve herkes kendisini daha parlak bir istikbalin beklediğini anlamıştır. Nitekim daha 1835'de Querfurt Asliye mahkemesi başkanı olmuştur. İlin büyük bir kısmında tapu sicilini tesis etmekle bilhassa temayüz etmiş ve bu hizmeti nişanlarla ve başka yolda taltiflerle takdir edilmiştir.

Prusya'da yasama alanında ceza usulü hukuku reformu yapıldıktan sonra bu hukukun pratikte renk ve hayat kazanması bahse konu olunca, 1846'da v. Kirchmann – hükümetin olağanüstü itimatının bir nişanesi olarak – Berlin ceza mahkemesine savcı tayin edildi. Adalet cihazının en yüksek memuriyetlerine yükselmek artık onun içia tabii gözüküyordu.

Ancak v. Kirchmann'ın hayat plânı kariyere değil vazifeyi yerine getirmeye, vazifeyi elinden geldiği kadar iyi yapmaya hasredilmişti. Ona göre "irtica"nın belirdiği bütün organizasyonlara ve şahsiyetlere o muarızdı. Önceleri Terakkî partisine, sonradan –bu parçalandıktan sonra– da serbest fikirler partisine mensuptu. Daha Mart ihtilali sırasında kendisinin Prusya Millet Meclisine üye seçildiğini görüyoruz. Milletvekili olarak daha sonraki faaliyetinde de, Prusya Millet Meclisinde, Gümruk Parlamentosunda³ ve Alman Reichstag'ında, şahsî emniyetini düşünmeden daima kesin ve enerjik bir şekilde siyasî cereyanlara müdahale etmiş

tir. Siyasî faaliyetinde herşeyden önce iktisadî ve ticarî meselelerle meşgul olmuştur. 1869/70 yıllarında Alman Ceza Kanunu'nun hazırlanmasında önemli bir yer almıştır.

Onun temsil ettiği siyasî istikamet Hükümetin takip ettiği siyaset yoluna uymuyordu. O zamanlar bir memurun, mensup olduğu hükümetin siyasî fikirlerine iştirâk etmesi kanunen istenilmemekle beraber, idaresi, hükümdarın ve onun daha çok konservativ olan hükümetinin elinde bulunan devletin hadimi olmak itibarıyla onun hizmet dolayısıyla müşkülâtla karşılaşması da zarurî idi. Böylece daha siyasî alanda ilk gözükmesinden hemen sonra ceza olarak kendisini Berlin'den Ratibor istinaf mahkemesi ikinci başkanlığına tayin ettiler.

Bunun sebebi, 1848 Yeşil Perşembe⁴ günü Camphausen kabinesine karşı yapılan sokak nümayişlerini idare etmiş olan halk katibi hakkında hazırlanmış olduğu iddianamenin, âmirlerinin fikrine göre çok yumuşak olması idi.

Daha o zamanlar meslek arkadaşları kendisinden kaçınmaya başladılar: hattâ bu kaçınılma o kadar genel bir hal aldı ki maiyetindekiler bile onu selâmlamaya başladılar. Onun tarafından kaleme alınmış veya onun sorumluluğu altında verilmiş olan ve güya kanunlara uymayan bir mahkeme kararından ötürü aleyhine bir dâva açıldı ve bu dâva bir para cezası ve üç ay memuriyetten mahrumiyet ile neticelendi. Bundan başka, Prusya genel mahkeme nizamının kaidelerine aykırı olarak, bu mahkemenin ikinci başkanı

şifatiyle haiz olduğu bütün haklar elinden alındı.

1855 yılında bir Şilezya gazetesinde, bütün düşmanlıklara rağmen siyasî düşüncelerine sadık kalmış olduğunu yazınca bir defa daha aleyhine dâva açıldı ve tam maaşla kendisine beş yıl izin verildi, yalnız her türlü siyasî faaliyetten uzak durması ve konutunu ne Berlin'de ne de Königsberg'de seçmesi şart koşuldu; o zamanlar hükümetin siyasî muarızlarını uzaklaştırmak için ne gibi bir yol takip ettiğine bu enterasan bir misaldir. Bu, mecburî istirahat zamanında kendisine miras kalmış olan küçük bir sermaye ile Dresden ile Tharand arasında bulunan Rabenau çiftliğini satın aldı ve işletmeye başladı. Ancak bu alanda pek talihli değildi; çok geçmeden servetinin büyük bir kısmını kaybetti.

Bu beş yıl henüz bitmeden, hükümetin aynı şartlar altında kendisine yeniden beş yıl izin verilmesi yolundaki teklifini reddetti ve Ratibor istinaf mahkemesi ikinci başkanlığına tekrar tayin edilmeye ve bu makamda eskiden sahip olduğu hakları yeniden elde etmeye muvaffak oldu. Ancak iş başına geçer geçmez tekrar aynı güçlükler ortaya çıktı, çünkü işle beraber siyasî hayat da tekrar başlamıştı. Bunun üzerine hükümet adeta v. Kirchmann aleyhine deliller aramaya başladı; hele Bismarck ile hükümet arasındaki anlaşmazlıkta, korkusuzca ve düşünmeden siyasî inancını belli etmesi hükümetin bu yoldaki çalışmasını hızlandırdı. 1865 yılında aleyhine bir ceza dâvası açıldı, ancak bu dâva önceleri neticesiz kaldı, çünkü çok uzun süren soruşturma sırasında dâva açılırken ortaya atılan iddiaların doğru olmadığı anlaşılmıştı. Nihayet, v. Kirchmann'ın düş-

manları, onun yıllarca önce bir işçi derneğinde, "tabiatla komünizm" adıyla vermiş olduğu bir konferansını buldular. Bu konferansta v. Kirchmann, el işçilerinin içinde bulundukları iktisadî kötü durumla meşgul olmuş ve onlara ahlakî bakımdan da itidal ve disiplin tavsiye etmiş ve çocuk doğumunun tahdit edilmesiyle iktisadî durumun düzelebileceğine işaret etmişti; ancak her alanda olduğu gibi burada da her suç sayılabilecek veya zararlı fiilin şiddetle takbih edilmesi gerektiğini ilâve etmişti. Bundan başka v. Kirchmann, Prusya'nın en yüksek mahkemelerinden birisi olan Berlin Yüksek Mahkemesi (=Obertribunal) tarafından bir memurun hükümet veya mümessilleri hakkında kötü tenkitte bulunmasının yasak olduğu yolunda bir karar verilmiş olduğundan beri bu yolda ne bir iş yapmış, ne yazı yazmış ne de konuşmuş olduğunu ispat edebiliyordu. Buna rağmen o, yıllarca önce verilmiş olan konferans soruşturma dosyasına sokuldu. Çocuk adedinin sınırlandırılması yolundaki sözleri ahlakî kaidelere tecavüz ve suç işlemeğe teşvik diye kabul edildi. 1867'de bu dâva v. Kirchmann'ın hüküm giymesiyle sonuçlandı: bütün emeklilik hakları da alınmak suretiyle o, memuriyetten çıkarıldı.

Memuriyetten çıkıncaya kadar durmadan artan bu meslekî güçlüklerle ilâve olarak v. Kirchmann siyasî faaliyetinden ötürü, ailesinin dar sınırları dışında kalan bütün akrabalarıyla darılmış ve servetini kısmen fakir parti arkadaşlarına vererek kısmen de Rabenau çiftliği için sarfederek hemen hemen tüketmişti. Bundan başka, cezaen memuriyetten çıkarıldığı zaman aşağı yukarı 65 yaşındaydı, bu yaşta ise birçok

(3) 1868-1870 yıllarında Zollverein ile ilgili işleri görüşmek üzere Berlin'de toplanan Parlamento.

insanlar iktisaden yeni bir hayata başlamak kudretinde değildirler. Buna rağmen başkalarının uzattıkları her türlü malî yardımı reddetti: bilhassa fikirlerini beğenenlerin topladıkları 90.000 Taler "Millî yardımı" da kabul etmedi; olağanüstü malî istidadı ve iktisadî hayattaki tecrübelerinden ötürü kendisine teklif edilen önemli mevkileri de kabul etmedi. Servetinden arta kalan küçük sermayeyi, oldukça kısa bir zamanda, akıllane ve mahirane bir şekilde, faydalı işlere yatırarak öyle arttırdı ki artık rahatça yaşayabilmek imkânını elde etti.

Yetmiş yaşındayken siyasî hayattan da çekildi. v. Kirchmann'ın şahsiyeti bakımından, siyasî hayattan isteyerek çekilmemiş olması şayanı dikkattir: 1872'de, Partisinin genel arzusu hilâfına "Kültür savaşı"nda⁵ Bismarck'ın Mayıs Kanunları adı verilen kanunları aleyhine rey verdiğinden mebusluğu kaybetti. O, bir şahsiyet, ne partisi ne de kuvvetli muarızı tarafından vicdanının emri değiştirilemeyen kendi hukukuna tâbi bir adamdı. Bundan birkaç yıl önce partisnin içinde de yavaş yavaş pratiğe ve berrâğa giden yolda yalnız bırakılmıştı. Kendi yazmış olduğu hal tercümelerinin birinde söylediği gibi o, siyasette "hukukî nesir" ortaya atıyordu, halbuki parti arkadaşları "belle phrase şiiri" ile gaşyoluyorlardı.

J. v. Kirchmann zayıf, ince yapılı ve orta boylu bir şahıs tasvir edilir. O işitilmemiş bir çalışma kudretine sahipti ve bunu iddiasız fakat muntazam bir yaşayış tarzıyla değerlendirmek imkânını bulmuştu. Kendisine getirilen her iş için daima zamanı vardı ve hiçbir zaman hasta olmamıştı, yalnız bir kere ağır bir şekilde zatürrie olmuş ve 73

yaşında bu hastalığı da yenmesini bilmişti, bir de 1880 yılında İsviçre'de yaptığı uzun yürüyüşlerinden ötürü hastalanmıştı. Mesut bir aile hayatı çalışmalarına neşe ve olgunluk vermekteydi: 1834'de evlenmiş olduğu karısı o zamanlar her tarafta tanınan feylesof yazıcı Wilhelm Butte'nin güzelliği ve zekâsıyla meşhur kıızıydı. Bu evlenmeden iki de kızı olmuştu.

Bundan başka v. Kirchmann büyük bir müzik dostu idi ve müzikten iyi anladığı gibi bizzat kendisi de müzikle uğraşırdı. O büyük seyahatler de yapmıştı: 1855'de Türkiye'ye on yıl sonra da İtalya'ya gitmişti; bilhassa memuriyetten çıktıktan sonra Berlin'deki evinde seçkin bir kadın ve erkek gurubunu etrafına toplamıştı.

J. v. Kirchmann 20 Ekim 1884'de gene durmadan çalıştığı bir sırada ölmüştür.

J. v. Kirchmann'ın memuriyette ve siyasette olağanüstü çalışmalarından başka bir yandan sanat alanında uğraşır ve önemli bir cemiyet hayatı yaşarken bir yandan da ilim alanında değerli eserler meydana getirebilmesi şaşılacak birşeydir. Bilhassa gayrimenkul gelirleri meselesi hakkında yazmış olduğu iktisadî yazıları her ne kadar orijinal ve fikir dolu idiyseler de pek önemli değildirler, buna karşılık hukukî ve felsefî eserlerinin çoğu halâ bugün bile dikkatle okunmaya değmektedirler. O Latin, Yunan, İngiliz, Fransız ve İtalyan dillerini çok iyi bildiği için büyük başarı ile yabancıların büyük felsefî eserlerini de tercüme edebilmiştir.

O zamanlar çok ilgi çeken ve çok okunan bir kolleksiyon olan "Felsefî

Kütüphane"nin bazı ciltlerini o çıkarmıştır. Kendi yazmış ve içinde kendine mahsus bir sistem kurmuş olduğu felsefî eserler bilhassa "Biliş Felsefesi", "Ölmemezlik Hakkında Deneme", "Realist Temele Dayanan Estetik" ve çok tanınmış olan "Felsefe Kateşizması" adlı eserleri zikre değer.

Onun felsefe alanındaki çalışmaları hiçbir zaman gerektiği gibi değerlendirilmemiştir; buna rağmen Eduard v. Hartmann gibi bir düşünür onların yüksek ilmi değerine işaret etmiştir. Hukukî yazıları arasında bir kere Prusya hukuk usulü kanununa 1847'de yazmış olduğu şerh bir de gene aynı yıl içinde Berlin'de vermiş olduğu "Hukukun İlim Olmak Bakımından Değersizliği" adlı konferans zikredilmektedir.

Kirchmann'ın vermiş olduğu geniş eserler içinde çok küçük bir yer alan ve belki kendisi için bile eserlerinin zirvesini teşkil etmemiş olan bu küçük konferans bugün bile halâ onun adını yansıtmaktadır. O, Alman dilinde verilmiş olan konferansların en önemlilerinden birisidir. Halâ Alman dilinde, fikir bakımından böyle dolu ve dil bakımından böyle mükemmel bir eserin eşine az rastlanmaktadır. Bu konferans daima okunacak ve daima onun hakkında fikir beyan edilecektir. Bu eser ancak, onu meydana getirenin hayatı gözönünde tutulursa iyice anlaşılabilir. Bu konferansın hakikî değerinin birçok münekkitleti tarafından anlaşılmamış olması ve onun, hukuk ilmi bakımından korkunç birşey, sorumluluk hissi olmayan birisinin islahat teklifi diye yanlış tefsir edilmesi değerini kaybetmesine sebep teşkil etmez.

Gerçeğe şekil verme ve iradeyi kabul ettirme vasıtaları arasında söz, nu-

tuk, en başta gelir. Hatip, dinleyici ile doğrudan doğruya bir rabita tesis eder, o yalnız fikirlerini söylemekle kalmaz, sesinin tonu, bakışı ve jestleri, şahsiyetinin tesiriyle belli kimseleri, belli bir zamanda ve belli bir yerde kendine bağlar ve heyecana getirir. Harfler, yazılı şekil, mahiyeti icabı, bu doğrudan doğruya tesire sahip değildir ve ona sahip de olamaz.

Bir konferansın yazılmasından ibaret olan yazıların ayrı bir yeri vardır. Hakkiyle okumasını bilen kimseler büyük bir kısmı irticalen söylenmiş olan - v. Kirchmann'ın bu konferansında olduğu gibi - bir konferansın yazılı şeklini okurken, jestlerin canlılığını ve cümlelere verilen tonu hisseder ve böylece müellifin fikrî gayesini, bilhassa kuvvetli, berrak ve derin bir şekilde kavrayabilirler. Aynı zamanda yazılarak tespit edilmiş olan bir konferans söylenen söz gibi uçucu ve geçici değildir ve bundan ötürü de aynı derecede anlamamazlıklarla ve yanlış yorumlarla karşılaşmaz.

Bugünkü konferansımızın konusu, meselenin derin hakikatine ehemmiyet vermeyerek yalnızca hoş bir başlık koymak istediğim zehabını kolayca uyandırabilir.

Her şeyden önce böyle bir zehabı reddederim. Gerçekten maharet de mevcut olduğu takdirde böyle bir teşebbüs iyi ve güzel vakit geçirici olabilir; ancak derneğin karakterine ve üyelerinin ciddiyetine borçlu olduğum hürmet beni, konumu bu yolda incelemekten alıkoymaz.

Bunun için daha şimdiden şunu tebarüz ettireyim ki, size söylemeğe cesaret edeceğim şeyler, vicdanen kani

(5) 1870 sıralarında Prusya devleti ile Katolik kilisesi arasında başlayan siyasî mahiyetteki mücadele.

olduğum şeylerdir ve erişemezsem bile gayem hakikati bulmaktır.

“İlim olmak bakımından hukukun değersizliği” diye adlandırdığım konu iki mânâya birden gelmekle malûldür. İlim olmak bakımından hukukun değersizliği iki anlama gelir: “gerçi hukuk bir ilimdir, ancak o her ilme yaraştığı ve her ilimde olduğu gibi gerçekliğe ve milletlerin hayatına tesir edemez”. Bir de “Hukuk nazari bakımından ilim olarak değersizdir, hukuk ilim değildir ve ilmin hakikî mefhumuna erişemez”.

İstemeyerek konuma girmiş olan bu iki mânâlılığı gene de reddetmek istemem; konunun her iki yoldaki mânası da size söylemek istediklerimi ifade etmektedir.

Bu gibi cümleler şüphesiz alışılmış cümleler değildir; hukukun mukaddesliği ve yüksekliği halâ sarsılmamış ve herkes tarafından tanınmış bir halde ortada durmaktadır, ancak günlük tecrübelerde bu mütearife karşı şüphe ve tereddütler uyandırmaya elverişli olabilecek bazı belirtiler de mevcuttur. Tatbi-katçı hukukçulardan hangisine meşguliyetinin boşluğu ve yetersizliği hissi arasına gelmez? Edebiyatın hangi kolunda hukukta olduğu kadar iyiler yanında mânâ ve zevkten azade kitaplardan müteşekkil böyle bir yığın vardır. Mukaddes Justitia⁶ bugün bile halâ halk arasında bir alay konusudur; kültürlü bir kimse bile haklı olduğu zamanda dahi onun eline düşmekten korkar; onun şekilleri ve usulleri arasında kendine bir yol bulmak için boşuna uğraşır. Ne büyük bir

kanunlar yığını ve ne kadar çok boşluklar! Ne büyük bir etüd ve bilginlik israfı ve buna rağmen nazariyatta ve tatbikatta ne kadar tereddüt ve ne kadar emniyetsizlik! Nasıl bir devlet ki bir yandan hakkın gerçekleşmesini en yüksek vazife bilir, bir yandan da hakkın elde edilmesi için insanları yüksek meblâğlar ödemeğe mecbur eder!

Alışkanlığın körleştirici kuvveti neticesinde hukukçuların münevverleri çok geçmeden bu gibi tezahürlere aldırma-dan yollarına devam ederler ve hukukçu olmayan birisi bu yolda ağızını açmak istedi mi, o hemen meseleyi anlamadığı iddiası ileri sürülerek susturulur. Fakat bu tezahürler o kadar devamlıdır ki, bu, bunların temellerinde derin nispetizlikler olduğuna en açık işarettir ve bunlar o kadar önemlidir ki, bu tezahürlerin derin sebeplerini araştırma yolunda yapılan bir teşebbüs, muhterem dinleyiciler tarafından gösterilecek alâkaya çekinmeden güvenebilir.

Her hangi diğer bir ilimde olduğu gibi hukuk ilminin konusu da, bizzat ilmin mevcudiyetine ve ilmin anlayış kudretine bakılmaksızın, özerk, serbest ve bağımsız olarak mevcuttur. Bu konu halk arasında yaşayan ve münferit her şahıs tarafından kendi muhitinde gerçekleştirilebilen hukuktur; buna “Tabiî” hukuk adı verilebilir.⁷ Bu münasebet bütün diğer ilimlerde de mevcuttur; tabiat böylece tabiî ilimlerin konusudur; Fizyolojinin mevcudiyetlerini ve kuvvetlerini bilip bilmediğine aldırma-maksızın çiçek açar, hayvan yaşar; böylece ruh Psikolojinin konusu, düşünme basit faaliyeti halinde akıf ise

mantığın konusudur. İnsanlar bu ilimlerin tekevvününden önce, tekevvününden sonra düşündüklerinden ve duyduklarından başka türlü düşünüp duymuyorlardı. Matematik de kendisi tarafından yaratılmış kanunlarla uğraşmaz. Mekânın ve rakamların nispetleri her ne kadar mücerret iseler de, bunlar da gene daima gerçeklikten tecrit edilerek elde edilmişlerdir; Pythagor dâvası, Pythagor onu keşfetmeden önce de fiilen mevcuttu. Felsefenin bile gerçek, mutlak ve edebî bir konusu vardır ki, ilim bunun inceliklerine varmak mecburiyetindedir.

Yeni Felsefe konu ile ilim arasında ki bu zıddiyeti ortadan kaldırmaya teşebbüs etmiştir, her ne ise bundan burada sarfınazar edilebilir.

Varlıkla bilgi arasında iddia edilen ayniyet, bazı büyük düşünürler tarafından sistemlerin zirvesi olarak kabul edilmiş ise de bu sistemlerin inkişafında adı geçen iki kavram arasındaki zıddiyet yeniden ortaya çıkmaktadır; tabiat, tabiat adı değil de “başka oluş” şeklindeki fikir adı verilmekte ise de, mezkûr zıddiyet ortadan gene kalkmamış belki isim yanından alınarak sıfatın yanına konulmuştur.⁸

Demek ki hukuk ilminin konusu hukuktur ve yakından bakılınca bu, evlilik, aile, mülkiyet, akitler, mamelekin miras yoluyla intikali, sınıf farkları, hükümetin halkla, milletlerin birbirleriyle münasebetlerinden ibarettir. Hukukun ilme nispetle bu bağımsızlığı çok önemlidir; bu hususta arasına şüphe ve tereddütler ileri sürülmüş veya hiç olmazsa bu yolda tahditler konmak istenmiştir, halbuki basit mülahazalar bunun doğruluğunu şüpheye yer ver-

meyecek bir şekilde açıklamaya yeter. Bir millet hukuk ilmi olmadan da yaşayabilir, fakat hukuksuz asla; hattâ hukuk, oldukça yüksek bir gelişme derecesine varmış olmalıdır ki, hukuk ilmi düşünülebilir ve ona başlanabilir. Tarih de aynı şeyi söylemektedir. Yunanistan’da kamu hayatı ve aile hayatı zengin bir gelişmeye varmıştı; halbuki hukuk ilmi ilk başlangıçta donup kalmıştı. Cumhuriyetin sonuna kadar Roma’da da, Glossatorlar zamanına kadar Ortaçağın Cermen Romen milletlerinde de durum böyle idi.

Diğer ilimlerin konusuna nispetle hukukta bir tek fark olduğu, belki burada şüphelerin uyanmasına sebep olabilir, bu da ilmin konusu hukuka dahil olan vukuf unsurudur.

Gerçekten bu fark doğrudur. Bir millet, hukuk ilmi mevcut olmasa da hukukunu bilir, ancak bu bilgi bir ilim değildir; bu, hissin ve tabiî dirayetin karanlık mıntıklarında bulunur, bu yalnız münferit hallerde hukukun bilinmesidir; bunun da mücerret kaideleri darbimeselleri varsa da bunları ilmi bir değer verilmesi düşünülme-siz bu kaideler uygulanıldıkları kadar uygulanmazlar da; esas olan her münferit halin hususiyetidir, yoksa o kaide değil. Dil ilmi de bu bakımdan hukuka benzer; dil ilminin konusuda vukuf unsurunu ihtiva eder. Halk konuşurken zamanları ve sigaları doğru kullanmayı bildiği halde gramerin, dil ilminin belki dil ilminin ismini bile bilmez.

Demek ki, hukuk ilminin vazifesi de diğer bütün ilimlerinkinin aynısıdır; o da anlamak, bunun kanunlarını bulmak, nihayet kavramları geliştirmek, münferit müesseselerin birbirleriyle

(6) Romalıların adalet ilahesi.

(7) Müellif bütün konferansında “Tabiî” hukuku bu anlamda kullanmıştır, okuyucuların gözüne çarpsın diye bundan sonra geçen Tabiî hukuk kelimeleri daima giyme içine alınmıştır. (Çeviren)

(8) Bununla v. Kirchmann, Hegel’in Ayniyet felsefesine işret etmek istemiştir. (Çeviren)

akrabalığını ve ilgisini meydana çıkar-mak ve en son, bildiklerini basit bir sis-tem de toplamakla ödevlidir. Benim konferansımın konusu buna göre şu so-ru olarak belirmektedir: Hukuk ilmi bu vazifesini nasıl başarmıştır? Diğer ilimlere nisbetle bunu nasıl yapmıştır? Bu yolda onlardan ileri mi gitmiş yok-sa geri mi kalmıştır?

Demin bahsettiğimiz ve hukukun konusunda bizatihi mevcut olan vukuf unsurunun, hukuk ilmine diğer ilimlere nispetle oldukça iyi bir durum temin etmiş olduğu düşünülebilir. Ancak ta-rih bize bunun aksini öğretmektedir. Yunanlılar'da diğer bütün ilimler çok ilerlemişlerdi; yalnız kamu hukuku müstesna, hukuk ilmi hiç işlenmemişti. Ceza hukuku ve özel hukuk alanında ihmal edilmiş olanları İmparatorlar devrinde Romalı hukukçular tamamladılar ve bunların çalışmaları sayesinde o zamanlar hukuk ilmi diğer bütün ilimleri geride bıraktı. Bu çalışmalara dayanabilen Ortaçağ'da bu durum uzun zaman devam etti; fakat Ba-con'dan sonra durum tamamiyle değiş-ti. Müşahade prensibi, spekülasyonun tecrübeye tâbi tutulması prensibi – ki aslına bakılırsa Romalı Klâsikler de hukuk ilimlerinin mükemmeliyetini bu prensibe medyundurlar – bundan böyle bütün ilimler tarafından kabul edildi ve bu yeni metodun neticeleri çok geçme-den mucizeler sınırına dayandı. Keşif-ler, keşiflerin üzerine yığılmaya başla-dı; eskiden bir yüzyıl içinde hülyalı spekülasyonlarla tespit edildiği sanılan şeyler onu takip eden yüzyıl içinde ge-ne aynı spekülasyonlarla yıkıldığı hal-de bundan böyle sağlam bir temel elde edilebildi; bir yüzyılın keşifleri ve ça-lışmaları bundan sonraki yüzyılda da üzerinde inşaata devam edilen ve artık

şasıllacak yüksekliklere çıkmış olan sağlam bir temel olarak kaldı. Buna karşılık hukuk Bacon'dan beri gerile-memiş de yerinde saymıştı, kuralları, kavramları o zamandan beri kesinleş-memiş, berraklaşmamışlardır, en ezi-yetli bir incelemeden sonra nihayet emin ve sarsılmaz bir sonuca varıldığı sanılmış, halbuki daha bunun üstünden on yıl geçmeden tartışma yeniden baş-lamıştır. Cujatius ve Donell, Hotto-mann ve Duaren'in eserleri halâ örnek sayılmaktadır, zamanımız bunlardan daha iyi eserler vermemiştir; bu haki-kat ilmin en ileri gelenleri tarafından bile kabul edilir.

Bu dış müşahadelerle meseleyi çö-zülmüş ve vazifemi bitmiş telâkki et-mek istemem. İddiamı doğrudan doğ-ruya ispat edebilmek için genel olarak ilmin tarifini yapmam ve bununla hu-kukun başarılarını karşılaştırmam ica-bederdi. Ancak böyle bir metod birçok güçlükleri içinde sakladığı gibi bu kon-feransın kısa zamanı içinde gerçekleşt-irilmesi de imkânsızdır; ayrıca, bunun neticesi gene sathî olmaktan kurtula-maz ve aradaki farkın derin sebepleri anlaşılamaz. Bundan ötürü başka bir yolda yürümeye teşebbüs etmek istiyorum. Eğer benim, hukukun ilim olmak bakımından değersiz olduğu yolundaki iddiam bir hakikat ise, bir kere bunda-ki suçun şahıslara, ilmin inceleycilerine yükletilemeyeceği anlaşılır. Bazı sı-nırları belli çağlarda, şu veya bu ilmin o zamanki mensuplarının ve inceleyci-lerin suçu neticesi geri kaldığına ait ör-nekler vardır; fakat ilimlerin doğduğu günlerden bugüne kadar geçen binlerce yıl için aynı şeyi iddia etmek imkânsız-dır; bu, hangi konuyla uğraşırsa uğraş-sın daima aynı olan ve aynı kalan insan aklının mahiyetine aykırıdır. Hukukun

diğer ilimlerden, hakikaten geri kaldı-ğını kabul edersek, bunun sebebi yal-nız konunun kendisinde mevcut olabi-lik; bu, yalnız konuda mevcut olan giz-li kuvvetlerin, insan aklının, bu istika-metteki çalışmalarına engel olmasın-dan ileri gelebilir. Konferansımın ko-nusunu doğru olarak inceleyebilmemin yolu demek ki, hukukun konusunun di-ğer disiplinlerin konusuyla mukayese edilmesiyle başlamalıdır. Konunun bu şekilde incelenmesi başarı ile netice-lendiği takdirde iki bakımdan faydalı olacaktır: bir yandan iddiam ispat edil-miş olacak, diğer yandan da bunun se-bepleri anlaşılacaktır.

Şimdi, bu mukayeseli metodu kul-lanınca, diğer ilimlerin konularında te-sadüf edilmeyen ve hukuka mahsus olan birçok farklı metodlar göze görü-nür.

İlk ortaya çıkan hususiyet, hukuk il-minin konusu olan "tabii" hukukun de-ğişici olması keyfiyetidir; ay ve yıldız-lar binlerce yıl önce nasıl parlıyor idi-yeler bugün de aynı şekilde parlıyor, gül bugün halâ cennette açtığı gibi açar, halbuki hukuk o günden bugüne başka bir hukuk olmuştur. Evlilik, aile, devlet, mülkiyet, en çeşitli kisvelere bürünmüşlerdir. Materielin bu de-ğiş-içiliğinin malûm adı hukukun münferit müesseselerinin ilerleyen gelişmesidir. Bu gelişmeyi genel olarak hukukun iyi bir tarafı olarak gösterirler; hattâ bu te-mayül, muhtevaya ve istikamete hiç bakılmaksızın, hukukun esası diye de kabul edilmiştir. Böyle iddialar hiç ol-mazsa göze batmaktadır; insanlık baş-langıçtan beri mümkün olan en iyi or-ganik vücutla mücehhez olduğundan

ötürü tabiidir ki, çok bahtiyardır; ancak bununla birlikte, zamanına göre insan-lığın her müessesesine de en iyi şekilde uyan hukuk müesseseleri de bu vücutla birlikte kendisine verilmiş olsa insanlık daha mesut olmaz mıydı? Milletlerin, o arzulanen nimetleri elde edebilmek için yüzyıllarca mücadele, eziyet ve acıya göğüs germelerinde nasıl olur da bir iyilik ve saadet gizli olabilir? An-cak bu düşünceler buraya ait değildir; ister iyilik ister bir mahzur olsun, bu gelişme hususu yeter. Burada sorula-cak biricik soru, konunun bu de-ğiş-içili-ğinin, ilme ne gibi tesirleri olduğu me-selesidir. Bu sorunun karşılığı şüpheli olamaz; bu tesirler çok menfi tesirler-dir. Her ilmin tabiatı icabı, bu ilme ait olan hakikat, yavaş yavaş olgunlaşır, her çeşit hatanın içinden geçen bir yol kovuşturur, onun kanunları ancak men-suplarının yüzlerce yıl süren uzun ve müşterek çalışmalarının bir mahsulü-dür. Diğer ilimler için bu yavaş ilerle-meden bir zarar doğmaz; dünya bugün de bin yıl önce olduğu gibi güneşin et-rafında dönmekte, ağaçlar ve hayvan-lar Plinius' zamanında olduğu gibi ye-tişmekte ve yaşamaktadır. Bunların ta-biatları ve kuvvetleri hakkındaki ka-nunlar birçok uzun güçlüklerden sonra keşfedilmekle beraber, bugün için nasıl bir hakikatı ifade etmekte ve bütün istikbal için de bir hakikat olarak kal-maktadırlar. Halbuki hukuk ilminde durum başkadır. Hukuk ilmi uzun yıl-lar süren çalışmalardan sonra, hakikî mefhumu, hukukun müesseselerinden birinin kanununu buldu mu, geçmiş olan zaman içinde konu değişmiştir bi-le; ilim ilerleyen gelişmeden daima çok

(9) *Gaius Secundus Plinius Senior, Romalı müellif, M.S. 79 yılında Vezuv yanardağının indisi neticesi ölmüş-tür, eserleri arasında bilhassa 37 ciltlik tabiat tarihi "Naturalis historia" tanınmıştır. (Çeviren)*

sonra gelir ve yaşanılan zamana asla yetişemez. O çölde ilerleyen bir seyyaha benzer. Çiçekli bahçeler, dalgalı göller gözünün önündedir, bütün gün yürür ve akşam olunca o bahçeler ve göller ondan gene sabahki kadar uzaktadırlar. Goethe'nin zamanından beri bu durumu düzeltmek için çok çalışıldı. Mephisto'nun alayları bugün için bile halâ, hele kamu hukuku alanında, hakikati ifade etmektedir.¹⁰ Yunan devleti ancak yıkıldıktan sonra kavranabildi; Roma hukukunun sıkı müesseselerinin ilmi, ancak Jus Gentium onun yerini aldıktan sonra tamamlandı; Alman devleti anayasasının ruhu ve mükemmelliği Napoleon tarafından onun en son izleri de silindikten sonra anlaşıldı. Hukuk ilmine istirap veren hastalığın ilk sebebi budur, bundan ilme engel olan birçok neticeler doğmaktadır.

Bir başka hususiyet de, hukuk ilminin, hukukun gelişmesine karşı düşmanca bir durum almasından ileri gelmektedir: eski, iyi döşenilmiş, malûm evde oturup kalmak her sene yeniden bir eve taşınmak, yeniden yerleşmek ve alışmaktan tabiidir ki çok daha rahattır. İlim gelişmesiyle başa çıkamadığını kabul etse bile yaşanılan zamanın müesseselerini inkiraz etmiş müesseselerin malûm kategorilerine sokmaya zorlamak temayülü gene onda mevcuttur. Romalı hukukçularda bile bunu ispat edecek deliller bulunur.

Actiones utiles, quasi - delicta, quasi - contractus, quasi - possessio'lar, onların son zamanların serbest müesseselerine eski sıkı zamanın örneklerine

göre şekil vermeleri bunun güzel örnekleridir.

Alman hukukçuları bu yolda daha ileri gitmişlerdir. Alman evlenmesi, velayet hukuku, Alman irtifak hakları ve sınıf münasebetleri zorla Roma hukukunun kavramları içine sokuldu; halbuki ikisi arasındaki münasebet isimlerinin aynı olmasından başka birşey değildir. Konunun bu yolda harekete imkân vermediği hallerde ise bunları serbestçe ilmi bir şekilde tespit edecekleri yerde ne yapacaklarını bilememişler ve "Usus modernus" adıyla onları Roma müesseselerine eklemişlerdir. Alman hukukçularının bu hareketi artık her ne kadar herkes tarafından bir hata diye ayıplanmakta ise de bu hatanın yüzyıllarca ve herkes tarafından işlenmiş olması, bize bunun, meselenin esasındaki bir sebepten ileri geldiğini ispat eder.

Roma hukukçularının aynı şekilde hareketleri bugün bile örnek sayılmaktadır. Her ilimde olduğu gibi hukukta da her yeni teşekküle serbestçe bakıp, önceden mevcut tasavvurlar olmaksızın bunun temelini araştırmak ve bizzat bu teşekkülün kendisinden yeni kavram ve kanunları çıkarmak doğru metod değilmiş gibi hareket edilmesi çok tuhaftır. Diğer herhangi bir hukuk teşekkülünden sonra meydana gelen yeni bir müessese, daha önce böyle bir müessese mevcut olduğu için, mutlaka ondan çıkmış sayılmamalıdır. Roma devletinin ilk zamanlarındaki özel hukuk, asillerin ve rahiplerin halka uyguladıkları en sıkı bir despotizmin mahsulüydü; sert şekil ve formüller, münasebetlere ve hukukî kovuşturmaya engel ol-

makta hattâ hukukî kovuşturmanın hangi günlerde mümkün olduğu bile halka bildirilmemekteydi. Özel hukukun, Cumhuriyet ve İmparatorluk devirlerindeki bütün gelişmesi, hukukun bu bağlardan yavaş yavaş sıyrılmasından başka birşey değildir. Bu gelişmenin çizdiği istikamet aksine Romalı hukukçular inatçı bir ukelâlıkla eski ve bağıntılı müesseselere sıkı sıkıya sarıldılar ve bunları daha sonraki zamanların mahsulü olan kurumlar için de baş örnek kabul ettiler. Bütün Roma hukuk sisteminde göze çarpan ikilik, değişmez şekillerle serbest hareket ve harfi harfine uygulanan kaidelerle hiçbir şeye bağlı olmayan nasafet arasındaki o birbirine bağlanamayan tezat bundan ileri gelmektedir.

Konusunun hususiyetinden ilim için meydana çıkan bu tehlike, hukuk alimlerini çok kere, geçmiş hukuku inceleyerek bugünkü hukuku tamamiyle unutmak ve bugünkü hukuku, mağrurane, tatbikatçının hor gördükleri uğraşma alanına terketmek yanlış yoluna sevketmiştir. Büyük kütlenin takip edemediği bir alana girmek, bilgi ışığının en çok parladığı, en birbirine zıt neticeleri, sıhhatli insan aklının reddedemediği bir alanda bulmak çok baştan çıkarıcıdır. Tarihçi mektep bu hususta yeter delil ortaya koymuştur; hattâ bu mektebin en ileri gelenleri bile tam ortadan giden bir yolu zorla bulabilmişlerdir.

Her halde de hukuk ilmi, konusunun değişir olmasından ötürü muazzam bir sahra ile, yani geçmişin incelenmesi ile yüklüdür. İncelenmeye hakkı olan yalnız yaşanılan zamandır. Geçmiş ölüdür; geçmiş yalnız yaşanılan zamanı anlamak ve ona hakim olmak için bir vasıta olduğu nispette değerlidir.

Bir konunun mahiyeti, bu uzun yolu, bu bulanık gözlüğü zarurî kılıyorsa, ilim boyun eğmek mecburiyetindedir, ancak bu, ilim için bir bahtiyarlık da sayılamaz. Tabiat ilimleri gibi hukuk ilmi de doğrudan doğruya konusuyla temas etseydi, bu hukuk ilmi için ne kadar iyi olurdu. Bir geçmiş kurumlar safrası, en iyi kuvvetlerin büyük bir kısmının harcanmasına sebep olmaktadır. Ölü hukukun kaynaklarının çok az ve zayıf akması, hastalığı büsbütün ağırlaştırmaktadır. Yüzyıllarca çalışma ve meçhulleri çözme neticesi kurulan bir binanın günün birinde bulunacak eski bir pergamentle temellerine kadar yıkılmıyacağından kimse emin değildir. Yalnız dil ilmi buna benzer bir durumda bulunmaktadır; onun da konusu ilerleyici bir gelişmeye tâbidir; gene de dil ilmi hukuk ilminden oldukça iyi durumdadır, çünkü onun konusunun geçmiş, eski vesikalar ve kitaplarla en zengin bir şekilde muhafaza edilmiş ve inceleyicilerinin önüne serilmiştir.

Mukayeseye devam edilince hukuk ilminin konusunun yeni bir hususiyeti de, hukukun yalnız bilgide değil duyguda bulunmasında, onun konusunun yalnız insan kafasına değil göğsüne de yerleşmiş olmasında kendini göstermektedir. Diğer ilimlerin konuları bu fazlalıktan âridirler. Işığın, esirin bir ihtizaz hareketi mi, yoksa küçük cisimciklerin düz hareketleri mi olduğu; akıl ve idrâkin bir veya birbirinden farklı olduğu; dördüncü dereceden cebir denklemlerinin doğrudan doğruya çözümlü çözülemeyeceği, bunlar hepsi ilgi çekici sorulardır, fakat duygu burada hiçbir zaman, önceden bir hüküm verilmesine bir netice çıkarılmasına sebep olmamıştır. Şu veya bu cevap aynı şekilde kabul edilir, istenilen yalnız ha-

(10) Müellifin kastettiği Faust'da Mephisto'nun şu sözleridir: kanunlar ve hukuk ebedi bir hastalık gibi intikal etmekte, nesilden nesile sürüklenmekte ve yavaşça yerden yere geçmektedir. Akıl delilik, iyilikse kötülük olmaktadır; eğer bir torunsan, vah haline! Bizimle birlikte doğan hukuktan, maalesef kimse bahsetmiyor. (çeviren)

sonra gelir ve yaşanan zamana asla yetişemez. O çölde ilerleyen bir seyyaha benzer. Çiçekli bahçeler, dalgali göller gözünün önündedir, bütün gün yürür ve akşam olunca o bahçeler ve göller ondan gene sabahki kadar uzaktadırlar. Goethe'nin zamanından beri bu durumu düzeltmek için çok çalışıldı. Mephisto'nun alayları bugün için bile halâ, hele kamu hukuku alanında, hakikati ifade etmektedir.¹⁰ Yunan devleti ancak yıkıldıktan sonra kavranabildi; Roma hukukunun sıkı müesseselerinin ilmi, ancak Jus Gentium onun yerini aldıktan sonra tamamlandı; Alman devleti anayasasının ruhu ve mükemmelliği Napoleon tarafından onun en son izleri de silindikten sonra anlaşıldı. Hukuk ilmine istirap veren hastalığın ilk sebebi budur, bundan ilme engel olan birçok neticeler doğmaktadır.

Bir başka hususiyet de, hukuk ilminin, hukukun gelişmesine karşı düşmanca bir durum almasından ileri gelmektedir: eski, iyi döşenilmiş, malûm evde oturup kalmak her sene yeniden bir eve taşınmak, yeniden yerleşmek ve alışmaktan tabiidir ki çok daha rahattır. İlim gelişmesiyle başa çıkamadığını kabul etse bile yaşanan zamanın müesseselerini inkiraz etmiş müesseselerin malûm kategorilerine sokmaya zorlamak temayülü gene onda mevcuttur. Romalı hukukçularda bile bunu ispat edecek deliller bulunur.

Actiones utiles, quasi - delicta, quasi - contractus, quasi - possessio'lar, onların son zamanların serbest müessese-lerine eski sıkı zamanın örneklerine

göre şekil vermeleri bunun güzel örnekleridir.

Alman hukukçuları bu yolda daha ileri gitmişlerdir. Alman evlenmesi, velayet hukuku, Alman irtifak hakları ve sınıf münasebetleri zorla Roma hukukunun kavramları içine sokuldu; halbuki ikisi arasındaki münasebet isimlerinin aynı olmasından başka birşey değildir. Konunun bu yolda harekete imkân vermediği hallerde ise bunları serbestçe ilmi bir şekilde tespit edecekleri yerde ne yapacaklarını bilememişler ve "Usus modernus" adıyla onları Roma müesseselerine eklemişlerdir. Alman hukukçularının bu hareketi artık her ne kadar herkes tarafından bir hata diye ayıplanmakta ise de bu hatanın yüzyıllarca ve herkes tarafından işlenmiş olması, bize bunun, meselenin esasındaki bir sebepten ileri geldiğini ispat eder.

Roma hukukçularının aynı şekilde hareketleri bugün bile örnek sayılmaktadır. Her ilimde olduğu gibi hukukta da her yeni teşekküle serbestçe bakıp, önceden mevcut tasavvurlar olmaksızın bunun temelini araştırmak ve bizzat bu teşekkülün kendisinden yeni kavram ve kanunları çıkarmak doğru metod değilmiş gibi hareket edilmesi çok tuhaftır. Diğer herhangi bir hukuk teşekkülünden sonra meydana gelen yeni bir müessese, daha önce böyle bir müessese mevcut olduğu için, mutlaka ondan çıkmış sayılmamalıdır. Roma devletinin ilk zamanlarındaki özel hukuk, asillerin ve rahiplerin halka uyguladıkları en sıkı bir despotizmin mahsulüydü; sert şekil ve formüller, münasebetlere ve hukukî kovuşturmaya engel ol-

makta hattâ hukukî kovuşturmanın hangi günlerde mümkün olduğu bile halka bildirilmemekteydi. Özel hukukun, Cumhuriyet ve İmparatorluk devirlerindeki bütün gelişmesi, hukukun bu bağlardan yavaş yavaş sıyrılmasından başka birşey değildir. Bu gelişmenin çizdiği istikamet aksine Romalı hukukçular inatçı bir ukelâhlıkla eski ve bağıntılı müesseselere sıkı sıkıya sarıldılar ve bunları daha sonraki zamanların mahsulü olan kurumlar için de baş örnek kabul ettiler. Bütün Roma hukuk sisteminde göze çarpan ikilik, değişmez şekillerle serbest hareket ve harfi harfine uygulanan kaidelerle hiçbir şeye bağlı olmayan nasafet arasındaki o birbirine bağlanamayan tezat bundan ileri gelmektedir.

Konusunun hususiyetinden ilim için meydana çıkan bu tehlike, hukuk alimlerini çok kere, geçmiş hukuku inceleyerek bugünkü hukuku tamamiyle unutmak ve bugünkü hukuku, mağrurane, tatbikatçının hor gördükleri uğraşma alanına terketmek yanlış yoluna sevketmiştir. Büyük kütlenin takip edemediği bir alana girmek, bilgi ışığının en çok parladığı, en birbirine zıt neticeleri, sıhhatli insan aklının reddedemediği bir alanda bulmak çok baştan çıkarıcıdır. Tarihçi mektep bu hususta yeter delil ortaya koymuştur; hattâ bu mektebin en ileri gelenleri bile tam ortadan giden bir yolu zorla bulabilmişlerdir.

Her halde de hukuk ilmi, konusunun değişir olmasından ötürü muazzam bir sahra ile, yani geçmişin incelenmesi ile yüklüdür. İncelenmeye hakkı olan yalnız yaşanan zamandır. Geçmiş ölüdür; geçmiş yalnız yaşanan zamanı anlamak ve ona hakim olmak için bir vasıta olduğu nispette değerlidir.

Bir konunun mahiyeti, bu uzun yolu, bu bulanık gözlüğü zarurî kılıyorsa, ilim boyun eğmek mecburiyetindedir, ancak bu, ilim için bir bahtiyarlık da sayılamaz. Tabiat ilimleri gibi hukuk ilmi de doğrudan doğruya konusuyla temas etseydi, bu hukuk ilmi için ne kadar iyi olurdu. Bir geçmiş kurumlar safrası, en iyi kuvvetlerin büyük bir kısmının harcanmasına sebep olmaktadır. Ölü hukukun kaynaklarının çok az ve zayıf akması, hastalığı büsbütün ağırlaştırmaktadır. Yüzyıllarca çalışma ve meçhulleri çözme neticesi kurulan bir binanın günün birinde bulunacak eski bir pergamentle temellerine kadar yıkılmıyacağından kimse emin değildir. Yalnız dil ilmi buna benzer bir durumda bulunmaktadır; onun da konusu ilerleyici bir gelişmeye tâbidir; gene de dil ilmi hukuk ilminden oldukça iyi durumdadır, çünkü onun konusunun geçmiş, eski vesikalar ve kitaplarla en zengin bir şekilde muhafaza edilmiş ve inceleyicilerinin önüne serilmiştir.

Mukayeseye devam edilince hukuk ilminin konusunun yeni bir hususiyeti de, hukukun yalnız bilgide değil duyguda bulunmasında, onun konusunun yalnız insan kafasına değil göğsüne de yerleşmiş olmasında kendini göstermektedir. Diğer ilimlerin konuları bu fazlalıktan âridirler. Işığın, esirin bir ihtizaz hareketi mi, yoksa küçük cisimciklerin düz hareketleri mi olduğu; akıl ve idrâkin bir veya birbirinden farklı olduğu; dördüncü dereceden cebir denklemlerinin doğrudan doğruya çözümlü çözülemeyeceği, bunlar hepsi ilgi çekici sorulardır, fakat duygu burada hiçbir zaman, önceden bir hüküm verilmesine bir netice çıkarılmasına sebep olmamıştır. Şu veya bu cevap aynı şekilde kabul edilir, istenilen yalnız ha-

(10) Müellifin kastettiği Faust'da Mephisto'nun şu sözleridir: kanunlar ve hukuk ebedi bir hastalık gibi intikal etmekte, nesilden nesile sürüklenmekte ve yavaşça yerden yere göçmektedir. Akıl delilik, iyilikse kötülük olmaktadır; eğer bir torunsan, vahî haline! Bizimle birlikte doğan hukuktan, maalesef kimse bahsetmiyor. (çeviren)

kikattir. Buna karşılık hukukta ne kızgınlıklar, ne ihtiraslar, ne tarafgirlikler hakikatin aranmasına karışmaz! Kamu hukukunun bütün meseleleri bunlarla doludur. Anayasa olsun mu olmasın mı, basın serbestisi mi, sansür mü, iki meclis mi bir meclis mi, Yahudiler'e vatandaş hakları verilsin mi, verilmesin mi, dayak ceza olarak kalsın mı kalmasın mı, bu meseleler yalnız ortaya atılsın, derhal herkesin göğsü daha hızlı inip kalkmaya başlar. Özel hukukta da aynı şey. Yahudiler'le Hristiyanlar arasında evlenmeğe müsaade edilsin mi, boşanma sebepleri neler olsun, aile vakıflarına müsaade edilsin mi, edilmesin mi, av hakkı ilga edilsin mi edilmesin mi? Bunlarda ve hemen hemen hukukun her alanında da ilmi araştırma başlamadan önce duygu verilecek cevabı seçmiştir.

Hukukun bu hususiyeti hiç de onun bir ayıbı sayılamaz; aksine, onun en büyük değeri belki de bundandır. Ancak benim araştırmamda sorulacak soru, hukuk ilminin bununla bir kolaylığa mı yoksa güçlüğü mi mazhar olduğu sorusudur. Bu soru sorulunca, bunun ilim araştırmasını ancak güçleştirdiği kendiliğinden anlaşılmaktadır. Duygu asla ve hiçbir yerde hakikatin bir kıstası olamaz; duygu terbiyenin, alışkanlığın, meşguliyetin, mizacın yani tesadüfün bir mahsülüdür. Bir milleti nefrete sevkeden bir olay başka bir millette tes'it edilir. Bundan ötürü hakikatin araştırılmasında yanlış yollara sapılmak istenmiyorsa ilk şart onun bu aceleci refikinden kurtarılmasıdır; buna rağmen hukuk araştırmalarında kimse, buna, yani duygudan kendisini kurtarmaya muvaffak olamaz; en kuvvetli irade bile kendisini terbiye ve alışkanlığın kudretli tesirinden kurtaramaz.

Bunun neticeleri her tarafta gözönünde serili durmaktadır; günün en büyük meseleleri Parti meseleleri olmuştur; hakikat, boşuna, peşin hükümleri olmayan bir âlim bekleyip durmaktadır. İlimin üstatları ya meseleyle ilgilenmiyorlar yahut da hemen partilerden birisinin tarafını tutmuş oluyorlar. Hakikat bulunduğu zaman bile ihtiras onun sesinin duyulmasına engel olmaktadır; bunun için hukukta ilmin ortaya çıkıp serbestçe hakikati bulabilmesinden önce, zamanın yatıştırıcı kudret ile meselelerin üzerinden geçmesi gerekmektedir; ancak bu şekilde de çok kere iş işten geçmiş oluyor.

Burada hukuk ilminin tabiat bilgilerinden ne kadar uzaklaştığı görülmektedir; tabiat bilgilerinde ne güzel bir uyuşma ne güzel bir birlik hüküm sürer. Birinin bulduğunu diğerleri minnetle ahırlar; hepsi birlikte inşa ederler. Bir ihtiras ortaya çıktı mı bu, yalnız kendini beğenmişlikten, boş gururdan doğan bir ihtirastır ve konunun bünyesiyle ilgili olmadığı için çabucak kaybolur.

Buraya ait özel bir kurum olan sansürün tabii dayanağı da yalnız hukukla duygu arasındaki bu münasebettir; bundan ötürü, ilmin kendisini alt eden delillerine karşılık yaşamaya devam etmektedir. Eski ve alışılmış âdetlere, artık mukaddes sayılan hukuk kaidelerine yapılan hücum, göğsü isyan ettirir. Kuvvetin kendi görüşünü, dış silâhlarla da korunması pek tabiidir. Bununla hukuk ilmi ve burada da yalnız o, yeni bağlarla bağlanmıştır. Kendi kendilerini korumak güzel imtiyazı tabiat ilimlerine ve diğer bütün ilimlere kalmıştır. Her ne kadar ilmi araştırmanın hukuk alanında da serbest olduğu söylenirse de, bulunanların bildirilmesine engel

olmak istenir; bu ise aşağı yukarı, bir mimara yapacağı evleri çizip resmetmesini ancak inşa etmemesini söylemekten başka bir şey değildir.

İlimlerin konularının mukayesesi, hukukun, neticeleri şimdiye kadar bahsedilenleri çok aşan diğer bir hususiyetine bizi sevkeder. Bu müspet kanunun kendisi yani oluşla bilgiden meydana gelen ve hukukla ilim arasına sokulup her ikisini de imha edici tesirleriyle örten o melez şekildir.

Bütün ilimlerin kanunları vardır ve kanunlar ilimlerin en yüksek gayesidir; bütün ilimlerin her zaman doğru kanunları yanında yanlış kanunları da olmuştur; fakat bunların yanlışlığının konuya bir tesiri olmaz; Ptolemaus aksini kanun olarak ortaya koyduğu halde dünya durmadan güneşin etrafında dönmüştür; Wolf ve Kant birçok kuvvetleri ayırdıkları halde ruh basit olarak kalmıştır; Liebig'e kadar ziraatte de aksi, kanun olarak kabul edilmiş olduğu halde hububat, başlıca gıdasını Humus'dan değil havadan almıştır.

Hukukun müspet kanunlarında ise durum başkadır. Müeyyidelerle ve cezalarla donatılmış olan bu kanunlar doğru da yanlış da olsalar kendilerini konuya zorla kabul ettirirler; "tabii" hukuk, hakikatinden vazgeçmek ve bunlara göre eğilmek mecburiyetindedir. Diğer bütün alanlarda bilgi, oluşu kendi haline bıraktığı, onun önünde saygı ile geri çekildiği halde, hukukta müspet kanunla bunun aksi zorla elde edilir. Yanlış ve kusurlu da olsa bilgi, oluşu alt eder.

Bununla "tabii" hukuktan müspet kanuna mecburi gidiş inkâr edilmiş olamaz. Yüksek kültür, iş bölümü, münasebetlerin giriftliği, bellilik ve

değişmezliğe olan ihtiyaç bütün milletleri müspet kanunlara sevk etmiştir; ancak her tabii ve mecburi olarak ortaya çıkan şey de iyi bir şey değildir. İnsanlık, araştırmaları sırasında, yanlış yollara sapabilir, bu yollardan dönmek ise tavsiye edilebildiği gibi mümkün de olabilir.

Müspet kanunun "tabii" hukuk bakımından doğurduğu kötü neticeler herkes tarafından bilinir.

Her müspet kanun, "tabii" hukukun bilinme derecesine bağlıdır; müspet kanunların büyük bir kısmı ilmi çalışmaların henüz başlamadığı veya yeni başladığı bir devirde meydana gelmişlerdir; diğer büyük bir kısmı da ilmin yardımını hor görmüştür. Bunun kaçınılmaz bir neticesi olarak müspet kanun hakikatle birlikte, hakikat olmayana da ihtiva etmektedir; bugün diğer bir neticesi de "tabii" hukukun müspet kanunla mücadelesidir.

Ancak muhtevası hakikat olduğu zaman bile müspet kanunun şekli, ifadesi çok kere kusurludur: boşluklar, tenakuzlar, muğlaklıklar, tereddütler bundan ötürüdür.

Müspet kanun sabittir, donup kalıcıdır; hukuk gelişicidir; bundan ötürü müspet kanun hakikatin aksi olur. Onun bir yenisi ile ortadan kaldırılması hiçbir zaman zor kullanılmadan mümkün değildir; onda "tabii" hukukun daimi ve bundan ötürü yumuşak olan değişimi yoktur.

Müspet kanun soyuttur; onun mecburi sadeliği, şahsî şekil vericiliğinin zenginliğini yok eder. Nasafet ve yargıcın takdir hakkı gibi melez buluşlar bunun neticesidir.

İşin en sonuna bakılırsa, müspet kanun apaçık bir keyfilikten başka bir şey

değildir. Ergenliğin 24 yaşında mı yoksa 25 yaşında mı başlaması, zamanasının otuz yıl mı yoksa otuzbir yıl altı hafta ve üç gün mü sürmesi, sözleşmelerin tam elli Taler'den itibaren mi yazılı olması gerektiği, cezaların miktarının tayini, bunların cevabını kim konunun mahiyetinden çıkararak verebilir?

Nihayet, müspet kanun, kanun koyucunun aklına olduğu kadar despotların ihtiraslarına da her zaman hizmete hazır iradesiz bir silâhtır.

Savigny'nin meşhur "Zamanımız kanun koymak için olgunlaşmamıştır" sözüne de buna benzer görüşler esas olmuştur. Savigny'nin bu sözünün çok ileri gittiği öne sürülmüştür. Bence bu sözdeki hata, çok ileri gitmekten değil, yeter derecede ileri gitmemekten gelmektedir. Yalnız içinde bulunduğumuz çağ değil bu anlamda kanun koyuculuk için hiçbir çağ olgun olmayacaktır. İlme zaman bırakılırsa, onun yaşanılan zamana yetişerek onu anlayacağını iddia etmek iyi niyetli bir aldanmaydı. Hukuk, ilimden ebediyen öndedir. Hiçbir müspet kanun, bunun için bin yılda çalışılsa, şimdi gösterilen kusurlardan âri olmayacaktır. Bundan ötürü bu büyük adam hakkında söylenecek en büyük medih, kanun koymak kudreti onun eline verildiği zaman bile kanun yapmamış olmasıdır.

Gösterildiği gibi "tabii" hukuk müspet kanundan her ne kadar çok çekmişse de ilmin bundan çektikleri daha çoktur. Bir hakikat rahibesi olması gereken hukuk ilmi, müspet kanun yüzünden tesadüfün, yanlışmanın, ihtirasın, belahetin hizmetkârı olur. İlimin konusu ise ebedî ve mutlak olacağı yerde tesadüfî ve kusurlu olmakta, gö-

ğün esir tabakasından dünyanın çamuru içine düşmektedir.

Müspet kanunun hakikat olmayan başka bir şeyi ihtiva etmediğini iddia edecek kadar ileri gitmek istemem; onun büyük bir kısmı hakikat değildir. Ancak müspet kanun muhteva ve şekil bakımından "tabii" hukukun ifadesi olduğu müddetçe ilmî çalışmaya uymuş ve ilmin gayesine erişmiştir; hukuk ilminin gayesi de yalnız açıklama ve yorumlama işi, mektep hocasının işi kalır; ilmin ise bununla yetinemeyeceği de şaşılacak birşey değildir. Etraflı kanun kitaplarının neden daima bir müddet için ilmi bastırıldığına çok kere şaşmış ve bunun sebepleri şurada burada aranmış ve bundan kanun kitabı suçlu tutulmuştur. Halbuki hakikat bunun aksidir. Kanun kitabı ne kadar muvafak olur, hakikate ne kadar yaklaşırsa, o kadar çok bizzat ilmin muhtevası, onun en veciz bir şekilde ifadesi yani ilmin verebileceği şeyin kendisi olur. Bundan ötürü, ancak zaman geçip hukuk gelişerek kanun kitabını geride bıraktıktan sonradır ki, kanun kitabının büyük bir kısmında ilmin gene yer bulabilmesi tabiidir.

Her müspet kanunun hakikat olan kısmında böylece ilim için yapacak hiçbir iş bulunmayınca ona yalnız hakikat olmayan kısım kalmış ve ilim de her zaman hırs ve istekle bunun üzerine çullanmıştır.

Bütün o şerhlerin, tefsirlerin, o monografyaların, suallerin, mütalâaların, o risalelerin ve hukuk meselelerinin muhtevası nedir? Bunlardan yalnız bir kısmının konusu "tabii" hukuktur; onda dokuzunun hattâ daha çoğunun uğraştığı şey müspet kanunun boşlukları, iki mânâya gelen hükümleri, tenakuz-

ları, hakikat uygunsuzlukları, eskimiş ve keyfî hükümleridir. Kanun koyucunun bilgisizliği, ihmali, ihtirası bunların konusudur. Dehalar bile belahete hizmetten, onu haklı çıkarmak için bütün akıllarını ve ilimlerini kullanmaktan çekinmezler. Müspet kanun yüzünden hukukçular, yalnız çürümüş tahta yiyen, sağlam ve metinden kaçarak yalnız hastalıklarda yaşayan ve uğraşan kurtlar haline gelmişlerdir. İlim, tesadüfî olanı kendisine konu yaptığı için kendisi de tesadüfî olmaktadır; kanun koyucunun üç yeni düzeltici kelimesi koca kütüphanelerin okkahlık kâğıt haline gelmesine yeter.

Bu kadar ağır bir hüküm etraflıca ispat edilmek ister, bunun için bir iki örnek vermek belki de en iyi yoldur.

Lehliler dâvasında hukukî alâkayı çeken nedir? Landrecht'in vatana hiyaneti eksik olarak tarif edilmiş olmasından başka hiçbir şey değil. Devletten bütün illerin ayrılması ile anayasanın ortadan kaldırılması "tabii" hukukta hiç şüphe yok ki birbirine eşit sayılırlar; fakat müspet kanun bu durumu gözönünde tutmadığı için savcı, lûgatlerin, yabancı memleketlerin tarih ve anayasalarının yardımıyla sanatkârane bir bina meydana getirmek mecburiyetinde kalmıştır; halbuki müdafaa da bu binayı aynı silahlarla hergün yıkabilecek durumdaydı. Kanun koyucu yeni tasarıya konulduğu gibi, tamamlayıcı üç ibare ilâve edince yüksek ilmî değerlerine rağmen bütün o çalışmaları artık kimse eline bile alıp bakmaz.

Son yılların basın dâvalarındaki, Alman Konfederasyonu devletlerinden her hangi birisinin sansürü tarafından verilmiş olan baskı müsaadesi ile yazı-

cının kendi devleti içinde de müsaade-i sayılıp sayılamayacağı hakkında o esaslı ilgilendirici mütalâalar neye dayanmaktadır? 20 Eylül 1818 tarihli Bundestag Kanunu'nun 7. paragrafının iki mânâya gelir şekilde tertip edilmiş olmasına. Bu mütalâalar içinde yalnız meselenin mahiyeti ve "tabii" hukuk hakkında olanlarının süreli bir değeri vardır; diğerleri de daha az ilmî değildirler fakat bu yılki beyanname neşredildikten sonra onları artık kimse okumuyor.

Kusurun iki dereceli mi üç dereceli mi olduğu meselesi yüzyıllarca hukukçuların tartışma konusu olmuştur. "Tabii" hukuk bakımından bu hususta herkes eskiden beri aynı fikirdeydi; "Tabii" hukuk, bünyesi bakımından devamlı olan bir konuda böyle sayılar ve ayrımlar tanımaz; Höpfner bile tatbikatta derecenin değil kusurun mevcut olup olmadığının arandığını söylemiştir. Fakat Roma hukukunda, kâfi derecede vazih tertip edilmemiş ve bazı kaldırınmlarla iki manalı olmuş olan bazı noktalar alimleri tamamiyle meşgul etmeye yetmişti.

Erkek varisi olmayan dirlik sahiplerine en yakın kadın akrabalarının varis olmalarının iyilikleri hakkında yazılan kitaplarla birçok kitaplıklar doldurulabilir. "Liber feudorum" da bu hususta küçük bir madde olsaydı bütün bilgiçlik eserleri dünyaya gelmezlerdi.

Verdiğim örneklerin bilhassa verilmiş oldukları sanısını uyandırmamak için "Geheimer Ober - Tribunal"⁽¹⁾ in kararlarının en son cildini beraberimde getirdim. Şimdi hiçbir seçim yapmadan, baştan başlayıp tevhidî içtihat kararlarını sırayla gözden geçireceğim.

(1) Prusya'nın o zamanki Yargıtayı durumunda olan mahkeme.

Gerekçelerin hepsi de hiç olmazsa da önceki ciltlerde olduğu kadar bilgi ve zekâ ile doludurlar. Peki şimdi bu mükemmel ve ilmi gerekçelerin konusu nedir? Mutlak, hakikî ve zarurî olan mıdır? Bu ilmi çalışmalar ilmin istediği gibi ebedî midir, bunların faydaları sınırsız mıdır?

İlk tevhide içtihat kararı, yazma bil-meyen tarafların mukavelelerindeki el işaretlerinin yargıç tarafından tasdik şeklinin duruşmadakinin aynı olup olmayacağı meselesine aittir. Bu mesele kendisiyle ilgili kanunların dokuz say-falık bir şerhine sebep olmuştur; halbu-ki bütün bu mesele yalnızca Genel Usul Kanunu'nun ekinin kusurlu bir şekilde kaleme alınmış olmasından doğmakta-dır. 30 Aralık 1798 tarihli genelgenin hükümleri daha iyi bir yere konulmuş ve bu suretle onun her iki durumda da uygulanacağını kendiliğinden anlaşılabilmesi temin edilmiş olsaydı bu tev-hidi içtihat kararına ve onun gerekçesi-ne hiçbir zaman lüzum kalmazdı. Kara-rın konusu bir yanlışlıktır, kanun ekinin bir yerinde ufakık bir düzeltme bu kara-rın ilmi değerini yok eder.

Bundan sonraki tevhide içtihat kara-rı ise, intifa hakkı sahibinin gayrimen-kulûn yüklü olduğu borçların faizlerini yalnız gayrimenkulûn sahibine mi yok-sa ipotekli alacaklıya da mı ödemek mecburiyetinde olduğu meselesini ele almaktadır. Bu mesele de yirmidört sahife uzunluğunda çok esaslı ve zekâ ile dolu bir incelemeye konu olmuştur.

Daha önceleri de, aralarında Borne-mann ve Koch da bulunan, altı bilgin bu meseleyi inceleme konusu olarak ele almışlardı. "Tabii" hukuk bakımın-dan mesele açıktır; mahiyeti icabı aynı haklarda hiçbir şahsen borçlu buluna-

maz, bunu Bornemann da açıkça kabul etmektedir, bütün şüpheler "Allgemei-nes Landrecht" in I. Babının 21. faslı-nın 70. paragrafındaki ifade tarzından doğmaktadır. Bu paragrafta:

"Aynın yüklü olduğu borçları intifa hakkı sahibi ifa ile mükelleftir" denil-mektedir.

Bu paragraf Köngl. Geheimes Obertribunal tarafından ifade edilen şe-kilde yazılmış olsaydı bütün o ferasetli incelemelere lüzum kalmazdı ve yine, kanun koyucunun yanlışlarını düzelt-meğe karar verdiği anda da onlar bütün değerini kaybederler.

Bundan sonraki tevhide içtihat kara-rı, karının 50 Talerden fazla borç altına girmesi hallerinde kocanın rızasının yazılı olmasının mecburî olmadığını tespit etmektedir. Kanunun aksi bir ka-rar verilmesini icabettirecek mahiyet-tedir; çünkü Allgemeines Landrecht'in I. babının 5. faslının 133. paragrafına göre konusu 50 Taler'i geçen ve huku-kî neticeleri istikbalde doğacak olan tek taraflı irade beyanları bile yazılı ol-mak gerekmektedir; karı kocanın mal-ları bahsinde ise bunun bir istisnası mevcut değildir. Ancak nasafet, "tabii" hukuk, kararın esasında nihayet ima edildiği gibi, bunun aksi bir hüküm icabettirmektedir. Bundan ötürü kanu-nun buradaki şekli değil de maddî hata-sını ortadan kaldırabilmek ve kanunun bir rahnesini bulup oradan "tabii" hu-kuku geçirip yürütmek için bütün feraset kullanılmaktadır. Bu rahne de, biraz da cesurane olmakla beraber rıza-nın irade beyanlarından olmadığını ka-bul etmekle bulunmuştur.

Bunu kovuşturan tevhide içtihat ka-rarı ise bu karara dikkate çarpan bir te-zat teşkil etmektedir; insanın burada

nerdeyse tesadüfün bir muzipliğine inanacağı geliyor. Bu kararda mal or-taklığına dahil gayrimenkullerin koca tarafından satışında kadının rızasının yazılı olarak beyan edilmesi gerektiği kabul edilmektedir. İnsanın, burada müspet yukarda da menfi bir şekilde halledilen meselenin tamamıyla aynı olduğunu düşünmemek elinden gelmi-yor. Gerçekten de aradaki farkı göster-mek için kanunun tarihçesine, müşte-rek hukuk¹² a dayanan tam onaltı sayfa-lık bir mucip sebebe ihtiyaç duyulmuş-tur. Burada kararın doğrudan doğruya Allgem. Landrecht'in I. Babının 5. fas-lının 133. paragrafına dayanmamasının asıl sebebi yukardaki durumda parag-rafin başka türlü yorumlanmış olmasın-ın neticelerini kurtarmaktan başka bir şey değildir.

Her iki durumda da meselenin ma-hiyetine uyularak karar vermenin çok basit olduğu görülmektedir; bütün bu bilginlik ve yorum sanatı "tabii" hukuk ve onun hükümleri yolunda değil, bila-kis müspet kanunun, soyut kaideleri ile "tabii" hukuka uyguladığı istibdadın yok edilmesi için kullanılmıştır.

Bundan sonraki tevhide içtihat ka-rarının konusu da yine sırf kanunun fe-na şekilde ifade edilmiş olmasından ibarettir. Bunda, birçok kereler mahke-melerin, bakanlığın ve yorumcuların uğraştıkları mesele, çocuklara hususî teminat olarak ayrılmış olan ve Allge-meines Landrecht'in II. Babının 2. fas-lının 169. paragrafına göre babaların üzerlerinde tam tasarruf hakları bulun-mayan sermayelerden ne anlamak ge-rektiği meselesi açıklanmıştır. Bütün bu mükerrer açıklamaların sebebi ise yalnızca kanunun; "teminat olarak ay-

rılmış sermayeler" tabiri ile kanun ki-tabının başka hiçbir yerinde bulunma-yan, burada da iyice geliştirilmemiş olan ve Prusya ipotek kanunu ile de te-lif kabul etmeyen bir kategori ortaya koymuş olmasındadır. Bütün bu şüp-heler ve onların bertaraf edilmesi yo-lundaki bu ilmi açıklamalar bundan doğmaktadır.

Bundan sonraki tevhide içtihat ka-rarı da gene müspet kanunu "tabii" hu-kukla barıştırmak ve uzlaştırmak yo-lunda bir çabalamadan ibarettir. Dev-letin birçok illerinin köylerinde çiftlik sahibi çok ihtiyarlamaya başlayınca çiftliği çocuklarından birine satıyor-muş gibi bırakır, bu da alış bedelinin belli kısımlarını evlenen veya ayrı bir ev açan kardeşlerine ödemekle ödevli tutulur. Bu âdet herkesçe bilinmekte-dir. Halkın bu kurumu anlayışına göre, kardeşlerin bu kendilerine verilmesi icabeden meblağları, mukavele yapıldığı zaman kendileri hazır bulunmamış olsalar bile, babaları itiraz etmedikçe, mahkemede talep edebilecekleri husu-sunda hiçbir şüphe yoktur. Ancak Lan-drecht'de kötü bir tesadüf neticesi ola-rak bu kurum unutulmuş ve böylece bu yolda yalnız Allgemeines Landrecht'in I. Babının 5. faslının 75. paragrafında-ki genel hükümlerden başka hüküm konmamıştır. Bu paragrafta göre başka kimselerin yapmış oldukları mukave-leler ile kendisine temin edilmiş olan istifadeleri, üçüncü kişiler, ancak bunu tarafların rızası ile kabul etmiş olduk-ları veya mukaveleye bizzat katıldıkları takdirde hukuken talep edebilirler. Bu hükmün uygulanması ise yukarda anlatılan kurum için tahammül edil-mez derecede sert neticeler doğurmak-tadır. Bundan ötürü çoktandır 75. pa-

(12) "Gemeines Recht"

ragrafin mahvedici tesirinden bu kurumu kurtarmak için bir çıkar yol aranmıştır. Müspet kanunu biraz kıvrak hale sokabilmek için faraziyeler, konversiyonlar¹³, ölümden önce vukubulan miras yoluyla intikaller ve bunun gibi daha birçok ilmi hokkabazlıklar denenmiştir. Geheimes Obertribunal çok esaslı bir şekilde bu çarelerin Landrecht için kullanılamayacağını ispat etmiş, ancak artık tarih olan bu durumu kurtarmak için de yeni bir çıkar yolu denemiştir. Bu denemeye mesut denilebilip denilemeyeceğini ben de henüz bilmiyorum. Obertribunal'ce baba, çocukları için kabulde bulunmuş olan bir mümessil sayılmaktadır. Bu yoldaki mukavelelerin bu hususta hiçbir şey ihtiva etmediği bir yana bırakılsa bile, meselenin mahiyetine aykırı olarak aynı kişinin hem icapta hem de kabulde bulunması ve böylece kardeşlerin haklarının "tabii" hukuk dışı yükseltilmesi bu çıkar yol önüne dikilen en büyük engeldir. Çünkü bu anlayışa göre baba çocuklara bağışlanan semen alacakları üzerindeki bütün haklarını da kaybeder, halbuki bu, kurumun mahiyetine uygun değildir. İşte burada da ilmin bütün bu çabalamalarına sebep, kanunun bir eksikliğinden başka birşey değildir ve bu eksikliği tamamlamak için kullanılan zekâ ve bilgiye acımaktan başka birşey elden gelmez.

Misalleri burada kesmeme müsaade ediniz; hukuk ilminin kendisini hemen tamamiyle hasrettiği ve maalesef hasretmek mecburiyetinde olduğu kanunun yalnız yanlışlıklar ve her türlü noksanlardan ibaret olduğu kaidelerini ispata yeter deliller verdiğimi sanıyorum. Buna rağmen hâlâ böyle aşağılık

bir işle uğraşmaya istekli çok kimsele-
rin bulunması da ayrıca şaşılacak bir
şeydir. Bu iş de belki lüzumludur, an-
cak bundan ötürü ilme konu olmaya da
lâayık değildir.

Buna karşılık tabiat ilimleri ne ka-
dar yüksektedirler. Yalnız, tabii, ebedî
ve mecburî olan şeyler onların konusunu
teşkil eder; en küçük ot bile bu
damgayı taşır; her yaratık gerçektir,
kendi kendisine uygundur ve herkes istediği
gibi bunu ilim hesabına tarif edemez.

Bu ilimlerde de yanlışlıklar ve yanlış
kanunlar vardır, fakat dehanın aydınlatıcı
bir tek bakışı onları düzeltir ve bu yanlışlıklar
güneşin önünde gece gibi kayboluverirler. Yalnız hukuk ilmi
daha iyi görüşlere rağmen yüzyıllarca yanlışlığa
hizmet, anlayışsızlığa hürmet etmek hacaletinde
bulunmaktadır.

İlmin istirapları bununla da bitmemektedir;
şematizm, müspet kanunun camit şekli, hukuk ilminin içine işle-
miştir; münferit hâdiselerdeki zenginliği kabul
etse bile ilim onu hakir görmeye mecburdur. Müspet
kanun, bütün müşterileri için yalnız üç ölçüsü
olan inatçı bir terziye benzer; ilim ise iyi niyetli bir
kalfadır, o, elbisenin nerede dar nerede biçimsiz
olduğunu görür, ancak ustasına karşı duyduğu
hürmetten ötürü yalnız arada sırada, o da gizlice
bir dikişi sökmek veya bir pens ilâve etmek cesaretini
gösterebilir.

Müspet kanunun en son kaidelerindeki
keyfilik, ilmin içine de girer. Bu, şekiller, süreler
ve tavsiyelerin sınırını tayin eden kaidelerdeki
keyfilik, en ince bir tedvine rağmen, mahiyeti icabı

kurumaz bir şüphe kaynağı olarak kalır; bu şüpheleri
yok etmek, keyfiligi bir sistem içine sokmak
nankör vazifesi ilme düşer. Şerhlerin en kalın
oldukları yerler bu gibi formalitelerin bahse konu
olduğu yerlerdir. Roma hukukunda vasiyetnamenin
tâbi olduğu merasimler, Landrecht'deki kefaletlerde
kadınlara yapılan ihtar, bunlar bilgiçlik için ne büyük
hazineler olmuşlardır! Noter muameleleri hakkında
çıkışmış olan 1845 tarihli, yani henüz daha çok yeni
bir kanun bunun parlak bir delilini teşkil etmektedir.
Bu kanunun tertibi sırasında en ince bir dikkatin sarfedildiği
muhakkaktır, buna rağmen iki yıl içinde, onun uygulanmasından
ne büyük bir şüpheler kütlesi meydana çıkmıştır! Bu şüphelerin
cinslerini anlamak için yakından bakıldığı zaman ilmin
utanarak gözlerini başka tarafa çevirmesi gerektir.

Msl. Noter muamelesi baştan başa yazılmalı mıdır, yoksa
litografyada basılmış formüller kullanılarak yalnız boş
yerlerini doldurmakla yetinilebilir mi?

Yalnız muameleyi yapan noterin özel kâtabi mi yoksa bütün Monarşinin sınırları içindeki
her hangi bir noterin özel kâtabi de mi tanıklık yapamaz?

Yazma bilmeyen tarafın yapacağı işaretleri, muameleyi tanzim eden noter mi yoksa ikinci bir noter mi onayacaktır?

Noter yalnız özadını, soyadını ve ikametgâhını mı yoksa memuriyet unvanını da mı vesikanın altına yazacaktır? Ve buna benzer daha birçok sorular ve bunların hepsi de bütün muamelelerin hükümsüzlüğü tehlikesini içinde taşıyan sorulardır. Bu sözlerim bu yılki bakanlık dergisine dayanmaktadır.

Bunlar ilmin önemli vazifeleri olmuşlardır: Böyle şüpheleri ortadan kaldırmak işte şimdi ilmin görevidir. Bu bakımdan da diğer bütün ilimler ne kadar yüksek bir mevkiye bulunmaktadırlar. Konularının bütün kanuniliğine rağmen gene de ferdi oluşun en zengin gelişmesi ve tenevüü, hiçbir yerde keyfilikten bir iz yok, yalnız istisnasız mecburiyet.

Buraya kadarki araştırmamızda, hukuk ilminin konusunun diğer ilimlerin konusu ile karşılaştırılmasından hareket etmiştik. Bu teşebbüsümü devam ettirince başka bir kötü durum önümüze çıkmaktadır. Şimdiye kadar engel olucu kuvvet konudan, yani "tabii" hukuktan çıktığı halde şimdi de hukuk ilminin kendisi, konuyu kendi kalıbına dökmekle hukuk üzerine yıkıcı bir tesir yapmaktadır, sanki hukukun inatla karşı koyuşunu, hukukun mevcudiyetini tahriple cezalandırmak istiyormuş gibi.

Hukuk, bilme ve duyma unsurları olmadan, mevcut olamaz. Bir millet her durumda hukukun ne istediğini bilmeli ve hukukuna sevgi ile bağlanmalıdır. Bu unsurlar çıkarılınca, hukuk her ne kadar büyük bir sanat eseri olarak kalırsa da, bu artık ölü bir sanat eseridir, artık hukuk değildir! Ancak ilim, hukuku konu olarak ele alınca bu unsurların imhasının önüne geçmek de mümkün olamaz. Halk artık hukuk bilgisini ve ona bağlılığını kaybeder; hukuk ayrı bir sınıfın, münhasıran hukukçuların malı olur. Bu, meselenin mahiyeti icabıdır ve bunu bize tarih de öğretmektedir. Bu suretle ilim bizzat kendisi ile tenakuza düşmektedir; ilim konuyu yalnız kavramak istemekte ve onu mahvetmektedir. Bu tenakuzun sonuçları olağanüstü önemlidir.

(13) Bir hukuki muameleyi, başka bir hukuki muamele tipi gibi kabul etmek. Msl. yazılı olmadan aktedilmiş bir kefalet bağışını, borca iştirak sözleşmesi gibi kabul etmek.

Bu suretle tabii temelden mahrum olan ilim kolayca safsatıcılığın çıkmaz yollarına, pratik olmayan hül-yalara sapmakta, hukuk edebiyatının en zengin taraflarından birini teşkil eden bitmez tükenmez incelikler her cinsten yanılmalar ortaya çıkmaktadır.

Kanun koyuculuğun tereddüdü ise bunun başka bir sonucudur; kanun koyucu hâtta deneme yolunu tutabilecek kadar da alçaktır. 1833'den beri Prusya Usul hukuku bu yolda bir delildir, bil-hassa kanun yolları hakkındaki kanun-lar.

En büyük kötülük ise kendisini, münferid durumlar için hukukun uygulanmasında göstermektedir. Münaza-sız kaza muameleleri bile formüllerle ve çeşit çeşit inceliklerle bozulmakta-dır; ancak daha çok dâvalarda, bu yol-da bir değişme olduğu görülür. Tabii yalnız, suçlunun ihmalinin, kötü niye-tinin yenilmesi gereken dâvaları kas-tetmiyorum, bunlar hukukî münazaa değildirler ve bunlar için hukuka ve yargıca ihtiyaç yoktur. Ancak hakikî dâvalar, yani hakkın nizalı olduğu dâ-valar, ilmin bu yıkıcı tesirinden ötürü, millet için, diğer her hangi bir amelîyat veya spekülasyon derecesine inmekte-dir, burada tam anlamıyla hakkın ger-çekleşmesinin bir izi bile ortada kal-mamaktadır.

Bu arada taraflardan hiçbiri kimin haklı olduğunu bilmez; içten gelen ses susar; avukatların fikri sorulur; yalnız dış mülâhazalar, zafer ihtimali, dene-menin pahalılığı, dâvanın uzun süresi kararı tayin ederler. Kazanırsa, mese-le yoktur, demek ki spekülasyonda muvaffak olunmuştur; kaybedilirse, o zaman da akıllı kimseler, değerli mal-larını fırtınada kaybeden tüccar, siyasi sebeplerle hesapları altüst olan bir bor-

sacı gibi kendilerini teselli ederler. Ne birinci, ne de ikinci durumda haktan ve hukuktan bir eser yoktur; ne maruz ka-lınan haksızlığa karşı isyan eden gönül ne de hak yerini buldu diye iftiharla kabaran bir göğüs.

Davanın dış cereyanı da sanki bu görüşü kuvvetlendirmek için tespit edilmiş gibidir. Yargıçlar ve bilginler bile önlerinde bulunan meselede kimin haklı olduğunu bilmezler. Herkesin göğsünde açıkça yazılı olması gereken şeyi bulmak için, önce kalın kanun ki-tapları, tozlu şerhler açılıp bakılır, son-ra da bir hesap yapılır. Bir mahkemede zekâ ve bilgi ile hakikat olarak ispat edilen şeyin daha üst bir mahkemede aynı derecede bir zekâ ve bilgi ile ha-kikat olmadığı ispat edilir, bundan da daha üst mahkemede de hakikat bir da-ha şekil değiştirmezse bu bir saadet sa-yılabilir.

Millet bu sun'î hesaplar, ilmî isti-daller, değişen kararlarda nasıl olur da hukukunu görebilir, o hukuk ki, kendi-siyle beraber doğmuş ve gelişmiştir, o hukuk ki, onun berrak kaideleri her gö-ğüsde mukaddes ve değiştirilemez bir şekilde yazılı olmalıdır. İmkânsız! Adalet, ilim yüzünden bir piyango ol-muştur; bu arada da aşağılık ihtiraslar onun vasıtasıyla küçük bir savaş yap-maktadırlar, çünkü barış daha büyük bir savaşı ona imkânsız kılmaktadır.

Alelâde insanların konuşma dili bu durum için çok uygun tâbirler ihtiva etmektedir. Bir köylüye "dâvan ne âlemde" diye sorulduğu zaman alınacak cevap şu: "daha sallantıda"; dâva-nın uzayıp gitmesini ve tarafların dâ-vadan hiçbir şey anlamadıklarını daha güzel ifade eden bir ibare herhalde yoktur. Köylü dâvayı kaybedince "haksızmışım" demez, kumar oynamış

gibi "kaybettim" der. Dâvanın kaybe-dilmesi ve dolu yüzünden ekinin mah-volması onun için aynı mahiyette olay-lardır; talihsizlik, fakat haksızlık değil.

Halkın anlamadığı, halkın içinden gelmeyen, halkın, tabiatın insafsız kuvvetleri ile bir tuttuğu bir hukuk, iş-te bu, hukuk ilminin zaferidir.

Bu kötülük o kadar büyüktür ki, halk olgunlaştıkça bunun aksülameller doğurmamasına imkân yoktur. Bunun izleri bütün tarihte takip edilebilir.

Corpus juris civilis tamamlandığı zaman Justinianus'un onun şerhedil-mesini menetmesi bile buna bir misal-dir. Her ne kadar bu yasak âlimlerin is-tihzasına sebeb olmuşsa da bu yasak, hukuku halk için muhafaza etmek ve onu ilmin parçalayıcı kudretinden ko-rumak yüksek arzusuna dayanmakta-dır. Aşağı yukarı 13 yüzyıl sonra aynı yasağı Prusya Allgemeines Lan-drecht'inin yayınlanması müsaadesin-de tekrar görmekteyiz. (§18. ve Girişde S. 47).

Büyük Friedrich'in Genel Muhake-me Usulü adlı eserinde de aynı, hukuk ilminden ayrılan düşünüş göze çarp-maktadır; bu kanunun esası nasafet sı-nırları içinde hareket eden şerefli bir yargıcın takdir hakkına dayanmakta-dır; yoksa en ince soyutlamalara ve he-saplara göre tertip edilmiş ilmî kaide-lere değil.

Hukuk ilminin gayesi ile neticesi arasındaki bu iç tenakuzdan bir de uz-laşma yapılması yolundaki acayip tav-siye ve teşvik doğmuştur. Halk ve hü-kümet bu hususta hemfikirdirler ve hu-kukçular da onlardan geri kalmazlar. Ancak ilim bakımından, uzlaşma ya-pılması yolundaki her tavsiye ilim için

bir ayıptır; en açık bir testimonium paupertatis¹⁴ dir. İki kişi karşılıklı he-saplarının halledilmesi için bir mate-matikçiye gitseler de, matematikçi on-lara, hesabın çok uzun süreceğini ve pek de emin olamayacağını söyleyerek uzlaşma tavsiye etse bu matematikçiye ne denir? Zengin bir adam bir arabacı tutuyor, ona para veriyor ve bununla rahat bir araba, sağlam koşum ve kuv-vetli atlar almasını emrediyor. Arabacı emri yerine getiriyor; zengin adam ara-bacıya, atları koşmasını ve yolculuğa hazırlamasını söylüyor. Bu işleri gö-receğine arabacı geliyor ve efendisine, arabayla gitmenin zor olduğunu ve pek de emin olmadığını, yaya giderse daha iyi edeceğini söylüyor. Böyle bir ara-bacıyı, Efendi derhal kapı dışarı etmez mi? Millet de kendisine uzlaşmalar teklif eden hukukçuları ne yapsın?

Aracıların her yerde tercih edilmesi bütün eyaletlerde onların icraat sınırla-rının genişletilmesi ve kuvvetlendiril-mesi yolundaki o çabalama bu kötülü-ğün karanlık bir şekilde hissedilmesin-den ve adalet dağıtmayı âlim yargıçla-rın elinden alıp millete iade etmek yo-lundaki bir gayretten, bir kelime ile, hukuka hakkını vermekten başka ne-dir? Yalnız bu şekilde tabib geçinenle-rin, tebabette cezalandırılmaları ve hu-kukta ise imtiyazlandırılmalarındaki tenakuz anlaşılabilir.

Ticaret, fabrika ve köy mahkemele-rinde hukukçu üye bulunmaması yo-lunda yeni uyanan arzu da aynı gayre-tin bir neticesidir. Hattâ dirlik mahke-meleri bile ilmin haklı diğer itirazları-na karşı ancak bununla tutunmaktadır. Bir müddet yargıçlık yapan ve bu arada bir köyde veya bir kasabada otu-ran bir dirlik yargıcı çok geçmeden et-

(14) Fakirlik belgesi. (çeviren)

rafındakilerin pek arzu ettikleri mesut bir duruma düşer, yani bütün öğrendiği lüzumsuz alimlikleri unuttur ve kararlarının kaynağını bundan böyle yalnız göğsünde, etrafındakilerle aynı basamakta olan hukuk duygusunda bulur. Köylü ve şehirli her şeyden, kafasının içini hukuk ilmi ve kanun bilgisi ile süslemiş olan ve hukukî durumları ince ince ayıran bir yargıç yardımcısının kendilerine yargıç olmasından korktukları kadar korkmazlar. Jüri mahkemelerinin istenmesi de aynı sebebe dayanmaktadır. İlim her ne pahasına olursa olsun bunu istemekte ve Jüri mahkemelerinin faydalarını yok etmek için mümkün olan bütün zekâ kullanılmakta, fakat bu isteğin çıktığı halkın aklı bu gibi incelikleri bilmemektedir; Jüri mahkemelerinden kurtulmak isteyen, kendi kendisini de tanımayan ilimdir.

Bütün bu tezahürler aynı temele dayanmaktadır. Millet ilimci hukukçulardan bıkmıştır. Hukukla ilim arasındaki o tenakuz duyuluyor, karanlık bir şekilde hissediliyor, eksik olan yalnız, açık olarak meselenin görülmesidir. Bu fikirleri açıkça düşünmeğe henüz cesaret edilemiyor, bunu için de bu belirtiler haricî ve yanlış sebeplerle izah edilmek isteniyor. Mesele açıkça anlaşıncı bu münferid ve kifayetsiz vasıtalarla yetinilmeyecek ve aynı şekilde, hukukçulardan bıkmış olan hükümet de seve seve yardım edecektir. Hak dağıtma işi yalnız fiili meselelerde değil hukukî meselelerde de, yalnız ceza hukuku alanında değil özel hukuk alanında da halka geri verilecektir. Müspet kanunların azalması da bunun diğer bir sonucu olacaktır; esaslı kaidelerin tespiti ile yetinilecek ve bunların en ince

durumlara uygulanması düşünülmeden halkın sağ duyusuna bırakılacaktır.

Gerçekten de bununla büyük bir feccat işlenmiş olacağını sanmıyorum. Dâvalar şimdi sürdükleri ay veya yıl adedince gün bile sürmeyecekler, masraflar kimseyi artık hakkını aramaktan vazgeçirtecek kadar korkutmayacaklardır; kararlar belki de şimdi olduğu gibi, sun'î bir şekilde kurulmuş olan müspet kanunun kaidelerine ve ilmin verdiği akılâne sonuçlara uygun olmayacaktır, fakat buna karşılık onlar, halkın benliğinde yaşayan hukuka uygun olacaklardır. Halk bu yolda sesini yükselttikçe hak da katıksız ve tam olarak gerçekleştirilebilecektir; halkın sustuğu, yani durumun çok karışık olduğu zamanlarda da verilecek her hangi çabuk ve nasafete uygun bir karar meseleyi halledecektir. Münasebetlerin böyle karışık olduğu zamanlarda hakikaten, "tabii" hukuktan bahsetmeğe imkân yoktur; bu durumlardan hiçbirinde hukuk ilmi, uzun beklemelemler sonra, 100 kitaptan aranıp bulunan, sun'î bir şekilde kurulan ve buna rağmen aynı meseleyi inceleyen ikinci dereceden bir mahkemeden bile geçmeyen kendi hakikati istenmiyor diye şikâyet edemez.

Burada ima ettiğimiz şekilde bir hak dağıtımı, bir fantazi oyunu da sayılamaz. Birçok milletler bilhassa özel hukuk alanında şu müspet kanunların sun'î binası olmadan yaşamış ve büyümüşlerdir. Yunanlıların en parlak çağlarında bile böyle kanunlar yoktu; halk yargıçları örf ve âdetin mukaddes kıldığı ve göğüslerinde sesini duydukları hukuka göre karar verirdi. Onların büyük düşünürleri, Eflatun ve Aristoteles, müspet kanunun yorumlanması, şüpheli noktaları ve karanlık yer-

leri üzerine kopan incir çekirdeğini dolduramaz tartışmaların ilimler arasında bir yer iddia edebileceğini hatırlarına bile getiremezler; bunlar onlar için o kadar değersiz şeylerdir ki, onların, o çok pratik yazılmış olan eserlerinin hiçbir yerinde bunlara temas bile etmedikleri görülür. Romalıların'da da, ta imparatorlar zamanının ortalarına kadar, yani ticaretin büyük olduğu, münasebetlerin giriftliğinin inkâr kabul edemeyeceği zamanlarda, hak dağıtımı yalnız meslekten yetişmemiş yargıçların elindeydi; Praetor kaideten hukuk tahsili görmemiş bir memurdu; onun eseri, hükümleri, yalnız tabii hukuktan alınan Edictum bunu ispat eder; Judices ise tamamiyle halk arasından çıkan kimselerdi, bunlar sırf kendi sade düşüncülerine göre karar verirler ve hukukî meselelerde bile herhalde bizim kitaplarda yazılı olduğu gibi, Formula praescripta'ya sıkı sıkıya bağlı kalmazlardı.

Bundan önceki resmî vazifelerimde aşağı yukarı ikiyüzden fazla mahkemeyi teftiş ettim ve gözden geçirdim; bu arada birçok kereler tek yargıcın tembelliği ve havailiği yüzünden hak dağıtımının tamamiyle durmuş olduğunu gördüm. Hiçbir dâva neticelendirilmemiş, kontratlar tanzim edilmemiş, ipotek defteri hazırlanmamıştı; dosyaların yerinde her tarafa saçılmış yaprak yaprak vesikalar doluydu. Bu durum yıllarca devam ettiği halde bu bölgelerdeki insanlar başka bölgedekilerden daha fakir, toprak daha bakımsız değildi. Halk uzlaşma yolunu tutmuş, yargıç yerine köy öğretmenine, köy muhtarına başvurmuştu.

İngiltere'de bunun gibi bir durum, parlamento aktarı yüzünden, yalnız bir istisna değil kaidedir. Hak aramak

orada yalnız zenginlere mahsus bir lükstür; önemi büyük olan sulh yargıcı meslekten yetişmiş bir hukukçu değildir; buna rağmen bu durum, bu memleketin dünyanın en büyük ve kudretli devleti olmasına engel olmamıştır.

Hukuk ilminin konusunun içinde bulunan engel olucu kuvvetler gösterilmiş, hukuk ilminin başlangıcı ile neticesi arasındaki tenakuz ortaya konmuştur. Şimdi şu soru kalıyor: Hukuk ilmi, konusu olan hukuku, insanların daha iyi anlayabilecekleri bir hale koymak, gelişmenin onlara getirdiği yükü ve acıları azaltmak için ne gibi aletler bulmuş, hangi kurumları meydana getirmiştir?

Bütün diğer ilimler bu yolda insanlığa en parlak hizmetleri ifa etmişlerdir; onların yarattıkları, mucizelere yaklaşmıştır. Tabiat ilimleri ve matematik en başta geliyorlar; onlar insanları dünya denizlerinin dalgalarının ötelere götürmüşler, toprağın derinliklerine sokmuşlardır; kanallar, demiryolları, telgraflar, mesafeleri aşağı yukarı ortadan kaldırmışlardır; mikroskoplar tabiatın en küçük varlıklarının mucizeli dünyasına yol bulmuş, teleskoplar gök kubbeyi gözönüne sermiş, ışık, sevilen çehrelerin sadık ressamı olmuştur. Diğer ilimler de geri kalmamışlardır. Psikoloji terbiye sanatını esasından kuvvetlendirmiş, öğretim metodunu düzeltmiştir; Mnemonik ve Frenoloji hizmet için hazır olduklarını bildiriyorlar.

Buna karşı Hukuk ilminin başarıları nelerdir? Gayretle her yönden araştırmalar yapıyorum, bulduklarım hukukî muameleler ve dâva duruşmaları için hazırlanmış formüller, sözde havailiğin önüne geçmek ve nizalardan korunmak için bir yığın ihtar, tavsiye,

şekil ve şartlardan ve nihayet müsterek hukuka dayanan dâvanın incelikler ve bilgiçlikle dolu binasından ibarettir, yani herşey, fakat hayatta hakka kavuşmanın yolu değil. Bu yolda âlimlere borçlu olduğumuz aşağı yukarı bunlardan ibaret olsa gerekir. Buna karşılık gerçekten ihtiyaç duyulduğu yerlerde ilmin yardımını, ilmin yol göstericiliğini aramak boşunadır, hele hukuk ilminin gelişmesinde bütünüdür.

Her çağın, milleti derinden ilgilen-diren hukukî meseleleri vardır; bunlar bazan aile durumlarına, bazan kilise ile devlet arasındaki münasebete, bazan anayasaya, bazan şu veya bu sınıfın imtiyazlarına, bazan da milletlerin, milletlerarası münasebetlerine aittir. Bu meseleler için mücadeleler olur, bu meseleler etrafında partiler toplanır; bunlar eski kurumların işe yaramaz yerlerini, hukukun nerde yeni oluşlar istediğini bize gösterir. Milletın büyük kütlesi gelişmenin başında daima düşüncelidir; meseleyi açıkça göstermediği için ilme baş vurarak ondan şüphelerin kaldırılmasını, bu gelişmenin karanlık gidişinde kendisine önder olmasını ister. Fakat ilim eskiden beri bu yolda hiçbir işe yaramadığını göstermiştir; ilim, hali hiçbir zaman anlayamamıştır. Böylece milletler kendi başlarına kalmamışlardır; bundan ötürü milletlerin, partilerin eline düşmesi ve hedefe varmadan önce, süreli bir gelişme yolundan geçecekleri yerde ihtirasın sapık yollarından ve yanlışlıkların uzun yollarından gitmeleri şaşılacak bir şey değildir.

Bütün milletlerde durumun böyle olduğunu tarih bize öğretmektedir. Özel hukuk kültürünün derinliklerine dalmış olan Romalı hukukçular, gad-darane bir idarenin en sadık hâdimleri

olmuşlardır. İmparatorluk devrinin müstebid yasalarını da tıpkı cumhuriyetin hürriyet teneffüs eden kanunları gibi aynı sükûnet ve incelikle yorumlamışlardır. Bu büyük devletteki münasebetlerin emniyeti bakımından sübjektif hüsnüniyetin korunmasına ve kolay anlaşılabilen ve buna rağmen elâstik olan bir rehin hukukuna çabucak ihtiyaç hissediliyordu. Buna rağmen Romalı hukukçular "rei vindicatio"nın sıkı kaidelerine dört elle sarılmışlar ve bunları muhafaza etmişler ve öyle rüçhanlı bir rehin hukuku kurmuşlardır ki, gene kendileri, vasilere, vesayetleri altındaki kimselerin paralarını ipotekle borç vereceklerine, gömmelerini tavsiye etmişlerdir. Hıristiyanlık yüzünden özel hukukta da meydana gelen büyük değişikliği Romalı hukukçular hesaba katmamışlardır. Justinianus, ilimle ilgisi olmayan bu kanun koyucu, bu bakımdan onlardan çok daha yüksektir. İlkönce o, sonra da Papalar özel hukukta yeni ruha yer vermişlerdir. Zamanaşımında "bona fides" in değerini ve "possessorium summariissimum"u hatırlatırım.

Alman tarihinin kendi hukukçuları hakkında bildiği bundan daha iyi değildir. Hükümdarlar ve milletler bütün krizlerde ve bütün yeni kuruluşlarda kendi tabîî anlayışlarıyla başbaşa kalmışlardır. Frank imparatorlarının, imparatorluk kudretini çoğaltmak için büyük Dukalara karşı başladıkları mücadele hukukçular tarafından tavsiye edilmiş değildir; Reform eski kilise teşkilâtını mahvettiği ve hükümdar ile Protestan kilise arasındaki ve kilise ile halk arasındaki yeni ve gerçek hukukî durumu bulmak ve şekillendirmek bahse konu olduğu zaman hakikî durumu, en uygun kuruluşu göstermiş olan

bir hukuk ilmine hiçbir yerde rastlayamadım. İlim, hükümdarları ve Reformcuları bırakmıştır, el yordamıyla yürüyüp arasınlar; bugün bile hâlâ ilmin o zamanki bu ihmalinin cezasını çekmekteyiz.

Yüzyılımızın daha canlı olan münasebetleri, toprağın durmadan daha ufak parçalara bölünmesi daha basit bir ipotek defteri usulünün çabucak kabul edilmesini gerektirmektedir. Yeni Prusya kanun koyuculuğunun burada bize verdiği, miras dağıtımında parçalan topraklar hakkındaki malûm formüller bu hususta hissedilen ihtiyacı giderecek mahiyette değildir. Bu ancak eski vilâyetlerde mevcut olan miktarda büyük bir memur kütlesiyle uygulanabilir. Bu, yargıca sayfalar dolusu mekanik kopyalar yüklemektedir ve en küçük bir yanlışlık takdirinde hem halk hem de yargıç için tehlikelerle doludur. Gerçekten bugüne kadar, bu yolda ilim tarafından, halk mahkemelerinin kaldırılmasından sonra, meslekten yetişmemiş memurların basit anlayışlarıyla buldukları ticaret ve kontrat defterlerinden daha iyi bir şey ortaya konamamıştır. Fransızların ipotek defteri şekli de başka birşey değildir, bu da, Fransız ipotek hukukunun maddi eksiklikleri bir tarafa bırakılırsa, zamanımıza kadar az memurla uygulanması mümkün bir usul olduğunu ispat etmiş ve böylece muhafaza edilmiştir, halbuki Fransa'da toprağın parçalara ayrılması 125 milyon gibi bir rakama varmıştır.

Bu hücumlara karşı, bu gibi şeylerin hukuk ilmini değil kanun koyma politika ve sanatını ilgilendirdiği iddiasında bulunulmasın. Hukuk ilminin en acınacak tarafı işte budur; hukuk ilmi böylece politikayı kendisinden

ayırmakta ve bununla da yeni teşekküllerin maddesine, oluşuna hâkim olmak veya ona yol göstermek kudretinde olmadığını bildirmektedir; buna karşı, diğer bütün ilimler bunu kendilerinin en önemli parçası, en yüksek vazifesi olarak görmektedirler.

Şimdi hemen bütün el kitaplarında okuyabileceğimiz, hukukun hukukçular tarafından geliştirildiği yolundaki meşhur iddia ancak teferruat oyunlarında doğrudur. Temeli atmak, yeni binayı sağlam bir şekilde kurmak, bu hukukçuların elinden gelmez. Ancak bina bittikten, sütunlar binayı taşımaya başladıktan sonra hukukçular, kargalar gibi, binlerce gelirler, binanın her köşesine yuvalarını yaparlar ve taşların sınırlarını ve büyüklüklerini milimetresine kadar ölçerler, bu asil binayı resimler, kabartmalarla donatırlar, öyle ki hükümdar ve millet artık bu binanın kendilerinin yaptıkları bina olduğunu anlayamazlar bile.

Burada vazifemin sonuna gelmiş bulunuyorum. Önünüze koymuş olduğum netice insanı kırıcı ve müteessir edicidir. Onun için bir iki teselli sözüyle bitirmek fikri de tabiidir.

İncelemelerimin yalnız satı çizdiği, inamış ve peşin hükümler ağacını yalnızca sallayıp, sarsmadığı yerlerde teselliye de ihtiyaç yoktur. Böyle sübjektifliğin yok olmaz istihzası yalnız başına kişiyi meselenin ciddiyetinin üstüne çıkarmak kudretindedir.

Ancak şimdi veya ilerde yapacakları başka incelemelerden sonra benimle aynı fikirde olacak kimseler için teselli işe meselenin lüzumunun anlaşılması, esaslı olanın bir sırta değil milletin bütününde saklı olduğunun görülmüş olmasındadır.

Hukuk ve Sosyolojinin Münasebetleri*

Henri Levy BRUHL

Çeviren: Fikret Arık

Hukuk, içtimai hayatın ortasında yer alır. Tabirleri zorlamaksızın denilebilir ki, hukukun temas ettiği hadiselerin hepsi, içtimai vasfı haiz oldukları sosyologların incelemelerinde belki daha uzun zamandan beri kabul ve isbat edilen ilim ve amellerden daha bariz bir içtimai veche gösterir.

Vakıa dinin büyük ölçüde içtimai bir mahiyeti haiz olduğu şüphelidir. Lakin haiz olduğu hususi renk, hissi ve bedii eda, modern cemiyeti dini cemiyet için, oldukça Extrinsèque bir şey haline getirmektedir. O kadar ki dinin tamamen menedilmemekle beraber ferdlerin hissi hayatına bırakıldığı cemiyetler tasavvur edilebilir. İktisadi hadiselerin içtimai mahiyeti haiz oldukları şüphesizdir. Lakin bu hadiseler geniş mikyasta maddi vakıalara bağlıdır. Bir altın madeninin keşfi, bir berzahın açılması pek büyük içtimai değer ve ehemmiyeti haiz maddi vakıalardır. Fakat bu hadiseler her şeyden önce maddi vakıalardır. Ahlaka gelince, onun içtimai bir mahiyeti haiz olduğunda şüphe yoktur. O kadar ki birçok defa isbat edildiği gibi tamamilen ferdi mahiyeti haiz bir ahlak yoktur. Kelimenin hakiki manasıyla ahlakın sahası, cemiyet hayatında en mühim şeye temas etmez. Sadece gayri ahlaki olan

muamelelerin müeyyideleri onun için nisbeten zayıftır.

Hukuku ihlal eden fiiller, bilakis, açık ve şiddetli bir tecziyeye sebep olurlar. Durkheim'ın pek şayanı dikkat ifadesini tekrar edecek olursak diyebiliriz ki, hukukun müeyyidesi müteazzız (teşkilath), halbuki ahlak sahasından müeyyide dağınık ve müphemdir. Bunun manası şudur ki hukuk kaideleri cemiyet hayatında en mühim olan noktaları, maşeri şuurun en kuvvetli haletlerini ifade eder. Suçlar, aile teşkilatı, taahhütlerin değeri, cemiyet azasının devlet müvacehesindeki karşılıklı borçları ilh... gibi esaslı menfaatleri hukuk tanzim eder. Demek oluyor ki hukuk olmaksızın bir cemiyet tasavvur etmek kabil değildir (ubi societas ibi jus).

Lakin hukuk, mevzuu bakımından olduğu kadar cevheri bakımından da içtimai mahiyeti haizdir. Şu manada ki hukuk, kendisini tatmin eden topluluğun maşeri vicdanının bir tecellisidir.

Geçen asrın başında, Savigny'nin tarihi mektebinin farketmediği bu hakikat, romantik karakteri yüzünden oldukça itibarını kaybetmişti.

Lakin bahis unsurlarından ayıklanmış takdirde münakaşa götürmez bir gerçeklik arzeder.

Aşağıdaki sahifelerde sırasıyla 1) hukukun kaynaklarını; 2) prensip ve müesseselerini; 3) hukuk kaidelerinin tefsir ve tatbikini gözden geçirerek hukukun bu içtimai vasfını kısaca göstermek istiyoruz.

1) Hukukun Kaynakları

F. Geny, Müsbet Hukusi Hukukta Tefsir Usulü ve Kaynaklar (2. Cilt Paris 1900) adlı fevkalade mühim eserinde hukukun kaynakları meselesini büyük ölçüde yeniledi.

İçtimaiyatçı görüş, bu meseleyi halletmeyi asla iddia etmemekle beraber, bu mesele hakkındaki bir çok müphemiyet ve iltibasları aydınlatabilecek mahiyettedir, sanıyoruz. Bu görüşe nazaran, hukukun biricik hakiki kaynağı, topluluğun vicdanıdır. Bu bakımdan kanun ile adet arasında fark yoktur. Kanun ve adet arasında ancak bir derece farkı, daha doğrusu, bir teknik vasfı farkı vardır. Onları birbirinden ayırt eden şey, tekevvün vetireleridir. İster Roma ve İngiliz hukuklarında olduğu gibi yaratıcı, ister halen Fransa'da olduğu gibi tedvin hareketile gemlenmiş, boğulmuş bulunsun, mahkeme içtihatları da esasında farklı değildir.

Hukuk kaidesi daima ve ancak topluluğun tasavvur ettiği şekilde içtimai münasebetleri ifade etmekten başka bir şey yapmaz. O halde, bir hukuk kaidesinin kaynağı, bu hukuk kaidesinin vazının ferdi iradesinden olmaktan ziyade, tatminine tahsis edildiği ihtiyaçtır.

Nihayet biraz önce söylediğimiz gibi, her hukuk kaidesinin hakiki kaynağı içtimai heyetin, yeni, hukuki münasebetleri emri bir tarikle ifade etmek hususunda duyduğu ihtiyaçta mündemiç olduğundan, ameli sahada, vazife-

sini şuurlu bir surette ifa etmek isteyen kanun vazın, cemiyetin ihtiyaçlarını doğru olarak bilmek zorundadır. Bu gayeye varmak üzere istatistiğin verebileceği bilgileri – hiç olmazsa Fransa'da – şimdikinden daha çok kullanabilir ve kullanmalıdır. İyi tutulan ve iyi tefsir edilen bir istatistiğin ihdası, kaldırılması veya değiştirilmesi muvafık olan müesseseler hakkında devamlı surette bilgi verebilecek mahiyettedir.

2) Prensip ve Müesseseler

a) *Prensipler*: Ekseriya ata sözlü şeklinde ifade edilen hukukun umumi esaslarının çoğu, hukukun içtimai vasfını göze çarpar bir surette ortaya koyar. Bu esaslardan ancak bir kaçını zikredeceğiz.

«Kanunu bilmemek mazeret sayılmaz» esasını ele alalım. Bu prensip garip görünüyor ve hukuk kaidesinin, bir fert veya fertler grubundan sudur ettiği ve kanun vazılarının otorite ve nüfuzu neticesinde diğer fertlere tahmil edildiği kabul edilirse izah edilemez bir şey olur.

Fakat hukuk kaidesinin, herkesin iştirak ettiği ve bu suretle bilmemezlik edemeyeceği umumi vicdanın bir ifadesi olduğu kabul edilirse bu esas, bilakis, pek tabii bir şey olur.

Başka bir prensip «umumi (veya müşterek) hata hak yaratır» (Error communis facit jus). Bu esasla anlatılmak istenen şey şudur: Hatalı da olsa her maşeri inanış hukuk münasebetlerini tayin ve icap eder. Burada Emmanuel Levy tarafından «Hukuk itikatlara dayanır» tarzında ifade edilen formülle birleşiyoruz. Doğru olduğuna inanılan şeyde hakikat kadar ve hatta ondan çok içtimai realite vardır. Bu bakımdan ef-sane, tarihten daha hakikidir. Burada,

(*) 1937 Temmuz'da yapılan Uluslararası İçtimai İlimler Konferansına sunulan bildirinin (Communication) tercümesidir. Bu makale Siyasal İlimler Mecmuası S. 130, Yıl: 1942, s. 395-399'dan ayınen alınmıştır.

muasır sosyolojinin maşeri tasavvurlara müteallik esaslı varımlarından (donnees) birisini buluyoruz.

Şimdi seri bir bakışla gözden geçireceğimiz hukuki müesseselerin çoğu bu esasa dayanır.

b) Müesseseler: En karakteristik en göze çarpan örnek zilyedlik ve zilyedlikten doğan müesseselerdir.

Filhakika, haklı olsun veya olmasın, her zilyedlik bizatihi himaye edilir. Bu hususta zilyedin hüsnüniyetli olması bile aranmaz. Hırsızın zilyetliğine riayet olunur, çünkü dışarıdan bakılınca hırsız meşru bir malik gibi görünür.

Dahası var, bazı hallerde zilyedlik hakiki bir hak bahşetmek, suiniyetli zilyedi malik mevkiine koymak neticesini doğurabilir. Bu hususta, zilyedin muayyen şartlar altında, yetesiye bir müddet zarfında tasarrufta bulunması kafidir. Zilyedliğin haklı olduğuna dair zihinlerde tedricen bir inanç uyandıran sürekliliğin tesiri burada kendini gösterir. Fransız Medeni Kanununun 2262 inci maddesi suiniyetle de olsa 30 yıl bir şeyde tasarruf eden kimsenin o şeyin maliki olacağını kabul ediyor.

Niçin? Şüphesiz duruma istikrar vermek için; fakat, aynı zamanda, cemiyet bu hale alıştı, zahiri hal yavaş yavaş hakikatin yerine geçti de onun için.

Münhasıran zahiri halin hak haline inkılap eden bir inanma yarattığı bu çeşit vaziyetler çoktur. Mesela, mücerret mantık kaidelerine göre düşünüldüğü zaman hüküm ifade etmemesi gereken birçok batıl muameleler (evlenme, vasiyet gibi) buna rağmen hüküm tevhit ederler.

Şimdi büsbütün başka bir alana geyelim. «Topluluk, kendisini terkip eden unsurlardan ayrı bir realitedir» şeklinde ifade edilen ve muasır sosyoloji ilminin en esaslı prensiplerinden birisi olan esaslı hukukçular çoktan beri kabul ve tatbik ettiler. Ticaret şirketlerinden tutunuz da amme hukuku müesseselerine varıncaya kadar, toplulukların haiz olduğu, hükmi şahsiyet mefhumu, bu nazariyenin hukuk tabirleriyle ifadesinden başka bir şey değildir. Hiç şüphe yok ki hükmi şahsiyet mefhumuna itirazlar edildi, ve hala, bir çok hukukçular hükmi şahsiyet mefhumunu izah için, pek lüzumsuz olan bir fictiona müracaat ediyorlar. Lakin realite, bu müesseseyi ve neticelerini zorla kabul ettirdi, esasında, sosyolojiye mensup olan hükmi şahsiyet mefhumu, sosyolojiden en çok kaçınan hukukçular tarafından bile, çoktan beri, boşuna kullanılmaktadır.

3) Tefsir ve Tatbik:

Hukukun içtimai karakteri, kaidele-
rin tefsir ve tatbikinde de kendisini gösterir. Bu tefsir ve tatbik işlerini sırasile inceleyelim:

a) Tefsir: Hukuk kaidesi, kendisini vazedenden ziyade içtimai topluluktan sudur ettiğine göre, şüphe hâlinde, bu kaideyi kanun vazının maksat ve niyetine göre tefsir etmeğe kalkmak, onun mahiyetini inkar etmek olur. Bir kere beyan edildikten sonra hukuk kaideleri müstakil bir hayat sahibi olur; sonraları, vaz' sebepleri olan şeyin büsbütün aksini ifade etmeğe başlayan kanunlar pek çoktur.

b) Tatbik: Hukukun içtimai vasfının tanınması, hukuk kaidelerinin, tatbikinde oldukça bir objectivite doğurur. Doğuştan hukukçu olan Romalı-

lar bunu pek iyi anlamışlardı. Bir kimseden istenmesi icap eden hareket tarzını hukukten takdir etmek mevzuu bahsolunca orta bir adamın, iyi bir aile babasının (bonus pater familias) hareket tarzını ölçü olarak kabul ediyorlardı. Bu hususta sakınılması gereken iki nokta var; fazla bir sertlik, fazla bir yumuşaklık. Şüphesiz ki kanuni kaideyi bir dereceye kadar ahval ve şartlara uydurmak, hukuku zatileştirmek lazımdır; fakat adalet isteyen kimseyi şu veya bu hakim, şahsi ve hususi duygularının tesirine bırakan bir subjectivisme'in tehlikesi büyüktür. Hukukun içtimai karakterinin lazimesi, hukuk kaidesine tabi olan kimselere müsavi tarzda muamele edilmesidir.

Koca bir kitabın mevzuu olabilecek bir bahsi şu bir kaç sahifede incelediğimden dolayı özür dilerim. Sosyolojinin esaslı prensiplerinin aynı zamanda hukukun da esaslı prensipleri bulunduğunu, hatta hukukçuların farkında olmadan sosyolog olduklarını bir kaç çizgi ile, bilhassa belirtmek istedim.

Biraz önce gördüğümüz gibi hukuk en başlıca içtimai ilim olduğundan bunda şaşılacak bir cihet yoktur.

Asıl şaşılacak cihet sosyolojide bilhassa Fransız sosyoloji okulunda hukuka, nispeten, az yer verilmiş olmasıdır.

Bunun sebebi, Fransız Sosyoloji Okulunun kurucusu olan Durkheim'in kendisinin hukukçu olmayıp filozof, tilmizlerinin çoğunun filozof, ahlakçı, din tarihçisi olmasıdır. Bu hal, hukukçuları iktisat ilmi sahasında olduğu gibi hukukta da, tabirin biraz da geçmiş manasında birer ferdietçi yapan terbiye ve yetiştirmelerinden de ileri gelmektedir. Şimdiki ve geçmişteki hukuki hadiseler üzerinde biraz daha etraflı bir teemmül, hukukun pek yüksek içtimai vasfını takdir etmelerini hiç şüphe yok ki, mümkün kılacaktır. O halde, hukukçuların yakın bir gelecekte müşterek eser olan sosyolojiye daha parlak ve daha verimli olmasa da geçmiştekinden daha bol bir yardımda bulunacaklarını umabiliriz.

Hukuk ve İctimaiyat Tariflerinin Karşılaştırılması

Z. F. FINDIKOĞLU

Muhtelif memleketlerde, bu arada bilhassa bizde, gittikçe birbirine daha ziyade yakınlaştıklarını gördüğümüz hukukî disiplinlerle içtimaiyatın bu yakınlaşmasını iyice anlamak için hukukun ve sosyolojinin ayrı ayrı tarifini gözönüne almağı faydalı buluyoruz. Bu tarifler yapıldıktan sonra her ikisinin karşılaştırılması daha kolay olacaktır.

HUKUKUN MUHTELİF TARİFLERİ

Bütün hukuk disiplinleri, kendi meselelerine girişmeden önce birer tarif vermeğı öteden beri itiyad edinmişlerdir. Bu itiyad, başlı başına bir hâdisе olmuş, zamanın felsefî cereyanlarına, içtimai ve siyasî ihtiyaçlarına göre bu hâdisede de başlıklar ve yenilikler görülmüştür.

Muasır Avrupa'da, büyük tedvin devrine girmeden evvel bilhassa hukukçular tarafından yapılmış esaslı bir tarif mevcut değildir. Hukukun esasına ait tarifler, Fransa'da 1804 Napoleon kodu vesilesiyle ortaya atılmış, hattâ bu tarifleri ihtiva eden eserlerin isimleri bile «hukuk»tan ziyade «kanun» ve «kod»lara işaret eylemiştir. Böylece temelî hukuktan müdevven hukuka yükseliş ile, ilmî bir hukuk tarifine

doğru yönelme arasında bir illet ve netice münasebeti görülmektedir.

Bu suretle başlayan ve günümüze kadar devam eden hukuk tariflerinin bir tipolojisi yapılmak icap ederse başlıca dört tip ile karşılaşırız: 1) Metinci ve tefsircilerin tarifi; 2) Feylesofların tarifi; 3) İctimaiyatçıların tarifi; 4) Modern hukukçuların tarifi. Şimdi bunlardan her biri içinde en tipik olanlarına temas edeceğiz.

I- Tefsircilerin tarifleri;

Bu tipe dahil tariflerin müşterek seciyesi hukuk ile kanun arasında bir beraberlik ve aynıyet görmektir. Sanki büyük kodların vücuda gelmesinden evvel hukuk mevcut değilmiş hissini veren bu tarifler içinde en mühimleri Fransız hukukçularından Marcade, Demante ve Demolombe'a aittir. Bunlardan birincisine göre «hukuk, kanunlardaki hükümlerin bütünü, yahut daha ziyade umumî neticesi olup ferd bunlara riayet etmek veya karşı gelmek ihtiyarı ile- tâbi bulunmaktadır.» Aynı düşünceyi ikinci müellifte şu kısa cümle ile ifade edilmiş görüyoruz: «Hukuk fikri, esaslı olarak kanun fikrine bağlıdır.» Nihayet Demolombe ise bu tarifleri aydınlatıyor: «Kanun, Devletin bütün arazisi üzerinde emretmek, yasak

Z. F. Fındıkoğlu

etmek, ve müsaade eylemek gücüne malik bir otorite tarafından konulmuş bir kaideden ibarettir. Bu gibi kaidelerin neticesi veya yekûnu ise hukuku teşkil eder.»

1804 Fransız Medenî Kanununun tefsiri vesilesiyle ortaya atılan bu gibi tariflere ilk evvel karşı gelen, hukukçu Laurent'dir. İlk bakışta bundan evvelki tariflerden ayrılmadığı zannedilen bu müellif, tarifini izah ederken hukuk ile kanun arasındaki ayrılığı farkeylemiştir. İlk evvel «hukukun mevzuu kanun mevzuunun aynidir: Ferdler ve milletler için mecburî kaideler vazetmek!» diyen Laurent, tarifini anlatırken şöyle düşünüyor: fakat «hukuk kanundan öncedir ve insanın, medenî cemiyetlerin tabiatında mündemiştir. Kanundan ayrı bir hukukun bulunduğunu inkâr etmek için, insanın manevî bir mevcut olduğunu reddetmek lâzımdır. Hakikatte mutlak adaletin ifadesi olan ebedî bir hukuk vardır. İnsan, ilâhî mükemmelliğe yaklaştıkça bu hukuk da vicdanı beşerden zuhur eylemektedir.»

Bu son tarif, tefsircilerin çevresinden ayrılmaklığımıza da hizmet ediyor. Bundan sonra yapılacak tariflerde hukuk ile kanun arasında, bizim eski mantıkçıların ifadesiyle «umum» ve «husus» farkları gözönüne alınacaktır.

II- Feylesofların tarifleri;

Büyük tedvin hâdiseleri üzerine kodların tefsirini yapan hukukçular tarafından yapılan hukuk tariflerinden çok evvel, hukuk felsefesi tarihinin numunelerini gösterdiği bir takım tarifler mevcuttur. Hattâ bu tariflerin, tedvinlerden çok evvel yapılmış olduğuna göre klâsik hukukçular tarafından gözönüne alınmamasını, bu suretle hukuk ile kanunun birbirine karıştırılmasını

hayretle karşılamak lâzımdır. Bilfarz Sokrat'ın yazılı ve yazısız kanunlar tefriki, hukuku tarif edecek olanlar için çok bereketli bir ilham kaynağı olabilecek iken tefsirciler bu ciheti gözönüne almamışlar, ancak geçen asrın yarısından sonra hukukun «kanun» dan veya «kanunlar» dan ibaret olmadığını düşünmeğe başlamışlardır. Hukuk tariflerini bir araya toplayan Levy Ullmann'a göre hukukçular arasındaki bu zihniyet değişikliği 1871 den sonra vukua gelmiş ve ilk defa açık bir surette Valette ve Beudant taraflarından ortaya atılmıştır.

Modern hukuk tariflerine temas eylemeden önce felsefe ve içtimaiyat zaviyesinden yapılan hukuk tariflerinden bir kaçını zikredeceğiz.

En başta on sekizinci asrın büyük Alman feylesofu Kant'ı görüyoruz. Bu feylesofa göre hukuk «her birimizin davranışının, başkalarının davranışı ile, küllî bir hürriyet kanununa göre uzlaşabileceğı şeraitten çıkmış bir mefhum» dur. Her türlü zaman ve mekân kayıtlarından sıyrılmış olan bu tarifi, bildiğiniz veçhile Kant «Nazarî akıl» ile elde etmiş, hukukî ampirizmden uzak kalmıştır. Nerede ve hangi asırda olursa olsun hukuk, herkesin hürriyetini başkalarınınkini ile telif şeraitini tesbit edecektir. Kant'ın bu «akılcı-rasyonalist» tarifi yanında İngiliz feylesofu Jeremine Bentham'ın «ütilitarist-faydacı» tarifi, tam aksi istikameti temsil ediyor: Kant'ın hukuk rasyonalizmi şöyle dursun, Montesquieu'nün kanunu «hâdiseler arasındaki zarurî münasebetler» den ibaret gösteren, ve «yer üzerindeki halkları idare etmek itibarıyla aklı beşeri teşkil eylediğini» ifade eden daha az rasyonalist tarifleri bile doğru değildir. Bu gibi tarifler mevzuu

(*) Dr. , Hukuk Fakültesi İctimaiyat Profesörü. Bu makale İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, C. VIII, S. 1-2, 1942, s.545-564'den aynen alınmıştır.

gayet basit olan hukuku, giriftleştirmekten başka bir şeye yaramamaktadır. Yapılacak şey haz ve elemelerin bir tablosunu yapmak, hukukun bu tablo karşısındaki rolünü araştırmaktır. Hukukun işi, daha doğrusu Bentham'ın kullandığı kelimelerle «hükümetin esas vazifesi, ferdi, elem ve ıstıraplara karşı korumak», ve bunun için «ferdler haklar bahşetmek» tir. Buna mukabil ferd de «bu hukuka mazhar olabilmek için hürriyetinin bir kısmını feda edecektir.» Bir hükümetin mükemmelliği «ferdin kendi hürriyetinden yaptığı fedakârlığı azaltmak ve mazhar olduğu hukuku çoğaltmak» ile ölçülmelidir. En iyi hukuk için de bu ölçü ele alınacaktır: Beni alâkadar eden yalnız kendi «le Bien - Hayr»ım ve «le Mal - Şer» imdir. Yoksa meselâ Montesquieu'nün düşündüğü gibi «hâdiseler arasındaki zarurî nisbetler», yahut 1804 tarihli Fransız kodunun mülhem olduğu «bütün yer üzerindeki halkları idare eden akli beşer» in müsavisi olan kanun ile bir alâkam yoktur¹.

III- İctimaiyatçıların tarifleri:

İctimaiyat ve içtimaiyat felsefesi mensupları arasındaki tarif tecrübe-lerinden bir numune seçmek icap ederse biri on dokuzuncu diğeri yirminci asra mensup iki isim zikredebiliriz: Auguste Comte ve Gaston Richard. Fakat bunların ikisi de bize vazih bir hukuk

tarifi vermemiştir. Hukuk sosyolojisine pozitivizmi sokan Comte, ferdin rolünü sifıra indiren bir telâkki güdüyor. Yeni hukuk tabirleriyle afakî hukuktan başka bir hukuk tanımıyor. Modern hukukçular arasında ismini sık sık işiteceğiniz Leon Duguit'in hukukî telâkki-lerine temel teşkil eden pozitivizme göre hukuktaki «hukuk», daha doğrusu -Türkçenin verdiği bir imkândan istifade ederek söyleyelim- «hak», ilmî ve reel bir mefhum olmaktan ziyade tabiat üstü, «tabiat ötesi - Metaphysique» bir mefhumdur ve hukuk sosyolojisinin hiçbir yeri yoktur.

«Nasıl illet kelimesinin hakikî felsefe lisanından bertaraf edilmesi icap ediyorsa aynı surette de hak kelimesi hakikî hukuk lisanından çıkarılmalıdır. Bu iki teolojik-metafizik mefhumdan (yani illet ve haktan) biri (yani hak) artık bundan sonra gayri ahlâkî ve anarşistçedir, nasıl ki diğeri (yani illet) gayri aklî ve sofistçe bir mahiyet arz etmektedir... Teokrasiye karşı mücadele için, son beş asrın metafiziği, menfi bir vazifeden başka bir şey ihtiva etmeyen bu sözde beşer haklarını, aramıza soktu. Bu haklar, gerçekten uzvî bir "mahiyet" verilmek istendiği zaman, anti-sosyal olan tabiatlarını, daima ferdiyeti takdis etmeğe temayül suretiyle hemen izhar eylediler. Artık hiçbir semavî unvan kabul etmiyen müsbet devirde hak

fikri kat'î surette kayboluyor. Herkes herkese karşı vazifeye maliktir, fakat hiç kimsenin kendine mahsus hakkı yoktur... Başka bir ifade ile hiçbir kimsenin, kendi vazifesini daima ifadan başka bir hakkı mevcut değildir²». Görülüyor ki bize vazih, bir cümle içinde ifade edilmiş kısa bir hukuk tarifi vermemiş olan Comte'un fikri, bütün felsefî sistemin esaslarıyla alâkadar ve birbirine bağlı düşünceler şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu sistemin felsefe sahasındaki tesirlerini bilâhare «Viyan derneği - Wienerkreise» ne mensup pozitivist feylesoflar, hukuk sahasındaki tesirleri memleketimizde de tanınmış olan L. Duguit, çok bereketli bir surette temsil eyleyeceklerdir³.

Fransız sosyologlarından Gaston Richard, hukukî meselelerle en ziyade meşgul olan bir içtimaiyatçı olmak itibarıyla hukukun tarifi sahasında yaptığı tecrübe zikre değer. Ona göre sabit ve donmuş bir tariften ziyade, hukukî tekâmülün gidişini ifade edecek bir formül tercih edilmelidir. Bu formül ise şu olabilir: «Mâşerî hükümlerin tesiri altında egoist seciyenin geçirdiği istihale⁴». Her devirde bu istihalenin derecesi başka başkadır. G. Richard'ın vermektan çekindiği hukuk tarifini, eserini tahlil eden bir hukukçu çıkarmağa çalışıyor: «Bir zümre içindeki, yahut zümreler arasındaki hayatî rekabeti, zarurî olan asgarî dereceye indirmek suretiyle, her zümreyi bazı uzuv-

larının çıkardığı karışıklıklara veya başka zümreler tarafından vaki olan husumetlere karşı koruyan vasıtaların topuna birden hukuk denir⁵».

IV- Modern hukukçuların tarifleri;

Felsefe ve içtimaiyatın hukuk etrafında ileri sürdüğü düşünceler ve tarif taslakları, şimdiye kadar dar bir saha üzerinde dolaşan hukukçulara tesir etmekten geri kalmadı. Bilhassa 1870 den sonraki hukukî neşriyatta bu tesirin bereketli izlerine rastlamaktayız. Hattâ bu neşriyatın başlıklarında bile biz bu tesiri görmekteyiz: Artık «kanun» veya «kod» yerine hukuk kelimesi kullanılıyor ve böylece «kanun»un varlığını, metinlerden önceye götüren düşünce muzaffer oluyor.

Fransız hukukçuları arasında bu düşüncenin ilk vesikasını veren V'alette, daha sonra Beudant'dır⁶. Bu iki müellif, âdeta sonraki hukukçu neslinin iki kılavuzu mahiyetindedir. Gerçekten Planio'lar, Baudry-Lacantinerie'ler, Surville'ler, A. Colm'ler ve Capitant'lar, işte bu neslin en sivrilmiş şahsiyetlerini teşkil etmektedirler.

Baudry-Lacantinerie'ye göre:

Bu müellife göre hukuk «insanın kendi hemcinslerine karşı davranışını düzenleyen, riayet edilmeleri haricî bir müeyyide ile de temin edilebilecek bulunan, aynı zamanda doğru ve faydalı bir takım kaidelerin yekûnundan» iba-

(1) Bk: J. Bentham: *Introduction to the principles of morals and legislation*, 1789, London. (L.-U.'a göre: Sf. 86). Gerçekten Bentham, Montesquieu'yü böyle tenkit ediyor. Montesquieu'nün «kanun» mefhumu hakkında yaptığı «hâdiseler arasındaki zarurî münasebet» tarifi, yalnız hukuk kanunları için değil, müsbet ve manevî ilimlerdeki kanunlar için de muteberdir. Daha ziyade hukuk kanunlarını alâkadar eden ikinci tarifi asıl metni şudur: «La loi, en general, est la raison humaine, en tant qu'elle gouverne les peuples de la terre.» Bk: *Esprit des lois*, Livre I, Ch. III. Türkçe tercümesinde şöyle deniyor: «Umumiyet üzere kanun, bütün akvanı arzı idare eden müdrikey beşerdir. Cümleyi tamamlıyan ifadeler hukuk sosyolojisi bakımından çok mühim ise de, Bentham bunun değerini anlayamamıştır: «Her kavmin kavanini siyasiye ve medeniyesi bu müdrikey beşerin kabili tatbik olduğu ahvali hususiyeden başka şey olmamalıdır. Siyasi ve medenî kanunlar aile oldukları kavmin ihtiyacat ve temayülâtına o derece uygun olmak icap eder ki bir kavme aile kavanini siyasiye ve medeniyenin diğer bir kavme tevafuku ancak ender tesadüflerden olabilir.» Bk: *Ruhül-Kavanin*, H. Nâzım tercümesi, 1339, C. I, Sf. 13. Biz burada sırf Bentham dolayısıyla Montesquieu'den bahsediyoruz.

(2) Bk: A. Comte: *Systeme de politique positive*, 1890, C. I, Sf. 361.

(3) Modern pozitivist ve realist hukukçuların istinat ettikleri felsefî fikirleri iyice anlamak için gerek pozitivizmi, gerek Viyana derneği ve neo-pozitivizmi iyi kavramak lâzımdır. Bu hususta Türkçe kaynaklara işaret edelim: E. Mach: *Bilgi ve hata*, S. Esat tercümesi; Z. Fahri: *Felsefe kongrelerinde Türkiye*; Levy-Bruhl: *Comte'un felsefesi*; H. Ziya: *Muasır filozoflar*; E. Von Aster: *Bugünkü Almanya'da felsefe* (Ülkü, 1940).

(4) Bk: Charmont: *Ecole sociologique et positive*, Sf. 120 (Levy-Ullmann'a göre).

(5) Bk: G. Richard: *Essai sur l'origine de l'idée du droit*, Paris 1892, Sf. 244. Bu eser, sosyologun esas tezidir.

(6) Bk: Beudant: *Le droit individuel et l'Etat*, 1891, Sf. 12: «Le droit... est la source des lois.»

rettir⁷. Bu hukukun iki şeklini de B.L. tayin ediyor: Kaideler formüllerinse müsbet veya mevzu hukuk, formüllerinse memiş ise mefkûrevî (ideal) hukuk halinde mevcuttur.

Survill'e göre:

Bu hukukçuya nazaran hukuk «içtimâî kuvvetin müeyyidesi tesiri altında, hemcinsleriyle olan münasebetlerinde insanın kendi hürriyetini kullandığı tarzının, içtimâî kuvvetin müeyyidesi altında, tâbi olduğu bir takım kaideler yekûnundan» teşekkül eder⁸. Görülüyor ki doğru ve faydalı mefhumları bir tarafa bırakılırsa, bu tarif, evvelki tarifi bir tekrardan başka bir şey değildir.

François Geny'ye göre:

Modern hukukçular arasında bize mantikî bir tarif vermek isteyen, mantık fenninin istediği tarif tarzına uygun davranan François Geny'ye göre «hukuk, hemcinsleriyle münasebette bulunan insanın haricî davranışlarının tâbi olduğu kaideler mecmuu» dur. Tamamlayıcı ikinci bir tarif ile müellif bu kaidelerin mahiyetini şöyle belirtiyor: «Bu kaideler, insanlığın mâ'serî şuurunun muayyen bir anında adalet fikri tabişinin ilhamı altında içtimâî, icabında cebri olan bir müeyyide ile tezahür etmekte, bu gibi müeyyidelerle mücehhez olmağa mütemayil bulunmakta, bundan böyle cemiyette düzeni temin için hususî iradelere hâkim olan kat'î emirler şekli ile ortaya konmaktadır».

Bu tarif, hukuk tarifleriyle meşgul olan nazariyeciler tarafından «mantıkî» vasıf ile vasıflandırılmaktadır. Niçin? Çünkü bizim eski mantıkçıların iyi bir tarifi nasıl olabileceği hakkında verdikleri izaha çok uygundur: İyi bir tarif, tarif edilen şeyin cinsi karibi ile faslı karibinden teşekkül etmelidir⁹. O halde «hukuk» un «karip veya yakın cins - Genre prochain» i ile «yakın fasıl - Difference prochaine» nı bulmak lâzımdır. Müellifin tarifinde bu iki unsur gösteren Levy-Ulmann'a¹¹ göre Geny'nin tarifinde yakın cins, tıpkı hukuk gibi müeyyidelerle mücehhez olan din, ahlâk, muâseret, moda, batıl itikat... ilâh kaideleridir. Buna mukabil yakın fark veya fasıl da hukuktaki müeyyideleri, dindeki, ahlâktaki, modadaki... ilâh müeyyidelerinden ayıran hususiyetlerdir. Bu hususiyetler şunlardır: Müeyyidelerin cebriliği, adalet fikri, emrin kat'iliği ve su götürmemezliği. Yukarıdaki tamamlayıcı tarife dikkat edilirse bu üç noktanın gözönüne alındığı görülecek, bu vesile ile hukuk ile diğer içtimâî hâdise gruplarından bir kısmının ayrılığı anlaşılacaktır.

Jeze'ye göre:

Kendisini Duguit gibi realist ve pozitivist sayan Jeze, hukuk tarifinden her türlü ahlâkî ve akli unsurları çıkaran muhtelif tarifler yapmıştır. Bu tariflerden birine göre «hukuk, esasında selâhiyet tarafından vazedilmiş bir nizamdır»¹². Daha sonraları bu kısa tarifi aydınlatan izahlarda bulunmuştur: «Bir memleketin hukuku, muayyen bir

memlekette, muayyen bir anda iyi veya fena, faydalı veya zararlı hükmedilen ve hâkimler, mahkemelerce bilfiil tatbik olunan kaidelerin yekûnudur. Bu tariftan ayrılan her nazari izah, fikrimce, tenkide pek müsaittir: Böyle bir izah, bir hukukçu tarafından yazılmış bir roman, bir muhayyile eseridir... Bir kıymete ve içtimâî bir kuvvete malik kaideler yerine, formülleyen kimsenin şahsî tercihlerinden başka bir desteği bulunmayan öğütler konmuştur.» Bütün idealist hukuk tariflerinin müşterek unsuru olarak mutlak adalet fikrini izafileştiriyor: «Adalet, muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde insanların adalet olduğuna iman ettikleri şeydir. Pyrene'nin öbür tarafındaki hakikat bu tarafta hatadır. Şu halde muayyen bir memlekette, muayyen bir devirde hukuk, bu memleket ve bu devir halkının ekseriyetinin içtimâî davranış, âdil ve içtimâî bakımdan faydalı addettiği içtimâî davranış kaidelerinin yekûnundan teşekkül eder»¹³.

Jhering'e göre:

Alman hukuk âlimlerinden Jhering devletçilik ideolojisini okşayan şu tarifi, kaide, cebir ve Devlet unsurlarını ihtiva ediyor: «Hukuk, bir Devlet dahilinde mer'î olan cebri kaidelerde mündemiç mefhum»dan ibarettir. Bilâhare, bu tarifi, ikinci bir tarif ile aydınlatan müellif, modern sosyolojik hukuk tarifine bir zemin hazırlamıştır. Buna göre: «Hukuk, cemiyetin yaşama şartlarının Devletin cebredici kuvvetine dayanan

teminatının iktisap ettiği şekildir»¹⁴.

Her iki tariftaki devletçi ve sosyolojik unsurların ne kadar kuvvetli olduğu ve ağır bastığı görülüyor. Levy-Ulmann ve Louis le Fur bu bakımdan Jhering'i tenkit etmişlerdir¹⁵. Maamafih müellifin fikri tekâmülü yakından takip edilirse sonradan kendi kendisini tasahhüs eylediği görülür. O kadar ki 1868'de Viyana'da vermiş olduğu bir seri hukukî konferanslarda âdeta kendi eseri olan ve yukarıdaki tarifleri ihtiva eden «hukukta gaye-Der Zweck im Recht»in esasıyla çarpışan yeni bir hukuk tarifi vermiştir¹⁶.

Gerçekten yukarıdaki her iki tarifte ferdin cemiyete ve Devlete feda edildiği görülmektedir. Halbuki bilâhare «Hukuk uğrunda savaş» adı altında neşredilen konferanslarında ferde ait hak ve hisseyi ön safa geçiren bir tarife vâsil oldu. İleride başka bir vesile ile temas edeceğimiz bu tarife göre hukuk «tehdit edilen varlığın imdat işareti, silâh başı avazı olan ıstırab»ın mahsulüdür. Bu «ıstırab»ı, Devlet ve cemiyet karşısında hisseden fert hukuku mücadeleye bulacaktır.

Bununla beraber çok felsefî ve müphem olan bu son düşünce ile ilk tarifleri birbirine bağlamak mümkündür. Esasen yukarıdaki iki tarif de «Şekilci - Formaliste» dir. Ferde ait hisse, bu «şekl»in içindeki «muhteva» ile alakalıdır. Jhering, bu «muhteva» için ferdin sarfedeceği mücadeleyi çok yaman bir

(7) Bk: Baudry-Lacantinerie: *Precis de droit civil*, 1912.

(8) Bk: Survill'e: *Elements d'un cours de droit civil français*, 1910.

(9) Bk: F. Geny: *Science et technique*, I. S. 50.

(10) Bak: Ağaoğlu Tezer: *Mantık*, 1928 İstanbul, S. 21.

(11) Bk: Levy-Ulmann: *Kz*, S. 76-77.

(12) Bk: Jeze: *Cours de droit public*, 1913, S. 6.

(13) Bk: Jeze: *Les principes generaux du droit administratif*, 1914, S. III.

(14) Bk: Jhering: *Der Zweck im Recht*, C. I, Fas. VIII, 1877, S. 318.

(15) Bk: Levy-Ulmann: *Elements d'introduction generale à l'etude des sciences juridiques: I, La definition dudroit*, Paris, 1917, S. 101-107; ve Louis Fur: *Essai d'une definition synthetique du droit*, S. 316.

(16) Bk: Jhering: *Kz*, S. 318. Bu eser Fransızca "La lutte pour le droit" ismi ile 1890'da Meulenaere tarafından, Türkçe "Hukuk uğrunda savaş" ismiyle Rasih tarafından çevrilmiştir. Biz Türkçe tercümesinden istifade ediyoruz.

sosyolog edası ile şu şekilde izah ediyor: «Bu muhteva cemiyetlere göre değişir. Meselâ toprak mülkiyetine ait davalarda köylü, en kuvvetli hukukî hisse sahiptir... Tüccar için kredi, zabıt için askerî şeref aynı derecede mühimdir. Devrin hukuku, buna göre tanzim edilir. Meselâ asrî kanunlar, tüccarın kredisi, âdi veya hileli iflâs meselelerinde fevkalâde sıkı davranmışlardır... Hukukî his, mevki ve meslek tehaliğine göre başka başka hassasiyet göstermektedir. Teokrasi, mukaddesata tecavüzü, putlara perestisi, bellibaşlı suçlardan addettiği halde, sınır geçmeği basit bir suç sayar. Çiftçi Devlet, bilâkis sınır geçme suçunu son şiddetiyle takip eder. Buna mukabil mukaddesata tecavüzü en hafif bir ceza ile tecziye edecektir¹⁷». Görülüyor ki Jhering, «Cemiyetin yaşama şartları» hakkında çok «İzafiyeci - Relativiste» bir telâkkiye sahiptir. Fert «Devletin cebredici kuvvetine dayanan teminat» tan istifade etmek için mücadeleye mecbur bulunmaktadır.

Leon Duguit'ye göre:

Modern hukukçuların hukuk tarifleri arasında Duguit'ye ait olanı hususî bir ehemmiyete maliktir. Çünkü bu tarif, evvelce telâkkisine işaret ettiğimiz meşhur pozitivist Fransız feylesofu Auguste Comte'un sisteminden kuvvet almaktadır. Gerçekten «hak» kelimesinin hukukî lisandan çıkarılmasını isteyen Comte gibi, Duguit de «her türlü karışıklıklara meydan verdiği için bu kelimenin ilmî lisandan çıkarılıp atılması, büyük bir terakki eseri olacaktır¹⁸» diyor.

O halde haktan (yani enfüsî hukuktan) ve hukuktan (yani objektif hukuktan) bahsedilemeyecek midir? Müellif bunlardan birincisini (enfüsî hukuku) reddetmekte, ikincisi için de daha ziyade «hukuk kaidesi La regle du droit» tabirini kullanmaktadır. Bu kaide, ona göre, «Cemiyet halinde yaşayan fertlere tahmil edilen bir davranış tarzı olup ona saygı gösterme, cemiyetçe muayyen bir anda âmmen menfaatinin garantisini sayılmakta, saygısızlık ve tecavüz ise, mütecavize karşı mâ'serî bir reaksiyon doğurmaktadır¹⁹».

Bu tarif, bir bakıma hukuk sosyolojisinin hoşuna gidecek bir tariftir. Zira cemiyeti fertler kümesi olmaktan ziyade ayrı bir şeniyet sayan, ferde ancak «içtimai - social» bir hayat yaşadığı için içtimai bir kıymet atfeden, cemiyetten ayrı ve bir «hak sahibi» olan ferde yer vermeyen sosyolojik bir görüşe dayanıyor. Başka bir tabirle bir nevi içtimai kimya faraziyesine istinat etmektedir: Fertlerden teşekkül eden cemiyet, buna rağmen, fertler yığını değildir, ayrı bir realite teşkil eder. Daha açık bir lisanla «ben - moi» in mevcudiyeti, «biz» in mevcudiyetinden ötürüdür. Böyle olunca «ben», bir hak sahibi olamaz. Onun «hak»kı, ancak yaşadığı içtimai hayat icabı olan «kanunî vaziyet - situation legale» iten ibarettir.

Hukukî pozitivistizmden hareket eden Duguit'nin tarifinde gerek felsefî bakımdan, gerek sosyolojik noktadan tenkit edilecek taraflara sonradan temas edeceğiz. Şimdiden bu tarif dolaşısıyla şu kadar söyleyelim ki hukuk tarifine girecek bütün unsurlar afakî

hukuka aittir. Enfüsî hukuka ait düşünceler, sadece menfi bir maksat ile öne sürülebilir: Her çeşit ferdî imtiyazlara yer veren bir «hak», ilga edilecektir. Esasen ona göre hukukçuların enfüsî hukuktan kasdettikleri şey pek müphemdir. Enfüsî hukuk deyince şu iki nokta anlaşılabilir: 1) Afakî hukukun çizdiği sınır içinde ferde ait olan davranış tarzı; 2) Muayyen bir ferden diğer bir fertten müşahhas ve belli bir hizmetin ifasını istemesi hakkı. Eğer enfüsî hukuktan güdülen şey bu iki noktadan ibaret ise Duguit kabul ediyor, yalnız bir isim değişikliği istiyor: Enfüsî hukuk demeyiniz, ferden «kanunî vaziyeti - situation legale» nden, yahut başka bir ifade ile «enfüsî olan hukukî vaziyet - situation juridique subjectif» den bahsediniz! Şu halde müellifin hukuk tarifinde enfüsî hukuka yer verip vermemesi meselesinde bu tefsiri göz önüne almak lâzımdır. Bununla beraber ferde, enfüsî hukuka bıraktığı bir pay mevcut değildir. Duguit, asıl ana tarifine sadık olduğu gibi, «hak» yerine «vazife»nin konulmasını isteyen Auguste Comte'a sadakatini de muhafaza etmektedir²⁰.

Bonnecase'a göre:

Fransa'da F. Geny'nin rasyonalist hukuk telâkkisini kabul etmiş olan J. Bonnecase ihtiva ettiği unsurlar itibarıyla

riyle mantıkî olan bir tarif veriyor: «Teşekkül etmiş bir otorite tarafından fertlerin şahsiyetini, muhtelif zümreleriyle göz önüne alınan kollektivite menfaatlerinin muhafazası endişesiyle uzlaştırmak suretiyle içtimai ahengin gerçekleşmesi namına, insana bilfiil tahmil olunan veya içtimai, aklî olarak yüklenmesi elverişli bulunan haricî davranış kaidelerinin yekünü» ndan ibarettir²¹. Pek uzun olan bu tarif, haricî davranış unsuruna da büyük bir ehemmiyet vermektedir²².

Louis le Fur'e göre:

Zamanımızın muhtelif hukukçuları tarafından yapılan tarifleri bir araya getiren maruf Fransız hukukçu ve sosyologu Louis le Fur, bu hususta iyi bir tarifi başlıca üç unsura sahip olması lüzumunu ileri sürüyor. Bu unsurlar şunlardır:

- Emir unsuru;
- Gaye unsuru;
- Müeyyide unsuru.

Birinci unsurun teşekkülünde esaslı rolü «akıl» veya «tecrübe» den birine vermek ve bunlardan birini her şey ad etmek doğru olamaz. Hukuk kaidesinin «emri, emirci - imperatif» unsurunu, şüphesiz akıl tayin eder. Fakat tecrübenin, örf ve âdetlerin de hissesi vardır. İkinci unsur «gaî - teleologique»

(20) Maamafih L. Duguit'nin Comte'la beraber Alman hukukçu ve sosyologu Jhering'den de müteessir olduğu görülüyor. Jhering'e göre «Hukuk kelimesi, iki mânadadır: Afakî mânada Devletin tatbik ettiği prensiplerin hepsine isim oluyor. Enfüsî mânada alâkalı şahsın hukukuna, mücerret kaidenin nüfuzu demektir.» Bu teirikin, Duguit'deki afakî ve enfüsî hukuk fikirlerini kuvvetlen andırıldığı inkâr edilemez. Felsefî doktrin bakımından bir Comte talebesi olan Duguit, hukukçu sıfatıyla daha ziyade Jhering'ten belki müteessir olmuştur. Fakat Jhering'in ferde, muayyen bir cemiyet içinde verilmiş olan haklar için nasıl mücadele lüzumunu tahmil eylediği gözönüne alınırsa aradaki ayrılık göze çarpacaktır. Bu itibarla «Hukuk uğrunda savaş» tavsiye eden bir müellifi, ferde sadece «kanunî vaziyet» tanıyan bir müellife yaklaştıran Levy-Ulmann'ın düşüncesi tenkit edilebilir.

(21) Bk: J. Bonnecase: La theorie du droit en France..., 1919, Sî. 9.

(22) Bk: L. le Fur: Essai d'une definition synthetique du droit, Bull. de legis. comparee, 1930, Sî. 317: «Le droit tient aussi compte de l'intention, il suffit de rappeler la theorie qui porte ce nom en droit penal et la notion de bonne foi en droit prive.»

(17) Bk: Kz. Sf.

(18) Bk: yukarıda, Not 2, 3.

(19) Bk: Leon Duguit: Revue du droit public, 1917, C. 27.

seciyeyi gösteriyor. Fakat buradaki gayenin ahlâkî ve faydacı gayelerden ayırd edilmesi gerektir. Şöyle ki: hukukî hayr ve şer, ahlâkî hayr ve şerden başka olduğu gibi, fayda ve zarar mefhumlarından da ayrıdır. Belki «hukukî hayr-le bien juridique» ve «hukukî şer-le mal juridique» bir taraftan «ahlâkî hayr-le bien mal» la «ahlâkî şer-le mal moral»i, diğer taraftan «faydalı-l'util» ile «zararlı-le nuisible»yi bir araya topalayacak, fakat ne başlı başına biri, ne de başlı başına ötekisi olmayacaktır²³.

Nihayet üçüncü unsura gelince bu unsur hukuk çeşitleri içinde yalnız müsbet ve mevzu denen hukuk için öne sürülür. Meselâ afakî hukukta, ahlâk kaidelerine yakınlığı dolayısıyla, müeyyide mevcut değildir. Böylece Louis le Fur bu üç unsuru taşıyan şu tarife varmaktadır: «Hukuk, âmme hayrının gerçekleşmesi maksadıyla teşkilâtlanmış bir cemiyet tarafından fertlere ve tâlî zümrelere tahmil edilmiş olan hayat kaidesidir.» Bunun yanında yukarıdaki üç unsur daha iyi belirten bir başka tarif de görülmüyor: Hukuk «hukukî şahısların, icabında müsbet müeyyidelerin tatbikiyle teminat altına alınmış, selâhiyetten bir otorite tarafından âmme hayrı mucibince istimal edilmiş selâhiyetlerinin tayini»nden ibarettir. Bu son tarifte iki noktayı aydınlatan müellif «tayin - determination» yerine önceleri her ne kadar «tahdit, sınırlandırma - delimitation» yi düşünmüş ise de fertçi unsura ehemmiyet vermiş olmak endişesiyle vazgeçtiğini, «selâhiyetten otorite»

te» den de yerine göre bir ferdi, bir heyeti, bir zümreyi kasdeylediğini belirtmekte, tarifinin gerek millî gerek beynelmilel her çeşit hukuk için elverişli olduğunu düşünmektedir.²⁴

Bu suretle dört zümrede yokladığımız muhtelif hukuk tarifleri, aynı zamanda bir tekâmül sırası da arzulemektedir. Bir taraftan tefsircilerin basit tarifleri, diğer taraftan feylesofların ve iktimaiyatçıların rehberlikleri ile aydınlanmış olan modern hukukçuların tarifleri bu tekâmülün iki ucunu teşkil ediyor. Görüyoruz ki ilkin bütün hukukun yazılı hukuktan ibaret olmadığı, sonra «bütün» ün «tek» karşısında reaksiyonda bulunduğu, nihayet «içtimai-le social»nin müdafaası lâzım geldiği... gibi noktalar, modern hukuk tariflerinin seciyelerinden bazılarını vücuda getirmektedir. Şimdi bu tariflerin doğuşunda âmil olan sosyolojinin tarifine geçmek lüzumunu karşısında bulunuyoruz.

II

İÇTİMAİYATIN MUHTELİF TARİFLERİ

İctimaiyat, kısaca cemiyet ilmi, topluluk bilgisidir. Fakat bu kısa tarifi, yakından bakılırsa bir çok dumanlı, karanlık köşeleri vardır. İlkin akla gelen şudur: Bir hukuk ilmi var, bir iktisat ilmi, bir estetik, bir edebiyat tarihi... ilâh var. Bunların hepsi birer «içtimai ilim» dir. Her biri cemiyetin şu veya bu müessesesini, meselâ hukukî, dinî, siyasî... müesseselerini araştırıyor, yokluyor, mümkün olduğu kadar ka-

nunlarını buluyor, yahut bulmağa savaşıyor. O halde olsa olsa sosyoloji denen ilim, bütün bu tek ilimlerin bir birleşmesi, münferit içtimai ilimlerin var-dıkları neticeleri bir araya getiren bir terkip'ten ibarettir.

Böyle bir düşünce karşısında başka çeşit güçlükler çıkacaktır. Ya bu birleşme ve birleştirme, sadece bir araya getirme olur, o zaman içtimaiyat bir nevi fihrist'tir, âdeta bir hulâsadır. Bu takdirde büyük bir ehemmiyeti, hele ilmî ehemmiyeti bulunmayacaktır. Yahut bir nevi felsefe'dir, âdeta münferit içtimai ilimlerin mevzularını birleştirerek bağlayacak ve hepsinde müşterek olan tarafı gösterecektir. Bu takdirde de ilmî vasfı aşan bir seciye kazanması, öteden beri mevcut olan içtimai felsefe veya tarih felsefesi'ne benzemesi ihtimali vardır. Halbuki böyle bir ihtimali biz hoş görmüyor, zira sosyolojinin ilimler sırasında yer almasını istiyor, yeni içtimaiyatın, eskisinden mevzu ve usul itibariyle ayrı olduğunu tekrarlıyoruz.

Modern sosyolojinin tarifini elde etmek hususunda muhtelif memleketlerde, muhtelif mekteplere mensup içtimaiyatçılarda çeşit çeşit tecrübeler yapılmıştır. İctimaiyatın tarihine girmeksizin sadece Alman ve Fransız sosyologlarından bir kaçına baş vurmak ve ne gibi tariflerin bulunduğunu görmek kâfidir.

I- Alman içtimaiyatçılarının tarifleri;

Modern Alman sosyolojisinin üstadları arasında mevzuumuz için seçti-

ğimiz müellifler şunlardır: Tönnies, Simmel, Von Wiese.

Tönnies'ye göre:

Ona göre içtimaiyatın vazifesi, içtimai hâdiselerde iki tip sosyal yaşayışın nasıl tezahür ettiğini bulup göstermektir: Cemaat ve cemiyet. Cemaat hayatı, fertleri bir bütün içinde yaşatan, birbirine bağlı tutan uzvî bir hayattır. Cemiyet ise içinde hürriyet şuurunun, zekânın ve müsavat fikrinin serpildiği bir yaşayış tarzıdır. Evvelkisinde «derin irade, esas irade Wesenwille», ikincisinde «irade, karar veren irade Kürwille» hâkimdir. Hukukî hâdiseler arasında aile münasebetlerini düzenleyen kaideler, «esas irade» ile, borç münasebetlerini düzenliyen kaideler ise «karar veren irade» ile alâkalıdır. O halde içtimaiyatın bu iki tip topluluk hayatının vasıflarına ait olan bilgilerini, hukuk sosyolojisi muhtelif hukuk hâdiselerine tatbik edebilir: Cemaat hayatının seciyelerini taşıyan hukuk hâdiseleri, cemiyet tarzının karakterlerini arzeden hukuk hâdiselerinden bu ölçü ile tefrik edilecektir²⁵. Aile hukukuna ilişkin hâdise ve müesseselerde sempati, sevgi ve tesanüd, borçlar hukukuna ilişkin hâdise ve müesseselerde ise zekâ, hesap ve mukaveleci zihniyet hâkimdir.

Simmel'e göre:

Hususî içtimai ilimlerden ayrı bir içtimaiyat kabul edenler arasında Simmel'i de görüyoruz. Ona göre münferit ilimler, içtimai hâdiseleri, içtimaiyat ise bu hâdiselerin içinde cereyan ettiği «cemiyet»i araştırır. Hâdiselerin «şekil

(23) Burada «Bien» ile «Mal» mukabili olarak «iyi» ve «fena» yi; yahut «iyilik» ve «fencilik»i kullanmak istedikçe de bizi alâkalandıran methunları karşılamadıklarını görünce vazgeçtik. Bununla beraber «iyi» ve «fena» yi kullanmak belki mümkün olabilir. Bu takdirde «sıfat» olarak değil isim halinde kullanılmaları ve meselâ «hukukî iyi» yahut «hukukçu iyi - le Bien juridique» denilmesi lâzım olacaktır.

(24) Bk: Louis le Fur: Essai d'une definition synthetique du droit, Bulletin de la Societe de Legislation comparee, 1930, C. 59, Sf. 290-320.

(25) F. Tönnies'in bu ana düşüncesi ilk defa 1888'de intişar eden «Cemaat ve cemiyet - Gemeinschaft und Gesellschaft» ismindeki eserinde ortaya atılmış ise de ancak 1910'dan sonra yapılan ikinci bastığı ile sosyoloji mahfillerince tanınmıştır. Bizde pek az tanınan bu Alman içtimaiyatçısı hakkında şu iki kaynak gösterilebilir: Bk: Prof. Kessler, içtimaiyat başlangıcı, 1938, Fındıkoğlu tercümesi; Prof. H. Ziya, içtimai doktrinler tarihi, 1941. Bu iki kelimenin lisansımıza cemaat ve cemiyet tarzında çevrilisi oldukça yayılmış bulunmaktadır.

- form» ini yoklar. Nasıl hendese kalitelerden, hassalardan sıyrılmış bir mekân ve mesafeyi ölçerse, içtimaiyat da müşahhas, sosyal hâdiselerden boşalmış olan içtimai mekânı araştırmalıdır.

Muhteviyatı olmayan bir «içtimai» ne olabilir? Öyle bir şey ki ne hukukî, iktisadî, ne de edebî, dinî veya siyasîdir: Bu şey Simmel'e göre «karşılıklı tesir - wechselwirkung» dir. Meselâ idare edenlerle edilenler arasında bu karşılıklı tesir iki «şekil» arzeder: İstiklâl, yani gayri şahsî bir otoritenin mevcudiyeti ve tâbiyet, yani şahsî bir otoritenin mevcudiyeti. İşte içtimai, bu nevîden münasebetlerde mündemiçtir. Bunlar, şekiller, kadrolardır, içleri boştur. Münferit cemiyet hâdiselerinden bahsedilirken bu şekillere dayanılarak izah denemeleri yapılabilir.

Von Wiese'ye göre:

Simmel'den mülhem olan Von Wiese içtimaiyatı fertler arasındaki münasebetler şeklinde belirip vücut bulan ve taazzuv eden cemiyetin ilmi diye tarif etmektedir. Muhtelif içtimai ilimler, kendi sahalarını araştırırlar. Fakat bu esnada sosyolojinin bulacağı «münasebet-beziehung» ve «teşekkül-gebilde»lere istinat etmelidirler. İçtimai olan şey, ancak bu suretle kavranılabilir.

Von Wiese'ye göre bütün münasebetler, iki umumî kadroda toplanır: yaklaşma, uzaklaşma. Herhangi bir zamanın herhangi bir müessesesinde bu münasebet şekilleri mevcuttur. Her iki çeşit münasebet bize «mesafeleşme-Distanzierung» mefhumu ile bu mesa-

feleşme neticesinde billûrlaşan ve beliren «teşekkül - gebilde» mefhumunu temin ediyor. Bu teşekküller arasındaki karşılıklı münasebetler Simmel'in düştüğü «karşılıklı tesir - wechselwirkung» olmayıp «karşılıklı münasebet - wechselbeziehung» halinde tasarlanmalıdır. Meselâ idare eden zümre ile idare edilenler arasında bir karşılıklı münasebet mevcuttur. Fakat bu münasebet daima karşılıklı tesir olmayabilir. Bir taraf tam mânasiyle hâkim olurken, idare edilenler zümresinin pasif kaldığı siyasî «teşekkül - gebilde» ler yok değildir. İşte içtimaiyat, muhteviyatları bir tarafa bırakılarak göz önüne alınan bu münasebetlerin ilminden ibarettir²⁶.

II- Fransız içtimaiyatçıların tarifleri;

Fransız içtimaiyatından Durkheim'ı, Bougle'yi, G. Richard'ı, R. Maunier'yi seçiyoruz.

Durkheim'a göre:

Memleketimizde başlıbaşına bir mektep vücuda getirmiş olan bu Fransız içtimaiyatçısının sosyolojiyi tarif edişini hususî bir ehemmiyetle belirtmeğe çalışacağız.

Aynı ayrı içtimai ilimlerin oldukça inkişaf ettikleri, bunların yanında sosyal hayatı toptan bir görüş ile göz önüne almak isteyen umumî bir içtimaiyat telâkkisinin revaçta bulunduğu bir memlekette her iki çeşit düşünceden ayrılan Durkheim'ın sosyolojiyi tarifinde dikkat edilecek mühim bir noktayı şimdiden belirteyim: O, ne münferit içtimai ilimlerden (yani hukuktan, ikti-

sattan, estetikten...) ayrı bir içtimaiyat düştürüyor, ne de bu münferit içtimai ilimlerin bir araya gelmesinden vücuda gelecek bir içtimaiyat telâkkisi güdüyor. Onun istediği şey, her içtimai müessesede hayatî, ferdî, coğrafi âmillere üzerine müessir, yahut onlardan icabında müteessir olan «içtimai - le social»yi bulmaktır. Bundan sonra elde edeceği neticeleri münferit içtimai ilimler, bu arada tarih, etnografya, folklor gibi diğer yardımcı ilimler kullanacaklardır ve kullanmalıdırlar da. Bir misal: aile müessesesi içinde biyolojik (cinsî insiyak), ferdî (iki cins arasındaki karşılıklı sempati), coğrafi (iklimin izdivaç yaşına tesiri) âmillerin tesiri vardır. Fakat bu gibi tesirlerin yekûnu aileyi vücuda getirmekten uzaktır. Bu tesirler aynı kaldığı halde değişen bir aile şekli, bir aile tipi, bu tip içinde muhtelif (meselâ nişanlanma, evlenme, dinî veya lâik nikâh akdi, boşanma gibi) ailevi müesseselerin istihaleleri vardır. İşte içtimaiyatın vazifesi, sosyal olan bu şekilleri, tipleri ve istihaleleri tarihin, etnografyanın, içtimai realite üzerinde yapılacak müşahade ve anketlerin yardımı ile bulup göstermekten ibarettir.

Fakat bir sorgu ile karşılaşıyoruz: Tek tek göz önüne alınan içtimai ilimlerden ayrı bir içtimaiyattan ne mânada bahsedilebilir? Geçen asrın ortalarında ve asrımızın ilk çeyreği içinde bu mesele hayli münakaşa edildi. Auguste Comte, bütün içtimai realiteyi kavrayan, hattâ pozitivizm ve üç hal kanunu icabı olarak felsefenin yerini tutan geniş bir içtimaiyat fikrini ortaya attı²⁷.

Durkheim da bu fikirde midir? verdiği cevabı gözden geçirelim:

«Bugün pozitivizm doktrininden elimizde pek az şey kalmıştır. Üç hal kanununun şimdiki kıymeti sadece tarihidir. Comte'un meseleyi ifade ediş tarzı, onu halledilmez bir hale sokmuştur. O zannediyordu ki yalnız tek bir kanun vardır ve umumiyetle insan cemiyeti bu kanuna göre serpilmektedir. İçtimaiyatçının vazifesi ise işte bu kanunu keşfetmekten ibarettir. Bu suretle nevî beşerin top-yekûn olarak tek ve aynı bir cemiyet teşkil ettiğini ve daima her yerde aynı istikamette tekâmül eylediğini kabul ediyordu. Hakikatte insanlık, umumî heyetiyle, aklî bir mevcuttur. Reel olarak mevcut olan şey (kabileler, milletler, sîteler, her çeşit Devletler) hususî cemiyetlerdir. Bu cemiyetlerden her biri kendine mahsus şekilde doğar, ölür, ileriler, geriler. Keza bu cemiyetler başka başka olan tekâmülleri birbirine bağlanarak ve aynı düz hattın parçaları tarzında devam etmeksizin muhtelif gayeler takip ederler. Beşerî oluş Comte'un hiç aklına getiremediği bir giriftliğe maliktir²⁸».

Comte'dan sonra bu geniş ve müphem sosyoloji telâkkisi bir müddet daha yaşadı. İngiltere'de Stuart Mill, münferit içtimai ilimlerin yanında bu ilimlerin mevzularını toptan ve bütün giriftlikleri ile gözönüne alan bir içtimaiyata yer verilmesini istedi²⁹. Ona göre bu geniş ve ihata edici ilim, hususî hâdiseler arasındaki karşılıklı münasebetleri, «beraber bulunuş - coexistence» şartlarını araştırıcaktır.

(26) L. von Wiese hakkında memleketimizde şimdiye kadar şu bir kaç tetkik neşredilmiştir: Prof. Kessler: İçtimaiyata başlangıç, 1938; Fuat Hulusi: İçtimai hukuk fikrine ait bazı mülâhazalar, 1937 Ankara; Fındıkoğlu: Almanya'da psikolojik içtimaiyat, 1938, İş Mecmuası, sayı 17-22; H. Ziya: İçtimai doktrinler, 1941. Bunlardan başka "Çığır" mecmuasının 1937-38 koleksiyonlarında müellifin "İçtimaiyat" isimli bir kitabının tarafımızdan yapılmış tercümesinin bir kısmı bulunmaktadır.

(27) Bk: L. Levy-Bruhl: Comte'un felsefesi, Fındıkoğlu tercümesi, 1940.

(28) Bk: E. Durkheim: La Sociologie, 1916 "La Science Française" koleksiyonu, Sf. 8.

(29) Bk: Stuart Mill: Systeme de logique, fasıl VI. Bu fasılın Fransızca Belot tercümesi. Maamalih Mill "sosyoloji" tabirini değil, "umumî içtimai ilim - science social generale" tabirini kullanıyor. Fakat maksat aynıdır.

Fakat böyle bir içtimaiyat, ilmî bakımdan doğru değildir. Zira bir defa hususî olan içtimai ilimler yetesiye ile rilememişlerdir. Sonra bu ilerileme gerçekleşmiş olsa bile «hususî»lerden, yani meselâ hukukî, iktisadî hâdiselerden ayrı bir «umumî» düşünmek skolâstisizmin düştüğü hataların tekrârüne yol açabilir. Fransız sosyologlarından Fauconnet ile birlikte Durkheim'in dediği gibi: «Umumî'ler daima hususî'ler içindedirler³⁰». Böyle olmakla beraber sosyolojinin isim babası olan Comte, ve onu devam ettiren Stuart Mill, aynı zamanda içtimaiî şey'niyetin giriftliği duygusuna da maliktirler. İctimaiyatın inkişafını, sosyal hâdiselerin incelenmesinden bekleyen Comte'un bu sezgisini tefsir vesilesiyle Durkheim şu neticeye varıyor: «İlim, hususî, mahdud meselelerden teşekkül eder. Bu meseleler birbirine bağlı olmak ile beraber birbirinden ayrı olarak araştırılmalıdır. Aralarındaki bağlılık, ancak ilmin terakkisi nisbetinde yavaş yavaş belirecektir. İctimaiyat, içtimaiî realiteyi toptan ve umumî heyeti ile kavramaktan vazgeçerek bu realiteye bilâkis tahlili sokmak, hususî meselelere malzeme olmağa yarayacak muhtelif parçaları, unsurları bulup çıkarmak suretiyle hakikî bir müsbet ilim olabilecektir³¹».

Bougle'ye göre:

Fransız içtimaiyat mektebinin şeflerinden olup bizde de tanınan. C. Bougle³², içtimaiyatı, Durkheim gibi tarif etmektedir: İctimaiyat, içtimaiî hâdiseleri, yani âdetler ve kanunlar halinde objektifleşen mâ'şerî itiyadlardan, merasim ve teknikten ibaret hukukî, siyâsî, iktisadî, dinî ve edebî müessese tiplerini araştırarak bir ilimdir³³. Bu araştırmalar cemiyetin tabiat içinde ayrı bir saltanat, ayrı bir âlem teşkil ettiğini, hâdiselerinin tabiat hâdiseleri gibi kanuna tâbi olduğunu gösterecektir. Sonra bu umumî kanunlardan istifade edecek münferit içtimaiî ilimler, sosyolojik bir zihniyet kazanırlar. Bilhassa hukuk sosyolojisinin, bundan kazanacağı hizmetler çok büyüktür. Zaten şimdiden hukuk, sosyolojinin bu yardımından istifade etmeğe başlamıştır³⁴.

Gaston Richard'a göre:

İlk zamanlarda Durkheim mektebine mensup iken son zamanlarda telâki farklarından dolayı ayrılan, memleketimizde de az ve çok maruf olan G. Richard'a göre sosyolojinin tarifi, içtimaiî realitenin tetkiki ile alâkalı üç çeşit bilginin birbirinden ayırd edilmesi kabilidir. Bu üç çeşit bilgi şunlardır:

— *Tasvirî bilgi*: Yazı ve zenaat vücuda getirmiş halkların medeniyet tarihi, yazılı eserleri bulunmayan halkların etnografyası, tarihten önceği çağ-

larda yaşamış halkların paleontolojisi... gibi.

— *Mücerret bilgi*: İctimai hayatın ve müesseselerin yalnız birini yoklayan iktisat, hukuk, estetik... gibi.

— *Mukayeseli bilgi*: İctimai hayat ve müesseseleri topunu birden gözönüne alarak mukayeseli ve tekevvünî, yani hâdis ve müesseselerin «oluş - genese» larını yoklayıcı bilgiler ki umumiyetle içtimaiyat denince kasdedilen şey de bundan ibarettir. G. Richard, daha fazla aydınlık temin etmek için «mukayeseli içtimaiyat -sociologie comparee» tabirini tercih etmekte ve şu izahatı vermektedir: Tasvirî (tarih, etnografya, paleontoloji) ilimlerle mücerret tahlilci (iktisat, hukuk) ilimler arasında yer alan mukayeseli içtimaiyat, evvelkilere nisbetle daha az müşahhas, ikincilere nisbetle daha az mücerrettir. Bu ilmin seciyesi, bir çok münekkitletce yanlış anlaşılmış, bazıları mukayeseli içtimaiyatı tarih içinde eritmek, bazıları da onun vazifelerini münferit içtimaiî ilimlere pay etmek istemişlerdir. Hakikatte içtimaiyatın meşruiyetini temin eden cihet de kendisinin yukarıda anlattığımız birinci ve ikinci çeşit ilimler arasına girmesidir. İctimaiyatçının tetkiklerine baş vurmaya istatistikçi ve iktisatçı, tarihçinin, filologun, etnografyacının... araştırmalarına yabancı kalacaktır. Hattâ bu ya-

bancılık dolayısıyla münferit içtimaiî ilimlerin, birbirlerinden habersiz, hattâ kısır neticeler doğurması tehlikesi de vardır. Tasvirî ilimlerin sadece müşahhas, münferit içtimaiî ilimlerin sadece mücerret olan mahsulleri, ancak içtimaiyat potasında eritmek şartıyla ilmî bir seciye kazanır. Bu ameliye neticesindedir ki içtimaiyat «içtimaiî tipler - les types sociaux» bulan ve bunları birbirine bağlayan bir ilim haline gelecektir³⁵.

R. Maunier'ye göre:

Ötedenberi bir çok tarih feylesoflarının da muhtelif tefsirlerle müşterek oldukları «içtimaiyat, beşerî inkişafın ilmidir» tarzındaki tarifleri tenkit ile başlayan Maunier, bu gibi kaziyelerdeki ilim ve inkişaf unsurlarını ele alıyor. Ancak «olan - ce qui est»ın, vakıanın ilmi olabilir. İnkişaf ise «olması lâzım gelen - ce qui doit être»le karışır. Böyle bir tarif, bizi yeniden eski içtimaiyata, içtimaiî felsefe veya tarih felsefesi denen çığra götürebilir. Bu itibarla tarif üzerinde ilmî zihniyetin istediği değişiklikler yapılmalıdır. Maunier şöyle bir tarife vâsıl oluyor: «İctimaiyat, zaman ve mekân içinde görülebilen, insan cemiyetlerinin tasviri, mukayeseli ve izahlı tetkikidir³⁶».

Bu tariftteki başlıca esaslar şunlardır:

(30) Bk: Fauconnet et Durkheim: Sociologie et sciences sociales, Revue philosophique, 1903, Sî. 466.
(31) Bk: E. Durkheim: La Sociologie, 1916 Paris, Sî. 9.
(32) Filhakika C. Bougle, memleketimizde oldukça tanınmış bir sosyologdur. Henüz Durkheim ile alâkadarlık görülmeden önce genç bir Türk mütelekkiri, şuurlu ve anlayışlı bir zihniyet ile Bougle'nin mühim bir esnâni tercüme etmiştir. İlmî içtimaiî nedir: Bk: M. Sulhi. Daha sonra Bougle, İstanbul'a gelerek bir kaç konferans vermiştir: Bk: Yeni Mecmuası, 1924. Son zamanlarda "Kiymetlerin tekâmülü" ismindeki eserinden bazı parçalar "Felsefe ve İctimaiyat Mecmuası"nda intişar etti. Bu hususta daha ileride etraflı malûmat vereceğiz.
(33) Bk: C. Bougle: Bilan de la sociologie française contemporaine, 1935, Sî. VI.
(34) Bk: C. Bougle: Sociologie juridique (Bilan de la sociologienin. V inci faslı, Sî. 95). Bu etüd tarafımızdan tercüme edilerek neşredilmiştir.

(35) G. Richard, memleketimiz için, yabancı değildir. Durkheim mektebine ait bütün Türkçe eserlerde ondan bahsedildiği görülür. Kısa, fakat çok faydalı olan "İctimaiyat - Sociologie" 1928 de tercüme ve neşredilmiştir. Bundan başka G. Richard Türk aile sosyolojisine hususî bir ehemmiyet vermesi itibarıyla de bizi alâkadar eder. Z. Gökalp'ın Türk ailesine ait araştırmaları, ana sezgi itibarıyla G. R. dan müthemdir. Bu hususta zengin bir kütübyat için "Türk aile hukukunun istihalesi" ismindeki Fransızca esere de bakılabilir. Fransız içtimaiyatçısı "Tarihte kadın" ismini taşıyan kitabında, burada tarifini naklettığımız içtimaiyatın tatbikatını yapmış ve Türk ailesinin tekâmül seyrini göstermiştir.
(36) R. Maunier, memleketimizde hemen hiç tanınmamış bir Fransız içtimaiyatçısıdır. Ankara Hukuk Fakültesinde içtimaiyat tedris eden muhterem Prof. M. Emin'in, bu sosyologdan müthem olduğu anlaşılıyor: Bk: Sosyoloji notları, Ankara Hukuk Fakültesi talebe neşriyatından, daktilografi ile çoğaltılmış notlardan, 1940. Maunier'in bizim için ayrı bir ehemmiyeti de onun vaktiyle Cezayir'de sosyoloji profesörlüğü yaparken İbni Haldun'a karşı beslediği hususî alâka ve yaptığı neşriyatıdır. Bu hususta "Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1940, sayı " de neşrettığımız "İbni Haldun ve hukuka ait fikirleri"nde bibliyografik malûmata rastlanabilir.

• Mümkün (possible) veya mefkûrevî (ideal) den değil, olandan, şe'nî (reel) den hareket etmek;

• Mutlak ve belirsiz bir cemiyet'i değil, zaman ve mekânları belli olan cemiyetler'i gözönüne almak;

• Umumiyetle insan mefhumu üzerinde muhakemeler yapacak yerde vakıaların «tasvir - description»ine, «mukayese - comparraison» sine ve nihayet «izah, anlatılış - explication»ına ehemmiyet vermek.

Bu esaslara dayanarak kurulacak bir içtimaiyat ile münferit içtimai ilimler arasındaki münakaşalı meseleye artık halledilmiş nazariyle bakılabilir. Hususî içtimai hâdiseler, (meselâ yalnız başına iktisadî, yalnız başına hukukî olanlar) ancak içtimai hâdiselerin

bütünü gözönüne alınmak suretiyle anlaşılacaktır³⁷.

İşte hukuk ile sosyolojinin ayrı ayrı yapılan tarifleri hakkındaki bahsimiz burada nihayete eriyor. Bundan sonra bu iki disiplini birleştirerek mütalâa edeceğiz, yani hukuk ile içtimaiyat tariflerini birbirine yaklaştırmak suretiyle «hukuk sosyolojisi, hukukî içtimaiyat - sociologie juridique - rechtssoziologie»ın mevzuunu ele alacağız. O zaman doğrudan doğruya hukukî olan derslerin (yani medenî hukukun, ceza hukukunun, esas teşkilât hukukunun... ilâh) yanında yer almak istiyen içtimaiyatın hukuk ilimlerine yapacağı hizmet daha iyi anlaşılacak, hukuksuz bir sosyolojinin bereketsizliği kadar sosyolojisiz bir hukukun da kuruluşu ve basitliği, bilhassa modern içtimai ihtiyaçlara cevap veremeyeceği belirecektir.

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 1943-1944 Yılı Açılış Dersi

Esat ARSEBÜK'

Bayanlar, Baylar:

Bugünkü dünya durumuna göre tam bir huzurun hüküm sürdüğü bir memleket evlâtları bulunmak mutluluğuna kavuşmuş olan bizler, 1943-1944 ders yılına şimdi girmiş bulunuyoruz. Bu ders yılı ile Fakültemiz 19. yaşına basmış oluyor. Bu müddet içinde yüzde onuna yakını kız olmak üzere 2722 mezun verdik. Memleket işlerinin hemen her şubesinde değerli hizmetleriyle vatana faydalı olan bu arkadaşlarımızı bu azimli kararlarından dolayı tebrik etmek isterim; çünkü cemiyet hayatının en tabîî ve en selâhiyetli düzcisi hukukçudur. Hâkim, müddeiumumi, avukat sıfatıyla cemiyetin hastalıklarını tedavi eden yine hukukçudur. Çarpışan zıt menfaatleri telif etmek, uyuşturmak hukukçuya düşen bir ödevdir. Sonra sosyal hayatın lüzumlu kıldığı kanunları, nizamları meydana getirmek, onları ihtiyaçlara göre değiştirmek ödevi de hukukçuya aittir. Bütün bu önemli vazifeleri üstlenen genç arkadaşlarımızı bu kürsüden selamlamakla bahtiyarım.

Bir Hukuk Fakültesinin açılış dersinde, bilhassa bu mesleğe yeni adım atanların zihinlerinde bir soru belirir: hukuk ne demektir? Cesaretinizi kırarak istememekle beraber hemen ilâve

edeyim ki bu sorunun cevabında hukukçular arasında tam bir anlaşma yoktur. Meşhur filozof Kant, "Hukukçular kendi hukuk mefhumlarına hâlâ bir tarif aramaktadır" diyerek bu durumu alaylı bir deyim ile ortaya atmaktadır. Kant'ın ölümünden beri yüz kırk sene geçtiği halde bu tarif yine bulunamadı. Hukuk Felsefesi dersinde sizler de bu tarifi profesörünüzle birlikte tekrar arayacaksınız. İnsanlık kadar eski olan bir müessesenin tarifi neden yapılamıyor diyeceksiniz. Hukuk terimini ne gibi anlamlarda kullandığımızı gözden geçirsek sorunuza cevap vermekteki güçlüğü siz de takdir edersiniz.

Aşağıda verilecek izahların kolaylıkla anlaşılabilmesi için müsaade ediniz de sözlerime bir benzetişle başlayayım: yaşamak için yiyecek lâzımdır. Biz bu çocuğa (mama) terimiyle anlatırız. Yaş ilerledikçe (mama) yerine birçok yemek isimleri kaim olur. Fakat bütün bu isimlerin altında ehemmiyetleri ancak hekimlikle uğraşanlarca bilinen, azor, vitamin ve saire gibi hayata lüzumlu olan birçok maddeler gizlenmiştir. Şimdi sizler de bu mesleğe ilk adımlarınızı atıyorsunuz. Onun için sizlere de (mama) kelimesi kadar (yalınç=basit) ve ancak onun kadar doğru bir cümle ile derse giriyorum: hukuk

(37) Bk: R. Maunier: Introduction a la sociologie, Paris, 1929, Sf. 3.

* Ord. Prof., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu makale Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.1, S.2, 1943, s.181-191'den aynen alınmıştır.

dil bakımından haklar demektir. Fakat hukuk daima haklar anlamına gelmediği gibi "haklar" kelimesinden de her vakit hukuk mânası çıkmaz. Bugünkü kullanışa göre "Hukuk Mahkemesi", "Hukuk Fakültesi", "Hukuk Felsefesi" yerine Haklar Mahkemesi, Haklar Fakültesi, Haklar Felsefesi diyemezsiniz; karı veya kocanın hakları tâbiri de karı veya koca hukukunu anlatmaz. Şimdi "hak" terimini nerelerde kullanabiliriz? Bunu araştıralım.

Birinci misal – Bir şey yapmak istiyorsunuz. Buna izin vermiyorlar. Demek ki istediğiniz şeyi yapmaya hakkınız yoktur. Niçin? Bu sorunun izahında karşımıza sayılamayacak kadar çok ihtimaller çıkar. Bu ihtimalleri (= olasılıkları) birer birer incelediğimiz zaman bunların iki grup etrafında toplandığını görürüz. Yapmak istediğiniz şeyi size yaptırmamak ya sizin menfaatiniz içindir şu halde sizi bir zarardan koruma fikri hâkim oluyor; yahut başkalarının menfaati içindir, çünkü hiç kimse başkalarına zarar veremez. Görülüyor ki kendi menfaatlerini takdir edemeyecek durumda olanların kendilerine zararlı bulunan şeyleri yapmaya hakları yoktur. Ancak kendi menfaatlerini takdir edecek bir olgunluğa erişenler de bazı şeyleri yapmak hakkından mahrumdurlar, çünkü başkalarının menfaatleri bunu icabettirir. İşte bu misalde hak terimi yekdiğerinden tamamen ayrı iki mânada kullanılıyor. İleriki derslerimizde bu iki gruptan birincisini "ehliyet=yetiklik" terimiyle ifade edeceğiz.

İkinci misal – Yine bir şey yapmak istiyorsunuz. Bu sefer "hakkınız var" diyorlar. Demek ki yapmak istediğiniz şeyin yerine getirilmesinde cemiyet için bir zarar yoktur. Cemiyet sizin yani ferdin bu yolda bir harekette bulun-

masına izin vermiştir. İşte (hak) verilen bu izinden doğuyor. Cemiyetin bu tarzdaki müsaadesi kanun ismini verdiğimiz bir belge ile tesbit olunur. Kanun soyut (= mücerret) mahiyeti haiz birtakım genel kurallardan ibarettir ki bunlara da hukuk deriz. Bu mânaya göre hukuk, cemiyet halinde yaşayan insanlar arasındaki münasebetleri düzenleyen ve kendilerine uyulması lâzım gelen kaidelerin bütünü demek olur. Bu kaideler zamanla, mekânla değişir. Şu halde bir zamanda veya bir yerde hak olan bir şey diğer zamanda veya uzay (= mekân) da hak olmayabilir. Meselâ eski hukukumuzun tanıdığı haklardan bir çoğunu bugünkü hukukumuz tanımaz ve meselâ Almanya ve Fransa'ya göre hak olan bir şeyin Türkiye'ye göre hak sayılmaması mümkündür. Bu anlamdaki hak kavramı "nesnel hukuk" terimiyle ifade edilir.

Üçüncü misal – Yaşı belirli bir hadde gelen her Türk bir aile kurabilir. Kanun buna izin vermiştir. Fakat bu izinden o yaştakilerin mutlaka evlenmeye zorlanacakları anlamı çıkmaz. Evlenmeye hakkı olan bir şahsın evlenmemesi ve böylece bütün hayatınca bekâr yaşaması mümkündür. Şu halde "Ferdin evlenmeye hakkı vardır" sözü ferde tanınmış olan bir selâhiyeti anlatır. Bu selâhiyeti kullanıp kullanmamakta fert bugün tamamen serbest bırakılmıştır. Ferdin bu serbestliğini, ergenliğini anlatmak için de hak kelimesini kullanırız. Ancak nesnel hukuktan ayırmak için buna, özel hukuk, denilir. Hemen şurasını da ilâve edeyim ki askerlik çağına gelen her ferdin askerliğini yapması da bir haktır; ancak fert bu hakkı kullanıp kullanmamakta serbest bırakılmıştır. Yine böylece hiç kimse hürriyetini bir başkasına satamaz. Gö-

rüyorsunuz ki buralarda hak bir yüküm (= mükellefiyet) şeklinde göze çarpmıyor.

Dördüncü misal – "Filân zat dünya hukukunu kavramış değerli bir bilgindir" cümlesinde de (hukuk) terimini kullanıyoruz. Burada birtakım devletlerin hususi hukuku bahis mevzuudur. Demek ki hukuk bazan dünyada yürürlükte bulunan veya bulunmuş olan kanunların hepsini ifade eder. Fakat bu surette hukuk kelimesi çok defa bir vasıfı birlikte kullanılır. Bu vasıf bir din olabilir: islâm hukuku, kilise hukuku gibi; bir millet olabilir: Türk hukuku, Anglasakson hukuku, Jermen hukuku gibi; belirli bir konu olabilir: Ceza hukuku, Borçlar hukuku, Ticaret hukuku, İş hukuku gibi. Bu misallerde de nesnel hukukun değişik bir şekline rastlıyoruz.

Beşinci misal – Şimdi hak kelimesinin anlattığı mânalardan birine daha geliyorum. Bir milletin hakka olan bağlılığını, ona karşı fitrî temayülünü (= yönseme'sini) göstermesi itibariyle bu mâna fikrimce en önemlisidir. Bu mânadaki hak, hepimizin bildiğiniz istiklâl marşımızda geçer:

*Hakkadır hakka tapan
milletimin istiklâl*

İşte burada hak tanrılaştırılmıştır ve garp memleketlerinin hiçbirinde hakka bu derece yüksek bir mefhum verilmediğine işaret etmeliyim.

Bu misalleri daha çoğaltarak (hukuk) teriminin anlattığı diğer az çok değişik anlamları göstermek mümkündür. İleriki derslerimizde bu konuya tekrar döneceğiz. İşte birbirine karşıt (= zıt) denecek kadar çok anlam tek bir tarif içine sokmaktaki güçlük dükkü hukukçuların gözlerinden kaçmamıştır;

bugünkü hukukçuların gözlerinden kaçmıyor; yarınki hukukçuların da gözlerinden kaçmayacaktır. Hukukun tam bir tarifinin yapılmaması işte bu sebeplerden ileri gelir.

Hukuk sosyal bir ilimdir; fakat hayatta pratik bir alan işgal eder ve nazari olan sosyolojiden bu noktada ayrılır. Bu bakımdan topluluk hayatının zorunlu (=zaruri) bir öge (=unsur) sidir. En iptidai durumdan modern cemiyetlere kadar her toplulukta bir hukuk nizamı göze çarpar. Fakat acaba bu nizam nasıl meydana gelir? Bu soruyu klâsik kitapların yürüdüğü yollardan giderek anlatmaya çalışacak değilim. Bu, ileri ki derslerimizin konusunu teşkil edecektir. Ben burada klâsik metodlardan tamamen uzak kalmak ve hukuk mesleğine yeni girenlerin kolaylıkla kavrayabilecekleri bir düşünüş tarzıyla konumuzu aydınlatmaya uğraşacağım. Mademki hukuk pratik doğa (= mahiyet) yı haizdir, o halde fertler arasında çıkabilecek anlaşmazlıkları, her iki tarafın menfaatlerini koruyarak halletmek lâzım gelecektir. Bu ihtilâfların topluluk hayatıyla beraber başladığında şüphe yoktur. Şu halde hukukta her kurum (=müessese), ilk kaynağını pratik hayattan alır. Birkaç misal bu iddianın doğruluğunu göstermeye yetecektir.

1- Medeni Kanunumuzun 315 ten 317 inciye kadar olan maddeleri nafaka vermek borcundan bahseder. Burada kanunun ferde yüklettiği bir borca şahit oluyorsunuz. Fakat, bu kanun koyucusu tarafından yaratılmış bir hüküm değildir: çocukların ana babaları tarafından beslenmesi, çocuğun ana babasına yardım etmesi tabiatın telkin ettiği bir içgüdüye dayanır. Kanun koyucusu bu yardımın topluluk hayatı bakımından

lüzumlu olduğunu görmüş ve onu kanun ifadesiyle tanzim eylemiştir: "Herkes, yardım görmediği surette zorluğa düşecek olan ana babasına veya çocuklarına, kız ve erkek kardeşlerine yardım etmekle mükelleftir."

2- Ticari ortaklıklar dahi bu hususa bir misal teşkil ederler. Filhakika burada ticaret âleminde zamanla yerleşen âdetlerin en göze çarpan bir tezahürü ile karşılaşırız. Belirli bir menfaatin elde edilmesi için birden ziyade kimse-lerin çalışmaları halinde o menfaatten bütün çalışanların faydalanmaları kadar tabii bir şey olamaz. İşte ticari şirketlerin gelişimine bu doğal (=tabii) düşünce kâfi gelmiş ve ilk zamanlarda hukukçuların bu hususa dair hiçbir yardımı dokunmadığı bugün herkesçe kabul edilmekte bulunmuştur. Şu halde 19'uncu asrın bu alandaki kanunları yeni bir şey yaratmış değildirler. Bugünkü ticari şirket konusunun bütün temel öğeleri yüz yıllarca devam edegelen tatbikattan alınmıştır. Vakaa bu gibi şirketlerin neveleri arasındaki farklar elimizdeki kanunlarda gösterildiği derecede açık değildir. Meselâ komandit ismi verilen şirketler, bu hususiyeti haiz bulunmıyorlardı. Komanditerlerin taahhütlerine nasıl hukuki bir mahiyet verileceği etrafında büyük tedrütler vardı. Ve nihayet anonim adı verilen şirketlerdeki soravlılık (=mesuliyet), sermayeye değil belki hakla münasebete girişen şahsa tevcih ediliyordu. İşte kanun koyucusu tatbikattan doğan ve tatbikat alanında yaşayan ticaret şirketleri müessesesine bir düzen ve vuzuh verebilmek için işe müdahale etmiş oldu.

3- İhtira beratlarına dair olan kanunumuz 1879 tarihli'dir. Bu kanun Fransa'nın 1791 ve 1842 tarihli kanunların-

dan alınmıştır. Bu izahata göre 1791 yılından evvel ihtira beratlarına dair bir hüküm bulunmadığı ve bu alandaki maddelerin kanun koyucusu tarafından yaratıldığı neticesini çıkarabilir miyiz? Hiç sanmıyorum. Çünkü meselâ 17. asırda Fransa'da ihtira beratı ismi olmamakla beraber ihtira sahibine muvakkat bir monopol hakkı tanındığı, ihtiranın himaye edilebilmesi için yeni bir buluşun meydana getirilmesi lazım geldiği, ihtiranın sınaî bakımdan bir fayda temin etmesi icabeyliyeceği gibi esaslar tatbik olunmakta idi. Esasen Fransa'ya kadar gitmeye ne hacet! Bundan 156 sene evvel vefat eden bir şairimiz Sümbülzade Vehbi, başkalarının şiirlerini kendilerine mal edenler hakkında şu hükmü veriyordu:

*Sirkati şiir edene kat'ı zeban lâzımdır
Böyledir şer'i belâgatta fetavâyı süban*

Bu ve buna benzer misalleri istediğimiz kadar çoğaltabiliriz. Bunlarla ispat etmek istediğimiz şey şudur: hukuk cemiyetin içinden doğar. Fakat bu misallere bakarak kanun koyucusunun rolünün mevcut hakların tesbitinden ibaret bulunduğunu, daha açık bir deyim ile hukuku yaratmanın kanun koyucusuna düşen bir ödev olmadığını ileri sürebilir miyiz? Eğer kanun koyucusunun ödevi, tatbikattaki gelişmelere bakarak bütün hukuki müesseselere sosyal metotlarla bir düzen vermekten ibaret olsaydı bu iddiamıza sabit olmuş gözüyle bakabilirdik. Bu takdirde nasıl ki bir doktor hastasının nabızlarını muayene, hararet derecesini takibederek hastayla yakından ilgilenmekle meslekî yetkisini teslim ettirir; nasıl ki her hangi bir tacir kendi çevresinin ihtiyaçlarını hissetmek ve kavramakla işinde başarı gösterir; kanun koyucusu da

kudretini, topluluk ihtiyacını, muamelelerin takibettiği cereyandan hissederek o muameleleri ihtiyaçlara en uygun şekilde tanzim edebilmekle ispat etmiş sayılır diyebilmemiz lâzım gelirdi. Şunu ilâve edeyim ki bu fikri müdafaa eden bilginler de yok değildir. Nitekim bir esas teşkilât kanununun sistemleştirilmiş ve genelleştirilmiş bir politika olduğunu ve bunun zamanla organik bir hale geldiğini ileri süren mücllif Tarde söylediğim bilim adamlarının başında gelir. Bu görüş, kanun koyucusunun rolünü küçümsemekte oldukça ileri gitmiştir. Vakaa kanun halkın ruhunda varlığını hissettiren müphem ve karışık fikirlerin, nesnel ve genel ilkelere ifadesidir. Bu itibarla kanunları, menfaatleri çarpışan ilgililer arasında yapılan bir sulh anlaşması diye vasıflandırabiliriz. Fakat fertlerin serbest iradeleriyle de kanunların yapıldığı hallere rüşyoruz. Kanunların zaman zaman değişmesi, bugünkü bir durumun yerine yeni bir durumun geçmesi demektir. Kanunlarda yapılan her değişikliğin kanunların topluluğun iyiliği, refahı bakımından daha yetkin (=mükâmil) bir hale sokar.

Şimdiye kadar söylediklerimizin özü bizi aşağıdaki sonuçlarla karşılaşır.

a- Fertler arasındaki münasebetler topluluğun içinden doğan birtakım dayanaklara tâbidir. Bu doğum hâdisesine spontanité (= içindenlik) deriz. Bu dayanaklar kanun koyucusunun çözümleme (=tahlil) sinden geçer ve nesnel bir mahiyet alır. Burada hukuki ilkelere bir düşünce neticesinde ve pozitif şekilde vücut bulduğuna şahit oluruz. Bu suretle meydana gelen kanun, sosyal hayat veri (=mûta) lerinin üstüne çıkar ve çok defa onlardan daha ile-

ri gider. İşte kanunlaştırmada salım bir düşüncenin rolü burada başlar. Çünkü hukukun üzerine aldığı ödev yalnız olayları sistemleştirmekten ibaret değildir. İnsan aklı, insan zekâsı bir konu üzerinde durursa yalnız gözlem (= müşahade) ile kalmaz. İnsanlık yüz yıllarca müddet ağaçtan meyvanın düştüğünü görmüştür. Kayanın uçurumdan yuvarlanması ile koparılan meyvanın düşmesi gibi olayların genel surette izahına mecburiyet duyan insan nihayet yerçekimi kanununu bulup çıkardı. Sosyal olaylarda da aynı evrim (=tekâmül) ile karşılaşırız. Şu halde kanun koyucusu, sadece cemiyet içinden doğan hukuku tesbit etmekle kalmaz; kendi de hukuk yaratır.

Hukukun kıymeti topluluk hayatının düzenlenmesinde, birbirleriyle çarpışan karşıt menfaatlerin telifinde gösterdiği başarı derecesi ile ölçülür. İşte bundan dolayıdır ki sosyal hayatı tetkik eden, onu inceleyen ve içtimai olguları tasnif eden sosyolojinin yanı başında cemiyetin iyiliği, esenliği, şenliği için düzgü (=düstur) ler bulmaya çalışan ayrı bir bilim şubesinin bulunduğunu da kabul ediyoruz. Bunun adı "Hukuk ilmi" dir. Fakat sosyal hayattaki olgu kavramı pek karmaşık (=mudil=comp-lexe) bir manzara arz eder. Bundan ötürü sosyal olgularla hukukun kıymetleri arasındaki münasebetlerin yalın (=basit) bir formül ile ifadesine imkân bulunamıyor: meselâ insan zekâsını sırf tabii olgular gözlemiyle meydana koyduğu yerçekimi teorisi istisnasız olduğu halde yine insan zekâsının sosyal olguları inceleyerek elde ettiği hukuk düzgüleri arasında böyle istisnasız bir kaidemiz yoktur. Görülüyor ki hukuk nizamının nasıl meydana geldiği sorusu üzerinden yürüyerek vardığımız netice

dahi bize hukukun bir tarif içine sokulmasına imkân olmadığını gösterir.

Meseleyi biraz daha yakından inceleyecek olursak görürüz ki sosyal olgular, pozitif bir tetkikin konusu olamazlar. Çünkü sosyal hayattan çıkabilecek olan düzgü (=düstur) lerin oldukları gibi kabul edilmelerine çok defa cemiyetin menfaatleri müsaade etmez. Bazı temayül (=yönseme) lerin önüne geçmek de hukuka düşen bir ödevdir. Filhakika bir cemiyette göze çarpan her hangi bir yönsemenin mutlaka iyiye, esenliğe teveccüh etmesi zorunlu (=zaruri) değildir. Meselâ bir memlekette çocuk yetiştirmemeye veya alkolizme doğru açık bir temayül belirirse, kanun koyucusu bu gibi belirtileri, mahza topluluğun arzu ve isteklerine uygun olması bahanesiyle koruyacak ve teşri edecek değildir. Çünkü hukuktaki kıymet anlamı, olguların çok üstündedir. Bu itibarla sosyal olgular her vakit hukuk kaideleriyle kıymetlendirilemez.

Şimdi hukukun teknik bakımdan olan durumuna geçelim. Burada konumuzun çok meraklı birtakım safhaları üzerinde gezineceğiz: hukukta ilkelere ve sistemlerin meydana gelmesi, mantığın kullanış tarzı ve rolü, konseptüalizm (=kavramcılık) ve en sonra da hukuk çalışmalarında kullanılan iki ana yol: karine ve fiction (=yapıntı). Ancak aşağıdaki sözlerimin anlaşılabilmesi için tekniğin hukukun yapımında (=élaboration) hakim olan iki genel karakterini size göstermeliyim. Çünkü teknik teriminin hukukta iki ayrı manası vardır ki biri takibolunan gayenin, diğeri bu gayeye varmak için kullanılan araç (=vasıta)ın karakterine ilave edilir ve her iki halde teknik terimi bu karakterin vasfı mahiyetini alır.

I- Hukuk ilkeleri ve sistemleri: Sal-eiffes, Thaller, Le Fur gibi büyük hukuk adamlarının fikrince hukuk sosyal hayat verilerinin bir düzene konulmasından ve kurallaştırılmasından ibarettir. Bunun yapılabilmesi için birbirinden ayrı gibi görünen muhtelif olguların müşterek öge (=unsur) leri aranır ve çok defa tümevarımla (induction) birtakım hukuk kaideleri elde edilir. Pozitif verilerin tetkikinden meydana gelen bu kurallar, işte hukuki münasebetlerimizde tatbik edilecek ana ilkelere dir. Fakat bu ilkelerin pratik olaylara tatbiki için ikinci bir metoda ihtiyaç vardır ki o da tümdengelim (= déduction) dir. Bu iki metot, hukuk ilmi ile hukukun tatbikatı arasındaki sıkı münasebeti gösterir. Filhakika zaten ilim, olup gelen şeylerde birlik kurmak için harcanan bir emekten başka bir şey midir? Bu bakımdan hukuk, sosyolojinin tam mânasiyle ilmi bir safbaşı olur. Tümevarım ve tümdengelim metotlarının hakkıyla kavranması ve yerinde kullanılmasının iyi bir hukukçu olabilmenin ilk şartı olduğunu da unutmamalıyız. Bakınız size biraz evvel adımı andığım Thaller ne diyor: "hukuki bir sistemin meydana gelmesi için sosyal hayatın verileri üzerinde durmak kâfi gelmez; belki verilere dayanan realiteleri bilim bakımından tetkik etmek, bunlar arasında hukuki birlik meydana getirmek ve böylece onları düzenlemek icabeder. Hukukun her müessesesi esaslı bir sentezin mahsulüdür. Kanun adamının ödevi incelediği sosyal olguları, onların gayelerine bakarak eldeki sistem kategorilerinden birine sokmak ve bu yapılamıyorsa yeni bir kategori meydana getirmektir..." Vakaa hukukçuyu ilgilendiren her olay tek bir hukuk kuralı ile halledilemez. Çok defa bir mese-

lenin halli iki veya daha ziyade ilkeye ihtiyaç gösterir. Bu ilkelerin bazı halde yekdiğerinin karşısı (= zıddı) olduğuna da ileriki derslerinizde şahit olacaksınız. Çünkü hayat, ihtiva ettiği zengin kaynaklara dayanarak en kudretli kanun koyucusunun tasavvur bile edemeyeceği olgular yaratır ve böylece hukukçuyu yeni birtakım olaylarla karşılaştırır. İşte hukuktaki kuralların istisnasız olmaması bundan ilerigedir. Şu halde ne kadar garip görünürse görünün hukukta istisnalar, ilkelerin doğruluğunu teyidederler.

II- Hukukta mantığın kullanılış tarzı ve rolü; hukukla sosyolojiyi karşılaştırdığımız zaman, gerek kavramlar, gerek mantığın kullanılışı bakımından aralarında çok büyük farklara şahit oluruz. Sosyoloji, topluluk hayatının araçsız verileri (données immédiates) ile birlikte yürüyen bir ilimdir. Bu itibarla tümdengelimler ve bu metoda dayanan teoriler bu ilimde büyük bir yer tutmaz. Halbuki hukukta zamanla olgunlaşmış, gelişmiş mantık makinesinin uzun zincirleri arasında yürütmek zorundasınız. Şurasını da ilâve edeyim ki deneysel (=tecrübi) olmaklık vasfı hukukta olduğu kadar sosyolojide de yer alır. Ancak sosyolojide ilmin temeli deney (=tecrübe)dir. Halbuki hukukta tecrübenin rolü mantık mekanizmasının eksiklerini tamamlamak başka bir deyim ile ona lüzumlu olan canlılığını ver-bilmektir. Demek ki sosyolojide temel olan bir şey hukukta sadece bir öge (=unsur) oluyor. Hukukta mantığa dayanamazsanız önemsiz bir görgücülük (= ampirizm) yapmış olursunuz. Tecrübeye başvurmaksızın kullanacağınız mantık sizi sosyal olaylara kıymet verilmeyen bir neticeye götürür. Görüyorsunuz ki bir hukuk kuralı meydana

getirmek için tümevarım ile tümdengelim arasında anlayışlı bir seçim yapmak zorundayız. Bu hiç de sade olmayan oldukça karmaşık (=complexe) bir metottur. Böyle çalışmada başarı gösterebilmek için hukukuğunun birbirine zıt yani karşıt denecek derecede birtakım vasıflara sahip olması icabeder: derin araştırmacı (=investigateur) bir görüş, gördüklerini amansız bir eleştirme (tenkit) ye tâbi tutan bir yetenek (=kabiliyet), hulâsa sezgili bir mantığın bütün vasıfları. Fakat bu yetenekleri tam düzeminde (=dosage adequate) kullanabilmek te şarttır. Bu fikrî çalışmalarda iyi anlam (=bon sens) ın bir tesir gösterip göstermediğini varılan sonuç bize anlatır.

III- Kavramcılık; hukuk alanındaki kavramı diğer bilim alanlarındaki kavramdan ayıran pek esaslı farklar yoktur. Her bilimsel kavramcılık gibi hukuki kavramcılığın da dayanağı soyutlama (abstraction) ve genelleme (généralisation)dir. Cemiyetteki rolü itibariyle hemen daima concret (=somut) olaylarla karşılaşmak zorunda kalan hukukun bu dayanaklara tam bir surette uyması, adapte edilmesi mümkün olmaz. Ancak yetkinsiz (imparfait) olduğu şüphe götürmeyen bu metodun gerçeği (réel) bulma bakımından bize faydası vardır. Çünkü bu sayede biz birçok sosyal realiteleri tek bir kavram etrafında toplamış ve anlamış oluruz. Hukukun belli başlı müesseseleri olan mülkiyet, zaman aşımı, ticari işler, ticarethane, satış ve daha yüzlerce kavramlar, hep kavramcılık yoluyla elde edilmiştir. Vakaa bu metodun birtakım yetkinsizlikleri (imperfection) olduğu meydandadır. Çünkü realiteleri tek bir kılığa sokabilmek için sosyal olgular-daki hususiyetleri ihmal zorunda kalır.

Meselâ kanunumuza göre biri tacir, diğeri küçük tacir olmak üzere iki sınıf tüccar vardır. Halbuki bu yoldaki bir bölme (= taksim) nin sosyal realiteye uymadığını hepimiz bilirsiniz. Kaldı ki sosyal hayatın enginliklerini, oldukça sade bir şekilde hukuka aksettirmekle kavramcılığın hukuktaki etki (tesir) si daha büyüktür. Filhakika kavramların sayısını mümkün olduğu kadar azaltmak için birbirinden pek farklı olan birçok sosyal realiteler bir isim altında toplanılmaktadır. Bunun en tipik misalini aynı şeylerin menkul veya gayrimenkullere ayrılmasında görürüz.

IV- *Karine ve fiction (=yapıntı)*; hukukun teknik bakımdan olan durumunu incelerken üç esaslı metodu gözden geçirdik; bu metotlar sosyal realitelerin cevherlerine dokunmaksızın şekillerinde değişiklikler yapıyordu. Şimdi hukukun meydana getirilmesinde önemli faydaları görülen ve fakat realiteler üzerinde daha derin izler bırakan iki esaslı yolun tetkikine geçiyorum. Bunların birincisi karinedir. Karine belli bir olgudan meçhul bir olguya varmaktır. Bunun en güzel misalini babalık karinesinde buluruz. Bir çocuğun babası kimdir sorusunu doğru bir şekilde cevaplayabilmek için ana rahmine düşme olgusunu kesin olarak bilmekliğimiz lâzım gelirdi; halbuki bu bilinemez. Bilinemeyecek bir şey üzerinde ise ısrar etmek boştur. Şu halde bu işe karışmamak mı lâzım gelir? Bunu diyemezsiniz. Çünkü kanun babaya birçok yüküm (= mükellefiyet)ler tahmil eder. Biraz önce söylediğimiz nafaka borcu bunlardan biridir. Demek ki kesin bilgi konusu olamayan bir realiteye, sorumuzu cevaplandırabilecek bir kural ile varacağız. Evlilik içinde doğan çocuğun babası kocadır; Mk, mad-

de: 241. Görüyorsunuz ki kanun burada kocalığın, doğan çocuğun babalığına bir karine olduğunu kabul eder. Böyle bir yol üzerinde yürümekle acaba hukuk sosyal realitelerden ayrılmış mıdır? Aile fikrine dayanan bir toplulukta kocanın baba olması kaidesi pek çok hallerde sosyal realitenin bir ifadesidir; şu halde bu kural, realiteye büyük ölçüde yaklaşır. Çünkü ispat edilecek olgu ile ilgili bulunan tabii emarelere dayanır. Fakat hukukta başka bir karine daha vardır; kanun, bazı hallerde gerçeğin tam zıddı olan bir kuralı kabul etmek zorunda kalır. Hukukta yer almış olan "herkes kanunları bilir farz olunur" ilkesi işte bu mahiyeti taşımaktadır. Herkes gibi kanun koyucusu da pek iyi bilir ki vatandaşlardan pek çokları çıkan kanunları öğrenmemiş veya öğrenememişlerdir. Eğer kanun koyucusu bir kanun hükmünün bilinmediğini veya bilinemeyeceğini ispat etmekle ferdin kanun hükümlerinden kurtulacağını kabul ederse memleket içinde kanun egemenliği kalmaz; bu ise cemiyetin selâmeti bakımından hiç de kabul edilemez.

Yeni felsefe terimlerinde yapıntı kelimesiyle ifade ettiğimiz fiction'a gelince burada sosyal realitelerin haki ki karakterleri bile bile inkâr olunur ve belirli bir olgunun asıl cevherinde bulunmayan bir karakter hukuk tarafından ona izafe edilir. Bunun misalini evlât edinmede görürüz. Çünkü kanun, çocuğu olmayan bir kimseye bazı şartlar içinde evlât edinme hakkını tanımış ve kendinden olmadığı herkesçe bilinen bir çocuğa o kimsenin evlâdı gözüyle bakmıştır. Yine kanun gibi hukuk, tabii meyvalara bakarak hukuki semerelerin bulunduğunu kabul eder; elma bir ağacın, faiz bir kapitalin, kira

bir dükkânın meyvasıdır. Ve nihayet fizik bakımından menkul mal mahiyetini taşımayan birtakım şeylere de hukuk bu adı vermektedir: ticari senetlerde olduğu gibi. Demek ki yapıntı (= fiction), realistlere karşı giden bir yoldur. Fakat bunun hukukta kabul edilmesi, sosyal realiteleri inkâr etmek için değil; belki bazı olguları hukuki neticelere bağlayabilmek içindir. Çünkü burada sosyal hayatın icapları daima gözönünde tutulur.

Bu incelemeler bize, hukukun ne gibi safhalardan geçtiğini açıkça gösterir. Birinci safhada hukuk daha doğrusu hukukun bir kısmı kolektif hayatın kendiliğinden yarattığı olgulardır. Bu safhada hukuk belginsiz (=imprecis) dir, müphemdir, henüz aydın bir şuurun konusu olamayan birbirine karşıt öğelerden ibarettir. Demek ki sosyal hayatın araçsız verileri, yalnız başlarına hukuku yaratmaya kâfi gelmiyor. İkinci safhada sosyal veriler bilim metotları ile incelenir. Aralarında bazı farklar bulunmasına rağmen bu metotlar her bilim alanında özdeşler. Hukukun teknik erek (=gaye) lerine ancak bilim metotları ile erişilebilir. Çünkü eşit derecede doğru görülen iddialar veya sosyal hayatın içten gelen tepkileri arasından hukuki düzgü (=düstur) lerin çıkarılabilmesi bilim metotlarıyla kabil olur. Fakat yukarda bir münasebetle söylediğimiz gibi bununla da iş

bitmez. Burada kanun koyucusunun hukuku yaratmak zorunda kaldığı üçüncü safhaya giriyoruz. Çünkü bazan sosyal olgulardaki yönsemelerin önüne geçmek; bazan sosyal realiteleri ortalama bir tarzda formüleştirebilmek de hukuka düşen bir ödevdir. Bu alanda kanunun birçoklarınınca keyfi denilen birtakım hükümlerine rastlarız. Meselâ Medeni Kanunumuzun 11. maddesinde "rûst (erginlik) 18 yaşının tamamlanması ile başlar" deniliyor. Bunun gerçekten böyle olduğunun kabul edilebilmesi için olgunluk yaşının bilimsel bir metotla tesbit olunabilmesi lâzım gelirdi. Halbuki bu yaş şahsa göre değişebilir. Kanunda müruru zaman adı verilen zaman aşımı müddetlerinin tayin olunmasında da bu hal vardır. Kanun koyucusu yerine göre bir sene, beş sene, müddet tayin ediyor ve bu müddetler içinde bir hakkın aranmamasından o hakkın bulunmadığı neticesini çıkarıyor. Niçin? Bu sorunun cevabı da bilimsel metotla tesbit edilemez. Ancak bu misallere bakarak kanun koyucusunun hiçbir sosyal veriye dayanmaksızın dilediği gibi yargılar koymakta erkin (=hür) olduğu neticesine varabilir miyiz? Zaman aşımı müddetlerinin tayininde memleketin iş âlemindeki gelişimi kanun koyucusuna önderlik eder ve erginlik yaşının tayininde memleket iklimi, ortalama bir realiteye yaklaşıma imkânlarını verir.

I. HUKUK KAVAYİDİ VE HUKUK İLMİ

Her şeyden önce hukuk kelimesinin ifade ettiği mânaları tesbit etmeliyiz. Malûm olduğu veçhile, hukuk kelimesi birçok birbirinden farklı, fakat birbiriyle alâkalı mânalar ifade etmektedir:

- 1) Haklar,
- 2) Muayyen bir camianın içtimai hayatını tanzim eden mecburi kaideler,
- 3) Hukuk kaidelerini tatbik sahasında çalışanların mesleği (hâkim ve avukatlık mesleği).
- 4) Bir memlekette hâkim olan hukuk kavaidinin menşei, mahiyeti ve felsefi ve sosyolojik esasları üzerinde tetkiklerden ibaret ilim.

Biz bu makalede hukuk kelimesini bu dördüncü mânada kullanacağız. Biz hukuk = ilimden bahsedeceğiz.

Hukuk = kavait, hukuk = ilimden vuzuhla tefrik edilmelidir.

İlem Avrupa'da hem memleketimizde hukukçu olmayan münevverlerin hukuka karşı lâkaytlığının başlıca sebebi iki türlü hukuk arasındaki farkın tebarüz ettirilmemiş olması olduğu kanaatindeyiz.

Her memlekette felsefe tarihi ile alâkadar olan doktorlara, musiki ile meşgul mühendislerle, tabîî ilimlerle uğraşan edebiyatçılara tesadüf olmaktadır. Fakat mesleği hukuk olmadığı halde hukukla alâkadar olan münevverlere nadiren tesadüf edilir. Halbuki, hukuk bir münevver insanı en çok alâkadar etmesi lâzım olan bir ilimdir. Çünkü hukuk beşerî camiaların içtimai hayatı kavaididir. Hukuk ilmi bu kavaidin mantıki, tarihî, iktisadi, sosyolojik ve felsefi esaslarını izah eden ilimdir.

Memleketimizde münevverlerin hukuk ilmine karşı lâkaytlığının diğer birçok sebepleri de vardır.

Memleketimizde İstanbul Hukuk Mektebi kurulduğu günden beri hukuk bir ilim telâkki olunmaktan ziyade, bir sanat, adliyecilik sanatı telâkki olunmuştur.

Memleketimizde hukuk tahsili ve tedrisi ananeleri iki medeniyetin tesiri altında teessüs etmiştir:

- 1) İslâm fıkhamı tedris usulleri,
- 2) Fransa'daki hukuk tahsili metotları.

Fıkham dîne müstenit bir hukuk sistemi olduğundan fıkham tedris ve tahsilinde tamamiyle dogmatik bir metot takibolunmakta idi.

Bu tedris usulünde tarihî, sosyolojik ve felsefi izahlara mahal yoktu. Tahsil edenin zihninde doğabilecek bütün «niçin» lere önceden cevap verilmiştir: çünkü Kur'an, Hadis ve büyük imamlar öyle emretmiş veyahut öyle düşünmüşlerdir.

İslâm hukuku dinî bir hukuk olduğundan, İslâm hukuku bakımından fakihiyye fıkhamı ahkâmını iyi bilmek, o ahkâmı harfiyen tatbik etmekten ibaretti.

Dünyevi hukuk sistemleri hâkim olan ülkelerde müşahade ettiğimiz, serbest tenkit ve tefsir imkânları mevcut olmadığı için İslâm âleminde hukuk bir ilim derecesine yükselememiştir.

İkinci tesir, Fransa tesiridir. Memleketimizde ilk hukuk mektebi teessüs ettiği zaman bu mektebin ilk profesörleri daha ziyade Fransız kültürünün tesiri altında bulunan kimseler idi.

Fransa'da hukuk tedvin edildikten sonra hukuk tahsili Napolyon tarafından tedvin ettirilen kod (Code) lardaki maddeleri öğrenmekten, hukuk tedrisi de bu maddelerin ifade ettiği mânaları izahtan ibaretti.

Hukuk kavaidini bir ilim mevzuu olarak tetkik cereyanı Fransa'da tamamiyle durmuştu. Fransa'da hukuka bir ilim olmaktan ziyade, bir adliyecilik mesleği için lâzım teknik malûmat nazariyle bakarlardı. Hukuku bir ilim telâkki eden âlimler nâdirdi. Bu suretle büyük ihtilâlden önce Rousseau, Montesquieu'leri yetiştirmiş Fransa'da hu-

kuk ilim ve felsefesinin inkişafı durmuştu.

Fransa'da hukuku kanunlardan ibaret olarak telâkki çok yayılmış bir telâkki idi. Bir zamanlar Napolyon mecellesi hakkındaki eserleriyle şöhret kazanmış âlimlerden Demolombe, birkaç ciltlik Fransız Kanunu Medenisinden bahseden eserinin mukaddemesinde diyor ki, «Benim şiarım, akidem kanun metinleridir. Napolyon mecellesine dair derslerimde ben münhasıran bugün mecburi kanunlar mecmuası olan bu kod (=code) u izah gayesini takibediyorum»¹.

Diğer bir hukuk âlimi aynı fikri daha vazih olarak şöyle ifade ediyor:

Ben, medeni hukuk nedir? - bilmem. Ben Napolyon mecellesini okuyorum.²

İşte Fransa'da hâkim bu cereyandır ki bizde hukukun bir ilim telâkki olunmasına mâni olmuştur.

Yeni zamanlar zarfında hukuku bir ilim telâkki ederek, bu ilmin yüksek esaslarını tesbite en çok hizmet eden millet Alman milleti olmuştur.

Almanya'nın bütün filozofları hukukla ve bilhassa hukukun felsefesiyle çok alâkadar olmuşlar ve hukuk felsefesine dair çok mühim eserler yazmışlardır.

Leibniz³, Kant⁴, Fichte⁵, Hegel⁶ gibi büyük filozofların hepsinin hukuk felsefesine dair eserleri vardır.

(1) M. Demolombe, cours de droit civil.

(2) Geny, méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif 1899.

(3) Leibniz, De relationibus juris et justitiae 1693.

(4) Kant, Metaphysik der Sitten, Teil I. Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre.

(5) Fichte, Grundlage des Naturrechts.

(6) Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts.

(*) Ord. Prof., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi. Bu makale Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C.15, 1, 1943, s.20-34'den aynen alınmıştır.

Bütün bu mütefekkirler hukukun beşeriyetin kültür tarihindeki mühim rolünü eserlerinde tebarüz ettirmişlerdir. Fakat bu filozofların da çoğu «hukuku» hukuk felsefesinden tamamiyle tefrik ediyorlardı. Meselâ Kant'a göre hukukçuluk münhasıran mevcut kanunları tatbik sanatıdır. Hukuk felsefesi (hukukun ilmî esasları ile uğraşmak) ise filozofların inhisarındır.

Büyük Kant, Zum ewigen Frieden, adlı eserinde diyor ki:

Hukukçunun vazifesi mevcut kanunları tatbikten ibarettir. Kanun ıslaha muhtaç mıdır, değil midir? Bunlardan bahsetmek hukukçunun işi değildir. (Yani bu filozofun işidir).

Hukuk ilmini hukukçuluk mesleğinden tefrik cereyanının Almanya'da da pek çok taraftarı vardır. Meşhur hukuk âlimlerinden *Hölder* Kanunu Medeni hakkındaki eserinde⁷ diyor ki:

Hukuk kaidelerini muhteviyatı bakımından takdir hukuki bir mesele değildir. Bu gibi meseleler hukuk vasıtasıyla hallolunmaz. Hukukçu, hukukçu sıfatıyla bu mesele ile alakadar dahi olmaz.

Diğer bir hukukçu, Lotmar diyor ki:

Mevzu hukuk kaidelerinin istinad ettiği esasları tenkid ve hukuku ıslah meseleleri hukukçunun selâhiyeti haricindedir. Hukukçunun vazifesi kanunları olduğu gibi tatbiktir. Mevzu hukuk akla, mantığa uygun mudur? Adalet midir? Hayır mıdır, şer midir? Bunları tetkik hukukçu işi değildir.⁸

İşte bu, bir taraftan eskiden hâkim olan fıkıh tedrisi ananeleri, diğer taraftan Fransa'da makbul Almanya'da da

hi taraftarları bulunan, cereyanın tesiri neticesindedir ki, cumhuriyet devrine kadar hukuku münhasıran adliyecilik kavaidi telâkki eden cereyan bizde de hâkim cereyandı.

Birçokları için bugün dahi «hukuk», mahkemelerin tatbik ettiği mecburi kaideler ve bu kaideleri tatbik sanatıdır. Hukukçu olmayanlar arasında hukuka daha dar bir mâna isnadedilmekte olduğunu da müşahade ediyoruz. Hukukçu olmayan bir münevver nazarında hukuk, cürüm ve cezalardan, jandarma ve tevkifhane, mahkeme, mahkûmiyet, hapisane veya idamlardan veyahut borç, icra usulleri ve boşanma kavgalarından ibarettir. Bunlar hepsi az çok menfi hâdiselerdir. Bunlara karşı münevverlerin lakayt olması kolay anlaşılır bir haldir.

Fakat bütün bu görüşler yanlıştır.

Yalancılık, iyiliğe karşı kötülük, büyüklere karşı hürmetsizlik, dostlara ihanet - ahlâk olmayıp, bilâkis ahlâkın ihlâli, ahlâksızlık olduğu gibi, yukarıda saydığımız hâdiseler, cürüm, ceza, hapisane, idam da hukuk değil, bilâkis hukukun ihlâli neticeleridir, *hukuksuzluktur*.

Hukuk bu hâdiseleri bertaraf etmek için vaz'edilen esasların mecmu heyetidir. Hastalık, ölüm tıbbın gayesi olmadığı gibi cürüm, ceza, hapisane de elbette hukukun gayesi değildir. Birçok münevverlerin «hukuk» telâkki ettikleri şeyler hukukun inkârından doğan menfi hâdiselerdir. Tıp bize sıhhatli bir vücut nasıl olduğunu ve bu vücudun normal işlemesi ne gibi sebeplerden bozulduğunu ve bozulduğu zaman

ne gibi tedbirler almak icabettiğini öğretir. Hukuk ta bir camianın sağlam bir camia olarak yaşaması için ne gibi kaidelere riayet etmek lâzım olduğunu ve bu kaidelere riayet etmeyenlere karşı ne gibi tedbirler almak lâzım geldiğini öğretir. Tıp fertlerin cismani sıhhat ve bekasiyle alakadardır. Hukuk camia denilen varlığın sıhhat ve bekasiyle (ve fertlerin hürriyet ve emniyetiyle) alakadardır. *Tıp hastaneye lüzum kalmamasını ister. Hukuk hapisaneye lüzum kalmamasını diler.*

Hukuk cürüm ve cezadan ibaret değildir. Hukuk cürüm işleyen, cezaya uğrayan olmasın diye vaz'edilmiş kavaiittir. Cürüm ve ceza gibi hâdiseler hakikaten nahoş şeylerdir. Fakat bunlar hukukun meşru evlâdı değil, gayri meşru neticeleridir. Bunlar hukukun bütün gayretine rağmen ara sıra beşeriyetin daha tamamiyle sönmemiş hayvani irsiyetlerinden fıskıran hâdiseleridir. Bunlardan mesul olan hukuk değildir, bilâkis hukuk bunlarla mücadele için teessüs etmiştir. Hukukla hiç alakadar olmayan münevver evinde rahat oturabiliyorsa, malı, mülkü, canı, şahsı, ailesi tecavüzden masunsa, kendisini emniyet içinde hissediyorsa, bilsin ki o bütün bu nimetleri hukuka medyundur.

II. HUKUK İLMİ

Hukuku münhasıran, kanunlardan ibaret gibi telâkki etmek ne tarihî hakikatlere ve ne de bugünkü vaziyete uygundur. Bu fikir bir taraflı sathî fikirdir.

Bu meseleyi tarihî bakımdan araştırarak olursak, yüksek medeniyet seviyesine çıkmış olan bütün medeni camialarda hukuk = kavaiitten başka bir hukuk = ilim teessüs ettiğini görüyoruz.

Malûm olduğu veçhile hukukun bir ilim derecesine çıkması ilk defa olarak Roma'da vuku buldu. Hukuk Roma'da ta cumhuriyet devrinde bir ilim mahiyetini iktisabetti. O andan itibaren hukuk = kavaid, hukuk = ilim birbirine bağlandı. Bugün ve ne de gelecekte bunları ayırmak imkânsızdır, zararlıdır. Hukuk = ilimden ayrılmış kavaid ruhsuz vücut gibi cansızdır, mevzu hukuk kaidelerini ihmal eden mücerret hukuk ilmi de vücutsuz ruh gibi hayatlıdır. Mahkeme hukukun tatbik sahasıdır. Orada hukuk = kavaid ve hukuk = meslek hâkimdir. Fakülteler hukuk = ilim sahasıdır. Burada hukuk = ilim hâkim olmalıdır. Fakat mesleği hukuk kavaidini tatbik olan hâkim, avukat, müddeiumumi hepsi hukuk ilmine vâkıf olmakla mükelleftirler. Hukuk = ilmi ihmal eden hukukçu mekanik düşünen bir şifahi kanun vaziyetine düşer, hukuk sahasında kısırlaşır. Keza mevzu hukuk kavaidini, mevcut hukuk sistemlerindeki hukuki hâdiseleri ihmal ederek münhasıran akli muhakeme ve nazari esaslara istinadeden hukuk âliminin muhakemeleri de hayattan uzaklaşır, mücerretleşir.

Her hukuki müessese, hattâ her hukuki kaidenin arkasında:

Uzun bir tarih,

Derin bir felsefe,

İlmî bir itkisat ve geniş bir sosyoloji vardır.

Bunları bilmeyen hukukçu, ancak kanuncudur, hakiki mânada hukukçu değildir. Sulh mahkemesinde çalışan bir zabıt kâtibi belki bir kısım hukuk kavaidini ezberlemekle iktifa edebilir, fakat kendisine hürmet eden, vazifesini tam ve hakiki bir selâhiyet ve vukufu ifa etmek isteyen bir hâkim, bir avukat,

(7) Hölder, Über den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches.

(8) Lotmar, Der Immoralische Vertrag.

bir müddeiumumi hukuk ilminden müstağni olamaz.

Yukarda isimlerini zikrettiğimiz Fransız ve bazı Alman âlimlerinin hukukçuluğu kanunculuktan ibaret telâkki eden fikirleri yanlıştır. Hukuk ilmini bilmeyen hukuk kavaidini dahi kavramış değildir.

Bir Fransız profesörünün ben kanunları bilirim, hukuk ilmi nedir bilmem, demesi, bir doktorun ben hastaya hararetî yükseldiği zaman kinin veya hut piramidon vermesini bilirim, fakat kinin nedir, neden istihsal olunur? Ne gibi hususiyetlere maliktir, hararetî niçin indiriyor? Bunları bilmem, demesine benzer.

Bu gibi hukukçu elektrik ne olduğunu bilmediği halde elektrik tesisatı yapan ameleiyi hatırlar.

Medeni bir camiada ilimsiz hukuk olamaz. Hukukun herhangi bir faslını herhangi bir müessesesini alırsanız alınız, orada ilme ihtiyaç hissedersiniz. Meselâ devlet. Devlet nedir? Devletin mahiyetini anlamak için anayasa ve idare kanunlarını ezbere bilmek kâfi değildir. Devlet müessesesinin hakiki mahiyetini bilmek ve anlamak isteyen hukukçunun zihninde devlet kelimesi bir sürü sualler tevliedeler:

Devlet nedir? Nasıl vücuda gelmiştir? Niçin lâzımdır? Bugünkü şekilleri hangileridir? Bu şekillerden hangisi müraccaktır, daha mükemmel bir teşkilât tasavvur olunamaz mı? Bu hususta beşeriyetin ilerigelenleri ne düşünüyorlar?

İşte bu gibi suallere cevap verebilmek içindirki *Eflâtun, Aristo, Çiçeron, Farâbi, Yellinek, Duguit, Kottlerevski* gibi yüzlerce âlim ciltler yazmaya mecbur olmuşlardır.

Diğer bir müesseseyi alalım, mülkiyet müessesesi. Hukuku kanunlardan ibaret telâkki edenler için bu gayet basit bir meseledir. Bizim Medeni Kanunumuzun dördüncü kitabının 618'den 702'ye kadar olan maddeleridir. Hukuku bir ilim telâkki eden hukukçu için maddeler ilim teşkil etmez. Onlar ancak ilmi tetkikat için bir mevzu teşkil eder. Bu tetkikat bu maddelerin tevli-dettiği suallere cevap vermeye çabışır. Mülkiyet meselesi de namütenahi sualler tevliedeler:

Mülkiyet müessesesi nasıl teessüs etti? Bunu tevlieden âmilleri nelerdir? Bu âmilleri münhasıran içtimai ve iktisadi midir? Yahut burada biyolojinin de rolü var mıdır? Mülkiyet müessesesi tabii midir? İradî midir? Bugünkü mülkiyet şekillerinden başka mülkiyet şekilleri var mıdır? Millî serveti tevzi sahasında en mâkul, en rasyonel şekil hangisidir? Mülkiyet şekilleriyle camiaların inkişafı safhaları arasında münasebet neden ibarettir? Mülkiyet hakkını ilga mümkün müdür? Değilse niçin mümkün değildir? İlga taraftarı olan cereyanı tevlieden âmilleri nelerdir? Mülkiyeti ilga etmeksizin bu sahada yapılacak ıslahat yok mudur? Varsa, nelerden ibarettir?

Hukukçu bütün bu suallere cevap verebilecek vaziyette olmalıdır. Diğer tâbirle hukukçu mülkiyet müessesesinin hem tarihini hem bugünkü beşeriyet içindeki rolünü, onun iktisatla, umumiyetle beşeriyetin medeni inkişafıyla olan alâkasını, bu müessesenin sosyolojik, ahlâki ve felsefî esaslarını bilmelidir. Devlet ve mülkiyet müessesesi gibi bütün diğer hukuki müesseseler de aynı derecede mühim ve hayati sualler tevliedekte olduğu izahtan müsteğnidir.

III. MEDENİ MİLLETLERDE HUKUK İLMİ

Hukuk ilminin Roma'da ta cumhuriyet devrinde teessüs etmiş olduğu malûmdur. Ta bu devirde hukuk ilmi sahasında iki türlü cereyan görüyoruz:

Biri hukuk ilmini münhasıran mevcut kanun ve hukuki kaideleri izahtan ibaret telâkki eden ameli hukukçuların cereyanıdır. Bu sahada *P. Mucius Scaevola* gibiler şöhret kazanmıştır.

Diğeri, hukuk ilmini ahlâk ve felsefeye bağlamak taraftarı olan hukukçuların cereyanıdır. Bunlar arasında en büyük şöhret kazanmış olanı *Çiçeron'dur.*

İmparatorluk devrinde de hukuk ilmi sahasında iki cereyan devam etti. August devrinde (m. ev. 27 m. s 14) *Capito* gibi hukuk ilmini münhasıran mevcut kanunları izahtan ibaret telâkki eden hukukçulardan başka *Labeo* gibi hukuk ilminin ahlâk ve felsefe ile alâkasını tebarüz ettirmek lüzumunu hissederek yüksek âlimler de vardı.

İmparatorluk devrinin büyük hukuk âlimleri hukukun ahlâk ve felsefe ile münasebetini hiçbir zaman unutmamışlardır. Hukukun ahlâkla alâkasını inkâr etmek isteyen imparatorlarla mücadele etmişlerdir.

Yeni zamanlarda da hukuk ilmi sahasında iki cereyan müşahade ediliyor: Biri yukarda bahsettiğimiz ameli hukukçuluk cereyanıdır, diğeri ise felsefî cereyanıdır. Tabii hukuk nazariyesi bu felsefî cereyanın tecellisidir.

Tabii hukuk nazariyesi hukuk tarihinde mühim bir merhaleidir. Tabii hu-

kuk nazariyesi mübalâğalı ifadeleri yüzünden çok tenkid edilmiş bir nazariyedir. Bu nazariyenin ihtiva ettiği fikirlerden bazıları hakikaten yanlıştır. Fakat tabii hukuk nazariyesinde ölmez bir hakikat mündemiçtir:

Fertlerin tabii haklara mâlik olduğuna dair esas.

Tabii hukuk nazariyesinin istihdaf ettiği gaye de çok yüksekti:

Bu gaye *mütemeddin beşeriyetin hukukunu selim.akıl, adalet ve insaniyet esaslarına istinadettirmektir.*

Yeni zamanlar zarfında Avrupa'da âmm hukukunun inkişafı bu nazariye sayesinde olmuştur, dersek hiç te mübalâğa etmiş olmayacağımıza eminiz.

Bütün Avrupa milletlerinin esas teşkilât kanunlarında tabii hukuk nazariyesinin tesirleri barizdir.

Tabii hukuk nazariyesinin bir zamanlar, tarihî mektebin ve pozitivistin tesiriyle itibardan düştükten sonra, son 40-50 sene zarfında tekrar canlanması, dirilmesi bu nazariyenin istihdaf ettiği gaye ile mahiyetinde mündemiç hakikat sayesinde.

Tabii hukuk nazariyesi hukuk kaidelerini akli esaslara göre izahtan mahsulüdür.

Yeni zamanlarda tabii hukuk nazariyesinden sonra da birçok nazariyeler zuhur etmiş olduğu malûmdur.

Yeni zamanlar zarfında Almanya'da hukuku ilim olarak tetkik sahasında sarf olunan gayret ve bu sayede alınan neticeler şayamı hayrettir. Hukukun ilim olarak inkişafına en çok hizmet eden millet Alman milleti olmuştur. Almanyada Thomasius (1655-

(9) *Papinianus* ahlâk prensipi için kendisini feda etmiştir. Sadri Maksudi, *umumi hukuk tarihi, sahife 467-468. Hukukun umumî esasları, sahife 71, not 2.*

1728), Pufendorf (1632-1694), Leibniz (1646-1716), Kant (1724—1804), Savigny'lerle başlamış olan hukuk ilmi sahasında yapılan derin tetkikler son senelere kadar inkişaf halinde idi.

Almanya'dan sonra derhal İngilizlerin hukuk ilmi sahasındaki hizmetlerini zikretmek gerektir. İngiltere'de hususi hukuk kanunlardan değil, mahkeme kararlarından ibaret olduğu için, hukuk = kavaiid, hukuk = ilimden ayırmak mümkün olmamıştır. Malûm olduğu veçhile İngiltere'de hukuk mahkeme kararları vasıtasıyla inkişaf etmiştir. Bu kararlar denizinde bir yol bulmak için İngiliz hukukçuları pusulaya muhtaçtı. Bu vazifeyi hukuk ilmi görmüştür. İngiltere de hukuk ilmi sahasında Blackstone (1732—1780), J. Austin gibi lâyetut eserler bırakan hukuk âlimleri yetiştirmiştir.

Fransa'da bazı fakültelerde bugün dahi hukuk felsefesi, hukukun umumi esasları ilmi okutulmadığı halde, İngiliz fakültelerinin hepsinde *Theory of Law* veya *Jurisprudence* ismiyle hukukun umumi esasları okutulmaktadır.

Rusların da hukuk ilminin inkişafına hizmeti büyüktür. Ta ondokuzuncu asrın ortalarında Ruslar arasında Nevo-lin ve Rojdestvenski gibi hukuk âlimleri zuhur etmiştir. Bunlardan sonra zuhur etmiş olan Gradowski, Korkunoff, Novgrodteff Alekseeff, Şerşeneviç gibi âlimler Avrupa'ya malûm âlimlerdir.

Fransa'da dahi son seneler içinde hukuk ilmi sahasında yeni fikirler ileri süren Duguit, Geny, M. Hauriou gibi değerli âlimler zuhur etti.

Bu misaller ispat ediyor ki, bütün mütemeddin milletlerde hukuk = ka-

vaide muvazi olarak hukuk = ilim teessüs etmiş, hukuk = kavaid, hukuk = ilimsiz yaşamamıştır. Başka türlü olmasına imkân dahi yoktur. Çünkü içtimai, iktisadi, felsefi ve sosyolojik bakımdan esasları izah edilmemiş, akla, camiaların hayatına uygun olduğu ispat edilmemiş kanunlar mütemeddin beşeriyet için, medeni milletler için hayat düsturu olamaz. Diğer tâbirle, ilimsiz hukuk olamaz.

IV. HUKUK İLMİ SAHASINDA TÜRLÜ CEREYANLAR

Hukuk ilmi, hukuk felsefesi sahasında hukuk kaidelerinin esaslarını izah sahasında bugün başlıca üç türlü cereyan görüyoruz:

1) Metafizik, 2) Rasyonalist, 3) Pozitivist.

Malûm olduğu veçhile bu cereyanlar arasındaki fark şundan ibarettir:

I. Metafizik mektep hukuki kaideleri izah sahasında birtakım mevcudiyeti ispat edilmemiş şeylere ait mefhumları azimet noktası telâkki ediyor. Metafizik mektep için, milletlerin «hukuk» ismini verdikleri şeyi hukuk kaidelerinden başka bir «hukuk bizatihi» vardır.

Metafizik mektebin bütün düşünceleri kablidir. Bütün muhakemeleri kabli mukaddemelere istinadedir. Metafizik hukuk âlimine misal olarak Hegel'i gösterebiliriz.

II. Rasyonalist mektebin metafizik mektepten farkı şudur: bu mektebe mensup âlimlerin muhakemelerinin istinadettiği mukaddemeler metafizik olmamakla beraber, nazariyeden azade değildir. Bu mektep nazari hakikatlere istinadedir. Bu mektebe mensup âlime misal olarak Rousseau'yu gösterebili-

riz. Rousseau'nun «Mukavelei içtimaiye» adlı eseri tamamiyle rasyonalist düşüncelere müstenittir. Rasyonalist olan hakikatleri mücerret zekâsiyle, mücerret akli muhakemeler sayesinde keşfedebileceği kanaatindedir. Rasyonalisti meselenin akli, mantıki tarafı alâkadar eder. Şu veya bu hukuki müessesenin mahiyeti ve menşei hakkında ileri sürülen fikir tarihî hâdiselere uygun mudur? Değil midir? Rasyonalist için bunun ehemmiyeti tâlidir. Bir rasyonaliste ileri sürdüğü bir fikrin tarihî hakikate uygun olmadığı ispat edilirse o hiç şaşırımsızın «yazık tarihe» diyebilir.

III. Gelelim pozitif metoda. Bu metotlarla hareket eden âlimler muhakemelerinde azimet noktası olarak daima ya bedihi hakikatleri veya tecrübe ve müşahade ile hakikat olduğu ispat edilen müspet muta (= donné) ları alırlar. Muhakemelerini daima müspet mukaddemelere istinadettirirler. Bu metoda sadık kalan âlim, devletin nasıl teşekkül etmiş olduğuna dair suale cevabı zekâsından, mantığından değil, tarihten ve bugünkü milletlerin siyasi hayatından çıkarır; ancak tarihî devletleri ve bugünkü türlü siyasi camiaları tetkikten sonra devletin menşe ve mazisi hakkında bir fikir ileri sürmeye cesaret eder. Bu metodun içtimai ilimler sahasında tatbik edilen şekline sosyolojik metot ismi verilir.

Almanya'da Yering, Bierling, Merkel gibiler, Fransa'da Duguit, Rusya'da Korkunoff, Petrojetski, Taranovski gibiler bu metodu takibeden âlimlerdir.

Bugün hukuki müesseseler menşe ve mazisini tetkik ve tesbit sahasında

makbul metot müspet (= pozitif) metottur. Umumiyetle pozitif düşünce, bugünkü münevver beşeriyetin umumi temayülüdür. Fakat pozitif metodu takibeden bir âlim dahi büsbütün rasyonalist muhakemeden kurtulamaz. Hattâ hukukun en yüksek esaslarına dair muhakemeler sahasında birçok âlimler metafizik esasları dahi kabule mecbur olurlar. Bugün âlimlerin kullandığı esas metot müspet, tecrübe ve müşahadeye müstenit metottur. Fakat tecrübe ve müşahade mümkün olmayan sahalarda akli selim ve mantığa müstenit muhakemeye müracaat zaruridir. Hukukun en yüksek esaslarını tesbit sahasında metafizik mefhumlara dahi istinadedilebilir. Elverirki azimet noktası müspet mukaddemeler olsun."

V. SOSYOLOJİ (SOCIOLOGIE)

Bu yazının mevzuu hukuk ilmi ve sosyolojidir. Bu iki ilmin yanyana konulmuş olması aralarındaki fark ve münasebeti izahı istilzam eder.

Malûm olduğu veçhile sosyoloji yeni bir ilimdir. Bu ilmin müessisi Auguste Comte (1789—1857) dur. Auguste Comte'a göre sosyoloji bütün içtimai ilimlerin fevkinde beşerî camialarda müşahade olunan bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu kanunlardan bahseden bir ilim olacaktı. Fizik ilmi bütün fizik hâdiseleri umumi fizik kanunlarına bağladığı gibi, sosyoloji ilmi de bütün içtimai hâdiseleri umumi sosyolojik kanunlara raptedecekti. Hattâ A. Comte bidayette tasavvur ettiği içtimai hayat kanunlarından bahseden ilme «içtimai fizik» (= physique sociale) ismini vermediği düşünmüştü. Maalesef A. Comte tarafından «sosyoloji ilmi»

(10) Bu mesele için Sadri Maksudi'nin *Hukukun Umumi Esasları* adlı eserinin 11—20 sahifelerine bakınız.

fikri ortaya atılalı bir asırlık zaman geçmiş olduğu halde bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu umumi içtimai kanunlar tesbit edilmiş değildir. Kanun taslağı olarak ileri sürülmüş esasların da umumi bir kanun olduğu ispat edilmemiştir.

A. Comte'tan sonra Fransa'da birçok sosyolog zuhur etti. Bunlardan zikre şayan en büyükleri Tarde, Durkheim ve Worms'dır. Bütün bu sosyologlar beşerî camiaların muhtemel menşei, içtimai hayatın muhtelif tecellileri hakkında çok faydalı tetkikat bıraktılar. Fakat bunlardan hiçbirisi umumi içtimai hayat kanunlarını tesbit ederek sosyoloji ilmini fizik gibi müspet bir ilim haline getiremedi. Sosyoloji ilmini kanunları tesbit edilmiş bir ilim haline koymak şöyle dursun, sosyolojinin mevzuu hakkında bile aralarında ittifak edemediler.

A. Comte'a göre sosyoloji diğer içtimai ilimlerin fevkinde umumi içtimai kanunlardan bahseden müstakil bir ilim olacaktı. Halbuki Durkheim'e göre sosyoloji ancak içtimai ilimlerin mecmu heyetinden ibarettir. Durkheim'e göre iktisat da sosyolojidir, hukuk da sosyolojidir. Ne kadar müstakil içtimai ilim varsa o kadar sosyoloji vardır. Her içtimai ilim bir sosyolojidir. Hukuki sosyoloji, iktisadi sosyoloji, dinî sosyoloji vardır.

Tarde'a göre sosyoloji, beşerî camialarda hâkim icat ve taklit kanunlarını tetkikten ibarettir. Worms'a göre sosyoloji, içtimai ilimlerin umumi felsefesidir.

Fransa'dan başka İngiltere'de, Amerika'da, Almanya'da ve Rusya'da dahi büyük sosyologlar zuhur etti.

İngilizlerin en büyük sosyologu H. Spencer'dir. Bu yazıyı yazanın Paris'te talebeliği zamanında herkes Spencer'i okur, herkes onun fikirlerinden bahseder, onun fikirlerini en büyük ilmf otorite telâkki ederdi. Bugün Spencer hemen hemen unutulmuştur. Alman sosyologlarından Leopold von Wiese, Spencer'den bahsederken, bu sosyologun eserlerini «bir zamanlar çok methedilmiş olan, bugün hemen hiç okunmayan diye tavsif ediyor.¹¹ Spencer sosyolojisinin iki esası zikre şayandır: 1) Spencer'in beşerî camiaları bir uzviyet telâkki etmesi, 2) bütün içtimai inkişafı tekâmül (= evolution) kanuniyle izaha çalışması. Bugün Spencer'in uzviyet nazariyesi reddedilmiş olduğu gibi Evolution nazariyesi de inkâr olunmaktadır, İngiltere'de Spencer mektebini devam ettiren olmadı.

Fransa ve İngiltere'den sonra sosyoloji sahasında birçok âlim yetiştirmiş memleket Şimalî Amerika'dır. Bida-yette Amerika'da Spencer fikirleri hâkimdi. Bugün orada dahi Spencer metruktür. Amerikalıların kendilerine mahsus sosyolojik sistemleri vardır. Amerikalı Lester Ward büyük sosyologlardan sayılır. Ward'da Spencer gibi natüralisttir: Her hâdiseyi maddenin inkişafıyla izah etmeye çalışır. Fakat Ward bir bakımdan Spencer'den ayrılır. Ward'a göre *maddenin inkişafı mahsulü olan beşerî akıl inkişaf ettikten sonra beşerîyet hayatında müstakil bir âmildir. Ward'ın bu fikri çok mühim bir fikirdir: Bu maddiyatçı felsefenin idealist felsefe istikametinde mü-*

him bir adımıdır. Ward'a göre «beşerî câmia ruhi âmillerin mütekabil tesiri sahnesidir». Sosyolojinin mevzuu camianın bünyesi değil, camia içinde husule gelen içtimai hâdiselerdir. Sosyoloji içtimai faaliyetler ilmidir.

Bu fikir sosyoloji ilminin müessisi olan A. Comte'un fikirlerinden ne kadar farklıdır.

Almanya dahi birçok hatırı sayılır sosyolog yetiştirdi. Fakat Almanya'da sosyoloji «kelimesi» nin zuhur etmesinden çok evvel mahiyeti itibariyle sosyoloji sahasında tetkikattan ibaret eserler yazmış büyük âlimler zuhur etmişti: Pufendorf, Leibniz, Wolf, Kant, Hegel gibi mütefekkirler aynı zamanda sosyolog telâkki olunabilirler. Fakat sosyolojinin mümeyyiz vâsı olan pozitif metoda dayanan sosyoloji Almanya'da ancak Marks, Schaffle ile başlıyor. Marks'ın sosyolojik telâkkileri bugün herkesçe malûmdur: Marks'a göre beşerî camiaların teşekkülünde, yaşamasında en mühim âmil iktisadi âmildir, yani maddi hayat vastalarını istihsal usulleridir. İstihsal usulleri camiaların temelidir, esasıdır. Diğer mânevi şeyler, (din, felsefe, hukuk, edebiyat) hepsi ancak iktisadi âmil üzerine kurulmuş şeylerdir. İktisadi âminin birer inikâsıdır. Bu fikir Amerikalı Ward'ın fikrinden tamamen farklı bir fikirdir. Ward'a göre beşerî camiaların hayatında insan ruhu mühim ve müstakil bir âmildir, Marks'a göre psişik âmillerin içtimai hayatta rolü yoktur. İnsanın şuru ancak iktisadi vaziyetin bir inikâsından ibarettir.

Marks'tan sonra Almanya'nın en meşhur sosyologu Schaffle (1831-1903) dır. Bu âlimin «içtimai teşekkülün bünye ve hayatı»¹² adlı eseri bugüne kadar ehemmiyetini kaybetmemiş bir eserdir. Schaffle idealist ve spiri-tualist'tir.

Bunlardan başka Wundt da büyük sosyologdur. Bunlardan sonra zuhur eden Gumpłowicz ve Lilienfeld gibi ikinci derece sosyologlar üzerinde duracak değiliz.

Son zamanlarda Almanya'da pek çok sosyolog zuhur etti. Bugün Alman sosyologları arasında başlıca üç cereyan müşahade olunmaktadır. 1) Pozitif cereyan, 2) Felsefi cereyan, 3) Metafizik cereyan.

Pozitif cereyanın en parlak müessesili von Wiese'dir.¹³ Tarihî ve felsefi cereyanın mümeşsili olarak Alfred Weber'i gösterebiliriz.¹⁴ Bu cereyana Almanyada *Kultursoziologie* ismini veriyorlar.

Metafizik temayülleri temsil eden sosyologa misal olarak Karl Mannheim'i¹⁵ göstermek mümkündür.

Bu izahlardan çıkan netice şudur: sosyolojinin mevzuu ve ruhu hakkında Almanya'da dahi fikir birliği yoktur. Almanya'da da sosyolojinin mevzuu kati surette tesbit edilmiş değildir.

Rus sosyologlarından Maksim Kowalewski, De Roberty ve Kareeff beynelmîl şöhret kazandılar ise de «ecole» yaratamadılar.

İtalya'da sosyoloji ilminin vaziyeti hakkında kâfi malûmata malik değiliz.

(11) *Finst zehn gepriesene, heute kaum mehr gelassene: Spencer* (Soziologie, S. 61)

(12) *Schaffle, Bau und leben des sozialen körprs.*

(13) *System der soziologie als Lehre von den sozialen processen und den sozialen Gebilden der Menschen.*

(14) *Ideen zur Staats-und kultur soziologie.*

(15) *Des Problem einer soziologie des Wissens. Archiv für sozialwissenschaft und Sozial Politik, T. 54.1925.*

Fakat eserleri Fransızca'ya tercüme olunan Pareto'yu büyük sosyologlardan saymalıyız. Pareto metodunun tamamiyle objektif olmasıyla temayüz ediyor.

Memleketimizde müstakil bir sosyolojik mektep teessüs etmedi. Bizde ilk defa olarak sosyoloji ile uğraşan Ziya Gökalp olmuştur. Bu mütefekkir Durkhayım (Durkheim) sosyolojisini bir din gibi kabul etmiş, ve memleketimiz münevverlerine Durkhayım'ın fikirlerini birer dinî akide gibi kabul ettirmeye çalışmıştır. Buna kısmen muvaffak ta olmuştur.

Bu, türlü memleketlerdeki sosyolojinin mevzu ve mahiyeti hakkındaki fikirlerinin hulâsasından anlaşılıyor ki, bugün hiçbir memlekette sosyoloji ilminin mevzuu tamamiyle tesbit edilmiş değildir. Bu ilmin mevzuu hakkında fikir birliği mevcut olmadığı gibi, sosyolojinin mevzuu olması lâzım gelen beşerî camianın mahiyeti, camiaların hayatında müessir olan içtimai kanunlar hakkında da ittifak yoktur. Beşerî camia, Spencer'in iddia ettiği gibi bir uzviyet midir? Yahut Tarde'in ileri sürdüğü gibi camia ancak birbirine müttekabil ruhi tesirleri neticesinde husule gelen bir birlik midir? Camia hayatında mühim olan, esas olan fert midir? Yahut ferdin ehemmiyeti olmayıp esas olan camia mıdır? Camiaların hayatında husule gelen tahavvüllerin en mühim âmilleri nelerdir? Marks'ın iddia ettiği gibi en mühim âmil iktisadi âmil midir? Yahut Tarde ve Ward'ın ispat etmeye çalıştıkları gibi ruhi ve mânevî âmillere midir?

Bugün bütün bu suallere katî cevap verilmiş değildir; bütün bu meseleler tetkik ve münakaşa mevzuudur.

İtiraf etmek lâzımdır ki, sosyoloji müstakil bir ilim olarak bugün tamamiyle teessüs etmiş değildir. İçtimai ilimler vardır. İçtimai ilimler tamamen teessüs etmiştir. Fakat içtimai hayatın her sahasında hâkim umumi değişmez kanunlar tesbit edilmemiştir.

Tarih, tarih felsefesi, hukuk, hukuk tarihi, hukuk felsefesi, iktisat, iktisat tarihi, din tarihi, etnografi, içtimai morfoloji, lisanîyat, lisanîyat tarihi hepsi çok münkeşif içtimai ilimlerdir. Bunların fevkinde ve haricinde, bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu umumi kanunlardan bahseden bir ilim olarak sosyoloji teessüs etmiş değildir. Böyle bir ilmin teessüsü için daha çok zaman beklemek lâzım olacaktır. Bugün daha bütün içtimai hâdiselerin tâbi olduğu umumi kanunlardan bahseden bir sosyoloji ilminin teessüsü için lâzım olan şartlar tahakkuk etmiş değildir.

Böyle bir ilmin teessüsü için ferdî psikoloji, fertlerin, ruhi hayatının bütün hâdiseleri tesbit ve izah edilmiş olması lâzımdır. Beşerî fertlerin ruhiyatının bütün tecelliyatı, muhtelif sahada muhtelif ahvalde ferdî şu veya bu harekete sevk eden âmillere, bu âmillerin müttekabil tesiri, bu tesirin dereceleri, bugün tesbit edilmiş değildir. Umumi sosyolojinin teessüsü için bütün bu suallere cevap verilmiş olması lâzım olurdu. Bugün psikoloji ismiyle okutulan ihsas, dikkat, hafıza ve iradede bahseden psikolojinin gayet sathî ve suni olduğu ispat edilmiştir. Ferdin ruhi hayatı bir küldür. Ferdin ruhi hayatı ruhi âmillerin haricî âmillere haricî âmillerin ruhi âmillere müttekabil tesiri muhassasıdır.

Ferdî psikolojinin hakiki kanunları bugün tesbit edilmiş addolunamaz.

Ferdî psikoloji kanunları tesbit edilmedikçe maşerî psikoloji kanunları da katî sayılamaz.

Bundan başka hukuk tarihi, iktisat tarihi, dinler tarihi, lisanların inkişaf ve tereddidi tarihi sahasındaki tetkikat da sona ermiş sayılamaz. Bütün bu sahalardaki hâdiseler ve bu hâdiselerin ferdî ve maşerî psikoloji ile münasebeti tesbit edilmedikçe, umumi sosyolojik kanunlar tesbit edilemez.

VI. SOSYOLOJİ BİR TETKİK METODUDUR

Şu halde sosyoloji bir heyuladan, boş lâftan mı ibarettir? - Hayır, hayır, sosyoloji bugün birçok bakımdan, çok mühim bir ilmî varlıktır.

I. Her şeyden önce sosyoloji bir tetkik metodu olarak çok müsmir olmuştur. A. Comte sosyoloji ile beraber pozitivizm felsefesini tesis etmekle tecrübe ve müşahadenin rol ve ehemmiyetini tebartız ettirdi. Eskiden ancak tabîî ilimlerde istifade edilen pozitif metot Comte'tan sonra içtimai ilimlere teşmil edildi. Âlimler içtimai bir hâdisi hakkında bir hüküm vermeden önce tarihi ve bütün yaşayan beşerî camiaları bu hâdisi bakımından tetkik etmeyi âdet edindiler. Bu usule sosyolojik metot ismi verilmiştir. Bu çok ilmî olan metot içtimai ilimlerin pozitifleşmesinde mühim rol oynamıştır.

II. Sosyolojinin içtimai ilimlerin inkişafına hizmeti yalnız bundan ibaret değildir. Sosyologlar, içtimai kanunları tesbit etmek için bugün yaşayan türlü medenî camiaları ve bütün tarihî camiaları türlü bakımdan tetkik ettiler. Medenî camiaları tetkikle iktifa etmediler, en iptidai milletlerin içtimai hayatları hakkında da türlü araştırmalar

yaptılar. Her türlü muasır ve tarihî camialarını dinî ve ahlâkî telâkkilerini, hukukî teşkilâtını, örf ve âdetlerini, lisanlarını, iktisadî hayatlarını incelediler. Bu tetkikatın mahsulü çok zengin ve çok kıymetli bir sosyolojik malzeme teşkil etmektedir. Bugün Spencer, Ward, Kowalewski, Morgan, Fraser ve pek çok diğer sosyolog, etnograf ve etnologlarla hukuk tarihi mütehassısları tarafından sosyolojik metotla elekten geçirilmiş çok zengin bir sosyolojik materyel vardır. *Bunlardan daha katî umumi kanunlar çıkarılmış değildir.* Fakat bu vaziyet bu tetkikattan bazı hükümler çıkarmaya, birçok içtimai hâdiseleri daha iyi anlamak için bunlardan istifade etmeye mâni değildir. Bu tetkikattan çıkan neticeler arasında hemen hemen kanun mahiyetini haiz esaslar da vardır. Bugün içtimai ilimlerle uğraşan herhangi bir *hukuk âlimi, iktisat âlimi, herhangi bir münevver* bu kıymetli malûmatı ihmal edemez, onlardan haberdar olmadıkça, hukukun, iktisadın tarihî, içtimai ve sosyolojik esasları hakkında emin olarak söz söyleyemez, söylerse bu fikirler içtimai ilimlerin bugünkü seviyesine uygun sayılmaz. İçtimai ilimler birbirine bağlıdır. İktisat tarihi bilinmeksizin hukuk tarihi anlaşılmaz. Hukuk tarihi malûm olmadıkça, iktisat tarihi anlaşılmaz. Bugün herhangi bir hukukçu sosyolog olmadığı gibi, herhangi bir tarihçi, herhangi bir edebiyatçı da birkaç kitap okumakla sosyolog olamaz. Fakat kendisine hürmet eden her hukukçu, her iktisatçı ve hattâ, her edebiyatçı sosyologlar tarafından toplanmış sosyolojik tetkikatın hiç olmazsa en klâsik olanlarını okumuş olmalıdır.

İçtimai ilimlerin en mühim olanı hukuktur. Bugün hukuk ilmi ahlâk ve

felsefeye istinadettiği gibi, sosyolojiden de istifadeye mecburdur. Hukuk ilmi ancak sosyolojik malzemeden istifade etmek şartıyla ilmî mahiyetini muhafaza edebilir. Hukuk ve sosyoloji birbirine bağlıdır. Hukukun iktisat, ah-lâk ve felsefe ile alâkası ne kadar kuvvetli ise sosyoloji ile alâkası da o kadar sıktır.

Her gün her sahaca eski devirlerde görülmemiş bir şekilde inkişaf halinde bulunan memleketimizde tahakkuk ettirilmesini temenni ettiğimiz birçok şeyler vardır. Bunlardan biri; bugün memleketimizde *tatbik olunan yüksek hukuk kaidelerinin tarihi, iktisadi, ve sosyolojik esaslarını tetkike gittikçe daha geniş yer ve daha fazla önem verilmesidir. Hukukun tedris ve tahsili gittikçe daha ilmileştirilmelidir.*

Bugün memleketimizde hâkim hukuk çok yüksek bir hukuk sistemidir. Bu yüksek hukuku yaşatmak için memleketimizde hukuk ilminin seviyesi de yüksek olmalı ve yüksek kalmalıdır. Hukukun ilmî seviyesi inkişaf etmezse hukuk kavaidi de tereddiye uğrar.

Bugün memleketimizde hâkim hukuk sistemi yüksek kültür bahçelerinde

yetiştirilmiş bir mahsuldür. Bir bahçedeki çiçekler ne kadar güzel olursa olsun sulanmadığı takdirde solmaya, nihayet kurumaya mahkûm olduğu gibi, bir memlekette hâkim kanunlar da, ne kadar mükemmel olursa olsunlar, ilimle tenvir edilmedikleri takdirde bu kanunlar çorak bir çölde dikilmiş fidan gibi kurumaya, tereddiye mahkûmdur. *Hukuk ilmi inkişaf etmemiş bir muhitte mükemmel kanunlar yaşayamaz. Tarih, iktisat, felsefe ve sosyolojiye istinadetsiz hukuk ilmi de inkişaf edemez. Hukuk ilmiyle beraber hukukun tekâmülü de durur.*

Bereket versin bu tehlike mevcut değildir. Hukukumuzu, kanunlarımızı ilmî bakımdan tetkik sahasında göze çarpar müspet hâdiseler müşahade ediyoruz.

Hukuk Fakültelerimizde hukuk sistemimizi ilmî bakımdan tetkika ve ten-vire tahsis edilmiş kürsülerin mevcudiyeti ve memleketimize hukuk ilmini yayma gayesini istihdaf eden hususi cemiyetlerin teşekkülü, hukuka dair yeni yeni ilmî eserlerin zuhuru bu sahada ümit verici müspet hâdiselerdir.

Hukukta “Özgürlükçü” Yorum ve Refah Partisi Kapatma Davaları

Mehmet TURHAN*

Murat Belge'nin ülkemizde yargı üstüne şu söylediklerine katılmamak mümkün değil.

“Çeşitli yargı organlarından karar üstüne karar çıkıyor. Şemdinli davasından İhsan Doğramacı davasına, bu ‘polis beraati’ndan ‘vicdani red’de vb. bir takım kararlar veriliyor. Bunların hemen hemen hepsinin ortak bir noktası olduğunu görmek için çok da keskin gözlü olmak gerekmiyor; ayrıca, bir Türkiye vatandaşı olarak, bu duruma öyle uzun boylu şaşmak da gerekmiyor: çünkü yargı mekanizması şu son dönemde, tutarlı ve sistematik bir biçimde, devletten yana (ya da ‘devlet iktidarı’ çevresinde yer edinmiş kişilerden yana) kararlar veriyor: ‘müesses nizam’ın ayrıcalıklarını koruyor.

Türkiye’de her şey, ‘devleti korumak’ üzeredir. Demokrasi olmamasının nedeni de zaten budur. Dünyada yargı, devlete karşı yurttaştan yanadır, güçsüzden yanadır, demokrasi ve insan haklarından yanadır. Türkiye’de yargı devletten yanadır.

12 Eylül zihniyetinin ve dolayısıyla hukukunun iki tane ‘son savunma çizgisi’ olduğu görülüyor: birincisi Genelkurmay, ikincisi Yargıtay. Genelkurmay’ın davranışları bir düzeyde çok

önemli olabilir, ama Yargıtay’ın davranışları, Yargıtay’ın yapmak durumunda olduğu şeyleri yapmaması, bundan çok daha önemlidir. Daha önce de yazdım, bir toplum, adalet duygusunu kaybettiğinde (ve bizimki büyük ölçüde kaybetti), böyle bir toplumun toparlanması çok zordur... İşitiyor musunuz?”

Yargının, özellikle anayasa yargısının “güçsüzden ve haklarından” ve “haklardan” yana bir konuma getirilmesini sağlayacağı düşüncesiyle, bu yazıda Isaiah Berlin’in ve Ronald Dworkin’in görüşlerinin ışığı altında Anayasa Mahkemesinin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin “Refah Partisi Kararlarını” irdelemek ve eleştirmek ve bu yolla hukukta nasıl özgürlükçü bir yorum yapılabileceğini göstermek istiyoruz.

Isaiah Berlin’in İki Özgürlük Kavramı ve Değerlerin Çoğulculuğu

Yirminci yüzyılın önde gelen siyaset filozoflarından Isaiah Berlin’in iki temel görüşü vardır. Bunlardan ilki negatif özgürlük ve pozitif özgürlük ikincisi de değerlerin çoğulculuğu anlayışlarıdır. Berlin’in bu görüşlerinin anayasa yargısında nasıl kullanılabileceği-

(*) Prof. Dr., Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

(1) Murat Belge, “Son Yargıtay Kararı”, *Radikal*, 12.11.2006.

ni göstermek için önce bu görüşleri kısaca açıklamak gerekmektedir.

Berlin negatif özgürlüğü şöyle açıklamaktadır: Berlin normal olarak faaliyetlerimize insanlar ne ölçüde müdahale etmiyorlarsa o ölçüde özgür olduğumuzu söylemektedir. Yazara göre eğer başkaları tarafından yapmak istediğimiz bir şeyi yapmamız engelleniyorsa, bu ölçüde özgür değildir. Eğer başka kişiler tarafından engellendiğimiz alan belli bir ölçüyü aşarsa, zorlama karşısında kaldığımız hatta köle durumuna getirildiğimiz dahi söylenebilir. Berlin'e göre baskı başka türlü bir harekette bulunabileceğimiz bir alan içinde başka insanların bu alana kasıtlı müdahalesi demektir. Belirli bir amaca ulaşma sadece o konudaki yeteneksizlik nedeniyle ortaya çıkıyorsa bu bize siyasal özgürlüğün yokluğunu göstermez. Örneğin, iki metreden daha fazla havaya sıçrayamıyorsam veya kör olduğum için kitap okuyamıyorsam köle haline getirildiğim söylenemeyeceği gibi, bana baskı yapıldığı da söylenebilir.² Negatif özgürlük demek başkalarının bize müdahale etmemeleri veya engel olmaması demektir.

Pozitif özgürlük de Berlin tarafından şöyle açıklanmaktadır: Berlin'e göre özgürlük sözcüğünün pozitif anlamı kişinin kendinin efendisi olma isteginden ortaya çıkmıştır. Eğer ben yaşamımın ve kararlarımın herhangi bir dış güce değil, bana bağlı olmasını diliyorsam; eğer diğer insanların değil kendi irademden kaynaklanan eylemlerin bir aracı olmak; bir nesne değil, bir özne

olmak; dışardan beni etkileyen nedenler tarafından değil, benim olan bilinçli amaçlar ve nedenlerle hareket etmek istiyorsam bu durumda pozitif özgürlük söz konusudur. Hiç kimse değil bir kimse olmak, hakkında karar verilen değil kendi kararlarımı kendisi veren, sanki kendime ait amaçları ve politikaları kavrayamayan ve bunları gerçekleştiremeyen bir köle veya bir hayvan veya bir şeymiş gibi dış güçler veya insanlar tarafından etkilenen biri olmak istemediğim zaman pozitif özgürlük söz konusudur. Bu en azından Berlin'e göre rasyonelim dediğimde ve bu benim rasyonelliğimin beni diğer insanlardan farklı kıldığını söylediğimde kast ettiğim şeydir. Her şeyden önce pozitif özgürlük anlayışında ben kendimi düşünen, isteyen ve eylemde bulunan yaptığım tercihler nedeniyle sorumluluk taşıyan ve bunları kendi düşünceme ve amaçlarıma başvurarak açıklayabilen kendimin bilincinde olan bir kişi olmak isterim. Bu söylediğimin doğru olduğuna inandığım ölçüde kendimi özgür ve bunun doğru olmadığını farkına vardığım ölçüde de kendimi köleleşmiş olarak hissederim.³ Berlin liberal toplumlar da negatif özgürlüğün daha önemli olduğunu ve daha az kötüye kullanıldığını söylemektedir. O halde hukukta yapılacak yorumlarda negatif özgürlüğü esas almak yerinde olacaktır.

Isaiah Berlin'in değerlerin plüralizmi görüşünü de şöyle özetleyebiliriz. Berlin, insanların takip ettiği geçmişte kabul gören ya da bugün kabul gör-

mekte 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 olmayacağı 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 belirttikten sonra; buna göreçilik (rölativizm) denemeyeceğini bunun plüralizm (çokçuluk veya çoğulculuk) olduğunu ileri sürmüştür.⁴ Berlin'e göre rölativizm (göreçilik) şu şekilde örneklendirilebilir: "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 göreçilik 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 bir-

birinden farklı kültürler arasında iletişim kurulması olanaklıdır. Buna karşılık, bizim değerlerimiz bize aittir; onların değerleri ise onlara ait bulunmaktadır. Başka kültürle 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 varlıklar olduğunu öne sürmek mümkün değildir.⁵

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 ıstırapı 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."⁶

Profesör Berlin'e göre açık olan değerlerin birbiriyle çatışmasının müm-

(2) Henry Hardy, Isaiah Berlin'in "özgürlük" ile ilgili bütün yazılarını şu yapıtta toplamıştır: Isaiah Berlin, *Liberty* der. Henry Hardy (Oxford: Oxford University Press, 2002). Yukarıdaki alıntı bu derleme içinde yer alan Berlin'in ünlü yazısı "Two Concepts of Liberty"den yapılmıştır. Bakınız: "Two Concepts of Liberty", s. 169.

(3) "Two Concepts of Liberty", s. 178.

(4) Isaiah Berlin, "The Pursuit of the Ideal", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003), s. 9-10. Bundan sonra bu yazıya "The Pursuit of the Ideal" olarak atıf yapılacaktır.

(5) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 11.

(6) Isaiah Berlin, "Two Concepts of Liberty", s. 213-214.

kün olmasıdır. Dolayısıyla, uygarlıkların birbirleriyle uyumsuz olması ve uygarlıklar arasında çatışmalar ortaya çıkması da aynı ölçüde olasılık dahilindedir. Kùltürler arasında veya aynı kùltür içinde birtakım gruplar arasında veya sizle benim aramda benimsediğimiz değerler nedeniyle uyumsuzluklar bulunabilir. Siz her durumda doğruyu söylemeden 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.⁷ 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.⁸ Aynı şekilde, güçlüye ve yetenekliye tanınacak tam bir özgürlük güçsüz ve yeteneksiz insanlar için felâket doğurabilir. Dolayısıyla, eşitliğin zaman zaman özgürlü-

ğün 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 zamanda kavramsal olarak da tutarsızdır. Bu nedenle de, iyi şeyler arasında kaçınılmaz olarak sürekli tercihlerde veya seçimlerde bulunmak durumundayız.⁹ Bu anlatılanlardan çıkarılacak sonuç yapılacak yorumlarda ister istemez bir tercihte bulunulduğu ve bu tercihin liberal değerler yönünde yapılması gerektiğidir.

Ronald Dworkin'in "Hakları Ciddiye Alan" Yorumu

Amerikalı Profesör Ronald Dworkin'e göre hukuk felsefesi özünde siyasal ve özellikle hukuksal tartışmaya normatif bir katkı sağlamaktadır. Etik, siyaset ve hukuk kuramı amaç veya ödev-temelli değil, hak-temelli olmalıdır; yani hakları ödevlerden ve kolektif amaçlardan üstün tutulmalı ve bu yolla herkesin eşit ilgi ve saygı görme hakkına saygı göstermelidir. Bu temel hak değerli veya değersiz yaşam biçimleri hakkında devletin yansız kalmasını gerektirir. Dworkin'e göre bu tür ilkeler halen hukukun bir parçasıdır.

Çağdaş hukukta insan hakları, hayvan hakları, ahlaki haklar, siyasal haklar merkezi bir önem kazanmıştır. Hukuk ve ahlak kuramlarında ilk olarak Dworkin'in ortaya koyduğu *hak-temelli*, *ödev-temelli* ve *amaç-temelli* üçlü

ayrımın hukuk felsefesinde önemli bir yeri vardır. Bu söylenenleri anlayabilmek için hukuktaki işkence yasağını örnek olarak verebiliriz. Hepimiz işkenceye karşıyızdır. Eğer bizim bu işkenceye karşı olmamız işkence kurbanının ıstırabını temel alıyorsa yaklaşımımız *hak-temelli* olacaktır. Eğer biz işkencenin işkence yapma küçülttüğüne inanıyorsak, işkence yasağına yaklaşımımızın *ödev-temelli* olduğu söylenecektir. Eğer biz işkenceyi sadece işkencenin taraflarından başkalarının menfaatlerini de etkilediğinde kabul edilemez bulursak bu yaklaşımımızın ise yararlı bir amaç taşıdığı veya *amaç-temelli* olduğu söylenecektir. Profesör Dworkin'in 'haklar tezi' hakların genel yarar düşüncelerinden önce geldiği anlamına gelmektedir.¹⁰ Profesör Ronald Dworkin'e göre vatandaşların devlete karşı ahlaki hakları olduğu son derece açıktır.¹¹

Ronald Dworkin'e göre hak sözcüğünün değişik bağlamlarda değişik anlamları vardır. Çoğunlukla bir kişinin bir şeye hakkı vardır dediğimizde bu şeyi yapmasına karışmamızın yanlış olacağını veya en azından bu müdahalenin bazı özel nedenlerle haklılaştırılmasını anlamaktayız. Bu sizin paranızı kumar oynayarak harcamaya hakkınız vardır; ama paranızı daha yararlı bir şekilde kullanmanız daha iyi olabilir dediğimizde, hak kavramını bu güçlü anla-

mında kullanmaktayım. Yani her ne kadar sizin kumarda para harcamanızı doğru bulmuyorsam dahi, size bu konuda başkalarının karışmasının yanlış olacağını düşünmekteyim.¹²

O halde bir kimsenin bir şeye hakkı olmasıyla yaptığı işin doğru olma anlamında haklı olması arasında fark vardır. Gerçekleşmesi durumunda yanlış bir şey olacak olmasına rağmen, o kişinin bu yanlış şeyi yapma hakkı vardır. Yine yapılması doğru olacak bir şey olmasına karşın, kişinin onu yapabilme hakkı olmayabilir.¹³

Anayasa tarafından bazı ahlaki haklar hukuksal haklara dönüştürülmüştür.¹⁴ Bütün hukuki haklar hatta anayasal haklar Devlete karşı ahlaki hakları temsil etmez. Dworkin'e göre Anayasada yer alan ifade özgürlüğü gibi temel haklar devlete karşı kullanılacak ahlaki haklar olup hak kavramının güçlü anlaşılışını temsil ederler.

Devlete karşı olan bireysel haklar, *yarışan haklar* durumunda yani bir başka bireysel hakkı korumak için sınırlandırılabilir. Örneğin ifade özgürlüğü mahremiyet hakkı nedeniyle sınırlandırılabilir. Bu sınırlandırma yapıldıkça daha önemli olan hak korunmalıdır.¹⁵ Dworkin'e göre devlete karşı bireysel haklar olağanüstü hallerde, tehlike durumlarında da sınırlandırılabilir. Ancak bu tehlikenin gerçek bir tehlike olması ve yine bu tehlikenin

(10) Raymond Wacks, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2005), s. 273.

(11) Ahlaki hakları olanların her zaman hukuki haklara sahip oldukları söylenemez. Örneğin hissedilen hayvanların ahlaki sùjeje sahip oldukları ve bu nedenle de ahlaki hakları bulunduğıu söylenebilir de bu hayvanların her zaman hukuk tarafından tanınan hakları olmayabilir.

(12) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 188.

(13) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 188.

(14) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 190.

(15) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 193.

(7) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 11-12.

(8) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 12.

(9) Berlin, "The Pursuit of the Ideal", s. 12-13.

açık ve mevcut bir tehlike olması gerekir.¹⁶

Dworkin'e göre eğer bir kişinin belirli bir ahlaki hakkı varsa bu hak tersine çıkan yasalara ve mahkeme kararlarına karşı varlığını sürdürür. Hakları ciddiye alan herkes bunun ne anlama geldiğini düşünmelidir. En azından şu iki önemli düşünceyi kabul etmek gerekir. Bunlardan ilki belirsiz bir kavram olmasına rağmen güçlü insanlık onuru düşüncesidir. Bu düşünce Kant'tan kaynaklanmakta ve değişik felsefi okullar tarafından savunulan bu görüşe göre insanı insan topluluğunun tam bir üyesi olarak tanımlayarak çelişen bir biçimde davranma yolları olduğunu varsayan ve bunları adil görmeyen görüştür. İkincisi ise daha tanıdık bir kavram olan siyasal eşitliktir. Bu kavram siyasal topluluğun zayıf üyelerinin daha güçlü üyeleri gibi aynı ilgi ve saygıya sahip olmaları gerektiği düşüncesidir.¹⁷ Eğer bir hak, örneğin ifade özgürlüğü gibi, kişinin onurunu korumak veya eşit ilgi ve saygı görmesi veya benzer sonuçları olan diğer bazı kişisel değerler için gerekliyse kişinin devlete karşı (güçlü anlamında) bir hakka sahip olduğunu söylemenin bir anlamı olacaktır.¹⁸

O halde eğer haklar bir anlam ifade ediyorsa, önemli bir hakkın ihlal edilmesi çok ciddi bir sorundur. Bu o kişinin daha az insan gibi bir muameleye tabi tutulduğu veya diğer insanlardan daha az ilgiye layık olduğu anlamına gelir. Hakların kurumsal düzenlenmesi bunun toplumda büyük bir adaletsizlik

yarattığı inancına dayanır. Bu söylenenler karşısında hakların çoğaltılmasının hakların ihlali gibi ciddi bir şey olmadığı sonucuna varmak gerekir.¹⁹

Dworkin'e göre bir hak bir kez kabul edildiğinde devlet bu hakkı orijinal hakkın dayandığı varsayımlarla uyumlu olmak üzere zorlayıcı nedenlerle kısıtlayabilir. Bir hak bir kez kabul edildikten sonra bu hakkı genişletmek için toplumun bazı şeyler ödemek zorunda kalacağı nedeniyle ortadan kaldırılamaz. Bu ek maliyetin özel bir maliyet olması gerekir veya davanın bir başka özelliği orijinal hakkın korunması büyük sosyal maliyet gerektiriyorsa da bu özel maliyet gerekli bulunmayabilir. Bunlar olmadığı takdirde devletin hakkı yaygınlaştırmadaki başarısızlığı orijinal davada hakkın tanınmasının bir düzmece olduğunu bize gösterecektir. Örneğin eğer bir kişinin ifade özgürlüğü varsa bu hakkı destekleyen nedenler kışkırtıcı siyasal konuşmalara yayılabiliyorsa ve böyle bir konuşmanın şiddetle bağlantısı açık değilse, bu sorun üzerine devlet bu hakkı inkar ederek karşılık vermemelidir. Konuşanın motifleri de o kişiyi susturmak için bir gerekçe oluşturamaz. Kuşkusuz eğer ifade özgürlüğü kişiye veya başkalarının mülklerine büyük bir zarara neden olarsa ve bu zararı başka türlü önlemenin olanağı da yoksa işte o zaman, örneğin tiyatrodaki 'yangın var' diye bir kişinin bağırması durumunda olduğu gibi, kişi susturulabilir.²⁰

(16) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 195.

(17) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 198-199.

(18) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s.199.

(19) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 199.

(20) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 203-204.

Hakların kabul edilmesi demek Dworkin'e göre çoğunluğun her istediğini istediği hızda gerçekleştirememesi demektir. Yasaların büyük bir çoğunluğu -sosyal, ekonomik ve dış siyasetle ilgili yasalar- yansız olamaz çünkü bu yasalar çoğunluğun ortak yararları ilgili görüşlerini yansıtır. Haklar kurumu toplumlarda çok önemlidir; çünkü haklar çoğunluğun azınlığa onurunu koruyacağı ve eşit davranılma hakkına saygı göstereceği yolundaki sözüdür. Gruplar arasındaki bölünmeler çok şiddetli olduğunda, eğer hukukun çalışması isteniyorsa, bu jest çok daha samimi olmak zorundadır. Dworkin bu konuda aynen şunu belirtmektedir: "Eğer devlet hakları ciddiye almıyorsa, o zaman hukuku da ciddiye almıyor demektir."²¹

Dworkin'e göre insan hakları kavramını hakların en temelini ve evrenselini tanımlamak üzere kullanıyoruz; bir devlet hakkında insan haklarını ihlal ettiğinden daha ciddi bir yakınma söz konusu olamaz. Uluslararası antlaşmalar temel insan haklarını tanımlamayı ve korumayı amaçlamaktadır. Ama antlaşmalar kaçınılmaz olarak değişik geleneklere ve menfaatlara sahip farklı uluslar arasındaki uzlaşmalar sonucunda ortaya çıkarlar ve bu nedenle de çoğunlukla gerçek insan haklarını tam ve doğru bir biçimde yansıtmakta başarısız olmaları nedeniyle eleştirilir. Bu nedenle uluslararası antlaşmaların bütün insan haklarını belirlediği söylenemez. Bunun yanında bir devletin uluslararası antlaş-

malara göre haklı olması onu ahlaki bakımdan insan haklarından tümüyle kurtaramaz.²²

Dworkin'e göre hükümetler çeşitli nedenlerle yasal haklar koyarlar ve bunları uygularlar. Bazı yasal haklar özel bir gücü ve rolü olan anayasal haklara dönüşebilir. Anayasal haklar hükümetlerin her istediklerini yasa olarak düzenleyebilmelerini engeller. Anayasal hakları biz insanların sahip oldukları ahlaki haklara dayandırarak haklılaştırırız. Ahlaki haklar diğer insanlara karşı değil, devlete karşı kullanılabilen haklardır. Dworkin bunların siyasal haklar olarak adlandırılabileceğini söylemektedir.²³

Bazı insanların belirli menfaatleri o denli önemlidir ki, bu menfaatleri bazı yararlar için feda etmek ahlaki bakımdan yanlış olacaktır. Siyasal haklar bu belirli ve önemli menfaatleri saptayan ve koruyan haklardır. Siyasal hak siyasal bir işlemi normal olarak haklılaştıracak dengelemede koz olarak kullanılabilen bir haktır. Bizler siyasal haklara sadece yasal hakları haklılaştırmada ve açıklamada başvurmayız; aynı zamanda devletin yasal hak olarak kabul etmedikleri hakları belirlemede ve bu konuda hükümeti eleştirmede de siyasal hakları kullanırız.²⁴

Genel Olarak Siyasal Parti

Kapatma Davaları

Genel ve eşit oy hakkı vatandaşların devlet yönetiminde etki sahibi olmalarını sağlar; fakat bu etkileme gü-nümüzde teker teker herkesin kendi

(21) Dworkin, *Taking Rights Seriously*, s. 205.

(22) Ronald Dworkin, *Is Democracy Possible Here?* (New Jersey: Princeton University Press, 2006), s.28-29.

(23) Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, s. 31.

(24) Dworkin, *Is Democracy Possible Here?*, s. 31.

gücüyle olamaz. Bireysel iradeleri bir araya getiren, onlara yön veren ve ağırlık kazandıran kuruluşlara gereksinim duyulmuştur. Dağınık siyasal tercihlerin açıklık ve kesinlik kazanması ancak siyasi partilerin çalışmaları sayesinde gerçekleşebilir. Bunlara ek olarak devlet iktidarının sınırlanması ve vatandaşlara özgürlük ve güvenlik sağlanmasında da siyasi partiler çok önemli kuruluşlardır. Bu nedenle Anayasamız parti kurma hakkını önceden izin almaya bağlamamıştır: "Siyasi partiler, önceden izin almadan kurulurlar ve Anayasa ve kanun hükümleri içinde faaliyetlerini sürdürürler" (madde 68/3). Yine Anayasamıza göre, "Siyasi partiler, demokratik siyasi hayatın vazgeçilmez unsurlarıdır" (madde 68/2).

Demokrasinin simgesi sayılan, olmazsa olmaz koşulu olarak nitelenen, özgürlük ve hukuksallığın ulusal araçları durumunda bulunan siyasi partilerin, devlet yönetimindeki etkinlikleri ve ulusal iradenin gerçekleşmesindeki rolleri nedeniyle, Anayasa koyucu, onları öteki tüzel kişilerden farklı görerek, kurulmalarından başlayıp, çalışmalarında, uyacakları esaslar ve kapatılmalarında izlenecek yöntem ve kuralları özel olarak belirlemekle kalmamış, Anayasa'nın 69. maddesinin son fıkrasındaki kuralla, siyasi partilerin çalışma, denetleme ve kapatılmalarının Anayasa'da belirlenen esaslar çerçevesinde çıkarılacak bir yasayla düzenleneceğini öngörmüştür.

22.4.1983 gün ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası Anayasa'nın anılan buyurucu kuralı uyarınca çıkarılmış ve siyasi partileri öteki tüzel kişilerden farklı görmediğinden özel düzen-

lemeye gerek duymayan kimi ülkele-
rin aksine, siyasi partilerin kuruluşla-
rından başlayarak çalışmaları, dene-
timleri, kapatılmaları konularında, be-
lirli bir sistem içerisinde çok ayrıntılı
kurallar getirmiştir. Getirilen sistem-
de, Anayasa'da da yer alan yasaklara
uymayan Siyasi Partilerin Yargıtay
Cumhuriyet Başsavcılığı'na izlene-
ceği ve gerektiğinde kapatılmaları
için Anayasa Mahkemesi'nde dava
açılacağı öngörülmüştür. Bilinen bu
kuralların yinelenmesinden kaçınıl-
makla beraber, şunu bir kez daha vur-
gulamak gerekmektedir: Kapatma da-
valarının Anayasa Mahkemesinde gö-
rülmesinin temel nedeni siyasi parti-
lere diğer tüzel kişilerden farklı bir
gözle bakılıp, onlara güvence sağla-
maktır.

1982 Anayasasının 2. maddesi
Cumhuriyetin niteliklerini saymakta-
dır. Bu maddeye göre, "Türkiye Cum-
huriyeti, toplumun huzuru, milli da-
yanışma ve adalet anlayışı içinde, in-
san haklarına saygılı, Atatürk Milli-
yetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtti-
len temel ilkelere dayanan, demokra-
tik, laik ve sosyal bir hukuk devleti-
dir." Anayasanın 2. maddesindeki
Cumhuriyetin niteliklerinden her biri
toplumumuz için önemli kabul edilen
"değerlerden" oluşmaktadır. Isaiah
Berlin'in değerlerin plüralizmi görü-
şünde belirtildiği gibi, bu değerlerin
hepsinin birden gerçekleşmesi her za-
man mümkün olamamakta ve çoğu
kez bunlardan birine verilen önem di-
ğerine veya diğerlerine zararlar vere-
bilmektedir. Özellikle bunlardan "de-
mokratik devlet" ve "laik devlet" il-
keleri ülkemizde sürekli bir çatışma
içindedir.

Siyasi Partilerin Kapatılma Davaları

Bu açıklamalardan sonra, Avrupa
İnsan Hakları Mahkemesi'nin Türkiye
Birleşik Komünist Partisi ve Sosyalist
Parti ile ilgili verdiği kararları incele-
yebiliriz. Bu iki karar da Türkiye ve
Anayasa Mahkemesi açısından son de-
rece önemli kararlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Türkiye Birleşik Komünist Partisi ka-
rarında²⁵ siyasal partilerin demokrasile-
rin düzgün ve doğru bir biçimde işleye-
bilmesi için temel örgütler olduğunu
vurgulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
ulusal makamların devletin anayasal
yapısını yok etmeye çalıştığını söyle-
diği siyasal partiler dahil, her türlü
derneğin bu Sözleşme'nin korumasın-
dan yararlanacağını belirtmiştir. Mah-
keme, bunun yanında Avrupa İnsan
Hakları Sözleşmesinin Başlangıcında
"Aynı inancı ve siyasal gelenekler,
idealler, özgürlüklere saygı ve huku-
kun üstünlüğü konularında ortak bir
mirası paylaşan Avrupa devletlerinin
hükümetleri sıfatıyla, İnsan Hakları
Evrensel Bildirisinde yer alan bazı
hakların ortak güvenceye bağlanması-
nı sağlama yolunda ilk adımları atma-
yı kararlaştırarak" dendiğini ve bu hu-
susların öncelikle de ulusal anayasa-
larda hükme bağlandığını ve bağlan-
ması gerektiğini açıklamıştır.

Siyasal partilerin kapatılabilmesi,
o devlette örgütlenme özgürlüğünü ve
bunun sonucu olarak da, demokrasiyi
doğrudan etkiler. Bu bağlamda Mahke-
me, Sözleşme sisteminde demokratik
toplumu korumanın gerekleri ile kişisel

haklar arasında bir uyuşmanın veya or-
ta yol bulmanın gerekliliğini belirtmiş-
tir. Bu uyuşmanın dernek özgürlüğü
açısından Sözleşme'nin 11. maddesi-
nin sınırlamanın nasıl yapılacağını gös-
teren 2. fıkrasına uygun olması gerekir.

Mahkeme, daha önce de çeşitli ka-
rarlarında belirttiği gibi, Sözleşme'nin
teorik veya aldatıcı değil, pratik ve et-
kili bir biçimde hakları garanti altına
aldığını yeniden vurgulamıştır. Eğer
dernek özgürlüğü sadece dernek kur-
mayla sınırlı olsaydı, o zaman bu öz-
gürlük teorik ve hayali bir özgürlük
olarak kalırdı. Çünkü ulusal makamlar
dernek kurulur kurulmaz hemen o der-
neği kapatabilirlerdi. Demek ki dernek
özgürlüğü sadece kurulmayı değil, fa-
aliyeti de kapsar.

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
TBKP'ni kapatırken Anayasa Mahke-
mesi'nin dayandığı temelleri birbirin-
den ayırmıştır. Avrupa İnsan Hakları
Komisyonuna göre partinin adına "ko-
münist" sözcüğünün yer almasının ka-
patma nedeni olarak sayılması, hiçbir
biçimde, 11. maddenin meşru amaçla-
rından biri olarak yorumlanamaz. Yani
partinin adı nedeniyle kapatılması, 11.
maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlama
amaçlarıyla uyumlu değildir. Mahke-
me de, aynen Komisyon gibi,
TBKP'nin kapatılmasında izlenen
"meşru amaçlar"dan en azından biri-
nin, "ulusal güvenliğin korunması" ol-
duğunu düşünmektedir. O halde, bu
amaç veya sınırlama nedeninin "de-
mokratik toplum düzeninin gerekleri-
ne" aykırı olmaması gerekir.

Mahkeme, 11. maddenin özgürlük-
ler içinde özerk bir rolü olduğunu ve

(25) *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (113/1996/752/951), 30 Jan. 1998 (Reports 1998-1).

belli bir uygulama alanına sahip bulunduğunu kabul etmekle birlikte, bu davada 11. maddenin 10. maddeyle birlikte ele alınması gerektiğini düşünmektedir. Düşüncelerin korunması ve ifade edilmesi özgürlüğü, 11. madde-deki dernek kurma ve toplanma özgürlüğünün amaçlarından biridir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre çoğulculuk (plüralizm) olmadan demokrasi olamaz. 10. madde, yani ifade özgürlüğü, ikinci fıkrasındaki sınırlamalar ile sadece olumlu veya zararsız veya umursanmayacak "düşünceler" ve "bilgiler ve haberler"e değil, aynı zamanda rahatsız edici şok etkisi yapan ve taciz edici "düşünceler"e, "bilgilere ve haberlere" de tatbik edilmeli ve bu tür ifadeler bu maddenin korumasından yararlanmalıdır. (Bu konuda Mahkeme'nin bir çok kararı arasından Vogt kararına bakınız). Faaliyetleri düşüncüyü ifade özgürlüğünün kolektif kullanımının bir parçasını oluşturan siyasal partiler de doğal olarak, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin korumasından yararlanacaklardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, Devlet plüralizm ilkesinin en son garantörüdür. Hiç kuşkusuz Avrupa kamu düzeninin en önemli ve temel özelliğini demokrasi oluşturur. Sözleşme'deki 8., 9., 10. ve 11. maddelerdeki özgürlüklerin kullanımının sınırlandırılması "demokratik toplum düzeninin gereklerine aykırı olmamalıdır. O halde bu maddelerdeki özgürlüklere müdahaleyi haklı kılacak tek gereklilik tipi, demokratik toplum'dan kaynaklanan gereklilik olabilir. Sözleşme'de düşünülen tek bir siyasal model vardır, o da demokrasidir. Bu nedenle, sınırlamalar demokratik toplum düzeyiyle uyumlu olmalıdır. Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesine göre, ifade özgürlüğü demokratik toplumun esaslarından birini oluşturur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre bu söylenenlerin bir sonucu olarak, 11. maddede belirtilen istisnalar yani 11. maddenin ikinci fıkrası siyasal partiler söz konusu olduğunda dar yorumlanmalıdır. Sadece inandırıcı ve zorunlu nedenler siyasal partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlandırılmasını haklı kılabilir. 11. maddenin ikinci fıkrasındaki anlamda bir gereklilik olup olmadığının saptanmasında Sözleşme'ye taraf Devletler sınırlı bir değerlendirme veya takdir yetkisine sahiptirler. Devletlerin bu sınırlı değerlendirme yetkisi, hem yasaların, bağımsız mahkemelerce verilen kararlar da dahil olmak üzere, hem de uygulamaların sıkı bir Avrupa denetimiyle birlikte gerçekleştirilmelidir.

Mahkeme ulusal otoritelerce yapılan sınırlamaları incelerken, yapılan bu sınırlamalar meşru amaçlar gütseler dahi, özgürlüğe getirilen sınırlamanın bu amacın zorunlu veya gerekli kılındığından fazla olmamasına bakılması gerektiğini söylemektedir. Yani mutlaka amaç ve sınırlama orantısı olmalıdır. Daha açık bir deyişle sınırlama "ölçülü" olmalıdır.

Mahkeme demokrasinin temel özelliklerinden birinin, şiddete başvurmadan ülkenin sorunlarına diyalog yoluyla çözümler bulma olduğunu belirterek, bazen bu çözümlerin can sıkıcı ve hoş gitmeyen şeyler olabileceğini, ama buna katlanılması gerektiğini ilere sürmüştür. Demokrasinin temeli düşüncüyü ifade özgürlüğüdür ve yine demokrasinin yaşaması ifade özgürlüğünün sağlanmasına bağlıdır.

Hiç kuşkusuz partinin programının, o partinin gizli amaçlarını ve objektiflerini gizlediği savı kolayca bir kenara atılamaz. Ancak Parti'nin gizli amaçlarının olup olmadığını anlayabilmek için de o partinin faaliyetlerine bakmak gerekir. Bu davada TBKP'nin programının uygulamada ne şekle bürüneceği anlaşılamamaktadır; çünkü Parti kurulur kurulmaz, faaliyete doğru dürtüst başlayamadan kapatılmıştır. Herhangi bir faaliyet söz konusu olmadığına göre, TBKP'nin Türkiye'nin terörizm sorununa olumsuz bir katkısının olduğu iddia etmek de mümkün değildir.

Sözleşme'nin 17. maddesini bu davada göz önüne alıp uygulama olanağı yoktur, çünkü TBKP'nin programında Sözleşme'de yazılı hak ve özgürlükleri ortadan kaldırmak amacıyla Sözleşme'deki özgürlüklere dayanıldığını gösterir herhangi bir şey bulunmamaktadır.

Mahkeme Sosyalist Partisi kararında da TBKP kararındaki görüşleri aynen tekrarlamıştır.²⁶ Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Sosyalist Partisi kararında da demokrasinin temel özelliklerinden birinin şiddete başvurmadan ülkenin sorunlarına diyalog yoluyla çözümler bulma olduğunu belirtmiştir. Önerilen çözümlerin bazen hoş gitmeyen ve can sıkıcı öneriler olabileceğini de belirten Mahkeme, buna katlanılması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme Sosyalist Partinin Türk ve Kürt kesimlerini kapsayan bir federal devlet kurulması düşüncesini ve Kürt halkının kendi kaderini tayin hakkına sahip olduğu yolundaki görüşleri de "bölünmez bütünlüğe" aykırı görmemiştir.²⁷

Avrupa Konseyi'ne bağlı Hukuk Aracılığıyla Demokrasi Komisyonu'nun (Venedik Komisyonu) 12-13 Haziran 1998 günü benimsediği "Siyasi Partilerin Yasaklanması ve Benzeri Önlemler" başlıklı Raporda Avrupa Konseyi'ne üye devletler ile üye olmayan diğer Avrupa ülkeleri, Azerbaycan, Ermenistan, Gürcistan, Kırgızistan ve Uruguay'ın mevzuatları incelenmiştir. Raporun sonuç bölümünde siyasi partilerin kapatılması gibi son derece ciddi önlemlerin alınmasını haklı gösterecek durumların belirlenmesinin güçlüğü hatta imkansızlığı dile getirilmiştir. Bu nedenle Rapora göre kısıtlayıcı önlemlerin uygulanmasında "oranlılık" veya "ölçülülük" ilkesine uyulması gerekmektedir. Yine Venedik Komisyonunun Raporunda demokratik ülkelerin yakın geçmişinde bu tür önlemlere başvuran ülke sayısı son derece azdır. Bu tür önlemlere genellikle olağanüstü durumlarda başvurulduğu da Raporda belirtilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Refah Partisi kararına kadar yukarıdaki görüşlerini sürdürmüş ve Türkiye'de kapatılan partilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 11. maddesine aykırılık oluşturduğu yolunda kararlar vermiştir.

Refah Partisi Kararı

31 Temmuz 2001 günü AİHM Üçüncü Dairesi dörde karşı üç oyla daha önceki parti kapatma davalarında benimsediği, "ifadelerin şiddet kullanılmasına yol açıp açmayacağı" veya "terör veya şiddete yol açmadığı sürece her türlü düşüncenin ifade edilebile-

(26) *Socialist Party and Others v. Turkey* (20/1997/804/1007), 25 May 1998 (Reports 1998-III).

(27) *Sosyalist Parti kararı*, paragraf 47.

ceği" yaklaşımından farklı bir biçimde, Refah Partisinin önerdiği projenin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi ve demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmadığı saptamasını esas alarak karar vermiştir. Mahkeme özetle Refah Partisinin kişilerin dini inançlarına dayanan ayrımcı bir çok hukuklu sistemi kurmayı amaçladığını,²⁸ ülkenin Müslüman çoğunluğuna uygulanmak üzere şeriat rejiminin temel alındığını, ayrıca, Refah Partisinin iktidara zorla gelmeyi reddetmediğini ve bazı durumlarda da şiddet kullanabileceği sonucunun çıkarıldığını belirtmiştir.²⁹ Ancak Mahkeme heyetinde yer alan üç yargıç ise Refah Partisinin programında laiklik ilkesine aykırılık bulunmadığına, partinin yöneticilerinin yaptıkları açıklamalardan dolayı bir cezai kovuşturmayla uğramadıklarına dikkat çekmişler ve karara muhalif kalmışlardır.

AİHM'ne göre, çok hukukluluk demokrasinin temel ilkelerinden olan kamu özgürlüklerinin kullanımında bireyler arasında ayrımcılık yapılmaması ilkesiyle ters düşmektedir. Kamu hukuku ve özel hukukun tüm alanlarında bireyler arasında din ve inanca göre ayırım yapmak Sözleşmeyle haklı kılınmaz (ayrımcılığı yasaklayan Madde

14). Böyle bir ayırım, bir yandan kendi kurallarına göre yönetilmek isteyen bazı dini grupların istekleriyle, diğer yandan da farklı din ve inançlar arasında barış ve hoşgörü gerektiren bütün olarak bir toplumun çıkarları arasında adil bir denge kuramaz.³⁰

Anayasa Mahkemesi gibi, AİHM de dinin koyduğu dogmaların ve ilahi kuralları yansıtan şeriatın sabit ve değişmez kurallar olduğunu ifade etmektedir. Siyasi anlamda çoğulculuk veya kamu özgürlüklerinin sürekli evriminin şeriatı yeri yoktur. Mahkeme, şeriatı dayanan bir düzenin Sözleşmedeki demokrasi anlayışının temel ilkeleleriyle bağdaştırılmasının zor olduğunu belirtmiştir. Avrupa Mahkemesine göre özellikle İslam ceza hukuku ve ceza usul hukukunun, İslam'da kadınların hukuksal statülerinin ve dini kuralların özel ve kamu hayatının tüm alanlarına müdahalesine dayanan şeriat rejiminin demokrasi ve insan haklarına ters düştüğü açıktır. Ayrıca 'adil bir düzen' veya 'adaletli düzen' veya 'Tanrının düzeni' biçimindeki söylemlerin, değişik yorumlara yol açsa da, kendi bağlamlarında okunduğunda konuşmacılar tarafından savunulan siyasi rejimi tanımlamak için kullanılan bu ifadelerin dini

veya ilahi kurallara işaret etmeleri açısından ortak bir paydaları vardır. Söz konusu söylemler konuşmacıların dini kurallara dayanmayan bir sisteme bağlılıkları konusunda şüphe uyandırmaktadır. AİHM'e göre, Sözleşmeye taraf bir Devlette şeriatı kurmayı amaçlayan eylemlerde bulunan siyasi bir partinin, Sözleşmenin temelini oluşturan demokrasi idealine uyan bir örgüt olarak görülmesini güçleştirmektedir.³¹

AİHM, Refah Partisinin siyasi projesinin hayali ve teorik olmadığı, bunun gerçekleşebilir olduğu yargısına da varmıştır. Refah Partisinin bir siyasi parti olarak iktidara gelme ve vaatlerini yerine getirme olasılığı vardır.³²

Ulusal makamların sahip oldukları taktir yetkisini de göz önünde bulundurarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin amaçlanan meşru amaçla orantılı olduğunu, bir başka deyişle, "zorunlu sosyal bir gereksinimi" karşıladığını ve Refah partisinin kapatılması konusunda Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen gerekçelerin de 'ilgili ve yeterli' olduğu sonucuna varmıştır.³³

13 Şubat 2003 günü Büyük Daire olarak görev yapan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de tarihinin en önemli kararlarından birini vermiştir. Büyük Daire, Üçüncü Daire gibi, Refah Partisinin kapatılmasını Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin dernek kurma ve toplantı özgürlüğünü düzen-

leyen 11. maddesini ihlal etmediğine oybirliğiyle karar vermiştir.³⁴

Refah Partisi Kararlarının Eleştirisi

Üçüncü Dairenin kararına karşı oy yazan üç yargıca göre, hükümete girmeden önce veya girdikten sonra Refah Partisinin Sözleşme normlarına aykırı olan siyasi hedeflerini gerçekleştirmek, laik toplumu yıkmak veya zayıflatmak, şiddet veya dini nefret içinde bulunmak veya teşvik etmek için herhangi bir adım attığını, veya Türkiye'deki yasal ve demokratik düzene karşı bir tehdit oluşturduğunu gösteren zorlayıcı veya ikna edici bir kanıt bulunmamaktadır. Anayasa Mahkemesinin kapatma kararının gerekçesini partinin tüzük ve programı değil parti üyelerinin ve liderlerinin eylemleri ve yaptıkları konuşmalar oluşturmaktadır. Karşı oya göre, bir partinin kapatılmasını haklı gösterebilmek için inandırıcı ve zorlayıcı gerekçelerin sunulması gerekir. Oysa bu davada gerekçe olarak gösterilen eylemler ve konuşmalar ne yer ne de zaman bakımından birbiriyle ilişkilidir. Konuşmalar ve eylemler altı yıllık bir süre içinde, ve farklı zamanlarda ve Refah Partisi iktidara gelmeden önce gerekçeleşmiş izole olaylar biçimindedir. Karşı oya göre bunlar yeterli kanıt olarak kabul edilemez.³⁵

Bir mahkeme tarafından hükümeti görev yapan en fazla milletvekiline sa-

(28) Hukuki plürahizm ile ilgili bir Türkçe kaynak için bakınız: Murat Yüksel, *Hukuki Plürahizm* (İstanbul: Beta, 2003).

(29) *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court Of Human Rights Third Section, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 31 July 2001. Bundan sonra bu karara "Üçüncü Daire kararı" olarak atıfta bulunulacaktır. Anayasa Mahkemesi de Laik Cumhuriyet ilkesine aykırı eylemleri nedeniyle Anayasanın 68. ve 69. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasî Partiler Yasası'nın 101. maddesinin (b) bendi ve 103. maddesinin birinci fıkrası gereğince Refah Partisinin kapatılmasına oyçokluğuyla, beyan ve eylemleri ile Parti'nin kapatılmasına neden olan bazı milletvekillerinin milletvekilliklerinin Anayasa'nın 84. maddesinin son fıkrası hükmü gereğince, gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte sona ermesine, oybirliğiyle, beyan ve eylemleri ile Parti'nin kapatılmasına neden olan üyelerine ise 69. maddesinin sekizinci fıkrası gereğince gerekçeli kararın Resmi Gazete'de yayımlanmasından başlayarak beş yıl süre ile bir başka partinin kurucusu, üyesi, yöneticisi ve denetçisi olamayacaklarına, oybirliğiyle, ve davalı Parti'nin tüm mallarının 2820 sayılı Yasa'nın 107. maddesi gereğince Hazine'ye geçmesine, oybirliğiyle, 16 Ocak 1998 günü karar vermiştir. Bakınız: E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD, Sayı:34/2.

(30) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 70.

(31) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 72.

(32) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 77.

(33) Üçüncü Daire Kararı, paragraf, 82, 83.

(34) *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Grand Chamber, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003.

(35) *Joint Dissenting Opinion of Judges Fuhrmann, Loucaides and Sir Nicolas Bratza, Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Grand Chamber, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003, s.40.

hip partinin kapatılması demokratik siyasal yaşama radikal bir müdahale olarak kabul edilmelidir. Bu müdahale, yani seçimler yoluyla demokrasinin ortadan kaldırılmasını önleyebilmek için gerekli önlemlerin alınması demek olan 'militan demokrasi' anlayışının yeni bir düzeye çekilmesi demektir. Acaba ne zaman koalisyon hükümetinde en büyük ortak olarak görev yapan ve seçimlerde halk tarafından seçilen bir partinin insan hakları ve demokratik değerler adına kapatılması haklı görülebilir? Anayasa Mahkemesine göre Refah Partisinin kapatılmasının nedeni bu partinin dini esaslardan etkilenen bir parti olması ve Türkiye'de laikliği ve demokrasiyi ortadan kaldıracak olan İslami ilkelerin ve yasaların yani şeriatın ülkeye getirilmek istenmesidir.

Bir ilke olarak laiklikle veya Türkiye örneğinde olduğu gibi bir ideoloji olarak laiklikle demokrasi arasındaki ilişki nedir? Siyasal yaşamın ve kurumlarının dini ilkelerden ve değerlerden ayrılması anlamındaki laiklik bir insan hakları ilkesi haline mi dönüşmüştür? Eğer dönüşmüşse din ve din özgürlüğü hakkı ve demokrasi arasındaki ilişki nedir? Haklar mı veya demokrasi mi önce gelmektedir?³⁶

Hakların demokrasiyi ve demokrasinin de hakları gerektirdiği herkesin kabul ettiği bir gerçektir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi demokrasi tanımı yapmamakla birlikte TBKP kararında bu konuda şunları belirtmiştir:

Bu ilk önce, sözleşmenin, insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesinin, bir yandan

gerçekten etkili bir siyasal demokratik rejime ve öte yandan ortak bir insan hakları kavramına ve insan haklarına ortak bir saygıya dayandığını bildiren (bakınız, yukarıda değinilen Klass ve Diğerleri kararı, s. 28, paragraf 59), sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağlantı kuran, başlangıcından çıkmaktadır. Aynı başlangıcı takiben, Avrupa Devletlerinin özgürlüklere ve hukukun üstünlüğüne saygı ideali ve siyasal geleneği ortak varlığına (ortak mirasına) sahip olduklarını belirtmektedir. Divan bu ortak varlıkta (ortak mirasta) sözleşmeye ilişkin değerleri görmüş (bakınız, 7 Temmuz 1989 tarihli Soering/ Birleşik Krallık kararı, Seri A no:161, s. 35, paragraf 88) ve bir çok kez bunun demokratik bir toplumun (bakınız, 7 Aralık 1976 tarihli Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/ Danimarka kararı, Seri A no: 23, s. 27, paragraf 53 ve yukarıda değinilen Soering kararı, s. 34, paragraf 87) ideallerini ve değerlerini korumaya ve geliştirmeye yönelik olduğunu hatırlatmıştır.³⁷

Refah Partisi kararında Büyük Daire oybirliğiyle partinin kapatılmasının Sözleşmenin demokrasi ve insan hakları konusundaki temel ilkelerine uygun olduğuna ve ulusal takdir marjı içinde bulunduğu karar vermiştir. Oysa Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında Mahkeme tam bu söylenenlerin tersine karar vermişti. Bu açıdan bakıldığında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Türk Anayasa Mahkemesine göre daha tutarsız olduğu açıkla söylelenebilir. Yine bunun yanında

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin komünizme Sovyetler Birliği dağıldıktan sonra bakış açısının Anayasa Mahkemesinin bakış açısından değişik olduğu ve komünizmi artık bir tehlike olarak görmediği de söylenebilir. Yine etnik azınlıkların varlığı konusunda devletin tutumunu Mahkeme Sözleşmeye aykırı bulmuştur. Etnik azınlık konusundaki görüşleri ÖZDEP'in kapatılmasını Sözleşmenin 11. maddesine aykırı bulmasından anlaşılacağı gibi, Anayasa Mahkemesinden yüzde yüz farklıdır.³⁸ Refah Partisi kararında Büyük Dairenin oybirliğiyle Türk Anayasa Mahkemesinin gerekçelerini aynen benimsemesi 11 Eylül'den sonra Avrupa ve ABD'nde terörizme ve İslam'a karşı duyarlılığın artışından kaynaklandığı biçiminde yorumlanabilir.

Gerek Anayasa Mahkemesinin gerek AİHM'nin yaptıkları iki temel liberal değer arasında yapılan ve "rasyonal" olmaya çalışan "radikal" bir seçimdir. Anayasa Mahkemesi bir kararında açıkça demokratik hak ve özgürlüklerin Anayasanın laiklik ilkesi doğrultusunda yorumlanması gerektiğini söylemektedir. O halde Anayasa Mahkemesine göre laiklik diğer ilkelerden daha üstte yer almaktadır. Anayasa Mahkemesi "türban" kararında aynen şunları belirtmiştir: "Laikliğin, Türk Devrimi'nin, Cumhuriyetin özü ve ulusal yaşamın temeli olduğu bir gerçektir... Özgürlükler Anayasa ile sınırlı-

dır. Anayasa'daki laiklik ilkesine ve laik eğitim kuralına karşı eylemlerin demokratik bir hak olduğu savunulamaz. Anayasal ayrıcalığa sahip laiklik ilkesi,³⁹ demokrasiye aykırı olmadığı gibi tüm hak ve özgürlüklerin de bu ilke temel alınarak değerlendirilmesi zorunludur."⁴⁰ Anayasa Mahkemesi açıkça iki temel liberal değer arasında Anayasamıza göre laiklik esas alınarak yorum yapılması gerektiğini ve "laik"liğin "özgürlüklere kısırdırılmasına" olanak tanınmayacağını hükme bağlamıştır. Anayasa Mahkemesinin bu tutumu Dworkin'in özgürlükleri temel alan yaklaşımından son derece farklı bir yerde durmaktadır. Anayasa Mahkemesinin bu gerekçesinin Berlin'in görüşleriyle de uyumlu olduğu söylene-

Öncelikle şunu belirtmek gerekir ki, laikliği kayıran kararların tersi kararlar da bu davalarda verilebilirdi. Özgürlükleri ciddiye alan bu kararlarda aynı ölçüde geçerli olurdu. Aksini düşünmek monist bir düşünceye sahip olmak demektir. Çünkü monizme göre bütün gerçek soruların yalnızca doğru bir yanıtı ve tek bir yanıtı olmalıdır. Diğer bütün verilen yanıtlar hatalıdır. Halen bilinmiyor olsa da, doğru yanıtların keşfedilmesinde, ilke olarak bilenebilir, güvenilir bir yol vardır ve doğru yanıtlar bulunduklarında birbirleriyle uyumlu bir bütün oluştururlar; çünkü bir doğru diğer doğruyla uyum-

(36) Kevin Boyle, "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case," *Essex Human Rights Review*, Vol.1 No. 1, s. 4.

(37) TBKP kararı, paragraf 45.

(38) Bakınız: *Freedom and Democracy Party (ÖZDEP) v. Turkey*, (23885/94), 8 Dec. 1999.

(39) Vurgulama tarafından yapılmıştır.

(40) E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25, s. 143-158. Türkiye gibi liberal değerlerin çok fazla benimsenmediği bir ülkede demokrasinin önündeki en büyük engeller militarizm ve farklı olanı dışlamaktır. Bu iki engel aşılmadan ülkede demokrasinin gerçekleştirileceği söylenemez. Türkiye'de gerek devlette gerek halkta askeri değerler oldukça güçlüdür; toplumumuzda militarizmi sorgulayanlar birer deli muamelesi görmektedir. Yine otoriter eğilimlerin en önemli kaynaklarından biri de farklılığa saygı duymamaktır. O halde böyle bir toplumsal yapıda mahkemelerin yorumlarını liberal değerleri esas alarak yapmaları daha doğru olacaktır.

suz olamaz. Bu evrenin tutarlı ve uyumlu olduğu yolundaki metafizik bir varsayıma dayanmaktadır. Berlin'e göre monist görüş en son aşamasının yirminci yüzyıldaki totaliter rejimlerin oluşturduğu siyasal otoriterliğin temelini oluşturmaktadır. Ülkemizde laikliği tek önemli değer olarak kabul edenlerin otoriter düşüncelere kayması monist bir görüş benimsemelerinden kaynaklanmaktadır denebilir.

Anayasanın ikinci maddesinde yer alan ilkeler arasında Anayasa Mahkemesinin yaptığı gibi "laik"liği en üste koymak değerlerin plüralizmi görüşüne terstir. Anayasanın ikinci maddesindeki ilkeler arasında bir altlık ve üstlük sıralaması yapılamaz. Berlin'e göre, karşılaştırılmaz değerler arasında rasyonel seçim yapabilmek olanaksızdır. Çünkü Berlin'e göre yapılacak tercih ister istemez başka bir değerde veya değerlerde kayıplara neden olacaktır. Ayrıca böyle bir tercihte bulunulurken bize rehber olabilecek, yararcılık gibi monist bir standart da yoktur. Liberal değerler arasında bir seçim yapmak söz konusu olduğunda yapılacak seçimin özgürlükle-

ri esas alan bir seçim olması daha yerinde olacaktır; çünkü liberal bir devlette öncelikle özgürlüklerin başka değerlere kıyılmaması gerekir.⁴¹

Gerek Anayasa Mahkemesinin gerek Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Refah Partisi kararlarında 'militan demokrasi' anlayışından etkilendiği belirtilmiştir. Militan demokrasi anlayışı siyasal bilimde fazla açıklığa kavuşturulmuş bir kavram değildir. Kast edilen demokratik sistemi siyasal aşırılıklardan korumaktır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesi hakların kötüye kullanılmasını önleme amacıyla kaleme alınmış bir madde olup 'militan demokrasi' görüşünü yansıtmaktadır. AİHS'nin 17. maddesi aynen şu hükmü içermektedir:

"Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbir, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine veya burada öngörüldüğünden daha geniş ölçüde sınırlamalara uğratılmasına yönelik bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkını sağlar biçimde yorumlanamaz."⁴²

(41) Ahmet Hamdi Tanpınar *Saatleri Ayarlama Enstitüsü* adlı romanında ülkemizde özgürlük anlayışıyla ilgili şu ilginç gözlemlerde bulunuyor: "Bu kelimeyi bugün sadece siyasi manasında kullanıyoruz Ne yazık! Onu politikaya mahsus bir şey addedenler korkarım ki, hiçbir zaman manasını anlamayacaklardır. Politikadaki hürriyet, bir yığın hürriyetsizliğin anahtarı veya ardına kadar açık duran kapısıdır. Meğer ki dünyanın en kıymetli olsun; ve tek insan onunla şöyle iyice karnını doyurmak istedi mi etrafındakiler mutlak surette aç kalırlar. Ben bu kadar kendi zıddı ile beraber gelen ve zıllarının altında kaybolan nesne görmeydim. Kısa ömrümde yedi sekiz defa memleketimize geldiğini izledim. Evet, bir kere bile kimse bana geldiğini söylemediği halde, yedi sekiz defa geldi; ve o geldi diye biz sevincimizden, davul, zurna, sokaklara fırladık.

Nereden gelir? Nasıl birden bire gider? Veren mi tekrar elimizden alır? Yoksa biz mi birdenbire ukar, 'Buyurunuz elendim, bendeniz, artık hevesimi aldım. Sizin olsun, belki bir işinize yarar' diye hediye mi ederiz? Yoksa masallarda, duvar diplerinde birden bire parlayan, fakat yanına yaklaşıp avuçlayınca gene birdenbire kömür veya toprak yığını haline giren o büyüü hazineler mi benzer? Bir türlü anlamadım.

Nihayet şu künâte vardım ki, ona hiç kimsenin ihtiyacı yoktur. Hürriyet aşkı, ... bir nevi snobizmden başka bir şey değildir. Hakikaten muhtaç olsaydık, hakikaten sevseydik, o sık sık gelişlerinden birinde adamakıllı yakalar, bir daha gözümüzün önünden, dizimizin dibinden ayırmazdık. Ne gezer! Daha geldiğini ertesi günü ortada yoktur. Ve işin garibi biz de yokluğuna pek çabuk alışıyoruz. Kiraat kitaplarında birkaç manzume, resmi nutuklarda adının anılması kalı geliyor." Bakınız: Ahmet Hamdi Tanpınar, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*, B. Baskı (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001), s. 24-25.

(42) 1982 Anayasanın 14. maddesinde 2001 yılında yapılan değişiklikten sonra Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 17. maddesine benzer bir düzenleme durumuna gelmiştir denebilir.

Anayasa Mahkemesi de Refah Partisi kapatma kararında Sözleşmenin 17. maddesine atıfta bulunmuştur ve bu konuda şunları ileri sürmüştür:

Avrupa İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinin birinci fıkrasında, herkesin barışçı amaçlarla dernek kurma özgürlüğüne sahip olduğu belirtilmiş, ikinci fıkrasında ise, bu hakların kullanılmasına, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, kamu düzeninin korunması, suçun önlenmesi, genel sağlık ve ahlak veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için ancak yasalarla kısıtlamalar getirilebileceği kabul edilmiştir.

Öte yandan, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 30. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 17. maddesinde, Bildirge veya Sözleşmenin hiçbir hükmünün, burada ileri sürülen hak veya özgürlüklerden herhangi birinin yok edilmesini amaçlayan etkinlik veya eylemde bulunma hakkını verir biçimde yorumlanamayacağı öngörülmüştür.

Refah Partisi Genel Başkanı ile Genel Başkan Yardımcıları ve milletvekillerinden kimilerinin, laiklik karşıtı beyan ve davranışlarıyla, demokratik hak ve özgürlükleri, demokrasiyi ortadan kaldıracak olan şeriat düzeninin getirilmesi için araç olarak kullandıkları anlaşılmıştır. Bu tür davranışların, Anayasa'nın 68. maddesinin dördüncü fıkrasıyla, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 30. ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 17. maddesi karşısında korunmaları olanaksızdır.

Demokratik yaşamı tehdit eden, ondan yoksun kalmaya yol açacak eylemlere girişen veya bu tür amaçları taşıyan siyasal partilerin kapatılmaları doğal karşılanmalıdır. Tersine düşünce, başka biçim ve adla gerçekleştirilmesi olanaksız sakıncalı amaçların siyasal parti kimliğiyle gerçekleştirilmesi sonucunu doğurur.⁴³

Anayasa Mahkemesi hukukumuzda var olan ahlaki temel ilkeleri Refah Partisi davasında göz önüne almamıştır. Oysa, Siyasi Partiler Yasasının 98. maddesi ile 2949 sayılı Yasanın 33. maddesine göre parti kapatma davalarında Ceza Muhakemeleri Usulü Yasasının uygulanacağı belirtilmektedir. Bu parti kapatma davalarının ceza davası niteliğinde görülmesi demektir. Yani CMUY'nın uygulanması siyasal partiler için güvence oluşturan bir takım sonuçlar doğurduğundan bu yola gidilmiştir. Örneğin üçüncü kişilerin eylemlerinden sorumlu olunmaması; kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi ve bunun sonucunda cezada genişletici yorum ve kıyasa yer verilmemesi; ceza muhakemesinin biçimsel gerçeğe yetinmeyip maddi gerçeği araması; şüpheli durumlarda sanık lehine hareket edilmesi ilkeleri parti kapatma davalarında göz önünde bulundurulması gereken ahlakın ve hukukun temel ilkeleridir. Oysa Anayasa Mahkemesine göre "...siyasi partilerin kapatılmasına ilişkin davalar, bütünüyle ceza hukuku kuralları içinde değerlendirilmesine olanak bulunmayan kendine özgü davalar"dır."⁴⁴

(43) E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD, Sayı:34/2, s.1050-151.

(44) E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, AMKD Sayı 37/2, s. 1473. Refah Partisi kararında da benzer bir biçimde karar vermiştir: E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD

Anayasa Mahkemesi Siyasal Partiler Yasasının 103. maddesinde yer alan suç mihrağı olmak için "hüküm giymiş olma" koşulunu siyasi parti kapatılması davasına bakan mahkeme sıfatıyla Anayasanın 69. maddesine aykırı görüldüğünden öncelikle bekletici sorun olarak bu konuda Anayasanın 152. maddesi ve 2949 sayılı Yasanın 28. maddesi uyarınca bir karar verilmek üzere davanın geri bırakılmasına karar vermiş ve daha sonra verdiği kararlar (9.1.1998 günlü, E. 1998/2, K. 1998/1 sayılı kararıyla) bu hükmü iptal etmiş ve bu iptal kararını geçmiş kapsayacak biçimde Refah Partisi kapatma davasına uygulamıştır.

Siyasal partiler faaliyetlerini Siyasal Partiler Yasasına göre yürütürler. Siyasal Partiler Yasasının 103. maddesi de bir partinin hangi durumlarda "suç mihrağı" veya "suç odağı" olacağını belirtmişti ve siyasal partilere ve Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına bazı ödevler yüklemişti. Suç odağı durumuna gelmesinden ötürü bir partinin kapatılması çeşitli koşullara bağlanmıştı. Bu şartlardan suç odağı olmaya esas alınan, üyelerin "hüküm giymiş olma" şartı, Anayasa Mahkemesince

iptal edilince "suç odağı olma" son derece kolaylaşmış oldu. O halde bu yeni durum siyasal partilerin lehine değil aleyhinedir. Daha önceki bu kurala güvenerek hareket eden bir partiyi 1990 yılına kadarki bütün çalışmalarını bu kural yokmuşçasına yargılamak hiç kuşkusuz hukuksal güvenlik ilkesini zedeler. Oysa Anayasa Mahkemesi hak temelli yorum yöntemini benimseseydi tam tersi sonuçlara varacaktı.

Haşım Kılıç bu konuda aynen şunları belirtmektedir:

"Siyasî partiler ve siyasî hak sahipleri uymak zorunda olduğu kuralların hangi gün iptal edilerek suçlu konumuna düşeceği tehdit ve güvensizliği altında yaşayıp gelişemez. Bu dava sebebiyle Anayasa Mahkemesi'nin Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. maddesinin ikinci fıkrası için verdiği iptal kararı, ancak Resmi Gazete'de yayımlandığı günden itibaren yürürlüğe girebilir. Bu nedenle davanın, 103. maddede öngörülen şartların yerine getirilmemesi nedeniyle reddedilmesi gerekirken, bu kuralların yok kabul edilerek davalı partinin kapatılması hukuk kurallarına kesin aykırılık oluşturur."⁴⁴

44. *dipnot devamı*: Sayı:34/2, s. 1020-1021. Vurgulama bana aittir. Anayasa Mahkemesi Refah Partisini kapatırken Ceza Muhakemeleri Yasasını uygulamasına rağmen Ceza Hukukunun sanık lehine ilkelerini ve kurallarını uygulamamıştır. Bu konuda karşı oy yazan Anayasa Mahkemesi üyesi Haşım Kılıç'ın aşağıda aynen aktardığımız görüşlerine biz de katılmaktayız.

"Yasakoyucu, ceza hukukunun güvence ilkelerinden siyasi partiler de faydalansın diye HUMK'nun değil CMUK'un uygulamasını öngörmüştür. Oysa davalı siyasî parti, belirlenen ceza hukukunun güvencelerinden yoksun bırakılmıştır. Şöyle ki: Siyasî Partiler Kanunu'nun 103. maddesinin ikinci fıkrası iptal edilmiş ve iptal kararı (Resmî Gazete'de yayımlanmadan) "GERİYE DOĞRU" yürütülmüştür. Oysa, devlete olan güveni sarsmamak ve kargaşaya neden olmamak için Anayasa'nın 153. maddesiyle "iptal kararlarının geriye yürütmeyeceği" ilkesi kabul edilmiştir.

Görülmekte olan parti kapatma davası "ceza davası" niteliğinde olduğundan, iptal kararlarının "bazı hallerde" geriye yürüyebileceği istisnasını idari davalarda uygulandığı gibi düşünmek de mümkün değildir. Ceza Hukukunun en temel ilkesine göre, failin lehinde olan yeni düzenleme ve durumlar geçmişe yürütülebileceği halde, ALEYHİNDE olan durumlar geçmişe yürütülemez." Haşım Kılıç'ın Karşıoy yazısı: E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD, Sayı 34/2, s. 1077-1078.

(45) Bakınız Haşım Kılıç'ın karşıoy yazısı: E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD Sayı 34/2, s. 1079.

1924 ve 1961 Anayasalarına göre de milletvekilleri mecliste ileri sürdükleri düşünceleri meclis dışında tekrarlamaktan ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamazlardı. 1982 Anayasası da yasama sorumsuzluğunu hemen hemen 1924 ve 1961 Anayasalarına benzer bir biçimde⁴⁶ korumuştur. Anayasa Mahkemesi Anayasanın 83. maddesinin birinci fıkrasında yer alan yasama sorumsuzluğunun "... Meclis çalışmalarında ulusal istencin en iyi biçimde yansıtılması bakımından Milletvekillerinin görevlerini hiçbir etki altında kalmadan yapabilmeleri için kişiliklerine bağlı özel bir koruma" getirdiğini belirterek, "Bu korumadan parti tüzelkişiliğinin yararlanması söz konusu olamaz"⁴⁷ demektedir. Anayasa Mahkemesi hem Refah Partisi hem de Fazilet Partisi kapatma davalarında milletvekillerinin Mecliste yaptıkları konuşmaları kapatma lehine delil olarak değerlendirmiştir. Yani yasama sorumsuzluğunu siyasi partiler lehine uygulamıştır. Anayasa Mahkemesine göre partinin kapatılmasına karar verilmesi durumunda buna neden olanların milletvekilliklerinin sona ermesi Anayasanın 84. maddesinin öngördüğü özel bir yaptırımdır. Oysa Anayasanın 83. maddesindeki yasama sorumsuzluğunun getiriliş amacı farklı olduğundan aralarında bir bağlantı kurmak olası değildir.⁴⁸

Profesör Ronald Dworkin'e göre yargı kararı insanlara eşit davranıyorsa, benzer davaları benzer bir biçimde karara bağlıyorsa hakkaniyete uygundur ve bu nedenle de adaleti gerçekleştiren bir karardır. Dworkin'e göre bir yargı kararı daha önce varolan somut bir hakka etkinlik tanırıyorsa doğru bir karar olabilir. Dworkin'in *Hak tezi*ne göre her davada davanın taraflarından birinin varolan hukuksal bir hakkı söz konusudur. Yargıç davada bu hakkı hak sahibine verebiliyorsa yani bu hakkı *etkinleştirebiliyorsa* o zaman verdiği karar da doğru bir karar olacaktır. Hukuksal haklar varlıklarını ahlaksal ve siyasal inançlardan alırlar. Ülkede varolan siyasal ve hukuksal kurumlar bu siyasal haklara hizmet etmek için tasarlanmıştır. Eğer siyasal ve hukuksal düzenin arka planında yer alan bir hakkı önemli olarak kabul ediyorsa, bu hak hukuksal hakka dönüştürülür. Dworkin'in hukuk kuramı hakları tanımlayan ve sınıflandıran önermelerden bir başka deyişle *ilkelerden* oluşur. İlkeler başka ilkelerle çatışabilir ve eğer böyle bir çatışma söz konusuysa hangi hak daha güçlü bir konumdaysa o hakkı içeren ilke davada gözetilmelidir. Hukuk kuramı hukuk sisteminde varolan hukuksal hakları içeren bir dizi ilkeden oluşmaktadır. Zor davalarda yani çözümü açık olmayan davalarda eldeki olaya uyan ilkeye başvurulmalı ve uyuş-

(46) 1982 Anayasası bu konuda bir istisna getirmektedir. Buna göre, Başkanlık Divanının teklifi üzerine meclisçe başka bir karar alınmadıkça milletvekilleri Mecliste ileri sürdükleri düşünceleri meclis dışında tekrarlamaktan ve açığa vurmaktan sorumlu tutulamayacaklardır. Bu açıktır yasama sorumsuzluğuna bir istisnadır ve yasama sorumsuzluğunun amacına uygun değildir. Yapılacak yeni düzenlemelerde bunun madde metninden çıkarılması gerekir. Çünkü milletvekillerinin meclisteki düşüncelerinden ve sözlerinden ötürü sorumlu olamayacakları kuralının amacı yalnızca temsilcinin baskı altında kalmadan yasama çalışmalarını sürdürebilmesi değil; bunun yanında görüşlerini kamu oyuna yansıtabilmesini de sağlamaktır.

(47) E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, AMKD Sayı 34/2, s. 1019.

(48) E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, AMKD Sayı 37/2, s. 1471-1472.

mazlık keşfedilmiş olan bu hakka göre çözüme kavuşturulmalıdır.⁽⁴⁹⁾

Oysa, Anayasa Mahkemesi davalı partinin örgütlenme hakkından hareket ederek davayı çözümlenmeye çalışmamıştır. Yani hak temelli bir yaklaşımda bulunmamıştır. Parti kapatma davalarında ceza hukukunun sanık hakları lehine ilişkin ilkelerini göz ardı etmiştir. Yine milletvekillerinin ifade özgürlüğü bakımından son derece önemli bir ilke olan yasama sorumsuzluğunu da parti kapatma davasında uygulamamıştır.

Büyük Dairenin ve Dairenin verdiği kararlarda Sözleşmenin 17. maddenin uygulanması konusunda sessiz kalmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Refah Partisinin programının ve tüzüğünün kapatılması için yeterli olmadığını kabul etmiştir. Ama Anayasa Mahkemesi gibi gerçek amaçlarının gizlenmiş olabileceğini vurgulamış ve yapılan konuşmaların ve eylemlerin varsayılan amacı ortaya çıkardığı ve bunların kapatılma için yeterli olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle Kevin Boyle'nin belirttiği gibi hem Dairenin ve hem de Büyük Dairenin bu durum karşısında ya 17. maddeyi uygulayıp Refah Partisinin ve liderlerinin başvurularını kabul edilemez bulmaları gerekmektedir ya da neden 17. maddeyi uygulamadıklarını açıklamaları gerekirdi.⁽⁵⁰⁾

AİHM bir siyasal partinin yasalarda veya devletin anayasal ve hukuksal yapısında iki koşulla değişiklik önerebileceğini ve yapabileceğini belirtmiştir. İlk olarak değişikliği gerçekleştirmek

için kullanılan araçların hukuksal ve demokratik olması gerekir; ikinci olarak da önerilen değişiklik temel demokratik ilkelerle uyumlu olmalıdır. Bunun sonucu olarak Büyük Daireye göre bir siyasi partinin liderleri şiddeti teşvik ediyorsa veya ileri sürdüğü politika demokrasiye saygılı değilse veya demokrasiyi ortadan kaldırmak istiyorsa ve bir demokraside tanınmış olan hak ve özgürlükleri hiçe sayıyorsa bu nedenlerle uygulanan cezalara karşı Sözleşmenin korumasından yararlanamaz.⁽⁵¹⁾ Mahkemeye göre Refah Partisi bu iki koşulu da karşılayamamaktadır.

Ancak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin bu iki koşulu Refah Partisinin karşılayamadığı konusundaki mantık yürütmesinin doğruluğu oldukça kuşkuludur; çünkü Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Refah Partisini iktidardayken gerçekleştirdiği bir şey için değil, gelecekte eğer Refah Partisi tek başına iktidara gelirse gerçekleşme olasılığının ortaya çıkacağı durum nedeniyle kapatılmasını Sözleşmeye uygun bulmuştur. Anayasa Mahkemesi tarafından bir partinin kapatılabilmesi için o partinin Anayasanın 69. maddesine göre Anayasanın 68. maddesinin dördüncü fıkrasındaki hükümlere aykırı eylemlerinin onun bu nitelikteki fiillerin işlendiği bir odak haline geldiğinin Anayasa Mahkemesince tespit edilmesi gerekmektedir. Anayasa Mahkemesince anti-laik faaliyetlerin odağı olduğu noktasındaki delillerin yeterli olduğu son derece kuşkuludur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu davada daha önceki parti kapatma davalarındaki görüşünden vazgeçerek ulusal takdir marjını oldukça geniş bir biçimde tanımıştır. Oysa TBKP kararında Mahkeme şöyle diyordu:

"Sonuç olarak, örgütlenme özgürlüğü yalnızca inandırıcı ve zorlayıcı sebeplerle kısıtlanabileceğinden, 11. maddede öngörülen istisnalar, siyasal partiler söz konusu olduğunda dar bir yorumu zorunlu kılmaktadır. Bu nedenle taraf devletler, 11. maddenin 2. fıkrasında öngörülen zorunluluğun varlığının tespiti konusunda; hem yasalar, hem de bu yasaların uygulanması için alınan kararlar- buna bağımsız yargı organlarının kararları da dahildir- üzerinde sıkı bir Avrupa denetimine olan, *sınırlı bir takdir marjına sahiptirler*."⁽⁵²⁾

Kevin Boyle Refah Partisi kararını eleştirirken bizim de katıldığımız şu görüşleri ileri sürmüştür:

"Sadece Türkiye'de değil, siyasal partileri denetlemede kullanılan araçlara ve temellere hem ulusal düzeyde hem de Sözleşmeye göre daha fazla dikkat edilmesi gerekmektedir. ABD'nin deneyimi ve mahkeme kararları bu konuda bize yardımcı olacaktır. ABD Anayasasının ilk değişiklik için düşünülen 'açık ve mevcut tehlike' ilkesi gelecekte şeriatın üstünlüğünü kurmada güç kullanma konusundaki istekliliği göstermede kapatma için gerekçe gösterilen konuşmalara uygulanmasında uygun bir test sağlamaktadır. Refah Partisinin iktidara gelmesinden

yıllar önce yapılan konuşmaların söz konusu bu teste göre bu tür bir politikanın uygulanmasında ivedi bir risk ve tehlike taşıdığını kabul edebilmek zordur."⁽⁵³⁾

Sonuç

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Refah Partisinin kapatılması konusundaki hem Üçüncü Daire hem de Büyük Daire kararları Mahkemenin ifade ve örgütlenme özgürlükleri konusundaki yerleşik içtihadından ve Venedik Komisyonu kriterlerinden⁽⁵⁴⁾ belirgin bir ayrılış ifade etmektedir. AİHM Refah Partisi kararına kadar verdiği parti kapatmayla ilgili kararlarda bir siyasi partinin ancak şiddeti tavsiye eder ve/veya şiddet kullanırsa demokrasinin dışına çıkmış olduğunu kabul etmekte ve partinin önerdiği değişiklikler nedenli 'aykırı' veya 'şoke edici' olursa olsun bunları demokratik yöntemlerle gerçekleştirmek istediğinde Sözleşmenin koruması altındadır demektedir. Oysa Refah Partisi kararında bir siyasi partinin Sözleşmenin 11. maddesindeki korumadan yararlanabilmesi için şiddeti teşvik etmeme veya kullanmama yanında yeni bir koşul daha getirmektedir. Bu koşul önerilen değişikliklerin içeriği bakımından da demokratik olmasını gerektirmektedir. Profesör Mustafa Erdoğan bu konuda şunları belirtmektedir:

"Daha açıkçası, Avrupa Mahkemesi daha önce haklı olarak ragbet etmediği -ve yürüttüğü akıl yürütme biçimince bakarsanız, zımnen mahkum etti-

(49) Dworkin'in hak tezinin eleştirisi için bakınız: Stephanie R. Lewis, "Adjudication", *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 61 (June 1983), s. 160-171.

(50) Boyle, a.g.e., s. 10.

(51) Büyük Daire Kararı, paragraf 98.

(52) TBKP kararı, paragraf 46. Vurgulama bana aittir.

(53) Boyle, a.g.e., s. 11.

(54) Bakınız: Venice Commission, *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures Venice*, 10-11 December, 1999, CDL-INF (2000) 1.

gi- 'militan demokrasi' anlayışını benimsemenin eşğine gelmiştir. Oysa bu anlayış Sözleşme'nin birçok yerinde atıfta bulunulan 'demokratik toplum'la bariz bir çelişki içindedir. Çünkü 'militan demokrasi anlayışı' tartışmayı ortadan kaldırmakta ve belli bir anda yürürlükte bulunan 'kurulu düzen'in sorgulanmaksızın devamını garanti altına almaktadır ..."⁵⁵

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bir partinin kapatılmasını Sözleşmeye uygun bulabilmesi için 11. maddenin ikinci fıkrasındaki koşullara uygun olarak kapatılmış olması gerekir. Bu fıkradan, örgütlenme hakkının kullanılmasının ulusal güvenliğin, kamu emniyetinin, kamu düzeninin, sağlığın, ahlâkın veya başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması ya da suçun önlenmesi nedenleriyle demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler niteliğinde olarak yasayla sınırlanabileceği; ancak bu sınırlamaların ölçülü olması gerektiği anlaşılmaktadır. Bu nedenle bu koşullar gerçekleşmediğinde söz konusu kısıtlama, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin sınırlarını aşacak ve Sözleşmenin ihlâli sonucunu doğuracaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Refah Partisi kararına kadar 11. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen kısıtlama nedenlerinden ulusal güvenliğin korunması nedenine dayanmak için, örgütlenmenin, ülke topraklarını parçalamaya yöneldiği ve bu amaca

yönelik hareketlerin bölge barışını bozma eğilimi gösterdiği veya komşu devletlerin, düşmanca amaçlarına hizmet edildiği kanıtlanmalı; kamu güvenliğinin korunması nedenini ileri sürmek için, parti örgütünün terörü desteklediği veya yönettiği, halk arasında kin ve husumet duygularını körüklediği ispat edilmeli, başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması sebebine dayanabilmek için de terörle partinin bağlantısı belirlenmeliydi.⁵⁶ Ne yazık ki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Anayasa Mahkemesi kadar kararlarında istikrarlı olamamış ve içtihadını Refah Partisi kararında değiştirmiştir. Anayasa Mahkemesi ise yine ne yazık ki parti kapatma davalarında Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinden çok daha fazla tutarlı ve istikrarlı davranmış ve partiler arasında ideolojik nedenlerle bir ayırım yapmamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi belki de 11 Eylül nedeniyle Refah Partisi kararında 'hak temelli' yaklaşımından ayrılmış, bunun yerine 'amaç-temelli' yaklaşımı benimsemiştir. Refah Partisi kararına kadar Mahkeme Sözleşmenin 11. maddesini kapatma yaptırımına uğrayan siyasi partinin örgütlenme özgürlüğü açısından ele alması, kapatılan partinin şiddeti tavsiye etmediği veya şiddete başvurmamış olması, yani bir yerde 'açık ve mevcut tehlike' söz konusu olmadığı sürece örgütlenme hakkına sahip olduğunu vurgulamıştır. Oysa Refah Partisi kararında

partinin önerdiği siyasal projenin de demokrasinin temel ilkeleriyle uyumlu olması gerektiği koşulunun varlığını ekleyerek 'amaç-temelli' bir yaklaşımı yeğlemiştir. Dworkin'in hak tezine göre hakların diğer mülahazalar karşısında önceliği olmalıdır. Yinelemek gerekirse Refah Partisi kararıyla birlikte Avrupa Mahkemesi 'özgürlükleri ciddiye alan' yaklaşımdan uzaklaşmıştır.

Anayasa hukuku telosu olan bir hukuk dalı olduğundan bu alanda yapılacak yorumların devletin iktidarını sınırlandırmaya yönelik veya özgürlükleri ve özellikle negatif özgürlüğü koruyucu yönde olması gerekir. Bu nedenle özgürlükleri içeren temel ilkeleri Anayasa Mahkemesi özellikle dikkate almak durumundadır. Profesör Ronald Dworkin'in anayasa hukuku ile ilgili aşağıda çevirisini sonuç olarak ve temennimiz olarak sunmak istiyorum.

"Anayasa hukuku devlete karşı haklar sorununu ayrı tutmadığı ve bu sorunu gündeminin bir parçası durumuna getirmediği sürece gerçek bir ilerleme sağlayamayacaktır. Bu anayasa hukukunun ahlak kuramıyla, şaşırtıcı bir durum olmasına karşın ve henüz ortaya çıkmamış olan, kaynaşmasını gerektirmektedir. Gayet iyi bir biçimde anlaşılacağı gibi hukukçular ahlak felsefesi ve özellikle haklardan söz eden filozoflara bulaşmaktan korkmaktadırlar; çünkü bu kavramın insanı korkutan izleri aklın kabristanını tehdit etmektedir. Ama şimdi hukukçuların anımsayabileceğinden daha iyi bir felsefe vardır. Harvard Üniversitesinden Profesör Rawls, anayasa hukukçularından kimse bilmezlikten gelemeyeceği, adalet üzerine soyut ve karmaşık bir kitap

yayımlamıştır. Hukukçuların devlete karşı ahlaki haklar kuramının gelişiminde, en azından hukuk sosyolojisinin ve hukuk ekonomisinin gelişimindeki pasifliklerinden daha fazla bir pasif bir rol oynamasına gerek yoktur. Hukukçular hukukun diğer disiplinlerinden daha fazla felsefeden bağımsız olmadıklarını kabul etmek zorundadırlar."⁵⁷

YARARLANILAN KAYNAKLAR

Kitap ve Makaleler:

- Belge, Murat, "Son Yargıtay Kararı", *Radikal*, 12.11.2006.
- Berlin, Isaiah, "Two Concepts of Liberty", *Liberty* der. Henry Hardy (Oxford: Oxford University Press, 2002).
- Berlin, Isaiah, "The Pursuit of the Ideal", *The Crooked Timber of Humanity*, der. Henry Hardy (London: Pimlico, 2003).
- Boyle, Kevin, "Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case," *Essex Human Rights Review*, Vol.1 No., s. 1-16
- Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously* (London: Duckworth, 1977)
- Dworkin, Ronald, *Is Democracy Possible Here?* (New Jersey: Princeton University Press, 2006)
- Erdoğan, Mustafa, *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002)
- Lewis, Stephanie R., "Adjudication", *Australasian Journal of Philosophy*, Vol. 61 (June 1983), s. 160-171.
- Özbudun, Ergun, "Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Uluslararası Sempozyum 26-27 Mayıs 2005* (Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2006), s. 83-106.
- Taopınar, Ahmet Hamdi, *Saatleri Ayarlama Enstitüsü*, 8. Baskı (İstanbul: Yapı Kredi Yayınları, 2001)

(55) Mustafa Erdoğan, *Anayasa ve Özgürlük* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2002), s. 162. Ergun Özbudun, Mustafa Erdoğan'ın Refah Partisi kararıyla ilgili yorumunu eleştirmektedir. Özbudun'a göre Avrupa Mahkemesi şiddet kullanımı yanında önerilen projenin de demokratik olması koşulunun yeni olmadığı bunun HEP kararında da vurgulandığını belirtmiştir. Bakınız: Ergun Özbudun, "Siyasi Parti Kapatma Davalarında Türk Anayasa Mahkemesi ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Arasındaki Yaklaşım Farkı", *Siyasi Partiler ve Demokrasi Uluslararası Sempozyum 26-27 Mayıs 2005* (Ankara: Ankara Barosu Yayını, 2006), s.99-100, dipnot 18.

(56) Bakınız Haşim Kılıç'ın Karşıoy Yazısı.

(57) Dworkin, a.g.e., s. 149.

- Venice Commission, *Guidelines on Prohibition and Dissolution of Political Parties and Analogous Measures* Venice, 10-11 December, 1999, CDL-INF (2000)I.
- Wacks, Raymond, *Understanding Jurisprudence: An Introduction to Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2005).
- Yüksel, Murat, *Hukuki Plüralizm* (İstanbul: Beta, 2003).

KARARLAR

Anayasa Mahkemesi Kararları:

- E. 1989/1, K. 1989/12, k.t. 7.3.1989, *AMKD*, Sayı 25.
- E. 1997/1 (Siyasi Parti Kapatma), K. 1998/1, k.t. 16.1.1998, *AMKD* Sayı 34/2.
- E. 1999/2 (Siyasi Parti Kapatma), K. 2001/2, k.t. 22.6.2001, *AMKD* Sayı 37/2.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

- *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Grand Chamber, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 13 February 2003.
- *Case of Refah Partisi (The Welfare Party) and Others v. Turkey*, European Court of Human Rights Third Section, Application Nos. 41340/98, 41342/98, 41343/98 and 41344/98, 31 July 2001.
- *Freedom and Democracy Party (ÖZ-DEP) v. Turkey*, (23885/94), 8 Dec. 1999.
- *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey* (113/1996/752/951), 30 Jan. 1998 (Reports 1998-I).
- *Socialist Party and Others v. Turkey* (20/1997/804/1007), 25 May 1998 (Reports 1998-III).

Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik

Mehmet YÜKSEL*

Günümüzde, bir taraftan hukukun üstünlüğü ve hukuk devleti tartışmaları çerçevesinde daha üst düzeyde hukuki düzenleme ve hukuki koruma talepleri yükselirken; diğer yandan hukukun sosyal hayatta giderek artan ölçülerde etkinlik göstererek bireysel ve toplumsal yaşamı kuşatıyor hale gelmesi eleştirilerek daha az hukuk, daha çok adalet ve ahlâk yönünde görüş ve düşünceler dile getirildiği görülmektedir.

Bu çalışmada; modernleşme sürecinde kapitalizm, modern devlet ve modern bilim anlayışıyla birlikte gelişen modern hukukun, toplumsal yaşamı giderek egemenliği altına alarak nasıl hukuksallaştırıp bürokratikleştirdiği ve bu hukuksallaştırma (juridification) sürecinin ahlâki duygu ve değerlerin gelişimini ne yönde etkilediği tartışılmaya çalışılacaktır. Yine bu çalışmada; modernleşme kavramı, genel olarak ekonomik alanda kapitalizme ve endüstriyel gelişmeye, siyasal bakımdan ulus-devlete ve temsili demokrasiye, sosyal açıdan farklılaşmaya, işbölümüne ve uzmanlaşmaya, kültürel bağlamda bireyciliğe ve sekülerleşmeye dayanan bir değerler sistemine doğru giden süreci ifade etmek üzere kullanılacaktır. Etik kavramı ise, ahlâk kavramı ile eş anlamlı olarak kullanılacaktır. Bu anlamıyla etik, insanların toplum içindeki davranışlarını ve birbirleriyle ilişkilerini düzenleyen kurallar ile bu kuralların gerisindeki değerler

bütününe göndermede bulunur (Yüksel, 2002a: 179-180). Hukuksallaşma kavramı ile, toplumda pozitif hukukun giderek genişleyip yaygınlaşması, yazılı hukukun yükselişi, gittikçe daha fazla sosyal ilişkinin hukuken düzenlenir ve yargılanır hale gelmesi, hukuki düzenlemelerin daha kapsamlı ve detaylı hale gelmesi ifade edilecektir.

Modernleşmeyle birlikte sosyal yapı, giderek artan bir karmaşıklıkla ve farklılaşma ile karakterize olan bir değişim süreciyle, "geleneksel" olarak da adlandırılan, modern öncesi toplum yapısından ayrılmaya başlamıştır. Çalışmalarıyla klasik sosyolojik teorisinin oluşumuna katkıda bulunmuş Marx, Durkheim ve Weber gibi düşünürler, bu değişimle yakından ilgilenmişlerdir. Marx, söz konusu değişimle, toplumsal yapının, feodalizmden kapitalizme; Durkheim, mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya; Weber ise, geleneksel otoriteden rasyonel-yasal temelli bürokratik otoriteye doğru evrimleştiğini ileri sürmüşlerdir (Yüksel, 2002b: 67).

Modern toplumu geleneksel toplumdan ayıran temel özelliklerin, hızlı ve yoğun değişim ve bu değişimin giderek bütün toplumsal ilişkileri ve sistemi kuşatarak kendine özgü kurumsal ve düşünsel yapılar geliştirmesi olduğu söylenebilir. Toplumun gerek coğrafi olarak gerekse nüfus bakımından büyüdüğü, bireyler,

(*) Doç.Dr., Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi.

gruplar ve sosyal tabakalar arasında çıkar, görüş ve inanç ayrılıklarıyla çelişkilerin ve çatışmaların yaşandığı, geleneksel cemaat yaşamının sağladığı güven ve dayanışma duygusunun zayıfladığı, giderek birbirini tanımayan insanların bir araya geldiği, toplumsal ilişkilerin yerel bağlamından koparak yeni bir zaman ve mekan bağlamına yerleştiği, sosyal ilişkilere ve davranışlara yön veren geleneksel değerlerin, normların ve standartların etkinliklerini kaybetmeye başladığı modern toplum koşullarında; doğal olarak, toplumsal ilişkileri ve olayları düzenleyecek farklı bir normlar sistemine ihtiyaç duyulacaktır. Bu ihtiyacın bir sonucu olarak toplumsal dayanışmaya, barışa, düzene ve istikrara katkıda bulunacak bir değerler, kurallar ve mekanizmalar bütünü olarak giderek artan ölçülerde insan eliyle yaratılan veya şekillenen modern hukuk ortaya çıkmıştır. Bu gelişmeyle birlikte, geleneksel sosyal bütünleşme ve kontrol mekanizmalarının bıraktığı boşluğu, formel yazılı kurallarıyla, prosedürleriyle ve mekanizmalarıyla modern hukuk doldurmaya çalışmıştır (Yüksel, 2002b: 69-70).

Kapitalizmin gelişimi sürecinde meta üretiminin ve ticaretinin giderek büyümesiyle kentlerdeki refah düzeyinin yükselmesi; güvenlik sağlayacak ve ekonomik taleplere yanıt verecek, öngörülebilirlik ve hesaplanabilirlik özelliklerine sahip yeni bir rasyonel hukuk düzeninin kurulmasını zorunlu kılmıştır (Kulcsar, 1992: 109). Weber'e göre, kapitalist düzenin belirleyici öğelerinden en önemli ikisi rasyonel hukuk ve işletme yapısıdır. Rasyonel kapitalizmin hesaplanabilir teknik iş araçlarına ihtiyacı olduğu kadar hesaplanabilir bir hukuka ve biçimsel kurallara göre işleyen bir işletme yapısına da ihtiyacı vardır (Weber, 1997: 17-24). Bu da ancak rasyonel bir hukuk temelinde işleyen bir bürokrasi eliyle gerçekleşebilir. Bürokrasiyi rasyonel yasal otoritenin ci-

simleşmesi olarak düşünen Weber için bürokratik örgütlenmenin diğer örgütlenme biçimlerine olan teknik üstünlüğü, makineyle yapılan üretimin mekanik nitelikte olmayan öteki üretim biçimlerine olan üstünlüğünün aynısıdır. Bürokratik yönetim; doğruluk, hız, kesinlik, dosya bilgisi, süreklilik, gizlilik, birlik ve bağımsızlık gibi öğelere dayanır. Modern bürokrasi; yasalar, tüzükler ve yönetmelikler gibi hukuki düzenlemeler tarafından belirlenmiş resmi yetki alanları ilkesine, bu yetki alanları arasında oluşturulmuş hiyerarşik alt-üst ilişkisine, bütün işlemlerin kayda geçirildiği yazılı belgelerle, gerekli hizmetleri yürütecek belli düzeyde eğitim almış uzman elemanlara dayanır (Weber, 1986: 192-204). Akılcı bir sistem olarak bürokrasinin temel öğeleri; verimlilik, öngörülebilirlik ve denetlenebilirlik olarak sıralanabilir. Bürokrasi, çok miktarda kırtasiye işi gerektiren çok sayıda görevi yerine getirmek için en verimli yapıdır. Bürokrasinin hesaplanabilirlik boyutu, performansı bir dizi sayılabilir göreve indirgemek anlamına gelir. İyi düzenlenmiş kural ve yönetmelikler sayesinde bürokrasiler, oldukça öngörülebilir şekilde çalışırlar. Bürokrasi, insanın yerine insansız teknoloji kullanarak insanlar üzerinde denetimi vurgular. Bürokrasinin neredeyse otomatik şekilde işleyişi, insanın muhakeme gücünün yerine kuralları, yönetmelikleri ve formel yapıları geçirme çabası olarak değerlendirilebilir. Çalışanlar, sınırlı sayıda iyi tanımlanmış görevleriyle ve aralarında gerçekleşen iş bölümüyle denetlenir (Ritzer, 1998: 49-50). Bu süreçte; mülkiyet ve miras hakkı ile sözleşme ve girişim özgürlüklerini güvenceye alarak, bireyin düşüncelerini, değerlerini, tutkularını ve duygularını dikkate almadan, onu soyut bir varlık olarak hak sahibi yapan ve herkese eşit şekilde uygulanan bir hukuk anlayışı ve sistemi gelişmeye başlamıştır.

Weber'e göre, kapitalizmin bir sistem olarak gelişmesi, geleneksel otorite ile karizmatik otoritenin egemen olduğu toplumlarda değil; ancak hukuki otoritenin başat hale geldiği toplumlarda mümkün olabilir. Bu otorite biçiminin hakim olduğu yerlerde toplumsal ilişkilere ve davranışlara yön veren kurallar, belirli bir sistem içinde biçimsel ve akli verilere göre oluşturulur. Hukukun uygulanmasında akılcılık esastır. Karizmatik veya geleneksel otorite biçiminin egemen olduğu sosyal sistemlerdeki geleneğe dayalı, keyfi, mantık dışı nitelik taşıyabilen, özel çıkarlara bağlı olarak şekillenen yönetim anlayışının yerini; kişiselliğe, keyfiliğe ve subjektifliğe yer bırakmayan, objektif hukuk kurallarına ve prosedürlerine göre işleyen, yöneticilerin ve diğer kamu görevlilerinin yetenek ve bilgi esasına göre bu kurallara ve prosedürlere uygun şekilde göreve geldikleri veya görevden alındıkları bir yönetim sistemi alır (Öktem, 1994: 378-379).

Feodalitede kilisenin tuttuğu yeri, kapitalizmle birlikte parlamento alırken; kilise hukukunun yerine parlamento hukuku geçmiştir ve bundan böyle hukuk, parlamento bünyelerinde insan eliyle daha fazla şekillenmeye başlamıştır. Bu şekilde gelişen hukuk, endüstri devrimiyle hızlanan ve yoğunlaşan sosyal ve ekonomik değişimlerle XIX. yüzyılda yeni bir ivme kazanmış ve sanayi toplumunun ihtiyaç duyduğu yeni hukuk alanları mantar gibi çoğalmış; iş hukuku, sosyal güvenlik hukuku, bölge ve şehir planlama hukuku, anti tekel hukuku ve çevre hukuku gibi yeni hukuk dalları ortaya çıkmıştır (Friedman, 1997: 52-56). Bu süreçte; feodalitenin parçalı devlet ve buna da bağlı dağıntı hukuk yapısının yerini, egemen merkezi devlet yapısı ile hukukun birleştirilmesi ve yalınlaştırılması çabası almış, bireyleri sınıksız saran yerel ilişkiler ve cemaat bağları çözülüp kent ekonomisinden

ulusal ekonomiye geçilirken, hukuk dağıntılığında hukuk birliğine ve yargı birliğine geçiş bir zorunluluk halini almış, kısacası modern devlet hukukun en önemli kaynaklarından biri durumuna gelmiştir (Yüksel, 2001: 61). Modern devletle birlikte hukuk, yönetenlerin tasarımlı ve sınırsız iradelerinin ürünü olarak şekillenen kanun yapma faaliyetinin damgasını taşımaya başlamıştır. Başka bir deyişle, modern devlet aşamasına gelinceye kadar hiçbir hukuk sistemi, bir bütün olarak bu denli dizayn edilmemiştir. Daha önceleri, hukuki kodifikasyona yönelik çeşitli girişimler, mevcut hukuk kuralları bütününi sistematize etmekten, tamamlamaktan veya tutarsızlıklarını bertaraf etmekten daha fazlasını yapmamıştır. Mutlak monarşinin yükselişiyle başlayan dönemde hukuk, bilinçli bir insan faaliyetinin ürünü olmaya ve belli amaçlara ulaşmak için tasarlanan bir araç haline gelmeye başlamıştır (Hayek, 1994).

Denebilir ki, modern biçimsel hukuk, Avrupa'da mutlakliyetin oluşumuyla birlikte ortaya çıkmıştır. Başka bir deyişle, feodal prens ile burjuvazi arasındaki çekişmenin bir sonucu olarak şekillenmiştir. Bu dönemde prensin temel ilgi alanı, kendi kişisel ordusunu bir devlet ordusu haline getirerek ve bizzat kendi mali imkanlarını bir devlet bütçesi veya maliyesi olarak organize ederek merkezi otoritesini kurmaktır. Bu hedefe ulaşmak için, kendi prenslik askerinin ve mali kaynağının bir uzantısı olarak çok iyi yapılandırılmış bir bürokrasinin temellerini atmak zorundaydı. Bu ise, feodal yapıda karmaşık ve dağınık bir durumda bulunan hukukun, sistematik ve tutarlı bir kurallar ve standartlar bütününe dönüştürülmesini gerektirmekteydi. Bundan dolayıdır ki hukuk, boşluklardan ve çelişkilerden arındırılarak formel bir sistem olarak yeniden düzenlenmeliydi. Ancak bu sayede hukuk, gayri şahsi uygulamaya ve ilgili tüm alan-

ları kapsamaya elverişli hale gelebilirdi (Gressner vd., 1996: 89). Ancak böyle bir hukuk sistemi, yeknesaklığı, öngörülebilirliği, hesaplanabilirliği, kesinliği ve belirliliği mümkün hale getirerek idari, mali, askeri ve yargısal bürokrasiyi yaratma kapasitesine sahip olabiliirdi.

Aydınlanma hareketiyle birlikte insan aklına ve bilgi sahibi insanlara atfedilen büyük önem, hukukun bilgili insanlar eliyle mükemmel bir şekilde yaratılabileceği anlayışına yol açmıştır. Aydınlanma projesine göre, akıl ve bilim yoluyla doğanın ve toplumun yasaları keşfedilebilecek ve bu sayede yapılacak hukuki düzenlemelerle toplumsal istikrar, güven ve barış ortamı sağlanabilecek ve bu şekilde kurulacak düzen giderek mükemmelleşecektir. Böyle bir süreçte, geleneksel toplumsal yapıdaki dinsel önderlerin ve kahinlerin yerini hukukçular, kutsal sayılan metinlerin yerini ise mevzuat derlemeleri ve içtihat kitapları alacaktır. Aydınlanma düşünürleri, eski köhnemiş düzeni yıkıp aklın egemen olduğu bir düzeni kurmak bakımından kodifikasyonu veya kanunlaştırılmayı uygun bir araç olarak görürler. Bu yaklaşımın temelinde ise giderek gelişen kapitalizm ile modern devlet yapısı vardır. Bir yandan gelişen kapitalizm, merkeziyetçi devlet yapısını ve bu yapı içinde keyfilikten uzaklaşmış, daha homojen ve bütünleşik bir hukuk sistemini empoze ederken; diğer yandan giderek güçlenen modern devlet, ulusal düzeyde hukuk birliğini sağlamaya çalışıyordu. Bütün bunlar ise, insan aklından kaynağını alan bir hukuki kodlaştırma faaliyetini zorunlu kılıyordu. Sonuçta da, akıl çağı olarak adlandırılan Aydınlanma Çağı, bir hukuki kodifikasyon çağı haline geliyor-du (Yüksel, 2002b: 116).

Bauman (1996). Aydınlanmanın, bir-biriyle yakından bağlantılı iki alanda gerçekleştirilmeye çalışılan bir uygulama ol-

duğunu ileri sürer: İlki, devletin gücünü ve iddialarını genişletmek, daha önce kilise tarafından yerine getirilen işlevi devlete aktararak; devleti, toplumsal düzenin yeniden üretimini planlama, tasarlama ve idare etme fonksiyonu çerçevesinde yeniden örgütlemektir. İkincisi ise, öğretici, eğitim ve idare eden konumundaki devletin, yönetimi altındaki insanların toplumsal yaşamını düzenleyebilmesi için gerekli toplumsal mekanizmaları bilinçli bir şekilde tasarlamaktır. Hayek (1994)'e göre, Aydınlanma dünyası, bir yandan insan aklını biçimselleştirip araçsallaştırırken; aynı şekilde hukuku da biçimsel ve araçsal bir karaktere büründürür. Buna göre hukuk, toplumu dizayn etme veya planlamanın bir aracı ve insan eliyle yaratılmış bilinçli bir tasarımın sonucu olarak değerlendirilir. Aydınlanma düşünürleri, aklı verdikleri büyük önemden hareketle toplumsal yaşamla ilgili bütün gerçekliklerin akıl tarafından bilinebileceğine inandıklarından, karmaşık toplumsal ilişkiler alanının akıl ile analiz edilip akıl yoluyla yaratılan hukuk tarafından düzenlenebileceğini kabul ederler. Bu çerçevede hukuk, toplumun dışında ve üstünde yer alan ve bu niteliği ile topluma yön veren bir mütesses olarak görülür.

Modernleşme sürecinin yazılı, formal, rasyonel hukuku öne çıkarması, bir yandan pozitivist hukuk teorisine ilham kaynağı olurken; diğer taraftan söz konusu teoriden de destek alıyordu. Hukuki pozitivism olarak da adlandırılan pozitivist hukuk akımının temelinde, Aydınlanma felsefesi ve modern bilim anlayışı ile şekillenen modern düşüncenin bulunduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, pozitivist hukuk teorisinin gelişmesinde; gözlenebilir ve deney yoluyla incelenebilir olgulardan hareketle tümevarım yoluyla doğanın ve toplumun işleyişine yön veren genel yasalara ulaşılabilceğini varsayan pozitivist bilim anlayışı ile felsefi poziti-

vizmin önemli rol oynadığı ileri sürülebilir. Modern pozitivist yaklaşımda; hayaller, sezgiler, duygular, değerler ve anlam sistemleri, tamamen dışlanarak gözlem ve deney konusu yapılamayan olgular, bilimsel çalışmanın kapsamı dışında bırakılır. Buna göre, sadece somut varlığı olan, gözlem konusu yapılabilen olgular inceleme konusu yapılır. Yani, ahlâk ve adalet gibi soyut kavramlar üzerinde bilimin inşa edilemeyeceği düşünülür. Bu anlayış, hukuk alanında da yansımaları bularak, yalnızca tasarlanarak veya amaçlı olarak yaratılan hukuk gerçek hukuk olarak görülmüştür. Hukuku, ahlâk ve adaletten soyutlayan pozitivist hukuk teorisinin ünlü temsilcilerinden Hans Kelsen, bu anlayışın doğal bir sonucu olarak, "Hukuk bilimi bakış açısından Nazi yönetimi altındaki hukuk hukuktur. Buna esef edebiliriz, ama onun hukuk olduğunu inkar edemeyiz (Hayek, 1995: 85) diyebilmiştir. Böylece, hukuka, insan davranışlarına ve ilişkilerine genel bir çerçeve oluşturan sosyal bir olgu olarak değil de, siyasal otorite tarafından tasarlanmış, duygulardan ve değerlerden arındırılmış detaylı bir kurallar sistemi olarak bakan pozitivist hukuk anlayışının, insan yaşamına ve özgürlüğüne yönelik kapsamlı müdahalelerde bulunmaya açık kapı bıraktığı söylenebilir.

Modernleşme sürecinde yasaların yapılması, yorumlanması, kanıtların yargı sürecinde değerlendirilmesi ve iddiaların dengelenerek hukuki sonuçlara varılması süreci, adalet, hakikat ve değer alanından uzaklaşmıştır. Böylece hukuk, bir yandan bireysel önyargılara dayalı kişisel ahlâk alanının kaygan zemininden uzak tutulurken; diğer yandan hukukun toplumun kolektif ahlâk değerlerinin bir ifadesi olduğu varsayılmış oluyordu. Hukukun bu anlamdaki ahlâkiliği ise, onun tutarlılığını korumak anlamına geliyordu. Bu ilke, Hans Kelsen ve H.L.A. Hart gibi düşü-

nürlerin temsilcisi olduğu "hukuksal biçimselcilik" anlayışında cisimleşiyordu. Bu anlayışa göre hukuk, birbirine bağlı ve mantıksal tutarlılığı olan bir normlar sistemidir. Kısacası modern hukuk, ahlâki duygu ve değerleri kendi alanının dışında sayarak; hukuku sistematik bir kurallar ve formülasyonlar bütünü olarak görür (Connor, 2001: 89-92). Oysa günümüzde, hukukun tutarlılığı ve sistemli bir normlar bütünü olduğu görüşü ciddi şekilde sorgulanmaktadır.

Modernleşme sürecinde, neredeyse tüm toplumsal yaşam alanları bürokratikleşip akılcılaşır. Bu çerçevede; akılcılaştırılmış bürokratik işyerleri, eğitim kurumları, ceza ve ıslah evleri, tedavi yerleri, hastaneler, eğlence yerleri ve devasa medya kuruluşları gibi birçok yapı oluşur. Böylesine akılcılaştırılmış ortamlar, insan benliğinin sınırlandığı, duyguların denetlendiği, başka deyişle insanların insan gibi davranmadıkları yerlerdir. Hiyerarşik bürokratik bir yapıya sahip olan bu büyük örgütsel yapılarda, belli makamları işgal eden insanların formal prosedürlere ve yazılı kurallara dayalı belli görev ve sorumlulukları vardır. Bütün bunlar, hiç kuşkusuz, rasyonel, genel ve soyut nitelikteki hukuki kural ve mekanizmalar sayesinde gerçekleşir. Ancak, bütün bunlara rağmen, rasyonel hukuk temeli üzerinde yükselen bürokrasi dahil tüm akılcı sistemler, her zaman arzu edilen sonuçları veremez. Bu tür sistemler, insanın sezgiler, duygular ve değerler dünyasını dikkate almazlar. İşte bu durum, toplumsal gerçeklik ile hukuk ve bürokratik formal düzen arasında bir mesafenin bulunduğu anlamına gelir. Bu mesafenin açılmaya başladığı her yerde ise, biçimsel hukuk ve adalet sistemi sorgulanmaya başlar (Yüksel, 2002b: 92).

Bugüne kadar, Aydınlanma düşüncesine ve serbest piyasa düzenine ilişkin ba-

şat liberal söylem, toplumsal yaşamın olağan bir parçası haline geldiğinden büyük kabul görüyordu. Başka bir deyişle, bunların yol açtığı sorunlar ve üzerinde temellendikleri varsayımlar sorgulanmıyordu. Ancak bundan böyle, liberal söylemin bireye ve kişisel iradeye yaptığı vurgu sorgulanmaktadır. Hukukun her yerde hazır ve nazır olduğu, ancak bu durumun ortaya çıkan haksızlıkları ve adaletsizlikleri ortadan kaldıramadığı görülmektedir. İdeal olan ile gerçek durum, hukuksal gerçek ile toplumsal gerçeklik, biçimsel adalet ile maddi anlamda adalet arasında derin bir uçurum bulunduğu ilişkin bilinç giderek gelişmektedir (Silbey, 1997: 223). Bundan böyle, sadece yasa önünde eşit sayılmak, aynı kuralın benzer durumdaki tüm kişilere aynı biçimde uygulanması anlamına gelen biçimsel adalet anlayışı, insanları tatmin etmeye ve onların sadakatini sağlamaya yetmemektedir. Bu bağlamda hukuk, adalet ve ahlâk konusunda yeni görüş ve düşünceler ileri sürülmektedir.

Postmodernistlere göre, modern hukuk sistemi, kanunların asıl maksadını araştıran hukukçularıyla, uzmanlarıyla ve bunların rasyonelleştirme çabalarıyla giderek kapalı bir sisteme dönüşmüştür. Bu kapalı sistem içinde hukuk, esneklikten ve insani deneyimlerden uzaklaşarak bürokratikleşmiştir. Hukuk pratiği de aşırı derecede biçimselleşerek, temel ilgisini yaşamın özünden ziyade sözüne kaydırmıştır. Yurttaşların hukuka ilişkin düşünce ve kanaatleri sistemden dışlanmış. Oysa insanlar, bir rasyonel hukuk kuralları setinden çok, komşularıyla, yakınlarıyla ve dostlarıyla, yani diğer insanlarla birlikte yaşarlar. Hukuku, bu süreçteki ilişki ve etkileşimleriyle şekillendirirler. Bu gerçeği dikkate almayan ve sürekli soyutlayan bir sistem içinde yasalar, adaletsiz bir niteliğe bürünür ve hukuk giderek

güvenirliliğini kaybeder (Murphy, 2000: 124).

Ahlâki ilkelerin, insan ilişkileri bağlamında gelişebileceğini ve bu ilkelerin insan yakınlığına sınırsız bağlı olduğunu, insanlar arasındaki uzaklığın arttıkça ötekine karşı duyulan sorumluluğun azalacağını, ahlâki boyutun zayıflayacağını ve dolayısıyla ahlâk dışı eylemlerin yapılmasının kolaylaşacağını ileri süren Bauman'a göre; modern, akılcı, endüstriyel ve teknolojik bakımdan gelişmiş toplumda ahlâkî kayıtsızlığın önemi ve tehlikesi artmaktadır. Çünkü böyle bir toplumda; bilimin, teknolojinin ve bürokrasinin gelişimiyle birlikte insan eylemlerinin etkili olduğu mesafe giderek artmaktadır. Yakınlık ilkesiyle sınırlı olan ahlâksal dürtülerin görüş kapasitesi sınırlı kalırken, insan eylemlerinin etkili olduğu uzaklık ve dolayısıyla bunlardan etkilenebilecek insan sayısı artmaktadır. Başka bir deyişle, böyle bir toplumda insan eylemlerinin etkisi, ahlâkî görüş mesafesinin bittiği noktanın ötesine uzanmaktadır (Bauman, 1977:242).

Hitler döneminde yaşanan Yahudi soykırımını (Holocaust) böyle bir perspektiften değerlendiren Bauman, bunu modernliğin bir sınanması olarak değerlendirir. Bauman'a göre, modern uygarlık olmaksızın Holocaust düşünülemez; çünkü, Holocaust'u düşünülebilir kılan modern uygarlığın akılcı dünyasıdır. Holocaust, bürokratik bir aygıt tarafından, yasalara yetkilendirilmiş, statüleri ve rolleri yayalarla belirlenmiş görevliler eliyle, modern örgütlü bir toplumda gerçekleştirilmiştir. Bu yapılırken, detayları hukuk kurallarıyla en ince ayrıntılarına kadar saptanan bürokratik düzenlemelere ve prosedürlere uyulmuştur (Bauman, 1997:32-41). Başka bir deyişle, Nazi devleti, Yahudiliğe karşı giriştiği mücadelede modern devletlerin mantığını sonuna

kadar götürmüştür. Yahudi soykırımı tesadüfî gerçekleşen, yinelenemez bir olay olarak görülemez. Modern toplum paradigmasının önemli öğelerinden biridir (Enriquez, 2004: 405-406). Modern toplum ve devlet paradigmasının ahlâki bakımından nasıl bir sonuç doğurduğunu aşğıdaki alıntılarda özlü bir şekilde görmek mümkündür:

Nazi yönetiminin Dachau ve Auschwitz toplama kampları sorumlusu R. Hoess "Bir emre, bu emir ne olursa olsun, itaat etmeme fikri akıldan bile geçmezdi" diyebilmiştir (Enriquez, 2004:442). B. Bettelheim, R.Hoess hakkında şu değerlendirmeyi yapmıştır: "Auschwitz'e komutan olarak atandığımda, sanki düzenli ve etkili bir şekilde bir fabrikayı yönetiyormuşçasına davranarak işlevlerini yetkili ve sözü geçen bir kişi gibi yerine getirmeye çalışır; bu fabrikanın amacının insanların yok edilmesi olması, tesadüfî bir şeydi. Hoess yalnızca fabrikanın işleyişinin mükemmelliğiyle ilgilenmişti (aktaran Enriquez, 2004: 442)". Enriquez, yine bu bağlamda H. Arendt'in, Yahudi soykırımında rol oynamış Nazi savaş suçlusu Adolf Eichmann hakkındaki şu değerlendirmesini de aktarıyor: "Eichmann, ona babasını öldürme emri verilmiş olsaydı babasını öldüreceği konusunda hiçbir şüpheye yer bırakmaz... Yapmış olduğu, yalnızca geriye dönük olarak bakıldığında bir suçtu ve her zaman yasaya saygılı bir yurttaş olmuştu, çünkü elinden geldiğince yerine getirdiği Hitler'in buyrukları III. Reich'ta yasa gücüne sahipti... Emirleri büyük bir özenle yerine getirmiş olsaydı vicdan azabı duyacağını net bir şekilde hatırlıyordu (Enriquez, 2004: 441)."

Yine Bauman'a göre, günümüzde sıkça dile getirilen "değer krizi" algısının temelinde, modernite projesi kapsamında yer alan "ahlâkîleştirme projesi" ve buna

bağlı olarak geliştirilen "fundamentalist etik" kavramı bulunmaktadır. Çünkü, fundamentalist bakış açısından; değerlerin çoğulluğu, seçeneklerin çeşitliliği, tercihlerin farklılığı başlı başına bir kötülük olarak görülür. Çoğulluk, çeşitlilik ve farklılığın başlı başına kötü olarak görülmesi, "ahlâkîleştirme projesi"nin öngördüğü tek ahlâkın ve biricik ahlâkî kodun sarsılmakta olduğu duygusuna yol açar ve "değer krizi" algısını güçlendirir. Modernitenin ahlâkîleştirme yaklaşımı, insanlara seçme hakkı vermeyerek, onların mevcut otoritelere ve bunların koyduğu kurallara itaat etmelerini öngörür. Modernite projesi çerçevesinde "etik yasa" ya da kural koymaya dayalı böyle bir ahlâk anlayışının öne çıkarılması, bireysel ahlâkî sorumluluğu değil, daha güçlü olana itaati ve kurallara uyma işgüzarlığını besler. Oysa ahlâkî değerlerin ve normların gelişmesi konusunda; özerk aktörlerin sorumluluklarına bakılmalıdır. Ahlâkî seçimler konusunda, bu aktörlerin başka kişi ve kuruluşlara devredemeyecekleri bir sorumlulukları olduğu gerçeğine dikkat edilmelidir. Özgürlük, özerklik, sorumluluk ve yargı gücü, ahlâkî benliğin vazgeçilmez özellikleri arasında yer alır. Bu özellikler, ancak bir değerler çokluğunda, bir seçimler yapabilme durumunda gelişip serpilebilirler (Bauman, 2000:157-159).

Bauman, ahlâki harekete geçiren faktörün, kesinlik, belirlilik ve düzenlilik değil, tam tersine "müphemlik" olduğunu düşünür. Buna göre, ahlâkın asıl sahnesi yüz yüze olma, ötekiyle yüz yüze bir karşılaşma alanıdır. Ahlâk, gelişebilmek için kodlara, kurallara, akıla veya bilgiye, teze ya da kanaate ihtiyaç duymaz. Ahlâk, bunların hepsinden öncedir (Bauman, 2005:216). Ahlâki değerlerin ve normların temelinde müphemlik değil de; herşeyi bilen insanlar olsaydı, aslında bu insanlar arasında kurallara ihtiyaç olmazdı.

Başka bir deyişle, insanoğlu, belli bir eylemin bütün sonuçlarını bilemediği için davranış kurallarını geliştirmiştir. Sosyal davranış kuralları, özgül çıkarların korunmasıyla ilgili olmayıp, bütün özgül çıkar anlayışlarının kendilerine tabi olması gereken değerlerdir. Bu bağlamda ahlâk ve hukuk kurallarının özelliği, özgül eylemin bilinen sonuçlarından bağımsız, uyulması gereken kurallar niteliğinde olmalarıdır (Hayek, 1995: 28-42).

Oysa, gerek modern yasa koyucular, gerekse modern düşünürler, ahlâkî insan yaşamının doğal bir özelliği olarak değil de tasarlanması gereken bir şey olarak düşünürler. Bunun sonucu olarak; pratik düzeyde ahlâkî meselelere zora ve normlara dayalı düzenlemelerle yanıt vermeye çalıştılar. Teorik olarak ise mutlak ve evrensel olanı bulmaya çalıştılar (Bauman, 1998:14-15). Aydınlanmanın “ahlâkîliği temellendirme projesi”nde rol sahibi olan Kierkegaard, Kant, Hume, Diderot ve Smith gibi düşünürler, bazı konularda aralarındaki derin görüş farklılıklarına rağmen, ahlâk konusunda oldukça benzer bir yaklaşım sergilerler. Bu düşünürler ahlâkîliğin karakteri konusunda ve neyin ahlâkîliğin rasyonel temeli olması gerektiği konusunda büyük ölçüde fikir birliği içinde olmuşlardır. Bu düşünürlerin, sanki toplumsal ilişkilerden, insandan bağımsız ve soyut bir ahlâkî karakter varmış ve bunu rasyonel olarak temellendirmek mümkünmüş gibi bir ön kabulleri vardı. “İnsan doğası”nın özelliğinden hareketle, sanki değişmez, her yerde hazır ve nazır bir insan doğası varmış gibi düşünürler ve bağlamda ahlâk kurallarını da böylesi bir insan doğasına sahip varlıkların benimsemeleri gereken kurallar olarak görürler (MacIntyre, 2001:86).

Solomon, “Adalet Tutkusu” adlı eserinde; adaletin bir duygu meselesi olduğunu ve bunun insandaki doğal dostluk

hissinin işlenip gelişmesiyle ortaya çıktığını, insandaki adalet duygusunun en genel biçimiyle; “kendimize ve dünyadaki yerimize, sevdiğimiz veya yakınlık duyduğumuz kişilere, dünyanın gidişatı ve dünyadaki algı sahibi canlıların kaderine gösterdiğimiz ilgiyle” başladığını belirtir. Başka bir deyişle, ilgi olmadan adalet de olmaz. “Adalet, dünyaya olan duygusal bağlılığımızla başlar, hayattan kopuk bir felsefi düşünce ya da yalnızca varsayımsal olan herhangi bir başka konuyla değil. Solomon, ahlâkî, egemen etik düşüncenin tersine, “ahlâkî duygu kuramı”nın yeni bir versiyonu olarak ele alır. Solomon’a göre, ahlâk egemen etik düşüncenin savunduğu gibi, yalnızca bir akıl meselesi değil, aynı zamanda bir tutkular meselesidir. Kimi zaman iyi, kimi zaman da vahşileşen tutkuların kaynağı bir kazandır. Duygu aklın karşısı olmadığı gibi, adalet duygusu da duygudaşlığın karşısı değildir. Tam tersine duygudaşlık adalet duygusu için gereklidir. Egemen etik anlayışta; “adalet soyut, biçimsel, resmi, hatta insanî olmaktan uzak bir hal almış, devletin duygulardan bağımsız ve yansız işlerinde kişisel duyguların yeri olmadığına karar verilmiş, bu kişisel duygular, “yalnızca” kişiyi ilgilendiren durumlar düzeyine indirgenmiştir (Solomon, 2004:246)”.

Hukuku, içinde bulunduğu toplumsal sistem alanından soyutlayan, onun toplumsal sistemin diğer alt sistemleriyle ve toplumsal yapıyı oluşturan diğer faktörlerle etkileşimini görmezden gelen kar-tezyen rasyonalist yaklaşıma, Hayek tarafından ciddi eleştiriler yöneltilmiştir. Hayek’e göre, hukuk da dahil olmak üzere, toplumsal kurumların çoğu, ne icat edilmişlerdir, ne de önceden belirlenmiş belli amaçlar doğrultusunda yaratılmışlardır. Hayek, eleştirilerini temellendirirken; “yapma düzen” (taxis) ve “büyümüş düzen” veya “kendiliğinden oluşan düzen”

(kozmos) kavramları arasında ayırım yapar: büyümüş düzenle, kendi kendini üreten veya kendiliğinden oluşan düzeni kastederken; yapma düzenle, hukukun bir araç olarak kullanılması yoluyla yaratılan düzeni anlatır. Hayek’e göre, toplumsal hayatta, her zaman, bir ölçüde düzen, uyum, bütünlük ve devamlılık vardır; aksi halde, insan ilişkileri sürdürülemeyeceği gibi en temel insanî ihtiyaçlar da giderilemez. Sosyal teorinin varlık nedeni de büyümüş düzen veya kendiliğinden oluşan düzendir. Başka bir deyişle sosyal teori, pek çok insanın davranışının sonucu olarak ortaya çıkan, ancak insanın bilinçli tasarımının ürünü olmayan düzenli yapılar bulunduğunun keşfiyle başlamıştır. Diğer toplumsal kurumlar gibi hukuk da bir ölçüde kendiliğinden gelişmiştir. Nasıl ahlâk kuralları ve gelenekler, kendiliğinden evrimin ürünü iseler, hukuk kurallarının çoğu da böyledir. Yani, hukuk kurallarının sadece bir kısmı tasarımlı dizayn faaliyetlerinin bir sonucudur (Hayek, 1994:55-70).

Hayek (1994), yukarıda yaptığı ayırımın (taxis-kozmos) bir benzerini hukuk alanında da yaparak; “oluşan kanun” (nomos) ile “yapılan kanun” (thesis) dan ve “âdil davranış kuralları” ile “organizasyon kuralları”ndan söz eder. Âdil davranış kurallarını “oluşan kanun” örneği olarak değerlendirirken, organizasyon kurallarını “yapılan kanun” örneği olarak görür. Bu çerçevede, tarihî süreç içerisinde bilinçli, amaçlı ve programlı insan müdahalesi olmaksızın toplumsal ilişki ve etkileşimlere bağlı olarak varlık kazanan kuralları ifade etmek üzere “âdil davranış kuralları” tabirini kullanırken; parlamenter veya benzeri yasa koyucu organlar ve kişiler tarafından bilinçli ve amaçlı bir şekilde konulan kuralları anlatmak için “organizasyon kuralları” deyimine başvurur. “Özel hukuk” -ki Hayek ceza hukukunu da bu alana dahil eder- ile “kamu

hukuku” arasında yaptığı ayırımı da buna dayandırır. Hayek, “kamu” sözcüğünü hükümet teşkilatıyla doğrudan ilgili alanları kapsar nitelikte kullanırken; “özel” kelimesini, özel menfaatler dışında, sivil toplum yaşamındaki oluşumları ifade etmek üzere kullanır. Bu bağlamda kamu hukukunu, hükümet teşkilatının hukuku veya organizasyon kuralları ile ilişkilendirirken; özel hukuku, toplumun kendiliğinden oluşan düzeninin hukuku olan âdil davranış kuralları ile bağlantılı düşünür. O’na göre toplumsal yaşam alanında; bir yandan tarihî süreçte kendiliğinden gelişen âdil davranış kurallarının varlığı, diğer yandan genellikle vatandaşlara çeşitli hizmetleri sağlamak için kurulmuş organizasyonların yönetimi söz konusudur. Esas olarak hükümet teşkilatını yöneten organizasyon kuralları, ister istemez toplumun kendiliğinden doğan düzeninin temelini oluşturan ve zaman içinde gelişen âdil davranış kurallarından farklı bir karakter taşır. Çünkü organizasyon kuralları, belli amaçlara ulaşmak üzere tasarlanmış olup, modern devletin giderek büyüyen yapısına göre şekillenir.

Habermas, modernleşme sürecinde hukuk alanındaki artan rasyonalite olgusu üzerinde odaklaşır ve bu konudaki düşüncelerini özellikle “İletişimsel Eylem Kuramı” adlı eserinde temellendirir. Bu kuramında, öncelikle yaşam dünyası (life world) ile sosyal sistemler ya da sistem dünyası (system world) arasında ayırım yapar. Toplumsal yaşam dünyası, enter subjektif şekilde paylaşılan ve kültürel bilgi stokuna dayalı olan anlam yüklü sosyal etkileşim dünyasını ifade eder. Bu dünya, bireylerin ve grupların kendi kendini düzenleme alanı olup bireyler tarafından önceden farz edilen yorumlar ve anlamlar bütünü tarafından oluşturulur. Yaşam dünyası, nispeten yaygın olan geçmiş değer yargıları ve kanaatler ile biçimlenir. Bu değer yargıları ve kanaatler,

karşılıklı tanımaya dayalı olup rutin sosyal aktivitelerin gerçekleşmesine imkân verir (Anleu, 2000:48; Gorz, 2001:174). Sistem dünyası veya sosyal sistemler ise, kurumlar ve aygıtlar bütünü olarak toplumun işleyişinden doğan baskıların alanını anlatır. Habermas, modernleşme sürecinde sosyal sistemler ile toplumsal yaşam alanlarının farklılaştığını ileri sürer. Buna göre, sanat, bilim, ekonomi, siyaset, hukuk ve etik gibi alanlar, kendi mantığını ve rasyonel yaklaşımını geliştirerek gittikçe birbirinden bağımsızlaşan sistemler haline gelir. Toplumun giderek karmaşıklaşması ve farklılaşması, eşgüdümü gerçekleştirecek ve yönetimi mümkün kılacak aygıtların veya mekanizmaların geliştirilmesini gerektirir. Bunlar ise, ilişkilerin ve prosedürlerin gittikçe aşırılaşan biçimselleşmesine yol açar. Sonuçta kültürel dünya bütünlüğünü kaybeder (Görz, 2001:174)

Habermas, sosyal sistemler alanında özellikle ekonomi ile devlet ve bunların hukuk ile ilişkileri üzerinde durur. Modern toplumlarda, para ve siyasal güç bakımından kapitalist ekonomik sistem ve rasyonel devlet yapısı şeklinde bir farklılaşmanın ortaya çıktığını, bunların toplumsal yaşam dünyasıyla para ve siyasal güç kullanımının kurumsallaşması yoluyla bağlantılı hale geldiğini, bu bağlantının sağlanmasında ise hukukun önemli bir rol oynadığını düşünür (Tekeli, 1999:87). Ekonomi ve siyaset alanında para ve iktidar yoluyla koordine edilen eylem, toplumsal yaşam dünyasında gerçekleşen iletişimsel eylemlerden farklı bir nitelik taşır. Çünkü yaşam dünyası, amaçsal rasyoneliteyi değil; pratik aklı, ahlâkiliği, kişisel otonomiye ve iletişimi vurgularken; sistem alanındaki eylem, yalnızca amaçsal rasyoneliteyi hedefler. Yaşam dünyası ile sistem dünyası çerçevesinde oluşan şema içinde hukuk, bir ortam ve araç olarak işlev görür (Anleu, 2000:49-50).

Habermas (2001), hukukun, sadece yaşam dünyası ile sistem dünyası arasında bağlantı kurma bakımından değil; aynı zamanda yaşam dünyasının içsel kolonizasyonu açısından da önemli roller oynadığını düşünür. Hukukun toplum yaşamında giderek artan ağırlığını ifade etmek üzere "Juridification" kavramını kullanır ve bu kavram ile, hukuk yoluyla düzenlemeden önce gayri resmi şekilde düzenlenen toplumsal yaşam alanlarının giderek yazılı hale gelen pozitif hukuk normlarıyla düzenlenir hale gelmesini anlatmak ister. Habermas bununla çalışma hayatından aile ve eğitim hayatına kadar toplumsal yaşam alanlarının nasıl hukuksallaştığını göstermeye, toplumsal yaşamın böylesine hukuksallaştırılmasının, toplumsal yaşam dünyasının iletişimsel yapısını nasıl zedelediğini, toplumsal yaşam alanına devletin hukuk sayesinde nasıl müdahale edebilir hale geldiğini, kısacası toplumsal yaşamın nasıl devlet egemenliği altına sokularak bürokratikleştirildiğini anlatmaya çalışır. Bunun ise, bireylerin otonomilerini ve özgürlüklerini sınırlandırarak sivil toplumun kolonileşmesine neden olduğunu düşünür.

Sonuç olarak söylemek gerekirse; modernleşme ve küreselleşme sürecinde, gerek ulusal düzeyde, parti, sendika, vakıf, dernek, şirket, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları gibi, gerekse uluslararası düzeyde, çok uluslu şirketler, uluslararası örgütler, sivil toplum kuruluşları gibi, ulus-devlet yanında birçok aktörün hukuku yaratma ve şekillendirme sürecine giderek daha fazla katılır hale gelmeleri, toplumsal yaşam alanlarının nedenli hukuksallaştırıldığını göstermeye yetmektedir. Habermas'ın deyişiyle formel hukuki düzenlemeler ve mekanizmalar toplumsal yaşam dünyasını kuşatıp çerçevelemektedir.

Bu gelişmeler bağlamında insan yaşamının giderek artan ölçülerde gerek ulusal gerekse uluslararası düzeyde formel kural ve mekanizmalarla oldukça kapsamlı ve derin bir şekilde etkilenir duruma gelmesi; bir yandan bireylerin kişisel özgürlük ve otonomilerini büyük ölçüde sınırlandırırken, diğer taraftan ahlâkî değer ve normların oluşumunu zorlaştırmaktadır. Kısacası, kamusal yaşam içinde devlet yanında diğer örgütlü devasa hiyerarşik ve bürokratik yapıya sahip kuruluşların belirleyici bir rol oynar hale gelmeleri, insanların sosyal sorumluluk ve bireysel duyarlılık bilincinin zayıflamasına yol açmaktadır.

KAYNAKÇA

- Anleu, Sharyn L. Roach (2000). *Law and Social Change*. London: Sage Publication.
- Bauman, Zygmunt (1996). *Yasa Koyucular ile Yoruuncular*. Çev., Kemal Atakay. İstanbul: Metis Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (1997). *Modernite ve Holocaust*. Çev., Suha Safhabiboğlu. İstanbul: Sarmal Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (1998). *Postmodern Erik*. Çev., Alev Türker. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (2000). *Siyaset Arayışı*. Çev., Tuncay Birkan. İstanbul: Metis Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (2005). *Bireyselleşmiş Toplum*. Çev., Yavuz Alogan. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Connor, Steven (2001). *Postmodernist Kültür*. Çev., Doğan Şahiner. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Enriquez, Eugène (2004). *Sürüden Devlete: Toplumsal Bağ Üzerine Psikanalitik Deneme*. Çev., Nilgün Tütal. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Friedman, Lawrence M. (1977). *Law and Society*. New Jersey: Prentice-Hall.
- Gorz, André (2001). *Yaşadığımız Sefalet: Kurtuluş Çareleri*. Çev., Nilgün Tütal. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Gressner, Volkmar, vd. (1996). "Introduction: The Basic Setting of Modern Formal Law". *European Legal Cultures*. Volkmar Gressner, vd. (der.) içinde Aldershot: Dartmouth Publishing. 89-103.
- Habermas, Jürgen (2001). *İletişimsel Eylem Kuramı*. Çev., Mustafa Tüzel. İstanbul: Kabaalçı Yayınevi.
- Hayek, Friedrich A. (1994). *Kamun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Kurallar ve Düzen*. Çev., Atilla Yayla. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Hayek, Friedrich A. (1995). *Kanun, Yasama Faaliyeti ve Özgürlük: Sosyal Adalet Serabı*. Çev., Mustafa Erdoğan. Ankara: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Kulcsár, Kálmán (1992). *Modernization and Law*. Budapest: Akadémiai Kiadó.
- MacIntyre, Alasdair (2001). *Erdem peşinde*. Çev., Mutallip Özcan. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Murphy, John W. (2000). *Postmodern Analiz ve Postmodern Eleştiri*. Çev., Hüsamettin Arslan. İstanbul: Paradigma Yayınları.
- Öktem, Niyazi (1994). "Max Weber." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*. LJV (1-4): 369-384.
- Ritzer, George (1998). *Toplumsal McDonadlaştırılma: Çağdaş Toplum Yaşamının Değişen Karakteri Üzerine Bir İnceleme*. Çev., Şen Sürer Kaya. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Silbey, Susan S. (1997). "Let Then Eat Cake: Globalization, Postmodern Colonialism, and the Possibilities of Justice". *Law and Society Review*. 31 (2): 207-237.
- Solomon, Robert C. (2004). *Adalet Tutkusunu*. Çev., Ertuğ Altınay. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Tekeli, İlhan (1999). *Modernite Aştırken Siyaset*. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Weber, Max (1986). *Sosyoloji Yazıları*. (der. H.H. Gert ve C. Wright Mills). Çev., Taha Parla. İstanbul: Hüriyet Vakfı Yayınları.
- Weber, Max (1997). *Protestan Ahlâkı ve Kapitalizminin Ruhu*. Çev., Zeynep Aruoba. İstanbul: Hil Yayınları.
- Yüksel, Mehmet (2001). *Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye*. Ankara: Siyasal Kitabevi Yayınları.
- Yüksel, Mehmet (2002a). "Modernleşme Bağlamında Hukuk ve Etik İlişisine Sosyolojik Bir Bakış". *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*. 57 (1):177-197.
- Yüksel, Mehmet (2002b). *Modernite Postmodernite ve Hukuk*. Ankara: Siyasal Kitabevi Yayınları.

Amerikan Hukuku ve Asya Kültürü: Bir Karşılaşma

Saim ÜYE

Giriş

Japon kökenli Amerikalılardan biri olan 32 yaşındaki Bayan *Fumiko Kimura*, aile içi sorunlar yüzünden ciddi bir psikolojik sıkıntı yaşamaya başlar ve kendisini öldürmeye karar verir. Biri 4 yaşında diğeri 6 aylık olan iki çocuğunu da yanına alarak Santa Monica kıyılarına gider ve kendisini çocuklarıyla birlikte Pasifik Okyanusunun sularına bırakır. Önce çocukların su yutmasına yardımcı olan kadın, sonra aynı eylemi kendisi için yapmaya girişir. Durumu görenlerin müdahalesi çocukları boğulmaktan kurtarmaya yetmez; ancak anne kurtulmuştur. *Fumiko Kimura* hakkında iki çocuğunu kasten öldürmekten dava açılır. Yargılamadan haberdar olan ABD'li diğeri Japonlar duruma itiraz ederek binlerce dilekçeyi davayı gören mahkemeye sunarlar. Dilekçelerde, *Kimura*'nın çocuklarını öldürme kastıyla hareket etmediği, niyetinin intihar etmek olduğu, eyleminde Japon kültürünün gereklerine uygun davranmaktan başka bir şey yapmadığı belirtilir. Buna göre, Japon kültürü, intihar edenlerin çocuklarını da kendileriyle birlikte öldürmelerini (*oya-ko shinju*) meşru saymaktadır.

29 Ocak 1985'te Kaliforniya'da gerçekleşen bu olay ve olayı makul göstermek için kullanılan gerekçeler kamu-

oyunda şok etkisi yarattı. Yerleşik kültürde çocukların anne ya da babaları tarafından öldürülmeleri şeklinde gerçekleşen her tür eylem bir vahşet olarak algılanmakta ve büyük bir tepki çekmekte iken, bir başka kültürde aynı eyleme belli koşullar altında olumlu bir anlam yüklenilebildiği ve faile sempati gösterilebildiği anlaşılmaktaydı. Durum sadece iki kültür arasında ortaya çıkan farklılığa ilişkin somut bir örnek sunmakla kalmamakta, aynı zamanda hukuk uygulaması bakımından da bir soruna işaret etmekteydi. Egemen anlayış tarafından onaylanmayan, bunun bir yansıması olarak hukukun suç sayılan ve şiddetli biçimde cezalandırmayı gerektiren bu eylem yargılama sürecinde değerlendirilirken, sanığın kültürel aidiyeti ve bu aidiyetin gereklilikleri dikkate alınacak mıydı? Yoksa sanık kültürel kökeninden bağımsız olarak yargılanacak ve Japon kökenli olmayan herhangi bir Amerikan vatandaşını benzer eylem nedeniyle bekleyen hukuksal sonuçların aynısı mı karşılaşıcaktı?

Davanın sonuçlanmasının ardından da olay dikkat çekmeyi sürdürdü. Japon kültürüne ilişkin akademik çalışmalara yönelik ilgide artış yaşandı. Olay, daha geniş bir çerçevede mahkemelerin kültürel farklılıklarla nasıl başa çıkacağı soru-

Saim Üye

nunun hukukçuların gündemine taşınmasına katkı sağladı¹.

Yukarda sözü geçen olayda somutlaşan kültür temelli uygulama ve buna ilişkin olarak yürütülmüş buhunan dava, bir yandan farklı kültürlerin benimsediği değerler arasındaki çatışmaya, diğer yandan kültürel farklılıkların hukuk uygulamasına olası yansıma biçimlerine görünürlük kazandıran bir örnek olarak, bu çalışmanın konusunu oluşturmaktadır. Aşağıda, önce söz konusu olaya meşruluk kazandıran ve Batı düşüncesine karşıt bir konumda olduğu anlaşılan kültürel temellere sosyolojik yönüyle yer verilecek, sonra, Japon hukuk uygulamasında durumun nasıl çözümlenmekte olduğu ile karşılaştırılmalı olarak *Kimura* davasının ABD'de nasıl sonuçlandığına değinilecektir.

1. Sosyolojik Boyut

1.1. Genel Olarak

Japon toplumunun intihara yönelik eğilimi çeşitli araştırmalara konu olmuş bir olgudur. İntihar terminolojisine yapılan katkı bakımından herhalde hiçbir toplum Japonlarla yarışamaz. Japon dilinde

intiharla bağlantılı olarak 58 farklı terimin kullanıldığı ve günlük dilde adeta konuyla ilgili özel bir sözlüğün oluşturulduğu belirtilmektedir². Tarihsel olarak *harakiri* (samurayların kendilerini törensel biçimde öldürmeleri), *kamikaze* (pilotların intihar saldırıları) gibi ünlü terimlerden bu bağlamda söz edilebilir³. Güncel olarak da intihar olgusu Japon toplumu için bir sorun olmayı sürdürmektedir. Dünya Sağlık Örgütü'nün Mart 2002 tarihi itibarıyla sunduğu veriler, Japonya'yı intihar olaylarının dünya ölçeğinde en yüksek düzeyde olduğu ülkeler arasında göstermektedir⁴. 2003 yılına ait bilgiler, çeşitli ekonomik ve sosyal sorunlar nedeniyle yılda yaklaşık 100 kişinin hayatına son vermeyi tercih ettiğini ve bunun her 15 dakikada bir intihara tekabül ettiğini göstermektedir. Araştırmacılar, ülkede bir kişinin intihar yoluyla ölme olasılığının, trafik kazasında ölme olasılığından beş kat daha fazla olduğunu belirtmektedirler⁵. Japon medyasında intihara ilişkin haberlerin ABD medyasında trafik kazalarına verilen yer kadar sıradan bir konumda olduğu gözlenmektedir⁶.

(1) Note: "The Cultural Defense in The Criminal Law", Harvard Law Review, C. 99, 1985-1986, s. 1293; J. C. Lyman, "Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?", Criminal Justice Journal, C. 9, 1986, s. 91, 92; M. Sheybani, "Cultural Defense: One Person's Culture Is Another's Crime", Loy. L.A. International and Comparative Law Journal, C. 9, 1986-1987, s. 751; A. D. Renteln, "A Justification of the Cultural Defense As Partial Excuse", South California Review of Law & Women's Studies, C. 2, 1992-1993, s. 463; D. C. Chiu, "The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism", California Law Review, C. 82, 1994, s. 1100; T. F. Goldstein, "Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A 'Cultural Defense'?", Dickinson Law Review, C. 99, 1994-1995, s. 147; A. Matsumoto, "A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case", Journal of International Law and Practice, C. 4, 1995, s. 506; D. L. Coleman, "Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberal's Dilemma", Columbia Law Review, C. 96, S. 5, 1996, s. 1093; N. S. Kim, "The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis", New Mexico Law Review, C. 27, 1997, s. 117; W. I. Torry, "Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense", Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law, C. 44, 1999, s. 136; M. W. C. Wu, "Culture is No Defense for Infanticide", Journal of Gender, Social Policy & The Law, C. 11, S. 2, 2003, s. 975.

(2) Y. Kawanishi, "Japanese Mother-Child Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the Kimura Case", UCLA Pac. Basin Law Journal, C. 8, 1990, s. 42; T. L. Bryant, "Oya-ko Shinju: Death at the Center of the Heart", UCLA Pac. Basin Law Journal, C. 8, 1990, s. 4.

(3) Kawanishi, s. 33.

(4) http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/

(5) J. S. Curtin, "Suicide also rises in land of rising sun", Asia Times, 28.06.2004, (<http://www.atimes.com/atimes/japan/FG28Dh01.html>)

(6) Sheybani, s. 761, dn. 100.

(*) Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

Shinju kelimesi Japon kültüründe orijinal olarak ikiden fazla kişinin aynı yerde, aynı zamanda ve aynı amaçla iradi olarak kendilerini öldürmeleri şeklinde ortaya çıkan eylemi ifade etmekle birlikte, günümüzdeki yaygın kullanımı intihar eden kişinin kendisiyle beraber yakınlıklarını da öldürmesi durumunu anlatmaktadır. Burada ilginç olan nokta kelimenin Japon dilindeki karşılığının intihar ya da ölüm temalarını içermemesi ve "kalbin merkezi" ya da "kalplerin birliği" anlamına gelmesidir. Bu terim, ölenler arasındaki duygusal yakınlığa dem vurarak eylemi özgül hale getirir. Anne ya da babadan birinin küçük çocuklarını da öldürerek intihar etmesi durumunda eyleme genel olarak *oya-ko shinju* (anne-baba-çocuk intiharı) adı verilmekte, bunun alt ayrımları olarak da, eylemi gerçekleştiren kişinin anne olması halinde *boshi shinju* (anne-çocuk intiharı), baba olması durumunda *fushi shinju* (baba-çocuk intiharı) terimleri kullanılmaktadır. Tüm ailenin birlikte intiharı ise *ika shinju* (aile intiharı) olarak adlandırılmaktadır⁷.

Araştırmalar, Japonya'da anne-baba-çocuk intiharı olaylarının dikkate değer miktarda olduğunu göstermektedir. Nitekim, 1977 yılında yapılan bir araştırmada Japonya'da öldürme eylemlerinin kurbanlarının %17'sinin intihar eden ya da intihar teşebbüsünde bulunan anne-babalar tarafından öldürülen çocuklardan oluştuğu saptanmıştır⁸. Sözü geçen olay-

ların çoğunluğunun anne-çocuk intiharı şeklinde gerçekleştiği gözlenmektedir. 1946 - 1972 yılları arasını kapsayan bir araştırma, bu yıllarda gerçekleşen birlikte intihar olaylarının % 66.2'sinin anne-çocuk intiharı olduğunu ortaya çıkarmıştır. 1986 yılına ait bir başka çalışmada ise, çocukların anneleri tarafından öldürülmeleri sonucunu doğuran olayların en az yarısında, failin intihar iradesinin de bulunduğu görülmüştür⁹. Eylemi gerçekleştiren kadınların genellikle 20'li ya da 30'lu yaşlarda olduğu, çocukların ise okul öncesi dönemde bulundukları belirlenmekte, kişileri bu eyleme yönelten en yaygın nedenler sayılırken aile içi uyuşmazlıklara ilk sıralarda değinilmektedir¹⁰.

1.2. Kültürel Temeller

Kültür araştırmalarında, binlerce yıllık gelenek birikimi üzerinde şekillenen Japon kültürünü vurgulayan ana özellikler olarak paternalizmin, otoriteye saygının, sosyal statüye verilen önemin ve aidiyet duygusunun güçlülüğünün ön plana çıkarıldığını görüyoruz¹¹. Bu özellikler kaçınılmaz olarak, kişilerin kendi benliklerini algılama biçimlerine, varlıklarına atfettikleri anlama, üstlenecekleri sosyal rollere ve günlük yaşam pratiklerine yansımaktadır.

1.2.1. Kendinden Vazgeçiş Kültürü

Genel olarak Asya kültürünü farklı bir konuma yerleştiren temel faktör, "bireycilik" düşüncesinin Batı'da olduğu gi-

bi günlük yaşamda güçlü bir etkiye sahip olmamasında aranabilir. Batı anlayışında önem kazanan "bağımsız ve özerk birey" vurgusu, Asya kültüründe önemini yitirmekte ve yerini kişiler arasındaki "karşılıklı bağlılık" duygusuna bırakmaktadır¹². Bu durumda kişiler başkalarının beklentilerine yönelik bir hassasiyet geliştirmekte ve davranışlar, esas olarak, başkaları üzerindeki etkileri ve bunlar tarafından geliştirilebilecek olası tepkiler çerçevesinde anlamlandırılmaktadır. Japonya'da bir süre kalan Batılı bir araştırmacının, tepki beklentilerinin kişilerin günlük yaşamda çatışmaya yol açabilecek biçimde kendilerini ifade etmekten olabildiğince kaçınmalarına neden olduğu yönündeki gözlemi bunu doğrulamaktadır¹³. Aynı gözlem ABD'de yaşayan Asyalı kültürel gruplar için de söz konusudur; bu grupların günlük yaşamlarında "karşılıklı bağlılık" üzerinde odaklanan bir psikolojik eğilim gösterdikleri saptanmıştır¹⁴.

Araştırmacılar, Asya'daki hayatı algılama tarzında, Budist düşüncenin ve Konfüçyüs felsefesinin geleneksel davranış kalıpları üretmek yoluyla kültür dünyasına yansımaları görmekteyizler. Budist düşüncede temel amaç kişinin kendi 'ben'inden vazgeçmesidir; bunun, kişinin fiziksel dünyanın sınırlarını aşmasının ve kendisini evrensel "birliğe" ait hissetmesinin yolunu açarak kişiyi

zenginleştirdiğine ve özgürleştirdiğine inanılır¹⁵. Konfüçyüs felsefesinde de, bireyin kişisel çıkarlarını başkaları lehine feda etmesi ve başkalarının iyiliğini istemesi yüceltilir¹⁶. Bu düşünceler, kişiyi başkalarına karşı duyarlı, içinde yaşadığı grubun normlarına saygılı, itaatkar ve sadık olmaya yönlendirir; zira grubun iyiliği sonuçta her bir üyenin iyiliği demektir¹⁷.

Bireyin türlü sosyal bağlamlar içine gömülü olarak algılanan ikincil konumu, aidiyet, görev ve sorumluluk duygularını yüceltir¹⁸. Bu, bireyin ilgili sosyal grubun (aile, şirket, komşuluk, vs.) için bir parçası olarak görülmesine ve onun çıkarlarının bu grubun çıkarları karşısında önemsizleşmesine yol açar. Öyle ki, kişinin kendi varlığının değeri hakkındaki düşüncesi, ait olduğu grubun ona verdiği değerle doğrudan bağlantılıdır¹⁹. Aidiyet durumu kişinin sosyal statüsünü, dayısıyla kimliğini şekillendirdiği için, kişi bu statüyü korumak adına grubun düzenli işleyişini bozacak davranışlardan sakınmak durumundadır. Aksine sosyal uyuma katkı sağlamak bir görevdir. Burada "ben" bir kollektif varlığa aidiyet temelinde ifade bulduğu için, Batı düşüncesinde, örneğin Kant felsefesinde olduğu gibi "kendinde amaç" olarak görülmez; bunun yerine o, ait olduğu grubun bir parçası olarak anlam kazanır ve gruba göre daha değersiz olduğu düşünülür. Bi-

(7) Y. Takahashi, D. Berger, "Cultural Dynamics and the Unconscious in Suicide in Japan", A. Leenaars, D. Lester (ed.), *Suicide and the Unconscious*, Northvale, 1996, s. 248-258, (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Shinju.html>); J. Young, "Morals, Suicide and Psychiatry: A View from Japan", *Bioethics*, C. 6, S. 5, 2002, s. 419, 420; Bryant, s. 4.

(8) Kawanishi, s. 33, 34.

(9) Bryant, s. 13.

(10) Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Y. Takahashi, "Culture and Suicide: From a Japanese Psychiatrist's Perspective", *Suicide & Life - Threatening Behavior*, C. 27, N. 1, 1997, s. 143; Kawanishi, s. 34; Young, s. 420; Bryant, s. 8, 9.

(11) Matsumoto, s. 508-509.

(12) D. Berger, Y. Ono, H. Kumano, H. Suematsu, "The Japanese Concept of Interdependency", *American Journal of Psychiatry*, C. 151, S. 4, 1994, s. 628; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Young, s. 413, 415.

(13) D. Berger, "On the Practice of Medicine and on the Culture and Customs in Japan: An Impression of an American Medical Student", *Tokai Journal of Experimental & Clinical Medicine*, C. 10, S. 6, 1985, s. 637-645, (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Tokai.html>)

(14) J. Shiang, R. Blinn, B. Bongar, et al., "Suicide in San Francisco, CA: A Comparison of Caucasian and Asian Groups, 1987-1994", *Suicide & Life - Threatening Behavior*, C. 27, S. 1, 1997, p. 82; Kawanishi, s. 37.

(15) Kawanishi, 35, 36; Bryant, s. 5.

(16) T. Cleary, *Konfüçyüs Düşüncesinin Temelleri*, çev. S. Özbudun, İstanbul, 1997, s. 45, 79.

(17) Young, s. 415, 416; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6.

(18) Young, s. 413.

(19) Kawanishi, 37.

rey ve onun kişisel motivasyonları grubun bütünsel bir uyum ve düzen oluşturma yönündeki ihtiyacı karşısında geri plana düşer⁽²⁰⁾. Kantçı anlamdaki evrensel görev duygusu yerine, dar çevredeki sosyal grup ile bağlantılı, bu anlamda yerel ve göreceli nitelikli bir ödev duygusu önem kazanır. Birey, daha yüksek bir amacı temsil eden uyumlu grup yaşantısına ulaşmak üzere araçsallaşır. Bunun bir yansıması olarak, grubun çıkarları lehine kişisel çıkarları feda etmek, bütün adına kendinden vazgeçebilmek, bir ahlaki değer olarak ortaya çıkar⁽²¹⁾. Japonya'da kendi çıkarlarını, isteklerini, önceliklerini ikinci plana atmanın, günlük yaşamın içinde sıradan bir davranış tarzı olarak benimsendiği belirtilmektedir. Örneğin, işyerini çalışma arkadaşlarından önce terk ederek onların olumsuz tepkilerini çekmemeye kaygısı, çalışma zamanını geç saatlere kadar uzatabilir⁽²²⁾. Japonların kurallara uymak ve ritüelleri önemsemek konusundaki ciddiyetlerinde, sosyal uyum ve hiyerarşi konusundaki hassasiyetlerinde de bu belirlemenin izleri bulunur⁽²³⁾.

İntihar, kendinden vazgeçiş durumunun en uç noktasını oluşturur; böylece

onurlu ve değerli bir eylem olarak itibar görmesinin yolu açılır. Bu anlamda intihar, Batı'da algılandığı gibi kişisel bir eylem olmanın ötesine geçerek iletişimsel bir anlam kazanır. Araştırmalar, Asya kültüründe intihar olayının kişilerarası bir eylem olarak algılandığını göstermektedir. İletişimsellik ve simgesellik, eyleme yönelik görece sempatinin kaynağını oluşturur. Bu Batı düşüncesine karşıt bir konumdur. Sözgelimi Kant'ta insanlık başlıbaşına bir değer olarak görüldüğü için intihar onanmaz, zira "kendinde amaç" olan bireyin hayatını sona erdirmesi bir mantıksal çelişki oluşturur⁽²⁴⁾. Burada ise intihar, yaşam değerinin reddi olarak görülmez; aksine ahlaki bir gereklilik biçiminde, bir görevin yerine getirilmesi isteğine benzer bir tarzda ortaya çıkar ve görünürde desteklenmesi de kişilerin iç dünyalarında sempatiyle karşılanır⁽²⁵⁾. İntiharı kabullenip romantikleştiren ve onurlu bir eylem haline getiren kültür, bireysel bilinçlerde böylece karşılığını bulmuş olur⁽²⁶⁾.

İntiharı "irrasyonel" bir eylem olarak görüp onu kişinin psikiyatrik bozukluğuna bağlama eğilimi gösteren bilimsel tavır, Japon kültüründeki durumu açıkla-

maktan uzaktır. Burada, olumlu bir ahlaki eylem olarak kendinden vazgeçmeye atfedilen bir değer söz konusudur ve birey, bu amaçsal davranışıyla, sosyal sorumluluğunu yerine getirerek bir bakıma kendi varlığının ahlaki değerini kanıtlamış olmakta ve onurla anılacak bir kişi olarak dünyadan ayrılmaktadır⁽²⁷⁾.

Kimura eylemi gerçekleştirdiğinde böyle bir ruh hali içindedir. Aile birliğinin bozulması ona kimliğini veren sosyal statünün yok olmasıdır ve bu başkalarının gözünde utanılacak bir şeydir. Onursuz bir hayatı onurlu bir hayata dönüştürmenin yolu ise, Kimura'ya, ait olduğu kültür tarafından gösterilmiştir. Bu yolu seçmekle, kendini var eden ve eylemini kullandıran kültürün bir kez daha doğrulanmasına ve yeniden üretilmesine katkıda bulunarak son görevini yerine getirmiş olur.

1.2.2. İntiharın Sosyolojisi: Durkheim

İntihar, Durkheim metodolojisinde bir olguyu sosyal kılan tüm özelliklere sahip olarak görülür. Bu, insanların bir araya gelmeleriyle ya da aralarında bir etkileşim sürecinin başlamasıyla ortaya çıkan ve bu etkileşimin ürünü olan olguların nitelik itibarıyla bireylerin tekil özelliklerinden farklılık arz etmesi ve onların zorlayıcı biçimde yönlendirmesi durumunun burada da söz konusu olması bir sonucudur⁽²⁸⁾. Sosyal etkileşim sürecinde değişen ve dönüşen bireyin, bireysel bilinçlerin mekanik toplamından ibaret olmayan, bu anlamda onlara indir-

genemeyen ve hatta onlara göre aşkın sayılabilecek kimi özellikler taşıyan kolektif bilincin etkisi altında eylemlerini anlamlandırması kaçınılmazdır⁽²⁹⁾.

İntihar oranlarına ilişkin istatistiksel verilerin belli düzenliliklerin varlığını gösteriyor olmalarından hareket eden Durkheim, intihar olgusunun bireysel nedenlere indirgenerek anlaşılamayacağına, aksine belli sosyal değişkenlere bağlı olarak açıklanabileceğine işaret eder⁽³⁰⁾. Bu bağlamda sözünü ettiği üç intihar türünü belirleyen temel ölçüt, ilgili toplumun ya da sosyal grubun üyeleri arasında var olan entegrasyon düzeyinin yoğunluğudur. Bireyleri bütünleştiren sosyal bağların güçsüzlüğü, aşırı bireyselleşmeye ve izolasyona işaret eder ki, bu Durkheim'ın "bencil intihar" dediği türün ortaya çıkmasını sağlar⁽³¹⁾. Entegrasyon düzeyi yükseldikçe intihar oranlarında bir azalmaya rastlanır. Ancak, grup aidiyeti kendiliğinden bireyi intihardan uzaklaştıracak bir duruma vücut vermez; çünkü ilgili grup belli durumlarda bireyin kendisinden vazgeçmesini de isteyebilir. Dolayısıyla, yelpazenin öteki ucunda, bireyi değersizleştirecek biçimde aşırı entegrasyon yoğunluğunun yol açtığı "elcil intihar" türü bulunur⁽³²⁾. Diğer taraftan, bireyi bağlayan sosyal normların ani ve beklenmedik biçimde değişikliğe uğramaları Durkheim'ın "anomik" dediği intihar türünü ortaya çıkarır⁽³³⁾.

Durkheim'ın vurguladığı esas nokta, intihar olaylarının ortaya çıkış biçimi ile ahlakın sosyal örgütlenişinde var

(20) Shiang, Blinn, Bongar, et al., s. 89.

(21) Young, s. 415-417.

(22) Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Young, s. 414.

(23) A. B. Borovoy, "The Japanese Self in Cultural Logic", Book Review, *Anthropological Quarterly*, C. 78, S. 4, 2005, s. 1018, 1019.

(24) "Bir dizi felaketler yüzünden umutsuzluğa düşmüş biri, yaşamaktan bıkar uslanır, ama intihar etmenin kendine karşı olan ödevine ters düşüp düşmediğini kendine soracak kadar aklı başındadır. Şimdi şuna bakıyor: eylemlerinin maksimi acaba genel bir doğa yasası olabilir mi? Maksimini ise şudur: daha uzun sürdüğünde yaşam, hoş şeyler vaatmekten çok felaketler getireceğe benziyorsa, beni sevgisinden dolayı onu kısaltmayı ilke ediniyorum. Şimdi de, bu ben sevgisinden çıkan ilkenin genel bir doğa yasası olup olamayacağı sorusu kalıyor. Burada çok geçmeden görürüz ki, belirlenimi yaşamı geliştirmek olan aynı duyulmuş yaşamın kendisini yok etmenin yasa olduğu bir doğa, kendi kendisiyle çelişir ve doğa olarak var olamaz; dolayısıyla o maksimin genel bir doğa yasası olması olanaksızdır, sonuç olarak da en üstün ödev ilkesiyle tamamen çelişiyor." I. Kant, *Ahlak Metazifiğinin Temellendirilmesi*, çev: I. Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1995, s. 38, 39. "İnsan bir şey değildir, dolayısıyla sırf araç olarak kullanılamaz; bütün eylemlerinde hep kendisi amaç olarak görülmelidir. Bundan dolayı kendi kişindeki insana onu sakatlayacak, bozacak ya da öldürecek şekilde davranmamı." Kant, *age*, s. 47.

(25) Young, s. 413, 415, 416; Takahashi, Berger, yuk.dn. 6.

(26) Curtin, yuk. dn. 5.

(27) Young, s. 414, 417, 418.

(28) Durkheim E., *Sosyolojik Metodun Kuralları*, çev: E. Aytekin, İstanbul, 1994, s. 49; İntihar, çev: Ö. Ozankaya, İstanbul, 2002, s. 28.

(29) Durkheim, *Sosyolojik Metodun Kuralları*, s. 22.

(30) Durkheim, *İntihar*, s. 153.

(31) Durkheim, *İntihar*, s. 243.

(32) Durkheim, *İntihar*, s. 245.

(33) Durkheim, *İntihar*, s. 275.

olan sıkı bağdır. Örneğin, kişiye saygının en üstün değer olarak kabul edildiği, bu anlamda bireyin yüceltildiği ve bireyciliğin kutsandığı bir ahlaki yapı ile bencil intihar arasında böyle bir bağdan söz edilebilir. Aynı şekilde, elcil intiharin temelinde, bireyi önemsizleştiren, özverinin ve 'ben'den arınmanın olağanın ötesinde önem kazanmasını sağlayan ahlak anlayışının varlığı görülebilir³⁴. Durkheim'in özellikle bu son duruma ilişkin analizleri, yukarda sözü edilen kendinden vazgeçiş kültürü ile intihar arasındaki bağlantı için de açıklayıcıdır. Zira, "... intihar türüne uygun düşen ve onunla bağlantılı olan belli bir ahlak yapısı vardır. Biri olmadan öbürü var olamaz; çünkü intihar, yalnızca bu ahlaki yapılardan her birinin özel, ama mutlaka ortaya çıkan kimi koşullarda aldığı biçimden ibarettir"³⁵. Bu ahlaki yapının belirleyicisi ise kişiyi çevreleyen kültürel ortamdır.

1.2.3. Anne-Çocuk İntiharı

Japon toplumunda grup yaşantısına verilen önem intihar olaylarına yansiyarak "birlikte intihar" türünün ortaya çıkmasına neden olmuştur. Başkalarıyla birlikte intihar etmek, bir grup eylemi olarak, tek başına hayata son vermekten daha değerli sayılmaktadır³⁶. Güncel olarak, intihar etmek isteyenleri buluşturan internet sitelerinin varlığından söz edilmektedir³⁷. Anne-çocuk intiharları da bir birlikte intihar türü sayılabilir. Bu tür olaylar, olağan çocuk öldürme eylemlerine kıyasla daha hoşgörülebilir durumdadır. Çünkü, olumsuz anlam taşıyan "çocuk öldürme" eylemi, burada olumlu an-

lamlarla yüklü "birlikte intihar" eylemine dönüşmektedir ve bu anlam dönüşümünü sağlayan faktör kültürel algılama biçimleri ve bunlara atfedilen değerlerdir. Anne-çocuk intiharlarını diğerlerinden farklı kılan husus, çocukların genelde intihar iradesine sahip olamayacak kadar küçük yaşta bulunmalarıdır³⁸.

Sosyal statüye verilen önem ve aidiyet duygusunun güçlülüğü, aile kurumunun yapısına yansıdığımda, kültürel olarak üretilen sosyal rollerle bütünleşir. Bu en çok, çocukların eğitilmesinden ve yetiştirilmesinden birinci derecede sorumlu olarak görülen kadının durumunda açıkça ortaya çıkar. Annelik durumu, kadının bireysel kimliğinde merkezi bir anlam kazanacak biçimde önemsenir. Anne ile çocuk arasındaki "karşılıklı bağlılık" duygusu, anneye biçilen sosyal rolün de katkısıyla, bu ikili arasında öyle bir ortaklığa yol açar ki, çocuğun başına gelebilecek her iyi şey annenin başarısına, her türlü olumsuzluk ise onun kusuruna işaret eder. Tüm bunlar anne ile çocuk arasında varoluşsal bir özdeşleşmeye olanak sağlar. Japon kadını çocuğuyla bir "birlik" duygusu içinde yaşamakta ve onu bağımsız bir birey olarak değil, "kendi varlığının doğal bir uzantısı" olarak görmektedir³⁹.

Kendinden vazgeçişin ahlakiliği ile anne-çocuk özdeşleşmesi bir araya geldiğinde, kültürel kader ortaklığının yol açtığı birlikte ölüm durumu anlaşılır hale gelir. İntihar eden kadın kendisiyle birlikte çocuğunu da öldürdüğünde, kendisi dışında bir varlığın hayatına son verdiği-

ni düşünmemektedir; ona göre bu kendi varlığının ayrılmaz bir parçasını kendisiyle birlikte yok etmekten ibarettir ve doğal bir durumdur. Dolayısıyla, bu algılama tarzında, ortada bir öldürme ve bir intihardan oluşan iki ayrı olayın değil, tek bir intihar olayının varlığı söz konusudur; çocuğun ölümü bu tek olayın bir alt unsuru olarak gerçekleşir⁴⁰.

Diğer yandan, olaya yüklenen başka anlamlar da bu noktada devreye girer. İntihar eden kadının çocuklarını geride bırakması, onun çocuklarına karşı yeteri kadar bağlılık hissetmediği, dolayısıyla iyi bir insan olmadığı şeklinde yorumlanır. Japon toplumunda, anne ya da babadan sadece birinin hayatta olması durumunda çocukların sosyal statülerinin düştüğü gözlenmektedir. Bu durumda çocuklar hayatları boyunca sosyal yönden sıkıntılar yaşayabilmektedir. Kendilerine, çocukların öldürülme yoluyla bilingli olarak nasıl fiziksel bir acıya sürüklenebildiği sorulan Japon kadınları, korunmasız bir dünyada terk edilmenin doğuracağı acının bundan daha katlanılmaz olduğu yönünde cevap vermişlerdir. Dolayısıyla, kadının çocuklarını bu tür sorunlar içinde yaşamaya terk etmekten se onları da kendisiyle beraber öldürmesi daha kabul edilebilir hale gelmektedir. Bunu yapmazsa, ölen kadın kendisini şeytana benzer bir yaratık gibi gören çok kötü bir imajla hatırlanmakta, hayatta kalan çocuklar da böyle bir insanın doğal uzantıları olarak onun sahip olduğu olumsuz özellikleri taşıyan kişiler olarak görülmektedirler⁴¹.

Sosyal rolünü benimseyen ve çocuklarıyla aşırı bir özdeşleşme içinde olan

Kimura, onları geride bırakmayarak böyle bir durumun ortaya çıkmasını önlemekte, dolayısıyla çocuklarını çok sevdiği, hatta onları kendisinin bir parçası olarak gördüğü için böyle davranmakta, üstelik gelecekte kendisinin ve çocuklarının saygı ve sempatiyle anılmasını sağlamaktadır. Bu anlamda, çocuklarına zarar verdiğini değil, aksine onların iyiliği için bunu yaptığını düşünmektedir. Bu düşünce, ait olduğu kültürün diğer üyeleri tarafından da paylaşılmaktadır.

2. Hukuksal Boyut

Bir olgunun sosyolojik yönden anlaşılabilir olması, kuşkusuz, onun hukuk sistemi tarafından kabul edilebilir olduğu sonucunu kendiliğinden doğurmaz. Hukuk sistemi de değerlerle örülüdür ve esas tartışılmalı alan, kültürel olarak kabul gören değerlerle hukuk sisteminin korumaya layık gördüğü değerler arasında bir çatışmanın ortaya çıkmasıyla başlar. Hukuk sisteminin beslendiği değerlerin kültürle örtüşme ya da ayrışma derecesi, gerek ilgili kuralların içeriğinde, gerek hukuk uygulamasında ortaya çıkacak olumlu ya da olumsuz tepkiyi biçimlendirir.

2.1. Japon Uygulamasında Durum

Anne-çocuk intiharı olaylarına verilen kültürel anlamların hukuken de kabul edildiği bir an için düşünülse, çocuğu ölen fakat kendisi hayatta kalan annenin eyleminin intihara teşebbüs olarak nitelenmesi gerekir. İntihara teşebbüs genellikle suç sayılmadığından, bu durumda annenin cezasız kalması gündeme gelecektir. İntihar edene yardım suçtur; fakat kültürel anlama bağlı kalındığında, bu suç da olayda ortaya çıkmaz, çünkü çocuğun intihar iradesi yoktur. Ancak, Batı

(34) Durkheim, *İntihar*, s. 426.

(35) Durkheim, *İntihar*, s. 427.

(36) Young, s. 419.

(37) <http://www.csmonitor.com/2005/0719/p01s04-woap.html>.

(38) Kawanishi, s. 34; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6.

(39) Kawanishi, s. 35; Matsumoto, s. 509; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Bryant, s. 9.

(40) Kawanishi, s. 32; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; M. Iga, *The Thorn in the Chrysanthemum: Suicide and Economic Success in Japan*, Berkeley, 1986, s. 18, akt: Woo, "Cultural 'Anomalies' and Cultural Defenses: Towards an Integrated Theory of Homicide and Suicide", *International Journal of the Sociology of Law*, C. 32, 2004, s. 294; Bryant, s. 5.

(41) Kawanishi, 40; Takahashi, Berger, yuk. dn. 6; Iga, yuk. dn. 12; Young, s. 420; Bryant, s. 23.

değerlerinin etkisiyle şekillenmiş olan modern Japon hukuk sistemi bu sonuca ulaşılmasını sağlamamaktadır; yani söz konusu eylem hukuken onaylanmamaktadır. Japon hukukunda, intihar iradesine eşlik edecek biçimde çocuğun öldürülmesi doğrudan bir suç olarak tanımlanmamakla ve durum çocuk öldürmeye özgü özel bir suç olarak da görülmemekle birlikte, eylem, genel insan öldürme suçunun kapsamında sayılmakta ve failler bu suçtan yargılanmaya başlamaktadır⁽⁴²⁾.

Resmi/formel düzeyde görünüm bu olmakla birlikte, hukuk uygulamasında ve özellikle yorum sürecinde geleneksel kültürün dolaylı yansımalarının ortaya çıkışı durumu değiştirmektedir. Kültürel gerekçeler bir savunma olanağı olarak doğrudan dikkate alınmamakta, ancak hukuk sisteminin öngördüğü diğer savunma araçları (örneğin akıl sağlığına ilişkin hükümler) harekete geçirilmekte ve bunların yorumunda kültürel faktörler örtülü biçimde etkin olabilmektedir. Japon mahkemelerinden çıkan kararlara ilişkin olarak yapılan 1986 yılına ait bir çalışma, ilginç bazı saptamaları ortaya koymaktadır. Örneğin, sıradan insan öldürme suçunun faillerine kıyasla, kendi çocuğunu öldürenlerin genelde daha az ceza aldıkları görülmektedir⁽⁴³⁾. Bunda, çocuğu onu dünyaya getirenlerin doğal uzantısı olarak gören anlayışın dolaylı bir etkisinin olduğu düşünülebilir. Çocuğunu öldürüp intihar teşebbüsünde başarısız olanların da, uygulamada genellikle daha hoşgörülü bir tavırla karşılaştıkları, kimi zaman ceza almadıkları, ceza aldıklarında ise hafifletici nedenlerden ya da erteleme hükümlerinden yararlandıkları

dıkları gözlenmektedir⁽⁴⁴⁾. Örneğin 1988 yılında Tokyo'da üç yaşındaki kızını bu yolla öldüren bir kadın, olay sırasında depresyon halinde olduğu gerekçesiyle cezasız bırakılmıştır⁽⁴⁵⁾.

Uygulamaya ilişkin tipik bir örnek olarak Osaka'da gerçekleşen bir olay ve buna ilişkin mahkeme kararı gösterilebilir. Karar, çocuklarıyla birlikte intihar etmek isteğiyle evdeki gaz musluğunu açarak iki çocuğunun ölümüne neden olan, fakat kendisi kurtulup cinayetten yargılanmaya başlayan bir kadına ilişkindir. İlginç olan, mahkemenin resmi belgelerinde yer alan ifadeler ile yargılama sonunda ulaşılan karar arasındaki farklılıktır. Söz konusu belgelerde anne – çocuk intiharlarının ülkedeki yaygınlığına değinilmekte, bu tür olayların, toplum tarafından hoşgörülmesine rağmen hukuk kabul edilemez oldukları ve ciddi bir suç oluşturdukları belirtilmektedir. Sanığın ağır biçimde cezalandırılacağı izlenimi uyandıran bu ifadelerle rağmen, davanın iki yıl hapis cezasıyla sonuçlandığı ve bu cezanın da ertelendiği görülmektedir⁽⁴⁶⁾.

Örneklerde ortaya çıkan bu durum, kültürel değerlerin, yazılı metinlerde yer almamış ve hatta açıkça aksi belirtilmiş olsa da, uygulama sürecinde dolaylı biçimde etkin olmasıyla açıklanabilir.

2.2. Amerikan Uygulamasında Durum

2.2.1. Kimura Davasının Sonucu

Kimura davasında mahkemeye Amerika'da yaşayan diğer Japonlar tarafından sunulan dilekçelerde, sanığın eyleminin ait olduğu kültür tarafından koşullandırı-

ıldığı belirtilmesine rağmen, yargıç bu gerekçenin yargılama sürecinde dikkate alınmasını kabul etmemiştir. Zira, ilgili ceza hukuku kuralları kültür temelli argümanların doğrudan savunma aracı olarak kullanılabileceğine ilişkin bir hüküm içermemektedir. Bunu bilen sanık avukatı da savunmasında bu iddiaya doğrudan yer vermemiş, ancak mahkemeyi eylemin kültürel kökeni konusunda bilgilendirmeyi ihmal etmemiştir. Savunmanın esası, sanığın eylem sırasında makul davranabilme yetisini geçici olarak yitirdiği konusuna odaklanmıştır. Sonuç olarak eylemde kasten insan öldürme suçunun ortaya çıkabilmesi için gerekli manevi unsurun oluşmadığı düşünülmüş, iddia ve savunma arasında sağlanan –ABD ceza muhakemesi sistemine özgü bir yol olan– uzlaşma (plea bargaining) yoluyla isnad edilen suçun niteliğinde değişiklik yapılmış ve sanık, cinayetten (murder) değil, çocukların kast olmaksızın ölümüne yol açmaktan (manslaughter) suçlu bulunmuştur. Birden çok kişinin öldürülmesiyle ilgili mevcut kurallar ölüm cezasını bile gündeme getirebilecek durumda iken, dava, Kimura'nın bir yıl hapis cezası alması, beş yıl süreyle gözetim altında tutulması ve psikiyatrik desteğe yönlendirilmesi kararıyla sonuçlanmıştır⁽⁴⁷⁾.

Karar gerekçesinde kültürel unsurların sonucu hafifletici rolüne değinilmediği gibi, yargılama sürecinde yer alan aktörler de mahkemenin pek ağır sayılmayan bu karara ulaşmasında kültür temelli argümanların hiçbir biçimde etkili olmadığı yönünde kesin görüş beyan etmişlerdir⁽⁴⁸⁾.

2.2.2. Yorumlar

Sonucu yorumlayan yazarlar ise aynı kanıda değildirler; onlara göre bu beyanlar gerçeği yansıtmamaktadır. Kararda kültürel faktörlerin dolaylı da olsa sonucu belirleyici bir rolünün bulunduğu inkar edilemez. Eylemde kasten öldürme suçunun manevi unsurunun bulunmadığı saptamasına ulaşıırken, kültürün eylemi koşullandığı gerçeği örtülü olarak hesaba katılmış durumdadır. Zira, eylemi hazırlayan ve eylem sırasındaki hareketler, sanığın bilerek ve isteyerek davranıldığı sonucuna ulaşmayı sağlayacak biçimde yorumlanmaya da pekala uygundur. Üstelik eylemi onaylayan bir kültürel altyapının varlığının bilinmesi, sanığın kendini bu kültüre ait hissediyor ve onun gereklerine uygun davranıyor oluşu, eylemin tasarlanarak gerçekleştirildiği sonucuna ulaşılmasını sağlayabilir. Bu durumda, kültürün meşrulaştırıcı ve zorlayıcı gücü bir yana bırakıldığında, kast unsuru gerçekleşmiş sayılabilir. Ancak eylemin kültür tarafından koşullandırıldığı düşünülürse, sanık öldürme eyleminin faili olmaktan çıkıp kültürel yapının mağduru olarak görülmeye başlar. Davada –resmen ortada olmayan– bu sonucun argüman, olayı yorumlamak ve kuralları uygulamak yetkisine sahip olanların zihinlerinin bir köşesinde bilinçli ya da bilinçsiz biçimde yer etmiştir ve sanığı mağdura dönüştüren bu algılama sayesinde mevcut bir yasal düzenleme (makul davranabilme yetisinin yitirilmesinin kastı ortadan kaldırdığına ilişkin hüküm) zorlama yoluyla genişletilerek sanığın lehine kullanılabilir hale getirilmiştir⁽⁴⁹⁾.

(42) Bryant, s. 10, 13.

(43) Bryant, s. 14.

(44) Kawanishi, s. 32, dn. 2; Matsumoto, s. 515, 516.

(45) Bryant, s. 15, 16.

(46) Matsumoto, s. 521, 522.

(47) Wu, s. 995; Bryant, s. 2; Renteln, s. 463; Matsumoto, s. 524.

(48) Wu, s. 996; Matsumoto, s. 526 dn. 89; Kim, s. 118.

(49) Wu, s. 996; Matsumoto, s. 526; Kim, s. 118; Goldstein, s. 148; Renteln, s. 463; Bryant, s. 2; Torry, s. 137.

Dolayısıyla, davada ortaya çıkan sonucun sanığın kültürel kökenine ilişkin değerlendirmelerden bağımsız olduğu söylenemez. Nitekim Japon kökenli olmayan bir Amerikan vatandaşı, *Kimura* olayına oldukça benzeyen eylemi nedeniyle ömür boyu hapis cezasıyla cezalandırılmıştır. İki olay, kültürel gerekçeler dışındaki (faillerin psikolojik durumları dahil) tüm yönleriyle birbirine benzerdir; aradaki tek ayırım, sanıkların içinde yetiştikleri kültürün aynı eylemi farklı değerlendiriyor oluşlarıdır. Bu farklılığın bir biçimde yargılama sürecine dahil olması, sanıklardan biri ömür boyu hapse gönderilirken, diğerinin çok hafif bir cezayla kurtulması gibi zıt sonuçlara ulaşılmasını sağlayabilmektedir⁽⁵⁰⁾.

Sonuç

Kültürün üreticisi konumunda bulunan insan, kaçınılmaz biçimde bağlı olduğu doğayı da bu üretim sürecinde kültüre dönüştürmekte ve olayları doğal haliyle sahip olmadıkları türlü anlamlarla donatmaktadır. Japon kültüründe rastlanan anne-çocuk intiharları, doğal bir olay olan ölümün simgesel anlamlarla yüklü kültürel bir kurum haline getirilmesinin tipik bir örneği olarak görülebilir. Söz konusu olaylar, bu yönüyle kültürel antropolojinin ilgi alanına girebilecek veriler sunmaktadır.

Her kültürün farklı anlam belirlemelerine ve değer yargılarına sahip oluşu, hiçbir kültürün diğerine göre doğal üstünlüğü savunulamayacağına göre, hukukun bu farklılıklar karşısındaki tavrını gündeme getiren bir sorun oluşturur. Esasen burada, bir yanda hukukun kültürden bağımsız olamaması ile diğer yanda onu dönüştürücü gücü arasında ortaya çıkan bir gerilim söz konusudur.

Özellikle çokkültürlü toplum gerçekliğiyle birlikte daha da gözle görülür hale gelen bu gerilimin bir yönü, kültür temelli argümanların ceza hukuku uygulamasındaki yeri ile ilgilidir. Bunların yargılama sürecinde savunma aracı olarak dikkate alınmasının onaylanması ya da reddedilmesi ayrı bir teorik tartışma konusudur. Nitekim, adaletin bireyselleştirilmesi, kültürel çoğulculuk gibi ilkelerden hareketle bu uygulamanın gerekliliğini savunanlar olduğu gibi, kamu düzeni, ortak değerler gibi temellerden yola çıkarak buna karşı çıkan yazarlar da vardır⁽⁵¹⁾. Söz konusu tartışma başka bir incelemenin konusu olabilir; bu çalışma çerçevesinde ön plana çıkarılmaya çalışılan husus ise, gerek Japon gerek Amerikan örneklerinde görüldüğü üzere, kültürün pratikte hukuka yansımalarıdır. Kuşkusuz bu yansıma ile kastedilen, hukuk kurallarının içeriğinin bilinçli biçimde kültürel değerlere uygun olarak düzenlenişi değil, ilgili kurallarda yer almayan ve hatta açıkça reddedilen bazı kültür temelli değerlerin, hukuk uygulayıcılarının yorumları yoluyla, dolaylı ve kimi zaman bilinçsiz biçimde, uygulama sürecine dahil oluşlarıdır. Bizde töre cinayeti faillerinin uzun süre haksız tahrik indiriminden yararlandırılmış olmaları da bununla ilintili olarak düşünülebilir. Bu saptama, ilgili hukuk metinlerinde yer alan genel kavramsal çerçevenin içeriğinin belirlenmesinde, hukuk uygulayıcısının yorumunun ve bu yoruma eşlik eden, bazen örtük de olabilen değerlendirmelerin önemini ortaya çıkarmaktadır. Sonuç olarak, uygulayıcının tavrının, hukuk – kültür geriliminde kültürün üstünlüğüne yol açabildiği yönünde farklı ülkelerde ortaya çıkan gözlem, konunun evrenselliğine işaret etmektedir.

KAYNAKÇA

- Berger D., "On the Practice of Medicine and on the Culture and Customs in Japan: An Impression of an American Medical Student", *Tokai Journal of Experimental & Clinical Medicine*, C. 10, S. 6, 1985. (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Tokai1.html>)
- Berger D., Ono Y., Kumano H., Suematsu H., "The Japanese Concept of Interdependency", *American Journal of Psychiatry*, C. 151, S. 4, 1994.
- Borovoy A. B., "The Japanese Self in Cultural Logic", Book Review, *Anthropological Quarterly*, C. 78, S. 4, 2005.
- Bryant T. L., "Oya-ko Shinju: Death at the Center of the Heart", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, C. 8, 1990.
- Chiu D. C., "The Cultural Defense: Beyond Exclusion, Assimilation, and Guilty Liberalism", *California Law Review*, C. 82, 1994.
- Cleary T., *Konfüyüs Düşüncesinin Temelleri*, çev: S. Özbudun, İstanbul, 1997.
- Coleman D. L., "Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberal's Dilemma", *Columbia Law Review*, C. 96, S. 5, 1996.
- Curtin J. S., "Suicide also rises in land of rising sun", *Asia Times*, 28.06.2004, (<http://www.atimes.com/atimes/Japan/FG28Dh01.html>)
- Durkheim E., *Sosyolojik Metodun Kuralları*, çev: E. Aytekin, İstanbul, 1994.
- Durkheim E., *İntihar*, çev: Ö. Ozankaya, İstanbul, 2002.
- Goldstein T. F., "Cultural Conflicts in Court: Should the American Criminal Justice System Formally Recognize A "Cultural Defense"?", *Dickinson Law Review*, C. 99, 1994-1995.
- Kant I., *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*, çev: I. Kuçuradi, Türkiye Felsefe Kurumu Yayını, Ankara, 1995.
- Kawanishi Y., "Japanese Mother-Child Suicide: The Psychological and Sociological Implications of the Kimura Case", *UCLA Pac. Basin Law Journal*, C. 8, 1990.
- Kim N. S., "The Cultural Defense and the Problem of Cultural Preemption: A Framework for Analysis", *New Mexico Law Review*, C. 27, 1997.
- Lyman J. C., "Cultural Defense: Viable Doctrine or Wishful Thinking?", *Criminal Justice Journal*, C. 9, 1986.
- Matsumoto A., "A Place for Consideration of Culture in the American Criminal Justice System: Japanese Law and the Kimura Case", *Journal of International Law and Practice*, C. 4, 1995.
- Note: "The Cultural Defense in The Criminal Law", *Harvard Law Review*, C. 99, 1985-1986.
- Renteln A. D., "A Justification of the Cultural Defense As Partial Excuse", *South California Review of Law & Women's Studies*, C. 2, 1992-1993.
- Sheybani M., "Cultural Defense: One Person's Culture Is Another's Crime", *Loy. L.A. International and Comparative Law Journal*, C. 9, 1986-1987.
- Shiang J., Blinn R., Bongar B., et al.; "Suicide in San Francisco, CA: A Comparison of Caucasian and Asian Groups, 1987-1994", *Suicide & Life - Threatening Behavior*, C. 27, S. 1, 1997.
- Takahashi Y., "Culture and Suicide: From a Japanese Psychiatrist's Perspective", *Suicide & Life - Threatening Behavior*, Vol. 27, N. 1, 1997.
- Takahashi Y., Berger D., "Cultural Dynamics and the Unconscious in Suicide in Japan", A. Leenaars, D. Lester (ed.), *Suicide and the Unconscious*, Northvale, 1996. (<http://www.japanpsychiatrist.com/Abstracts/Shinju.html>)
- Torry W. L., "Multicultural Jurisprudence and the Culture Defense", *Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law*, C. 44, 1999.
- Woo, "Cultural 'Anomalies' and Cultural Defenses: Towards an Integrated Theory of Homicide and Suicide", *International Journal of the Sociology of Law*, C. 32, 2004.
- Wu M. W. C., "Culture is No Defense for Infanticide", *Journal of Gender, Social Policy & The Law*, C. 11, S. 2, 2003.
- Young J., "Morals, Suicide and Psychiatry: A View from Japan", *Bioethics*, C. 6, S. 5, 2002.
- http://www.who.int/mental_health/prevention/suicide/suicideprevent/en/
- <http://www.csmonitor.com/2005/0719/p01s04-woap.html>

(50) Coleman, s. 1142, 1143.

(51) Wu, s. 984 vd.; Note, s. 1298 vd.; Chiu, s. 1097 vd.

Genetik Testler ve Etik Sorunlar Üzerine

Saim ÜYE*

Giriş

Bilimsel ve teknolojik gelişimin insan hayatı üzerindeki etkisi, herhalde, tarihin hiçbir döneminde, içinde yaşadığımız çağ kadar güçlü olmamıştır. Geçtiğimiz yüzyıla damgasını vuran ve halen gelişimini sürdürmekte olan iletişim teknolojisinin yanına, 21. yüzyılda genetik teknolojisi de katılmakta ve önemini en az onun kadar güçlü biçimde hissettirmektedir. Genetik bilimi alanında yaşanan hızlı gelişmelerin, bu alanda çalışanlar tarafından bir "devrim" olarak nitelendirilmesi bu önemin bir sonucudur¹. Canlılığın yapıtaşını oluşturan DNA'daki genetik şifrelerin çözülmesi sayesinde, kimyasal olarak kodlanmış yaşam kuralları giderek daha anlaşılabilir hale gelmektedir. Bu bilgiler, ortaya çıkmasını teşvik ettikleri yeni teknolojiler yoluyla, hastalıkların tedavisine ve insan sağlığını korumaya yönelik çok önemli açılımlar getirmektedir. Ancak, genel olarak teknolojik gelişimin insan hayatına etkisinin her zaman olumlu ve sorunsuz yönünde gerçekleşeceğini söylemek aşırı bir iyimserlik olur; zira tarih, bilimsel araştırma bulgularının her zaman in-

sanların lehine işlemediği yönünde veriler de içermektedir. Atom fiziği bunun tipik bir örneği olarak görülebilir. Genetik bilimi alanında yaşanan gelişmeler de, bu temelde bazı kaygıların ortaya çıkmasına neden olmaktadır. Bu bağlamda ortaya çıkan temel sorun, üretilen genetik bilginin ve bu bilgiyi kullanan genetik teknolojinin, sağlığı koruma ve tedavi maksatlarının ötesinde, insanların -maddi ya da manevi türden- zararına yol açabilecek yönler gözardı edilerek ve hatta kimi zaman kötü niyetli biçimde kullanılabilme olasılığı olarak kendini göstermektedir.

Tıbbi genetik alanına ilişkin olarak çok boyutlu ve çok kapsamlı biçimde incelenilecek türlü konular dizisiyle karşılaşmak mümkündür. Bu çerçevede, kök hücre araştırmalarında kullanılan tekniklerden, kök hücre nakillerinden, biyoteknolojinin tarımsal üretim gibi alanlarda kullanımından, genetik olarak değiştirilmiş besin maddelerinden ya da klonlama çalışmalarından söz edilebilir. Bunlar arasında "genetik testler" in de oldukça önemli bir yer işgal etmekte olduğu tartışılmazdır. Bu tür testlerin hukuksal muhakeme süre-

cinde ispat aracı olarak kullanımı, örneğin ceza hukuku alanında suçluluğun saptanmasında ya da medeni hukuk alanında üstsoy ve altsoy hısımlığının tayininde kullanılması da bu bağlamda incelenilecek başka konulardır. Bu çalışmada ise, sözü geçen hukuksal sürecin ötesinde, kişilerin kendi rızalarıyla, ya da çocuklar söz konusuysa bunlar üzerinde velayet hakkına sahip olanların rızalarıyla yapılabilen genetik testler ve bunların sonuçlarının kullanımına ilişkin bulunan temel bazı etik sorunlar konusunda kısaca bilgi sunmak amaçlanmıştır.

1. Genetik Testler ve Genetik Tarama

1.1. Genetik Testler

A. Prenatal (Doğum Öncesi) Testler

Genetik teknolojinin önemli bir kullanım alanı, prenatal (doğum öncesi) testlerdir. Çocuk sahibi olmak isteyen çiftler, sağlıklı bir çocuğun doğumunu garanti altına almak üzere bir takım teknik uygulamalara başvurmak isteyebilmektedirler. Bu genellikle, çocuğun bir hastalığa veya genetik bir kusura sahip olup olmadığını saptamak üzere doğum öncesi teşhiste bulunulmasına ya da bu tür hastalıkların çocukta ortaya çıkmasını önlemek üzere bazı yardımcı üreme tekniklerinin kullanılmasına yönelik talepler şeklinde ortaya çıkabilmektedir. Çocuğun bir sağlık sorununa sahip olarak, örneğin en-

gelli doğacağının anlaşılması halinde, çiftler gebeliğe son verilmesini isteyebilmektedirler. Diğer yandan ana-babalar genetik test sonuçlarını kendi aile planlamalarını gerçekleştirmek üzere de kullanabilirler. Ailelerindeki çocukların cinsiyetleri arasında denge oluşturabilmek için ya da çeşitli sosyal ve ekonomik nedenlerle, belirli bir cinsiyette çocuk sahibi olmamayı sağlamak için yardımcı üreme tekniklerine başvurabilirler².

B. Yetişkinlere Yönelik Testler

Bazı hastalıklar ancak yaşamın ileri aşamalarında ortaya çıkabilmekte ve genetik testler bu tür hastalıkların önceden tanısına olanak sağlamaktadır. Bu durumda testi yaptıran kişi, belirli bir hastalığa ilerleyen yaşlarında yakalanacağını ya da yakalanma olasılığı taşıdığını, hastalığın ortaya çıkışından çok önce öğrenebilme olanağına sahip olmaktadır. Bu yolla, kişinin, kendisi halen hasta olmamakla birlikte, belli hastalıklar için "taşıyıcılık" özelliğine sahip olup olmadığı, dolayısıyla hastalığın gelecek kuşaklara yansıyıp yansımayacağı da saptanabilir³.

C. Çocuklara Yönelik Testler

Ana-babalar çeşitli nedenlerle çocukları üzerinde genetik test yapılmasını isteyebilmektedirler. Bunu yetişkinlere yönelik testlerden farklı kılan husus, çocuklar küçük olduğu için, talebin teste tabi olacak kişiden değil, ana-babadan geliyor olmasıdır. Burada halihazırda herhangi bir hastalık belirtisi göstermeyen, dolayısıyla sağlıklı ço-

(*) Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

(1) R. L. Nussbaum, R. R. McInnes, F. H. Willard, *Genetics in Medicine*, 6th edition, W. B. Saunders Company, Philadelphia, 2001, s. 397; W. S. Klug, M. R. Cummings, *Genetik Kavramlar*, çev: C. Öner, Palme Yayıncılık, Ankara, 2002, s. 12, 13.

(2) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 393, 394; Klug, Cummings, s. 582; D. K. Casey, "Genes, Dreams and Reality, The Promises and Risks of the New Genetics", *Judicature*, C. 83, S. 3, 1999, s. 106; Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), "Genetik Araştırma ve Uygulamada Etik", s. 6, 7. (http://www.tuba.gov.tr/files_tr/haberler/etik.pdf)

(3) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394; Klug, Cummings, s. 585; Casey, s. 108, 110; TÜBA, s. 7.

cuklar üzerinde yapılan testler söz konusudur. Bu testler yoluyla, çocukların belli hastalıklara yönelik genetik eğilim gösterip göstermedikleri ya da taşıyıcı olup olmadıkları saptanabilir. Ana-babalardan gelen bu talep, gelecekte ciddi bir hastalığa yakalanma olasılığı konusunda çocukları bilgilendirme ve onları bu duruma hazırlama endişesinden kaynaklanmaktadır⁴.

1.2. Genetik Tarama

Genetik tarama, genetik testlerin kişi düzeyinde değil, toplum düzeyinde yapılmasını ifade eder. Bu yolla, araştırmanın hedefi olan kitle içerisinde belli bir hastalıkla ya da hastalık eğilimiyle bağlantılı olduğu bilinen özellikleri taşıyan kişilerin saptanması veya bu özelliklerin toplumdaki yaygınlığının belirlenmesi amaçlanır. Genetik teknolojinin bu alanı, yeni tarama tekniklerinin gelişmesine koşut olarak, kamu sağlığına yönelik projeler bağlamında giderek daha büyük bir önem kazanmaya başlamaktadır. Bu tür taramalar prenatal döneme ilişkin olarak yapılabileceği gibi, hedef kitle yeni doğanlar, çocuklar ya da yetişkinler de olabilir⁵.

2. Etik Sorunlar

2.1. Genetik Testlerle İlgili Olarak

A. Prenatal Testler

Doğum öncesi döneme ilişkin olarak yapılan testlerde temel sorun, ceninde genetik bir bozukluk saptanması-

na rağmen, bunun tedavi kabul etmeyen, ölümcül bir hastalığa yol açacak nitelikte olmaması durumunda bile, gebeliğin sona erdirilmesi kararına ulaşılması durumunda ortaya çıkmaktadır⁶. Engellilik, zihinsel gerilik gibi bazı durumlarda, prenatal teşhisin ve kürtajın meşru olup olmadığı tartışmalı bir konudur. Örneğin, bebeğin ölümcül olmamakla birlikte belli bir engellilik durumuyla doğacağı anlaşıldığında, ana-babanın gebeliğe son verilmesi yönündeki talebi meşru kabul edilebilir mi? Ana-babanın çocuk sahibi olma ya da olmama yönündeki karara ulaşmadaki özgürlükleri mi, yoksa engeline rağmen hayatta kalabilecek olan çocuğun yaşam hakkı mı daha değerlidir? Burada bir etik ikilem söz konusudur. Bazı özel durumlarda, çocuğun belli bir genetik kusurla doğmasının da istenebileceği belirtilmektedir. Örneğin, işitme engelli ana-baba, aile ortamında yaşanacak uyumu düşünerek, çocuğun da işitme engelli doğmasını isteyebilir⁷. Bu kabul edilebilir bir talep midir?

Daha uç bir sorun ise, ortada hastalık ya da engellilik gibi bir risk olmasına rağmen çiftlerin benzer bir talepte bulunmaları durumunda ortaya çıkar. Prenatal teşhis isteme amacı, bebeğin doğduktan sonra sahip olacağı estetik görünümle ilgili bazı özelliklerinin ya da cinsiyetinin belirlenmesi maksatlarını da içerebilir. Hastalık riski dışında bu tür özelliklerin saptanması ve beğenilmeyen bir durumun belirlenmesi halinde müdahale istenmesi

meşru mudur? Gelecekte, zeka, kişilik, boy, ya da diğer fiziksel nitelikler gibi karmaşık özelliklere etkide bulunan belirli genlerin büyük olasılıkla saptanacağı belirtilmektedir. Bu tür tıbbi olmayan ölçütler prenatal teşhis için meşru bir temel olarak görülebilir mi? Bir taraftan, ana-babaların sağlıklı ve başarılı çocuklara sahip olabilmek için genetik faktörlerle ilgilenmek istemeleri normal bulunabilir. Ama diğer taraftan, istenen genlerin doğum öncesi seçimi, çocukları ana-babalarının çıkarları doğrultusunda "tasarlanmış" birer "meta"ya dönüştürme tehlikesiyle karşı karşıya bırakmamakta mıdır⁸? Ana-babanın çocuk sahibi olma kararındaki özgürlükleri, estetik bir konu ya da istenmeyen cinsiyet nedeniyle ceninin alınmasının haklılığını sağlar mı? Sağlık bakımından sorun oluşturmeyen bu tür konulardaki "ciddiyet" ya da "beğeni" ölçütünü subjektiflikten kurtaracak bir ölçüt bulunabilir mi? Buna kim tarafından ve nasıl karar verilecektir? Bu tür ikilemlerle bağlantılı olarak, sağlık personelinin müdahale önerme bakımından hakları ya da sorumlulukları da ayrı bir tartışma konusu olarak ortaya çıkmaktadır.

B. Yetişkinlere Yönelik Testler

Hayatın ileri aşamalarında ortaya çıkacak ya da çıkabilecek bir kısım hastalıkların genetik testler yoluyla çok önceden saptanabilmesi, bazı etik sorunların doğumuna yol açmaktadır. Kişiye belli bir hastalığa yönelik genetik eğilim taşımakta olduğu, örneğin yaşı ilerledikçe büyük olasılıkla kansere yakalanacağı bilgisinin veril-

mesi onun yararına mı, yoksa zararına mıdır? Risk altında olduğunu bilen bireyin, daha özenli yaşamayı seçmesi, kendisini tıbbi kontrol altında tutması ya da önleyici müdahalelere başvurabilmesi anlamında, bu bilginin onun yararına olduğu söylenebilir. Alınacak tedbirler hastalığın ortaya çıkışını önleyecekse, bu bilginin yararlı olacağı açıktır. Ancak, alınacak tedbirlerin riski tamamen ortadan kaldırmaya yaramadığının, sadece hastalığa yakalanma olasılığını azalttığı bilineni durumunda, sürekli kaygı içinde yaşamının bireyde yaratacağı psikolojik tahribat küçümsenecek bir olgu değildir. Diğer yandan, kişinin sosyal çevresinde potansiyel hasta damgasıyla yaşamak zorunda kalmasıyla karşılaşacağı sosyal sorunlar da bu noktada önem kazanmaktadır⁹.

Peki, bireyin tedavisi henüz bulunmamış olan ya da tedavi ihtimalinin çok düşük olduğu bilinen bir hastalığa ilerleyen yaşlarda yakalanacağı bu testler yoluyla kesin olarak saptandığında, birey bu konuda bilgilendirilmeli midir? Sorun, burada daha da çetrefilşmektedir. Çünkü bu durumda riski azaltmak üzere alınacak önlemler de söz konusu olmamakta ve kişi hastalığa yakalanacağı günü bekleyerek hayatını sürdürmek zorunda kalmaktadır. Hastalığa ilişkin belirtileri göstermeyen, ancak genetik test sonucu risk altında olduğu anlaşılan bazı bireylerin, bu durumlarını öğrendikten sonra psikolojik travma yaşadıkları, hatta bunun ciddi depresyona ve intihara yol açabileceği belirtilmektedir¹⁰. Kişinin, özelliği

(4) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394, 395; TÜBA, s. 5.

(5) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 391-393; Klug, Cummings, s. 584, 585; TÜBA, s. 7.

(6) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394; M. J. Mehlman, "The Human Genome Project and the Courts, Gene Therapy and Beyond", *Judicature*, C. 83, S. 3, 1999, s. 129.

(7) TÜBA, s. 6.

(8) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394; TÜBA, s. 6.

(9) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394; Klug, Cummings, s. 586; TÜBA, s. 2.

(10) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 241.

ya da sonucu ne olursa olsun, taşımakta olduğu genetik bilgiye sahip olması bir "hak" olarak kabul edilebilir mi? Yoksa, kişinin yararına sonuçlar doğurmak yerine onun hayat kalitesini ciddi biçimde düşürecek olan bu bilginin, kişiye sunulmaması mı gerekir? Kısaca, burada "bilme hakkı"ndan çok "bilineme hakkı"ndan söz etmek mi daha anlamlıdır?

C. Çocuklara Yönelik Testler

Ana-babaların talebi üzerine sağlıklı çocuklar üzerinde yapılacak genetik testler söz konusu olduğunda da benzer kaygılar gündeme gelmektedir. İleri yaşlarda ortaya çıkabilecek hastalıklara ilişkin genetik testlerle ilgili olarak yukarıda sözü edilen sorunlar, bu testlerin çocuklara yapılması durumunda, onlar için de geçerlidir. Çocukların bu bilgiye ulaşması, ortaya çıkacak psikolojik sıkıntının yetişkinlere kıyasla çocuklarda daha yoğun olabileceği de hesaba katıldığında, ne ölçüde etik sayılabilir?¹¹ Buna ilaveten, burada talep ana-babadan geldiği için, çocuğun tüm hayatını ilgilendirecek bir konuda kendi kararını kendisinin vermesi gereği ile ana-babanın bu tür bilgiye ulaşma istekleri arasında bir ihtilaf ortaya çıkmaktadır¹².

Bir başka husus, çocukların hastalık taşıyıcısı durumunda olup olmadıklarının saptanmasına ilişkin testlerle ilgili bulunmaktadır. Burada taşıyıcılık durumu çocukların kendi sağlığına yönelik bir tehdit içermemekte, fakat bu kez

onların sahip olacakları çocukların hastalığa yakalanma riski gündeme gelmektedir. Bu noktada da, bir yanda çocukların yetişkinliğe ulaşmaları sonrasında kendi çoğalmalarıyla ilgili kararları verebilme özgürlükleri, diğer yanda iyi niyetli ana-babaların çocuklarını, onları bekleyen riskler ve bazı zor kararlar konusunda eğitmek yönündeki istekleri arasında bir çatışma vardır¹³. Ana-babaların, kendi çocuklarından sonraki kuşakları da etkileyecek bu tür müdahaleleri ve telkinleri kabul edilebilir mi?

2.2. Genetik Tarama İle İlgili Olarak

Genetik tarama çok fazla sayıda insan üzerinde yapıldığı için, tek kişi üzerinde yapılan genetik testlere kıyasla daha büyük tehlikeler içermektedir. Bunun temel nedeni, teste tabi olacak tüm kişilerin en üst düzeyde bilgiye sahip kılınmalarının ve bu bilgiye dayalı olarak rızalarının elde edilmesinin mümkün olmayabilmesidir. Hatta aleni ya da zimni bir zorlama bile söz konusu olabilir. Örneğin evlenecek tüm çiftlere genetik test yaptırmaya zorunluluğu getirilmesi bu türden bir zorlama sayılabilir. Diğer taraftan, araştırmanın yaygınlığı ölçüsünde, bireylerin zararlı genleri hakkında bilgi sahibi olmamaktaki menfaatleri tehlikeye girebilir¹⁴.

Genetik materyalle ilgili veri bankaları, mülkiyet, erişim, güvenilirlik ve mahremiyet gibi önemli konularla ilgili sorunlar ortaya çıkarmaktadır¹⁵. Al-

nan örneklerle ya da oluşturulan verilere yetkisiz kişilerin ulaşım imkanı gizlilik kaygılarını gündeme getirir. Örneklere ve verilere kim ulaşabilecektir? DNA gibi örneklerin taramaya neden olarak gösterilen amaçtan başka amaçlar için ya da taramaya katılan kişilerin rıza gösterdikleri sınırlar dışında kullanılmayacağından nasıl emin olunabilir?¹⁶ Bu örneklerin, onları sözgelimi biyolojik silah üretimi alanındaki deneylerde kullanmak isteyen savaş sanayinin eline geçmesi nasıl önlenecektir?¹⁷

2.3. Ayrımcılık

Kişilere ait genetik bilgilerin ayrımcılığa yönelik maksatlarla kullanılması mümkündür. Buradaki temel kaygı, genetik bilginin istihdam, sigortacılık ya da eğitim gibi alanlardaki kullanımıyla ilgili bulunmaktadır¹⁸. Genetik bilgiler işverenler, sigorta şirketleri ya da okul yöneticileri tarafından ulaşılabilir olmalı mıdır? Yanlarında çalışacakları kişilerin sağlıklı ve güvenilir olmalarını isteyen işverenler, elemanlarını seçerken bunların genetik bilgilerini elde edebilmek üzere genetik test isteyebilirler mi?¹⁹ İşe alma tercihlerini, belli bir hastalığa yakalanma riskini genetik olarak taşıyan kişileri reddetmek yönünde kullanabilirler mi? Hayat sigortası ya da sağlık sigortası işiyle

uğraşan şirketlerin, sigorta edecekleri bireyin ilgili tüm genetik bilgilerine ulaşabilme istekleri uygun karşılanabilir mi?²⁰ Bu bilgi, sigorta edilen kişiden sonraki kuşakları da ilgilendiren bir bilgi olmayacak mıdır? Başarılı mezunlar vermek isteyen özel okul yöneticileri, okula kabul edecekleri ya da burs sağlayacakları öğrenci adaylarından genetik test talebinde bulunabilirler mi?

Bir hastalığa yönelik genetik eğilim taşıdığı saptanan kişilerin, bunda hiçbir biçimde kendi kusurlarından söz edilememesine rağmen, hastalıkla damgalandıkları ve ayrımcılığa tabi tutulmaları etik bir tavır olarak görülebilir mi?²¹ Şirketlerin ekonomik menfaatleri bu bağlamda korunmaya layık en üst düzeyde değeri mi temsil etmektedir? Serbest piyasa koşulları, bu kişileri eşit yaşam olanaklarıyla donatacak kurumların ortaya çıkışını sağlayabilir mi? Daha genel olarak, etik değerlerin korunmasını da serbest piyasaya mı bırakmamız gerekir?

3. Çatışan İlkeler

Literatürde tıp ve etik sorunlar konusunda genellikle üç temel ilkeden bahsedildiği görülmektedir. Bunlar; Yararlılık, Bireysel Özerkliğe Saygı ve Adalet ilkeleridir. "Yararlılık İlkesi", yapılan işlemin bireyin yararını gözet-

(11) TÜBA, s. 5.

(12) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394, 395; Mehlman, s. 127, 128.

(13) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 395.

(14) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 395.

(15) Casey, s. 106.

(16) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 395.

(17) European Molecular Biology Organization Report, C. 4, Ek 1, June 2003, s. 57-60.

(18) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 395, 396; Casey, s. 106, 111; P. R. Billings et al., "Discrimination as a Consequence of Genetic Testing", American Journal of Human Genetics, C. 50, 1992, s. 476-482.

(19) M. A. Rothstein, "The Impact of Behavioral Genetics on the Law and the Courts", Judicature, C. 83, 5.3, 1999, s. 122.

(20) K. K. Steinberg, "Risks Associated with Genetic Testing: Health Insurance Discrimination or Simply Business as Usual?", s. 3. (<http://www.cdc.gov/genomics/population/file/print/insurance.pdf>)

(21) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 395; Klug, Cummings, s. 586.

mesi gereğini ifade ederken, "Bireysel Özerkliğe Saygı İlkesi" bireyin kendisiyle ilgili kararları özgürce verebilmesine, ilgili tıbbi süreç hakkında her aşamada bilgi sahibi olabilmesine, bu süreci kontrol edebilme olanağının korunmasına ve bununla bağlantılı olarak her tür baskı ve zorlamadan uzak tutulmasının sağlanmasına işaret eder. "Adalet İlkesi" ile kastedilen ise, özetle, tüm bireylere eşitlik ve hakkaniyet ölçüleri içerisinde davranılması gereğidir²².

Yukarda genetik testlerle ilgili olarak belirtilen etik sorunlarda, bu ilkelere kendi içinde ya da birbiriyle çatışma haline sokan hususlar görülebilir. Örneğin prenatal testlerde, ana-babanın engelli doğacağı anlaşılan ceninin alınmasına ilişkin karar yetkisi ile sonucun çocuğun yararına olup olmaması anlamında ikinci ilke ile birinci ilke birbiriyle çatışır hale gelir. Hayatın ileri aşamalarında ortaya çıkabilecek hastalıkların tanısına ilişkin testler bağlamında da bu iki ilke önem kazanmaktadır. Kişinin tedavisi olmayan bir hastalığa yakalanacağı yönündeki bilgi bağlamında, bilmenin mi yoksa bilmemenin mi "yararlı" olduğu meselesi, birinci ilkeyi kendi içinde bir tartışmaya götürür. Benzer bir durum, bir annenin, taşımakta olduğu cenin üzerinde genetik test istemesi durumunda, ulaşılabilecek sonuç babaya dair genetik bilgileri de içereceğine göre, çocuğun menfaati ile babanın menfaati arasında doğacak çatışmada da görülür²³. Sonuçta depresyona vücut verecek bir bilgiye kişinin

ulaşmak istemesinde, kişinin özerkliği ile sonucun yararlılığı çarpışır. Adalet ilkesi, bir yandan her bireyin tıbbi genetik alanında sağlanan ilerlemelerden eşit biçimde yararlanabilmesi gereğini ön plana çıkarırken, diğer yandan, bilgilerin ayrımcılık yaratacak biçimde kullanılmasını engellemek ister²⁴.

Etik ikilemler konusunda genel bir uzlaşa henüz sağlanamamış olmakla birlikte, bazı temel konularda yaygın görüşlerin varlığından söz edilebilir. Bunlara örnek olarak, her durumda kişilerin, genetik test süreci ve test sonucunda ortaya çıkabilecek sorunlarla ilgili ayrıntılı bilgiye sahip olarak karar vermelerinin sağlanması gerektiği yönündeki görüş ile çocuklara yönelik testlerin, açık zorunluluk olmadığı sürece, çocukların kendi kararlarını verebilecek olgunluğa ulaşmalarına kadar ertelenmesi gerektiği yönündeki görüş gösterilebilir²⁵.

Sonuç

Genetik testlerle ilgili etik sorunlar tartışma konusu olmayı sürdürmektedir. Bu temelde kapsamlı ve işlevsel çözümlere tam olarak ulaşılabildiği henüz söylenemez. Yapılması gereken, belirtilen ilkelerin en az birini temel alarak meşruiyet iddiasında bulunan farklı ve çelişen talepler arasında bir denge kurabilmektir; fakat süren tartışmalar bunun çok kolay bir iş olmadığını göstermektedir. İlgili hukuksal çerçevenin oluşturulması için gösterilen çaba ise, gerek ulusal gerek uluslararası

si düzeyde, etik sorunlarla ilgili tartışma ile yakından bağlantılı olarak ve yavaş biçimde yürümektedir. Teknolojik gelişimin hızı, bir yandan mevcut sorunlara işlevsel çözümler üretilmesi için çalışılırken, diğer yandan ortaya çıkması muhtemel sorunlar üzerine de düşünmeyi gerektirecek biçimde giderek artmaktadır.

Kaynaklar

- Billings P. R. et.al., "Discrimination as a Consequence of Genetic Testing", *American Journal of Human Genetics*, C. 50, 1992.
- Casey D. K., "Genes, Dreams and Reality, The Promises and Risks of the New Genetics", *Judicature*, C. 83, S. 3, 1999.
- European Molecular Biology Organization Report, C. 4, Ek 1, June 2003.
- Klug W. S., Cummings M. R., *Genetik Kavramlar*, çev: C. Öner, Palme Yayıncılık, Ankara, 2002.
- Mehlman M. J., "The Human Genome Project and the Courts, Gene Therapy and Beyond", *Judicature*, C. 83, S. 3, 1999.
- Nussbaum R. L., McInnes R. R., Willard F. H., *Genetics in Medicine*, 6th edition, W. B. Saunders Company, Philadelphia, 2001.
- Rothstein M. A., "The Impact of Behavioral Genetics on the Law and the Courts", *Judicature*, C. 83, S.3, 1999.
- Steinberg K. K., "Risks Associated with Genetic Testing: Health Insurance Discrimination or Simply Business as Usual?", (<http://www.cdc.gov/genomics/population/file/print/insurance.pdf>)
- Türkiye Bilimler Akademisi (TÜBA), "Genetik Araştırma ve Uygulamada Etik", (http://www.tuba.gov.tr/files_tr/haberler/etik.pdf)

(22) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 393.

(23) TÜBA, s. 5.

(24) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394, 395; TÜBA, s. 2.

(25) Nussbaum, McInnes, Willard, s. 394, 395; TÜBA, s. 2, 5.

Marx'sız Bir Gelecek Neden Düşünülemez?

Eylem ÜMIT

"Marx'sız bir gelecek neden düşünülemez" sorusunu Jacques Derrida, "Marx'ın Hayaletleri Borç Durumu, Yas Çalışması ve Yeni Enternasyonal" başlıklı kitabında yanıtlar. Bu makalede Derrida'nın, Marx'sız bir geleceği düşünmenin neden mümkün olmadığına ilişkin argümanını ortaya konacaktır.

"Time is Out of Joint" Çivisi

Çıkmış Zamanlar: Kriz Dönemleri

Derrida'nın, bu incelemeye konu olan "Marx'ın Hayaletleri" başlıklı eserinin temelinde "Marksizm Nereye Gidiyor?" konulu kolokyumda verdiği konferans yatmaktadır.¹ Derrida eserine "Çivisi Çıkmış Bir Zaman Bu" cümlesi ile başlar. Shakespeare'in Hamlet oyunundan aldığı bu cümle kitabın ilerleyen bölümlerinde bir tür çılgına dönüşecek ve tekrar tekrar karşımıza çıkacaktır.

"Çivisi çıkmış zamanlar"... Derrida'yı harekete geçiren şeyin bu cümlemin ifade ettiği olgusal gerçeklik olduğunu söylemek yanlış olmaz. Derrida ve Shakespeare'in yollarını kesiştiren bu cümle bir tür betimlemeden çok

başka, çok daha fazla bir şeydir. Yaşanan çağa dair bir tespittir. Dünyanın ve yaşamın gidişatına dair gerçekçi bir bakıştır. "Zamanın çivisi çıktı" der Derrida.² Ayarı bozulmuş, adaletsiz zamanlardan geçmektedir dünya bir kez daha. Dünya dönmekte ve döndükçe yaşlanmaktadır. Yaşının büyümesi, dünya için kötülüğün ta kendisidir. Derrida Shakespeare'in bu kez bir başka oyununa gönderme yapmaktadır. "Atinalı Timon"da ozan ressamı sorar "Nasıl gidiyor dünya?" Ressam: yıpranıyor bayım yaşı büyüdükçe, diye yanıtlar. Bu yıpranma bir gelişim sürecinin doğal sonucu veya büyüme bunalımı değildir.³

Derrida'ya tüm kitap boyunca Shakespeare eşlik etmektedir. Blanchot ve Stirner'in eşlik ettiği gibi. Çünkü Derrida Marx'ı birden çok gözle okumak niyetindedir. Böylelikle Derrida, Marx'ı Shakespeare ve Stirner üzerinden okuyarak çivisi çıkmış zamanları, zamana aykırılığı, oluşu açıklamaya yetersiz kalan bulunuş felsefesini, yeni gelenle yerinden edileni yani sonuçta zamanın hayal(et)leşmesini ve ha-

Eylem Ümit

yal(et)leşmiş bir zamanda Marx'ın hayaletlerinden birinin ne tür bir fonksiyonu olabileceğini ortaya koyabilecektir. Üstelik bunu Marx öldü diyenlerin retoriklerini çürüterek yapacaktır.⁴

Zamanın çivisi çıkmıştır; menteşeleri parçalanmış, zıvanadan çıkmıştır. Bu çılgın zamanlarda her şey hayaletleşmiştir.⁵ Her şey "çoğul ve aynı anda"⁶ ne canlı ne de ölü, ne burada ne de değil olarak var olmaktadır. Derrida'ya göre hayaletimsi varoluş diye bir şey vardır ve Batı kültürünü yaratan klasik felsefenin (philosophy of presence) dayandığı tam bulunuş (full-presence) bir aldatmacadır.⁷ Hayaletsi zamanlar demektir Derrida, bu zamanların hayaletsi yönünü vurgulamak için. Böyle zamanlarda içi boşalmış kavramlar ve görüntüsünden çok başka olan içerikler anlam dünyasına hükmetmektedir. Hiçbir şey görüldüğü gibi değildir ve bu yüzden işler yolunda gitmemektedir. Para, hayaletimsi varoluşa verilebilecek örneklerden sadece biridir. Kim paranın varoluşunun bir tam-bulunuş olduğunu iddia edebilir ki? "İster altın ister gümüş olsun" ya da sadece bir kağıt... Artık para, duyularımızca fark ettiğimiz varlığından başkaca bir varlığa sahiptir. Elle tutulur gözle görünür varlığı ile onun taşıdığı değer arasındaki bağ kopmuştur. Başkalaşım geçirerek "bedeni"nden uzaklaşmış olan "artık

değer" bir yanılsama, bir hayalettir. Derrida Marx'tan alıntılar: "Paranın kendisi gölgeden başka bir şey değil."⁸ Derrida'cı retorik izlediğimizde paranın görüldüğü gibi bir şey olmadığını ya da sadece bir görüntüden ibaret olduğunu görürüz. Para bir hayalettir. Tıpkı diğer hayaletler gibi birden çok ruhu vardır ve ruhları sürekli bir diğerini yerinden ederek para kavramının başkalaşımına yol açmaktadır.

Zamanın çivisi çıkmıştır. Bu cümlede geçen zaman sözcüğü üç farklı anlamı bir arada barındırmaktadır ve bu farklı anlamlar yan yana ama farklılıklarını bırakmadan cümle içinde varolmaktadır. Birincisi, zaman olarak zaman, çağımız, bugünümüzdür. İkincisi tarih olarak zaman, yani akıp giden zamandır. Üçüncü anlam ise dönen dünyanın bugünkü duruşu yani gidişat yaşamın ta kendisidir. Derrida zamanın çivisi çıkmıştır cümlesinin Shakespeare'in dilindeki orijinal hali olan "The time is out of joint" in nasıl çevrilmesi gerektiği üzerinde uzun bir tartışma yapar.⁹

Derrida'ya göre çeviri ne kadar yetkin olursa olsun asıl metinden bir biçimde eksik ve bir biçimde de fazla olmaya mahkumdur. Bu sav Derrida'nın yapısöküm (dekonstrüksiyon) kuramının temelinde yer alan "dil, anlam istikrarsızlığı ve belirlenimsizliği"nin silinmez izlerini taşır¹⁰ ilkesinden

(4) Marksizmin ve ideolojilerin sonu geldiğini iddia eden retorikten Fukuyama'nın retoriklerini seçen Derrida'nın bu retorik çözümü ve Fukuyama'ya verdiği yanıt "Egemen Diskur: Marksizm Öldü Yaşamın Liberal Demokrasi" başlığı altında incelenecektir.

(5) DERRIDA, age., s.18.

(6) Age., s. 35.

(7) TOPLUMBİLİM Jacques Derrida Özel Sayısı, 10. Sayı, Ağustos 1999, Avrupa Kültürü'nün Krizi ve Jacques Derrida, Tülin Akşın, s.48.

(8) DERRIDA, age., s. 45.

(9) Age., s.18-20.

(10) Stuart SIM, Derrida ve Tarihin Sonu, çev. Kaan H.Ökten, İstanbul, 2000, s.30.

(*) Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı.

(1) California Üniversitesinde 22-24 Nisan 1993 tarihinde düzenlenen kolokyumun başlığı "Whither Marxism?" dir.

(2) DERRIDA, Jacques, Specters Of Marx The State Of The Debt, The Work Of Mourning and the New International, (İrans. Peggy Kamuf), NY., 1994, s.77.

(3) Age., s. 78.

beslenmektedir. Dilin anlam istikrar-sızlığı ve belirlenimsizliği karşısında hiçbir analiz yöntemi metin yorumu açısından otorite iddiasında bulunamaz. Çünkü satırlar arasına gizlenmiş tek ve gerçek anlamın varolduğu inancı üzerine kurulu bir düşünce, her tür yorum yönteminin zorunlu biçimde çift anlamlı sözcüklerden birini seçmek zorunda kalması karşısında tutarlılığını yitirir. Metnin satırları arasındaki yalın gerçeği çekip çıkarmak çoğul anlamlardan birini seçmek değildir şüphesiz. Sözün çoğul anlamlarının varlığı kabul edilmesiyle birlikte metindeki yalın anlamı veya indirgenebilir gerçeği bulup çıkarma iddiası çürümektedir. "Sözcük ile anlam arasındaki ilişkinin keyfi olduğunu"⁽¹¹⁾ ilan eden Ferdinand de Saussure'un izinden giden Derrida tam da bu noktada bulunuş felsefesine karşı çıkmaktadır. Bulunuş felsefesine göre: "dili kullananlar anlamı bütünlüğü içinde kavrayabilirler ve sözcüklerin anlamı zihnimizde onları dile getirdiğimiz veya yazdığımız anda var olur." Derrida'ya göre bu bir yanılsamadan ibarettir. "Çünkü anlam daima sözden ayrı olduğu gibi tamamlanışı da hep ertelenir".⁽¹²⁾ Metinde deklare edilen niyeti eksiksiz ve sapmasız anlamak mümkün değildir. Her zaman satır aralarına kaçan anlamlar olacak, boşluklar dolmayacak ve anlam sabitlenemeyecektir. Bu nedenle çeviri de tüm yorum yöntemleri ile birlikte serbest alanda yer alır ve en yetkin çeviri bile mükemmellikten uzaktır.

Çivisi çıkmış zamanlar kriz dönemleridir. Derrida'nın söyleminde bu kriz dönemlerinin yorumu önemli bir yeri işgal eder. Derrida bu hayaletli zamanlardan ve hayaletlerden sıkça söz ediyorsa bu, zorunda kaldığı içindir. İşleri yeniden yoluna koyabilmek için, dünyayı yeniden "düzen"e kavuşturabilmek için bu kriz dönemleri aşılmalıdır. Krizin savuşturulabilmesi, düzeni bozulmuş dünyanın doğru biçimde yorumlanmasına bağlıdır. Bu aslında Batı Dünyasına ait olan logosantrik metafizik geleneğin krizidir. Bu nedenle metafizik gelenek krizi yorumlamakta aciz kalmaktadır. Kriz dönemindeki bu "Yeni Dünya Düzeni"ni tanımak ve tanımlamak için bulunuş felsefesinden başka bir felsefe gerekmektedir. Derrida kendi yorum yöntemi ile Yeni Dünya Düzeni'ni yorumlamaktadır.

"Time is Out Of Joint" Çivisi Çıkmış Zamanlar: Yeni Dünya Düzeni ve Egemen Diskur

Dünya yinelenen, geri gelen kriz dönemlerine sahne olmaktadır. Bir başka diskura göre kriz döneminin adı "yeni dünya düzeni". Egemenlik kurucu diskur, bu yeni dünya düzenini öteden beri müjdeliyor ve onu çağınıyordu. Aslında oturtulmak istenen "düzen" ayar bozukluğunun ta kendisidir.⁽¹³⁾ Derrida'ya göre "bir dogma düzeni, hegemonyasını kabul ettirmeye çalışmaktadır dünyaya."⁽¹⁴⁾

Egemen diskurun en büyük düşmanı Marksizm ve Avrupa'ya musallat

olan komünizm hayaletidir. Egemen diskur, Marx'ın mirasından vazgeçmeyenlere karşı ittifak kurmuştur. Bu bir tür "fesat birliği"dir. Derrida, egemen diskurun diline doladığı ve bir yürüyüş marşı gibi tekrarladığı, kendini inandırmak istercesine yüksek sesle söylediği tekerlemenin "Marksizm öldü" kelimelerinden oluştuğunu söylüyor. Marksizme karşı düzenlenen bu fesat birliği, Marksizmi defetme çabası içindedir. Ancak Marksizm geçirdiği başkalaşımın sonucu kılık değiştirmiştir ve Marksizmin yeni yüzlerini tanıyamayan "fesat birliği" korku içindedir. Derrida, gizli- Marksistlerin, sözde Marksistlerin ya da para- Marksistlerin nöbeti devralacağını bilen "fesat birliği"nin endişelerini gizlemek için yaygara kopardığını, zaferini ilan ederek yaklaşan karanlık ufku defetmek çabasında olduğunu söyler.⁽¹⁵⁾

Egemen diskurun başka ne tür özellikleri vardır? Bu diskuru egemen diskur yapan etkenler nelerdir? Derrida egemen diskurun kaynağını üç kültür alanı olarak belirliyor.

1- Siyasal Kültür: Siyasal Sınıfın Retoriği: Dünyanın (hemen) her yerinde batı modeli siyasal kültür egemendir. Siyasetçilerin ve partilerin resmi söylemlerinin geleneği bu kültürü yaratmaktadır.

2- Kitle İletişim Kültürü: Tele-teknik söylemler: Derrida bu kültürün "haberleşme" ve yorumları "bilgi"yi seçerek hiyerarşik bir biçimde ürettiğini söylemektedir. Kitle iletişimi denen şey bilgiyi, her tür olaysallık içinden

seçmekte ve sıralayarak sunmaktadır. Bu da bir tür yorum tekniği yani tele-tekniktir. Derrida'nın her dil bir tele-tekniktir tespiti yukarıda yer verdiğimiz dil ve anlam üzerine düşünceleri ile örtüşmektedir. Kitle iletişimi kanallarının hızla açılması ile Marksist rejimlerin çöküşü arasındaki eş zamanlılık Derrida'ya göre yalnızca rastlantıdan ibaret değildir.⁽¹⁶⁾

3- Entelektüel Kültür: Akademisyen ve bilim adamlarının söylemleri: Özellikle tarihçilerin, sosyologların ve siyasetbilimcilerin, dilbilimcilerin, antropologların, felsefecilerin akademik ve ticari yayınlarıyla desteklenen akademi merkezli bir kültürdür Derrida'nın işaret ettiği.

Derrida bu üç kültür alanını üç erk olarak ortaya koyuyor. Bu erklerden oluşan ancak başkalaşım geçirmiş bir erkter egemen diskur. Entelektüel ve siyasal söylem tele-teknik söylemden geçerek başkalaşırlar. Farklılaşmış ve çelişkilerle donanmış bu yeni erk paradoksal biçimde demokrasilerin hem koşulu hem de demokrasiler için en büyük tehlikedir.⁽¹⁷⁾ Egemen diskurun yapisal yorumunu tamamlar tamamlamaz onun içeriğine bakıyoruz. Ne diyor egemen diskur? Marksizm öldü, yaşasın liberal demokrasi!

Egemen Diskur: Marksizm Öldü Yaşasın Liberal Demokrasi

Egemen diskur bir fesat birliği, "kötülüğü" defetmek için kurulmuş bir "ittifaktır". Derrida bu ittifaka "kutsal ittifak" adını verir. Manifesto'da adı

(11) Age., s.71.

(12) Age., s.30-35.

(13) Age., s.50.

(14) Age., s.52.

(15) Age., s.52.

(16) Age., s.53.

(17) Age., s.54.

geçen ittifak soyluluk ve münzeviliğin birleşmesinden oluşuyordu. Avrupa şatolarındaki efendilerin karabasanına karşı kurulmuş bir ittifaktı. Bir tür süreklilik ağıdır bu. İzi sürülen ise Avrupa'yı taciz eden komünizm hayaletidir. Öyle dememiş miydi Marx Manifestonun daha en başında: Avrupa'da bir hayalet kol geziyor- Komünizmin hayaleti... "Ein Gespenst geht um in Europa – das Gespenst des Kommunismus". Komünizm hortlamıştır ve Avrupa'yı taciz etmiştir. Tir tir titreyen Avrupalı efendiler iz sürerek hortlağı defetmeye çalışmıştır. Marx bize yaşlı Avrupa'nın tüm güçlerinin komünizm hayaletine karşı kutsal bir süreklilik avı için ittifak kurduğunu söyler.¹⁸

Bugün de aynı fesat birliği kurulmuştur. "Marksizm öldü" cümlesinin daha yüksek sesle ve bir ağızdan söylenirse gerçek bir olguya dönüşeceğine inanan egemen sınıf, feryat figan bağıırıyor: Marksizm öldü, ideoloji öldü. Derrida egemen diskurun popüler temsilcilerinden biri Fukuyama'yı "Tarihin Sonu ve Son İnsan Kitabı" nı inceleyerek egemen diskuru çözümlüyor. Derrida'ya göre Beyaz Sarayın akıl hocası¹⁹ Francis Fukuyama Kojeve'nin genç, gayretli ama gecikmiş bir öğrencisidir. Kitabı da Kojeve'in bu genç, gayretli ama gecikmiş öğrencisinin hazırladığı bir okul ödevidir.²⁰ Fukuyama'nın kitabı için "Yeni İncil" yakıştırmasını da yapıyor. Fukuyama kendisine "sipariş edilen bir iyi haberi müjdeliyor. "Müjdeci" Fukuyama'nın iki iddiası var:

1- İnsanoğlunun ideolojik evriminin son noktasına vardık.

2- İnsanları yönetme biçiminin nihai hali liberal demokrasidir. Fukuyama'ya göre tarihin sonu vardır ve bu liberal demokrasinin cennetidir.

Aslında tarihin sonunun geldiğini ilan eden ilk kitap Fukuyama'nın kitabı değildir, şüphesiz sonuncusu da olmayacaktır. 1950'lerde Amerikan düşünürlerinin başlattığı "tarihin sonu mu geldi?" tartışması Derrida'nın ifadesiyle "temcit pilavı" gibi önümüze sürülmekte yıllardır.²¹ İdeolojinin, üst anlatının, tarihin, öznenin sonunun geldiğini ilan eden düşünce hala varlığını sürdürüyor. Tarihin sonunun geldiğini ilan eden tüm düşüncelerin de artık kendi aralarında bir tarihe sahip olduğunu görüyoruz. Ayrıca ideolojinin sonunun geldiğini iddia eden düşüncenin kendisinin bir ideoloji olma iddiasında olduğunu tespiti artık yeni bir tespit değildir. Hegel belirli bir tarih anlayışının sonundan söz eder. Ona göre nihai son (çözüm) Prusya devleti idi. Marx da belirli bir tarih anlayışının sonunun gelmekte olduğunu bunun da Proleter Diktatorya olduğunu söylemiştir. Fukuyama da kendini ustaların altına yazdırmak "cesaretini" gösterip tarihin sonunun liberal demokrasi olduğunu "müjdeliyor".

Liberalizmin sonsuza dek kutlanacak zaferinin en büyük kanıtı Fukuyama'ya göre komünizmin çöküşüdür. Fukuyama'nın olgusal dünyadan örnek göstermesine bakılırsa liberal demokrasinin nihailiği ampirik gerçekliklerle

desteklenen bir iddiadır. Oysa Fukuyama az sonra olgusal gerçeklikten yüzünü ülküsel gerçekliğe döncecek ve "modern doğa bilimlerinin mantığı, kapitalizm istikametini gösteren evrensel bir evrimi dayatıyor gibidir"²² diyecektir. Olması gerekenin liberal demokrasi olduğunu söylemek için her tür kanıt kullanan Fukuyama sanki hiçbir kanıtta ihtiyaç duymadan söyler gibi sonunda "liberal demokrasinin insana dair sorunların gerçeklikteki en iyi çözümü" olduğunu söylemektedir. Derrida bu çelişkiyi çok açık ortaya koyar. İnsanlığın liberal demokrasilere yönelişi "bir ilerlemenin telosu olarak ülküsel bir ereksellik biçimine sahiptir". Bunu yalanlar nitelikteki İkinci Dünya Savaşı, Nazi, Faşist ve Stalinci totalitarizmi ve Pol Pot yönetiminin yıkımları gibi olgular Fukuyama'ya göre ampiriklikten kaynaklanmaktadır.²³ Fukuyama'nın dilinde liberal demokrasi bazen etkili bir gerçeklik bazen de basit bir ülkü olmaktadır.²⁴ Fukuyama'nın izinden gittiği Kojeve'nin retorğinde de sadece ülküsel betimlemeler yer almaktadır. Kojeve, onca tarihsel ampirik arasından ABD ve AT'yi seçerek bunları evrensel ve türdeş devletin en yetkin gerçekleşmesi olarak belirler. Fukuyama Kojeve'nin bu tespitinin altını çizer ve bunu "important truth" olarak ilan eder.²⁵

Fukuyama vaadedilmiş topraklardan -liberal devlet modelinden- bahsederken bir tür mesihçe öte dünya bilgisi vermektedir. Fukuyama'nın vaad ettiği topraklar Hristiyan düşünce ile su-

lanmış topraklardır. Derrida kutsal ittifakın İslam Dünyasına üstün körü bakışını tespit ederek gözler önüne serer. Evrenselleşen aslında Hristiyan görüşün Avrupa merkezli kültürüdür. Bu da kültür emperyalizminden başka bir şey değildir. Evrenselleşen aslında yeni dünya düzeninin taşıdığı bulaşıcı hastalıklardır. Yeni dünya düzeninin gerçek yüzü bu karanlık tablodur.

Egemen Diskurun Düzeni ve Gerçek Yüzü: Karanlık Tablo

"Yeni dünya düzeni" denilen düzen, azınlığın düzeni, çoğunluğun ise kaosu yaşadığı bir "düzendir". Tablo mutlu azınlık için aydınlık, ancak kalabalık kitleler için oldukça karanlıktır. Dünyanın kötüyü gittiğini söyleyebilmek için merkezdeki azınlık kültürünün egemenliğinden sıyrılmak ve kenara itilen yığınlarla birlikte düşünmek yeterlidir. Bu bir tür karamsarlık değil, pozisyon alıştır. Fukuyama gibilerinin pozisyonundan bakıldığında dünyamız "cennet" gibi görünebilir. Ancak, dünyayı ve çağımızı bu şekilde görebilmek için insanın gözlerini ve kulaklarını bu çağda yaşanan bir çok olguya kapatması gerekmektedir. İşte Fukuyama ve onun gibilerinin yaptığı da budur.

"Ötekine ait olmak" egemen diskurun vandalizmi karşısında çok tesadüfi bir tercih değildir. Egemen diskurun yoksulları (istatistiklere bakarsak dünyanın aslında yoksul bir dünya olduğunu görürüz), kadınları, eşcinselleri, zayıfları, azınlık halkları, çocukları, vs. öteki olarak ilan ettiğini görmek için

(18) Age., s.40.

(19) Fukuyama'nın asıl mesleği Beyaz Saray danışmanlığıdır. TOPLUMBİLİM Derrida Özel Sayısı, s.43

(20) Age., s.56.

(21) DERRIDA, Age., s. 14.

(22) Francis FUKUYAMA; *Tarihin Sonu ve Son İnsan*, İstanbul, 1999,Önsözde.

(23) DERRIDA, Age., s.57.

(24) Age., s.62-63.

(25) Age., s.62.

üstün bir bakış yeteneğine sahip olmak gerekmemektedir. Bu eşitsizlik ve adaletsizlik o kadar açık seçik ortadadır ki dürüst bir bakış tüm çürümeyi görmeye yeterlidir. Derrida "yeni dünya"nın düzeninin yaralarını sıralamaktadır. Bunlar yaşamımızın sürekli kanayan yaralarıdır. Bu yüzden Derrida'nın söyledikleri çok uzaklardan gelen sözler değil, burnumuzun dibinden kan kokusunu eksik etmeyecek kadar bize ait yaralardır. Bunlar; işsizlik, evsizlik, "vahşi" ekonomik savaş, toplumsal eşitsizlik, dış borç, silah ve uyuşturucu kaçakçılığı, nükleer silahlanma, etnik ayrımcılık, ırkçılık, hukukun ve hukuk kurumlarının ulusal ve uluslar arası platformda aczi...

Örneğin işsizlik, artık bu kelimenin eskiden ifade ettiği "işsizlik" olgusundan bambaşka bir işsizliktir yaşanan. Derrida buna "yeni işsizlik" demek ve eski işsizlik olgusundan farklılaşmış bu yeni olgu için bambaşka bir siyaset gerektiğini dile getirmektedir.²⁶ Bu "yeni işsizlik" dünya çapında geçerli olan "yeni rekabetin" yarattığı bir tür "toplumsal etkinsizlik" (social inactivity)tir. Derrida'ya göre. Dünya'nın küresel bir pazar haline dönüşmesiyle artık ne üretim eski anlamıyla kalabilmektedir ne de yoksulluk. Pazar ve rekabet dünya çapındadır yani büyümüşür, başkalaşmıştır. Buna bağlı olarak üretim, yoksulluk, işsizlik gibi olgular da başkalaşım geçirmiştir. Artık bunları eski biçimlerinden ayırmak için yeni kavramlara ihtiyaç olduğunu söyler Derrida.

Yeni dünya düzeninin yaraları aslında "liberal pazar kavramının ülküsel

ve gerçeklik düzeyindeki çelişkilerinin" eseridir. Dış borçlanma ve merkezi para fonlarının güçlenmesi paradoksal bir gerçektir. "Dünya çapında "borç veren" durumunda olan fonlar, borçlu ülkelerin daha fazla borçlanmaması için çözüm reçeteleri hazırlama misyonuna soyunmuşlar." Liberal pazarın çelişkilerini ortaya koymak için hazırlanmış bir cümle gibi... Sahip olduğu parayı yüksek faizle borç veren ve çoğaltan biri neden borçlunun daha fazla borca ihtiyaç duymamasını istesin ki?²⁷

Bu karanlık tabloda ezilenler çok büyük bir kitledir. Kader ortakları egemen diskurun koruyuculuğundan nasibini almayan herkes ve her şeydir. Derrida bu kitlenin kader birliğinden söz eder. Kutsal İttifaka karşı bu kitleyi birleştiren şey bir sınıf bilinci değildir. Ezildiğinin, dışlandığının farkındalığıdır. "İnsanların çoğunluğu için iyi olmayan iyi değildir" diyen, bu yüzden işlerin olması gerektiği gibi gitmediğinin bilincinde olan herkes Derrida'nın çağdaş Enternasyonal'ini oluşturur.

Karanlık Tablonun Kader Birliğine İttigi İnsanlar: Çağdaş Enternasyonal

Derrida, kültürel süreçlerde ani kopuşların yaşandığına inanmaz. Bunun için elinde sağlam bir kanıt da vardır. İşte insanlık yine, "bu düzen böyle gitmez" diyor. Bu, düzenin dışarıdan eleştirisi. Derrida'ya göre "Yeni bir enternasyonal... Pazar yasası "dış borç", bilim- teknik, askeri ve ekonomik gelişmedeki eşitsizlik insanlığın tarihinde hiç olmadığı kadar korkunç, gerçek bir eşitsizliği koruyup devam

ettirdikçe ayakları yere basmayan bir insan hakları söyleminin sınırlarını göstermeye başlamıştır."²⁸ İnsanları bir araya getiren şey bu "korkunç ve gerçek eşitsizlik"ten başka bir şey değildir. Çünkü insanlık tarihinin hiçbir devresinde "şiddet, eşitsizlik, dışlanma, açlık ve ekonomik baskı bu kadar fazla insanı avucuna almamıştı".²⁹ Yeni enternasyonalı oluşturan "acı ve umut bağı"dır ki bu da belirli bir sınıf üyeliğine dayanmayan bir bağıdır. Derrida'nın özellikle vurguladığı nokta "yeni enternasyonal"ın sosyalist-Marksist enternasyondan daha farklı ve daha fazlası olduğudur.³⁰ Ancak Derrida'nın dikkatleri çektiği gibi "yeni enternasyonal" bir "karşı- fesat birliğidir."³¹ Yani Marx'ın miraslarından en az birinden esinlenmiş herkese ve her söyleme karşı sürdürülen şu malum fesat birliğine karşı (rağmen) bir araya gelmiş insanlardır yeni enternasyonalin üyeleri.

Düzene böyle çatık kaşı bakıp karanlık yüzünü göreceksin cesareti bulabiliyorsak bu Marx'ın mirası sayesinde. Marx'ın birden çok ruhu ve birden çok mirası vardır. Derrida'ya göre dünyanın on yarasının gözler önüne serdiği vaadi yorumlamanın iki yolu vardır ve her ikisi de Marx'ın ruhlarından (miraslarından) birine bağlı kalmak durumundadır.³² İlk yorum biçimi Fukuyamacı yorum tarzı içinde kalmaktadır. Ülküsel gerçeklik ile olgusal gerçeklik

arasındaki açıklıktan (örtüşememe halinden) kaynaklandığını ileri süren bu yorum Marksist eleştirinin belli bir ruhuna başvurmak zorunda kalacaktır. Gerçekliği ülküsel yaklaştırmak için olguyu eleştirmekle işe başlamak gerekecektir. Yeni bir üretim biçimi yeni bir yurttaşlık uyarlaması gibi olgusalı yeniden dönüştürmek faaliyetidir bu ve Marksist eleştirinin yönteminden başkaca bir şey değildir aslında.³³ İkinci yorum biçimi ise olgusalın ötesinde ülküsel de sorgulamaya girişmektir. Sorun sadece ampirik tanıklığımızı anlamlandırmak değil ülkünün kendisini tartışmaya açmakta gizlidir. Bu yorum biçiminin yolu da sistemin Marksist eleştirisini yapmaktan geçmektedir. Kavramları yeniden yaratırken "marksist ruhun belli bir mirasına sadık kalmak bir tür ödevdir"³⁴.

Marx'ın birden çok ruhu dolayısıyla birden çok mirası olduğunu biliyoruz. Derrida bunları kategorize eder. Derrida'ya göre "Marksizmin belli bir ruhundan esinlenmeye devam etmek, hepsinden öte köklü bir eleştiri" geleceğine bağlı kalmaktır. Öylesine köklü ve ilkeli bir eleştiridir ki bu ilkenin kendisi eleştirilir. Öznenin kendini eleştirisi, sistemin kendini sorgulaması yani özeleştirmedir burada miras alınan. İşte bu yüzden Derrida Marx'ı selamlamak için şu andan daha uygun bir an düşünemez. "Tam zamanıydı Marx'ı

(26) Age., s.81.

(27) Age., s.81.

(28) Age., s. 84-85. (Altın ben çizdim.)

(29) Age., s. 85.

(30) Age., s. 84-86.

(31) Age., s. 86.

(32) Age., s. 86.

(33) Age., s. 86.

(34) Age., s. 87.

(35) Age., s. 88.

selamlamanın dendiğini iştir gibiyim" demektedir.³⁵

Miras almak kendiliğinden belirlenmiş bir eylem değildir. Derrida'ya göre miras almak seçmek eylemiyle belirlenir. Miras almak seçmek demektir. Peki Derrida'ya göre Marx'ın hangi ruhu (mirası) olmadan gelecek olmaz? Sonu gelmez özeleştiriyi yaratmak... Derrida bu ruh karşısında duyduğu hayranlığı ve saygıyı gizlemez. "Hiçbir zaman vazgeçemeyeceğim bir Marksizm ruhu varsa, bu ruh ... her tür dogmatiklikten, hatta her tür mesihçilikten kendini kurtarmayı başarmış eleştirel düşünce ya da sorgulama yöntemidir."³⁶ Bu "dogmatikliği aşmış özeleştirii"nin ruhundan başka bir şey değildir ve Derrida'ya göre geleneksel bulunuş felsefesinin belirleyiciliğinde anlam bütünlüğü hayaletleşmiş yaşamın yapısını çözebilmek, düzene sokabilmek için ihtiyaç duyulan tam da budur. Yeni bir insan, yeni bir toplum, yeni bir felsefe, yeni bir yaşam yaratılacaktır. Burada yine sorumluluk bir mirasçının omuzlarındadır. Hamlet'in omuzlarına yüklenen sorumluluk gibi, işte bozulmuş düzeltmek görevi bir mirasçı sorumluluğu olarak karşımıza çıkmaktadır. "Herkes, insanlığın tamamı, isteseler de istemeseler de, bilseler de bilmeseler de, Marx'ın ve Marksizmin mirasçılarıdır."³⁷

Bu miras ne ulusaldır ne de dinsel. Derrida Marx'ın bu mirasını yanına alarak hayaletlerle konuşmaya gitmektedir. Yeni bilim neyin geldiğini ve neyin gitmesi gerektiğini anlayabilmek için hayaletlerle konuşmak zorundadır. Yeni bilim insanı (aydın) hayaletlerle (hayaletlere) konuşabilmeyi öğrenmelidir. İşte bu nedenle tablonun aydınlanması ise istenen, Marx'sız bir gelecek olamaz.

"...ama, eğer bir danseden yıldızsa doğurmak istediğin, içinde kaos olmalı"

Friedrich Nietzsche

KAYNAKÇA

- DERRIDA, Jacques; Specters Of Marx The State Of The Debt, The Work Of Mourning and the New International, (trans. Peggy Kamuf), NY, 1994.
- DERRIDA Jacques, Göstergebilim ve Gramatoloji, (çev. Tülin Akşin), İstanbul, 1994.
- DESCOMBES Vincent; Modern Fransız Felsefesi, (çev. Aziz Yardımlı) İstanbul, 1993.
- FUKUYAMA Francis; Tarihın Sonu ve Son İnsan, (çev. Zülfü Dicleli), İstanbul, 1999.
- TOPLUMBİLİM; Jacques Derrida Özel Sayısı, 10. Sayı, Ağustos, 1999.
- Stuart SIM; Derrida ve Tarihın Sonu, (çev. Kaan H. Ökten), İstanbul, 2000.

Aydınlanma Çağı ve Burjuva Devrimlerinde Düşünce Özgürlüğü

Eylem ÜMIT*

Bu çalışma, düşünce özgürlüğünün düşünsel temellerinin Aydınlanma Çağı'nın siyasal ve toplumsal kurgusu içinde kuruluşuna ve bu özgürlüğün Burjuva Devrimleri bildirgelerinde ve dönemin anayasalarında hak niteliğini kazanmasına ilişkin sürecin incelenmesine övgülenmiştir. Bu amaçla, düşünce özgürlüğü ile bağlantılı diğer özgürlüklerin –basın yayın, örgütlenme, vicdan ve inanç özgürlüklerinin– toplumsal pratikleri saptanarak, Aydınlanma Çağı'ndaki düşünce özgürlüğünün çerçevesi çizilmeye çalışılacaktır. İlk olarak Aydınlanma Çağı Avrupası'ndaki siyasal ve toplumsal yaşamın önemli dinamikleri kısaca özetlenerek, düşünce özgürlüğü pratiklerini belirleyen ve çevreleyen koşullar ve yapılar belirlenecektir.

AYDINLANMA ÇAĞI AVRUPASI

XVIII. Yüzyıl, Avrupa'da "taçlar yüzyılı" olarak bilinmektedir. Ancak "taçlar", toplumdaki birçok özerk gruba rağmen hakimiyetini sürdürmeye çalışmaktadır ve eski zamanlardaki kadar güçlü değildir. Kilisenin de aralarında bulunduğu, üniversiteler, cemiyetler, loncalar, dini vakıflar, tarikatlar, ekonomik topluluklar gibi grupların ve soyluların bir biçimde elde ettikleri im-

tiyazlara sığınarak krala karşı ölçülü bir bağımsızlıkta yaşam sürdürdüklerini görmekteyiz. Özellikle kent yaşamı, cemiyetler ve tarikatlarla örülmüş aktif bir yaşam tarzı olarak karşımıza çıkmaktadır.¹

Bu yoğun örgütlülüğe rağmen, zümre ve tarikat kuralları, toplumsal yaşam üzerinde, mübadele değerine dayalı üretim biçiminin yarattığı kuralardan daha sınırlı etkiye sahiptir. Bu çağa gelene kadar yeni piyasa düzeni kentli orta sınıfın yaşam tarzını belirlemiş ve toplumun diğer sınıflarından farklılaşma, hızla gerçekleşmiştir. İşte XVIII. Yüzyılda, yükselen burjuvaziyi kilisenin iktidarını, mutlakiyeti ve aristokrasinin imtiyazlarını sorgulayarak varlığını geliştirebileceği bir ekonomik ve siyasal düzenin düşünsel temellerini oluşturmaya çalışırken buluyoruz. Bilindiği gibi aydınlanma ruhu, akıldan başka bir rehber ihtiyacı duymadan, varolan kurumları eleştirmeyi ifade etmektedir. Burjuvazinin, Aydınlanma felsefesine kendi talebiyle örtüştüğü ölçüde bağlandığını; kendine yeteri kadar alan bulamadığı eski düzeni (rejimi) eleştirebilmek için uygun zemin bu bağlamda aydınlanma hareketi ile kurabildiğini söyleyebiliriz. Ege-men güçlerden – kilise, kral ve aristok-

(36) Age., s.89.

(37) Age., s.91.

(*) Dr. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı.

(1) IM HOF, Ulrich; Avrupa Aydınlanması, (çeviren: Şebnem Sunar), İstanbul, 1995, s.100.

rasiden- farklı düşünenlerin, düşünce-lerini açıkladığında karşılaştıkları sansür ve yasaklar, muhalif düşünceyi, egemene karşı savunulması gereken bir özgürlüğe bağlamıştır. Bu dönemde egemen düşünceyle yaşanan her tür gerilimin "bir muhalefet özgürlüğü" olarak düşünce özgürlüğünün düşünsel temelini hazırlayacak tartışma ortamını yarattığını görüyoruz.²

I- 18. YÜZYIL AVRUPASININ TOPLUMSAL KOŞULLARI İÇİNDE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ PRATİĞİ

18. Yüzyıl, Avrupa'sının şiarı, "daha iyi bir dünya hayali"ni kurmak olmuştur. Aydınlanmacı Avrupalılar sadece hayal etmekle kalmamışlar, gerçekleştirmek için çözüm önerileri ve programlar da hazırlamışlardır. Nitekim döneme, "ütopya ve reform dönemi" dendiğini³ ve yüzyıl ilerledikçe iyimserliğin artarak yayıldığını görüyoruz. Tüm olası dünyaların en iyisi olan dünyanın yapılabilirliğine inanılıyordu. Bu inançla yola çıkan aydınlanmacıların, hemen hemen her konuda reform önerileri mevcuttu. Avrupa'nın tamamında reformdan söz eden makaleler ve kitaplar elden ele dolaşmaktadı. Aydınlanma hareketinde bu makale ve kitapların rolü çok önemlidir. Avrupa'nın her yerinde matbaacılar ve yayıncılar kalabalık bir meslek grubunu oluşturmaktadır ve çok sayıda kitap ve dergi basılmaktadır. Bu yüzyılın yay-

gın okuma alışkanlığını vurgulamak için "mürekkep lekeli yüzyıl" dendiğine rastlıyoruz. Reformdan söz eden eserlerin bu kadar geniş kamuoyu yaratmasının nedenlerinden biri, döneme örgütlü veya örgütsüz grupların damgasını vuracak kadar etkili olmasıdır. Bu gruplara kısaca değinirsek dönemin iletişim kanallarına ve örgüt kurma pratiğine dair ipuçları elde edebiliriz.

Bu örgütlerin başında cemiyetler gelmektedir. Bir dost çevresinde kurulan cemiyetlerin genel olarak amacı, zamanın kültürel, sosyal ve ekonomik koşullarının reformasyonu için o çevreyi hazırlamaktır. Cemiyetler, çıkardıkları dergi ve gazetelerle geniş bir kitleye ulaşmaya çalışıyorlardı.⁴ Büyük burjuva cemiyetlerinden köylü cemiyetlerine kadar hemen her zümrenin aktif üyeliğini gördüğümüz yüzlerce cemiyetin varlığına tanık oluyoruz.⁵

Cemiyetlerin ardından bilimsel nitelikli topluluklar olan "Akademiler" gelmiştir. Akademiler üniversitelerin başaramadığı şeye soyunmuşlardır. Bilimsel toplantılar ve ödüllü yarışmalarla akademiler kamuoyunu belirlemiş, üniversitelerde ihmal edilen tarih, edebiyat ve felsefe alanında araştırmaları desteklemiştir. Etkinlikleri beğeniyle izlenen akademilere kısa zamanda Kraliyet akademileri ve taşra akademileri de eklenmiştir.

Aydınlanmanın en renkli yüzü kendisini salon sohbetlerinde göstermiştir. "Salonlar" dönemin entelektüel merkezleri konumundadır.⁶ "Soylu ve bü-

yük burjuva hanımların toplumsal iletişimim boş boğazlıklarına dalarak değil, belirli içerikleri olan konular hakkında tartışarak konuşmak için" aralarında filozof ve din adamlarının da bulunduğu özel kişileri evlerinin salonlarında kabul etmeleri ile başlayan salon geleneğinden -sonraları özellikle İngiltere'de çok yaygınlaşacak olan- erkek kulüpleri, okuma toplulukları ve edebiyat kahveleri doğmuştur.

Bu gruplara gönüllü hayır cemiyetlerini ve tarımsal ekonomik toplulukları da eklersek aydınlanma hareketinin cemiyetçilik boyutu ortaya çıkmış olur. Bu topluluklar arasında en büyük özgürlüğün bulunduğu, her tür düşüncenin ifade edildiği ve en hararetle aydınlanma ve karşı aydınlanma tartışmalarının yapıldığı topluluk salon topluluklarıdır. Dönemin simgesi olan "ansiklopedi"yi çıkaran ansiklopedistlerin böyle bir salonda, Mademoiselle de Lespinasse'nin salonunda bir araya geldiklerini belirtelim.⁸

Bu toplulukların, salonlar dışında, hepsinin yayın organları vardı ve aydınlanmacı amaçlar doğrultusunda yayınlar çıkarmaktaydılar. Bu toplulukların yayınları arasında; tarım politikasını, taşra idaresini, vergi sistemini eleştiren, reform öneren, teknik iyileştirme formülleri içeren yazılar kadar, ulusal geri kalmışlığın eleştirildiği, ruhbanlık eğilimi taşıyan devletin reformu için prence çağrının yapıldığı, sömürgelerin tartışıldığı, Yahudilere yurttaşlık hakkının tanınmamasının adaletsizliğine dair çözümlemelerin yapıldığı yazılar

da karşımıza çıkmaktadır. Bu yazıların bazılarında yola çıkarak ülkelerin sansür pratiği üzerinde biraz durmak yararlı olacaktır.

İlk örnek vereceğimiz yazı, 1783 tarihli, "Tasarlanan Parlamento Reformu Konusunda İngiltere Halkına Hitap" başlıklıdır. Yazı İngiltere'de yazarı belirtilmeden bir grup adına yayınlanmıştır ve kaynaklardan öğrendiğimize göre sansürle karşılaşmamıştır. İngiltere'deki sansür uygulamalarını diğer Avrupa ülkeleriyle karşılaştırınca bu tür bir yazının ancak İngiltere'de yayınlanabileceğini anlıyoruz. Gerçekten 18. Yüzyılın sonunda İngiltere'de Avrupa'nın diğer ülkelerine göre olabildiğince geniş bir yayın özgürlüğünün yaşandığını söylemek mümkün. İlk olarak 1688 Şanlı Devrimiyle getirilen ruhsat sistemi ile sansür biraz hafiflemiş; daha sonra 1795'de Ruhsat Yasası'nın yürürlükten kaldırılmasıyla sansür etkisini kaybetmiştir. Bu tarihi İngiltere'de tam basın özgürlüğünün kabul edilmesinin başlangıcı olarak değerlendiren görüşler mevcuttur.⁹

Ancak İngiltere'de bile bu kadar iyimser bir tablo çizmek pek mümkün görünmemektedir. Örneğin, Thomas Paine'in 1783'de kendisi gibi vergi tahsildarı arkadaşları ile dağıttığı bildiri yüzünden görevinden alındığını öğreniyoruz. Vergi sistemine dair eleştirilerin yapıldığı bildiride şöyle denmektedir: "Zengin kişi, benim pek doğal olmayan bir portre çizdiğimi düşünebilir; fakat yoksulluğun soğuk bölgesine, yoksulluk kutbu dairesine düşse-

(2) SANCAR, Mithat; "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, İstanbul, 2000, s.116.

(3) IM HOF; age., s. 147.

(4) TANILLI, Server; Yüzyılların Gerçeği ve Mirası, C.IV, İstanbul, 1999, s.155.

(5) Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, C.8, s.2689-2694; IM HOF; age., s.100-148.

(6) HAMPSON, Norman; Aydınlanma Çağı, (çeviren: Jale Parla) İstanbul, 1981, s.101.

(7) IM HOF; age., s. 111.

(8) IM HOF; age., s. 112

(9) IM HOF; age. s. 145.

cek olsalar, iklimle birlikte düşüncele-
rinin de değişeceğini görürlerdi.”¹⁰

Paine'in “İnsan Hakları” isimli ese-
rinin ikinci kitabı, 1792’de Kralın “ba-
sılmış, yayımlanmış ve kâr amacıyla
dağıtılmış kötü kışkırtıcı yazılara
karşı” yayınladığı bir bildirisi ile ya-
saklanmış ve Paine’e mahkeme celbi
gönderilmiştir. Ancak Paine mahkeme-
ye çıkmayıp Fransa’ya gitmiştir. Paine,
Fransa’da da 16. Louis’in idamının
aleyhinde oy kullandığı ve bu yönde dü-
şüncelerini açıkladığı için tutuklanmış
ve yaklaşık iki yıl tutuklu kalmıştır.¹¹

Seçtiğimiz ikinci yazı, “Papazlık ve
Vaaz Verme Konusunda Uygulamaya
Yakınlık ve Derslerde Yeni Psikolojik
ve Pedagojik Yöntemlerin Kullanımı
Konusunda Önerilerle Birlikte Dogmatik
Kiliseyle ve Buna Benzer Olarak
Az Gelişmiş Okul Sistemiyle Bir He-
saplaşma” başlığını taşımaktadır. Bu
yazı, Hannoverli saray vaizi ve Kardi-
naller Meclisi Danışmanı tarafından
kaleme alınmıştır. Yazının sansürle
karşılaştığına dair bir bilgiye rastlan-
mamaktadır. Ancak bu yazının ilginç
yanı, dine yönelik eleştirinin bizzat din
adamlarından gelmesi noktasındadır.
Kilisenin reformu konusuna Akılcı
Hristiyanlık ve Vicdan Özgürlüğü baş-
lığı altında değineceğimiz için burada
belirtmekle yetineceğimiz nokta, söz
konusu yazının, düşünsel yaşamın taşı-
yıcıları arasında ruhban sınıfının
önemli yerini vurguladığıdır.¹²

Reformdan söz eden yazıların genel
bir değerlendirmesini yaparsak; eleştiri-
lerden çoğunun, varolan toplumsal-si-

yasal sisteme değil, sistem içindeki so-
runlara yönelik olduğunu söyleyebili-
riz. Bu tür sistem içi eleştirilerin dışın-
da kalan düşünceler ise sansürden kaç-
mamıştır. Sansürle karşılaşan düşünce
ifadelerine örnekleri artırmak mümkün.
Örneğin, Yukarı İtalya’nın yönetimine
sert eleştiriler yönelten “Yumruklar
Akademisi”nin yayınları uzun ömürlü
olamamıştır. Üyelerinden birinin vergi
sistemi hakkında saray tarafından sa-
kıncalı bulunan görüşlerin ileri sürüldü-
ğü bir yazıda parmağı bulunduğu şüp-
hesiyle gözden düşen tarımsal ekono-
mik topluluklardan birini de bu sansü-
rün mağdurlarına örnek gösterebiliriz.
Fizyokratlar da dönemin siyasal ve
ekonomik sistemini tehlikeye soktukla-
rı gerekçesiyle düşüncelerini ifade et-
meleri yasaklananlar arasındaydı.¹³

A-Akılci Hristiyanlık ve Vicdan Özgürlüğü

Ruhban sınıfı, toplumun diğer ko-
simleri gibi mezhep savaşlarının acı de-
neyimlerinden kendi payına ders çıkar-
mıştı. Bu oldukça ağır bir dersti ve mez-
hepçilik, Almanya’ya 30 yıl savaşlarını,
İngiltere’ye iç savaşı, Fransa’ya ise kan-
lı katliamları getirmiştir. Bu dönemin
ardından 17. Yüzyıl sonunda, İngilizle-
rin 1689 tarihli Hoşgörü Yasasıyla
başlayarak “hoşgörülü ilahiyat tavrı”
Avrupa’ya egemen olmaktadır ve kili-
seler barışı bozabilecek her tür tartışma-
dan dikkatle kaçınıyordu. Aydınlanmacı
hoşgörünün içeriği, düşünce özgürlüğü
ile ilişkili olarak tartışıldığı başlık altın-
da inceleneyecektir, ancak burada hoşgö-
rülü ilahiyat tavrının “ötekine yönelen

pasif bir eylem olarak sadece tahammül
etmek değil öteki için etkin bir anlayışı”
da içerdiğini belirtmekte yarar var. 18.
Yüzyılda kiliselerin uzlaşabilmek için
birbirlerine ellerini uzattıklarını söyle-
memiz yanlış olmaz.

Bu dönemde dinsel öğretinin katı
biçimciliğinden yana olanlar azınlığa
inmişti; ve Tanrıyla birleşmenin birden
çok yolu olduğu giderek daha çok ka-
bul gören bir görüş haline gelmişti.
Hristiyanlığın onlarca mezhebe ve tari-
kata bölünmesine, “onaylanan bir çe-
şitlilik ve zenginlik” olarak bakılması
gerektiğini söyleyen din adamı ve filo-
zofların sayısı oldukça fazlaydı.

Her mezhebin kendi öğretisi içinde
“akılcı hristiyanlığı” gerçekleştirmek
için reform hareketine girdiğini görü-
yoruz. Dolayısıyla “Protestan Aydın-
lanması” ve “Katolik Aydınlanması”
farklı süreçler izlemiştir. Protestan Ki-
lisesi, aydınlanmacı eğilimleri kabul
etmeye eğilimlidir. Protestan öğretisi,
İncil’in akılcı ve eleştirel okunmasına,
katı inanç disiplinin sorgulanmasına
Katolik öğretilerden daha uygundur. Bu
yüzden “Katolik Aydınlanması” daha
radikal değişimlere sahne olmuştur.

“Katolik Aydınlanması”, Cizvit Ta-
rikatının feshedilmesiyle en önemli ba-
şarısını kaydetmiş ve bu engelin kalk-
masıyla şaşalı ibadet ve ayin usulleri-
nin, dinsel ritüellerin yerini içselleşme-
nin alması daha hızlanmıştır. Sıkı usul-
lere bağlı ibadet ve bunun sonucu olan
yoğun dinsel yaşam sadeleşmeye doğ-
ru ilerlerken bu değişime ayak uydura-
mayan tarikatlar Katolik Kilisesi tara-
fından feshediliyordu. Feshedilen ilk
tarikat olan Cizvitlerin uygulamaları ve
eğitiminin dayandığı esaslar, farklı

inanç ve ibadet özgürlüğüne cevaz ver-
meyen katılıktaydı. Avrupa’nın hemen
her kentinde bulunan Cizvit okulların-
da aşağılama ve ayıplamanın iyi hristi-
yanların doğal hakkı olduğu öğretili-
yordu. Cizvit örneği üzerinden bu öğ-
retiyi olumsuzlayan yazılar takdir ve
beğeni topluyordu.

Dinin içselleşmesinin inanç ve dü-
şünce özgürlüğüne önemli bir ivme ka-
zandırdığını görüyoruz. “Akılcı Hristi-
yanlığı” benimseyen Papalar, kilise
sansürünü hafifletmiş, yasak kitaplar
listesini denetleyerek birçok kitabın
yasağını kaldırmışlardır. Kopernik ve
Galile’nin eserleri üzerindeki yasağı
kaldıran XIV. Papa Benediktus’tur. Pa-
pa Clemens hakkında aktarılanlar da
inanç özgürlüğü açısından olumlu ge-
lişmeleri göstermektedir: “Papa’ nın
idaresindeki Roma’da Heretikler ke-
sinlikle taciz edilmez. Ne isterlerse onu
yapmalarına izin verilir. Ne Tanrının
ne de Papanın önünde diz çökerler ve
hiç kimse onlara bu yüzden sövmez.”
Ayrıca bu dönemde Roma’da bir ya-
saklanmış kitaplar listesinin bulunma-
dığını, her tür kitabın satılıp okunabil-
diğini de öğreniyoruz.¹⁴

Bu noktada inanç özgürlüğü tartış-
malarına katkıda bulunmuş “İşkenceli
Yargı Düzeni” üzerine sürdürülen tar-
tışmalara da değinmeliyiz. İşkence ile
ifade alma ve itiraf ettirme, kurumsalla-
şmış “İşkenceli Yargı Düzeni”nin bir
parçasıydı ve “İşkenceli Yargı Düze-
ni”ne ve Katolik devletlerce hala kabul
edilen engizisyon davasına yönelik
eleştiriler gittikçe güçlenmekteydi. İlk
olarak II. Frederich 1740’da kendine
bağlı devletlerde işkenceyi kaldırmış ve
işkence ile alınmış itirafların yargıçlar-
ca kabul edilmesini yasaklamıştır. Bu

(10) PAINE; Thomas, İnsan Hakları, (çeviren: Hüseyin Sarıca) İstanbul, 1985, s.11.

(11) PAINE; age., s. 7-43.

(12) IM HOF; age., s.150.

(13) IM HOF; age., s.184.

(14) IM HOF; age.s.168.

değişim rüzgarı içinde işkence ve yargı düzeni üzerine sürdürülen tartışmaların, genelde vicdan ve kanaat özgürlüğünün daha özelden ise hiç kimsenin dini inançlarını açıklamaya zorlanamaya çağrı ilkesinin kuramsal temelini oluşturmaya başladığını söyleyebiliriz. Cesare Beccaria'nın 1764 yılında yazdığı "Suçlar ve Ceza" isimli makalesi dönemin Ceza Yargılamasındaki uygulamalara saldırmakla kalmıyor, Ceza Hukukunun bağlandığı sistemi de sorguluyor ve bu arada işkenceli itiraflar hakkındaki eleştirileriyle vicdan özgürlüğü tartışmalarına katkıda bulunuyordu.

Düşünce özgürlüğü üzerine yürütülen tartışmaların ve düşünürlerin eserlerinin devrimlerin düşünsel temelini hazırladığı ve bu tartışmaların, hakların bildiri ve anayasalarda bir kategori olarak yer alması için uygun ortamı oluşturduğu yönündeki düşünceden hareketle, düşünsel-siyasal yaşam ile hukuk metinlerindeki kategorileri ve toplumsal pratikleri bir arada incelemeyi uygun buluyoruz.¹⁵ Bu nedenle dönemin önemli hukuk metinlerinde düşünce özgürlüğüne ilişkin düzenlemeler ile aydınlanmanın düşünsel kategorileri, birbirleri üzerindeki etkileri ve etkileşimleri üzerinden analiz edilecektir.

II-DEVİMLER-BİLDİRGELER VE AYDINLANMA HAREKETİNİN DÜŞÜNSEL ARDALANI

Devrimlere ve bildirgelere konumuzla sınırlı olarak yani düşünce özgürlüğü açısından bakarsak başlıca belgeleri ve maddeleri şöyle sıralayabiliriz;

• 1689 İngiltere İnsan Hakları Bildirgesi'nin 9. maddesi parlamenterler için konuşma özgürlüğünü getirmektedir.

• 12 Haziran 1776 tarihli Virginia İnsan Hakları Bildirisi, 12. maddesinde "özgürlüğün en güçlü kalelerinden birisinin de basın özgürlüğü" olduğunu kabul etmiştir.

• 26 Ağustos 1789 tarihli İnsan Hakları Bildirisi 11. madde "Düşüncelerin ve kanaatlerin başkalarına serbestçe iletilmesi ve ulaştırılması insanın en değerli haklarından biridir; böylece her yurttaş serbestçe konuşabilir, yazabilir ve basabilir" demektedir. 10. madde ise "Hiç kimse dini düşünceleri dahil, bunların ifadesi yasayla kurulmuş toplum düzenine zarar vermedikçe düşüncelerinden ötürü rahatsız edilmemeli" demektedir.

Bu maddelerdeki "özgürlük" (konuşma, basın özgürlüğü, düşüncelerin ve kanaatlerin başkasına serbestçe iletilmesi) ve "her yurttaş" "hiç kimse" gibi ifadelerde karşılığını bulan "eşitlik" kavramlarının içeriğini açıklamak için aydınlanma felsefesinin temel kategorileri ile düşünce özgürlüğü ilişkisi üzerinde duracağız. Özgürlük -özellikle düşünce özgürlüğü- ve eşitlikten bu dönemde ne anlaşıldığı, aydınlanma paradigmasının üzerinde yükseldiği eşitlik - kardeşlik - hoşgörü - akıl gibi kategorilerin ışığında belirlemektedir. Gerek bu kategorilerin içeriği gerekse düşünce özgürlüğünün kapsamı ve sınırları için önde gelen düşünürlerin kaleme aldıkları metinler yol göstericidir.

1- AYDINLANMANIN TEMEL KATEGORİLERİ VE DÜŞÜNCE ÖZGÜRLÜĞÜ İLİŞKİSİ

A- ÖZGÜRLÜK-EŞİTLİK- KARDEŞLİK (HOŞGÖRÜ)

İlk olarak aydınlanmanın temel kategorilerinden özgürlük - eşitlik - kardeşlik ile düşünce özgürlüğü arasındaki ilişkiye değineceğiz. Bu üç kavram, aydınlanma hareketi ile öylesine bütünleşmiştir ki, devrim sırasında bayraklara, sonrasında da Haklar Bildirilerine ve Anayasalara yazılmıştır.

Aydınlanma Çağı'nın özgürlük anlayışı, mübadele değerine dayalı üretim biçiminin gelişmesiyle biçimlenmiştir. "Mübadele ancak eşit ve özgür taraflar arasında olanaklıdır."¹⁶ Bu şartlar altında "özgür birey" in kabul edilmesi, ekonomik bir zorunluluktur. Nitekim serflere hukuki işlem ehliyeti tanıyan pazarın hızla geliştiğini ve genişlediğini görüyoruz. Özgürlüğün ekonomik belirleyiciler ışığında ve burjuvazinin menfaati doğrultusunda ortaya çıktığını analiz eden yaklaşımlar, aydınlanma paradigmasında özgürlüğün talep edilebilecek düşüncenin de burjuva düşüncesi ile sınırlı olduğu sonucuna ulaşmaktadır.¹⁷

Eşitlik ve hoşgörü de yine özgürlük gibi, mübadelenin gerektirdiği kavramlardır. Alım- satım sözleşmesi ancak eşit kabul edilen taraflar arasında yapılabilmektedir. Bir sözleşmenin gerçek ve olası tüm tarafları arasındaki eşitlik, onun varoluşunun temel koşuludur.

Kardeşlik yani hoşgörünün aydınlanmacı içeriği de mübadelenin belirlediği bir içeriktir. "Mübadele, tarafların diğer nesnel özelliklerini önemsemediği gibi, dinsel ve ahlaki inançlarını da tümüyle göz ardı eder."¹⁸

Ancak bu noktada hoşgörü ile düşünce özgürlüğünün ilişkisi, ilk iki kavramla ilişkiye göre daha az sorunlu bir görünüm sunmaktadır. Ticari ilişkilerin gelişmesiyle artan ilişkiler, mezhap savaşlarının azalması, farklı düşünceye tanınan samimi bir hoşgörünün olası zeminidir. Farklı düşünene, farklı inanana hoşgörünün, özgürlük ve eşitlikle aynı kaynaktan çıkmasına rağmen düşünce özgürlüğü için uygun iklimi sunmuş olduğunu söyleyebiliriz. Bu iyimserliği, farklı düşünceye hoşgörünün sınırını, düzeninin ve dirliğin korunmasının son derece katı çizdiğini belirtmemize rağmen sürdürebiliriz.

Hoşgörünün nerede başlayıp nerede bittiğini, ismi Aydınlanmacı hoşgörü anlayışı ile birlikte anılan Voltaire'in "Hoşgörü Üzerine İnceleme" adlı eserinden şu satırlarla anlayabiliriz:

"Protestanların tek istedikleri, doğal yasanın korunması, evliliklerinin geçerli sayılması, çocuklarının durumunun kesinlik kazanması, babalarına mirasçı olmaları, kişiliklerinin dokunulmazlığıdır; ne tapınak istiyorlar, ne belediye görevlerinde, ne de başka makamlarda bir hak."¹⁹

Bütün bu stratejik sınırlamalara rağmen hoşgörü adına en etkili satırlar da yine Voltaire'e aittir;

(16) GOLDMANN; Lucien, *Aydınlanma Felsefesi*, (çeviren: Emre Arslan) Ankara, 1999, s.40.

(17) Ahmet ÇİÇDEM, *Aydınlanma Düşüncesi*, 2.Baskı, İstanbul, 1999, s. 95-102; Max HORKHEIMER- Theodor W. ADORNO, *Aydınlanmanın Diyalektiği Felsefi Fragmanlar*, Çev.: Oğuz Özügöl, İstanbul, 1996, s. 7-63; GOLDMANN, age., s. 31-41.

(18) GOLDMAN; age., s.40.

(19) TANILLI, Server; *Voltaire ve Aydınlanma*, İstanbul, 1999, age., s. 173.

(15) Devrimlerin ve bildirilerin düşünsel arka alanı üzerine farklı görüşler de mevcuttur. Örneğin Jellinek özde Fransız Bildirisinin düşünsel temeli üzerinde yürüttüğü tartışmada Fransız bildirisinin düşünsel kaynağını düşünürlerin görüşlerine ve tartışmalara değil, Amerikan devrimine bağlamaktadır. CASSIRER, Ernst; *Devlet Efsanesi*, (çeviren: Necla Arat) İstanbul, 1984, s.178, 195.

“Birbirimizden nefret etmek ve birbirimizi boğazlamak için bu yüreği ve yürekleri bize vermiş değilsin; çetin ve geçici bir yaşamın yükünü karşılıklı olarak çekmemizde, birbirimize yardımcı olmamızı sağla. Cılız bedenlerimizi örten giysilerimiz, yetersiz dillerimiz, anlamsız görüşlerimiz, bize öylesine oransız görünen ama senin gözünde onca eşit olan durumlarımız arasındaki bütün küçük farklılıklar, insanlar denen parçacıkları birbirinden ayıran bütün bu ince ayrımlar, kin ve zulüm işaretleri olmasın.”²⁰

Voltaire’in hoşgörü tanımı John Locke’un “Hoşgörü Üstüne Bir Mektup”²¹ başlıklı kitabında ifade ettiği “negatif hoşgörü” anlayışına yaklaşılmaktadır. Locke da Voltaire gibi hoşgörü üzerine görüşlerine başlangıç noktası olarak, hoşgörünün kendinden menkul “iyiliği”ni değil, hoşgörüsizliğin yarattığı ve yaratabileceği sonuçların kötülüğünü almaktadır.

Aydınlanma paradigması içindeki tek hoşgörü anlayışı bu değildir. Özellikle Thomas Paine ve John Stuart Mill’in görüşleri böylesi pragmatik bir hoşgörü anlayışından uzaklaşarak toplumsal çeşitliliğin sağlanması ve farklılıkların zenginliğinden mahrum kalmamak için hoşgörünün dolayısıyla düşünce özgürlüğünün vazgeçilmezliğini tespit etmektedir. Paine, Mill ve Kant’ın görüşleri hoşgörü ve düşünce özgürlüğü arasındaki ilişkiyi belirginleştirmekte ve sınırları bu bağlamdan hareketle çizmektedir. Örneğin Paine, hangi türden düşüncelere özgürlük ta-

nınabileceğini şöyle belirliyor: “Yönetimlerin ilkelerini araştırmaktan, insanları akla ve düşünmeye çağırmaktan ve değişik sistemlerin kusur ve üstünlüklerini göstermekten daha ileri gitmeyen yapıtların yayın alanına çıkma hakkı vardır.”²²

Mill “Özgürlük Üzerine” isimli eserinde, neden farklı düşünceler özgürce ifade edilmelidir sorusunu; çünkü gerçek ancak tartışma ile ortaya çıkar diye yanıtlamaktadır;

“Eğer biri dışında bütün insanlar aynı düşüncede olsalar ve sadece bir kişi karşıt düşüncede olsa, nasıl bu kişinin elinde güç olduğu takdirde, insanları susturmaya hakkı yoksa, insanların da bu tek kişiyi susturmaya daha fazla hakları yoktur.(...) Düşüncenin susturulmasındaki asıl kötülük budur (...) Eğer düşünce doğruysa insanlar yanlış olanı doğru olanla değiştirmek imkanından yoksun bırakılırlar; eğer yanlışsa onlar neredeyse aynı derecede büyük bir yararı, yani gerçeğin haksızlıkla çarpışması sonucunda onun daha açık olarak anlaşılmasını ve daha canlı bir etki yaratmasını elden kaçırmış olurlar.”²³

Kant ise düşüncenin kamu yararına kullanımı ile özel kullanımı şeklinde bir ayrım yapmış ve kamu yararına olan düşünce ifadesinin özgürlüğünü savunmuştur.

“Kendi hakkını kamu hizmetine kullanmak, bir kimsenin, örneğin bir bilginin bilgisini ya da düşüncesini, yani aklını, onu izleyenlere, okuyanlara

yararlı olacak bir biçimde sunmasıdır... Bir bilgin sıfatıyla, kendi düşünme yetisine dayanarak yazılarıyla kamuya yönelir; her hal ve durumda aklını kullanırsa zamanında edilgin olarak da olsa görev yaptığı durumları ve işleri de zarara uğratmaz... Fakat bu konuda doğru olmak gerekiyorsa, bir bilginin hizmetinin yanlışları üzerindeki eleştiri ve düşünceleri ve bunları kamu önünde yargılanması için götürmek istemesi yasaklanamaz. Alanının bir bilginini olarak din adamı yazılarıyla halka hitap ederken, dünyaya seslenirken, yani rahip olarak aklını kamu hizmetinde kullanırken aklın kamu için kullanımının sınırsız özgürlüğünden yararlanır.”

Kant, yukarıda ahntılar yaptığımız “Aydınlanma Nedir Sorusuna Yanıt” başlıklı makalesinde eleştirebilme özgürlüğünü kamu yararına kullanımla sınırlar gibidir. Eleştirebilme özgürlüğünün, onun satırlarında bir çeşit kamu oyunu aydınlatma sorumluluğuna dönüştüğünü söyleyebiliriz.²⁴

B- AKIL

Akıl, yukarıda değindiğimiz özgürlük, eşitlik, kardeşlik (hoşgörü) gibi aydınlanmanın temel kategorileri arasında önemli bir yere sahiptir. Aydınlanma düşüncesinin üzerinde yükseldiği “akıl” kategorisini değerlendirmeye çağın özgürlük paradigmasını hatırlayarak başlıyoruz. Özgürlük üzerine tartışmaların kabaca determinizm ve endeterminizm yandaşları olarak ikiye ayrılabiliriz. Endeterminist görüşe göre iradenin özgürlüğünü ka-

bul etmek sorun yaratmamakta, aksine endeterminizm, iradenin özgürlüğünü ortaya koyan bir görüş olarak sunulmaktadır. Deterministlerin irade özgürlüğüne bakışı ise bilindiği üzere sorundur. Spinoza ve Kant’la başlayan, Shopenhauer’le devam eden, determinizmle özgürlüğü bağdaştırma eğilimi ile özgürlüğün, içselleştirildiğini ve felsefi bilgi birikimi ile kurulan paralellik sayesinde insan karakterine atfedilen bir özellik olarak anılmakta olduğunu görüyoruz. Ancak özgürlüğün içselliğinin savunulduğu özgün felsefelerde bile özgürlüğün, bir yönüyle hala dış koşulların engellemeleriyle yok edilebilir nitelikte olduğu kabul edilmektedir. Dış koşulların engellemeleleriyle yok edilebilir olan özgürlüklerden biri de, Shopenhauer’in entelektüel özgürlük olarak nitelediği, düşüncenin özgürlüğüdür.²⁵

Aydınlanma felsefesi, dış koşulların engellemelerine açık olduğu kabul edilen düşünce özgürlüğünün en büyük koruyucusunu aydınlanmanın temel kategorilerinden önde geleni, akıl olarak belirlemektedir. Aydınlanma felsefesinde aklın, insan zihninin tüm sorularının yanıtlarını elde etme yeterliliğine sahip bir anlamla yüklendiğini görüyoruz. Akıl yüceltmek çağın en kabul gören eğilimidir. Aklın tinsel yardıma hiçbir biçimde ihtiyaç duymadan, yaşamın tüm temel sorunlarında tek rehber, tek çözümleyici olabileceğine inanılmaktadır.

Burjuvazi, feodal ideolojiyi burjuva idealleri ile değiştirebilmek için ihtiya-

(20) TANILLI; age., s.174.

(21) LOCKE, John, *Hoşgörü Üstüne Bir Mektup*, çeviren: Melih Yürüşen, Ankara, 1995.

(22) PAINE; age., s.189.

(23) MILL; John Stuart, *On Liberty*, London, 1985, s.76-77.

(24) KANT, Immanuel, *Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt*, Seçilmiş Yazılar, (çeviren: Nejat Bozkurt) İstanbul, 1984, s.213-221.

(25) SCHOPENHAUER, Arthur; *İstencin Özgürlüğü Üzerine*, (çeviren: Mehtap Söylü) Ankara, 2000, s.13, 117.

cı olan gücü aklın aydınlanmacı anlamında bulmuştur diyebiliriz. Akıl burjuva düşüncesinde bir tür akıl inancına dönüşmüş ve çağın düşünce ve eylem paradigmasını etkilemiştir. Bu soruna kısaca, ana hatlarıyla bile olsa değinmek aydınlanma hareketinin düşünceye ve dolayısıyla düşünceye tanınan özgürlüğe verdiği önemi anlamamıza yardım edecektir.

Aydınlanma felsefesi bilginin akıl yönünü mutlaklaştırır. Bu rasyonalist bilgi kuramını (yüzeysel olmasını göze alarak) kısaca şöyle ifade edebiliriz: Aydınlanma, gerçeğin ölçütünü yalnızca düşüncenin içinde arar. Aydınlanmacı bilgi kuramının akılcı ve ampirik aşamaları birleştirmesi başlı başına bir sorunsaldır; ancak bizim burada bu konuya bakışımızdaki belirleyici unsur; aydınlanmacı bilgi kuramının, insanı bilginin nesnesi olmakla sınırlamayıp bilginin öznesi olmasına izin veren yönü ve "bilginin öznesi olma sıfatıyla donanan insan" düşüncesinin tarihi rolüdür.

Aydınlanmanın, "tek rehber akıl" anlayışına burjuva düşüncesinin sahip çıkması iki açıdan anlamlıdır. Birincisi, burjuvazinin, iktidar talebinin düşünsel temelini kurarken **etken ve değiştirici** akla duyduğu ihtiyaçtır. Diğeri de aklın, dünyanın eleştirel kavranışı ve insanın dünyayla ilişkisini rasyonel bilgi (Hegel buna arı içgörü der) aracılığıyla kurabilmesidir. Gerek etkin ve değiştirici misyonla yüklenmiş olarak akıl, gerekse eleştirel bakışın onay görebilmesi için yüceltilmiş anlamıyla akıl, burjuvazinin feodal toplumdan burjuva toplumuna geçiş sorununda vazgeçilmez anahtardır.

Yukarıda burjuvazinin akla yüklediği ilk misyon olarak belirlediğimiz

etkin ve değiştirici olmak, rasyonalist bilgi kuramının bir verisidir ve burjuvazi buradan yola çıkarak tarihsel etkinliğini ortaya koyabilmiştir: Doğaya ve topluma egemen olmak. Bu çağa gelene dek insan, bilgisiyyle dönüştürücü bir özne olmaktan çok uzaktır; bilgi sadece evreni anlayabilmek için vardır ve bu haliyle düşünmek entelektüel bir faaliyetten öteye geçmemektedir. Ancak Aydınlanma Çağı'nda artık insanın doğaya ve topluma anlığın faaliyeti ile yani düşünerek egemen olabileceği inancı yerleşmiştir.

Düşünme eylemi öylesine yüceltilmişti ki bu gerçek anlamda bir varlık problematiğine dönüşmüştür. Aydınlanmacı insan, varolmayı düşünme eylemine bağlayan Decartes'in "düşünüyorum öyleyse varım" önermesine yürekten inanmıştır. Akla yüklenen ikinci misyon olarak, eleştirel bakışın onaylanması için aklın yüceltilmesini saymıştık. Aydınlanma felsefesinin geçerli olan her şeyi parçalayan eleştirel bir anlam taşıdığı görüşü, aydınlanma hakkındaki "banalitelere" en başta gelenidir. Değiştirmek istediği feodal sisteme ve kurumlarına akla dayanarak eleştiriler yönelten burjuvazi için bu "banalitenin" düşünce özgürlüğü açısından taşıdığı önem büyüktür. Önceki başlık altında verdiğimiz örneklerin de ortaya koyduğu gibi dönem, eleştirel düşünceler ve bu düşüncelerin karşılaştığı yasak ve sansürler açısından hareketli bir dönemdir.

Sonuç olarak diyebiliriz ki; aydınlanma felsefesinin akla verdiği önem, düşünme faaliyetini ve düşüncenin gücünü yüceltmış ve düşünme faaliyetinin sadece kuramsal bilgi üretmek için değil, etkili eyleme dönüşebilecek nitelikteki düşünceyi de üretebilme kapasite-

tesini ortaya çıkarmıştır. Yüzyılın devrimler yüzyılı olması da düşünce ve eylem arasındaki köprünün kurulmasının sonucudur diyebiliriz. Ancak hangi düşüncenin ifade edilmesine ne kadar özgürlük tanınacağına ilişkin bu dönemde genelleşen algıdan ve ortak bir pratikten söz edebilirsek eğer, bu çerçevenin, burjuvazinin hedeflediği proje (burjuva idealleri) kapsamında çizildiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Dolayısıyla aydınlanma döneminde düşünce özgürlüğünün kapsamı da burjuvazi projesinin ufuklarıyla sınırlıdır.

Sapere Aude:

Aklını kendin kullanma cesaretini göster

Kendi kendini ortadan kaldıran aklın gelişmesi son bulduğunda, kendisine, barbarlığa ya da tarihin başlangıcına geri dönmekten başka yapacak bir şey kalmaz.

Max Horkheimer

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- BUHR, M.-SCHROEDER, A.-BACK, K.-Bilimsel Düşüncenin İlkeleri 2, Aydınlanma Hareketi ve Felsefesi, (çeviren: Veysel Ataman), İstanbul, 1984.
- CASSIRER, Ernst- Devlet Efsanesi, (çeviren: Necle Arat) İstanbul, 1984.
- CASSIRER, Ernst- The Philosophy Of the Enlightenment, Boston, 1965.
- ÇİĞDEM, Ahmet -Aydınlanma Düşüncesi, 2. Baskı, İstanbul, 1999.

- GOLDMAN, Lucien -Aydınlanma Felsefesi, (çeviren:Emre Arslan) Ankara, 1999.
- HAMPSON, Norman- Aydınlanma Çağı, (çeviren: Jale Parla) İstanbul, 1981.
- HORKHEIMER, Max - ADORNO Theodor W.-Aydınlanmanın Diyalektiği Felsefi Fragmanlar, çeviren: Oğuz Özgül, İstanbul, 1996.
- KANT, Immanuel-Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt, Seçilmiş Yazılar, (çeviren: Nejat Bozkurt) İstanbul, 1984.
- LOCKE, John.- Hoşgörü Üstüne Bir Mektup, çeviren: Melih Yürüşen, Ankara, 1995.
- MILL, John Stuart- On Liberty, London, 1985.
- O'HAGAN, Timothy -Revolution And Enlightenment in Europe, UK., 1989.
- PAINE, Thomas- İnsan Hakları, (çeviren:Hüseyin Sarıca) İstanbul, 1985.
- RUSSELL, Bertrand-Batı Felsefesi Tarihi II, (çeviren: Muammer Sencer), İstanbul, 1987.
- SANCAR, Mithat- "Devlet Aklı" Kısacasında Hukuk Devleti, İstanbul, 2000.
- SCHOPENHAUER, Arthur- İstencin Özgürlüğü Üzerine, (çeviren: Mehtap Söyler) Ankara, 2000.
- ULRICH, Im Hof- Avrupa Aydınlanması, (çeviren: Şebnem Sunar), İstanbul, 1995.
- TANİLLİ, Server- Yüzyılların Gerçeği ve Mirası, C.IV, İstanbul, 1999.
- TANİLLİ, Server- Voltaire ve Aydınlanma, İstanbul, 1999.
- Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, İletişim Yayınları, C.8.

İnsan Genom Projesi ve İnsan Kimliği*

Dan W. BROCK**

Çeviren: Saim Üye***

I. Giriş

İnsan Genom Projesi tarafından ortaya çıkarılan etik ve felsefi sorunların çoğu –örneğin tıbbi ve genetik bilginin gizliliğinin ve kişiye özelliğinin korunması ya da bir kişinin belirli hastalıklara yakalanma riskine ilişkin bilginin sağlık sigortasından dışlanma için bir temel olarak kullanılması– biyoetik alanında biliniyor. Ancak, İnsan Genom Projesi'nden ilerde ortaya çıkması muhtemel bütün yeni bilgi miktarı¹, bu sorunları niteliksel olarak dönüştürebilir. Bu yazıda saptayacağım ve kısaca betimleyeceğim üç büyük etik sorun, standart biyoetik ya da hukuk ve tıp literatürünün parçası değil. Bu etik sorunlar İnsan Genom Projesi literatüründe henüz iyice tanımlanmamış olsalar da, daha az önemli değil. Hatta, bu sorunlar gelecek yıllarda uğraşmak zorunda kalacağımız önemli hukuki ilkeleri ve etik uygulamaları ima ediyor. Odaklanacağım İnsan Genom Projesi'nin potansiyel etkileri görece uzun vadeli olduğu için, tartışmam bir miktar spekülasyon olacak.

Bu üç etik sorunun her biri, genel olarak insan kimliğine dair kavrayışlarımızla ve bireyler olarak kendi özgün kimlik duygularımızla ilgili bulunuyor. İlki, eşitlik sorunlarını ve daha özelden fırsat eşitliğini dikkate alıyor. İkincisi, ceza hukuku gibi alanlardaki önemli hukuk uygulamalarının olduğu gibi, ahlaki inançlarımızın ve uygulamalarımızın birçoğunun da temelini oluşturan bir kavrayışla, kendimizi sorumlu failer olarak kavrayışımızla ilgileniyor. Üçüncü etik sorun, açık bir normallik standardının olası güçsüzleşmesini ve bunun sonuçta kendimizi ve kimliklerimizi psikolojik anlamda nasıl tanımladığımız konusuna olan etkisini hesaba katıyor.

II. Fırsat Eşitliğiyle İlgili Örtük Anlamlar

Eşitlikle ilgili sorunla başlayacağım. Eşitliğe bağlılık, pratikte bu bağlılığı gerçekleştirmekten ne ölçüde uzak kaldığımız bir yana, Amerikan siyasetinde ve siyaset felsefesinde uzun ve köklü bir konuma sahip. Ancak,

eşitliği tek bir ideal olarak düşünmek yanlış; çünkü eşitliğe bağlılığın nasıl anlaşılması gerektiğiyle ilgili rekabet halinde birçok alternatif yorum var. Buradaki odak noktam, bazı yorumlarda, daha güçlü eşitlik anlayışlarına taraftar olmayanların yaygın biçimde kabul ettikleri fırsat eşitliği olacak². Fırsat eşitliği, sıklıkla, sonuç ya da çıktı eşitliğiyle karşıt olarak görülüyor. Örneğin, bir menfaate ya da yararla ilgili fırsat eşitliği, yararın onu elde etmek için eşit fırsata sahip olanlar arasında dağılımındaki eşitsiz sonuçlarla uyumluluk halinde olabilir. Bu anlamda, fırsat eşitliği, sonuçlardaki eşitliğe taraftar olmayanlarca paylaşılan sınırlı ya da minimal bir eşitlikçi ideal olarak görülebilir.

A. Fırsat Eşitliği İle Ne Kastettiğimiz

Fırsat eşitliği birçok alternatif yorumla açık. Fırsat eşitliği, belirli bir yararı ya da konumu isteyen bireylerin tümünün ona sahip olmadığı kısıtlılık koşullarında bir rol oynar. Daha önceki ve hala önem taşıyan anlamlarından birinde, fırsat eşitliği, kısıtlı yararlar ve ya konumlar için insanların rekabet edebilme özgürlüklerine getirilen yasal veya yarı-yasal sınırlamalara saldırarak için kullanıldı. Örneğin, siyahları beyaz okullarına katılmaktan dışlayan ve onların daha düşük nitelikli okullara katılmalarını isteyen, yasal olarak tatbik edilmiş ırka dayalı ayrımcı uygulama-

malar veya siyahlara ya da Yahudilere başvuruda bulunmalarına gerek olmadığının söylendiği işe alma uygulamaları, bu şekli fırsat eşitliği anlayışını ihlal etti³.

İlk bakışta görünür olmamakla birlikte, şekli fırsat eşitliği, belli grupların tercih içeren davranışıyla, bu gruplara üyeliğin arzu edilen konumdaki başarıyla performansla hiç ilgisi olmasa bile, uyumludur. Örneğin, bir iş için tüm başvuru sahiplerini dikkate alan, fakat belirli bir dinin mensubu olan adaylara öncelik tanıyan bir istihdam bürosu, şekli fırsat eşitliğini ihlal etmiş olmaz.

Ancak *adil* fırsat eşitliği, şekli fırsat eşitliğine iki bileşen daha ilave eder. İlk olarak, adil fırsat eşitliği, kısıtlı işlerin ve konumların o belirli konumdaki başarılı performansla makul biçimde bağlantılı esaslara uygun olarak doldurulmasını talep eder⁴. Bu yüzden, işe alma testleri ya da sınavları, test edilen bilgi ya da hünelerinin o konumdaki müstakbel performans temelinde adaylar arasında bir ayırım gözetmemeleri nedeniyle, bazen keyfîlik itirazıyla karşılaşırlar⁵.

Seçim için tüm keyfi temellerin ortadan kaldırılmasıyla bile, adil fırsat eşitliği hala tam olmaktan uzaktır. Adil fırsat eşitliği ikinci bir bileşen daha içerir –başarının önündeki sosyal ve çevresel engellerin kaldırılması. Örneğin, bir toplumda en çok talep gören konumlar, sadece, yoksul öğrenciler

(*) "The Human Genome Project and Human Identity", 29 Houston Law Review (1992) 7-22. (Yazarın izniyle çevrilmiştir).

(**) Felsefe ve Biyomedikal Etik Profesörü, Brown Üniversitesi. Biyomedikal Etik Merkezi Müdürü, Brown Üniversitesi. PhD., Columbia Üniversitesi, 1970.

(***) Dr., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

(1) Bkz. Mark A. Rothstein, "Genetic Discrimination in Employment and the Americans with Disabilities Act", 29 Hous. L. Rev. 23 (1992).

(2) Genel olarak bkz. *Equal Opportunity*, (Norman E. Bowie ed., 1988).

(3) Bkz. Başlık VII, Civil Rights Act of 1964, 42 U.S.C. § 2000e-e17 (1988) (Ayrımcı olmayan işe alma uygulamaları ve usulleri için ilkeler ortaya koyuyor); *Brown v. Board of Educ.*, 347 U.S. 483, 493-95 (1954).

(4) Bkz. örn., *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229, 250-51 (1976); *Griggs v. Duke Power Co.*, 401 U.S. 424, 436 (1971); *Gilbert v. City of Little Rock*, 799 F.2d 1210, 1214-15 (8th Cir. 1986).

(5) Yorumcular bu tür testlerin ve sınavların meşruluğunu tartışıyor. Bkz. Mark Kelman, "Concepts of Discrimination in 'General Ability' Job Testing", 104 Harv. L. Rev. 1157 (1991); James M. Conway, 15 Hofstra L. Rev. 299 (1987).

için burs ya da kredi sağlamayan pahalı özel okullarda ulaşılabilir bir okul eğitimi gerektiriyor ise, yoksul adaylar adil fırsat eşitliğinden yoksun bırakılmış olduklarını haklı biçimde ileri sürebilirler. Okuldan şekli olarak dışlanmış olmasalar da, yoksul öğrenciler toplumda en çok talep gören konumlar için nitelik koşulu olan bir okul eğitimi elde etmeye yönelik etkin bir fırsata sahip olmayacaklardır. Ayrıca, bu eğitimi elde etme araçları ücretsiz ya da daha düşük maliyetli kamu okulları biçiminde veya daha pahalı özel okullarda burs ya da kredi yoluyla temin edilebilir. Bu ve diğer senaryolarda, adil fırsat eşitliği, talep edilebilir kısıtlı roller için makul nitelik koşullarını sağlayabilmek yönünden toplumun bazı kesimlerinin daha az şansa sahip olmalarına yol açan *herhangi* bir sosyal ya da çevresel faktörün değişmesini gerektirir görünüyor. Seçim için gerekli nitelik koşullarını geliştirme araçları temin edilerek fırsat eşitliği etkin kılındığında, hemen hemen benzer hüner ve yeteneklere sahip insanlar aşağı yukarı eşit yaşam şanslarına, fırsatlara ve beklentilere sahip olacaklardır.

B. Fırsat Eşitliğinin Ne Anlama Gelebileceği

Seçim için sosyal ve çevresel engeller ile diğer keyfi temeller ortadan kaldırılabilir, adil fırsat eşitliği bireyler arasında yine eşitsiz çıktılarla sonuçlanacaktır. Çıktılar, önemli bir kısım itibarıyla, doğal yeteneklerdeki farklılıklar ve bu farklılıkların fırsat eşitliğinin rekabetçi dünyasına olan etkisi nedeniyle eşitsiz olur. Daha az yetenekli olanlar, daha düşük yaşam beklentileri temelinde hala bir ahlaki yankınada bulunacaklar mıdır? Bu daha

az yetenekli olan insanların bazılarının, toplumlarında başarı için önemli olan kimi özgün, bilişsel işlevlere, kendi kusurları olmadan, çoğu kişiye kıyasla daha az yetenekli olmalarına, bilişsel kapasitelerini geliştirmek için ulaşılabilir tüm araçlara sahip olmalarına rağmen, itiraz ettiklerini varsayın. Bu bireyler, bu dezavantajın onları gerçek ya da tam fırsat eşitliğinden mahrum bıraktığını ileri süreceklerdir. Arzu edilen rollerin hakikaten kısıtlı olması durumunda, zorunlu olarak *bazı* kişileri bu rollerin dışında tutma etkisine sahip bulunan nitelik koşullarının *her zaman* var olacağını ifade etmek önemlidir. Bu rekabetçi süreçte kaybeden o insanlar, nitelik koşullarına sahip olmayışlarının onları fırsat eşitliğinden yoksun bıraktığını *her zaman* şikayet konusu yapacaklar mıdır? Kısıtlı roller için yapılan rekabette bazı bireylerin kaybetmesine yol açan, insanlar arasındaki *herhangi* bir farklılığa, o bireyleri tam fırsat eşitliğinden mahrum bırakma nedeniyle itiraz edilebilecek midir?

Bir bireyin, daha az bilişsel yeteneğe sahip olmanın tam fırsat eşitliğinin yadsınmasına yol açtığı yönündeki şikayetine uygun cevap, basitçe hiçbir çözümün olmadığıdır. Daha özelde, sosyal olarak ortadan kaldırılabilir her dezavantajın giderilmesi sağlandıktan sonra bile artık olarak kalacak bireysel farklılıklar konusunda hiçbir şey yapılamayacağına işaret ederek cevap verilir. Eğer bir bireyin bilişsel sınırlılıkları, annesinin hamilelik dönemindeki zayıf beslenmesinden kaynaklanıyorsa ve bu da onun yoksulluğunun sonucu ise, fırsat eşitliği, sosyal refah programlarının yoksulluğu ve sonuçtaki kötü beslenmeyi düzeltmesini gerektirecektir. Ancak, bilişsel sınırlılık basitçe

“genetik piyango”daki kötü şansın bir sonucu ise, tam fırsat eşitliğine ulaşmak için başka hiçbir şey yapılamaz.

Bu noktadaki önemli bir soru, genetik temelli bilişsel yetenekteki dezavantaja rağmen fırsat eşitliğinin tam olarak gerçekleştirilebilir mi olduğudur; ya da bunun yerine, bu artık bilişsel dezavantaj yüzünden fırsat eşitliğinin tam olarak gerçekleştirilemez mi olduğudur. Farklılığın genetik temelini ayırttığımızı ve bu dezavantajı bazı genetik tedavi biçimleri yoluyla “düzeltilebileceğimizi” anladığımızı tahayyül edersek, ikinci alternatifin doğru olduğunu görebiliriz. Eğer tedavi, sadece ekonomik ayrıcalığa sahip olanların kendi çocukları için katlanabilecekleri kadar pahalı ise, fırsat eşitliği tedavinin dezavantajlı çocuklar için de ulaşılabilir kılınmasını gerektirecektir.

Fırsat eşitliğinin İnsan Genom Projesi ile olan ilişkisinin şimdi açık hale gelmekte olduğunu umuyorum. İnsan Genom Projesi’nin, insanların yaşamadaki beklentilerini etkileyecek çeşitli özelliklerin genetik temeliyle ilgili anlayışımızı çarpıcı biçimde artırması beklenebilir. Daha özel olarak, Proje belirli gen grupları ile belirli insan özellikleri ve yetenekleri arasındaki ilişkinin bilgisini bize verebilir. Sonra bu bilgi, bu genetik dezavantajların bazılarını giderebilecek gen tedavisinin ya da mühendisliğinin, yeni tedavilerin gelecekte ne zaman ortaya çıkacağını bilmesek de, gelişimine yol açabilir. Genetik temelli dezavantajların *hiçbiri*, fırsat eşitliği temelinde itirazdan ve giderilme arayışlarından bağışık olmaya-

caktır. Bernard Williams’ın otuz yıl önce bir klasik çalışmada belirttiği gibi, fırsat eşitliği kavramımız kimlik olarak anlaşılan eşitlik yönünde şekil dönüşümüne uğruyor; çünkü fırsat eşitliği insanların, kısıtlı yararlar için yapılan rekabette başarılarını etkileyen tüm özelliklerinin eşitlenmesini gerektiriyor⁶.

Yeni genetik bilgi ve sonuçta sapmaları düzeltmek üzere geliştirilen gen tedavileri karşısında, insanların daha derin ve daha yaygın biçimde eşitlenmesini gerektirecek olan fırsat eşitliğinin, iki önemli sonucu olacak. İlk sonuç, fırsat eşitliğinin diğer sosyal ve politik değerler ve kurumlar ile artan bir ihtilafa düşecek olmasıdır. Fırsat eşitliğinin, halen gücümüzün yettiği oranda tam olarak gerçekleştirilmesi, aile kurumuyla derin bir ihtilaf halinde olduğu zaten yaygın olarak kabul ediliyor⁷. Ana-babalar çocukları için, onlara olabildiğince iyi bir yaşam sağlayacak avantajları ve fırsatları temin etmeye çalışacaklar. Ailenin sağladığı avantajların ve dezavantajların bertaraf edilmesi, en azından, aileye ciddi bir müdahaleyi gerektirecek ve ana-babaların çocuklarına yönelik doğal sevgileri ve ilgileri doğrultusunda hareket etme özgürlüklerine ciddi sınırlamalar getirecek. Daha büyük olasılıkla, bu tür bir hedef aile kurumunu bildiğimiz şekliyle etkin biçimde bir yana bırakacak. İnsan Genom Projesi’nin bize sağlayabileceği genetik bilgi ve potansiyel tedavi olanakları, fırsat eşitliğine olan bağlılığımızı daha da zora sokacak ve diğer sosyal ve politik değerler ile ku-

(6) Bernard Williams, “The Idea of Equality”, in *Philosophy, Politics and Society*, 110, 125-128 (Peter Laslett & W.G. Runciman eds., 2nd series 1962).

(7) Bkz. James S. Fishkin, *The Limits of Obligation*, 145-49 (1982).

rumlarla bağlantılı olarak fırsat eşitliği-nin değeri hakkında yeni kararlara zor-layacak.

Yeni genetik bilgiler ve tedaviler tarafından sağlanan fırsat eşitliği geniş-lemesinin, ikinci ve belki de insan kim-liği üzerinde daha da önemli bir sonu-cu olacak. Kısaca bu genişleme, birey-lerin psikolojik kimlik dayguları üze-rinde bir baskı oluşturacak. Kısmen bu duygu, bir kişinin, içsel ve o tekil bire-yin özüne ait, bu yüzden müdahaleye karşı dokunulmaz olan kimi özelliklerini, sadece beni (self) etkileyen dışsal olumsuzluklar halindeki keyfi ve öze ait olmayan diğer özelliklerden ayırıştırır, beni (self) çevreleyen muğlak biçimde tanımlanmış sınırlar tarafından belirle-niyor. Bireylerin birçok niteliklerinin, örneğin matematik gibi soyut muhake-me yapabilme yetenekleri veya başka-larının acılarına empati duymaya dair kişilik özellikleri gibi psikolojik kimlik kavrayışımız için önem taşıyan içsel özelliklerin, kısmi genetik temelini an-lamaya başlayabiliriz. Ancak, bu özel-likleri sadece genetik piyangodaki bir tesadüf olarak görmek, dolayısıyla ya-şam beklentilerimizde bizi dezavantaj-lı konuma sokarak fırsat eşitliği önün-de engel oluşturmaları durumunda ge-netik tedavi yoluyla müdahale edilebi-lir olduklarını düşünmek, onları kimli-ğimize göre dışsal ve öze ait olmayan nitelikte görmek demektir. Sonuçta or-taya çıkan anlayış, Bernard Willi-ams'ın belirttiği gibi, insanları sadece yüklemelerin taşıyıcıları olarak ve onla-rı fiziksel olarak cisimlenmiş bilinçli varlıklar haline getiren tüm özellikler-den bağımsız olarak gören anlayıştır⁽⁸⁾.

İnsan Genom Projesi'nin getirebileceği bilgiler ve sonrasında genetik tedavi ve mühendislik kapasitelerinde yaşanacak gelişmeler ışığında, bireysel kimlik kavrayışlarımızdaki bu gerilimlerin na-sıl biteceğini bilmiyorum. Ancak, bi-reysel kimlik kavrayışlarımızda derin ve zor gerilimlerin ortaya çıkacağından eminim.

III. İnsanları Sorumlu Failler Olarak Kavrayışımızla İlgili Örtük Anlamlar

İnsan kimliğinin İnsan Genom Pro-jesi'nin derin biçimde etkileyebileceği ikinci yönü, kendimizi sorumlu failler olarak ve daha özelde eylemlerimiz-den, yaşadığımız hayattan ve ne tür in-sanlar olduğumuzdan ahlaki ve hukuki yönden sorumlu olarak görme anlayışı-mızdır. Kendimizi sorumlu failler ola-rak kavrayışımız, ortak ahlaki inançlar-da ve bireylerin kendi kaderlerini tayin etmelerine büyük değer veren önemli sosyal ve hukuki kurumlarda ve uygu-lamalarda yansımaları bulur⁽⁹⁾. Kendi kaderini tayinle kastettiğim, iyi bir ya-şamın ne olduğuna dair kendi anlayışı-mızı biçimlendirmek, zaman içinde de-ğiştirmek ve onun peşinden gitmekteki menfaatimizdir. Kendi kaderini tayin deneyimi, kendimiz için, hayatlarımız hakkında kendi değerlerimize ve amaç-larımıza uygun olarak önemli kararla-rın alınmasını içerir. Kendimizi sorum-lu, kendisi üzerine düşünen failler ola-rak gördüğümüz bu kavrayış, eylemle-rimizden kendimizi ve başkalarını ah-laki ve hukuki yönden sorumlu tutma uygulamamızda cisimleşir. Bu ahlaki ve hukuki sorumluluk uygulamalarını

meşru kılmak için, eğer varsa, hangi anlamda özgür iradenin gerekli olduğu konusunda uzun bir felsefi tartışma ge-leneği var⁽¹⁰⁾. Bu savın analizi bu maka-lenin kapsamını aştığı için, sadece İn-san Genom Projesi'nin süren tartışma-yı nasıl etkileyebileceğini ve yoğunlaş-tırabileceğini belirtmeye çalışacağım.

A. İnsanları Sorumlu Failler Olarak Kavrayışımızın Kapsamlılığı

1. *Ceza hukukunda.* Sosyal ve hu-kuki uygulamaların insanları sorumlu failler olarak gören bir kavrayışı var-saydığını göstermek için sadece ceza hukukunu dikkate almamız yeterli. Ce-za hukukuna bir "tercih sistemi" olarak gönderme yapan görüşün herhalde en bilinen taraftarı H.L.A. Hart olmuştur⁽¹¹⁾. Hukuk, insan öldürme, müessir fiil ve tecavüz gibi belirli eylemlerin gerçekleştirilmemesi gerektiğini aleni olarak duyurur ve insanları davranışla-rını hukukun bu gereklilikleriyle uyumlu hale getirmekle sorumlu kılar. Böylece, yürürlükteki ceza hukuku in-sanlara davranışlarını tanımlanmış sı-nırlarla uyum içinde tutmayı veya ihlal hallerinde cezaya muhatap olmayı em-reder. Bu emrin etkin ve adil bir davra-nış kontrol aracı olarak görülmesi için, hedeflediği kişilerin emri anlayabilme yeteneğine ve ona uyup uymamayı seç-mek için makul bir olanağa sahip ol-maları gerekir. Bu sosyal kontrol araç-larının kullanımı için gerekli yeteneğe

sahip olduğuna inanılan canlılar, sade-ce insanoğulları, ya da felsefi anlamda daha açık olarak, şahıslardır. Tehlikeli hayvanlar, artık tehlikeli ya da zararlı olmamalarını sağlamak üzere kuvvetin önleyici kullanımı gibi başka yollarla kontrol edilmek zorundadırlar. Akıl hastalığı nedeniyle tehlikeli olan insan-lara uygulanan önleyici hapis de, bu anlamda onların sorumlu davranış ye-teneğine sahip olmadıkları konusunda-ki varsayımları yansıtır⁽¹²⁾.

2. *Kendimize ve Başkalarına Yöne-lilik Tutumlarımızda.* İnsanları davranış-ları için ahlaki sorumluluk ve ceza hu-kukuna uyma bakımından hukuki so-rumluluk altında tutma yönündeki kar-maşık uygulamamızın bir parçası, so-rumlu failler olarak kendimiz ve başka-ları hakkında sahip olduğumuz önem-li bir bağlantılı tutumlar bütününde yansımaları bulur. Kendimize ve kendi davranışlarımıza yönelik birinci tekil şahıs tutumlarımız, en göze çarpan bi-çimde, utanmayı, suçluluğu ve onuru içerir⁽¹³⁾. Bu karmaşık tutumları burada tam olarak analiz etmeye ne zaman ne de gerek var; fakat bu tutumların nasıl, tutumun meşru biçimde nesnesi olan insanların sorumlu failler olduklarını varsaydığını göstermek için, suç örne-ğini kullanacağım. Akla uygun suç an-layışı, bir bireyin yanlış davranmış ol-duğu ve onun böyle davranmama yete-neğine makul biçimde sahip bulunduğu inancını gerektirir. Suçluluğu dene-

(10) Bkz.örn., Gerald Dworkin, "Introduction" to *Determinism, Free Will And Moral Responsibility* 1-10 (Gerald Dworkin ed., 1970); Phillipa Foot, "Free Will as Involving Determinism", in *Free-Will And Determinism* 95 (Bernard Berofsky ed., 1966).

(11) H.L.A. Hart, "Legal Responsibility and Excuses", in *Punishment And Responsibility* 28, 44 (1968).

(12) Bkz. Allen E. Buchanan & Dan W. Brock, *Deciding For Others: The Ethics Of Surrogate Decision Making* 311-17 (1989).

(13) Bkz. John Rawls, *A Theory Of Justice* 453, 485-90 (1971). Genel olarak bkz. *Guilt And Shame* (Herbert Mor-ries ed., 1971).

(8) Williams, *supra* note 6, at 128-29

(9) Bkz. Gerald Dworkin, *The Theory and Practice of Autonomy*, 12-20 (1988).

yimlemek ya da suçlu hissetmek, öyle davranmamamız durumunda hukuki veya ahlaki bir gerekliliğe uygunluk sağlamış olabileceğimizi ve bunu sağlamış olmamız gerektiğini itiraf ettiğimiz bir yoldur. Suçluluk, genel "suçluluk duygusu" ifadesinin ileri sürebileceği gibi sadece belirli duygulara sahip olmaktan ve aynı zamanda ilgili inançlara sahip olmaktan daha fazlasını içerir. Suçluluk deneyimi, yanlış davranmış olduğumuzu itiraf etme hali, yanlış davranmış olduğumuz kişilerce bağışlanma arayışı ve gelecekte benzer durumlarda farklı davranma kararı gibi çeşitli biçimlerdeki karmaşık davranış eğilimlerini içerir.

Başkalarına yönelik ahlaki ve hukuki sorumluluk uygulamalarımız, övgü, suçlama, öfke ve gücenme gibi tutumları ya da duyguları ihtiva eder. Bu uygulamalar da, kendimizle ilgili sorumluluk tutumlarımıza benzer karmaşıklık gösterirler. Ahlaki ve hukuki sorumluluk uygulamalarımız ve bunlara eşlik eden duygular, tutumlar, inançlar ve eğilimler, sadece ceza hukuku gibi kurumlarda değil, aynı zamanda sıradan insan yaşamında ve sosyal etkileşimde de derin biçimde gömülü durumdadır. Ancak bunlar, en azından, kendimizin ve başkalarının davranışlarını anlamamızın ve onlara tepki vermemizin farklı bir yoluyla açık biçimde uyumsuzluk halindeler.

B. İnsan Davranışına Dair Bilimsel Bir Görüşün Yol Açtığı Gerilim

İnsanlarla ve eylemleriyle ilgili alternatif görüşe, insan davranışına dair bilimsel görüş adını vereceğim. Birey-

lerin davranışlarının ahlaki yönden değerlendirildiği, insanları sorumlu failer olarak gören kavrayıştan farklı olarak, bilimsel görüş, insan davranışını bilimsel olarak anlaşılması ve açıklanması gereken doğal bir olgu olarak kabul eder¹⁴. Bilimsel görüş, insan davranışının nedenlerini arar ve bu nedenlerin yüzeyde kalan bir açıklamasıyla genellikle yetinmez. Bilimsel görüş, bunun yerine, olabildiğince derin ve kökten bir açıklama arar. Örneğin fizikte bu görüş, maddenin en temel bileşenlerini arama ve anlama şeklini alır. Modern genetik bilimi çağında insan davranışına ilişkin bilimde bu görüş, insan davranışının, kişilik özelliklerinin ve belirli biçimlerde davranma eğilimlerinin genetik temelini arama biçimini alacak. İnsan Genom Projesi'nde insan hastalığının ve anormal davranışın genetik temeline yönelik özel bir ilgi olabilese de, normal davranışın da anormal davranıştan daha az genetik temelli olduğuna inanmak için bir neden yok.

İnsan davranışına dair bilimsel görüş, tabii ki, tüm insan davranışlarının tam olarak sadece genetik kökenleriyle açıklandığı yönündeki düşünceye kendini adanmış değil. Bu düşünceye sahip olmak için bir neden yok. İnsan davranışı, bireyin özgün genetik mirasının onun çevresiyle zaman içindeki etkileşimiyle açıklanır. Bununla birlikte, İnsan Genom Projesi'nin insanın güdülse ve kişilik özelliklerinin önemli genetik belirleyicilere sahip olduğunu er geç anlamamızı sağlayacağını beklemek için yeter neden olduğuna inanıyorum.

C. İnsan Genom Projesi Gerilimi Değiştirecek mi?

Bu potansiyel bilginin insanları sorumlu failer olarak anlayan görüşle ve onu somutlaştıran çeşitli uygulamalarla bağlantısı nedir? Bu sadece, sorumlu failin eyleminin bireyin makul biçimde kontrolü altında olduğunun düşünülmesi ve bu yolla, o faili davranışını ahlaki ya da hukuki gerekliliklerle uyumlu kılmak bakımından ahlaki ve hukuki sorumluluğa tabi tutmayı meşrulaştırmamızı nedeniyedir. Davranış failin karakterine bağladığımızda, eylemi doğrudan bireye isnat etmek hakkı olur. Yeni keşfedilen genetik bilgiler, birçokları tarafından bu görüşe bir tehdit olarak görülebilir. Bireyin genetik mirasını değiştirme olasılığı bir yana bırakıldığında, bir kişinin özgün ve emsalsiz genetik yapısı, neyin kişinin kontrolü dışında görüldüğünün ve ne için kişinin sorumlu tutulamayacağını bir ölçütüdür. Fakat o genetik yapı, bireyi sorumlu tutmayı sürdürmek isteyeceğimiz davranışın açıklanmasında, giderek artan biçimde, önemli bir belirleyici olarak görülecek.

Eğer bir kişinin genetik yapısı davranışın temel nedeni ise ve o genetik yapı tamamen bireyin kontrolü dışında ise, sonuçta ortaya çıkan davranış için bir birey meşru biçimde sorumlu tutulabilir mi? "İyi" diye nitelenen davranışın ödüllendirilmesi, o davranışa genetik olarak eğilimli bulunan bireyleri adaletsiz biçimde kayırıyor görünecek. Aksine, "kötü" davranış cezalandırmak, o davranışa genetik olarak eğilimli bulunan bireyleri, adaletsiz biçimde sıkıntıya sokuyor, hatta damgalıyor görünecek. Bunun yanında, o

davranışın bireyin çevresi ya da genetik yapı ile çevre arasındaki etkileşim tarafından şekillendiği ve etkilendiği gerçeği, bireyin çevresi büyük oranda kişinin kontrolü dışında olduğu için, kişiyi o davranıştan sorumlu tutmayı meşrulaştırmaya çok az şey katabilir. Sorun, "herkesi anlamak herkesi affetmektir" diyen eski özdeyişte açıkça ortaya çıkıyor. İnsan davranışının tam ve en derin nedenlerini bir kez anladığımızda, o nedenlerin büyük oranda bireyin kontrolü dışında olduğunu görürüz. Bu anlayış, sonrasında, insan eylemini ve davranışını değerlendiren sorumluluk çerçevesini sorgulanmaya iter. Hepsinden sonra, esaslı bir genetik temele sahip olduğunu bir kez anladığımız davranış için, insanları sorumlu tutmak ve cezalandırmak adil midir?

İnsanları sorumlu failer olarak gören bu anlayışın, önemli sosyal ve hukuki uygulamalarda olduğu gibi, kendimize ve başkalarına yönelik tutumların geniş bir yelpazesinde de somutlaştığını yukarıda ifade etmiştim. İnsan Genom Projesi'nin sağlayabileceği bilgiyle bu görüşün baskı altına girmesi ölçüsünde, o tutumlar ve uygulamalar savunulamaz temellere dayanıyor görünecek. Kendimizi sorumlu failer olarak gördüğümüz bu anlayış, insanlar olarak kimliklerimize ilişkin kavrayışlarımız için pek de önem taşıyamayacak. Felsefeci Peter Strawson, bu tutum ve davranışların, davranışa dair bilimsel görüşün üzerlerindeki baskısına rağmen, büyük oranda yerinden edilemez biçimde köklü olduklarını ileri sürdü¹⁵. Böyle olsa dahi, bu tutumların ve uygulamaların onlardan vazgeçme olanağımız olmasa bile- temellerini

(14) Bkz. B.F. Skinner, *Beyond Freedom And Dignity* 3-25 (1971).

(15) Bkz. P.F. Strawson, "Freedom and Resentment", in *Proceedings of the British Academy* 187, 210 (1962).

kaybettiklerine inanmaya başlamak, bizi, şimdi tahmin etmek ne kadar zor olursa olsun tam etkileri çok önemli olabilecek biçimde, entelektüel düzeyde rahatsız ve dengesiz bir konuma yerleştirecek.

Kendimizi sorumlu failer olarak görmemizle ilgili bu sorunun İnsan Genom Projesi'nde pek de yer bulmadığını vurguluyorum. İfade edilmiş olduğu gibi, özgür irade ve determinizm sorunu ile bunun ahlaki ve hukuki sorumluluğa dair imaları konusuyla ilgili olarak, birçok yüzyıl geriye giden bir felsefi tartışma geleneği var¹⁶. İnsan davranışının, İnsan Genom Projesi'nin daha da ileri götürebileceği biçimde, özgün genetik nedene dayalı kökenlerini anlamaya başlamamızdan önce de, tüm insan davranışı için –hem insanların özellikleri hem de çevreleri bakımından- nedensel kökenlerin var olduğu genellikle farz ediliyordu. Bu yüzden, bu nedensel belirlenimi insanları davranışlarından anlamlı ve adil biçimde sorumlu tutmak için gerekli olan özgür irade kavramı ile uzlaştırma sorunu, nedensel kökenlerle ilgili özgün bilginin gelişiminden önce iyi biçimde tanıyıyordu. Bu nedensel kökenlerin özgün genetik temelini bilmeye başlamak teorik sorunu değiştirmiyor, fakat bu, soruna ilişkin genel kamusal farkındalığı artırabilecek ve ahlaki ve hukuki sorumluluk uygulamalarımızın daha çarpıcı biçimde sorgulanmasına yol açabilecektir. Önceden felsefecilerle ve felsefe sınıflarıyla sınırlı olan bir tartışma, daha geniş bir kamuya ulaş-

bilir ve sosyal ve hukuki uygulamalar üzerinde baskı uygulayabilir. Sadece davranışın bu tür nedenlere dayalı olması gerektiği yönünde genel teorik bir kaygı ileri sürmek yerine, söz konusu davranışın özgün genetik belirleyicilerine işaret edebildiğimiz zaman, kültürel tutumlarımız üzerindeki etki ve ahlaki ve hukuki sorumluluk uygulamalarımız hakkındaki kamusal tartışma, ihtimaldir ki, çok daha büyük olacaktır.

Özgür irade ve determinizm hakkındaki felsefi tartışmanın birçok katılımcısı, nedensel determinizmin kendimizi sorumlu failer olarak gördüğümüzle ve ahlaki ve hukuki sorumluluk uygulamalarımızla uyumsuz olmadığını ileri sürerler¹⁷. Kanımca, "uyumcu" diye adlandırılan bu konum, muhtemelen büyük oranda doğrudur. Fakat bu tartışmanın devam etmekte olduğu gerçeği, bir çok uyumcunun bile kabul ettiği bir şeyi yansıtır – ahlaki ve hukuki sorumluluk uygulamalarımızı savunmalarının, uyumsuzluk taraftarlarının tüm iddialarını tam olarak yanıtlamayabileceğine dair bitmeyen bir kaygı¹⁸. Kendimizi şahıslar olarak gördüğümüz temel anlayışımız, ve daha özelde, kendimizi sorumlu failer olmak için yeterli özgür iradeye sahip varlıklar olarak görme inancımız sorgulanacak. Bu kamusal tartışmanın ve kendimizi şahıslar olarak görme anlayışımızın özeleştirisinin sonuçlarını güvenle tahmin etmek için kesinlikle çok erken ve belki de bu imkansız. Bununla birlikte, İnsan Genom Proje-

si'nin olası bir başka sonucu, bu tür bir tartışma ve sorgulamanın gelişimidir.

IV. Normallik Anlayışımızla İlgili Örtük Anlamlar

İnsan Genom Projesi'nin örtük biçimde değineceği insan kimliğine ilişkin üçüncü alan, normallik anlayışımızın şahıslar olarak kimliklerimize dair anlayışımızla olan ilişkisiyle ilgili. Bu bağlamda İnsan Genom Projesi'nin genel imalarının ne olacağı hakkında daha az emin olduğum için ve aynı zamanda bunun hukuk üzerindeki özgün etkisinin ne olacağı konusunda tereddütlü bulunduğum için, fırsat eşitliği ve sorumluluk hususlarına kıyasla bu konuyu daha kısa tutacağım. Normal insan fonksiyonuna dair kaba bir standardım, her birimizin bir şahıs olarak sahip olduğumuz emsalsiz bireysel kimlikle ilgili özgün psikolojik duyguda önemli biçimde kendini gösterdiğine inanıyorum. Kimlik duygularımız, sonra, başkalarının bizi nasıl gördüklerini açıkça etkiliyor. Bu, burada sözünü edeceğim iki yolla gerçekleşiyor.

A. İyi Sağlığı Neyin Oluşturduğuna Dair Değişen Kavrayışlar

Normal insan fonksiyonuna ilişkin kavrayışımızın kimlik anlayışımızda kendini göstermesinin birinci yolu, kendimizi bir yandan sağlıklı diğer yandan rahatsız ya da hasta hissetmemizle ilgili. Rahatsızlık, çok kabaca, kişinin normal insan fonksiyonunu sınırlayan bir durumu olarak anlaşılabilir¹⁹. Aksi yöndeki bir fonksiyonel sapma, belirli bir organ ya da biyolojik bir süreci etkileyebilir; fakat durum genel-

likle kişinin yaşam uğraşlarında davranışsal düzeyde bir fonksiyonel engellilikle sonuçlanacaktır. İnsanların hasta ya da rahatsız diye etiketlenmeye nasıl tepki gösterdikleri ciddi biçimde değişir; fakat bu tür etiketler sıklıkla bireylerin kendilerini kavrayışları üzerinde çok önemli ve geniş kapsamlı etkilerde bulunabilir. Genellikle, normal fonksiyonel kapasitemizde bir ters etki ya da değişim fark etmemiz durumunda sağlık uzmanlarıyla bağlantı kurarız ve hasta ya da rahatsız diye etiketlenmemizle sonuçlanabilecek süreci başlatırız. Bu yüzden, kendimizi hasta ya da rahatsız olarak anlamamız, normal fonksiyondaki bazı bozukluklardan mustarip olduğumuza dair kendi algılarımızla ya da başkalarının bizimle ilgili algılarıyla oldukça yakından bağlantılı olma eğilimindedir.

Genetik bilgidaki ve taramadaki ilerlemeler, halihazırda, Huntington hastalığı gibi rahatsızlıklar ortaya çıkmadan çok önce, kişinin olasılıkla ya da kesinlikle o hastalığa yakalanacağına öngörülebilmesiyle sonuçlanmış durumda. İnsan Genom Projesi'nin bu öngörü kapasitesini büyük miktarda genişleteceği beklenebilir. Sonuç, sağlıklı hisseden ve halen bir fonksiyon bozukluğundan mustarip olmayan insanların, giderek artan biçimde sağlıklı ya da hasta diye etiketlenmeleri olacak. Bu, sağlıklı hisseden insanların, rahatsızlığın ilerde görülmesine neden olacak ılımlı hipertansiyon gibi risk faktörlerine sahip olduğu saptandığında, hastalığın genetik işaretleri olmasa bile, ortaya çıkar. Ancak genetik işaretlerden yararlanıldığında, kişinin belli

(16) Yukarıda dipnot 10 ve ekli metne başvurunuz.

(17) Bkz., örn., Daniel C. Dennett, *Elbow Room: The Varieties of Free Will Worth Wanting* 101-02 (1984); John Hospers, "What Means This Freedom?", in *Free Will And Determinism*, supra note 10, at 26, 26-27.

(18) Genel olarak bkz. Peter Van Inwagen, *An Essay On Free Will* (1983).

(19) Bkz. Christopher Boorse, "Concepts of Health", in *Health Care Ethics: An Introduction* 359, 359-64 (Donald VanDeVeer & Tom Regan eds., 1987).

bir hastalığa yakalanacağını ya da yüksek bir yakalanma riski taşıdığını öngörebilmeyi sağlayan yeni olanaklarımız ile o hastalığı önleyen ya da gideren etkin tedavi yöntemlerinin geliştirilmesi arasında ciddi bir zaman boşluğunun ortaya çıkması büyük oranda kaçınılmaz. Bu yüzden, bireylerin hayatlarında, kendilerini ne hasta hissetmelerine ne de durumlarındaki fonksiyon kayıplarından mustarip olmalarına rağmen, sağlıklı ya da rahatsız olduklarını düşünmek durumunda kalacakları belirli zaman dilimleri sıklıkla söz konusu olacak. Dahası, bir çok durumda, bir bireyin durumu için tamamen etkin olan hiçbir tedavi var olmayacak. Bu etiketleme, insanların bir çoğunun kendini sağlıklı, sağlam bireyler olarak hissetmelerine zarar verecek ve hem kendilerini kavrayışları hem de yaşam kaliteleri üzerinde ciddi yan etkilere yol açacak.

B. Normal İnsan Faaliyetini ve Performansını Neyin Oluşturduğuna Dair Değişen Kavrayışlar

Kimlik duygularımızın normal insan faaliyetine dair genel sosyal kavrayışımız tarafından etkilenmesini sağlayan ikinci ve oldukça farklı bir tarz var. Kimlik duygularımız, büyük oranda, planlarımız, amaçlarımız, projelerimiz, taahhütlerimiz ve tüm hayat planlarımızı tanımlayan değerler tarafından belirlenir. Üstlendiğimiz önemli projeler ve yaptığımız taahhütler, kısmen, bunları nasıl iyi biçimde gerçekleştirmeyi bekleyebileceğimize dair tahminlerimizce belirlenir. Bu en azından iki nedenle böyledir. Öncelikle, bu projeler genellikle bizden bir biçimde uygun

düzeyde performans bekleyen diğer insanlarla ilgilidir. Örneğin, hemen hepimiz işyerlerinde başkalarının bizi ya ücret karşılığı çalışmalarını ya da bizi istihdam etmeye devam etmelerini veya kendi işimizi yapıyorsak, hizmetlerimizi satın almaya istekli olmalarını bekleriz. İkincisi, çoğumuz için, kendimize duyduğumuz saygı, önemli planları ve projeleri izlerken, bu başarının kendi kontrolümüzde olması ölçüsünde, makul biçimde başarılı olduğumuz ve olmayı sürdüreceğimize duyduğumuz inanca ciddi biçimde bağlıdır²⁰. Sonuç olarak, uygun olmadığımızı ve makul bir başarıyla izleyemeyeceğimizi bildiğimiz projeleri ve planları üstlenmeyi genellikle seçmeyiz.

Ancak, "uygun" ya da "makul biçimde başarılı" performans, sadece örtülü bile olsa, başkalarının performanslarıyla ölçülür. İş dünyasının rekabetçi doğası iş bağlamında bu tür bir ölçümü güvence altına alır. Spor gibi başka faaliyetlerde, insanlar bazen yeteneklerini büyük oranda kendileri için kullanmaya ve geliştirmeye çalışabilirler; fakat sonra "takım için kendilerini denemeye" ve başkalarına karşı oynamaya koyulurlar. Hatta daha az açıklıkta rekabetçi bağlamlarda bile, örtük biçimde ve belki de kısmen karşı konulmaz biçimde, kendi başarılarımızı başkalarının başarılarıyla ölçeriz. Resim yapıyor ya da mobilya imal ediyorsak, kendi resimlerimizi ya da mobilyalarımızı başkalarının ürettikleriyle yargılamaktan kaçınmayız. Belirgin yeteneklerimizle ve kapasitemizle, güçlerimizle ve zayıflıklarımızla ilgili duygularımızın normal insan fonksiyonlarıyla olan bağlantısı çoğunlukla yüzeyseldir;

çünkü sayısız başka faktörler kimlik duygularımızı karmaşık birçok yollarla etkileyebilir. Dolayısıyla, tam olarak iddia ettiğim husus, fonksiyonel kapasitemizin ve yeteneklerimizin normal insan fonksiyonlarıyla ve yetenekleriyle olan bağlantısının, kimlik duygularımızı tanımlayan belirgin faktörlerden sadece biri olduğudur.

İnsan Genom Projesi'nin önemli bir özelliği, onun bu normal insan fonksiyonu anlayışı üzerindeki etkileri olacak. Bazı yönlerden, bu etki şimdiki görüşlerimizi keskinleştirmek ve düzeltmek yönünde olacak. Örneğin, Alzheimer hastalığı hakkındaki yeni genetik bilgi, daha önce normal yaşlanma sürecinin bir parçası olarak düşünülmüş olan bilişsel fonksiyon bozukluklarının çoğunun, aslında belirli bir hastalık sürecinin sonucu olduğunu bize gösterdi. Ancak İnsan Genom Projesi, başka bakımlardan, normal insan fonksiyonunun ne olduğu konusunda rahatımızı bozabilir ve onun, bireysel kimlik duygularımızın ve öz saygımızın tanımlanmasında geleneksel önemini sürdürmesinin gerekip gerekmediği hakkında sorular ortaya çıkarabilir.

Belirli yönlerden ve yaygın bir temelde insan faaliyetlerini geliştirme yeteneği kazanırsak –örneğin, ciddi biçimde hafızayı veya başka fiziksel yetenekleri geliştiren genetik mühendisliği veya tedavi yoluyla– sonuç, neyin normal insan fonksiyonu olduğuna dair güvenimizin zayıflaması olabilir. Bu gelişmeler sonuçta insan faaliyetinin normunu yeniden mi tanımlayacaktır? Bunun da ötesinde, normal insan faali-

yetine ilişkin anlayışımız ciddi biçimde değişmese bile, İnsan Genom Projesi, kendimize dair duygularımızı o norma göre tanımlamamızın gerekli olup olmadığı konusunda şüpheleri ortaya çıkarabilir. Genetik mühendislik ya da tedavi yoluyla insanların fonksiyonel kapasitelerinde ve yeteneklerinde yaygın ilerlemeler sağlayacak önemli yeni olanakları geliştirirsek, geliştirilmemiş normal düzey, bize kendimizi, kapasitemizi ve yeteneklerimizi kendisine göre ölçeceğimiz bir standart olarak daha az önemli görünmeye başlayabilir. Sonra o, kendimize duyduğumuz saygının üzerinde kurulu olabileceği daha az güvenli bir temel haline gelebilir. Belirli bir yetenek geliştirilmemiş normal fonksiyon düzeyini aşıyor olsa bile, o yeteneğin genetik mühendisliği ya da genetik tedavi yoluyla üretilmiş yaygın gelişmişlik düzeyinin altında kalıyorsa, kişinin o belirli yetenekle ilgili gururu ve öz saygısı ne ölçüde güvende olabilir?

V. Sonuç

İnsan Genom Projesi, genetik doğamızla ilgili heyecan verici yeni bilgiler ve heyecan verici yeni tedavi olasılıkları için ümitler taşımakta iken, şahıslara dair ve bireylerin psikolojik kimlik duygularına dair kavrayışlarımız üzerinde de önemli etkilere bulunabilecek. Şahıslara dair bu kavrayışlarımızın hukukta ve hukuk uygulamalarında derin biçimde yerleşik olması ölçüsünde, aynı şekilde orada da potansiyel olarak önemli değişiklikleri bekleyebiliriz.

(20) Bkz. Rawls, *supra* note 13, at 440-42.