

olmaya karar verebilirler. Merakı mucib olan, kimlerin kendi geleceğini Türkiye'nin geleceğinden ayrı düşünmediğidir. Çünkü o "kimler"i dışta bıraktığımızda geriye kalan çoğunluk benim burada, "Türkiye" kelimesini zikrederek çok gereksiz ve hatta kötü bir konuya değindiğimi düşünecektir. Onlar da zahmet edip bu satıra kadar okumasalarmış.

Sosyal teorilerden başımızı kaldıracak ve yüzümüzü bir an için hakikate çevirecek olursak herkesi cürmü meşhut halde yakalamamız muhakkaktır. Çünkü herkes önüne konulmuş -hayır, bu çok iyimser oldu- önüne konacağı vaat edilmiş bir menfaate gözünü dikmiş bir vaziyette

bulunmaktadır. En ilgilenmiyormuş gibi görünenlerin bile kendilerine dokunmayan yılanın uzun ömür için dua ettiği de aynı cürme iştirak sayılmalıdır. İşte bunların teorileştirilmesi veya akademik dille tabi tutulması mümkün değildir. Bunlar sadece muhasebeye tabi tutulabilecek "sosyal gerçeklikler"dir. Bunlar belki tarihin konusu olabilir. Ama sosyolojinin konusu asla.

Ortalıkta seğirterek "Kral çıplak! Kral çıplak!" diye bağırarak birini gördüğünde hafifçe tebessüm edip "İşte bir yalaka! O çıplak herifin yine de kral olduğunu teyit ediyor" diyebilecek birileri kaldı mı acaba?

## Hak mı, İnanet mi? Hak Almak, Hak Vermek, Yardımseverlik ve Kurtarıcılık Üzerine Bir Deneme\*

Filiz KERESTECİOĞLU\*\*

Bir toplumda kısa ve orta vadede bir eşitlik söz konusu değilse bunu "iyilik çabaları"yla sağlamaya çalışmak ne derece doğru ve geçerli bir yöntemdir? "İyilik çabaları" başlı başına eşitsizlik yaratan bir durum mudur? "İnanet mi Hak mı?" bir seçenek olarak sunulsa cevabımız ne olur?

Öncelikle inanete ve onun hayatımızda nasıl yer aldığına bakarsak: "Allah'ın kullarını kötülüklerden koruması, himaye etmesi" anlayışının, örneğin İslam dininde var olan yardımlaşma ve hayırseverliğin, esas olarak zekat gibi şer-i hukuki düzenlemeler biçiminde de bürünerek varlık bulduğunu görebiliriz. Zekat hukuki, fakat özünde lütuf olarak addedilebilecek bir düzenlemedir.

Geçmişten bugüne, büyük ölçüde lütuf ve inanete göre şekillenen dinsel hukukun etkileriyle inanet de bizatili hukukun bir parçası olagelmıştır.

Mezhepler arası yardımlaşma, hayır cemiyetleri, kurulan vakıflar, yine hukuki dayanakları olan inanet müesseseleri olarak yer alır.

Dini kaynaklar inanet anlayışını örneklerle daha da güzel ifade eder:

"De ki Rabbim kullarından dilediğine bol rızık verir; dilediğinden de kısar. Siz başkasına yardım için ne harcarsanız, Allah onun yerine yenisini verir. O rızık verenlerin en hayırlısıdır."

"Esasen, bâkî bir âlem ve bâkî bir hayat Allah'ın biz aciz, çaresiz ve nâcâr kullarına inanetten başka bir şey değildir."

Benzer durumlar sadece İslam'a özgü değil, diğer dinlerde de kendini gösterir ve söz konusu edilen kulların inanetinden ziyade Allah'ın inanetidir. Kullarınki ise lüli olarak önem arz etse de bir tür aracılıktan öteye gitmez. Bu durumda gündelik ve gerçek hayat aslında "fani ve başka bir hayat için yaşanması" olduğu gibi, "ebedi kurtuluş" da -gündelik hayatta çekilen acılara ve sorunlara ilişkin olsa da- ancak Allah'ın inanetiyle mümkün görülür:

"Gerçekten hiçbir kusurları olmaksızın Mesih'in İncilini ve onun kilisesini tanımayan olan, fakat samimi bir kalple Tanrı'yı arayan ve tanrısal inanetin etkisi altında onun, vicdanlarının emirleriyle tanıdıkları, iradesini yerine getirecek şekilde hareket etmeye çalışan kimseler de ebedi kurtuluşa kavuşabilirler." denilirken, "kusuru

\* HFSA Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu'nda 25 Ağustos 2008 tarihinde tebliğ olarak sunulmuştur.

\*\* Avukat, İstanbul Barosu.

(1) Kuran, Sebe, 34/39.

(2) Saîdi-i Nursî, Sözlük, s.82.

(3) Aktaran Demirel, 1997, s. 810.

olmadan farklı yolda olsa da" herkes için sunulan kurtuluş yolu ve otorite birdir.

Çoğunlukla itaati ve yetinmeyi de beraberinde getiren inayeti, herhangi bir eşitliğe ya da başkaldırıya imkan tanıyabilir mi? Sanırım buna evet demek mümkün değildir.

Kilisenin, diyanet işleri dışında çalışan personeli sendikası: "Dinsel girişimde, üretim ilişkileri aile modeline göre sürdürülür; başkalarına kardeşçe davranmak, ilişkinin ekonomik boyutunu araç içine almak demektir. Dinsel kurumlar, toplumsal ilişkilere, sömürü ilişkileri de dahil olmak üzere (tıpkı ailede olduğu gibi), gönüllülük mantığı aracılığıyla, bir manevi akrabalık ya da dinsel ilişki çehresi yükleyerek, hem pratik hem de simgesel olarak, sürekli bu ilişkilerin üstünü kapatma yönünde çalışırlar: ücretliler açısından alt düzeydeki dinsel eyleyciler, örneğin kiliseleri temizleyen ya da sunakları süsleyenler açısından bir emek, 'özgür biçimde rıza gösterilen bir para ve zaman bağı' vardır" derken örneğin, kiliselerin ekonomisinin eşitlik üzerine kurulmasının pek de mümkün olmadığını ifade ediyorlar.

Diğer yandan Pierre Bourdieu "Borcun kabulü minnete, bu cömertçe edimi gerçekleştirene karşı kahçı bir duyguya dönüşür ve bu özellikle kuşaklar arasındaki ilişkilerde gayet iyi görüldüğü gibi şefkate, aşka kadar gidebilir" diyerek, inayetin başka tehlikeli sularına dikkat çekiyor: Bitmeyen bir minnet duygusu, belki de yaşam boyu diyet ve itaat!

Bu "yumuşak" sömürü ilişkilerinin ise ancak "yumuşak oldukları ölçüde" yürüyebilme şansı olduğunu ifade

ederken "Bunlar ancak kendilerine tabi olanların suç ortaklığıyla, hane-içi ilişkilerimiz gibi kurulan simgesel şiddet ilişkileridir. Egemenlik altında olan, sevgisi ya da hayranlığıyla kendisinin sömürülmesine katkıda bulunur." diyor.

Toplumda yerleşik ahlak ve dinin toplumsal eşitsizliği, sömürüyü ortadan kaldırma gücü veya böyle bir sorunu yoktur. O zaman devreye iyilik ve yardımlaşma faaliyetleri girer. Ve üstelik bu çabalar her zaman için kurumsal yapısı olsa bile tekil ve bireysel kalır.

Ashında, bir toplumda adalet ve eşitlik yoksa orada inayeti ve iyilik çabası vardır diyebiliriz. Adaletsizlik ve eşitsizliğin, mücadele ve toplumsal dönüşümlerle düzeltilmeyeceği yargısı veya iyilikle yaraları sarma anlayışı ise, kestirmeden ve yüzeysel bir bakış açısı olduğu gibi, çoğu zaman toplumdaki köklü düzeltmelerin de önüne geçen bir anlayış olmaktadır.

Buna rağmen inayeti, dinin ve inananların mecrasında geçerli ve makul kabul etmek; bu anlayışın ortaya çıkış zamanlarını ve koşullarını da düşünerek daha fazla mümkün. Ancak İnanetin tek görünürlüğü bu mecrada değil. Daha doğrusu bu mecranın etkileri bugün "modern" hayat içinde de izlerini bırakarak ya da izlerini hep taşıyarak süregeliyor. Bu noktada Bourdieu'nun "yumuşak sömürü ilişkileri"ni ifade ederken kullandığı bir benzetmeye dikkat çekmek gerek, onun "hane-içi ilişkilerimiz gibi..." derken kastettiği nedir?

## Kadınıyla, Çocuğuyla, İşçisiyle "Biz Bir Aileyiz"

"Gönüllülük özellikle bir kadın işidir, çünkü kadınların gözünde, en azından kimi kategorilerde, emekle o emeğin parasal değeri arasındaki denklik açıkça ortaya koyulmamıştır ve erkeklerden oluşan papazlar grubu, karşılıksız hizmetleri talep ve kabul etmek için cinsler arası işbölümünün kurulu biçimlerini destek alır."

Bu noktada, bazen "görünmez emek" olan, bazen de açıkça sömürülen kadın emeğinin kiliselerde de farklı bir muameleye tâbi olmadığını görürüz. Yumuşak sömürü ilişkileri, aslında tıpkı ailede olduğu gibi öncelikle kadınların sömürülmesidir. Kadınlar her daim, gönüllü olarak saçlarını süpürge edebilirler!

Pierre Bourdieu: Aile, yani "o özel olduğu söylenen kamusal kökenli gerçeklik" diyerek, ailenin ne kadar kamusal ve "...devletin güvencesiyle üretilen ve yeniden üretildiği için, var olmasının ve var kalmasının araçlarını her an devletten alan..." bir kurum olduğunu vurgular.<sup>4</sup> Özellikle feminist teoride de "özel olan"ın politikası yapılarak, aslında bir aldatmacayla özel alan olduğu varsayılarak, karışılmaması empoze edilen bu alanda, çeşitli sömürü biçimlerinin ve şiddetin var olduğu vurgulanmış ve buna karşı politikalar üretilmeye çalışılmıştır.

İnanetin izlerini sürmeye devam edelim... Mesele sadece kilisede de, ailede olduğu gibi kadınların sömürülmesi değildir; aynı zamanda ailenin nasıl bir kurum olduğu ve "Biz bir aileyiz" sözleriyle, nelerin ne pahasına sürdürüldüğüdür.

Günümüzde özellikle Medeni Hukuk, aile, boşanmalar ve kadınlardan yola çıkıp ilerlerken, toplumda fazlasıyla yer bulan ve olumlu özellikler atfedilerek sarfedilen bu kavrama sıkça rastlarız: BİZ BİR AİLEYİZ!

"Biz bir aileyiz" kavramı, aile hukuku alanının olduğu kadar, iş hukuku alanının da rahatlıkla konusu olabilecek, hatta sıklıkla da olan bir kavramdır. Burada bir soluk alıp, bu kavramın "olumlu" tonlamalarına kulaklarımızı tıkayıp, başka türlü bakmayı denesek: BİZ BİR AİLE (Mİ) YİZ gerçekten?

"Aile, ... toplumsal yeniden üretimde, yani toplumsal alanın yapısının ve toplumsal ilişkilerin yeniden üretiminde belirleyici bir rol oynar. Farklı türleriyle sermayenin yoğunlaşmasının ve kuşaklar arasındaki dolaşımının en mükemmel yeridir... Yeniden üretim stratejilerinin belli başlı 'özne' sidir."

Küçük aile işletmeleri, ev eksenli çalışan kadınlar (evlerde boncuk dizen, tekstile fason iş yapan vb.) ev temizliğine giden kadınlar... Hepsi "bir aile"nin konusu olabilirler, aynı zamanda da İnanetin konusu... Evlerde gündelikçi olarak çalışan Yıldız A. "aile olma" durumunu Güncel Hukuk Dergisi'nde yayımlanan "Hak Söyleşileri" köşesinde şu sözlerle ortaya koyuyor:

"...Biri çok okumuş, aydın biriymiş biraz daha ılımlıydı. Beni kız kardeşi gibi, akrabası gibi görüyordu ama ben hakkımı istediğim zaman işçi oluyordum onun için. Şimdi bu bir çelişki. Beni kendi çıkarları için aileden biri gibi görüyor ama eğer öyleyse benim de senin ailenin koşullarında yaşamam lazım değil mi? Eski kıyafetlerini verme bana, benim maaşımı arttır ben kendim

(4) *Trait-d'union*, No:20, s.10, Pierre Bourdieu, *Fatik Nedenler*, Kesit Yayınları, 1994, s.204.

(5) a.g.e., s.187.

(6) a.g.e., s.198.

(7) a.g.e., s.205.

(8) a.g.e., s.142-143.

(9) a.g.e., s.139.

alayım onları mesela. Bunları söyleyince işçi oluyorsun onların gözünde.

**Zorlaştıran biraz da bu kız kardeş vs. gibi görmek değil mi? Gerçekten işçi olarak görülse daha farklı bir ilişki kurulabilir.**

İlk çalıştığım yerde hatırlıyorum kendi evim gibi sahiplenerek, ablam gibi yaşadım. Ama sonra anlıyorsun ki fabrikada da çalışsam, cvde de çalışsam ben burada işçiyim, o patron. O mesafeyi korumak zorundayım dedim ve korudum o mesafeyi...<sup>10</sup>

Yıldız A. yüksekte cam silerken kendisine "Dikkat et sakın düşme" diyen işvereni için "Dikkat et de terlikle basamıyorsun düşerim diye, ayağımla basıyorum sağlam olsun diye ama özellikle yazın ayağım yanıyor betonda. Söylenen tek söz "dikkat et sakın düşme". Yaşım ilerledi tabii, tansiyon da düşebilir sıcakta... ve bir düştün mü git-tin!" diyor.

Ailede olur böyle şeyler! "Düşmez kalkmaz bir Allah" mı diyeceğiz yoksa, örneğin ev eksenli çalışan kadınların hakları için verdikleri mücadele; eşit ücret kriterleri, sosyal güvenlik hakları için kurdukları İMECE Kadın Kooperatifi'nin önünde saygı duruşu mu yapacağız? Bu tercih eskileri vermekle, haklarını vermek (ya da almak) arasında yapacağımız tercihtir: Bir başka deyişle İnyet ve Hak arasındaki tercihimiz.

"Örneğin, işverenlik konusunda, aile, ekonomik sermayenin yalnızca aktarımında değil aynı zamanda da işletilmesinde ağırlıklı bir rol oynar, özellikle de iş ilişkilerinde -çünkü iş ilişkileri çoğunlukla aynı zamanda da aile ilişkileridir- bu böyledir."<sup>11</sup>

Benzer anlayışlar yine iş hukukunun alanına giren küçük işletmelerde, özellikle çocuklara ve gençlere karşı hayat bulur: "Oğlum! Sen bizim oğlumuz sayılırsın!". "Üstelik iş öğreniyorsun, nereden bulacaksın bu fırsatı!"

Gençlere ve çocuklara yaşatılan inayet duygusu toplumumuzda zaten dayanılmaz boyutlardadır. Hep onların "iyiliği için" üstelik! Çoğu zaman sadece iyi bir anne babaya sahip olmayı en büyük hak veya nimet olarak görecektir duruma getirdiğimiz çocuklar ve gençler için mutlaka "iyilik"lerinden daha fazla sağlanabilecek şeyler vardır; düşünce ve ifade özgürlüğü mesela!

"Biz bir aileyiz" müessesesinde çalışan gençler için ise "Karın tokluğuna" veya "Sigortalı olarak ve hakka-niyetli bir ücretle çalışmak" seçeneklerine göre Hak veya İnyet'den söz edebiliriz.

### Korunmaya Muhtaçlık? Eşit Haklar?

Eşit haklar nedir gerçekten? Bugün "kadınla erkek eşittir" dediğimiz zaman haklar eşitlenmiş olmakta mıdır? Eğer soyutlarsak "eşit", doğumdan ölüme giden yolda aynı noktadan başlama şansına sahip olan ve o yolda da aynı şanslar, aynı engeller ve edinimlerle karşılaşarak hayatı noktalayan kadın veya erkek bireyler için sarf edilebilir bir sözcükse; eşitiz diyebilir miyiz?

Kadınlara erkekler aynı noktadan ve aynı şanslarla hayata başlamazlar. O zaman bu noktada devreye girmesi gereken İnyet mi olacaktır Hak mı?

Hadislerle iz sürmeye devam edelim:

"Kocasız kadımlarla yoksulların işlerine yardım eden kimse, Allah yolunda cihat etmiş gibi sevap kazanır."<sup>12</sup>

"Allahım! İki zayıf kimsenin, yetimle kadının hakkını yemekten herkesi şiddetle sakındırıyorum."<sup>13</sup>

Düşünce sistemini inayetten yana kurduğunuzda, yeni bir Anayasa taslağı hazırlarken Anayasa'nın 10. maddesini değiştirip, daha da geriye götürerek (taslağın 9. maddesinin 3 fıkrasında yazıldığı gibi) kadınları çocuklar, yaşlılar ve engellilerle birlikte "Özel surette korunmaya muhtaç bir kesim" olarak tanımlayabilirsiniz. Bu, kadınları her daim himayeye muhtaç ve kimliksiz gören erkek egemen hukuk anlayışının yansımalarından yalnızca birisidir.

Sakatlar, çocuklar ve yaşlıların "muhtaç" olarak tanımlanmasının altında da aynı inayetle düşünme sisteminin algısı yatar ancak kadınlar zaten bu grupların içinde de ayrıca yer aldıkları için, bir kez daha ayrımcılığa uğrarlar ve sosyal bir grup değil dünyanın yarısını oluşturan bir cins olmaları da durumu daha abes kılar.

Birilerinin "İki zayıf kimsenin, yetimle kadının hakkını yemekten alkonulmak istendiği" zamanlardan farklı bir sözümler halen bulunmuyorsa, Hak kavramından söz etmek ne derece mümkündür?

İnsanların korunması gerekebilir ancak bu, onlar fiiliyatta eşit haklara sahip olmadıkları ve olmaları gerektiği için yapılması gerekenlerin yapılması, gereken pozitif önlemlerin alınması faaliyetidir; İnyet ve bağışlama ya da acıma duygusuyla yapılan şeyler değil...

Eşit haklar ancak eşitler arasında söz konusu olabilir. Eşitler arasında dayanışma olur. Aksinin koruma ya da inayet olmaması için hak olarak düzenlenmesi ve eşitlenildiği anda ortadan kalkması gerekir.

"Korunmaya muhtaç"lık ancak tüm bunların bileşkesiyle giderilebilir. Yoksa hukuk kimsenin "zavallılığı" üzerine kurulamayacağı gibi, uygulanması gereken "inayet" değil haktır. Dünya'da kadınlara yönelik çok sayıda ayrımcılık varken, tabii ki hukuk ve yasaların ayrımsız uygulanabilir ve tarafsız olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Özellikle yakın geçmişimizde değişen Medeni Kanun ve Ceza Kanunu'na baktığımızda bu ayrımcılığın inanılmaz izlerini görürüz.

Uzun yıllardır, kadınlara yönelik şiddet konusunda olduğu gibi, kadının cinsel kimliği konusunda da yaklaşımlar aynı ayrımcı öğeleri taşımaktadır: Kadınlar, gerek eski Ceza Kanunu'ndaki, gerekse eski Medeni Kanun'daki kavramsal yaklaşımlarda ayrı bir cinsel kimliği ve varlığı olan bireyler olarak değerlendirilmemiştir. "Tecavüzcüleriyle evlendirilerek kurtarılmaya çalışılmaları" da, "namus" cinayetleriyle öldürülmeleri de, "kızlıklarının bozulup bozulmadığı" gibi kavramlarla bekaretlerinin sorgulanması ya da tazminatları konu olmaları da bu nedenledir. Bu ayrımcılıkları belgeleyen pek çok mahkeme kararı da mevcuttur. Bütün bu kararlarda ortak olan yan; aslında kadınların himayeye muhtaç, pasif, cinsel kimliği olmayan kişiler olarak görülmesidir. Yani hak anlayışından çok inayetin izlerini hukuk kararlarında da sürmek mümkündür...<sup>14</sup>

(12) Buhari Nafakat; Müslim Zühd 41. Hadis.

(13) İbn Mace Erlep 6. Hadis.

(14) Örnek kararlar için bkz. Medeni Hukukta Kadının Cinsel ve Ekonomik Kimliği, Yargıtay Kararları Eşliğinde Bir Değerlendirme, Filiz Kerestecioğlu / Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 2006 Kitapları.

(10) "Hak Söyleşileri", Güncel Hukuk Dergisi, Temmuz 2006.

(11) Bourdieu, a.g.e., s.141.

2004-2005 yıllarındaki Türk Ceza Kanunu Tasarısı tartışmalarında bazı hukukçuların oldukça ilginç argümanları mevcuttu ve bunlarla “genç kızları korumak” istiyorlardı: “Toplumun gerçeği...”, “O tecavüze uğrayan kızların gerçeği...” “Türk toplumunda ırzına geçilen ya da kaçırılan kadının ‘ayıplı’ olarak görüldüğü, toplumun kadını damgaladığı..., böyle kaçırılmış bir kızı medeni şartlar içinde bir adamın gelip almayacağı...”

Buna karşı ileri sürülebilecek argümanlar ise benim için şöyleydi:

“...Bir kısım hukukçular gerçekliği mağdur kadınların ‘zavallılığı’, ‘ayıplılığı’ üzerine kurarak, hukuk yaratıcılığını da bu kadınları korumak maksadıyla tecavüzcüsüyle evlendirip ‘mutlu son’a ulaştırarak ortaya koymaktalar.

Hukuk kimsenin zavallılığı üzerine kurulamayacağı gibi, uygulanması gereken ‘inayet’ değil haktır. bunun ölçüsü de cvrensel değerlerdir ki örneğin Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi’nde karşılığını bulan bu değerler dahi yeterli olmadığı için ‘Kadınlara Yönelik Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi’ gibi uluslararası metinler ortaya çıkmıştır.

İnsanlar, hukukçulardan daha ‘zavallı’ değildir. Bir kanunu yaparken ve hukuk yaratırken önerilmesi gereken şey bir iktidar odağı ve ‘himayeci’ konumundan, kendini dışında tutarak yaklaşmak değil, herkes için hak edilen, hak ettiğimiz değerlere ulaşmak olmalıdır. Yani kanun koyucular tecavüze uğradıklarında kurtuluşlarının haklarını aramak, suçlunun cezalandırılması, mağduriyetlerinin her türlü tedbir ve güvenleyle gidirilmesi yoluyla sağlanacağını değil, tecavüzcüleriyle evlenerek giderilebileceğini düşünüyorlarsa bunu

kanun maddesi yapmalılar. Biz hukukçular ‘kurtulmuş ve üstün’ insanlar değiliz. ‘Nasıl olsa bizim başımıza gelmez, başkalarını kurtaralım’ düşüncesiyle hukuk yaratılamaz.”<sup>16</sup>

### Yetinmek

Kadınlar bir yandan “toplumun namusu ve korunmaya muhtaç” varlıklarken, diğer yandan, ekonomik durumlar ve mülkiyet ilişkileri söz konusu olduğunda, sanki gizli bir güç onların karnını doyurabilir, iş verebilirmiş ya da çocuklarına bakabilirmiş gibi davranır. Örneğin kadınlara “yoksulluk nafakası” bağlanır ancak bunun koşulları vardır ve bu koşullar hiç de reel koşullar değildir. Büyük bir şehirde yaşıyor olmak, çocukların velayetini almış olmak gibi durumlar, reel ölçülerle değerlendirilmediği gibi -ki her durumda zaten kadınların velayeti alması ve çocuklara bakması dünyanın en olağan ve olması gereken durumudur- herhangi bir sosyal hayat, kültürel etkinlik de bu finansal “yoksulluk nafakası”nın içinde bir kalem olarak yer tutmaz.

Bu noktada yeniden inayet mi hak mı sorusuyla karşılaşabiliriz! Çünkü yine kadınlar söz konusu olduğunda eşitlik, hak içselleştirilmiş kavramlar olarak beliremez ve YETİNMEK devreye girer. Bizim analarımız değil midir azla yetinen, evdeki azıcık malzemeden büyük sofralar kuran! Hukukçularımız kılı kırk yarararak verdikleri tazminat ve nafaka kararlarında yetinen annelerini örnek alırlar! Modernleşme de olsa, AB yasaları da benimsense kadınlardan beklenen yine yetinmeleridir. Yetinmek beklentisi esas olunca, ister istemez ona göre düzenlenen de İNAYET dir! Dolayısıyla söz konusu olan HAK değildir. hakka niyetli değildir.

“Kim insanlardan bir şey istemezse, Allah onu kimseye muhtaç etmez. Kim tokgözlü olursa, Allah onu zengin kılar.”<sup>16</sup>

“Kapı kapı dolaşıp bir iki lokma, bir iki hurma ile savuşturulan kimse yoksul değildir. Asil yoksul, kendisine yetecek malı bulunmayan, muhtaç olduğu bilinip de kendisine sadaka verilmeyen ve kimseden bir şey dilenmeyen kimsedir.”<sup>17</sup>

### Hak Almak, Hak Vermek

Türkiye’deki yaygın kanı hakların alınmadığı, verildiği şeklindedir. Ya da ardında bir mücadeleyle bir hak elde edilse dahi bu hakkın hemen geri alınabileceğine dair kuvvetli bir kanı da yanı başımızda durur!

1 Mart tezkeresi diye anılan; Irak krizi konusunda Hükümet tarafından 25 Şubat 2003’de TBMM’ye sunulan “Türk Silahlı Kuvvetleri’nin yabancı ülkelere gönderilmesi ve yabancı silahlı kuvvetlerin Türkiye’de bulunması için Hükümet’e yetki verilmesine ilişkin Başbakanlık Tezkeresi,” aylarca birçok ilde yapılan gösteriler ve son olarak Ankara’da yaklaşık 100 bin kişinin katıldığı bir mitingin ardından TBMM’de reddedildiğinde dahi, İstanbul’a dönüş yolunda “Bakalım şimdi ne planlıyorlar, bunu reddettiler ama” diyen, kendinin bir şeyleri değiştirmiş olabileceğine inancı olmayan insanlar vardı.

Baştaki sorumuza “İnyet mi Hak mı?” sorusuna dönersek; tercihimizin “Hak”tan yana olduğu görülecektir. Ancak son olarak inayete hak almak veya vermek anlayışının bağlantıları üzerinde biraz durmak isterim.

Eğer hak özümşenen ve benimse- nen bir şey değil de sunulan, verilen bir şeyse, yerli yersiz sınırlamalar getiren “yasak” sözcüğü de hemen önümüzü kesebilir. Çünkü bir şeyin yasak olmaya- bileceğini içimizde hissetmek mümkün olmaz. Güç bizi alt edecektir ister istemez...

Modern toplumlarda ve özellikle kapitalist düzende vergilerini ödeyen insanlar bunun karşılığını hak ederler. Ancak kapitalizmin ana teması kâr olduğu sürece bu “hak etme” durumu çoğunlukla göz ardı edilmeye ya da “kamu düzeni ve toplumsal menfaatler” aiddatıncasına kurban gitmeye mahkumdur.

Baştan beri değinmeye çalıştığımız, hatta yer yer hukuki düzenlemelerde de geçerli olan “Yardım ve iaselerle koruma, himaye ve inayet mantığı” bir yandan da hak almayı, hakları için mücadele etmeyi dışlayan sonuçlara yol açar. Zaten veriliyorsa uğraşmaya gerek yoktur. Örneğin Cumhuriyet’le de haklarımız verilmiştir, bizim almak için bir şey yaptığımız düşünülmez. Oysa sadece eski kadın dergilerine ve feminist söyleme bakmak dahi, Cumhuriyet öncesinde de bir mücadelenin var olduğunu görmeye yeter. Evet, belki çok örgütlü ve dönüştürücü bir mücadele olduğunu söyleyemeyiz ancak her şeyin verildiği anlayışını sarsacak kadar etkin uğraşlardır onlar...

Uluslararası söylem de, aslında başlı başına bir araştırma konusu olabilecek modern inayet örnekleriyle doludur: Bugün “projecilik”, fonlar ya da örneğin BM’nin rolü üzerine “İnyet ve Hak” karşılaştırmasıyla söylenebilecek epeyce söz mevcuttur. Bunların haklar mücadelesindeki rolü de tartışmalara açık

(15) Filiz Kerestecioğlu, ‘TCK Tasarısı ve Gerçeklik’, Güncel Hukuk Dergisi, sayı 2, Şubat 2004.

(16) Buhari Zekat 18; Müslüm Zekat 94-97. Hadis.

(17) Buhari, Zekat 53; Müslim Zekat 101. Hadis.

olmalıdır. Ayrıca uluslararası metinlerin neredeyse değişmezliğinin ve durağanlığının kabulü ve bunlara uyulursa "demokrasi"nin söz konusu olacağı gibi yaratıcılığa ket vuran anlayışlar da dönüşümü ve insanın "hak alabilir ya da icat edebilirliği"ni engelleyen durumlardır. Ancak bu, gerçekten de başlı başına bir araştırma konusudur ve bu yazının sınırlarından taşar.

Sonuç olarak; hak alması gerekenlerin inayete razı olmaması ancak bu konuda zihinlerde de oluşacak değişime bağlıdır.

Robert C. Solomon, Adalet Tutkusu kitabında "...İki seçenek kaldı insanlar için" diyor: "Aziz veya günahkar olmak, adaletin savunucusu veya bencil bir domuz olmak. Platon, Sokrates'i aziz yaptı; biz de adil eylemlerin ancak azizlere ve kahramanlara yakışan, günlük hayatımızın bir parçası olmanın uzağında, az bulunur ve olağanüstü şeyler olduğunu düşünme eğilimi göstermeye başladık." dedikten sonra "Ama neden?" diye soruyor: "Neden günlük hayatta iyiliğe, onura ve erdeme dair kelimelerden oluşan bir dağarcığımız yok? Bunun nedeni, bir insanın ancak belli bir rolü yüklendiyse (örneğin yargıçlık ya da yöneticilik) adaleti temsil edebileceğini düşünmeye yatkın olmamız. Adaleti hepimizde var olan, yüksek bir hayatın yalnızca bir parçası olmakla kalmayıp, bu hayatla ayrılmaz bir bütün oluşturan bir erdem olarak görmüyoruz. Hatta en iyi filozoflarımızdan bazıları adil insan idealinin bir tür sınıflandırma hatası olduğunu, adaletin bireylere değil yalnız kurumlara özgü olduğunu savunmuştur..."<sup>18</sup>

Solomon, genel olarak ideolojileri ve örgütlenmeyi neredeyse yok sayarak,

adaleti fazlaca kişisel ve insanın adeta özüne dair bir olgu olarak nitelerken katılamayacağım düşünceler ifade etse de; adaleti insandan ve günlük hayattan uzak, yüksek bir merteye gibi sunan anlayışlara karşı getirdiği bu tür argümanlar doğruluk taşıyor.

Adaleti, hukuku ve hakları ulaştırmaz mertebelere koyduğumuz zaman zaten mücadele etmemiz de gerekmiyor. Bize bahşedilmesini beklememiz, verilenlerle yetinmemiz gerekiyor.

Baskı düzenleri her zaman başkalarına ve kurtarıcılara ihtiyaç duyar, kolektivizme değil... Her zaman ihtiyaç duyduğumuz şey bir "başkan" ise inayeti usulca kabul edebiliriz yoksa dayanışmayı... Dayanışma ise birlikte değiştirmeye adım atmaktır, inayete razı olmak değil.

İnanetin hercailliği, geçiciliği ve eşitsiz duruşu yerine; haklar için mücadele etmenin, hak almanın keyfini ve sürekliliğini yaşamının, en azından bundan iyisini bulana kadar daha ehven bir durum olduğunu düşünüyorum. Çeşitli dinlerle, hadislerle başladığımız sözü yine bir din adamının Dalay Lama'nın bir sözüyle bitirmekte de bir sakınca yok sanırım: "Fark yaratamayacak kadar küçük olduğunuzu sanıyorsanız, sivrisinekli bir odada uyumayı deneyin."

## Hukukta Gaye Problemine Artsüremli Bir Yaklaşım: Şâtîbî ve John Finnis Karşılaştırması

Muharrem KILIÇ<sup>(\*)</sup>

### GİRİŞ

Kökene ve kaynakları açısından temel ayrımların ve ontolojik konumlanış ve işlevsellik açısından temel farklılıkların varlığına rağmen, hukuk sistemleri ve kuramları arasında yapılacak olan karşılaştırmaların esaslı tutamak noktalarının varlığını yadsıyamayız. Hukuku ontolojik, epistemolojik ve aksiyolojik düzlemde kuramsal bir derinlikle problematize etme imkanı sunacak olan bu tutamak noktaları mukayeseli analizleri anlamlı kılmaktadır. Yöntemsel açıdan bu türden analizlerin teorik çerçevesi, karşılaştırmaya esas alınan hukuk sistemleri ve onun bünyesinde var olan kuramsal eğilimlerin 'tarihsellikleri' göz önünde tutularak belirlenmesi ve 'anamlı bütünlükler' arasında bir mukayeseye yönelmesi daha verimli sonuçlar doğurabilir.

Böylesi bir yöntemsel kaygı, çalışmanın/mukayesenin dayanacağı teorik zeminin zorunlu olarak eşsüremli bir çerçeveye dayanmasını gerektirmektedir. Sistemik düzeyde yapılacak olan karşılaştırmalara eksen alınacak kesitlerin her yönüyle tarihselliklerinin bilinciyle hareket edilmesi koşuluyla artsüremli bir yaklaşımla ele alınması oldukça anlamlı bütünlüklerin keşfine imkan tanıyacağı kanısındayız.

Burada karşılaştırmaya konu edineceğimiz iki isimden ilki olan Ebû İshak İbn Musa el-Lahmî eş-Şâtîbî (öl. 1388), hem ait olduğu coğrafya (Endülüs) ve hem de ait olduğu kültür evreni açısından özgün bir figür olarak karşımıza çıkmaktadır. Daha özelde bu isim, İslâm hukuk teorisinin gelişim tarihi açısından kuramsal düzeyde bir kırılma/sıçrama evresine tekabül eden bir hukuk kuramcısı olarak temayüz etmektedir. 14. yüzyılda yaşayan Müslüman bir hukuk bilgini olarak Şâtîbî ile modern dönemde yaşayan Hristiyan bir doğal hukuk teorisini olan John Finnis (1940) arasındaki karşılaştırmaların burada kuramsal çerçevesini 'hukukta gaye problemi' oluşturmaktadır.

Bu karşılaştırmaların 'gaye problemi' özelinde yapılmasına öncelikle, konunun İslâm hukuk teorisi tarihinde metafizik temellendirimiyle literatürde izi sürülmekle birlikte, Şâtîbî'nin başyapıtı olan el-Muvâfakât adlı eserinde sistematik bir formülasyona konu olması yol açmaktadır.<sup>1</sup> Tarihi literatürel birikim açısından oldukça önem arz eden bir teorik açılım olan hukukun gayeleri (makâsıd) kuramı bu eserde ilk kez müstakil bir formülasyon ile ortaya çıkmıştır. Genel anlamda bu kuram, kanun koyucunun (Şâri) iradesinde kök salan hukuk

(\*) Doç.Dr. Sakarya Üniversitesi Öğretim Üyesi (mkilic@sakarya.edu.tr)

(1) Şâtîbî'nin söz konusu başyapıtı ekseninde hukuk teorisi konusunda kaleme alınmış monografik bir çalışma için bkz., Mesud, M. Khalid, İslâm Hukuk Teorisi, (çev. Muharrem Kılıç), İstanbul 1997.