

Zeynep Özlem Üskül Engin

Savaş Ergül

Hatice Nur Erkızan

H. Burak Gemalmaz

Kurtul Gülenç

Ahmet Gürbüz

Sercan Gürler

Dilek Mattatoğlu

Altan Heper

Yasemin Işıktaç

Meral Işıldak

Talip Kabadayı

Nazile Kalaycı

Yusuf Karakoç

Eray Karınca

Onur Kartal

Dadaşhan Celaleddin Kavas

Filiz Kerestecioğlu

Muhammed Kılıç

Sibel Kibar

Nurten Kiriş

Mustafa Kutlu

Kayhan Mutlu



20



H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

20. KİTAP



340.1 HFS 2010

Hazırlayanlar

Hayrettin ÖKÇESİZ / Gülriz UYGUR

Yardımcılar

Saim ÜYE / Eylem ÜMİT / Zeynep İspir TOPRAK

Emine İrem AKI



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul 2010

A.Ü.H.F. KÜTÜPHANESİ
127.189 ...340.1...

Genel Yayın Sıra No: 165

2010/7

ISBN: 978-6055614-36-2

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi

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.

Tasarım /Uygulama

Referans Ajans

Tel: +90.212.347.32.47 / e-mail: info@referansajans.com

Baskı

Sanat Matbacılık Medya ve Reklam Hizm. San. Tic. Ltd. Şti.

Hattat Halim Sokak No:13 Balmumcu-Beşiktaş / İstanbul

Tel: +90.212.267.04.23 / e-mail: as@sanatmatbaacilik.com

SUNUŞ

18. Kitapta duyurduğumuz ve 25-28 Ağustos 2008 tarihinde gerçekleştirdiğimiz geleneksel "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" adlı sempozyumumuzun dördüncüsünün bildirilerini bu kitaplarda (19-22) soyadı sırasına göre sunuyoruz. 22. Kitapta ayrıca bu sempozyumda yer almayan yazılardan oluşan bir "Ek Dosya" da bulunmaktadır. HFSA her yayım fırsatını okurlarına daha çok yazı sunmak düşüncesiyle değerlendirmektedir. Gelecek kitabımızda Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalının 30 Nisan - 02 Mayıs 2009 tarihinde gerçekleştirdiği "Yargı: Kurallar, Kurumlar, Kararlar Kolokyumu"nda sunulan bildiriler yayımlanacaktır. Bunlar program akışına göre şöyledir:

Ülker Yükselbaba, Dworkin'in Kurallar Modelini Değerlendirme: Kurallar ve İlkelerin Yargılamada kullanılması; Nazime Beysan, Hohfeld'in Hak Kavramı Analizinin Hukuki Muhakemede Kullanılması; Gökçe Çataloluk, Luhmann'ın Sistem Teorisinde Mahkemelerin Rolü; Halit Uyanık, Kurumsallaşmış Bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri; Abdullah Dinçkol, Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu; Yasemin Işıktaç, Hukukta Boşluk ve Takdir Yetkisi; Zeynep Üskül Engin, Yargıcın Özgürlük Alanı: Yorum; Eylem Ümit, Hâkimler Hakkaniyetten Ne Anlıyorlar?; Sercan Gurler, Çağdaş Hukuk Felsefesinde Formalist Yaklaşımlar ve Ernst Weinreb; Vahap Coşkun, Anayasanın Değişmez İlkeleri ile Demokrasi Arasındaki Gerilim; Serkan Gölbaşı, Bentham'ın Düşüncesi Bağlamında Cezalandırmanın ve Ceza Yargılamasının Rasyonalleşmesi; Aydan Ömer Surlu, H.L.A. Hart'ta Yargıcın Takdir Hakkı; Ceren Akçobay, Yargı ve İnsan Haklarının Liberal Yorumu; Vecdi Aral, Yargı Bağımsızlığı; Mustafa Tören Yücel, Türkiye'de Yargının Yapısal Analizi; Ali Şafak Balt, Yargılamanın İşlevselliği; A. Ulvi Türkbaşı, Bir Karar Örneğinde Postmodern Yargılamanın Olanaklılığı Sorunu; Şule Şahin Ceylan, Uyuşmazlık Çözümünde Yargı Alternatifleri; Sevtap Metin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Bio Etik Sorunları; Zeynep İspir, Bir Etik İlişki Olarak Yargıcılık ve Hüküm Verme - Edebiyatta Hukuk Aracılığıyla Bir Değerlendirme; Emine İrem Akı, Bir Edebiyat Eseri Olarak 'Reis Bey' Örneği Üzerinden Endüktif Muhakeme Yönteminin İncelenmesi; Harun Bodur, Adalet Tanrıçası Themis...

2010 yılı iki yılda bir gerçekleştirdiğimiz sempozyumumuzun beşincisini yapacağımız yıldır. İstanbul Barosu'nun her defasında Adli Yıl açılış etkinliği olarak da programına aldığı bu sempozyuma okurlarımızı katılmaya çağırıyoruz.

Değerli meslektaşlarımız Sayın Saim Üye, Eylem Ümit, Zeynep İspir Toprak ve Emine İrem Akı'ya bu kitapların hazırlanmasında gösterdikleri üstün gayret için içten teşekkürlerimizi sunuyoruz. Kendilerini HFSA'nın künyesinde "Editör Yardımcıları" olarak anmaktan onur duyuyoruz.

İstanbul Barosu Yayın ve Yönetim Kurullarının değerli üyelerine, Baro Başkanı Sayın Muammer Aydın'a gösterdikleri bu uzun soluklu işbirliğinden dolayı HFSA Çevresi adına teşekkür ediyoruz.

Sempozyuma katılarak, bildiri sunarak bu kitapların oluşmasına imkan vermiş yazarlarımıza şükran borcumuz daima en önde gelmektedir.

Nihayet bu kitapların somut birer nesne olarak elimizin altına gelmesini sağlayan Sanat Matbaacılık çalışanlarına ve bu sorumluluğu kendi adına üstlenen Sayın Ali Serdar Savaş'a teşekkür ediyoruz.

Hayrettin Ökçesiz / Gülriz Uygur

İÇİNDEKİLER

• Yeni Aile Modelleri ve Cinsel Azınlıkların Aile Kurma Talepleri - <i>Zeynep Özlem Üskül Engin</i>	6
• Adalet, Hak ve Şiddet Kavramları Üzerinden Hukuku Düşünmek <i>Savaş Ergül</i>	27
• Liberal Feminizm Üzerine Tartışmalar - <i>Hatice Nur Erkazan</i>	36
• Manchester City, Kinkladze'nin Emegi, Futbolcunun Yetiştirme Bedeli: İnsan Hakları Hukukunda Vücutun Statüsü Üzerine Spekülasyonlar - <i>H. Burak Gemalinaz</i>	44
• Hukuk ve Şiddetin "Hayaletimsi" Birlikteliğinin Benjaminci Eleştirisi Üzerine Bir İnceleme - <i>Kurtul Gülenç</i>	59
• İnsan Haklarının Filozofik Temelleri - <i>Ahmet Gürbüz</i>	68
• Sokrates'in Savunması ile Kriton Diyaloğunun Hukuka İtaat Yükümlülüğü Açısından Karşılaştırılması - <i>Sercan Gürler</i>	84
• Emek Hakları, Aktivizm ve Hukuk - <i>Dilek Hattatoğlu</i>	100
• Biyoetikte Hakim Etik Teoriler - <i>Altan Heper</i>	107
• İkinci Dünya Savaşı Sonrası Almanya'da Hukuk Felsefesi - <i>Altan Heper</i>	132
• Somut Olayın Normla Bağlantılandırılmasında Karşılaşılan Sorunlar: Örnek Olay, Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Farazi Destek <i>Yasemin Işıқтаç</i>	151
• Stoa Felsefesinin Güçlü Roma Devletinde Gelişmesinin Roma Hukukuna Yansıyan Sonuçları - <i>Meral Işıldak</i>	165
• Adalet Tasarımları - <i>Talip Kabadayı</i>	180
• Kamusal Alan Kavramına İlişkin Felsefi Belirlemeler - <i>Nazile Kalaycı</i>	183
• Eleştirel Düşünme ve Hukuk - <i>Yusuf Karakoç</i>	193
• Boşanma Halinde veya Yakın Yaşam Arkadaşlıklarında Kadınların Eş Şiddetinden Korunması Sorunu - <i>Eray Karınca</i>	200
• İktidarın Birciyin Yaşamı Üzerinde Kurduğu Tahakkümde Hukukun Rolü <i>Onur Kartal</i>	211
• Kral Yok! - <i>Dadaşhan Celaleddin Kavas</i>	220
• Hak mı, İnalet mi? Hak Almak, Hak Vermek, Yardımseverlik ve Kurtarıcılık Üzerine Bir Deneme - <i>Filiz Kerestecioğlu</i>	227
• Hukukta Gaye Problemine Arıstüremli Bir Yaklaşım: Şâtıbî ve John Finnis Karşılaştırması - <i>Muharrem Kılıç</i>	235
• Eşitlik Olmadan Adalet Olur Mu? - <i>Sibel Kibar</i>	253
• Platon'da Adalet Tasarımı - <i>Nurten Kiriş</i>	262
• Hukukun Arkeolojisi - <i>Mustafa Kutlu</i>	269

• Adli Suçlar, Beyaz Yakalı Suçlar Oluşumu ve Hukuk Sistemi <i>Kayhan Muthu</i>	285
--	-----

Yeni Aile Modelleri ve Cinsel Azınlıkların Aile Kurma Talepleri

Zeynep Özlem Üskül ENGİN*

1) YENİ AİLE MODELLERİ:

Tarihsel süreci incelediğimizde ailenin bir kadın bir erkek ve çocuk(lar)dan oluştuğu görülmektedir. Sosyo-kültürel faktörlerin gösterdikleri değişiklikler elbette ailenin yapısında değişiklikler yaratmıştır, o nedenle kimi ailelerde annenin kimilerinde babanın otoritesinin ağır bastığı, kimi ailelerde kadının kimilerinde ise babanın çokeşli olduğu, bazen annenin evinde bazen de babanın yaşadığı yerde yaşamın sürdüğü görülmüştür. Ama birbirinden değişik özellikler gösteren tüm bu ailelerde ortak bir özellik vardır: Annenin kim olduğu bilinir, babanın kimliği ise çoğunlukla bilinmemektedir ve çocuk annesi ve babasıyla büyür. Kural olarak baba erkek çocuğunun, anne ise kız çocuğunun rol modelidir. Klasik aile tanımlaması bu modelin üzerinden yapılır ve bu yolla hayatın yeniden üretimi, biyolojik, maddi, kültürel, sembolik bir mirasın aktarılması söz konusu olur. Ancak 70'li yıllardan sonra, Batı toplumlarında kadının ve erkeğin aile içinde değişen rolü, dinin toplumsal yaşam üzerindeki etkisinin azalması, hukuki etkenlerdeki değişiklik örneğin boşanmanın medeni kanunlara girmesi ve kadının korunmasına ilişkin düzenlemelerin kabulü ile geleneksel aile yapısının sorgulanmaya hatta dışlanmaya başladığı görülmektedir. Evlilik birçok-

ları için hala istikrarlı bir kurum olarak görülmektedir ancak bunun aksini iddia eden ve bir aile gibi uzun yıllar evlenmeden yaşayan ve çocuk sahibi olan çiftlerin sayısının bazı ülkelerde artması dikkat çekicidir. Birçok evlilik boşanmayla biterken ekonomik ya da ideolojik nedenlerle evlenmekten kaçınanların sayısı artmaya başlamıştır. Evlenme sayısında düşüş yaşanırken evlilik dışında doğan çocukların sayısında bir artış gerçekleşmiştir. Böylece "*fiili birliktelikten doğan aile*"ler görülmeye başlamıştır. Bu da çocuk yapmak için evli olmak gerektiği fikrinin bazı ülkelerde aşındığının bir göstergesi olarak ortaya çıkmakta ve diğer yandan çocuklu boşanmış çiftlerin artmasıyla "*parçalanmış aile*" kavramı sosyolojinin sözlüğüne eklenmektedir. Velayetin kimde kalacağı tartışmaları, haftasonlarını ve tatillerini ebeveynlerinden biriyle geçiren çocukların psikolojik durumları yeni sorunlara yol açmıştır. Buna boşanmış çiftlerin başkalarıyla yeniden evlenmesi eklenmiş, bu defa da "*yeniden oluşan aile*"lerden söz edilmeye başlanmıştır. Boşanmanın ya da evlenmeden çocuk sahibi olmanın ortaya çıkardığı ve batılı ülkelerin sosyal kurumlarının koruma altına aldıkları bir başka aile biçimi ise "*monoparental*" ailedir. Bu aile genellikle boşanmış ya da evlenmeden çocuk sahibi olmuş kadını ve onun çocuğunun ya da

çocuklarının oluşturduğu aileyi ifade eder. Bu aile tiplerinin yanında ideolojik nedenlerle ya da ekonomik koşulların yarattığı ortam nedeniyle "*uzak mesafede yaşayan çift*"lerden, ayrı evlerde yaşayan ve hatta çocukları da bulunan çiftler sosyolojinin ilgi alanına girmiştir. Ancak nasıl şekillenirse şekillensin yine bu aile tiplerinin geleneksel aileyle benzer ortak bir yanı bulunmaktadır ve yeni ortaya çıkmış bir aile tipi değildir, sadece bunların sayısında ciddi bir artıştan söz edilmektedir: Evlilik içi ya da dışı olsun bu birlikteliklerin bir kadın ve bir erkekten oluştuğu, buna çocukların da eklenmesiyle bir aile yapısından söz edildiği görülmektedir. Geleneksel aile yapısının hukukun alanının dışında sıklıkla ortaya çıkması, bazı batılı ülkelerin hukuklarında değişiklikler yapmalarına neden olmuştur. Bunun sonucunda, fiilen birlikte yaşayanlara belirli hukuki statüler tanındığı ve fiili bir birliktelik içinde olanların ilişkilerini kayıt altına aldırma- larından itibaren belirli hak ve yükümlülükler tabii oldukları görülmektedir.¹ Böylece çocuk sahibi olduklarında çocukla olan ilişkinin kurulması ve çocuğa karşı hakların ve sorumlulukların belirlenmesi de söz konusu olmaktadır. Sonuç olarak bu ailelerin hukuki açıdan geleneksel aile yapısına yaklaştığı görülmektedir. Ancak, aşağıda sözünü edeceğimiz aile tipi hem yenidir hem de

geleneksel aileye henüz benzememektedir ve bu aile tipi Avrupa'da ve Amerika kıtasında homoseksüellerin birlikteliklerinin değişik derecelerde tanınması nedeniyle ortaya çıkmaktadır. "*Homoparental aile*" olarak adlandırılan bu aile çeşitli biçimlerde ortaya çıkmaktadır: Homoseksüel tek/ya da 2 erkek ve homoseksüel iki kadın ve çocuk(lar) bu aileyi oluşturabilmektedir, bu durumda çok ebeveynin varlığından (plüriparentalite) söz edilmektedir. Bir başka homoparental aile türü ise homoseksüel iki kadın ya da homoseksüel iki erkek ve çocuk(lar)dan oluşmaktadır. Burada bazen çocuğun homoseksüel iki annesi ve homoseksüel iki babası ya da sadece homoseksüel iki annesi ya da homoseksüel iki babası bulunmaktadır. Bu geleneksel aile kalıplarına uymayan yapı, doğal olarak tartışmalara ve eleştirilere maruz kalmakta, cinsel azınlıklar ve bazı insan hakları savunucuları tarafından desteklenmektedir.

2) HOMOSEKSÜELLER NEDEN ÇOCUK SAHİBİ OLMAK İSTİYORLAR?

Homoseksüelliği bir hastalık, sapıklık olarak görmeyip,² cinsel bir yönelim olarak kabul eden ülkelerin ve bunu bir özgürlük olarak niteleyenlerin, demokrat, bireyci, eşitlik yanlısı davranarak, homoseksüellere evlenme hakkı ya da

(1) Bu konuda daha geniş bilgi için Bkz. Üskül Engin, Zeynep Özlem; *Hukuk Sosyolojisi Açısından Türkiye'de Evlenmenin Evrimi*, Beşir Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 266-299.

(2) 20. yüzyılda psikiyatrlar, homoseksüalitenin cinsel bir sapma, psikik bir anormali, bir akıl hastalığı ve bir kişilik bozukluğunun bir ifadesi olduğunu, bunun psikoza ve sıklıkla intihara götürebileceğini belirtmekteydiler. 1970'lerin sonlarında, tarihçilerin -Foucault'dan Boswell'e- araştırmaları ve cinsel özgürlük hareketleri ile homoseksüalite bir hastalık olarak görülmemeye başlandı. Buna artık farklı bir cinsel yönelim ve değişik bir cinsel pratik olarak bakılıyordu. Hatta tek tip bir homoseksüaliteden değil, birçok homoseksüaliteden söz edilmeye başlanmıştır ki, bu, insanın cinsiyetinin çok yönlü olabileceği fikri, sadece bir hastalık olabileceği düşüncesinden uzaklaştığını göstermektedir. Roudinesco, Elisabeth; *La Famille en Désordre*, Fayard, Paris, 2002, s. 227.

1974'te gey ve lezbiyen hareketlerinin baskısının bir sonucu, American Psychiatric Association tarafından bir referandum sonrasında, homoseksüalitenin akıl hastalıkları listesinden çıkarılmasına karar verildiği 1975'te, Amerikalı Psikoloji Derneği de aynı tutumu benimsemiştir. Derneğin üyeleri, psikologlara, bundan böyle, homofobik önyargılardan uzak bir şekilde, homoparental ailelerle araştırma yapmalarını tavsiye etmişlerdir. Bkz. Roudinesco, a.g.e., s. 230.

* Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

birlikte bir yaşamı paylaşmalarına bir hukuki statü tanıdığını görmekteyiz. İspanya, Belçika ve Hollanda'da homoseksüellerin evlenmesine hukuki zemin yaratılmıştır, Kanada ve Amerika Birleşik Devletleri'nin bazı eyaletlerinde ise fiili birliktelikleri hukukun hak ve yükümlülükler tanıdığı bir alana taşınmıştır. Bu hakkı veren ülkelerin hepsi kendi toplumsal gereksinimleri ölçüsünde düzenlemeler yapmışlardır.³ Bu ülkeler için, "Homoseksüeller evlenmeli midir?" tartışması bitmiştir. Doğal olarak bundan sonraki tartışma kapıya dayanmıştır. Evlenenlerin kural olarak çocuğu olabildiğine göre, bu kişilerin birlikteliklerinin ürünü olacak mıdır?

a) Genel Olarak Yapılan Tartışma:

Homoseksüeller, evlenme ya da fiili birlikteliklerini tescil ettirme hakkını elde ettikten sonra, fiilen aynı cinsten olan kişilerin beraber üreme yetenekleri olmadığından, evlat edinme ya da tıbbın son teknolojik nimetlerinden yararlanmak yoluyla çocuk sahibi olma istekleriyle karşımıza çıkmaktadır. Dolayısıyla, birçok ülke için tartışmanın yönünün artık bu soruya odaklandığını izlemek mümkündür.⁴ Örneğin evlenme ve evlat edinme hakkının tanınmadığı Fransa'da, Gey ve Lezbiyen Ebeveynler Örgütü (Association des Parents Gays et Lesbiennes), üç defa uluslararası bir konfe-

rans düzenleyerek, akademisyenleri ve araştırmacıları davet ederek, bu ülkede konuya ilişkin tartışmalar yaratmayı başarmıştır.⁵

Fransa'da homoseksüel çiftlerin çocuk sahibi olmalarının hukuki açıdan bir yolu vardır, o da lezbiyenler için geçerlidir: Belirli bir vericiden alınacak bir spermle (o da ancak Belçika gibi, buna izin veren bir ülkede olabilir, çünkü Fransa'da bu da mümkün değildir), doğacak çocuğun biyolojik annesinden basit evlat edinmeyle evlat edinilmesi, velayet hakkının bu şekilde birlikte kullanılmasının mümkün olması söz konusu olabilir. Bu durumda, homoparental bir aile kurulmuş olmamakta, ancak çocuğun velayet hakkının kullanılması açısından bir hak kazanılmış olmakta, çocuğun hukukken kime bağlı olduğu konusunda (hukuki soy bağı) bir değişiklik yapmamaktadır. Fransa'da bazen mahkeme kararları da, çocuğun yararına olacağı takdirde, velayet hakkının biyolojik anneyle birlikte, onun aynı cinsten olan hayat arkadaşının kullanmasına izin vermektedir.⁶ Ancak, bu düzenleme ile birlikte yaşayanların aile oldukları kabul edilmemiş, çocuk ailenin temeli olarak algılanmaya devam edilmiştir. Fransanın homoseksüellerin evlat edinmelerine, suni dölleme yoluyla çocuk sahibi olmalarına, evlenmelerine olanak tanımayarak diğer özgürlükçü batı ülkelerinde ayrıldığı görülmektedir.⁷ Fransa-

da olduğu gibi bazı ülkelerde iki kişinin birden evlat edinmesi ancak evli çiftlere tanınmıştır, bu durumda homoseksüeller beraberce birisini evlat edinmemektedirler. Homoseksüeller, evlat edinmek istediklerinde genel olarak, yargıçların evlat edinilmek istenen çocuğun menfaatinin düşünerek oldukça sert bir tutum izlemektedirler.⁸ Dolayısıyla, homoseksüel örgütlerin yaptıkları çalışmaların bu ülke açısından tartışma yaratma düzeyinde kaldığı görülmektedir.

Diğer yandan bazı ülkeler bazı koşullarda homoseksüellere evlat edinme hakkını vererek bu konuya ilişkin bir hukuki düzenleme yaparak tartışmalara son vermişlerdir. Örneğin Hollanda, İsveç⁹, Norveç¹⁰ ve Danimarka¹¹, İzlanda¹² 2000'li yılların başında, her ne şekilde doğmuş olursa olsun (önceki ilişki, yapay dölleme, daha önce evlat edinme) homoseksüel ilişkideki partnerlerden birinin çocuğunu diğerinin evlat edinme hakkı bulunmaktadır.¹³ Amerika kıtasının değişik bölgelerinde saptandığı kadarıyla ailelerin %10'u homoparental ailelerden oluşmaktadır, 14 milyona yaklaşan bir oranda da homoseksüel ebeveyn tarafından büyütülen çocuk bulunmaktadır.¹⁴ Görüldüğü gibi, konu sadece hukuk düzeyinde kalan bir yeniliği değil,

Batı toplumlarında yaşanan bir gerçeği de içinde barındırmaktadır.

Homoseksüeller, "antropolojik olarak, ailenin nasıl oluştuğu incelendiğinde, biyoloji ailenin tek temeli değildir; tüm akrabalık sistemleri gerçekliği sembolik bir manipülasyonu, toplumsalın bir mantığıdır; (toplumsal) nesep hiçbir zaman saf biyolojiye indirgenemez" demektedirler. Homoseksüellere göre, cinsiyet, cinsellik, bunların belirlenmesi, bireyin uyumu sadece doğal düzenden kaynaklanan olgular değildir, biçimlendirilebilir ve yeniden yaratılabilir olgular olarak sembolik düzende, ideolojiden kaynaklanmaktadır.¹⁵ Bunun dışında, ileri sürülen bir başka sav da şudur: Hukuk sistemleri tek başına evlat edinme hakkını tanıdığına göre çocuk yetiştirmek için bir anne ve bir babadan oluşan aileye gerek kalmadığının açıkça görülmekte olduğuna ilişkindir.¹⁶

Homoseksüellere çocuk sahibi olma hakkı tanınırsa, annesi ya da babası olmayan ancak aynı cinsten iki ebeveynli yeni bir aile tipiyle karşılaşmış olacağız. Kamuoyunu rahatsız eden ve tartışmalara yol açan konu tam da budur. Aslında, homoseksüellere evlenme ya da fiili birlikteliklerini tescil ettirme hakkını veren Batı ülkelerinde lezbiyen çiftlerin

1990 yılında Dünya Sağlık Örgütü (WHO): homoseksüalitenin bir hastalık olmadığına karar vermiş, onu hastalıkların uluslararası sınıflandırmasından çıkarmıştır. Bkz. <http://www.who.int/classifications/icd/en> (25 Temmuz 2007).

(3) Roy, "Partenariat Civil et Couples de Mêmes Sexes: La Réponse du Québec", *Revue Juridique Thémis*, no: 35, 2001, s. 671.

(4) Schnapper, Dominique, "Irrésistible Mariage Homosexuel?", *Commentaire*, S.: 107, *Güz 2004*, s. 768. Bu tartışmanın 1970'lerden bu yana sürdüğünü ve öncelikle Amerika Birleşik Devletleri'nde, İngiltere'de, Belçika ve Hollanda'da başladığını görmek mümkündür. Bkz. Gross, Martine, "Quand et Comment l'Homoparentalité Est-Elle Devenue un Objet 'Légitime' de recherche en Sciences Humaines et Sociales?", *Socio-logos*, No: 2, <http://socio-logos.revues.org/document803.html> 18.01.2008, s. 1.

(5) Gross, a.g.m., s. 1.

(6) Debove/ Salomon/ Janville, a.g.e., s. 17.

(7) Debove/ Salomon/ Janville, a.g.e., s. 16-17.

(8) Branlard, a.g.e., s. 292, dipnot 728.

(9) 2003 yılında İsveç'te çiftlerden birinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinmesine olanak tanınmıştır. Bkz. Digeox, Marie/ Festy, Patrick; L'Etat, la Loi et le Couple Homosexuel: l'Esprit Nordique", *Communication au XVIIIème Congrès de l'Association Internationale des Sociologues de Langue Française*, Tours, 5-9 Temmuz 2004, s. 4.

(10) 2002 yılında Norveç'te çiftlerden birinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinmesine olanak tanınmıştır. Bkz. Digeox/ Festy, a.g.m., s. 11.

(11) 1990 yılında Danimarka'da çiftlerden birinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinmesine olanak tanınmıştır. Bkz. Digeox/ Festy, a.g.m., s. 11.

(12) 2000 yılında İzlanda'da çiftlerden birinin çocuğunun diğeri tarafından evlat edinmesine olanak tanınmıştır. Bkz. Digeox/ Festy, a.g.m., s. 11.

(13) Festy, Patrick; "Légaliser les Unions Homosexuelles en Europe: Innovations et Paradoxes", *Population*, No: 424, Haziran 2006, s. 1.

(14) Roudinesco, a.g.e., s. 233.

(15) Schnapper, a.g.m., s. 767.

(16) Delaisi de Parseval, Geneviève; "Qu'est-ce qu'un Parent Suffisamment Bon?", *l'Homoparentalité, États des Lieux. Parentés et Différences de Sexe*, Dir.: Martine Gross, ESF, Issy-les Moulineaux, 2000, s. 207-208.

daha önceki ilişkilerinden ya da evliliklerinden doğan çocuklarla kurdukları aile tablosunun çok rahatsız edici görülmediği, tek başına bir anneyle yetişen çocuk kavramına alışıldığından, bu defa ikinci bir annenin ya da kadının varlığı rahatsız edici olmamaktadır.¹⁷ İki lezbiyenden birinin ya da her ikisinin çocuklu olması halinde, anne olanın genel olarak çocuğunu koruduğu, gözettiği, toplum içinde partnerinin bir akraba ya da bir ev arkadaşı olarak tanımlandığı görülmektedir. Bu durumda, çocuk babayı görmekten ve hatta tanımadan büyüebilmektedir.¹⁸ Yapay dölleme teknikleri de lezbiyenlere yeni olanaklar sunmaktadır.¹⁹ Lezbiyenlerin çocuk sahibi olmaları konusunda daha ılımlı bir hava eserken, geyler için durum farklıdır.²⁰

Geylerin evlat edinmelerine yönelik tartışma daha alevli geçmektedir. Bunun sebebi, boşanma sonrası, çocukların bakımını üstlenen bekâr baba figürünün alışıldık bir figür olmaması olsa gerektir. Boşanmada kadının özel bir durumu (ölümcül bir hastalık, uyuşturucu tedavisi, ahlaken düşük bir yaşam sürmesi) olmadığı sürece, özellikle bebek ve küçük çocukların anne bakımı altında olmasının doğal karşılanması nedeniyle, boşanma halinde, çocukların anneye verildikleri görülmektedir. Dolayısıyla, boşanmada çocukların bakımının babaya verilmesi istisnai bir durumdur. Heteroseksüel babalar için istisnai bir durum olan, bekâr babalık konumu, gey baba-

lara nasıl tanınacaktır?²¹ Babanın gey olmasının, baba-çocuk ilişkisini ne kadar etkilediğini varsayımsal olarak belirlemek zordur. Bunun her olay için ayrı ayrı incelenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, gey bir babanın, iyi baba olmayacağı gerekçesine dayanarak evlat edinme hakkını baştan reddetmek ve lezbiyen annelere bu hakkı tanımak baştan bir önyargıyı kabul etmek ve homoseksüeller arasında bir ayrımcılık yapmak anlamına gelmektedir. Burada, gey babaların iyi baba olmayacaklarını ileri sürmek doğru olmayabilir, ama evlat edinmelerine karşı ileri sürülmesi gereken sav, çocuğun gereksinimlerini gözetken bir sav olmalıdır. Asla homofobik bir temeli olmadığı düşünülümüz bu sav, her çocuğun bir anneye ve babaya gereksinim duyduğu gerçeğinden hareket etmektedir. Öyle ya da böyle her çocuğun bir annesi vardır. Onu çok sevmese de, çok dövse de, iyi bakamasa da, en kötüsü ölmüş dahi olsa bir anne vardır ve bu anne figürü çocuğun zihninde yer almaktadır, bu figüre her çocuğun ihtiyacı ve hakkı da vardır.²²

Esas olarak daha çok basın yoluyla yürütülen homoseksüellerin çocuk edinme hakkını destekleme kampanyası, daha çok onların eşitliği açısından düşünülerek biyolojik, sosyolojik ve psikolojik açılardan tartışmaya açılmaktadır. Bu konuda elde edilen verilerin azlığı nedeniyle çocuk haklarını koruyacak bir kanıtın ileri sürülebilmesi,

sadece olasılıklardan söz edilmesi, çocuğun nesneleşmesine yol açma tehlikesini içinde barındırmaktadır. Çocuğun, homoseksüel çiftin arzu nesnesi olma riski bulunmaktadır. Çocukların bir anne ve bir babaya sahip olma hakkı, Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nin birinci maddesindeki insanların hakları yönünde eşit doğacakları ilkesinin de kapsamına girmektedir. Bu nedenle, insan hakları alanını terk ederek bilime başvuran homoseksüellerin, çocuğu hak sahibi olan bir süje olarak değil de sahip olmak istedikleri bir nesne olarak algıladıkları düşünülmektedir.²³

Tüm bu tartışmalar yapılırken gün geçtikçe daha fazla sayıda homoseksüelin anne- baba olduğu ve çocuk yetiştirdiği iddia edilmektedir. Bu sürecin gizli kalmasına gösterilen bir özenden de söz edilmekte, kadın ve erkek homoseksüellerin birbirlerine bu konuda yardım ettikleri, destek oldukları anlaşılmaktadır. Fransa'da bu şekilde 30 000, Hollanda'da 20 000 homoseksüel çiftin çocuk sahibi olduğundan, A.B.D.'de 1-5 milyon arası lezbiyen anne ve 1-3 milyon arası gey babanın varlığından bahsedilmektedir. Bu konudaki sayılar net değildir, çünkü az önce belirtildiği gibi, bu kişiler çoğu zaman çocuklarını düşünerek ya da velayet hakkını kaybetme korkusuyla cinsel yönelimlerini saklamaktadırlar.²⁴ Ancak homoparantalite, azınlık haklarının korunmasının, kültürel

ve seksüel çoğulculuğun tanındığı politik bir eğilimin ayrılmaz bir parçası olarak gösterilmeye başlanmıştır.²⁵

b) Lezbiyenlerin Evlat Edinmeleri ya da Çocuk Sahibi Olmaları Hakkındaki Tartışma:

Son yıllarda, homoseksüel bir ilişki çerçevesinde çocuk sahibi olma projesini geliştirmeye başlayanlar ilk önce lezbiyenler olmuştur.²⁶ Doğal olarak, bu tartışma, evlenme ya da fiili birlikteliklere bir hukuki statü tanınmasının ardından ortaya çıkmaktadır. Bu o kadar fazla dile gelmeye başlamıştır ki, bir lezbiyen "baby boom"dan (bebek artışı) söz edilmektedir.²⁷

Lezbiyenlerin neden çocuk istedikleri bir araştırmada kendilerine sorulduğunda, birçok farklı cevap alınmıştır: Boşluk doldurmak, bir çocuk doğurmaya ihtiyaç duymak, çocuğun insanı olgunlaştırdığını düşünmek, yalnız kalmamak, yarına bir şey bırakmak, iyi yaşanan bir çocukluğu kendi çocuğuna da yaşatmak şeklinde cevaplara ulaşılmıştır. Bunun yanında, olgunlaştıklarını düşündükleri ilişkilerinin sağlamlaşması açısından da çocuk sahibi olmayı önemsedikleri görülmektedir.²⁸ Lezbiyen çiftlerde, biyolojik olarak anne ya da hamilelik sürecinde olanlar, çocuğun doğumuna fiziksel olarak katkıda bulunmak, bebekle bedenleri arasında bir ilişki kurmak ("içimde bir

(17) Habib, Claude; "L'Adoption par des Couples Homosexuels, Commentaire, No: 107, Güz, 2004, s. 773.

(18) Habib, a.g.m., s. 774.

(19) Giddens, Anthony; Sosyoloji, Çev.: Hüseyin Özel, Ayraç Yayınevi, Ankara, 2000, s. 177.

(20) Habib, a.g.m., s. 773.

(21) Habib, a.g.m., s. 774. Bu konuda oldukça özgürlükçü bir yaklaşım içinde olan Kanada'da lezbiyen annelerin sayısının gey babalara oranla 5 kat daha fazla olduğu tespit edilmiştir. Bkz. Vyncke, Johanna D./ Julien, Danielle, "Divulgarion de l'Orientation Sexuelle, Soutien de la Famille d'Origine et Adaptation Conjugale Chez des Mères Lesbiennes Ayant Eu Leur(s) Enfant(s) Dans le Contexte d'une Relation Sexuelle. Etude Exploratoire.", <http://www.erudit.org/revue/smq/2005/v30/n2/012142ar.html> (11.4.2008).

(22) Habib, a.g.m., s. 774.

(23) Supiot, Alain; *Homojuridicus, Essai sur la Fonction Antropologique de Droit*, Seuil, Paris, 2005, s. 297- 298.

(24) Krémer, Pascale; "Eşcinsel Ebeveynler de Çocuk Bakabilir", Derleyerek Çev: Deniz Karesi, Biliyorlursunuz(!) Her Kadın Heteroseksüel Değildir, Kaos GL, Ankara, 2007, s. 100.

(25) Chamberland, Line/ Jourvin, Emilie/ Julien, Danielle; "Les Familles Recomposées Homoparentales et Hétéroparentales", *Erudit*, C.: 16, 2003, s. 94. www.erudit.org/revue/nps/2003/v16/009629ar.html (21.8.2008).

(26) Roudinesco, a.g.e., s. 223.

(27) Leblond de Brumath, Annie; "Facteurs Décisionnels Reliés au Statut Biologique et au Mode de Procréation Chez des Futures Mères Lesbiennes", *Erudit: Enfances, Familles, Générations*, No: 5, 2006, s. 1. www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015780ar.html (20.1.2008).

(28) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 11.

çocuğun büyümesini hissetmek istiyorum”), aynı zamanda duygusal bir ilişki kurmak (“anne olmak, partneriyle olan ilişkisi açısından çocuğu için bir numara olmak, önde gelmek”) istediklerini belirtmişlerdir. Biyolojik annenin partneri ise, eş-anne (co-parent) olarak ne hissettikleri sorulduğunda, “bedenin şekilsizleşmesinden, kilo alımından, vücudun çektiği ağrılardan ve iyi düşünmek gerektiğinden” söz etmişlerdir.²⁹ Biyolojik lezbiyen anne, heteroseksüel anne gibi davranmaktayken, lezbiyen partner heteroseksüel baba gibidir.

Lezbiyenler kadın oldukları, dolayısıyla hem doğurabildikleri hem de evlat edinebildikleri için yapılan tartışmalar kendi içinde birkaç altbaşlığa ayrılmaktadır:

aa) Lezbiyenler evlat edinebilirler.

Lezbiyenler eğer kendi hukuk sistemlerinin içerisinde evlat edinmeye izin veriliyorsa, bu haklarını kullanarak evlat edinebilirler. Bu iki biçimde sözkonusu olabilir: Hukuk sistemi tek başına evlat edinmeye izin veriyorsa, lezbiyenlerden biri evlat edinir, daha sonra onun evlat edindiği kişiyi partneri de evlatlık edinebilir. İkinci ihtimal ise, lezbiyenlerden birinin zaten bir çocuğu vardır, bu çocuğu partneri evlat edinebilir. Bu durumda her iki kadın da velayet hakkını ortaklaşa kullanarak çocuğu büyütebilirler. Üçüncü ihtimal ise, hukuk sisteminin olanak tanıması halinde aynı cinsiyetten çiftlerin birlikte evlat edinmeleridir. İlk iki ihtimalin birçok ülkenin hukuk düzeninde gerçekleştiğini görmek mümkünse de homoseksüel çiftlerin birlikte

evlat edinmelerine çok fazla ülkede olanak tanınmadığını görmek mümkündür. Buna olanak tanıyan ülkelere biri olan Kanada’da sadece lezbiyenlere bu olanak tanındığı, geylerin bu düzenlemenin dışında tutulduğu görülmektedir.³⁰ Üstelik birçok ülkede homoseksüellerin evlat edinmesine ilişkin bir düzenleme bulunmadığından, bu ülkeler evlatlık vermede de sorun çıkarmaktadırlar. Örneğin Kanada’da evlat edinecek çocuk sayısının azlığı, tam evlat edinme ilkesinin kabul edilmiş olması bu yola başvurmak isteyenler için bir zorluk yaratmaktadır. Bu durumda, başka ülkelere evlatlık alma yoluna gitmek mümkün olabilmektedir. Evlat edinmek için evli olma şartı koymayan, tek başına bir kişinin de evlat edinebileceğini düzenleyen bir ülkeden cinsel tercihini belirtmeksizin evlat edinmek daha sonra da partnerine özel izin vererek, çocuğun onun da evlat edinmesini sağlamak mümkündür. Ancak, evlatlık veren ülkeler, bu durumu fark ederek, bekârların evlat edinme hakkını kısıtlama yoluna gitmişlerdir. Örneğin Çin, yalnız yaşadığını iddia eden İsveçlilere verilebilecek çocuk sayısında kısıtlama getirmiştir.³¹ Haiti ise, ancak yalnız olduğunu belirten kadınlara evlatlık vermeyi kabul etmektedir, erkekler bu uygulamanın dışında bırakılmaktadır.³² Bu durumda lezbiyen çiftlerin birlikte evlat edinmeleri zor bir olasılık olarak ortaya çıkmaktadır.

Bazı ülkelerin evlat edinmeye ilişkin düzenlemeleri, evlat edinilen çocuğun biyolojik ailesi ile bağlarını koparmasını gerektirmeyebilir, bazen da evlat edinen aile hukuki açıdan çocuğun

baştan beri ailesiymiş gibi ele alınır ve çocuğun doğumuna neden olan kişilerle bağı kesilir. Tam evlat edinme adı verilen bu ikinci sistem benimsenmemişse evlat edinen homoseksüel çift hukuki olarak velayet hakkını kullanmaya ehil olamayacaktır. Kanada’da soybağı (filiation) eyaletlerin kanunlarıyla belirlenmektedir. Québec hukukuna göre tam evlat edinme ilkesi kabul edilmiştir.³³ Evlat edinmek için evlatlığın ailesinin ya da çocuk terk edilmişse çocuğu koruma altına alan ilgili kurumun izni gerekmektedir. Homoseksüel bir çocuğun annesi ya da babası, partnerinin çocuğu evlat edinmesi için özel bir izin verebilmektedir, ancak bunun olabilmesi için en az üç seneden beri birlikte ikamet etmeleri şartı aranmaktadır. Ancak burada genel evlat edinme prensibine aykırı olarak, bu defa, evlatlığın biyolojik annesi ya da babasıyla olan bağı koparılmamaktadır. Kanada cinsel azınlıklara özgürlükçü bir yaklaşım içinde bulunan bir ülke olarak çıkmaktadır, bu nedenle bu yaklaşıma zıt bir düzenleme yapılmış olması dikkat çekicidir.

bb) Lezbiyenlerden birinin doğurması ile çocuk sahibi olabilirler.

Lezbiyen olan çiftlerden birisinin doğurmayı kabul etmesi halinde, çocuk sahibi olmaları mümkündür. Burada, babanın kim olacağına ve onun kim olduğunun daha sonra bilinip bilinmeyeceğine göre farklı koşullar ve sonuçlar doğmaktadır. Hukuk açısından en önemli sonuçlardan biri, velayet hakkının kullanılması ilişkindir. Baba aday olan kişi, sperm bankasına spermini verirken

kimliğinin gizli kalmasını istiyorsa, daha baştan velayet hakkından vazgeçmekte, bu durumda, yalnız başına çocuğunu büyütmek isteyen anne kendi başına ya da lezbiyen çiftler hukuki sistem buna olanak tanıdığı ölçüde beraberce velayet hakkını kullanacaktır.

Québec’te, babanın belli olduğu, ancak döllenmenin cinsel ilişki³⁴ ile değil de tıbbi yöntemlerle suni olarak gerçekleştirildiği hallerde de babanın velayet hakkına sahip olamayacağı düzenlenmiştir. Burada bir aile olma arzusuna sahip olmayan sadece döllenmenin gerçekleşmesi için genetik özelliklerine başvurulmuş bir kimse sözkonusudur.³⁵ Doğal yollardan meydana gelen bebeğin velayeti her zaman olduğu gibi, anne ve babasında olacak, lezbiyen partnerin bu konuda bir talebi olamayacaktır. Ancak, suni döllenmeyle meydana gelen bebeğin annesinin kadın partnerinin ismi doğum belgesinde (co-mère) eş-anne olarak yazılmaktadır. Dolayısıyla üreme metodu, lezbiyen kadının velayet hakkına sahip olmasını etkilemektedir. Bu durumda, heteroseksüel ailede babanın aldığı yere eş-anne geçmektedir. Görüldüğü gibi, medeni kanunlarda önce baba otoritesinden söz edilmiş, daha sonra anne-baba otoritesine geçiş yapılarak, babanın aile üzerindeki etkisi azaltılmış, en sonunda da babanın otoritesinin dahi görülmediği aile tipleri ortaya çıkmaya başlamıştır.

Bu yeni soybağı sisteminde çocuğun anasoylu olması ve doğum belgesine iki anneli olduğunun belirtilmesi mümkün kılınmıştır.³⁶

(29) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 9.

(30) Tahon, Marie-Blanche: “Nouvelles Formes de Régulation de la Famille au Canada et au Québec: Avant-Gardisme et Marginalisation”, *Erudit*, 2006, No: 5, s. 1, 4. <http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015779ar.html> (18.1.2008)

(31) Roy, a.g.m., s. 4.

(32) Tahon, a.g.m., s. 3.

(33) Roy, Alain: “La Filiation Homoparentale: Esquisse d’une Réforme Précipitée”, *Erudit: Enfances, Familles, Générations*, No: 1, 2004, s. 3. www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n1/008896ar.html (20.1.2008).

(34) Roy, bu yöntemle “procréation amicalement assistée” (arkadaşça yardımlaşma yoluyla üreme) demektedir. Diğer yöntem ise, “procréation médicalement assistée” (tıbbi yardım yoluyla üreme) olarak anılmaktadır. Roy, a.g.m., s. 4.

(35) Tahon, a.g.m., s. 3.

(36) Tahon, a.g.m., s. 3.

aaa) Lezbiyenlerden biri bilinen birinden sperm alarak doğurabilir.

Sperm bankasındaki verici belirli olabilir ya da baba tanıdık birisi olabilir, bu durumda, çocuk lezbiyen bir çiftin çocuğu olacaksa da, babasının kim olduğunu öğrenme şansına sahip olabilecektir. Sperm bankasından sperm almanın pahalı bir yöntem olması nedeniyle, çoğu zaman tanıdık birinden sperm almak söz konusu olmaktadır.³⁷ Ayrıca, bu metotta babanın tıbbi geçmişi, alışkanlıkları hakkında da bilgi sahibi olmak mümkündür, bu da sağlıklı bir çocuk sahibi olmak açısından önemsenmektedir.³⁸ Babanın bilinmesi durumunda lezbiyen çiftlerin babayla çocuğun ilişki kurmasını önemsedikleri, zamanlarının dörtte birini babalarıyla geçirdikleri tespit edilmiştir. Bu ilişkinin sağlanmadığı durumlarda, lezbiyen annelerin çocukları için bir baba modeli bulmaya çalıştıkları da yapılan bir araştırmanın sonucunda saptanmıştır. Aynı cinsten olan biyolojik bağla değil de sosyal bir bağla çocuğa bağlanan kişinin diğer cinsiyetteki kişinin yerini tutmadığı, eş-annenin bir abla, annenin bir yakını, başka bir anne gibi algılandığı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, rol model eksikliğinin hesaba katılması gerekmektedir.³⁹

Bu çocuğun, babasının kim olduğu bilgisini elde edemeyecekler göre, psikososyal gelişimi daha az travmatik olacaktır. Baba modeli çocuk için hem psikolojik hem de toplumsal gelişimi açısından önemli olduğuna göre, bazı lezbiyenlerin bu yolu tercih edeceğini de

olasılıklar içinde hesap etmek gerekmektedir.

Lezbiyen çiftlerin her biri çocukla bir şekilde ilişki kurmak istemektedirler. Biyolojik anne ile bağ açıktır. Diğer kadının (co-mère: eş-anne) da bu türden bir ilişki içinde olması amacıyla, spermi verenin diğer kadının kardeşi, kuzeni gibi yakın bir akrabası olmasına dikkat edildiği de görülmektedir. Bu şekilde genetik bir ortaklık kurulmaya çalışılmaktadır. Ayrıca, ikinci bir çocuk planı da gündemdeyse, bu şekilde çocukların hem anne hem de baba tarafından kardeş olmaları sağlanabilir. Bunun yanında, çocuğun soyadının diğer kadının soyadı olması da, onun çocukla ebeveynlik ilişkisi içerisinde olması açısından önemsenmektedir.⁴⁰

Lezbiyenler arasında biyolojik anne ile partneri arasında çocuk nedeniyle sorunlar çıkabilmektedir. Öncelikle kimin anne olacağına karar vermek gerekmektedir. Bu noktada birçok kişisel tercih, partnerler arasındaki denge ve toplumsal faktör devreye girmektedir: Kimin ailesinin çocuğun bakımında destek olabileceği, hangi partnerin ailesiyle ilişkisinin daha iyi olduğu, kimin çalışma koşullarının ve sosyal yardım olanaklarının daha iyi olduğu gibi...⁴¹

50 lezbiyen arasında yapılan bir araştırmada, biyolojik annelerin daha genç ve çocuk doğurmaya daha hevesli oldukları, çocukluk anılarında ailelerinin canlı, önemli bir yer tuttuğu da bir veri olarak saptanmıştır.⁴² Biyolojik anne, çocuğu ile daha fazla zaman geçirmekte, iş hayatından geri kalmakta ve bu nedenle şikâyetçi olmaktadır. Diğer yandan, bi-

yolojik annenin bebekle daha fazla ilgilenmesi, lezbiyen çift arasında bir kıskançlığa ve rekabete yol açabilmektedir. Ayrıca, çocuk biyolojik anneyi "anne" olarak bilmekte ve öyle çağır-maktadır, biyolojik anne olmayan partner, çocuğun kendisini "anne" diye çağır-maması ve ebeveynlik ilişkisinde dile ilişkin bir problemi çoğu zaman nasıl çözeceklerini bilememeleri nedeniyle, kendisini dışlanmış hissedebilmektedir.⁴³ Annelik ilişkisinin kurulmasındaki bu asimetri, çevreyle de ilişkileri etkilemektedir: Örneğin biyolojik annenin annesi bebekle, diğer anneanneye göre daha fazla ilgilidir, ancak her durumda çocuklarının lezbiyen olmalarına alışmasalar da her iki taraf torun sahibi olmayı sevinçle karşılamışlardır.⁴⁴

Dolayısıyla, marjinal bir aile oluşturma çabası varsa, bu gerçekleşmiş olmamaktadır. Burada yaşanan sorunların aynısı heteroseksüel ailelerdeki kadınlar tarafından da yaşanmaktadır. Doğuran kadının lezbiyen bir partneri de olsa, kocası da olsa, sorunlarının ortak olduğunu görüyoruz.

Dikkati çekebilecek bir başka nokta, heteroseksüel olan ve tıbbi olarak çocuk doğurma olanağı bulunmayan bir kadının yasal olarak anne olma olanağının bulunmayışı ancak aynı koşullardaki lezbiyen bir kadının bir çocuğun doğum belgesine eş-anne olarak yazılabilmesidir.⁴⁵ Tüm bu tıbbi gelişmelere rağmen doğuramayan lezbiyen kadın cinsel yöneliminden ötürü korunurken, aynı konumdaki heteroseksüel kadının yine cinsel yöneliminden ötürü korunma dışı bırakıldığı görülmektedir.

Ayrıca, doğum belgesine eş-anne (co-mère) olarak bir kadının yazılması, çocuğun ömür boyu stigmatize edilmemesine neden olabilecektir. Bu da dikkate alınması gereken bir konudur.⁴⁶ Ayrıca Batı ülkelerinde heteroseksüel ailelerin dahi istikrarının tartışılır olduğu bir gerçek olarak ortaya çıkarken, homoseksüel ailelerin de bu istikrarsızlıktan payını almadığını söylemek mümkün değildir. Bu durumda, homoseksüel bir aile içinde yaşayan bir çocuğun birçok üvey eş-annesinin olması da olasılık dahilindedir.⁴⁷ Bir başka olasılık ise şudur: Hayatının bir döneminde bu yolla çocuk sahibi olan bir biseksüel annenin, zaman içinde lezbiyen ilişkiyi sonlandırıp, daha sonra heteroseksüel bir birlik-telik kurması ve bu birliktelikten çocuk sahibi olması mümkündür. Heteroseksüel ilişkiden doğan çocuklar toplumsal bir dışlanma ya da damgalanmayla karşılaşmazken, biseksüel ilişkinin ürünü olan çocuk aynı anneye sahip olsa da onlarla aynı toplumsal konuma sahip olamayacaktır.

bbb) Tanıdık olmayan birinin spermi alınarak partnerlerden biri doğurabilir.

Bu genellikle sperm bankalarının birinden sperm almak suretiyle gerçekleştirilebilir. Sperm bankası, vericinin adını gizli tutuyorsa, bu şekilde doğan çocuk asla babasının kim olduğunu öğrenemeyecektir. Bu uygulama, bazı ülkelerde mümkündür. Bazı üniversite gençlerinin okul harçlıklarını çıkarmak için dahi verici olarak başvurdukları sperm bankaları, vericinin gizlilik isteği

(37) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 4.

(38) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 14.

(39) Chamberland/ Jouvini/ Julien, a.g.m., s. 10.

(40) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 4, 12.

(41) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 4.

(42) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 6, 10, 15.

(43) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 12.

(44) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 3, 17.

(45) Tahon, a.g.m., s. 5.

(46) Tahon, a.g.m., s. 5.

(47) Tahon, a.g.m., s. 6.

sözkonusu olursa, bu esasa bağlı kalmaktadır.

Annenin dahi, bilmesi halinde çocuğunun babasının kim olduğunu ona söylememesi ölçülemez bir adaletsizlik olarak görülürken, sperm bankalarından hamile kalma olasılığı ve babanın açıklanmayacağı kabulüne olanak tanımak, çocuk açısından haksızlık olmaktadır. Diğer çocukların, babalarının kim olduğunu bilmeleri, onu tanımaları olanak dahilindeyken, bu şekilde doğan çocuğun psiko-sosyal gelişimi ve adalet açısından yanlıştır. Her çocuğun babasının kim olduğunu bilmeye hakkı vardır. Bununla beraber, bu uygulamalara olanak tanıyan ülkelerde, örneğin Kanada'da Québec'te fiili birliklikleri düzenleyen kanunlarda, spermini bankaya veren kişinin çocuk üzerinde bir velayet hakkının bulunmadığını, lezbiyen çiftin bunu eşit olarak kullanacağını ifade edilmektedir.⁽⁴⁸⁾

Bu uygulama, bir baba figürü olmasını istemeyen, bunun yerine birisi anne olan iki kadınlı bir aile modeli geliştirmeyi isteyen lezbiyenler için avantajlı olabilir. Üç ebeveynli aile modelinin (anne-baba ve lezbiyen partner) ve bunun yaratabileceği sorunların istenmediği hallerde bu model uygulanmaktadır. İki kadın, herhangi bir erkeğe ihtiyaç duymadan bir çocuk yetiştireceklerini göstereceklerdir. Bu hem bu türden bir ilişki açısından tutarlılığı koruyacak, hem de günün birinde "baba olmayı aklına getirip de durumu çocuğu açıklamak isteyen" birinin yaratacağı sorunları engelleyecektir.⁽⁴⁹⁾

Anneyle bağın biyolojik ve psikolojik nedenlerle sıkı olduğu ve tespit

edilme kolaylığı (babaya oranla) açıktır. Ancak, babanın kim olduğunun belirlenmesi konusu, tıbbi teknolojinin ilerlemesiyle karmaşık bir hal almıştır. Öyle ki, çocuğunu tanımaya yanaşmayan ya da çocuğunun varlığından habersiz bir baba olasılık dahilindeyken, anne için böyle bir şey biyolojik sebeplerden ötürü mümkün değildir.

Kanada'da iki lezbiyenin bu yolla çocuk sahibi olması mümkündür. Yasal düzenlemeye göre, embriyo suni dölllenmeyle laboratuvar ortamında gerçekleştirilirse, bu durumda biyolojik babayla çocuk arasında bir soybağı kurulmamaktadır.⁽⁵⁰⁾

b) Geylerin Evlât Edinmeleri ya da Çocuk Sahibi Olmaları Hakkındaki Tartışma:

Bu tartışma, homoseksüel eğilimlerine rağmen evlenen ve bir çocuk sahibi olan erkeklerin, boşanmalarıyla velayet hakkını kullanmak istemelerinin yanında süren bir tartışmadır. Henüz birçok ülkede hala bu konumda olan babaların velayet hakkını kullanmaları mahkemeler tarafından engellemeye çalışılmaktadır. Örneğin Portekiz'de yaşanan bu tarz bir olay sonrasında, Mouta davası olarak anılan bir davada, mahkeme, "Çocuk geleneksel bir Portekiz ailesinde büyümelidir... eşcinsellik ya da kendi cinsinden birine cinsel yönelim bir hastalık mıdır, değil midir bunu belirlemek mahkemenin görevleri arasında değildir; her iki durumda da bir anormalliktir ve çocuk bu anormal durumun gölgesinde büyüyemez" demiştir.⁽⁵¹⁾ Homoseksüel babalar tarafından sorun olarak görülen bu konunun Avrupa İnsan

Hakları Mahkemesi'ne taşındığı görülmüştür. Mahkeme, genel olarak ayrımcılık yapıldığı gerekçesiyle, velayet hakkının babaya verilmesi gerektiğine yönelik kararlar vermektedir.⁽⁵²⁾ Fretté davası olarak anılan ve 2002'de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde görülen davada, Mahkeme, farklı yönde karar vermiştir. Fretté insancıl, çocuklara karşı sevgi dolu, Tibetli iki çocuğun vaftiz babası ve ölen eski hayat arkadaşının çocuğunun eğitimiyle yakından ilgilenen homoseksüel bir erkektir. Çocuk özlemi içindedir, bir bebeğin büyüdüğünü görmek istemekte ve onunla yakından ilgilenmeyi arzu etmektedir. Çocuk isteğinin arkasında radikal bir homoseksüelin aktivist tavırları yoktur. Yakın bir kadın arkadaşıyla beraber çocuk yapmaya yönelik projeleri olmasına karşın bunu gerçekleştirmemişlerdir. 1985'ten bu yana evlat edinmeyi düşünen ve evini dahi bu amaca uygun olarak değiştiren Bay Fretté'nin bu yöndeki talebi 1993'de Fransız mahkemelerince reddedilmiştir. Gerekçe Bay Fretté'nin homoseksüelliğidir. İç hukuk yollarını tüketen Fretté, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne, Sözleşmenin 8. ve 14. maddesine aykırı davranılması nedeniyle dava açmıştır. 14. maddede Sözleşme'nin sağladığı hak ve özgürlüklerden herkesin yararlanması gerektiği, cinsiyete dayalı bir ayrımcılık yapılamayacağı güvence altına alınmıştır. 8. madde ise, herkesin özel ve aile hayatına saygı duyulması gereğinden söz etmektedir. Mahkeme ise 8. maddenin kimseye evlat edinme hakkını vermediğini, Mouta davasında çocukla baba arasında zaten kurulmuş bir ilişki bulunduğundan, söz konusu davayla karşılaştırılamayacağını, 8. maddenin 14. maddeyle birlikte ele alındığında, Bay Fret-

té'nin herhangi bir hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Homoseksüel olan babaysa, çocuğun biyolojik olarak mutlaka bağlandığı ve anne ile psikolojik bağın daha kuvvetli olduğu dikkate alınırsa, çocuğun anneyi tanıması gerekir, bu bağın koparılması acımasızca olacaktır denilebilir.⁽⁵³⁾ İki babalı çocuk, anaokuluna gittiğinde, arkadaşları annesini sorduklarında ne diyecektir, babasını sorduklarında hangisinin babası olduğu söyleyecektir? Homoseksüel aktivistler, çocuğun annesiz babasız kalmasının sorumlusu olarak kendileri olmadığından, kendilerini sıkıntıya sokacak bir durum görmediklerini ifade etmektedirler. Onlar için, yaşam tarzına ilişkin özgürlük, tüm bakış açılarından ve geleneksel aile örgütlenmesinin önünde gitmektedir.⁽⁵⁴⁾ Buna karşı çıkmak için başka savlar da ileri sürülebilir: Çoğunluğun tiranlığı yüzünden çocukların da acı çekmesi aslında katlanılacak bir şey değildir ve doğru da değildir. Bazen homoseksüel ve şevkatli bir çift tarafından yetiştirilmek, aile içi şiddetin kol gezdiği bir ailede yetişmekten daha yeğ tutulabilir. Homoseksüel yaklaşımın, çocuğun yararını gözetir gibi gözüken bu tutumu, çocukların acı çekmesini engellemeyecektir. Üstelik, homoseksüellik eğer bir cinsel yönelimse, bu yönelimi açığa vuranlar, bu tercihlerinden ötürü çoğunluğun baskısını görmelerine rağmen bunu kabullenebilirler. Oysa, evlât edinecekleri çocukların, böyle bir tercih hakları olmaya-caktır.

Hukuki düzenlemeler yoluyla yapılacak değişikliklerle, homoseksüellerin evlat edinmelerine olanak tanıyan bir kanun çıksa dahi, geylerin, içinde anne

(48) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 2-3.

(49) Leblond de Brumath, a.g.m., s. 14.

(50) Tahon, a.g.m., s. 3.

(51) Mahkeme kararı, Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, 21 Aralık 1999, 33290/96, & 28. Bkz. Karadeğir, a.g.m., s. 44.

(52) Bu konuda ayrıca bkz. Fretté v. Fransa, 26 Şubat 2002, 36515/97.

(53) Habib, a.g.m., s. 774.

(54) Habib, a.g.m., s. 775.

figürü olan bir aile olgusuyla yarışması mümkün olamayacaktır. Tek başına annelik yapan ya da lezbiyen bir çiftin yanında yaşayan bir çocuğun daha mutlu olacağı varsayılmakta ve memeli her canlının anneye ihtiyacı olduğu savından hareketle, lezbiyenlere bu hakkın verilmesi, geylere ise verilmemesi görüşünü savunanlar da vardır.⁵⁵ Bu görüşü savunmak, bu defa homoseksüeller arasında bir eşitsizlik yaratacak ve bu konudaki tartışmalar uzayıp gidecektir. Eğer, bu hakkın tanınmasının çıkış noktası “eşitlik” ve “özgürlük” ise, cinsiyet ayrımı yapmadan bu hakkın tanınması gerekir. Diğer yandan, yapılan araştırmalardan çıkan sonuçlar da zihinleri karıştırmaktadır: 1973 ile 1994 arasında yapılan pek çok araştırmada, homoseksüellerin de diğer anne-babalar kadar iyi olduğu ve homoseksüel olmalarının buna bir etki etmediği saptanmıştır.⁵⁶ Bu gelişmeler ışığında, yakın zamanda gidecek artan bir çocuk nüfusunun homoparantal aileler tarafından yetiştirilceğini öngörmek mümkündür ve esasen bu aile türünün etkileri uzun vadede daha açık olarak kendini gösterecektir.

Önceki ilişkisinden çocuğu olan bir homoseksüel, partnerinin de velayet hakkından yararlanması için, “psikolojik bir velayet” hakkı ihdas edilebilir ve birlikte yaşayan homoseksüellere zaten günlük hayatın akışı içinde beraberce kullandıkları velayet hakkını, hukuki platforma bu şekilde taşıma olanağına sahip olabilecekleri ileri sürülmektedir. Bu şekilde, biyolojik bir gerçeklikten kaynaklanan velayet hakkı da, antropologları ve sosyologları şaşırtmadan eskişi gibi kullanılmaya devam edebilir. Evlat edinme çocuğun soyağacının de-

ğişmesine neden olan etkin bir kurumdur, oysa velayet hakkının verilmesi anneye ve babaya tanınan bazı hakların kullanılması ve ödevlerin yerine getirilmesine neden olur. Bu hak iyi kullanılmadığında, geri alınabilmektedir. Bu nedenle, evlat edinmeye izin verme yerine velayet hakkının kullanılmasına olanak tanımak daha yerinde olacaktır.⁵⁷ Bunun daha yumuşak bir formül olduğu açıktır. Çünkü evlat edinme kabul edildiğinde bir çocuğun doğum belgesinden itibaren iki anneli ya da iki babalı olması söz konusu olmaktadır. Homoseksüellerin evlat edinmelerine izin veren Hollandada, çocuğa yeni bir soyağacı edinmeye zorlayan bir hukuki düzenleme yoktur, her ne olursa olsun, çocuğun yeni doğum belgesine sahip olmasına yol açmaz, anne-babası ile bağların koparılmasına gerek görülmemiştir.⁵⁸

Türkiye’de Homoseksüellerin Evlat Edinmesi:

Türkiye’de ise, evlat edinecek kimsenin cinsiyeti bakımından Medeni Kanun’da herhangi bir ayırım ya da kısıtlama getirildiği görülmemektedir. Tek başına evlat edinme mümkün olduğundan, Türkiye’de de homoseksüel yönelimi olan bir kişinin evlat edinmesi kural olarak söz konusu olabilir. Tek başına evlat edinme, herhangi bir birlikteliği olmayan ve homoseksüel yönelimde olan biri için söz konusu olabileceği gibi, daha önceki ilişkisinden bir çocuğu olan ve homoseksüel eğilimi nedeniyle boşandıktan sonra homoseksüel bir birliktelik içine giren ve partneri

tarafından çocuğunun evlat edinmesini istemesi halinde de söz konusu olabilir.

Herhangi bir birlikteliği olmayan ve tek başına evlat edinmek isteyen bir homoseksüel söz konusuysa, burada dikkat edilmesi gereken konu, bu kurumun başka amaçlarla kullanılıp kullanılmadığı olacaktır. Tek başına evlat edinmek isteyen kimsenin neden kendi cinsinden birisini evlat edinmek istediği sorulabilir. Evlat edinme kurumunun bir tür evliliğe yol açacak şekilde kullanılması, bu kurumun amacına aykırı hareket edildiği anlamına gelecektir. Ülkemizde hukuken homoseksüellerin evlenmesine müsaade eden bir düzenleme yapılmamışken, evlat edinme kurumunun evlenmeyen homoseksüellerin miras bırakmak gibi bazı amaçlarını tatmin edecek bir uygulamaya yer verilmemesi gerekir. Aksi halde kanuna karşı hilenin söz konusu olacağı söylenebilir. Evlat edinme gibi her hukuki kurumun amacı doğrultusunda kullanılması, hukuka olan inancın ve güvenin devamı açısından önemlidir. Evlat edinme, hukuki bir kurum olarak belli bir amaca yönelik olarak uzun zamandır kullanılan bir kurum iken, homoseksüellerin evlenmemesi ve birbirlerine menkul ve gayrimenkullerini miras olarak bırakamamaları nedeniyle birçok ülkede sıklıkla kullanılan bir kurum olmuştur.⁵⁹

Çocuk sahibi homoseksüel biriyle bir birlikteliği olan kişinin, partnerinin çocuğunu evlat edinme işlemi partnerlerin ilişkisini evlilik benzeri bir ilişkiye ve homoparantal bir aileye döndürmesi

açısından önemlidir. Evlenemeyen homoseksüeller, bir çocuğun velayet haklarını beraberce kullanabilir duruma geleceklerdir. Bu durumda da, çocuğun çıkarlarının üstün tutularak bir çözüme ulaştırılması gerekmektedir.⁶⁰

Ancak, homoseksüel yönelimi olan ve gerçekten bir çocuk özlemiyle yanıp tutuşan bir kimse söz konusuysa, evlat edinme talebi nasıl değerlendirilecektir? Her şeyden önce, mahkeme evlat edinme talebiyle karşılaştığı anda, bu talepte bulunanın homoseksüel olduğunu nasıl tespit edecektir? Evlat edinmek isteyen kişi hakkında yapılacak araştırma sonucunda (M.K. m. 316/1: “Evlat edinmeye, ancak esaslı sayılan her türlü durum ve koşulların kapsamlı biçimde araştırılmasından, evlat edinen ile edinilenin dinlenmesine ve gerektiğinde uzmanların görüşünün alınmasından sonra karar verilir.) Araştırmada özellikle evlat edinen ile edinilenin kişiliği ve sağlığı, karşılıklı ilişkileri, ekonomik durumları, evlat edinenin eğitime yeteneği, evlat edinmeye yönelten sebepler ve aile ilişkileri ile bakım ilişkilerindeki gelişmelerin açıklığa kavuşturulması gerekir.” Bu kişinin homoseksüel olduğu tespit edilemeyebilir, evlat edinme talebinde bulunan cinsel yönelimini saklamış olabilir ya da açıkça belirtmiş olabilir.

Evlat edinmek isteyen bu yönelimini saklamışsa ve çocuğun gelişimine bu durum herhangi bir etki etmeyecekse, evlat edinmeye karşı çıkacak bir durum yoktur. Yukarıda görüldüğü gibi, yapılan

(55) Habib, a.g.m., s. 776.

(56) Roudinesco, a.g.e., s. 233.

(57) Roy, a.g.m., s. 7.

(58) Roy, a.g.m., s. 7.

(59) Evlat edinme, evlat edinen ile evlat edinilen arasında Fransız hukukunda evlenme yasağı varken (m. 364), bir anlamda, homoseksüellerin evli gibi olmasına neden olmuştur. Kendilerine kişisel olarak tanınan hakları kullanarak kanunu dolandırmaya çalışan homoseksüellerin karşısına Fransa’da da yargı çıkmıştır. Örneğin evlat edinme kurumunu kullanarak malvarlığından ve bazı sosyal haklardan yararlandırmanın hedeflenmesi halinde, evlat edinme kurumunun temel amacına ters düşülmesi sebebiyle, yargı evlat edinmeye karşı çıkmıştır. Yargının bu tutumu, kanuna karşı hile yapılması nedeniyle olumlu bulunmak gerekir. Bkz. Pousson, a.g.e., s. 165.

(60) Yaşar, Mert; Türk Hukukunda Evlat Edinme İlişkisinin Kurulması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003, s. 60.

araştırmalar sonucunda, psikologlar çocukların sevilip sevilmedikleriyle daha çok ilgilendikleri, çocuğun istismarı söz konusu değilse, evlat edinmenin de iyi bir ebeveyn olabileceğini kabul etmek gerektiği yolunda görüşler sergilemektedirler.⁶¹ Bunun yanında, çocuğun çıkarlarının sevecen, istikrarlı, heteroseksüel bir aile ortamında yetişmesini gerektirdiği ve bunun dışındaki koşulların zorlanmasının ahlaka aykırılığı yönündeki görüşler varlığını korumaya devam etmektedir.⁶² Tüm tartışmalara rağmen, Avrupa ve Amerika kıtasında yaşayanlar homoseksüellerin evlenmeleri ve evlat edinmeleri konusunda bir dönüşüm yaşandığına işaret etmektedir. Bu dönüşümün gerçekleşmesi için içinde yaşanan toplumun homofobik olmayan yapıyla desteklenmesi gerekmektedir. Görüldüğü gibi, homoseksüellerin evlenmesi ve evlat edinmesi konusunun yoğun olarak tartışıldığı ülkeler demokrasi yolunda oldukça mesafe katetmiş ülkelerdir. Toplumdaki çeşitliklerin kanuni ve sosyolojik olarak kabul gördüğü ya da en azından kabul görmesi gerektiğine ilişkin kanaatlerin yerleşik olduğu toplumlardır. Bizimki gibi homofobik özellikler taşıyan bir ülkede, gerçekten iyiniyetli ve çocuk özlemi içinde olan homoseksüellerin, evlat edinme taleplerinin karşılanması söz konusu olursa, bu kişiler cinsel yönelimlerini açık ettikleri takdirde, çocuk üzerinde olumsuz etkiler yaratacağını düşünmek gerekir. Bu nedenle, çocukların toplumsal bir dışlanmaya maruz kalabileceklerini, eksik olan anne ya da baba imajı nedeniyle psikolojik gelişimlerinde

aksaklık olacağını ileri sürmek mümkündür. Elbette, homoseksüel insanların da akıl ve beden sağlıkları yerinde olduğu takdirde, tek başlarına evlat edinmelerinde hukuken bir engel yoktur. Ancak toplumun bu kişilere karşı olumsuz bir önyargısı bulunmaktadır. Bu nedenle, çocuğun çıkarı göz önünde tutularak, Türk yargısının homoseksüel yönelimi olanların evlat edinmesine izin vermekten kaçındığını görmek mümkündür. Hatta Yargıtay'ın boşanma sırasında, annenin homoseksüel olması nedeniyle kız çocuğunun annesinin yanında kalmasına karşı çıktığını, buna gerekçe olarak ise annenin homoseksüel olmasının kız çocuğunu tehlikeye düşüreceğini, çocuğun ahlaki gelişimini, bakım ve şevkat ihtiyacının üstünde tutmak gerektiğine karar vermiştir.⁶³ Bu karar, homoseksüel olmanın ahlaksız olmayla bir tutulduğunu göstermektedir. Bu açıdan karara katılmak mümkün değildir, bazı homoseksüeller bazı heteroseksüeller gibi ahlaksız olabilir ama salt homoseksüel olmanın ahlaksızlık olduğunu ileri sürmek romanları çok satan yazarımıza, ülkemize ödülleri getiren tasarımcımıza, televizyonlarda sık sık izlediğimiz ses sanatkarımıza sırf cinsel yönelimlerinden ötürü ahlaksız demek olacaktır.

Homoseksüellerin, hukuken bir engel olmamasına karşın, evlat edinme taleplerini ileri sürmek ya da eğer böyle bir talepte bulunup da reddedildilerse toplumsal baskı nedeniyle, yargıya gitmekten de kaçındıkları ileri sürülmektedir. Ayrıca, bu konuda hukuki bir düzenlemenin bulunmaması, homoseksüellerin yargıya da güvenlerinin azalmasına

neden olmaktadır, çünkü karşılarına hep "ahlak" çıkmaktadır.⁶⁴

3) DEĞERLENDİRME:

Homoseksüel aile, yüzyıllardan beri geçerli olan batılı aile tanımının dayandığı temelleri yıkan günümüz için marjinal olarak niteleyebileceğimiz yeni bir aile modelidir. Homoparantalite her şeyden önce iki konuyu önümüze koymaktadır: Çoکهebeveynlik. Bu, hem biyolojik ebeveynleri hem de sosyal ebeveynleri kapsamaktadır. İkinci konu ise, ebeveynlikte şimdiye kadar geçerli olan cinsiyet farklarının ortadan kalmasıdır. Atipik olarak belirlenebilecek bu aile tipinin işleyişi, aile içindeki roller, yakın akrabalarla ilişkiler, sosyal çevrenin bu aileyi algılama biçimi üzerinde tartışılabilirler.

Kabul etmek gerekir ki, homoseksüel aileler diğerlerinden farklıdır. Bu farklılık, her şeyden önce toplumların homoseksüellere karşı olumsuz bir bakışa sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Homoseksüellerin evlenmesine olanak tanıyan İspanya'da halkın %66'sı bu kanuna destek olmuştur, bu önemli bir rakamdır ama diğer yandan %34 de küçümsenmeyecek bir karşı azınlığın varlığını da ortaya koymaktadır.⁶⁵ Bu ailelerde yetişen çocukların kendileri diğerlerinden farklı olmasalar da aile yapıları diğerlerinden farklı olduğu için stigmatize edilebileceklerdir. Zor bir yazgının içine kendilerine sorulmadan itilmiş olacaklardır. Homoseksüel anne ya da babalar da çevrelerine sürekli olarak, çocuklarının rol modelleri kendileri olmasına karşın, topluma onların homoseksüel olmayacakları güvencesini vermek zorunda kalacaklar, çocuklarına da bu homoseksüel olmanın iyi bir şey olmadığını öğretmek zorunda kalabileceklerdir. Bir yandan tek doğrunun hete-

rosöksüel aileler olmadığını ileri sürerken, diğer yandan bu durum kendi durumlarını hem sosyal çevreleri hem de çocukları önünde daha da açıklanamaz kılacaktır. Oysa, çocuk talepleri onların "normalleşmeye" yönelik adımlarından biri olarak ortaya çıkmıştır.

Burada, korunması gereken çocuğun kendisi mi, yoksa cinsel yönelimleri nedeniyle azınlıkta bulunanlara eşitlik sağlama ilkesi midir? Bir ilkeyi gerçekleştirmek uğruna iki homoseksüel tarafından evlat edinilen, gelecekte çoğunluğun sahip olduğu bir anne- babaya kavuşamamış olmanın kendisine sağlayacağı kadere karşı isyan etmeye kalkarsa, ona verilecek cevap nedir? "Eşitliği sağlamak istedik" mi? Dolayısıyla, çocuğun doğmasına aracılık eden anne ve baba figürünün her ikisinin birden çocuğun büyümesine tanıklık etmesi ideal ve doğal çözümdür. Ayrıca uluslararası belgelerde de bu konu ele alınmış ve aynı yönde çözümler geliştirilmiştir. Birleşmiş Milletler tarafında kabul edilen çocuk haklarının korunmasına ilişkin konvansiyonda da (m. 3) çocuğu ilgilendiren kararlarda onun yüksek menfaatlerin öncelikli olacağı belirtilmiştir. Bu durum onun evlat edinilmesi halinde de geçerlidir (m. 21).

Tüm bu etik, hukuk, toplumsal ve siyasal tartışmalar, bir beyin fırtınası yapmak ve homoseksüellerin temel sorunları olan ayrımcılığın ortadan kalkmasına bir zemin hazırlamak açısından yararlıdır. Ancak, homoseksüeller ve transseksüeller tarafından çocuk edinme ve yetiştirme isteğinin yaygın bir şekilde bulunup bulunmadığına ilişkin yaygın bir alan araştırması bulunmamaktadır. Bu hakkın sağlanması halinde ne kadar homoseksüel ve transseksüelin evlat edineceğini bilememekteyiz. Berghan,

(61) Ayrıca bkz. Falk, Patricia J.; "Lesbian Mothers Psychosocial Assumptions in Family Law, American Psychologist, C.: 44, No: 6, Haziran, 1989, s. 941- 947.

(62) Işıl Ülman, Yeşim; "Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları", Güncel Hukuk, Şubat 2008/02, s. 35.

(63) Yargıtay II. H.D. 21. 06.1982, 5077/5531 (Özdenir, Fatma; "Boşanmada Çocuğun Korunması", İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri, 17-18 Kasım 1985, s. 152).

(64) Kaos GL, "4 İlukuk", Bilirorimulsun? Her Kadın Heteroseksüel Değildir, Kaos GL, Ankara, 2007, s. 122.

(65) Same-sex Marriage in Spain, http://www.cn.wikipedia.org/wiki/same-sex_marriage_in_spain (10.12.2007).

transseksüellerle ilgili araştırmasında, çocuk sahibi olmayı isteyen transseksüellerin, “bunu anne olma özlemi ile değil, çocukları sevmek ve yaşlılıkta yalnız kalmamakla” ilişkilendirdiklerini saptamıştır.⁶⁶ Ayrıca, çoğu fuhuş yapmış ya da yapmakta olan transseksüellerin evli müşterileri olmasından ötürü evlilik kurumuna uzak durdukları ve bu grubun içinden bazılarının çocuk sahibi olmak istemediklerini de belirtmektedir. Önceki evliliklerinden çocuk sahibi olan transseksüellerin, karşı cinsle olan evlilik hayatları da sancılı geçtiğinden, çocukların kendi cinsel kimlikleri hakkındaki karışık dönemi sembolize ettiği ve bu nedenle çocuklarıyla ilişki kurmakta zorlanabildikleri de gözlemlenmektedir.⁶⁷ Ancak, bu özenli çalışmanın verilerini evrensel veriler olarak tanımlamamız mümkün değildir.

Sonuç olarak, eşitlik sağlamak amacıyla, seçim hakkı olmayan bir çocuğun kaderinin homoseksüel çiftlerin ellerine bırakılmaması gerekmekte olduğu düşüncesindeyim. Çocuğu olan homoseksüelin nasıl ki, anne ya da babası sırf homoseksüel diye çocuğun velayetini kaybetmesi bir haksızlığa yol açabilecekse, çocuğu olmayan homoseksüellerin evlat edinme hakkını elde etmeleri seçim hakkı olmayan bir çocuk için adaletsizlik olacaktır. Buna ilişkin gerekçem, onların iyi anneler ya da babalar olmayacağına ilişkin bir önyargıdan kaynaklanmamaktadır. İyi anne baba olma-

yan bir sürü heretoseksüel çift vardır, bunun yanında “iyi anne baba olma”nın da evrensel bir tanımı yoktur.

Amerika Birleşik Devletleri’nde, “iyi aile”, beyaz, orta sınıf, iki ebeveynli, babanın çalıştığı, annenin ise ev kadını olduğu bir ailedir. Dolayısıyla, bu aile monogam ve heteroseksüel bir ailedir. Bu aile tanımı yanında, homoseksüellerin de başka bir aile tanımına yol açma uğrunda verdikleri mücadele sonunda başka bir aile tipi de tartışılmaya ve üzerinde araştırmalar yapılmaya başlanmıştır. A.B.D.’de yapılan araştırmalarda, önceki birlikteliklerinden çocuk sahibi olup, daha sonra aynı cinsten bir partnerle yaşamını paylaşanların çocukları heteroseksüel çiftlerin çocuklarıyla karşılaştırılmışlardır. Bu tarz araştırmalar aşağı yukarı 25 senedir yapılmaktadır ve karşılaştırmalar yapılırken, cinsel kimlik, kişisel gelişim ve toplumsal ilişkileri sürdürme temel olarak alınmıştır.⁶⁸ Toplanan veriler arasında anlamlı farklar bulunamamıştır. Ne cinsel kimlik ne cinsel davranış ne de cinsel yönelim konusunda somut bir fark elde edilmemiştir. Dolayısıyla, çocukların homoseksüel ebeveynlerle yaşamaları açısından bir olumsuzluk yaratacak bulguya ulaşılamamıştır.⁶⁹ Çocuk açısından önemli olanın kendisini yetiştirenlerin cinsel yönelimi değil, onlardan aldığı sevgi ve ilgi olduğunu ortaya çıkaran başka araştırmalar da vardır.⁷⁰ Çocuğun hayatında önemli olanın anne ya da babanın

homoseksüel olmasından çok, anne ya da babanın homoseksüelliğinin yakın çevre tarafından nasıl karşılandığı olmaktadır. Yine küçük ölçekli bir araştırmada, anne lezbiyense, boşanan baba annenin lezbiyenliğini reddediyorsa, kız çocuğun lezbiyen olma olasılığının artmakta olduğu sonucuna varılmıştır.⁷¹

Diğer yandan İngiltere’de City Üniversitesi Aile ve Çocuk Psikolojisi Araştırma Merkezi ve Bristol Üniversitesi tarafından ortaklaşa yapılan lezbiyen ebeveynli çocuklar başlıklı araştırmada, annenin cinsel yöneliminin çocuktaki toplumsal cinsiyet gelişimi üzerinde etkili olmadığı sonucuna varılmıştır. Heteroseksüel annelerle, homoseksüel annelerin çocukları arasında karşılaştırmalı yapılan bu araştırma, bu anneler arasında bir farkın bulunmadığı noktasında yoğunlaşmıştır. Bu da, çocuğun mutlaka heteroseksüel bir anneye ihtiyaç duyduğu görüşünü ortadan kaldırmaktadır.⁷²

Yapılan araştırmalar daha çok lezbiyenlerin çocukları ile heteroseksüel ailelerin çocukları arasındadır. Bunka sebep yargı kararlarında bu durumun daha fazla ele alınması olabilir. Ayrıca, boşanan babaların çok az bir kısmı çocuklarıyla yaşamaktadırlar. Az sayıda gey baba ile yapılan araştırmada, varılan

sonuç şudur: Gey babalar daha sorumlu, heteroseksüel babalara göre daha fazla sınır koyan, daha düşünceli ve ilgili babalar olarak ortaya çıkmışlardır. Ayrıca, sınır koymada çocuklarına heteroseksüel anne-babalara oranla daha otoriter davrandıkları, onlar gibi çocuklarının cinsiyetine göre oyuncak aldıkları görülmüştür.⁷³

Bu araştırmaların verileri çok kesin veriler olarak ele alınamazlar, sadece bir fikir verebilecek ölçüdedir⁷⁴, çünkü boşanan homoseksüellerin (bunlar biseksüel de olabilir, ki o zaman çocuk gözünde hangi rolün ne zaman oynandığı da çocuk açısından kafa karıştırıcı olabilmektedir) çocuklarının velayetini kaybetmemek için bunu açıklamak istedikleri görülmektedir⁷⁵, bu nedenle kantitatif olarak büyük bir çoğunluğa erişilememektedir, ayrıca araştırmalar 5-12 ya da 6-9 yaş aralığında yani çocuk yaşlarda yapılmakta, ergen olduktan sonra bu çocukların hangi yönelimde oldukları araştırılmamaktadır. Yapılması gereken uzun yıllar boyunca bu çocukları takip etmek olmalıdır, hatta bunların çocukları olduğunda kuşaklar arası bir incelemeye kadar uzanmalıdır, ancak bu tür çalışmalar imkânsızlıklardan ötürü yapılamamıştır. Fakat, tüm bu olumsuzluklara karşın, tüm araştırmalar, bizi aynı sonuca ulaştırmaktadır.

Lesbiennes, les Pères Gais et Leurs Enfants”, Der.: Pierre-Claude Lafond/ Brigitte Lefebvre, L’Union Civile: Nouveaux Modèles de Conjugalité et de Parentalité au 21e Siècle, Editions Yvon Blais, Cowansville, 2003, s. 359, 365-367.

(71) Patterson, a.g.m., s. 1035.

(72) “Lezbiyen Ebeveynli Çocuklar”, Çev: Gözde Orhon, Biliyor(Im)sunu? Her Kadın Heteroseksüel Değildir, Kaos GL, Ankara, 2007, s. 119.

(73) Patterson, “Family Relationship...”, s. 1052.

(74) Patterson, a.g.m., s. 1035.

(75) Patterson, a.g.m., s. 1026. A.B.D.’nin hukuk sistemi içinde uzun zaman homoseksüellere karşı olumsuz bir tutumun izlendiği görülmektedir. Bu nedenle, homoseksüel olduğunun açıklayan anne-babalar çocuklarının velayet haklarını kaybetmişlerdir. Buna gerekçe olarak şunlar ileri sürülmüştür: 1) Çocuk anne ya da babasının durumundan etkilenecek cinsel kimliğinde karmaşa yaşayabilir, gey ya da lezbiyen olabilir. 2) Heteroseksüel çocuklara göre, psikolojik durumu daha kötü olabilir. (Patterson, a.g.m., s. 1029) 3) Davranış bozukluklar göstermeye daha eğilimli olabilir. 4) Ebeveynlerin toplumsal ilişkileri bozuk olabilir, çocuk da bundan kötü etkilenebilir. Bkz. Patterson, a.g.m., s. 1032.

(66) Berghan, Selin; Lubunya: Transseksüel Kimlik ve Beden, Metis Yayınları, İstanbul, 2007, s. 18.

(67) Berghan, a.g.e., s. 82-83.

(68) Patterson, J. Charlotte; “Children of Lesbian and Gay Parents”, Child Development, 1992, No: 63, 1025.

(69) Patterson, a.g.m., s. 1031-1032. Ayrıca Bkz. Lezbiyenlerin çocukları hakkında: Patterson, Charlotte; “Family Relationship of Lesbians and Gay Men”, Journal of Marriage and the Family, No: 62, 2000, s. 1056-1057. Ayrıca Bkz. Lacroix, Xavier; “Homoparentalité: Les Dérivés d’une Argumentation”, Cairn, C.: 399, Yıl: 2003, http:// Cairn.info/search.php?WhatU=homoparentalité&Auteur=&doc=N_ET-U_993_0201.htm&ID_ARTICLE=ETU_993_0201&DEBUT=#HIA_1 (26.8.2008).

(70) Bkz. Julien, Danielle/Dubé, Monique/ Gagnon, Isabelle; “Le Développement des Enfants de Parents Homosexuels Comparé A Celui des Enfants de Parents Hétérosexuels”, Revue Québécoise de Psychologie, 1994, s. 15. Ayrıca Julien, Danielle; “Trois Génération de Recherches Empiriques Sur les Mères

Yapılan araştırmalarda yukarıda belirtilen olanaksızlıklar gey ve lezbiyenlerin kendi çocukları ile ilgilidir ve yetersizdir. Bu çalışmalar uzun yılları içermeli ve sayısal olarak da birçok homoseksüeli kapsamalıdır. Buna ilişkin olarak çıkacak sonuçlar, bize evlat edinme konusunda bir ışık tutabilir.

Genel geçer aile tanımlarının varlığı ve çocukların homoseksüellik, aile kavramı, eşitlik gibi soyut kavramları anlamamaları, bizi, evlat edinilen çocuğun görme ihtimali olduğu zararlardan ve dışlanma tehlikelerinden korumaya yöneltmelidir. Henüz homoseksüeller ayrımcılıktan şikâyet ederken ve buna ilişkin sorunlar çözülenememişken, aile kurma taleplerinin ileri sürülmesi için erken olduğu, konu “çocuk” olunca, daha dikkat edilmesi gerektiği düşüncesindeyim. Nitekim, evlat edinmeye izin veren ülkelerde acele davranıldığı, yapılan düzenlemenin çocuğun iyiliğine olup olmadığını ne olacağı konusunda bir kesinliğe ulaşılmadan bu yolda bir düzenleme yapıldığına ilişkin ifadeler rastlanılmaktadır.⁷⁶ Ve her şeyden önce bu tür hukuki düzenlemeler yapmadan yine felsefeye başvurarak “İnsan Nedir?” sorusunu bir kez daha kendimize sormalı ve doğanın düzenine müdahale etmeden bu sorunun yanıtını vermeliyiz. Teknolojinin bu denli ilerlediği bir dönemde, insanın bir tasarımdan ibaret olmadığı sonucuna varırsak her türlü sosyolojik gelişmeye hazırlıklı olmalı, eğer bu soruya olumsuz yanıt veriyorsak, muhafazakar olduğumuz konusundaki eleştirilere açık olmalıyız.

KAYNAKÇA:

- Berghan, Selin; Lubunya: Transseksüel Kimlik ve Beden, Metis Yayınları, İstanbul, 2007.
- Chamberland, Linc/ Jouvin, Emilie/ Julien, Danielle; “Les Familles Recomposées Homoparentales et Hétéroparentales”,
- Erudit, C.: 16, 2003, s. 94. <http://www.erudit.org/revue/nps/2003/v16/009629ar.html> (21.8.2008).
- Digeox, Marie/ Festy, Patrick; L'Etat, la Loi et le Couple Homosexuel: l'Esprit Nordique, Communication au XVIIème Congrès de l'Association Internationale des Sociologues de Langue Française, Tours, 5-9 Temmuz 2004.
- Delaisi de Parseval, Geneviève; “Qu'est-ce qu'un Parent Suffisamment Bon?”, Homoparentalités, Etas des Lieux. Parentés et Différences de Sexe, Der.: Martine Gross, ESF, Issy-les Moulineaux, 2000.
- Falk, Patricia J.; Lesbian Mothers Psychosocial Assumptions in Family Law, American Psychologist, C.: 44, No: 6, Haziran, 1989
- Festy, Patrick; “Légaliser les Unions Homosexuelles en Europe: Innovations et Paradoxes”, Population, No: 424, Haziran 2006.
- Giddens, Anthony; Sosyoloji, Çev.: Hüseyin Özel, Ayraç Yayınevi, Ankara, 2000.
- Gross, Martine; “Quand et Comment l'Homoparentalité Est-Elle Devenue un Objet 'Légitime' de Recherche en Sciences Humaines et Sociales?”, Socio-Logos, No: 2, <http://socio-logos.revues.org/document803.html> (18.01. 2008).

- Habib, Claude; L'Adoption par des Couples Homosexuels, Commentaire, No: 107, Güz, 2004.
- Julien, Danielle/Dubé, Monique/ Gagnon, Isabelle; “Le Développement des Enfants de Parents Homosexuels Comparé à Celui des Enfants de Parents Homosexuels”, Revue Québécoise de Psychologie, 1994.
- Julien, Danille; “Trois Générations de Recherches Empiriques Sur les Mères Lesbiennes, les Pères Gais et Leurs Enfants”, Der.: Pierre-Claude Lafond/ Brigitte Lefebvre, L'Union Civile: Nouveaux Modèles de Conjugualité et de Parentalité au 21e Siècle, Editions Yvon Blais, Cowansville, 2003.
- Kaos GL, “Hukuk”, Biliyor(mu)sun(?) Her Kadın Heteroseksüel Değildir, Kaos GL, Ankara, 2007.
- Krémer, Pascale; “Eşcinsel Ebeveynler de Çocuk Bakabilir”, Derleyerek Çev: Deniz Karesi, Biliyor(mu)sun(?) Her Kadın Heteroseksüel Değildir, Kaos GL, Ankara, 2007. Rou-dinesco, Elisabeth; La Famille en Désordre, Fayard, Paris, 2002.
- Lacroix, Xavier; “Homoparentalité: Les Dérives d'une Argumentation”, Cairn, C.: 399, Yıl: 2003, http:// Cairn-Infosearch.php?/WhatU=homoparentalité&Auteur=&doc=N_ETU_993_0201.htm&ID_ARTICLE=ETU_993_0201&IDEBUT=#HIA_1 (26.8.2008).
- Leblond de Brumath, Annie; “Facteurs Décisionnels Reliés au Statut Biologique et au Mode de Procréation Chez des Futures Mères Lesbiennes”, Erudit: Enfances, Familles, Générations, No: 5, 2006. <http://www.erudit.org/revue/efg/2005/v/n5/015780ar.html> (20.1.2008).

- “Lezbiyen Ebeveynli Çocuklar”, Çev: Göze Orhon, Biliyor(mu)sun(?) Her Kadın Heteroseksüel Değildir, Kaos GL, Ankara, 2007.
- Özdemir Fatma, “Boşanmada Çocuğun Korunması”, İstanbul Barosu Çocuk Hakları Günleri, 17-18 Kasım 1985.
- Patterson, J. Charlotte; “Children of Lesbian and Gay Parents”, Child Development, No: 63, 1992.
- Patterson, Charlotte; “Family Relationship of Lesbians and Gay Men”, Journal of Marriage and the Family, No: 62, 2000.
- Roy, “Partenariat Civil et Couples de Mêmes Sexes: La Réponse du Québec”, Revue Juridique Thémis, No: 35, 2001.
- Roy, Alain; “La Filiation Homoparentale: Esquisse d'une Réforme Précipitée”, Erudit: Enfances, Familles, Générations, No: 1, 2004. <http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n1/008896ar.html> (20.1.2008).
- Same-sex Marriage in Spain, http://www.en.wikipedia.org/wiki/same-sex_mariage_in_spain (10.12.2007).
- Schnapper, Dominique, “Irrésistible Mariage Homosexuel?”, Commentaire, S.: 107, Güz 2004.
- Supiot, Alain; HomoJuridicus, Essai sur la Fonction Anthropologique de Droit, Seuil, Paris, 2005.
- Tahon, Marie-Blanche; “Nouvelles Formes de Régulation de la Famille au Canada et au Québec: Avant-Gardisme et Marginalisation”, Erudit, 2006, No: 5. <http://www.erudit.org/revue/efg/2006/v/n5/015779ar.html> (18.1.2008).
- Işıl Ülman, Yeşim; “Yaşamın Başlangıcı ile İlgili Tıp Etiği Sorunları”, Güncel Hukuk, Şubat 2008/02.

(76) Roy, a.g.m., s. 1.

• Vyncke, Johanna D./ Julien, Danielle; “*Divulgation de l’Orientation Sexuelle, Soutien de la Famille d’Origine et Adaptation Conjugale Chez des Mères Lesbiennes Ayant Eu Leur(s) Enfant(s) Dans le Contexte d’une Relation Sexuelle. Etude Exploratoire.*”,

<http://www.erudit.org/revue/smq/2005/v30/n2/012142ar.html> (11.4.2008).

• Yaşar, Mert; Türk Hukukunda Evlat Edinme İlişkisinin Kurulması, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul, 2003.

Adalet, Hak ve Şiddet Kavramları Üzerinden Hukuku Düşünmek

Savaş ERGÜL*

Hukuk olgusunun ne olduğunu düşünme yolunda genel olarak kabul edilen bir tanımla başlamak, ama sadece yola devam etmek için başlamak ve sonra başlangıç noktasını belirsiz kılmak kanaatinizce pek yersiz olmayacaktır. “Başlangıç tanrıdır veya yolun yarısıdır” düsturunu dilinden eksik etmeyen Platon’un aksine, biz nerede duracağımızı veya durabileceğimizi merak ediyoruz. Ayrıca durma noktasına kadar kat edilen ve inşa edilen güzergahın daha verimli bir deneyim olanağını yarattığını düşünmekteyiz. Öyleyse hukuka dair şu genel tanım öne sürebiliriz: hukuk, derlenip yasa haline getirilmiş, kendisine uyulan veya uyulmayan, yaptırım gücü olan bir kurallar sistemidir. Kişilerin yapması veya yapmaması gerekenler hususunda biçimsel bir ölçüt sunarlar. Hukuk kuralları birer ölçüt olmaları sebebiyle felsefenin o ezeli “tüm varolanların ölçütü nedir?” sorusunun ağma yakalanır. Hukukun/yasanın temeli bizzat kendisidir mi yoksa astı olduğu bir üst merci veya köklendiği asli bir ilke mi bulunmaktadır? Başka bir ifadeyle, her ne kadar bu sınıflandırma yetersiz olsa da, hukuk literatüründe dillendirildiği gibi söylersek, hukukun/yasanın kaynağı doğa/akıl mıdır yoksa bir egemenin iradesiyle yürürlüğe konan edimsel bir karar mıdır? Bu soruların izinde yol aldığımızda tartışmamız ister istemez

hukukun kaynağı veya kaynakları soruşturmasına dönüşür.

Hukukun kaynağının ne olduğu sorusu, sadece felsefe ve hukuk için önem taşımaz, bilakis bunlardan daha çok toplumsal ve siyasal ortaklığın kendisi için önemlidir. Çünkü egemenin herhangi bir zaman ve yerde yürürlüğe koyduğu, bir hukuk tasarınının yöneticileri keyfi uygulamalara sevk edeceği düşünüldüğünden, bundan korkulduğundan hem yöneticilere hem de yönetenlere üst olan bir ilkenin gerekliliğinden söz edilmiştir. Böyle bakıldığında, sorun sırf epistemolojik bir tartışmanın boyutlarının dışına taşıp hukukun, siyasal ve toplumsal birlikteliğin meşruluğu, adil olup olmadığı meselesine dönüşür. Soru biçiminde formüle edersek, hukuksal, siyasal ve toplumsal düzenlemelerin kabul edilebilirlikleri, meşrulukları, ilkelerin içeriğine göre mi yoksa bu ilkelerin bir usul sürecine göre mi belirlenecektir? İlkelerin içeriği seçeneği, bizi geleneksel doğal hukuk veya özsel köken zeminine gönderirken, ilkelerin ve kuralların belirli, biçimsel ve sistematik usullere göre üretilmesi seçeneği ise, bizi pozitivist hukuka gönderir. Aynı zamanda, ilkeleri, belirli değerlere -adalet ve hakka- göre tayin eden doğal hukuk seçeneği, ahlaksal veya etik bakış açısını da üstlenir, daha doğrusu bu bakış açısını kendisine

* Hacettepe Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi

temel olarak alır. Ahlakla komşuluk eden veya ona yüzünü dönen doğal hukuk, “adalet ve hak” fikirlerini ölçüt olarak alıp verili hukuku amaçları bakımından eleştirirken; pozitivist hukuk, doğruluğuna hükmettiği yasallığı baz alarak araçlar meselesini öne çıkarır.

Böylece her iki anlayış, sadece bir yasa yapma tarzını değil, aynı zamanda meşruluğun ne olduğu ve ne olabileceğini de göstererek “ölçüt nedir?” sorusunu yanıtlamış, şimdi ve gelecekte üzerine basmış oldukları/olacakları o emniyetli Arşimet noktasını keşfetmiş olurlar. Genel olarak idealist felsefeden, özel olarak ise, adıyla apaçık çağırıldığından Descartes’tan beri kesin olarak bildiğimiz gibi, bir keşif olarak Arşimet noktası, bizi yanlışlara sürükleyen heyulaların def edilmesinin, ayrıntılarının temizlenmesinin ve artık kendimizi evimizde, o sıcak yuvada duyumsamanızın alamet-i farikasıdır. Aralarında amaç ve aracı paylaşarak savlarını temellendiren ve meşruluklarını ortaya koyan doğal ve pozitivist hukuk, böylece üzerinde dans ettikleri zemini güvence altına alırlar. Her şey yerli yerinde ve pek bir huzurlu görünür. Neden olmasın ki? Yuvaya varılmış, evin ve ailenin huzurunu sağlayan sımsıkı çatı içerisini dışarıya kapatarak o ebedi birliği sağlamıştır artık. Ama yine de yuvada huzursuzluğun ve tekinsizliğin işaretleri hep-ten eksik değil. Ne Antigone ve Hamlet’in ne de Almancadaki “Heim ve unheimlich” sözcüklerinin anlamlarını ve çağrışımlarını gözlerimize faş eden Heidegger’in huzursuzluğudur bu. Olsa olsa, kökene ve düz uzamlara itimat etmeyen ve bir anda nasıl pürüzlü biçimler kazandıklarını gösteren Kleist’in Michael Kohlhaas adlı eserindeki Kohlhaas’ın ama daha çok da James Joyce’un Ulysses adlı eserindeki Stephen Dedalus’un karşıt-kurucu

huzursuzluğudur. İçinden konuştuğumuz konumu lafi dolaştırmadan edebiyattan alıp felsefeye tercüme edersek şunu söyleyebiliriz: materyalist bir felsefe pratiğinin, dahası siyasetle kur yapan bir felsefenin olmazsa olmaz huzursuzluğudur söz konusu olan. Huzursuz bir konumdur, çünkü ne yuvayla hemhal olup içerde barınır ne de ilgisiz ve aşkın bir dışarıya adına keyfi olarak söz alır. Bizim için materyalist felsefe pratiği, Kant’ın koşulsuz buyruğuna öykünerek söylersek, içeriden içeriye karşı kurulmuş, yapılandırılmış ve üretilmiş bir boşluk veya aralık olarak dışarıdır.

Buna göre, her iki hukuk yapma tarzını değerlendirirken ne biçimsel ne de yöntemsel bir eleştiriyi amaçlamaktayız. Yukarıda da ifade edildiği gibi, belirli bir konunun içinden söz alıyoruz. Bu ele aldığımız nesneye aşkın ve dışarıdan hazır bir ölçüt getireceğimiz anlamına gelmez, aksine ne idealist felsefede olduğu gibi bir kabuğun içindeki özü veya ereksel bir sonucu veren emniyet ve güvence altına alma ölçütünü ne de deneyci felsefede olduğu gibi çeşitli zihinsel işlemlerle karşımadaki nesneyi kavramayı düşünüyoruz. Eğer gücümüz yeterse, yapmak istediğimiz, her ne kadar çıkardığı sonuçlar bakımından düşüncesi karşısında mesafe almış olsak da Walter Benjamin’in hukuk eleştirisinin bir benzerini izlemektir: doğal ve pozitivist hukukun içine düştükleri araç ve amaç kısır döngüsünü göstermek ve bundan kurtulmanın mümkün olup olmadığını soruşturmak; buna ilaveten, köken ve temellendirme bahsinde sürekli birbirine gönderme yapan yöntemsel döngünün bir eleştirisini sunmak. Bir incelemenin ilk adımı ve aynı zamanda olumsuz anı olan bu eleştiriden sonra atmak istediğimiz ikinci adım, olumlamaya yönelip kurma aşamasında

hukuku nasıl düşündüğümüzü göstermektir.

Yukarıda doğal hukukun (kaba bir sınıflandırmayla, hukuku ahlaka/saf akla/insan doğasına dayandıran görüşler) amaçlarla -adalet ve hakla- ilgili olduğunu, pozitivist hukukun ise, araçlarla -usulle- ilgili olduğunu söyledik. Elbette bu sınıflandırma, doğal hukukun araçlara, pozitivist hukukun ise amaçlara bütünüyle ilgisiz kaldığı anlamına gelmez. Ama hem konuşmanın sınırı hem de yöntemi bakımından sağladığı fayda açısından bu tür bir tasnifte bulunmayı uygun gördük. Sunumumuzun başlığına uygun olarak önce “adalet ve hakkın”, daha sonra ise “şiddet”in hukukla ilişkisini ele alacağız.

Hukukun/yasanın siyasal ve toplumsal düzenlemeler için sadece bir araç olmadığını savunan görüşler, bunun daha üstün bir şeye hizmet etmesini veya daha üstün bir amacı olması gerektiğini söylerler. Genel kabullerden biri de, en azından felsefe tarihinin ilk büyük filozofu Platon’a göre, siyasetin, yasanın kaynağı iyi ideası, amacı ise adaleti/mutluluğu sağlamaktır (Platon 1995: 420b-509b). Bu düşünte adalet, yasanın görünen ve görünmeyen yasasıdır, yani yasanın yasasıdır. Normatif bir yasama sürecinden farklı olarak, burada adalet ahlaki yapıyla da ilişkili olduğundan bütünüyle yasama sisteminde içkin olarak bulunmaz, sadece yasanın ve kurallarının türetilmesinde değil, bizzat o türetilmenin başlangıcında bulunur. Bu nedenle, adalet, temellendirmeye ve temsil edilemeye karşı direnç gösterir. Dahası, belirli bir karanlıkta, loş ışıkta kalması tercih bile edilir, çünkü yasanın kökeni olan adaletin “öğle güneşinin aydınlığında” bulunması onu bir kanaat nesnesine dönüştüreceğinden kahmlı bir otorite olmasını engeller (Direk 2000: 55). Yasalar, filozof-kralın yönetiminde

artık bir kanaat değil, bilgi vasfını taşırlar ve bu yasalar ahlaki/etik amaçlara uygun olacaklarından hem bireyler nezdinde hem de siyasal toplulukta adaleti vücuda getireceklerdir.

Peki, ama bu biçimsel saptamalar- dan öte adalet neye göre tanımlanır? Platon, burada adaletin ne olduğuna verdiği yanıtla nerdeyse kavramın kendisinden sonraki ana çizgisini/kaderini belirlemiştir. Platon, modern siyasal gelenekten son derece farklı olarak, tikellikleri, adil-olan aracılığıyla siyasal birlikteliğin tümelliği altına almadan önce toplumsal olanın dışlanması veya bastırması çabasına girer. Bunu yaparken de “Devlet” adlı eserinin birinci kitabında, kavramsal kişilik anlamında, eski tabirle, onun mefhum-u muhalifi olan Thrasymakhos’un adalet tanımını kullanır. Thrasymakhos’a göre, adalet, gücünün işine gelendir (Platon 1995: 338c). Platon’un diyaloglarını okumuş /-aşına olmuş kişilerin gözden kaçırmayacağı bir husus bu tartışmada da şaşmaz bir şekilde işbaşındadır: karşıt kavramsal kişiliklerin yaptıkları tanımları tartışmanın yönlendirilmek istenilen güzergahına ve amacına göre daraltıp onları en zayıf noktalarında kıskıvrak yakalamak. Bu diyalogda da Platon, adaletin güçlü- nün işine gelen olduğu tanımını, hak/haksızlığı yedekte bekleterek önce-likle kar/yarar ve zarar terimlerine doğru sürükler (Rancière 2005: 22). Böylece birinin karı/yararı diğerinin zararınadır sonucu kolaylıkla çıkarıldığından ve toplumsal yaşam bu minvalde ilerlediğinden, Thrasymakhos’un konumu siyaset altı/öncesi bir konum olarak belirlenir. Demek ki, yapılması gereken, ekonominin ve toplumsal işleyişin bastırıldığı, doğal düzene göre uygulanan ve yerini bulan, elbette hiyerarşiden ve güçlülük/üstünlükten büsbütün azade olmayan, adaletin yol gösterdiği felsefi

bir siyasal ortaklık kurmaktır. Bu nedenle, Platon, tüm doğal hukuk savunucularının temel olarak alacakları, adalet “herkese hakkını/borcunu vermektir” tanımını artık yarar ve zarar karşıt terimlerinin dışındaki bir alandan telaffuz etmektedir (Platon 1995: 332c). Bu borcun/hakkın ne olduğunu, Platon, her bireyin, her sınıfın kendine uygun düşen iş/erdemini gerçekleştirmesi olarak belirtir. Uygun erdeme/işe göre kurulan adil şehirde de güçlülük/üstünlük eksik değildir, ama bu hiyerarşik yapı, birilerinin yararına ve zararına göre olmadığından, adaletin özüne halel getirmeyen bütüncül bir yapı kurulur. Siyasal birlikteliğin temeli olarak adalet, upkı Aristoteles’te göreceğimiz gibi, yine bir pay etme ve orantı meselesidir. Fakat adaletli bir orantıda, taraflara pay edilenler yarar ve zarar değil, bir erdem olmaktan da öte bir rejimi/düzeni imleyen liyakatlere/değerlere uygun haklardır (Platon 1995: 433b; Rancière 2005: 24).

Platon’un öğrencisi Aristoteles de hem adaletin ortak olanlar konusunda bir pay etme/bir tür orantı olduğu hem de siyasete uygun pay etmenin aritmetik değil, ideal bir geometrik orantıya dayandığı hususunda hocasıyla hemfikir. Dahası, Aristoteles, çalışmanın/-ekonominin ürünü olan toplumsal zenginliğin adaletli bölüşümünün henüz siyasal alana uygun olmadığı, en fazla bir başlangıç sayılması ve bunun siyasal alandan dışlanması gerektiği konusunda da Platon’a katılır. Ama Aristoteles, adalet tartışmasında, iki yeni kavramı -eşitlik ve özgürlük- farklı bağlamlarda devreye sokar. Biz de bu iki kavram üzerinden adaletin izini sürmeye çalışacağız. Bu nedenle, hukuk literatürünün bir tür abecesine dönüşen, Aristoteles’in felsefi büyüklüğünün apaçık bir nişanesi olan “bölüşürücü ve düzeltici adalet” konusuna, nerdeyse her hukuki mülaha-

zada değinildiği için üzerinde durmaya çağız.

Aristoteles yasaya uyan ve eşitliği gözeten insanın adil, yasaya uymayan ve eşitliği gözetmeyen insanın adaletsiz olduğunu söyler. Siyasal bir toplulukta mutluluk ve mutluluğun öğelerini oluşturan hak, geometrik orantıya uygun olarak kurulan ideal bir merkezle sağlanır. Bu ideal geometrik merkeze, Aristoteles orta olma (mesotes) der, hakka ve adaletle uygun olduğunda bu orta olma aynı zamanda yasadır (Aristoteles 2000: 104; 1997: 1129b 18). İdeal bir geometrik merkez diyoruz, çünkü orta olma bize sadece biçimi (Aristoteles’in deyimiyle bir tip’i) verir. Bu tartışmada sorunun dikenli kısmı eşitliğin ne olduğu ve nasıl belirleneceğiyle ilgilidir. Nitekim “Nikomakhos’a Etik” adlı eserdeki soruşturmanın devamında yasaya uymaktan çok eşitliğin, “Politika” adlı eserde ise hem eşitliğin hem de özgürlüğün adaletin özel yönünü teşkil ettiği gösterilecektir. Öncelikle, Aristoteles, hakkı ve eşitliği özdeşleştirip ikisinin temelini “orta olmaya” dayanan bir orantıyı öne sürünce, adaleti, hak, eşitlik ve orta olmayla özdeşleştirmekte zorlanmayacaktır artık (Aristoteles 1997: 1131a18-1133b31). Ama burada unutulmaması gereken husus, Aristoteles’teki eşitlik kavramının insanların eşitsizliği üzerine bina edilmiştir. Kimi insanlar doğaya uygun olarak köle, yani bir şey/araç iken; kimileri ise, örneğin işçiler, her ne kadar köle -araç/şey- olmasalar da liyakat/erdem bakımından yetkin addedilmezler. Demek ki, eşitsizlik üzerine kurulu Aristotelesçi eşitlik anlayışında, eşit olanlara eşit, eşit olmayanlara eşit olmayan bir hak/pay verildiği ideal bir geometrik orta bulunmalı ve adaletin “kimin için” olduğu hep gözetilmelidir. Önemli olan, bu eşitler arasında, eşit

yönetme ve yönetilme yeterliliği bulunanlar arasındaki dengiyi bulmaktır. Hem yönetme hem de yönetilme yeteneği ve bilgisi Aristoteles’in yurttaş tanımıdır: yani özgürlerin özgürlük tarafından yönetilmesi (Aristoteles 2000: 76, 83). Bu tanım, siyasal olanın en mükemmel biçimi olan polisi bir tür koruyucular eşitliğiyle bir aile biçimine sokan Platon’a yönelik bir eleştiridir aynı zamanda. Siyasal düzenin tesis etmeye çaba gösterdiği adalet, ancak eşitlik ve özgürlüğe dayanmakla tam doğasını ortaya koyabilir.

Eşitlik ve özgürlüğün temelinde yer aldıkları adaletin kımıldamaması (yazının devamında bu temaya yeniden değineceğiz), ideal orantının sağlanmasını için tarafların/uçların ideal bir merkeze/orta olmaya (mesotes) çekilmesini gerektirir. Siyasetin ritmini, çalkantısını belirleyen ve ortaya çekilmesi gereken taraflar ise, zenginler ve yoksullardır. Zenginler ve yoksullar arasındaki çatışma, ancak toplumsal yatırımların (zenginliğin) ve siyasal yatırımların (iktidar gücünün) ortaya çekilip hakkaniyetli bir bölüşümde pay edilmesiyle dindirilebilir (Rancière 2007: 28). Görülüyor ki, Aristoteles için yasama sanatı, yani siyaset, orta olmaya göre hakların ve ödevlerin bir tür uygun karışımın nasıl sağlanacağını bilmektir. Bir karışımın ahenkli bütünlüğü olarak adalet, çatışan taraflar arasında siyasal düzenin orta direğidir.

Platon ve Aristoteles’in adalet ve hak kavramlarını içeriklendirmesinde de gördüğümüz gibi, kaygısı hissedilen temel sorun, etik ve siyaset alanındaki yapıp etmeler, eylemler için bir ölçüt bulmaktır. Bu kaygı, ister istemez amacın arkhe’lik ettiği ideal bir ölçüt ve otorite bulma sorununa dönüşmüştür. Her ne kadar ne Platon ne de Aristoteles’i doğal hukuk kuramcıları arasında

saymıyorsak da, yasanın yasası olarak gördükleri adaleti, bu en temel yasayı -nomos’u- doğal -physis- kılmışlardır. Stoacılar da yasaya örnek olma görevini doğa gerçekleştiren, Platon ve Aristoteles’te yasa doğaya örnek olur. Yasa doğallaştırılarak meşru kılınır. Dolayısıyla, onlarda hukuk/yasa, bir şeyin en mükemmel olması anlamında ideal bir yapı olarak ortaya çıkar ve siyasal/etik eylemlerin nihai belirleyicisi olur.

Bu mükemmel olma hali/bir köken bulma çabası, modern hukukun, kendi zaferinden emin olmasına kadar, doğal hukuk veya toplumsal sözleşme yandaşlarının eliyle sürdürülmüştür. Ne zaman ki, modern hukuk tüm kurumların gözeneklerine yayılmaya, meşruluğundan emin olmaya başlar, o zaman hukuk için doğal, ideal bir köken bulma sorunu acilliğini kaybeder. Bunun en apaçık örnekleri, siyaseti hala hukuk üzerinden ve hukuku bir özgürlük pratiği olarak düşünen Kant ve Hegel felsefeleridir. Hegel’i şimdilik tartışmanın dışında bırakarak söylersek, Kant, hukuk için doğal/tanrısal ve özel bir köken düşünmemesine rağmen, yine de siyaset alanındaki “ebedi barışı” sağlamak için buna yakın bir konum alır; aksi bir tutumda, her türlü melanetin olduğu siyaset bir kötülükler alanı olacaktır. Öyleyse ne yapmalı? Kant bu güçlüğün üstesinden gelmek için siyaseti hukuka, hukuku ise ahlaka telif eder: siyaset uygulamalı hukuk, ahlak ise hukukun kuramıdır. Böylece siyaset hukuka, hukuk ise ahlaka ast kılınır ve bu hiyerarşiye göre takdir veya tekdir edilirler. Bu üçlü yapı arasında karşılıklı ve dolayimli bir ilişki kurulduğunu sanmak yanıltıcı olur, çünkü Kant, siyasetin ahlak önünde dize gelmesini ister (Kant 1984: 251, 260). Tüm pratik alanın

yasasının yasası olarak ahlak yasası, adaleti ve temel ölçütü içerir.

Platon ve Aristoteles'te (gerçi Aristoteles'i bütünüyle katmamak daha doğru olur) olduğu gibi, Kant felsefesinde de hukuk ve siyaset ahlaksallaşır. Hukukun temelinde adaleti yerleştirmek veya temelinde adaletin olması gerektiğini öne sürmek, bizi ya hep kendiyi aynı duran/durması gereken bir adalet/hukuk tasarımına götürür -gözleri kapalı, bir elinde kılıç bir elinde teraziyi tutan Adalet Tanrıçası, o ideal orantıyı sarsmak istemiyorsa kimildanamalı', upkı Kant'ın o koşulsuz buyruğunda olduğu gibi. Ya da Adalet Tanrıçası/terazisi/yargısı kimildayacaksa da, artık "kumrular kadar saf olamayacağını" (Kant'ın telaffuz ettiği bu tabiri) bilmek durumunda veya zorunlu olarak öğrenmek durumunda¹ kalacaktır. Kimildayan bir Adalet Tanrıçası/yargısı saflığına halel geldiğini, ikamet ettiği yerlerin mahkeme, hapishane ve polis kurumları olduğunu görecektir; yasaya, yasanın terazisine başvurularla bu mekanlarda karşılaşacaktır.

Amacın araca hiyerarşik ve kökensel kılınması, hukuku uygun bir şekilde kavramamıza imkan tanımaz. Öyleyse araçlar kısmına, kendisine meşruluk sağlayan bir üst merci kabul etmeyen pozitif hukuka ve eleştirisine geçelim. Pozitif hukuk, kendi dışında bir kaynağa gönderme yapmadığından, herhangi bir dış/aşkın ilkeye başvurmadığından aynı zamanda "bilimsellik ölçütünü" de layıkıyla yerine getirdiği iddiasındadır. Sadece kendine dayanan, Hans Kelsen'in hukuk görüşünde olduğu gibi olsa

olsa bir temel norma (grund norm) dayanan, içkin bir kurallar sistemi olarak kendini öne sürer.

Araçlar tartışmasında hemen göze çarpan ilk olgu, pozitif hukukun kendi kullandığı araçların yasallılığını öne sürerek meşruluğunu savlamasıdır: yasal olan, meşru ve adildir. Adil, haklı ve meşru bir dava ancak yasal süreçlere uygun olması sayesinde onanır. Bu koşulları taşımayan herhangi bir şey hukuk dışı/karşıtı ilan edilip süreç dışına atılır ve iltifat görmez. Bir amaca ulaşmada meşru varsayılan araçların kendisinin zaten bizzat o belirli pozitif hukukun kendisinin temelini ve yapısını oluşturduğuna işaret ederek amaç-arac kısır döngüsünün tekrar işbaşında olduğunu belirtmeliyiz. Benjamin "Şiddetin Eleştirisi" yazısında bu tema üzerine mümkün bir çözümlemeye bulunur, yazının verdiği sonuca katılmamakla birlikte büyük oranda bu çözümlemeyi izleyeceğiz. Sunumumuz bağlamında bizi ilgilendiren asıl mesele, hukukun şiddetle kendisi arasında bir mesafe, daha uygun tabirle bir karşıtlık kurmasıdır. Bu sava göre, hukuk tam da şiddetin olmadığı şeydir, şiddetin olduğu yerde hukuk ikamet etmez, edemez. Burada meşru, gayri meşru şiddet tartışmasına, yani hukuka dayanan şiddet meşrudur tartışmasına girmiyoruz, çünkü meşru ve gayri meşru ayrımı da bizzat verili hukukun araçlarına dayandığından aynı kısır döngüye hapsolmak zorunda kalırız.

Walter Benjamin'e göre, hukukun şiddete gösterdiği ilginin temelinde, şiddetin hukuka karşı olması, yasaları

ihlal etmesi değil, bambaşka bir tehdit bulunur: hukuk adli vakalardaki şiddetten korkmaz, bilakis onlarda kendisinin doğrulanmasını bulur; daha çok modern zamanlarda bir benzerini sınıf çatışmalarında gördüğümüz, kendisini ilga edecek ve yeni bir hukuk düzeni oluşturacak kurucu şiddetten çekinir. Adalet duygusunu ne kadar sarsarsa sarsın, şiddetin yasal koşulları değiştirdiği ve yeni yasal koşulları oluşturduğu bilinmektedir. Bu kurma anından sonra şiddet ortadan kalkmaz. Hukuk düzenin tesisiyle tekelleştirilen şiddet, kurucu özelliğini yitirmemekle birlikte, daha çok yasakoruyucu şiddet olarak görünür. Benjamin için çürütücü ve korkutucu olan, kurucu şiddet değil, ona kökenlik eden bu şiddeti unutup bir araca dönmüş yasakoruyucu şiddettir. Çünkü bu şiddet, sınırlar inşa eden ve hayat üzerinde iktidar kurmaya çalışan yazgısal bir tehdittir. Öyleyse, Benjamin'e göre, iktidar kurmayan, hukuk inşa etmeyen bir şiddeti bulup ortaya çıkarmalıyız. Bu şiddete kutsal, devrimci şiddet der (Benjamin 2005: 107, 121). Bu şiddetten söz edildiği yerlerde sözcükleri sarmalayan sır, hale, önümüzdeki kurucu deneyimler için ne tür sonuçlar çıkarmamız ve bunlardan tam olarak ne anlamamız gerektiği hususunda bizi çaresiz bırakır. Bu çaresizlik içinde, olsa olsa Benjamin'i, bir tehlike anındaki vaat edici ve verimli bir imge olarak görürüz ancak.

Benjamin'in bu vukufla çözümlemesinden ve şimdiye kadar söylediklerimizden sonra hukuk düzeninin kavranması yolunda daha elverişli bir kuramsal uzam (topos) düşünebilir miyiz? En azından denemek istiyoruz. Yazının başlarında söylediğimiz, belirli bir konumun içinden söz alarak hukuku kavramaya çalıştığımızı tekrar anımsatalım. Genel olarak kelimelendirdiğimizde materyalizm, adıyla çağırıldığımız-

da ise Machiavelli ve Spinozacı bir hatırı izlediğimizi peşinen söylememiz gerekir. Bu hat üzerinden hukuku ne amaç düzeyinde bir mutlaklık ne de araçsal meşruluk bağlamında kavramaya çalışıyoruz, dahası, hukuku, kabuğunu soyarak özünü ele geçireceğimiz bir kavram veya ide olarak da tasarlamıyoruz. Aradığımız, bir düzenek, bir makine olarak hukukun nasıl çalıştığı ve nasıl üretilmiştir.

Teorik ve pratik bağlamları dâhilinde Spinoza, bize benzersiz bir ipucu sunar. Hukuku kökensel bir yaratıcı bağlamında düşünmenin imgesel bir kavrayış olduğunu, dolayısıyla yanıltıcı olduğunu belirtir. Hukukun kökeninde ne Tanrı ne doğa ne akıl ne de bir ilk sözleşme bulunur. İnsanlar sadece belirli güçlerle veya zayıflıklarla doğarlar ve bunları bir araya getirirler. Gücün hak olması, hakkın bir gerekçesini sunmak için değil, bu düzeneğin nasıl işlediğine dair upuygun bir fikir vermek içindir: buna göre, hak, verili koşullarda yapıldıkları ve düşünebildiklerimizi içerir. İnsanlar hakları bakımından eşit ve özgür doğarlar önermesi, bu tartışmada hem yanlış hem soyut kalır, aslında eşitliği sağlayan ne doğa ne de akıldır, insanların birlikte kurduğu uygun bir siyasal ve toplumsal düzen bunu sağlayabilir ancak. Siyasal ve toplumsal birlikteliğin anlamı da burada yatar: tekil varlıklar olarak bireylerin gücü sınırlı olduğu için, insanların bir arada yaşamaları ortak menfaatleri gereğidir (Balibar 2004: 67; Spinoza 1984: 226).

Hakkın güçle eşitlenmesi, baskıcı bir siyasal düzenden çok işbirliğini varsayan bir düzeni çıkarır ortaya. Çünkü her tekil varlıktan daha güçlü olan bir başka tekil varlık mutlaka bulunur, bundan başka, her tekil varlığın gücünü sonsuzca aşan doğanın gücü bulunur. Bu nedenle, hiçbir tekil varlık

(1) Nitekim Kafka, Dava adlı eserinin "Avukat, Fabrikatör, Ressam" adlı bölümünde Adalet ve Zafar Tanrıçası'nı bir arada çizen ressamı "Adalet Tanrıçası'nın olduğu yerde durması gerek; yoksa terazi sallanır, adil bir yargıya varılmaz" der.

(2) Kleist, Michael Kohlhaas adlı eserinde, pek erdemli olan ve taşıdığı adalet duygusu yüzünden, maruz kaldığı haksızlığı/adaletsizliği düzeltmek isterken kaçınılmaz bir şekilde bir haydut, bir katil olan at ticcari Kohlhaas'ın talihsiz hikayesinde anlatır. Kohlhaas'ın aradığı adalet yerini bulmuştur bulmasına ama kendisi bir katil olmuş ve sonunda idam edilmiştir.

sırf kendi gücüyle varoluşunu sürdürmez. Tekil varlıklar olarak bireyler, doğanın ve bütünü gücü karşısında zayıf olduklarından bu zayıflıktan çıkmalarının yolu güçlerini/haklarını biraraya getirmeleriyle mümkün olabilir. Hakkı güçle eşitleyen Spinoza, kavrayışsız ve sığ bir formüle çevrilen “herkes iktidarı ister” yargısını önermez. Dahası, güç ve hak eşitliği hukuksal bir düşünmenin içine de hapsedilemez. Güç, yapıp ettiklerimizin maddesel içeriği olarak bizim tekil ve kolektif varoluşumuzun belirlemesini veren ve kimileyin şiddete kadar uzanıp yoğunlaşan/yoğunlaşan ve seyrekleşen/dağılan bir tayftır. Ne kadar hak sahibi olduğumuz, kuramsal veya hukuksal olarak kodifiye etmelerle değil, o andaki gücümüzün fiiliyattaki işleyişle ilgilidir. İşte Spinoza ve Machiavelli bu noktada birleşirler: siyasal ve hukuksal düzenlemelerin hangi biçimler altında düşünülmesi gerektiği belirli ve özgül bir durumun karşımıza çıkardıkları belirleyicilikler ve koşullar, bir bütüne göndermede bulunması anlamında yapısal düzenliliğin kendisiyle ilgilidir. Metafizik, teolojik ve etik bir ilke dışarıda bırakılıp; birbirine eklenilen ve son derece karmaşık olan düzeylerin birbirine eklenildiği her durumda, eşitlik, hak ve özgürlük mevcut araçlarla yeniden üretilir. Belirli bir durumun temel zemin olarak kabul edilmesi, bizi hem ideal tasarımlardan/ölçütlerden hem de amaç-arac döngüsünden kurtarır. Aranılan nihai bir ölçüt değil, güçlerin düzenlenmesine dair olumlu karşılaşmalardır. Bir başka deyişle, aklın rehberliğinde güçlerin birleştirilip karşılıklı işbirliğine dayanan bir rejimin kurulması gerekir.

Özgül bir durumun belirleyiciliği altında hukuku düşünmemiz gerektiğini söyledik. Bu özgül durumda, hukuk düzeninin kendisi, ister adalet ve hak,

ister şiddet veya herhangi bir temele gönderme yapılmadan düşünülün, bir temsil etmeyi yerine getirir (Althusser 2006: 116). Temsil ettiği baskı araçları gelmeden önleyici bir edimde bulunmaya çalışır hukuk. Bu nedenle müeyyidelerle çalışır, sistemin kendi iç işleyişinde kesinti ve pürüz çıktığında temsil ettiği polis ve jandarma ya hemen orada biter ya da ufukta görünmeye başlarlar. Hukuk, işleyiş düzeninde baskı aygıtlarıyla bütünleştiğinden, önünde sonunda iktidar ilişkilerinin üretilmesinin bir tür zeminidir. Kelsen, geleneksel devlet kuramında, devlete atfedilen görevlerin (yasama, yürütme -hükümet dahil- ve yargı), ister yaratılması ister uygulanması anlamında olsun hepsinin hukuksal görevler olduğuna dikkat çeker (Kelsen 2005: 433).

Hukuku iktidar ilişkilerinin, ege-men güce itaatın ve denetimin yayılmasında işlevli kılan bir özelliği de soyutluğudur: her türlü içerikten soyutlanınca biçimselleşen hukuk, Anatole France’ın o müstehzi deyişiyle “Zengine de yoksula da eşit biçimde yasaktır köprü altında geceleme” tarafsızlığını ve evrenselliğini kazanır. Anatole France’ın hicvettiği bu eşitlikçi yapı, hukukun/adaletin yardımcıları/oluşturucuları -kolluk kuvvetleri, hapishaneler ve mahkemeleri- hep yoksulların hizmetine sunar. Bundandır ki, anayasada kişilere tanınan haklar ve özgürlükler ve denetime/açıklığa dayanan “hukuk devleti” gibi fikirlerini/kazanımların olumluluğunu azımsamayın, hele toptancı ve soyut bir anarşizm veya nihilist tutumla bunları hepten reddetmeyi en hafif tabirle dar görüşlülük olarak nitelendirsek de, yine de hukuksal eşitlik/özgürlük ve tarafsızlık konusunda teyakkuza olma ihtiyacını hissediyoruz. İnsanların doğaya veya hukuka havale edilen eşitlikleri, fiili durumdaki güç işlemediğinde ne

kadar kınlgan olduğu yakın zamanda yaşadığımız olaylarla bir kez daha kanıtlandı. Eşitlik, özgürlük ve tarafsızlık kesin anlamlarını ancak siyasal bir mücadele içinde kazanırlar ve her siyasal mücadele Platon’dan beri, bir ayırım çizgisi çekerek, bölerek bir mekânı siyasal tartışmanın yeni zemini kılar. Hukuk, soyut, biçimsel ve tarafsız bir uzam üzerinden, üstelik uzmanlar eliyle iş gördüğünden kendi içine kapanma özelliği gösterip siyaseti askıya alır. Bu nedenle, hukuku daima siyaset çiftiyle birlikte düşünüp, tarafsız alanların (elbette sadece hukuka ait değil bu alanlar) yeni katılımcılara, siyasal ortaklıktan pay almayanlara açılması için bir tartışma/çekişme ve mücadele alanı olarak, en azından kuramsal alanda inşa edilmesi görevini üstlenmemiz gerekir. Her tarafsız alan, yeni bir mücadele alanına dönüştürülmek üzere geçici bir uğrak veya bir başlangıçtır sadece.

KAYNAKÇA

- Althusser, Louis. *Yeniden Üretim Üzerine* (çev: A. Işık Ergüden-Alp Tümerçekin), İstanbul: İtaki 2006.
- Aristoteles. *Nikomakhos’a Etik* (çev: Saffet Babür), Ankara: Ayraç Yayınevi 1997.
- Aristoteles. *Politika* (çev: Mete Tuncay), İstanbul: Remzi Kitabevi 2000.

• Balibar, Etienne. *Spinoza ve Siyaset* (çev: Sanem Soyarslan), İstanbul: Otonom Yayıncılık 2004.

• Benjamin, Walter. *Şiddetin Eleştirisi*, Benjamin içinde (Der: Besim F. Dellaloğlu; çev: E. Efe Çakmak), İstanbul: Say Yayınları 2005.

• Direk, Zeynep. *Yaşamın Kaynağı Üstüne*, Defter Dergisi, Sayı 40, İstanbul: Metis Yayınları 2000.

• Kant, Immanuel. *Sürekli Barış Üstüne Felsefi Bir Deneme*, Seçilmiş Yazılar içinde (der ve çev: Nejat Bozkurt), İstanbul: Remzi Kitabevi 1984

• Kelsen, Hans. *Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*, Devlet Kuramı içinde (derleyen ve çeviren: Cemal Bali Akal), Ankara: Dost Kitabevi Yayınları 2005.

• Platon. *Devlet* (çev: Sabahattin Eyüboğlu-Adalet Cimcoz), İstanbul: Remzi Kitabevi 1995.

• Rancière, Jacques. *Uyuşmazlık* (çev: Hakkı Hünler), İzmir: Aralık Yayınları, 2005.

• Rancière, Jacques. *Siyasetin Kıyısında* (çev: Aziz Ufuk Kılıç), İstanbul: Metis Yayınları, 2006.

• Spinoza, Benedictus. *Etika* (çev: Hilmi Ziya Ülken), İstanbul: Ülken Yayınları 1984.

sırf kendi gücüyle varoluşunu sürdüremez. Tekil varlıklar olarak bireyler, doğanın ve bütünün gücü karşısında zayıf olduklarından bu zayıflıktan çıkmalarının yolu güçlerini/haklarını bir araya getirmeleriyle mümkün olabilir. Hakkı güçle eşitleyen Spinoza, kavrayışsız ve sıkı bir formüle çevrilen "herkes iktidarı ister" yargısını önermez. Dahası, güç ve hak eşitliği hukuksal bir düşünmenin içine de hapsedilemez. Güç, yapıp etiklerimizin maddesel içeriği olarak bizim tekil ve kolektif varoluşumuzun belirlenimini veren ve kimileyin şiddete kadar uzamıp yeğînleşen/yoğunlaşan ve seyrekleşen/dağılan bir tayftır. Ne kadar hak sahibi olduğumuz, kuramsal veya hukuksal olarak kodifiye etmelerle değil, o andaki gücümüzün fiiliyattaki işleyişle ilgilidir. İşte Spinoza ve Machiavelli bu noktada birleşirler: siyasal ve hukuksal düzenlemelerin hangi biçimler altında düşünülmeli gerektiği belirli ve özgül bir durumun karşımıza çıkardıkları belirleyicilikler ve koşullar, bir bütüne göndermede bulunması anlamında yapısal düzenliliğin kendisiyle ilgilidir. Metafizik, teolojik ve etik bir ilke dışarıda bırakılır; birbirine eklenilen ve son derece karmaşık olan düzeylerin birbirine eklendiği her durumda, eşitlik, hak ve özgürlük mevcut araçlarla yeniden üretilir. Belirli bir durumun temel zemin olarak kabul edilmesi, bizi hem ideal tasarımlardan/ölçütlerden hem de amaç-aracı döngüsünden kurtarır. Aranılan nihai bir ölçüt değil, güçlerin düzenlenmesine dair olumlu karşılaşımlardır. Bir başka deyişle, aklın rehberliğinde güçlerin birleştirilip karşılıklı işbirliğine dayanan bir rejimin kurulması gerekir.

Özgül bir durumun belirleyiciliği altında hukuku düşünmemiz gerektiğini söyledik. Bu özgül durumda, hukuk düzeninin kendisi, ister adalet ve hak,

ister şiddet veya herhangi bir temele gönderme yapılmadan düşünülün, bir temsil etmeyi yerine getirir (Althusser 2006: 116). Temsil ettiği baskı araçları gelmeden önleyici bir edimde bulunmaya çalışır hukuk. Bu nedenle müeyyidelerle çalışır, sistemin kendi iç işleyişinde kesinti ve pürüz çıktığında temsil ettiği polis ve jandarma ya hemen orada biter ya da ufukta görünmeye başlarlar. Hukuk, işleyiş düzeninde baskı aygıtlarıyla bütünleştiğinden, önünde sonunda iktidar ilişkilerinin üretilmesinin bir tür zeminidir. Kelsen, geleneksel devlet kuramında, devlete atfedilen görevlerin (yasama, yürütme -hükümet dahil- ve yargı), ister yaratılması ister uygulanması anlamında olsun hepsinin hukuksal görevler olduğuna dikkat çeker (Kelsen 2005: 433).

Hukuku iktidar ilişkilerinin, ege-men güce itaat ve denetimin yayılmasında işlevli kulan bir özelliği de soyutluğudur: her türlü içerikten soyutlanınca biçimselleşen hukuk, Anatole France'ın o müstehzi deyişiyle "Zengine de yoksula da eşit biçimde yasaktır köprü altında geceleme" tarafsızlığını ve evrenselliğini kazanır. Anatole France'ın hicvettiği bu eşitlikçi yapı, hukukun/adaletin yardımcıları/olusturucuları -kolluk kuvvetleri, hapishaneler ve mahkemeleri- hep yoksulların hizmetine sunar. Bundandır ki, anayasada kişilere tanınan haklar ve özgürlükler ve denetime/açıklığa dayanan "hukuk devleti" gibi fikirlerini/kazanımların olumluluğunu azımsamayı, hele toptancı ve soyut bir anarşizm veya nihilist tutumla bunları hepten reddetmeyi en hafif tabirle dar görüşlülük olarak nitelendirsek de, yine de hukuksal eşitlik/özgürlük ve tarafsızlık konusunda teyakkuza olma ihtiyacını hissediyoruz. İnsanların doğaya veya hukuka havale edilen eşitlikleri, fiili durumdaki güç işlemediğinde ne

kadar kırılğan olduğu yakın zamanda yaşadığımız olaylarla bir kez daha kanıtlandı. Eşitlik, özgürlük ve tarafsızlık kesin anlamlarını ancak siyasal bir mücadele içinde kazanırlar ve her siyasal mücadele Platon'dan beri, bir ayrım çizgisi çekerek, bölerek bir mekanı siyasal tartışmanın yeni zemini kılar. Hukuk, soyut, biçimsel ve tarafsız bir uzam üzerinden, üstelik uzmanlar eliyle iş gördüğünden kendi içine kapanma özelliği gösterip siyaseti askıya alır. Bu nedenle, hukuku daima siyaset çiftiyle birlikte düşünüp, tarafsız alanların (elbette sadece hukuka ait değil bu alanlar) yeni katılımcılara, siyasal ortaklıktan pay almayanlara açılması için bir tartışma/çekişme ve mücadele alanı olarak, en azından kuramsal alanda inşa edilmesi görevini üstlenmemiz gerekir. Her tarafsız alan, yeni bir mücadele alanına dönüştürülmek üzere geçici bir uğrak veya bir başlangıçtır sadece.

KAYNAKÇA

- Althusser, Louis. *Yeniden Üretim Üzerine* (çev: A. Işık Ergüden-Alp Tümerterkin), İstanbul: İtaki 2006.
- Aristoteles. *Nikomakhos'a Etik* (çev: Saffet Babür), Ankara: Ayraç Yayınevi 1997.
- Aristoteles. *Politika* (çev: Mete Tuncay), İstanbul: Remzi Kitabevi 2000.

• Balibar, Etienne. *Spinoza ve Siyaset* (çev: Sanem Soyarslan), İstanbul: Otonom Yayıncılık 2004.

• Benjamin, Walter. *Şiddetin Eleştirisi*, Benjamin içinde (Der: Besim F. Dellaloğlu, çev: E. Efe Çakmak), İstanbul: Say Yayınları 2005.

• Direk, Zeynep. *Yasanın Kaynağı Üstüne*, Defter Dergisi, Sayı 40, İstanbul: Metis Yayınları 2000.

• Kant, Immanuel. *Sürekli Barış Üstüne Felsefi Bir Deneme*, Seçilmiş Yazılar içinde (der ve çev: Nejat Bozkurt), İstanbul: Remzi Kitabevi 1984

• Kelsen, Hans. *Saf Hukuk Kuramı: Devlet ve Hukuk Özdeşliği*, Devlet Kuramı içinde (derleyen ve çeviren: Cemel Bali Akal), Ankara: Dost Kitabevi Yayınları 2005.

• Platon. *Devlet* (çev: Sabahattin Eyüboğlu-Adalet Cimcoz), İstanbul: Remzi Kitabevi 1995.

• Rancière, Jacques. *Uyuşmazlık* (çev: Hakkı Hünler), İzmir: Aralık Yayınları, 2005.

• Rancière, Jacques. *Siyasalın Kıyısında* (çev: Aziz Ufuk Kılıç), İstanbul: Metis Yayınları, 2006.

• Spinoza, Benedictus. *Etika* (çev: Hilmi Ziya Ülken), İstanbul: Ülken Yayınları 1984.

Liberal Feminizm Üzerine Tartışmalar

Hatice Nur ERKIZAN*

Liberal politika kuramı üç temel öge üzerinde yükselir ki bunlar sırasıyla: 1) haklar, 2) otonomi ve 3) akıl'dır. Buna göre; insanın hakları vardır ve o bu hakları kullanma özgürlüğüne sahiptir. Özgürlüğü sınırlayan tek şey diğerlerinin haklarıdır. Bu politik kavrayış insana ilişkin bazı temel varsayımlara dayanır ki onlardan en önemli olanı şudur: insanlar arasındaki farklılıklar ne olursa olsun onların hepsinin paylaştıkları bazı nitelikler vardır ve bu niteliklerinden dolayı da hakları vardır. Rasyonalist liberal geleneğe göre, bu temel nitelik akıldır. Özgürlükçü liberal gelenek ise, adından da açıkça anlaşılacağı gibi, otonomiye merkezi bir önem verir. Kendilerine Kant'ın düşüncesini temel alanlar için ise otonomi ve haklar birbirini gerektirir.

Akılın liberal düşüncedeki merkezi işlevini inkâr etmek olanaksızdır. Dolayısıyla; akıl doğasının ne olduğu liberal düşüncenin üzerinde durduğu en önemli konulardan birini oluşturur. Tarihî olarak zengin bir akıl anlayışına sahip olan liberalizm insanın akıl sahibi bir varlık olarak biçimlendirme, karar verme ve kişinin haklarını ahlâksal bir toplumda yaşama geçirmesine büyük bir önem verir. Ve böyle olması bakımından da akıl, ahlâksal ve politik söylemlerin

kendisine dayanılarak gerçekleştirildiği bir "töz" işlevine sahip görünür.

İlk başta cinsiyetsiz, tarafsız ve evrensel bir doğaya sahip gibi görünen akıl kavramı, düünden bugüne, örneğin; Mary Wolstonecraft, Harriet Taylor Mill, Amy Gutman, M.C. Nussbaum gibi düşünürler tarafından feminist düşüncenin ana kavramı olarak görülmüştür. Buradaki usamlama açık ve kısıdır: eğer insan cinsiyetsiz bir biçimde ve bir akıl varlığı olarak kavranıyorsa kadının da bir insan ve akılsal bir varlık olarak tüm insan haklarına sahip olması gerektiği açıktır. Kadının insan haklarının yok sayılması, buna karşı çıkılması, o nedenle, ahlâksal olarak kabul edilemez.⁽¹⁾

Birey olma, otonomi, haklar, onur, kendine saygı Aydınlanmacı liberalizmin en başta gelen terimleridir. Kadınlar bu terimleri kullanıyor, başkalarına öğretiyorlar. Söz konusu terimler sanki sosyo-kültürel yapılanmayı eleştirmek için en doğru terimlermiş gibi algılanıyor. Kadının yoksul yaşam niteliğini dönüştürmede/değiştirmede sanki vazgeçilmez öneme sahiplermiş gibi düşünülüyor. Bu durum bazı bakımlardan çok derin bir paradoksu içerir gibidir. Çünkü, birçok feminist tarafından liberalizm ve onun temel kavramları kadının gereksinimlerine ve amaçlarına hiç de uygun olmayan

bir ahlâki ve politik teori olarak düşünülmektedir. Feminist düşünürler liberalizmi reddetmek ve feminizmi yeniden tanımlamak için yirmi yıldan fazla bir süreden beri çok büyük çaba sarfetmekte. Alison Jaggar ünlü ve çok etkili olmuş olan *Feminist Politika ve İnsanın Doğası* adlı kitabında insan doğasının liberal kavramının kadının özgürleşmesi için uygun bir felsefi temel oluşturamayacağını söyler. Feminist düşüncenin önde gelen birçok temsilcisi Jaggar'ın bu yargısını paylaşırlar ve onlar, liberalizmin kadının kaygılarını en iyi olasılıkla ihmal ettiğini ve en kötü olasılıkla da kadının ilerlemesinin, özgürlüğünün düşmanı olduğunda birleşirler.⁽²⁾

Ancak; liberal düşüncenin feminist teori ile olan bağı bütünüyle yadsınmasa da ona yöneltilen iki temel eleştiri dikkate alınmayı hak eder. Bunlar;

1) Objektif akıl yoktur.

2) İnsanın davranışları ne rasyoneldir ve ne de cinsiyet bakımından tarafsızdır.

Objektif akılcılığı eleştirenlerin önde gelen isimlerinden Catharine MacKinnon'a göre; aslında *liberal akıl* yerleşik, geleneksel ve erkek aklın kendisinden başkası değildir. Liberalizmin akli bu son derece taraflı, yanlı ve ataerkil aklın objektif bir biçimde sunulmasından başka bir şeyi ifade etmez. Özetle; liberal düşüncenin akıl kavrayışı ne objektiftir ne de tarafsızdır.⁽³⁾

Şimdi; eğer akıl ve objektiflik kadını nesneleştirme açısından tarihî ve kültürel olarak zorunlu bir bağı taşıyorsa, kadının rasyonelliği son derece sorunlu görünür. Böyle bir

kavrayış ya kadının kendi doğasını aşmasını talep eder ki "bu saygın bir erkek" olmak demektir, ya da nesneleştirilen değil de "nesneleştirilen" olma bakımından akılsızlığın kadınıla özdeşleştirilmesiyle sonuçlanır. MacKinnon'a göre bu her iki durumda da kadın, kadın olarak akılsızlığını yaşayamaz. Buradan varılacak sonuç açıktır: liberal akıl anlayışı ne cinsiyetsizdir ne de tarafsızdır ve bundan dolayı da feminist teorisinin kendisine yöneleceği bir düşünce olamaz.⁽⁴⁾

Son yıllarda evrimci ahlâk anlayışının gittikçe daha çok taraftar bulduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Sosyo-biyolojik bir bakış açısından hareket eden bu anlayışa göre, insan doğası özünde süreçsel bir özellik gösterir. İnsanın öyle zaman ve mekân üstü olan değişmez bir doğası, yapısı ya da özü yoktur. O nedenle; insanın doğası gereği akıllı, otonom veya cinsiyet bakımından tarafsız bir tanımını yapmak olanaksızdır. İnsan davranışları geçmişteki genlerin seçimi ve yapısı tarafından belirlenmiştir. Genetik olarak belirlenmiş davranış kalıpları aslında koşullara kendini uydurmuş olan baskın bireylerin davranış kalıplarıdır ki onlar aynı zamanda toplumsal, kültürel ve sosyal örüntüleri de biçimler ve belirler. Bu davranış kalıplarının ne akılsal ve ne de cinsiyet bakımından tarafsız olduğunu söyleyemeyeceğimiz gibi onların otonom bir biçimde oluşturulduğunu da söyleyemeyiz. İnsanlar geçmişten genlerinin getirmiş olduğu davranış kalıplarının taşıyıcısıdır. Liberalizmin; özgürlük, haklar ve akıl konusundaki ısrarlı vurguları bencil genlerin kendisini koruma ve devam ettirme

* Doç.Dr. Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

(1) Ruth E. Groenhout, "Essentialist Challenges to Liberal Feminism", *Social Theory and Practice* (Vol.28, No.1, 2002); M. Craven Nussbaum, *Sex and Social Justice* (Oxford University Press, 1999). Özellikle 1.11. makaleler. Ama konu ile ilgili çok önemli tartışmalar için aynı çalışmada "The Feminist Critique of Liberalism" adlı makaleye bakılabilir.

(2) Alison Jaggar, *Feminist Politics and Human Nature* (Iowa, NS:Rowman and Allanheld, 1985), s.47-8

(3) Catharine MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (Harvard University Press, 1989), s.162-163.

(4) Ibid., s.165 ve devamı.

isteğine yönelik stratejisinden başka bir şey değildir. Randy Thornhill ve Craig T. Palmer'in yazdıkları kitabın başlığına göz atmamız bile evrimci bakış açısına ilişkin güçlü bir ipucu taşır: *Tecavüzün Doğal Tarihi: Cinsel Baskının Biyolojik Temelleri*. Steven Pinker ise eğlence sanatının tüm dallarının ve benzeri şeylerin insanın kendi türünü devam ettirmesinin yollarından başka bir şey olmadığını söyler.⁽⁵⁾

Liberal anlayışa ve de liberal feminizme en sert eleştiri hiç kuşkusuz evrimci ahlâk tarafından yöneltilir. Çünkü, o, kadın ve erkeğin kendi benzerini yaratma işlevinde sonsuza dek birbirinin karşısına konduğunu iddia eder. Her iki cinsin, o nedenle, farklı rolleri ve stratejileri izlemesi doğaldır; yani kadın ve erkeğin akıl aracılığı ile *birliğe* ulaşmaları ne olanaklıdır ve ne de istenilir bir şeydir. Kadın ve erkek olmanın rasyonalitesi farklıdır ve bunu belirleyen de genlerin ta kendisidir. Uzun zaman dilimi içinde oluşan kadınlık ve erkeklik genleri kadın ve erkek olmanın kendisini tanımlar. O nedenle; kadın ve erkek arasındaki farklılıklar giderilemez; dolayısıyla da onlara ilişkin ortak bir kavramsallaştırmadan söz edilemez. Bu durumda; liberal düşünce varsayımlarını yeniden gözden geçirmek durumundadır. Ve eğer biri hâlâ liberal tutumunu sürdürmek istiyorsa en azından şunu bilmelidir ki, erkek akli kadın aklından farklıdır. Bu ise, hiç kuşkusuz liberalizm ile feminizm arasındaki ilişkinin olanaksız olduğunu söylemekten başka bir anlama gelmez. Özetlenecek olursa; liberalizme yöneltilen her iki eleştirinin temelinde ortak bir insan anlayışının inkârı bulunur. Buna göre, cinsiyeti ve toplumsal cinsiyeti aşan ve onun

üzerinde var olan bir insan tanımı yoktur. Ortak insan doğasının yokluğu ise ortak aklın yokluğu anlamına gelir. Ve bu da liberal feminizmin dayandığı temel varsayımları hiç kuşkusuz geçersiz kılar. Hatta daha da ileri gidilerek, liberal düşüncenin kendisinin dayandığı insan kavramının tümünden yanlış ve temelsiz olduğu söylenebilir.⁽⁶⁾

LIBERALİZM, ÖZCÜLÜK VE KARŞI OKUMALAR

Liberalizme yönelik en yıkıcı ve en sarsıcı feminist eleştiri insanın özsel bir doğası olmadığına yönelik düşünceden gelir. Çünkü liberal düşünce tüm ahlâki değerlerin ve hakların kaynağını ortak bir insan doğasına dayandırır. Ve bu bakımdan liberal düşünce kaçınılmaz olarak özcüdür. Ortak insan doğası tümel bir kavrayıştır ve bu doğadan hareketle öne sürülen insan hakları zorunlu olarak tümeldir. Ancak, eğer evrensel insan doğası yok ise, tam tersine, kadının ve erkeğin farklı doğalarından söz etmek meşru ise, o zaman da, evrensel insan haklarından söz etmek olanaksızdır. Zaten postmodern söylemin kendisi de her türden özcü anlayışı reddeder; özellikle insanın doğası olduğunu. Dolayısıyla, postmodern söylemlerin kendisi de liberalizme teorik olarak karşıt bir duruşu sergilerler. Onlara göre de, liberal düşünce aslında erkeğin doğasını yansıtır. Liberal teori kadınının erkek tarafından sömürüsünün meşrulaştırılmasından, yüceltilmesinden, korunmasından ve akıl kavramı ile evrensel insan masalı altında gizlenilmesinden başka bir şey değildir.

Ben burada özellikle MacKinnon'un görüşleri ile kendimi sınırlayacağım,

çünkü önceden de belirttiğim gibi yirmi yıldan fazla bir süreden beri liberalizme ve feminist liberalizme karşı feminist düşünürlerden son derece büyük eleştiriler yöneltilmektedir. Onların hepsini burada ele almak ise çalışmanın boyutlarını aşar. MacKinnon akıl, nesnellik ve hukuk kavramlarını eleştirisinin merkezine alır. Ona göre kadınlık ve erkeklik sosyal olarak oluşturulmuş kategorilerdir. MacKinnon özcü bir kavrayışı reddettiğinden dolayı kadın ve erkek olmanın sosyal kategori dışında ne anlama geldiği üzerinde durmaz. Ancak, baskıcı ve cinsiyetçi hiyerarşinin tüm toplumların evrensel bir özelliği olduğunu söylediğinde de özcü düşüncenin çığına yaklaşır. Çünkü, kadının ve erkeğin doğaları gereği birbirlerinden farklı olduğunu söylemek böyle bir sonucu kaçınılmaz kılar. Burada, kültür ve sosyal kategoriler neredeyse ikinci bir doğa yerine konmakta gibidir. Bununla birlikte; MacKinnon ileriye yönelik pek umutsuz değildir; belki gelecekte kadınlık ve erkeklik olmayacaktır; yani insan olma cinsiyetçi bir kavrayışın dışına uzanacaktır.⁽⁷⁾ Ama bu hiç kuşkusuz kadın ve erkeğin özcü kavranışına dönmekten başka bir şey değildir. Ve yine bu temelde, MacKinnon'un liberal anlayıştan pek de uzaklaşmadığı söylenebilir.

SOSYOBİYOLOJİ VERSUS LIBERALİZM

Cinsiyetçi özcülük ile sosyobiyojistik anlayışı birleştiren ortak nokta her ikisinin de cinsiyete bir öz atfetmeleridir. Sosyobiyojistler kadın ve erkeğin özsel olarak birbirinden farklı olduğunu savunurlar. Ancak, onların liberal düşün-

ceye karşı olmalarının temelinde biyoloji üzerinde yükselen tutumları yer alır. Bu anlayışa göre, cinsiyetler uzun süren evrimsel değişme tarafından belirlenmiştir. Bu evrimsel değişimin temelinde ise *üreme başarısına* ilişkin kaygı bulunmaktadır. Bu üreme başarısı genetik olarak gelecek kuşaklara geçer. Kadın ve erkek üreme sürecinde farklı işlevler üstlenir. Erkeğin üremedeki rolü kısadır ve zahmeti içermez. Buna karşın kadının üremedeki rolü uzun ve çok zahmetlidir. O, büyük bir çabayı, emeği ve duyarlılığı içine alan uzun bir zamanı gerektirir. Dokuz ay süren hamilelik dönemi, iki yaşından beş yaşına kadar sürebilen emzirme ve bakım bunu açıkça ortaya koyar. Üreme konusundaki bu iki farklı işleve bakıldığında kadının birlikte olacağı kimseyi seçmede hayli seçici davranması anlaşılır bir şey olarak karşımıza çıkar. Kadının çocukların büyütülmesinde duyarlı olacağını düşündüğü kimselerle birlikte olması ve buna izin vermesi bu bakımdan doğaldır. Erkeğin rolüne üreme stratejisi açısından bakılacak olursa, onun mümkün olduğunca hamileliklerin sayısını artırması ve bir hamilelik için en az zamanı ayırması doğru olan bir şeydir.

Sosyobiyojistik usamlamanın temelinde yatan düşünce şudur: Üremeye ilişkin iki farklı rol ve iki farklı strateji kadın ve erkeğin davranışlarını genetik olarak belirler. Kültürel ve sosyal farklılıklar aslında doğal ve genetik farklılıklar tarafından belirlenmiştir.⁽⁸⁾ Bu anlayışa göre, erkeğin önüne çıkan kadın ile her fırsatta ilişki kurma arzusu aslında erkeğin genetik açıdan programlanmasından kaynaklanır. Hatta bazıları tecavüzü erkeğin üremeye programlanmasının bir tezahürü olarak görmekte-

(5) Randy Thornhill and Craig T. Palmer, *A Natural History of Rape: Biological Bases of Sexual Coercion* (MIT Press, 2000); Steven Pinker, *How the Mind Works* (New York, 1997).

(6) Susan Moller Okin, *Justice, Gender, and the Family* (New York: Basic Books, 1989).

(7) Ruth E. Groenhout, "Essentialist Challenges to Liberal Feminism", s.60 ve ilerisi; Linda J. Nicholson(ed), *Feminism/Postmodernism* (New York: Routledge, 1990).

(8) İbid., s. 62 ve ilerisi.

dirler.⁽⁹⁾ Kadın doğası gereği monogamdır ve tüm enerjisini çocuklarına verir. Bu durum kadın ve erkek olarak genetik mirasımızdır ve buna karşı çıkmak doğaya, daha doğrusu genlere, karşı anlamsız ve sonuçsuz bir savaştan başka bir şey olamaz. Kadın ve erkek arasındaki farklılıklar yalnızca üreme stratejileri ile sınırlı değildir. Kadının daha duygusal, şefkatli, merhametli ve fedakâr olması ve buna karşı erkeğin yaşamın tüm alanlarında daha saldırgan olması *üreme başarısını* dikkate alan genlerin yaşam savaşında egemen olmalarının bir sonucudur. Şimdi; buradan geriye baktığımızda, MacKinnon'ın kadın ve erkeğe tamamen farklı doğalar atfetmesi ile sosyobiyojik temelli olan kadın ve erkek doğası tanımlarının birbirinden farklı olmadığı söylenebilir. Her iki anlayışa göre de; erkek doğası gereği saldırgan, cinsel olarak çokçu, şiddete eğilimli ve cinsel açıdan baskındır. Kadın, buna karşın, doğası gereği sevecen, koruyan, itaat eden, cinsel açıdan monist, cinsel dürtülerine kulak asmayan ve de çocuklarının bakımı ve büyümesine kendini vakfedendir. Her iki yaklaşımın kendisi, kadın ve erkek arasındaki farklılıkların nedenleri konusunda birbirlerinden ayrılırlar da kadının ve erkeğin doğasının ne olduğu konusunda neredeyse tam bir fikir birliği içindedirler.

SOSYAL POLİTİKALAR VE CİNSİYET SÖYLEMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Üzerinde düşünülmesi gereken önemli konulardan biri de cinsiyet söylemlerinin sosyal politikalar bakımından sonuçlarıdır. MacKinnon'ın düşüncelerine ahlâki ve politik kaygılar ciddi anlamda eşlik ederken sosyobi-

yolojistlerin buna benzer bir kaygı taşımadığı söylenebilir. Onlar, kadın ve erkek arasındaki farklılıkların sosyal yansımaları olduğunu kabul ederler. Çünkü, erkeğin *doğal saldırganlığı* ve cinsel baskınlığı doğal olarak sosyal alana da yansıyacaktı. Buna karşın, kadının doğal olarak kendinde taşıdığı şefkat, bakım ve koruma duyguları onu sosyal alanda güçsüz bırakmakla birlikte insan ırkının kendini devam ettirmesi bakımından etkili ve önemlidir. Zaten, kadınlar genetik yapıları gereği kendileri için başarı yaratmaktansa başarılı erkeklerle yönelmeyi tercih ederler. Açıkça görüleceği gibi, sosyobiyojik yaklaşım herhangi bir sosyo kültürel eleştiri geliştirmez ve içermez. Bu nedenle; onun daha çok *status quo*'yu doğrulayacak açıklamalar ortaya koyduğu söylenebilir. Çünkü, eğer her şey doğa tarafından dikte ediliyorsa, ona karşı gelmek nafilidir. Başka bir ifadeyle; *status quo* ya da doğa değiştirilemez bir özü kadını ve erkek özelinde yansımasından başka bir şey değildir. Özetle, sosyobiyojik anlayış cinsiyetler arasındaki hiyerarşiyi ve onun sosyal ve kültürel alandaki görünümünü kabul eder. Ancak "olan"dan "olması gereken" ilişkin geçilebilirliğin sosyobiyojik kavrayışın unuttuğu ya da görmezden geldiği en önemli nokta olduğu da açıktır.

Sosyobiyojik teoriyi benimseyenler arasında ciddi bir çatışma konusu var ki o da şöyle ifade edilebilir: I) Evrim teorisi insan doğasına ilişkin gerçeğin önemli bir bölümünü oluşturur. II) Evrim teorisi insan doğasına ilişkin gerçeğin bütününi oluşturur. Birinci görüşü benimseyenler evrim araştırmalarının insanın ne olduğuna ilişkin doğru bir kavrayışa bizi ulaştırı-

bileceğini benimsemekle birlikte insanı anlamının tek ve vazgeçilmez yolunun sosyobiyojik olmadığını da kabul ederler. İkinci görüş, indirgemeci sosyobiyojizm olarak da nitelenebilir. Buna göre, insana ilişkin doğrular ancak ve ancak evrim bilim tarafından ortaya konabilir. Zaten ve bir bakıma da, insan evrimsel mirasın toplamından başka bir şey değildir. Dolayısıyla, insanın ne olduğu, insanın akılsallığı, insanın geliştirdiği ahlâki ve politik söylemler de dahil olmak üzere tüm insansal etkinlikler evrimsel çalışmaların/araştırmaların konusudur ve de ancak onun aracılığı ile aydınlanılabilir.⁽¹⁰⁾

İndirgemeci sosyobiyojik evrimsel gelişimin insan yaşamının tüm alanlarını belirlediğini iddia eder. Örneğin, akılsallık aslında biyolojik olarak "uygun olmaktan" başka bir şey değildir. Başka bir ifadeyle, "biyolojik akılsallık" hayatta kalma ve birinin genlerini çoğaltması ve devamını sağlama çabasından başka bir şey değildir. Özetle; *akılsallık hayatta kalma başarısını göstermektedir*. Eğer, biri, dinsel nedenlerle yalnız yaşamayı seçiyorsa aslında "irrasyonel" davranmış olur. Bu anlayışa bütünsel olarak bakıldığında, onun, kadın ve erkeğin ortak bir doğaya sahip olduğuna ilişkin bir kabule izin vermeyeceği açıktır. Biyolojik üretim stratejisi kadın ve erkek için ayrı ayrı olduğundan her iki cins için rasyonel olanın da farklı olması zorunludur. Kadın için rasyonel olan erkek için irrasyonel olandır ve bunun tersi de doğrudur.⁽¹¹⁾

Konumuz burada esas olarak sosyobiyojiyi ele almak değildir. Bizi ilgilendiren onun liberal düşünce, doğal

haklar ve liberal feminizm açısından ne anlama geldiğini incelemektir. Kesin olan bir şey vardır ki, o da şudur: sosyobiyojik bakış açısından liberal haklar yalnızca bir illüzyondur, yani aldatmacadır. Liberal düşünce genlerin biyolojik gerçekliğini unutmuş yaşlı ve hasta bir iyilikseverin düşüncesinden başka bir şey değildir. Tüm insanların temel haklara sahip olduğu düşüncesi hoş ve eğlenceli olabilir ama biyolojik gerçeklik açısından boş ve anlamsızdır. Gerçeğin bize anlattığı şey şudur: talihli olan güçlü ve sağlıklı genlere sahip olarak iyi bir çevrede yaşar ve böyle biri de çok daha başarılı olur. Zayıf genlerle kötü bir ortamda yaşayan biri hiç kuşkusuz başarısız olacaktır. Liberalizmin kutsadığı insan haklarının bu durumda uyuturucu etkisinden başka hiçbir etkisi, anlamı ve önemi yoktur. Yani liberal haklar hoş ama boştur. Birisinin genlerini Sudan veya Cibutu'da yaşama getirmesi tamamen akıldışıdır. Sonra; hakların etik söylemin özsel bir yanını ifade ettiği de doğal olarak anlamsızdır. Özetle; ahlâk ve politika aslında biyolojiktir. Dolayısıyla; cinsiyete dayalı hiyerarşi kaçınılmaz bir biçimde insanın genlerine işlenmiştir. Bu durumda "Genlerim kaderimdir/belirlenimimdir" sloganı pek de yanlış olmayacaktır. Haklardan ve adaletten söz etmek hoş ama gerçek dünyada yalnızca biyolojik gerçeklikler vardır. Ve ikisi arasında bir tercih yapmanın da pek olanağı yok gibidir.⁽¹²⁾

(10) *Ibid.*, s. 64.

(11) *Ibid.*, s. 65.

(12) E.O.Wilson, "The Morality of Gene", *Sociobiology: The New Synthesis* (New York Press, 1995), s.153-64.

(9) *Ibid.*, s. 63.

dirler.⁽⁹⁾ Kadın doğası gereği monogamdır ve tüm enerjisini çocuklarına verir. Bu durum kadın ve erkek olarak genetik mirasımızdır ve buna karşı çıkmak doğaya, daha doğrusu genlere, karşı anlamsız ve sonuçsuz bir savaştan başka bir şey olamaz. Kadın ve erkek arasındaki farklılıklar yalnızca üreme stratejileri ile sınırlı değildir. Kadının daha duygusal, şefkatli, merhametli ve fedakâr olması ve buna karşı erkeğin yaşamın tüm alanlarında daha saldırgan olması üreme başarısını dikkate alan genlerin yaşam savaşında egemen olmalarının bir sonucudur. Şimdi; buradan geriye baktığımızda, MacKinnon'ın kadın ve erkeğe tamamen farklı doğalar atfetmesi ile sosyobiolojik temelli olan kadın ve erkek doğası tanımlarının birbirinden farklı olmadığı söylenebilir. Her iki anlayışa göre de; erkek doğası gereği saldırgan, cinsel olarak çokçu, şiddete eğilimli ve cinsel açıdan baskındır. Kadın, buna karşın, doğası gereği seven, koruyan, itaat eden, cinsel açıdan monist, cinsel dürtülerine kulak asmayan ve de çocuklarının bakımı ve büyümesine kendini vakfedendir. Her iki yaklaşımın kendisi, kadın ve erkek arasındaki farklılıkların nedenleri konusunda birbirlerinden ayrılırlar da kadının ve erkeğin doğasının ne olduğu konusunda neredeyse tam bir fikir birliği içindedirler.

SOSYAL POLİTİKALAR VE CİNSİYET SÖYLEMLERİ ARASINDAKİ İLİŞKİLER

Üzerinde düşünülmesi gereken önemli konulardan biri de cinsiyet söylemlerinin sosyal politikalar bakımından sonuçlarıdır. MacKinnon'ın düşüncelerine ahlâki ve politik kaygılar ciddi anlamda eşlik ederken sosyobi-

yolojistlerin buna benzer bir kaygı taşımadığı söylenebilir. Onlar, kadın ve erkek arasındaki farklılıkların sosyal yansımaları olduğunu kabul ederler. Çünkü, erkeğin *doğal saldırganlığı* ve cinsel baskınlığı doğal olarak sosyal alana da yansıtacaktır. Buna karşın, kadının doğal olarak kendinde taşıdığı şefkat, bakım ve koruma duyguları onu sosyal alanda güçsüz bırakmakla birlikte insan ırkının kendini devam ettirmesi bakımından etkili ve önemlidir. Zaten, kadınlar genetik yapıları gereği kendileri için başarı yaratmaktansa başarılı erkeklerle yönelmeyi tercih ederler. Açıkça görüleceği gibi, sosyobiolojik yaklaşım herhangi bir sosyo kültürel eleştiri geliştirmez ve içermez. Bu nedenle; onun daha çok *status quo*'yu doğrulayacak açıklamalar ortaya koyduğu söylenebilir. Çünkü, eğer her şey doğa tarafından dikte ediliyorsa, ona karşı gelmek nafi'dir. Başka bir ifadeyle; *status quo* ya da doğa değiştirilemez bir özün kadın ve erkek özelinde yansımalarından başka bir şey değildir. Özetle, sosyobiolojist anlayış cinsiyetler arasındaki hiyerarşiyi ve onun sosyal ve kültürel alandaki görünümünü kabul eder. Ancak "olan"dan "olması gerekene" ilişkin geçilebilirliğin sosyobiolojist kavrayışın unuttuğu ya da görmezden geldiği en önemli nokta olduğu da açıktır.

Sosyobiolojist teoriyi benimseyenler arasında ciddi bir çatışma konusu var ki o da şöyle ifade edilebilir: I) Evrim teorisi insan doğasına ilişkin gerçeğin önemli bir bölümünü oluşturur. II) Evrim teorisi insan doğasına ilişkin gerçeğin bütünü oluşturur. Birinci görüşü benimseyenler evrim araştırmalarının insanın ne olduğuna ilişkin doğru bir kavrayışa bizi ulaştırı-

bileceğini benimsemekle birlikte insanı anlamının tek ve vazgeçilmez yolunun sosyobioloji olmadığını da kabul ederler. İkinci görüş, indirgemeci sosyobiolojizm olarak da nitelenebilir. Buna göre, insana ilişkin doğrular ancak ve ancak evrim bilim tarafından ortaya konabilir. Zaten ve bir bakıma da, insan evrimsel mirasın toplamından başka bir şey değildir. Dolayısıyla, insanın ne olduğu, insanın akılsallığı, insanın geliştirdiği ahlâki ve politik söylemler de dahil olmak üzere tüm insansal etkinlikler evrimsel çalışmaların/araştırmaların konusudur ve de ancak onun aracılığı ile aydınlatılabilir.⁽¹⁰⁾

İndirgemeci sosyobiolojik evrimsel gelişimin insan yaşamının tüm alanlarını belirlediğini iddia eder. Örneğin, akılsalılık aslında biyolojik olarak "uygun olmaktan" başka bir şey değildir. Başka bir ifadeyle, "biyolojik akılsallık" hayatta kalma ve birinin genlerini çoğaltması ve devamını sağlama çabasından başka bir şey değildir. Özetle; *akılsallık hayatta kalma başarısını göstermektedir*. Eğer, biri, dinsel nedenlerle yalnız yaşamayı seçiyorsa aslında "irrasyonel" davranmış olur. Bu anlayışa bütünsel olarak bakıldığında, onun, kadın ve erkeğin ortak bir doğaya sahip olduğuna ilişkin bir kabule izin vermeyeceği açıktır. Biyolojik üretim stratejisi kadın ve erkek için ayrı ayrı olduğundan her iki cins için rasyonel olanın da farklı olması zorunludur. Kadın için rasyonel olan erkek için irrasyonel olandır ve bunun tersi de doğrudur.⁽¹¹⁾

Konumuz burada esas olarak sosyobiolojiiyi ele almak değildir. Bizi ilgilendiren onun liberal düşünce, doğal

haklar ve liberal feminizm açısından ne anlama geldiğini incelemektir. Kesin olan bir şey vardır ki, o da şudur: sosyobiolojik bakış açısından liberal haklar yalnızca bir illüzyondur, yani aldatmacadır. Liberal düşünce genlerin biyolojik gerçekliğini unutmuş yaşlı ve hasta bir iyilikseverin düşüncesinden başka bir şey değildir. Tüm insanların temel haklara sahip olduğu düşüncesi hoş ve eğlenceli olabilir ama biyolojik gerçeklik açısından boş ve anlamsızdır. Gerçeğin bize anlattığı şey şudur: talihli olan güçlü ve sağlıklı genlere sahip olarak iyi bir çevrede yaşar ve böyle biri de çok daha başarılı olur. Zayıf genlerle kötü bir ortamda yaşayan biri hiç kuşkusuz başarısız olacaktır. Liberalizmin kutsadığı insan haklarının bu durumda uyandırıcı etkisinden başka hiçbir etkisi, anlamı ve önemi yoktur. Yani liberal haklar hoş ama boştur. Birisinin genlerini Sudan veya Cibutu'da yaşama getirmesi tamamen akıldışıdır. Sonra; hakların etik söylemin özsel bir yanını ifade ettiği de doğal olarak anlamsızdır. Özetle; ahlâk ve politika aslında biyolojiktir. Dolayısıyla; cinsiyete dayalı hiyerarşi kaçınılmaz bir biçimde insanın genlerine işlenmiştir. Bu durumda "Genlerim kaderimdir/belirle-nimimdir" sloganı pek de yanlış olmayacaktır. Haklardan ve adaletten söz etmek hoş ama gerçek dünyada yalnızca biyolojik gerçeklikler vardır. Ve ikisi arasında bir tercih yapmanın da pek olanağı yok gibidir.⁽¹²⁾

(10) *Ibid.*, s. 64.

(11) *Ibid.*, s. 65.

(12) E.O.Wilson, "The Morality of Gene", *Sociobiology: The New Synthesis* (New York Press, 1995), s.153-64.

(9) *Ibid.*, s. 63.

LIBERALİZM VE ONA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER ÜZERİNE

Önce şunun altını çizmek gerekir ki, cinsiyetçi özcülük, kültürel özcülük ve de sosyobiolojik özcülük içselci özcülükten tamamen farklı olmanın yanı sıra aynı zamanda indirgemeci bir niteliğe sahip olmaları bakımından da ondan ayrılırlar. İçselci özcülük insanın sahip olduğu temel niteliklerden hareketle onu tanımlamaya yönelir ve bu temel nitelikleri de mutlak anlamda sınırlamaz. Şimdi sorulması gereken soru şudur: indirgemeci özcü anlayışlar tarafından liberalizme yönelik eleştiriler haklı mıdır? Eğer bu sorunun yanıtı evet ise o zaman liberal feminizmin kendisi de bazı temel varsayımlarını sorgulamak zorunda değil midir? Liberal düşüncenin üzerine titrediği otonomi meselesi üzerinde özellikle durmak gerekiyor. MacKinnon için otonomi bireyin ya sahip olduğu ya da sahip olmadığı bir şey değildir. Otonomi sosyal ve kültürel bağlamda anlam ve işlev kazanır. Dolayısıyla, otonomi metafizik bir boyuta sahip olmadığı gibi, birey de metafizik bir birlik değildir. Kadının yaşamındaki seçimleri sosyal ve kültürel faktörler tarafından belirlenmektedir. Örneğin, kadın cinselliğin nesnesi olduğu kadar şiddetin de nesnesi haline getirilebilmektedir. Yani, kadın her türlü sömürünün nesnesi yapılmaktadır. Ancak Ruth E. Groenhout'un çok doğru bir biçimde belirttiği gibi böylesi bir kültürel ve sosyal yapı yalnızca kadınların değil erkeklerin de yaşamını yok etmektedir. Erkeğe sosyal ve kültürel kategoriler tarafından dayatılan roller bir birey olarak erkeğin de insan olma idealini ve işlevini budamaktadır.⁽¹³⁾ Sosyal ve toplumsal kategoriler erkeği irrasyonel

saldırganlığın ve cinsiyetçi köleleştirilmenin araçsal öznesi durumuna getirilmektedir. İki cinsiyetten birini nesne konumuna indirgeyen sosyal ve kültürel yapı aslında insan yaşamını yıkan bir dünya yaratmaktadır. Böyle bir dünyada otonomi yoktur zaten. Bununla birlikte, MacKinnon'un liberal düşünceye yönelttiği eleştiriden öğrenilmesi gereken şey otonomiye dar sınırlar içinde düşünmemiz gerektiğidir. Otonomi hukuksal zeminden kültürel-sosyal zemine taşınmak durumundadır. Hukuksal zeminde kalan otonomi içinde insan olmayan süslü bir elbiseye benzer.

Sosyobiolojistler tarafından yöneltilen eleştirilere gelince. Şunu kabul etmek gerekir ki, insan *bedensiz akıldan* mürekkep değildir. Yani, insan salt akıl varlığı değildir. Nussbaum'un söylediği gibi her insan acıyı, sevinci ve ölümü kendi bedeninde yaşar. İnsan yaşamı fiziksel bir ortamı gerekli kılar. O nedenle; fiziksel gereksinimlerimiz, evrimsel mirasımız, hormonlarımız bedensel varlığımız ile son derece yakından ilgilidir.⁽¹⁴⁾ Bu sayılanlar bizim özgürlüğümüzü ve sorumluluğumuzu olumsuzlamaz ama onları sosyal-kültürel boyut içinde nasıl ele almamız gerektiğine ışık tutar. Şurası açıktır ki, özgürlük ve sorumluluk boşlukta gerçekleşmez. Sosyal, kültürel ve fiziksel boyut dışında insanın niçin ve neden birbirine saygı duyması gerektiği, diğerine yardım etmesinin anlamı veya insana insan olduğu için saygı duyma gereği boşlukta kalacaktır. Cinsiyetçi özcülüğün temel problemi farklılığı tözsel kılmasıdır; ortak olanı değil. Farklılığın tözsel kılması ise ortak ahlâki kaygıların ve ortak sorumluluğun paylaşılmasını neredeyse olanaksız kılmaktadır. Bu noktada Nussbaum'un benimsediği içkin

özcülük (*internalist essentialist*) anlayışının tüm indirgemeci anlayışların karşısında yer aldığını da belirtmek gerekir.⁽¹⁵⁾

Ancak burada üzerinde durulması gereken asıl konu *kültürel ve genetik* belirlenimciliktir. Her iki belirlenimcilik ahlâki olarak son derece tehlikeli ve yıkıcıdır. Dolayısıyla; bu her iki anlayışın liberal düşünceye ve liberal feminizme yönelttiği eleştiriler bazı bakımlardan haklı ve doğru olmakla birlikte özellikle farklılığın tözsel kılması ve belirlenimciliği meşrulaştırmaya olanak vermeleri bakımından şüpheyle karşılanmayı hak eder görünürler. Çünkü, her iki anlayışın dayandığı insan anlayışı edilgen bir insan kavrayışına dayanır. Bu ister sosyal-kültürel isterse de fiziksel güçler anlamında olsun insan her halükarda etkilerin nesnesi konumuna indirgenmektedir. Sosyobiolojik bakış açısından insan, genlerin taşıyıcılığı yapan araçsal nesnedir. Üreme *telosu* genler aracılığıyla insanı araçsalılaştırmaktadır. Çünkü, Groenhout'un dediği gibi "üreme evrim tanrıları arasındaki tek ve asıl tanrıdır" burada.⁽¹⁶⁾

MacKinnon'un bakış açısından ise cinsiyet ilişkileri aslında iktidar/güç ilişkileridir. Kendimizi belli bir cinsiyet ışığında tanımlamamız aslında sosyo-kültürel dünyaya ilişkin belirlenmişliğimizi ifade eder. Avlayan ve avlanan ya da nesneleştirilen ve nesneleştirilen dikotomisi değiştirilemez bir kader gibidir. Oysa, J. Stuart Mill kendi döneminin inanılmaz cinsiyetçi yapılanmasına karşı sosyo-kültürel gerçekliğe farklı bakabilmişti. Mill, kadını köleleştirilmenin, ikincil kılmanın derin bir kötülüğü ifade ettiğini söyler. Eğer insanın kendini tanımlaması sosyo-kültürel belirlenimlerin bir sonucu ise Mill nasıl oluyor da kadını insan olarak görebiliyor?⁽¹⁷⁾ Sonra; kadının aynı kategoriler ışığında kendini insan olarak tanıması da son derece problematik görünmektedir. Evrim insanın doğasını anlamada önemlidir; cinsiyete dayalı nesneleştirme hukuku ve sosyal yapıyı belirleyebilir ve bu nedenle bu noktayı dikkate almak gerekir. Ancak tüm bunlar bizim kaba gerçekliğin dışına çıkmamızı engeller mi? Sonra; kadın ve erkek insan olarak cinsiyetlerinin toplamından başka bir şey olamazlar mı?

13. Ruth E. Groenhout, "Essentialist Challenges to Liberal Feminism", s.68 ve ilerisi.

14. Sarah Hardy, *The Woman That Never Evolved* (Harvard University Press, 1999), s.14-15.

(15) M. Craven Nussbaum, "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Essentialism", *Political Theory* (Vol.20, No.2, 1992), s. 202-246.

(16) Ruth E. Groenhout, "Essentialist Challenges to Liberal Feminism", s.72; M. Craven Nussbaum, "The Feminist Critique of Liberalism", *Sex and Social Justice* içinde (Oxford University Press, 1999), s. 55-81.

(17) John Stuart Mill, *On Liberty and Other Writings* (Cambridge University Press, 2000).

Manchester City, Kinkladze'nin Emeği, Futbolcunun Yetiştirme Bedeli: İnsan Hakları Hukukunda Vücudun Statüsü Üzerine Spekülasyonlar*

H. Burak GEMALMAZ**

GİRİŞ

Georgi Kinkladze, şimdilerde jübilesini yapmış Gürcistanlı bir futbolcu. Asıl ününü Manchester City'e transfer olarak yapan Kinkladze, kariyerini Hollanda ve İngiltere'de sürdürüp Rubin Kazan'da noktaladı.¹ Hatta bazı bilgilere göre, Gürcü topçunun Avrupa'ya ilk açılma deneyimi Trabzonspor ile olmuş ve fakat bu klüp tarafından antrenmanlarda beğenilmeyince Türkiye'ye transferi gerçekleşmemiş.²

Kinkladze'nin futbolculuk kariyeri, muhtemelen kendisinin bile bilmediği bir insan hakları hukuku problemini de beraberinde getirdi. Bu problem, futbol klüplerinin oyuncu üzerinde sahip oldukları hakların insan hakları hukuku açısından niteliğinde odaklaşmaktadır. Klüpler, yetiştirdikleri oyuncunun transferlerinden belirli oranlarda pay almaktadır.³

İşte bu çalışmada, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) Ağustos 2007 başında hükme bağladığı *FC Mrebebi v. Georgia* kararından hareketle insan vücudu ve emeğinin uluslararası insan hakları hukukundaki yeri üzerine bazı spekülasyonlar yapılacaktır.

MÜLKİYET HAKKI VE FC MRETEBI v. GEORGIA KARARI

İnsan vücudunu ve buna bağlı parçaların hukuki statüsü ve tabi tutulacağı hukuki rejim, insanlık tarihinin en başından bu yana yoğun önem arz etmektedir. Günümüzde, yeni teknolojik olanaklar ile bu önem daha da artmış ve mevcut hukuki yaklaşımların geçerliliği sorgulanır hale gelmiştir. Bu incelemede mülkiyet hakkı denildiğinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 1 No'lu Protokolü'nün 1. maddesinde (P1-1) yer alan düzenleme temel alınacaktır. Bunun sebebi var: ÜİHH'de

mülkiyet hakkı çok az sayıdaki belgede düzenlenmiş olup bunların P1-1 hariç hiçbir bakımından kayda değer bir içtihadı birikim olduğu söylenemez.

P1-1 metni⁴ şöyledir:

"Madde 1-Mülkiyetin korunması

Her gerçek ya da tüzel kişi, mamelekinden barışçıl biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Hiç kimse, kamu yararı uyarınca ve yasanın ve uluslararası hukuk genel ilkelerinin öngördüğü koşullara tabi olarak mülkiyetinden yoksun bırakılması hali hariç, mülkiyetinden yoksun bırakılmayacaktır.

Ancak yukarıdaki hükümler hiçbir biçimde, bir devletin, mülkiyetin genel yarara/(umumi menfaate) uygun olarak kullanılmasını denetim altına alınak ya da vergilerin yahut diğer katkıların/(yükümlülüklerin) yahut para cezalarının ödenmesini temin etmek üzere gerekli gördüğü nitelikteki yasaları yürürlüğe koyması yetkisine halel getirmeyecektir."

Görüldüğü üzere, P1-1 metni mülkiyet hakkından değil, "mamelekten serbestçe yararlanılmasından" bahsetmektedir. "Mülkiyet" ibaresi yalnızca ikinci fıkrada geçmekte ve bir hak formunda olmayıp eşyaya işaret etmektedir. "Mamelek" terimi P1-1'in İngilizce

metinde yer alan "possession" ve Fransızca metninde yer alan "biens" terimlerinin karşılığı olarak kullanılmıştır. Hem İngilizce hem de Fransızca metin aynı derecede geçerlidir. Her bir madde özelinde bu iki dil arasında anlamsal farklılıklar bulunabilmektedir. Strasbourg organları bu iki metin arasındaki olası farklılıkları bağdaştırıcı bir yaklaşım izlemektedirler.⁵

İşte bu iki dildeki söz konusu terimleri bağdaştırıcı bir yorumla ele alan Mahkeme, Hazırlık Çalışmalarını da değerlendirerek, P1-1'de yer alan hakkın, özünde "mülkiyet hakkı/right of property" olduğunu belirlemiştir. Buna göre P1-1, herkesin mülkiyetinden barışçıl şekilde yararlanma hakkını tanımakla aslında mülkiyet hakkını korumuş olmaktadır.⁶ AİHM'in aynı yöndeki sistemli kararlarıyla, mesele bugün içtihat haline gelmiştir.⁷

Strasbourg içtihatlarına göre P1-1 normatif olarak dört kuralı düzenlemektedir:

Kural 1- mülkiyete saygı (P1-1/1, ilk cümle), **Kural 2-** mülkiyetten yoksun bırakma ve bunun koşulları (kamu yararı ve yasalık koşulu) (P1-1/1, ikinci cümle) **Kural 3-** Taraf devletlere tanınan, mülkiyetten yararlanma hakkını genel yarara uygun şekilde düzenleme

* Bu çalışma yazarın "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı" başlıklı eserindeki bir bölümün değiştirilmiş ve genişletilmiş versiyonudur. Bkz. H. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay. İstanbul, 2009.

** Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

(1) http://en.wikipedia.org/wiki/Georgi_Kinkladze

(2) *Birgün Gazetesi*, 01/09/2008, Kinkladze, Trabzonspor'dan intikamını Anorthosis Famagusta takımıyla aldı.

(3) Klüplerin futbolcuları yetiştirmesinden kaynaklanan hakları kavramı, aslında, eskiden futbolcuların yurt dışında oynayabilmesi için istenen bedele ilişkin (bazen bonservis veya transfer ücreti olarak ifade edilmektedir) düzenlemenin isim ve bir ölçüde nitelik değiştirmiş halidir. ATAD'ın ünlü Bosman kararından sonra, AB ile FIFA söz konusu kalemin niteliği hakkında ortak bir çalışma gerçekleştirmişler ve şu an yürürlükteki rejim 2001 yılında kabul edilmiş ve 2005 yılında yürürlüğe girmiştir. (Bilgi için bkz. FIFA Regulations for the Status and Transfer of Players, December 2004, Madde 20-21 ile Ek 4 ve 5; TFF Profesyonel Futbol ve Transfer Talimatı, Madde 20; Doktorlar için bkz. Şeref Ertay-Hasan Petek, *Spor Hukuku, Yetkin Yay.*, Ankara, 2005, sf:289-293; Rıfat Ertay, *Milletlerarası Özel Hukukta Spor*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2007, sf:151-155, 161-164; Faruk Baştürk, *İş Hukukunda Profesyonel Futbolcu*, Beta Yay., İstanbul, 2007, sf:53-55).

(4) Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 20/03/1952 tarihinde Paris'te kabul edilen ve imzaya açılan "İnsan Haklarını ve Temel Özgürlükleri Koruma Sözleşmesinin, Sözleşmede Halihazırda Yer Alanlardan Başka Belli Hakları ve Özgürlükleri Güvence Altına Alan, Protokol No.1" in (No.009, "Protocol No.1 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention"), 18/05/1954 tarihinde yürürlüğe girmiştir. AİHS Protokol No.1'in Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz., Mehmet Semih Gemalmaz, *İnsan Hakları Belgeleri/Cilt 1/2003*, sf:123-126 (Türkçe) ve sf:387-389 (İngilizce). "AİHS Protokol No.1'e dair bilgi için bkz., Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:1027-1034.

(5) Bkz. *Wemhoff v. Germany*, Judgment of 27 June 1968, para. 8 (As to the Law Bölümü); *Sunday Times v. United Kingdom*, App. No.6538/74, Judgment of 26 April 1979, para. 48.

(6) *Marckx v. Belgium*, Judgment of 13 July 1979, Series A 31, para.63.

(7) Örneğin bkz. *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106 ("The Court recalls that Article 1 (P1-1) in substance guarantees the right of property (see the Marckx judgment of 13 June 1979, Series A no. 31, pp. 27-28, para. 63)"; *Agosi v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 100, para.48

yetkisi (P1-1/2).⁸ Kural 4- “Yukarıda gösterilen üç ilke, birbirinden kopuk ve ilgisiz değildirler; ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına yöneltebilecek müdahalelere ilişkin özel ilkelerdir ve bundan ötürü, bu tür müdahaleler ilk kuralda ortaya konan genel ilke ışığında yorumlanmalıdır.”⁹

İnsan vücudu ve emeğin UİHH açısından hukuki niteliği sorunu P1-1 mülkiyet hakkının neleri kapsadığı sorusuna verilecek cevaba bağlıdır. Bu sebeple P1-1 mülkiyet hakkının kapsamının nasıl belirlendiğine ilişkin kısa belirlemeler yapılmalıdır.¹⁰

P1-1’de düzenlenen mülkiyet hakkı, diğer haklardan farklı olarak, doğumla kazanılmaz. Mülkiyet hakkı kişinin kendisinde mündemiç değildir. P1-1 anlamında mülkiyet hakkından söz edebilmek için mülkiyetin ulusal hukuka göre var olması gerekir. Yani, P1-1 anlamında mülkiyet hakkının konusu olacak nesne/değer kişinin malvarlığına önceden dahil olmuş olmalıdır. Strasbourg organları bunu net olarak belirlemişlerdir.

Demek ki, P1-1 zaman bakımından geriye etkilidir. İleriye dönük talepler, P1-1’in zaman bakımından kapsamı dışındadır. Diğer bir deyişle, P1-1’e dayanılarak mülkiyet edinme talebinde bulunulamaz.¹¹ P1-1’in zaman bakımından uygulanabilirliği, ulusal hukuka göre

başvurucunun bir malvarlığı değerine sahip olup olmadığına göre belirlenmektedir.

Tebliğde bu durumu ifade etmek üzere “zaman duvarı” kavramı kullanılacaktır. Zaman duvarı engelini aşamayan iddialar P1-1’in uygulanabilirliğini sağlayamaz, sadece zaman duvarını aşabilmiş iddialar P1-1 açısından ele alınır. Mülkiyet hakkının konusunu oluşturan maddi ya da gayri maddi mallar/nesneler, ancak “belirli bir andan itibaren” P1-1’in kapsamına girer.

Diğer yandan, eğer zaman duvarı aşılmışsa, başka bir ifadeyle hak sahibinin elinde bir malvarlığı değeri mevcut ise, bu halde bunun P1-1 anlamında mülkiyet hakkı kapsamına girip girmediği ayrıca incelenmelidir. P1-1’i uygulanabilir kılan üç temel ölçüt bulunmaktadır: a) ekonomik değer oluşturma, b) manevi değer oluşturma ve c) hem ekonomik hem manevi değer oluşturma ölçütleri.¹²

Otonom kavramlar doktrini P1-1’de yer alan mülkiyet hakkının kavramsal düzeyde AİHS tarafı devletlerin ulusal hukuklarından daha geniş bir kapsamda ele alınmasını sağlamaktadır. Ulusal hukukta mülkiyet hakkının kapsamında sayılmayan mallar ya da haklar, P1-1 bakımından mülkiyet hakkının kapsamına girebilir. Ancak buradaki otonomi, zaman duvarı engelini kaldıracak nitelikte değildir. Sadece nesneye yöne-

lik bir otonomidir. Strasbourg organlarının P1-1’in kavramsal boyutu hakkındaki içtihadı son derece zengindir ve bu zenginlik hızla artmaktadır.

P1-1’in uygulanabilirliği için şimdiye kadar geliştirilen ölçütlerin dışında mülkiyet hakkının diğer sözleşmesel haklarla girebileceği potansiyel çatışmayı ya da o haklarla yapacağı yarışmayı kaybetmemesi gereklidir. Kanımca, çatışma teorisinin işlev görebileceği en önemli noktalardan birisi, bir hakkın uygulanabilirliği veya bir diğer ifadeyle hakkın norm alanının saptanması aşamasıdır. Buna göre, bir hak bir başka öznenin hakkı ile çatışıyorsa, yapılacak değerlemenin sonucunda, başvurucunun hakkının norm alanı hiç aktive olmaya-bilir. Hal böyle olunca, başkasının hakkıyla çatışan hakkın sınırlandırılması hiç gündeme gelmeyecektir. Bu durumda çatışmama veya çatışmadan galip çıkma, bir hakkın norm alanını daraltmayan/sınırlamayan ve fakat aktive olması için aranan ön koşul niteliğindedir. Norm alanı aktive olmazsa, özne o hakkın sunduğu korumadan hiç yararlanamayacak demektir.¹³

P1-1 mülkiyet hakkına dair bu spesifik bilgilerden sonra asıl meseleye odaklaşacak olursak, *FC Mrebebi v. Georgia* kararında AİHM, yetiştirme bedellerinin tabi olacağı hukuki rejime dair bazı belirlemelerde bulunmuştur. Davaya konu olan olay şöyledir: Kinkladze’yi keşfeden Mrebebi Tbilisi adlı kulüp, adı geçen oyuncuyu Dinamo Tbilisi takımına “satmıştır”. Dinamo Tbilisi ise, birçok ufak çaplı transferlerden sonra Kinkladze’yi, Premier

League’nin ünlü kulüplerinden Manchester City’ye 1.750.000 dolara devretmiştir. Manchester City ise daha sonra Kinkladze’yi Ajax’a satmıştır.¹⁴ Bu satıştan, Manchester City ile arasındaki sözleşme gereği Dinamo Tbilisi yaklaşık 2.000.000 Euro para elde etmiştir. Ancak Dinamo Tbilisi, oyuncuyu yetiştiren Mrebebi Tbilisi’ye, aralarında akdettikleri bu yöndeki sözleşmeye rağmen, herhangi bir pay vermemiştir. Spor hukukunun kendine özgü uyuşmazlık çözüm mekanizmaları içerisinde önce Dinamo Tbilisi ile akdettiği sözleşme iptal edilen Mrebebi, nihayetinde 236.000 Euro tazminata hak kazanmıştır.

Kazandığı miktardan tatmin olmayan Mrebebi uyuşmazlığı AİHM’e taşımıştır.¹⁵ AİHM meseleye mülkiyet hakkı açısından yaklaşmış ve Mrebebi’nin yetiştirdiği bir futbolcu (olayda Kinkladze) üzerindeki hakkının (yetiştirme bedeli) mülkiyet hakkına benzetilmesini kategorik olarak P1-1’in kapsamı dışında görmemiştir. Olayda başvuru kulüp ile bir başka futbol kulübü arasında futbolcunun yurtdışına transferinden kaynaklanan alacağın hukuki durumu hakkında bir anlaşmazlık baş göstermiş ve FIFA’nın Oyuncuların Statüsü Komitesi iki kulüp arasındaki bu anlaşmazlığı “futbolcuya yönelik federatif hakların mülkiyetinin/sahipliğinin (possession) nakli/temlik/transfere” olarak nitelendirmiştir. FIFA’nın bu nitelendirmesini temel alan Mahkeme, P1-1’in uygulanabilirliğini dışlamamış ve fakat Gürcistan P1’i olay tarihinden sonra onayladığı için zaman yönünden yetkisizlik temelinde (*ratione temporis*) şikayeti kabul edilemez bulmuştur.¹⁶

(13) Bilgi için bkz. Gemalmaz, a.g.e., sf: 210-229.

(14) AİHM kararında geçen transfer ücretleri ile adı geçen futbolcunun kariyeri hakkında bilgi içeren çeşitli internet kaynaklarında ifade edilen transfer ücretleri arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır.

(15) Olayda Mrebebi ile Gürcistan Futbol Federasyonu arasındaki uyuşmazlık ile AİHS Madde 6 çerçevesinde ileri sürülen iddialar burada ele alınmayacaktır.

(16) *FC Mrebebi v. Georgia*, App. No.38736/04, Judgment of 31 July 2007, paras.19, 52.

(8) *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, App. Nos. 7151/75 and 7152/75, Judgment of 23 September 1982, Series A No. 52, para.61.

(9) *Lithgow and others v. United Kingdom*, Judgment of 08 July 1986, Series A No. 102, para.106; *Agosi v. United Kingdom*, Judgment of 24 October 1986, Series A No. 108, para.48; *Air Canada v. the United Kingdom*, Case No. 9/1994/456/537, Judgment of 5 May 1995, paras.29-30.

(10) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İ. Burak Gemalmaz, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı*, Beta Yay. İstanbul, 2009.

(11) *Linke v. Sweden*, App. No.11628/85, Admissibility Decision of 9 May 1986, DR Vol. 47, sf:270-272; *Posedel-Jelinovic v. Croatia*, App. No.35915/02, Judgment of 24 November 2005, para.32; *Meyne-Moskalczuk and others v. Netherlands*, App. No.53002/99, Admissibility Decision of 9 December 2003, paras 1-2 (the law).

(12) Bu ölçütler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e., sf: 178-210.

İNSAN VÜCUDUNUN VE EMEĞİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Herhangi bir eşya hukuku kitabını açtığımızda eşyaların çeşitli açılardan sınıflandığını görebiliriz. Bu sınıflamalardan birisi taşınır-taşınmaz eşya şeklindedir. Taşınmazlar özü değiştirilmeden bir yerden bir başka yere aktarılamayan nesne olarak tanımlanmışa göre, bunun karşısı olan taşınırın özünde ve işlevinde herhangi bir değişikliğe uğramaksızın bir yerden başka bir yere götürülebilen eşyalar olmak durumundadır. Taşınırın taşınmazların bütünleyici parçası da olması gerekir.¹⁷

Canlılar taşınır. Bu sebeple canlı organizmalar taşınır eşya kategorisine girebilir. Hayvan, bitki ve insan canlı organizmadır. Genellikle kabul edilen, hayvanların¹⁸ hukuki anlamda kişiliğe sahip olmadığı ve bu sebeple eşya statüsünde olduğudur. Klasik eşya hukuku için geçerli olan bu değerlendirme P1-1 için de geçerlidir.¹⁹

Bu durumda, hayvanlar gibi canlı organizma niteliğinde olan ve taşınır özelliği gösteren insanın (ve vücudu) P1-1 mülkiyet hakkı karşısındaki durumu incelenmelidir. İnsan vücudu ve

parçalarının hukuki statüsü meselesi mülkiyet hakkının kapsamı açısından en çetrefil problemlerin başında gelmektedir. İnsan vücudu denildiğinde kastedilen bir bütün olarak vücut, parçaları denildiğinde ise organ, doku, hücre, gen vb. vücut bütününden ayrılabilir nesneler kastedilmektedir. Bütünden ayrılabilir bu canlı parçaların özelliği, vücuttan ayrıldıktan sonra, en azından belli bir süre için, kendi başlarına bağımsız bir nesne niteliği göstermeleridir.²⁰

Konunun çetrefilliği insan vücuduna geleneksel olarak kutsal bir değer atfedilmesinden olduğu kadar parçaların günümüzde ciddi bir ticari değer oluşturmamasından da kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla problem günceldir ve ulusal eşya hukuklarının yanında, uluslararası spesifik mevzuatın konusunu oluşturmaktadır. Bu konuda özellikle Anglo-Sakson hukuk literatüründe güncel tartışmalar sürdürülmektedir.²¹

Klasik eşya hukuku doktrinine bakıldığında, bir nesnenin hukuki anlamda eşya sayılabilmesi için beş koşulu karşılaması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir. Buna göre, bir nesnenin hukuki anlamda eşya niteliği taşıması için maddi bir varlığa sahip olması²²,

üzerinde egemenlik kurulabilmesi, sınırlanabilir ve belirlenebilir olması, ekonomik bir değer taşıması ve nihayet kişi varlığı dışında kalması gereklidir.²³ Bu tanımdan açıkça görüldüğü üzere, özellikle Kıta Avrupası hukukunun meri olduğu sistemlerde, insan vücudu bir eşya olarak mütalaa edilemez ve bu sebeple mülkiyet hakkının veya herhangi bir başka malvarlığı hakkının konusunu teşkil edemez. Anlaşıyor ki, burada malvarlığı alanı ile kişi varlığı alanı arasında kategorik bir farklılık olduğu varsayılmaktadır.

Ancak bu teknik hukuki kabullerin, teorik olarak yerinde olup olmadığı hususunda ciddi şüpheler bulunmaktadır. Mülkiyetin meşrulaştırılmasını insan vücuduna ve giderek emeğe kimin sahip olduğuna göre belirleyen görüşlerin bulunduğunu hatırlatmakla başlayalım. Bu görüşün önde gelen temsilcisi

Locke'dur. Locke'un ünlü görüşü zikredilebilir: "....her insan kendi benliği/kışılığı üzerinde bir mülkiyete sahiptir; bu mülkiyette kişinin kendisinden başka hiç kimsenin herhangi bir hakkı yoktur. Diyebiliriz ki, insan vücudunun emeği ve kol gücü tamamen kendisindir."²⁴ Locke çalışmasının ilerleyen bölümlerinde de benzer ifadeler kullanılmaktadır.²⁵

Locke bu öncülden hareketle insanın emeğiyle doğayı dönüştürerek mal edinebileceğini kabul etmektedir.²⁶ Locke'un öncülü sonradan hem Hegel²⁷ (hatta kısmen Kant²⁸) tarafından, hem de Marx tarafından Kapital'in "Emek Gücünün Alım ve Satımı" başlıklı altıncı bölümünde²⁹ benimsenmiştir. Emeğin mübadele edilebilen bir meta olarak görülmesi Hobbes'a kadar geri götürülebilir. Hobbes'a göre, "bir insanın emeği de, diğer herhangi bir

(23) Genel olarak bkz. Gürsoy- Eren-Cansel, *Türk Eşya Hukuku*, sf. 21; Oğuzman- Selçü- Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, sf.6; Ertaş, *Eşya Hukuku*, sf.53; Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, sf.71; Nuşin Ayiler, *Eşya Hukuku*, İkinci Baskı, Savaş Yayınları, Nisan 1983, Ankara, sf.4-5.

(24) Orijinal ifade şöyledir: "...yet every man has a property in his own person; this nobody has any right to but himself. The labor of his body and the work of his hands, we may say, are properly his." Bkz. John Locke, *The Second Treatise of Government*, (Edited by Thomas P. Peardon), Liberal Art Press, 1952, New York, Chapter V, para.27, sf.17. Alternatif bir çeviri için bkz. Küçükömer, *İktisat İlkelerine Yeniden Bakış*, sf.75.

(25) "By Property I must be understood here, as in other places, to mean that Property which Men have in their Persons as well as Goods" (bkz. Locke, *Second Treatise*, Chapter XV, para.173, sf.98-99).

(26) Klasik değerlendirmelere örnek olarak bkz. J. W. Cough, *John Locke's Political Philosophy*, Oxford at the Clarendon Press, 1950, sf. 73-92; C. B. Macpherson, *The Political Theory of Possessive Individualism-Hobbes To Locke*, OUP, London, 1962, sf.197-221; Paul Kelly, *Locke's Second Treatise of Government*, Continuum, 2007, London, sf. 60-77, özellikle 65-68. Türkçe'deki ilk değerlendirmelere örnek olarak bkz. Felicien Challave, *Mülkiyetin Tarihi*, çev. Turgut Aytuğ, Remzi Kitabevi, 1944, İstanbul, sf.74; İlhan Akiş, "John Locke'un Mülkiyet Hakkındaki Fikirleri", AÜHFİD, Cilt: XI, Sayı: 1-2, 1954, sf.514-524, özellikle 515-516; Ayferi Göze, *Siyasal Düşünceler ve Yönetimler*, Yenilenmiş 11. Baskı, Beta, İstanbul, 2007, sf. 165-167. Eleştirel olarak bkz. Alan Gewirth, *The Community of Rights*, Chicago University Press, 1996, sf.186-188; Jeremy Waldron, *The Right to Private Property*, Clarendon Paperbacks, OUP, 1988 (reprinted in 2002), sf.178-181, 398-401; Andrew, a.g.m., sf.533-535; Aysel Doğan, "Özel Mülkiyet Hakkının Temeli Olarak Emek", AÜHFİD, Cilt: 56, S: 3, Yıl: 2007, sf. 83-97.

(27) Bkz. Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, paras.43, 47-48, 57. Doktrinde Locke ile Hegel arasındaki kendi benliğine sahip olmak bakımından farkın, Hegel'in mülkiyeti kişiliğin koşulu yapması ile eğitim ve gelişmeye bağlı bir süreç gerek görmesi olduğu (özellikle Hegel, a.g.e., para.43'e bkz.) yorumu yapılmıştır. Bkz. Peter G. Stillman, "Hegel's Analysis of Property in the Philosophy of Right", *Cardozo Law Review*, Vol. 10, 1988-1989, sf.1031-1072, 1040-1041.

(28) Kısımca Kant'ın konuya ilişkin ifadeleri çeşitli şekillerde yorumlanmaya müsaittir. Bkz. Immanuel Kant, *Science of Right*, sf.62, 98-99.

(29) Marx, *Kapital-Birinci Cilt*, sf.182-192, özellikle 183-184.

(17) Rona Serozan, *Taşınır Eşya Hukuku*, Filiz Kitapevi, 2007, İstanbul, sf.246-247; Oğuzman- Selçü- Oktay Özdemir, *Eşya Hukuku*, sf.7, 568.

(18) Bu çalışmada "hayvan" denildiğinde "insan dışındaki hayvanlar" anlaşılmalıdır.

(19) Bununla birlikte, hayvanları eşya olarak gören hukuk nosyonunun hatalı olduğunu ileri sürenler bulunmaktadır. Referanslar için bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e., sf. 249 ve dn. 802.

(20) Vücut parçalarının UH11 ve P1-1 açısından hukuki statüsü hakkında düşünceler için bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e., sf. 269-273.

(21) Şu çalışmalar örnek olarak zikredilebilir: Lori B. Andrews, "My Body, My Property", *Property Law*, Vol. 2, eds. Elizabeth Mensch-Alan Freeman, *The International Library of Essays in Law & Legal Theory*, Dartmouth, Aldershot, 1992, sf.27-37; Munzer, a.g.e., sf.37-58; J. W. Harris, "Who Owns My Body", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 16, N. 1, 1996, sf.55-84; Alan Hyde, *Bodies of Law*, Princeton University Press, Princeton-New Jersey, 1997, sf.48-79; Margaret Davies-Ngaire Nafine, *Are Persons Property-Legal Debates About Property and Personality*, Ashgate-Dartmouth, Aldershot, 2001; Penner, a.g.e., sf. 111-127; Bridge, a.g.e., sf. 4; Laura S. Underkuffler, *The Idea of Property: Its Meaning and Power*, Oxford University Press, 2002, sf. 103-106; Tim Murphy-Simon Roberts-Tatiana Flessas, *Understanding Property Law*, Thomson-Sweet&Maxwell, London, 2004, sf.33-36.

(22) Bazı hukuk sistemlerinde (örneğin Anglo-Sakson ve Fransız) gayri maddi nesneler üzerinde mülkiyet hakkı kurulabileceği kabul edilmiştir.

şey/nesne gibi, faydalanmak üzere mübadele edilebilir bir metadır.”³⁰

Aslında kölelik kurumuyla birlikte ele alındığında Locke’un önermesi/öncülü insan vücudunun mal/eşya statüsünde olduğunu gösteriyor. Kölelik durumunda bir insanın vücuduna ve emeğine sahip olan kişi o insandan başka bir kişi olduğuna ve köle tıpkı bir mal gibi ticarete konu olabildiğine göre, köle malvarlığı değerleri arasına girer.³¹ Eğer köle, “efendi” açısından bir mal ise, bunun tersi de geçerlidir: Başkası tarafından sahip olunmayan kişinin sahibi o kişinin kendisidir.³² Kısacası, her vücudun bir sahibi vardır.³³

Gelgelelim. Kıta Avrupası ulusal eşya hukuku doktrini bu mantıksal çıkarımı önemsememektedir ve insan vücudunu mülkiyet ile diğer aynı hakların konusunu oluşturan “eşyadan” saymamaktadır. Buna gerekçe olarak köleliğin kaldırılmış olması gösterilmektedir.³⁴ Oysa yukarıda gösterildiği üzere, köleliğin kaldırılmış olması insan vücudunu eşya statüsünden zorunlulukla çıkarmıyor.³⁵ Köleliğin kaldırılmış olması insan vücudunu devir ve intikale elverişli meta statüsünden çıkarır.³⁶ Kıta Avrupası doktrini mal/eşya ile meta arasında bir ayrım yapmış olsaydı bu mantıki hataya düşmeyecekti. Aslında Kıta Avrupası hu-

kuklarında bir nesnenin hukuki anlamda eşya olup olmadığını tespit ederken kullarılan ölçütlerden “kişisel olmama şartı” tamamen sübjektif niteliktedir. Bu ölçüt sayesinde insan vücudu malvarlığı dünyası dışına çıkarılmaktadır. Diğer ölçütlere bakıldığında (cismani olmak, sınırların belirli olması, üzerinde ege-menlik tesis edilebilmesi, ekonomik değer taşıması) bunların objektif nitelikte olduğu anlaşılıyor. Doktrinde

Waldron’un isabetle belirttiği gibi, insan teknik hukuk açısından düpedüz taşınır eşya niteliğindedir. Ancak bir insanın bir başkasının taşınırı olmasının hukuken kabul görmemesi, insanın eşya olmasından ileri gelmemekte; sırf ahlaki bir normun hukuksallaşmasından³⁷ kaynaklanmaktadır.³⁸ Kaldı ki, Kıta Avrupası’nın temeli olan Roma hukukunda çocuklar ve kadınlar da birer mal statüsündeydiler.³⁹ Nitekim velayet

kişinin kendisini “köleleştirilmesine” rıza vermesini yasaklamaktadırlar. Bu demektir ki, bir “insan” nesnedir ve fakat devir ve intikale hukuken cevaz verilmemiştir. Bu noktada “insan” ile örneğin uyuşturucu maddeler arasında bir fark bulunmamaktadır.

Örneğin, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından 15/11/2000 tarih ve 55/25 sayılı Kararıyla kabul edilen ve henüz yürürlüğe girmeyen “Sınırışan Örgütlü Suça Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesini Tamamlayan/Eki, Özellikle Kadınların ve Çocukların Olmak Üzere, İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü”/“Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons. Especially Women and Children, Supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, Madde 3/a,b. Türkiye bu Protokolü onaylamak üzere, 30/01/2003 tarih ve 4804 sayılı Kanunu çıkarmıştır (RG, 04/02/2003, s.25014; ve ardından Bakanlar Kurulu’nun 26/02/2003 tarih ve 2003/5329 sayılı kararıyla bu Protokolün onaylanmasına karar verilmiş ve bu karar ekli olarak anılan Protokolün Türkçe resmî çevirisi ile İngilizce metni de yayımlanmıştır. (RG, 18/03/2003, s.25052). 15/11/2000 tarihli “İnsan Ticaretinin Önlenmesi, Bastırılması ve Cezalandırılması Protokolü”nün Türkçe çevirisi ve İngilizce metni için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, İnsan Hakları Belgeleri/Cilt V/2004, sf:371-391 (Türkçe) ve sf:673-687 (İngilizce).

*Madde 3 – Teriminin kullanımı

Bu Protokolün amaçları bakımından:

(a) “İnsan ticareti” ibaresi, kuvvet kullanarak yahut kuvvet kullanma tehdidiyle yahut başka biçimlerde baskı uygulama, kaçırma, hile, aldatma, iktidarı/mülkünü kötüye kullanma yahut korunması/mağdur edilebilir bir konumda bulunuşu istismar etme yahut bir başka kimse üzerinde denetimi yetkisini haiz bir kişinin rızasını temin için kazanç yahut menfaatlerin verilmesi/taahhüt edilmesi yahut alınması yollarıyla, kişilerin sömürü amacıyla temini, taşınması/taahhüt edilmesi, devredilmesi, barındırılması yahut teslim alınması anlamına gelecektir. Sömürü terimine, asgari olarak, başkalarının fahişeliğinin sömürülmesi yahut cinsel sömürünün diğer biçimleri, zorla/cebri çalıştırma yahut hizmete koşma/tabi tutma, kölelik yahut kölelik benzeri uygulamalar, kulluk yahut (küçük) organların alınması dahil olacaktır.

(b) Bu Madde’nin (a) bendinde düzenlenen yollardan herhangi biri kullanılmış olduğu takdirde, (a) bendinde düzenlenen sömürü kasıtlı/amaçlı) “insan ticaretine” bir mağdurun rızası bulunmasının önemi/güçlüğü olmayacaktır.” (virgü eklenmiştir)

(37) Eşyanın “kişisel olmama” şartının kökeni, o dönemde insan sayılmayan köleleri hariç tutacak olur isek, Roma’ya kadar geri götürülebilir. Söz konusu şart modern idadesini Kant’ta bulmuştur: “The description of an Object as ‘to me’ may signify either that it is merely ‘different and distinct from me as a Subject,’ or that it is also ‘a thing placed of me, and to be found elsewhere in space or time’”. “But from this it follows at once, that such an object can only be a Corporeal Thing towards which there is no direct personal Obligation. Hence a man may be HIS OWN MASTER (sui juris) but not the Proprietor of himself (sui dominus), so as to be able to dispose of himself at will, to say nothing of the possibility of such a relation to other men; because he is responsible to Humanity in his own person” (bkz. Immanuel Kant, Science of Right, sf:62, ayrıca 98-99). Ayrıca bkz. Hegel, Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri, paras.33, 44, 49. Anglo-sakson hukukunda da Roma hukuku temelinde, Blackstone’nun benzer bir koşula mülkiyet tanımında zımni bile olsa yer verdiği görülmüyor. Bkz. William Blackstone, Commentaries on the Law of England, Book the Second-Vol II, (Orifinal Baskı: Oxford, Printed at the Clarendon Press, M. DCC. LXVI.). A Reprint of the First Edition With Supplement, Dawson’s of Pall Mall, London, 1966, sf: 2 (“that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world”).

(38) Waldron, Private Property, sf: 32 ve dñ. 15.

(39) Çocukları bakımından aynı noktaya Kant ‘zımnen’ ile Hegel bile temas ediyor ve özellikle Hegel,

[30] Thomas Hobbes, Leviathan, Türkçe sf:179, İngilizce sf:295. Ayrıca bkz. Macpherson, a.g.e., sf:66. Belirtilebilir ki metindeki çeviri bana aittir ve orijinali şöyledir “for a mans Labour also, is a commodity exchangeable for benefit, as well as any other thing”. Alıntılanan cümle, Hobbes’un eserinin atıl yapılan Türkçe çevirisinde daha farklı anlama gelecek şekilde çevrilmiştir. Ayrıca aynı cümleyi Küçükömer de biraz daha farklı olarak çevirmiştir (bkz. Küçükömer, İktisat İlkelerine Yeniden Bakış, sf:68).

Diğer yandan doktrinde Macpherson’a göre, Hobbes sadece emeği değil yaşamın kendisini de metaya indirmektedir. Locke’a ise, emek ve emek kapasitesi meta olmasına rağmen yaşam (ve hatta yaşam hakkı) kutsal ve devredilemezdir (bkz. Macpherson, a.g.e., sf:219-220. Locke özelinde aynı yönde Andrew, a.g.m., sf:533). Macpherson bu ayrımı desteklemek için Hobbes’un tarafından alıntılanan ifadesi dışında “bir insanın Değeri, ya da KIYMETİ, diğer bütün şeylerde olduğu gibi, Fiyatıdır/The Value, or WORTH of a man, is as of all other things, his Price” şeklindeki açıklamasına gönderme yapmaktadır (bkz. Thomas Hobbes, Leviathan, Türkçe sf:69, İngilizce sf:151).

[31] Köleliği ve köle ticaretini yasaklayan bütün uluslararası insan hakları belgelerinde bu husus açıkça vurgulanmaktadır. Bu belgeler ve hükümleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, Genel Teori/2007, sf:524-528, 534-537. Ayrıca bkz. Siliadin v. France, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005, paras.51, 85-86, 115-117, 123-125.

[32] Yoram Barzel, Economic Analysis of Property Rights, Cambridge University Press, Second edition, 1997, sf:113 (“The current prohibition of slavery implies that each individual is the owner of the capital asset embedded in himself or herself. The abolition of slavery was accompanied by the transfer of such capital assets from the previous slave owners to the slaves themselves.”); Hyde, a.g.e., sf:56. Bu mantıksal çıkarımın çeşitli açılardan eleştirel analizi ve aynı öncülden hareket etmekte birlikte insan vücuduna kimsenin sahip olmadığı karşı görüşü için bkz. J. W. Harris, Who Owns My Body, sf:68-73, 84. Ayrıca krş. Penner, a.g.e., sf: 123-124; Murphy-Roberts-Flessas, a.g.e., sf:33.

[33] Kanımca Kant bile, bu mantığı yakalamıştır. Bkz ve krş. Immanuel Kant, Science of Right, sf:99.

[34] Örneğin bkz. Oğuzman-Seliçli- Oktay Özdemir, Eşya Hukuku, sf:4 (Yazarların ifadesi şöyledir: “Artık kölelik söz konusu olmadığı için başka bir insan üzerinde de aynı hak düşünülmemektedir. Bu sebeptir ki insan vücudu hukuken eşya kavramının dışındadır.”). Ayrıca bkz. Şahin Akıncı, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ Doku) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Yetkin Yay., Ankara, 1996, sf:172; Serozan, Medeni Hukuk, sf:68, 210-211; Serozan, Taşınır Eşya Hukuku, sf:71, 251. Krş. Ertaş, Eşya Hukuku, sf: 54.

[35] Örneğin, uyuşturucu madde bulundurulması ve satılması da yasaktır. Ama uyuşturucu maddelerin eşya statüsünde olduğundan şüphe edilmiyor. Ancak krş. Ertaş, Eşya Hukuku, sf:54.

[36] Bkz. ve krş. Immanuel Kant, Science of Right, sf:99 (“Hence a man may be HIS OWN MASTER (sui juris) but not the Proprietor of himself (sui dominus), so as to be able to dispose of himself at will, to say nothing of the possibility of such a relation to other men; because he is responsible to Humanity in his own person”), büyük harfler orijinal, altını ben çizdim, B.G.) Günümüzdeki insan ticareti ile ilgili sözleşmeler,

(custody) kavramı bunu bütün çıplaklığıyla sergilemektedir.⁴⁰ Tıpkı emeğin ve gide-rek vücudun kiralandığı bazı özel hukuk sözleşmeleri gibi, ne kadar makyaj-lanırsa makyajlansın bu husus fark edilmektedir.

Bugünün iş, hizmet vb. sözleşmeleri, aslında bir kişinin emeğini bir ücret karşılığında kiralamasıdır. Eğer emek özel hukuk sözleşmesine konu olabiliyorsa veya bir ticari ortaklığa sermaye olarak koyulabiliyorsa, bu emeği üreten insan vücudu da bir mal statüsünde demektir. Gerçi bu tip sözleşmelerde vücut hizmet alana devredilmemekte; belirli bir süre için "kiralanmaktadır". Ama bu, sadece devir ve intikal yasağıyla ilgilidir.⁴¹ Vücudu ve emeği eşya statüsünden çıkarmaz.⁴² Kaldı ki emek ve emek kapasitesi zaten devredilebilmekte, belli bir bedel karşılığı başkasının hizmetine sunula-

bilmektedir.⁴³ Aslında "(h)ukukçunun genellikle 'eşya üzerindeki egemenlik' diye sunduğu mülkiyet, son değerlendirilmede, 'insan üzerinde' bir egemenliği de içerir.... Günümüzde de özellikle işgücünü satın alan işverenin patronluğu, düpedüz, emekçinin soluk alması dahil, uyku saatleri dışındaki tüm yaşamı üzerindeki mutlak iktidarı görünümüne bürünmüştür."⁴⁴

Marx durumun tam bir tablosunu şöylece ortaya koyuyor: "Sınırları içerisinde emek-gücü satım ve alımının sürüp gittiği ayrıldığıımız bu alan, aslında, insanın doğuştan var olan haklarının tam bir cenneti idi. Burada egemen olan yalnızca, özgürlük, eşitlik, mülkiyet ve Bentham'dır. Özgürlüktür, çünkü, metanın, diyelim emek-gücünün hem alıcısı hem satıcısı yalnızca kendi serbest iradelerinin etkisi altındadırlar. Serbest taraflar olarak sözleşme yaparlar

Roma Hukuku'nu bu açıdan adaletsiz ve ahlak dışı olarak nitelendiriyor. Bkz. Immanuel Kant, *Science of Right*, sf:114-115; Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, paras.43, 175.

(40) Bu sebeple modern çocuk hakları hareketi ve buna dayanan yeni ÜİHH normları, velayet kurumunu bir ebeveyn hakkı olarak değil, bir görev olarak düzenlemişler ve çocuğun velayetin kullanılmasına geniş ölçüde katılmasını sağlayacak hak formunda hükümlere yer vermişlerdir.

(41) Aynı yönde olarak bkz. Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, paras.66-67.

(42) Aynı yönde olarak Marx, *Kapital-Birinci Cilt*, sf:182 vd. emek gücünün alım satımından bahsetmekte ve sf:183'te şunları yazmaktadır: "Emek sahibi ile para sahibi, pazarda karşı karşıya gelirler, eşit haklara sahip kimseler olarak temasa geçerler, aralarındaki tek fark birisinin satıcı, diğerinin alıcı olmasıdır; bu yüzden yasalar karşısında her ikisi de eşittir. Bu ilişkinin sürekli olabilmesi için, emek-gücü sahibinin, bunu, yalnızca belirli bir süre için satması gereklidir, çünkü diğer onu toptan ve suresiz satacak olursa, kendini satmış, kendini özgür bir insan olmaktan çıkartıp köleye, meta sahibi olmaktan çıkartıp meta haline dönüştürmüştür olur. Emek-gücüne daima kendi öz malı, kendi metayı gozuyla bakması gerekir, ve bunu da ancak, onu, alıcının emri altına geçici bir süre için, belirli bir zaman süresi için vermekle yapabilir. Ancak bu yolla, emek-gücü üzerindeki mülkiyet hakkından feragat etmemiş olur" (vurgu eklenmiştir).

Bu metnin sonunda Marx, Hegel'e atıf yapmaktadır. Hegel, *Philosophy of Right/Hukuk Felsefesinin Prensipleri*, para.67'de şunları yazmaktadır: "Bedensel ve zihinsel faaliyetime ait özel kapasitelerimin ve melekelerimin mülkleri (izole) bir ürününü, yahut bunların kullanımını, sınırlı bir zaman için, başka birisi lehine elden çıkarabilirim, çünkü bu sınırlandırma, kapasitelerimin ve melekelerimin, total ve evrensel varlığımla bir ilişki içine girmelerine yol açar. Bütün çalışma süremi ve tümüyle üretimimi elden çıkarsaydım, bütün evrensel varlığımla, bütün faaliyetimi ve realitemi, çalışmamı bir başkasının mülkiyeti haline getirdim."

(43) Macpherson, a.g.e., sf: 64'te, liberal demokrasinin kabullerinden biri olarak şöyle diyor: "Although the individual cannot alienate the whole of his property in his own person, he may alienate his capacity to labour". Ayrıca belirtmek gerekir ki hukukun ekonomik analizini yapanlar da aynı yönde bir yaklaşımla sergilemektedir. Örneğin bkz. Harold Demsetz, "Towards a Theory of Property Rights", *American Economic Review*, Vol. 57, Issue 2 May, 1967, sf:347-359, 348-349; Richard A. Posner, *The Economics of Justice*, Harvard University Press, 1981, sf:109-111. Eleştirel olarak bkz. Penner, a.g.e., sf:122.

(44) Serozan, a.g.m., sf: 244.

ve vardıkları anlaşma, ortak iradelerinin yasal ifadesinden başka bir şey değildir. Eşitliktir, çünkü birbirleriyle basit meta sahipleri olarak ilişki içine girerler ve eşdeğeri eşdeğerle değiştirirler. Mülkiyet, çünkü taraflar, kendi malı olan şeyler üzerinde tasarrufta bulunur. Ve Bentham'dır, çünkü her iki taraf da yalnız kendisini düşünür. Bunları bir araya getiren ve ilişki içerisine sokan tek güç, bencillik, kazanç ve özel kişisel çıkarır."⁴⁵

Aslında özel hukuk bu tabloyu fark ettiği için emeğin ve giderek vücudun edim olarak konulduğu bazı sözleşmeleri hukuka, ahlaka, kamu düzenine ve medeni hukuk anlamında kişilik haklarına aykırı bularak geçersiz addetmektedir.⁴⁶ Bu tip yasaklarla hukuk, vücudu mal/meta statüsünden çıkarma gayretine girmiştir. Ancak bu gayret sadece uç örnekler için mümkün olmakta ve insan vücudunun bir eşya/meta statüsünde olduğu gerçeği saklanamamaktadır. Üstelik bazı devletlerde fahişelikten ötürü doğrudan fahişeden vergi alındığı gerçeği, vücudun bir eşya olarak görüldüğüne bir kez daha işaret etmektedir.

Kaldı ki, kişilerin ve malların serbest dolaşımını sınırlayan veya toptan yasaklayan hukuk anlayışı, emeğin ve giderek vücudun aslında bir meta olarak mütalaa edildiğini gösteriyor. Kişilerin serbest dolaşımı denilen olgu, gerçekte, emeğin dolaşımını ifade eder. Bu sebep-

ledir ki, malların ve kişilerin serbest dolaşımı bir paranın iki yüzü gibidir.⁴⁷ Üstelik bazı özel hukuk sözleşmelerinin konusu doğrudan doğruya belirli bir insanın emeğinin devridir. Hatta bazı hallerde emeği ve dolayısıyla kendisi devredilen kişi, özel hukuk sözleşmesinin taraflarının iradesiyle bağlıdır. Tıpkı bir nesne gibidir. Futbolcuların durumu bu duruma iyi bir örnek teşkil ediyor.

İşte yukarıda ayrıntılı özeti verilen AİHM'in *FC Mretebi v. Georgia* kararını bu bağlama oturtmak mümkündür. AİHM, başvuru futbol klübünün yetiştirdiği bir futbolcu üzerindeki hakkının (yetiştirme bedeli) mülkiyet hakkına benzetilmesini kategorik olarak P1-1'in kapsamı dışında görmemiştir. FIFA'nın Oyuncuların Statüsü Komitesi iki klüp arasındaki bu anlaşmazlığı "futbolcuya yönelik federatif hakların mülkiyetinin/sahipliğinin (possession) nakli/temliki/transfere" olarak nitelendirmiştir. FIFA'nın bu nitelendirmesini baz alan Mahkeme, P1-1'in uygulanabilirliğini dışlamamış ve fakat zaman yönünden yetkisizlik temelinde (*ratione temporis*) şikayeti kabul edilemez bulmuştur.⁴⁸

Bütün bunlar, son tahlilde, vücudun da bir mal gibi tasarruf edilebileceğini göstermektedir. Mahkemenin bir kişi üzerindeki mali hakların P1-1'in çerçevesine girmesinin yolunu kapatmamış olması, çalışanların/işçilerin, başta ticari

(45) Marx, *Kapital-Birinci Cilt*, sf:191.

(46) Barzel, a.g.e., sf:113. Türk Borçlar Hukuku düzeninde genel olarak bkz. Selahattin Sulhi Tekinay-Sermet Akman-Haluk Burcuoğlu-Atilla Altop, *Tekinay Borçlar Hukuku*, gözden geçirilmiş 6. Baskı, Filiz Kitabevi, 1988, İstanbul, sf:521-541; M. Kemal Oğuzman-Turgut Öz, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, sf:70-73; Fikret Eren, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Baskı, Beta Yay., Aralık 2006, sf: 289-294; Haluk N. Nomer, *Borçlar Hukuku-Genel Hükümler*, Gözden geçirilmiş altıncı baskı, Beta Yay., Nisan 2008, İstanbul, sf:36-40; K. Ahmet Sevimli, *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, Legal Yay., İstanbul, 2006, sf:61-64. Bu dipnotunda zikredilen eserlerden hareketle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 23. Maddesi ile 818 sayılı Borçlar Kanunu'nun 19/2. maddesi hükümleri burada zikredilebilir.

(47) Bu argümanı Pasukanis, a.g.e., sf:113 ve dn.12'den uyarladım.

(48) *FC Mretebi v. Georgia*, App. No.38736/04, Judgment of 31 July 2007, paras.19, 52.

şirketler olmak üzere başkalarının mülkiyet haklarının konusu olabileceğini göstermektedir.⁴⁹ AİHM'in *FC Mretebi v. Gürcistan* davasındaki yaklaşımının bu yorumu kanımsa Sözleşme sistemi içerisinde dalgalanmalara yol açar.

Öncelikle AİHS'in vücut bütünlüğünü koruyan 3., kölelik ve kulluk yaşağını düzenleyen 4., ve özel hayata saygı hakkını koruyan 8. Maddelerini hatırlatmak gereklidir. Zikredilen bu hakların ışığında konuya eğildiğinde, vücudun tasarruf edildiği birçok durumda P1-1'in uygulanabilir nitelikte olmadığı sonucuna varılmalıdır.⁵⁰ Yani, kamusal makamların vücudun edim olarak kullanıldığı bir sözleşmeye müdahale ederek hukuken geçersiz kılması durumunda mülkiyet hakkına dayalı olarak AİHM önünde bir iddianın dile getirilebilmesi pek olası değildir. Zira, yukarıda geliştirilen çatışma modeli

uyarınca P1-1 ancak AİHS'de yer alan başka haklarla çatışmadığı ölçüde uygulanabilir niteliktedir. Bununla birlikte, bazı hallerde AİHS Madde 8'in kamusal makamların bu tip sözleşme özgürlüğü müdahalesine karşı belli bir koruma sağlayabileceği öngörülebilir. Yine de Madde 8 uygulanabilir olacak olsa bile, Madde 8/2'deki sınırlama klotunun varlığı akılda tutulmalıdır.⁵¹

Tıbbi alanda vücudun ticari amaçla kullanılması da ÜİHH tarafından yasaklanmıştır. 04/04/1997 tarihli *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*'nin⁵² 21. Maddesi⁵³ insan vücudunun doğal haliyle ticari kazanç amaçlı olarak tasarruf edilemeyeceğini kurala bağlamıştır. Eklemek yerinde olur ki, aynı esas, *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi*'nin 24/01/2002 tarihli *Organ ve Doku Nakli Protokolü*⁵⁴ Madde 21/1'in birinci fıkrasında da yinelenmiştir.⁵⁵

(49) Futbolcular özelinde ve Türk Borçlar Hukuku açısından krş. Ertay-Petek, a.g.e., sf:295-297.

(50) Nitekim hukuka aykırı olarak Fransa'da bulunan bir yabancıların, zorla ev işlerinde çalıştırılması ve çalışanların cezai anında yaptırımsız bırakılması Ali IS Madde 4'ün ihlalini sonuçlandırmıştır. *Siliadin v. Franco*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005. Ayrıca bkz. ve krş. *Tremblay v. Franco*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

(51) Bkz. *Pretty v. the United Kingdom*, App. No.2346/02, Judgment of 29 April 2002, paras.62 ve 65'den kıyasen.

(52) Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 04/04/1997 tarihinde imzaya açılan "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Haklarının ve İnsan Haysiyetinin Korunmasına Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"nin (No.164, "Convention for the Protection of Human Rights and Human Dignity with regard to the application of biology and medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine") 01/12/1999 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Türkiye, bu Sözleşmeyi 04/04/1997 tarihinde imzalamış ve onaylamak üzere, 03/12/2003 tarih ve 5013 sayılı "Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanması ve Uygun Bulunduğuna Dair Kanun"u (RG, 09/12/2003, s.25311) çıkarmıştır. Bu Sözleşmenin Türkçe resmi çevirisi ve İngilizce orijinal metni, Bakanlar Kurulu'nun 16/03/2004 tarih ve 2004/7024 sayılı kararına ekli olarak yayımlanmıştır. (RG, 20/04/2004, s.25439). Türkiye onay belgesini AK Genel Sekreterliği'ne 02/07/2004 tarihinde depo etmiştir ve bu Sözleşme Türkiye bakımından 01/11/2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi"ne ilişkin bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:1219-1231.

"İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi" (md.21) normu şöyledir:

"Madde 21 – Mali/ticari kazanç yasağı

(53) İnsan bedeni ve onun parçaları, bu nitelikleriyle, mali/ticari kazanç sağlanmasına araç/konu olmayacaktır."

(54) Avrupa Konseyi tarafından hazırlanarak 24/01/2002 tarihinde imzaya açılan "İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin, İnsan Kökenli Organ ve Doku Nakline İlişkin Ek Protokolü" (No.186, "Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Biomedicine, concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin") 01/05/2006 tarihinde yürürlüğe girmiştir. "Organ ve Doku Nakli Protokolü" hakkında bilgi için bkz. Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:1237-1240.

(55) "Organ ve Doku Nakli Protokolü" (md.21) normu şöyledir:

Keza, UNESCO/İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi⁵⁶ Madde 4'de, "insan genomunun doğal durumunda mali/ticari kazanç sağlanmasına araç/konu olmayacağı" belirtilmektedir.

Böylelikle insan vücudunun ÜİHH açısından devir ve intikale elverişli olmadığı sonucuna varılmaktadır. Zaten böyle bir kullanım, yukarıda açıklandığı üzere, çatışma modeline aykırılık teşkil edecektir. Ancak şu teorik ayrımı işaret edilmelidir: *İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi* insan vücudunu eşya statüsünden çıkarmış olmayıp, sadece meta statüsünden çıkarmıştır.

Bütün bu tartışmaların ötesinde, P1-1'in uygulanabilirliği bir an için kabul edilecek olursa bile, bu maddede ki sınırlama klotlarının varlığı ihlal sonucuna varılmasını oldukça güçleştirecektir. Kaldı ki, Strasbourg organlarının, emek sahibi açısından emeği ve giderek vücudu zaman duvarı sebebiyle mülkiyet

hakkı kapsamına sokmadığı kararları mevcuttur.⁵⁷

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında denilebilir ki, söz konusu kararlarda zaman duvarı emek sahibi açısından teorik olarak bir rol oynamamalıydı. Vücuda ve kol gücüne dayalı emeğin kendisi, mülkiyet hakkı korumasından yararlanabilmelidir. Emek, piyasa düzeninde korumasız kalmamalıdır. Mülkiyet hakkı dışında AİHS'deki başka hiçbir hak, emeğin piyasa düzeninde yeterli ölçüde korunmasına imkan sağlayacak nitelikte değildir. Bir kişinin emek dışındaki malı/esyası, koşulları gerçekleştiğinde P1-1 korumasından yararlanabilirken, emeğin yararlanamamasını haklı kılan hiçbir hukuki gerekçe bulunamaz.⁵⁸ Üstelik, emek karşılığı bir ücrete hak, sosyal hakları düzenleyen hemen hemen bütün belgelerde yer almaktadır. Çalışma karşılığı adil bir ücrete hak, ekonomik nitelikli olmakla, P1-1'in aradığı

"Madde 21 – Mali/ticari kazanç yasağı

1. İnsan bedeni ve onun parçaları, bu nitelikleriyle, mali/ticari kazanç yahut bununla karşılaştırılabilir avantaj sağlanmasına araç/konu olmayacaktır.

Yukarıdaki hüküm, bir mali/ticari kazanç yahut özellikle aşağıdaki haller olmak üzere, bununla karşılaştırılabilir bir avantaj oluşturmamanı ödemeleri engellemeyecektir:

- canlı bağışlayıcıların kazanç kaybı için tazminat ve (organ yahut dokunun) çıkarılmasının neden olduğu yahut tıbbi muayenelere ilişkin haklı kılınabilir herhangi bir başka gider için yapılan ödeme;

- (organ yahut doku) nakledilmesiyle bağlantılı olarak ortaya çıkan meşru tıbbi yahut ilişkili teknik hizmetler için haklı kılınabilir bir ücretin ödenmesi;

- yaşayan/canlı kişilerden organ alınmasının doğurduğu usulsüz zarar halinde tazminat ödenmesi.

2. Mali/ticari kazanç yahut bununla karşılaştırılabilir avantaj sağlamayı teklif yahut talep etmek amacıyla, organ yahut doku talebinin(ihtiyacının) yahut arzının reklamı yasaklanacaktır." (vurgu eklenmiştir).

(56) UNESCO Genel Konferansı'nın yirmi-dokuzuncu oturumunda 11/11/1997 tarihinde kabul edilen "İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi"nin ("Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights") İngilizce metni için bkz. Janusz Symonides and Vladimir Volodin (selection of documents and introduced by), UNESCO and Human Rights: Standard-Setting Instruments, UNESCO, Paris, 1999 (second edition), sf:130-138. UNESCO'nun 11/11/1997 tarihli "İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi", kabul edilmesinin ardından, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 09/12/1998 tarih ve 53/152 sayılı kararıyla benimsenmiştir. 11/11/1997 tarihli UNESCO Bildirisi hakkında bilgi ve değerlendirme için bkz. Semih Gemalmaz, *Genel Teori/2007*, sf:934-940.

(57) *Van der Mussel v. Belgium*, Judgment of 23 November 1983, para.48.

(58) Giderim hakkıyla ilgili bir meselede Nazirler döneminde zorla çalıştırılan bazı kişilerin tazminat talepleri P1-1 kapsamında görülmüştür. Ancak bu tazminatı alamamış olmaları ölçülü bir müdahale olarak addedilmiştir. Bkz. *Poznanski and others v. Germany*, App. No. 25101/05, Admissibility Decision of 3 July 2007.

ekonomik değer ölçütünü karşılamak-tadır.⁵⁹ Ayrıca, kimi hallerde ulusalüstü hukuk, ulusal hukukta yer almayan mülkiyet hakkının kaynağı olabilir.⁶⁰ Sosyal ve ekonomik hakları düzenleyen UIHH belgelerinin bu kaynağı teşkil etmesinin önünde teorik bir engel bulunmamaktadır.

Nitekim bazı AİHK kararları bu yaklaşımı desteklemektedir. Hapishane cezasını çekmekte olan bir mahkum, hapishanede yaptığı çalışmadan elde ettiği gelirin bir kısmına salıverilme zamanında toptan ödemek için idarece el konulmasının P1-1'i ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Paranın alıkonulması ile salıverilme anında yapılan ödeme arasında geçen süre için bir faiz de verilmemektedir. Komisyona göre, hapishane yaşamı için normal/olağan kabul edilen ve Sözleşme Madde 5/1 (a) ile Madde 4/3 (a) hükümlerince açıkça tanınan bazı spesifik kayıtlamalar dikkate alındığında, idarenin gelirin yarısını ileride salıverilme anında ödenmek üzere alıkoyması P1-1/2'deki genel yarar amacına uygundur. Buradan hareket eden AİHK bu tip bir düzenlemenin mahkumun mülkiyet hakkının özüne bir müdahale teşkil etmediğine karar vermiştir. AİHK devamla, faiz alma hakkının P1-1'den çıkarsanamayacağını vurgulamış ve başvuruyu açıkça temel-

sizlik açısından kabul edilemez ilan etmiştir.⁶¹

Emeğin bir meta olarak P1-1 kapsamında yer aldığına dair daha yakın tarihli bir diğer karar ise *Fenzel and Köllner* başvurusudur. 40 yıldır çalıştıkları şirketle iş sözleşmeleri mahkeme kararlarıyla feshedilen başvuruçular Sözleşme'nin zorla çalıştırma yasağını düzenleyen Madde 4 ile P1-1'e dayanarak çeşitli iddiaları ileri sürmüşlerdir. Madde 4 çerçevesinde başvuruçular kendilerinin feshedilen sözleşme sebebiyle bir hak kaybına uğramamak için karşılıksız olarak çalışmaya zorlandıklarını gündeme getirmişlerdir. AİHK bu iddiaya itibar etmemiştir. Komisyona göre Madde 4'ün iki unsuru bulunmaktadı. Birinci unsur, zorla çalışmanın kişinin iradesi hilafına olması, ikinci unsur ise, bu işin veya hizmetin yerine getirilmesi yükümlülüğü ya haksız (unjust) veya zalimane (oppressive) olması ya da kendi başına kaçınılabilir bir zorluk oluşturmaması. Olayda ise başvuruçular kendi özgür iradeleri ile iş sözleşmesi yapmışlardır. Ayrıca, ulusal mevzuat uyarınca bir aylık feshi ihbar süresini müteakip sözleşmeleri feshetme hakları vardır. Üstelik başvuruçular, iş sözleşmelerinin feshedilmesinin sözleşme özgürlüklerine kayıtlama oluşturacak derecede bir mali kayıptan/zarardan muzdarip olduklarını gösterememiş-

lerdir. Her halükarda, çalışmalarının haksız veya zalimane olduğunu gösterir bir belirti bulunmamaktadır. Madde 4 açısından başvuru açıkça temelsizdir. Başvuruçular mülkiyet hakkı ekseninde ise sözleşmelerinin feshedilmesinin el atma (expropriation) niteliğinde olduğunu ve ulusal mevzuat uyarınca hangi çalışanın sözleşmesinin feshedileceğine münhasıran işverenin karar verecek olmasının ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüşlerdir. AİHK'e göre, bireyler arasındaki özel hukuk ilişkilerini düzenleyen ve bir kişinin mülkiyetini bir başkasına devretmesini sağlayan yasal hükümler, bir kişinin bir başkası lehine mülkiyetinden keyfi ve haksız olarak yoksun bırakılmasına yol açmadıkça kategorik olarak mülkiyetten barışçıl yararlanma hakkını çiğnememektedir. Olayda söz konusu olan özel hukuk sözleşmeleridir. Ücret alma hakkı dahil, başvuruçuların bu sözleşmelerden kaynaklanan hakları P1-1 anlamında malvarlığı olarak mütalaa edilebilir. Olayda başvuruçuların sözleşmelerin feshi ulusal mevzuata uygun olup keyfi nitelik arz etmez. Zira sözleşmeler feshedilmezse, alacaklılarının hakları veya şirketin varlığı tehlikeye girer. Kaldı ki

başvuruçular kısmi bile olsa belli bir tazminat almışlardır. Böylelikle ölçüstüz bir zarardan/kayıptan muzdarip değillerdir. Bu sebeple olayda P1-1'in ihlali olduğu sonucuna vardıracak bir gösterge bulunmamaktadır.⁶²

Bu kararlar vesilesiyle bir kaç husus üzerinde durulabilir. İlk karardan açıkça anlaşıldığına göre, mahkumların hapis-hanede emeği karşılığı elde ettiği gelir P1-1 kapsamına girmektedir. Üstelik daha genel olarak, emeğin bile mülkiyet hakkı kapsamına girdiği bile söylenebilir.⁶³ İkinci karar bakımından emek, ve bunu belirlemek üzere iş ve hizmet sözleşmeleri P1-1 kapsamında değerlendirilebileceği anlaşılmaktadır. Gerçi Komisyonun kararı net değildir; "may" kelimesini kullanmakla ilkesel bir duruştan ya da standarttan ziyade her bir somut olay özelinde değişken bir yapıya işaret etmektedir. Yine de karardan emeğin P1-1 kapsamına girebileceği sonucu çıkarılabilir. Kaldı ki, P1-1'in zaman duvarı açısından uygulanabilirliğinin sağlanması için aranan hukuki sebepler arasında sözleşme bulunmaktadı. İş sözleşmesini de bu bağlamda düşünmenin önünde bir engel yoktur.

(62) Bu gerekçelerle şikayet açıkça temelsiz olduğundan kabul edilemez niteliktedir. Bkz. *Fenzel and Köllner v. Austria*, App. No. 22351/93, Admissibility Decision of 15 May 1996.

(63) Bu noktada hukuka aykırı olarak bulunduğu ülkede zorla ev işlerinde çalıştırılan kişinin yaptığı başvuruda, mağduru "istihdam" edenlerin cezalandırılmamasının AİHS Madde 4'e aykırı düşüğüne dair Siliadin kararı zikredilebilir. Başvurucu sadece, yıllar boyunca neredeyse hiçbir ücret almadan vermek zorunda kaldığı emeğin kulluk ve zorla çalıştırma teşkil ettiğini iddia etmiştir. Mağdurun bu yönde bir talebi olmamasına rağmen AİHM, re'sen problemi bir de P1-1 açısından inceleyebilirdi. *Siliadin v. France*, App. No. 73316/01, Judgment of 26 July 2005.

Bir başka ilginç örnek, fahişelik mesleğini bırakarak sigortalı olmak isteyen başvuruçunun sosyal sigorta kurumu tarafından prim ödemeye zorlanması ve bu sebeple başvuruçunun fahişeliğe devam etmek zorunda kalmasının AİHS Madde 3'te düzenlenen insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağı ile AİHS Madde 4'de düzenlenen kölelik-kulluk yasağını ihlal ettiğinin ileri sürüldüğü *Tremblay* vakasıdır. AİHM fihşis zorlamanın insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele yasağını ihlal edeceğini ilkesel bazda hükme bağlamakla birlikte, olayda resmî makamlar başvuruçudan fahişelik yapmasını talep etmedikleri ve başvuruçunun primleri ödemek için başka bir iş bulmasının önünde bir engel olmadığı için iddiaları benimsememiştir. Bkz. *Tremblay v. France*, App. No. 37194/02, Judgment of 11 September 2007.

(64) *Association of General Practitioners v. Denmark*, App. No. 12947/87, Admissibility Decision of 12 July 1989, para. 1 (*The Law*); *Stretch v. United Kingdom*, App. No. 44277/98, Judgment of 24 June 2003; *Asito v. Moldova*, App. No. 40663/98, Judgment of 8 November 2005, para. 60.

(59) Çalışma özgürlüğü bakımından nitekim, doktrinde Tanör, daha 1978'de, çalışma özgürlüğünün mülkiyet hakkı ile yakın ilişkisi nedeniyle ekonomik özgürlük olarak mütalaa edilmesi gerektiğini ileri sürmüştür. Bkz. *Anayasa Hukukunda Sosyal Haklar*, İstanbul, May Yay., Şubat 1978, sf: 99. Ayrıca bkz. Krzysztof Drzewicki, "The Right to Work and Rights in Work", *Economic, Social and Cultural Rights, Second Revised Edition*, ed: Asbjorn Eide, Catarina Krause, Allan Rosas, Martinus Nijhoff Publishers, London, 2001, sf: 223-243.

(60) Bu konuda bkz. Burak Gemalmaz, a.g.e., sf: 158-160, 172-174.

(61) *X. v. Austria*, App. No. 8346/78, Admissibility Decision of 6 March 1980, DR Vol. 19, sf: 230-231, özellikle 231 ("Taking into account of the specific restrictions which are normal in prison life and are recognised by the Convention (Article 5 (1) (a) and Article 4 (3) (a)), the Commission considers that a regulation according to which a part of the work remuneration of a prisoner shall be retained by the prison administration with a view to accumulating a small capital for his use after release is no doubt in accordance with the general interest. It does not appear that such a regulation interferes in any way with the substance of the prisoner's property rights. A right to payment of interest cannot be deduced from the provisions of the above Article.").

SONUÇ

AIHM'in *FC Mretebi v. Georgia* kararından hareketle AIHS özelinde UIHH açısından insan vücudunun hukuki statüsüne dair yapılan bu değerlendirmeler göstermektedir ki, insan vücudu ile emeği birbirinden ayırarak yapılan bir sınıflama daha elverişli bir koruma sağlayacaktır. Bu açıdan insan vücudu, başta AIHS'in özel yaşam hakkını koruyan 8. Maddesi çerçevesinde bir koruma göreceken, emek, mevcut içtihatlar bu konuda netlik içermese dahi, P1-1 mülkiyet hakkı çerçevesinde korunabilir.

Pozitif hukukun, hukuki dünyayı malvarlığı ve kişivarlığı olarak iki ana kategoriye ayırması ve bunları sözde farklı hukuki rejime ve kurallara tabi

kılması tümüyle yapaydır ve hukuken kişi sayılmayan kölelerin sömürülmesini meşrulaştırmak amacıyla kurgulanmıştır. Bu kurgu, cilalansa da, benzeri ayrımcı amaçlarla varlığını sürdürmektedir.

Her vücudun bir sahibi vardır ve bu malikin kim olduğu veya olabileceği tamamen belirli bir dönemde ve belirli bir yerde geçerli olan hukuk politikasının sonucunda belirlenmektedir. Ahlaki/felsefi ideal değerlerden beslenen fikirler ne tarihsel maddi veriler karşısında ne de hukuk kural ve kurumlarının analizi karşısında bir geçerlilik taşımaktadır. Üstelik, bütün insan hak ve özgürlüklerinin laik bir anlayışla etik temellendirilebilmesi, her bireyin kendine sahip olduğu kabulünü gerektirmektedir.

Hukuk ve Şiddetin "Hayaletimsi" Birlikteliğinin Benjaminsci Eleştirisi Üzerine Bir İnceleme

Kurtul GÜLENÇ*

Şiddet ve uygarlık arasındaki ilişki sıkça tartışılan bir konudur. Bu ilişkinin değerlendirilmesi uygarlığa bakış açısı ve onu oluşturan farklı öğelerin yorumlanması ile mümkün olabilmektedir. Bu değerlendirme türleri ise çok çeşitlidir. Bu çeşitlilik değişik, hatta çoğu zaman birbirlerine karşıt uygarlık kuramlarını doğurmuştur. Uygarlık kuramları, genellikle belirli bir uygarlığın ya da kültürün özelliklerini ortaya çıkarmayı, temel niteliklerini anlamayı ve o uygarlığın neden o şekilde geliştiğini, bunu nasıl gerçekleştirdiğini açıklamayı amaçlar (Imbusch 2000:91). Şiddet sorunu bağlamında düşündüğümüzde Batı uygarlığını/moderniteyi inceleyen uygarlık kuramları arasında en çok benimsenen görüşlerden biri, şiddeti, zamana bağımlı, gelişim sürecinde önemi ve boyutu azalan, modernite öncesine ait bir fenomen olarak gören yaklaşımdır (Imbusch 2000: 92). Bu yaklaşımın temel savı şudur: Uygarlık geliştikçe, yani modernleşme sürecinde ilerleme kaydedildikçe insan doğasındaki saldırganlık duyguları kontrol altında tutularak engellenecektir. Bu teoride insan doğasındaki saldırganlık duygularının ve şiddet eğilimlerinin/davranışlarının engellenme sürecinin kaynağı bir yandan toplumsal işbölümü öte yandan devletin denetim ve yaptırım gücünün merkezileşmesi ve tekelleşmesi olarak kabul edilir (Imbusch 2000: 97). Bu uygarlık kuramı savu-

nucularına göre devletin bir şiddet tekeli olarak ortaya çıkışıyla birlikte, şiddet kontrol edilebilen ve etkin bir şekilde sınırlandırılabilen bir olguya dönüşecektir. Şiddet-uygarlık ilişkisini insan doğası ekseninde irdeleyen bu yaklaşımda temel olan, şiddetin kendisi değil, denetlenme biçimidir. Bu denetim görevi ise devlete aittir. Devlet, şiddetin tekeldir. Devlet, bu rolünü gerçekleştirirken hukuku kullanır. Devlet eliyle gerçekleşen kontrolün ve sınırlandırmanın temel aracı hukuktur. Burada paradoksal bir durum vardır. Hukuk, şiddetin bireysel ve keyfi kullanımını yasaklamaya çalışırken, kendisini şiddet yoluyla, şiddete başvurarak kurmaya çalışır. Yani şiddeti kontrol altına alarak engellemeye çalışan temel kurum gücünü şiddetten almaktadır. Dolayısıyla şiddet, hukukun kendisini kurumsallaştırma aşamasında, hukuka, böylelikle de temel formunu hukuktan alan modern devlete/uygarlığa içsel bir olguya dönüşür. Hukuk ve şiddet dolayımı öylesine "hayaletimsi" bir kombinasyon içine girer ki, devlet aygıtı, "şiddete başvurma hakkını", kendi var oluşuna içselleşmiş bir şekilde bulur (Kardeş 2007:3).

Çalışmadaki amacım bu paradoksal durumu eleştirmektir. Bu eleştiri Walter Benjamin'in *Şiddetin Eleştirisi* (1921) adlı metninden hareketle gerçekleştirilecektir. Benjamin, bu metninde, şiddeti;

(* Maltepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Elemanı)

hukuk ve adaletle ilişkisi üzerinden incelemektedir. Ona göre şiddetin eleştirisi onun tarihinin felsefesidir çünkü ancak şiddetin gelişimi düşüncesi, şiddetin zamansal verilerine eleştirel, ayrıştırıcı ve kararlı bir biçimde yaklaşma olanağı verir (Benjamin 2005: 123).

Benjamin'in şiddet eleştirisinde benimsediği yaklaşım eleştirel bir yaklaşımdır. Bu eleştirel perspektifin amacı "historisist" anlayıştan beslenen "geleceksef" siyaset felsefesi çizgisini altüst etmektir. Geleneksel siyaset anlayışının historisist karakterinden anlamamız gereken özellikler ise şöyle sıralanabilir:

1. Tarih içinde gerçekleşen olayların çıkıntılı noktalarını törpüleyerek yumuşatmak ve onları dolaylı ya da doğrudan resmi tarihe eklemek,

2. Tarihsel ürünleri doğallaştırarak onları tarih-üstü kılmak,

3. Böylelikle mevcut iktidar ve güç ilişkilerini sürekli yeniden üretmek muhalif hareketleri engellemek.

Historisist yaklaşımın üç temel özelliğinden beslenen geleneksel siyaset felsefesi ilerlemeci uygarlık kuramıyla da uyum içindedir. Benjamin'e göre ilerlemeci uygarlık kuramını ve bu kuramın şiddet kavramsallaştırmasını; aynı zamanda geleneksel siyaset felsefesinin hukukla kurduğu ilişkiyi belirleyen üç temel madde vardır:

1. (Historisist anlayışa uygun olarak) Tarihi ilerlemeci bir şekilde ele almak,

2. Bu ilerlemeci eksen çerçevesinde kalarak şiddetin neliğini değil sadece şiddetin denetlenme biçimini incelemek,

3. Böylelikle şiddet ve hukuku birbirine zıt, birbirinden tamamen ayrı iki

fenomen olarak görerek hukuk, şiddet ve iktidar arasında ilişki kurmamak.

Bu üç maddenin eleştirisi üzerinden fikirlerini teorize eden Benjamin, tarihte ezilenlerin yanında yer alarak ezen-ezilen ayrımını üreten tahakkümcü toplumsal yapıyı sorgular. Bu soruşturma aracılığıyla bu tahakkümü yaratan ve sürekli yeniden üreten ideolojik yapıların açığa çıkarılması hedeflenir ve bu yolla toplumsal kurtuluşun sağlanması amaçlanır. Şimdi bu üç noktayı kısaca açalım ve Benjamin'in eleştirilerini ele alalım.

İlk madde tarih felsefesi bağlamında ele alınabilir. Bu sav, tarihi, ilerleme ve gerileme kategorilerinden hareketle değerlendirmektedir. Bu değerlendirme türüne göre tarihin zamansal açıdan ilerlemesi olgusal ilerlemeyi beraberinde getirmektedir. Başka bir deyişle tarih, bir bakıma hep daha iyi ve ileri olana doğru yol almaktadır. Zaman ilerledikçe insanlık hep daha ileri bir aşamaya sıçrayacaktır. Böyle bir perspektif evrensel tarih anlayışının amacına yönelmektedir. Evrensel tarih anlayışı tarihin içine birtakım evrensel gizil anlamlar yerleştirerek somut ilişkileri dikkate almaz. Somut ilişkileri dışlayan evrensel tarih görüşü, ilerleme idesini, tarihin gidişatını belirleyen bir öz olarak görme eğilimindedir. Benjamin'in tarih kavramıyla ilgili yazılarında sıkça eleştirisini yönelttiği historisist yaklaşım da evrensel tarih amacına yönelik her tür tarih anlayışını ve yazıcılığını içinde barındırmaktadır. *Tarih Kavramı Üzerine* metninin on yedinci tezinde Benjamin şöyle söyler: "*Historisizm eninde sonunda evrensel tarihe varır. Maddeci tarih yazımının yöntem açısından belki de en belirgin biçimde ayrıldığı anlayıştır*

evrensel tarih. Kuramsal donanından yoksundur. Yöntemi bir toplama işleminden ibarettir; homojen ve boş zamanı doldurabilmek için olgu yığınları devşirir (2001: 48)." Burada açıktır ki Benjamin evrenselci tarih anlayışıyla maddeci tarih anlayışını birbirinden ayırmaktadır. Evrensel tarih anlayışı şu şekilde özetlenebilir: Tarih, felsefi olarak geleneksel anlamda doxa, gelip geçici olan, günlük yaşantının profanlaşmış görüntülerinin zemini (Erdağı&Diğer 2007: 174). Dolayısıyla böyle bir alanda bilimsel ölçütlerle birtakım çalışmalar yapabilmek çok zor gözükmektedir. Hatta tarih, tek başına kesinlikten ve nesnellikten söz edilemeyecek bir alanı işaret eder (Erdağı&Diğer 2007: 174). "*Teklerle, gelip geçici olanlarla dolu bir alanın felsefi ve bilimsel bir incelemesinin yapılabilmesinin yolu o alanı kimi evrensel amaçlar ve anlamlarla yeniden inşa etmektir. O halde tarih, kendisini bir nesnelleşme mantığının ifadesi altında anlam arayışına bırakmalıdır (Erdağı&Diğer 2007: 174).*" Benjamin'e göre bu türden bir tarih anlayışı ve bu anlayış ekseninde gerçekleştirilen tarih yazıcılığı sorunludur çünkü bu yaklaşım insan dünyasının ilişkilerinin kuruculuğunu göz ardı etmektedir (Erdağı&Diğer 2007: 174). Evrensel tarih amacına yönelik tarih yazıcılığı insan dünyasının ilişkilerinin düzenleyiciliğini ele almakta fakat o

ilişkilerin kuruculuğunu görmezden gelmektedir. Oysa maddeci tarih anlayışı deneyimi dışlamaz. Bilginin tek ve sürekli çokluğu³ ve yaşanmış benzerlikler⁴ olarak deneyim, maddeci tarih anlayışında tarihin içine yeniden sokulur.⁵ Maddeci tarih anlayışı evrensel tarih adına günlük hayatın içinde öznel deneyimlerini feda etmeyen tarih anlayışıdır. Evrensel tarih anlayışında bu tür deneyimler ya doğrudan evrensel tarihe bağlanarak *bütün* içinde eritilir ya da *anlam* için evrenselin sürekliliğine ve kesinliğine feda edilir. Bu anlayışın farklı örnekleri felsefe tarihinde mevcuttur. *On dokuzuncu yüzyılın kimi tarih filozoflarınınca gündelik hayat bağlamında tarihin anlamı ancak metafiziğin boyunduruğunda var olabilmıştır. "Evrensel tarih anlayışlarının genel niteliği işte tam da bu yüzden "homojen" ve "boş zaman" formları ile "ilerletmek"tedir (Erdağı&Diğer 2007: 174).*" Oysa maddeci tarih anlayışı deneyimi dolayısıyla yaşamı dışlamaz. Tarihsel olan deneyim bu yaklaşımda hem kurucu hem de düzenleyici bir role sahiptir. Maddeci tarih yazıcısına göre, historisist, deneyimin "*kurucu*" olma özelliğini ya görmezden gelir ya da bu rolü düzenleyiciliğe indirgeyerek evrensel anlamlar uğruna tarihi deneyimsizleştirir, dolayısıyla bir başka deyişle tarihi tarihsizleştirir.

(2) "Kurucu" olma özelliği Benjamin tarafından şiddete de atfedilmektedir.

(3) Benjamin 1918 yılında kaleme aldığı *Gelecek Felsefesinin Programı Üzerine* adlı denemesinde deneyimi bu şekilde tanımlar.

(4) Deneyim başlıklı kısa notunda ise deneyimin tanımı bu şekilde yazmıştır.

(5) Maddeci tarih anlayışı en özlü ifadesini Benjamin'in altıncı tezinde bulur. Altıncı tez: "Geçmiş tarihî olarak kurmak 'onu gerçekten olmuş gibi' tanımak değil, tehlike anında birden parlayıveren anıyı ele geçirmektir. Tarihsel maddeciğin meselesi, tehlike anında tarihsel öznenin karşısında beklenmedik bir şekilde beliriveren geçmiş imgesini alıkoymaktır. Geleceğin hem kendi varlığı, hem de onu devralanlar tehlikeyedir. Her ikisi de aynı tehdit altındadır: Hâkim sınıfların aleti durumuna düşmek. Geleceği, onu hükümlü alına almak üzere olan konformizmin elinden çıkıp almak, her dönemde yeni baştan girilmesi gereken çabadır. Mesih sadece kurtarıcı olarak değil, aynı zamanda Deccal'e boyun eğdirmek üzere gelir. Düşman kazanacak olursa, ölümler bile payını alacak bundan. Ancak bu endişeyi içinde duyan tarihçi, geçmişteki unut kıvılcıklarını alevlendirme yetisine sahiptir. Ve düşman kazanmaya devam ediyor hâlâ (2001: 41-42)."

(1) Benjamin'in bu metni, literatürde, Hannah Arendt'in derlediği *Illuminations* içinde kullanılan başlıkla da anılmaktadır: *Tarih Felsefesi Üzerine Tezler*.

İkinci maddeye yönelirsek: şiddetin sadece denetlenme biçiminin sorgulanması bir bakıma onun neliliğinin gerçek anlamda sorgulanmaması demektir. Dolayısıyla, şiddet, bu türden bir yaklaşımda doğrudan ele alın(a)maz. Zaten bu bakış açısında böyle bir çabaya da ihtiyaç yoktur. Önemli olan şiddetin kontrol edilebilir olup olmadığı sorunudur. Bu soru da şiddetin hangi durumlarda kullanılabilir olup olmadığı sorusunu gündeme taşır. Bu aşamada şiddet hukukla ilişkilendirilerek tartışılmaktadır; çünkü modern zamanlarda şiddetin engellenme/kullanılma sürecini yönetecek yapı hukuktur. Eğer hukuksal süreçlerde adil/haklı amaçlar bağlamında bu sorun ele alınırsa, şiddetin hangi durumlarda kullanım alanı bulabileceğine dair sorunun da yanıtı verilmiş olacaktır. Özellikle hukuk-şiddet ilişkisinde bu sorunun yanıtlanması şarttır. Bu da bize, bu yaklaşım çerçevesinde şiddetin araç-amaç ilişkisi açısından ele alındığını ve çoğu zaman araçsal değerlendirildiğini göstermektedir.

"Hukuk, modern tanımıyla, doğal ya da pozitif hukuk anlayışlarında, ortak bir unsur üzerinden işler: "Birey" kavramı üzerinden (Kardeş 2007:2)." Birey, bu tartışmalarda haklar ile ilişkilendirilir. Bu da bir başka kavramın, "özgürlük"

kavramının tartışılmasını beraberinde getirir; çünkü özellikle liberal devlet kuramında bütün özgürlüklerin ölçüsü bireye verilen haklar olarak karşımıza çıkar. Modern hukuk anlayışı, öncelikli olarak kendi adalet anlayışını bu özgürlük ölçüsü üzerinden temellendirir (Kardeş 2007:2).

Benjamin'e göre bireysel hakların savunuculuğunu üstlenen modern hukuk, kendisini temellendirmek için şiddete başvurmaktadır. "Modern hukuk sistemi, şiddeti, "haklı" ya da "haksız" olduğu iddia edilen amaçlara yönelik bir araç olarak kullanır (Kardeş 2007:2)." Benjamin, bu meseleyi araç-amaç ilişkisi üzerinden ele alarak incelemeye başlar. Benjamin'in meseleye bu şekilde yaklaşmasındaki ana neden hukuki alanda şiddetin araçsal niteliğinin değil, şiddetin kendisinin ne olduğunu saptamaya yönelik bir girişimi sahiplenmesidir. Benjamin'e göre liberal kuramın şiddete yaklaşımı, onu ele alış biçimi ve değerlendirmesi oldukça yüzeyseldir. Şüphesiz ki şiddetin hangi amaç çerçevesinde, ne için ve ne uğruna kullanıldığı tartışması önemsiz bir tartışma değildir. Ancak bu tartışma şiddeti değerlendirirken bize sağlam bir ölçüt sunma konusunda yardımcı olamaz. Benjamin böyle bir tartışmanın bize çok da

yardımcı olamayacağını hukuk-şiddet ilişkisini irdelerken açıkça gösterir. Ona göre hukuk sistemi içindeki en temel ilişki, amaç-araç ilişkisidir ve şiddet, ancak araçlar âleminde aranabilir (Benjamin 2005: 101). Eğer şiddet bir araçsa, bu aracın kendisi için amaçlar düzleminde bir ölçüt var mıdır sorusuna, hukuksal zeminde verilen yanıt şudur: "bu ölçüt kendisini verili bir durumda adil olan-adil olmayan ikileminde açmaktadır". Oysa Benjamin'e göre bu yanıtta sunulan ölçüt şiddetin kendisi için değil, yalnızca şiddetin kullanıldığı durumlar için geçerli olabilecek bir ölçüttür. Bu bağlamda bir ilke olarak şiddetin, adil amaçlar için bile bir araç olup olamayacağı sorusunun yanıtı belirsiz kalacaktır (Benjamin 2005: 101). Bu belirsizliği giderebilmek için Benjamin yeniden dikkatini amaçlar dünyasından araçlar dünyasına yönlendirir. O halde, ölçüt araçlar dünyasında aranacaktır. Bu yüzden, Benjamin, *Şiddetin Eleştirisi*'nde amaçlar dünyasını ve dolayısıyla adalet ölçütü sorusunu dışarıda bırakır. Çalışmasının temel sorunu şiddeti oluşturan belli başlı araçların meşrulaştırılmasına ilişkindir (2005: 103) ve ona göre ancak bu yolla şiddetin kendisinin ne olduğuna yönelik ciddi bir çaba ortaya çıkabilir.

Benjamin bu çabasında kuramsal açıdan birbirine çoğu zaman zıt gibi görünen iki hukuk geleneğinin şiddet kavramsallaştırmalarını değerlendirerek bu iki bakış açısını aynı çatı altına yerleştirir. Doğal ve pozitif hukuk anlayışları Benjamin'e göre aynı denize akan iki nehir gibidir. "Doğal hukukun bakış açısına göre şiddet tıpkı işlenmiş maden gibi doğanın bir ürünüdür ve güç kötüyü kullanılıp adil olmayan amaçlara hizmet etmediği sürece kullanılını hiçbir sorun doğurmaz (Benjamin 2005: 102)." Şiddeti tarihin bir ürünü

olarak gören pozitif hukuk anlayışına şiddeti doğal bir olgu sayan doğal hukuk tezinin karşısında yer alır (Benjamin 2005: 102). Bu iki hukuk okulunun Benjamin'e göre ortak özelliği şiddeti araçsallaştırmasıdır. "Haklı amaçlara meşru araçlarla varılır" söylemi "haklı amaçlara ulaşmak için meşru araçlar kullanılır" söylemine kolaylıkla eklenilebilir. Doğal hukuk amaçların adillliği aracılığıyla araçlarını meşru kılmaya çalışırken, pozitif hukuk araçların meşru kılınması aracılığıyla adillliğini sağlama alma arayışı içindedir (Benjamin 2005: 102). Benjamin, bize haklı amaçlar ve meşru kılınan araçların mevcudiyetlerinin, birbirlerine referans verilerek açıklanması girişiminin döngüsellikini gösterir (Kardeş 2007: 2).

Benjamin'e göre şiddetin eleştirisi bu döngüsellik içinde kalınarak yapılamaz. Bu eleştiri için, Benjamin, hem pozitif hukuk felsefesinin hem de doğal hukukun dışında bir yerde durmanın yolunu araştırır. Şiddetin eleştirisi bizzat şiddetin hukuk tarafından nasıl içselleştirildiği sorusuyla ele alınmalıdır. Bu nedenle, Benjamin, şiddetin farklı işlevleri üzerine eğilir. Şiddetin farklı işlevleri üzerine düşünmek hukuk-şiddet-iktidar ilişkisi üzerine düşündürmektir. Yukarıda saydığımız üç maddenin sonuncusuna işaret eden bu düşünüş aşamasında, Benjamin, şiddetin değişik rollerini tespit edebilmek için şiddetin, hangi işlevi sayesinde hukuk karşısında böylesine büyük bir tehdit olarak algılandığını sorar (2005: 105). Benjamin'e göre bu sorunun yanıtı ancak ve ancak hukuk sisteminde şiddet uygulamalarının meşru sayıldığı ve bu uygulamalara yasal kuramlarla izin verilen durumlara bakılarak verilebilir. Bu da şiddetin işlevlerinin anlaşılabilmesi için gerekli ve eşit olmayan bir incelemedir.

(6) Liberal kuramda birey ve özgürlük ile ilgili belirlenen ölçütler özgürlüğün pozitif tanımından ziyade negatif tanımla uyum içindedir. Negatif özgürlük anlayışı, özgürlüğün anlamını tersi üzerinden tanımlar; buna göre özgürlük kısıtlamaların olmama durumudur, öte yandan, pozitif özgürlük anlayışına göre, özgürlük belirli koşulların gerçekleştiği bir duruma/süreçe işaret eder (Siliyer 2003: 51). Negatif özgürlük anlayışının temel amacı, özgür eylemi sınırlayabilecek engelleri ortaya çıkarmaktır. Böylelikle bu engellerin ne türden engeller olduğu saptanabilir ve bu engellerin liberal devlet kuramı perspektifini çizdiği sınırlarla uyum sağlayarak belirlenebilir. Bu belirlenimin temel yönelimi özellikle modern liberal devlet kuramının çizmiş olduğu yurttaşlık tanımının sınırları çerçevesinde vatandaşlık haklarının güvence altına alınmasıdır. Negatif özgürlük anlayışı özgürlük kavramının tanımlanması açısından kanımca yeterli değildir. Negatif özgürlüğün yeterli olmamasının iki nedeninden söz edilebilir. Negatif özgürlük anlayışının perspektifi özgürlük kavramını tanımlayabilmek için yeterli kadar geniş bir perspektif değildir. Bu bakış açısı eylem analizini titizlikle yürütse de eylemi kısıtlayıcı etmenleri çok dar bir biçimde ele alır. Örneğin özgür eylemin yalnızca dışsal yasaklarla veya diğer kişilerin müdahaleleri tarafından kısıtlanabileceğini savunduğu için, içsel ve toplumsal kısıtlamaları gözden kaçırmaz (Siliyer 2003: 53). Daha açık ifade edecek olursak parasızlık nedeniyle ilaç alamayan bir kişi, hiç kimse onun ilaç almasına karışmadığı ve otoriteler bunu yasaklamadığı için ilaç alabilme özgürlüğüne sahiptir (Siliyer 2003: 53-54). İkinci olarak, negatif özgürlük anlayışının analiz merkezi eylem özgürlüğü olduğundan dolayı, bu anlayış özgür insan kavramının içeriğini belirlemekle güçlük çeker (Siliyer 2003: 52).

Bu incelemenin sonucunda Benjamin şiddetin ikili anlamı olduğu tespitini yapar: *Yasakoyucu şiddet ve yasakoyucu şiddet olmak üzere şiddetin birbirini tamamlayan ve birbiriyle iç içe geçen iki görünüşü vardır.* Bu iki görünüşten ilki iktidarı kurmakta, ikincisi ise iktidarı korumaktadır. Her kurma ve koruma çabası bir yeniden üretme çabasına karşılık gelmektedir. Benjamin, tarih anlayışında olduğu gibi "*kurucu*" olma niteliğinin önemini şiddet eleştirisinde de vurgular ve şiddetin kurucu rolünün yeniden araştırılmasını talep eder. Benjamin açısından şiddetin eleştirisinin ele alınışı onun yıkıcılığı üzerinden değil, kuruculuğu üzerinden olmalıdır. Onun kurucu olma niteliği hukuk-şiddet ilişkisinde yasakoyucu olma işleviyle örtüşmektedir. Devlet de şiddetin yasakoyucu niteliğinin farkındadır. Zaten bu farkındalık yüzünden devlet, şiddetten ürkmektedir. Devlet, şiddetin yasakoyuculuk özelliğini çok iyi bildiğinden "*iktidar-dışı*" her zaman devlet için bir tehdit oluşturmaktadır. Bu tehdit aşamasındaysa yasakoyucu şiddet devreye girer. Tehdide karşı açığa çıkan yasakoyucu şiddetin kendisi tehdit unsuru oluşturmaktadır (Benjamin 2005: 109). Yasakoyucu şiddet, yasakoyucu şiddete eklenilerek iktidarı

yeniden üretimini sağlamak için kullanılır. Devlet, şiddetin tekeli olan hukuk aracılığıyla "*iktidar-dışı*" sürekli kontrol altında tutmak ister. Bu nedenle de elindeki iktidarı sürekli pratik eder. Bu onun varoluşunu sağlayan güçtür. Aslında kontrol altında tutmak istediği kendi kullanım alanı dışında kalmış olan bireylerin tasarrufları altındaki şiddettir (Kardeş 2007: 3).

Devletin iktidarını sürekli pratik etmesi, bireylerin tasarrufları altındaki şiddeti denetleme çabası, devletin sürekli bireyler şiddet uyguladığı anlamına gelmez.⁸ Tam tersine bireyler de bu iktidarı yeniden üretimine zaman zaman ortak olmaktadır. Hatta devlet bu iktidar pratiklerini kimi zaman muhalif hareketleri kullanarak gerçekleştirmektedir. Benjamin'in bu konu hakkında verdiği en açık örnek grev örneğidir.

Grev, hukuk devletlerinde öznelere tanınmış bir haktır. Şiddet tekeli ve hukukun kaynağı olarak devlet aygıtı, öznelere bu hakkı kendi hukuksal sınırları çerçevesinde ve onun garantisini altında tutar. "*Grev, bir hukukun uygulanması durumudur* (Kardeş 2007: 3)." Böylelikle grevin varlığı şiddetin kullanımını yalnızca devletin elinde tutmakla kurtarır (Erdağı&Diğer 2007: 177),

(7) Benjamin, bu iki şiddet türünün en açık ilâdesinin polis figüründe belirdiğini söyler. Modern hukukun hem yasakoyucu hem de yasakoyucu şiddet sarmalının görülebileceği en iyi figürdür polis figürü. Polis, hem yasakoyucu hem de yasakoyucu şiddete hâkimdir. "Yasakoyucudur, çünkü polisin karakteristik işlevi yasaların beyanı değil tüm hükümler için yasal hak iddiasında bulunmasıdır, aynı zamanda yasakoyucudur, çünkü bu amaçların hizmetindedir (Benjamin 2005: 111)." Bu iki şiddet görünüşüne aynı anda vakıf olması iki şiddet türü arasındaki ayrımı askıya almasını da mümkün kılar. Böylece, "polis, herhangi bir hukuksal durumun söz konusu olmaması sayısız olayda, "güvenlik nedeniyle" kendi başına müdahalelerde bulunur, yönetmeliklerle idare edilen yaşamı boyunca yurttaşın sırtına yük olmayı ya da basitçe onu denetlemeyi sürdürür (2005: 111)."

(8) Bu da şüphe yok ki Benjamin için liberal demokrasilerde uygulanan şiddet türünün totaliter rejimlerdeki kıyasla daha az yıkıcı ve tercih edilebilir olduğu anlamına gelmiyor. Öyle ki Benjamin'e göre totaliter rejimlerde baskı ve şiddet mekanizmaları açıkta olduğundan direnme odaklarının ortaya çıkması daha kolay olacaktır çünkü bir diktatörlük rejiminde şiddet açıktır, görünürdür. Oysa liberal demokrasilerde şiddet açıkta değildir, gizlidir, kayıptır. Üstelik mevcut sistem bireylerin özgür oldukları yanılsamasını sürekli aşılamaktadır. Bu nedenle sistem-karşıtı müdahale mekanizmalarının ve muhalefet olanaklarının örgütlenmesi bu tür toplumlarda çok daha zor bir süreçtir. Şiddet, Batılı liberal demokrasilerde esteteze olduğundan tüm muhalif hareketler görünmez bir el aracılığıyla sistemin sınırlarına sürekli dahil edilmekte ve mevcut hukuk sınırları, böylelikle de şiddet biçimleri yeniden üretilmektedir.

bu hakkı organize işgücüne de sunar. Benjamin'e göre "*hukuk sisteminde devlet dışında şiddet uygulamalarına izin verilen tek alan organize işgücüdür. Şiddet uygulaması sınıf çatışmasında emekçilerin anayasal grev hakkı formunu almıştır* (2005: 105)." Yalnız, grevde kullanılan şiddet pratiği bireylerin tasarruflarında olan doğal bir şiddet pratiği değil, onların doğal şiddetlerini terbiye edecekleri bir pratik olarak belirlemektedir. Bu pratik aracılığıyla da mevcut normlar yeniden üretilmektedir. Üstelik bu yeniden üretim süreci muhalif kesimler (emekçiler) üzerinden gerçekleşir.

Bu konuyu daha açık ifade etmeye çalışan Benjamin, George Sorel'in *Şiddet Üzerine Düşünceler* (1908) adlı çalışmadaki "*siyasi grev*" ve "*proleter genel grev*" ayrımına başvurur. Benjamin, Sorel'in yapmış olduğu ayrım üzerinden şiddetin sınıf çatışmalarındaki belirleyici rolü hakkında bütünsel bir yaklaşımı yakalamayı amaçlar. Siyasi grev, hukuk sisteminin bir uzantısıdır. Ezilenlerin yaratması gereken *istisna* hali bu türden bir grevde *kurala dönüşür*. Kuralın sınırlarını belirleyen ise mevcut hukuksal yapıdır. Dolayısıyla siyasi grev devletin düzenlenmesine yönelerek şiddet tekelinin gücünün meşrulaştırılmasına katkıda bulunur. "*Bu yolla siyasi grev hukuk-şiddet sarmalını yenisinden üretirken, bu hayaletimsi yapının yeniden üretilmesine yardımcı olur* (Kardeş 2007:4)." Proleter genel grev ise siyasi grevin zıttı konumundadır. Mevcut durumu pekiştirmeyi değil yıkmayı amaçlar (Benjamin 2005:106). İkinci tür grevin bakış açısı şiddet tekelinin hukuki iradesinin bakış açısına karşıttır. Bu karşıtlığın nedeni proleter grevin devletin yok edilmesine yönelmesi ve kurulu iktidar pratiğinin sorgulamasını yürürlükte olan hukuku yıkarak yapmaya çalışmasıdır.

Buraya kadar söylediklerimizi toparlayacak olursak, Benjamin'in eleştirel perspektifinde ilerlemeci uygarlık kuramına karşı öne sürülen üç temel özellik şöyle sıralanabilir:

1. İlerlemeci uygarlık kuramının yaslandığı evrensel amaç ve anlamlar çerçevesinde kurulan tarih felsefesine alternatif tarihsel maddeci bir tarih anlayışı benimsemek,

2. Şiddetin sadece denetlenme biçiminin soruşturmasını yeterli bulmayarak onun neliğini sorgulamak; böylelikle doğal/pozitif hukuk ikileminden çıkışın yollarını düşünebilmek ve şiddetin ne amaçlar ne de araçlar için meşru kılınmayacağı alternatif bir hukuk sistemi üretebilmek,

3. Mevcut sistemde şiddet ve hukuk fenomenlerini zıt ve apayrı şeylermiş gibi görmeden bu ikilinin yaratmış olduğu sarmalın farkında olmak ve bu farkındalık bağlamında hukuk-şiddet-iktidar ilişkisi üzerine yeniden düşünmek.

Sonuç olarak, hukuk çoğu zaman iddia edildiği gibi şiddeti dışlamaz. Dışlamak şöyle dursun, şiddet, hukukun varlığını kurumsallaştırır, hukuka şekil verir. Hukuk da varlığını bir bakıma borçlu olduğu şiddete vefasız davranmaz ve onu kendi içinde barındırarak sürekli yeniden üretilebilmesinin olanaklarını oluşturur. Peki, bu ilişkiler ağını tarihsel maddeci bir perspektiften değerlendirdiğimizde başka bir olasılık, şiddet dışı bir çözüm olanaklı mıdır? "*Benjamin'e göre medeni bir görüşün katıksız uzlaşma araçlarının kullanımına izin verdiği her yerde şiddet dışı uzlaşma olanaklıdır* (2005:113)." Yasal ve yasadışı her tür şiddet aracının karşısına, katıksız araçlar olarak, şiddet dışı alternatifler konabilir. Saygı, duygudaşlık, barışçılık, güven vb. onların öznel koşullarıdır

(2005:113). Bu öznel koşulların beslediği şiddet dışı alternatiflerden önde geleni müzakeredir (2005:113). Müzaker alanı yalnızca şiddet dışı uzlaşımın olanağını değil, ilkesel olarak şiddetin dışarıda bırakılmasının açıkça beyan edilmesinin olanağını da sunmaktadır. Bu alanda belirleyici olan anlama ve dildir (2005:114). Dolayısıyla, Benjamin'in, şiddetin ne araçlar ne de amaçlar için meşru kılınmayacağı bir bölge olarak önerdiği alternatif hukuk sistemi anlamaya ve dili kavramaya dayalı bir uzlaşım bölgesini gerektirmektedir. Uzlaşım dayanan bu sistem en çok adalet kavramı için zorunludur çünkü Benjamin'e göre hukuk ve şiddet sarmalı en çok adalet kavramını aşındırmaktadır. "Şiddetin kullanımı bireyler üzerinde felâkete yol açarken, hukuk, şiddete başvurmadağı durumlarda bile politik özneleri pusuya düşürmekte ve aynı felâketi daha yoğunluklu olarak yeniden üretmektedir (Kardeş 2007:5)." Devrimci eleştirel siyasetin görevlerinden biri de geleneksel siyaset anlayışını altüst ederken bu yıkıcı mekanizmanın eleştirisini sunmaktır.

Bu eleştiri ancak ezilenlerin yaşamaları/deneyimleri ile ilişkisi bağlamında gerçekleşirse alternatif eleştirel bir siyaset anlayışı örülebilir. Ezilenlerin kendi geleneklerini yaratması eleştirel siyasal perspektifin ilk adımıdır. Bu yaratıcılık, ezilenlerin kendi istisna halini yaratmasıdır. İstisna hali kural halinin dışına çıkma, törpülenmeyecek mevcut hukuk sisteminin ötekileştirdiklerinin ve dışladıklarının tarih sahnesine çıkmasıdır. Böylelikle dışlananların kendi varoluşlarını politik olarak kurmalarının yolu açılabilir. Ancak böyle bir politik yönelimde istisna halinin yaratılmasının olanakları açığa çıkabilir. Benjamin'e göre gerçek bir istisna hali

ve muhalif bir siyaset, bu istisna halini kendine yontup onu kural haline getirmeye çalışmakla değil ama şiddet yüklü hukuki alana kendi varoluşunu hatırlatmak ve onu askıya almakla mümkündür (Kardeş 2007:4). Hâkim hukuk pratiği, bu istisnayı sürekli kendi sınırlarının içine çekmeye çalışır. Mevcut düzende eğer sıra dışı bir durum olacaksa, onun sınırlarına da ezenler karar vermek ister. Benjamin ezenlerin bu oyununu bozmayı önerir. Benjamin'in *Tarih Kavramı Üzerine* metninin sekizinci tezinde vurguladığı gibi; "Ezilenlerin geleneği gösteriyor ki, içinde yaşadığımız 'olağanüstü hâl' istisna değil, kuraldır. Buna denk düşen bir tarih anlayışına ulaşmak zorundayız. O zaman açıkça göreceğiz ki, gerçek olağanüstü hâli yaratmak bize düşen görevdir (2001:43)." Bu görevin gerçekleştirilebilmesi için yapılması gereken tarihsel maddeci bir tavırla tarihin havını tersine taramak, bir başka deyişle aynı zamanda birer barbarlık belgesi olan kültür ürünlerinin oluşumunda yer alan adı sanı bilinmeyen insanların külfetlerini hatırlamak, onları açığa çıkarmaktır (Erdağı & Dinçer 2007:180). Böyle bir tarih anlayışıyla hareket ettiğimizde yirminci yüzyılda yaşanmış ve dünyanın farklı coğrafyalarında yaşanmakta olan acı deneyimleri ilerleme kategorisi altına yerleştirerek değerlendirmeyiz ve aynı zamanda yaşananların hâlâ bu çağda nasıl mümkün olduğuna şaşırabiliriz.

KAYNAKÇA

- Benjamin, W. (2001) "Tarih Kavramı Üzerine", *Son Bakışta Aşk* içinde, der. N. Gürbilek, İstanbul: Metis, s. 39-49.
- Benjamin, W. (2005) "Şiddetin Eleştirisi", *Benjamin* içinde, çev. E. Efe

Çakmak, der. Besim F. Dellaloğlu, İstanbul: Say Yayınları, s. 101-124.

• Erdağı B., Dinçer M. E. (2007) "Benjamin, Tarih (Felsefesi) Üzerine Tezler ve Tarih Yazımı", *Praksis*, sayı: 17 (kış), s. 173-192.

• Imbusch, P. (2000) "Uygarlık Kuramları ve Şiddet Sorunu", çev. Ender Ateşman, *Toplum ve Bilim*, sayı: 84, s. 91-111.

• Kardeş, M. E. (2007) *W. Benjamin'de Politika, Hukuk ve Şiddet İlişkisi*, Kocaeli Üniversitesi Uluslararası Felsefe Günleri, "Şiddet" Sempozyumu, yayımlanmamış sunum.

• Silier, Y. (2003) "İki Özgürlük Anlayışı", *Felsefe Tartışmaları*, sayı: 31, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayınları.

İnsan Haklarının Filozofik Temelleri

Ahmet GÜRBÜZ*

I- GİRİŞ

Felsefe/filozofi, varlığın sorgulanmasının insani ve objektif yönteminin adıdır. Daha geniş ve genel olarak kabul edilen bir anlatımla felsefe; fiziksel ya da fizikötesi varlığın tümel olarak ne olduğunun (ontoloji/varlık kuramı), ona ilişkin bilginin (epistemoloji/bilgi kuramı) ve nesnellüğünün yani genel geçerliliğinin (aksiyoloji/değer kuramı) sorgulanıp açıklığa kavuşturulması ve yaşamsal olarak işlevselleştirilmesi yönünde insani bir çaba içerisinde bulunulmasını ifade eder. 'İnsan Haklarının Filozofik Temelleri' de, bu anlatıma paralel olarak, insan haklarının ne olduğunun, ne anlama geldiğinin, temelindeki bilinç ve inancın, nesnel ve genel geçerli evrensel bir dayanağı bulunup bulunmadığının kritik edilerek açığa kavuşturulmasını kapsar. Bu çerçevede konuya ilişkin temel kavramların açıklanması, insan hakları yaklaşımına ilişkin kadim insanlık inancının tesbit edilip vurgulanması ve son olarak insan hakları anlayışını olumlu ve olumsuz yönde etkileyen faktörlere değinilmesi gerekir.

II- ETİMOLOJİK AÇILIM:

'İNSAN', 'HAK' VE

'İNSAN HAKLARI' KAVRAMLARI ÜZERİNE

A- İnsan

İnsanlık ve felsefe tarihinde "insan" kavramı üzerine çok şey söylenmiştir; onun 'toplumsal' yönüne işaret edildiği gibi, bazen de 'düşünen', 'başkaldıran' vb. bir varlık olduğu hususlarına dikkat çekilmiştir. 'Bilmek' ya da kadim söylemle 'kendini bilmek', bu bağlamda 'insan'ın en önemli ve değerli varoluş nedeni/amacı olarak sunulabilir. Kendini bilmeyen ya da bilinmeyen bir varlık, varlık kavramının özüne yabancı kalır.¹ "Kendini bil" buyruğu bir anlamda tüm insanlık idesinin, günümüz uygarlığının ve evrensel hukuk değerlerinin en temel ayırt edici özelliğini ve dayanağını oluşturmaktadır.² İnsan olmak; insanın 'bildiği' değersel hakikate, nesnel etik kabule karşı türden bir realiteye "hayır" diyebilmeyi³ gerektirir. Buddha, nesneleri seyretmenin güzel ama nesnelerin korkunç bir şey olduğunu söylerken; Platon, nesnelerin özlerini görmek için ideleri seyretmenin ve ruhun kendisini duyu verilerinden çevirmesi, kendisine dönmesi gerektiğini anlatırken; Husserl de, ideler bilgisinde "feno-

menolojik reduksiyon"la, yani nesnelerin rastlantıya bağlı yanını silmek ya da ayraç içine almakla ancak gerçekliğin ortaya çıkarılabileceğini savunurken hep aynı şeyi vurgulamak istiyorlardı. Yine bu çerçevede, S. Freud'un, insanı "iki-lerini bastıran" bir varlık olarak görmesi ni de, insanın, ancak böyle bir varlık olduğundan dolayı algı dünyasının dışında ve üstünde bir düşünce dünyası kurabildiği biçiminde değerlendirmek gerekir.⁴ Reel insanlık tarihi yine bizzat insanlar tarafından yapılmıştır ve bu nedenle insanlar, Marks'ın deyişiyle, kendi dramlarının aktörleri ve otoriteleri olarak nitelendirilebilirler.⁵ Max Scheler'in deyişiyle de, insan, dünyada ve kendisinde oluşum içinde bulunan ideler düzeninin birlikte biçimlendiricisi, birlikte yapıcısı, birlikte gerçekleştiricisidir; insan, karar verme varlığıdır.⁶ Kadim ve çağdaş felsefede, dış dünya karşısında "insan" kişiliğinin üstünlüğü böylece ortaya konmuş bulunmaktadır.⁷

İnsan yapısına ontolojik/varlıkbilimsel açıdan bakıldığında, insanın 'bedensel', psikolojik' ve 'tinsel' olmak üzere üç temel karakteristik özelliğe sahip olduğu gözlemlenebilir. 'Bedensellik' yani maddi anlamda bir fiziksel yapıya sahip olmak ya da nedensellik yasası çerçevesinde işleyen psikolojik /ruhsal yapı, insanı diğer canlıların tümünden ayırt etmek için yeterli bir kriter işlevi görememektedir. İnsan varlığını diğer tüm varlıklardan ayırt edebilen kriter, onun özgün olarak taşıdığı 'tinsellik' boyutu ve kabiliyetidir. 'Tinsellik' (anlamsallık/maneviyat) kavramı, insanın, varlığı ve olayları anlamlandırabilme ve değerlendirebilme

potansiyelini deyimlemektedir. İnsan bu boyutu ve potansiyeli aracılığıyla, kendisinden başka hiçbir canlının yapmadığı şeyi yapabilir; nedensellik yasasının hükümranlığını aşabilir, 'iyi' ya da 'kötü' bir varlık olmayı 'hak edebilir'. İnsan yine bu boyutu ve potansiyeli sayesinde 'hak' kavramını, adalet ve hukuk kültürünü içselleştirip toplumsal yaşamda yaygınlaştırmak için çaba harcayabilir.

B- Hak

'Hak' kavramı, insanla ve insanın 'olması gereken'i içselleştirmesini deyimleyen 'istenç' ve 'inanç'la birlikte, taşıdığı anlama kavuşmuştur. 'Haklar' terimi, genel olarak kişinin yararına uygun olarak özgürce davranma özerkliğine sahip olduğu alanı deyimler.⁸ İnsan olarak bizler, kendi özgür irademizle inandığımız için, bunun bir gereği olarak 'hak' kavramını tanıyıp kabullenmekte ve bu doğrultuda davranışlarda bulunmayı tercih etmekteyiz. Özeldde insan varlığının genelde tüm varlığın sahip olduğu en değerli yeteneğin 'istenç' (irade) olduğu söylenebilir. Adaletin ya da aynı anlamı taşıyan 'haksızlık yapmama gereği inancı'nın temeli olan ahlaksal anlayışımızı, sahip olduğumuz bu en değerli yeteneğimiz olan istencimiz aracılığıyla oluşturabilmekteyiz. Ahlak bilimi/etik ve nesnel ahlaksal anlayışımızın bir gereği olarak söz konusu olan adalet ilkesi ile özgürlük ve özgür istenç arasında, çatışki değil aksine bir uyum ve özdeşlik var bulunmaktadır. 'Hak' kavramı insan düşüncesi ve eylem yapısında aranır. Bu bir anlamda özneliliği yansıtmakla birlikte, bu

* Prof. Dr. Diğle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Aral, VVİS, s. 15.

(2) Foucault, s. 127.

(3) Scheler, İKY, s. 54.

(4) Scheler, İKY, s. 54-57; ayrıca bkz: Alekseyev, s. 114; Hegel, TG, s. 77.

(5) Dubrovski, s. 281.

(6) Scheler, FDC, s. 231.

(7) Friedmann, s. 424.

(8) Perry, s. 234-235.

özellik; eğer yaygın bir biçimde paylaşıyorsa ya da evrensel, bu durumda kişisel olmayan nesnel bir konuma sahip olacaktır. 'Hak' ve 'adalet' kavramlarının istemlerini kendi ussallığımız ve irademiz ölçüsünde algılar ve bu paralelde, sözü edilen istemlere bağlı kalırız. Bu durumda, hak ve adaletin istemleri dışsal sınırlandırmalar olmayacak; ilke olarak, bu istemlere muhatap olan kişilerce benimsenecek ve işlenip geliştirilecektir. Bu anlamda benimsenen hak ve adalet bağlamındaki ilkeler, özdayatımlı ilkeler olduklarından dolayı, bunların getirdiği sınırlandırmalar da öz sınırlandırmalardır ve bu nedenle özgürlüğün ürünleridirler.⁹ 'Hak' kavramının ve bu kavramın çoğulu olan 'hukuk' (haklar) kavramının alanı genel olarak tinsel bir alandır; bu zemin üzerinde onun öz temeli, devrim noktası özgür istençtir; öyle ki, özgür istenç, hukukun tözünü ve yazgısını oluşturur; hukuk sistemi, gerçekleşmiş özgürlük evrenidir, ikinci bir doğa durumunda oluşturulmuş yeni bir dünyadır adeta.¹⁰ Hak ve adaletin insanlarca gerçekleştirilebilmesi için, insanın doğa ve toplum karşısında özgür ve bağımsız bir konumda bulunması zorunludur. Hak ve adalet dayalı daha iyi bir dünyanın umut edilmesi, ancak bu dış dünyanın olaylarından ayrı bir içsel ve tinsel dünyanın algılanmasıyla sınırlı olarak olanaklıdır.¹¹

Temel hak ve özgürlüklerde deyimlenen, insanın varoluşuyla birlikte sahip olduğu insan hakları; ihlal edilemez ve devredilemez değerler olup, tüm uygar toplulukların ve insanlık toplumunun, barışın, esenliğin ve adaletin dinamiğini oluşturan temel doğal öğelerdir. İnsan

onuru, belirli temel doğal haklar aracılığıyla garanti edilir. Bu temel doğal hakların başlıcaları; insan kişiliğinin gelişimi hakkı, yaşam hakkı, insan bedeninin dokunulmazlığı, inanç ve vicdan özgürlüğü, düşünce özgürlüğü vb. haklardır. İnsan onurunu garanti eden bu temel hakların amacı, insanın devlet, toplum ya da ekonomik olgular gibi güçlerin basit bir objekti durumuna gelmesine engel olmaktır. İlke olarak, hakların sayısı sınırsızdır. Bu çerçevede önem arz eden bir husus; entelektüel haklar, bireysel varlığını koruma ve kollama hakkı, toplumsallıktan kaynaklanan sivil haklar vb. bütün hakların, sözü edilen bu doğal haklara dayanmış olma özelliğine sahip olmasıdır.¹² Bu birey haklarının tarihsel kökenleri bir yana, bu hakların formülasyonu modern bir olaydır ve bir yandan ortaçağın toplum düzenine bir tepki olarak, diğer yandan ise mutlak devlet anlayışına karşı bir güvence olarak geliştirilmiştir.

C- İnsan Hakları

Evrensel hukuk değerlerinin önemli bir somut içeriğini oluşturan insan hakları konusu ile ilgili olarak, kuşkusuz, insanlık tarihi teorik söylem ve pratik uygulanım örnek ve çabalarıyla donatıktır. Böyle bir ilgi kendi başına önemlidir; giderek, insan hakları anlayışlarının ön koşullarındandır; ancak, bu ilgi 'insan hakları olgusu' ile özdeşleştirilmemelidir.¹³ Bu konuda reel olarak teslim edilmesi gereken gerçek, insan hakları ve bu bağlamdaki ilkelerin, olgusal ve kuramsal olarak, onsekizinci yüzyılın sonlarında ve ondokuzuncu yüzyılın başlarında Batı düşüncesi

çerçevesinde sistematize edilip ortaya çıktıklarıdır.¹⁴ Bu bağlamda, eski yunan ve stoacı filozofların adalet ve eşitlik ilke ve değerlerini vurgulamalarının önemi özellikle belirtilmelidir.¹⁵ Bununla birlikte şu vurgu da yapılmalıdır ki, bir düşünce ve teorik yaklaşım olarak insan hakları kuramı, tüm insanlığın ortak bir değeridir ve bu açıdan insan hakları yaklaşımının tümüyle batı uygarlığının bir ürünü olduğunu ileri sürmek doğru olmaz. "İnsan haklarının bir Batı buluşu olmadığı" savı, Batılı olmayan çevrelerde insan haklarına ilişkin çağdaş tartışmaların ortak bir zemini olma özelliğini oluşturmaktadır. Bu çerçevede, "bütün toplumların insan hakları düşüncesine sahip oldukları; ayrı kültürlerle özgü ve değişik tarih dönemlerindeki bütün toplumların, insan hakları anlayışları sergiledikleri; giderek, 'insan hakları' kavramının izinin insan türünün başlangıcında bulunabileceği ve günümüzdeki bütün kuramların insan haklarına bağlı oldukları vb." ileri sürülebilmektedir. Bu savlara, kuşkusuz, 'insan hakları' kavramının 'insan onuru' anlamına indirgenmesi durumunda bir yerindelik payı verilebilirse de, bu konuda önemli olan; tarihsel açıdan özgül olmalarına karşın insan haklarının asıl olarak günümüzde büyük oranda ve neredeyse evrensel bir onay görmüş olmasının ve çağdaş toplumsal yaşam koşullarının insan hakları düşünce ve pratiğine yaygın bir uygulanabilirlik sağlayabilme özelliğinde olduğunun anlaşılması hususudur.¹⁶

Bir yandan insan haklarının nesnelliği etik olarak söz konusuysa, diğer yandan bunlar ideal standartlar olarak en

azından söylemsel açıdan evrensel onay görmektedirler. Bütün devletler uluslararası insan hakları normlarını benimsediklerini ilan etmekte; insan haklarının ihlal edildiği suçlaması, uluslararası ilişkiler alanında yapılabilecek en güçlü ve etkili suçlamalar arasında yer almaktadır. Dünya devletlerinin büyük çoğunluğu, uluslararası insan hakları sözleşmelerine katılarak bu hakların gereklerini yerine getirmeye yönelik uluslararası hukuksal yükümlülükler altına girmişlerdir; geri kalan devletler ise ya bu sözleşmeleri imzalamış ama henüz onaylamamış, ya da bunları benimsediğini ve bunların içeriğine bağlı olduğunu açıklamıştır. Bütün bunlar, insan haklarının uluslararası normatif evrenselliğini göstermekte ve yansıtmaktadır. Bu uluslararası ahlaksal ve normatif evrenselliğin yanında; tarihsel özgüllüğüne karşın, dünyanın hemen her yerinde kendini gösteren benzer toplumsal değişimler nedeniyle, günümüzde insan hakları evrenselliğe yakın bir uygulanabilirlik kazanmıştır.¹⁷ Olgusal olarak insan haklarının sözde ve uygulamada görünen bu etkinliğinin yanında; insan hakları tüm toplumlara ve yönetimlere, gerekse olarak bir ödev ve yükümlülük de yüklemektedir. Bütün uluslar, tekil ve/veya birlikte olarak, insan hakları ihlallerine karşı güvenceleri güçlendirmek için daha çok çaba göstermelidirler.¹⁸

'İnsan hakları' kavramına ilişkin olarak şu önemli belirlemeler yapılabilir:¹⁹ İlk olarak, 'insan' kavramı insan hakları için savaşımdan soyutlanamaz. İkinci olarak, 'insan hakları' kavramı devrimli bir niteliğe sahiptir. Üçüncü

(9) Poole, s. 103.

(10) Hegel, IHP, s. 40.

(11) Aral, AY, s. 11; ayrıca bkz: Hegel, FBA, s. 3-4.

(12) Cooker, s. 675-676.

(13) Donnelly, s. 60.

(14) Bkz: Hatemi, s. 25.

(15) Marks, s. 187.

(16) Donnelly, s. 57-58.

(17) Donnelly, s. 11-12.

(18) Hakim/Lowenthal, s. 369.

(19) Nutku, s. 4.

olarak, 'insanlık' kavramının olgunlaşması kesintisiz değildir. Ve son olarak, ideal tavırları ve gelişmeleri parçalayan geri dönüşler, ne kadar uzun zamanlı ve güçlü olsalar da, onların yani insan haklarının kaçınılmaz pekişmesine engel olamaz ve 'olması gereken' bilincini geri çeviremezler. Böylece 'insan hakları', bir yandan ide diğer yanda da gerçeklik olarak karşımıza çıkmaktadır; ide ve gerçeklik, ikisi birden insanlı dünyayı kurarlar: İdeyle sınırlı kalmak toplumsallaşmaktan, toplumsal gerçeklik içinde sürüklenmek ise ide'yi anlayıp değerlendirebilme olanağından yoksun kalmayı sonuçlar. Önemli olan hem geçitleri kurmak yani bu ikisi arasındaki bağı ayırmayı algılamak, ve sonra da üzerinden karşıya geçmek yani bunların üstüne çıkabilmeyi başarmaktır.²⁰

III- KADİM İNSANLIK İDESİ ÇERÇEVESİNDE İNSAN HAKLARI İNANCININ ÖZÜ

*Öyle davran ki, senin istencinin maksimi her zaman genel bir yasa koymanın ilkesi olarak geçerlik kazanabilsin (İmmanuel Kant).*²¹

*Vera'dan (kötü'den sakınma, titizlik) kolay ne; vicdanında iz bırakan şeyi terk et, olur biter (S. Sevr).*²²

İnsanlık tarihinin ortak ve kadim (köklü anlamda yerleşik ve genel kabul gören) insanlık idesinde 'insan hakları' anlayışının temelini, 'hak ve adalet'in olumlu ve değerli, 'haksızlık ve adaletsizliğin' ise olumsuz ve değersiz görülmesi öz inancının oluşturduğu genel olarak söylenebilir. "Sana

davranılmasını istediğin biçimde sen de başkalarına davranmalısın" ya da "sana yapılmasını istemediğin şeyi sen de başkalarına yapmamalı" biçimindeki benzer anlamları içeren değişik biçimli ve anlamsal olarak özdeş ya da benzer tümceler, bir tek tümceyle, kadim insanlık idesi açısından doğru olanın ve erdemlin öz içeriğini yansıtmaktadır.

Bu içerikteki bir yöntem, etik değerlerin genel geçerlilik ve bağlayıcılığının ya da objektivitesinin olumlu yönde temellendirilmesinin fenomenolojik yöntemle yapılmasıyla uyum göstermektedir. Başka bir ifade ile insan; bir varlık, nesne ya da olayı 'iyi' ya da 'kötü', 'haklı' ya da 'haksız', 'güzel' ya da 'çirkin' diye değerlendirirken, bu değerlendirmenin özündeki ve temelindeki 'olması gereken' kriterini ve inancını yalnızca tekil olarak kendisi için geçerli görmemekte, kendisinin yerinde kim bulunursa bulunsun aynı değerlendirmeye özünün onun için de geçerli ve söz konusu olduğunu düşünmekte; bir diğer deyimle ile 'nesnelleştirme'de bulunmaktadır. İşte değerlendirmelerin yöntemini oluşturan bu 'nesnelleştirme' olayı, bir bakıma kadim insanlık idesinin genel olarak erdemlilik ve özel olarak ta insan hakları inancı ve yaklaşımının özünü ve temelini oluşturmaktadır.

'Nesnelleştirme'nin nedeni, kuşkusuz, insan varlığının diğer canlılardan farklı olarak sahip olduğu 'tinsellik' boyutundan başka bir şey değildir. 'Tinsellik' (anlamsallık / maneviyat), insanın varlık ve olayları ve onların oluş biçimlerini anlamlandırma, benimseme/benimsememe tavrını gösterme, değerlendirme kabiliyetini ifade eder. İnsanın, ancak kendisi aracılığıyla

gerçekliği yani 'olan'ı eleştirip onun karşısına 'olması gereken'i koyabildiği tinsellik tüm insan varlığında var ve özdeş olduğundan dolayı, tüm insanlar için özdeş değerlerin geçerli olacağı söylenebilir. Her insanın bireysel kişiliği kökünü doğrudan doğruya tinsellikte bulduğu için, her insanın kendi metafizik gerçeğini bulabileceği yöntemin kesin ve genel geçer olduğu ileri sürülebilir.²³

Bir davranış, eylem ya da tutumun erdemli olup olmadığı ne ile belirlenecektir; erdemli eylem gerçekleştirmek isteyen kişi, neyin erdemli olduğunu nasıl bilecektir? Bu ağır ve zor sorunun yanıtı, bir açıdan bakılınca, çok sade ve basit olarak karşımızda duruyor olabilir: Bu yanıt, erdemliliğin ölçütünün insan doğasında ya da içsellğinde barınık olduğunun başka bir anlatımla ifade edilmesini yansıtmaktadır. İyilik yapmak amaç ve niyetini temelli bir biçimde taşıyor olan birey, gerekli düşünsel uğraşı ve çabayı gösterirse, neyin 'iyilik' olduğunu kendi özgür içsellğinde bulgulaayabilecektir. Bu 'vicdan ve içsellik' özelliğindeki erdemlilik ölçütü, kuşkusuz, 'bilgi ve bilim temeline oturma kesin koşulunu içeriyor olmak'la söz konusu olabilecektir. Bilgi ve bilime karşıt bir insan 'vicdanı' ya da 'içsellik'i'nin erdemliliğin ölçütü olan ilke ve davranış biçimlerini bulgulaayıp kavraması elbette olanaksız kalacaktır. Bu konuda objektif ölçüt, kuşkusuz, çağdaş insanlık idesi düzleminde genel kabul görmüş ilkelerdir. Yapılması gereken ise, sözü edilen bu ilkelerin anlaşılıp yaygınlaşmasını sağlayacak demokratik ve özgür bilinçlenme sürecinin ve ortamının sağlanmasına çalışılmasıdır.

Diğer yandan, genel geçerli ve bağlayıcı olması gerekenin, toplumsal yaşamı ve toplumu ilgilendiren hukuksal değerlerle sınırlı olduğu hususu göz ardı edilmemelidir. Bu konuda çağdaş insanlık hukukunun kazanımlarını yansıtan ve temel hak ve özgürlükler, hukuk devleti, demokrasi, toplumsal adalet, özgürlük, eşitlik gibi temel ilkeleri içeren 'evrensel hukuksal değerler',²⁴ insanlık idesinin 'geniş anlamda insan hakları' inancının çağdaş ürünlerini yansıtmakta ve çağdaş dünyaya önemli bir 'olanaklılık durumu' sunmaktadır.

IV- İNSAN HAKLARI ANLAYIŞININ YERLEŞMESİNİN OLUMLU ETKENLERİ

A- İnanç

Özgür bir istence ve bu özgür istenç temelinde 'inanmak' kabiliyetine sahip olmak, bütün evren içerisinde yalnızca insanlar için söz konusu olan bir farklılıktır. Sadece insan kendi kendisini aşabilir; bir merkezden, sanki kendisi zaman-uzay dünyasının ötesindeymiş gibi, her şeyi, bu arada kendisini de, bilgisinin nesnesi olarak algılayabilir. Böylece insan, kendisine ve dünyaya üstün olan bir varlık olarak karşımıza çıkmaktadır.²⁵ İnsanlık, bir bütün olarak doğada etik değerlerin görünüm kazanmasıdır. Bütün bunlar insan yaşamının olağanüstü önemliliğini vurgulamaktadır; çünkü insan, görüntüleri ve evrimi etik anlamda değerlendirme yeteneğine sahip tek varlıktır.²⁶

(20) Nutku, s. 5.

(21) Kant, s. 62.

(22) Kuşçuri, s. 204.

(23) Scheler, FDC, s. 231; ayrıca bkz.: Hegel, TC, s. 470.

(24) Geniş bilgi için bkz: GÜRBÜZ, HM, S. 90-127.

(25) Scheler, İKY, s. 49.

(26) Buokchin, s. 50-51.

İnsan haklarının kaynağı insanın ahlaksal doğasıdır; bunun ise bilimsel olarak araştırılan gereksinmelere dayanan “insan doğası” ile ilişkisi çok azdır. İnsan haklarına, yaşam için değil fakat onurlu bir yaşam için “gereksinme” duyulur. Uluslararası insan hakları sözleşmelerinde belirtildiği gibi, insan hakları “insan kişinin özündeki onur”dan kaynaklanır. İnsan hakları ihlalleri, bir kimsenin ‘insanlığını’ yadsırlar, yoksa kişinin gereksinmelerini karşılamasını her zaman engellemezler.²⁷ İnsan haklarına, bir insana özgü ‘değerli’ bir yaşam için “gereksinme” duyulur; insan haklarına temel oluşturan insan ‘doğa’sı, ahlaksal bir postula, insan olarak varolabilmeye ilişkin ahlaksal bir inançtır.

Diğer yandan, gerçek özgürlüğün filozofik bağlamda etik değerlere inanmakla ancak elde edilebileceği de vurgulanmalıdır. Özgürlük insanın kendisine uyması, dışsal etkenlere bağımlılıktan kurtulmasıdır; “kendisi” ise, ancak onun tinsel yanı ve bu tinsel yanından kök salan özgür inanması olabilir. İnsan Hakları inancının kavranıp içselleştirilmesinin gerçeklik kazanabilmesi için, öncelikle, temel etik değerlere ilişkin olumlu bir kabulün ve inancın bulunması gerekir. Bu bağlamdaki kabul ve inancın mevcudiyeti ise, hiç kuşkusuz, içinde bulunulan koşullar ve ortam nasıl olursa olsun, sonuç olarak ilgili bireyin bizzat kendisinin özgür istencine bağlıdır. Koşullar ne kadar olumlu olursa olsun, bu durum, ilgili bireyin etik değerlere inanması sonucunu kendiliğinden yaratmayacaktır. Bu konuda yapılabilecek tek şey, toplumsal ve bireysel bilinçlenme sürecinde ya da eğitim ve öğrenimde bu çerçevedeki bilgi verilerine ve

donanımına sahip olunmasının sağlanması yönünde bitmez tükenmez bir çaba içerisinde olunmasıdır.

B- Sevgi

Sevgi varoluşun özüdür (İbn Arabî)²⁸

İnsan hakları inancının kavranıp içselleştirilmesinin sağlanabilmesi, temelde, sevgi tözüntü benliğimizde yer edinmesiyle olanaklı hale gelebilir ancak. Sevgi’ye ilişkin en kapsamlı yaklaşım, büyük sufi düşünür İbn Arabî’nin açıklamalarında yer alan “varoluşun özü” nitelendirmesinde saklıdır. Bu anlatımda, varoluş, özsel olarak sevgi’ye bağıntılandırılmış bulunmaktadır. Tüm varlığın, bu bağlamda “büyük insan evren”in ve “küçük evren insan”ın varlığının temel nedeni ve özü, sevgi’de barınmaktadır. ‘Evrenin anlamlı varlığı’ olma potansiyeline sahip insanın özgün ve özgür bir bireysellik sahibi olması yani gerçek anlamda varolması; onun, sevgiyi bulgulaması, algılaması ve yaşantılamasıyla olanaklıdır. Sevgi ile tanışmadan, onu ayırmısamadan, duyumsamadan ve yaşantıya aktarmadan ‘olup-biten bir ömrün’ hiçbir anlamı ve gerçek varlığı söz konusu olamaz.

“Sevgi”, yalnızca özel ya da kişisel bir ilişki biçimi olarak anlaşılmaktan kurtarılmalıdır öncelikle. Duyumsadığımızı yalnızca belirli bir kişiye, nesneye ya da varlığa karşı duyumsuyorsak; yalnızca annemiz, çocuğumuz, toplumumuz, grubumuz, vatanımız vb. için ‘iyiliğini istemek, kendilerine karşı hoşgörülülük ve iyiniyetli olmak’ erdemliliklerini gösteriyorsak, bu durum, kelimelerin gerçek anlamıyla ‘doğal (doğada süregelen)’ bir bencillik duygulanımı olmaktan öte hiçbir anlam ve değere sahip değildir. Başka bir anlatımla,

‘doğamız gereği’ yaşadığımız duygulanım ve yaşantı biçimlerimizi “sevgi” kavramını kılıf yaparak sunmaya hakkımız olmamalıdır. İnsanlar ‘doğal’ bir varlık olarak ‘doğaları gereği’ annelerine, çocuklarına, eşlerine, vatanlarına vb. karşı olumlu bir duygulanım taşırlar. Bu ‘doğal’ olduğu gibi yadsınacak bir durum da değildir kuşkusuz. Oysa sevgi’nin bizden beklemediği bunun ötesinde bir şeydir; tüm varlığa yönelik bulunmalıdır. Sevginin önemli özelliklerinden birisi, böylece, yalnızca belirli bir nesne, kişi, grup vb. için söz konusu olmaması gereğidir. Sevginin belirli bir nesnesi olsa da, bu nesne ile sınırlı kalmamaz; ya da en azından, sevgi, yöneldiği nesne açısından kişisel olamaz. Sevgiyi yaşayan kuşkusuz kişidir, yani bireydir; ama bireyin duyumsadığı, yaşadığı bu şey yalnızca belirli bir kişi, nesne ya da grup için söz konusu olmakla kalmamalıdır. Bu niteliğiyle sevgi, sufilerin²⁹ benzetmesiyle, toprak ya da yağmur gibidir; ona yalnızca belirli kişilerin dokunabilmesi ya da onun yalnızca belirli alanlara yağması düşünülemez; o, herkes ve her şey için var olmak durumundadır.

Bunun gibi, sevginin temel bir ögesi de, herhangi bir karşılık beklentisine ya da sahip olma arzusuna dayandırılmaması gereğidir. Sevgi, herhangi bir nedene dayalı olamaz. Karşılık beklentisi, sahip olma arzusu, doğal istek ve arzuların doyurulması; kişisel çıkar, ün ve iktidar sağlama isteği, belli bir ideolojik ya da dinsel. gurubun egemenlik alanının çoğaltılması amacı vb. tüm bunlar, sonunda birer materyal (maddi) ‘neden’ olmaktan öte bir şey değildir. Kuşkusuz burada ‘neden’ ile anlatılmak istenen, ‘doğamız gereği’ bize hük-

metne eğiliminde olan duygulanım ve düşüncelerimizdir. Bu anlamda ‘neden-siz olmak’ sevginin önemli bir özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu aşamada artık sevginin gerçekte ve özünde bir ‘içsel tutum’ olarak anlaşılması gerektiği söylenebilir. Sevgi, belirli bir nedene dayalı ve yalnızca belirli bir kişi ya da nesne için söz konusu olarak değil; bunun ötesinde, ‘sürekli, nesnel ve soyut bir içsel tutum’ olarak anlaşılmalıdır. Varoluşumuzun özünü oluşturan, hiçbir maddi ya da doğal nedene dayanmayan ve tüm varlığa, insanlığa karşı duyumsadığımız, sergilediğimiz bir içsel tutum; bizi tüm bu neden’lerin üstünde ve dışında tutan, karşısında öznelliğin ve kişiseliliğin silindiği bir içsel tutum! Öyle bir içsel tutum ki, sürekli olarak aklımızda ve kalbimizde egemenlik kurmakta; algılamalarımızı, değerlendirmelerimizi ve duygulanımlarımızı belirlemekte; bizi sürekli bir biçimde yenilemekte ve yaşarken oluşturmaktadır. Bu sönmez içsel devinim, bizi, kendi aracılığıyla nedensellik dünyasının üstüne çıkarmakta, kişilik sahibi özgür varlıklar kılmaktadır. Sevginin bu denli aydınlatılma ve vurgulanma durumunda oluşu, özellikle günümüz dünyası ve insanlığı için geçerlidir. Çağımız insanlığınca “özülen (en çok sözü edilen) ama yaşantılanamayan” sevgi;³⁰ gerçek ve özü açısından kavranmak, duyumsanmak ve eylemselliğe aktarılma durumundadır.

‘Sevgi’ kavramıyla insan haklarının özünü oluşturan ‘hak’ ve ‘adalet’ kavramları arasında çok önemli ve belirleyici bir ilişki vardır. Bu önemli ve belirleyici ilişki bilinmeden ve olumlu yönde işlevselleştirilmeden; adaletli ve barışçıl bir toplumsal yaşam düzenleme

(27) Donnelly, s. 27.

(28) İbn Arabî, s. 28.

(29) Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz: GÜRBÜZ, HD, s. 30-36.

(30) Sponville, s. 50.

ödevindeki hukukun, kendisinden beklenen işlevi yerine getirmesi olanaksızlaşır. Hukuk'un en temel ve belirleyici ögesi 'adalet' kavramıdır. Hukuk bir bakıma 'adalet'e yönelik bulunan, en son ve nihai amacı 'adalet'i sağlamak olan, idesi ve ideali 'adalet' olan, bir toplumsal yaşam sistemi bütünüdür. Hukukun ideal ya da olması gerekene ilişkin temel ögesi olan 'adalet' kavramı ise, bir yandan böylece hukukun nihai amacı ve ereği olmakla, 'hukuksal bir değer' olma özelliğindedir; diğer yandan ise, subjektif (kişisel) 'adaletseverlik duygusu' anlamında, 'ahlaksal (etik) değerler' alanına ilişkin bulunmaktadır. 'Adaletseverlik, yardımseverlik, dürüstlük, iyiniyet vb.' ahlaksal değerlerin en temel özellikleri ise, tüm zaman ve mekan koşullarında tüm insanları kesin olarak bağlayıcı olmalarıdır. Hangi zaman ve mekanda, hangi koşulda, hangi özellik ve nitelikte olursa olsun tüm insanlar, ahlaksal değerlerin bağlayıcı buyruklarını bilmek, içselleştirmek ve yaşantılamak sorumluluğundadırlar. İşte 'sevgi' kavramını adalet ya da hukukun etik değer özülüyle ilintili kılan husus, bu kavramın da 'ahlaksal değerler' alanına ilişkin bir temel değer oluşudur. 'Sevgi' kavramı, her şeyden önce, bireyi gerçek anlamda var kılan istençlilik, özgürlük ve ahlaksallık alanına ilişkin bulunmaktadır.

C- Bağımsız Kişilik ya da Nesnel Davranış İlkesi

İnsan hakları anlayışının bireysel, toplumsal ve yönetsel olarak geliştirilip yaygınlaştırılması, bir açıdan, toplumu oluşturan bireylerin bir şahsiyet olarak bağımsız kişilik ya da nesnel davranış anlayışına sahip olma durumlarına bağlı bulunmaktadır. Bağımsız kişilik ya da nesnel davranış karakterine

sahip olmak ise, 'erdem' kavramının doğru bir biçimde anlaşılıp kavranmasını gerektirir.

Etik değerlerin özünü teşkil eden 'erdem' kavramına ve ona inanca ilişkin olarak şu önemli belirlemelerde bulunulabilir: Bir davranış, tutum ya da eylemin 'erdemli' diye nitelendirilebilmesi için; yapılan 'iyilik'in hiçbir dinsel, etnik, ideolojik, biyolojik vb. ayırım yapılmadan ve tüm insanların eşit olarak değerlendirilmesi temelinde gerçekleştirilmiş olması gerekir. 'İyi davranış' yalnızca belirli nitelik ya da statüde olan kimseler için gerçekleştiriliyor ve diğer insanlar bundan yoksun bırakılıyorsa, bu davranışın 'iyi'liğinden söz etmek sadece kendimizi kandırmak anlamına gelir. Böylesi bir ayrımcılık 'iyilik' yapılmak durumunda olan kimselerin nitelik ve statülerine ilişkin olabileceği gibi; bu konuda daha da önemli ve üstesinden gelmenin zor olduğu bir durum da, 'iyilik' yapma konumundaki bireyin psikolojik, duygulanımsal, kişilik yapısına (kin, kıskançlık, gurur vb.) ilişkin olanıdır. Ayrımcılık hiçbir biçimde söz konusu olmamalıdır; içsel yapıda da, dış koşullarla ilgili durumlar konusunda da tam bir önyargısızlık, tarafsızlık ve nesnellik egemen olmalıdır. Zaman ve mekan koşullarına ilişkin faktörler, erdemli insanın erdemlilik kişiliğinde hiçbir sınırlama, sapma, engelleme oluşturmamalıdır; erdemlilik 'her zaman ve koşulda sergilenebiliyor' olmalıdır.

Erdemli davranışın bunun dışında da önemli, temel öğeleri bulunmaktadır: Erdemli davranışın önemli ve onsuz olmaz bir ögesi, eylemin başkalarının değerlendirmeleri ölçüt alınarak gerçekleştiriliyor olmamasıdır. Eğer bir 'iyilik', diğer kimselerce 'iyi bir insan' olarak nitelendirilmek amacı ve arzusuyla yapılıyorsa ya da 'iyi bir insan' olmanın

psikolojik doyumuna ulaşmak için gerçekleştiriliyorsa, kuşkusuz, bu eylemselliğe 'erdemlilik' vasfı verilemez. Erdemli davranış, başkalarının bilmezliğine karşı; dahası, bunu yapan kişinin kendisinin bile 'yaptığı iyiliği unutmak' durumunu kapsamak üzere var olmalıdır. Erdemli davranışın önemli bir temel ögesi de, karşılık beklentisine dayalı olmaması gereğidir. Kendisine iyilik yapılan birisinden iyilik beklemek, yapılan 'iyiliğin' özden yoksun olduğunun açık bir göstergesidir. Özellikle toplumsal yaşam ilişkilerindeki dürüstlüğü, içtenliği ve özgürlüğü engellemek açısından, bu sözü edilen 'karşılık beklentisi durumu'na vurgu yapmak gerekir. Kendilerine 'iyilik' yaptığımızı düşündüğümüz kimselerin bu iyiliğe karşılık vermelerini beklemekle, bir bakıma onları istenç dışı, dürüst olmayan, yapmacık davranış ve tutumlarla zorlamış olmaktadır.

D- Demokratik Toplumsal Yönetim

İnsan hakları anlayışının yerleşebilmesi, bir açıdan da, demokratik bir yönetim olgusunun sürekli bir biçimde varlığını gerekli kılmaktadır. Evrensel hukuksal değerlerin önemli bir içeriksel ögesini oluşturan demokrasi, günümüz dünyasında bütün yönetimlerin meşruluklarının bir ölçütü olarak benimsenmektedir. Demokrasi halkın egemenliğini deyimler ve bu nedenle pozitif politik özgürlüğü içerir; bir demokrasinin, tüm yurttaşlarının karar süreçlerine katılmasına olanak tanıyan ve bunu sağlayan kurumlarla işlemesi demokratik politikanın özünü oluşturur. Demokrasi anlayışı, çağımızın, damgasını taşıdığı ana karakterlerinin başında gelir; öyle ki, demokrasiye temelde ters düşen

ideolojiler bile, bu kimlikleriyle ortaya çıkamamakta, gerçek demokrasiyi kendilerinin gerçekleştirdiklerini ileri sürmekten bile geri kalmamaktadırlar. Bu nedenle, tüm olumsuz gelişmelerin önüne geçmek için, demokrasi düşüncesinin temel ve onsuz olmaz ilkelerini vurgulamak gerekir.

Demokratik bir politikayı oluşturan temel ilkeler olarak şunlar vurgulanabilir:³¹ İlk olarak, her yurttaşın kişisel özgürlüğü ve her ulusun bağımsızlığı bizim eylemimize bağlıymış gibi davranmak; bu, aynı zamanda özgürlüğün ahlaksal maksimini ve politik ilkesini deyimler. İkinci olarak, tek bir yurttaş ya da ulus örneğinde bile uyulmasını istediğimiz politik kurallar, ulusal ve uluslararası yasalar doğrultusunda hareket etmek; bu da, politik adaletin ahlaksal maksimini ve politik ilkesini deyimler. Üçüncü olarak, bütün politik ilişkilerde bütün insanların politik kararlar alabilecek yetenekte olduğunu düşünüp, önerilerimizde planlarımızı açık tartışmaya sunmak ve tartışmanın sonucuna göre davranmak; bu kural, eşitliğin ahlaksal maksimini ve politik ilkesini deyimler. Dördüncü olarak, özgürlük, adalet ve eşitlik maksimleriyle çatışma olmaksızın karşılanabilecek bütün insan gereksinimlerini tanımak; bu, adaletli olmanın ahlaksal maksimini ve politik ilkesini deyimler. Son olarak, bütün ilişkilerde, diğer maksimlerle çelişmeksizin, en ağır acıları yaşayan sınıf, grup ve ulusları desteklemek; bu ise, hakkaniyetin politik ilkesi ve ahlaksal maksimini deyimler. Vurgulanan bu ilkeler, demokratik politikanın evrensel politik ilkeleri olarak benimsenmelidir. Bu maksimler doğrultusunda, demokratik politikanın temel yasasını şu biçimde formüle etmek olanaklıdır: Özgür ve us sahibi tüm insanların

(31) Heller/Teher, s. 104-105.

eylemimizin politik ilkelerini onaylamasına olanak tanıyan bir biçimde davranmalıyız. Bu temel yasa; bir genel uzlaşığı, bütün politik kararlarda gerçekleşmesi söz konusu olan bir uzlaşığı değil, ama bu kararların politik ilkelerinde söz konusu olan bir uzlaşığı olanaklılaştırır.³² 'Demokrasi' kavramının geçirdiği tarihsel değişiklikler ve değişik kullanımlar bir yana bırakılacak olursa, bu kavramın; genel olarak, siyasal erkin halk desteğine dayanmasını garanti edecek bir dizi kurumun varlığını, hukuksal sistemin yürütme erkinden bağımsızlığını ve yasaların yönetici seçkinlerin aleti durumunda olmamasını, tüm yurttaşların yasa önündeki eşitliğini, temel insan hak ve özgürlüklerini garantileyen hukuksal sistem içerisinde düzenlenmiş zorlayıcı engellerin varlığını içerdiği söylenebilir.³³

Demokrasi ilkesi; kavranılması açısından süreçsel bir oluşumu yansıtan, son derece kapsamlı ve esnek bir yapıya sahip olan, insanlık uygarlığının uzun ve tarihsel deneyimindeki çok çeşitli görüşlerden beslenen bir özellik taşıır. Demokrasi anlayışının süreçsel oluşumunu deyimleyen bu gelişim, günümüzde de sürmektedir. Bununla birlikte, demokrasinin bazı temel öğelerinin bulunduğu ve bunların kollanıp korunması gerektiği vurgulanmalıdır. Bu konuda genel olarak bireysel hakların toplumsal sorumluluk ile dengelenmesi zorunluluğuna dikkat etmek gerekir.³⁴ Klasik demokrasi anlayışı, insansal hak ve özgürlükleri soyut olarak öngördüğünden, soyut insana dayanmış; bunu realitede gerçekleştirmek amacıyla

geliştirilen toplumsal demokrasi anlayışı ise, insanın somut alanda içinde bulunduğu koşulları göz önüne almak gerektiğini vurgulamıştır.³⁵ Demokratik ilkeler, eylemlerin yetke, erk ve güç ile ilintili olduğu tüm durumlarda çelişkiye düşmeksizin başvurulması gereken evrensel düzeydeki standartları yansıttığından dolayı³⁶ büyük bir öneme sahiptirler ve bu nedenledir ki demokrasinin gelişmesinde, kitlelerin politikaya özerk olarak girmelerinden her zaman rahatsız olan ayrıcalıklı ve egemen gruplar tarafından sürekli olarak bir tehdit durumunun olabileceği hiçbir zaman göz ardı edilmemelidir.³⁷

V- İNSAN HAKLARI ANLAYIŞININ YERLEŞMESİNİN ENGELLEYİCİ FAKTÖRLERİ

A- İdeoloji

İnsan Hakları İnancının kavranması ve içselleştirilmesinde en önemli ve etkin olumsuz faktör olarak, 'ideoloji' kavramı ve olgusu'ndan söz etmek gerekir. 'İdeoloji' kavramı, günümüzdeki anlaşılma biçimine paralel olarak burada olumsuz anlamıyla alınmaktadır. İdeoloji olgusu; düşünce ve eylemlerde nesnel olmamak, önyargılar doğrultusunda davranmak, gerçekliği tanınamamak, dünyayı yalnızca kendi düşünceleri ve tasarımlarına göre biçimlendirmeye çaba göstermek durumlarını anlatmaktadır. Kendisini belirli bir ideolojiye ait olarak gören ideolog, biricik hakikat olarak gördüğü görüşünü tüm insanlara zorla benimsetip dünyaya kendi tasarımları

doğrultusunda bir yön ve biçim vermek ister. Dolayısıyla ideoloji her şeyden önce bilginin bir ayıbı, bilgide bir yanlışlık olarak nitelendirilebilir.³⁸ Bununla birlikte, ideoloji, kendi bağımlılarının yalnızca algılama ve değerlendirme yeteneğini bozmakla kalmaz, çoğunlukla onların hakikat karşısındaki tutumlarını da etkileyerek kendilerini bu bağlamda dürüstlük ve içtenlikten yoksun bırakır. İdeoloji bağımlısı, yalnızca kendisini aldatmakla kalmaz; gerçekliği kendi dogmatik görüşüne paralel değişik yorum yöntemleriyle gizlemek ya da değiştirmek yoluyla, başkalarını da bilinçli olarak yanıltır.³⁹

İdeoloji kavramı ve olgusunun bu denli olumsuz bir nitelik kazanmasıyla, temel ahlaksal değerlerden birisini oluşturan 'alçakgönüllülük' erdeminden yoksun bulunma arasında yakın bir ilintili ve etkileşim olduğu söylenebilir. Bu iki durum, yani ideoloji bağımlılığı ile 'alçakgönüllülük' erdeminden yoksunluk, adeta birbirini destekler özelliktedir. Alçakgönüllülük etik değeri, bireyin kendi sonluluğunun bilincinde olmasını, her zaman ve koşulda nesnel hakikati benimsemeye hazır durumda bulunmasını deyimler. Birey; eğer nesnel hakikati benimsemeyi değil de kendi belirlenmiş psikolojik, toplumsal, siyasal vb. tutku ve bağımlılıklarını doyuma ulaştırmayı amaç edinmiş ya da bu duruma sokulmuşsa, kuşkusuz, gerçek ve özgür varlık sahibi bir kişilik olmaktan uzaklaşıp, bir araç olma konumuna düşmüş olacaktır.

Bireyde alçakgönüllülük (huşu; nesnel gerçeği benimseme istenci) bulunduğu göstergesi, kızdırdığında ya da isteğine aykırı davranıldığında

ya da reddedilme durumunda kaldığında bile, nesnel hakikatlılık varsa bunu kabul ile karşılaşmasıdır (Kuşeyri).⁴⁰

Bilge olumlayıcı ve benimsemeye hazır; bilgiden yoksun kimse ise iddialı (görüşünde diretici) ve olumsuzlayıcı'dır (Tusi).⁴¹

B- 'Ben'e ve 'Başkaları'na İlişkin Engeller

İnsan Hakları İnancının kavranıp içselleştirilmesinin önemli bir olumsuz faktörü de 'ben' ve 'başkaları' kavramlarına ilişkin olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu olumsuz etkenler, benzer bir diğer adlandırmayla, 'dışsal' ya da 'içsel' etkenler biçiminde değişiklik gösterebilir.

Bireyin özgün ve özgür varoluşsal sürece girişini engelleyen temel faktörlerin başında, 'ben' faktörü gelir. 'Ben' kavramı, burada, 'toplumsal belirlenim ya da biçimlendirmeleri de içeren doğal nedensellik yasaları doğrultusunda oluşan, özgür istenç ve bilinç temelinden yoksun doğal ya da toplumsal benlik' anlamında kullanılmaktadır. Bireyin özgürleşmesinin ve gerçek kişilik edinmesinin biricik temel yolu, bu anlamdaki doğal benlik durumunu aşp, kendi özgür istenç ve bilinciyle kişiliğini kurmasından geçer. Kişi, kendi istenci ve içselleştirmesi olmadan kendisinde bulunan doğal benlik yapısını aşılmaz bir gerçeklik olarak algılayınca, kaçınılmaz olarak, tüm ömrü boyunca bu doğal benlik yapısı kapsamında kalmaya tutsak olacak ve özgürleşme yolunda adım atmaktan uzak kalacaktır.

(32) Heller/Feher, s. 105.

(33) Kolakowski, s. 389.

(34) Friedmann, s. 426.

(35) Özbilgen, s. 159.

(36) Heller/Feher, s. 107-108.

(37) Bottomore, SS, s. 12.

(38) Aral, DGN, s. 33.

(39) Aral, DGN, s. 33.

(40) Kuşeyri, s. 223.

(41) Tusi, s. 415.

İdeolojik, dinsel, etnik vb. savların tutsağı olmuş ya da bu bağlamdaki organizasyonların içerisinde adeta kendisini bir 'belirlenen nesne' gibi bırakıvermiş bir kişilik, bağımsız ve tarafsız bir kişilik olma niteliğinden yoksun kalacaktır. Bunun gibi, bireysel olarak kendisinin, çevresinin ya da herhangi bir nitelikteki herhangi bir topluluğun istek ve çıkarlarını sağlamak amacını içselleştirmiş bir kişilik, olayları ve hakikati tarafsız ve objektif bir biçimde algılamada ve değerlendirmede yetkin bir kişilik olarak vasıflandırılmaz. Bu konuda daha da önemli olumsuz dinamikler; tutku, kin, düşmanlık, kibir, çekememezlik, üstünlük taslama gibi olumsuz psikolojik duygulanımları yansıtan içsel etkenlerdir.

'Ben' duvarı, bazı durumlarda, 'kendini üstün tutma, kendini değerli ve diğer insanları değersiz bulma, kendi egosuna değer yükleme' biçiminde somutlaşır. Bireyin kendini üstün tutması, kendi benliğini değerli bulması bazen 'bilgisiyle övünmek' biçiminde de yansıyabilir. Bilgi sahibi olmakla övünmek ve üstünlük taslamak, gerçekte bilgi ve bilime ilişkin yanlış bir algılayışın göstergesidir. Çünkü bilgi ve bilim, özellikle filozofik bağlamdaki bilgi; sonuçta bireyin gerçekliğini, olay ve olguların nedenlerini ve anlamını araştırıp ortaya koyduğu gibi, diğer yandan da, değerliliğin tek başına bilgi taşıyıcısı olmaktan değil de erdem ve ahlaksallığa yönelik değerlerin içselleştirilip yaşantılanmasında olduğunu işaret edip vurgular.

'Başkaları' kavramı burada genel olarak bireyin, kendi gerçek değerlendirmesi ve inançlarının oluşmasında

diğer insanların ya da toplumun salt anlamda belirleyici olmasına olanak tanımaması gereği anlamında kullanılmaktadır. Birey, erdemlilik sürecinde başarı sağlayabilmek için, kendi ahlaksal değerlerini, yaşam felsefesini, dinsel inançlarını ve bunun gibi diğer, gerçek kişiliğine ilişkin tüm inanç ve değerlendirme biçimlerini; başkalarının ve toplumun etkisinde kalmadan, onların tutsağı olmadan kendi özgün ve özgür istenciyle öztümseyerek ve içselleştirerek oluşturabilmeli, kurabilmelidir. Başkalarının yaşam felsefemizin ve kişiliğimizin oluşmasında belirleyici olmaktan dışlanmaları gereğinin kavranması, bir açıdan da, gerçek bilginin ve erdemliliğin elde edilebilmesi için kesin bir koşul konumundadır. Başkalarına yönelik, bu bağlamda tavır koyabilmek için, kuşkusuz onların kınama ve nor görmelerinden etkilenmemek; dahası, bu kınamalara, destekleyici etken işlevini yükleyebilmek gerekir. Bu anlatımın, yani 'başkaları'nın bu bağlamda değerlendirilmesinin, yalnızca değer yaratma kaynağı olmak açısından söz konusu ve bununla sınırlı olduğu kuşkusuz anımsatılmalıdır. Diğer insanlara ve topluma karşı söz konusu olan her türlü sorumluluklar ve ilişki biçimleri, kuşkusuz geçerliliğini korumakta ve somut konunun dışında kalmaktadır. Başkaları'nın değerlendirilmesine ilişkin önemli bir nokta da, bireyin, erdemlilik sürecindeki gelişimi açısından, diğer insanları yani başkalarını eleştirip değerlendirmekle gündemini sınırlı tutmasındansa, eleştirel yaklaşım ve yeteneğini daha çok kendi kişiliğine yönelterek, gelişmesine katkıda bulunması gereğidir.

Benlik (nefs) ve başkaları, insan için, erdemlilik yolunda birbirini destekler iki engeldir (Geylani).⁴²

C- Baskıcı ve Zorba Toplumsal Yönetim

Baskıcı ve zorba bir toplumsal yönetim olgusunun insan hakları anlayışı ve inancını olumsuz yönde etkileyeceği kuşkusuzdur. İnsan hakları anlayışı ve inancının olumlu yönde yerleşip gelişmesi, mutlak anlamda, çağdaş ve evrensel ölçütler paralelinde özgür bir ortamın varlığı koşuluna bağlıdır. Özgürlüğün olmadığı yerde zor ve baskı vardır; zor ve baskı ise, insanlık yaşamını ve gelişimini engellemekten başka bir sonuç veremez. Çağdaş insanlığın uygarlık yolunda önemli başarılar elde etmesinin, özellikle baskıcı olmayan bir ortamın sağlanmasına bağlı olduğunda hiçbir kuşku yoktur.

Özgürlük kavramı bir yandan eylem, istenç, inanç ve değerlendirmelerimizin öznesi olmamız anlamında istenç özgürlüğünü; diğer yandan da inanma ve davranma özerkliği anlamında inanç ve eylem özgürlüğünü içermektedir. Özgürlüğün bu iki boyutu arasında önemli bir ilişki vardır ve bu yakın ilişki, özgürlüğün bir bütün olarak ele alınmasını ve varlığının benimsenmesini gerekli kılar. Özgürlük konusunda hukuka düşen ödev, bireylerin ve toplulukların hem istenç özgürlüklerinin ve hem de inanç ve eylem özgürlüklerinin gerçekleşmesi için gerekli olan koşulları hazırlamaktır. Siyasal düzenin amacı da bu anlamıyla özgürlük olmalıdır. Hukuk, bütün insanları kendi başlarına birer amaç olarak benimsemek durumundadır; bu bağlamda, hukukun çözümülemesi gereken gerçek sorun,

özgür bilinç sahibi varlıklar olarak bireylerin birbirlerine baskı yapmasını engellemektir. Hukuk, bunu, kişilerin her birinin kendi özgürlüğünü diğer tüm kimselerin özgürlüğüyle uyumlu olarak kullanacağı bir biçimde düzenlemek suretiyle yapacaktır.⁴³

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

Böylece, özgür toplumsal yaşam ortamının sağlanmasının, iki açıdan önem taşımakla bir üstünlük elde ettiği vurgulanmalıdır: Özgür toplumsal yaşam ortamı, bir yandan kendisi bir değer olarak önem taşımakta; diğer yandan ise, hem bir değer olarak kendisinin ve hem de, insan haklarına ilişkin diğer evrensel hukuk değerlerinin bulgulanması, algılanması ve yaşantılanması için bir önkoşul olmakla gerçek önemini göstermektedir. Özgür bir ortam olmadan, özgürlüğün kendisinin bile anlam ve değeri bilinemez.

(42) Güler, s. 261.

(43) Pound, s. 97.

VI- SONUÇ

İnsan haklarının filozofik temelleri konusunda son söz olarak vurgulanması gereken husus, insan hakları kavramı ve olgusunun etik ve inançsal bir yapıya sahip olduğunun anlaşılması gereğidir. İnsan haklarının ahlaki boyutu kavranıp içselleştirilmeden, toplumsal yaşamda adil ve esenlikli bir ortamın oluşturulması olanaklı bulunmamaktadır. Tüm insanlık tarihi sürecinde geçerli ve yerleşik bulunan kadim insanlık idesi, insan hakları çerçevesi ve temelinde bulunan 'hak' ve 'adalet' kavramlarını nesnel ve gencl geçerli olan etik /ahlaki/inançsal bir zeminde algılamış ve bunu 'insani bir varoluş biçimi' olarak sunmuş bulunmaktadır.

Bu bağlamda yapılması gereken, insan haklarının bu önemli ve temel özelliğinin bireysel ve toplumsal düzlemde algılanıp içselleştirilmesi için gerekli ve uygun demokratik olanak ve yöntemlerin işlerlik kazanmasına katkıda bulunmaktır. Bu konuda da öncelikle kamusal ve siyasal erk yetkililerine önemli ödevler düştüğü açıktır. Çağımızın özgün olarak sahip olduğu 'küreselleşme' çerçevesindeki olanaklılık durumları ve özellikle kitle iletişim araçları, bu noktada büyük önem ve etkinlik özelliği arz etmektedir. Çağdaş insanlık olgusu, insan hakları inancının yerleşmesi ya da görmezden gelinmesi yol ayrımında tercihini yapma aşamasına her bakımdan gelmiş bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- ALEKSEYEV, V. P.: İnsan Türünün Kökeni ve Gelişimi (çev. Alaaddin Şenel), İstanbul 1993.
- ARAL Vecdi: Varlığı Vareden İlke Sevgi, İstanbul 2005 (Metinde "Aral VVİS" biçiminde gösterilmiştir).

- ARAL, Vecdi: Adaletli Yaşam, "Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması", İstanbul 1993 (Metinde "Aral AY" olarak gösterilmiştir).
- ARAL, Vecdi: "Dünya Görüşü Nedir?", b.y.: İÜHFD (Halil Arslan'ın Anısına Armağan), Ayır Bası, İstanbul 1978, s.25-41 (Metinde "Aral DGN" olarak gösterilmiştir).
- BOOKCHIN, Murray: Özgürlüğün Ekolojisi - Hiyerarşinin Ortaya Çıkışı ve Çözülüşü (çev. Arif Türker), İstanbul 1994.
- BOTTOMORE, Tom: Siyaset Sosyolojisi (çev. Erol Mutlu), Ankara 1987 (Metinde "Bottomore SS" olarak gösterilmiştir).
- COOKER, Francis William: Readings in Political Philosophy, The Macmillan Company, New York.
- DONNELLY, Jack: Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları (çev. Mustafa Erdoğan/Levent Korkut), Ankara 1995.
- DUBROVSKI, David: The Problem of the Ideal, Progress Publishers, Moscow 1983.
- FOUCAULT, Michel: Ders Özetleri 1970-1982 (çev. Selahattin Hilav), 3. Baskı, İstanbul 1993.
- FRIEDMANN, W.: Legal Theory, Stevens and Sons Ltd., İkinci Baskı, London 1949.
- GÜRBÜZ, Ahmet: Hukuk ve Meşruluk/Evrensel Erdem Üzerine Bir Deneme, İstanbul 1998 (Metinde "GÜRBÜZ HM" olarak gösterilmiştir).
- GÜRBÜZ, Ahmet: Harabede Define/Tasavvuf Felsefesinde Temel Vurgular, İstanbul 2003 (Metinde "GÜRBÜZ HD" olarak gösterilmiştir).

- GÜRER, Dilaver: Abdalkadir Geylani, Hayatı, Eserleri, Görüşleri. İstanbul 1999
- HAKİM, Peter/LOWENTHAL, Abraham F.: "Latin Amerikanın Kırılğan Demokrasileri", b.y.: Demokrasinin Küresel Yükselişi (der. Larry Diamond /Marc F. Plattner), Ankara 1995, s.357-370.
- HAT'EMİ, Hüseyin: "İslam'da İnsan Hakkı ve Adalet Kavramı", b.y.: İnsan Hakları Sempozyumu, İstanbul, Haziran 1995, s.25-40.
- HEGEL: Felsefi Bilimler Ansiklopedisi I, Mantık Bilimi (çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1991 (Metinde "Hegel I'BA" olarak gösterilmiştir).
- HEGEL: Tinin Görüngübilimi (çev. Aziz Yardımlı), İstanbul 1986 (Metinde "Hegel TG" olarak gösterilmiştir).
- HEGEL: Hukuk Felsefesinin Prensipleri (çev. Cenap Karakaya), İstanbul 1991 (Metinde "Hegel HFP" olarak gösterilmiştir).
- HELLER, Agnes/FEHER, Ference: Postmodern Politik Durum (çev. Şükrü Argın/Osman Akınbay), Ankara 1993.
- İBN ARABİ: İlahi Aşk (çev. Mahmut Kanık), İstanbul 1988.
- İMMANUEL KANT: Pratik Usun Eleştirisi, Çev. İsmet Zeki Eyuboğlu, İstanbul 1989.
- KOLAKOWSKI, Leszek: "Demokratik Bir Çağın Belirsizlikleri" (çev. Mehmet Küçük), b.y.: Demokrasinin Küresel Yükselişi (der. Larry Diamond/Marc F. Plattner), Ankara 1995, s. 389-392.
- KUŞEYRİ: (Bulunduğu Yayın) Kuşeyri Risalesi, Haz. Süleyman Uludağ, 3.baskı, İstanbul 1999.
- MARKS, K.: "Mutlak Eleştirinin Üçüncü Kampanyası", b.y.: Marks, K./Engels F. : Kutsal Aile Ya da Eleştirel Eleştirinin Eleştirisi (çev. Kenan Somer), Ankara 1994, s. 136-191 (Metinde "Marks MEÜK" olarak gösterilmiştir).
- NUTKU, Uluğ: "İnsan Hakları İde mi? Gerçek mi?", b.y.: Simurg, Ekim 1996, Sy.1, Mersin Üniversitesi Bilimsel Toplantı Topluluğu.
- ÖZBİLGEN, Tarık: Eleştirel Hukuk Sosyolojisi Dersleri, C.I, İstanbul 1971.
- PERRY, Ralph Barton: Realms of Value : A Critique of Human Civilization, Harvard University Press, Cambridge 1954.
- POOLE, Ross: Ahlak ve Modernlik (çev. Mehmet Küçük), İstanbul 1993.
- POUND, Roscoe: Law and Morals, New York 1969.
- SCHIELER, Max: İnsanın Kosmos'taki Yeri (çev. Tomris Mengüşoğlu), İstanbul, tarihsiz (Metinde "Scheler İKY" olarak gösterilmiştir).
- SCHELER, Max: "Felsefi Dünya Görüşü" (çev. Akın Etan), b.y.: Bedia Akarsu : Çağdaş Felsefe, İstanbul 1979, s.220-231 (Metinde "Scheler FDG" olarak gösterilmiştir).
- SPONVILLE, Andre Comte (Bulunduğu Yayın): L'Express, 25 Mayıs 1995.
- TUSİ, Ebu Nasr Serrac: El-luma' (çev. Prof. Dr. İl. Kamil Yılmaz), İstanbul 1996.

Sokrates'in Savunması ile Kriton Diyaloğunun Hukuka İtaat Yükümlülüğü Açısından Karşılaştırılması

Sercan GÜRLER*

Sokrates'in, Atina gençlerini sitenin tanrılarına ve dini inançlarına karşı çıkmaya teşvik etmek suretiyle yoldan çıkarttığı gerekçesiyle suçlanması ve sonuçta ölüm cezasına çarptırılması, felsefe tarihinin en bilinen hadiselerinden biridir. Sokrates'in, kendisine yönelik bu suçlama karşısında mahkemedeki savunmasını içeren Platon'un *Sokrates'in Savunması* isimli metni de herhalde felsefe tarihi okuma listelerinin ilk sıralarında yer alan metinlerden biridir.

Nitekim bu çalışmanın konusu da Platon'un erken dönem Sokratik diyaloglarından *Sokrates'in Savunması* ve *Kriton*'da ele alındığı biçimiyle Sokrates'in davasının, dava sırasında ve sonrasında sergilediği davranışların incelenmesidir. Böyle bir konunun incelenmesindeki amaç, Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğü sorunu da dahil olmak üzere anlamaya çalışmaktır.

Ashında Sokrates'in davasını ve sonucunda çarptırıldığı ölüm cezasını konu edinen eserler sadece *Sokrates'in Savunması* ve *Kriton* değildir. Bunların yanı sıra Platon'un *Euthyphron* ve *Phae-*

don isimli diyalogları da aynı konuyu ele alır. Fakat bu çalışmada sadece *Sokrates'in Savunması* ve *Kriton* incelenmiştir. Bunun sebebi ise şöyle açıklanabilir: Eski Yunan felsefesine dair tarihi çalışmalarda önemli bir sorun dikkat çeker: Bilindiği gibi Sokrates, sağlığında hiçbir eser kaleme almamış, arkasında yazılı herhangi bir şey bırakmamıştır. Dolayısıyla özellikle Platon'un diyaloglarında karşımıza çıkan Sokrates'in gerçek bir tarihi şahsiyet mi, yoksa Platon'un hayal ürünü bir karakteri mi olduğu konusunda ihtilaf vardır. Fakat yine de *Sokrates'in Savunması* ve *Kriton*'da karşımıza çıkan Sokrates'in gerçek bir tarihi şahsiyet olduğu ve ele alınan olayların da tarihte gerçekten meydana geldiği yaygın bir görüştür. Nitekim Eski Yunan felsefesi tarihinin önemli uzmanlarından W. K. C. Guthrie de *A History of Greek Philosophy* isimli eserinde bu görüşü savunmuştur. Zira bu iki eser, Sokrates'in ölüm cezasına çarptırılmasından kısa bir süre sonra yazılmıştır. Dolayısıyla Platon'un bu iki eserde gerçek tarihi olayları değil de kendi hayal ürünü olayları kaleme alması pek muhtemel değildir. Çünkü Sokrates'in davası, o dönemde

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Adalet Meslek Yüksekokulu Araştırma Görevlisi

(1) *Euthyphron* diyalogunda Sokrates'i, dini sapkınlık ve gençlerin zihnini ve ruhunu ifsad etmekle suçlandığı haberi verirken görürüz. *Savunma*'da ise Sokrates, duruşmada hakkındaki suçlamaları inkâr etmekte ve kendisini savunmaktadır. Fakat bu savunması başarısız olmaktadır. Nitekim *Kriton*'da Sokrates hücrede ve ölüm cezasının infazını beklemektedir. Bu eser, yukarıda da belirttikleri gibi, Sokrates ile dostu Kriton arasında geçen, hukuka itaat yükümlülüğüne dair bir konuşma şeklinde kaleme alınmıştır. Nihayet *Phaedon*, Sokrates ile bir kaç arkadaşı arasında geçen ve infaz günü gerçekleşen bir konuşmayı konu alır. Eserin sonunda Sokrates'in baldıran zehrini içmesi ve ölmesi de anlatılır.

Sercan Gürler

Atinalıların çoğu tarafından bilinen oldukça meşhur bir olaydır. Bu durumda Platon'un tarihi gerçeklerden farklı olaylara yer vermesi pek düşünülemez.²

Çalışmada sadece bu iki eserin incelenmesinin bir diğer sebebi de Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğüne dair görüşlerinin, en yalın bir şekilde bu eserlerde karşımıza çıkmasıdır. Buna karşın iki eser arasında ilk bakışta çelişkili gibi görünen unsurlar vardır. Nitekim bu çalışmanın amacı da çelişkili gibi görünen bu unsurları bir bütünlük içerisinde inceleyip, Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğü hakkındaki düşüncelerini daha sağlıklı değerlendirebilmektir.

Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğü hakkındaki düşüncelerini incelemeye geçmeden, kendisini ölüme götüren tarihi olayları hatırlamakta fayda vardır.

Bilindiği gibi Sokrates, Atina'nın en meşhur isimlerinden biridir. Ömrü boyunca, Atinalıları kendileri hakkında düşünmeye, bir at sineği gibi uyarıya çalışmış, Sofistler ile mücadele etmiştir. Atinalılar, Sokrates'in bu mücadelesini, gençlerin ahlakını bozmak ve onları dinden çıkartmak şeklinde yorumlamış ve Sokrates'i Atina'nın tanrılarını inkâr etmekle suçlamışlardır. Sonuçta Sokrates hakkında ölüm cezası istemiyle dava açılmıştır. Duruşmada Sokrates, suç konusu eylemleri gerçekleştirdiğini inkâr etmemiş, fakat bunların iddia edildiği gibi gençleri yoldan çıkarıcı eylemler olmadığını ileri sürmüştür. Dava sonunda Sokrates'in savunmaları kabul edilmemiş ve hakkında ölüm cezasına hükmedilmiştir.

Bunun üzerine Sokrates, hakkında verilen bu kararı kabul etmiş ve hücrelerinde cezasının infaz edileceği anı beklemeye başlamıştır. İnfazına bir kaç gün kala, zengin ve yaşlı bir yakın arkadaşı olan Kriton, Sokrates'in hücrelerine gelmiş ve kendisini sabah erken saatlerde kaçırabileceğini ve Atina dışında bir yere götürebileceğini söylemiş, ayrıca Sokrates'i niçin kaçması gerektiği konusunda da ikna etmeye çalışmıştır. Fakat Sokrates, Kriton'un teklifini geri çevirmiş, hakkında verilen hükme razı olduğunu belirtmiş, niçin cezasını çekmesi gerektiğini de açıklamıştır. Bu vesileyle kişinin, hukuka itaat yükümlülüğü olduğunu savunmuş ve bunun gerekçelerini de bir bir saymıştır. Böylece, bir yandan düşüncelerine bağlılığını kanıtlamış, diğer yandan da günümüze kadar süren bir tartışmanın, kişinin ahlâken hukuka itaat yükümlülüğü olup olmadığı meselesinin de belki de ilk felsefi ele alınışının örneğini vermiştir.

Sokrates'in konuya dair yaklaşımını incelemeye geçmeden önce hukuka itaat yükümlülüğünden ne anlaşılması gerektiği üzerinde durmak gerekir. Hukuk felsefesi literatüründe özellikle 1960'ların sonundan itibaren ciddi tartışmalara konu olan hukuka itaat yükümlülüğü sorunu, bireylerin, içinde yaşadığı toplumun hukuk kurallarına, salt hukuk kuralı olduğu için uymakla yükümlü olup olmadıkları sorunudur. Bu anlamdaki itaat yükümlülüğü, ahlâki bir yükümlülüktür. Diğer bir deyişle buradaki sorun, kişilerin hukuka itaat etmek şeklinde bir ahlâki yükümlülüğe sahip olup olmadıklarıdır. Tersinden ifade edilirse hukuka itaat yükümlülüğü sorunu, kişi-

(2) Platon'un yukarıda adı geçen Sokratik diyaloglarında karşımıza çıkan Sokrates'in tarihi bir kişilik olan gerçek Sokrates mi, yoksa Platon'un kendi kurgusunun ürünü bir Sokrates mi olduğu tartışması için bkz. A. D. Woodley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, London, The University of North Carolina Press, 1979, ss. 2-5; W.K.C. Guthrie, *A History of Greek Philosophy IV, Plato: The Man and His Dialogues Earlier Period*, New York, Cambridge University Press, 1975, ss. 50, 70-80.

nin belirli bir hukuk kuralına veya hukukun tamamına yönelik bir itaatsizliğinin ahlâken ne zaman meşru sayılacağıdır.³

Hukuka itaat yükümlülüğü sorunu, günümüzde hâlâ canlılığını sürdüren sivil itaatsizlik tartışmalarıyla da yakından ilgilidir. Dolayısıyla Sokrates'in konu hakkındaki görüşlerini incelerken sivil itaatsizliğe de değinilecektir.

Savunma ve *Kriton* diyaloglarında yer aldığı şekliyle Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğüne dair görüşleri arasındaki çelişki, birçok araştırmacının Sokrates'i farklı yorumlamalarına yol açmıştır. Örneğin bir kısım yazar, Sokrates'in, belirli şartlar dahilinde kişilerin hukuka itaatsizliğinin meşru kabul edilebileceğini savunduğunu ve bu yönüyle sivil itaatsizliğin ilk örneğini sergilediğini, buna karşılık diğer bir kısım yazar ise sivil itaatsizlik bir yana, Sokrates'in ödünsüz bir mutlak itaat yanlısı olduğunu ileri sürmüştür.

Sokrates'in çelişki gibi görünen ve dolayısıyla farklı yorumlara yol açan görüşlerini doğru değerlendirebilmek için öncelikle *Savunma* ve *Kriton*'da yer alan söz konusu ifadelerle daha yakından bakmakta fayda vardır.

Sokrates *Savunma*'da mahkemenin kendisi hakkında vereceği hükmü kabul etmeyeceğini şu sözlerle belirtmektedir:

"... şimdi siz, baştan beri benim mahkeme önüne çıkarılmama bile gerek olmadığını söyleyen, hem çıkarılsam bile mutlaka öldürülmem gerektiğini düşünen Anytos'a kanmayıp beni salıverebilirsiniz. Anytos'-

un, "Elinizden kaçırırsanız, peşinden giden çocuklarınız, Sokrates'in öğrettikleriyle bütünüyle yoldan çıkacaklar" sözlerine karşılık bana: "Ey Sokrates, şimdi Anytos'a kulak asmayıp seni salıveriyoruz, yalnız bir şartla, sen de yaşamını bu araştırmalarla, felsefe yaparak geçirmeyeceksin, aksi halde öldürüleceksin" diyebilirsiniz. Beni bu şartlarla salıverecek olsaydınız, size şöyle derdim:

"Ey Atina erleri, ben sizi sayarım, severim. Ancak sizden ziyade tanrıya itaat ederim. Hayattayken ve gücüm yettiği sürece, felsefe yapmaktan, size öğüt vermekten, size her rastladığımda tanıtlamalar yapmaktan, alıştığım gibi şöyle söylemekten vazgeçmeyeceğim: Ey yiğitlerin yiğidi, bir Atinalı olarak -o ki kentlerin en önde geleni, en namıslı kültürüyle ve gücüyle- utanmıyorum musun sadece daha fazla para, şan ve şöhrat peşinde koşup, anlayış gücüyle, hakikatle ve ruhun kusursuzlaştırılmasıyla hiç ilgilenmemekten, bunlara hiç kafa yormamaktan?"⁴

Buna karşılık *Kriton*'da Sokrates, haksız da olsa mahkeme kararına uymak gerektiğini şu şekilde açıklar:

"...biz buradan kaçmak ya da nasıl adlandırmak gerekirse, çıkmak üzereyken yasalar ve devlet gelip karşımıza dikilerek ya 'Söyle bakalım Sokrates, ne yapmak niyetindesin? Senin bu yaptığın, biz

yasaları ve devleti elinden geldiğince çiğnemek değil de nedir? Yoksa sence, mahkeme kararlarının güçsüz kaldığı, olur olmaz kişiler tarafından etkisiz bırakılıp bozulduğu bir devlet yine de varlığını sürdürebilir, ayakta kalabilir mi?" diye sorarlarsa, bu ve benzeri sorulara ne cevap veririz Kriton? Mahkeme kararlarının bozulmaması gerektiğini öngören bu çiğnediğimiz yasadan yana, özellikle bir hatip çok şey söyleyebilir. Buna karşılık 'devlet bize haksızlık etti, hakkımızda yanlış hüküm verdi' mi diyeceğiz, ne diyeceğiz?"⁵

Bunun yanı sıra *Kriton*'da kişinin, haksızlığı konusunda yetkilileri ikna ederse ancak mahkeme kararına uymayabileceği belirtilir. Üstelik bu iknanın kamu önünde açık bir şekilde gerçekleşmesi gerekmektedir:

"İçinizden, bizim ne şekilde kararlar verdiğimiz ve devleti ne şekilde yönettiğimizi görerek burada kalan birinin, buyurduklarımızı yerine getirmede bizimle doğal olarak uzlaşmış olduğunu kabul ederiz ve bu kimse bize boyun eğmezse onun üç şekilde suç işlediğini ileri süreriz. Öncelikle biz onu dünyaya getirenler, yetiştirenler olduğumuz halde bize boyun eğmiyor. İkincisi boyun eğmeyi kabul ettiği halde ne boyun eğiyor ne de yanlış bir iş yapıyorsak bizi yanlış davrandığımıza inandırıyor. Üçüncüsü ise dediklerimiz yapmasına zorbalıkla buyurmayıp sadece önerdiğimiz ya

da bizi inandırmasını veya buyurulanı yerine getirmesini kendisine bıraktığımız halde, bunların ikisini de yapmıyor. Aklından geçirdiklerini yapacak olursan Sokrates, bu söylediğimiz suçlamalara hedef olacaksın; hatta sen bütün Atinalılar içinde en büyük suçlu sayılacaksın."⁶

Buna karşılık *Savunma*'da böyle bir koşulun söz konusu olmadığı, yüksek bir mermiden, yani tanrıdan gelen bir uyarının da hukuka itaatsizlik için yeterli olduğu söylenmektedir.⁷

Yukarıda da söylendiği gibi, Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğüne dair yaklaşımını anlamak isteyen araştırmacılar, *Kriton*'dan çıkardıkları sonuçlar ile *Savunma*'dan elde ettikleri bir takım sonuçları bağdaştırmakta zorluk çekmişlerdir. Zira *Kriton*'da mutlak itaati benimseyen bir Sokrates var gibi gözükürken, *Savunma*'da sadece vicdanına ve Tanrı'nın sesine kulak asan ve bu ses doğrultusunda adil olmayan emir ve kararlara itaat etmemeyi savunan bir Sokrates var gibi gözükür. Bu çelişkiyi açıklamak için, araştırmacılar tarafından bugüne kadar farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bunları kabaca üç grupta toplayabiliriz:

- *Savunma* ile *Kriton* arasındaki geçen zaman içerisinde Sokrates'in fikir değiştirdiğini kabul eden görüş;

- Dolaylı bile olsa *Kriton*'da da itaatsizliği savunan bir Sokrates olduğunu kabul eden görüş;

- *Savunma*'da da tıpkı *Kriton*'da olduğu gibi aslında mutlak itaati savunan bir Sokrates olduğunu kabul eden görüş.⁸

(3) Hukuku itaat yükümlülüğü sorunu ile ilgili daha geniş bilgi için bkz. William A. Edmundson (ed.), *The Duty to Obey the Law*, New York, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999; A. John Simmons, *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1979; Kent Greenawalt, *Conflicts of Law and Morality*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1989.

(4) Platon, *Sokrates'in Savunması*, Çeviri ve Yorum Erman Gören, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2006, 29C-29E, s. 71 (vurgular bana aittir).

(5) Platon, *Kriton*, Çeviri ve Yorum Filiz Öktem, Candan Türkkan, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2005, 50b-c, s. 41.

(6) Platon, *Kriton*, 51e-52a, s. 47.

(7) Woolzley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, s. 41.

(8) Frances Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", *Georgia Law Review*, Vol. 18, 1983-1984, ss. 929-966, ss. 933-938.

Şimdi bu görüşlere daha yakından bakalım.

1. Sokrates'in Fikir Değiştirdiğini Kabul Eden Görüş

Bu, 19. yy. araştırmacılarından George Grote'un yaklaşımıdır. Grote, Kriton'da karşımıza çıktığı haliyle Yasalar'ın görüşlerinin, dönemin Atinası'nın kamuoyunda genel kabul gören bir bakış açısı olduğunu ileri sürer. Grote, Sokrates'in de bu genel kabulü benimseydiğini, dolayısıyla Kriton'da farklı bir Sokrates'in veya Sokrates'in farklı bir yönünün ortaya çıktığını söyler. Dolayısıyla burada Sokrates'in Atina toplumu ile ilişkisi, Platon'un diğer diyaloglarında sunulandan farklıdır. Örneğin *Savunma* ve *Gorgias* diyaloglarında Sokrates, kendisini toplumdan soyutlamış, farklı ve özgün bir tip olarak sunulur ve bu haliyle Atina halkının antipatisine yol açmıştır. Buna karşılık Kriton'da, yukarıda da belirtildiği gibi, Atinalılarla barışık, onlardan biri gibi duran bir Sokrates vardır.⁹

Grote bu değişikliğin iki sebebi olabileceğini belirtir: Sokrates, duruşmadan sonra fikirlerini değiştirmiş veya Platon, Kriton'da Sokrates'i farklı bir kişilikte bize sunmak istemiş, Sokrates'in Atinalı yurttaşları ile daha uyumlu halde bir portresini çizmeyi tercih etmiştir. Grote'a göre Sokrates, ölümünden kısa bir süre önce, mevcut iktidarlara karşı ömrü boyunca sergilediği ve *Savunma*'da da görülen tavizsiz tutumundan vazgeçmiş, uzlaşma yoluna gitmiştir.¹⁰

2. Sokrates'in Hukuka İtaatsizliği Savunduğunu Kabul Eden Görüş

Kriton ile *Savunma* arasındaki çelişkiyi çözmeye çalışan ikinci yaklaşım, Sokrates'in hukuka itaatsizliği, en azından bazı durumlarda meşru gördüğünü savunan görüştür. Bu görüşün temsilcilerinden biri Reginald Allen'dir. Allen, Kriton'dan hareketle Sokrates'in aslında ahlâki ve adil olanın, hukuki olana üstünlüğünü kabul ettiğini ileri sürer. Allen'a göre Sokrates, adaletsizliği emreden bir hukuka itaat yükümlülüğünün olmadığını kabul ederken, kendisi hakkında adaletsizliğe sebebiyet veren bir hukuka itaatsizliği kabul etmez. Diğer bir deyişle hukuka itaatsizlik, kişinin kendisinin bir adaletsizliğe yol açmasını öngören yasalar veya kararlar için meşrudur; fakat kendisine yönelik bir adaletsizlikte meşru değildir.¹¹ Nitekim Sokrates, bunu Kriton'a şöyle açıklar:

"SOKRATES-Kötülüğe gelince Kriton, etmeli mi etmemeli mi?

KRITON- Elbette etmemeli, Sokrates.

SOKRATES-Ya ne yapmalı? Kötülük gören birinin kötülükle karşılık vermesi doğru mudur, yoksa değil midir?

KRITON-Değildir elbette.

SOKRATES-Çünkü insanlara kötülük etmek, sanırım eğrilik etmekten hiçbir şekilde farklı değildir.

KRITON-Doğru söylüyorsun.

SOKRATES-Bir insan ne eğrilik etmeli ne de bir kötülük

görse bile herhangi birine kötülükle karşılık vermemeli."¹²

Allen'ın Kriton ile *Savunma* arasındaki çelişkiyi çözmek için başvurduğu bir başka yol ise yasa ile müeyyide arasında bir ayrıma gitmektir. Allen'a göre, kişinin önünde iki seçenek vardır: ya bütün yasalara itaat edecek ya da itaatsizliğinin sonuçlarına katlanacaktır. Hatta itaatsizlik söz konusu olmasa bile yasalara itaat ile müeyyidelere itaat arasında yine de bir seçim imkânından bahsedilebilir. Buna göre kişi, adaletsizliği emrettiğinde hukuka itaat etmeyebilir. Fakat sonucunda adaletsizliğe uğramak bile olsa itaatsizliğinin müeyyidesine katlanmayı göze almalıdır.¹³ Allen'ın yasa ile müeyyide, yani hukuk ile sonuçları şeklindeki ayrımı, aslında ahlâk felsefesi alanında bir tutumu gösterir. Buna göre kişi, davranışlarının sonuçlarına değil de kendilerine bakmalı, öz niteliğini dikkate almalıdır. Diğer bir deyişle ahlâki açıdan tercih edilmesi gereken sonuççu veya faydacı bir yaklaşım değil, ödev temelli bir yaklaşımdır. Sokrates'in tavrı da ödev temelli yaklaşıma örnektir. Bu açıdan bakıldığında *Savunma*'daki tavrı ile Kriton'daki tavrı arasında bir çelişki de yoktur.¹⁴

Müeyyide üzerine vurgu yapan bir başka görüşe göre, Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğüne dair yaklaşımı, *Savunma* ve Kriton'un yanısıra *Devlet*, *Devletadamı* ve *Yasalar*'ın da dikkate alınması durumunda daha iyi anlaşılabilir.

Bu üç eserdeki Sokrates, kişinin, devlete ve yasalarına mutlak itaatini benimser. Zira Sokrates'in insan doğası, devletin ve devlet adamının işlevi ve niteliği hakkındaki görüşleri, sıradan bir kişinin neyin adil olduğunu tespit edemeyeceği yönündedir. Bunu tespit etmeye ehil kişi, filozof kraldır. Diğer bir deyişle neyin doğru neyin yanlış olduğunu ancak devlet bilebilir. Dolayısıyla adil olmayan bir yönetime itaatsizlik etmek sıradan bir kişi için pek mümkün değildir. Buna karşılık *Savunma* ve Kriton'daki Sokrates'e göre, devletin yanısıra vicdan ve akıl da iyi ve doğru davranışın ne olduğunu tespit edebilir. Hatta bu bağlamda akıl ve vicdan, devletin de üstündedir. Dolayısıyla şayet devlet, akıl ve vicdana aykırı bir kural koyarsa kişinin buna itaat etme yükümlülüğü yoktur. Peki Sokrates, vicdanına göre doğru olan bir şeyi yapmaktan ötürü suçlanmasına karşın niye cezasını kabul etmiş ve baldıran zehrini içmiştir? Bu görüş, eylemlerinin aklına ve vicdanına uygun, bilinçli bir şekilde gerçekleştirdiğini kanıtlamak için Sokrates'in cezasına razı olduğunu ileri sürer. Sokrates'e göre itaatsizlik ancak akıl ve vicdan buyurduğunda meşru sayılır. Herhangi bir çıkar veya fayda sağlama düşüncesi ile gerçekleştirilen itaatsizlik haklı değildir. Sokrates, Atinalılara itaatsizlik gibi gözükken eylemini, hiçbir çıkar gütmeksizin sadece akıl ve vicdanının emretmesi sonucunda gerçekleştirdiğini kanıtlamak için cezayı kabul etmiş, zehri içmiştir.¹⁵

(12) Platon, *Kriton*, 49c, s. 37. Bu çalışmada yer alan doğrudan atıfların yapıldığı *Kriton*'un Türkçe çevirisinde 'doğru', 'doğrulukla', 'eğri' ve 'eğrilikle' şeklinde geçen kelimeler, İngilizce çevirilerde 'just', 'justly', 'unjust' ve 'unjustly' şeklindedir (Bkz. Woolzley'in yukarıda adı geçen kitabının sonunda yer alan kendi çevirisi, Platon, *Kriton*, çev. Woolzley, 49b-c, ss. 148-149.) Kelimenin adil, adaletli vb. anlamlara gelen bu çevirisi, konumuz açısından daha elverişli gibi gözükmektedir.

(13) Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", s. 937.

(14) Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", ss. 937-938.

(15) John T. Bookman, "Plato on Political Obligation", *The Western Political Quarterly*, Vol. 25, No. 2, 1972, ss. 260-267, s. 265.

(9) Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", s. 933.

(10) Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", ss. 933-934.

(11) N. E. Allen, "Law and Justice in Plato's Criton", *The Journal of Philosophy* Vol. 69, No. 18, 1972, ss. 557-567, ss. 562-566; Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", s. 937; Woolzley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Criton*, s. 56.

Bunun yanı sıra *Savunma* ile *Kriton* diyalogları arasında bir çelişki olmadığını ve Sokrates'in her iki diyalogda da itaatsizliği kabul ettiğini ileri süren bir başka görüş daha vardır. Buna göre bu iki diyalog birlikte değerlendirildiğinde Sokrates'in, bireylerin hukuk karşısındaki yükümlülüklerine ilişkin tutarlı bir kuram oluşturduğu söylenebilir.¹⁶ Hukuki yükümlülüklerin temelinde adalet vardır. Bireylerin hukuka itaat etme yükümlülüğünün olması adaletin gereğidir. Fakat adalet aynı zamanda bu yükümlülüğün niteliğini de belirler. Dolayısıyla Sokrates'in adil olmayan bir hukuka da itaat edilmesi gerektiğini benimsediği söylenemez. Adalet hukuka itaati gerektirir. Zira kişi, kendisine yapılan bir haksızlığa yine bir haksızlıkla karşılık vermemelidir. Halbuki hukuka itaatsizlik bu bağlamda bir haksızlık oluşturur. Keza kişi, verdiği söze uymalıdır. Nihayet yine kişi hukuka uygun (adil) bir otoriteye boyun eğmelidir. Sonuçta denebilir ki, hukuka itaat yükümlülüğü, daha öncelikli ve üstün bir yükümlülüğü gerektirir ki o da her zaman adil davranma yükümlülüğüdür. Kişi hukuk karşısında iki tercihe sahiptir: siyasi ve hukuki iktidarı, kendi davranışının adilliğine ikna etmek veya kural-lara riayet etmek.¹⁷

Bu görüşün ilginç bir sonucu olacaktı. Öncelikle belirtilmesi gereken nokta, bu görüşe göre Sokrates'in mutlak itaati kabul etmemesi, belirli şartlar dahilinde itaatsizliği meşru saymasıdır. Bu şartlardan ilki, kişinin hiçbir şekilde başkasına zarar vermemesi gerektiğidir. İkinci şart ise kişinin, ancak adilse verdiği söze uyma yükümlülüğünün

bulunduğudur. Bu bağlamda Sokrates'in *Savunma*'da mahkeme kararına uymaması gerektiğini düşünmesi, Tanrı'ya zarar vereceği endişesinden kaynaklanır. Burada yukarıda belirtilen şartların ilkinin varlığından bahsedilebilir. Fakat ilginç olan şudur ki, Sokrates'in *Kriton*'da mahkeme kararına uyma sebebi de yine aynı şartlardan kaynaklanmaktadır. Zira mahkeme kararı, Sokrates'in uyacağını taahhüt ettiği hukuk sisteminin geçerlilik kazandığı bir karardır. Dolayısıyla verdiği sözü yerine getirme yükümlülüğünün bir sonucu olarak Sokrates, mahkemenin kararına uymacaktır. Diğer bir deyişle *Savunma*'daki mahkeme kararına (Sokrates'in felsefe yapmaktan vazgeçmesi gerektiği) uymak, Tanrı'ya karşı gelmek anlamına gelmektedir ve dolayısıyla adaletsizliği öngörmektedir. Bu sebeple kararın dayanağını oluşturan hukuk kuralına itaat etmek Sokrates için bir yükümlülük değildir. Zira kişinin, adaletsizlik doğuran bir sözleşmeye uyma zorunluluğu yoktur. Buna karşılık *Kriton*'daki mahkeme kararına ("Sokrates'in ölüm cezasına *çarptırılması*") uyma yükümlülüğü vardır. Bu kararın temelini oluşturan hukuk kuralı bağlayıcıdır. Zira Sokrates'i adaletsizlik yapmaya zorlamamakta, kendisine yapılan adaletsizliğe katlanma yükümlülüğü altına sokmaktadır. Eğer Sokrates bu hukuk kuralına itaat etmezse, bu kez de hukuka karşı adaletsizlik yapmış olacaktır.¹⁸

Sonuç olarak Sokrates, bu görüşe göre, mutlak bir hukuka itaat yükümlülüğünü benimsememekte, belirli şartlar dahilinde kişinin itaatsizliğinin meşru sayılacağını kabul etmektedir.

3. Sokrates'in Hukuka İtaati Savunduğunu Kabul Eden Görüş

Sokrates'in her iki eserde de aslında belirli şartlar dahilinde itaatsizliği benimsediğini ve dolayısıyla ilk sivil itaatsizlik örneğini sergilediğini kabul eden görüşlere ciddi itirazlar yöneltilmiştir. Bu itirazların en önemlilerinden biri A. D. Woozley'e aittir.

Konuya dair *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito* isminde oldukça kapsamlı bir kitap da yazar Woozley, Sokrates'in *Kriton*'da açıkça itaat yükümlülüğünü benimsediğini, buna karşılık *Savunma*'da da en azından itaatsizliği desteklemediğini iddia eder. Woozley, yaygın kabul gören görüşün aksine, *Savunma*'da Sokrates'in hukuka itaatsizlik ettiği varsayılan davranışlarının, aslında bu şekilde yorumlanmayabileceğini göstermeye çalışır.¹⁹

Sokrates, *Savunma*'da, ölümü göze alma pahasına hukuka itaatsizlik edebileceğini sözle değil, eylemiyle ispatladığı iki olay zikreder. İlkinde, kamu görevi üstlendiği bir dönemde deniz savaşında ölenlerin cenazesini kaldırarak suçlanan on komutanın, aynı anda ve toplu bir şekilde yargılanmasına, hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle karşı çıkmıştır. Bunun üzerine hakkında kovuşturma açılmasına ve tutuklanmasına karar verilmesine, hatta ölüm cezasına hükmedilmesine karşın, Sokrates yine de kendi bildiğinden dönmemiş, söz konusu davaya katılmamıştır. İkinci olayda ise Otuzlar ismi ile anılan tiranlık rejimi

sırasında yine kendisi ve birkaç arkadaşına, Salamisli Leon'u, idam etmek üzere bulup getirmeleri emredildiğinde, diğerleri kabul etmesine karşın Sokrates kabul etmemiş, böylece yine ölümü göze alarak kendi bildiğinden, hakkaniyeti, adaleti gözetmekten geri durmamıştır.²⁰

Keza yine *Savunma*'da Sokrates, mahkemenin, kendisini bundan böyle felsefe ile uğraşmama şartıyla salıverceğini ilan etmesine karşın, sadece ve sadece Tanrı'nın buyruklarına uyacağını, bu buyrukların ise ömür boyu felsefe ile uğraşması gerektiğini söylediğini belirtmek suretiyle mahkemenin kararına karşı çıkmıştır.²¹

Woozley'e göre yukarıda belirtilen olayların hiçbirisi aslında Sokrates'in itaatsizliği benimsediği şeklinde yorumlanamaz. Zira Sokrates'e göre, ne deniz savaşında ölümleri gömmeyen komutanların toplu yargılanması, ne de Otuzlar'ın, Salamisli Leon'u getirme emri hukuka uygundur. Nitekim Sokrates de toplu yargılanmanın hukuka aykırı olduğunu açıkça belirtmişken, Otuzlar'ın emrinin hukuka aykırılığını ileri sürmeye ihtiyaç duymamıştır. Çünkü, Otuzlar iktidarının, hukuka uygun bir şekilde başa geçmesine karşın zamanla hukuktan ayrıldığını, bir tiranlığı dönüştüğünü ve sonuçta kararlarının hiçbirinin hukuka uygun kabul edilemeyeceğini herkes bilmektedir; Sokrates'in bu gerçeği mahkemede bir kere daha gündeme getirmesine gerek yoktur.²²

idam cezasına *çarptırılan* bir kişi, hücrelerinde iniaş gününü beklerken kaçma imkânına sahip olmasına karşın kaçmıyorsa sadece adaletsizliğe maruz kalmamış, aynı zamanda bir adaletsizliğin gerçekleşmesine de yardım etmiş sayılır. Zira, kendisine yönelik bir adaletsizliğin, yani haksız yere idam cezasına *çarptırılmasının* gerçekleşmesini yine kendi eliyle kolaylaştırmıştır. Tabi burada kaçarken herhangi bir üçüncü kişi veya kişilere zarar vermemeye koşulu da gerçekleşmelidir. Dolayısıyla Sokrates'in kaçmasının ahlâken yanlış olmadığı veya en azından ne doğru ne de yanlış olduğu kanıtlanabilir ve muhtemel bir itaatsizliği haklılaştırılabilir (D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", ss. 1087-1088).

(19) Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", s. 934.

(20) Platon, *Sokrates'in Savunması*, 32B-32D, ss. 79-80.

(21) Platon, *Sokrates'in Savunması*, 29C-29D, s. 71.

(22) Woozley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, ss. 54-55.

(16) Donald H. J. Hermann, "Socrates on Justice and Legal Obligation", *Seton Hall Law Review*, Vol. 11, 1980-1981, ss. 663-678, s. 678.

(17) Hermann, "Socrates on Justice and Legal Obligation", s. 678.

(18) Woozley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, s. 56. Sokrates'in adaletsiz davranmaktansa adaletsizliğe maruz kalmayı tercih ettiği, dolayısıyla mutlak bir itaati kabul etmediğini ileri süren bu görüş, makul olmadığı gerekçesiyle itirazlara yol açmıştır. Bu itirazlara göre örneğin, haksız yere

Keza Sokrates'in mahkeme kararı na değil de sadece Tanrı'nın buyruklarına uyacağını söylediği meşhur pasajı da aslında itaatsizlik olarak yorumlanmayabilir. Woozley, Sokrates'in yukarıda alıntılanan sözlerini etimolojik ve gramatik bir yoruma tabi tutup, mahkemenin Sokrates'e şart koştuğu felsefe yapmama ifadesinin aslında bir *emir* değil, sadece bir *uyarı* olduğunu iddia eder. Oldukça ilginç ve özgün bu yaklaşımında Woozley, öncelikle söz konusu ifadelerin, Sokrates'in bir mahkeme kararına, dolayısıyla hukuka, adil olmadığı gerekçesiyle itaatsizlik ettiği şeklinde de okunabileceğini kabul eder. Fakat bu tür bir yorum, *Kriton* ile *Savunma* arasındaki çelişkiyi açıklamada yetersiz kalır. Dolayısıyla başka türlü bir okumanın gerektiğini söyler. Buna göre, mahkemenin Sokrates'i ancak bundan sonra felsefe ile uğraşmaması halinde serbest bırakacağı şeklindeki beyanı, mahkemenin hükmettiği bir *emir* değildir. Kuşkusuz ortada "Sokrates'in serbest bırakılması" şeklinde bir mahkeme kararı vardır. Fakat mahkemenin aynı zamanda "Sokrates'in bundan böyle felsefe ile uğraşması yasaktır" şeklinde bir *emir* verdiği söylenemez. Mahkemenin, Sokrates'in serbest bırakılması için kabul ettiği şart, elinden alınan özgürlüğüne tekrar kavuşması için değil, özgürlüğünün devam etmesi için kabul ettiği şarttır. Bir kişiyi serbest bırakmanın şartı, serbest kaldıktan sonra belirli bir tarzda hareket etme zorunluluğu olmaz; böyle bir şart olsa olsa ancak zaten serbest birinin, bu durumunu devam ettirebilmesinin şartı olabilir. Bu şekilde yaklaşıldığında mahkemenin burada Sokrates'e bir emir vermediği, sadece bir

uyarıda bulunduğu söylenebilir. Buna göre Sokrates eski faaliyetlerine, yani felsefe ile meşgul olmaya devam ettiği takdirde tekrar yakalanacak ve belki de ölüme mahkûm edilecektir. Buna karşın Sokrates, metinden anlaşıldığı gibi, bu uyarıyı dinlemeyeceğini, yani ömrünün geri kalan kısmında da, tıpkı o güne kadar yaptığı gibi felsefe ile meşgul olmaya devam edeceğini, zira bunun Tanrı'nın bir buyruğu olduğunu söylemiştir. Fakat bir uyarıyı görmezden gelmek, mahkemenin bir emrine karşı çıkmak, yani hukuka itaatsizlik etmek ile aynı şey değildir. Woozley, sonuçta bu şekilde yorumlandığında Sokrates'in aslında *Savunma*'da da itaatsizliği haklılaştırmadığını ileri sürer ve böylece Kriton ile *Savunma* arasında ilk bakışta var gibi gözüken çelişkiyi, her ikisinde de Sokrates'in itaati benimsediği sonucuna varmak suretiyle çözdüğünü düşünür.²³

Sokrates'in hem *Savunma*'da hem de *Kriton*'da itaatsizliği değil de itaati kabul ettiğini ileri süren bir başka görüş de Anthony D'Amato'nunkidir. D'Amato'ya göre Sokrates'in davasının en önemli yanı dava sürecinin adillğine yönelik kabulüdür.²⁴

D'Amato'ya göre Sokrates, kendisini suçlayanlar, yani müşterilerin davranışı ile Atina'nın yargı prosedürünün niteliği arasında bir zıtlık görür. Her ne kadar kendisini suçlayanların bu davranışı ahlâka aykırı ve adaletsizse de yargı prosedürü tamamen adildir.²⁵ Sokrates'e a göre mahkeme, adalet dağıtmak ve Atina yasalarına göre karar vermek durumundadır:

"İyi nam bir kenara, ey yiğitler, ne yargıca yalvarmak ne de

yalvararak yakasını kurtarmak hakça hence, hakça olansa onu bilgilendirmek ve ikna etmektir. Bu koşullarda yargıç adaleti lütuf gibi dağıtacak biri değil, hakça olanla olmayanı birbirinden ayırt edebilecek biri olarak oturuyor orada. Madem ken-dine göründüğü gibi keyfi karar vermemek, yasalara göre yargılamak için yemin ediyor; o halde biz sizi yemininizi bozmaya alıştırılmamalıyız, siz de alışmamalısınız. Yoksa siz de, biz de tanrılara vefasızlık etmiş oluruz. Ey Atina erleri, benim sizin karşınızda bu türden, bana onur getirmeyen, insani ve kutsal yasalara aykırı şeyler yapmamı beklemeyin ben-den."²⁶

Nitekim Sokrates, daha davanın başında hukuka itaat etmesi gerektiğini ve dolayısıyla kendi savunmasını yapacağını belirtmektedir:

"[...] şimdi kendimi savunmak, onca zamandır sahip olduğunuz ön yargıyı böyle kısa bir süre içinde ortadan kaldırmaya çalışmak zorundayım. Hem benim hem sizin için daha iyi olucaksa, böyle olmasını isterim, hem kendimi savunmayı beceririm de. Fakat bunun zor olduğunu anlıyorum, benim için hiç de gizli saklı bir şey değil.

Yine de tanrıya hoş görüldüğü gibi olsun. ben yasaya boyun eğmeliyim. Kendimi savunmamalıyım."²⁷

Sokrates, ömrü boyunca uğraştığı şeyi, yani Atinalılara felsefe öğrettiğini

kabul etmektedir. Diğer bir deyişle kendisine isnat edilen eylemleri inkâr etmemektedir, sadece bunların, iddia edildiği gibi, gençleri yoldan çıkarma ve Atina'nın tanrılarına karşı çıkma suçunu oluşturmadığını söylemektedir. Yani burada *vakiya dair* değil, *yoruma dair* bir hukuki mesele söz konusudur.²⁸

Sokrates, mahkeme kendisini suçlu bulup ölüm cezasına çarptırdığında, bunun meşru bir otoritenin kararı olduğunu ve dolayısıyla itaat etmesi gerektiğini düşünür. Belki haksız yere suçlanmış, jüri üyeleri yanlış hareket etmiştir, fakat Atina'nın hukuk sistemi, ülkenin temel taşıdır ve muhakkak surette saygı gösterilmelidir. Sokrates, kendisini yargılayanlar ahlâka aykırı hareket etmiş olsalar bile, sonuçta Atina yasaları gereğince suçlu bulunduğunu düşünür ve hakkında verilen cezanın infaz edilmesi gerektiğine inanır. Diğer bir deyişle Atina yasalarının, kendi davasında ölüm cezasını gerektirdiği şeklinde yorumlanmasına saygı gösterir.²⁹

D'Amato'ya göre Sokrates, açıkça olmasa bile hukuki prosedürün adillliği ile bu prosedürün sonucunda ortaya çıkan maddi hukukun adillliği arasında bir ayırım gözetmemektedir. Sokrates'in burada ilgilendiği, hukukun somut bir olayda, yani kendi davasında nasıl oluşturulduğudur. Hukuktan anladığı, yazılı veya yazısız, daha önceden kabul edilmiş bir takım kurallar değil, bunların her somut olayda uygulanma biçimidir.³⁰

Sokrates'in sadece kendisi hakkında verilen nihai hükmü dikkate alıp, buna temel oluşturan yasalarla, yani bir bütün olarak Atina hukukuyla ilgilenme-

(23) Woozley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, ss. 44-46, 55-56; Olsen, "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", ss. 935-936.

(24) Anthony D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", *Southern California Law Review*, Vol. 49, 1975-1976, ss. 1079-1108, s. 1084.

(25) D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", ss. 1084-1085.

(26) Platon, *Sokrates'in Savunması*, 35C, s. 89.

(27) Platon, *Sokrates'in Savunması*, 19A; D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", s. 1085 (vurgular bana ait).

(28) D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", s. 1085.

(29) D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", s. 1085-1086.

(30) D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", s. 1086.

diği, dolayısıyla itaat yükümlülüğü sorununun da bu bağlamda düşünüldüğü söylenebilir. Buna göre Sokrates, hukukun uygulanma biçimi olan mahkeme kararının ve bu kararın ortaya çıkma sürecinin, yani yargı prosedürünün adalete uygunluğunun, itaat yükümlülüğünü doğurduğunu, bunun dışında hukukun bir bütün olarak adillığının itaat yükümlülüğü açısından belirleyicilik taşımadığını düşünmektedir.³¹

Sonuç olarak D'Amato'nun görüşüne göre Sokrates, mahkemenin kendisi hakkında verdiği kararın, yani ölüm cezasının, salt yargılama prosedürü adil olduğu için infaz edilmesi gerektiğine inanmakta, böylece hukuka itaat yükümlülüğünü kabul ettiğini göstermektedir.

4. Sokrates ve Sivil İtaatsizlik

Savunma ile *Kriton* diyalogları arasındaki çelişkiyi açıklamaya çalışan bu yaklaşımlardan sonra tekrar baştaki soruya, yani Sokrates'in mutlak itaati mi benimsediği yoksa sivil itaatsizliğin ilk örneğini veren düşünür mü olduğu sorusuna dönülebilir.

Sokrates'in sivil itaatsizlik örneği sergileyip sergilemediği sorusu özellikle *Kriton*'da, yasaların, kişiye bir ikna imkânı sunduğu pasajdan hareketle sorulur. Burada yasalar, Sokrates'e doğru bulmadığı bir yön varsa kendilerini ikna etmek suretiyle itaat yükümlülüğünden kurtulabileceğini söyler. Burada Sokrates'in iki seçeneği vardır: ya yasaların adil olmadığını ve bunun nedenini ikna edici bir şekilde açıklaya-

caktır ya da yasalar neyi emrediyorsa ona itaat edecektir.³²

Kriton'daki bu pasajdan hareketle Sokrates'in modern anlamda sivil itaatsizliği benimsediğini söylemek, pek çok düşünürle göre mümkün değildir. Bu düşünürlerle göre Sokrates belki mutlak bir itaati kabul etmemektedir, fakat modern sivil itaatsizlik kuramının belirlediği koşulları da tam anlamıyla yerine getirdiği söylenemez.³³

Sokrates'in sivil itaatsizliğin ilk örneğini oluşturup oluşturmadığı sorusunu cevaplamadan önce modern anlamda sivil itaatsizliğin ne anlama geldiği incelenmelidir.

Genel anlamıyla sivil itaatsizlik, "hukuk devleti idesinin içerdiği üstün değerler uğruna kamuya açık ve yasaya aykırı olarak gerçekleştirilen, bu sırada üçüncü kişilerin daha üstün bir hakkını çiğnemeyen, barışçıl bir protesto edimi"³⁴ şeklinde tanımlanabilir. Bu tanım da konumuz açısından önemli olan hukuk devleti idesi ve içerdiği üstün değerlerdir. Bu açıdan bakıldığında modern sivil itaatsizliğin belli başlı iki görünümü olduğu söylenebilir:

• İlk görünüm şekliyle sivil itaatsizlik, kişinin içinde bulunduğu durumun, öncelikle ilgili hukuk kuralının emrettiği davranışın ahlâki açıdan eleştirilmesini gerektirmesidir. Hukukun emrettiği bu davranış, kişinin bir takım ahlâki ilke veya yükümlülükleri ile çatışmalı, fakat bunlara ağır basmamalıdır. Örneğin, bir

takım özgürlükleri ve değerleri korumak adına da olsa savaşmayı reddeden kişinin durumu böyledir. Ahlâki ilkeleri, kişiye insan hayatına son vermemesini söylerken, ilgili hukuk kurallı aksini emretmektedir.

• İkinci görünüm şekliyle sivil itaatsizlik, bir hukuk kuralının daha yüksek bir derecede eleştirilmesini gerektirir. Burada kişi, ilgili hukuk kuralına, kendi ahlâki ilke veya yükümlülükleri ile çatıştığı için değil, bizzatihi böyle bir hukuk kuralı olmaması gerektiğini düşündüğü için karşı çıkmaktadır. Yani dikkat edilmesi gereken, hukukun o kişiye emrettiği davranış biçiminin eleştirilebilir olup olmaması değildir. Kişi, kendisi ile doğrudan ilgili olmasa bile ilgili hukuk kuralını benimsememektedir. Kişinin belirli bir hukuk kuralını benimsememesinin iki sebebi olabilir: ya bu tür bir hukuki düzenleme bizzatihi bir hukuk kuralı olmak sebebiyle kabul edilemez niteliktedir; zira vazgeçilmez bir takım değerleri hiçe saymaktadır, ya da bu hukuk kuralının, muhatabı için doğurduğu yükümlülükler ahlâki açıdan kabul edilebilir değildir.³⁵

Sokrates'in, yukarıdaki ilk anlamıyla sivil itaatsizliğin ilk örneğini sergilediği söylenebilir. Zira kendi benimsediği ahlâki ilke ve yükümlülüklerin gereğini yerine getirme ile Atina yasalarının görevlendirdiği bir mahkemenin verdiği karara uyma arasında bir tercihde bulunmak zorunda kalmıştır.

İkinci anlamıyla sivil itaatsizlik ise Sokrates'de görülmez. Kişinin, salt insan olmak hasebiyle adaletsiz muameleye tabi tutulmaması ilkesinden hareketle mevcut bir hukuk kuralına karşı çıkma düşüncesi, sadece Sokrates'e değil Eski Yunan'a da yabancısıdır. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında Sokrates'in sivil itaatsizlik hareketleri ile ilişkisi yoktur.³⁶

Sokrates'in sivil itaatsizliğe örnek oluşturamayacağını savunan bir başka görüş daha vardır. Bu görüşe göre sivil itaatsizlikten bahsedebilmek için kişinin, muhatabı olduğu hukuk kuralının adalete aykırılığına kendisinin karar vermesi gerekir. Kişi böyle bir karara varırken, hukuk dışında başka bir otoriteye, örneğin daha yüksek bir hukuk sistemine (doğal hukuka) veya sadece kendi akıl ve vicdanına başvurmak zorundadır.³⁷

Bu koşullar dikkate alındığında Sokrates'in sorgusuz sualsiz, mutlak bir itaati benimsemediği söylenebilir. Sokrates'e göre bir hukuk sistemine itaat edilmesi, ancak bunun gerekçelendirilmesi durumunda bir yükümlülük oluşturur. Kişi, daha yüksek bir otoriteye başvurmak suretiyle mevcut hukuk kuralının itaati hak etmediğini ispatlayabilirse kendisi adına itaat yükümlülüğü doğmaz. Hatta bu durumda adil bir insanın, itaat etmeme yükümlülüğü bulunduğundan bile bahsedilebilir. Bu, belki modern sivil itaatsizlik kuramı ile Sokrates

(31) D'Amato, "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", s. 1087.

(32) Platon, *Kriton*, 51b-c, ss. 43-45. Ayrıca bkz. Hayrettin Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, 3. Baskı, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi Yayınları No: 6, İstanbul, Eko Kitaplığı, 2001, ss. 21-29.

(33) Woolzley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, s. 39.

(34) Ökçesiz, *Sivil İtaatsizlik*, s. 123.

(35) Woolzley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, ss. 39-40.

(36) Woolzley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, s. 40.

(37) Curtis Johnson, "Socrates on Obedience and Justice", *The Western Political Quarterly*, Vol. 43, No. 4, 1990, ss. 719-740, s. 720.

arasında bir ölçüye kadar bağlantı kurulabilmesine imkân verebilir. Fakat daha yakından bakıldığında Sokrates'in itaatsizliğe dair bir açıklama getirmediği, sadece itaatin koşullarını belirleme çabası içinde olduğu görülür.³⁸

Bu görüşe göre Sokrates, adalete uygunluğu, büyük ölçüde itaatle özdeşleştirmektedir. Diğer bir deyişle adalet, bir itaat meselesidir. Şöyle ki, eğer hukuk, daha yüksek bir otoritenin emirleri ile çatışacak şekilde bir kural koyar ve bu yüksek otoritenin emirleri hukukun emirlerini hükümsüzleştirirse kişi hukukun değil, yüksek otoritenin emirlerine uymakla yükümlüdür. Kişinin, hukukun emirlerine itaat yükümlülüğünün ortaya çıkabilmesi için bu emirlerin haklılaştırılması gerekir. Sokrates'in kendisi bizzat böyle bir şey söylemese de sözlerinden çıkarılabilecek sonuç budur. Buradaki yüksek otoriteden kasıt, kişinin akıl veya vicdanıyla kabul ettiği mercedir. Dolayısıyla Sokrates için aslında itaat yükümlülüğü akıl veya vicdan karşısında söz konusudur. Fakat yine Sokrates için akıl ve vicdan, kişinin diğer otoriteler karşısında itaat yükümlülüğü altına girmesine engel değildir. Diğer bir deyişle daha yüksek bir otorite söz konusu değilken, hukukun otoritesine boyun eğme konusunda akıl ve vicdan sesiz kalmaktadır.³⁹

Buna karşılık modern sivil itaatsizlik kuramına göre, adaletin ölçütünü belirlemede belirleyici olan itaat değil, itaatsizliktir. Kişinin itaat yükümlülüğü, daha yüksek bir otoriteden, daha aşağı bir otoriteye doğru gerçekleşmez. Bir hukuk kuralının veya bir bütün olarak hukuk sisteminin adil olup olmadığı, bağımsız bir ölçüde göre belirlenir. Bu,

daha yüksek bir hukuk sistemi, doğal hukuk, insan onuru vb. olabilir; bu bağlamda hangisinin tercih edileceği önemli değildir. Belirleyici olan, mevcut hukuk kuralının adilliyidir. Eğer hukuk kuralının adil olmadığı sonucuna varılırsa itaatsizlik, bir yükümlülük hâline gelir ve adaletin gereğidir. Dikkat edilmesi gereken şudur: Kişinin sadece itaat etmemesi yeterli değildir; itaatsizliği, bilinçli ve tercih edilen bir tavır olmasıdır. Bu özelliği ile itaatsizlik Sokrates'in üzerinde durmadığı bir seçenektir.⁴⁰

Sonuç

Sokrates'in davasını konu edinen *Savunma* ve *Kriton* diyaloqları, hukuka itaat yükümlülüğüne dair ilk bakışta birbirleriyle çelişen yaklaşımlara yer verir gözükmemektedir. Bunu farkederek Sokrates uzmanları, söz konusu çelişkiyi gidermek için çeşitli açıklama tarzları geliştirmiştir. Bu farklı açıklama çabaları kabaca iki grupta toplanabilir: *Bir tarafta*, Sokrates'in iki diyalogda da belirli şartlara tabi olmakla birlikte aslında itaatsizliği kabul ettiğini ileri süren yaklaşımlar vardır. Bunlara göre kişi, ancak adilse bir hukuk kuralına itaat yükümlülüğü altındadır. Bir hukuk kuralının adil olup olmadığını belirleyen ise kişinin akıl veya vicdanıdır. Bu yönüyle Sokrates, sivil itaatsizlik hareketlerinin ilk temsilcisi de sayılabilir. *Buna karşılık diğer tarafta*, Sokrates'in her iki diyalogda da aslında hukuka itaati benimsediğini, itaatsizliği reddettiğini savunan yaklaşımlar vardır. Bu yaklaşımlar sivil itaatsizlik konusunda da Sokrates'e pek şans tanımaz. Sokrates'in en iyi ihtimalle sivil itaatsizliğe uzaktan ve dolaylı bir katkısı olmuştur, fakat hiç-

bir şekilde tam anlamıyla bir sivil itaatsizlik örneği sergilediği söylenemez.

Bu iki grup görüşü, *Savunma* ve *Kriton*'da yer alan ve çelişik gibi görünen ifadelerin, biraz daha yakından incelendiğinde aslında çelişik olmadığını kabul etmede birleştirir. Ayrıntıların nokta, bu çelişkinin nasıl çözüleceğidir. Bu iki grup görüşün dışında bir başka görüş daha vardır ki, bu ifadelerin çelişik olduğunu kabul etmekte, fakat bunun sebebini Sokrates'in düşüncelerini zaman içerisinde değiştirmesi ile açıklamaktadır. Yukarıda birinci bölümde incelenen bu görüş, yani Sokrates'in duruşmadaki görüşleri ile duruşmadan sonra hüccesinde beklerkenki görüşleri arasında temel bir fark olduğunu savunan görüş, pek inandırıcı gözükmemektedir. Zira ömrü boyunca inandığı şeylerden hiçbir şekilde vazgeçmediğini ve bundan böyle de vazgeçmeyeceğini ısrarla vurgulayan Sokrates'in kendisidir. Nitekim bunu *Kriton*'a şu şekilde izah eder:⁴¹

"Sevgili Kriton, senin bu çaban doğru bir amaca yönelmişse değerlidir, ama değilse büyüklüğü oranında kötü bir çabadır. Buna göre incelememiz gerekir: bu şekilde davranmak doğru mudur, değil midir?

Çünkü ben yalnız bu durumda değil, her zaman kanıtlarım ve duygularım içinde en doğru bulduğum düşünceye uyan bir insanım. Daha önce söylediğim sözleri, böyle bir duruma düştüm diye şimdi yabana atamam; tersine şimdi söylediklerimle öncekiler arasında bir fark görmüyorum; öncekilere olduğu gibi bunlara da saygı duyuyorum; değer veriyorum [...]"⁴²

Dolayısıyla burada üzerinde durulması gereken, Sokrates'in bu iki eserde yer alan ve çelişik gibi görünen ifadelerinin nasıl bağdaştırılacağıdır. Fakat hemen belirtilmelidir ki Sokrates'in hukuka itaat yükümlülüğüne dair tam olarak ne düşündüğünü tespit etmek kolay değildir.

Öncelikle Sokrates'in sivil itaatsizliğin ilk örneğini sergilediği görüşünün biraz abartılı olduğu belirtilmelidir. Zira yukarıda da belirtildiği gibi modern sivil itaatsizliğin hem ortaya çıkış koşulları, hem de amaçları farklıdır ve bunların aynen Eski Yunan'da da geçerli olduğunu söylemek pek makûl değildir ve tarih dışılığı yol açar. Bununla birlikte Sokrates'in sorgusuz, sualsiz mutlak bir itaat yükümlülüğünü benimsediğini ileri sürmek de haksızlık olur. Zira Sokrates'in gerek kendi hayat tarzı ve düşünceleri gerekse *Savunma*'da kendisine yalnız Tanrı'yı rehber edindiğini söylemesi, üstelik kişiye kendini yargılayan mahkemeyi ikna etme inkânı tanınması, kayıtsız şartsız bir itaat yükümlülüğünü benimsemiş olduğunu delildir.

Sokrates'in bir bütün olarak hukuktan ne anladığı, hukuku yazılı ve daha önceden kabul edilmiş bir takım kurallar şeklinde mi, yoksa somut olaylarda uygulandığı şekliyle mi düşündüğü, dolayısıyla itaat yükümlülüğünü sadece mahkeme kararları açısından mı ele aldığı gibi sorular, belki çağdaş hukuk kuramı açısından ufuk açıcı olabilir; fakat Sokrates'in gerçek fikirlerinin anlaşılmasında çok da fayda sağlamaz. Zira çağdaş hukuk kuramları açısından önem taşıyan bu ayrımların, Sokrates'in zihninde de yer aldığını söylemek kolay değildir.

(38) Johnson, "Socrates on Obedience and Justice", ss. 737-738.

(39) Johnson, "Socrates on Obedience and Justice", s. 738.

(40) Johnson, "Socrates on Obedience and Justice", ss. 738-739.

(41) Woolley, *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, s. 41.

(42) Platon, *Kriton*, 46b, s. 25 (vurgular bana aittir).

Buna karşın çağdaş adalet kuramında kabul edilen *maddi adalet ve şekli adalet* ayrımı⁽⁴³⁾, Sokrates'in görüşlerini anlamada yardımcı olabilir. Buna göre Sokrates'in itaat yükümlülüğünün varlığı için hukukun şekli anlamda adil olmasını yeterli gördüğü söylenebilir. Diğer bir deyişle usulüne uygun bir şekilde çıkarılan kanunlar ve bunların yine bir takım usul kuralları gereğince mahkemeler tarafından uygulanması, kişinin hukuka itaat yükümlülüğünün doğması için yeterlidir. Şekli anlamda adaletin bu gereklerine uyulmadığında kişinin itaat yükümlülüğü de geçerliliğini yitirir.

Sokrates'in, kendisine yöneltilen suçlamayı reddetmesine karşın hakkında verilen ölüm cezasına razı oluşu, hukuka itaat yükümlülüğünü kabul ettiğini gösterir. Sokrates, hayatı boyunca yaptığı şeyin, yani Atinalılara felsefe öğretmenin değerinin bilincindedir. Fakat hukuk karşısında bu düşüncesinin pek de önemi yoktur. Diğer bir deyişle kişilerin bireysel düşünce ve kanaatlerinin hukuk söz konusu olduğunda, her zaman geri planda kaldığının farkındadır. Bu bağlamda Eski Yunan'ın hukuk sistemi açısından örneğin bir Gorgias'ın düşünceleri ile Sokrates'in düşünceleri arasında değer bakımından bir derece farkı yoktur. Önemli olan hukuk sisteminin hangi kuralları kabul ettiği ve bunlara uyulmadığında önceden belirli bir takım esaslara uygun şekilde yargılamanın gerçekleşip gerçekleşmediğidir. Bu noktada hukukun muhatabının kim olduğu önemli değildir. Bu kişi, ömrü boyunca hakikat peşinde koşan Sokrates olabileceği gibi, hakikatin kişiden kişiye göre değiştiğini, dolayısıyla hakikat diye bir şeyin varolmadığını söyleyen Gorgias da olabilir. Bu açıdan bakıldığında Sokrates'in binlerce yıl önceden, günümüz

hukuk anlayışının en önemli özelliklerinden birincisi işaret ettiği söylenebilir. Dolayısıyla bu gerçeği dile getiren aşağıdaki sözlerin haklılık payı oldukça yüksektir:

"Sokrates'in tarihe mül olmamasının bir sebebi de beşeri hukuka itaat yükümlülüğünün, bu hukukun her türlü sonucunu onaylamayı veya erdemine inanmayı gerektirmediği düşüncesi uğruna hayatını feda etmesidir. (Yargıç Frankfurter)"⁽⁴⁴⁾

Sokrates'in tavrı, hukuk felsefesi açısından önemli tartışmalar doğursa da asıl değerini, ahlâk felsefesi alanında gösterir. Sokrates, haksız olduğunu düşündüğü bir mahkeme kararına dahi itiraz etmemiş, cezasına razı olmuştur. Sokrates'in bu davranışı, her şey bir yana, *Kriton*'un önerdiği çözümü kabul etmeyişi açıkça görüldüğü gibi, ahlâki açıdan ilkeli olmanın en güzel örneklerinden birini oluşturur. Sokrates, *Kriton*'un önerilerine, ne kadar cazip gelirse gelsin karşı çıkmıştır. Böylece ahlâki davranışın, kişisel menfaat, fayda vb. amaçların elde edilmesiyle değil, akıl ve vicdanın doğru kabul ettiğini, ne pahasına olursa olsun gerçekleştirmekle anlam kazanacağını bize göstermiştir. Sokrates'i tarihe mül eden de işte bu tavidir.

Sokrates'in Savunması ve *Kriton* diyalogları, hukuka itaat yükümlülüğünü felsefi düzeyde tartışan ilk metinlerdir. Platon bu diyaloglarda, bir yandan bize hukuka itaat yükümlülüğü sorunu üzerine yeniden düşünme imkânı sunmakta, diğer yandan da doğru ahlâki davranışın somut bir örneğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Allen, N. E.: "Law and Justice in Plato's *Crito*", *The Journal of Philosophy* Vol. 69, No.18, 1972, ss. 557-567.
- Bookman, John T.: "Plato on Political Obligation", *The Western Political Quarterly*, Vol. 25, No. 2, 1972, ss. 260-267.
- D'Amato, Anthony: "Obligation to Obey the Law: A Study of the Death of Socrates", *Southern California Law Review*, Vol.49, 1975-1976, ss.1079-1108.
- Edmundson, William A. (ed.): *The Duty to Obey the Law*, New York, Oxford, Rowman & Littlefield Publishers, Inc., 1999.
- Greenawalt, Kent: *Conflicts of Law and Morality*, New York, Oxford, Oxford University Press, 1989.
- Guthrie, W.K.C.: *A History of Greek Philosophy IV, Plato: The Man and His Dialogues Earlier Period*, New York, Cambridge University Press, 1975.
- Gürler, Sercan: *Ahlâk ve Adalet, Çağdaş Ahlâk Felsefesi ve Adalet Sorunu*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007.
- Hermann, Donald H. J.: "Socrates on Justice and Legal Obligation", *Seton*

Hall Law Review, Vol. 11, 1980-1981, ss. 663-678.

• Johnson, Curtis: "Socrates on Obedience and Justice", *The Western Political Quarterly*, Vol. 43, No. 4, 1990, ss. 719-740.

• Olsen, Frances: "Socrates on Legal Obligation: Legitimation Theory and Civil Disobedience", *Georgia Law Review*, Vol. 18, 1983-1984, ss. 929-966.

• Ökçesiz, Hayrettin: *Sivil İtaatsizlik*, 3. Baskı, Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji Arşivi Yayınları No: 6, İstanbul, Eko Kitaplığı, 2001.

• Platon: *Kriton*, Çeviri ve Yorum Filiz Öktem, Candan Türkkan, İstanbul, Kabalı Yayınevi, 2005.

• Platon: *Sokrates'in Savunması*, Çeviri ve Yorum Erman Gören, İstanbul, Kabalı Yayınevi, 2006.

• Simmons, A. John: *Moral Principles and Political Obligations*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1979.

• Woozley, A. D.: *Law and Obedience: The Arguments of Plato's Crito*, London, The University of North Carolina Press, 1979.

(43) Maddi adalet ve şekli adalet kavramları hakkında daha fazla bilgi için bkz. Sercan Gürler, *Ahlâk ve Adalet, Çağdaş Ahlâk Felsefesi ve Adalet Sorunu*, İstanbul, Legal Yayıncılık, 2007, ss. 69-71.

(44) Hermann, "Socrates on Justice and Legal Obligation", s. 663'den aynen alıntı.

GİRİŞ

Enformel ekonomi, tüm dünya ülkelerinde olduğu gibi ülkemizde de büyüyor. Esnek ürtime bağlı olarak taşeronlaşmanın ve esnek çalışma biçimlerinin yaygınlaşması, yapısal uyum programlarının uygulanması, özellikle eğitim ve sağlık alanlarının özelleştirilmesi aracılığıyla devletin küçülmesi gibi, küreselleşme döneminde tüm ülkelerde gözlenebilen süreçler, çalışan sınıfların niteliğinde ve bileşiminde önemli değişimlere neden oldu. Pek çok çalışmaya konu olan bu değişimleri tek bir cümleyle özetlemek gerekirse, denebilir ki, güvencesiz çalışanlar, çalışan sınıflar içerisinde giderek daha büyük bir kesimi temsil eder hale geldiler. Bunun emek/çalışanların hakları ve bu haklar için gerçekleştirilen mücadeleler bakımından nasıl sonuçlara yol açtığı, bu yazının tartışma odağını oluşturuyor.

Bu odak, her şeyden önce yeni ortaya çıkan çalışan/işçi kesimlerinin, “eski” işçi kesimlerinden farklarına değinilmesini ve bu iki grup arasındaki gerilimlerin irdelenmesini gerektiriyor. Çünkü, bu yeni işçi kesimlerinin tüm diğer hakları için belirleyici önem

taşıyan örgütlenme hakkına dair hukukun gelişimi, büyük ölçüde eski kesimlerin ve onların örgütlerinin bu “yeni” işçilere yönelik tavırları, bu tavırlar ise aralarındaki farklar zemininden beslenen gerilimler ile ilişkili.

Bu gerilimlerden ilki, enformel ekonomi içinde çalışan işçilerin kötü çalışma koşullarında ve çok düşük ücretlerle, sosyal koruma kapsamının çoğunlukla tamamen dışında çalıştırılabilmeleri nedeniyle, ve esnek üretim imkânları sayesinde giderek daha fazla işin enformel ekonomiye kaydırılmasından kaynaklanır.

Bir diğer temel gerilimi, tüm güvencesiz çalışma biçimlerinde ve enformel ekonomi içindeki tüm çalışma biçimlerinde kadınların ağırlıkta olması, buna karşılık klâsik güvenceli çalışma biçimlerinde ve “eski” işçi örgütlenmelerinde erkeklerin toplanması oluşturur.

“Yeni” işçi kesimlerinin hak temelli mücadele/aktivizm ve örgütlenmeleri, bir yandan işçi sınıfının bileşimi ve cinsiyetliliği, öte yandan çalışanların hâlihazırda var olan hak temelli örgütlenmelerinin niteliği ve özellikleriyle etkileşim içinde biçimleniyor. Başka bir deyişle, hem, deyim yerindeyse yeni bir

“mücadele hukuku” geliyor, hem de emek haklarına ilişkin var olan yazılı hukuk değişiyor.

Bu sunuşta, enformel çalışanların sendikalaşması sürecinde mücadele hukukunun gelişiminin yazılı hukukun değişmesiyle nasıl iç içe olduğunu, hak örgütlenmelerinin oluşum sürecinin, yani aktivizmin (yazılı) emek hukukunun gelişimine nasıl katkı yaptığına ilişkin bazı noktaları irdeleyerek, konuya bir giriş yapmayı deneyeceğim.

Elbette ki bu yazının sınırları, ancak, bazı temel noktaların, ülkemizden ve dünyadan belli başlı bir iki örnek üzerinden tartışılmasına imkân veriyor. Kapitalizmin ilk dönemlerinden itibaren var olmakla birlikte, özellikle 1960’ların sonlarından başlayan dönüşümle birlikte en yaygınlaşan çalışma biçimlerinden biri, 1996’da² kullanıma giren adlandırılışıyla ev-eksenli çalışmadır. Örneklerimden bazıları, ev-eksenli çalışma üzerinden olacak. Yukarıda saydığım süreçlerle büyüyen güvencesiz çalışan kesimlerin bir diğeri ise, tarım işçileri daha doğrusu tarım işsizleridir. Gerçekten de upkı Sanayi Devrimi’nin ilk yıllarında, ticaret kapitalizminden sanayi kapitalizmine geçişte İngiltere’de yaşanan çitleme hareketi sonucunda topraklarından atılan ve kent merkezlerine, fabrikalara “sürülen” köylüler gibi, 1980’lerden itibaren Latin Amerika’nın çeşitli ülkelerinde de topraklarından sürülen tarım işçileri,

kentlere yığılmış ve kent yoksullarını oluşturmuştur. Bu ülkelerden biri olan Brezilya’da önceleri “kent yoksulları” diye anılan fakat kendi adlandırmalarıyla “topraksız” kesimlerin örgütlenmesi, halen dünyanın en büyük örgütlenmelerinden biri haline gelmiş olan MST’dir (Topraksız Köylüler Hareketi). Diğer örneklerim de bu hareketten olacak.

“İŞÇİLER”, GÜVENCESİZ ÇALIŞANLARA KARŞI!

Alışıl gelmiş, “fabrikada” çalışan, yani hayatı işyeri/ev mekân ayrılığı zemininde örgütlenmiş, genellikle³ güvenceli çalışanların işçi sınıfı içinde oransal olarak giderek daha küçük bir azınlık haline gelmelerinin, emek hareketleri ve örgütlenmeleri ve dolayısıyla mücadele hukuku bakımından çok çarpıcı sonuçları da oldu. Bu sonuçları tartışmadan önce, nasıl bir küçülmeden söz ettiğimi örneklemek istiyorum. Mesela Avustralya’da 1980’lerin ikinci yarısında kadın hazır giyimi sektöründe 1 fabrika işçisine karşılık 14 dışardan çalışan (out-workers) işçi vardı; o sıradaki adıyla TCFUA’nın (Tekstil, Kumaş ve Ayakkabı İşçileri Sendikası) yaptığı bir araştırma, bu oranın 1990’ların başında 1’e 15’e ilerlediğini ortaya koymuştur.⁴ Aynı araştırmanın bir diğer bulgusu, 1980’lerde ortalama 6 fabrika işçisi çalıştıran bir şirketin 200 dışardan işçi

(1) Karl Marx, “Bağımsız ev üretimi”nin kapitalizmle birlikte “bağımlı ev üretimi”ne dönüştüğü süreci çeşitli örneklerle anlatır (Kapital, Cilt I ve II, çev. Mehmet Selik, Odak Yayınları, 1974).

(2) ILO (Uluslararası Çalışma Örgütü), bu tarihte kabul ettiği HomeWork/Evde Çalışma konulu Sözleşme (No 177) ve Tavsiye Kararı’nda (No 184) “Evde Çalışma”yı, bağımlı çalışma olarak tanımladı. Oysa evde gerçekleştiren çalışma bağımlı olabildiği gibi bağımsız da olabilmektedir; evde çalışanlar örgütleri, bu nedenle, bağımsız evde çalışanları da kapsayan bir terim olarak ev-eksenli çalışma terimini kullanmaya başladı.

(3) “İçerde” çalışmak, her zaman iş güvencesine sahip olmak anlamına gelmiyor. Fakat (düzenli istihdam edilen dolayısıyla gelir ve haklar güvencelerine sahip çekirdek işçiler – iş olduğunda o süreyle sınırlı istihdam edilen ve ne gelir ne de haklarla ilgili güvencelere sahip olmayan çevre işçileri / core workers- periphery workers) ayrımı tam da güvencelik niteliği üzerinden gerçekleşiyor.

(4) TCFUA, Hidden Cost of Fashion, Sendika Yayını, Sydney, s. 9.

* Bu yazı, HFSA’nın İstanbul Barosu’nun işbirliğiyle düzenlediği “Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar IV” (İstanbul, 25–29 Ağustos 2008) toplantısı için hazırlanan ancak sağlıklı ilgili nedenlerle katılamadığım için sunulamayan bildirinin çok küçük bir veri eklemesi hariç, aynıdır.

** Dr. Muğla Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Görevlisi

çalıştığı şeklindeydi. Bu kesinlikle sadece Avustralya'ya ya da tekstil/konfeksiyon sektörüne özgü değildir. En modern sektörlerden biri olan otomotivde esnek üretimin öncüsü şirketlerden biri olan Toyota'nun 36 bin taşeron iş dağıttığı⁵, bunların da evlerdeki işçilere iş verdiği eski bir bulgudur. ILO'nun (Uluslararası Çalışma Örgütü) 1995 tarihli Evde Çalışma Raporu, bu çalışmanın yaygınlaştırılmasının ardındaki önemli bir nedenin, insanların, iş güvencesinin, sosyal hakların, ücret/gelir sürekliliğinin ve güvencesinin ya hiç olmadığı ya da çok kötü olduğu koşullarda çalıştırılabilmesi olduğu saptamasını yapmaktadır.

Başka bir deyişle, daha düşük ücretlerle daha kötü koşullarda çalıştırılabilen işçiler arttıkça, bir yandan güvenceli çalışanlar yani iş güvencesine ve çalışmaya bağlı haklara sahip olanlar, çalışan sınıflar içerisinde giderek azaldı, adeta "şanslı azınlık" haline geldi; ama bu durum, bir yandan da kendi güvenceliliklerine yönelen tehdidi, yeni işçi kesimleriyle özdeşleştirmeleri ölçüsünde yeni çalışma biçimlerine yönelik geliştirdikleri dışlayıcı tavırlar için de zemin oluşturdu. Var olan işçi örgütlenmelerinin, asıl olarak eski işçilerin örgütlenmeleri olması ölçüsünde de, bu dışlama tavırları işçi örgütlenmelerinin en azından ilk tavrını biçimlendirdi. Yeni ve güvencesiz çalışanların büyük ölçüde kadınlardan oluşması da bu eğilimi güçlendiren bir etki oldu. Başka bir deyişle, "işçiler"in

hissiyatı, var olan işçi örgütlerinin (sendikaların) tavrına dönüştü ve sendikaların giderek genişleyen bir kesimi oluşturan güvencesiz çalışanlara yönelik ilk tavırları, onları sınıfdışları olarak benimsemek yerine "ekmeklerini çalanlar" olarak görmek ve bu çalışma biçimlerinin yasaklanması için uğraşmak oldu. Bunun çok iyi bir örneğini, sanayi devriminden beri var olmakla birlikte özellikle küreselleşmeyle birlikte gerçekleşen dönüşümlerle yaygınlaşan başlıca güvencesiz çalışma biçimlerinden biri olan ev-eksenli çalışmaya karşı, var olan sendikaların aldıkları tavır oluşturur. Çok çeşitli örnekler mümkün; ama sadece biriyle yetineceğim. Yukarıda bir araştırmasından da söz ettiğim Avustralya'daki TCFUA, ücretleri düşürdüğü ve fabrika işçileri için toplu pazarlık zeminini ortadan kaldırdığı gerekçeleriyle, dışardan çalışmanın (outwork) yasaklanması şeklindeki yaklaşımını ancak 1986'da değiştirmiştir.⁶ Türkiye'de de en büyük işçi konfederasyonu olan Türk-İş'in 2001 kadar yeni tarihli bir yayını olan *Eve İş Verme: Sorunlar, Öneriler* adlı kitapçıkta, bu çalışma biçiminin "Maliye Bakanlığı'na bilgi verilerek" "bu konudaki yasaların gerektiği gibi uygulanması sağlanarak eve iş vermenin en azından kısıtlanabileceğine"⁷ ilişkin öneri geliştirilmektedir.

Fakat bu yasaklama tavrı, sonuçta bir ilk tavidir ve aslında sendikaların yeni çalışma biçimlerine yaklaşımının yıllar içinde dışlamadan kapsamaya doğru geliştiğini söylemek mümkündür.

Üretimdeki değişim ve bunun üye tabanlarında yarattığı aşınma, giderek daha fazla sendikayı bu yeni işçi kesimlerini örgütlemeye yöneltmiştir. Bu türden yönelim değiştiren en eski ve en başarılı sendikalardan biri, Madeira Nakış İşçileri Sendikası'dır. Bu sendika önceleri sadece fabrika işçilerini örgütlerken 1975'ten itibaren tüm sektörü yani ev-eksenli çalışanları da örgütlemeye yönelmiş, gayet yaratıcı örgütlenme yöntemleri kullanmış, girdiği ittifaklarla adadaki tüm sektörü örgütlemeyi başarmıştır. 1979'da ev-eksenli çalışanlar için ilk büyük kazanımını, sosyal güvenlik hakkını elde eden sendika,⁸ 1999'da da kadınlara erken emeklilik kazandı. Halen Madeira'da ev-eksenli çalışanlar emeklilik dahil, işsizlik sigortası, aile yardımı gibi çeşitli sosyal haklardan yararlanmaktadır.⁹

Ancak sendikalarla ilişki her zaman bu kadar "rahat" olmamıştır. Mesela 1971'de Hindistan Gujarat Eyaleti'ndeki TLA (Tekstil İşçileri Sendikası) da 1970'lerin başında "büyük işçi gruplarına sendikalaşmanın, mevzuatın ve devlet politikalarının hiç dokunmadığı" saptamasından hareketle, "serbest çalışan"¹⁰ kadınları örgütlemeye başlamış, ve bu grubun ayrı bir örgütte örgütlenmesinin daha uygun olacağına karar verilerek, 1972'de kısa sürede dünyadaki en başarılı enformel çalışan örgütlenmelerinden biri olan SEWA (Serbest Çalışan Kadınlar Örgütü) kurul-

muştur.¹¹ Ancak SEWA'nın kurucularından olan ve bu süreci aktaran Jhabvala, 1981'e gelindiğinde TLA ile SEWA'nın ilişkilerinin bozulmuş olduğunu belirtir ve bunun nedenleri olarak, TLA'nın "kendi orta yerinde iddialı bir kadın grubunu kabul etmemesi"ni ve "ayrıca örgütlü sektördeki işçileri temsil eden TLA'nın çıkarlarının, örgütsüz kadın işçileri temsil eden SEWA'nın taleplerinin sık sık çatışması"nı¹² gösterir.

Dolayısıyla, şöyle söylenebilir: Her ne kadar yönelim, bu yeni kesimleri örgütlenme şeklindeyse de, bu süreçte ev-eksenli çalışanlar, eski işçi grupları ve onların örgütleriyle aralarındaki gerilimler nedeniyle, var olan sendikaların dışında, kendi örgütlenmelerini oluşturmak durumunda kaldılar. Başka bir deyişle, güvencesiz çalışanların kendi örgütlenmelerini oluşturmaları, bir yandan işçiliklerinin ama diğer yandan işçiliklerinden doğan taleplerinin diğer işçi kesimlerince ve ilgili taraflarca tanınıp kabul edilmesi sürecini, gerektirmiştir.

"İŞÇİ" VE "SENDİKA" OLMAK MÜCADELESİ

Halen dünyadaki en güçlü ve başarılı güvencesiz çalışan işçiler sendikalarından biri olan SEWA (Gujarat, Hindistan), üyelerinin "işçi" kendisinin de "sendika" olduğunu kabul ettirebilmek için sıkı bir hukuk savaşı vermiştir. Çalışma Bakanlığı, "hiçbir bildirilmiş işveren olmayınca, işçilerin

(8) Rowbotham, Sheila, 1999, s. 14-15.

(9) Jhabvala, Renana, 1994, s. 115.

(10) Self-employed. Bu terim, Türkiye'de avukatlık, mühendislik gibi profesyonel mesleklerde çalışanları çağırılmaktadır ama buradaki kullanımı, (tek) bir işverene bağlı olmaksızın çalışan şeklindedir.

(11) Jhabvala, Renana, 1994, s. 115.

(12) Agy, s. 115.

(13) Jhabvala, Renana, Dignity and Daily Bread, s. 115

(14) Halen SEWA'nın 350 bini aşkın üyesi var. Bu üyelerin üçte birini ev-eksenli çalışanlar, kalanını ise sokak satıcıları oluşturuyor.

(5) Swasti Mitter, "On Organising Women in Casualised Work: A Global Overview", Dignity and Daily Bread, ed. S. Rowbotham and S. Mitter, Routledge, 1994. Kaldı ki Japon modelinin başarısı, gerek gelişmekte olan ülkelerde "stoksuz" ve "anında" [just in time] üretim organizasyonuna yönelimi artırmıştır; Mitter'in ifadesiyle, "Eğilim, Japonların izinden gitmektir" (s. 17).

(6) Rowbotham, Sheila, 1999, s. 10.

(7) Koç, Yıldırım, 2001, s. 57-58.

kendisine karşı mücadele edeceği hiç kimsenin de olamayacağı" savına karşı, SEWA "bir sendikanın ille de bir işverene karşı mücadele etmesi gerekmediğini, fakat işçilerin birliği için mücadele ettiğini" savunmuş¹⁵ nihayet 1972 Nisanı'nda kendini sendika olarak tescil ettirmiştir.¹⁴

Ev-eksenli çalışanların "işçi" olarak kabul edilmeleri mücadelesinde çok önemli adımlardan biri, aynı zamanda uluslararası ev-eksenli çalışanlar hareketinin bir kazanımı da olan Evde Çalışma konulu ILO Sözleşmesi'nin kabulüdür. 1996'da kabul edilen bu sözleşmeyle (No 177), evde çalışma, bağımlı çalışma olarak tanımlandı ve evde çalışanların da tüm diğer işçilerle aynı haklara sahip olması gerektiği vurgulandı. Aktivizm ve haklar arasındaki ilişkiler bakımından ilginç bir ipucu, bu sözleşmenin kabulü için gerçekten de hem ulusal düzeylerde hem de uluslararası düzeyde ciddi kampanyalar yürütmüş olan HomeNet (Uluslararası Ev-eksenli Çalışanlar Dayanışma Ağı)¹⁵ ve üyesi örgütlerin yayınlarında bu olayın duyuruluşunda kullanılan dildir: *Victory for Homebased Workers! (Evde Çalışan İşçilerin Zaferi!)*

Aktivizm ile emek haklarının gelişmesi arasındaki ilişkiye başka örnekler de verilebilir. Fakat şimdi başka bir tarafını, meşruiyet ve mümkünse yasallığa gösterilen özeni örneklemeye geçmek istiyorum.

MESRUIYET ÖZENİ

Yeni işçi kesimlerini temsil eden örgütler, kendilerini ister hareket (MST) ister sendika (SEWA) olarak adlandırsınlar, eylemlerini yasalara dayandırmaya ve böylelikle meşruiyetlerini hukuki bağlamda gerçekleştirmeye gösterdikleri özenle dikkat çekiyorlar. Her şeyden önce, uluslararası belgelerin öneminin tanınması söz konusu; ayrıca yukarıda verdiğim ILO Sözleşmesi örneğinde bizatihi uluslararası yasa oluşumuna katılma iradesi somutlaşıyor.

Bu hukuki meşruiyet¹⁶ arayışına ilk örneğim yine ev-eksenli çalışmadan fakat bu kez Türkiye'den. Kasım 2008 sonunda yapılan *Yıllık Planlama Toplantısı*'nda Türkiye HomeNet Ev-Eksenli Çalışan Kadınlar Dayanışma Ağı, kendini Ev-Eksenli Çalışanlar Sendikası Girişimi'ne dönüştürme kararı aldı ve bir deklarasyon hazırladı. Kurulacak sendikanın nasıl bir sendika olacağına ve gelecekte neler yapacaklarına ilişkin, deklarasyonda şu ifadeye yer veriliyor:

"Şu an ülkemizde geçerli yasaların bizim sendikalaşmamıza imkân vermediğini biliyoruz. Ama uluslararası hukuktaki dayanaklarımızı ve TC Anayasası'nın uluslararası hukuka öncelik verdiğini de biliyoruz. Girişimimizin hukukiliğine ve meşruiyetine inancımız tam."¹⁷

Burada atıf yapılan uluslararası hukuki dayanaklar, *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi* ve *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*'dir. *İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*'nin 23/d maddesi, "Herkesin menfaatlerini koruması için

sendikalar kurmaya ve bunlara katılmaya hakkı vardır" der.¹⁸ *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* de benzer bir şekilde, 11. maddesinde "Herkes barışçı amaçlarla toplantılar yapmak, dernek kurmak, ayrıca çıkarlarını korumak için başkalarıyla birlikte sendikalar kurmak ve bunlara katılmak haklarına sahiptir" diye belirtir. İlginç olan belki de, işçilerin sendika kurma haklarını sadece işçilere değil de tüm herkese tanınmış haklar üzerinden gerçekleştirmeye çalışmalarıdır. Yalnız burada, Türkiye HomeNet Dayanışma Ağı'nın ve içindeki örgütlenmelerin "işçi" olduklarını kanıtama uğraşından vazgeçmediklerini, aksine bu uğraşın yanı sıra uluslararası hukuka ve T.C. Anayasası'na dayalı meşruiyet sağlama çabasına girdiklerini vurgulamam gerek. Nitekim sonradan oluşturulan Türkiye HomeNet Ev-Eksenli Çalışan Kadınlar Dayanışma Ağı içinde yer alan örgütlenmeler, 2006 yılında "ev-eksenli çalışanlara asgari ücret imza kampanyası" yürütmüş, 3 ay gibi kısa bir sürede tüm ülkeden sadece ev-eksenli çalışanlardan toplanmış 3.500 imzayı Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na teslim etmiştir.¹⁹

Uluslararası belgeleri ve Anayasa'yı dayanak yapan aktivizm, sadece ev-eksenli çalışanlara özgü değildir. Hukuki meşruiyete özen gösteren bir diğer örgüt, MST'dir (*Movimento dos Trabalhadores Rurais sem Terra/Brazil's Landless Workers Movement/Brezilya Topraksız İşçiler Hareketi*). "1970'lerin sonunda güne Brezilya'da tarım işçilerinin somut, münferit toprak mücadelelerinden doğan"²⁰ MST, resmen 1984'te kuruldu. Başlangıçta toprak işgalleri

odaklı bir aktivizm sergilerken, "yavaş yavaş, toprak kazanmanın önemli fakat yetersiz olduğunu, ayrıca krediye, barınmaya, teknik desteğe, okullara, sağlık hizmetlerine ve topraksız bir ailenin karşılanması gereken diğer ihtiyaçlarına da gerek olduğunu anlamaya başlamasıyla"²¹ faaliyetlerini genişletti. Ne Brezilya'daki ne de Latin Amerika'daki ilk toprak mücadeleleri örgütü değil, ama halen en büyüklerden biri, halen Brezilya'nın 27 eyaletinden 23'ünde etkin ve 1,5 milyonu aşkın insan MST yerleşimlerinde yaşıyor. Mücadelenin tarım reformu olarak adlandırılan MST'nin mücadeleleriyle, dünyada toprak dağılımının en bozuk olduğu bir ülkede, "yaklaşık 350.000 aile kendi topraklarına yerleştirilmiştir ve 80.000 aile de eyalet hükümetlerince tanınmayı bekleyerek geçici yerleşimlerde yaşamaktadır."

MST yerleşimlerindeki 1800 devlet okulunda, yaklaşık 160.000 öğrencinin okuduğu, öğretmen eğitimi için 7 devlet/eyalet üniversitesiyle ortak programlar gerçekleştirildiği, ayrıca UNESCO ve 50'yi aşkın üniversiteyle bağlantılı olarak 19.000 ergen ve yetişkin için okuma yazma programı geliştirildiği, Brezilya Çevre Bakanı'nın desteğiyle yerleşimlerdeki liderler için bir Çevre Eğitimi programı hazırlandığı belirtiliyor, MST web sitesinde.

Bu örnekleri artırmak mümkün; fakat bir kez yerleşim yasallaştıktan sonraki işbirliklerinden çok, mücadelenin ilk aşamalarındaki meşruiyet özenini irdelemek daha açıklayıcı olacak.

(15) Ev-eksenli çalışanların o tarihteki uluslararası örgütü olan HomeNet, 2002'de kendini teşetti. 2006'da Federation of Homeworkers World Wide / Dünya Evde Çalışanlar Federasyonu) kuruldu.

(16) Hukuki meşruiyet değişimin sebebi, bu işçi gruplarının bizatihi kendilerini ortaya çıkarmış olan nesnel koşullardan kaynaklanan bir meşruiyet-filili meşruiyet- zaten sahip olduklarını düşünmemidir.

(17) Deklarasyon çeşitli yayın organlarında tam metin olarak yayınlandı. Bunlardan ikisi şöyle: Eğitim-Sen Kadın Dergisi, 8 Mart 2009 sayısı; Amargi Feminist Dergi, Mart 2009.

(18) <http://www.unhcr.ch/udhr/lang/urk.htm>

(19) Bakanlık, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Genel Müdürü imzasıyla verdiği cevapta, ülkemizde asgari ücretin çalışan herkes için belirtildiğini, bunun için İş Kanunu kapsamına girmek yani işçi olarak tanınmak gerekmediğini, belirlenen asgari ücrette tek ayrımlı yaş üzerinden olduğunu (16 yaşından küçükler ve 16 yaşından büyükler) belirtmiştir. Kaynak: Bakanlık'ın dilekçe sahiplerinden C.C.'a cevabı. Yayınlanmamıştır.

(20) <http://www.msbrazil.org/tq=history>

(21) A.g.link.

MST, yerleşimlerini işgal ettiği topraklar üzerinde kuruyor, zaman zaman silahlı saldırılara maruz kaldıkları ve hayati tehlike altında olduklarına dair çeşitli örnekler var MST tarihinde. Ancak MST, toprak işgallerini Brezilya Anayasası'na dayandırarak gerekçelendiriyor. Sitelerinde aynen şu ifade var: "Toprak işgalleri, üretim dışı kalan toprakların 'daha geniş sosyal işlev' için kullanılmasını vazedən Brezilya Anayasası'ndan kökenlidir."

Yerel olarak tartışılan ve sonra Ulusal Toplantılar'da kabul edilen sloganlarının gelişiminden de anayasallığa ve hukuki meşruiyete gösterdikleri özen izlenebilir. Şöyle ki, 1979-1983 yılları arasında, yani münferit toprak işgallerinden resmen kuruluşuna kadarki dönemde "Toprak İşleyenindir!", başlıca sloganlarıyken, 1984-1988 döneminde, "Toprak Reformu Yoksa, Demokrasi De Olmaz. Toprak İşgali, Tek Çözümdür!" temel slogan olmuş. Sonrası da şöyle:

- 1988-1995 dönemi:
- "İşgal et, Üret, Diren!"
- 1995-2000 dönemi:
- "Toprak Reformu: Herkes İçin Mücadeledir!"
- 2000'den bugüne:
- "Toprak Reformu: Büyük Plantasyonların Olmadığı Bir Brezilya İçin!"

SONUÇ YERİNE

Gerek ev-eksenli çalışma, gerek tarım işçileri örgütlenmeleri örneklerinde ortak olan noktalar var: Öncelikle görünürlük mücadelesi, bir işçi grubu olarak varlığını kabul ettirme ve işçiliğine bağlı haklarını edinme mücadelesi söz konusu. Bu mücadele içinde, sadece kendi gruplarıyla sınırlı olmayan bir ufka

sahip olmaları, belki de buna zorunlu kalmaları, bir diğer nokta. Ayrıca, tüm bu örneklerde, işçiler/çalışanların mücadelelerini genel bir meşruiyete dayalı bir hukuk mücadelesi olarak sürdürmeleri söz konusu ve bunun da toplumun geneli bakımından sonuçları var. Her ne kadar bu yazının sınırları, bu sonuçları tartışacak kadar geniş olamadıysa da, son olarak, yeni çalışan gruplarının, genel ya da fiili meşruiyetle yetinmeyerek, hukuki meşruiyet kazanma yönünde davranmalarının, aktivizmlerini bu özenle biçimlendirmelerinin önemli olduğu açıktır.

KAYNAKÇA

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi: <http://www.unhchr.ch/udhr/lang/trk.htm>
- ILO (1995): *Home Work I*, ILO Publication, Cenevre.
- Jhabvala, Renana (1994): *Dignity and Daily Bread*, Routledge, Londra ve New York.
- Koç, Yıldırım (2001): *Eve İş Verme: Sorunlar Öneriler*, Türk-İş Eğitim Yayınları, No 63.
- Marx, Karl (1974): *Kapital*, Cilt I ve Cilt II, çev. Mehmet Selik, Odak Yayınları.
- MST: <http://www.msbrasil.org/?q=history>
- Rowbotham, Sheila (1999): *New Ways of Organising in the Informal Sector Four Case Studies of Trade Union Activity*, A HomeNet Study Pack, Ekim.
- Tate, Jane (1994): "Organising home-workers in the informal sector, Australia", der. M. Hosmer Martens ve S. Mitter, *Women in Trade Unions: Organizing the Unorganized*, Uluslararası Çalışma Bürosu, Cenevre.
- TCFUA (1995): *The Hidden Cost of Fashion, Report on the national out-*

Biyotikte Hakim Etik Teoriler *

Altan HEPER **

I. KONUNUN ÖNEMİ

Biyotikle ilgili hergün gazetelerde haberler çıkmaktadır. Bunlardan biri de 12.08.2008 tarihli gazetelerde yer alan Yeditepe Üniversitesi'nde yetişkin insan kök hücresinin yeniden programlanması ile ilgili bir haberdir.¹

Biyotik tartışmalarında geleneksel olarak ilk tüp bebek Loussia Brown'un 1978'de doğumundan bahsedilir ve bu doğum bir milat olarak gösterilir.² Biyotik alanında 1996'da klonlanmış koyun Dolly, 1998'de Amerikalı bilim adamlarının kök hücreleri insan hücrelerinden ayırma ve bundan da hücre serileri kazanması önemli tartışmalardandır. 2000 yılında Britanya Avam Kamarası 14 güne kadar olan embriyolarda araştırmaya izin veren bir düzenlemeye olanak sağladı. Bunun tedavi amaçlı klonlamaya başlangıç teşkil ettiğini söyleyebiliriz. Haziran 2000'de A.B.D'li Celera şirketi insan enformasyon sıralamasının ham taslağına ulaştıklarını açıkladı. İnsan genomunun tek tek harflerinin ortaya çıktığını düşünsek de, yaşamın kitabının

okunması için daha yolun çok uzun olduğu aşikardır.³ Çok yakınlarda bir doğum Almanya'da büyük yankı uyandırdı; Aschaffenburg'da 64 yaşında bir Türk kadını, bir Doğu Avrupalı 25 yaşlarında bir kadının ve yine 64 yaşındaki kocasının yumurta ve sperm-inin yardımıyla hamile kalıp 22.11.2007'de sezeryanla doğum yaparak çocuk sahibi oldu.⁴ Bu olay modern teknolojinin yardımıyla doğal sınırların aşılması probleminin tekrar tartışılmasına yol açtı. Doğa insanlara sınırlarını onların taşıyabileceği yüklerle göre belirlemiştir. 64 yaşındaki bir kadının hamileliği normal koşullar altında doğanın kadına çizdiği sınırların çok dışında kalmaktadır. Bu müdahale çok ağır niteliktedir. Çoçuksuz ailenin çocuk sahibi olma hakkı şahsiyet haklarının geliştirilmesi, ailenin toplumun temel taşı olması, korunması gibi temel haklara dayandırılrsa da, çocuğun menfaatleri açısından çocuğun yaşlı ana ve babayla ilişkisinin çok problemlili bir ilişki olacağı düşünülebilir. 18 Ocak 2008 tarihli gazeteler Amerikalı bilim adamlarının Doly klonlamasındaki yön-

*Hukuk, Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar -IV başlıklı 25-29 Ağustos 2008 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen sempozyumda sunulan tebliğ

** Dr. Würzburg Üniversitesi- Avukat Stuttgart / İstanbul

(1) Hürriyet, 12.06. 2008

(2) Heidi Hoffman, *Biopolitik, grenzenlos*, yay. Heidi Hoffman, 2005, Herbolzheim, s. 9

(3) Maria Böhmer, *Innere Sicherheit, Menschenwürde, Gentechnologie*, 1995, yay. G. Robbers, D. Unfach, K. Gebauer, s. 54 ; Maximilian Müller- Hårdin, *Embryonenschutz und Menschenwürde, zur politischen Diskussion in Deutschland*, in: *Dokumente* 3/20 51-57

(4) Frankfurter Allgemeine Zeitung, 3.12. 2007, s. 11; benzeri bir olay için yine aynı gazete, 24.5. 2007, s. 10

temle bir deri hücresinden bir insan embriyosunun klonlamayı başardığını yazdılar. Yine Ocak ayında gazetelerde Çin’de karanlıkta parıltıdayan genetik değişikliğe uğramış bir domuzun yavru-
ladığını, yavrularda da genetik değişik-
liklerin gözlemlendiği yer aldı.⁵ 02 Nisan
2008 tarihli gazeteler İngiliz bilim
adamlarının Newcastle Üniversitesinde
insan DNA’sı ile bir ineğin yumurta
hücreleri ile embriyonlar oluşturul-
duğunu yazdılar. Böyle bir melezin
araştırmalar için yaratıldığı bildirildi.
Türkiye’de de uzun yıllardır klonlama
çalışmaları yapıyor, klonlama çalışması
sonucu gebe kalan koyunlardan bir tane-
si 21 Kasım 2007 tarihinde doğum yapı-
tı ve Türkiye’nin ilk klon kuzusunu
dünyaya getirdi ; Adı “Oyal”.⁶

Bu örneklerden de görüldüğü gibi insanlığın biyoetiğin çok tartışmalı, problemli konuları olan gen teknolojisi, üreme tıbbı, yapay döllenme, reproduktif klonlama, preimplantasyon diagnostığı ve belirli irsi hastalıkların tedavi araştırmaları, kromozom problemleri, kök hücre araştırmaları hep gündemde kalmaktadır.⁷

Konuya analitik bir şekilde yaklaşmaya çalışırsak öncelikle kısaca etik kavramına bakmamızda yarar var.

Etîği çok genel hatlarıyla doğru eylemin teorisi olarak nitelendirebiliriz: Etik ölçütler geliştirir, normatif kanaatlerimizi sistematize eder ve günlük ahlaki içgüdülerimizle hareket edemeyeceğimiz karar aşamalarında eylemlerimize yön verir.⁸

Etik iki ana bölümde incelenebilir. Birincisi genel, etiğin temel konularının incelendiği, tasviri, normatif, meta etik gibi alanlar, ikincisi ise pratik etik veya uygulamalı etikdir.

II. UYGULAMALI ETİK, BİYOETİK KAVRAMI

Bir problem ortaya ne kadar somut olarak çıkarsa, o ölçüde de soyut prensipler yetersiz kalır. Bu nedenle etikte özellikle 20. yüzyılın ikinci yarısından itibaren alan uygulamalarına yönelik olarak bir ayrışma başlamıştır. Alan etiklerine örnek olarak medya etiği, ekonomik etik, ekolojik etik, bilim etiği, hayvan etiği vb. verilebilir.

Yukarıda biyoetiğin pratik etiğin bir bölümü olduğunu söyledik. Pratik etik, veya etik uygulaması (Angewandte Etik) için kısaca şunları söyleyebiliriz: Somut uygulamalarla ilgilenen ve böylece fiillere yön veren bir nitelik taşıyan etik refleksiyonları esas itibarıyla teorik refleksiyonlardan ayırmak için bu refleksiyonlar, pratik etik, uygulamalı etik, uygulamaya yönelik etik (Anwendungsorientierte) ve uygulamayla ilgilenen etik (Anwendungsbezogene Etik) olarak adlandırılmaktadır.⁹ Etik literatüründe bu kavramların teorik düşüncelerden uygulamaya sadece bir transferin, aktarmanın yapıldığı gibi bir yanlış anlaşılmaya yol açmamasına vurgu yapılmıştır. Böyle bir aktarım yerine olgunun, karşılaşılan sorunun detaylı bir biçimde aydınlanması etik refleksiyonun merkezi koşuludur. Tıp etiği ve

hiyoetik, veya birlikte biyotıp etiği olarak adlandırılan alan, uygulamaya yönelik etiğin bir bölümü olarak adlandırılır. Bu alanda hem tıbbi- doğal bilimler bilgisi, tıbbi uygulama hem de felsefi, etik, antropolojik ve doğa felsefesinin refleksiyonları dikkate alınır.¹⁹

Batıda biyoetik tartışmaları gün-
demin merkezinde olmasına rağmen,
Türkiye’de bu konu yavaş yavaş gün-
deme geliyor. Örneğin bir biyo teknoloji
dergisi çıkıyor, biyoetik derneği faaliyet
göstериyor, üniversitelerde biyoetik se-
minerleri yapılıyor. ¹¹

Biyoetik nedir? Biyoetik modern biyotıp ve biyoteknoloji alanlarında, çevresinde ortaya çıkıp, gelişti. Yukarıda bahsedildiği gibi, gen teknolojisinin, organ nakli tıbbı, tüpte üreme, embriyon araştırmaları gibi yeni alanların sunduğu yeni imkanlar ve ekolojik kriz bir dizi yeni sorunları beraberinde getirmektedir ve bu problemler ettiğin sunduğu geleneksel repertuarla, olanaklar ile çözülecek gibi görünmemektedir.

Biyoetik kavramının çok sık kullanılan bir tanımında bio hecesi, biyo bilimlerinin, tabiat bilimlerinin kısaltılması olarak anlaşılır.¹² Biyoetik biyo tıp, biyoteknolojileri, ekoloji alanında cylem bağlamında biyo bilimlerini ilgilendiren konularda ahlaki ölçütlerle eleştirel irdeleme olarak anlaşılmaktadır.¹³ Biyoetik etik yaşam fenomenleri

ile ilişkili ahlaki problemlerle ilgili alan olarak belirlenebilir. Bu alan tıp etiğini, yaşam ve ölüm ile ilgili etik sorunları, nüfus etiğini, hayvan koruma etiğini, ve büyük ölçüde ekolojik etiği kapsar. Biyoetik etğin bu anlamda alt bölümüdür ve prensip olarak etğin, bir bütün olarak etğin görevlerinden farklı bir görevi, işlevi yoktur.¹¹ Diğer bir tanımda biyoetik, yaşam fenomenleri ile ilişkili ahlaki problemlerle ilgilenen alandır.¹³

Bu kavramın konusunda, kapsadığı alanda kesinlikle bir görüş birliği yoktur. Bazı yazarlar bu kavramı biyo tıpla daha yakinen ilişkilendirmekte, bazıları hem biyo tıbbi, bazıları bunun yanında biyo teknolojilere ağırlık vermekte, çoğunlukla da hayvan etiğini de biyo etiğe dahil etmektedirler.¹⁶ Aynı şekilde yaygın kavram olan biyotıp etiğinde de tıbbı vurgu yapılmaktadır. Tıp etiği, bilim etiği, bakım-tedavi etiği ve çevre etiği birçok alanda kesişmektedir.¹⁷

Tıp, çevre ve hayvan etiği oldukça sık üst kavram olarak biyoetik altında birleştirilir. A.B.D’de çok uzun bir zaman biyoetik biyo tıp etiği olarak kavranmıştır. Tıp etiğinde sadece tıp araştırmalarının klasik, hep göze çarpan faaliyet alanları değil, sağlık alanında kaynakların dağılımı, tıp kurumlarında iş, çalışma prosedürleri, metodları, tıbbi mesleklerde meslek etosu ele alınır. Bu nedenle de tıp etiğini biyoetik etiketi

(5) [http:// abcnews.go.com](http://abcnews.go.com), makale, 9.01. 2008

(6) Hakan Özcan *Erzincanlı, Bilim ve Ütopya*, sayı: 164, Nisan 2008, s.71; Sema Birler, *Bilim ve Gelecek*, 2008

(7) Berhard Irrgang, *Einführung in die Bioethik*, 2005, s. 9 vd.

(8) *Handbuch der Ethik*, yay. M. Düwell, C. Hubenthal, M. H. Werner, 2. baskı, Stuttgart, 2006, s. 22, 23, 147; B. Irgang, *Ethik der neuen Biotechnologie in Angewandte Ethik*, yay. J. Nida-Rümelin, 2. baskı, Münih, s. 649 vd.

(9) Elizabeth Hildt, *Autonomie der biomedizinischen Ethik*, 2005, Frankfurt, S. 108

(10) Aynıntı bilgi için bkz. J.L.Beauchamp / J.F Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, 2001, Oxford University Press, New-York; Pieper, *Einführung in die Ethik*, 1991, Tübingen ; Nida-Rümelin, age, s. 2; 2005, *Hilft, Grundriss der medizinischen Ethik*, 2001, Münih.

(11) <http://www.biyocetik.org.tr>

(12) Irrgang, Einführung in die Bioethik, S. 9.

(1.3) *Irrgang*, agy.

(14) Dieter Birnbacher, *Zum Verhaeltnis von Biologie und Ethik*, in: *Ethik und Biologie*, yay. Lothar Bade, Stuttgart, 2003, s. 5 vd.

(15) Daniel Callahan, in *Encyclopedia of Bioethics*, yay. Warren Reich, 1995, New-York, London, 2. cilt; krs. Irigang, age, s.9

(16) T. Beauchamp, L.R. Walters, (yay,) *Principles of Medical Ethics*, Oxford, S. İaskı, 2002

(17) *Handbuch der Ethik*, yay. Marcus Düwell, 2. baskı, 2006, Stuttgart, s. 247

altında, başlığı görmek yanlıştır. Daha titizce bir yaklaşımla biyoetik canlıyla ilişkide etik refleksiyon olarak olarak nitelendirilebilir. Burada insan hayatının başlangıcında ve sona ermesinde (kürtaj, organ nakli, ölüm halinde yardımda), üreme tıbbında, gen teknolojisinde ve gıda teknolojisindeki ahlaki sorunlar sözkonusudur.¹⁸ Bu teknolojiler sadece insanla sınırlı değildir, sadece insana yönelik değildir, bütün yaşam türlerinde uygulanması olabilir. Etik tartışma gen teknolojisi özel bir öneme haiz olup, kamu oyunun ilgisini de çektiği için bu alan sıkça "Gen tekniği" (Gen teknolo-jisi) başlığı altında toplanır. Gıdalarda, gıda endüstrisinde artan biyoteknolojik değişiklikler nedeniyle insan gıdasının kalitesi ve güvenliği sorunları başgöster-mekte ve bu sorunlar etrafındaki tartışmalarla gıda etiği kavramı yerleşmektedir.¹⁹

Yukarıda açıklanan alanlar açıkça hayvan etiği ve çevre etiği ile kesişmekte, kısmen örtüşmektedir. Bu iki alan sadece kısmen alan (bölüm, Bereich) etiği (uğraş etiği diyenler de vardır) olarak değerlendirilir. Hayvan-ların ahlakta hangi statüyü taşıdıkları, hangi statüye sahip oldukları, ahlak, etik konusundaki anlayışımız bakımından son derece sorunsal bir nitelik taşır ve bu yüzden de hayvan etiği konusundaki etik çalışmaların büyük kısmı normatif temellendirme diskurunun, söyleminin konseptiyel sorunlarını ele almaktadır; yani genel etik içersinde yer alır.²⁰ Çevre etiğini de biyoetik içersinde görmek, çevre etiğinin sadece canlılarla ilişkili (organik doğa) değil, cansız doğayı (inorganik doğa) kapsamı nedeni ile yanlıştır. Aslında doğal kaynakların ve doğal alanların korunmasında canlı doğa

veya cansız doğa arasında çok önemli bir fark yoktur. Buradaki sorunlar ekonomi ve siyaseti de ilgilendirmektedir.

Görüldüğü gibi biyoetik disiplinler arası bir alandır.

Biyotibbin normatif düzenlenmesi, örneğin oluşan insan yaşamının, insan embriyosunun araştırmalar için hizmete sunulmasının sınırlarını belirleme, etiğe yüklenecek bir vazife değil, esas itibarıyla siyaset ve hukuka ait bir görevdir. Bu nedenle ve bu ölçüde de biyoetik, biyo politikasıyla yakından bağlantılıdır. Biyoetik biyopolitikada danışma ve fikir üretme, kafa yorma, ir-deleme fonksiyonlarını yerine getirir. Biyopolitik tartışmalarında biyoetik kavramı bazen utilitarist ve tekniği meşru kılan tutumlarla, duruşlarla bir tutulmuş, teknokrazi ve uzman hakimi-yetinin enstrümanı olarak görülmüştür. Bu tebliğde böyle bir yaklaşımdan kaçınılmalıdır.

III. ETİK TARTIŞMANIN NEDENİ, AKTÜELLİĞİ

Biyotipta bilimsel ve teknik ilerleme insanlığın refahının artması ve hastalıklarla mücadele çok sayıda imkan sağladı. Bununla beraber biyotiptaki dur-durmak bilmez ilerleme, istenmeyen yan etkilerini ve tehlikelerini insanlık için beraberinde getirerek, bu ilerlemeyi şüpheli bir gelişme olarak karşılamamıza yol açmaktadır. Çünkü burada söz konusu olan şüpheli gelişme, sadece nitelik ve niceliksel devasa sıçramalar değil, bir çok kişi tarafından yaşamsal tehlike olarak görülen hastalıklarla mücadele ve hastalıkların teşhisindeki araçlar ve teknolojilerdir. Yaşam koşullarının manipule edilmesindeki

nefes kesici başarıların baskısıyla tıp değişikliğe uğradı ve tıptaki insan mo-del, çok karmaşık, ama prensip olarak sınırsızca manipule edilebilecek, ve imalatı, dizaynı mümkün bir makine modeline dönüştü. Bu nedenle insanlık, toplum, biyotıp bilimi sınırsız kalabilir mi sorusuyla karşı karşıya kalmaktadır.²¹

Tıpta ve biyolojideki bilimsel araştırmaların insan hakları ve insan onuruyla ne derece bağdaştığı tartışması, 19. hatta 18. yüzyıldaki bilimsel deneylere kadar geriye götürülebilir. Tıptaki bilimsel anlayışa doğa bilimleri daha fazla damgasını vurdukça, bilimsel deneyler, biyotipin daha vazgeçilmez bir parçası haline geldi.²² Ve sadece tedavi ve teşhisde yeni girişimlerin gelişmesine yönelik hastalık nedenleri ve bağlantıları konusunda bilgiye ulaşmak amacıyla değil, aynı zamanda özellikle insan sağlığının sürdürülme-sine yönelik olarak bilimsel standartların korunması, geliştirilmesi ve yükseltilme-si yoluna gidildi. Bugüne kadar bilimsel deneyler insanlık için röntgen, anti bi-yotik gibi buluşlar, organ nakli gibi olağanüstü sonuçlar sağladı. Fakat tıpta doğal bilimlerin ve bunun araştırmasında madolyonun diğer yüzünü de görmek gerekir. Hastalara sadece genelleştire-bilecek ve bilimsel olarak kesinliği kazanmış ve kanıtlanması insan üzerinde denenmeden mümkün olmayan bilgiyle yardım etmek olanaksızdır. Bu nedenle tedavi şansının doğması ve yükselmesi için insan üzerinde deneyin zorunluluğu tartışmasıdır. Laboratuar ve hayvan deneyleri tıbbi ilerlemenin temellerini

teşkil etmektedir; fakat tıp için önemli olan sadece insanın vücudunun fonksi-yonlarının normal olması, sağlıklıdır ve hastalıklar bu durumdan sapma olarak anlaşılmaktadır. Bu nedenle insan üstünde deneye ihtiyaç duyulmaktadır. Ama insanın bireyselliği ve şahsi kimliği artan bir biçimde araştırmanın nesnesi olmakta, suje olmaktan uzaklaşmakta, tıbbi fiili müdahalenin objesi olmak-tadır. Yeni tıbbi sonuçlar, mesela teşhis veya tedavi için daha iyi yöntemler uygulamada, ancak bu yöntemlerin insan üzerinde bilimsel olarak denenmesinden sonra kullanılabilir. Laboratuar ve hay-van deneylerinden yeni tedavilerin ve ilaçların insan üzerindeki etkisi üzerine sadece bağlayıcılığı fazla olmayan sonuçlar, güvenilirliği zayıf sonuçlar çıkartılabilir.²³ İnsan burada hekimlik etosunun temel prensiplerine aykırı olarak sadece yeni bilgilerin kazanılmasının kaynağını oluşturmakta, tıbbın yardımının, hekimin muhatabı olmamaktadır. İnsan psikolojisi ve fiz-yolojisi ikinci plana düşmektedir.²⁴ Hastanın refahını, menfaatini esas alan tıbbi deontoloji de burada doğrudan yardımcı olamamaktadır.

İnsanın biyotıp araştırmalarına dahil edilmesiyle bilim özgürlüğü ve insan hakları ve çıkarları arasında bir gerilim ilişkisi doğmaktadır. Bir yandan toplum potensiyel utilitarizmle yeni biyotıbbi imkanları herkes için geliştirmeyi amaçlamaktadır. Araştırmacı yeni ve etkili ve kalite kontrolü açısından incelenmiş metot ve ilaçların geliştiri-lmesi amacını güder; bu amaç toplum

(18) Düwell, age, s. 2

(19) Düwell, age, s. 20

(20) karşı. Düwell, age, s. 2

(21) Irina Kiriakaki, *Der Schutz des Menschen und des Embryos in vitro in der medizinischen Forschung*, Baden-Baden, 2006 s. 3; Böhm, age

(22) A.R. Lang, *Die rechtliche Problematik*, in Kleinsorge/Hirsch/Weissauer (yay.) *Forschung am Menschen*, Berlin, 1985 s. 2

(23) Werena Schwander, *Medizinische Forschung am Menschen zwischen Wissenschaftsfreiheit und Persönlichkeitsschutz*, Zur Rechtslage in der Schweiz, in Brudermüller/Gerd/Hauck/May/Lücker, Peter/Seelman, Kurt/Vesthofen, Martin, (yay.), *Forschung am Menschen. Ethische Grenzen medizinischer Machbarkeit*, Würzburg 2005, s. 57- 76

(24) Schwander, age, s. 63

tarafından kabul görmüştür ve etik olarak da meşrudur. Öte yandan, bu tür yöntemlerin, üzerinde sonucun kesin olup olmadığı denenen bireye yük getirmeden geliştirilmesi mümkün değildir.²⁵ Fakat insan üzerinde her türlü deneyden vazgeçtiğimizde bu da gelecekteki hastaların güvenliğini tehlikeye atardı; çünkü bu durumda yeni yöntemler ilk uygulamadan önce hiç kullanılmamış olurdu. Hastaya zarar vermeme ve hastayı düşünme gibi tıp etiğinin temel prensipleri biçiminde teste konu insanın korunmasına ilişkin etik emperatifler ile insan üstündeki biyotıp deneyi çatışma halindedir. Hatta bu çatışma bilimsel araştırmaları rahatsız eden bir faktör olarak görülür.²⁶

Bilimsel araştırmanın bilimsel bilginin derinleştirilmesinin önemi ve modern toplumda oynadığı rol nedeniyle yüksek etik yükümlülükleri bulunduğu için, deneye katılanların haklı, meşru çıkarları ile bilimsel bilginin kazanılması bir ahenk içine getirilmelidir.²⁷ Bir yandan ilerlemeye inanan, hastalığı ve acıları için biyotıp araştırmalarından çare bekleyen, medet üman insanla diğer yandan da hiç bir şeyden çekinmeyen, veya kontrol edilemeyen araştırmacıyla, araştırma menfaatleriyle, ticari kar ve çok sayıda istismar imkanlarıyla, korkuyla karşı karşıya bulunmaktayız. Eğer biyotıp araştırmalarını ve insan deneylerini vazgeçilemez bir araç olarak görüyorsak, bu ikilemden bir parça da olsa kurtulmanın yolu, bireye sınırları belirli rizikoları yüklemek olacaktır.²⁸ Bu sınırları nasıl çizebiliriz? Deney hayatı zedelememelidir, ruhi ve bedensel ciddi

bir tehlike yaratmamalıdır ve rizikoların detaylı olarak anlatımından sonra karar deneye konu kişi tarafından bizzat verilmelidir. Problemler durumlar, hastalık nedeniyle veya çok genç yaştaki kişilerin rıza yeteneklerinin, ehliyetlerinin oldukça kısıtlı veya tamamen yok olduğu hallerde baş gösterir. Burada biyotıp açısından sorun, neye müdahale edileceği, neye müdahale edilmeyeceğidir. Bu sorunun cevabı her toplumun kendi hukuk düzeninde ifadesini bulan değer ölçülerine göre değişecektir. Çoğulcu pluralist toplumlar da bu konu önemli tartışmalara yol açar.

Modern reproduksiyon tıbbı, yumurta ve sperm hücrelerinin rahim dışında döllemesini sağladı. Vitro üreme süreci için de çok sayıda kısırlık nedeniyle çocuk sahibi olamayan insanın arzuları artık yerine getirilebilmektedir. Aynı zamanda bu yöntemle ilk defa doğrudan doğruya çok erken safhadaki insani yaşama, vücut dışı kazanılmış embriyoya müdahale, araştırma objesi olarak müdahale imkanı doğmuştur. Bu yöntemin sonucu olarak bu yöntemle kazanılan embriyonlar baştan beri hekimin yardımcılığıyla yürütülen reproduksiyon ve kısırlığın tedavisinden bağımsız olarak sırf araştırma amacıyla üretilebilmekte ve kullanılabilir. Bunun dışında reproduksiyon tıbbının yan ürünü tüpte artık embriyonlar ortaya çıkmaktadır. Bu artık embriyonlar reprodüksiyon tıbbi teknikleriyle üretilmekte, fakat reproduksiyon tıbbi amaçlarına uygun olarak kullanılmamaktadır.²⁹

Embriyonla araştırma faaliyetlerinin ahlaki meşruiyeti tedaviyle ilgili utilitarizmle açıklanmaktadır. Doktor muayenelelerinde kısırlığın başka türlü giderilemediği vitro döllemenin standart süreci içerisinde gelişme ve deneme safhalarında çok sayıda embriyo mecburi olarak feda edilmektedir. Bu deneylerin hedefleri içinde vitro usulunun optimize edilmesi, hamile kalış sürecinin açıklığa kavuşması, döllemiş yumurtanın rahim zarında yuvalanması sürecinde fizyolojik oluşumun araştırılması, problemler hamileliklerin ilk dönemlerinde tedavinin iyileştirilmesi, embriyonların genel olarak incelenmesi, özellikle embriyonun başlangıç safhalarındaki incelenmesi, ve embriyonel hücre kültürleri, irsi hastalıkların tedavi imkanı ve analizi, teşhisi ve dejenaratif rahatsızlıklar ve acıların tedavi usulleri için embriyonel hücrelerin kullanılması yer almaktadır.³⁰ İnsan kök hücresi alanında hızlı gelişmeler embriyon araştırmalarında yeni tartışmalara yol açmaktadır. Kök hücre araştırma yanlıları embriyonel kök hücrelerinde büyük bir potansiyel bulunduğunu ifade ediyorlar. Böylece embriyon araştırmaları yeni bir safhaya ulaşmaktadır. Embriyonel kök hücre araştırmalarında araştırmaya ilgi eskisi gibi sadece kısırlık tedavisi nedeniyle olmayıp, artan bir biçimde hastalıkların önlenmesine ilişkin yeni yöntemlerin geliştirilmesi, bunların tedavi ve teşhisi, tüpdeki embriyona bu bağlamda sadece oluşmakta olan hayatın çıkış noktası olarak kalmamakta, önemli hücre malzeme için kaynak oluşturmaktadır. Burada tartışma başlamaktadır, vücut dışı (extrakorporal) embriyonların

kök hücre kazanımı için tüketilip tüketilemeyeceği, veya sırf araştırma amaçlı embriyon yaratılıp yaratılmayacağı tartışması yapılmaktadır. Tüpteki embriyonlarla deneyler biyotıba yeni bir boyut kazandırdığı için, bugün bir ikilem doğmuştur: Hangi araştırma özgürlüğü temelinde insan hayatıyla ilgili araştırmanın sınırları çizilecektir. Burada insan hayatının hangi tanımını esas alacağız? Araştırma özgürlüğünün, ağır hastalıklardan muzdarip hastaların potansiyel iyileşme şansı için önemi nedir? Böylece somut olarak yumurta ve sperm hücresi ile kaynaşma sonucunda neyin ortaya çıktığı tartışılacaktır, neyi embriyo olarak adlandırabiliriz, embriyonun ahlaki ve hukuku statüsü nedir?, hangi ölçüde embriyon korunacaktır?

Biyotipteki ilerlemeler artıkça, biyotıp alanındaki araştırmalarda neye müdahale edileceği neyin yapılmaması gerektiği sorusu daha acil hale gelmektedir. Sadece doktorlar değil, aynı zamanda hastalarda aktif bir biçimde araştırmalara katılmak istemekte, hatta bunun bir hak olarak düzenlenmesini bile talep etmektedir. Bu nedenle adil bir biçimde araştırma imkanlarının sağlanması çağrısı yapılmaktadır.³¹ Günümüzde biyotıp araştırmalarına karşı ayrıntılı ülkeden ülkeye farklılık da arz eden düzenlemeler, etik kurulları gibi koruma mekanizmaları getirilmiştir.

Teşhiste, tedavide, önleyici tıpta, ve üreme tıbbında (reproduksiyonda) baş döndürücü ilerlemeler, şu temel soruyu sormamızı zorunlu kılıyor. Tıba yapabileceğini yapma izni verilebilir mi? Bu soru farklı değer yargılarının, çıkarların

(25) Paul Schölerich, *Zur ethischen Problematik des therapeutischen Fortschritts in: MPG yay. Verantwortung und Ethik in der Wissenschaft*, 3 (84, s. 31), *Berichte und Mitteilungen der Max-Planck-Gesellschaft* 3/1984, s. 24-41; Kiriakaki age. s.5'e atfen

(26) Kiriakaki, age. s.6 vd.

(27) Schwander, age. s.63

(28) Schölerich, age. S. 31

(29) Albin Eser, *Humangenetik in rechtlicher und sozialpolitischer Sicht*, in *Universitas*, 1985, s.735-748 (743)

(30) Streering Committee on Bioethics (CDBI), CDBI-CO- GT3 (2003) 13, *The Protection of the Human Embryo in Vitro, Report of the Working Party on the Protection of the Human Embryo and Fötus*, Strasbourg 19 June 2003, Kiriakaki s. 8'e atfen.

(31) ayrıntılı olarak Giovanni Maio, *Philosophische Überlegungen zur Forschung am Menschen mit besonderer Berücksichtigung der Forschung an nicht einwilligungsfähigen Personen*, in *Wiesing/Urban/Simon, Alfred/Engelhardt, Dietrich von (yay.) Ethik in der medizinischen Forschung*, Stuttgart 200, s. 40-67

bulunduğu çoğulcu-pluralist bir toplumda daha da önem kazanmaktadır. Öte yandan uluslararası ilaç tekellerinin, hastane zincirlerinin çıkarları da çatışmayı etkilemektedir. Bu soruların cevabı tahmin edileceği gibi zordur.

Doktorun ve hastahânenin ne yapması gerektiği ve neler yapmay izimli oldukları, hastahânenin bunlardan neler bekleyebileceği soruları, ancak tıp uzmanları, etik ve hukukun birlikte ortak çalışmaları, girişimleriyle cevaplar bulunabilir; yani disiplinler üstü bir çalışma zorunludur. Bu cevaplarda konuyla ilgili nesnel tıbbi bilginin yanında etik, hukuki değerlendirme için yönlendirme bilgileri zorunludur. Her iki unsur da birbirini tamamlar, tek başına yeterli değildir. Doğru eylem uzmanlık bilgisini gerektirir, en iyi tıbbi teşhis, etik- hukuki değerleri ve sınırlarına karşı duyarsız kalırsa insanlık dışı bir terapiye dönüşebilir,

Bütün bu yukarıda açıklananlara rağmen, bilimsel araştırmada insan koruması problemi ihmal edilemez. Biyotıp teknolojisinin insanlara getirdiği şansa rağmen, biyo teknolojik ilerlemenin insan hayatını tehlikeye sokması halinde sınırların aşılmış olacağını düşünerek, bu sınırları tespit etmek gerekir. Bu nedenlerle biyotibbin sunduğu yeni imkanların nasıl sadece insanlığın refahına hizmet edebileceğini araştırmak ve yeni teknolojinin istismarının nasıl önleneceğini araştırmak gerekir. Uygulamacı bilim adamları ve araştırmacılarla deneylere katılanlar, deneylerden yararlananlar arasında çıkar çatışması çıkacaktır. Bu çatışmaların gidirilebilme-

si için farklı hukuki koruma ölçütleri gereklidir. Bu kriterlerle bir yandan izin verilen biyotıp ve tedavi, diğer yandan izin verilmeyen müdahale arasındaki sınır çizilir.

İnsan yaşamında biyotıp araştırmalarının Almanya için özel bir önem arzemesi, Almanya'daki çekingenlik, dünyada en katı ülkelerden biri olması Nazi dönemi uygulamaları, o dönemdeki acı olaylara bağlanır.³² Çoğulcu bir toplumda sürekli gelişen biyotibbin teknik imkanları, bilgi düzeyinin artması karşısında etik ve hukuki sınırların çizilmesi sorunuyla karşı karşıya kalmaktadır. Yeni tekniklerin kabul görmesi için dünya görüşü, değer yargılarıyla konsensus oluşturma gereklidir. Ama milli sınırlar içindeki bir konsensus da yetmez. Biyotibbin sınırlarının milli devlet sınırları içinde düşünülemeyecek olması, global bir dünyada bilim dünyasının da globalleşmiş ve uluslararası bir nitelik almış olması önem taşımaktadır.

Biyotibbin sınırlarını milli düzenlemelerle çizmek problemler de yaratmaktadır. İnsanlar üzerindeki biyotıp araştırmaları dünya çapında sürdürülmekte ve sonuçları da dünya çapında paylaşılmaktadır.

Biyotetik tartışmalarında büyük ölçüde hem fikir olunan temel düşünce insan hayatının her aşamada değerli ve korunması gereken bir nitelik taşıdığıdır. Yumurta ve sperm hücrelerinin kaynaşması ile beraber Alman hukuku açısından Anayasa Md. 2 II 1 anlamında bir yaşam ortaya çıkar.³³ Bu yaşam gelişmeye paralel olarak gittikçe artan

bir ölçüde korunmaya değer nitelik taşımaktadır.

Son yirmi yıl içinde biyotetik problemleri gittikçe kamuoyunun gündemine oturmaya başladı. Küçük memeli hayvanların klonlanması veya ölüme yardım (Sterbehilfe) ile ilgili yeni yasal düzenlemeler sözkonusu olduğu zaman biyotetik sorunları tartışılmaya başlıyor. Bireysel insan yaşamının sürekli oluşu ve bu nedenle bu sürekli yaşamla doğru ilişkiyle meşgul olan felsefenin geleneğinin aksine, bugün insan yaşamının belirli koşullar altında ortaya çıkışı veya kayboluşu konusunda kararlar verilmek zorundadır. Bunun dışında gen teknolojisi canlıların yaşamlarında içsel yapılarına müdahale imkanları vermektedir.

Oluşan yaşam ile ilgili sorunlar hamileliğe müdahale, kürtaj, tüpte dölleme, yumurta hücresinin genetik muayenesiyle veya embriyonun ana rahminde döllemesinden önce yapılan pre implantasyon diagnostğinde kendini göstermektedir.

Yukarıda da açıklandığı gibi embriyonal kök hücrelerinde yapılan araştırmalar özel bir öneme sahiptir. Bu embriyonal kök hücrelerden bir diğer hücre tipleri farklılaşıp, isteğe göre laboratuvar da organ üretimi pekala düşünülebilir. Burada özellikle kök hücre araştırmalarında kullanılan insan embriyonlarına hayat hakkı tanınması veya seviyesi düşürülmüş, bir alt seviyedeki bir hayat hakkından bahsetmenin mümkün olup olmayacağı, yani düşük seviyede bir korumanın söz konusu olacağı tartışmaları devam etmektedir. İnsan embriyosunun ahlaki statüsüne karşı, felç, multipler skleroze, parkinson, alzheimer, kalp krizi gibi ağır hastalıklarda iyileşme şansı ve araştırma

imkanları çıkarılmaktadır. Bu tür karşılaştırmalarda ister istemez, zorunlu olarak zaman açısından hangi dönemden itibaren kesintisiz, sürekli gelişmeyle bir kişi oluşmaya başlamaktadır sorusu gündeme gelmektedir.

Yaşamın sonunu ilgilendiren problemler içinde ölüme yardım dışında, hangi anın ölüm için geçerli olduğu tartışması yapılmaktadır.

Tüpte döllemede, döllemede kullanılmayacak, kişi olmayacak artık embriyon sorunuyla karşı karşıyayız. Yaşamın sonunda ise içsel, manevi halle ilgili çok az şey bildiğimiz kişilerle, bireylerle meşgul olmaktadır. Çok az şey bilmemiz nedeniyle, tedavi ve bakım imkanları için sonuçlar çıkartmak da çok zor olmaktadır. Biyotetik açısından huzursuzluk, sıkıntı, yaşamın oluşumunda ve kayboluşunda kişi, kişi olma sınırlarının kayganlığından kaynaklanmaktadır.

İnsan yaşamın oluşumunda ve kayboluşunda insan yaşamına tanınan ahlaki koruma kuralı olarak insan haklarıyla temellendirilmektedir. İnsanın otonomisi, insan onuru, araçlaşırma yasağı, yani Kantçı emperatife göre hiç kimsenin başkasının amaçları için araç yapılması yasağı bu bağlamda dikkate alınmaktadır.³⁴

Son 30 yıl içinde önemli ölçüde kabul gören prensipler de geliştirilmiştir. Bu prensiplere hem araştırmalarda hem de tedavilerde uyulması gereklidir: İlgili kişinin, hastanın otonomisine saygı duyulmalıdır ve zarar vermeme prensibine uyulmalıdır. Yardım, koruma (Fürsorge) prensibine riayet edilmeli, dağıtıcı adalette fayda, riziko ve masraf, maliyet faktörleri gözönünde tutulmalıdır.

(32) Ludger Honnefelder, Akzeptanz von Humanexperimenten durch die Gesellschaft in Schölscherich Jürgen/Landthaler, Michael (yay.) Klinische Forschung in Deutschland, Stuttgart, 1997s. 26.

(33) bu konudaki sayısız kaynaktan sadece bazıları için Nikolas Knoepfler, Menschenwürde in der Bioethik, Berlin, 2004, Annette Middel, Verfassungsrechtliche Fragen der Präimplantationsdiagnostik und des therapeutischen Klonens, Baden-Baden, 2006 s.55 vd., Böhm, age. s.56; Georgias Gounalakis, Embryonenforschung und Menschenwürde, Baden-Baden, 2006, s. 7

(34) Matthias Kettner, Biomedizin und Menschenwürde, 2004, Frankfurt,

IV. BİOETİK TEORİLERİ

Etik teoriler etik problemlerin yapısal analizi ve çözümünü için yöntemlerdir. Etik teorilerin her biri bir çerçeve çizerler, bu çerçeve içerisinde aktörler eylemlerin kabul görürlüğü, onaylanması konusunda kafa yorarlardı. Biyoetik teorilerde çeşitlilik baştan beri bulunmaktaydı ve biyoetik çeşitlilik Singer'in ötenazi tartışmasında ileri sürüldüğü gibi inkar edilecek bir şey değildir.³⁵ Biyoetikte prensip olarak bütün etik teorileri bulmak mümkündür. Bu teoriler içinde en tanınmış olanları teleolojik etik ve deontolojik teorilerdir. Kantçılık, toplum sözleşmesine dayanan anlayışlar, komünitarizm, liberal pluralizm, dinsel kökenli, örneğin katolik etiği, protestan etiği, ihtimam etiği, narratif-hermenütik etik teorileri görmek mümkündür.³⁶ Burada önemi bakımında teleolojik etik ve deontolojik etik teorileri üzerinde durulacaktır. Bu iki ana grup etik teorisinin karşılaştırılmasıyla her iki grubun da daha iyi anlaşılacağını düşünmekteyiz. Birden fazla etik teori seçime sunulmuşsa, aslında teori çoğulculuğunun tutarlı bir tarafı olabilir mi problemi ortaya çıkmaktadır. İkinci problem aslında biyoetiğin uygulamalı etik için uygun olup olmadığı, pratik etik için yeterli olup olmadığı sorunudur.

Birinci probleme verilecek cevap, bazı etik teoriler evrensel ve toptan, herşeyi kapsama iddiasındadırlar ve ahlaki sorunların çözümünü tek bir idele aramaktadırlar. Utilitarizm merkezine hep en fazla faydayı alır. Kantçılık maksimlerin, prensiplerin evrenselleştirilebileceği ölçütünü temel alır. Bu

indirgemeci yöntemin koşulu, bir idenin somut problemde problemin özünü yakabilmiş olmasındadır. Karmaşık çatışmalarda her bir teori sadece işin bir yönünü görebilmektedir, tek bir bakış getirebilmektedir.³⁷

İkinci problemde biyoetiğin pratik etik modeli için yeterliliği problemine baktığımızda şunu tespit etmeliyiz; uygulamalı veya pratik etikte önce tutarlı bir etik teorisinin geliştirildiğini, sonra bu teorisinin somut olayın özel koşullarına uygulandığını görmekteyiz. Bir çok biyoetikçi bu metodu reddetmektedir. Top-down yöntem yerine, yani, somut etik kararları, bir genel teorisinin geçerliliği içerisinde haklı kılma yerine, artan bir biçimde bottom-up (ve karma) yöntem girişimleri görülmektedir.³⁸

1. Prensipçilik

İlk sistematik olarak çalışılmış entegre girişim, küçük bir grup prensibi temel alır.

Bu prensipler

- a) otonomi
- b) Hastanın iyiliği
- c) Zararın azaltılması
- d) Adalet.

Karmaşık temellendirme girişimleri yerine, ahlak tecrübeleri ve genel olarak doğru olarak kabul edilen yükümlülükler bu teorisinin temel teşkil eder:

Bu yükümlülükler:

- a) bireylerin kendi tasavvurlarına göre iyi bir hayat seçimi ve buna göre hareket etme yeteneklerine saygı

b) diğer insanların refahının teşvik edilmesi ve ihtiyaçlarının giderilmesi

c) diğer kişilere verilebilecek zararın önlenmesi

d) fayda ve yüklerin dağıtımında hakkaniyet, ve adil usullerle çatışmaların çözülmesi.

Bu prensipler ilk önce Tom Beauchamp ve James Childress tarafından formüle edilmiş ve geniş yankılar uyandıran "The Principles of Bioethics" (ilk baskısı 1979) başlıklı kitaplarında yer almıştır.³⁹ Bu kitaptaki fikirler A.B.D.'de kısa zamanda biyoetik alanında genel kabul görmüştür. Bu dört prensibin yardımı ile somut olaylarda prima facie yükümlülükler temellendirilebilir. Fakat bazen bu prensipler birbiriyle çelişmektedir. Örneğin etkili yeni ilaçları bütün hastaların iyiliği için geliştirmek yükümlülüğü ile hastaların hür kararları bir klinik deneyine katılmaya saygı duyma yükümlülüğü çelişebilir. Bu prensiplerle ahlaki sorunlar kolayca analiz edilebilir ve anlaşılabilir. Yukarıdaki anılan olayda iyilik yapma ve otonomi dillemmasını kolayca görmekteyiz. Olayların çoğunda bu prensipler yönlendirmede de yeterli derecede yardımcı olur. Fakat prensipler tezinin zayıf noktası, prensipler arasındaki çatışmaları çözecek yöntemleri içermemesi, geliştirmemiş olmasıdır.

2. Deontolojik Etik

Deontolojik etiği açıklarken deontoloji sözcüğüne baktığımızda,

Yunancada deon sözcüğünün "ödev, yükümlülük" anlamına geldiğini tespit ederiz. Deontolojik etiği bu nedenle "Sollen-sethik"le bir tutmak mümkündür. Deontolojik etikte fiilin bizzat kendisi öne çıkarken, teleolojik etik de fiilin sonuçları önem taşır. Bu ayrım C.D. Broad ilk kez yapılmış⁴⁰ ve William K. Frankena tarafından geliştirilmiştir.⁴¹ Deontolojik ve Kantçı etikte (deontolojik etik bazen Kantçı etik olarak da adlandırılmaktadır) yasaklar ve emirler sonuçlarına değil, sadece fiilin kendi değerinden, bizzatıhi değerine bağlıdır. Kant'daki kural deontolojisi (Regel-deontologie) genel fiili tiplerini, yasakları, müsaade edilenleri ve emirleri düzenler (örneğin yalan söyleme yasağı veya verilen sözlerin tutulması ödevi). Deontolojik etikde normatif kurallar öncelik taşır. Yasaklar, emirler ve müsaade edilenler temel kavramları oluşturur. Sadece bir kuralı ihlal eden insan fiilleri ön plandadır. Robert Spaemann bu normları ahlaki konseptler olarak nitelendirir, bu normların gerçekleşme koşullarına bakılmaksızın belirli fiil tipleriyle ihlal her zaman kötü gözüyle bakılır, örneğin kasden suçsuz birinin doğrudan doğruya öldürülmesi, işkence, bir evli kişinin evlilik dışı cinsel ilişkisi.⁴² Bu prensip Kantçı kategorik emperatifden hareket edilerek geliştirilmiştir. Kategorik Emperatif Kant felsefesinde temel etik normdur.⁴³ Kategorik emperatif aklı yeteneği olan bütün varlıklar için geçerlidir. Kant bu varlıkla insanı kasdetmektedir. Kategorik emper-

(39) T.I. Beauchamp, J.F. Childress, New-York, Oxford, 1989.

(40) C.D. Broad, Five Types of Ethical Theory, London, 1930.

(41) William K. Frankena, Ethics, 2. baskı, Englewood Cliffs 1973, s. 14. Almanca tercümesi Albert Keller, Philosophie der Freiheit, Graz, 1994, s. 212.

(42) Robert Spaemann, Christliche Verantwortungsethik in Leben aus christlicher Verantwortung I. Grundlegungen, Düsseldorf, 1991, s. 122.

(43) Ayrıntılı olarak, Wolfgang Graf Witzthum, eher kant als Klon-Zur Biotechnologie und Verfassungsrecht in Deutschland, in Das Recht vor den Herausforderungen neuer Technologien, yay. Kazushige Asada, 2006, Tübingen, s. 41 vd.

(35) Rainer Heggelsman, Reinhard Merkel, yay. Zur Debatte über Euthanasie, 1991, Frankfurt; Peter Singer, Praktische Ethik, Stuttgart, 1994.

(36) Düwell, age, s. 249.

(37) Düwell, age.

(38) Abraham Edel, Elizabeth Flower, Critique of applied Ethics. Reflections and Recommendations, Philadelphia, 1994'e atfen Düwell age.

atif bir amacın gerçekleşmesi için araç olan fiillerin değil de, bizzatı iyi olan fiillerin icra edilmesini buyurur.

Genel olarak biyoetik tartışmalarda insan onuru ve insan onurunun Kantçı temellendirmesi önemli bir rol oynar.

Bu bağlamda Kant'ı biraz daha yakından inceleyelim; İnsan onuru kavramını klasik tanımını 1785 tarihli "Ahlakın Metafizikinin Temelleri" ve 1797 tarihli "Ahlakın Metafizigi" adlı kitaplarda bulabilmekteyiz. Kant onuru insanın akıllı olmaya zorunlu kılınmasıyla, kendi kaderini belirlemedeki soyut yeteneğiyle temellendirmektedir. "Kendi kendini belirleyici olma, otonomi insanın ve her akıllı doğanın onurunun sebebidir". İnsan onuru tek tek bireylerin vücutsal veya zihni, manevi özelliğinden bağımsızdır. Onur kişisel başandan, kişiliğin ortaya çıkışındaki başarısızlıktan veya başandan bağımsızdır. Bu empirik olmayan temellendirmeye göre onur kazanılmaz, sahiplenilmez. Onur herhangi bir karşılık ödenmeksizin insana verilir veya sonuza kadar insana aittir. Kişilik ise buna karşılık empirik bir ifa olarak özgürlükten kaynaklanır.⁽⁴⁴⁾

Kant'a göre akıllılık, empirik bir-biriyle değiş dokuşu kabil olaylar konusundaki cylemimizin üstündedir. Akıllılık bizi koşulların oyuncuğu olmaksızın kurtarır. Akıl genelliliği de güvence altına alır. Genellik aracılığıyla, ve genellikten insan onurunun evrensel ve sonsuza dek geçerli olma iddiası ve talebi doğar, ve genellik yasalarda ifadesini bulur, ifade edilir. Bu aydınlanmacı konseptte göre bireyin süje olma özeliği esas olarak genel akla katılımında yatar.

Kant "değer" ve "onur" arasında ayrım yapar. Kant'ın döneminde ortaya çıkan milli ekonomi anlayışının temsilcisi ekonomist ve ahlak felsefecisi Adam Smith değer ve fiyat kavramına öncelik veriyordu. Fakat bu kavramlar havada kalıyordu. Kant'a göre değerler karşılıklı olarak uygunluklarına göre belirlenebilirdi. Bu değerlerin değiş tokuşunda değerlere bir piyasa fiyatı, örneğin "beceriklilik ve çalışkanlık" biçilebilirdi. Fakat mutlak, karşılaştırılması mümkün olmayan veya içsel olan değer, hiç bir değerle değiş tokuşa sunulması olanaksızdır. Tartışması yapılarak müdahale edilemeyecek, yerine uygun olanı konulmayacak, kayıtsız şartsız değere sahip dünyada bir tek şey vardır; ahlaki kimlikle, pratik-akli kişisel sorumluluk ve bizzat kendinin belirlediği yaşam tarzı imkanıyla donatılmış insana.

Kant'a göre amaçların imparatorluğunda herşeyin bir fiyatı vardır. Fiyat olan herşeyin yerine bir başkası konabilir, ikame edilebilir, uygun görülebilir, yerine ikamesi olmayan, başkası konulmayacak tek şey, her türlü fiyatın üstünde olan tek şey onurdur. İnsanın genel insani eğilimleriyle ve ihtiyaçlarıyla ilgili şeylerin bir piyasa fiyatı bulunmaktadır. Fakat bizzatı amaç olabilecek şey, sadece bir relatif değeri olmayan, yani bir fiyatı olmayan, ama içsel değeri olan, onurdur. Her akla sahip varlık bizzatı amaç olarak varolmaktadır.(.....) Fakat insan bir eşya değildir, bu nedenle sadece araç olarak kullanılacak bir varlık olamaz.(....) Buna göre insan değiş tokuşu olmayan, tek varlıktır. Bir eşyanın karşısı olarak değer, yani piyasa değeri taşımaz., fiyatı olmaz, onuru vardır. İnsan kendi

değerine sahiptir. İnsan alet haline getirilemez, ve diğerleri için kullanılamaz.⁽⁴⁵⁾

Onurun başka şeylerle karşılaştırılmayacak, başka bir şekilde yerine yedeği olmayacak en yüksek değer olması, insanı insan yapacak ve böyle bir belirleme, onurun en tepede yer alması bütün kanlımcıların zorunlu tanımalarına, kabullerine borçludur. Bu konuda kanıtlar "metafizik" de bulunmakta ve buna göre "bir insan (...) hukuken kendisine, kendisinin onuruna saygı gösterilmesi talebine sahiptir. Herkes insanın genel düşüncesi dolayısıyla, "insanlığın onurunu her bir insanda tanımaya zorunludur".⁽⁴⁶⁾

Kant evrensel prensiplere yönelik etik anlayışını insanın otonomisinde temellendirmektedir. İnsanın akıl ve özgürlük niteliği otonomiye sahip olmasını sağlar. Buna göre insan otonomi nedeniyle, kendi kendinin amacı olma imkanına sahiptir. Bunun dışında otonomi insanı prensip olarak, kendisinin kendisi için yasa olarak koyabileceği ahlaki ilkelere hareket etmesi imkanını sağlar. İnsanın temel iki niteliği kendi kendinin amacı olması ve ahlakilik Kant'ın temel aldığı kişi kavramını belirler.

Kant her bir insanın otonomisinin bilinmesinden, sonuç olarak insan aklından her bir insana karşı, herkese karşı saygı temel emrini çıkartmaktadır. Bu temel emir kategorik emperatif olarak çok tanınan bir ifadeyle şu şekilde formüle edilmiştir: "Öyle hareket et ki, iradenin temel ilkesi her zaman bir genel yasa koyucunun prensibi olarak geçerli olsun."⁽⁴⁷⁾ "Öyle hareket et ki, sen insanlığı hem kendi şahsında, hem de bir diğer insanın şahsında her zaman aynı zaman-

da amaç olarak, ama hiç bir şekilde kesin olarak araç olarak ihtiyaç duyma."⁽⁴⁸⁾

Kant'ın deontolojik etiğinin insan embriyosunun ahlaki statüsü sorunu, nasıl bir katkıda bulunacağı konusu, insanın bir canlı varlık olarak henüz akıl ve otonomiye sahip olmadığı bir aşamada kategorik emperatif kapsamına girip girmediğine bağlıdır. Kant'ın kendisinin insan ve kişi ayrımını onayladığı tartışmalıdır. Burada ortaya çıkan uygunluk teorisi (Äquivalenztheorie) özellikle Kant'ın ortaya attığı insanın akıl ve ahlakiliği barındıran bir nitelik taşıdığına, insanın içinde olduğuna dayanır. Akıl ve ahlakiliği barındırması niteliğinden sadece bir türe ait olma nedeniyle naturalist bir çıkarım sonucu ahlaki bir hak sonucuna varmamak için, böyle bir içinde barındırmanın ahlaki önemini temellendirilmesi gerekir. Bu da potansiyel olma argümanının ve potansiyel olma argümanı ile aynı anlamda bulunan süreklilik ve ayniyet argümanının gücüne bağlıdır.

Burada embriyonun statüsü konusunda, hangi özelliklerin ve yeteneklerin insanın kişi oluşunu belirleyici olduğu araştırılmaz, bunun yerine, üzerinde tartışılmayan varsayımdan hareket edilir, yani, her halükarda yetişkin insan normal koşullarda sözü edilen özelliklerin ve yeteneklerin taşıyıcısıdır ve böylece yaşam hakkı mevcuttur. Embriyonun ahlaken önem taşıyan özelliklerin potansiyel taşıyıcısı olarak görüldüğünde ve potansiyellik embriyona insanlık onuru ve yaşama hakkı tanımaya yeterli olursa, statü sorunu kişi konusundaki tartışmadan

(45) Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, 1785, yay. Von Weischedel, Wiesbaden, s. 68; vgl. Vitzthum, age, s. 49.

(50) Vitzthum, age, s. 50.

(51) Kant, *Kritik der Praktischen Vernunft*, s. 429.

(52) Kant, *Grundlegung*, s.68.

(44) Witzthum, age, s. 48

bağımsız bir biçimde çözülmüş olur. Potansiyellik konusundaki tartışma ve bunun ahlaki önemi potensiyellik argümanının yanında devamlılık ve ayniyet argümanını da kapsar.⁵³ Devamlılık argümanı insan yaşamının süreç biçimindeki ilerlemesine dayanır ve embriyodan doğum üzerinden yetişkin olma sürecindeki bu gelişmede, ilerleme içerisinde ahlaki değerlendirmeleri haklı kılacak gelişme aşamalarını önemli zaman dilimleri ve içeriksel dilimler bulunmadığını içerir.

Ayniyet argümanı insan embriyonu ile yetişkin insanın aynı olduğundan hareket eder ve bu ayniyetten embriyona ahlaki olarak eşit davranma yükümlülüğüne varılır.⁵⁴

Biyotik tartışmalarında etik teorilerin, anlayışların nasıl bir pratik öneme sahip olduğunun canlı bir göstergesi olarak Alman Federal Meclisinde Kök Hücre Yasasında değişiklik yapmak için 2008 yılı içerisinde verilen yasa değişikliklerinin görüşülmesine bakmak yeterlidir. Alman Kök Hücre Yasası çok uzun ve detaylı tartışmalar sonucu 01.07.2001 tarihinde yürürlüğe girdi ve bu yasaya göre ancak 01.01.2002 tarihinden önce Almanya dışında üretilmiş kök kültürleri Almanya'ya izin alma gibi belirli koşullar altında ithal edilebilir.⁵⁵ Bilindiği gibi Almanya embriyon araştırma konusunda araştırma taraftarlarınca, İngiltere ve İspanya ile karşılaştırıldığında son derece katı olarak adlandırılan bir yasaya sahiptir. Bu yasayla araştırma amaçlı embriyon üretimi, embriyonlar üzerinde araştırma ve kök hücre kültürleri üretimi yasaklanmıştır ve bu yasalar cezai

yaptırımlarla korunmaktadır. Kök hücre üretimi üzerinde çalışma istisnalar dışında yasaklanmaktadır. Yasa değişikliklerindeki en önemli amaç, 01.01.2002 tarihini bir kereye mahsus olarak üzere 01.05.2007 tarihi olarak değiştirmek, yani daha genç embriyonların Almanya'ya ithalini sağlamak ve Alman bilim adamlarının yurtdışı bağlantılı araştırmalardaki fillerini suç kapsamından çıkartmaktır. Yasa tasarıları 11 Nisan 2008 günü ikinci kez oylanmış ve yasa değişikliği değişiklik isteyenlerin amaçları doğrultusunda kabul edilmiş ve Federal Meclis'ten geçmiştir.

Meclis görüşmelerinde Kantçı etik teorilerin, anlayışların etkisindeki milletvekilleri insan embriyusunun kök hücrelerden kullanılması konusunun yasaklanması veya mevcut yasal durumun korunmasını savunurken, faydacı etik teorilerinin etkisindeki, utilitarist anlayışlardaki milletvekilleri insan embriyusunun kök hücre araştırmalarında kullanılması taraftarlığıyla kendini göstermektedir.

V. KÖK HÜCRE ALINMASI VE KULLANILMASININ YASAKLANMASI ÖNERİSİ

Federal Mecliste yani kök hücrelerin alınması ve kullanılmasının (yaratılmasının) yasaklanması taraftarlarından, Hristiyan Demokratlardan Hubert Huppe kök hücrelerle çalışmanın, bunlarla deney yapmanın insan hayatının araştırma amaçları için feda edilmesi anlamına geleceğini ifade etmektedir.⁵⁶ İnsan embriyonlarıyla yapılacak deneyler embriyonal kök

hücrelerin yaratılması insan hücrelerinin öldürülmesini zorunlu kılmaktadır. İnsan embriyonu canlı olmasaydı, embriyon hiç bir zaman kök hücre kazanımı için öldürülecek aşama olan blastozyena dönüşmezdi. Bu nedenle Alman Embriyon Koruma Yasası çıkartılmıştır. Burada söz konusu olan bireysel insani yaşamdır. Embriyonun hangi kalıtım bilgilerini taşıdığı bellidir, hatta bunların cinsiyeti kayıt altına alınmaktadır. Daha Ocak 2008 ayında Almanya'ya ithalatına izin verilen kök hücre serilerinde bir kök hücre serisinin erkek embriyondan, diğer bir kök hücre serisinin dişi embriyondan hasıl olduğu teşhis edilmiştir. Bunların herhangi bir hücre yığını (Zellhaufen) olduğu üretimden arta kalan çöp değerinde olduğu iddia edilemez. Söz konusu olan insan yaşamıdır. Bu insanların arta kalan insanlar olması durumu değiştirmez. Sorun birinin arta kalan olması ve bu nedenle onun insan onurunun çiğnenip çiğnenmemesi sorunudur. Bu insanın nasıl ortaya çıktığı da önemli değildir. Önemli olan insanın ortaya çıkmış olmasıdır. Herhangi biri insansa, o tam olarak insan onuruna sahiptir. Bu anayasal bir temel ilkedir. Federal Anayasa Mahkeme kararlarında da bu anlamda herhangi biri insansa, o tam olarak insan onuruna sahiptir. Bu anayasal bir temel ilkedir. Federal Anayasa Mahkeme kararlarında da bu anlayış net bir şekilde yansımıştır: İnsani yaşamın varlığı onun için insan onurunun kabulü bakımından yeterlidir.

Huppe konuşmasında Federal Meclisteki doku yasası tartışmalarına değinerek rıza beyanında bulunamayacak olanlara müdahalenin mümkün olmamasının Federal Meclis çoğunluğunun görüşü olduğunu belirtmiştir. "Alzheimer hastalarıyla veya zihinsel özürliüler ile ilaç deneyleri yapılabilir,

belki alzheimer hastaları için ilaçların geliştirilmesi mümkün olabileceğini herkes tasavvur edebilir. Bunlar yanılmamaktadır, çünkü birey, sistemimiz içerisinde odak noktasıdır ve ilgili kişinin kendi rızasını açıklayamacağı hiç bir deney arzu edilemez. Aksi takdirde insan onuru çiğnenmiş olur. Federal Anayasa'nın 1.md.de insan onurunun dokunulmazlığının, 2. md.de yaşam hakkının, daha sonra 5. md.de araştırma özgürlüğünün yer alması tesadüf değildir."

Huppe kök hücre yasasında değişiklik taraftarlarının tedavi amacını gerekçe göstermelerini eleştirerek, tıpta son on yılda kök hücre araştırmalarıyla hiç bir tedavi başarısının sağlanmadığını, zaten bütün araştırmaların da erişkin kök hücrelerle göbek bağıyla yapıldığını, A.B.D'de 1700 araştırmanın kayıtlara geçtiğini belirtmektedir.

Huppe tayin edici günün (Stichtag) kaldırılmasının bir ilkedен vazgeçme, barajın, bir setin yıkılması (Dammbruch) anlamına geleceğini vurgulamaktadır. Barajın yıkılmasından sonra, kapının tamamen açılması, yeni tartışmaların başlaması, gen teknolojisi taraftarlarına yeni fırsatlar sağlayacağı, bütün yasaların kalkacağı, tabuların yıkılacağı endişesini dile getirmektedir.

Yeşiller / Birlik 90 grup eş başkanı Fritz Kuhn konuşmasına embriyon tanımı ile başlamış, ve embriyonu gelecekteki ebeveynlerin gelecekteki çocukları olarak tanımlamıştır. "Bu nedenle embriyo hücre malzemesi ve harn madde olarak görülemez." Kuhn Jürgen Habermas'ı referans alarak, onun biyotik konusunda kişi öncesi hayatın alet haline getirilmesinin insan türüne ait olmamızdan gelen doğallığı, normallığı ortadan kaldırma tehlikesine dikkat çek-

(53) Gounalakis, age. s. 30 vd.

(54) Gounalakis, age. s. 32.

(55) Yasanın orijinal adı: Gesetz zur Sicherstellung des Embryonenschutzes im Zusammenhang mit Einfuhr und Verwendung menschlicher embryonaler Stammzellen (Stammzellgesetz), BGBl, 2002, s. 1202

(56) Federal Meclis Tutanakları, 142. oturum, s. 14893 vd.

mektedir.⁵⁷ Habermas'a göre ortak kültürümüzdeki insan anlayışının ortadan kaldırılması tehlikesi söz konusudur. "Embriyodan tedavi için ham madde yapacak bir anlayışın kapısını açmak çok tehlikeli bir sorundur. Kuhn doğal bilimlerin amaç – araç ilişkisinin hakim olduğu, bir dünyada yaşıyoruz, ama aynı zamanda etiğin ahlaki dünyasında yaşıyoruz" demektedir.⁵⁸ Etik çok uzun zamandır, David Hume'dan beri bir temel ilke yer alır: Naturalist hatah sonuca varmamalıdır. Etik tartışmalarında olandan olması gerekene varmaya izin verilemez. Şöyle bir sonuç örneğin yanlıştır "füliyatla haksızlıklar olduğu için, haksızlığı kabul edebiliriz. "Bu naturalist yanlı sonuç çıkarımıdır (Naturalistischer Fehlschluss). Bu aynı zamanda kök hücre araştırmalarıyla bir gün tedavisi olanaksız hastalıkları iyileştireceğiz biçimindeki bir öngörülen olandır (Sein). Bu da bir ümitdir veya bir boş sözvermedir. Buradan bugün ne yapmamız gerektiği çıkarımına varılmamalıdır. Böyle çıkarımlar yaptığımız takdirde, sistematik olarak bütün etik, ahlaki tartışmalara son vermiş oluruz. Bundan sonra artık ortada hiç bir şey kalmaz. Hepimizde var olan, içimizde bulunan onu veya bunu yapmak imkanı karşısında, ahlaken kendimizi onu veya bunu yapmamayı mecbur etmemeliyiz. Mecbur etmediğimizde etik ortadan kalkar ve sistematik olarak nedensellik ve ahlaki sorumluluk arasındaki gerilim terkedilir. Nedensellik ve ahlaki sorumluluk iki ayrı dünyadır. Bu iki dünya arasındaki gerilimin terkedilmesi etiğin gerektiği gibi uygulanmaması anlamına gelir. Bu nedenle şu

tür bir argümana karşı dikkatli olmalıyız: "yabancı ülkelerde bu yapılıyor, bütün ümitler buna bağlı, bu nedenle biz de yapmalıyız". Bu mantığın zorunlu sonucu etik temel sorunlar karşısında teslimiyettir. Kant'ın deyişiyle: Ne yapmamıza izin verilebilir? Bu soruya cevap insanın kendi aklıyla verilir ve diğerlerinin ne yaptığına gönderme yapılarak verilmez.

Fritz Kuhn'un açıklamalarını Kantçı ahlak anlayışının bir ürünü olarak görmekteyiz. Burada Fritz Kuhn'un da gönderme yaptığı İngiliz Filozof David Hume'un dahiyane bir biçimde formüle ettiği kurala dikkat çekmek istiyoruz: "There is no way from is to ought" Varolandan mantiki olarak zorunlu bir biçimde bunun olması gereken olduğu sonucuna varılamaz. Yukarıda ifade edildiği gibi bu olandan olması gerekene varan geçerliliği olmayan yanlı bir naturalist çıkarımdır. Bu temel ilke bilim adamları için büyük önem taşır. Olandan olması gerekenin çıkarımı hatası bilim adamlarınca, hukukçularca da yapılmaktadır. Normlar, hukuk normları bir şeylerin olması gerektiğini veya olması gerektiğini ifade eden önermelerdir. Olanı konu olan betimleyici, deskriptif ifadelerden hukuk normları böylece ayrılmaktadır. Betimleyici ifade olguları, olanı betimler. Olana ve olması gerekene ilişkin düalist ayrım temel bir ayrımdır.⁵⁹

Kantçı ahlakın bir diğer örneği olarak hristiyan birlik partilerinin grup başkanı Volker Kauder'in konuşmasını gösterebiliriz. Kauder Avrupa'da iki büyük geleneğin hüküm sürdüğünü, birinci geleneğin araştırma geleneği

olduğunu, bu gelenekle özellikle doğa bilimlerinde inanılmaz şeylerin, başarıların gerçekleştirildiğini ve araştırmaların A.B.'de ve Almanya'da teşvik edilmesinin devam edeceğini, ikinci geleneğin aydınlanma geleneği olduğunu belirtmektedir. Aydınlanmayla insanın doğa bilimlerinin dünyadaki bir ürünü olmadığını, tam tersine bir manevi varlık olduğunun bilincine varıldığını ifade etmektedir. İnsanlar hep fiillerinin sınırlarının var olup olmadığını sorgulamışlardır veya şunu sormuşlardır; insana yapabileceği her şeyi gerçekten yapmaya izin verilebilir mi? Kauder'e göre insanın insan olma niteliği, insanın sadece araştırma ve yeniliğe, ilerlemeye bakmadığı, eyleminin hangi sonucu doğurduğu sorusunu sormasında yatar. Aydınlanma bize insanın yapabileceği her şeyi yapmasına izin verilemeyeceğini göstermektedir. Kauder'e göre dün olduğu gibi bugün de insanın obje olmasına izin verilmeyeceği, bir araç olarak kullanılmayacağı, hristiyan inancıyla insanın yeryüzünde tanrının yansıması, sureti olarak görülmesi gerektiği, bu nedenle insan onurunun dokunulamaz olduğu tartışmasıdır.⁶⁰

Gerçekten de Alman Anayasasının hazırlık çalışmalarında insan onuru iki biçimde temellendirilmiştir. Birincisi Kauder'in de temellendirdiği gibi hristiyan dini yaklaşımıyla insanın tanrının sureti olması, ikincisi aydınlanmacı Kantçı temellendirme.⁶¹

Kauder buradan biyoetik tartışmalarında tayin edici bir rol oynayan soruyu sormakta, insan yaşamının ne zaman başladığı sorusunu yöneltmektedir. Kauder bu sorunun cevabına göre, kök hücrelerle neyin yapılabileceğine neyin

yapılamayacağına karar verileceğini belirtmektedir. İnsan yaşamının ne zaman başladığı konusunda farklı fikirler bulunduğundan, bunun tartışmasının Federal Meclisin aktüel oturumunda da yapıldığını belirtmektedir. Her tartışmanın kendi vicdanına göre sorumlu bir biçimde kendi görüşü olduğunu belirten Kauder, insan yaşamının ne zaman başladığının bir tanım problemi olduğunu belirtmektedir. Bu tanım çeşitli kültürlerde ve dinlerde farklılık arzettiğini belirten Kauder kendisine uygun bir tanım bulmakta ve bunu şu şekilde gerekçelendirmektedir. İnsan yaşamının ne zaman başladığı konusunda yüzde yüz emin olmadığı için, Kauder insan onuruna duyduğu saygı ve tanrının yansıması anlayışına duyduğu saygı nedeniyle yaşamın başlangıcı olarak mümkün olan en erken anı esas almakta, en geç anı reddetmektedir. Buna göre yumurta hücresi ve sperm hücresinin birleşmesiyle yeni bir şey ortaya çıkmaktadır. Hayatın başlangıcı da bu yeni şeyle bağlıdır ve bu yeni şey hayatla devam etmektedir. Kauder'e göre temel sorun ithalata izin tarihi için yasayla belirlenmiş belirli bir günü, yani 01.01.2002 tarihini yeni bir tarihle değiştirmek değildir. Temel sorun embriyona ne zaman insan yaşamı niteliği tanınacağı sorunudur. Embriyona insani yaşam özelliği tanıdıktan sonra, embriyon üzerinde, araştırma ister embriyon üçüncü dünyadan gelsin isterse başka bir ülkeden gelsin yasaklanır. Kauder'e göre insan yaşamının başlangıcı geriye dönülemeyecek bir biçimde yumurta ve sperm hücresinin kaynaşması ile başladığına göre, embriyon üzerinde araştırma yapılamaz. Embriyonun hayatın başlangıcı olmadığını, insan yaşamının daha geç başladığını söylene-

(57) Habermas'ın biyoetik konusundaki görüşleri için, J. Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur*, Frankfurt, 1991

(58) agy, s. 14909

(59) Jochen Stegler, *Rechtsphilosophie*, 2003, s.13 vd; naturalist yanlı çıkarım için Eric Hilgendorf, *Irrwege des Biologismus, Zivil- und Wirtschaftsrecht im Europäischen und Globalen Kontext*, FS- für Norbert Horn, 1131, 1145

(59) Federal Meclis Tutanakları agy, s. 14906

(60) Krs. Günther Düring, *Der Grundgesetzschutz der Menschenwürde*, AöR, 1956, s. 107

mez. Zaten sadece en erken an görüşü, insan yaşamını korumaya hizmet eder.

VI. TELEOLOJİK ETİK TEORİLERİ

1. Utilitarizm

Teleolojik etik teorilerinde, deontolojik etikden farklı olarak ağırlık fiilin sonuçlarına verilir.⁶¹ Yunanca sözcük "telos"un anlamı yerine getirme, amaç veya hedeftir. Teleolojik etik temellendirilmelerinde, belirli amaçlara veya hedeflere yönelme önem taşır. Bu amaçlarda ve hedeflerde fiillerin belirli bir hedefe ulaşmaya çalıştıkları, bu hedefin geniş bir anlamda iyi olduğu öngörülür.⁶² Bu hedefin içeriği farklı teorilere göre farklı bir biçimde cevaplandırılır.

Teleolojik etik teorileri normatif ifadelerle karşılık valuatatif ifadelerle önem verir. Değerler ve iyilik, teleolojik teoriler için ilk planda gelir. Bu değerlerin gerçekleşmesini önlediği veya teşvik ettiği sürece ve ölçüde insan eylemleri önem kazanır. Bu eylemleri Frankena'ya göre şu şekilde ifade edebiliriz: Bir eylem sadece, ve sadece bu fiil veya fiili kapsayan, öngören kural, kötüye karşı büyük ölçüde iyinin ağır basmasına yol açarsa, tahminen yol açacak ise, veya yol açmalı ise ve bu fiil bütün bunları bir alternatifinden daha da iyi üstleniyorsa, bu fiil yerine getirilmelidir.⁶³

Teleojik etik anlayışları içerisinde, onto-teleolojik ve konsequalist-sonuçsalcılık (konsequentialistisch-teleologisch) ayrımı yapılmaktadır.

Klasik biçimiyle Aristo tarafından temsil edilen onto-teleolojik anlayışta, erişilmesine çalışılan iyi büyük ölçüde insanın insan olarak doğasında bulunur. İnsanın doğal niteliğine uygun olarak hareket etmesi ve yaşaması teşvik edilir. Böylece insanın türüne uygun yetenekler en iyi şekilde mükemmeleşir.

Konseualist deontolojik yaklaşımlarda buna karşılık nihai olarak, herşeyden önce insanın varoluşundan amaçlılığından, gayeye bağlılığından yola çıkılmaz. Ulaşılmaya hedeflenen hedef eylemi yerine getiren sujenin dışındaki bir fayda aracılığıyla belirlenir. Bu yaklaşım antik çağda epiktür-cüler ve sonra da utilitarizm tarafından temsil edilmiştir.

Utilitarizm bir etik temeller grubu olarak Anglo-Sakson dünyasında doğmuş, gelişmiştir ve halen Anglo-Sakson dünyasında ve kısmen kıta Avrupasında hakim bir etik temellendirme kategorisi olarak önem taşımaktadır.⁶⁴ Klasik Utilitarizm teleolojizm, fayda (utility), hedonizm, ve sosyal prensiplere dayanır.⁶⁵ Bu etik temellendirmenin klasik formülünde Jeremy Bentham'dan yola çıkarak söz konusu olan, en fazla insanın en yüksek seviyede mutluluğunun, faydanın sağlanmasıdır (Glücks-und Nutzungs-maximierung). Utilitarist ahlakda emirler ve yasaklar sonuçlarına bağlı kalınarak değerlendirilir. Utilitarizmin karşıtları, bir eylemin muhtemel utilitarist hesabının temellendirici nitelik taşımasını eleştirmektedirler. Etik kararların tayin edici olduğu problemlerde böyle bir hesabın yetersiz olduğu itirazı yapılmak-

tadır. Eylemimizin muhtemel sonuçları hakkındaki bilgimizin büyük ölçüdeki yetersizliği nedeniyle eylemin sonuçlarından bağlayıcı etik kurallar çıkarılamaz. Bu sonuçların ortaya çıktığı öyle fiiler, öyle olaylar olabilir ki, bu fiileri ve olaylardaki bazı şeyler kendimize ve türdeşlerimize saygı nedeniyle yasaklıdır, yapmamız gereklidir. Fakat bunları bir başkası tamamen zararsız görebilir. En fazla insanın en büyük mutluluğu burada hiç bir rol oynamaz. Vicdan utilitarizm mülahazalarına bağlanmaz.

Tartışmalarda klasik utilitarizmin biyoetik konusunda uygulamasının olmadığı, olamayacağı ifade edilmektedir ve şu tez dile getirilmektedir: "Utilitarizm biyoetiğe klasik anlamında uygulanmaya kalksa, bir insanın organlarını alma ve organ nakli için öldürmenin serbest olması sonucuna varırız, çünkü çok sayıda organ naklini bekleyen hastalara sağlanacak fayda, tek bir şeye verilecek zarardan büyük olmaktadır." Bu da absurd bir sonuçtur. Faydacılığın biyoetik alanında işlerlik gösterebilmesi için, genel geçerli, tartışmasız geçerli herkesin kabul edeceği, mesela yaşama hakkı gibi temel prensipler kabul edilmelidir. Bu genel kabul gören hukuk etiği prensiplerinin dünya görüşü bakımından temel farklılık gösteren kişi anlayışları için, kimin için ve ne zamandan başlayarak yerine getirmektedir sorusu çok tartışmalı bir konudur. Sorunların çok hayati olmaması halinde zararın ve faydanın karşılıklı tartılması, dengelenmesi vasıtasıyla karar verilebilir. Utilitarist ahlaka göre fazla sayıdaki, artık embriyonun kök hücre üretiminde kullanılmasının serbest bırakılması, potansiyel hasta kök hücre alıcılarının

yararı nedeniyle izin verilebilir. Hristiyan Demokrat politikacı Hintze buzdolabında cam tüpde korunan embriyon örnekleriyle bir alzheimer hastası ve kanserli birini karşılaştırdığında, embriyonun pek de insan onuruna uygun bir biçimde korunmadığını, buna karşılık ağır hastanın iyileşmesinin daha onurlu bir iş olacağını, insan onurunun hastanın iyileşme hakkını da kapsadığını belirtmekte, bu nedenle kök hücre çalışmalarına izin verilmesi sonucuna varmaktadır.⁶⁶

Utilitarizm felsefi eleştirisinde sıkça Kant'a dayanılır. Kant moral yargıların ihtimal dahilindeki fayda tahminleri üzerine temellendirilmesini yanlış bulmaktadır. Kant da eylemimizin sonucu konusunda düşünmeyi, kafa yormayı reddetmez. Her ciddi hareket eden kişi neticeye ulaşmayı ister, ve bu neticenin kendisine ait olmasını ister. Sonuç itibarıyla yanlışların da sorumluluğunu reddemez. Bu nedenle de Kant'da Kant tarafından kurulan zihniyet etiği ve daha sonraları utilitarizm tarafından sahip çıkılan sorumluluk etiği arasında önemli bir çelişki olmadığı söylenir.⁶⁷

Kant'ın görünüşteki katılığına ahlaki sorunlarda bağlayıcı kriterlere ihtiyaç duyduğumuz anlayışıyla temellendirildiği düşünülmektedir. Bireyin hayati sorunlarda açık seçik prensipleri olmalıdır. Bu prensipler olası sonuçlar konusundaki kesin olmayan bilgilere dayandırılmaz. Bu prensipler insanın amprik doğası üzerinde de kurulamaz, çünkü sadece olgulardan, bir kişinin ne yapması gerektiği sonucuna varılamaz.

Çok çeşitli mezheplerin ve dinlerin bulunması nedeniyle ilahi bir güce dayanma da doğru olmaz. Etik bireyin bağımsızlığı merkezi bir öneme sahiptir.

(61) *Lexion der Ethik*, yay. Jean- Pierre Wills, C. Hübenhal, 2005, Paderborn, s. 398.

(62) Frankena, agy.

(63) Frankena, agy.

(64) Alexander Schlegel, *Die Identität der Person*, Freiburg, 2007, s. 31; krs. *Handbuch Ethik*, s. 95 vd.; *Lexion der Ethik*, s. 398.

(65) Schlegel, agy, s. 419.

(66) Federal Meclis Zabıtları, 142. oturum s. 14921 vd.

(67) Volker Gerhardt, *Die Frucht der Freiheit*, Die Zeit, Nr. 49, 27 November 2003, s. 47

Bu yüzden ahlaki yargı sadece bir bireyin akli otonomisi üzerine temelendirilebilir.

Utilitarizme karşı ahlaksızlık suçlaması yaygındır. Utilitaristlik, utilitarizm taraftarlığı bir suçlama olarak ileri sürülmekte, utilitaristlerin sadece en fazla sayıda kişinin en büyük tatmini düşünen üstü örtülü, maskeli ekonomistler olduğu iddia edilmektedir. Bu suçlamalara karşı utilitarizm da her fiilinden sorumlu kişi gibi, sonuçları gözönünde tuttuklarını söylemektedir. Modern utilitarizm verilen kararlardan doğan acının günümüzde hissedilmesi konusunda büyük başarılar elde ettiğini iddia etmektedir. Modern utilitarizm burada sadece etkilenen insanları değil, hayvanları ve bitkileri de göz önünde tuttuğunu, böylece bütün bir yeryüzünün acı çeken bir varlık olarak değerlendirildiğini belirtmektedir.⁶⁸

2. Utilitarist Görüşlerin Kök Hücre Tartışmasına Yansıması

Liberal utilitarist ahlakın yansıması olarak Sosyal Demokrat milletvekili Thomas Opperman'ın görüşlerini gösterebiliriz. Opperman'da Kant'a, Kant'ın Saf Aklın Eleştirisi'ne gönderme yaparak kök hücre yasasındaki değişiklik zorunluluğunu gerekçelendirmektedir. Kant'ın neyi bilebilirim? ne yapmalıyım ve ne umut edebilirim sorularından yola çıkan Opperman kök hücre araştırmalarının bilgiyle bağlantılı olduğunu, bunun tedavi araştırması olmadığını, kök hücre araştırmalarıyla hücrelerin, hücre değişikliklerinin, insan yaşamının esas olarak fonksiyonlarını nasıl yerine getirdiğinin bulunmaya çalışıldığını, tedavi ve iyileştirme yöntemlerince ulaşmak için temel bilgilere

ihtiyaç olduğunu, temel araştırmaların çok zaman aldığını, bugün tedavi amaçlı kök hücre araştırma yapılmıyorsa veya ortada bir somut sonuç yoksa, bundan vazgeçmenin doğru olmadığını, bugün yararlandığımız tıbbi iyileştirme imkanlarından vazgeçmenin doğru olmadığını, bugün yararlandığımız tıbbi iyileştirme imkanlarıyla ilgili temel araştırmaların 50 yıl- 100 yıl öncesi yapıldığını, bugün bu tür araştırmaları engellenmesinin, gelecek kuşakların imkanlarının sınırlandırılması olacağını ifade etmektedir. Opperman kök hücre araştırmalarının temel konu araştırması olduğunu, temel konularda araştırmaların öncelikle bilginin genişlemesi, büyümesi, bunun da adım adım bilginin sınırlarının değişmesi anlamına geldiğini belirtmekte, tıptaki bugünün temel konular araştırmalarının, yarının, ve öbür günün hastalarına yardım edildiğini dile getirmektedir.⁶⁹

Utilitarist ahlak anlayışının net bir tezahürü olarak Alman Liberal Partisi'nin (FDP) Genel sekreteri Cornelia Pieper'in konuşmasını gösterebiliriz: Pieper'e göre kök hücre araştırmalarında tedavi etmenin öne çıkarılması gerekir. Pieper bilimsel araştırmaların niçin yapıldığı sorusunu sorduktan sonra, araştırmaların kendi kendine amacı olmadığını belirtmektedir. Pieper şu ifadeyi kullanmakta "biz insanlığın hizmetinde, insanların refahı için araştırma yapıyoruz". Pieper'e göre araştırmalar sayesinde bugün örnek vermek gerekirse, birçok kanser türüyle mücadele etmek mümkündür. Pieper bu temel araştırmaların başladığı dönemde de, sonuçlarının belli olmadığını, netice alınıp alınamayacağını bilinmediğini belirtmekte, bugün de bu durumun kök hücre araştırmaları için geçerli olduğunu

ifade etmektedir. Pieper mevcut kök hücre yasasının mevcut haliyle dahi temel bir hak olan araştırma özgürlüğüyle bağdaştığı konusunda şüpheleri olduğunu söylemektedir.

Pieper'in kullandığı, seçtiği sözcükler insanlığın hizmetinde olmak, insanlığın refahı gibi ifadeler klasik utilitarizmi anımsatmaktadır.⁷⁰

Hristiyan Demokrat Birlik partisinden Peter Hintze'ye göre bir hasta insanın iyileşmesi söz konusu olduğunda, bu kişinin önemi, gerçekten değer verilen ve bir insanın ortaya çıkabileceği biyolojik maddeden daha fazladır ve yeri daha önce gelir. Şüphesiz bu maddeyle saygılı bir biçimde ilgilenmek gerekir. Fakat Hintze açısından bir hasta insan, reproduksiyon tıbbının laboratuvarlarında çelik kablarda soğuk dondurucuda korunan döllenmiş bir yumurta hücresinden önce gelir. Kimse bu durumun insan onuruna uygun olup olmadığını sorgulamamaktadır. Bu ayrımı yapmama mikroskopta görülecek küçüklükteki döllenmiş yumurta hücreleri ile yardım edilebilecek hasta bir insanı aynı değerde görmek, terk edilmiş artık yumurta hücrelerini araştırma için hizmete sunma yerine, hasta insanın ölümünü göze almaktır.

Hintze'nin görüşlerinde menfaatin karşılaştırıldığını görmekteyiz. Hintze'ye göre tedavi amacı, yumurta hücrelerinin korunması değerine ağır basmaktadır. Hintze'nin Hristiyan Demokrat partinin Genel Sekreterliğini yapmış bir protestan papazı olduğunu düşünürsek, liberal, hatta utilitarizm ahlak anlayışının Federal Meclisin bütün

partilerinde temsil edildiğini tespit edebiliriz.⁷¹

3. Peter Singer, Preferenz Utilitarizmi

Peter Singer son 20 yılda bir çok etikçi için provakatif denilen tezleriyle, engelli kişiler, pre matur ölümleri, bebek ölümleri, gibi konulardaki tezleriyle biyoetik tartışmalarında dikkati çeken bir kişidir.⁷² Avusturyalı felsefeci preferenz (öncelikler) utilitarizmi teorisi üzerinde görüşlerini temellendirmektedir. Preferenz utilitarizmi klasik utilitarist konseptler gibi hazın en çoğa çıkarılmasını, acının en aza indirilmesini talep etmez, buna karşılık önceliklerin eşit bir biçimde, eşitce gözönünde tutulmasını savunur.⁷³ Bu önceliklerin ortaya çıkışı büyük ölçüde tabii isteği, zevk ve acıyla aynı bağlamda bulunmaktadır. Duygu yeteneği haz ve acı tecrübelerini içermektedir. Bu durum bütün duygu yeteneği olan yaratıklarda, oluşlarda ortak olarak vardır ve buradan öncelikler, tercihler, yani arzuyu, sevgiyi yaşamak, tecrübesini tatmayı, acıyı önlemek istemektir. Aynı eşit veya birbirine benzer bütün duygu yeteneği olan yaratıklar kalkül de eşit olarak değerlendirilecektir, örneğin bir insanın acısı ve bir hayvanın acısı değerlendirilecektir. Bazı insanların ve hayvanların iletişim sağlayamamaları, burada epistemolojik bir sorun yaratsa da, bu yaratıkların tercihleri, öncelikleri olmadığını göstermez.

Güncel utilitarizm tartışmalarında preferenz utilitarizmi, utilitarizmin en yaygın ve kabul gören verziyonudur⁷⁴ Burada esas olarak çıkarılardan, ekonomi ağırlıklı tartışmalarda preferenzler söz

(68) Gerhardt, agy.

(69) Oppermann, 142. oturum, s. 14910.

(70) Pieper, 142. oturum, s. 14907.

(71) Hintze, 142. oturum, s. 14921.

(72) Singer hakkında A. Lohner, *Utilitarismus in der Bioethik, seine Voraussetzungen und Folgen am Beispiel der Anschauungen von Peter Singer*, yay. Gerhard Höher, Bodo Wojcick, Münster, 2002, s. 43 vd.

(73) Schelegel, age, s. 420 vd.

(74) *Handbuch der Ethik*, s. 101.

konusu yapılmaktadır. Bu çıkarların tartılması, karşılıklı değerlendirilmesinde, bu çıkarların kimin çıkarları, olduğunun hiç bir önemi yoktur. Sadece ve sadece bir eylem ve başka bir eylemin taraftarı olan çıkarları göz önünde tutmak gerekir. Bu temel prensip, yani bütün katılımcıların çıkarlarını eşit biçimde gözönünde tutma, bütün katılımcılara uygulanacaktır. Bir yaratığın kimliğinin tek tek cepheleri, özellikleri (ırk, cinsiyet, zeka derecesi, mali durumu veya diğer yetenekler, özellikler) dikkate alınmaz, önemli olan bir yaratığın çıkarları olmasıdır.⁷⁵

Preferenz utiliterizmi fayda kavramını, fayda kavramının subjektif kendini iyi hissetme içersinde anlaşılabilmesi nedeniyle objektif bir biçimde tanımlamaya çalışmaktadır. Talih, kendini iyi hissetme, tatmin doğrudan doğruya ölçülebilecek ve kişiler arasında karşılaştırılamadığı gibi, sadece dış özelliklerden bu sonuçlara varılabilir.

Preferenz utilitarizmi ile utilitarizmin değer temeli önemli ölçüde değiştirmektedir. Bentham, Mill ve Sidgwick açısından hazzın en yüksek noktaya çıkması söz konusu iken, preferenz utilitarizmi açısından isteklerin ve çıkarların en yüksek ölçüde yerine getirilmesi önem taşır. Ahlakın amacı artık belirli subjektif durumların oluşturulması değil, belirli dünya durumlarının oluşmasını sağlamaktır.⁷⁶

Peter Singer teorisinde evrensel geçerlilik clementleri de bulunmaktadır. Singer'e göre bir eylem, sadece evrensel geçerlilik iddiası bulunması halinde ahlaken haklıdır, yani eylem sadece kendi menfaati açısından yönlenmiş

olmamalı, benim, senin üstüne çıkan evrensel bir yasaya, evrenselleştirilebilecek bir karara yönelmiş olmalıdır. İnsanın gözönüne alınmasının kabul edildiği kendi ihtiyaçları, ilgisi ve istekleri bulunmaktadır. Fakat insan toplumunda aynı şekilde ihtiyaçları olan diğer insanlarla beraber yaşamaktadır. Bu yüzden insanın eyleminin meşruiyeti, haklı kılınması çıkarlarla belirlenmeli ve bu çıkarların her akli selim insana uygun gelmesi gereklidir.⁷⁷

Singer ingilizcede 1975 yılında yayınlanan Animal Liberation kitabıyla hayvan hakları konusunda hayvanların ahlaki statüsü konusunda önemli tartışmaları başlatmıştır.⁷⁸ Tom Regan ile birlikte modern hayvan etiğinin kurucusu sayılır. Hayvanların özgürlüğünde de Singer insan türünün tercih edilmesinin kabul edilmesi nedeniyle doğan türçülük (spesifizm) fenomeni, hayvanların ayrımcılığa tabi tutulmasını veya sömürülmesini betimlemektedir. Singer'ın bu kitapdaki tezine göre, belirli bir türe ait olmanın, o türden yaratıkları öldürme, acı verme gibi ahlaki sorularda hiç bir önemi yoktur. Buradan Singer vejeteryanlığın modern toplumda tek doğru yaşam tarzı olduğu sonucuna varır. Kümeslerde hayvan üretimi büyük ölçüde reddedilmektedir. Serbest dolaşan kümes hayvanların yumurtalarının yenmesinde, ve kabuklu deniz ürünleri gibi (karides, jumbo karides, midye) az gelişmiş hayvanlarda, bu hayvanların acı duyma yeteneği konusunda kesin bilgiler olmadığı için, kararı bireylere bırakmaktadır. Singer aslında bu türünlerin yememesi taraftardır.

Singer, Pratik Etik adlı çalışmasında preferenz utilitarizmini uygula-

malı etiğin bir çok alanında incelemektedir.⁷⁹ Yukarıda açıklandığı gibi, aynı çıkarların karşılıklı değerlendirilmesi prensibi, eşitlik eşit işlem görmeyi temel almaz, çıkarların eşit olarak gözönünde tutulmasına dayanır. Singer için çıkarların göz önüne alınmaması için hiç bir ahlaki haklı çıkarma, meşru kılma, ahlaken uygun bulma söz konusu olamaz. Singer çıkarlar için acı ve mutluluk hissedebilme yeteneğini şart koştuğu için, hayvanlar da çıkarlara sahiptir, çünkü bu yeteneklere sahiptirler. Bu çıkarlar da karar vermede göz önünde tutulmalıdır. Singer insan türüne ait olmanın ahlaki açıdan bir önem taşımadığını belirtmektedir. İnsan türünün imtiyazlı işlem görmesini Singer türçülük olarak nitelendirir ve bunu ırkçılığa benzetir. Bu nedenle başka canlı varlıkların öldürülmesinin kötü, mahkum edilecek bir davranış olması onların türlerine değil, bilinç durumuna bağlıdır. Bir diğer canlının öldürülmesi, genel olarak o canlının yaşamaya devam isteği biçimindeki çıkarıyla bağdaşmaz ve bu nedenle haksızlıktır. Kendilerinin bilincinde olan, geçmişinin, yaşadığı anın, ve geleceğin bilincinde olan kişiler özel bir değere sahiptir.⁸⁰

Singer ebeveynlerin yetkili doktorla birlikte bebeğin tedavisi kabil olunan bir hastalığı bulunması halinde ölümlüne karar verebileceklerini tezini savunmaktadır, gerekçesi, bu bebeklerin hiç bir zaman hiç bir şekilde tatmine ulaşamayacakları, mutlu olamayacaklarıdır.⁸¹

4. Liberal Bireyci Etik Anlayışı

Liberal bireyci teoride biyoetik sorunları, o sorundan etkilenen bireyin pozitif ve negatif hakları arasında hangi hakkın

ağır bastığını incelemesi, tartışması yapılarak çözülmeye çalışılır. Liberal bireyci teoriden yola çıkarak da embriyon konusunda yaşamın pozitif korunması ve bu nedenle kök hücrelerin kullanımının sınırlandırılması sonucuna varılabilir.

VII. TELEOLOJİK VE DEONTOLOJİK ETİK AYRIMI YAPILMASINA KARŞI ELEŞTİRİ

Albert Keller gibi yazarlar bu ayrımın problemler yarattığını belirtmektedir.⁸² Gerçekten hayatta bir çok girişim, görüşle karşı karşıya kalmaktayız, bu görüşleri açıkça şu veya bu grup içinde tasnif etmek olanaksızdır.

Bir katı deontolojik etik için, sonuçlarından tamamen kopartılmış, bizihi kötü, ahlaksızca eylemler göstermek mümkün olmaktadır. Bu eylemleri dünya da batsa (fiat iustitia ei perat mundus) her ne şart altında olursa olsun yapmamak gerekir. Bu konuda örnek olarak meşhur eylemler için masumların öldürülmesi ve Kant'a göre izin verilmeyecek yalan gösterilebilir. Eleştirenlere göre bu olaylarda petitio principii söz konusudur. Masum birinin öldürülmesini cinayet ve bunu da ahlaka aykırı fiil olarak tanımlamayla, fiili tabii bizihi kötü olarak nitelendirilebilir. Yalan da izin verilmeyen bir biçimde gerçeğin sahteciliğe sokulmasıdır.

Bir çok kötü olanak arasından sadece seçim yapmanın söz konusu olduğu etik ikilem durumlarında, belirli fiilleri herhalükarda ahlaken kötü olarak nitelene mümkün olamaz. Katı bir deontolojik etik açısından daha az kötünün seçimi mümkün değildir. Olamaz.

(75) Tönnies, age, s. 46 vd.

(76) Handbuch der Ethik, agy

(77) Scheffler, agy

(78) Almanca tercümesi "Die Befreiung der Tiere, 1996, Frankfurt"

(79) Peter Singer, Praktische Ethik, Stuttgart, 2. baskı, 1994.

(80) Singer, age, s.241, 243, 271.

(81) Singer, age., s. 271.

(82) Albert Keller, Philosophie der Freiheit, Graz, 1994.

Katı bir deontolojik argümanlar getiren etik pozisyonlar, girişimler için eleştiri noktası, bu pozisyonların etik olarak yapılması gerekenleri etik dışı amaçlara bağlamalarıdır. Böylece niçin bu amaçları takip etmeliyiz, peşinden gitmeliyiz sorusu cevaplanmamış kalmaktadır. Bir karşılaştırma böylece imkansız olmaktadır, çünkü neyin iyi, neyin daha iyi olduğu sorusu ancak, daha önce genel eylem prensipleri tanımlanmış ise açıklığa kavuşabilir. Bir çok teleolojik gelişimde eylem prensipleri zımnen şart konulmuştur. Örneğin klasik utilitarizmde, zevk, arzu kazanma ve neşesizliği önleme her türlü bakımdan sonuçları tahmin edebilmenin ana prensipleridir.

VIII. SONUÇ

Yukarıda görüldüğü gibi utilitaristler ve deontolojik etik teorileri, hatta diğer teoriler arasında tartışmalardan bir sonuç almak olanaksızdır, çünkü her iki akım da aynı anda farklı seviyelerde, düzeylerde tartışmayı sürdürmektedir. Ahlak düzeyinde utilitaristler ve diğerleri arasında neyin ahlaki neyin ahlaki olmadığı konusunda bir anlaşma sağlanamamaktadır. Utilitaristlerin, Singer de görüldüğü gibi hassas olmayan insani yaratıklarda, örneğin kürtaj bağlamında kürtajı olumlayan anlayışları, otonomi ve acının azaltılması konusundan çok farklıdır ve böylece hristiyan (ve müslüman) anlayışlarıyla çatışmaya girerler. Teoriler arasındaki tartışmada sıkça karşılaşılan durum hangi normların ve değerlerin tanınacağı, kabul göreceği değil, bu normlara ve değerlere hangi statünün tanınacağıdır. Yaşam, eşitlik, dağıtıcı adalet, fairness gibi değerler bir çok deontolojik teori açısından içten gelen (intrinsisch) değerler olarak kavranırken, utilitaristler

bu değerleri dışardan gelen, dayatılan, kendi içinden kaynaklanmayan (extrinsisch) nitelikte bulurlar.

Doğa konusunda, diğer konularda olduğu gibi utilitaristler geleceğe yönelimlerdir. Doğa konusunda acının azaltılması veya önlenmesinin gibi patho merkezli ölçütler, hassas hayvanların öldürülmesini, onlara acı vermeye göre daha kolay meşru kılmaktadır. Vejeteryan beslenme tarzı, hayvan kesiminden önce işkence sayılabilecek ölçüde büyük acılar içinde hayvanları tutma, bayıltmadan kesim, büyük ölçüde et üretimi için bitkisel yem sanayi ve otlakların, ormanların, kısacası doğal kaynakların heba edilmesi, bu doğal kaynakların açıkla mücadelede kullanılması utilitaristlerin eleştirdiği, dile getirdiği konulardır. Mutlak hayvan öldürme yasağı bir çok utilitarist için çok gelişmiş hayvanlar açısından mesela orangutan, gibi maymunlar için geçerlidir, çünkü bu hayvanlar çok büyük bir ihtimalle sadece kendilerinin bilinçlerinde değil, ayrıca yaşamlarının ve ölümlerinin bilincindedirler. Utilitaristlere göre hayvanlara acı vermek her halukarda problemlidir bir konu olup, bu ancak acı vermekle elde edilebilecek daha önemli faydalar ile caiz kılınabilir. Fakat utilitaristler hayvan deneyleriyle elde edilen, geliştirilen yeni bir ilacın pozitif etkilerini de savunmaktadır. Bu bağlamda utilitarist ahlak açısından günlük ahlak anlayışında verilen acı ve hoşgörülen, tolere edilen, izin verilen acı arasında değer farkı yapılmaz, böyle bir ayrım kabul görmez.

Utilitaristler için aktif eylem ve ihmal arasında önemli bir fark yoktur. Bu anlayış biyotıpta, tıp etiğinde bazen hakim anlayışla uyum, bazen de çatışma sonuçlarına götürür. Bir çok hukuk düzeni doktorun hastasına karşı negatif sorumluluğunu düzenlemiştir, negatif

sorumlulukta sadece aktif müdahalelerin sonuçları değil, ihmal edilen müdahalelerin sonuçları da doktora yüklenir. Utilitarist etiğin bu ayrımı ilgili bir zayıf noktası, aktif eylem ile ihmal arasındaki normatif farkı kabul etmemesidir, doktorların meslek etosunda ölüme aktif ve pasif yardım arasında fark yapılmaktadır. Geleneksel doktorluk meslek etosu, doktora ağır acılar çeken ve ölmek isteyen ölmesi çok yakın ölümcül bir hastaya ömrünü uzatıcı tedbirler alma konusunda kararı ona bırakır, hatta yaşamı uzatmamasını emreder. Aynı durumdaki bir hastanın isteği üzerine öldürülmesi (aktif ölüme yardım), hatta yardımcı olma meslek etosuna aykırıdır. Utilitaristler iki farklı durum arasındaki sınırı ortadan kaldırıp doktorun hastanın suizid, intiharına belirli koşullar altında, bu koşullar intiharın hem hastanın subjektif iradesine, hem de hastanın objektif olarak iyiliğine uymasındır, yardım etme hakkının bulunmasını talep etmektedir. Bir bütün olarak ölüme yardım ile utilitarist değerlendirmenin arkasında şu düşünce yatmaktadır; hem insani hem de hayvani hayatın hiç bir intrintik kendiliğenden, içten gelen) bir değeri yoktur, fakat extrintik, dışardan gelen değeri vardır. Yaşam değil, bir şeyleri yaşamak, görme geçirme utilitaristleri için extrintik değere haizdir. Bu nedenle yaşamın değeri önemli ölçüde iki önemli faktöre bağlıdır: Bu bir yandan hayatın bir bireye sağladığı yaşamın kalitesinde, yaşam kalitesinde, diğer yandan korku, insanlığın kaybı, insanlıktan çıkma, ölüm gibi hayatın korunmasının olası sınırlamalarının bireysel ve toplumsal yan etkilerine bağlıdır.

Değer pluralizminin olduğu bir yerde tek bir etik teorisinin geçerli olduğu söylenemez.⁸² Modern, çağdaş devletin laik niteliğini, dini topluluklara karşı nötr tutum olma zorunluluğunu dikkate almak gerekir.

Canlı bilimlerinde (life science) araştırmaların çoktandır ulusal düzeyi çok aştığı için biyo-etik alanında da düzenlemelerin uluslararası olması gerekir.

Uluslararası düzeyde biyoetik alanında düzenlemeler için konsensus sağlamak çok güçtür; farklı dinsel inanışlar, dünya görüşleri, ekonomik ve siyasi çıkarlar bunu zorlaştırmaktadır. Birakalım uluslararası düzenlemeleri milli düzeyde dahi düzenleme yapmak, pluralist bir toplumda oldukça güçtür. Birçok kez işaret edildiği gibi biyoetiğe damgasını vuran farklı değer yargıları, dinsel ve felsefi bakış açıları, devletin seküler olma zorunluluğu minimal konsensusa ulaşmayı zorlaştırmaktadır. Toplumsal onayı olmayan bir yasal düzenlemenin de meşruiyeti, etkililiği sorunludur.⁸³

İnsan varlığının en temel cepheleri insan hayatının başlangıcı, ve bitimi, insan doğasına müdahale, bireylerin toplum için feda edilmesi önümüzdeki dönemlerde tartışma konusu olacaktır.

Biyotik tartışmalarının daha uzun zaman gündemde kalacağını hiç şüphesiz söyleyebiliriz.

(82) Tıp etiğinde Kanıcı deontolojik, utilitarist, diskur etikçi, Aristocu yönü ne olursa olsun hiç bir etik teorisinin egemen olamamasına ilişkin, Handbuch der Ethik, s. 275.

(83) Krş. Susanne Beck, Die Grenzen des Biostrafrechts, Mart, 2008 2. Yeditepe-Würzburg Üniversiteleri Karşılaşılmalı Ceza Hukuku Sempozyumunda sunulan Tebliğ.

I.NAZİ DÖNEMİ VE SAVAŞ SONRASINA GENEL BAKIŞ

Konu başlığından anlaşılacağı üzere Almanya'daki hukuk felsefesinde 2. Dünya Savaşının etkileri büyük ölçüde görülmektedir.¹ Bununla beraber, Almanya'daki hukuk felsefesindeki temel eğilimleri ve gelişmeleri üç ana dönem içinde değerlendirebiliriz. Birinci dönem savaşın bitimi olan 1945'den başlayıp 60'ların başına kadar olan dönem olup, doğal hukuk ve diğer temel konulardaki refleksiyonlar söz konusudur. İkinci dönem, doğal hukukun önemini en azından hukuk öğretisinde yitirmesi, metod ve temel eğilimlerin başgöstermeye başladığı 60'lı ve 70'li yıllar olarak belirliyoruz. Üçüncü dönem ise değişmeler, birleşmelerin, ayrım-

ların başgösterdiği, 80'li yıllar, hukuk felsefesini hayatın bir çok alanındaki yeni konuların beklediği 90'lı ve 2000'li yıllar olarak görüyoruz.² Şüphesiz bu dönemler arasında önemli kesişmeler bulunmaktadır.

Savaş sonrasında ortaya çıkan en önemli olaylardan biri iki Almanya'nın varlığıydı. 1989 Kasım'ında Berlin duvarının yıkılışına kadar Doğu Almanya'da farklı bir hukuk felsefesi ortaya çıkmış, batıda da soğuk savaş dönemi politikalarının sonuçları hukuk felsefesine de yansımıştır.³ 60'lı yıllardan itibaren de Almanya'da hukuk felsefesinde uluslararası değiş tokuşun etkilerini gittikçe artan ölçüde görebiliriz.

* HFSA tarafından düzenlenen, İstanbul'da Ağustos 2008'de yapılan Hukuk Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumunda sunulan tebliğ

** Dr., Würzburg Üniversitesi, Avukat Stuttgart-İstanbul

(1) Savaş sonrası Almanya'da hukuk felsefesi için Ralf Dreier, *Hauptströmungen gegenwärtiger Rechtsphilosophie in Deutschland*, Kube-Lectures, ARPS, s. 155-163; aynı yazar, *Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Ein Rückblick*, in *Integratives Verstehen zur Rechtsphilosophie* Ralf Dreiers, yay. Robert Alexy, 2005, Tübingen, s. 215-225; Gerhard Sprenger, *100 Jahre Rechtsphilosophie Ein Rückbesinnung entlang des 1907 gegründeten „Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie“*, ARPS, Jubiläumsgabe, 2007

Aynı yazar, *Das Archiv für Rechts- und Sozial (Wirtschafts) philosophie als Zeit-Schrift des Rechtsdenkens 1907- 1987*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (kısaltma ARSP), 1987, s.1;

Eric Hilgendorf, *Die Renaissance der Rechtstheorie 1965- 1985*, Würzburg, 2005; aynı yazar, *Zur Lage der juristischen Grundlagenforschung in Deutschland heute in Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, yay. W. Brugger, U. Neumann, S. Kirste, 111-133

(2) Krş. Dreier, age, s. 156

(3) Demokratik Almanya Cumhuriyeti'nde hukuk felsefesi için Karl Mollnau, *Die Babelsberger Konferenz oder vom Beginn der Niedergangsjurisprudenz in der DDR*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* (kısaltma ARPS), 44, 1991, s. 236; Hermann Klemmer, *Rechtsphilosophisches zur ontologischen und zur gnoselologischen Dimension der Sein / Sollen- Problematik*, ARPS, 44, Stuttgart, s. 163

1. Doğal Hukuk Rönesansı

Hukuk pozitivistlerinin "yasa yasadır" anlayışlarının, hukukçuları Nasyonal Sosyalizme karşı silahsızlandırdığı, Nasyonal Sosyalist dönemin hukukunun hukuk olduğu yamılgısına hizmet ettiği suçlamaları yapılmıştır.⁴ Çok sayıda yazar Nazi döneminin suçlusu olarak hukuki pozitivistliği görmüştür.⁵ Buna karşılık Kelsen ve Radbruch gibi hukuki pozitivistin ana temsilcilerinin son ana kadar liberal fikirleri savunduğu, bu yüzden de baskılara uğradığı da bir gerçektir.⁶ Fakat Weimar döneminin hukuki pozitivistizminin nasyonal sosyalizmin hukuki kalıba dökülmüş, o zorba hukuk dışı karakterini, hukuk dışılığına öngöremediği, tanıyamadığı suçlamasının mutlaka haklı tarafları vardır. Hukuki pozitizmin savunduğu tez, idarenin ve yargının yasalara mutlak itaat, yasa koyucunun meşruiyetinin bulunması ve hukuk devleti ilkelerine göre denetimin bulunması halinde söz konusu olur, fakat bir zorbalık sisteminde böyle bir itaat zorbalara hizmet eder.⁷

Burada Weimar döneminde aslında Nazi olmayan bir çok hukuk bilim adamının, Forsthoof,⁸ Larenz,⁹ Carl

Schmidt¹⁰, Emge¹¹ gibi önemli isimlerin de Nazi işbirlikçisi hukukçular haline geldiklerini görmekteyiz.

Nasyonal Sosyalizm belirli bir hukuki geleneğe ait, örneğin Yeni Hegelcilik gibi kendi hukuk felsefesini ortaya atmadı.¹² Nazi döneminin hukuk felsefecilerinin Alman idealizmine, özellikle de Hegel'in güçlü, iktidara sahip devlet düşüncesini esas aldıkları da yaygın bir kanaattir. Nazi rejimi "hukuk kavramından" hareketle kendini meşru kılmaya çalışmış, liberal Weimar anayasa devletine zamanını doldurduğu iddiasıyla karşı savaş açmıştır. Pozitivistizm için karakteristik olan olan hukuk ve ahlakın kavramsal ayrımından vazgeçilmiş,¹³ tam tersine çevrilmiştir, Nazi rejiminde sözüm ona doğru ahlak ve hukuk aynıdır. Weimar Cumhuriyetinde ortaya çıkan irrasyonelizm akımı Nazi döneminde de sürmüştür. Bu dönemin yıldızlarından Carl Schmidt liberal pozitivistliği şiddetle eleştirerek dost- düşman ayrımına dayanan düşüncesinin propagandasını, siyasilik kavramı (*Der Begriff des Politischen*) adlı kitabında yapmıştır.¹⁴ Nazilere yakın hukukçulardan C.A Emge'nin ifade ettiği biçimde "führerin felsefi ide-

(4) Dreier, *Der Begriff des Rechts*, in *Recht-Moral*; türkçe tercümesi *Hukuk Kavramı*, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arşivi*, kısaltma HFSA, s.2, 1994, s.9-25.

(5) Örnek olarak, James E. Herget, *Contemporary German Legal Philosophy*, 1996, Philadelphia, s. 2.

(6) Hans Kelsen 1933'de Almanya'yı terketmek zorunda kalmış, Gustav Radbruch'a Nazi döneminde 1933- 1945 yılları arasında ders verme yasağı getirilmiştir.

(7) Krş. Eric Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, 2006 s. 47.

(8) Ernst Forsthoof, 1902-1974, Nazi dönemi ve savaş sonrasında tanınmış idare hukukçusu.

(9) Karl Larenz, 1903-1993 Nazi döneminin tanınmış hukukçusu, savaş sonrası özel hukuk ve metodoloji çalışmalarıyla tanındı. "Methodenlehre der Rechtswissenschaft", Heidelberg, 1960 bir çok baskı yaptı.

(10) Carl Schmidt, 1888- 1985, 20.yüzyılın en tanınmış kamu hukukçularından sayılır. "Verfassungslehre" 1928 ve "Der Begriff des Politischen" 1927 tarihli makalenin 1932 yılında geliştirilmiş biçimi en tanınmış eserleri arasında sayılır.

(11) C. A. Emge, 1886-1970, Nazi döneminin tek hukuk felsefesi kürsüsüne sahip hukukçusu.

(12) Sprenger, age, s. 17.

(13) Ayrım için Norbert Hooster, *Zur Verteidigung des Rechtspositivismus*, in: *Rechtspositivismus und Wertbegründung des Rechts*, yay. Ralf Dreier, 1990 ARSP özel basımı, s. 27; Altan Heper, Alexy'nin Hukuksal Pozitivistizm Eleştirisi, *Hukukla Ahlak Arasındaki İlişki*, s. 12, HFSA, 2005, s. 65-74.

(14) Carl Schmidt, Hilgendorf, age, s. 47.

ali", Sauer'in ifade ettiği biçimiyle, "ahlakın ırk yasalarıyla sınırlandırılması", Carl Schmidt'in dediği gibi "somut düzen ve düzenleme düşüncesi" gibi tezler ortaya atıldı.¹⁵ Hukuksuzluğun yaratılması sırasında yeni hukuktan bahsedildi. Bu yeni hukukun yaratılmasında Nazi dönemi öncesi hukuk aşırı derecede haksız olarak uygulandı. Hubert Rottleuthner'in tespitlerine göre hukukçular Nazi sistemiyle uzlaşmakta, uyum sağlamakta, tamamen konformist bir karakter göstermekte ve ikili bir strateji izlemekteydiler. Onlar iktidarın istekleri ve amaçlarına uygunluğa göre bir yandan pozitif hukuku, diğer yandan nazilerin "yüksek prensipleri"ni uygulamaktaydılar.¹⁶

Savaş dönemine ve hukuki pozitivizme tepki olarak çeşitli akımların ortaya çıktığını, özellikle doğal hukuk rönesansından bahsedildiğini ifade etmiştik.

1948'de Hukuk Felsefesi Uluslararası Birliğinin toplanmasından sonra Hukuk Felsefesi Arşivi'nin yeniden çıkartılmasına karar verildi. 1933-1945 arası Nazi iktidarında yaşananların, korkunç olayların zamanla kavranması, ahlaki ölçütlerin, tekrar harekete geçirilmesi, ve güçlendirilmesi bilincini yarattı. Karl Jasper savaş sonrası, humanizmi ilk gündeme getiren, kusurluluk, suçluluk ve sorumluluk konusu irdeleyen felsefecidir.¹⁷

Gustav Radbruch kendisinin 70. doğum günü için çıkartılan armağanda (1947'de) yeni bir hukukun yaratıl-

masını savundu ve binlerce yıllık antik çağın ortak bilgeliliği, hristiyanlığın orta çağı, ve aydınlanma çağı, yasanın üstünde daha yüksek bir hukuk olduğunu, doğal hukukun, tanrının hukuku, aklın hukuku olduğunu, kısaca yasa üstü bir hukuk olduğunu, ve bununla haksızlığın, hukuksuzluğun bir yasa biçimine dökülmesi halinde de, haksızlığın haksızlık olarak kaldığını ölçebileceğimizi ifade etti.¹⁸

Hukukçuların nazi dönemiyle hesaplaşması zor bir işti, çünkü hemen hemen hepsi Nazi dönemi işbirlikçisiydi; şimdi de yeni devletin hizmetindeydiler.¹⁹ Bu durumu Doğu Almanya için de geçerlidir.

Galip devletlerin yargı yetkisini tekrar Alman mahkemelerine bırakmaları üzerine bu dönemde daha 1946'larda bir çok Nazi dönemi yasasının hukuksuzluk karakterini, doğal hukuka aykırı olarak temellendirdiler. İlk olarak Wiesbaden Sulh mahkemesi, böyle bir karar verdi. Daha sonra istinaf ve temyiz mahkemelerinin önüne de, Nazi dönemi yasaları, tüzükleri ve talimatları geldi ve mahkemeler bunların geçersiz olduğuna karar verdiler. Mahkemelerin önünde, bu yasama tasarılarıyla verilmiş bir çok cezanın geçerliliği veya geçersizliği sorunu ortaya çıktı. Mahkemeler, örneğin Frankfurt Yüksek Eyalet mahkemesi doğal hukukun taleplerine aykırılık ortaya çıkması halinde geçersizlikten bahsetmektedir.²⁰

(15) Sprenger, age, s. 16, 17.

(16) Hubert Rottleuthner, *Substantieller Dezisionismus, Zur Funktion der Rechtsphilosophie im Nationalsozialismus*, in *Recht, Rechtsphilosophie und Nationalsozialismus*, yay. Hubert Rottleuthner, 1983, s. 20 vd. 23.

(17) Sprenger, age, s. 19.

(20) Sprenger, s. 20; Gustav Radbruch, *Die Erneuerung des Rechts*, in: *Die Wandlung*, 1947, s. 8 vd.

(21) Dreier, *Deutsche Rechtsphilosophie*, s. 276

21Süddeutsche Juristenzeitung, 1946, 369 ve 622'ye atfen Sprenger, s. 19

2. Radbruch Formülü

Radbruch savaş sonrası savaş öncesi öğretisinden uzaklaşmıştır, Radbruch'a göre adalete yönelinmediği ve eşitlik bilinçli bir biçimde inkar edildiği takdirde, artık sözkonusu olan hukuk değildir, hukuk karakteri olmayan, yasal haksızlıktır. (Gesetzliches Unrecht).²²

Radbruch'un düşünceleri özlü bir biçimde topladığı "Beş Dakika Hukuk Felsefesi" adlı konuşmaları (Prof. Hayrettin Ökçesiz tarafından yapılmış çevirisi), Radbruch'un tezlerinin anlaşılması bakımından önem taşımaktadır.²³ Radbruch formüllü tartışmalara yol açmış, fakat yüksek mahkemelerce de ki bunlar arasında Federal Mahkeme, Federal Anayasa Mahkemesi'ni de saymak gerekir, hala işlerliği olan bir formül olarak kullanılmaktadır.²⁴

Radbruch formülünün bugün için pratik önemi, haksız sistemlerin devrilmesi, iktidardan uzaklaştırmasından sonra bu dönemin (olağanüstü dönemin) sorunların çözülmesi, yasama faaliyetinin geçerliliği konusunda (Aufarbeitung der Unrechtssysteme) ortaya çıkmaktadır. Polonya, Şili, Güney Afrika bu yönde çalışma yapmaktadır.²⁵ Radbruch formülü Doğu Almanya'nın tarih sahnesinden yok olmasından sonra, Doğu Almanya hukuk uygulamalarının irdelenmesinde de ölçüt olmuş, ve

aktüelitesini 90'lı yıllarda tekrar kazanmıştır.²⁶

Radbruch formülünün uygulanması, yasaya uygun haksızlık ile ilgili tipik bir örnek olarak aşağıdaki karar verilebilir: Federal Anayasa Mahkemesi 14.12.1968 tarihli kararında göçmen yahudilerin ırkçı nedenlerle Alman vatandaşlığını kaybetmelerine temel teşkil eden İmparatorluk Vatandaşlık Yasasına ilişkin 11. Tüzüğün hukuk karakteri ve hukuki geçerliliğini incelemiştir. Bu kararda yer alan temel düşünceler (1-3) şöyledir:

1. Nasyonal Sosyalist Hukuk Kuralları adaletin temel prensipleriyle çok açık bir biçimde çelişkiye düştüğünde, hakim bunları uygulaması veya bu kuralların hukuki sonuçlarını tanımak istemesi sonucu haklılık yerine haksızlığa karar verecek olması durumunda, hukuk kurallarının hukuk olma geçerliliği inkar edilebilir.

2. İmparatorluk Vatandaşlık Yasası için çıkartılan 11.11.1941 tarihli 11. Tüzüğün adaletle çelişkisi o kadar büyük bir derecede ulaşmıştır ki, bu tüzük başından beri batıl olarak değerlendirilmelidir.

3. Hukukun temel prensiplerine açıkça aykırılık halinde bir kez meriyete girmiş olan haksızlık, uygulaması ve uyulması suretiyle hukuk haline gelmez.²⁷

(22) Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und ubergesetzliches Recht" in Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie*, 4. baskı, Stuttgart, 1950, s. 352.

(23) Gustav Radbruch, *Beş Dakika Hukuk Felsefesi*, çev. Hayrettin Ökçesiz, s. 2, HFSA, 1994, s. 7-8.

(24) Frank Saliger, *Radbruchsche Formel und Rechtsstaat*, Heidelberg, 1995; Helmut Lecheler, *Unrecht in Gesetzesform? Gedanken zur Radbruchschen Formel*, Berlin, 1994; BGH ISt. 39, 1= NJW 1993, 141; Claus Roxin, *Strafrecht*, AT 1, 4. baskı, 2006, 7. Bölüm Paragraf 7, 25; Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, 23, 94

(25) Eckardt Bucholz Schuster, *Rechtsphilosophische Legitimation der Rechtspraxis nach Systemwechseln*, 1998, Berlin; Olivia Jazwinski, *Unrechtsaufarbeitung nach einem Regimewechsel*, 2006, Baden-Baden

(26) Robert Alexy, "Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit" *Berichte der Joachim-Jungius-Gesellschaft* 3, 1993, 28; Klaus Lüderssen, *Der Staat geht unter- das Unrecht bleibt! Regierungskriminalität in der ehemaligen DDR*, Frankfurt, 1992.

(27) Alman Federal Anayasa Mahkemesi Kararı, BVerfG, 23, 98 (106);

Doğu Almanya'da sınırda, ülkeyi izinsiz terketmek isteyenlere sınırda görevli askerlerce ateş edilmekteydi ve meşhur Berlin duvarında bir çok Alman askerlerce öldürülmüştü ve Doğu Alman Hudut Muhafaza Yasası'nın 27. md. sınırı izinsiz geçmek isteyenlere gerektiğinde ateş edilmesini öngörüyordu. Doğu Almanya yıkıldıktan sonra ölüme sebep olan askerler yargılandı ve yargılamada Radbruch formülü tekrar aktüellik kazandı.²⁸

3. Anayasa'nın Hazırlanması'nın Doğal Hukuk Eğilimlerini Güçlendirmesi

Bir yandan mahkemeler doğal hukuka dayanarak adalet çağrılarını yaparken, yeni bir anayasa yapma çalışmaları başladı. Adil bir hukuk için yönlendirmeyi sağlayacak sürekliliği olan temel ilkeler arandı. Herrenchiesse ve Bonn'da sürdürülen Anayasa tartışmalarında doğal hukuk taraftarlığı açık bir şekilde yaşandı. Anayasayı doğal hukuk temellerine oturtmak isteği, yargının yorumlarda doğal hukuku her zaman gözönünde tutması zorunluluğu olarak ifade edildi. Ayrıca doğal hukuk anayasal temel haklarda kendini gösterdi, Anayasa 1, 2, 3 gibi temel hakların çekirdeğini oluşturan hükümler aynı zamanda doğal hukuk ilkeleridir. Federal Anayasanın dışında eyalet anayasalarında doğal hukuk izlerini görmektedir. Doğal hukuk konusunda 1945 ile 1960 arasında 750'den fazla makale, kitap vs. yayınlamıştı.²⁹ Alman Anayasa'nın 1. md. 1. fıkrasında insan onuru dokunulmazdır, bütün kamu erki insan onuruna saygı duymakla ve korumakla yükümlüdür. 2. md 'de herkesin şahsiyetini geliştirme hakkına sahip

olduğu bu hakkın ancak başkalarının hakları, ahlak yasasıyla sınırlanacağı, herkesin özgür olduğu 3. md. de eşitlik hakkı yer almaktadır.

Ayrıca Anayasanın 20.md. 3. fıkrasında bütün devlet organlarının yasa ve hukuka (Gesetz und Recht) bağlı olduğu yer almıştır. Burada sadece yasanın bulunmaması, ayrıca hukukun yer alması, devlet organlarının yasal haksızlık durumunda yasanın üstündeki hukuka dayanma imkanını sağlamak için, yani Nazi dönemi tecrübelerinin ışığında açıklanmaktadır. Anayasa koyucularına göre yasal haksızlığın önlenmesi için, devletin kendini, vatandaşlarının mutluluğunu, özgürlüğünü ve insan onurunu korumayı üstlenmekle yükümlü görmesi gerekir. Ayrıca Anayasanın 20. md. 4. fıkrasında vatandaşların Anayasada nitelikleri sayılı sistemi ortadan kaldırmaya karşı bu gayret içersinde olan kişilere, haksız bir rejime direnme hakkı da düzenlenmiştir. Böylece pozitif hukukun üstünde bir hak anayasaya girmiştir.

4. Doğal Hukukun Önem Kazanmasının Nedenleri

Hem hukuk uygulamacılarına, hem de öğretiyiciler, nasyonal sosyalizm hukuku istismar etmişti. Bu tür bir keyfi haksız sisteme karşı çareler aranması gerekiyordu; adalet için tüketilmemiş, kullanılmamış bir ölçü (unverbrauchten Maß für Gerechtigkeit) aranıyordu.

Yön, amaç konusunda bir birlik vardı, insan keyfine bırakılmış bir hukuktan uzaklaşmak gerekiyordu. Objektif, bütün zamanlar üstünde, dışında, (überzeitlich) bir ölçü aranmıyordu. Bu ölçüye insanın ulaşip

ulaşmaması önem taşıymıyordu. Bu yıllarda hukukun meşruiyeti için ilahi olana dayanma, temellendirmede tanrısal dayanaklardan çekinilmiyordu.³⁰ İlahi, tanrısal dayanaklar Federal Anayasa'nın dibacesinde ve birleşme öncesi eyaletlerin anayasalarında da görülmektedir. Fakat Doğu Almanya'nın dağılmasıyla oluşan yeni eyaletlerin anayasalarında bu tür göndermeler bulunmamaktadır. Alman hukukuna damgasına vuran insan onuru kısmen incille temellendirilmektedir. İnsanın tanrının sureti olduğunu ifade eden Incil'in oluşum süresindeki insanın dokunulmazlığı ve onuru temellendirmelerde, özellikle bütün kamu hukuku dallarında anahtar rolü oynar.

5. Doğal Hukukun Önemi Yitirmesi

1950'lerin sonunda yavaş yavaş aslında geleneksel anlamda doğal hukuka dönüşün sözkonusu olamayacağı tartışması başladı. Hukukun yeni temellendirmesi olarak, Maihofer'in ifadesi ile doğal hukuk ve hukuki pozitivizm ile hukukun temellendirilmesi yapılmıyordu. Soyut hukuk yerine, somut, tarihin dışında mutlak olmayan hukuk yerine, tarihsel bütünlük içinde-relatif oluşan bir doğal hukuk temellendirilmeliydi, aranmalıydı.³¹ Böyle yeni arayışlar içinde-felsefeciler arasında neo marksist Ernst Bloch Doğal Hukuk ve İnsan Onuru kitabıyla³² dikkat çekmekteydi, Bu dönemde eşyanın tabiatı (Natur der Sache) kavramına tekrar dönüldüğünü

tespit etmekteyiz. Bu kavram aydınlanmanın son döneminde ortaya çıkmıştı ve o dönemin doğal hukuk öğretileri içinde değerlendirilmişti.³³ Sprenger o dönemi değerlendirirken doğal hukukun geçici rönesansından bahseder, ve o dönem doğal hukuk olarak anlandırılan düşüncelerin çok farklı renklerde, sık sık birbiriyle çelişen değer tasavvurlarından (Wertvorstellung) oluştuğunu, bunların aslında 19.yüzyılda kökleşmeye başlayan burjuva hümanist idealler olduğunu, bu değer tasavvurlarının Alman anayasalarında temel haklarla, insan haklarıyla pozitif hukuk olarak düzenlendiğini belirtmektedir.³⁴

50'lerin ortalarından başlayarak, yeni Federal Anayasada yeralan temel hakların etkileri somut olarak kendisini gösterince, doğal hukuk hukukun geçerliliği, meşruiyeti tartışmaları azalmaya başladı. Ama adaletin tecellisi için nihai prensiplerin aranmasına devam ediliyordu. Temel haklar düşüncesinden, idesinden, temel hakların içeriğinden bu prensipler bulunmaya çalışılıyordu.³⁵ Bu dönemde hukukun üstünde adalet idesine yönelmiş bir çizgi arayışı devam etmekteydi.

Bu dönemde bilimsel metotlara ve gerçeklere yönelik olarak adalet arayışları da vardı. 45 sonrası sosyal bilimlerde sosyal bilimlerin karakterine uygun, ona ait normatifliği konu edinme için toplumsal gerçeğe yönelme eğilimi artmaktaydı. Bu eğilime örnek olarak Helmut Schelsky verilebilir. Sosyal

(30) Gerhard Sprenger, Das "Sittengesetz" als Freiheitsschranke, in: Gesetz, Recht, Rechtsgeschichte, yay. W. Baumann, 11-1. Dickhuth-Harrach, 2005, s. 402 vd; Sprenger, a.g.e, s. 20.

(31) Werner Maihofer in: Naturrecht oder Rechtspositivismus, hg.W. Maihofer, 1972, X.

(32) Ernst Bloch, Naturrecht und Menschenwürde, Frankfurt, 1961.

(33) Gerhard Sprenger, Naturrecht und Natur der Sache, 1976, s. 63 vd.; Ralf Dreier, Natur der Sache, çev. Hayrettin Ökçesiz, s.2, HFSA, 1994, s.63-66.

(34) Gerhard Sprenger, 100 Jahre Rechtsphilosophie, s.22; Arthur Kaufmann, in: ders./Wilfried Hassemer (yay.) Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtslehre der Gegenwart, 4. baskı, 1984, s.79.

(35) Klaus Stern, Idee und Elemente eines Systems der Grundrechte, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (yay.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. V, 1992, Rn. 1992, Rn. 3 zu § 109.

(28) BGHSt 39, 1, aynı karar NJW 1993, 141, aynı karar NSStZ 1993, 129; BGHSt. 39, 168, aynı karar NJW 1993, 1932, aynı karar NSStZ 1993, 486; Federal Anayasa Mahkemesi Kararları 95, 96 (133).

(29) Werner Maihofer, Naturrecht oder Rechtspositivismus, 1972, s. 580-620.

gerçekliğin aranması artık bilimsel araştırmanın konusuydu.³⁶ Hukukun ortaya çıkışı, etkisi, toplumda geçerlilik şansı, sosyal bilimlerin hukukçulara sunduğu yeni ve geliştirilmiş araçlarla incelenmeliydi: Bu araçlar, empirik yöntem, usul analizleri, etkililik ölçümleri, hukuk karşılaştırmaları metodları, toplum teorileriydi. ABD'den gelen etkiler, impulslar ile 1945 sonrası sosyal araştırma yöntemlerinin üstlenilmesi ve sosyal bilim teorisi ve sosyal bilimler düşünce tarzının etkisiyle araçlar oluştu ve bu araçlarla mevcut hukuk metodolojisi ve hukuk dogmatikliği eleştirilebiliyordu.³⁷

Savaş sonrası dönemde hukuki pozitivizmden ayrılmanın dikkate değer örnekleri olarak Max Scheler, Nikolai Hartmann'ın maddi değer etiği teorisi (Materielle Wertethik) gösterilir.

Berlinli felsefeci Wilhelm Weischedel 1955'de yüksek mahkeme yargıçlarının önünde yaptığı konuşmada Max Scheler'in değer teorisinin yüksek yargı kararlarının temelini oluşturduğunu kanıtlamaya çalışmıştır.³⁸ Scheler'in tezi 1917'de Kant'a eleştiri olarak ileri sürülmüştü. Scheler, Kant'ın formal ahlak yasasını (Formales Sittengesetz) boş, içeriksiz bir yapı olarak eleştirmişti. Scheler bu boş yapıyı çok sayıda ve çok farklı değerlerle doldürmüştü. Scheler'e göre bu değerlerin objektifliği herkes için anlaşılır, geçerlidir. Scheler'in değer teorisi Augustos'un düşüncelerinin devamı, platonik-hristiyan etiğinin felsefi açılımı

olarak değerlendirilmektedir.³⁹ Scheler ve onun takipçisi Hartmann'a göre değerler varlık (seiende) olarak geçerliliğe (Geltung) sahiptir. Bu görüşler fenomenolojik değer teorisi olarak nitelendirilir.⁴⁰

Federal Mahkeme bir olayda ebeveynlerin, nişanlıların aynı evde kalmasına göz yummaları nedeniyle evlilik dışı ilişkiye yardımcı olma suçu nedeniyle cezalandırılmalarını değerler sistemine uygun bulmuştur.⁴¹ Bu karar toplumsal ahlak anlayışının nasıl değiştiğini göstermektedir.

6. Anayasa Yargısında Değer, Değerler Düzeni

Yukarıda açıklandığı gibi, Anayasaya doğal hukuk ilkelerinin alınmasıyla bu ilkeler pozitif hukuk ilkeleri haline geldi. Hukuk düzeninde hukukun meşruiyeti için değerlere ve değerler düzenine dayanmaya sıkça başvuruldu. Değerler, değerler düzeni gibi kavramlar Yeni Kantçılığın ve özellikle güneybatı (südwestdeutsche) Yeni Kantçılığının fenomenleriydi. Her kim değerlere veya değerler düzenine dayandığını iddia ediyorsa, pozisyonu çok güçlü hale geliyordu; argumentatif olarak saldırılamaz hale geliyordu. Değerlerin, yine değerlerle göreceli hale getirilmesi mümkündü ve hangi değer önce, hangi değer sonra geleceği konusunda kavramları esas alan mantiki bir sıralama söz konusu olamazdı.⁴² Bu eleştirinin esasını değerler düzenininin objektifliği

iddiası oluştuyordu. Böyle bir değerler düzeyi herşeyin üstünde havalarda uçuyor olmalıydı.⁴³ Yine yukarıda açıklandığı gibi doğal hukuk tartışmasının önemini yitirmesini, liberal ve sosyal devleti esas alan adalet konseptinin temel unsurları insan onuru, özgürlük, eşitlik, hukuk devleti, sosyal devlet gibi ilkelerin Anayasaya alınması ve böylece pozitif hukuk prensibi olmasına bağlamıştık. Bu prensiplerin arkasında ortak daha yükskte yeralan bir prensip var mıdır? Bu prensipler kendilerinin üstünde ortak bir prensip yaratırlar mı? Anayasacı Günter Düring'e göre bir anayasanın bağla-yıcılığı ve yükümlülük getiren karakteri sonuç olarak sadece objektif değerlerde temellendirilebileceği için, anayasa koyucusu, herşeyin temeli, yaratıcısı, sebebi olarak tanrıya gönderme, tanrıya dayanma (referans) konusunda uzlaşma sağlanamadığı için, ahlaki bir değer olarak insan onurunu esas aldı.⁴⁴

Anayasa her kamusal işlem ve eylem için değerlerin yerine konmasını sağlayan bir ölçüyü hizmete sunmuştur. Bu ölçü devletin ve hukukun meşruiyetini bireysel etiğin değerleriyle belirler. Düring'in çizdiği yol Anayasa Mahkemesince benimsendi ve mahkeme temel hak hükümlerinde değer ihtiva eden temel normlar olarak yorumladı. Mahkeme Rudolf Smend'e atfen önce Değerler Düzeni terimini, daha sonraları, anayasal

genel değerler düzeni, temel haklar değerler düzeni, değerlere bağlı sistem, bir temel hakkın özel değer içeriği, değerler düzeni kavramının sinonimlerini kullandı. Sonuç olarak bu değerler düzenine objektiflik vasfı da biçildi ve değerler düzeni içerisinde ve değerler arasında hiyerarşik bir düzen oluşturuldu ve hiyerarşinin başına da insan oturu getirildi.⁴⁵ Böckenförde hukukun değerle, değerlerle temellendirilmesini bir yandan hukuki pozitivizmden sapma olarak görürken, bunun doğal hukuka mecburi bir dönüş olarak görülmemesi uyarısını yapmaktadır.⁴⁶ Anayasa yargısının değerlerle bu kadar meşgul olması, anayasa dogmatikliğinin uygulamalı hukuk felsefesi olarak nitelendirilmesine bile yolaçtı.⁴⁷

(Anayasal) Değerler teorisine karşı yoğun eleştiriler karşısında⁴⁸ yavaş yavaş değerler düzeni pathosundan uzaklaşarak daha nötr terimler kullanılmaya başlandı. Artık temel hakların objektif-hukuki içeriği veya objektif düzenin unsurları gibi terimler başgösterdi.⁴⁹

Bu terminoloji değişikliğini içeriksel, nesnel bir yanı yoktu, sadece dilsel değişiklik söz konusuydu. Niklas Luhmann, anayasanın meşruiyeti bağlamında değer kavramından vazgeçilemeyeceğini ifade etmekteydi.⁵⁰ Anayasa yargısında açıkça görüleceği gibi, bütün bu çabaların arkasında, hep, pozitif hukuk öncesi, her zaman geçerli adalet idesini bizzat

(43) Wolfgang Zeidler, zit. Nach Hofmann, der von einer "unglücklichen philosophischen Liebe" des BVerfG spricht; Hasso Hoffman, Die Aufgabe des modernen Staates und der Umweltschutz, in: Martin Kloepper (Hg), Umweltstaat, 1989, 12.

(44) Günter Dürig, Der Grundgesetzschutz der Menschenwürde, AöR, 1956, 107.

(45) Gerhard Sprenger, Legitimation des Grundgesetzes als Wertordnung, in: Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie, yay. von Winfried Brugger, 1996, 26.

(46) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: Rechtspozitivismus und Wertbegründung des Rechts, yay. Ralf Dreier, ARSP özel yayını, Stuttgart, 1990, 33 vd.

(47) Christian Starck, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das positive Recht, in: Rechtsund Sozialphilosophie in Deutschland, s.386.

(48) Hermann Kleener, Marxismus und Menschenrechte, 1982, 96.

(49) Sprenger, Legitimation des Grundgesetzes, s. 228.

(50) Niklas Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?, 1983, s.18.

(36) Helmut Schelsky, Auf der Suche nach Wirklichkeit, 1965, s. 392.

(37) Schelsky, s.55.

(38) Wilhelm Weischedel, Recht und Ethik, 1956, s. 28; kırs. Eric Hilgendorf, Atlas, Recht, cilt 1 s.47.

(39) Ethische Positionen in historischer Entwicklung, 1993, Freiburg, ss. 86 vd.

(40) Ethik, s. 111 vd.; Türkiye'de Max Scheler ve Nicolai Hartmann'ın maddi değer etiği anlayışının Vecdi Aral'ca resopsiyonu için Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, 1983, s. 47 vd.

(41) Federal Mahkeme Kararları, Ceza Bölümü, BGHSI. 6 cilt, 1954, s. 40.

(42) Erhard Denninger, Freiheitsordnung-Wertordnung-Pflichtordnung, in:ders., Der gebaendigte Leviathan, 1990, 146 vd.

pozitif hukukta bulma çabası gelmektedir. Değerlerin kendi geçerliliğinin, yürürlüğünün oluş formu bu düşünce akrobasisine uymaktadır.

7. Soğuk Savaş Dönemi 1950-1960 dönemi

1950'li yıllar iki Almanya'nın rekabet içerisinde bulunduğu soğuk savaş yıllarıydı. Bu dönemde totalitarizm konsepti gündemdedi. Bu dönemin önemli ismi olarak Hannah Arendt'i (Origins of Totalitarianism, 1951, almanca baskısı 1955) anmak gerekir.⁵¹ Sosyolojik çalışmalar da dikkate çekmeye başlamıştı. Yukarıda anılan Helmut Schelsky dışında Theodor Geiger⁵² ve Hans Freyer'in⁵³ eserleri hukuk felsefecileri arasında yakın disiplinler olarak tartışma yaratıyordu.

Bu dönemde önce Anayasa mahkemesinin Nazi Partisinin devamı niteliğindeki SPR'in kapatılması kararı⁵⁴ ve Komünist Partisinin (KPD) kapatılması kararı⁵⁵ memurlar kararı⁵⁶, Gestapo kararı⁵⁷ gibi kararlar soğuk savaşın izlerini, dönemin politik ruhunu yansıtıyordu.

Anayasa mahkemesi bütün bu kararlarında anayasanın bir değerler düzeni içerdiğini ileri sürüyor, kararları değerler ve değerler düzeniyle gerekçelendiriyordu.

(51) Hanna Arendt, *The Origins of Totalitarianism*, 1951, gözden geçirilmiş almanca yayını *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, 1955.

(52) Theodor Geiger, 1891-1952, çok sayıda eserinden başlıcası, *Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts*, 1947; *Arbeiten zur Soziologie, Methode, Gesellschaft, Rechtssoziologie, Ideologiekritik*, Frankfurt, 1962.

(53) Hans Freyer, 1887-1969, *Theorie des gegenwärtigen Zeitalters*, Stuttgart, 1955.

(54) Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, BVerfG, cilt 2, s. 1.

(55) Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, BVerfG, cilt 5, s. 85.

(56) Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, BVerfG, cilt 3, s. 58.

(57) Federal Anayasa Mahkemesi Kararları, BVerfG, cilt 6, s. 32.

(58) Karl Engisch, *Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft*, 1953.

(59) Theodor Wiehweg, *Topik und Jurisprudenz*, 1953, 5. Baskı 1974, Wiehweg *Jurisprudenz ile hukuk bilimi ve hukuk uygulamasını* kasdetmektedir.

(60) Josef Esser *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, 1956.

(61) Heinrich Weber- Greller, *Rechtsphilosophie*, 2002, Münster, s. 95; Norbert Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, Heidelberg, 1996, s. 383.

II. DÖNEM:

60'LI VE 70'LI YILLARIN METOT VE TEMEL EĞİLİM TARTIŞMALARI

1. Metot Tartışmaları

50'li yıllarda Anayasa Mahkemesinin verdiği değerler teorisinin yol açtığı metot tartışmaları oldukça erken, hemen aynı yıllarda başlamıştı. Bu döneme ilişkin üç önemli eseri şu şekilde sayabiliriz: Karl Engisch'in *Hukuk Biliminde ve Hukukta Somutlaşma İdesi*⁵⁸, Theodor Wiehweg'in *Topik ve Jurisprudenz*⁵⁹, Josef Esser'in *Özel Hukukun Yargıç Tarafından Geliştirilmesinde Temel Prensipler ve Normlar*⁶⁰.

Theodor Wiehweg geleneksel çıkarım (Subsumtion) yöntemini, yani hukuki kararların yasadaki çıkarım düşüncesini, metodunu eleştirmektedir. Buna karşılık bir topik hukuk uygulamasının zorunluluğunu savunmaktadır. Topik uygulamada bir olayda önemli unsurları, bakış açıları birbirleriyle titizce karşılaştırılmakta, birbirleriyle ilişkisi içerisinde değerlendirilmektedir ('Topoi-yunanca topos, yer, ilçenin pazarının kurulduğu yer). Topiğin kökleri Aristo'ya, antik retoriğe kadar uzanmaktadır.⁶¹

60'lı yıllarda Alman hukuk felsefesinde bilim felsefesi ve analitik felse-

fenin resepsiyonuyla karşılaşmaktayız. Alman hukuk felsefecileri analitik felsefeyi bu akımın Nazi döneminde vatanlarından kovulan önemli temsilcilerinin kitaplarının yayınlanması veya tekrar yeniden yayınlanması ile tekrar keşfetmektedirler.⁶² Karl Popper'in (1902-1994) kritik rasyonalizmi, Wittgenstein'in dil felsefesi, Viyana çevresinin mantıksal pozitivizmi bu dönemde Almanya'da tekrar ilgi çekmeye başlamıştır. Bu dönemde orijinali İngilizce olan analitik felsefe de ilgi alanına kaymaktadır. Bu dönemde etkili önemli yapıtlar olarak, 1959'da Ludwig Wittgenstein'in *Tractatus ve Felsefi İncelemeleri* (Philosophische Untersuchungen)⁶³; Karl R. Popper'in aynı yıl önce İngilizce, sonra 2. baskısı 1966'da almanca yayınlanan *Araştırmanın Mantığı* (Logik der Forschung) (1. baskı 1934 Viyana),⁶⁴ Hans Kelsen'in 1960'da ikinci baskısı yayınlanan *Saf Hukuk Doktrini* (1. baskısı Viyana 1934)⁶⁵ ve 1961'de H.L.A. Hart'ın yayınlanan *The Concept of Law*⁶⁶ bu bağlamda anılmalıdır. Hart'ı ve analitik hukuk felsefesini Almanya'da Norbert Hoerster⁶⁷, kritik rasyonalizmi ve Popper'i Hans Albert⁶⁸ Almanya'da tanıtmışlardır. Kritik rasyonalizme yakın olarak hukuk felsefesi Reinhold Zippelius'u⁶⁹ da saymak gerekir.

Kritik rasyonalizmin tarafları bir liberal açık toplum taraftarları olduk-

larını, bu açık topluma hukuk devleti içerisinde güvence altına alınmış, çoğulcu düşünce, düşünce özgürlüğü, demokrasi, ve bireysel temel haklar girdiğini savunmuşlardır. Bu anlayışa göre, yasalar parlamenter yasa koyucunun düzenlemeyi gerektiren alanlara, probleme cevaplarıdır. Bu problemlerin çözümünde cevap doğru olabilir veya yanlış olabilir; cevap yanlış ise, bu durumda yeni yasal normlar içinde düzeltmelerle yanlış cevap tashih edilir.⁷⁰

Hans Albert (1921 doğumlu) temelendirme ile ilgili önemli bir isimdir. Albert'e göre ahlaki veya hukuki normların nihai temellendirilmesine ilişkin her girişim başarısızlığa uğramaya mahkumdur. Bir nihai temellendirme, her temellendirme için tekrar bir neden sorulduğu için mümkün olamaz. Her kim nihai bir temellendirme ararsa, ya hep sürekli yeni temellendirmeler öne sürmelidir (sonsuz geriye dönüş), ki bu da daha önce temellendirme zincirinde öne sürülmüş bir ifadeye dayanacaktır (argümanların fasit dairesi, dönüp dolaşıp daire içinde hareket etme) veya temellendirme sürecine ara verecektir, kesecektir (dogmatik bitiş).⁷¹ Nihai temellendirme yapmak isteyeninin durumu masallardaki Münchhausen'lı yalancı baronun durumuna benzer (yalancı baron Münchhausen adlı hayali bir yerde yaşamaktadır, sürekli akla-hayale sığmayacak yalanlar söyler, mesela

(62) Dreier, *Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts in integratives Verstehen*, yay. Robert Alexy, Tübingen, 2005, s. 218.

(63) Ludwig Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, ilk basımı, 1953, açıklanmış yeni bir basımı, yay. Joachim Schulte, Frankfurt, 2001.

(64) Karl Popper, *Die Logik der Forschung*, birinci baskı, 1934, Viyana, 11. baskı, Frankfurt, 2005.

(65) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. baskı, 1960, Viyana.

(66) H.L.A. Hart, *The Concept of Law*, The Clarendon Press, 1961, 2. baskı, 1997; almanca çevirisi, *Der Begriff des Rechts*, N. Hoerster, 1973, Frankfurt.

(67) Norbert Hoerster, *Utilitarismus und Verallgemeinerung*, 2. baskı, 1977; *Was ist Recht?*, Münih, 2006.

(68) Hans Albert, *Traktat über rationale Praxis*, Tübingen, 1978; *Rechtswissenschaft als Realwissenschaft*, Baden-Baden, 1993.

(69) Reinhold Zippelius, *Rechtsphilosophie*, 3. baskı, 1994.

(70) Herget, age, s. 31 vd.; Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, s. 49.

(71) krg. Altan Heper, *Hukuki Argümantasyon Teorisi*, HFSA, 16, 2006, s. 283; Herget, age, s. 32-33.

kendi kendine saçından çekerek, sürüklemesi veya bir topu ateşler, top mermisine binerek, roket gibi fırlar.)

Doğal hukukun önemini kaybetmesine paralel olarak 60'lı yıllarda daha çok metodolojiye yönelik olarak hukuki hermeneutik etkisini artırmaya başladı. Hermeneutik objektivist bilgi kavramına karşı bir tutum alır ve anlamının aynı zamanda objektif ve subjektif olduğunu öngörür; bilgi (tanıma) objesinin tanıyan kişiye bağımlı olduğunu öne sürer. Almanya'da hukuki hermeneutik gelişmesini Hans-George Gadamer'in 1960 tarihli bir felsefi hermeneutik temel çalışması olan Gerçek ve Metodlar adlı kitabına borçlu olduğu düşünülür.⁷² Hukuki hermeneutik bu çalışmanın da konusunu oluşturmaktaydı. Bu nedenle de Karl Larenz, Josef Esser, Arthur Kaufmann (hukuki ontoloji ekolü) gibi isimleri hermeneutik etkilemiştir.⁷³ Hukuki hermeneutik serbest hukuk okulu geleneğinde dönemin hukuk uygulamasını eleştirmiş, etkili bir biçimde yasaya bağlılığı sorgulamıştır. Yukarıda ismi anılan Josef Esser Hukuka Ulaşmada Ön Anlayış ve Metod Seçimi (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung) adlı ünlü çalışmada ön anlayışın her hukuk uygulamasında rol oynadığını, hem hukuki olayın aktarılmasında, hem de normun uygulanmasında bu tür ön anlayışların etkileyici olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁴ Esser'e göre eğitim, tecrübeler, karakter ve diğer etkiler ön anlayışı belirler, ön anlayış da hukuk uygulamasında hem olayın betimleyicilerini

etkiler, hem de normu uygulayacak insanı etkiler.

2. Eleştirisel Rasyonalizm ve Frankfurt Okulu Tartışması

1961'de Popper ve Adorno arasında pozitivism tartışması" adıyla bir tartışma başladı. Konu saf bilimsel bilginin mümkün olup olmamasıydı, Adorno gerçek kavramına, toplumun doğru yönlendirilmesi, doğru düzenlenmesini (die richtige Einrichtung der Gesellschaft) dahil ederken, Popper ve taraftarları mantığa, çelişmesizliğe (Widerspruchsfreiheit), dedüktif ve sistematik düşünceye vurgu yapmaktaydılar.⁷⁵ Bu tartışma daha sonraları Habermas ve Albert tarafından devam ettirilmiştir ve metod tartışması olmaktan çıkmış, temel felsefi yön-politik çizgi tartışması haline gelmiştir.⁷⁶ 60'lı yıllar aynı zamanda sürgünden dönen Herbert Marcuse, Adorno, Max Horkheimer gibi düşünürlerin öncülüğünü yaptığı Frankfurt okulunun eleştirisel teorisi (Kritische Theorie der Frankfurter Schule) olarak adlandırılan bir düşünce akımının doğuşu yıllarıydı.⁷⁷ Bu akımı çok kaba hatlarıyla Freudculuk, Hegelcilik (dialektik kavramı) Genç Marx'ın düşünceleri, biraz da yeni Kantçılığın karışımı olarak görmek mümkündür. Bu grup neo-mark-sist olarak adlandırılır.

1968'de Jürgen Habermas'ın yazdığı Bilgi ve Çıkar (Erkenntnis und Interesse) adlı eserde, farklılıkların bilgiye yön veren çıkarlarla açıklanabileceğini ifade edilmektedir.⁷⁸

Bu çıkarlar empirik-analitik bilimlerin teknik çıkarları, tarihi -hermeneutik bilimlerin pratik çıkarları, eleştirisel sosyal bilimlerin emansipasyonel çıkarıydı.⁷⁹ Burada emansipasyon çıkarına öncelik tanınıyordu.

Kritik rasyonalizm mevcut liberal devleti, liberal toplum teorilerini savunurken, Frankfurt okulu o dönemde sol bir çizgiyle liberal devlet anlayışını eleştiriyordu. Bu dönem 68 öğrenci hareketlerinin, Vietnam savaşının, Anti-Amerikan hareketlerin yükseldiği bir dönemdi.

Frankfurt okulunun eski sözcüsü Habermas 70'li yılların sonundan itibaren liberal fikirlere yöneldi,⁸⁰ Analitik felsefe, dil felsefesi (70'li yılların başından itibaren) düşüncelerinde hakimiyet kazanmaya başladı ve Marksist tarih felsefesini terketti, dilin ağırlıklı olduğu diskurs teorisini geliştirdi. Habermas'a göre her argüman ileri süren kişi evrensel geçerlilik taleplerini tanımak, kabul etmek zorundadır. Habermas dört geçerlilik talebi arasında ayırım yapar; 1. İfadenin (Ausdruck) anlaşılabilirliği, 2.İfadenin (Aussage) gerçekliği, 3.Niyetin dürüstlüğü (Wahrhaftigkeit der Intention) ve 4. Normun doğruluğu. Ahlak da dilin gramatiğinde temellendirilmektedir.

Temel soru hukuk nedir sorusunu Habermas Faktizite ve Geltung adlı (1992) eserinde diskurs teorisi açısından cevap vermektedir.⁸¹ Buna göre sadece bütün potansiyel ilgililerin rasyonel diskursda onayladıkları fiil normları geçerli sayılabilir. Buradan demokrasi prensibi çıkartılmaktadır. Bu prensibe

göre sadece hukuken temellendirilmiş diskursiv hukuk koyma sürecinde bütün katılımcıların (Rechtsgenosse) onayını alabilen hukuki yasalar meşru geçerliliğe hak kazanır, geçerliliği olur.

Habermas'a göre ideal diskurs sadece bir ideal konuşma pozisyonunda mümkündür. Bir ideal konuşma pozisyonu, iletişim koşulları olup, geçerlilik konusunda akla uygun bulunmaya izin veren, imkan sağlayan koşullardır. Bütün fiili zorlamalar yürürlüğünü kaybeder ve daha iyi tek bir argüman kendini kabul ettirir. Bunun için rasyonel diskurun bütün katılımcıları konuşma ve dinlemek için aynı şansa sahiptir. Herkes diskuru açmak, herhangi bir iddida bulunma ve geçerlilik taleplerini irdelemek hakkına sahiptir.⁸²

Diskur aracılığıyla normlar meşruiyet kazanır. Ahlaki geçerlilik iddiasında sadece bütün ilgililerin onayını alabilen normlar bulunabilir. Bunların hangi normlar olduğunu bulabilmek için, diskur katılımcıları bir evrensel rol değiş tokuşu yaparlar. Bu değiş tokuşda herkes normun uygulanmasından etkilenebilecek bir diğer katılımcının perspektivini üstlenir (genelleştirme testi). Habermas'a göre hukukun görevi, tartışmayı sürdürme sınırlarına varıldığında (norm yaratma), ve bulunan normun fiili olarak uygulamada (normun takibi, norma uygun davranma) diskuru desteklemektir.⁸³

Habermas hukuk devletin prensiplerini formüle etmektedir. Bu prensipler mevcut aktüel Alman anayasa dogmatikğine de zaten uymaktadır. Burada yönetsel hukuk ve anayasa devleti kon-

(72) Hans Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960, yeni baskı, Tübingen, 1975; karşı Hilgendorf, a.g.

(73) Dreier, a.g., s. 219.

(74) Josef Esser, *Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung*, 1972, Frankfurt.

(75) Dreier, a.g., s. 219, 220; Hilgendorf, a.g., s. 49 vd.

(76) Herget, a.g., s. 9-10; Hans-Joachim Dahms, *Positivismus Streit*, Frankfurt, 1994.

(77) Horn, a.g., s. 204.

(78) Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 1968, Frankfurt.

(79) Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, s. 49.

(80) Hilgendorf, a.g.

(81) Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, İngilizce tercümesi için *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1995.

(82) diskurs teorisi için, Weber- Grellet, a.g., s. 91 vd.; Herget, a.g., s. 45 vd.; Horn, a.g., 205, 206.

(83) Jochen Senthöfer, *Rechtsphilosophie*, Kiel, s. 116.

kendi kendine saçından çekerek, sürüklemesi veya bir topu ateşler, top mermisine binerek, roket gibi fırlar.)

Doğal hukukun önemini kaybetmesine paralel olarak 60'lı yıllarda daha çok metodolojiye yönelik olarak hukuki hermeneutik etkisini artırmaya başladı. Hermeneutik objektifivist bilgi kavramına karşı bir tutum alır ve anlamamın aynı zamanda objektif ve subjektif olduğunu öngörür; bilgi (tanıma) objesinin tanıyan kişiye bağımlı olduğunu öne sürer. Almanya'da hukuki hermeneutiğin gelişmesini Hans-George Gadamer'in 1960 tarihli bir felsefi hermeneutik temel çalışması olan Gerçek ve Metodlar adlı kitabına borçlu olduğu düşünülür.⁷² Hukuki hermeneutik bu çalışmanın da konusunu oluşturmaktaydı. Bu nedenle de Karl Larenz, Josef Esser, Arthur Kaufmann (hukuki ontoloji ekolü) gibi isimleri hermeneutik etkilemiştir.⁷³ Hukuki hermeneutik serbest hukuk okulu geleneğinde dönemin hukuk uygulamasını eleştirmiş, etkili bir biçimde yasaya bağlılığı sorgulamıştır. Yukarıda ismi anılan Josef Esser Hukuka Ulaşmada Ön Anlayış ve Metod Seçimi (Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung) adlı ünlü çalışmada ön anlayışın her hukuk uygulamasında rol oynadığını, hem hukuki olayın aktarılmasında, hem de normun uygulanmasında bu tür ön anlayışların etkileyici olduğunu vurgulamaktadır.⁷⁴ Esser'e göre eğitim, tecrübeler, karakter ve diğer etkiler ön anlayışı belirler, ön anlayış da hukuk uygulamasında hem olayın betimleyicilerini

etkiler, hem de normu uygulayacak insanı etkiler.

2. Eleştirisel Rasyonalizm ve Frankfurt Okulu Tartışması

1961'de Popper ve Adorno arasında pozitivist tartışması" adıyla bir tartışma başladı. Konu saf bilimsel bilginin mümkün olup olmamasıydı, Adorno gerçek kavramına, toplumun doğru yönlendirilmesi, doğru düzenlenmesini (die richtige Einrichtung der Gesellschaft) dahil ederken, Popper ve taraftarları mantığa, çelişmesizliğe (Widerspruchsfreiheit), dedüktif ve sistematik düşünceye vurgu yapmaktaydılar.⁷⁵ Bu tartışma daha sonraları Habermas ve Albert tarafından devam ettirilmiştir ve metod tartışması olmaktan çıkmış, temel felsefi yön-politik çizgi tartışması haline gelmiştir.⁷⁶ 60'lı yıllar aynı zamanda sürgünden dönen Herbert Marcuse, Adorno, Max Horkheimer gibi düşünürlerin öncülüğünü yaptığı Frankfurt okulunun eleştirisel teorisi (Kritische Theorie der Frankfurter Schule) olarak adlandırılan bir düşünce akımının doğuşu yıllarıydı.⁷⁷ Bu akımı çok kaba hatlarıyla Freudculuk, Hegelcilik (dialektik kavramı) Genç Marx'ın düşünceleri, biraz da yeni Kantçılığın karışımı olarak görmek mümkündür. Bu grup neo-mark-sist olarak adlandırılır.

1968'de Jürgen Habermas'ın yazdığı Bilgi ve Çıkar (Erkenntnis und Interesse) adlı eserde, farklılıkların bilgiye yön veren çıkarlarla açıklanabileceğini ifade edilmektedir.⁷⁸

Bu çıkarlar empirik-analitik bilimlerin teknik çıkarları, tarihi –hermeneutik bilimlerin pratik çıkarları, eleştirisel sosyal bilimlerin emansipasyonel çıkarıydı.⁷⁹ Burada emansipasyon çıkarına öncelik tanınıyordu.

Kritik rasyonalizm mevcut liberal devleti, liberal toplum teorilerini savunurken, Frankfurt okulu o dönemde sol bir çizgiyle liberal devlet anlayışını eleştiriyordu. Bu dönem 68 öğrenci hareketlerinin, Vietnam savaşının, Anti-Amerikan hareketlerin yükseldiği bir dönemdi.

Frankfurt okulunun eski sözcüsü Habermas 70'li yılların sonundan itibaren liberal fikirlere yöneldi,⁸⁰ Analitik felsefe, dil felsefesi (70'li yılların başından itibaren) düşüncelerinde hakimiyet kazanmaya başladı ve Marksist tarih felsefesini terketti, dilin ağırlıklı olduğu diskurs teorisini geliştirdi. Habermas'a göre her argüman ileri süren kişi evrensel geçerlilik taleplerini tanımak, kabul etmek zorundadır. Habermas dört geçerlilik talebi arasında ayrım yapar; 1. İfadenin (Ausdruck) anlaşılabilirliği, 2. İfadenin (Aussage) gerçekliği, 3. Niyetin dürüstlüğü (Wahrhaftigkeit der Intention) ve 4. Normun doğruluğu. Ahlak da dilin grama-tiğinde temellendirilmektedir.

Temel soru hukuk nedir sorusunu Habermas Faktizität und Geltung adlı (1992) eserinde diskurs teorisi açısından cevap vermektedir.⁸¹ Buna göre sadece bütün potansiyel ilgililerin rasyonel diskursda onayladıkları fiil normları geçerli sayılabilir. Buradan demokrasi prensibi çıkartılmaktadır. Bu prensibe

göre sadece hukukun temellendirilmiş diskursiv hukuk koyma sürecinde bütün katılımcıların (Rechtsgenosse) onayını alabilen hukuki yasalar meşru geçerliliğe hak kazanır, geçerliliği olur.

Habermas'a göre ideal diskurs sadece bir ideal konuşma pozisyonunda mümkündür. Bir ideal konuşma pozisyonu, iletişim koşulları olup, geçerlilik konusunda akla uygun bulunmaya izin veren, imkan sağlayan koşullardır. Bütün fiili zorlamalar yürürlüğünü kaybeder ve daha iyi tek bir argüman kendini kabul ettirir. Bunun için rasyonal diskurun bütün katılımcıları konuşma ve dinlemek için aynı şansa sahiptir. Herkes diskuru açmak, herhangi bir iddida bulunma ve geçerlilik taleplerini irdelemek hakkına sahiptir.⁸²

Diskur aracılığıyla normlar meşruiyet kazanır. Ahlaki geçerlilik iddiasında sadece bütün ilgililerin onayını alabilen normlar bulunabilir. Bunların hangi normlar olduğunu bulabilmek için, diskur katılımcıları bir evrensel rol değiş tokuşu yaparlar. Bu değiş tokuşda herkes normun uygulanmasından etkilenebilecek bir diğer katılımcının perspektivini üstlenir (genelleştirme testi). Habermas'a göre hukukun görevi, tartışmayı sürdürme sınırlarına varıldığında (norm yaratma), ve bulunan normun fiili olarak uygulamada (normun takibi, norma uygun davranma) diskuru desteklemektir.⁸³

Habermas hukuk devletin prensiplerini formüle etmektedir. Bu prensipler mevcut aktüel Alman anayasa dogmatikğine de zaten uymaktadır. Burada yöntemsel hukuk ve anayasa devleti kon-

(72) Hans Georg Gadamer, *Wahrheit und Methode*, 1960, yeni baskı, Tübingen, 1975; karşı Hilgendorf, a.g.y.

(73) Dreier, a.g.y., s. 219.

(74) Josef Esser, *Methodenwahl und Vorverständnis in der Rechtsfindung*, 1977, Frankfurt.

(75) Dreier, a.g.y., s. 219, 220; Hilgendorf, a.g.y., s. 49 vd.

(76) Herget, a.g.y., s. 9-10; Hans-Joachim Dahms, *Positivismus Streit*, Frankfurt, 1994.

(77) Horn, a.g.y., s. 204.

(78) Jürgen Habermas, *Erkenntnis und Interesse*, 1968, Frankfurt.

(79) Hilgendorf, *Atlas, Recht*, cilt 1, s. 49.

(80) Hilgendorf, a.g.y.

(81) Habermas, *Faktizität und Geltung, Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt, 1992, İngilizce tercümesi için *Between Facts and Norms*, Cambridge, 1995.

(82) *diskurs teorisi için*, Weber-Greller, a.g.y., s. 91 vd.; Herget, a.g.y., s. 45 vd.; Horn, a.g.y., 205, 206.

(83) Jochen Senthöfer, *Rechtsphilosophie*, Kiel, s. 116.

septi ortaya çıkmaktadır. Bu konseptle pozitif hukukun meşruiyeti sadece yasaların demokratik oluşumlarının usul koşullarını sağlamaya bağlıdır. Habermas'a göre bu koşullar siyasi diskurda tartışılmalı ve karar verilmelidir. Bir objektif gerçek Habermas'a göre bu nedenle mümkün değildir. Belirli ifadeler sadece, bu ifadeler herkesin bir ideal konuşma pozisyonunda tasvip ettiği ifadelerse doğrudur. Bazı düşündürler bu yüzden Habermas'ı diskursun formal koşullarını betimlediğini, fakat diskursun içeriksel değer temellendirmesinden vazgeçtiği iddiasıyla eleştirmektedir.⁸⁴

Habermas'ın önerdiği ideal konuşma durumu bir utopyadır. Bu konuşma durumu fiiliyatta hiç bir zaman gerçekleşemez. Bunun nedeni insanların buna niyetleri olmamasıdır. Ayrıca hiç bir zaman herkesin onay vereceği normlar olamaz. Diskurs süresiz, herhangi bir sonuç alınmadan sonsuza dek devam edecektir.

Habermas adaletin temellendirilmesinde şu görüşleri ileri sürer: Öncelikle bir rasyonel diskursun kuralları ve koşulları bulunmalı, çıkarılmalıdır. Bu kural ve koşullardan neyin haklı neyin haksız olduğuna ilişkin bir konsensusun, oydaşmanın bulunduğu bir diskursa ulaşılabilir. İdeal diskurs her zaman haklı, adil bir sonuca götürür. Bu anlayışla Habermas'ın adalet teorisini yöntem, prosedür üzerinden adalet olarak niteledirebiliriz.⁸⁵

3. Niklas Luhmann (1927- 1998) ve Sistem Teorisi

Hukukun toplumdaki kompleks yapısı ve kontingeniz (tesadüfi) niteliği 60'li yılların sonunda Bielefeld'li Niklas Luhmann'ın sosyolojik teorisinin hareket noktasını oluşturdu. Luhmann Talcott Parsons'un sosyal eylemler teorisini geliştirdi.⁸⁶ Luhmann'ın teorisinde sosyal eylem, iletişimin kavramları içerisinde tespit edilmeye çalışılır ve bu respite bir sujyle her türlü ilişki, aşkın, transzendental bütün unsurlar radikal bir biçimde bir kenara bırakılır.⁸⁷ Luhmann biyolojik hücre-gen teorisinden, komputer teorisinden, sibernetikden, bilişim teorisinden alınan unsurları sistem teorisine dahil etmiş, autopoietik, selbstreferensiel, kendi kendini yöneten, bir sistem kurmuştur.⁸⁸ Luhmann'a göre sosyal sistemler, iletişimlerden oluşur. Bütün sistemlerin işlevi, karmaşıklığın, kompleksin azaltılması ile insana belirli bir yaşam ve davranış güvenliğini imkanı sunmaktır. Sistemler karmaşıklık ve tesadüfiliğin yarattığı problemleri yenme işlevini görür. Sosyal sistemler objektif, geçerli beklentilerin istikrarını sağlar, bu beklentilere göre insan hareketini yönlendirir.⁸⁹

Luhmann'a göre hukuk genel davranış beklentilerini normlaştıran bir sosyal sistemdir. Luhmann'ın hukuk teorisinin özü, hukukun bir autopoietik sistem olması, ve böylece işlevsel kendi içinde kapanık, kendi kendini tanımlayabilen, üreten bir iletişim sistemi olarak betimlenebilmesidir. Diğer ölçüler

(adalet, doğal hukuk, ahlak, siyaset) burada önem taşımaz.

Hukukun işlevi önceden beri var olan interaksiyon modellerin (mesela evlilik) korunmasında bitmez, toplumsal gelişmeler ve sosyal düzenleme planları da hukukun işlevleri içersindedir. Hukuk normlarının geçerliliği içerikleriyle değil, usul (örneğin yasama koyma, yargılama) ile meşruiyet kazanır. Usul'un uygulanması ile genel bir beklenti oluşur, usulun uygulanması ile bir karar nedeniye hayal kırıklığına uğrayan protestosundan vazgeçeceğini ve uyum sağlayacağı beklenir.⁹⁰

Hukuk sistemini toplumun bağımsızlık sistemi olmak görmek gerekir. Bu bağımsızlık sistemi hataların düzeltilmesine hizmet etmez, yapısal risikoların yayılmasına, azaltılmasına hizmet eder ve hatalardan öğrenir.

Temel hakların fonksiyonu, siyasi açıdan sistem olarak devletin kendi sınırlarını aşmasını, diğer kısmı sistemlere müdahalesini, engellemektir, böylelikle devletin toplumsal farklılaşmanın önüne geçmesi önlenmektedir.

Yöntem aracılığıyla hukuka meşruiyet sağlamak isteyen Luhmann ön koşul olarak şu görüşden yola çıkmaktadır: Ortaya atılan, çıkan problemle konusunda karar verilebileceğini garanti alan bir sosyal sistem, aynı zamanda bu kararların doğruluğunu garanti edemez. Maddi anlamda gerçeklik ve adalet istikrarsız değer tasavvurlarıdır. Bu değer tasavvurları karar verme sürecini etkilememeli, süreci zorlamamalı, yük olmamalıdır. Buna karşılık yargıçlar ve devlet idaresinin memurları hukuk alanında sembolik, törenselsel bir çalışmayla kararlarını vermelidir. Bu çalışma sonucun meşruiyeti-

ni maddi hukuktan ve usul hukukundan değil, gerçek bir olay olarak usulden, yöntemden, hukuki düzenlemeler ölçütünde yürütülen fiili iletişim prosedürü içerisinde beklentilerin yapısallığının değişikliğe uğramasından (Umstrukturierung) doğar.⁹¹

Luhmann bu ifadeyle, davada, idari süreçte objektif bir gerçeğin aranmadığını, -çünkü böyle bir şey Luhmann'a göre yoktur-, bunun yerine karar ile ilgili dava sürecinin kendi formal, şekli gerçeğini ürettiğini anlatmaktadır. Bu gerçek, davanın tarafları tarafından öğrenilir, öğrenmede bu kararın ister onlara uygun gelsin, isterse gelmesin bunu gerçek olarak işleme koymaları, gelecekteki davranışlarını buna uydurma şeklinde olur. Öğrenme yerine öğrenmeme hali bu karara karşı irrasyonel protest, geçmişin kavgalarını tekrar gündeme getirmek olur.

Günümüzde usulun, sürecin kabul görmesi olağanüstü bir seviyeye varmıştır. Taraf tutmama, ön yargısız olma, doğruluk, adalete ulaşma çabası, ilgili şahıslarla ilişkide nezaket ve saygı gibi bir çok kişinin paylaştığı değerler, süreçte yer almaktadır. Haksız görülen bir dava münhasır bireysel yanlış kararlardan daha büyük bir tehdit olarak görülmektedir.

Luhmann'a göre, her kim yarım yamalak da olsa gönüllü olarak bir sürece katılmaya razı olursa, sonucu baştan kabul etmiş demektir. Luhmann burada prosedürün hunisinden bahsetmektedir; bir huniye girdikten sonra, huniden kurtulmak nasıl mümkün değilse, huniyi de terketmek mümkün değildir. Davayı kaybedenler dava bitiminde haksız oldukları kanaatine varmazlar. Davayı kaybeden dava nedeniye

(84) Horn, age, s. 206.

(85) Weber - Grellet, age, s. 93.

(86) Weber - Grellet, age, s. 87 vd.

(87) Niklas Luhmann: Archimedes und wir, Reportajlar, yay. Dirk Baecker, Georg Stanitzek, Berlin, 1987.

s. 160.

(88) Ludwig Raiser, das lebende Recht, 150.

(89) Senthöfer, age, s. 113.

(90) Senthöfer, age, s. 114.

(91) Senthöfer, age.

kırgın, kızgın olsa dahi, davanın sonucunu kabul edeceğini, etmesi gerektiğini görür, çünkü o çevresini karara karşı harekete geçiremez. Geriye hukukçular da ve hukukçularla tatminsizlik, kırgınlık kalmaktadır. Hukukçuların oluşturduğu tipik izlenim bir fonksiyon üstlenmektedir. Bu fonksiyon önlene-meyen hayal kırıklıklarının yaygın, şahsi ressentiment formuna süreklemek, götürmektir. Yöntem, süreç eleştirisi hayal kırıklıkları için basınca karşı vana olarak hizmet görür.

Günümüzde mahkeme süreci veya idari süreç gibi süreçler maddi adaletin yerine geçmiştir, onun yedeği olmuştur, çünkü maddi anlamda haklı olanın, objektif olarak tespiti olanaksızdır. Bütün ihtimali karar ölçütleri muğlak veya çok tartışmalıdır.

Hukukun süreç içersinde meşruiyetini kazanmasının nedeni toplumun farklılaşmasıdır. Luhmann'a göre toplum birbiriyle çeşitli kodlarla iletişimi sağlayan sistemlerden oluşur. Bu kodlara örnek olarak bilim için doğru/ yanlış, hukuk için haklı / haksız, ahlak için iyi / kötü verilebilir. Bu sistemler örneğin bilim, hukuk, ahlak kendi operatif faaliyetleriyle kendi kendilerini yaratır, devam ettirir. Örneğin hukuk, doğrunun ne olduğunu belirler. Bu kendi kendine kazanmaya (Erhaltung) Luhmann Autopoiesis demektir.

Bir sistem tam olarak nedir? Luhmann bundan "birbirlerine atıf yapan, gönderme yapan, sosyal fiillerin bir anlam bağlamını" anlar ve "bu sosyal fiiller kendileriyle ilgisi olmayan fiillerin çevresinde sınırlarını çizmektedir." Bu sistemler içerisine ikili ilişkilerdeki inter aksiyonlar, örneğin evlilik, arkadaşlık, organizasyonlar,

dernekler, üniversiteler ve politika, bilim, hukuk gibi büyük sistemler girer. Bütün sistemlerin görevi karmaşıklığı azaltmaktır. Amaç insanlara belirli yaşama güvenliği ve davranış güvenirliliği sağlamaktır. Böylece karmaşık dünyanın sayısız imkanları az sayıdaki alternatifte indirgenir. Bu alternatifler içinde insan aradığını, kendini fazla zorlamadan bulur.⁹²

Böylece sistemler beklenti tavırlarını da belirlemiş olur, Böylece anlam ifade eden yapılar ortaya çıkar, bu yapılarda gelecekte fiiller ve süreçler belirlenir. Sistemler ortak yaşamda böyle bir yönlendirmeye ve kendi davranışının bir planlamasına izin verirler. Normlar karşıt fiili, istikrara kavuşmuş davranış beklentileridir.

Luhmann hukuku şu şekilde tanımlar "hukuku..... normatif davranış beklentilerinin birbiriyle uyuşan, denk düğün, kongruent genelleştirilmesine dayanan bir toplum sistemin yapısı, strukturu olarak tanımlayabiliriz. Bir davranış beklentisi gerçekleşmeyince, tepki hayal kırıklığıdır." Hukuk buna göre bir sosyal sistemin yapısıdır ve bu sosyal sistem normatif davranış beklentilerinin genelleşmesine dayanır.⁹³

Böylece hukuk, içerik açısından çok çeşitlidir, farklıdır, "doğru hukuk" ve "maddi adalet" yoktur. Hukuktaki değişiklikler her zaman mümkündür ve kurumlaşmış usullerle ta baştan öngörülmüştür. Bu kurumsal süreç hukukun meşruiyetini garanti eder; çünkü seçimler, tarafları dinleme, delil toplama vb, ile ilgililer usule katılmış olur.

III. AKTUEL TARTIŞMALAR

1. Adalet Tartışmaları

John Rawls A Theory of Justice adlı 1971 tarihli eseriyle Almanya'da yeni bir adalet tartışması yarattı. Aslında siyaset felsefesi, genel felsefe çalışması olarak da görülen bu çalışma hukuk felsefesine de ilgiyi arttırdı. Rawls'ın teorisi prosedürel, yani yöntemsel bir adalet teorisidir (metafiziksiz hukuk etiği, doğal hukukun ve adalet probleminin mitolojisinden arındırılmış halidir).⁹⁴ Rawls'ın düşünceleri Almanya'da yankı uyandırmıştır, ve özellikle Robert Alexy'de izlerini görmek gerekir.⁹⁵

Ronald Dworkin'in temsilcisi olduğu, Anglo-Amerikan dünyada gelişen General Principles of Law Almanya'da da yankı yaratmıştır.⁹⁶ Dworkin teorisini pozitivizme genel saldırmı olarak düşünmektedir. Dworkin sadece kural-ların değil, ayrıca temel değerlerin önemi vurgulamaktadır. Dworkin'e göre adalet, hakkıniyet ve hukuk devleti, pozitif hukuk görüşünün aksine, hukuken bağlayıcıdır ve bağlayıcılık bütün devlet erkleri için geçerlidir. Genel ilkelerin yardımı ile her hukuki önem taşıyan olay için bir tek haklı çözüm bulunur.

2. İşkence, İnsan Onuru Tartışmaları

Almanya'daki aktuel tartışmaları açıklayabilmek için şu olayı gözönünde tutalım;

Bir terörist bir büyük Alman şehrinde saatli bomba yerleştiriyor. Polis teröristi yakalıyor, terörist polise bombanın nereye yerleştirdiğini ve nasıl imha edileceğini söylemiyor. Polis bombanın kesin olarak yerleştirildiğini, her hangi bir zamanda patlayacağını, ve on binlerce insanın öleceğini biliyor. Burada soru teröriste bilgi almak için işkence yapılabilir mi?⁹⁷

Bu konudaki görüşleri ve dayanaklarını özetleyelim: AİHS md. 2. yaşam hakkını, 3. md. de işkence yasağı koruma altına almıştır. Alman hukuku açısından devletin işkence yapmaması Anayasanın 104 md. 1. fıkrası, 2. bendinde açıkça yer almıştır, Anayasa bütün yasaların üstündedir, bu nedenle işkence yapılamaz, sonucu çelişkilidir, çünkü bombanın kurbanları da insan onuruna sahiptir. Devletin Anayasanın 1. md. de yeralan insan onuru çiğnenemez hükmü gereğince kurbanların da onurunu düşünerek, koruma yükümlüğü vardır. Teröristin onuruna karşı mağdurun, kurbanının onuru düşünmek gerekir.

Böyle bir olayda gerçekten onurun onurla karşı karşıya kaldığı tartışmalıdır. Bu tartışma tanınmış iki hukuk felsefesi tarafından dinleyiciler önünde yapılmıştır.

Brugger işkencenin belli koşullarda meşruiyetini savunmakta, buna karşılık Schlink yaşamsal tehdidin insan onurunun tehdidi olmadığını savunmaktadır. Schlink'e göre yaşam ve insan onuru ve sonuç itibarıyla hayatı koruma (Anayasa

(94) Senthofe, age, S. 110 vd. 124.

(95) Robert Alexy, Begriff und Geltung des Recht, Freiburg, 1992; Recht, Vernunft, Diskurs, Frankfurt, 1995.

(96) Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously, Cambridge 1977; Law's Empire, Cambridge, 1998.

(97) Olay Senthofe'nin Klausuren Training Rechtsphilosophie mit Allgemeiner Staatslehre, 2003, Kiel, adlı kitabından, s. 66 alınmıştır. Senthofe Prof. Dr. W. Brugger'in Heidelberg Hukuk Fakültesi öğrencileri için hazırladığı bir yazılı sınavdaki olaydan yararlanmaktadır. W. Brugger de N. Luhmann'ın verdiği bir örnekten N. Luhmann, Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen, 1993, s. 1 esinlenmektedir.

(92) Weber-Greller, age, 88 vd.

(93) Senthofe, age, s. 115; Herget, age, s. 75.

2. md. 2. fıkra) ve insan onuru (Anayasa 1. md) ayırımı yapılmalıdır.⁹⁸

İşkence taraftarı görüş şu şekilde temellendirilmektedir;

a) Onurun onurla karşı karşıya kaldığı durumlarda, devletin işkence yükümlülüğü vardır. İşkence hakkı polis hukukunda bir çok kez onurun onurla karşı karşıya kaldığı prensibinden doğmaktadır;

-devletin mağdur, kurbanlar için pozitif koruma fonksiyonu vardır.

-hukuku ihlal edenler hukukun sınırlarına çekilmek zorunluluğu vardır.

-tehlikenin etkili bir biçimde defedilmesi zorunluluğu vardır.

Sonuç itibarıyla nihai öldürme amacıyla ateş hemen hemen bütün eyaletlerde yasaldır (örneğin Baden-Württemberg'de), insan onurunun insan onuruyla karşılaştığı durumlarda, hukuk düzenin toplam bir hak talebinin (Gesamtanspruch) önceliği olmalıdır: Toplam talep mağdurların, suçtan zarar görenlerin korunması, suçluların korunmamasıdır.⁹⁹

b) AİHS'de önemli bir hak olarak 3. md. de işkence yasağı bulunması bir gerçektir, fakat yaşam hakkında istisnalar tanıyan 2. md. 2.fıkrası lex specialis olarak özel hükümdür,olaya bağlı istisnalar getirmektedir. Buna göre öldürme, üçüncü kişilerin haklarını savunmak için mümkündür.Buradan da öldürme amacıyla ateş etme hakkı türetilmektedir.Sonuç olarak işkenceyi koruma amacıyla saldırganın öldürülmesine göre bir eksidir, öldürme hukuki ise, işkence haydi haydi hukukidir. Sonuç; işkence

bu tür olaylarda hukuki haktır, ahlaki bir hakkın bulunup bulunmadığı başka bir sorundur.

c) Büyük bir ihtimalle de hukuki olarak işkence yükümlülüğü de vardır, Brugger burada temel hak olarak koruma yükümlülüğüne işaret etmektedir. Bu olayda takdir hakkı sıfırdır. Kızıl Ordu Fraksiyonun kaçırdığı Schleyer olayıyla ilgili Federal Anayasa Mahkemesi belirli olaylarda polisin kullanacağı aracın seçiminde, seçim imkanı daralır ve sadece bir aracın seçimine kalır.

d) Brugger, vatandaşın polisin müdahale etmesini isteme hakkı olup olmadığını irdelemektedir. Koruma norm teorisinden bu hak türetilir.Bu teori, bir devlet organının bir subjektif hakkın korunması için hangi koşullarda yükümlülüğü olduğunu öngörmektedir. Burada takdir hakkı sifıra iner ve devletin harekete geçmesi, yani işkence yapması, vatandaşların kurban olarak korunan duruma geçirilmesi (yaşam hakkının korunması) sözkonusudur.

Brugger'e göre işkencenin koşulları;

-doğrudan tehlikenin açık seçik başgöstermesi

-suçla ilgisi olmayan bir üçüncü şahsın vucutsal bütünlüğüne saldırı

-bu saldırının kimliği belli bir saldırgan tarafından yapılması

-bu saldırganın tehlikeyi önleyebilmesi

-saldırganın bu tehlikeyi önleme yükümlülüğünün de hukuken bulunmasıdır.

(98) Humbolt Üniversitesindeki 28.06. 2001 tarihli W. Brugger, Dieter Grimm, Bernhard Schlink'in katıldığı açık oturumdaki tartışma www.rewi.hu-berlin.de/HFR.

(99) Brugger'in görüşleri için aynı site ayrıca, *Darf der Staat ausnahmeweise foltern in : Der Staat* 35 (1996), s. 67-97; *vom unbedingten Verbot der Folter zum bedingten Recht auf Folter*, JZ 55 (2000), s. 165 vd.

Bu koşulların polis memurunun ex ante bakış açısıyla tespit edilmesi zorunludur.

e) İşkence hakkı toplum sözleşme teorisinden de türetilir, Toplum sözleşmesi teorisine göre, itaat edenler devlete güç kullanma tekeli terketmişlerdir. Buna karşılık devlet özgürlüğü ve yaşamı korumak zorundadır.Devlet bunu yapmazsa, yapamazsa toplum sözleşmesi artık geçerli değildir. (Hobbes, Kant, Locke'da, yaşam ilk önce gelmekte, sonra özgürlük, mülkiyet gelmekte, yani sıralama yaşam, özgürlük ve mülkiyettir). Devlet sözleşmeden doğan yükümlülüklerini yerine getirmek istiyorsa, yaşamı korumak için herşey yapmalıdır. Bu sadece işkence ile mümkünse, o zaman devlet işkence yapmalıdır.¹⁰⁰

f) Faydacılık neticeye yönelmeyle daha kolay bir biçimde çözüme ulaşır: En fazla insanın en büyük mutluluğuna, bomba patlamazsa ulaşılır. Bu nedenle teröriste işkence yapmak faydalıdır (Utilitüt kuralı)

İşkenceye karşı görüşler şöyle özetlenebilir: Schlink'e göre teröriste işkence yapılmamalıdır, bu olayda insan onurunun karşısında insan onurunun konulması doğru değildir.Burada karşı karşıya olan teröristin onuruna karşı mağdurların yaşamıdır. Böylece Schlink Brügger teorisinin esas dayanağını çürütmektedir. Schlink'in hukuk dogmatığı açısından getirdiği eleştiriler ise;

-Sadece Parlamentonun yetkisinde olan konular: işkence , temel haklara önemli bir müdahale olacağı için

anayasa dogmatığına göre, önemli müdahaleler için yasal dayanak gerekir.

-Polis memuru için ex-ante bakış ile koşullar ne zaman vardır ?, görünüşte bir tehlike mi, yoksa tehlike şüphesi yeterlidir?

-Hangi aşamada işkence yapılacaktır? onbinlerce insanın bir bombayla tehlikeye sokulduğunda mı?, yoksa bir insanın ölüm tehlikesi işkence için yeterlidir?

Schlink, hukukçuluğun şahsi sorumluluğu her zaman düzenleyemeyeceğini düşünmektedir. Hukuken emredilen, veya sunulan ile ahlaka uygun olan veya faydalı olan veya ekonomik olan arasında fark vardır. Bu farklı hukuk bilimi her zaman çözemaz. Hukuk ve ahlak arasında çatışma olur, olmalıdır.¹⁰¹

g) İşkence ortaçağda vardı, engizisyon ve cadı avları işkenceyi bize hatırlatır. Fransız Devrimi 1791'de işkenceyi kaldırdı, bu döneme kadar insanlar asılırdı, acı çekerlerdi, devrim insanlar daha az çeksin diye giyotini getirdi, bu gelişme aydınlanmanın gelişmesidir. İşkence yasağı, batı medeniyetinin bir kazancıdır, bundan vazgeçmek evrensel hukuk prensiplerinde bir geri adımdır.¹⁰²

3. Hukuk Felsefesinin Aktüel Tartışmalara Yansıması

Son 25 yıla baktığımızda maddi-etik eğilimli hukuk felsefesi çalışmalarının değerler tartışmasıyla hukuk felsefesine ağırlıklarını koyduklarını tespit etmekteyiz. Aktüel problemlerde, hukuk uygulamasının ve siyasetin hukuk felsefesine sunduğu problemlere baktığı-

(100) Brugger, aynı kaynaklar.

(101) Schlink'in görüşleri için Zenthöfer, age, s. 68.

(102) Zenthöfer, s. 69.

mızda bunların sonuç itibarıyla değer çatışmaları problemleri olduğunu söyleyebiliriz. Uygulamacıların kendilerine yön aramaları pratik felsefede alan etiği kavramını yaratmıştı, örneğin biyoetik, ekonomi etiği gibi, bu alan etikleriyle hukuk ilgilenmek zorundadır.¹⁰³ Bu sorunlar içinde tıp etiğinin problemleri, üreme tıbbının, kürtajın, ölüme yardımın, otonominin, hastanın kendi kaderini tayin hakkının, cinsiyetler farklılığının, gen etiğinin, hayvan etiğinin, ekolojik değişimin, çevre etiğinin, teknik etiğinin, dinlere, inançlara karşı toleransın, çok kültür-lülüğün, uluslararası ceza hukukunun sorunları gibi çok farklı bir dizi problem

dikkati çekmektedir. İşkence, başkalarının hayatını korumak için tehlike yaratmayı yok etme, örneğin teröristlerce kaçırılan yolcu uçağını düşürme, düşman ceza hukuku gibi uç konularda potansiyel anayasal hak ve uluslararası hukukun ihlallerinde, Alman Anayasasının (Grundgesetz) temel aldığı değerler ışığında, özellikle bütün çalışmalara rağmen sınırları, içeriği, özü pek de belli olmayan insan onuru kavramından yola çıkarak yargısal kararlar ve bunların hukuk felsefesi açısından gerekçelendirilmesi ve/veya eleştirilmesi öntümüzdeki dönemde de beklenmektedir.

Somut Olayın Normla Bağlantılandırılmasında Karşılaşılan Sorunlar: Örnek Olay, Destekten Yoksun Kalma Tazminatında Farazi Destek

Yasemin IŞIKTAÇ*

I. GENEL OLARAK

24 Ekim 2007 Çarşamba günü gazetelerde ilginç bir olay yer almıştı. Gazetelerden birinin başlığı "Çocuğu ölen teşekkür mü etsin?" şeklindeydi ve doğrusu bu haber özel olarak dikkatimi çekti. Konu çocuğu kazada ölen anne babaları tazminat davalarında "borçlu çıkarın" kararlarının Yargıtay'ın üyelerini bile çileden çıkarmasıydı. Çünkü 10 yaşındaki A. E.'nin ölümüne yol açan trafik kazası neticesinde talep edilen maddi ve manevi tazminattan, kaza ölenin de kusuru ile meydana geldiği için maddi tazminat talebinin reddedilmesine ve anne, baba ve kardeş belirli miktarda tazminat verilmesine karar verilmişti. Bu kararda ilginç olan bilirkişi raporuna da yansımış olan şu gerekçedir; "Çocuğunu kaybeden aile maddi bir zarara uğramamıştır. Hak sahiplerinin destekten yoksun kalma zararı, yetiştirme giderleriyle tamamen karşılanmış, eksik bakıyla karşı karşıya kalmamıştır." Bu gerekçenin anlamı talep edilen maddi tazminat ile manevi tazminat arasındaki farkın aile için bir harç biçimini almasıdır.

Basına da yansıyan ve karar çerçevesindeki karşı oy yazısı ile pekişen bu sonucun hende yarattığı infialden yola çıkarak böyle bir somut uygulamada

hem metodolojik bir açılım hem de adaletin aslında soluk alıp veren canlı bir değer olduğunu bu vesile ile yeniden ortaya koymak istedim.

Tazminatın talep edilebilirliği sorumluluk hukukunun bir sonucudur ve hukukun oldukça gelişmiş ve uygulama kabiliyeti yüksek bir alanıdır. Bu çalışmada öncelikle teknik anlamda taraflar ve hukuki olay arasında bağlantı çerçevesinde tazminatın talep edilebilirliği için önce Hohfeld'in analizinden başlayarak daha sonra ise ortaya çıkan sorunları değerlendirme yolunu tercih edeceğim.

A. Örnek Olay

OLAY: 7 yaşındaki bir kız çocuğu olan (S)'nin ölümü ile sonuçlanan bir trafik kazasında (A) şoför, (R) de traktör sahibidir.¹

VERİLER:

- Aracın zorunlu trafik sigortası yoktur.
- Kaza raporunda şoförün kusurlu olduğu anlaşılmaktadır.

TALEPLER: Maddi ve manevi zararın tazmini istenmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı olarak davalı (A) ve (R)'nin sorumlu olduğunu belirterek anne baba için ayrı ayrı 300 YTL,

¹⁰³ Krş. Spenger, age, s. 31;

* Prof.Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Yargıtay II. H. D. 18/12/2003, E: 2003/4910, K: 2003/12032.

200 YTL kardeş için olmak üzere toplam 800 YTL talep edilmiştir. Maddi zarar için ise belgelenmiş hastane vs. gibi masraflar belirtilerek 562.500 YTL talep edilmektedir.

Manevi tazminat olarak davalı (A)'nın vekili müvekkilinin kusurlu olmadığını, tazminat miktarının fahiş olduğunu savunarak davanın reddini istemiştir. Davalı Maliye ve Gümrük Bakanlığı vekili, husumetin kendilerine düşmediğini, davanın Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği'ne yöneltilmesini savunmuştur.

Davalı Türkiye Sigorta ve Reasürans Şirketleri Birliği Karayolları Trafik Kanunu Fonu vekili, ölenin çocuk olduğunu, çocuğun yetiştirilmesinde ailenin yapacağı giderlerin daha yüksek olduğunu bu nedenle ailenin destekten yoksun kalma tazminatının kabul edilmemesi gerektiğini savunarak, davanın reddini istemiştir.

Traktör sahibi davalı (R) davaya cevap vermemiştir.

DEĞERLENDİRİCİ SONUCA ESAS OLAN GELİŞMELER:

Mahkemece, iddia, savunmalar, toplanan kanıtlar ve tüm dosya kapsamına göre R hakkındaki dava atıye bırakılmıştır. Ölen küçük (S)'nin yaşı, sosyal durumu dikkate alındığında tazminatın miktarı için esas alınabilecek kriterler şu şekilde belirlenebilir:

- (S), 7 yaşındadır. (Yaş tazminatın hesaplanmasında esaslı bir unsurdur)
- (S)'nin sosyal durumu; (S)'nin kadın olması nedeniyle, kadınların iş yaşamı içinde yer almalarının daha istisnai olduğu nedeniyle bu hususun da tazminatın belirlenmesinde dikkate

alınması gerekli midir? Genellikle kadının evlenme ile gelirini, kurduğu ailesine ve çocuklarına harcayacak olması, çalışma ile sağlanacak desteğin anne, baba ve kardeşlere gitmeyeceği gerekçesi değerlendirilebilir mi? Ölen çocuğun gelecekte anne-babaya bu durumda daha çok manevi bir desteği ve bakımı yani fiziki desteği söz konusu olması hallerinde desteğin hesaplanmasında izlenecek yol ne olmalıdır?

Manevi tazminattan sadece aracı kullanan (A)'nın sorumlu olduğu, maddi tazminata da gerek olmadığı hükmüne bağlanmıştır. Karar davacı vekilleri tarafından temyiz edilmiştir.

HAK ANALİZİ AÇISINDAN DESTEKTEN YOKSUN KALMA TAZMİNATI

1918'de henüz 30 yaşındayken ölen Hohfeld'in hak analizi son derece önemlidir. Kısa ömründeki önemli makaleleri 1909-1917 yılları arasında yayınladığı Temel Hukuki Kavramlar (Fundamental Legal Conceptions) başlıklı bir derleme ile bir araya getirilmiştir. Hohfeld kendi yaklaşımını "hukuk tarafından korunan yararın analitik değerlendirmesi yapmak" olarak belirlemiştir.

Hohfeld, hukukun doğrudan uygulamasında karşılaşılan sorunları çözmeye yarayan objektif analitik bir formül oluşturmak istemektedir.³ Tazminatın talep edilebilirliği sorununu, Wesles Newcomb Hohfeld'in klasikleşmiş hak kavramı analizi çerçevesinde yeni bir bakış açısından değerlendirmenin bir imkân olarak sunulup sunulmayacağına bakabiliriz.

Hohfeld'in hukuksal analizi doğrudan hak kavramı çerçevesinde bir temelendirme olmakla birlikte uygulama

açısından sorun yaratan pek çok açılım için kullanışlıdır.⁴

Hohfeld hukuksal kavramların nitelikli analizinin, ancak pratikteki her hukuksal sorunda bulunan hak ve ödev gibi temel kavramların öncelikle çözümlenmesinden başlayarak yapılabileceği ön kabulünden yola çıkmaktadır.⁵ Bunun için hukukun uygulanmasında kurucu fonksiyon olan "hak" ve "ödev" kavramları parçalara ayrılmalıdır. Bir arada ve çoğu kez birbirinin yerine de kullanılabilen hak ve ödev kavramları farklı öğeleri içerir, bu nedenle de alt başlıklara ayrılarak değerlendirildiğinde gerçek anlamlarına ulaşılabilir. Hohfeld hukuksal sorunu uygun bir biçimde çözmek için sekiz temel kavram önerir; talep, ödev, serbestlik, talep edilmezlik, yetki, tabi olma ve yetkisizlik. Bu ayrıştırmada özellikle talep, serbestlik, yetki ve bağımsızlık mantıksal açıdan birbirlerinden çok farklıdır. Verimli bir uygulamanın ortaya çıkartılması için özellikle bu dört kategorinin ayrıştırılması gerekir. Talep, serbestlik, yetki ve bağımsızlık formları ile belirli bir kişiye karşı sahip olabileceğimiz pozisyonu ve sınırları anlama olanağımız bulunabilir. Hukuksal sorunun çözümlenmesi açısından hukuki ilişkinin (özellikle hukuksal kavramlar aracılığıyla) isimlendirilmesi gerekir. Analizini yapacağımız tazminat ilişkisi de bu bağlamda bir isimlendirme değildir. Analiz bir mantıksal indirgemedir. Bu saptama bize hukuki ilişkinin nitelenmesinde öğelere ulaşma külfetini de yükler.

Hohfeld'çi anlamda "ilişkiler şeması" olarak ortaya çıkan nitelendirme hukuksal korelasyon (karşılıklılık, bağılılık) ve hukuksal karşıtıklar şemasıdır. Aslında hukukun başarılı uygulanabilmesi için bu tür genel geçer bir formülün ne kadar işe yarayacağı da açıktır. Hukukun başarılı uygulanması demek aynı zamanda verimli uygulanması demektir. Bunun için de hukuksal sorunu biçimlendiren temel kavramları net bir biçimde tanımlayıp birbirleriyle olan ilişkileri ve sınırları gösterilebilirse, verimli uygulamaya ulaşılabilir. Hohfeld bu amacını gerçekleştirmek için hak kavramını alt kavramlarına indirmişti.⁶ Talep, yetki, serbestlik ve bağımsızlık mantıksal olarak farklı kategoriler olmakla birlikte uygulamada çoğu zaman geniş anlamdaki hak kavramı başlığı altında ele alınmaktadır. Oysa gerçekten hakkın ne olduğunun anlaşılabilmesi benzer kavramların da dışlanması ile mümkün olacaktır. Böylece Hohfeld temel ve hukuki olarak nitelendirdiği bu kavramları aynı zamanda mantıksal kriterlerle de değerlendirmektedir. Örneğin kavramların her biri mantıksal açıdan tümelletirilmişlerdir. Yani kapsayıcıdır, yeterlidir ve daha aza indirgenemezler. Talep, yetki, serbestlik ve bağımsızlık bu temel mantıksal kriterlerle kurucu nitelikte tasfir edilmektedir ve hak analizi için de kullanılabilir hale çevirmektedir.⁶

Bu çalışmada biz Hohfeld'in sisteminin bir bütün halinde anlatılmasını değil, onun sistemini bir veri kabul

(3) Nikolai Lazare, "Hohfeld's Analysis of Rights: An Essential Approach to a Conceptual and Practical Understanding of the Nature of Rights", (Çevrimiçi) [http://www.austlii.edu.au/other/au/other/au-llj/journals/MurVEJL/2005/9.html](http://www.austlii.edu.au/au/other/au/other/au-llj/journals/MurVEJL/2005/9.html). 27.06.2007.

(4) Wesley N. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, Ed. W. Cook, New Haven, Yale University Press., 1923. s. 23 vd.

(5) Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, s. 26.

(6) Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays*, s. 27.

(2) Li Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty", (Çevrimiçi) <http://www.coss.net.cn/chinese/s142xs/facu/lijian/zhicheng/tunwen1.htm>. 13.04.2005.

ederek belirli bir somut olayın yani destekten yoksun kalma tazminatının çözümlemesinde kullanılmasını göstermeye çalışacağız.

Hohfeld'in analiz sisteminin uygulanabilmesinde şu ön koşulları veri olarak kabul etmek gerekmektedir:

- Her hukuksal ilişki tek bir kişinin tek bir fiili ile ilişkilidir.
- Kişiler arasındaki yapma veya yapmama ile ilişkilidir.
- Analiz hukuki ilişki ile sınırlıdır. Yaptırım sorunu ile ilgili değildir.⁷

Hohfeld hukuki ilişkiyi üçlü bir bölümlendirmeye tabi tutar. Fiili ilişkinin tarafları ve ilişkinin kendisi bu bölümleri oluşturur. Analitik değerlendirmeyi Hohfeld analizinde üç terimli bir model üstünden gösterebiliriz; en az iki kişiden oluşan tarafların her birinin konumu ve taraflar arası hukuksal ilişkinin kendisi. Hohfeld'in bu üç terimli modeli her bir analizde sekiz kategori olarak belirlenmiş olan kavramlarla karşılıklılık ilişkisi içinde ele alınır. Bu amaçla kullanacağımız kavramların basit bir tanımlaması şöyle yapılabilir:

Talep (Hak): A ile B arasında hukuk düzeninin A'ya B tarafından yerine getirilebilir bir edim, yapma veya yapmama istemi, bahsettiği hukuki ilişkideki A'nın hukuksal konumudur.

Ödev: A ile B arasında, B'ye hukuk düzeni tarafından A'nın yararına bir şeyi yapması ya da yapmaktan kaçınmasının emredilmiş olduğu ve B'nin bu emre itaatsizliği halinde ise derhal ya da gele-

cekte hukuksal sorumluluğunun söz konusu olabileceği hukuki ilişkideki B'nin hukuksal konumudur.

Serbestlik: A ile B arasındaki A'nın (B ile ilgili olarak) belli bir biçimde dilediği gibi serbest ya da özgür olduğu, davranışının hukuk düzeninin buyrukları ile B'nin yararına düzenlemediği ve uymama gerekçesiyle bir hukuka aykırılıkla itham edilmediği ilişkide A'nın hukuksal konumudur.

Talep Yokluğu: A ile B arasında, toplumun A'nın lehine B'yi herhangi bir davranışta bulunmaya zorlayabileceği fakat A'nın B üzerinde herhangi bir kontrolünün bulunmadığı hukuki ilişkide A'nın hukuksal konumudur.

Yetki: A ile B arasında A'nın iradi bir fiilinin ya da kendisi ile B arasında ya da B ile üçüncü bir kişi arasında yeni bir hukuki ilişki kurulmasına neden olduğu hukuki ilişkideki A'nın hukuksal konumudur.

Tabi Olma: A ile B arasındaki B'nin iradi bir fiili ile A'nın ya B ile ya da üçüncü bir kişiyle yeni bir hukuki ilişki içine girilebileceği hukuki ilişkideki A'nın hukuksal konumudur.

Bağışıklık: A ile B arasındaki B'nin A'nın varolan herhangi bir veya birden çok hukuki ilişkisine etki edecek hukuki yetkisinin bulunmadığı ilişkide A'nın hukuksal konumudur.

Yetersizlik: A ile B arasındaki A'nın kendisinin hiçbir iradi fiili ile B'nin varolan herhangi bir ya da birden çok hukuki ilişkisini sona erdiremediği ilişkideki A'nın hukuksal konumudur.⁸

Tablo X

Korelasyon yani karşılıklılık şöyle bir tabloyla gösterilebilir:

	A	B	C	D
I	Talep (Claim)	Serbestlik (privilege)	Yetki (power)	Bağışıklık (immunity)
II	Ödev (duty)	Talep yokluğu (no right)	Tabi olma (liability)	Yetersizlik (disability)
Sayı	A1	B2	C3	D4

Tablo Y

Hukuki karşıtlıklar ise (Jural Opposites) ise şöyle bir tabloyla gösterilebilir.

	A	B	C	D
I	Talep (Claim)	Ödev (duty)	Yetki (power)	Tabi olma (liability)
II	Talep yokluğu (no right)	Serbestlik (privilege)	Yetersizlik (disability)	Bağışıklık (immunity)
Sayı	A1	B2	C3	D4

Karşılıklılık ilişkisini gösteren Tablo X'te her sütun bir zorunluluğu gösterir. Söz konusu hukuksal ilişkide aynı sütun içinde birisi için zorunlu olan diğeri için karşılık olarak bulunmaktadır. Sütunlarda yer alan her bir eleman için örneğin A elemanı için I, yani talep söz konusu ise A1 için II, yani ödev söz konusudur.⁹ A'nın hak sahibi olarak bir talep hakkı varsa A1'in buna bağlı olarak bir ödevi vardır. B'nin serbestliği varsa B1'in buna bağlı olarak bu sonuca katlanması gerekir, talepte bulunamaz.

Hukuki karşıtlıkları gösteren Tablo Y'de ise; her bir sütun her biri ile karşıtlık ilişkisi halinde olan iki hukuksal konumu ifade etmektedir. Örneğin; Tablo Y'de A'nın I. deki konumu ile II. sütundaki konumu bir arada bulunmaz. Yani ya talebin varlığından ya da talebin yokluğundan söz edilebilir. Bu nite-

lendirme mantıksal anlamda "karşıtlık çifti" modelidir. Her iki tablonun kullanılması ile negatifi yani yansıma ve gereklilik mantık kategorilerini gösterme olanağı buluruz. Hohfeld temel hukuki kavramların ayırt edici karakteristiklerinin her birinin gerekliliğini ve karşıtlığını yani yadsınmasını belirterek anlamlı hale getirmektedir.¹⁰

Bunun dışında bir de tabloların birincil ve ikincil ilişki olup olmama açısından ele alınması gerekir.

Talep hakkı ve serbestlik hakkı birincil ilişkilerdir.

Yetki ve bağışıklık ise ikincil ilişkilerdir.

Bazı birincil ilişkiler doğrudan uygulanabilir. Oysa tüm ikincil ilişkiler dolaylı olarak uygulanabilir. İkincil ilişkiler birincil ilişkileri kolaylaştırır. İkincil ilişkiler birincil ilişkilerin nasıl

(7) Li Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty1", s. 4.

(8) Yasemin Işıktaç, "Toplum ve Hukuk", *Sosyolojiye Giriş*, Ed. İlhan Sezal, Ankara, Martı Kitabevi, 2002, s. 611-612.

(9) Tablolar ve açıklamalar için bkz. Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Juridical Reasoning and Other Legal Essays*, s. 36, 65.

(10) Li Jian, "Analysis of Hohfeldian Conception of Liberty1", s. 2.

kullanılacağına ilişkin kurallara ulaşmamızı sağlar. Örneğin yetki veya bağışıklık ilişkileri, başka yetki ve bağışıklıların kullanılma koşullarını gösterir.

Birincil İlişkiler Tablosu

Talep	Serbestlik
Ödev	Talep Yokluğu

İkincil İlişkiler Tablosu

Yetki	Bağışıklık
Tabi olma	Yetersizlik

Sonuç olarak tüm bu tablolara ilişkin karşılıklı değerlendirmeleri ile hem hak hem de talep edilebilirlik ilişkisini çözme olanağı buluruz. Tablonun karşı okuması ise hak ve talebin olmadığını gösterir. Hak-ödev karşılığına hem gereklilik hem de zorlama vardır. Yeni hukuki ilişki kurulma olasılığı müktedir olmayla ilgilidir. Muktedir olmak ise yetkili olmayı ya da yetkiyi tanımayı gerektirir. Birisinin bir şey hakkındaki yetkisini tanımak ona tabi olmaktır. Bir de bağışıklık ve yetkisizlik vardır, bu haller ise hukuki ilişkinin olmadığını gerektirir.

ANALİZİN SOMUT OLAYDA KULLANIMI

B. Somut Olayımızda Talep İlişkisi

S'nin ölümü üzerine anne-baba ve kardeşinin destekten yoksun kalma tazminatı talebi, aracı kullanan şoför sıfatı ile davalı (A) ile, araç sahibi sıfatıyla (R)'ye yöneltilmiştir.

Somut olay bağlantısı dolayısıyla her iki şahsa karşı talebin geçerliliği açıktır. Zaten talep edilmemezlik değil talebin miktarına ilişkin bir uyuşmamama hali söz konusudur.

C. Ödev Açısından İlişki

Sorumluluk hukukunun bir sonucu olarak tazminat, talep edilebilirliğin bir karşılığı olarak doğar. Tazminat doğrudan hukuksal sorumlulukla bağlantılıdır. Sorumluluk ise ortaya çıkan zarardan kimin sorumlu olacağına ilişkin belirlenim ile ortaya çıkan zararın talep edilebilirliğine ilişkin normatif düzenlemedir. Sorumluluk kavramı en geniş anlamıyla, bir kişinin başkasına verdiği zararı giderme yükümlülüğüdür. Bu geniş tanımlama bize yükümlülük ile sorumluluğun üst üste gelebileceğini de gösterir. Yükümlülük ile sorumluluğun borç ilişkisi ile Roma hukukundan beri kurulan bağlantısı da göz önüne alındığında konunun metodolojik açıdan çok göndermeli bir bağlantılar ağı olarak ele alınabileceğini de anlıyoruz.¹¹

Sorumluluk kavramının etik gerekçesi "*neminem leadere: kimseye zarar vermemek gerekir*" ilkesidir. Burada yükümlülük/ödev ilişkisi üzerinde durmak gerekecektir. Hukuki ödev; hukuk düzeninin bireylere yönelttiği uyulması gereken emirdir. Kanunlarda hukuka aykırılık olarak gösterilen her fiil, aynı zamanda hukuk sülhelerini korumaya yöneliktir. Özel hukuk alanında bu tür hukuka aykırılık haksız fiil olarak

isimlendirilir. Sorumluluğun hukuksal temeli MK mad. 2'de ifade edilen "*dürüstlük kuralıdır*". Gerekli özeni göstermemekten doğan bir borç ilişkisi söz konusudur.

Sorumluluk, hukuksal açıdan iki temel fonksiyonu yerine getirmektedir;

- İliki denkleştirme fonksiyonudur.
- İkincisi zararın önlenmesidir.

Sorumluluğun kaynağı: zarar ve sorumluluk ilişkisidir.

Sorumluluğun dayanağı: sorumlu olanı niçin sorumlu tutulabileceğimize ilişkin normatif temeldir.

D. Yetki Açısından İlişki

Olayımızda destekten yoksun kalma tazminatı açısından desteğin ne olduğu ya da neyin destek olarak belirlenebileceği üzerinden yetki ortaya çıkacaktır.

7 Yaşındaki (S)'nin ölümü ile destekten yoksun kalma talebinde bulunan anne ve babası için öncelikle bir destek bağlantısı var mıdır ve bu desteğin hangi kriterler çerçevesinde hesaplanabileceğini göstermemiz gerekir. BK. 45 madde özel olarak destekten yoksun kalma tazminatını düzenlemiştir. Bu düzenlemede temel kavram destektir. İsviçre-Türk hukuku destekten fiili bakım (geçindirme) ilişkisini anlamaktadır.¹² Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararının da tazmin edilmesi gerekir, BK 452'nin ifadesidir. Bu hükümde söz konusu edilen hak, ölen kişiden intikal eden bir hak değil, desteğinden yoksun kalan kişilere ait bir haktır.

Yargıtay bir İçtihadı Birleştirme Kararında¹³ "*BK 45/II. maddede destekten yoksun kalma tazminatı, doğrudan doğruya zarar görenin tazminat isteyebileceğine dair kuralın istisnasıdır demektir. Olaydan dolayı olarak zarar görene de tazminat isteme hakkı istisnai olarak tanınmıştır. Ölümün sonucu olarak, ölenin yardımından yoksun kalan kimsenin muhtaç duruma düşmesini önlemek, yaşayanın desteğinin, ölümden önceki düzeyde tutulması amacına yönelik sosyal karakterde ve kendine özgü bir tazminat biçimidir.*"

Tazminatın saptanmasında göz önünde bulundurulacak hususlar vardır; örneğin; destekten yoksun kalma, desteğini ölümünden önceki durumda aşırı masrafları gerektiren, savurgan bir yaşam şeklini devam ettirmesi değil, toplum içindeki sosyal durumuna uygun yaşantısını sürdürebilmesi için desteğinin olanakları içinde yapabileceği para ile değerlendirilebilir yardımın belirlenmesi gerekir."

Bir başka üstünde durulması gereken husus ise desteğin olanaklarıdır. Hak sahibine ölüm öncesi bakan kişinin kimliği önemlidir. Bu konudaki temel kriter kanun ya da sözleşme ile bir yükümlülük bulunmaksızın, bir kimsenin eylemli ve düzenli olarak bir başkasına yardım etmesi ve bu durumdan ileride de bu yardımın devam etmesinin ihtimal dahilinde olduğu sonucunun çıkarılmasıdır. Örneğin, sadece ölüm anına kadar yardım etmiş kimseyi değil, olayların doğal gelişimine uygun, yakın veya uzak bir zamanda araya ölümün girmemesi halinde diğerine tamamen veya kısmen bakabilecek kimseyi de destek sayabiliriz. Bu durumda muhtemel destek söz konusudur. Örneğin çocukların ileride

(11) Roma hukuku sorumluluktan öncelikle sonuç sorumluluğunu anlamaktadır. Sonuç sorumluluğu fiil ile fiil arasındaki ilişkinin kurulduğu nedensellik bağlantısı daha doğrusu zarar ile fiil arasındaki bağlantının esas alınmasıdır. Bu rasyoneleştirici kritere bir de Roma hukukunda haksız fiil ile suç arasında bir ayırım gözetilmediği sonucunu da eklersek bütünleştirici bir tazminat hukuku yaklaşımına ulaşmış oluruz. Kusur suç ilişkisinin Roma hukukundan çok daha sonraları kurulabilmiş olması ceza ile tazminatın bir arada ya da kusurun niteliğine göre belirlenmesinin nispeten yeni bir olanak olduğunu da ekleyelim.

(12) S. Sulhi Tekinay, *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, İstanbul, 1963, s. 12 vd.

(13) YİBBGK, 06.03. 1978T, 1978/1E, 1978/3K.

anne babasına yapabileceği yardımlar muhtemel destekler. Bakma destek kavramının esaslı bir ögesidir. Bakım, yaşam ihtiyaçlarının devamlı ya da düzenli bir biçimde sürdürülmesidir. Destekten yoksun kalma tazminatı, “ölümden önce sahip olunan durumun korunması” amacını gütmektedir. Destek kavramı “bakımın şekli” açısından da farklılaşabilir. Bakımın ne şekilde olacağı hususunda desteğin niteliğini de belirler.

Destekten yoksun kalma tazminatında korunan yararın ne olduğunun da araştırılması gerekir. Eylemi ile birisinin ölümüne neden olmuş bulunan kişinin, ölenin desteğinden yoksun kalanların uğrayacağı zararı tazmin etmesi gerekir. Buradaki etik temel insan yaşamına saygı değeri çerçevesinde kurulabilir.¹⁴ İhlal edilen değer insan hakkı olarak yaşama hakkıdır. Destekten yoksun kalma da haksız fiil sebebiyle tazminat alanına dâhildir. Ancak haksız fiil sebebiyle tazminat isteminin kuralı olan söz konusu tazminattan doğrudan doğruya zarar görenin yararlanması ilkesinin bir istisnasıdır. Tıpkı manevi tazminatta olduğu gibi destekten yoksun kalma tazminatında da ölenin yakınlarına bir talep inkâmı tanınmıştır.¹⁵ Ölüm olgusu destekten yoksun kalma tazminatının ayırt edici özelliğidir. Bir diğer özellik ise nedensellik bağıdır.

Yoksun kalman desteği iki açıdan değerlendirebiliriz; gerçek destek ve farazi destek. Gerçek destek fiilen sağlanan destektir, kadın için kocasının, ana-baba için para kazanabilecek yaş ve durumdaki çocuk gibi. Farazi destek ise müstakbel destektir. Erkenden ölmeye idi az çok uzak bir gelecekte bir desteğin verilebileceği noktasında söz konusu

edilir. Henüz para kazanmaya chil olmayan fakat daha sonra ana-babasına yardım edebilecek çocuk farazi destek sağlayıcı olabilir. Destekten yoksun kalan hak sahipleri bu desteği kaybedişleri nedeniyle zarara uğrarlar. Bu zarar aynı zamanda yansıma zararı niteliğindedir. Gerçekleşmesi farz edilen destekten yoksun kaldığı için geleceğe bir yansıma yapılmaktadır. İşsiz olan veya küçük yaşta ölen ancak ileride destek olacağı farz edilen kişinin, gelirinin belirlenmesi “farazi gelir” gibi yeni kavramları aracılığıyla somutlaştırılmaya çalışılmaktadır. Bu anlamdaki gelirin iki alt türüyle de karşılaştırılır. İlki ölenin meslekte belli bir durumdayken elde ettiği kazancın gelecekteki farazi artışıdır. Diğer ise hiç gelir elde etmeyen, küçük yaşta ölen çocuğun gelecekteki farazi meslek ve farazi geliridir. Somut olayımızda bu ikinci hal söz konusudur.

Destekten yoksun kalma tazminatının diğer bir özelliği bu tazminatın “bağımsızlığıdır”.¹⁶ Bunun anlamı ölenin kişiliğine bağlı olmadan destekten yoksun bırakılan kişinin kişiliğinden doğan bir hak oluşudur.¹⁷ Haksız fiil sebebiyle tazminat isteme hakkı kural olarak söz konusu fiilden doğrudan doğruya zarar görene aittir. Haksız fiil neticesi bir başkasına zarar veren bu zararı tazmin etmelidir. Burada korunan yarar; maddi tazminatta ortaya çıkan zararın giderimi, manevi zararda manevi kişilikte ortaya çıkan zararın giderilmesidir. Konumuz açısından önem taşıyan destekten yoksun kalma tazminatı ise tazminat hukukunun bir istisnası olarak ölüme bağlı ve bu olay nedeniyle destekten yoksun kalmış kişilere tanınmış bir hak oluşur. Tazminat talebi ve tazminata

hükmedilebilme koşulları sorumluluk alanındadır.

Sorumluluğun amacı, sorumluluk hukukunun temel amacı, ortaya çıkan zararın giderimi ve bu giderimin kimin tarafından ne oranda gerçekleştirileceğinin belirlenmesidir. Sorumluluk hukukunda kusura dayalı haksız fiil sorumluluğu ve kusura dayanmayan sebep sorumluluğu olmak üzere iki temel sorumluluk belirlenmiştir. Sorumluluk hukuku açısından haksız fiil sorumluluğunun kurucu unsuru olarak değerlendirilen kusur, gerek sorumluluğunun doğması gerekse tazminatın belirlenmesinde temel rol oynayan faktördür. Bu nedenle kusurun sorumluluğun sınırlayıcı bir fonksiyonu olduğu kabul edilmektedir. Dar anlamda haksız fiil sorumluluğu ve subjektif sorumluluk olarak da isimlendirilen kusur sorumluluğu maddi ya da manevi olarak başkasına verilmiş zararın eksiksiz olarak giderilmesi yükümlülüğünü kapsar.

Sorumluluğun bu bağlantıları özellikle şu ilke açısından önemlidir: “*casuma sentit dominus yani umulmayan hallerden doğan zarara, zarar gören katlanır*”. Demek ki kusur dışında sorumluluğun temel ilişkisi zararlı fiili hal arasındadır. Örneğin; kusursuzluk halleri ile doğa olayları sonucu ortaya çıkan zarar halleri böyledir. Sorumluluk hukuku, zararlı zararlı kusur sebebiyle ortaya çıkaran arasındaki bağlantı temelli olduğu için “*casuma sentit dominus*” ilkesi bir istisnadır. Kural, “*zarara kusuru ile sebep olan zararı giderir*”dir. Yani zararın başkasına yükletilmesinin koşulu

kusurdur. Kusur prensibi yani “*culpa*”, bir kişi hukuka aykırı ve kusurlu fiili ile kendisinin sorumlu tutulabileceği bir eylemi ile sebep olduğu zararı tazminle yükümlü tutulabileceğidir.¹⁸

Kusurun hukuksal niteliği, zarar gören ile zarara uğrayan ve toplumsal açıdan bu eyleme yüklenen sonuçları da kapsayarak bir hukuk politikasının getireceği çözüm içerisinde belirlenebilir. Sorumluluk açısından bir davranışın hukuka aykırılığı başka, onun hukuk öznesine yüklenebilirliğinin başka bir konu olduğu açıktır. Bu nedenle sorumluluk sebep sonuç veya güven açısından temellendirilebilir. Sebep sorumluluğu kusura dayalı bir sorumluluktur. Sebep sorumluluğunda sorumluluk doğurucu etmen ön sıraya, sorumlunun kişiliği geri plana itilir. Böylece sorumlunun subjektif niteliği mümkün olduğunca geriye çekilmiş olur. Sebep sorumluluğu hakka niyet sorumluluğu olarak da isimlendirilmektedir. Objektif sorumluluk ya da kusursuz sorumluluk olarak adlandırılan sebep sorumluluğunda ortaya çıkan zararın telafisi merkezi kavramdır. Sebep sorumluluğunda, sorumlu kişinin hiçbir kusuru olmasa bile esas itibarıyla zararın tamamının tazmini beklenir.

Sonuç sorumluluğu, kişi kusurlu olmasa da yasal bir hüküm onu yükümlü tutuyor ise, zararın giderilmesi zorunluluğudur. Bu sorumluluk yasadan doğar.

Güven sorumluluğu, zarar veren kişinin, zarar görende bir güven uyan-dırması, daha sonra uyandırdığı bu güveni boşa çıkarması nedeniyle ortaya çıkan zararın giderimidir. Buradaki

(14) Tekinay, *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, s.81

(15) Y. 9. HD. 20.06.1984 T. 1984\5771 E 1984\6770 K.

(16) Mustafa Kılıçoğlu, *Tazminat Hukuku*, 2. Basım, İstanbul, Legal Kitapevi, 2006, s.169.

(17) Bu nedenle ölenin iherkesine bağlı olmadığını da ekleyelim.

(18) Hilal Zileli, “Roma Hukukunda Sorumluluk Ölçütlerine Genel Bir Bakış”, *AÜHFİD*, 1982-1987, 39-01-04, s.241-264. Roma hukukunun çeşitli dönemlerinde farklı hukuksal sorumluluk rejimleri olduğunu da hesaba katarak genel olarak sorumluluk sistemlerinin objektif sorumluluktan başlayarak subjektif sorumluluk sistemlerine dönüştüğünü en genel anlamda söyleyebiliriz. Klasik Roma hukukunda objektif sorumluluk sisteminin uygulanmasının gerçek amacı toplumsal çıkarlar değil objektif sorumluluğun saptanmasındaki kolaylıktır. Ancak modern hukukta özellikle toplumsal kaygılarla daha çok de gerekli özeni göstermeye teşvik ve zayıf olanların korunması gerekçesiyle objektif sorumluluğun yeniden yükselişe geçtiği de bir gerçektir.

güven ortalama şartlar altında söz konusu edilebilecek bir güvendir ve belirli bir özenle işlem yapma gerekliliği nedeniyle doğmaktadır.

Tazminat talebi diğer alacak haklarında olduğu gibi hukuki bir sebebi zorunlu kılar. Sorumluluk hukuku; bir sonuçtur. Sorumluluk doğurucu şartlar gerçekleştiyse tazminat da talep edilebilir hale gelir.

Olayımızda söz konusu edilen destekten yoksun kalma tazminatı ölüme bağlı olarak ortaya çıkan bir tazminat türüdür. Tazminat hukukunun bir istisnası olarak zarar görenin dışında, zarar görenin destek olduğu kişiler açısından söz konusu olabilecek bir talep imkânıdır. Destekten yoksun kalma tazminatının konusunun *iniuria* yani maddi zararın tazmini olduğunu anlıyoruz. Kişiye verilen zarar esas olarak fiziksel bütünlüğünü yani yararlanma, ölüm ve akıl sağlığını kapsar. Ancak buradaki maddi zarar kanunun özel düzenlemesi nedeniyle sadece ölüm hallerine hasredilmiştir. BK. 45/son; “ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde onların bu zararlarını da tazmin etmek lazım gelir” hükmünü getirmiştir.

Öğreti ve yargı kararlarında destekten yoksun kalma tazminatı hükmün detaylı ve açık düzenlemesi de göz önünde tutulduğunda, dar ve sınırlı yorumlanmalıdır anlayışı hakimdir.¹⁹ Destekten yoksun kalma tazminatının konusu olan zarar maddi zarara ilişkindir. Manevi zarar ayrı bir düzenlemenin konusu olarak BK 47’de ele alınmıştır. Destekten yoksun kalma taz-

minatının konusunun “ölüm nedeniyle borçlar yasasının 45. maddesine dayanan destekten yoksun kalma tazminatı, yoksun kalanların yaşayabilecekleri muhtemel süre içinde, ölenin çalışıp kazanabileceği süredeki kazancı tutarından davacılara ayırıp ileride yapabileceği yardımın tutarının peşin ve toptan ödenmesidir” şeklinde yorumlandığını görüyoruz.²⁰

Borçlar Kanunu’nun 50. maddesinde genel olarak maddi ve manevi zararı alınmıştır ve bu madde bedensel ve ruhsal bütünlük ile kişisel değer kavramlarını içeren bir genişliktedir. BK 53. maddesi ise “Bedensel bütünlüğün zedelenmesi” başlığı altında;

- Tedavi giderleri
- Kazanç kaybı
- Çalışma gücünün azalması ya da yitirilmesinden doğan kayıplar
- Ekonomik geleceğin sarsılmasından doğan kayıp alanlarını kapsar.²¹

Bütün bu başlıkları “cismani zararlar” olarak değerlendirebiliriz. Cismani zararın en geniş ortaya çıkış hali ölümdür. BK 52. madde ölüm kenar başlığı ile cenaze giderleri, ölüm derhal gerçekleşmediyse tedavi giderleri, çalışma gücünün azalması ve yitirilmesinden doğan zararlar ile ölüm nedeniyle destekten yoksun kalan kişilerin uğradıkları kayıpları kapsar.

BK 45/11 mad. ise “ölüm neticesi olarak diğer kimseler ölünün yardımından mahrum kaldıkları bu zararını da tazmin etmek gerekir” şeklindeki düzenleme ile istisnai bir hali öngörmektedir. Burada ifade edilen “destekten yoksun

kalma tazminatı”dır. Bu tazminatın alacaklısı ölenin sağken desteğiyle yaşamını sürdüren hak sahipleridir.

Destekten yoksun kalma tazminatı kavramının belirleyici özelliği destek kavramıdır. İsviçre-Türk hukukuna göre “fili bakım” (yani geçindirme) ilişkisinde bulunan hak sahibi olabilir.²²

DESTEKTEN YOKSUNLUK TAMİNATININ HESAPLANMASI

BK 47. madde hukuka aykırı eylem veya eylemsizlik mağdurun ölümüne sebep olmuşsa ölenin yakınlarının dava açma hakkından söz etmektedir.²³ Ölüm halinde tazminata konu olan zarar “yansıma zararı”dır. Hangi koşullarda ölüm halinde manevi tazminat istenebileceğine ilişkin belirsizliğin ise destekten yoksun kalma tazminatının talep koşulları ile manevi tazminat arasındaki ilişki göz önünde tutularak yapılmalıdır. Boşluk alanlarını manevi tazminat talchi doldurabilir. Çünkü destekten yoksun kalma belirli ve sınırlı bir alana ilişkindir. Farazi ve gerçek destek ilişkisi farklı nitelikler gösterir, somut olayımızda farazi bir desteğin kaybı söz konusudur.²⁴

Farazi yani varsayımsal destek, yaşamın ve olayların normal akışı içinde ileride kurulacak bakma ilişkisi uyarınca bakılması gereken kimsedir.²⁵ Destekten yoksun kalma tazminatının doğabilmesi

için, ölen kişinin üçüncü kişiye yardımcı bulunması, destek olması gerekir. Bu anlamda destek, tazminat hakkı bulunan kişiye fiilen, düzenli ve sürekli bir şekilde bakan veya bakması kuvvetle muhtemel kimseye denir. Desteğin ölüm halinde fiilen mevcut olması şart değildir. İleride de mümkündür. Çocukların ana babaya destek olmaları hayatın olağan akışına uygun bir durumdur. Yargıtay bu durumu bir karine olarak kabul etmektedir.²⁶

Destek olacak çocuğun cinsiyeti konusunda bir ayırım var mıdır? Örnek olayımızda 7 yaşında trafik kazasından ölen kız çocuğu (S)’nin sosyo-ekonomik şartlar gereği anne babasına destek olamayacağı gerekçesi tazminat miktarının düşülmesi için bir savunma olarak belirtilmiştir. Bu savunmanın karara yansması cinsiyetin hiçbir şekilde tazminatın hesaplanmasında bir ayırım kriteri olarak kullanılmayacağı, tarafın dayandığı bu maddi vakanın hukuki dayanağı olmadığı gerekçesine bağlanmıştır. Taraflar, sübjektif değerlendirme ve kendine özgü hayat algılarını hukuki bir gerekçe olarak kullanma hakkına sahip değildiler. Bu nedenle davacıların ölen kızlarının desteğine muhtaç olacakları karine olarak kabul edilip, sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken aksine karar verilmesi doğru görülmemiştir.²⁷

(22) Tekinay, *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, s.12 v.d.

(23) Yasa maddesi aileden bahsetmekle birlikte doktrinde yaygın bir biçimde bu terimin “yakınları” şeklinde genişletilmesi görüşü hakimdir. Uygulamada bu yöndedir. Örnek olmak üzere Y 41 ID T.30.03.1988 E. 10916 K. 3254 kararında eylemli, gerçek bağımlık ilişkisi kuranlar tabiri ile Yargıtay yakınlık anlayışını benimsemiştir.

(24) Y. IBK 22.06.1996 E. 6. K.7. BK. 47 madde hâkimin özel durumları dikkate alarak manevi zarar olarak hak sahibine verilmesine karar vereceği tazminat miktarı için “adaletle uygunluk” kriterini getirdiğini görüyoruz. “özel durumlar” ve “adaletle uygunluk” kriterleri tazminatın hesaplanmasında ana kriterlerdir. Her iki kriter de yargıcın takdir yetkisine bağlanmıştır. BK 43 ve BK 44’de özel durumlar açısından kusursuz sorumluluk için ongorulmuş hallerin değerlendirmeye temel alınabileceğini kabul görmektedir.

(25) Yargıtay 15. HD., T. 15.11.1975, E. 3346, K. 4307.

(26) YHCK. 21.04.1982, E. 1528. K. 412.

(27) Y. 11. H. D. 18.12.2003. T. 2003/4910. E. 2003/12032.

(19) Mustafa Reşit Karahasanoğlu, *Sorumluluk ve Tazminat Hukuku*, Cilt: II, 1989, İstanbul, s.119. Ayrıca bkz. aynı sayfa dipnot 91. Tekinay, *Ölüm Sebebiyle Destekten Yoksun Kalma Tazminatı*, s.6 vd.

(20) Yargıtay 4. HD. T. 30.05.1965, E. 11420, K. 488.

(21) Masraflar “gerçek zararlar” (domanum emergens) kapsamındadır. BK 45/1 mad. “ölüm takdirinde zarar ve ziyân” başlığıyla verilen ölüm hali, iki farklı açıdan ele alınmaktadır. Bunlar kişinin ölümü halinde doğan zarar ve tedavi masrafları ile çalışmaması nedeniyle doğan zararlar.

Somut olayımıza tekrar dönecek olursak birkaç noktayı belirtmek gerekir:

• Yetişkin çocukların elverişli ekonomik durumları olsa bile anne babalarına ve kardeşlerine bakma ödevi yoktur. Ancak çok istisnai hallerde nafaka yükümlülüğü doğabilir (Örneğin; MK 315'in düzenlemesinde olduğu gibi).

• Küçük yaşta ölen çocuğun gelecekte anne babasına bakacağı, yaşamın ve olayların normal akışı içinde bekleniliyorsa destekten bahsedilebilir.

• Çocuğun bakım gücüne ulaşabileceği an tazminatın hesaplanmasında önem taşıyacaktır.

• Bir başka kriter ise anne-babanın veya kardeşlerin ekonomik durumları, gelir kaynakları, bir işte çalışıp çalışmadıkları ve yaşları gibi hususlar da göz önünde tutularak "bakım ihtiyacı içinde olup olmadıkları" saptanmalıdır.

• Ailenin başka çocuklarının olması destekten yoksun kalma tazminatını talep açısından bir sorun teşkil etmez.

• Tazminat miktarı, desteğin yitirilmesi yüzünden uğranılan zararlarla sınırlıdır. Bu nedenle desteğin destek gücüne sahip olması destek talebinde bulunanın ise bakım ihtiyacı içinde olması gerekir.

• Destekten yoksun kalınan miktarın hesaplanması gerekir. Kural geleceğe dair koşulların tahmini ve ölçümlemesidir. Konunun teknik olacağı ve bilirkişiliği gerektireceği açık olmakla birlikte zararın takdiri hususu hâkimin alanı içinde kalır. Çocuğun ve ailesinin sosyal ve ekonomik durumlarına öğrenim olanağı, zekası, sağlık ve yeteneği ileride elde edilebilecek gelir için önem taşıyan kriterlerdir.

Haksız eylemden zarar görenler ölen ya da yaralanan kişiler için maddi tazminat taleplerinin nasıl değerlendir-

dirileceği işgörebilirlik çağı ya da çalışma yaşı esasları üzerinden yapılmaktadır. Burada dikkate alınan 18-60 yaş arasıdır. Çalışmaya en erken 18 yaşında başlanabileceği, 60 yaş sonrasında çalışılmayacağı düşünülmektedir. Tazminatın hesaplanmasında neyin esas alınacağına ilişkin sorun özellikle ölüm, bedensel zarar ve destekten yoksun kalma hallerinde büyük bir karmaşaya dönüşmektedir. İnsanın "çalışabilir insan" oluşu üzerinden yapılan bu hesaplama tarzı her ne kadar sevimsiz görülse de neyin esas alınacağı konusu açısından önemli bir kriter olarak ele alınabilir.

Sosyal sigortalar sağlık işlemleri tüzüğünde yer alan iş kazalarına ilişkin işgöremezlik çizelgeleri "maluliyet baremi" en somut kriterdir. Bu tüzük aynı zamanda yapılan işe veya meslek grubuna göre işgöremezlik oranlarını belirlemektedir. Sosyal güvenlik kurumu olarak sosyal sigortalar açısından kullanılan bu kriter başka her hangi bir kriter olmadığı için diğer kamu kurumlarının (örneğin Adli Tıp Kurumu için de) temel dayanağıdır. Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğü'nün öngördüğü kriterlerin uygun olup olmadığına ilişkin tartışmayı bir kenara bırakacak olursak öngörülmemiş hallerle ilişkin tam bir belirsizlik vardır. Örneğin yüz ya da bedende kalıcı iz ve şekil bozukluğuna yol açan sakathıklar ilgili tüzüğün kapsamında değildir. Bu hallerle ilişkin hasarlarda BK. 46. maddedeki "ekonomik geleceğin sarsılması" neticesini doğurabilir. Maddi tazminata ilişkin bu ve benzeri haller için ancak ameliyat giderleri kriter olarak alınmaktadır. Borçlar Kanununun 47. maddesi istenebilecek manevi tazminatın "can bedeli" üzerinden hesaplanabilmesi için sınırları belirli kesin bir ölçü esasını öngörmektedir. Yargıtay'ın 22.06.1966 tarihli 77 sayılı önemli ve sık atıf yaptığı İçtihatı Birleştirme

Kararı'nda manevi tazminatın ölçüsünü "elem, ıstırap, manevi tatmin" genel kriter olarak gösterilmektedir. Ancak her üç kavramın da bir ölçümleme olarak hesaplamada kullanılması mümkün görülmemektedir. Diğer yandan bu kavramlarla ilgili şu sakınca da tartışılabilir, manevi tazminatın çekilen acının karşılığı (yani duyulan acıyı avutmak için bir bedel olma) ve manevi tatmin (yani öç alma duygusunu yatıştırmak) aracı olarak algılanması ilkel hukukların diyet ve kısas uygulamalarına benzetilmektedir. Manevi tazminatın işlevinin maddi tazminatı tamamlayıcı bir denkleştirme unsuru ve caydırıcı nitelikte bir ödeme aracı olduğu görüşü ağır basmakta ve buna toplumsal bir anlam kazandırılmak istenmektedir.

Ölüm veya bedensel zarar nedeniyle tazminatın hesaplanmasında Yargıtay genel olarak erkekler için 18-60 kadınlar için 18-58 yaş aralığını esas almaktadır. İleri yaşlarda olmalarına karşın haksız eylemden zarar gördükleri sırada çalışıp kazanç elde etmekte olan kişilerin, kalan ömürleri süresine göre bir oranlama yaparak ya da "aktivite" tablolarından yararlanarak ne kadar süre çalışacakları varsayımına göre tazminat hesabı yapılır. Benzer uygulamaları bazı ülkelerde de görüyoruz. Örneğin İsviçre "Stauffer Aktivite Tablosunu"nu kullanmaktadır. Bu tablo somut olgulara ve çeşitli ihtimallere göre belirlenen katsayıların tazminata esas olarak gelir ile çarpılmasıyla hesaplanmaktadır.²⁸

Devlet İstatistik Enstitüsü tarafından 1989 yılında yaşa göre kadın ve erkekler için ayrı ayrı düzenlenmiş bir yaşam tablosu bulunmaktadır. Bu tür tabloların en az 5 yıllık periyotlarla yeniden değerlendirilmesi verilerin güncel-

lenmesi açısından önemlidir. Bu tablo 1960-1965 döneminde ortalama kadın ömrü 52.02 iken 1995-2000 döneminde 70.93 olarak gösterilmiştir. Türk erkekleri içinde ortalama ömür 1960-1965 de 47.93 iken 1995-2000 yılında bu süre 66.30 olmuştur.

Destekten yoksun olma tazminatının hesaplanmasında iki kriter esas alınmalıdır. İki destek verecek olanın destek olabileceği yaş yani destek işgörebilir hale geldikten sonra hak sahibine yardımda bulunabilir. O nedenle başlangıç olarak bakım gücü esas alınmalıdır. Ancak bakım gücünün saptanması açısından ihtiyacı karşılanacak olanın ihtiyacının başladığı tarihte bilinmelidir. Konumuz açısından farazi destek hallerine yardımın başlangıç tarihi belirlenirken, desteğin bakım gücünün gerçekleştiği tarih ile hak sahiplerinin ihtiyaç içine düşecekleri tarihten hangisi daha sonra ise onu esas almak gerekecektir.²⁹ İkinci olarak desteğin işgörebilirlik süresinin sonunun da belirlenmesi gerekir. Bu da aktivite süresinin sonudur.

Aşçıoğlu iki öneride bulunmaktadır. Stauffer/Schaetzle tablosundaki uygulamaya benzeyen önerisinde, emeklilik yaşı esas alınmaktadır. Kalan emeklilik süresi ve bakiye yaşam süresi toplanarak ikiye bölünür ve aktivite süresine ulaşılır.

Bir diğer önerisi ise kalan süreye ilişkin değerlendirmenin BK 42 madde gereğince yargıç tarafından takdiren tazminata esas yapılmasıdır. Ancak buradan pasif dönemi zarar açısından bütünüyle göz ardı edilmemesi de gerekir. Yargıtay'ın pasif döneme ilişkin zararın kabul edilebileceğini belirten kararları da vardır.³⁰

(28) Çetin Aşçıoğlu, "Tazminatın Hesabında Yöntem Sorunu", s. 73.

(29) Kılıçoğlu, *Tazminat Hukuku*, s. 169.

(30) Örnek olarak Y 21 H. D. 6. 10. 2003 1. 2003/6757.

• Hak sahibi erkek çocuklar 18 yaşının ikmaline kadar, hak sahibi kız çocuklar 22 yaşına kadar destekten yararlanırlar. Ancak, hak sahiplerinin yaşadıkları sosyal çevre itibarıyla (örneğin kırsal kesimde ikamet etmeleri halinde ya da üniversiteye gitmemiş olması) 22 yaşından önce evlenmeleri kuvvetle muhtemelse, bu takdirde destekten yararlanma süreleri daha kısa (Örneğin 18 yaşının ikmaline kadar) olabilecektir.³¹

• Hak sahibinin anne veya baba olması halleri ise, her koşulda kendi bakiye ömür sürelerince destekten yararlanacakları tabiidir. Anne ve babanın

bakiye ömür süreleri Yaşam Tablosundan belirlenir.

Ölenin bakım gücünü ahlaka aykırı yollardan elde etmesi halinde destek sayılıp sayılmayacağı tartışmalıdır.³² Kendisine destek sağlanmış olanın bu desteğe ihtiyacı olup olmadığı nasıl saptanacaktır? Buradaki metodolojik değerlendirmenin genişletici veya daraltıcı olması bu tür tazminatın ortaya çıkışını bütünüyle etkiler. Yasal bir düzenleme ile destek ihtiyacının belirlenmesinden çok konunun içtihatlarla bırakılması daha uygundur. Kriter olarak “ölüm öncesi yaşam tarzı” hakkaniyete uygun sonuca götürebilir. Uygulama da boşluğa benzer bir tarzda çözümlenmiştir.³³

Stoa Felsefesinin Güçlü Roma Devletinde Gelişmesinin Roma Hukukuna Yansıyan Sonuçları

Meral İŞILDAK^(*)

3. yüzyılın başında kurulan ve Hellenistik dönemin en önemli felsefe öğretisi olan Stoacılık, **Erken, Orta ve Geç Stoa** olarak adlandırılmış olan bir dizi evreden geçmiştir. Stoa okulunun kurucusu, yaklaşık olarak İ.Ö.336'da Kıbrıs'ta doğan, 314 yıllarında Atina'ya gelerek 300 yıllarında Stoa Poikile'de (resimlerle süslü, direkli bir galeri) kendi okulunu açan ve İ.Ö.264 yılında ölen Zenon'dur. Zenon okulunu kurduğu sırada Atina'da Platon'un Akademisi, Megara, Kynik ve Epikuros okulu ile Aristoteles'in Lykeion'u varlıklarını sürdürmekteydiler. Yunan felsefesinin bu çeşitli okullarının derslerine katılan Zenon'un felsefesinde Kynik görüşün etkisi büyük olmuştur. Söz gelimi Zenon'un, insanın ahlaki özgürlüğüne verilen büyük önem başta olmak üzere, kozmopolit insan anlayışı, doğa ve özgürlük sevgisi gibi temel ahlak kavramlarını borçlu olduğu okul, Kynik okuludur. Felsefeyi mantık, fizik ve etik olarak üç bölüme ayıran Zenon'un asıl önem verdiği alan etikdir. Kendinden sonraki tüm ardılları gibi, ahlaki temellendirmek için fizikle de ilgilenmeyi zorunlu gören Zenon, mantıkla da bu ikisini desteklemeye çalışmıştır; ama asıl ilgisi ahlaka yöneliktir. Eski Stoa'nın diğer ünlü temsilcileri ise, Kleantes (331-233) ve Khrysippos (281-208)'dur.

Orta Stoa: Yunan felsefesinin ve Stoa akımının Roma ile tanışması, yaklaşık olarak İ.Ö.2. ve 1. yüzyıllara denk gelmektedir. Orta Stoa'nın iki büyük temsilcisinden biri Panaitios (İ.Ö.180-110) diğeri ise Poseidonios (İ.Ö.135-51)'dur. Yunan felsefesini Romalı aydınlara öğreten filozoflar, kurgudan çok kılğısal uygulama ve karaktere önem veren bir toplumun yaşamını doğru olarak yönlendirmesini sağlayacak davranış kurallarını sağlama görevi ile karşı karşıya idiler. Orta Stoa filozoflarının, kurucularının kaskatı öğretisini yumuşatarak, bu öğretiye farklı öğeleri katmalarının diğer nedeni de, yukarıda bahsettiğimiz gibi dönemin ihtiyaçlarına cevap verme çabasıdır.

Geç Stoa (Roma Stoası Dönemi): Stoa felsefesinin son dönemi, Yeni Stoa ya da Geç Stoa olarak da adlandırılan, Roma Stoası dönemidir (İ.S.1.-2.yy.) ve bu konuşmada ağırlıklı olarak üzerinde durmaya çalışacağımız dönem de budur. Bu dönemin en önemli temsilcileri: Lucius Annaeus Seneca (İ.Ö.3.-İ.S.65), Epiktetos (50-130) ve Marcus Aurelius (121-180)'dur.

Stoa felsefesinin düşünce hayatına kazandırdığı kavramları ayrıntılı olarak incelemeye geçmeden önce, Stoa felsefesine gelinceye kadar geçen süre içinde, bu felsefenin de kaynağını oluşturan

(31) Y.21. H. D. 17. 10. 2000T.

(32) M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2000, s.74. S. Sulhi Tekinay, Sermet Akman; Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Bası, İstanbul, 1993, s.629. Herhangi bir şekilde ahlaka veya kanuna aykırı olarak kazanç sağlayanın öldürülmesi namuslu insanın öldürülmesine oranla daha sert hukuki müeyyideye bağlanmış olurdu. Bu nedenle yargıç ölenin şahsi vasıf ve kabiliyetine göre, ahlaka aykırı olmayan alanlarda kazanç sağlayıp sağlamayacağını inceleyerek davaya buna göre yön vermemelidir diyerek bu gibi hallere ilişkin yol gösterici bir gerekçe sunulmuştur.

(33) Tekinay, Akman, Burcuoğlu ve Altop, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, s.630.

(*) Yard. Doç. Dr. Adnan Menderes Üniversitesi, Fen-Ed. Fak. Felsefe Bölümü, Felsefe Tarihi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

bütüne, en temel başlıklar halinde kısaca bir bakmak, daha sonra ileri sürülecek olan kavramların gerçek önem ve içeriğinin daha rahat kavranabilmesi bakımından yararlı olacaktır. Antik Yunan'ın siyasi ve düşünce tarihi geleneksel olarak hep (ilk ikisi Helen Dönemi, üçüncü ve son dönemi ise *Helenistik Dönem* olarak adlandırılan) üç döneme ayrılarak incelenmiştir.

Yunanlıların, ilk zamanlarda ayrı boylar ve bağımsız şehirler halinde, herhangi bir politik birleşmeye gitmeden yaşadıkları ve bir devlet ya da imparatorluğun bir parçası olmaktansa, küçük site-devletler halinde yaşamayı tercih ettikleri ve genel olarak Helen dönemi olarak adlandırılan ilk iki döneminden ilki, İ.Ö. 6. yüzyıllarda İonia adı verilen bölgede, ilk büyük doğa filozofları olarak anılan Thales, Anaximandros ve Anaximenes ile Herakleitos ile başlamıştır. 5.yy. başlarında (İ.Ö.525) İyon kent devletlerinin, Perslerin saldırısına uğrayarak, 494 yılında Perslere kesin olarak yenilmesinden ve bu uygarlığın (İonya) sona ermesinden sonra, Perslerin eline geçen İonia uygarlığının halkı Batı Akdeniz'e (Güney İtalya), Karadeniz'e ve Atika yarım adasındaki ve Ege adalarındaki Yunan kent devletlerine sığınır. Bundan böyle İonia kültürü, Güney İtalya'da Elca kentinde ve Atika Yarımadası'nda ise Atina'da yeni kültürlerle kaynaşarak varlığını sürdürdü. Yunan düşünce tarihinin "*Helen dönemi*" olarak adlandırıldığını ve kendi içinde iki dönemde incelendiğini belirtmiş olduğumuz bu ilk döneminin ikinci kısmı, Atina'nın Yunan kültür hayatında öne çıkması ile başlamıştır. Bu dönem gezici bir takım düşünürlerin ortaya çıkıp, felsefe bilgilerini şehirden şehire taşıdıkları ve ağırlıklı olarak insan sorununu ele aldıkları dönemdir. Sofistler ve Sokrates, kozmolojik dönemde üzerinde

durulan evren ile ilgili metafizik sorunları bir yana bırakarak, bilgiyi pratik hayat bakımından değerlendirdiler. Platon ve Aristoteles'in büyük katkısıyla, Yunan aydınlanma çağı olarak da kabul edilen bu dönem çok büyük siyasi, kültürel, toplumsal olaylara tanık olmuş ve Yunan düşüncesini en derinden şekillendirmiş olan bir dönemdir. İnsan sorununa yönelmesinin dışında, bu dönemin diğer büyük düşünsel olayı, Sokrates'le birlikte ahlâk felsefesinin ortaya çıkmasıdır. Ortaklaşa yaşamın doğurduğu gereksinimlere cevap arayan Yunan düşüncesi, doğaya yönelik teorik ilginin devam ettiği ilk döneminde de, insanın evrendeki yeri ve görevine ilişkin sorunları daima sormuştur. Bu tür sorular Yunan düşüncesinin ilk ortaya çıkmasından itibaren hiç eksik olmamıştır. Ancak, eylemin ilkeleri üzerinde düşünme ve ahlâk kavramlarını belirleme çabası olarak etik, ilk kez İ.Ö.5.yy. sonlarında Sokrates ile ortaya çıkmıştır.

Bu dönemin, konumuz bakımından en önemli özelliği ise, bu ikinci dönemin sona ermesiyle birlikte, Yunan düşünce ve kültür hayatının *Helen Dönemi*'nin de sona ermesi ve bu dönemin son filozofu olan Aristoteles'in öğrencisi İskender'in fetihleri ile Yunan Tarihi'nde, Stoa felsefesinin de içinde gelişmiş olduğu, *Helenistik* dönem olarak adlandırılan ikinci dönemin başlamasıdır.

Helen döneminin Platon, Aristoteles gibi düşünürleri, mutlu bir yaşam ve gelişmiş bir uygarlığın ancak kendilerinin de içinde yaşadıkları gibi küçük, kalabalık olmayan ve bağımsız sitelerde mümkün olduğuna inanırlardı. Bu filozoflar, birey için ayrı, devlet için ayrı bir ahlâkı kabul etmedikleri için, insanın doğal amacı olan mutluluğu sağlayacak yaşam biçimi olan ahlâk ve siyasi rejimi, *tek insan için değil*, bireyi de içine alan *toplumu* gözönüne alarak geliştir-

meye çalışmışlar ve bu nedenle kendi siyasal kuramlarında, bireyin değil, toplumun mutluluğunu sağlayacak yönetim biçimini araştırmışlardır. Helen dönemi düşünürleri bireyi toplumdan, etigi ise siyasetten ayrı olarak düşünmemişlerdir, çünkü onlara göre birey, her şeyden önce bir *yurttaş*tır. Bu nedenle kendi yaşamını da yakından ilgilendiren kararların alınmasına katılması doğal ve gereklidir. İnsanın iyi bir yaşam sürmesi ve insani yetkinliğe ulaşması ancak toplum içinde, diğer bir deyişle *kent-devletinde* mümkündür. Çünkü insanlar birbirlerinden bağımsız değildir; işbirliği ve yardıma gereksinim duyarlar. Gerek Platon, gerekse Aristoteles'e göre, insan toplumsal bir varlıktır ve birey toplumdan ayrı düşünülemez. Her iki düşünür de, geliştirdikleri devlet kuramlarında, içinde yaşadıkları kent-devletini örnek alarak *bircyciliğin* yayılmasını önlemeye çalışmışlardır. Görüldüğü gibi, Helen Dönemi'nin en büyük iki filozofunun geliştirmiş olduğu bu toplumsal ve siyasal düşünceler Kent Devletleri modeline uygundu. İskender'in fetihleri ile Yunan kent devletlerinin bağımsızlıklarını yitirerek, bir imparatorluğa bağlanmaları ise, deyim yerindeyse, izleyen dönemdeki Yunan düşünürleri üzerinde tam bir travma ve tam bir dönüşüm yaratacaktır.

Konumuzu oluşturan Stoa felsefesi de, işte Helenistik Dönem olarak adlandırılan bu ikinci dönemin, çağında en çok etkili olmakla kalmayıp kendinden sonraki çağları da etkilemeyi sürdüren düşünsel ürünlerinden biridir. *Helen dönemi*, Yunan kent devletlerinin bir araya gelerek, kendi içlerinde kültürel ve siyasal bir birlik oluşturdukları, dolayısıyla Yunanlılık (Helen) bilincinin ve topluma verilen önemin ağır bastığı bir dönem olarak şekillenmişti. Oysa bireyciliğin ön plana çıktığı *Helenistik dönem*,

Yunanlıların kendi içlerindeki bu birliği kaybederek, kendilerinden olmayan, üstelik sürekli küçük gördükleri farklı unsurlarla kaynaşmak durumunda kaldıkları ve bu nedenle düşünsel ve kültürel alanda büyük dönüşümlerin yaşandığı bir dönem olmuştur. Helen döneminin son filozofu olan Aristoteles'in hocalık yaptığı İskender'in fetihlerinin Yunan kültür hayatında yarattığı büyük değişim ve dönüşümler, Epikuros ve Stoa gibi büyük etkiler yaratan düşünsel akımlar vasıtasıyla Roma dönemi ve Hristiyanlığa kadar uzanacaktır.

Aristoteles ve Platon'un sorunları en geniş çerçevede işleyen felsefelerinden sonra, Epikuros ve Stoa akımları başta olmak üzere, ortaya çıkan okullar *tüm sorunları* ahlâk sorunlarına indirgemişlerdir. Bu dönemin filozofları, tüm Akdeniz ülkelerini ve uzak doğuyu kapsayan büyük bir imparatorluğun, çok sorunlu ve karmaşık toplumunun bir üyesi olmak sıfatıyla içinde bulunduğu bu yeni topluma, çözümler ve yeni bakış açıları getirmekle yükümlüdür. Ancak *kent devletlerinin sınırları kapsamında* yetkin kültür değerleri ortaya koyarak, çok gelişmiş ve karmaşılaşmış insan sorunlarının incelendiği bir toplumdan gelen Yunan düşünürünün, bu aynı değerleri, üstelik kendisine yabancı olan unsurları içeren karmaşık bir toplumsal, siyasal ve kültürel bir yapıda aynen koruması mümkün değildi. Böylece Yunan düşüncesi Akdeniz ülkelerine yerleşirken özgün değerlerini yitirecek ve bir umutsuzluk felsefesi niteliğine bürünecektir. Hellenistik dönemin felsefesinde ilk gözümüze çarpan özellik, büyük metafizik sistemleri yaratmış olan *teorik ilginin zayıflaması* ve felsefeden ayrılan tek tek bilimlerin gelişmesi, ikinci büyük özellik ise, *pratik felsefenin* ön plana geçmesi olacaktır. Artık bu dönemde, teorik sorunlar başlı başına amaç

olma özelliklerini yitirerek, yalnızca, bireyin yaşamına sağlam bir temel bulma çabalarına yardımcı olmaları bakımından ele alınmışlardır.

Dolayısıyla, Hellenistik dönemdeki öğretilerin özgünlükten yoksun olmalarında ve eski öğretileri ufak değişikliklerle yeniden ileri sürmelerinde, bu öğretilerin kurucularının içinde bulundukları umutsuzluğun payı oldukça büyüktür. Yunan kent devletlerinin çöküşü ile Yunanlıların kaybettikleri şeylerden ilki, ideal kent yaşamına ilişkin spekülasyon ilgilidir. Hayatlarının ve toplumsal yaşamlarının kontrolünü yitiren bu insanlar, hiç olmazsa kendi kişisel yaşamlarına yön verecek "en yüksek iyi"nin ne olduğunu bulmaya çalışmışlardır.

Yunanlıların kaybettiği ikinci önemli şey ise, sahip olduklarına inandıkları önem duygusudur. Atina, Isparta, Korint gibi büyük merkezlerin kendileri de artık, çevrelerindeki barbarların sahip olmadıklarına inandıkları özgürlük ve bağımsızlık gibi büyük değerlere sahip değildiler. Büyük İskender, Greklerin sahip oldukları bu üstünlük duygusunu kırmaya çalışarak, insanlığın bir bütün olduğu anlayışını getirmeye çalışmıştır. Dolayısıyla, Polis (kent) ve polites'in (yurttaş) yerini kozmopolis ve kozmopolites'in aldığı bu görüşün felsefedeki temsilcileri Stoacılar olmakla birlikte, bu fikir pratikte İskender'in uygulamalarıyla başlamıştır. İskender, ulusallık kavramını ve Grek soyuna olan bağlılığı ortadan kaldırarak, kurduğu imparatorlukta Hellen ve barbar öğeleri bir araya getirmiştir.

Hellenistik dönem filozoflarında görülen büyük dönüşümün bir başka nedeni de, İskender'in kurmaya çalıştığı bu imparatorlukta siyasi ve toplumsal

düzeni tam sağlayamamasıdır. İskender'in ölümünden sonra yerine geçecek kimsenin belirlenmemiş olması nedeniyle bitip tükenmek bilmeyen iktidar çekişmeleri, çatışmalar, çıkar kavgaları ve yağmacılıklar yaşandı. İstikrar ve güvenlik diye bir şey kalmamıştı. Roma'nın başa geçmesine kadar sürüp giden bu düzensizlik, dönemin düşünürlerini de etkileyerek dünyadan umutlarını kesmelerine neden olmuştur. Aristoteles'e dek Grek filozofları, zaman zaman yakınlıklarına karşın, umutsuz değillerdi; güçsüz ve çaresiz olduklarını, ne yaparlarsa yapsınlar faydası olmayacağını, olayların kontrolünü ellerinden kaçırmış olduklarını düşünmezlerdi. Pythagoras, Platon gibi gizemciliğe kaçan filozoflar dahi umutsuz değillerdi. Doğulu unsurlardan etkilenen ve yoğun bir umutsuzluk duygusunu yaşayan Yunanlı düşünürler, tüm bu faktörlerin sonucu olarak sordukları soruları değiştirirler.¹

Artık "En iyi yönetim nedir?", "İyi bir devlet adamı nasıl olmalıdır?" soruları yerine, "Kötü bir dünyada kişi nasıl erdemli olabilir?", "Acıların dolu bir dünyada mutlu olmanın yolu nedir?" sorularının cevabı aranmaktadır. Bu sorular daha önce de zaman zaman sorulmamış değildir ama bu dönemde taşıdıkları anlam ve önem iyice belirginleşmiştir. Bu dönem düşünürlerinin öğretilerinin özgünlükten yoksun olmalarının nedenini anlamamızı kolaylaştırır bu durum. Yunan kent devletleri dönemindeki filozoflar, bu dönem filozofunun tümüyle yitirdiği iki büyük değere sahipti:

1- Tüm yürekleri ile bağlı oldukları bir site yani bağımsızlık.

2- Düşüncelerinin günlük politik-toplumsal yaşamda uygulanabileceğine dair bir umut... Bu dönem filozofları da,

aksi mümkün olmadığı için düşünüyorlardı; ama düşünceleri özgünlük ve yaratıcılıktan yoksundu.

İ.Ö. 2.yy. Roma'nın Makedonya ve Akdeniz ülkelerini ele geçirip, imparatorluk haline geldiği dönemdir ve Romalı düşünürlerin en verimli olduğu düşünce akımı ise, Stoa'dır. Çünkü bu öğreti, Eski Romalıların kahramanca yaşayış ideallerine ve disiplinli yaşamlarına çok uygun idi. Ayrıca teorik ve metafizik sorunlardan çok pratik ve ahlâki konularla ilgilenen Stoa felsefesi, bu yönüyle de Romalı düşünürlere daha çekici geliyordu.

Roma İmparatorluğu, gücünü toprağa, tanrılarına, çevresine, dostlarına saygılı, görevlerine bağlı, tutumlu, yurtsever ve cesur vatandaşlarından almıştır. Romalıları birbirlerine son derece bağlı, barış zamanı köleleriyle birlikte tarla sürerek yemeklerini paylaşan, savaş zamanı ise sabanı bırakarak silahlarını ellerine alan ve savaşan, mahkeme ve devlet işlerinde görev alan disiplinli, ciddi ve alçak gönüllü insanlardı. Kuramsal düşünceye pek yatkın olmayan Romalıları, pratik ve gerçekçi düşünen, bu dünyanın sorunlarına önem veren, faydacı ve toplumcu bir zihniyete sahiptiler. Kendi topraklarında bir aile havası içinde sürdürdükleri bu yaşam şekli Roma'nın yayılmacı bir siyaset izleyerek imparatorluk haline gelmesinden sonra büyük değişikliklere uğradı.

İtalyan Birliğinin başkanı haline geldikten sonra Roma, Kartaca topraklarını, Makedonya, Yunan kent devletleri ile Küçük Asya'daki Hellenistik krallık-

ları, Suriye ve Mısır'ı topraklarına kattı. Egemenliği altına aldığı uluslardan ele geçirdiği ganimetlerle zenginleşen Roma İmparatorluğundaki sade yaşam yerini sefahat ve yolsuzluklara bıraktı.² Azla yetinen, tutumlu, ciddi Romalıları gösterişe, lükse, zevke düşkün insanlar haline geldiler. Küçük bir sınıfın zenginleşmesine karşın büyük çoğunluk yoksulluğa itildi. Bu durum bir yandan halkı birbirine düşman ederken, diğer yandan ahlâki çöküntüyü de hızlandırıyordu. Romanın Grek uygarlığının etkisi altına girmesi Romalıların sade ve basit yaşamlarını da olumsuz bir yönde etkiledi.³ Ziraat, askerlik, devlet ve mahkeme işleriyle uğraşan Romalıları, Yunan kültürü ve düşüncesi ile temasa geçtikten sonra felsefe çalışmalarına ağırlık vererek ve Yunan düşüncesinin kendi zihniyetine uygun yönlerini alarak eklettik ve uygulamaya yönelik bir ahlâk düzeni yaratmaya koyuldular. Caesar'ın öldürülmesinden sonra başa geçen Augustus, yaptığı reformlar ve çıkardığı yasalarla düzeni sağlamaya çalıştı; ama sosyal ve ahlâki yaşam çok bozulmuştu. Tiberius döneminde de devam eden yozlaşma, Caligula, Claudius gibi yeteneksiz, ama hırslı ve Neron gibi dengesiz imparatorlar döneminde daha da arttı.⁴

Roma genişledikçe zenginliği de çoğaldı ve kentler büyüyerek altyapı tesisleri ve görkemli anıtlarla donanmaya başladı. Ama bu düzen anlayışı, bu zenginlik ve bu görkemli tesisler İmparatorluk Romasını uygarlaştırmak için yeterli olmadı; çünkü Roma emeğiyle değil, fethettiği toprakların mallarına el

(1) Kurtuluş, Zerrin, Plotinos'un Aşk Kuramı, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1992, s. 23-27.

(2) Şenel, Alâeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Teori Yayınları, Ankara, 1986, s.235.

(3) Bkz: Tanilli, Server, Yüzyılların Gerçeği ve Mirası-İnsanlık Tarihine Giriş 1 İlk Çağ, Say Kitap Pazarlama, 2. Basım, İstanbul, Ağustos 1984, s.477-479; McNeil, William H., Dünya Tarihi, Çeviren: Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, Ankara 11. Baskı, Haziran 2006, s. 211-215.

(4) Işıldak, Meral, Seneca'nın Ahlak Felsefesinin ve "Ruh Durgunluğu" Adli Eserinin İncelenmesi, T.C. Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Tarihi Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Ahmet Arslan, İzmir, 1996, s.1-10.

koymakla zengin olmuştu. Bunun da ötesinde Roma, kendi zengin yurttaşlarını bile sürgüne göndererek ya da öldürterek mallarına el koyuyordu. Bunun sonucu olarak, eskiden sade ve ölçülü yaşayan Romalılar, tümüyle kendilerini sefahat ve zevke bıraktılar. Kargaşalar, rüşvetler, cinayetler ve çok çeşitli yüz kızartıcı suçların ardı arkası kesilmedi. Roma o döneme kadar benzeri görülmemiş bir lüksü, aynı derecede büyük bir yoksulluk ve şiddetle birlikte yaşıyordu. Zenginler son derece konforlu, banyolu-tuvaletli, iyi ısıtılmış saraylarda yaşarken, yoksul halk kolera ve tifüsün kol gezdiği son derece sağlıksız koşullarda, çok sayıda insanın birarada barındığı yapılarda yaşamlarını sürdürüyorlardı. Kölelerin yaşamı da çok bozulmuştu.

Roma'daki hayatın en önemli karakteristiği ise, sürekli sahneye konan "ölüm gösterileri" idi.⁵ Romalılar artık Yunanlıların sportif karşılaşmaları ile tatmin olmuyorlardı. Arenalarda düzenlenen gladyatör oyunları yoksulu, zengini ile tüm halkın en önemli eğlencesi olmuştu. Nüfusun neredeyse yarısını alan dev arenalarda sabahdan başlayarak tüm gün süren bu insanlık dışı gösterileri izlemek Romalıların en önemli işlerinden biri haline gelmişti. Öyle ki, artık bu gösterilere hapishanelerdeki mahkumlar yetmiyor ve Roma ordusu arenaya insan ve hayvan yetiştirebilmek için özel seferler düzenlemek zorunda kalıyordu. Halkın hoşnutsuzluğunu önlemek için bu gösterilerin sayısını sürekli artıran imparatorlar, gösterileri izleyen insanlardan bu gösteriler için ücret almadıkları gibi Romalıların ekmeğe ve hamam giderlerini de devlet karşılıyordu. İmparatorluk zayıfladıkça, masraflar daha da artıyordu. Fethettiği kentlerden topladığı

tüm zenginlikleri, asalak bir yaşamın merkezi haline gelen Roma'da tüketen imparatorluk, anıtsal ve görkemli yapılarla, sefahatin ve yoksulluğun, ölüm, işkence ve sürgün korkusunun bir arada yaşandığı bir duruma dönüşmüştü.⁶

Tiberius, Caligula, Claudius ve Neron dönemlerini yaşayan Seneca, dış açılma politikası ile başlayan zenginlik ve lüks yaşama tutkusunun getirdiği yozlaşmadan dolayı çok üzülüyordu. Bu yozlaşmanın ancak Stoa öğretisinin yardımıyla durdurulabileceğine inanıyor ve tüm insanlara sade ve şerefli bir yaşamı öneriyordu. Seneca ve vatanlarını seven bir çok insan, eski Roma erdemleriyle büyük benzerlikler taşıyan bu öğretiyi tüm içtenlikleriyle benimseyerek, yaymaya çalıştılar.

Stoa felsefesinin Roma döneminde en güçlü düşünce akımı haline gelmesinin iki önemli nedeni vardı: İlki Stoa öğretisinin vatandaşlık görevlerini vurgulamasının ve her ne kadar evrensel bir devlet anlayışını savunsa da düzeni sağlamasından ötürü devletin yasasına uymanın gerekliliğini savunmasının, Roma devletinin işine yaramasıdır. İkinci önemli neden ise, Stoa felsefesinin ilkeleri ile imparatorluk öncesi dönemin erdemlerinin benzerliğidir. Seneca ve Cicero gibi büyük hatiplerin ve pek çok düşünür ve şairin biraraya gelmesiyle ortaya çıkan bu güçlü felsefenin Roma halkını etkilemesi zor olmamıştır. İç ve dış savaşların verdiği yıkımdan ve toplumsal yozlaşmadan bezlen halk, kendilerine sade bir yaşam tarzı ile en yüce iyiyi vaat eden bu sistemi hemen benimseyerek, yaşamlarını ve davranışlarını stoa felsefesine uygun hale getirmeye çalıştılar. Böylece Stoa felsefesi, Seneca ve diğer pek çok stoacının etki-

siyle Romalıların yaşam kuralları haline geldi.

Stoacı felsefenin siyasi düşünüşüne en önemli katkısı, evrensel aklın bir görünümü olarak, tüm insanlar için geçerli olan evrensel yasaların bulunduğunu ileri süren "doğal hukuk" (tabii hukuk) görüşüdür. Tanrı'nın koyduğu ve insan tabiatına uygun, değişmez, ölümsüz yasaların varlığını ileri süren Stoacı filozoflar, "doğal yasa" ya da "doğal hukuk" olarak adlandırdıkları bu hukukun, daha sonra "pozitif hukuk" olarak adlandırılacak olan devletin koyduğu hukuktan önce geldiğini ve onun üstünde yer aldığını savunmuşlardır. Stoacı düşünürlere göre, bu hukuktan yararlanabilmek için, vatandaş olmak zorunlu değildir. Devlet tarafından geliştirilen hukuktan yararlanabilmek, vatandaş olmak şartına bağlıdır: oysa doğal hukuktan yararlanabilmek için sadece birey (insan) olmak yeterlidir. Stoacı filozoflar, tanrısal akıldan dolayı tüm insanların eşit olduğu düşüncesinden hareketle, tüm insanlara aynı yasanın uygulandığı evrensel devlet ve evrensel vatandaşlık düşüncelerini ileri sürmüşlerdir. Stoacıların hukuk üzerine görüşlerinin çıkış noktası Aristoteles'in düşündüğü gibi şehir-devleti ve toplum içindeki insan olmayıp her bireyde var olan evrensel aklıdır. Herkesin içinde "ilahî ateş"ten (yani "evrensel akıl"dan) bir kıvılcım vardır. Stoacılar, doğal hukuku bu evrensel akıldan türetmişlerdir ve yine bu akıl, aynı zamanda insanın da gerçek doğası, ortak insan doğasıdır. Bu ortak doğa, yani evrensel akıl, Stoacı düşünürlere göre, hukukun da kaynağı olacaktır aynı zamanda, çünkü; insanoğlu, Aristoteles'in öne sürdüğü gibi öncelikle toplumsal bir varlık değildir. İnsan, evrensel logos'tan bir kıvılcım taşıyan bir bireydir. Bu evrensel logos (evrensel

akıl) insanoğlunun toplumu keşfetmesine, bir anayasa oluşturmaya ve yasaları yürürlüğe koymasına imkân vermektedir.

Ne var ki, Stoacıların dile getirdikleri bu "doğal hukuk" teorisinde muğlak bir yön bulunmaktadır, çünkü geliştirilen bu "doğal hukuk" teorisinin varolan hukuku eleştirmek amacıyla kullanılabilirdiği kadar, varolan hukuku doğrulamak ve onaylamak amacıyla da kullanılabilmesi de mümkündür. Dolayısıyla Stoacı filozoflar tarafından geliştirilen hukuk teorisinin, toplumda dönüştürücü bir güç olarak kullanılabilmesi kadar; muhafazakar bir tutumla mevcut ve yürürlükte olanı korumaya yönelik bir şekilde kullanılabilmesi de mümkündür. Nitekim, gerçekten de daha sonra Roma İmparatorluğu bu düşünceden yararlanacaktır ve Romalı düşünürlerin bu kavramlardan hareketle geliştirdikleri düşünceler, Stoacıların baştaki görüşleriyle pek tutarlı olmayacaktır. Örneğin, Roma döneminde, insan yasaları ele alınarak, yürürlükteki yasa ve kurumların evrensel, tanrısal yasalara uygun olmalarının gerektiği, çünkü başka türlü düşünmenin mümkün olmadığı dile getirilerek, son çözümde, yürürlükte olan yasaların tanrısal yasalara uygun oldukları ileri sürülecektir. Kısacası, olması gerekenden hareketle olan olumlanacaktır.

Stoacı düşünüşün siyaset ve hukuk disiplinlerinin yanı sıra felsefe dünyasına da kazandırmış olduğu ikinci büyük katkısı, "dünya vatandaşlığı" (kozmopolis) kavramıdır. Çünkü doğal hukuk, evrenin her yerinde ve bütün insanlar için aynıdır, dolayısıyla evrensel olarak geçerlidir. Tüm insanların kardeşliği düşüncesi, sonraki yüzyıllara da uzanmış

(5) Bkz. Tanilli, Server, Yüzyılların Gerçeği ve Mirası-İnsanlık Tarihine Giriş I İlk Çağ, s. 467-476.

(6) Bumin, Kürşat, Demokrasi Arayışında Kent, İstanbul, Ayrıntı Yayınevi, 1990, s. 46.

ve örneğin Hristiyanlıkta “*din kardeşliği*” biçimine bürünmüştür.⁷

Stoacı düşüncenin siyaset ve hukuk kavramlarının yanı sıra düşünce dünyasına kazandırdığı üçüncü kavram ise, *akıl* gibi tanrılarla ortak bir değere sahip olan insanların birbirlerine eşit ve saygıdeğer oldukları yolundaki inancı ifade eden hümanizm (insan severlik) anlayışıdır. Bu düşünceye göre, insan tabiatı gereği hem özgürdür, hem de eşittir. Dolayısıyla insanın soyluluk, zenginlik, şöhrat ve benzeri nedenlere dayanılmazsınız, sadece insan olduğu için bir değeri, öteki canlılardan üstün bir canlı olarak bir yüceliği ve onuru olduğu düşüncesini sistematik olarak geliştiren ilk filozoflar, Stoacılar. Ancak, Stoacı akımın ilk temsilcileri tarafından düşünce dünyasına kazandırılmış olan bu kavramın da, Roma döneminde içeriği boşaltılacaktır. Çünkü Orta Stoacılar ve Roma Stoacıları, bu kavramları kullanmaya ve savunmaya devam ederken, diğer yandan da, var olan düzenin, köleliğe varncaya dek tüm eşitsizlikçi kurumlarına doğrudan eleştiri yöneltmemek ve onların yürürlükten kaldırılmaları gerektiğine ilişkin herhangi bir öneride bulunmamak suretiyle, bir bakıma bu adaletsiz ve eşitsizlikçi uygulamaları kabul edeceklerdir.

Tüm insanların aynı tanrısal akıldan pay alarak aynı yasalara bağlı oldukları düşüncesinin ardından savunulması beklenen görüş, *tüm insanların eşit haklara sahip olmasının sağlanması gerektiği* yolunda bir görüştür; ama stoacılar tüm insanların eşitliğine ilişkin görüşlerinden sonra, insanlar arasında mevcut farklılıkların kaldırılması gerektiğini ileri sürmeleri beklenirken, bunun tam tersini

yaparak özgür-köle, hellen-barbar, zengin-yoksul vb. farklılıkların aslında o kadar da *önemli olmadığı* söyleyeceklerdir. Onlara göre kölelik, gerçek özgürlükle ilgili bir sorun değildir; *çünkü gerçek özgürlük dış özgürlük değil, tutkularından ve duygularından kurtularak varılan iç özgürlüktür*. Bu nedenle bir kralın gerçekte duygularına köle olması ya da tam tersine bir kölenin özgür olması mümkündür. Görüldüğü gibi köleliği reddederek başlayan düşünce, var olan düzeni yani kölelik kurumunu onaylayarak devam etmiştir.

Örneğin bu bağlamda, Seneca’nın, eşitlikçi düşüncelerini dile getirirken ilk yaptığı şeylerden biri, insanlar arasında tam bir eşitliğin ve kardeşliğin hüküm sürdüğü dönemleri, insanlığın geçmişi içinde bırakmak olacaktır. Lucilius’a yazdığı “*Öndördüncü Mektup*”unda, insanların eşit, mutlu ve masum bir yaşam sürdürdükleri doğa durumunun, devletin kurulmasından önceki bir döneme, Altın Çağ’a ait olduğunu ve artık çok gerilerde kaldığını anlatmaktadır.⁸ O dönemlerde insanların masum bir şekilde, eşitlikçi bir düzen içinde yaşamaları Seneca’ya göre çok doğaldır, çünkü o mutlu zamanlarda insanlar, henüz “*özel mülkiyet*” gibi bir kavramın varlığından haberdar değillerdir. O dönemlerde, toplumsal yaşamın düzenlenmesi için buyurgan kimselere yada buyurucu yasalara, kısacası devlete, henüz bir gereksinim duyulmamıştır. Ama süreç ilerledikçe, koşullar değişmiştir ve günün birinde insanlar, özel mülkiyet edinmek istemişlerdir. İşte bu noktadan itibaren, bu eşitlikçi, yalın ve mutlu yaşam tarihin derinliklerinde kalmıştır artık. Kısaca özetlersek, Seneca’ya göre, toplumsal yaşamda kendini gösteren

bazı gelişmeler, toplumsal ve ahlâksal olumsuzluk ve bozulmaları da beraberlerinde getirmişlerdir ve artık toplumun, özel mülkiyet ve başkaları üzerinde egemenlik kurmak gibi arzulardan habersiz yaşadığı o eski masum ve yasadışı günlerine geri dönmek mümkün değildir. Lüks yaşama ve zenginliğe duyulan arzu, insanların birlik ve beraberliklerini sürdürmesini olanaksızlaştırmaktaydı. Dolayısıyla insanları gaddarlığa karşı korumak ve onları bir arada tutabilmek için yasaların ve siyasal bir örgütün varlığı, bir zorunluluk haline gelmişti. Seneca, Lucilius’a ya da Serenus’a yazdığı mektuplarda, “*devlet*”in kurulma nedeni ve amacını, özetle, bu şekilde dile getirmektedir.

Tüm insanların kardeşliğini ve eşitliğini savunan Seneca, ilkel bir çağın yalınlığını ve masumiyetini yansıtan ve artık çok gerilerde kaldığını da vurguladığı bu altın çağ varsayımından hareketle kendi ahlâk ilkelerini geliştirecektir. Ancak konunun siyasal ve hukuki boyutuna hiç değinmeden yapacaktır bunu. Aslında Seneca örneğinde dile getirdiğimiz bu tutum, sadece Seneca ile sınırlı kalmamıştır. Stoa felsefesinin, aynı zamanda Roma yurttaşlığını da taşıyan temsilcileri, toplumsal yaşama ve siyasete ilişkin yaptıkları analiz ve kavramsallaştırmalarda, daha çok bir takım ahlâk ilkeleri çıkarmakla yetinmişler, söz konusu olumsuzlukların düzeltilmesine ya da ortadan kaldırılmasına ilişkin siyasi ve hukuksal düzenlemelerin neler olabileceği konusuna değinmemişlerdir. Başka bir deyişle, kuramsal olarak insanların eşitliğinden söz etmekle birlikte, de facto var olan eşitsizliğin ve bu eşitsizliğe neden olan koşulların değiştirilmesini, eşitliğe dayanan yeni bir düzenin getirilmesi gerek-

tiğini dile getirmemişlerdir. Bu düşünürler, içinde bulundukları toplumsal, siyasal ve ekonomik sorunların büyük ölçüde, ahlâkın bozulmasından kaynaklandığını düşündükleri için, yapılımasını gerekli gördükleri düzenlemeleri de ahlâk alanı ile sınırlı tutmuşlar, siyasi ve hukuki bir düzenleme arayışına girmemişlerdir.

Yine, Stoacı düşünürler, insanların eşitliğinden sürekli söz etmelerine karşın, reel hayatta yürürlükte olan uygulamalara, söz gelimi kölelikle ilgili uygulama ve kurumlara karşı herhangi bir cephe almamışlardır.⁹ Bu filozoflar, var olan olumsuzluk ve kötülüklerin, adalet ve eşitlik kavramına aykırı uygulamaların, ekonomik-toplumsal, siyasal ya da hukuki bir takım önlemlerle ortadan kaldırılabileceğine ya da kaldırılması gerektiğine ilişkin herhangi bir talepte bulunmak yerine, yaşanan bunalımlara karşı çözüm olarak ahlâkın düzeltilmesi gerektiğini dile getirmişlerdir. Başka bir deyişle, reel yaşamda varlığını sürdüren toplumsal, ekonomik, hukuki ve siyasal sorunların tümünü, sadece bir tek ilkeye, ahlâkın düzeltilmesinin gerekliliğini ileri süren ilkeye dayanarak çözmeyi denemişlerdir. Ekonomik ya da hukuki olarak yaşanan sorunları, yine ekonomik ya da hukuki önlem ve yaptırımlarla çözüme girişimlerinde bulunmamışlardır.

Seneca, Lucilius’a yazdığı “*Kırk Yedinci Mektup*”unda¹⁰, Lucilius’u, köleleri ile iyi geçindiği ve onlara insanca davrandığı için kutlar. Kölelerin de insan olduklarını hatırlatır ve efendilerden, kölelerine karşı şefkatli ve nazik olmalarını ister. Kölelerin itaatini, korku ve şiddetle değil; sevgi ve şefkat ile kazanmalarını ister. Köleler ile özgürler

(7) Şenel, A., *Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 233.

(8) Seneca, *Ahlaki Mektuplar/Epistulae Morales Kitap I-XX*, Çeviren: Tülin Uzel, T.T.K., Ankara, 1992, s. 225-232

(9) Şenel, A., *Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 255.

(10) Seneca, *Ahlaki Mektuplar/Epistulae Morales Kitap I-XX*, s. 107-110.

(efendiler) arasındaki uçurumu kapatmak için, özgürlerin de bir bakıma (söz gelimi tutukları karşısında) köle olduklarını, her özgür yurttaşın sonuçta kendi yazgısının kölesi olduğunu dile getirir. Hem ayrıca, nasıl ki özgürler içinde köle ruhlu insanlar bulunmaktaysa, kölelerin içinde de özgür ruhlu insanların bulunduğu da dikkat çeker. Köleliği, yazgının bir sonucu olarak gösterip, yazgıya karşı gelineemediğini hatırlatarak, kölelik kurumuna da karşı çıkılmaması, baş kaldırılmaması gerektiğine işaret eder. Seneca'ya göre, aslında köle olmayan kimse yoktur ki: Kimi şehvetin kölesidir, kimi tamahın, mal ya da mülkün, kimi şeref tutkusunun; herkes ise umudun, korkunun ve ölümün kölesidir aslında. Kölelik kurumunu yazgı ile açıklayan Seneca, böylece kölelik kurumunun adaletsizliğine ilişkin tartışmaların anlamsızlığını da göstermiş olur. Seneca'ya göre, sadece bedeni etkileyen kölelik, aslında o kadar da önemli bir şey değildir. Asıl önemli olan şey, beden değil; ruhun özgürlüğüdür ve asıl kötü olan şey, bedenleri özgür olduğu halde, ruhların köleleşmesidir. Dolayısıyla Seneca'ya göre asıl köle olanlar, bedenleri köleleştirilenler olmayıp, özgür bedenleri içinde zevkin ya da şehvetin ya da benzeri herhangi bir şeyin ruhlarını esir almasına izin verenlerdir. Böylece eşitlik, kardeşlik ve özgürlüğü geçmişin altın çağında bırakarak tarihin belli bir dönemi ile sınırlayan Seneca, reel olarak mevcut olan bölgesel devletlerde yaşanan somut eşitsizliklerden söz etmek yerine, dikkatleri ileride kurulacak olan evrensel bir devlete yönlendirerek, soyut eşitliklerden söz etmiştir.¹¹ Ancak, ele aldığımız sorunsalla bağlantılı olarak

Stoacı felsefenin belli bir yönüne dikkat çeken bu değerlendirme, bu felsefenin düşünce tarihinde oynadığı büyük rolü dile getirmediği takdirde, eksik kalacaktır. Çünkü Roma Stoacılarının kölelik kurumuna ilişkin görüşlerinin, çağlarının inanç ve yargılarını fazlasıyla aşarak, düşüncenin gelişmesine büyük katkılar sağladığı gerçeği de aynı felsefenin bir başka yönüdür. Zira bir "mal" olarak görülen kölenin, bir "insan" olduğunu vurgulamakla yetinmeyip, insan olan kölenin Romalı efendisinden daha üstün ve değerli olabileceğini de belirten Roma Stoacıları ve özellikle de Seneca, bilhassa insan düşüncesinin gelişiminde ayrıcalıklı bir yer kazanmıştır.

Stoacıların kölelere ilişkin bu düşünceleri, uygulamada bazı olumlu sonuçlara da yol açmıştır. Örneğin köleler içinde, Stoa düşüncesini izleyebilecek düzeyde olanları, kendilerini değersiz, ezik ve aşağılık görecekları yerde, yazgılarının böyle olduğunu ama yine de insan olarak efendilerinden daha az değerli olmadıklarının bilincini geliştirdiler.¹²

Stoa felsefesinin bazı düşüncelerine yakınlık besleyen Roma Devletinin, sözgelimi, kölelik kurumuyla ilgili bazı düşünceler başta olmak üzere, Stoacı felsefenin kendi işleyişine uymayan yönlerine karşı takındığı tavır, onları duymazlıktan gelmekti. Roma Devleti ve genel olarak Romalı yurttaş, Stoa felsefesini bütünüyle değil; kendilerine uygun gelen yönleri tanımayı ve benimsemeyi tercih etmişlerdir. Roma'daki egemen ideoloji, Stoacılığın işine gelen yönlerini alarak, yayılmasını desteklemiş; kendine ters gelen yönlerini ise unutulmaya bırakmıştır.

Roma Stoası'nın güçlü Roma Devleti'nde gelişmiş olmasının siyasete ve hukuka yansıyan sonuçları

Konuşmamızın başında, Stoa felsefesinin kuruluş yıllarının, Yunan Kent Devletleri'nin çöküş yılları ile birlikte başladığını belirtmiş ve İ.Ö. 4. yüzyılda başlayarak, İ.S. 5. yüzyılda Roma İmparatorluğu'nun çöküşüne kadar devam eden bu felsefenin, geleneksel olarak Eski Stoa, Orta Stoa ve Roma Stoası olmak üzere üç tarihsel başlık altında incelendiğini de eklemiştik. Yunan Stoası olarak da adlandırılması mümkün olan Eski Stoacılık, kent devletlerinin silinip gittiği, kelimenin tam anlamıyla bir çöküşün yaşandığı bir dönemde ortaya çıkmıştır, dolayısıyla bu dönemde dile getirilen "evrensellik" düşüncesi, bir egemenlik arzusundan çok, bir ideali yansıtmaktadır. Stoa felsefesinin ilk kurucuları olan Zenon, Kleantes ve Khrisippos gibi, düşünürler, Yunan filozofları olarak kabul edilmekle birlikte, aslen bir Yunan yurttaşı değillerdi. Her üç filozof da Yunan felsefi geleneğini devam ettirmiş ve yine her üçü de Atina'da yaşamıştır. Ancak bu bulunuş sırasındaki sıfatları yurttaşlık olmayıp, meteikos (yabancı) idi. Başka bir deyişle, Atina'nın siyasal yaşamında söz sahibi olmaları zaten mümkün değildi. Dolayısıyla Platon ve Aristoteles gibi Yunan asıllı filozofların tarzında bir yurtseverlik iddiasında bulunmaları mümkün olmadığı gibi, anlamlı da olmazdı. Bu nedenle bu düşünürler, Yunanlı filozoflardan farklı olarak, daha sonraları, Stoa felsefesinin Romalı temsilcilerince de dile getirilecek olan "evrensellik" kavramını ön plana çıkarmışlardır. Ancak Stoa felsefesinin kurucularının ileri sürdüğü "evrensellik" kavramını, Roma Stoacıları tarafından dile getirilen

"evrensellik" kavramı ile bir tutmak, ya da aynı içeriği vurguladıklarını varsaymak büyük bir yanılgı olacaktır; çünkü iki farklı dönemde dile getirilen bu tek ve aynı kavram arasında büyük bir uçurum bulunmaktaydı.

Stoa felsefesinin kuruluş yıllarına denk gelen ilk dönemi, bir uygarlığın çöküş yıllarına eşlik etmekteydi. Aynı felsefenin orta ve özellikle son dönemi ise, gittikçe büyüyerek bir imparatorluğa dötüşen bir siyasi yapıda gelişmekteydi. Bu nedenle, Stoa felsefesinin ilk döneminde bir ideal olarak dile getirilen evrensellik ilkesi, ilerleyen yıllardaki uygulamalarda, diğer ülkelerin Roma egemenliği altında bir bütün oluşturmaları düşüncesine dönüştü. Dünya Devleti ve Dünya Yurttaşlığı kavramları ise, Roma'nın Dünya Devleti olması anlamına gelmeye başladı. Stoacılığın özellikle son döneminde büyük bir önemle üzerinde durulan "yurtseverlik" ve "görev" kavramlarına ilişkin düşünceler de, Roma Devleti'nin hiç duraksamadan benimsediği ve benimsetmeye çalıştığı görüşler arasında yerlerini almakta gecikmediler.¹³ Zira Roma'da durum tamamen farklıydı. Gittikçe güçlenen ve sınırları sürekli genişleyen bir devletin yurttaşları olarak Romalı Stoacılar için "yurtseverlik" ve disiplinli "ödev ahlâkı" kavramları son derece anlamlı ve gerekli kavramlardı. Bu kavramlar, sadece filozoflar için değil, devletin temsilcileri için de önemliydi. Bu nedenle kolayca benimsenmekle kalmayıp, bu kavramlara git gide askeri anlamlar da yüklendi.

Bilindiği gibi Yunanlılar, her alanda büyük düşünürler ve bilginler yetiştirmişlerdi; ama hukuk kuramı konusunda önemli bir katkıları olmamıştı. Romalılar ise, tam tersine olarak, çok az sayıda

(11) Şenel, A., *Siyasal Düşünceler Tarihi*, s. 256.

(12) Ertop, Kıvanç-Yetkin, Çetin, *Sosyo-Ekonomik Temelleriyle Siyasal Düşünceler Tarihi I*, Say Yayınları, İstanbul, 1985, s. 229.

(13) Age, s. 229.

düşünür yetiştirebilmelerine karşın, hukuk "*bilim*"nin yaratıcıları olarak, bugünkü birçok hukuk sistemlerinin dayandığı Roma Hukuku'nun temellerini atmışlardır. Hukuk kuramının, Yunan uygarlığında değil de, Roma İmparatorluğu zamanında gelişmiş olmasının en önemli nedenlerinden biri, Roma Devleti'nin sürekli olarak komşu ülkeleri kendi topraklarına katarak gelişmesi, sınırları içinde sürekli çoğalan yeni halklar ile kaynaşması ve bunlarla ekonomik, ticari ilişkiler içine girmesiydi. Bu ilişkilerin karmaşıklığı, Romalı yöneticilerin hukuka duyduğu gereksinimleri gün be gün arttırmaktaydı. Bu yöneticiler, egemenlikleri altına aldıkları ülkelerin halklarına belli statüler tanımak zorunluluğu ile karşı karşıya idiler. Bu gereksinim, Roma'da ortaya çıkan bir gereksinimdir. zira Yunan kent devletlerinde işlerin, hem kişisel ilişkilerle hem de parti ilişkileri içinde yürütülüp düzenlenebilmesi mümkündü. Ama sayıları pek çok olan kentleri, bir merkezden yürütmek durumunda olan imparatorluk için bu yöntem geçerli değildi. İmparatorlukta buyrukların, kişisel ilişki olanaklarını yitirmiş olan memurlar tarafından yerine getirilmesi gerekiyordu. Yönetimde birliğin sağlanması da yine aynı memurlara düşmekteydi. Kent devletlerinde yurttaşların sayıları sınırlı idi ve son çözümde birbirlerini uzaktan da olsa tanıma imkanları mevcuttu. İmparatorlukta ise böyle bir olanak söz konusu değildi. Dolayısıyla buyrukların, kişisel olarak hiçbir ilişki içinde bulunulmayan memurlara ulaştırılabilmesi ve bu buyrukların yerine getirilip getirilmediğinin denetlenmesi için, belli bir yasa tekniğinin, kısacası hukukun geliştirilmesi zorunluydu. Başka bir deyişle, Roma'da hukukçulara duyulan gereksinim büyüktü ve bu gereksinim sonucunda

Romalı hukukçular, büyük Roma Hukuku'nu yaratmışlardır.

Bu hukukçular, hukuku, "*özel hukuk*" ve "*kamu hukuku*" olmak üzere başlıca iki alana ayırmışlardır. Özel hukuk, bireylerin karşılıklı çıkarları ile ilgili kuralları kapsamaktaydı. Kamu hukuku ise, doğrudan doğruya Roma Devletini ilgilendiren konulardaki kurallardan oluşmaktaydı. Ancak ülkesinin sınırları her geçen gün daha da genişleyen Roma, bu büyümeyle ortaya çıkan pratik sorunları çözebilmek için, bu iki alanın dışında, sonraları "*ius gentium*" (kavimler hukuku) adını alacak olan bir takım özel nitelikli kuralları da koymak durumunda kaldı. Bunları gerçekleştirirken, Roma Devleti'nin temel tezi şu idi: Doğal olarak her halkın bir "*yurttaşlar hukuku*" (*ius civile*) vardı. Bu hukuk, ait olduğu bölgesel devletin yurttaşları için geçerliydi. Ama bunun dışında, bir de tüm insanlık için (yani evrensel olarak) geçerli olan bir "*kavimler hukuku*" (*ius gentium*) da mevcuttu. Romalılar kendi aralarında (yani Roma'da) yurttaşlar hukuku olan "*ius civile*"yi; diğer halklarla olan ilişkilerinde ise (yani eyaletlerde) kavimler hukukunu (*ius gentium*) uygulayacaklardı. Kavimler hukuku, bizzat doğanın, doğal aklın (*naturalis ratio*) öngördüğü, dolayısıyla evrensel olan bir hukuktur. Bunun dışında, nasıl ki her halkın kendi aklına dayanarak (*civilis ratio*) yarattığı bir hukuk varsa, Romalı yurttaşların da böyle bir hukuku, yurttaşlar hukuku vardı ve kendi aralarında (Romalı yurttaşlar için geçerli olan) bu hukuk uygulanacaktı.

Roma Devleti, görüldüğü gibi Stoacıların, "*Evrensel Dünya Devleti*", "*Dünya Yurttaşlığı*", "*Tüm İnsanların Kardeşliği*" ve "*Herkes için geçerli olan doğal-evrensel yasalar*" gibi kavramlarını kendi egemenliğinin ideolojisini oluşturma yolunda kullanarak, "*Evrensel*

Bir Dünya Devleti" adı altında, kendi imparatorluğunun temellerini atmıştır. Çünkü Roma, topraklarının ve nüfusunun sürekli artmasıyla birlikte ortaya çıkan sorunları çözmeye çalışırken, hukukun siyasal iktidarını güçlendirecek bir işlevi bulunduğunun farkına varmıştı. Siyasal iktidarın, kendi varlığını büyütmesinin ve güçlendirmesinin en önemli aygıtlarından biriydi hukuk ve Roma Devleti, bunu öğrenmekte gecikmemişti. Egemenliği altına aldığı her yerde, ilk iş olarak, belli bir kuralları bütünlüğünden oluşan bir "*düzen*" kuran Roma Devleti, tüm bu uygulama ve yaptırımlarını *bir hukuk temeline* oturtuyordu. Dolayısıyla haklı ile haksız birbirinden ayırırken ve bunu hukuk temeline oturtarak yaparken, aslında kendi egemenliğini kökleştirmiş, teminat altına almış oluyordu. *Ius gentium*'u, yani kavimler hukukunu, evrensel olduğunu dile getirdiği doğal hukukun bir uzantısı olarak göstermekle, içeriğini büyük ölçüde kendisinin belirlemiş olduğu kurallara, onları meşrulaştıracak ideolojik gerekçeleri de sağlıyordu.

Yunan polislerinin, bu tarz bir örgütlenmeye, dolayısıyla bu örgütlenmenin temelini sağlayacak olan bir hukuka gereksinim duymaları için bir neden yoktu. Yunanistan'da hukuk alanında, Roma ile kıyaslanabilecek önemli bir gelişmenin olmamasının temelinde yatan nedenin bu olması mümkün gibi görünmektedir.

Roma ise, diğer ülkeler üzerindeki egemenliğini, hukuksal bir temele dayandırarak sağlamlaştırmıştır. Böylece, eyaletlerden aldığı artı değerlere de, yine "*hukuk*"a dayanarak el koymuştur. Bu hukukun büyük ölçüde yararlandığı kuramsal malzeme ise, ağırlıklı olarak Stoa felsefesinden sağlanmıştır. Stoacı

felsefe, bir yandan başta köleler olmak üzere ezilmiş insanlara seslenir ve onların insan olarak değerlerini vurgularken; bir yandan da emperyalist Roma Devletine siyasal bir ideoloji sağlamıştır.

Siyasal düşüncenin Yunanistan'da belirmeye başladığı dönemler, Yunan polislerinin çöküş sürecine girdiği dönemlere denk düşmekteydi. Buna karşılık bu düşüncelerin Roma'ya girmeye başladığı dönemlerde Roma, sürekli bir gelişme ve yükseliş yaşamaktadır.

Platon ve Aristoteles, kendi siyasal kuramlarını geliştirirken en temel kaygıları, daha çok, çöküşü nasıl önleyebilecekleri konusunda yoğunlaşmaktaydı. Romalı kuramcılar dikkati ise, her gün genişleyen toprakları ellerinde tutabilmek ve bu toprakların artı değerlerinden yararlanabilmek için nasıl bir örgütlenmenin gerçekleştirilmesi gerektiğini bulmaya yönelmişti. Teorik yanları ağır basan Yunan düşünürlerinin aksine, Romalı düşünürlerin pratik yönelimli olmalarının altında yatan nedenlerden biri de bu olsa gerektir.¹¹

Sonuç

Evrensel bir akıldan pay almaları nedeniyle, *tüm insanların eşit olduğu* yönünde bir hümanist ilkeye dayanarak, bireyi felsefesinin temeline alan, bireyin düşünsel ve ahlâki gelişiminin rasyonel ve anlamlı bir biçimde, doğa üstü alana hiç başvurulmaksızın doğal yoldan gerçekleştirilebileceğini savunan ve doğallığı ile akılsallığından hareketle *insanın özgürlüğünü* vurgulayan Stoa felsefesinin, *gittikçe güçlenen ve yayılmacı bir siyaset izleyen Roma Devleti'nde* gelişmesinin hukuka yansıyan sonuçlarının en önemli olanlarına kısaca bir göz atalım. Konuşmamın sonuna geldiğim bu bölümünde, tarihsel

(14) Ertop, K.-Yetkin, Ç., *Sosyo Ekonomik Temelleriyle Siyasal Düşünceler Tarihi* 1, s. 238.

bir süreç olarak yaşanan ve artık çok gerilerde kalan bir döneme ait olan bu değerlendirmenin günümüzde bize hangi bakımlardan ışık tutabileceği konusuna da kısaca bir değinerek, konuşmamı bitirmek istiyorum.

İncelediğimiz bu süreçte en çok vurgulanan kavramlar, *özgür istenç*, *doğal ve evrensel eşitlik* ve *evrensel yurttaşlık* (kozmpolitlik) kavramlarıydı. Bu kavramlar, hepimizin gözlemleyebileceğimiz ya da gözlemlemiş olabileceğimiz gibi *tarihin belli bir döneminde, yalnızca Roma İmparatorluğu* tarafından, diğer devletler ve onların yurttaşları üzerinde kendi egemenliğini kurabilmek amacıyla kullanılmakla sınırlı kalmış olmayıp günümüzde başka egemen güçler ya da devletler tarafından da kullanılmaktadır.

İnsanların yurttaşlarıyla ilgili beklentilerine makul sınırlar koyarak, toplumsal çatışmaları çözmeye ve insanlar arasında çıkan çatışmalarda adalet dağıtmaya çalışan hukukun, işlevlerinden birinin de, egemen gücün istediği ve belirlediği nihai bir durum ya da hedefe ulaşmak olduğunu, hem hukuka ilişkin olarak yapılan tanımlar hem de tarihsel süreçte yerlerini almış olan yaşanmışlıklar nedeniyle hepimiz bilmekteyiz. Hukuk, *bir takım değerlerin, ilkelerin, ideal ve erdemlerin hayata geçirilmesi çabalarının yanısıra*, ekonomik çıkar, ahlâksal ve siyasal ilke ve tercihler doğrultusunda da üretilen ve şekillenen bir şeydir. Çıkar ve tercihler her dönemde farklı, hatta karşıt şekillerde göründükleri için, hukuk üretiminde de her dönemde farklı çıkar ve anlayışlar belirleyicidir. Bu durum, yalnızca, incelememizin konusunu oluşturan dönem ile sınırlı olmayıp, günümüzde de kendini yenilemeyi sürdürmektedir. Hukukun,

tarih boyunca, bir temel norm veya temel normlar dizisine dayandırılmak istendiği açıktır.¹⁵ Ne var ki, bu temel norm veya temel normlar dizisini, devlete yön veren güçlerin aslı eğilimlerinin ve tercihlerinin belirlediği de açıktır. "*Evrensellik*" iddiası ile sunulmuş ve yürürlüğe konulmaya çalışılmış olan ahlâk, hukuk, ekonomik düzen ve siyaset anlayışlarının, belirli tercih ve çıkarlar doğrultusunda şekillendiğini tarih bizlere pek çok kez göstermiş ve göstermeye devam etmektedir. Tarihin bizlere göstermeye devam ettiği bir başka husus ise, ileri sürülen ya da uygulamaya konulan anlayışların temelinde yer alan kavramların analiz ve sorgulanmalarına gösterilmesi gereken titizlik ihtiyacının, özellikle günümüzde daha da artmış olduğudur. Yunan Kent Devletleri'nin çöküşüne ve Roma Devletinin güçlenmesine denk gelen dönemlerde ileri sürülen ahlâki, hukuki, ekonomik ve siyasal-toplumsal düzene ilişkin anlayışların temelinde yer alan kavramları analiz etmeye çalışan bu inceleme, günümüzde geçerliğini korumakta olan anlayışlar ve kavramlar üzerinde bir kez daha düşünülmesinin ve tartışılmasının önemine dikkat çekmek umudu ile yazılmıştır.

Kaynakça

- Arnold, Edward Vernon, *Roman Stoicism*, London: Routledge and Kegan Paul LTD, 1958.
- Ayiter, Kudret, *Klasik Çağ Düşüncesinin Çağdaş Hukuka Etkisi*, (Klasik Çağ Araştırmaları Kurumu) 1. Sempozyum: *Klasik Çağ Düşüncesi ve Çağdaş Kültür*, Ankara, 2-4 Şubat 1976, bas.haz. Suat SINANOĞLU-FÖKTEM-C.TÜRKKAN, *Klasik Çağ Araştırmaları Kurumu*, Ankara, 1977. s.75-83.

- Bréhier, Emile, *The Hellenistic And Roman Age*, Translated by Wade Baskin, Chicago: The University of Chicago Press, 1965.
- Bumin, Kürşat, *Demokrasi Arayışında Kent*, İstanbul, Ayrıntı Yayınevi, 1990.
- Cassirer, Ernst, *İnsan Üstüne Bir Deneme*, Çeviren: Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1980.
- Devlet Efsanesi, Çeviren: Necla Arat, Remzi Kitabevi, İstanbul, 1984.
- Ertop, Kıvanç-Yetkin, Çetin, *Sosyo Ekonomik Temelleriyle Siyasal Düşünceler Tarihi I*, Say Yayınları, İstanbul, 1985.
- Freeman, Charles, *Mısır, Yunan ve Roma-Antik Akdeniz Uygarlıkları*, Çevirmen: Suat Kemal Angı, Dost Kitabevi, Ankara, 2003.
- Işıldak, Meral, *Seneca'nın Ahlak Felsefesinin ve "Ruh Dinginliği" Adlı Eserinin İncelenmesi*, T.C. Ege Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Tarihi Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Danışman: Prof. Dr. Ahmet Arslan, İzmir, 1996.
- Kurtoglu, Zerrin, *Plotinos'un Aşk Kuramı*, Gündoğan Yayınları, Ankara, 1992.

- McNeil, William H, *Dünya Tarihi*, Çeviren: Alâeddin Şenel, İmge Kitabevi, 11. Baskı, Ankara, Haziran 2006.
- Özlem, Doğan, *Ahlak Hukuku Önceler*, Felsefe Tartışmaları, 21. Kitap, 2000.
- <http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=1106>
- Paksüt, Fatma, *Seneca'da Ahlak Görtüşü-Zevk Anlayışı*, Ulusal Basımevi, Ankara, 1971.
- Sabine, George, *Siyasal Düşünceler Tarihi I (Eskiçağ-Ortaçağ)*, Çeviren: Harun Rızatepe, Türk Siyasi İlimler Derneği Yayını NO: 16, Ankara, 1969.
- Seneca, *Ahlaki Mektuplar/-Epistulae Morales Kitap I-XX*, Çeviren: Türkân Uzel, T.T.K. Ankara, 1992.
- Şenel, Alâeddin, *Siyasal Düşünceler Tarihi*, Teori Yayınları, Ankara, 1986.
- Tanilli, Server, *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası-İnsanlık Tarihine Giriş I İlk Çağ*, Say Kitap Pazarlama, 2. Basım, İstanbul, Ağustos 1984.
- Timuçin, Afşar, *Stoacı Ödev Ahlâkında Bireyin Yükümlülüğü*, Felsefe Dergisi 4, İstanbul. 1973. s.295-301.

(15) Özlem, Doğan, *Ahlak Hukuku Önceler*, Felsefe Tartışmaları, 21. Kitap, 2000.

Adalet Tasarımları

Talip KABADAYI*

Felsefe ve hukukun ana problemlerinden olmakla beraber çok soyut ve en kapsamlı kavramlarından birisi olan adalet kavramı, Latince hak-hukuk veya yasa anlamına gelen Jus sözcüğünden gelmektedir. Bu bağlamda “*adalet nedir?*” sorusuna düşünürler farklı farklı yanıtlar vermişlerdir. Adaleti felsefece ele almanın tek değilse de en iyi yolu kanımca belli başlı filozofların adalet tasarımlarına bakmaktır. Dolayısıyla, kimi filozofların adalet tasarımlarını kısaca sunmaya çalışarak, herkesin daha çok “*adalet*” talep ettiği ülkemizde ve genel olarak dünyada “*ilk hareket ettirici*” olarak adalet idesi üzerine felsefece düşünmemiz gerektiği bu sunumun nihai amacıdır. Zira toplumsal yaşam söz konusu oldukça adalet en önemli ve en temel erdemdir; bir arada yaşamının onsuz olmaz koşuludur.

İlk defa felsefece bir adalet tasarımının Platon’un Devlet adlı yapıtında ele alındığı görülmüş; bu eser adaletle başlar ve adaletle biter. Platon’un adaletle ilişkin yaptığı çözümlemelerin bağlamı sofistlerle yaptığı tartışmalardır. “*Adalet güçlünün işine gelendir*”; yani, hukuk sistemi güçlülerin, yöneticilerin vb... çıkarlarına hizmet etmek üzere yapay olarak tasarlanmıştır diyen Thrasymachos’a Platon’un konuşturduğu Sokrates şu can alıcı yanıtı verir:

“*adalet bir toplumda herkesin üzerine düşeni yapmasıdır*”.

Felsefede insanı ölçü alan sofistlerin her şeyin göreceli olduğu hususundaki görüşleri hak ve adalet konusunda da geçerlidir. Dolayısıyla adalet de görecelidir; ve adalet gücü ellerinde bulunduranların kişi veya kişilerin arzuları, çıkarları ve işlerine gelen her şeydir.

Platon’a göre adalet, insan ve devletin (toplumun) temel davranış kalıbıdır; adalet bu yönüyle denetleyici ve düzenleyici erdemdir. Hak, “*herkese borçlu olunanı vermektir*” diyen Platon’da adalet en üstün erdemdir ve bilgelik, cesaret, ölçülülük gibi tüm diğer erdemleri kapsar. Platon tek bir kişideki (insan ruhundaki) adaletle toplumdaki adalet arasında bir benzeşim kurar. Buna ek olarak, adalet, Platon’da ruhun farklı kısımlarının (istahlar, hazlar, irade ve akıl) uyumlu ve dengeli olmasıdır. Şu halde, kişisel ve toplumsal mutluluk adaletle dayanır. Platon’a göre, adalet idesini tam olarak sadece filozoflar kavradıkları için “*ya filozoflar yönetici ya da yöneticiler filozof olmalıdır*”.

Aristoteles’e göre adalet, tıpkı diğer erdemler gibi bir orta olandır ve adalet genel ve özel olarak ikiye ayrılır: Genel olarak adalet moral mükemmellikte özdeştir ve bu anlamda adalet diğer insanlarla ilgisinde tam erdemdir. Özel anlamda adalet “*dağıtıcı ve düzeltici*

Talip Kabadayı

adalet” olarak ikiye ayrılır. Dağıtıcı adalet ödül, onur, para, mal vb... şeylerin dağıtımını ve paylaşımını ilgilidir ve burada geometrik oranlamaya göre iş görülmelidir. Dağıtıcı adalet sosyal adalet de denebilir, zira dağıtıcı adalet herkesin hak ettiğini ya da payına düşeni alması için kaynakların ve görevlerin adil paylaşımını tanımlayan ilkeleri belirler. Düzeltici adalet aritmetik oranlamaya göre mevcut durumda aksayan şeyleri düzelterek veya bozulan adaleti yeniden inşa ederek ortaya çıkan adaletsizliği gidermekle ilgilidir. Düzeltici adalet hukuksal adalet de denebilir, zira düzeltici adalet günümüzdeki medeni hukuk, ceza hukuku vb... ilgilidir ve bir eşitleme, dengeyi sağlama meselesidir.

Patristik ve skolastik felsefe döneminde adaletten anlaşılan her bir kişiye hakkı olanı teslim edecek sürekli ve daimi bir iradenin olmasıdır. Adalet, bütün her şeyi içeren en kapsamlı erdemdir; buna göre, “*adil olmayan kanun, kanun değildir*”.

Thomas Aquinas hukuku ebedi hukuk, doğal hukuk, pozitif (konulmuş) hukuk ve ilahi hukuk olarak bölümlere ayırdıktan sonra, adaleti esasen tanrı tarafından vahiyyle gönderilmiş ilahi hukuka dayandırır. Buna göre adalet insanı kendisine uygun ereğe, yani nihai mutluluğa yönlendirmek ve erdirmektir.

G. Leibniz’e göre adalet, bilgelik ve iyiliğin bir aradalığına ve uyumuna karşılık gelir. Zira, adil olmayan bir kanun, yasayı yapan ve uygulayan gücün bilgelik ve iyi istencinin eksikliğinin bir sonucudur. Adalet hem de hiç kimsenin bizden şikayetçi olamayacağı şekilde devamlı surette bir eyleme istencidir. Buna göre adalet kaynağını kimseye zarar vermemek, her bir kişiye ona ait olanı vermek, doğru ve dürüst yaşamakta bulur.

Aydınlanma çağı filozoflarına göre adalet, hukuka ve hukuk kurallarına uygun olandır.

T. Hobbes’a göre adalet, insanların yaptıkları anlaşma yasalarına uymalarıdır. Anlaşma yasalarına uymamak adaletsizliğe yol açacağı için “*kılıca dayanmayan anlaşma, anlaşma değildir*”, boştur, güvence vermez. Başka deyişle, anlaşmalar devletin zorlayıcı gücü olmadan geçersizdir; şu halde bir devlet otoritesi yoksa adalet ya da adaletsizlikten söz edilemez.

J. Locke’a göre adalet, her insanın özgür ve eşit olduğunu; bir insanın diğer bir insana zarar verme hakkının olmadığını teslim etmektir. Eş deyişle, adalet insanlığa herkesin eşit ve özgür olduğunu; hiç kimsenin bir diğer insanın sağlığına, canına, malına-mülküne, özgürlüğüne; yani, mülkiyetine zarar vermemesi gerektiğini dikte eder. Buna göre, “*adalet devletin (mülkün) temelidir*”.

D. Hume’un adalet tasarımı her şeyden önce mülkiyet hakları ve “*ahde vefa*” anlayışıyla sınırlıdır. Ona göre verilen sözleri tutup yerine getirmek adaletin olmazsa olmazıdır. Kaynağı kıtlık ve insan bencilliğinin baskın olmasında yatan adalet hem de peşinden gidilecek moral bir amaç ya da idealdir.

J.S. Mill’e göre adalet, toplumun yararına olan şeydir. Bir şeyin adaletle uygun olup olmadığını belirlemek için önce o şeyin insanlara ve topluma yararı olup olmadığına bakmak gerekir. Şu halde, yararlı olan her şey adaletli; adaletli olan her şey yararlıdır ve yararın sağlandığı yerde adalet vardır denebilir. Bir yarar sağlanmıyorsa adaletten söz edilemez. Başka türlü söylendikte, adalet kişilerin yarar, özgürlük ve haklarının teminat altına alınmasıdır.

* Yrd.Doç. Dr., ADÜ Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

A.Smith'e göre, adalet faydaya dayalıdır ve diğer insanların kişiliğine, itibarına, malına-mülküne zarar vernekten kaçınmak ve elimizdekileri en uygun ve faydalı şekilde kullanmaktır.

J.Rawls Bir Adalet Kuramı adlı ünlü yapıtında toplumsal bir adalet anlayışını savunarak, "*hakkanîyet*" olarak adalet tasarımını göz önüne serer. Buna göre, adaletli bir toplumun temelinde şu iki ilke yatmalıdır: Her insan alabildiğine geniş temel özgürlükler karşısında eşit haklara sahip olmalı ve toplumsal, ekonomik vb... eşitsizlikler en çok sayıda insanın yararı gözetilerek giderilmelidir; hizmet ve konumlar, herkese, hakça bir fırsat eşitliği temelinde açık olmalıdır. Buna göre, özgürlük ve eşitlik en temel iki adalet ilkesidir.

Son çözümlemede, burada adalet tasarımlarını kısaca sunmaya çalıştığım belli başlı filozoflar, gerek özel gerekse kamusal alanda daha az adaletsizlikler yapınak için, sanırım bizden en temelde şunlara dikkat etmemizi istiyorlar: Anlaşma yasalarımız adil ve eşit olsun; bunlar herkes için eşit uygulansın; anlaşma veya sözleşmede taraflara eşit

haklarla muamele edilsin. Beni sabırla dinlediğiniz için çok teşekkür ederim. Sağ olun.

Yaralanılan Kaynaklar

- Aristotle, The Basic Works of Aristotle, (Trans. & Edit.: Richard McKeon), The Oxford University Press, New York, 1941.
- Cevizci, Ahmet, Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2005.
- Çeçen, Anıl, Adalet Kavramı, Gündoğan Yayınlar, Ankara, 1993.
- Hobbes, T., Leviathan, (çev. Semih Lim), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 1995.
- Locke, J., Political Writings, Penguin Classics Books, London, 1933.
- Plato, The Republic, Walter J. Black, INC, New York, 1942.
- SARP ERK ULAŞ FELSEFE SÖZLÜĞÜ (Hazırlayanlar: A.Bâki Güçlü; Erkan Uzun; Serkan Uzun; Ü.Hüsrev Yolsal), Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara, 2002, XVI+1728 sayfa.

Kamusal Alan Kavramına İlişkin Felsefi Belirlemeler

Nazile KALAYCI^(*)

Günümüzde kamusal alan kavramıyla ilgili olgusal, teorik ve kavramsal sorunlar yaşanıyor. Bir yandan münferit olaylar kavramın ülkelerin gündemlerinde tartışılmasına yol açıyor –örneğin Türkiye’de kamusal alana türbanla girilemeyeceği gerekçesiyle bu alanın neresi olduğu sorgulanıyor, böyle bir yasaklamanın insan haklarıyla ve demokrasiyle bağdaşıp bağdaşmayacağı tartışılıyor–, öte yandan sosyal bilimlerin alanında kamusal alanla ilgili bir dizi sorun yaşanıyor. Bu sorunlar genel olarak üç başlık altında toplanabilir: I- *Rasyonaliteler ve kültürel görelilik sorunu*: Bu sorun çerçevesinde insan türünün ortak çıkarına uygun evrensel bir rasyonalitenin olup olmadığı tartışılıyor ve bu tartışma küreselleşme sorununa bağlanıyor. Çünkü, ortak bir rasyonalitenin olması, kamusal alan ile özel alan arasındaki sınırların kaybolduğu günümüzde kozmopolit yurttaş temelinde ve küresel ölçekli yeni bir kamusal alanın temellendirilmesine olanak sağlayacaktır. II- *Alt-kültürlerin özgürlüğü sorunu*: Tarih içinde cinsel, etnik, ulusal, sosyal farklılıklara sahip insanların –örneğin, kadınların, işçilerin, çocuksellerin, köylülerin vb.– dışlandığı bir yer olan kamusal alan, günümüzde alt-kültürlerin özgürlüğü sorunuyla ilişkili olarak ele alınıyor ve onların kamusal alanda temsili, özgürleşmelerinin koşulu, dahası demokrasinin şartı olarak belirleniyor.

Burada yanıtlanması gereken soru şudur: Kamusal alan eşitliklerin ve özdeşliklerin alanı olarak mı, yoksa farklılıkların alanı olarak mı belirlenmelidir? Bu soruyu yanıtlayabilmek için de kamusal alan ilkesinin açık olması gerekir. III- Kavrama ilişkin tartışılan bir diğer konu da “özel alan” ile “kamusal alan” arasındaki mesafenin giderek daha fazla silinmesiyle ve “kitle” ya da “yığın”ın bu iki alanı da tehdit edecek şekilde gelişmesiyle ortaya çıkan “yabancılaşma”, “nihilizm”, “kütlesel yalnızlık” gibi sorunlardır. Bu sorunlar “kamusal”ın işlevlerinden biri çerçevesinde ele alınmaktadır: “Kamusal” olan “ortak” olandır; bu nedenle, insanları anlamlı bir şekilde birbirlerine bağlayarak bir topluluk haline getirmektedir. Ne ki ‘büyük anlatıların sonu’ olarak ifade edilen post-modern durumun toplumsal yaşamdaki yansıması “kamusal”ın silinmesi olmuş, böylece yukarıda sayılan sorunlar ortaya çıkmıştır. Kamusal alan ilkesinin dayandırılacağı temel ne olması gerektiği yanıtlanabilirse, kaybedilen anlamın yeniden ele geçirilmesi de olanaklı olacaktır.

Ülkelerin kamuoyunda tartışılan olgusal sorunlar ve sosyal bilimlerin alanında tartışmalara neden olan yukarıdaki sorunlar yanında başka bir sorundan daha söz etmek gerekiyor. Bu sorun, kamusal alan kavramına ilişkin belirsiz-

(*) Dr. Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Elemanı

liktir. Kavram karmaşası hem kamusal alanın tarih içinde dönüşmesine hem de kamusal alan kavramının felsefe tarihinde farklı anlamlarda ve farklı kavramlarla ilişkili olarak ele alınmış olmasına bağlıdır. Tarihsel gelişmesi içinde kamusal alan "polis", "feodal devlet", "burjuva kamusu" ve "sosyal devlet" modelleri altında farklı kılıklara bürünmüştür. Bu dönüşümün sonunda alan olarak genişlemiş, işlevsel bakımdan zayıflamıştır (Habermas 1971: 17). Bir kavram olarak kamusal alan da "devlet", "toplum", "sivil toplum" ve "söylem mekânı" olmak üzere farklı anlamlarda kullanılmıştır. İşte bugün bu anlamlar ayırımı yapılmaksızın bir arada kullanıldığı ve ülkelerin kendilerine özgü tarihsel gelişme koşulları göz önünde bulundurulmadığı için kavram karmaşası yaşanmaktadır. Burada ilk olarak felsefe tarihinde kavramın nasıl ele alınmış olduğuna bakılacak, sonra da bizimki gibi ülkelerde konuyla ilgili yaşanan sorunlar bakımından bir sonuç çıkarılmaya çalışılacaktır.

Kamusal alan kavramına ilişkin ilk belirlemeler Aristoteles tarafından yapılmıştır. Günümüzdeyse Habermas "kamusal alanın yapısal dönüşümü"nü vurgulamaktadır. Aristoteles'ten Habermas'a geleliye kamusal alan hem tarihsel durumlara hem de ilişkilendirildiği öteki kavramlara bağlı olarak farklı şekillerde belirlenmiştir.

Aristoteles siyaseti tanımlarken özel alan (*idia*) ile 'ortak' ya da kamusal alan (*koine*) arasında, yaşam (*to zen, zoe*) ile iyi yaşam (*bios, to eu zen*) arasında, ses (*phone*) ile akla dayalı konuşma (*logos*) arasında, iş (*ergon*) ile işi 'iyi' yapma arasında -yani erdem (*arete*)- ayırım yapar. Aristoteles'e göre, siyaset ortak alanda yapılır; amacı iyi yaşamı sağlamaktır; akla dayalı konuşmaya ve erdemli yaşayışa dayanır. Zorunluluklar

çerçevesinde kurulan ve bu nedenle özgürlüğün sağlanamayacağı alan olan ailedeki yaşam, ortak alandaki ya da polisteki iyi yaşamı ve yurttaşların özgürlüğünü sağlamak için ön koşuldur. Başka bir ifadeyle, "ses", "yaşam" ve "iş" siyasetin ön koşullarıdır. Siyaset yapmak için insanın yalnızca duygularını, acısını, hazzını göstermek için kullandığı "ses"ten, yararlı ile zararlıyı, haklı ile haksızı bildirmeye, ayrımlar yapmaya yarayan "logos"a ulaşması, yaşamın zorunlu koşullarını sağlamak-tan, "iyi yaşam"a yükselmesi gerekir. İyi yaşam, erdemli yaşamdır ve biyolojik yaşam sürecine bağlı olmadığı için sıradan yaşamdan farklıdır. Aristoteles'e göre siyasetin ereği "iyi yaşam"dır ve siyaset yaşamı 'akla dayalı konuşma' (*lektis*) ve eylemden (*praksis*) oluşur. Bunlar yurttaş olmanın, siyasete katılmanın, kamusal alanda yer almanın gereklilikleridir; doğru siyasetin koşulu da bu ikisinin bir aradalığıdır. Konuşma ile eylem, yurttaşların birbirleri karşısına fiziksel varlıklar olarak değil 'insan' olarak çıkma halleridir. Böylece öteki insanlarla zorunluluktan dolayı değil özgürce bir araya gelmektedirler. Ne ki, yaşamın zorunluluklarına egemen olmandan ne "yaşam" ne de "iyi yaşam" olanaklı değildir. Bu nedenle, ilk olarak yaşamın zorunlulukları karşılanmalıdır. Siyaset etkinliği bundan sonra başlar. Aristoteles'e göre, insanın ayırt edici özelliği toplumsallığı olmadığı gibi siyaset de toplumsal yaşamı düzenleyen sanat değildir. Siyasetin asli amacı, yurttaşlar için refah ve boş zaman sağlamaktır; yani yaşam değil, iyi yaşamdır (Aristoteles 1988: 1102a7-20). Aristoteles her biri belirli ölçüde mutluluğu sağlayan üç yaşam biçiminden söz eder: Bedene ait hazların keyfini süren "haz yaşamı", polislin sorunlarıyla ilgilenen "siyaset yaşamı", zorunlu ve ebedi

şeyleri sorgulamaya adanmış "theoria yaşamı" (Aristoteles 1988: 1095b). Bunlardan kendisi için istenen *theoria* yaşamıdır. Çünkü insana kendini tamamlamasının yolunu açmaktadır. Tamamlanmışlığı içindeki insan etik, siyasi ve teorik bir varlıktır; kamusal alan ya da siyaset ise insana işte bu tamamlanmanın yolunu açmaktadır.

Ne ki Aristoteles'in bu düşünceleri zaman içinde değişmiştir. İlk insanın siyasal bir varlık olmadan önce toplumsal bir varlık olduğu görüşü, sonra da "doğa"nın alt edilmesi gereken bir durum değil gelişmesine izin verilmesi gereken bir olanak olduğu ve çeşitli topluluklar arasında en sonda gelen, en üstün olan polislin hem doğal bir varlık hem de doğa gereği olduğu düşüncesi. 17. yy'da siyasetin işi doğal olanı dönüştürmek ve aşmaktır. Doğa, insani olanın üstünde yükseldiği doğa değildir artık, *nomos* aracılığıyla düzenlenmesi ve baskı altına alınması gereken bir doğadır. Bunun yolu insanları bir sözleşme çerçevesinde birbirlerine eşit kılmaktır. "Siyasal iktidar" herkes tarafından kabul edilen sözleşmeye dayanarak "doğa durumu"na son verilmesiyle kurulur. Böylece kamusalığın dayanağı "yasa" olur. Locke, Hobbes ve Rousseau kamusal alanı "siyasal toplum" olarak, bunu da "doğa durumu"yla ilişkili olarak ele almışlar, "kamusal"ı, "doğal"ın karşıt kavramı olarak kullanmışlardır. Locke, sivil toplumda doğa durumunun güvence altına alındığını dile getirmiş; Hobbes sivil toplumun doğa durumunu sonlandırdığını söylemiştir. Rousseau ise Toplum Sözleşmesi'ni doğa durumunun ilerleyen toplumsallaşmayla içine düştüğü savaş durumunu sona erdiren bir sözleşme olarak belirlemiştir.

Rousseau Toplum Sözleşmesi'ni, "genel irade" ve "özel irade" arasında yaptığı ayrıma bağlı olarak temellendirir. Bu ayrım, günümüzdeki "farklılıkların kamusal alanda temsili" sorununa da bir cevap gibidir. Rousseau'ya göre her birey insan olarak özel iradeye, yurttaş olarak da genel iradeye sahiptir. Toplum Sözleşmesi ise "özel irade"yi ya da özel iradelerin bir toplamı olan "herkesin iradesi"ni değil, "genel irade"yi temsil eder. "Genel irade yalnızca ortak çıkarları göz önünde tutar, herkesin iradesi ise özel çıkarları" (Rousseau 1998: 59). Genel irade, herkese uygulanmak üzere herkesten çıkar; bütün yurttaşları eşit olarak bağlar ya da kayırır. Onu genel yapan, göz önünde bulundurduğu "ortak yarar"dır.

"Birlik içindeki pek çok insan, kendilerine tek bir bütün olarak baktıkları sürece, bütünü koruması ve genel selamete ilişkin tek bir iradeleri vardır. Böyle bir durumda, devletin bütün mekanizmaları güçlü ve yalın, kuralları açık ve seçiktir. Orada muğlak ve birbiriyle çatışan çıkarlar yoktur; 'ortak iyi' her yerde açık ve net bir şekilde kendini gösterir" (Rousseau 1998: 105).

Özel çıkarların ağır basmasıysa devletin sonunun geldiğinin habercisidir. Farklı özel iradelerin bir toplamı olan büttünde, bu farklı iradelerden biri ötekilere üstün gelecek ölçüde büyüdüğünde, ortada genel iradelerin bir toplamı değil, tek bir farklılığın ötekiler üzerindeki egemenliği söz konusu olacaktır. "Genel iradenin kendini açık bir şekilde ifade edebilmesi için devlet içinde kısmi birlikler olmamalıdır" diyen Rousseau'ya göre, farklılıkların kamusal alanda temsil edilmesi, devletin sonunu getirebilecek bir tehliktir (Rousseau 1998: 30).

Toplum Sözleşmesi'ni "genel irade"yle temellendiren Rousseau ile *polis*'i "eşit ve benzer insanların ortak çıkar doğrultusunda oluşturdukları ortaklık" olarak belirleyen Aristoteles'in düşünceleri arasında bir süreklilik vardır. Kant ise buradan yola çıkarak modern bireyi "kendi yaşamlarını nesnel ve evrensel ilkeler doğrultusunda yönlendirme ve yönetme yeteliğine sahip rasyonel aktörler" olarak belirleyecektir.

Kant'la teorik olgunluğuna ulaşan Aydınlanma düşüncesi, kamusalılığı "akıl" çerçevesinde ve "akıl aracılığıyla eleştirir" olarak ele alır. Kant, kamusalılık ilkesini hukuk ve tarih felsefesi bakımından geliştirerek onu hem hukuk düzeyinin ilkesi hem de Aydınlanma'nın yönemi olarak belirler. Aydınlanma, kamusalılık ilkesinin gelişmesiyle ulaşılabilecek bir durumdur; aklın kamusal kullanımının yaygınlık kazanmasıdır. "Aklın kamusal kullanımı"na yaygınlık kazandırmaksa hükümetin değil, filozofların, eleştirmenlerin işidir. Çünkü onlar hükümetin çıkarlarından bağımsız olarak yalnızca aklın çıkarları tarafından yönetilirler. Aklın kamusal kullanımı (*der öffentliche Gebrauch*) "bir kimsenin, örneğin bir bilgenin, bilgisini ya da düşüncesini, yani aklını, onu izleyenlere, okuyanlara yararlı olacak biçimde sunması", özel kullanımı ise (*der Privatgebrauch*) "bir kimsenin kendi işi ve memuriyeti çerçevesinde kendine verilmiş toplumsal bir görev içinde aklını kullanması"dır (Kant 1984b: 216). Akıl yürütmenin aklın kamusal kullanımı açısından söz konusu olmasına karşın, ikinci kullanım açısından itaat zorunludur. Akıl yürüten kamusal topluluk "ortak varlığın" sorunları üzerinde uzlaşma sağladığı zaman yurttaşlardan oluşan kamusal topluluk biçimini alacaktır. Aydınlanma da budur. Ne ki, Aydınlanma'nın gerçekleşmesi, siyasetin

ahlak yasası çerçevesinde yapılmasına bağlıdır. "Siyaset, ilkin ahlaka gerekli saygıyı göstermeden bir adım bile atamaz; aslında güç ve karmaşık bir sanat olan siyaset, ahlakla bir araya geldiğinde böyle olmaktan çıkar" demektir Kant *Ebedî Barış Üzerine*'de (Kant 1984a:260). Siyaset, ahlak ve hukuk arasında bir arabulucu olan kamusal alan da, pratik aklın koşulsuz buyruğu tarafından belirlenen 'özgür', 'tarafsız' ve 'iletilbilir' düşüncelerin serbest ve aleni bir şekilde dile getirildiği bir eleştiri ortamıdır. Böylesi bir kamusal alanın gelişmesi, dünya barışını sağlayacak olan Uluslar Federasyonu'na doğru yol alan gerçek bir ilerlemenin önünü açacaktır. Bu ilerleme, yasallığın ilerlemesidir; yasallığın ilerlemesi ahlak alanındaki ilerlemeye bağlıdır. Bu nedenle Kant'ın kamusalılık ilkesi, siyasetin ahlakla uyumunu güvence altına alabilecek bir ilkedir (Habermas 1971: 129).

Hegel ise *Grundlinien der Philosophie des Rechts*'te (Hukuk Felsefesinin Temel İlkeleri) Kant'ın "doğal düzen" şeklinde dile getirdiği ilerlemeden kuşku duymuş ve "kamusallığın diyalektiği"nden söz etmiştir. Hegel'e göre, hukukun doğal temeline rağmen, sivil toplum alanında birbirleriyle rekabet halindeki bencil bireylerin çatışmaları, Kant'ın varsaydığı "doğal düzen" şeklindeki ilerlemeye engeldir. Özel yaşam, toplumsal yaşam ve kamusal yaşam tının özgürlüğünün bilincine ulaşma yolundaki uğraklardır. Bunların içinden kamusal yaşam, devletten önceki ve henüz 'bireysel' ile 'evrensel' arasındaki uyumun tam olmadığı bir aşamadır. Devlet özel çıkarlarla genel çıkarların tam bir uyumunu temsil eder. Akıl, kendini Kant'ın ifade ettiği gibi kamuoyunun bilincinde değil, devlette gerçekleştirir.

Marx ise kamusalığa ilişkin düşüncelerini *Zur Judenfrage*'de (Yahudi Sorunu Üzerine) burjuva toplumunun dayanaklarını eleştirerek ortaya koyar. Marx'a göre akıl yürüten özel mülk sahiplerinden oluşan kamu, kendisine şüpheyle yaklaşılmaya gereken bir topluluktur; kamuoyu ise yanlış bilindir ve burjuva sınıf çıkarının maskesidir. Gerek mülkiyetin haksız dağılımı, gerekse kamuya girebilmek için sahip olunması gereken özelliklerin edinilmesindeki fırsat eşitsizliği, devlet ile toplumu birbirine karşıt iki güç olarak konumlandırmıştır. Marx'a göre devlet ve toplumun bu karşıt konumlanması, insanın "*kamusal insan*" ve "*özel insan*" olarak bölünmesine neden olmuştur. Bu da toplumsal yabancılaşmanın nedenidir.

"Siyasal devletin kendini tam olarak gerçekleştirdiği yerde, insan yalnızca düşüncede ya da bilinçte değil gerçeklikte de, yaşamda da göksel ve yersel olmak üzere ikili bir yaşam sürer: Kendini ortak varlık (*Gemeinwesen*) olarak gördüğü siyasal topluluktaki yaşam ve özel insan (*Privatmensch*) olarak davrandığı sivil toplumdaki yaşam diğer insanları birer araç olarak gördüğü, kendisini bir araç durumuna düşürdüğü, yabancı güçlerin bir oyuncağı olduğu yaşamdır bu. [...] İnsan en yalın gerçekliğinde, sivil toplumda, dünyasal bir varlıktır. [...] buna karşılık türsel varlık sayıldığı devlette, düşsel bir hükümdarlığın hayali bir üyesidir; kendi gerçek bireysel yaşamından yoksun bırakılmış, gerçek olmayan bir genellelikle doldurulmuştur" (Marx 1970:354-355).

Görüldüğü gibi Marx da Hegel'i izleyerek kamusalılığı Aydınlanma'nın ilkesi olarak ele alan Kant'ın görüşlerini eleştirmektedir. Toplumsal yaşamın yeniden üretimi sürecinde, iktidar ilişkileri tarafsızlaştırılmadığı ve burjuva toplumu zora dayanmaya devam ettiği sürece, siyasal otoritenin rasyonel otoriteyle örtüştürüldüğü bir hukuk hali kurulamaz. Burjuva hukuk devleti, kendi örgütlenmesinin temel ilkesi olan kamusallıkla birlikte basit bir ideolojiden başka bir şey değildir. Ama bu kamusalılık kendi diyalektiği gereği özel mülkiyetten yoksun gruplar tarafından işgal edilecektir. Bu gruplar genişletilmiş bir kamusal topluluk olarak burjuva kamusal topluluğunun yerine geçecek şekilde kamusallığın öznesi konumuna yükseldiğinde, kamusallığın yapısı da değişime uğrayacaktır. Sınıf farklılıkları ortadan kalkacak, zaman içinde kamusal erk de siyasal karakterini yitirecektir. Siyasal erkin kamusal erkte çözülmesiyle, siyasal işlev gören kamusalığa ilişkin burjuva fikir sosyalist formülüne kavuşacaktır (Habermas 1971: 155-156).

Liberalizm ise siyasi arenada Marx'ın öngördüğü değişikliklerin yaşanmamış olmasından, yani, proleteryanın kamusallığın öznesi konumuna yükselememiş olmasından yola çıkar. Liberalizm, kamusalılık ilkesini hem "doğal" hem de "tarihsel" temellerinden uzaklaştırarak ona daha gerçekçi bir biçim kazandırmak ister; kendi başına kamusalılık ilkesini ele almak yerine, kamusal topluluğun genişletilmesi gerekliliğiyle ilgilenir. Ancak bu sefer toplum değil birey merkeze alınır. Artık kamusal alan yalnızca genel iradenin

(1) Marx'ın Hegel'e olan eleştirisini de göz ardı etmemek gerek. Marx'a göre Hegel'in felsefesinde amaç ile araç karışınmış, sivil toplum devlete varan sürecin bir uğrağı olarak ele alınmıştır. Oysa devlet toplum için vardır. Bu görüş, insanı bilincin belirlemediği, tersine bilinci belirleyen üretim araçlarını kullanan toplumsal varlık olduğu düşüncesinin devamıdır. Bu düşünce, kamusal alanın toplumu belirlemesinin sonuçlarını eleştirerek, toplumsal alanın kamusal nitelik kazanması gerektiğini dile getirir ve kamusal alanın sınırları ortak kullanılan alanlara doğru genişletmeyi talep eder.

temsil edildiği ya da yalnızca geneli ilgilendiren düşüncelerin eleştirildiği bir ortam değil, farklılıkların da girmesine izin verilecek bir alandır. Farklı görüşlere ve farklı yaşam deneyimlerine, başkalarına zarar vermemeleri koşuluyla izin vermek gerekir. J. S. Mill *On Liberty*'de (Özgürlük Üzerine) kendi görüşlerini temellendirmek için Alexander von Humboldt'a dayanır: "İnsanların hedefi güç ve kalkınmadaki bireyselliklerdir. Bunun iki koşulu vardır: Özgürlük ve durumların çeşitliliği. Bireysel kuvvet ve çok çeşitlilik bunların bir araya gelmesinden çıkar" (Mill 2002:48). Demek ki ilerlemenin şartı özgürlük ve çeşitliliktir. Bu amaç doğrultusunda Mill "eleştiri" yerine "hoşgörü"nü rolünü vurgular. Kamuoyunda rekabet eden çıkarların ussal bir şekilde aşılabilmesi sorunu, liberalizmin perspektivist bilgi teorisiyle farklı bir boyut kazanır: Tikel çıkarlar artık hiçbir şekilde tümellik ölçütüne vurulamazlar. Akıl, genel bir çıkarın ussal biçimde kanıtlanması için nesnel bir güvence olamaz. Hakikat davasındaki bütün taraflar için dürüst bir mücadele imkânı, ancak düşüncelerin çeşitliliği sayesinde sağlanabilir (Habermas 1971:164).

Ne ki siyasi alanda yaşananlar sosyalizmin öngördüğü biçimde olmadı gibi liberalizmin beklentileri de boşa çıkacaktır. Bu durum düşünürleri yeni açılımlara götürür. Bu düşünürlerden biri de Gramsci'dir. Burjuva iktidarının yıkılmasını değil burjuva demokrasisinin sınırları içinde egemen olmak gerektiğini dile getirerek dar işçi sınıfı çıkarlarının ötesine geçmek gerektiğini vurgulayan Gramsci, toplumun proletarya devrimiyle değil sosyalist katılımcı bir demokrasiyle dönüştürülebileceğini düşünür. "Kültürel hegemonya" kavramı çerçevesinde sivil toplumun kültürel ve

ideolojik işlevini –böylece müzakerecinin önemini– vurgulayan Gramsci, sivil toplum kavramının günümüzdeki kullanımına da önemli katkılarda bulunur. Sivil toplum alanında kurulacak hegemonya kapitalizmin alt edilmesini değil, rasyonel işletilmesini hedeflemelidir.

Demokratik bir kamusal alan bakımından müzakerecinin rolünü merkeze alan düşünür ise Habermas'tır. Habermas kamusalılığı hem tarihsel ve hem de normatif bir kategori olarak ele alır. Kamusalılığı tarihsel bir kategori olarak ele aldığı *Strukturwandel der Öffentlichkeit*'ta (Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü) "kamusalılık", "kamu", "kamuoyu", "kamusal alan" gibi kavramların tarihsel dönüşümlerini inceler. Kamusalılığı normatif bir kategori olarak ele aldığı *Theorie des kommunikativen Handelns*'de (İletişimsel Eylem Teorisi) iletişime dayanan yeni bir kamusal alan modeli üzerine düşüncelerini dile getirir. Kitle iletişim araçlarının yönlendirdiği bu kamusal alan, iletişimin ussallaştırılması ölçüsünde eleştirel-siyasi işlevini yeniden edinebilecektir. İletişimsel Eylem Teorisi, gündelik hayatın iletişimsel pratiğinde yerleşik bulunan ussallık potansiyelini kullanılabilir kılmayı amaçlar. İletişimin ussallaşması, parlamentar demokrasinin de temel şartıdır. Normatif bir kategori olarak kamusal alan, hâkim siyasal rejimi eleştirmeyi olanaklı kılan düzenleyici bir ilkedir. Demokratik bir kamusal alan, siyasal ve toplumsal otoritelerin kamuoyunu yönlendirdikleri bir etki alanı değil, eleştirel ve akla dayanan uzlaşımları sağlayacak bir iletişim alanıdır.

Günümüzdeki kamusal alan tartışmaları çoğu kez Habermas'ın düşünceleriyle ve özellikle onun "Kamusal Alanın Yapısal Dönüşümü" kitabıyla bağlantı içinde ele alınmaktadır. 'İnsan'

bu tartışmalarda Aristoteles'in belirlendiği gibi "siyasal varlık" olarak değil, "toplumsal varlık" olarak belirlenmekte, "kamusalılık" da "toplumsallık" olarak anlaşılmaktadır. İşte bu kalkış noktasından Habermas'ın normatif bir gereklilik olarak belirlediği kamusal alan görüşü toplumu dışarıda bıraktığı gerekçesiyle eleştirilmekte ve kamusal alanın toplumsal bakımdan genişletilmesi gerektiği dile getirilmektedir. Tek bir kamu yerine çoklu kamular modelini savunan Nancy Fraser hakim kamular ile karşıt-kamular arasında ayırım yaparak tabakalı toplumlarda yönetime ideal katılım için rakip ya da karşıt kamuların gelişmesine izin verilmesi gerektiğini dile getirir. Düşüncelerini "proleter kamusal alan" ile "burjuva kamusal alan" arasında yaptıkları ayırma dayandıran Oskar Negt ve Alexander Kluge ise kamusalılığın toplumsallıktan, üretimden kopartılması gerektiğini vurgular. Onlara göre yalnızca burjuva kamusalılığından farklı bir deneyim bağlamına sahip olan proleter kamusal alan farklı toplumsal hareketlerin kamusalılıklarını birbirine bağlama ve onları bir arada tutma gücüne sahiptir. Sorunların küresel boyutta olduğu günümüzde, çözümlerin de küresel olması gerektiğini dile getiren Antonio Negri ise proleter çokluğa dayalı, küresel boyutlu yeni bir kamusal alandan söz eder.

Genel olarak kamusal alan tartışmasıyla ilgili üç farklı görüşün ve üç farklı demokrasi modelinin öne çıktığı söylenebilir. Kamusal alanı eşitlikler ve özdeşlikler çerçevesinde temellendiren cumhuriyetçi demokrasi modeli, kamusal alanı farklılıklar çerçevesinde temellendiren liberal demokrasi modeli ve kamusal alanı akla dayalı iletişim çerçevesinde ele alan müzakereci demokrasi modeli. Farklılıkları yaşamın zorunlulukları alanında bırakan Aristoteles, Top-

lum Sözleşmesi'ni genel iradeye dayanarak temellendiren Rousseau ve aklın insanlığın ortak yararı doğrultusunda kullanımını kamusal kullanım olarak belirleyen Kant ilk görüşün, tikel çıkarların hiçbir zaman tümellik ölçütüne vurulamayacağını söyleyerek farklılıklara vurgu yapan Mill ikinci görüşün, akla dayalı iletişimin ve eleştirinin rolünü vurgulayan Habermas ise üçüncü görüşün temsilcileri olarak belirlenebilir. Ne ki bu görüşler farklı gerekçelerle eleştirilmektedir: İki toplumsallığı bastırdığı için demokrasinin gerekli şartını yerine getirememektedir, ikincisi ortak yararın zedelenmesine yol açacak bir tehlike barındırmaktadır, üçüncüsü siyasal süreçleri kültürel iletişim biçimlerinden çok kesin çizgilerle ayırmaktadır. Burada üç düşünür, Rousseau, Gramsci ve Ş. Benhabib'e dayanarak bizimki gibi ülkelerde kamusalılık ilkesinin ne olması gerektiğine ilişkin bir yanıt vermeye çalışılacaktır.

Genel iradenin temsil edilmediği durumu doğa durumuna geri dönüş olarak belirleyen Rousseau'ya göre, Toplum Sözleşmesi kamu yararını gözetir. Bu, katılımcıların her birinin yararını gözetmek anlamına gelir; fakat toplumsal farklılıklarından dolayı değil, yurttaş olmanın getirdiği eşitlik bakımından. Genel irade, özel iradelerin bir toplamı olmadığı gibi çoğunluğun iradesi de değildir. Genel irade, üyelerinin birleşmesi aracılığıyla sağlanan ortak varlığın istemesi olarak gerçekleştiği sürece, matematiksel anlamıyla bir işlev olarak tasarlanabilir. Onun işlevini gösterebilmek için müşterek ilgi ve müşterek isteme işlev değeri (*Funktionswert*) olarak varsayılmalıdır. Bu değer ancak teklerin ilgileri birlikte varsayılırsa açıkça genelin iradesi olarak saptanabilir, yoksa teklerin ilgileri birbirlerinden kopuk olarak ele alındıklarında

değil (Hinsch 2004: 360). Bunu şöyle anlamalıyız: Toplumsal birlik bütün katılımcılarının müşterek ilgi ve çıkarına dayanır. Bu sağlanamadığı sürece, insanlar topluluk olarak da bir araya gelemezler.

Gramsci ise sivil toplum ile devletin gelişme derecelerinin Doğu'da ve Batı'da farklı olduğunu, bu nedenle buralarda yürütülmesi gereken mücadelenin de farklı olması gerektiğini vurgulamıştır. Gramsci'ye göre Doğu'nun baskın devletine ve güçsüz sivil toplumuna karşı, Batı'da devlet istikrarlı, sivil toplum ise güçlüdür; buralarda devlet, sivil toplumun yalnızca dış kabuğudur: "Devlet Doğu'da her şey iken Batı'da doğudaki gibi 'ilkel' ve 'peltemsi' değil, aksine onun geçirdiği sarsıntılara dayanıklı, güçlü ve sağlam bünyeli sivil toplum kalcsinin yalnızca bir dış hendeğidir" (Anderson 1988:45). Bu nedenle Batı'da devleti yıkmak hiçbir işe yaramayacaktır. Yapılması gereken sivil toplum alanında sağlanacak hegemonya aracılığıyla devleti düzeltmektir. Ne ki sivil toplumun güçsüz olduğu Doğu'da devletin yıkılması her şeyin değişmesi anlamına gelir, o nedenle buralarda öncelikle sivil toplumun geliştirilmesi gerekir. Gramsci'nin bu düşünceleri, demokrasi, kamusal alanda farklılıkların temsili vb. gibi problemlerin Doğu'da ve Batı'da aynı şekilde tartışma konusu edilemeyeceği yollu bir sonuç çıkarmamıza izin veriyor. Bizimki gibi ülkelerde farklılıkların kamusal alanda temsil edilmesi sorunu, sadece bireysel özgürlükler bağlamında ele alınamaz. Çünkü izin verilen farklılıklar devletin yapısını dönüştürme gücüne sahiptir.

Günümüzde Şeyla Benhabib farklılıklara ilişkin siyasetin farklı ülkelerdeki farklılığına şöyle dikkat çekmektedir: "Küresel bağlamda bakıldığında, Batı demokrasilerinde bu yeni siyasetin or-

taya çıkışı kısmen dünya çapındaki demokratikleşme hareketiyle örtüşmüştür. Ama liberal kapitalist demokrasilerdeki yeni toplumsal hareketler deneyiminden doğan 'kimlik/farklılık' politikası ile eski komünist ülkelerde, Kuzey Afrika'da ve Ortadoğu'da gelişen ırksal, etnik, dilsel ve dinsel farklılık politikası radikal bir farklılık göstermektedir. Birinci türden kimlik/farklılık politikası liberal demokrasilerin kamusal alanında farklılığın müzakere edilmesi, tartışmaya açılması ve temsil edilmesi noktasında odaklanırken, etnik milliyetçilikler politikası siyasal yapının bileşenlerinin yeniden tanımlanmasına yönelmekte ve siyasal açıdan egemen yeni oluşumlar yaratmayı amaçlamaktadırlar. Gerçekten de, egemen bir devlet biçimi aracılığıyla kültürel, dinsel, ulusal ve etnik homojenliğin ifade edilmesi, bu ikinci hareketlerin aradığı şeydir" (Benhabib 1999:13).

Sonuç olarak bizimki gibi ülkelerde kamusal alanın nasıl tanımlanması gerektiği konusu, farklı gelişmişlik düzeyindeki ülkelerin farklılık taleplerindeki farklılığa dikkat çeken Benhabib'in yukarıdaki sözleri, Rousseau'nun "ortak irade"ye yaptığı vurgu ve Gramsci'nin Doğu ile Batı tahlili dikkate alınarak değerlendirilmelidir. Böylece kamusal alanı özdeşlikler ve eşitlikler üzerinden belirlemek de olanaklı olacaktır. Bu, farklılıkların dışlanması anlamına gelmemektedir. Foucault'ya göre toplumsal farklılıkları "öteki" olarak kurarak onları özdeşlikler ve aynılıklar içinde yok etmek isteyen modern devlettir. Bunu, kendi normalleştirici parametrelerine uymayan her şeyi baskı altına alıp; rasyonelleştirilemeyen, normalleştirilemeyen, tek biçimliliğe direnen farklılıkları baskı altına alarak yapar (Foucault 2006:255). Günümüzdeki sorun, toplumsal farklılıklardan çok ötekileştirme

sürecinin kendisidir. Çünkü farklılıklar ötekileştirilmediği sürece, onların yadsınması ya da bastırılması da söz konusu olmayacaktır. Öyleyse amaç farklılıkların temsil edilmesinden çok, farklılıkları "öteki" olarak kuran mekanizmaları teşhir etmek olmalıdır.

KAYNAKÇA

- AGAMBEN, Giorgio. *Kutsal İnsan: Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, (Çev. İsmail Türkmen), İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2001.
- ANDERSON, Perry. Gramsci, *Hegemonya, Doğu/Batı Sorunu ve Strateji*, (Çev. Tarık Günersel), İstanbul: Alan Yayıncılık, 1988.
- ARENDT, Hannah. *İnsanlık Durumu*, (Çev. Bahadır Sina Şener), İstanbul: İletişim Yayınları, 2003.
- ARİSTOTELES. *Nikomakhos'a Etik*, (Çev. Saffet Babür), Ankara: Ayraç Yayınevi, 1997.
- ARİSTOTLE. *Politics*, (Trans. by H. Rackham), Loeb Classical Library, Cambridge: Harvard University Press, 1998.
- BENHABİB, Şeyla. "Demokratik Moment ve Farklılık Sorunu", *Demokrasi ve Farklılık: Siyasal Düzenin Sınırlarının Tartışmaya Açılması* içinde, (Ed. Şeyla Benhabib), İstanbul, Demokrasi Kitaplığı Yayınları (WALD), 1999: 11-35.
- FRASER, Nancy. "Kamusal Alanı Yeniden Düşünmek: Gerçekte Varolan Demokrasinin Eleştirisine Bir Katkı", *Kamusal Alan* içinde, (Ed. Meral Özbek), İstanbul, Hil Yayınları, 2004: 103-133.
- FOUCAULT, Michel. *Hapishanenin Doğuşu*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, 2006.

- HABERMAS, Jürgen. *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Berlin: Her- man Luchterhand Verlag GmbH, 1971.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns I*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981a.
- HABERMAS, Jürgen. *Theorie des kommunikativen Handelns II*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1981b.
- HINSCH, Wilfried. "Jean-Jacques Rousseau: Die volonté générale", *Klassiker der Philosophie Heute* içinde, (Hrsgb. von Ansgar Beckermann, Dominik Perler), Stuttgart: Reclam Verlag, 2004: 355-375.
- HOBBS, Thomas. *Leviathan*, The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury, Vol. III, (Ed. by Sir William Molesworth, Bart), Darmstadt: Scientia Verlag Aalen, 1966.
- KANT, Immanuel. "Ebedi Barış Üstüne Felsefi Bir Deneme (1795).", *Seçilmiş Yazılar* içinde, (Çev. Nejat Bozkurt), İstanbul: Remzi Kitabevi, 1984a.
- KANT, Immanuel. "Aydınlanma Nedir (?) Sorusuna Yanıt.", *Seçilmiş Yazılar* içinde, (Çev. Nejat Bozkurt), İstanbul: Remzi Kitabevi, 1984b.
- KANT, Immanuel. *Schriften zur Anthropologie. Gesichts-philosophie Politik und Pädagogik I*, Werkausgabe in 12 Bänden, Band XI, (Hrsgb. von Wilhelm Weischedel), Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1991.
- LOCKE, John. *Hükümet Üzerine İkinci İnceleme: Sivil Yönetimin Gerçek Kökeni, Boyutu ve Amacı Üzerine Bir Deneme*, (Çev. Fahri Bakırcı), Ankara: Babil Yayıncılık, 2004.
- MARX, K.- ENGELS, F. *Die deutsche Ideologie*, Marx-Engels Werke, Band 3, Berlin: Dietz Verlag, 1969a.

• MARX, K. *Zur Judenfrage*, Marx-Engels Werke, Band 1, Berlin: Dietz Verlag, 1970

• MILL, J. S. *On Liberty*, New York: Dover Publications, 2002.

• NEGRI, A.-HARDT, M. *İmparatorluk*, (Çev. Abdullah Yılmaz), İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2001.

• NEGT, O.-KLUGE, A. *Öffentlichkeit und Erfahrung: Zur Organisa-*

tionsanalyse von bürgerlicher und proletarischer Öffentlichkeit, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1973.

• ÖZBEK, Meral. *Kamusal Alan*, (Ed. Meral Özbek), İstanbul: Hil Yayınları, 2004.

• ROUSSEAU, J. J. *The Social Contract*, (Trans. by H. J. Tozer), Hertfordshire: Wordsworth Editions Ltd, 1998.

Eleştirel Düşünme ve Hukuk

Yusuf KARAKOÇ*

GİRİŞ

İnsan düşünen ve sosyal bir varlıktır. Bu özelliği gereği, toplum halinde yaşamak ve hemcinsleri ile ilişkilerini düzenlemek zorundadır. Toplum halinde yaşamının kendine göre birtakım zorlukları ve gereklilikleri bulunmaktadır. Bunların üstesinden gelinebilmesi, insanların yaşadıkları toplumsal ve ekonomik ilişkilerin nasıl, kimin tarafından, ne zaman düzenlenmesi gerektiği konusunda düşüncelerini gerektirmektedir. Bunun sonucunda bir hukuk oluşması gerekmektedir. Hukuk, insanların toplum halinde yaşamalarını ve ilişkilerini sağlayan ve düzene koyan ortak bir anlayışın, kavrayışın adıdır.

İnsanlar, toplum düzenini kuran ve yaşatan hukukun nasıl olduğu ve olması gerektiği konusunda sürekli bir arayış içindedir. Bu arayış, hukuk üzerinde sürekli bir düşünmeyi gerekli kılmaktadır. Nitekim, hukuk ilk insan topluluğunun ortaya çıkmasından bu yana sürekli bir gelişim ve değişim göstermektedir. Bir anlamda hukuk, her gün yeniden inşa edile edile günümüze ulaşmış bulunmaktadır. Bu süreçte aranan ve ulaşılmaya çalışılan şey, toplumun huzur ve güven içinde yaşamasının en üst düzeyde nasıl sağlanacağıdır. Şüphesiz, huzur ve güven ortamının tesis edilebilmesi, ehliyet ve adaletin esas

alınması sayesinde mümkündür. Ehliyetin ve adaletin ne olduğu ve adalete hangi araçlarla ulaşılacağı hususu sürekli insanoğlunu meşgul etmektedir. İşte bu noktada, düşünme ve eleştirel düşünme gündeme gelmektedir.

I. ELEŞTİREL DÜŞÜNME

A. Tanım

Düşünme, bir hayat olayının nedeni, niçini ve nasıl üzerinde kafa yormaktır.

Eleştiri, bir durumu, bir olguyu, bir tavrı ya da bir olayı tutarlılık, doğruluk, geçerlilik ve güvenilirlik açılarından inceleme, değerlendirme ve yargılama faaliyetidir.

Eleştirel düşünme ise, bir soru ya da sorunu bilimsel, kültürel, sosyal şartlar ve ölçütlere göre, tutarlılık ve geçerlilik bakımından değerlendirme ve yargılamada sergilenen tavır, bilgi ve beceri süreçlerinin bütünüdür.

Eleştirel düşünme, kendi düşüncelerimizin bilincinde olup, bizim dışımızdakilerin de düşüncelerini göz önünde tutarak, öğrendiklerimizi uygulayıp kendimizi ve çevremizdeki olayları, durumları ve düşünceleri anlayabilmeyi amaç edinen aktif ve sistematik zihinsel süreçtir.

* Prof. Dr. DEÜ. Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

(1) Tanımlar için bkz. Argüden, Paul-Feder ve Ünalan'ın kaynakçada yer alan çalışmaları.

Eleştirel düşünme, kişinin düşünce sistemindeki yapıları usta bir şekilde yöneterek ve bu yapıları entelektüel standartlar getirerek düşünme yönteminin kalitesini arttırdığı bir süreçtir.

Eleştirel düşünme, kişinin kendi kendini yönlendirdiği, disipline ettiği, izlemeye aldığı ve doğruladığı bir düşünme yöntemidir.

Kısacası, eleştirel düşünmeyi, ön yargıların, varsayımların, sunulan her türlü bilginin sınılandığı ve değerlendirildiği; farklı yönlerinin ve sonuçlarının tartışıldığı ve sonunda bir karara varmayı hedefleyen bir düşünce biçimi olarak tanımlamak mümkündür.

B. Eleştirel Düşünebilmenin Şartları²

Yukarıda yapılan tanımlar çerçevesinde, eleştirel düşünebilmenin beş temel şartından söz etmek mümkündür.

Bunlardan birincisi, eleştirel düşünme aktif olmayı gerektirmektedir. Eleştirel düşünme halinde, zekâmızı, bilgimizi, belleğimizi ve bilişsel becerilerimizi aktif olarak kullanmamız gerekir.

İkincisi, eleştirel düşünme, bağımsız olmayı gerektirmektedir. Eleştirel düşünme hiçbir ön yargı, ön kabul ya da herhangi bir otoriteye bağlı kalmayı kabul etmez.

Üçüncüsü, eleştirel düşünme, yeni düşüncelere açık olmayı gerektirmektedir. Eleştirel düşünen kişi, kendi mevcut düşüncelerinden farklı düşüncelerle kendi düşüncelerini gözden geçirir ve alması gerekenleri alarak düşüncelerini zenginleştirir.

Dördüncüsü, eleştirel düşünme, düşünceleri destekleyen delilleri ve

sebepleri sürekli dikkate almayı gerektirmektedir. Eleştirel düşünen kişi, ileri sürdüğü her düşüncenin sebeplerini ve delillerini açıklayabilir ve sebebini açıklayamadığı ve delilini getiremediği düşünceleri de savunmaz.

Beşincisi, eleştirel düşünce bir yöntemi gerektirir. Düşüncenin yöntemi neyin sebep neyin sonuç olduğunu, nelerin delil olarak kullanıldığını, hangi düşüncelerin temel, hangilerinin destekleyici düşünce olduğunu açıklama kolaylığı sağlar.

C. Eleştirel Düşünmenin Boyutları³

Eleştirel düşünme yeteneğinin farklı boyutları bulunmaktadır.

Eleştirel düşünmenin ilk adımı, bir problemle karşılaşıldığında o problemi oluşturan farklı unsurları belirleyebilmek, bunlara farklı ağırlıklar verebilmek, bu unsurlardan çözüme etkisi olabilecek ve/ya da olamayacak olanları ayırt edebilmek ve sonuca etkisi belirleemeyenler için belirsizliği kabul etmektir. Bu aşamayı, yargılama hukukunda, uyuşmazlık konusu olayın nitelendirmesi ve ispat edilecek konuların belirlenmesi karşılığı olarak değerlendirmek mümkündür.

İkinci adım, problemin çözümü için yeterli bilgiye sahip olunup olunmadığını anlamak, bu eksikliğin nasıl giderilebileceğine ilişkin çıkarımlar yapabilmek ve bilgi eksikliğini gidermek için sorgulamaktır. Bu aşamanın, mahkemenin karar verebilmesi için duruşma yapmasına; hâkimlerin kendi aralarında müzakere yapmasına; özel ve teknik bilgi eksikliğini gidermek için (uzman)

birlikliye başvurulmasına karşılık geldiğini kabul etmek gerekir.

Üçüncü adım, sunulan bilgiyi anlamak için teorik modeller hakkında bilgi sahibi olmak ve sunulan bilginin varsayılan modelle uyumlu ve uyumsuz kısımlarını değerlendirmektir. Bu aşama, yargılama hukukunda uyuşmazlık konusu olayın aydınlatılması ve karar verme aşamasına gelmesi anlamına gelmektedir.

Dördüncü adım, sunulan bilginin ve teorik modeli oluşturan kavramların açık tanımlarının tüm üyeler/tafalar tarafından paylaşıldığından emin olmaktır. Aksi takdirde, aynı kelimeler kullanılmasına rağmen, üyeler/tafalar arasında anlaşmazlıklar ortaya çıkabilir. Kavramların açıklanmasını istemek eleştirel düşüncenin önemli adımlarından biridir. Bu aşama, mahkemenin bakmakta olduğu dava hakkında karar verme aşamasına gelmesi; uzlaşma ve mutabakat sonucu kararını vermesi; kararın karşılıklı fikir alışverişi ve üyelerin katılımı sonucu oluşturulması anlamına gelmektedir.

Beşinci adım, sunulan bilgiden çıkarımlar yapabilmek yeteneğidir. Bu beceri sunulanın ötesinde bilgiye ulaşabilmeyi ve tutarlılık testlerinin gerçekleştirilmesini de sağlar. Bu aşama, yapılan yargılama sonucunda bir sonuç çıkarma/vargıya varmayı ifade etmektedir.

Altıncı adım, sunulan bilginin değerlendirilmesinde farklı alternatifleri tartma ve değerlendirme sürecinde akılcı kıstaslar kullanmaktır. Değerlendirme kriterleri konusunda fikir birliği yaratılmadan ortak bir karar almak mümkün olamaz. Bu aşama ise, yargılama sonucunda verilecek kararın

uzun tartışma ve müzakerelerden sonra oluşturulması anlamına gelmektedir.

Yedinci adım ise, kararı oluşturan gerekçelerin ne kadar güçlü olduklarını değerlendirebilmektir. Varsayımlardan, gerekçelerden ve çıkarımlardan elde edilenlerin karar için yeterli olup olmadığını değerlendirebilmek eleştirel düşüncenin önemli adımlarından birisidir. Bu aşama, yargı kararlarının gerekçeli olması gerektiğine ilişkin genel hukuk ilkesinin hayata geçirilmesini ifade etmektedir. Mahkeme kararlarının gerekçeleri, kararın doğruluğu ve yerindeliğinin denetimini sağlamaktadır. Hukuku oluşturan, mahkeme kararlarının hüküm fıkrası değil, o hükme ulaşmayı sağlayan mantık kurgusudur.

Genel eleştirel düşünme sürecinin her bir aşamasının hukukta, özellikle yargılama hukukunda bir karşılığının olduğu görülmektedir. Bu itibarla, eleştirel düşünme süreçleri, adı konulmasa ya da bilinmese de, öteden beri hukuk alanında izlenmektedir.

Ç. Eleştirel Düşünce Yapısına Sahip Kişilerin Özellikleri⁴

Eleştirel düşünce yapısına sahip kişilerin birtakım ortak özellikleri olduğu dikkat çekmektedir. Nitekim, eleştirel düşünebilenlerin plânlı düşünme ve çalışma düzenine sahip oldukları gözlenmektedir. Diğer taraftan, bu nitelikteki insanların esnek oldukları, yeni fikir ve düşüncelere açık oldukları bilinmektedir.

Eleştirel düşünce yapısı için gerekli üçüncü kişisel özellik ise, sebat etmektir. Bir işe başlayıp onu sonuna kadar götürecekararlılığa sahip olmak, eleştirel düşünce döngüsünün tamamlanması için

(2) Bu başlık altında yapılan açıklamalarda Ünalın ve Argüden'in kaynakçada yer alan çalışmalarından yararlanılmıştır.

(3) Bu başlık altında yapılan açıklamalarda Argüden'in kaynakçada yer alan çalışmasından yararlanılmıştır.

(4) Bu başlık altında yapılan açıklamalarda Argüden'in kaynakçada yer alan çalışmasından yararlanılmıştır.

gereklidir. Bu nitelikteki insanlar değişime açıktır, her hangi bir görüşe, yaklaşıma veya modele kayıtsız ve şartsız olarak bağlanmayı reddederler.

Eleştirel düşünme yeteneğine sahip kişiler, sadece düşüncenin içeriğine değil, aynı zamanda düşünce sürecin de eleştirel bir bakış açısıyla bakıp, sürekli gelişmeyi ilke edinmiş kişilerdir. Kendi fikirlerinin eleştirel bir gözle değerlendirilmesine tahammülü olmayan kişilerin başkalarını ve/ya da olayları-ortamları olumlu yönde etkilemeleri söz konusu olamaz.

Son olarak, eleştirel düşünce yeteneğini ortaya koyabilen insanlar, çalışkan ve kendine güveni olan kişilerdir. Konusuna iyi çalışmadan toplantıya katılan bir kişinin, eleştirel düşüncenin gerektirdiği disiplini toplantı boyunca sürdürebilmesi ve takım arkadaşlarının güvenini kazanması mümkün olamaz.

II. HUKUKTA ELEŞTİREL DÜŞÜNME⁵

A. Genel Açıklama

Hukuk bilimi, toplum halinde yaşayan insanların birbirleriyle ve toplumla olan ilişkilerini düzenleyen, huzur içinde birlikte yaşamalarını sağlayan hukukî normların bilimidir.⁶

Bir bilim olarak Hukuktan söz edebilmek için, belli bir ülkede belli bir anda mevcut kanunlardaki kurumların ve normların bir sisteme bağlanarak, mantıkî bir bütünlük halinde açıklanması kadar, mevcut kanunların da üstüne çıkı-

larak olması gerekenin gösterilmesi gerekir.⁷

B. Muhakeme Hukuku Alanında Eleştirel Düşünme

Muhakeme, hukukî bir uyumsuzluğu çözmek üzere yargılama organlarının yaptıkları faaliyet dolayısıyla meydana gelen hukukî ilişkilerin sùjeleri tarafından yapılan işlemlerin; muhakeme hukuku ise, muhakemeyi düzenleyen hukukî normların bütünüdür.⁸

Muhakeme yapmak, muhakeme boyunca hükümler vermeyi gerektirir.⁹ Her muhakeme bir şüphe ile başlamakta ve sonunda bu şüphe elbirliğiyle yenilmekte, yani bir hüküm verilmektedir. O halde, muhakemenin görevi kolektif hüküm vermektir. Muhakeme hukukunda hükmün özelliği, onun kolektif verilmesidir. Muhakeme hukukundaki muhakemeyi muhakeme yapan, muhakemenin kolektif olması, yani hükmün kolektif verilmesidir.¹⁰

İddia makamı/davacı, itham eder; bir iddiada bulunur. Bu, bir tezin ileri sürülmesi demektir. Müdafaa (savunma) makamı/davalı, kendi hükmünü/savunmasını/karşı iddiasını antitez olarak mahkemeye arzeder. Hâkim, bu iki hükmün (tez ve antitezin) sentezini yapmaktadır. Bu sentezi yapabilmek için hâkim, tarafların hükümlerinden (tez ve antitezen) yararlanacaktır. İyi bir muhakeme yapabilmek için, daima iki taraflı düşünmek gerekir. Şüpheyi yenen ve hakikati ifade eden hüküm, çelişiksizlik ilkesinin bir ifadesidir, yani kabul edilenin zıd-

dının vârit olmadığının kabul edilmesi demektir. Şu halde hüküm, farklı ve çelişik düşüncelerin bir tek düşüncede birleştirilmesidir. Bu nedenle, bir insan tek başına hüküm verirken bile, müsbet, menfi, iki çelişik ihtimali de hesaba katmak zorundadır. Bu itibarla, hüküm vermek ve şüpheyi yenmek isteyen kimse, karşısında hasım varmış gibi hareket eder ve bir çelişme yaparak sonunda hükmünü verir. Muhakemede tarafların kabulünün sebebi budur. Muhakemede taraf yoksa dahi yaratılması gerekir. Nitekim, Mecelle'ye (m.1791) göre, gelmeyen davalı yerine mahkemenin tayin edeceği vekil-i müsahhar bulundurulması ve onun inkâr yoluyla müdafaa da bulunması bunun içindi. Çünkü, çekişme şeklinde olmayan bir muhakeme, muhakeme olmadığı gibi verilen hüküm yargılama hükmü değildir. Ancak kolektif olarak verilen hüküm ona iştirak edenler nazarında bir hakikat ifade eder. Çünkü, sentezi teşkil eden hüküm tez ve antitezle çelişmeyecek (tenakuz teşkil etmeyecek), onları mantıken cevaplandıracak ve tarafları da tatmin edecektir.¹¹

Kolektif hüküm vermenin, yani muhakeme yapmanın metodu, hüküm verme faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün sùjeler (hâkim-savcı/davacı-sanık/davalı) birbirlerinin fikirlerini öğreneceklerdir; hep birlikte düşüneceklerdir. Bu imkânı sağlayan sisteme çelişme denilmektedir.¹²

C. Kanun Yapma/Kural Koyma Sürecinde Eleştirel Düşünme

Hukukta, norm koyma süreci, eleştirel düşünmenin özel bir hali olarak ni-

telendirilebilir. Nitekim, kanun önerisi (tasarı-teklif) ve özellikle temel kanunların hazırlanması, uzman komisyonların uzun süren ve yoğun çalışmalarını gerektirmektedir. Hazırlanan kanun tasarı taslak metninin Bakanlar Kurulu'ndan geçerek tasarı haline gelmesi ve Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanlığı'na sunulması; ilgili meclis komisyonlarında tartışılması ve Genel Kurulda görüşülüp oylanması ve kabul edilmesi; Cumhurbaşkanlığı tarafından incelenmesi ve Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi aşamalarında eleştirel düşünme faaliyeti yapılmaktadır.

Yapılan bu açıklamalardan da anlaşılabileceği üzere, muhakeme hukukunda eleştirel düşünme öteden beri vardır. Ashnda, hukukta eleştirel düşünme sadece muhakeme hukuku alanında değil, hukuk kurallarının konulması aşamasında da söz konusudur. Nitekim, bir kanun tasarılarının hazırlanması aşamasından Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesine kadar geçen her bir aşamada eleştirel düşünmenin değişik basamakları yaşanmaktadır. Kısacası, eleştirel düşünme, hukuk için yabancı olduğu bir faaliyet değildir.

GENEL DEĞERLENDİRME ve SONUÇ

Hukuk yaratma-hüküm verme eleştirel düşünmenin bir sonucudur.

Hukuku, normu uygulayan, karar/hükmü veren yaratır, oluşturur.

Hukuk normu, kişilerin tutum ve davranışlarında, iş ve işlemlerinde nasıl davranacaklarını ve verilecek kararın/hükmün hangi araçlardan yararlanarak verileceğine aracılık etmektedir. Başka bir deyişle, norm, bilinebilirlik, anla-

(5) Bu başlık altında yapılan açıklamalara ilişkin alıntılar, bu alanın özelliği ve alıntı yapılan metnin güzelliği nedeniyle aslına uygun olarak yapılmıştır. Alıntı yapılan eserin alanının şaheseri olması nedeniyle diline mecbur kalınmadıkça dokunulmamaya çalışılmıştır.

(6) Kunter, no. 2/1.

(7) Kunter, no. 2/1.

(8) Kunter, no. 3/1.

(9) Kunter, no. 18.

(10) Kunter, no. 19.

(11) Kunter, no. 20.

(12) Kunter, no. 21.

şılabilirlik, uygulanabilirlik sağlama aracıdır.

Hâkimin/mahkemenin karar vermesi; ilk derece mahkemesinin verdiği kararın itiraz ve/ya da temyiz incelemesine tâbi tutulması; hatta, kararın düzeltilmesi kanun yolunun benimsenmiş olması, hukuk alanında eleştirel düşünmenin ne kadar önemli bir yerinin olduğunu göstermektedir.

Norm, davranış kuralını ve buna aykırılık halinde uygulanacak yaptırımı ifade eder. Bizzat hukukun kendisi değildir.

Hukuk, kurallar bütünü değildir. Hukuk bir süreçtir. İyiye kötünden; tehlikeliye tehlikesizden; haklıya haksızdan; düzeni düzensizlikten; istikrarı istikrarsızlıktan ayırma sürecidir. Hukuk, bu süreç sonucunda oluşandır. Bu sonuca ulaşmak bakımından, sonuca ulaşacak olanı başıboş bırakmamak için birtakım kurallar konulması ihtiyacı vardır. Sonucun isabetinin değerlendirilmesi gereği de, bu sonuca ulaşmada kullanılacak/yararlanılacak olan araçların biliniyor olmasını gerektirmektedir. Aynı zamanda sebep-sonuç ilişkisinin doğru kurulup kurulmadığının denetlenmesi; varılan sonucun/kararın gerekçesi sayesinde bilinebilir. Gerçekçe, hem karar verenin kendisini denetlemesini; hem de karar verenin üçüncü kişiler tarafından denetlenebilmesini sağlar.

Normun konulması ve hukukun oluşturulması süreci eleştirel düşünme ve eleştirel düşünme becerilerine sahip olmayı zorunlu kılmaktadır. Bu alan, eleştirel düşünme ve eleştirel düşünme becerileri kazanma konusunda kişisel tercihlere yer veren bir alan değildir.

Mevcut yaklaşımlara uymayan, hatta aksi görüş sahibi olmak kınanmayı değil, desteklenmeyi, takdir edilme

gerektirir. Hukukçu, alternatifli düşünen kişidir. İçtihatla içtihat nakz olunmaz.

Hukuk, yasaklayıcı değil, düzenleyicidir; kişilere eylemlerinin sonuçlarını gösterir. Yasaklamak inzibatin görevidir. Hukuk, toplum vicdanını rahatsız eden bir fiil işlendiğinde bunun hoş karşılanmayacağını belirtir. O fiille ortaya çıkan zararın giderilmesini ya da failin tehlikeli olması nedeniyle tehlikesiz hale getirilmesini düzenler. Aslında suçlu, tehlikeli/zarar verici birisidir. Kişileri/toplumu onun şerrinden, var olan ve/ya da var olacak zarar vericiliğinden (kötüllüğünden/zararından/tehlikesinden) korumak istenmektedir. Ceza-tutukevleri, suçluları/tutuklukları eğiten yerler olmalıdır. Tehlikeli-muzır kişileri topluma kazandırmak için eğitimler düzenlenmelidir. Cezanın/tutuklamanın sadece tecrit etme; terbiye etme işlevi olmamalıdır.

Hukuk kuralları konulurken çok uzun tartışmalar, görüşmeler, araştırmalar, incelemeler yapılmaktadır. Hangi alanın düzenleneceği; bunun nasıl düzenleneceği hep eleştirel bir yaklaşımı zorunlu kılmaktadır. Farklı yönler dikkate alınmakta; değişik öneriler değerlendirilmektedir. Bu süreçte tek bir kişinin düşündükleri kural haline gelmemektedir. Kaldı ki, tek kişinin belirlediği kuralın isabetli olmaması halinde, böyle emirler bir hukuk kuralı olarak değil, ancak diktatörlük uygulaması olarak nitelenir.

Hukukun amacı adaleti, düzeni, istikrarı sağlamak suretiyle insan(lığı) mutlu, huzurlu kılmaktır. Hukuk bir denge sağlama işidir. Birini mutlu-huzurlu kılarken bir başkasını mutsuz ve huzursuz etmemek gerekir. Ölçülülük hukukun her alanında gözetilmesi gereken temel ilkedir.

Hukuk, hukuk fakültelerinden mezun olanlara bırakılamayacak kadar ciddi bir iştir. Ancak, uyumsuzlukların kaynağı ve çözüm süreci hakkında daha fazla bilgi sahibi olmaları nedeniyle hukuk fakültesi mezunları hukuk alanında görev yapmaktadır.

Doğru kime ait olursa olsun doğru; yanlış kimden kaynaklanırsa kaynaklansın yanlıştır. Bildiğini sanan ya da bildiği sanılanlarla değil, bilenlerle olmak gerekir.

KAYNAKÇA

- ARGÜDEN, Yılmaz; "Yönetim Kurullarında Eleştirel Düşünme", (Dünya Gazetesi, 15.05.2003).
- BENHABİB, Seyla (Çev. İsmet TEKEREK); *Eleştiri, Norm ve Ütopya*, (İletişim Yayınları), İstanbul 2005.

• FLEW, Antony (Çev. Hakan GÜNDOĞDU); *Dosdoğru Düşünmenin Yolu-Eleştirel Akıl Yürütmeye Giriş*, (Liberte Yayınları), Ankara 2008.

• KUNTER, Nurullah; *Muhakeme Hukuku Dahı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Bası, (Kazancı Hukuk Yayınları: 51), İstanbul 1986.

• ÖZDEMİR, Orhan; *Eleştirel Düşünme*, (Kriter Yayınevi), Ankara 2008.

• PAUL, Richard/ELDER, Linda (Çev. Merih Bektaş FİDAN); *Minik Eleştirel Düşünme Kılavuzu Kavramlar ve Araçlar*, (Yayın Yeri ve Tarihi Belli Değil).

• ÜNALAN, Şükrü; "Düşünme Tefekkür İbadeti ve Eleştirel Düşünme", <http://www.ilkadimdergisi.com/143/kapak-sukru.htm>

Boşanma Halinde veya Yakın Yaşam Arkadaşlıklarında Kadınların Eş Şiddetinden Korunması Sorunu*

Eray KARINCA**

GİRİŞ

Kadına yönelik şiddet, sokakta, işyerinde, yaşamın birçok alanında gerçekleştirilmesine karşın belki de en az görüleni, fakat en fazla uygulananı olan aile içinde gerçekleşenidir. Aile içi şiddetin önlenmesine ilişkin 14 Ocak 1998'de çıkarılan 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, kadına yönelik şiddetin karanlıkta kalan yüzüne ışık tutması yanında, önlenmesi için tedbirler getirmesi ve yaptırım uygulaması nedeniyle yasal düzenlemeler içinde kadına yönelik şiddetin kale kapısının kırılması için adeta bir koçbaşıdır. İki maddeden ibaret bu yasadaki eksiklikleri ve içtihat birliğinin sağlanamayışı yanında, toplum tarafından henüz yeterince benimsenmeyişi nedeniyle tam verim alınamamaktadır. Buna karşın yasanın birçok sorunun çözümünü uygulamacılara bırakması ve Yargıtay denetiminin yerinde ve zorunlu olarak yokluğu, daha ileri yorum ve açılımlara da olanak sağlayabilecek niteliktedir. Bazı aile mahkemesi yargıçları tarafından resmi evlilik aranmaksızın eş/partner şiddetinden kurtulmak isteyen kadınlar için koruma kararı verilmesi, yani yasanın koruma kalkanından daha fazla kadının yararlanmasının sağlanması düşüncesi,

buna güzel bir örnektir. Ne var ki, bu konuda bir kısım akademisyenin yaklaşımı cesaret verici değildir.

Bu çalışma, gerek iç hukuk, gerekse uluslararası hukuktaki konuya ilişkin düzenlemeler doğru yorumlandığında, yakın yaşam arkadaşlığında veya boşanma sonrasında eş şiddetine uğrayan kadınların 4320 Sayılı Yasa'daki koruma önlemlerinden yararlanılabileceklerini kanıtlama amaçlıdır. Her ne kadar eş ve aile olma olgusu boşanma ile sona ermekte ise de gerçek yaşamda genel düzenlemelerin kadını, boşandığı için şiddetinden korumaya yetmediği örneklere sıkça rastlanmaktadır. Çünkü eski kocalar, boşanmış olsalar dahi eşlerinin namus bekçiliğini sürdürme eğilimi içerisinde olup kadın üzerindeki egemenliklerini sürdürmek için zaman zaman kanlı olaylara yol açabilmektedirler. Aynı sonuç yakın yaşam arkadaşları açısından da geçerlidir. Resmi bir evlilik olmaksızın belli bir süre karı koca gibi birlikte yaşadıkları sonra, özellikle kadının ayrılmak istemesi durumunda erkek, terk edilmeyi gururuna yediremediği için veya farklı nedenlerle kadını taciz etmekte ve şiddet uygulayabilmektedir.

Eray Karınca

Beri yandan 4320 Sayılı Yasa'daki boşluklar ve bu yasa uyarınca verilen koruma kararlarına ilişkin olarak temyiz olanağının bulunmaması nedeniyle içtihat birliği oluşmamıştır. Uygulamada bazı hatalı kararlar verildiği görülmekle birlikte, yasadaki boşlukları dolduran, yasaı çıkarılış amacına uygun biçimde yorumlayıp geliştiren nitelikli kararlar da vardır. Uygulama birliği, adalete güvenin sağlanması için son derece önemli olduğundan, bunu sağlayabilecek tek araç olan, bu yasa uyarınca verilen kararlara yönelik farklı yaklaşımlar irdelenmelidir.

Söz konusu yaklaşım farklılıklarının en önemlisi, boşanan ve resmi evlilik dışı ilişkilerdeki -serbest birleşmeler- şiddet mağduru kadınların, yasanın sağladığı korumadan yararlandırılıp yararlandırılmayacağına ilişkindir. Nitekim bu sorun, öğreti ve uygulamada en çok tartışılan konudur. Farklı yargıçlarca, aynı kişiler arasındaki aynı olay için zıt kararlar verildiği dahi görülmektedir. Ancak bu kararlardan önce Medeni Yasa'daki aile kavramının irdelenmesi, tartışmaların anlaşılması açısından yerinde olacaktır.

1. MEDENİ YASADA AİLE KAVRAMI

Medeni Yasa'da aile kavramı üç değişik içerikte kullanılmıştır. Yasa genel olarak Evlilik Hukuku kısmında aileyi eşler olarak algılamak, Velayete ilişkin düzenlemelerinde ise ailenin ana baba ve çocuklardan oluştuğunu kabul etmiştir. Buna karşın "Ev Düzeni" başlığı altındaki 367. maddesinde, aile kavramını çok geniş olarak belirlemiştir. Madde şu

şekildedir: "Aile halinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfte göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur. Evi yönetme yetkisi, kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayan herkesi kapsar."

Öyleyse ana baba ve çocuklar dışındaki kan bağıyla veya evlilik bağıyla bağlı olan akrabalar dışında, işçi, bahçıvan, hizmetçi gibi kişiler, bir sözleşme ilişkisi içinde de bunlarla bir arada yaşıyorlarsa aile kavramına dahil edilecektir. Maddenin bu haliyle 4320 Sayılı Yasa açısından amacı aşmış, özel hukuk ilişkisi içindeki kişileri de içerdikleri görülmektedir.

Sonuç olarak Medeni Yasa'nın net bir aile tanımı vermediği, ele alınan konuya göre aile ilişkisini dar ya da geniş olarak belirlediği, resmi evlilikle sınırlamadığı görülmektedir. Bunu, ailenin süreç içindeki değişimini sezen yasa koyucunun uzak görüşlülüğü olarak değerlendirmek gerekir. Öğretide de: "...aile sanki yaşayan bir canlıdır ve kavram zaman ile zemine göre değişiklik göstermektedir." denilerek bu doğrultuda bir değerlendirme yapılmıştır.

Buna karşın TMK'nin 134. maddesi ve devamında evlenmenin şekil şartları düzenlenmiştir. "Evlenme, yetkili evlendirme memuru önünde yapılmalıysa, evlenme yoktur." Bu saptama Medeni Yasa açısından tartışmasız doğru olmakla birlikte, kadını ya da bir nedenle güçsüz olan eş, bir arada sürekli yaşamaktan kaynaklanan erkeğin ya da güçlü olanın şiddetinden korumayı

* Bu çalışma, İstanbul Barosu tarafından 25-29 Ağustos 2008 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen 'Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Yaklaşımlar Sempozyumu'nda bildiriler olarak sunulmuştur. Ayrıca bir kitap çalışması olarak detaylı biçimde ele alınmıştır. Bkz. Eray Karınca, Kadına Yönelik Aile İçi Şiddete İlişkin Hukuki Durum ve Uygulama Örnekleri, T.C. Başbakanlık Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, Ankara, Kasım 2008.

** Hakim, Ankara 8. Aile Mahkemesi

(1) Koçhisarhoğlu, Cengiz, "Aile ve Aile Yaran", Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğe Girişinin 80. Yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Editörler: A.Lâle Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, 2007, s.57.

(2) Öztan, Bilge, Medeni Hukukun Temel Kavramları, Turhan Kitabevi, 9. Bası, Ankara, 2002, s. 389.

amaçlayan 4320 Sayılı Yasa'nın amacını gerçekleştirmede kısıtladığı ve yasanın kendine özgü niteliğiyle bağdaşmadığı ortadadır. Öyleyse 4320 Sayılı Yasa açısından aile kavramını, evlilikten bağımsız değerlendirmek gereklidir.

Nitekim karşılaştırmalı hukuk açısından yapılan çalışmalarda da ailenin hukuki bir kavram olarak, kendine özgü (*sui generis*) bir nitelik taşıdığı, bazı alanlarda, boşanmadan sonra da devam ettiği belirtilmektedir. İsviçre medeni hukukçularından yapılan alıntılarda, 'aile' ve 'aile yarı' kavramının belirsizliği ve tanımlanmasındaki güçlükler gözetilerek: "Bu kavramın yorumunda hâkimlerin serbestisi hemen hemen tamdır, 'hemen hemen' diyoruz, zira onların kararlarını gerekçelendirme ödevleri vardır ve bu ödevleri aracılığıyla bir sınır ortaya çıkmaktadır."denilmektedir.³ Öyleyse, yasa koyucunun bu tür kavramları tasarlariken örtülü biçimde yargıcı, hukuk oluşturmakla görevlendirdiği, yargıcın bu tür kavramların yorumlanmasında özgürlüğünün tam olduğu kabul edilmelidir.

Öyleyse, 'resmi değilse yapılan evlilik, yoktur' önermesinin, ortada geçerli bir aile tanımı olmadığı için, kadınların şiddetten korunması söz konusu ise yumuşatılması zorunludur. Boşanma halinde ve yakın yaşam arkadaşlığında ve aile içi şiddetin önlenmesi için bir başvuru yapılmışsa, bu durumda yasada boşluk olduğu kabul edilmeli ve yargıç tarafından TMK. 1. maddesinin 2. fıkrası kapsamında kadınların güvenlik içinde yaşama hakkının korunması amacıyla yorumlanarak bu boşluk doldurulmalıdır.

2. TARTIŞILAN KARARLAR

Ankara Aile Mahkemeleri'nde koruma kararı verilmesi için resmi evlilik bağının zorunlu olup olmadığına ilişkin olarak yakın tarihli çelişkili kararlar vardır. Örneğin, 10. Aile Mahkemesi'nin 7. 5. 2007 gün ve 2007/23 değişik iş sayılı kararında, *somut olayda resmi bir birliktelik ve aile bulunmadığından tedbir talebi reddedilmiştir*.

Buna karşın aynı kişiler ve aynı olaya ilişkin olarak 5. Aile Mahkemesi'nin 2007/216 esas sayılı dosyasında görülmekte olan velayet davasında ara kararla, istekte bulunan kadının evlenmek amacıyla birlikte yaşadığı (nişanlı olan) erkek tarafından ilişkiyi bitirmek istemesi üzerine şiddete uğradığına değinilmiş ve 4320 sayılı yasa da *değişiklik yapılmasına ilişkin 5236 Sayılı Yasa'daki değişiklik ve gerekçesi incelendiğinde, bu durumda yaşayan kişilerin de korunma kapsamına alındığı* belirtilerek, koruma kararı verilmiştir.

8. Aile Mahkemesi'nin 2007/10-12 değişik iş sayılı kararında ise, boşanmış olan eşlerin, boşanma kararından sonra birlikte oturmayı sürdürdükleri belirtilerek, *"boşanmış olsalar bile kimi zaman eski kocaların bazılarının, boşandıkları eş ve velayetleri altında olmayan çocukları üzerinde baskı ve şiddet uygulama eğilimi taşıdıkları"* gerekçesiyle, istekte bulunan kadın lehine koruma kararı verilmiş, erkek evden uzaklaştırılmıştır. Somut olayda kadın, işsiz güçsüz ve içkiye düşkün olan eski eşi, zor durumda kaldığı için ve çocuklarının ısrarını kıramayarak eve aldığını, ancak birkaç ay sonra adamın kendisine yine şiddet uygulamaya başladığını ileri sürmüştür.

İstanbul Aile Mahkemeleri'nce de imam nikahlı ya da serbest birleşmeler ve boşanmış eşler için 4320 Sayılı Yasa

uyarınca tedbirler verildiğine ilişkin basında haber çıkmıştır.⁴

3. ELEŞTİRİLER VE YANITLARI

Tartışılan bu kararlar, bir erkekle resmi nikah ilişkisi olmaksızın birlikte yaşayan veya boşanmış olan kadınlar açısından eş şiddetinden korunmanın mahkemelere başvurulacak kadar önemli ve sık rastlanan bir sorun olduğunu göstermektedir. 4320 Sayılı Yasa'nın boşanmış olan ya da resmi evlilik dışı ilişki yaşayan kadınları korumayacağı çeşitli yazılarda dile getirilmiştir. Örneğin, "Kanunun amacı aileyi korumaktır. Toplumda resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkek aile olarak kabul görse de bu ilişkileri aile saymak dolayısı ile kanundan bu şahısları yararlandırmak, amacına uygun değildir. Zaman zaman değişik mahkemelerin resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkeklerle ilgili koruma kararı verdiğine rastlanmışsa da bu kararlar yasaya aykındır."⁵ denmiştir.

Bu görüş iki temel kabule dayanmaktadır. Birinci kabul, kanundan bu kişileri yararlandırmanın amaca uygun olmadığına ilişkindir. Oysa yasanın çıkarılış amacı, genel gerekçesinde de belirtildiği üzere kadını şiddetten korumaktır. Yukarıdaki örneklerde de koruma kararı almak için başvuruda bulunanların şiddet mağduru kadınlar olduğu tartışmasızdır.

Öte yandan bir şeyin yasada var olmaması ile yasak olarak açıkça düzenlenmiş olması ise ayrı şeylerdir. 4320 Sayılı Yasa'da olsun diğer yasalarda

olsun, *resmi bir evlilik olmaksızın birlikte yaşayan kadın ve erkek için koruma kararı verilemez, verilirse yasaya aykırıdır*, diye bir düzenleme yoktur. O halde bu kararlar yasaya aykırıdır, biçimindeki saptama yasal dayanaktan yoksundur.

Bir başka görüşte ise, öncelikle bir aileden söz edebilmek için Medeni Kanun anlamında kurulmuş bir evliliğin mevcut olması gerekir denilerek, 4320 Sayılı Yasa'nın kapsamının eşler açısından resmi evlilikle sınırlı tutulması gerektiği savunulmuştur: "Aile gibi bir arada yaşıyor olsa bile nikahsız birlikteliklerin bir görünümü olan sadece dini nikaha dayanan birliktelikler, 4320 Sayılı Kanun'un tam anlamıyla kapsamında sayılamazlar. Birlikte yaşayan çiftler arasında resmi nikah olmadığından aralarındaki birliktelik evlilik olarak adlandıramayacağı için birlikte yaşayan eşler 4320 Sayılı Kanun kapsamında korunamazlar."⁶

Erdem'in, kanunen yok olarak kabul edilen imam nikahlı evliliklerin (birlikteliklerin) de 4320 sayılı Kanun'un kapsamında olduğuna ilişkin görüşe yönelik eleştirisi ise şu şekildedir: "Yazar bu görüşünü 4320 sayılı kanunda aynı çatı altında yaşayan bir aileden bahsetmesine dayandırmaktadır. Yazarın dikkate aldığı menfaatleri kabul etmekle birlikte, 4320 sayılı kanun çerçevesinde böyle bir yorum kabul edilemez. Medeni Kanun anlamında olmayan birlikteliklerde (nikahsız birliktelikler), eşlerin birbirlerinin şiddetine karşı koruma talep edebilmeleri mümkün değildir. Medeni Kanun anlamında bir evlilik mevcut değilse, 4320 sayılı kanun anlamında da

(3) a.g.y., dipnot. 8, s.62.

(4) Bkz. Hürriyet Gazetesi, 22 Nisan 2007, s.6.

(5) Ateş, Mustafa; "4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun ve Bu Kanundaki Değişiklikler Üzerine Düşünceler", Ankara Barosu Dergisi, yıl: 65, sayı 3, Yaz 2007, s.162.

(6) Erdem, Mehmet; "Aile İçi Şiddet Ve 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım Aralık 2007, s.51.

birlikte yaşayan kişiler açısından bir aileden bahsetmek mümkün olmaz.”⁷⁷

Bu bakış açısının Medeni Kanun’la sınırlı olduğu, özet olarak kanunen evli olmayan kadının, 4320 Sayılı Yasa kapsamında korunamayacağını savunulduğu görülmektedir. Buna göre evliliğin boşanma veya iptal gibi bir nedenle sona ermesi halinde de eski eşler kanunun kapsamından çıkacaktır. Nitekim boşanmış kadınların korunması gerektiği görüşüne karşı da aynı eleştiriler sürdürülmektedir: “Bizce sona eren bir evlilik sonrasında artık boşanmış eşler açısından 4320 sayılı kanunun uygulanmasını gerektirecek bir menfaat kalmamaktadır. Evlilik sona erdikten sonra meydana gelen şiddete karşı eşlerin başka kanuni imkanları kullanmaları yeterlidir. Bu konudaki tereddütleri ortadan kaldırmak amacıyla 5636 sayılı kanun ile 4320 sayılı kanuna bazı eklemeler yapılmıştır. 5636 sayılı kanun “mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan veya evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireylerinden (burada aile bireyleri ifadesi yerine eş ifadesinin kullanılması yerinde olurdu)” bahsederek, mevhumu muhalifinden, boşanma durumunda, 4320 sayılı kanunun uygulanmayacağını belirtmektedir.”⁷⁸

Özetle Medeni Kanun kapsamında aile sayılmayan ilişkilerin 4320 Sayılı Yasa kapsamında korunmayacağı ve boşanma halinde yasanın uygulanmasını gerektirecek yarar kalmadığı, eşlerin başka yasal olanakları kullanabilecekleri ve yasadaki değişikliğin içermediği ilişkilerin bu kapsama sokulamayacağı görüşü, 5636 Sayılı Yasa’yla yapılan değişikliğin mevhum-u muhalifi sorgula-

narak kuvvetlendirilmektedir. Ne var ki bu sonucun pratikte sorunlar yaratacağı, devamındaki satırlarından anlaşılmaktadır. Örneğin, “Aralarında resmi nikah olmamakla birlikte tarafların ortak çocukları şüphesiz Kanunun korumasından yararlanırlar.”⁷⁹ Bu, aynı çatı altında yaşayan, aynı sofrayı, aynı yatağı paylaşan kişilerin çocuklarının, onların uygulayabileceği şiddete karşı korunacağı, ancak çocuğun annesinin korunmayacağı anlamına gelir. Bu sonucu adil ve hakkaniyete uygun bulmak olası değildir. Öte yandan annesine uygulanan şiddet, çocukta da tahribat yaratacağından, ona da uygulanmış olacaktır. Öyleyse yasada yer alıyorsa mevhumu muhalifinden hareketle yasaktır demek yerine, yasaklayan bir düzenleme yok, öyleyse aile ilişkisi içindeki serbest birleşmeleri ve boşanmış kadınları da 4320 Sayılı Yasa’nın korumasından yararlandırabiliriz, demek de olanaklı ve yerinde olacaktır.

Boşanmış olan veya resmi nikâh olmaksızın bir erkekle birlikte yaşayan kadınların, eşleri tarafından şiddete maruz bırakılmaları halinde 4320 Sayılı Yasa’daki önlemlerden yararlanamayacaklarına ilişkin başka bir görüş ise şöyle savunulmaktadır: “Serbest birleşmeler hukuki bir kavram olmaktan öte yalnızca toplumsal açıdan önem taşıyan sosyolojik bir olgu olarak karşımıza çıkmaktadır. Serbest birleşmelerdeki tarafların da bu kanun kapsamında korunacağının kabul edilmesi, hukuk düzenince tanınmayan ve taraflarına hiçbir hak bahsetmeyen bu ilişkinin, 4320 Sayılı Kanun aracılığıyla dolaylı olarak hukukça tanınması gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkaracaktır.”⁸⁰

(77) Erdem, a.g.m. dipnot 17, s. 51.

(78) Erdem, a.g.m., s.52.

(79) Erdem, a.g.m., s.51.

(10) Kahveci, Nalan; “4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun’da 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler”, İzmir Barosu Dergisi, Temmuz 2007, Yıl 72, Sayı 3, s.282.

Bu yazarın çocukların aile içi şiddetten korunması hususundaki yaklaşımı ise şu şekildedir: “5636 Sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra, serbest birleşmelerden doğmuş, fakat baba ile soy bağı kurulmamış olan ve bu Kanunun 1. maddesi anlamında “aynı çatı altında yaşayan” çocukların korunması ilkesinden hareketle, bu Kanun kapsamında korunmalıdır.”⁸¹ Yazara göre bu yorum, serbest birleşmelerin hukuken korunduğu anlamına gelmeyecektir, çünkü önemli olan husus çocuğun korunmasıdır. Ancak anneyi korumadan çocuğu korumanın mümkün olmayacağı göz ardı edilmemelidir.

Yukarıda irdelenenlere koşut olarak, koruma kararının resmi evlilikle sınırlı tutulması gerektiği görüşü ayrıca şu başlıklarda toplanabilir:

A. Boşanma halinde kanunun uygulanmasını gerektirecek menfaat kalmamıştır:

Burada yasaca korunan menfaatten ne anlaşıldığı önemlidir. 4320 Sayılı Yasa, sözüyle evlilik dışı ilişkileri koruma kapsamına almamıştır. Ancak bunu yasaklayan bir düzenleme de içermemektedir. Aksine 5636 Sayılı Yasa’yla yapılan değişikliğin 1. maddesinin gerekçesine bakıldığında, yasa koyucu çok açık biçimde, boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler de aile içi şiddete maruz kalabildiklerinden dediğine göre, yasa boşanma halini de içermektedir. Çünkü gerekçede bir sonraki tümcedeki, boşanma davası açılması durumlarında dahi koşulların gerçekleşmesi halinde, 4320 Sayılı Kanun’dan faydalana-bileceğinin belirtilmesi de boşanmanın gerçekleşmiş olmasıyla, bu davanın açılmış olması halinin bilinçli olarak ayrı tutulduğunu göstermektedir. Öte yandan

yasa, kadın örgütlerinin yoğun çabaları sonucunda nihai amaç olarak kadına karşı şiddeti önlemek amacıyla çıkarılmıştır. Hukuki menfaat de bu nihai amaç doğrultusunda değerlendirildiğinde yasanın, benzer ilişkiler nedeniyle ezilen, şiddete uğrayan daha çok sayıda kadını kapsamına almasında hukuki ve toplumsal yarar olduğu ortadadır.

B. Boşanmış olan eşler başka yasal olanakları kullanabilirler:

Boşanma halinde ve yakın ilişkilerde bu ilişki kapsamında şiddete uğrayan kadının başka yasal olanaklar kullanabileceği savı ise, bu kişiler arasındaki ilişki, sokaktaki herhangi iki kişinin ilişkilerinden farklı olduğu, kusurlu kişinin gerçekleştirdiği takip, taciz ve ızzarda kendisine bir hak gördüğü, toplumun da buna seyirci kalmayı yeğleyebildiği görülmekle pratikte yetersizdir. Örneğin ayrılmak istediği sevgilisi tarafından makamında tokatlandığı için önce ceza mahkemesine başvuran üst düzey kamu görevlisi olan kadın, faile sonuç olarak üç yüz YTL ceza verilmesi üzerine uğradığı düş kırıklığını şu tümceyle ifade etmiştir: “Bu adam üç yüz lira vermeyi göze alır ve ayda bir makamıma gelip beni yine tokatlar.”

C. Serbest birleşmelerdeki tarafların bu kanun kapsamında korunacağını kabul edilmesi, hukuk düzenince tanınmayan bu ilişkinin dolaylı olarak hukukça tanınması gibi istenmeyen bir sonucu ortaya çıkarır:

Hukuk düzenince tanınmayan bir ilişkinin korunma kapsamına alnamayacağı savı mutlak bir gerçeklik değildir. Çünkü hukuk sistemimizde zaten, resmi nikah olmasa da karı koca gibi birlikte yaşayanların, diğer koşullar uygunsa

(11) Kahveci, a.g.m., s.283.

haksız fiil halinde destekten yoksun kalma tazminatına hak kazanacağı öteden beri kabul edilmektedir. Öte yandan nişanlanma, hukukça tanınmış ve Türk Medeni Kanunu'nun 118. vd. maddelerinde düzenlenmiş evlenme vaadiyle yapılan bir sözleşmedir. Öyleyse, nişanlılık döneminde yakın yaşam arkadaşlığı şeklinde ilişki yaşayan bir kadın, bu ilişkiyi sonlandırmak istemesi üzerine şiddete uğraması halinde koruma kapsamı dışında tutulmamalıdır.

Boşanmış olan veya resmi nikâh olmaksızın bir erkekle birlikte yaşayan kadınların, yasadaki koruma önlemlerinden yararlandırılmasının, imam nikâhlı birliktelikleri artıracığı ya da Avrupa ülkeleri ve Amerika Birleşik Devletleri'nde yaygın olduğu üzere, birlikte yaşamayı teşvik edeceği yolundaki endişe ise bu düzenleme ilişkinin başlangıcını değil, sonucunu etkileyeceği için yerinde değildir. Çünkü bu yolda verilecek olan tedbir, zaten var olan, yaşanan birliktelikler için söz konusudur ve nikâhsız birliktelikleri teşvik etmek bir yana, tam tersine bu birliktelikten kurtulmak isteyen kadına, ilişkiden kurtulma çabasında katkı sağlayacaktır. Aslında bu karara en çok gereksinme duyan toplum kesimi onlardır ve hiçbir kadın, 4320 Sayılı Yasa var. evlenmesem de olur. başıma bir şey geldiğinde bu yasa beni korur, diyerek nikâhsız bir ilişki yaşamak istemeyecektir.

4. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ KARARLARINDA AİLE KAVRAMI VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUK AÇISINDAN YAKIN YAŞAM ARKADAŞLIĞI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan veya

resmen evliyken boşanmış olan, yani resmi evlilik dışı birlikteliklerdeki şiddet mağdurlarını kararlarında aile olarak kabul etmesine karşın, ailenin öncelikle, eşler ve çocuklardan oluştuğunu vurgulamaktadır. Mahkeme kararlarına göre aile kavramı, dede ile torun gibi ailede önemli rol oynayan yakın hısımlar arasındaki ilişkileri de kapsamaktadır. Buna karşın öğretide, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8/1 maddesi anlamında aile geniş anlaşılmaktadır. Buna göre aile, ana-baba ve meşru veya gayrimeşru çocukları ile olan ilişkileri içermektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki ilişkiyi de 8/1 anlamında aile yaşamı olarak kabul etmiş, 8/1' in koruma alanına doğal ailenin girdiği sonucuna varmıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, de facto sıkı kişisel ilişkileri olan kişilerin de bu maddeden yararlanabileceğini ifade etmekteyse de bu karardan evliliğe dayanmayan aile yaşamının genel olarak hukuki açıdan evliliğe dayanan aile yaşamıyla eş tutulması gerektiği gibi bir sonuç çıkarılamaz."¹² görüşü savunulmuştur.

Oysa yukarıdaki yorumun tersine, sıkı kişisel ilişkiden kasıt, tam da resmi nikâh olmaksızın birlikte yaşamak, yani yakın yaşam arkadaşlığıdır. Nitekim Mahkeme, 1984 yılında sonuçlandırdığı bir dizi başvurunun kararında, aile yaşamını eşler arasındaki ilişkinin içeriğine ve sürekliliğine dayandırmıştır: "...Biçimsel koşulları henüz gerçekleşmeyen evliliklerin 8. maddenin sağladığı güvenceden yoksun bırakılamayacağı..." belirtilirken, başvuruçuların aile oluşturma koşulları değerlendirilmiştir¹³ Açıkçası Mahkeme'ye göre evliliğin

biçimsel koşulları değil, eylemsel olarak aile olup olmamak önemlidir.

Bir başka kararda ise, "devletin, bir kişinin fiziksel şahsiyetinin korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemesi halinin 8. maddenin ihlali olduğu."¹⁴ belirtilmiştir. Bu karar, tartışmamıza uyarlanırsa, genel hükümlerin şiddeti durdurmaya yetmediği durumda, başka önlemlerin alınması gerekecektir. Örneğin boşanma ya da yakın yaşam arkadaşlığından kaynaklanan bir nedenle şiddete uğranılması halinde 4320 Sayılı Yasa'nın uygulanması artık devletin yükümlülüğüne girmektedir.

Aynı sonuca Anayasa 90. maddede ve usul yasalarımızda yapılan değişikliklerden sonra da varmak zorunludur. Çünkü, "2004 yılında yapılan Anayasa değişikliği sonrası, genel yetkili mahkemeler verdikleri kararlarda yalnızca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin hükümlerini değil, aynı zamanda Sözleşme hükümlerinin yorumu niteliğindeki AİHM kararlarını da göz önünde bulundurmak zorundadır. Özellikle, Türkiye'nin 2002 ve 2003 yıllarında CMK ve HMUK'da yaptığı değişikliklerle Strasbourg Mahkemesi'nin belirlediği ihlal kararlarının ceza, hukuk ve idari yargılama usulünde yeniden yargılama sebebi olarak kabul edilmesi, AİHM içtihatlarına iç hukukta normatif bir değer kazandırmıştır."¹⁵

Öyleyse Türkiye, uygar uluslar ailesinin üyesi olarak, *Birleşmiş Milletler Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*'ni (CEDAW) 1979'da kabul ettiğine göre,

ulusal mahkemeleri de artık sözleşmenin daha birinci maddesinin *medeni durumlarına bakılmaksızın tüm kadınların* dediğini dikkate almalıdır. Aynı biçimde Anayasa'nın 90. maddesi ve usul yasalarındaki değişiklikler doğrultusunda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince de facto yani sıkı kişisel ilişki yaşayanların aile sayıldığı dikkate alınmak zorundadır. Yoksa AİHM önüne bir uyuşmazlık getirildiğinde, sözleşmenin ihlal edildiği kararının verilmesi ve ülkemizin tazminat ödemek zorunda kalması işten değildir.

Karşılaştırmalı hukuk açısından bakıldığında da durum farklı değildir. Kuşkusuz asıl olan yasal evliliklerdir. Ancak kadına yönelik şiddet söz konusu ise ve bu durum eş gibi yaşamaktan kaynaklamıyor ise uygar ülkelerin, kadına resmi nikâhın yoksa ben bu şiddete dolayı da olsa göz yumarım demeleri söz konusu değildir. Örneğin, New York Aile Mahkemelerine ilişkin aşağıdaki saptamalar da bu yoldadır: "Anayasa anlamında aile resmi evlilikleri içerir. Bu nedenle yetkili memur olmayan kişi önünde yapılmayan törenler veya birlikte yaşamalar kanun koyucu açısından yok evliliklerdir. New York aile mahkemeleri de toplum politikası olarak bu birleşmelere sıcak bakmamakla birlikte, bu tür birlikteliklerde çocuk varsa evliliğe ilişkin kanunları uygulamaktadır. Bizde bu tür birleşmelerden doğan çocukların nesebi, idari veya yasal yollarla giderilmektedir (MK md. 282 vd.). Ancak bu tür birleşmeler için de bir düzenleme yapılmalıdır. Nitekim Almanya'da birlikte yaşayanlar için yaşam

(12) Kahveci, a.g.m., dipnot 30, s. 282.

(13) Uınç, Güney; "Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunması", İnsan Hakları Konferanslar (14 Nisan 2006-26 Mayıs 2006), Ankara Barosu İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, s.22.

(14) Akın, Mustafa; "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda Belirtilmeyen Tedbirlere Hükmedilmesi ve Danışmanlık Tedbirinin Uygulanması", Terazi Hukuk Dergisi, Ekim 2007, Sayı 14, s.98.

(15) Başlar, Kemal; Türk Mahkeme Kararlarında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Şen Matbaa, Ankara, Nisan 2008, s.6.

ortaklığı yasası çıkarılmıştır. Yaşam ortaklığı davalarını görmekle de aile mahkemeleri yetkili kılınmıştır. Burada hakimin, yaptığı yargılama sonucu yaşam ortaklığının feshiyle, bunun sonucu olarak da yardım ve destek yükümlülüğü, nafaka, müsterek konut ve ev eşyası gibi sonuçları hüküm altına alacağı belirtilmiştir.¹⁶

Görüldüğü üzere çağdaş dünyada fiili nedenlerle kabul edilen birlikte yaşama olgusu, hızla hukuksal çerçeve içine alınmaktadır.

Türkiye Cumhuriyeti temelindeki lâik niteliği gereği, şeriat hukukunun uzantısı olan imam nikâhlı evliliklere soğuk yaklaşmakla birlikte, bu toplumsal olguyu da görmezden gelememektedir. Nitekim bu tür birlikteliklerden doğan çocukların tanınması, haksız fiil sonucu ölüm hallerinde sağ kalan resmi nikahsız eşe destekten yoksun kalma tazminatı ödenmesi bu kaçınılmazlığın sonuçlarıdır. Görmezden gelme ya da yok sayma, hukuken olanaklı gibi görülse de toplumsal ve bireysel bedellerinin ağır olduğu ortadadır.

5. YARGICIN ETİK SORUMLULUĞU AÇISINDAN BİR DENEME

Boşanmış ya da yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan kadınların yasaca korunmasına karşı çıkılmasının temel nedeni, uygarca bir arada yaşama olanağını tehdit eden aile içi şiddetin, salt medeni hukuk kapsamında, yani normatif yaklaşım ile çözülebilecek bir olgu olarak görülmesidir. Oysa yasa koyucu, 4320 Sayılı Yasa'da hukuki ve cezai, hatta

idari boyutları olan karma bir düzenleme yapmıştır. Öyleyse toplumsal şiddetin önemli bir bölümünü oluşturan kadına karşı şiddetin önlenmesinde, çıkarış amacına uygun olarak yasadaki azami ölçüde yararlanma olanağının olup olmadığı, konunun hukuki niteliği yanında etik ve felsefi açıdan da ele alınarak tartışılmalıdır.

Örneğin 4320 Sayılı Yasa'nın kısa sürede değişiklik yaşamasına karşın hâlâ birçok açıdan eksiklikleri barındırdığı gözetildiğinde bu, yasa koyucunun bilinçli bir tercihi olabilir mi sorusu aklı gelmektedir. Öyle veya değil, etik açıdan bakıldığında, bu eksiklik nasıl doldurulacaktır ya da yargılama sırasında yargıç, yargıladığı eylem ile yasa arasındaki bağlantıyı nasıl kurmaktadır? "Yani kriter olarak yasayı mı kullanıyor ve davranışa değer biçiyor? Yoksa, yargıç olarak yargılayacağı eylemin değerini -yapıldığı koşullarda diğer yapılabilir olanlara göre özelliğini- kendisi belirledikten sonra mı yasa ile bağlantı kuruyor?"¹⁷ Buna verilecek yanıt, boşanmış ya da yakın yaşam arkadaşlığı yaşayan kadın için koruma önlemleri verilmesi tartışmasına da ışık tutacak niteliktedir.

Bu durumda, her türlü yargılamanın nihai hedefi, haklının haksızdan ayırt edilmesi, adaletin gerçekleştirilmesi ise, belki de doğru yanıt. "Bir yargıcın yargıladığı olayı ya da durumu yarattığı ileri sürülen eyleme uygun bir yasa maddesine değer biçmeyip, onu doğru değerlendirebilmesine ve bu değerlendirilmesine göre yürürlükteki bir yasaya bağlamasına ya da bağlamamasında

saklıdır."¹⁸ Öyleyse yargıcın etik sorumluluğu, kararın biçimsel olarak yasalara uygun olmasıyla sınırlı değildir. Dahası, "Etik sorumluluğu yaratan tipik soru şudur. Yargıç doğru yani adil bulmadığı bir hukuk normunu, salt pozitif karakterinden dolayı uygulamalı mıdır?"¹⁹ diyerek, tartışmayı daha ileriye götürmek olanaklıdır.

Yukarıda tartışılan olaylarda kimi yargıçlar, yasadaki açıkça yazmamasına karşın 4320 Sayılı Yasa'daki koruma tedbirlerini boşanmış eşler ve yakın yaşam arkadaşlığı olarak adlandırabileceğimiz resmi evlilik dışı ilişkilerde de uygulamıştır. Yani gereksinim olmasına karşın, yasanın konuyu açıkça düzenlemediğini gören yargıç inisiyatif kullanmıştır. Artık burada adalet ile hukuk güvenliği arasında bir çatışma söz konusu değildir. Çünkü yasadaki bu konuda bir yasaklama bulunmamaktadır. Yine de bir an için karşı görüşü benimserseniz, yani adalet ile hukuk güvenliği arasında bir çelişki olduğunu varsayarsak, bu çelişki nasıl giderilecektir? Alman Yüksek Mahkemesi'nin bu konudaki formülü şöyledir: "Adalet ile hukuk güvenliği arasındaki çatışma, yasama ve iktidar ile güvenceye alınmış pozitif hukukun, içerik bakımından haksız ve amaca aykırı dahi olsa, öncelik taşımasıyla çözülebilir, meğer ki pozitif yasanın adaletle olan çelişkisi, yasanın yanlış bir hukuk olarak adalet önünde geri adım atmasını gerektirecek derecede katlanılmaz bir ölçüye ulaşmış olsun."²⁰

Tartışılan konuya gelince, yasa sustuğu için, mevhum-u muhalifinden yola çıkılarak, boşanmış ya da yakın yaşam arkadaşlığı sürdüren kadınlar,

koruma önlemlerinden yararlanamaz demek doğru değildir. Bir yanda hukuk güvenliği öte yanda, azımsanamayacak sayıda bir kadın grubunun özgür ve güvenli yaşama hakkı söz konusu ise seçim, elbette ki Alman Mahkemesi'nin belirttiği üzere, hukuk güvenliğinin adalet önünde geri adım atmasını gerektirecek derecede katlanılmaz bir ölçüye ulaştığının kabulü biçiminde olmalıdır.

SONUÇ

Ailenin Korunmasına Dair 14.1.1998 tarihli ve 4320 Sayılı Kanunla, devlet, aile içi şiddetin varlığını kabul etmiş ve önlenmesi için yükümlülükler üstlenmiştir. Başka deyişle o tarihten itibaren kamu, genel hükümlerden ayrı olarak aile içi şiddetin kaynağında önlenmesi için tavır almıştır. Bugün bu kararlılık TBMM'nin 25.06.2005 tarihli ve 853 sayılı kararıyla oluşturulan Töre ve Namus Cinayetleri ile Kadınlara ve Çocuklara Yönelik Şiddetin Sebeplerinin Araştırılarak Alınması Gereken Önlemlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan TBMM Araştırma Komisyonu Kararındaki öneriler ve "Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi İçin Alınacak Tedbirler" konulu 2006/17 sayılı Başbakanlık Genelgesi içeriği doğrultusunda artarak devam etmektedir.

5636 Sayılı Yasa'yla, 4320 Sayılı Yasa'ya getirilen yenilikler ise yararlı olmakla birlikte özellikle resmi nikâhlı olmayan birliktelikleri açıkça kapsamına almadığı için eksiktir. Yine de aile içi şiddetin hukuksal birlikteliklerden öte sosyolojik bir olgu olarak değerlendirilmesi halinde, yasanın sözüyle sıkı

(16) Kuşuradı, a.g.e., s.145.

(16) Sirmen-Koçhisarlıoğlu, Karşılaştırmalı Hukukta Aile Mahkemeleri ve Türkiye Aile Mahkemelerinin Kurulmasında Yararlanılabilecek Bir Model, Kanun İş Hukuku ve İktisat Dergisi, cilt 5, s.18, s.104'den aktaran Baktı, s.103.

(17) Kuşuradı, İoanna; Etik, Türkiye Felsefe Kurumu, Ankara, 2006, s.144.

(19) Okçesiz, Hayrettin, Yargının Geleceği Üzerine Birkaç Söz, 2 Temmuz 2008 günü YARSAV tarafından Ankara İktisadi ve Hukuk Fakültesi'nde gerçekleştirilen, "Kuvvetler Ayrılığı ve Yargı Bağımsızlığı" sempozyumunda sunulan bildiri (Yayınlanmamış Çalışma).

(20) Okçesiz, Hayrettin; Sivil İktisatizm, 2. Baskı, İstanbul, 1996, s.131.

sıkıya bağlı olunmadan, madde ve gerçeklerdeki açılımlardan yola çıkarak yapılacak amaçsal yorum yoluyla, resmi evlilik dışı birlikteliklerdeki şiddet mağdurlarının da korunma kapsamına alınması olanaklıdır. Türk yargıcı hukuki bilgisi ve yorum yeteneği dâhilinde

yasayı evlilik kalkanından zaten mahrum olan bu toplum kesimi için de uygulamalıdır. Özellikle gerçeklerdeki, boşanma veya ayrılık nedeniyle ayrı konutlarda bulunan bireyler ifadesi bu yorumu elvermektedir. Çağdaş gelişmeler de bu yoldadır.²¹

İktidarın Bireyin Yaşamı Üzerinde Kurduğu Tahakkümde Hukukun Rolü

Onur KARTAL*

"Bugünkü hedef belki de ne olduğumuza keşfetmek değil, olduğumuz şeyi reddetmektir."

Michel Foucault

Çağdaş felsefecilerin üzerinde durduğu konulardan belki de en önemlisi iktidar sorunudur. Yapılan birçok çalışmada bu kavramın ne olduğu ve iktidarın işleyen, etkide bulunan faal bir yapı olması bakımından modern toplumda kendisini nerede nasıl gösterdiği irdelenir. Son dönem siyaset felsefesinin belirleyici isimlerinden G. Agamben, iktidar kavramına yönelik bu türden bir irdelemeyi, bu konuyla ilgilenen diğer düşüncelere getirdiği eleştiriler üzerinden geliştirir. Öyle ki iktidarın işleyişi ile ilgili temel kavramlarını Foucault'nun siyaset kuramına yönelttiği eleştiri temelinde içeriklendirir. Agamben'e göre Foucault, son dönem yapıtlarında modern çağda iktidarın eğiliminin değiştiğine yönelik bir belirlemede bulunmakla birlikte bu eğilimin ne olduğu konusunu belirsiz bırakır. Evet Foucault devlet iktidarının artık yaşamı hedef edindiğini, doğal hayatı mekanizma ve hesaplarına giderek daha fazla dahil ettiğini, bu nedenle de siyasetin

artık biyosiyaset haline geldiğini savunarak modern dönemde egemen iktidarın işleyişine yönelik doğru bir tespitte bulunur.¹ Fakat iktidarın bireyi, bireyselleştirdiği oranda bütünselleştirdiğini söylerken bu bireyselleştirme teknikleri ile bütünselleştirme prosedürlerinin kesiştiği alanı olanca muğlaklığıyla bıraktığından, iktidarın biyolojik yaşamı nasıl ele geçirmeye çalıştığını ortaya koymadığı gibi iktidarın işleyiş mekanizmalarını hapishane, tımarhane ve hastane gibi mekanlarda aradığından bu ele geçirme ediminin gerçekleştiği asıl yeri de göremez.²

Bu temelde Agamben egemen iktidar ve biyolojik yaşam arasındaki bağ konusunda Foucault'dan farklı bir yol izleyerek, bireyin bedensel ya da biyolojik yaşamının bugün için önemini modern dönemle, antikçağ arasında bir karşılaştırma üzerinden gösterir. Antikçağda Aristoteles'ten hatırlanabileceği gibi bireyin yaşamını *bios* ve *zoe* olmak üzere iki kavram karşılar. Yalnız *bios* bütün canlı varlıkların ortak özelliği olan yalın yaşamı imlerken *zoe* bir bireyin ya da bir grubun yaşam biçimine karşılık gelir ve bütün bir siyaset analizi yaşamın bu anlamı üzerinde yükselir.³ Modern dönemde ise, bu ayrım ortadan kalkar,

* Hacettepe Üniversitesi Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi.

(1) AGAMBEN, Giorgio: *Kutsal İnsan- Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, (Çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2001 s.11.

(2) A.g.y s.14.

(3) A.g.y s.9.

(21) Kancıca, Cray: "Ailenin Korunmasına Dair Kanunda 5636 Sayılı Kanunla Yapılan Değişiklikler"

Terazi Hukuk Dergisi, Yıl 2, Sayı 11, Temmuz 2007, s.120.

bireyin biyolojik yaşamı, yaşam kavramının bütününe karşılık gelir. Bu döneme ait sözlüklerde dahi yaşam kavramına yönelik bu ayrım göz ardı edilir.⁽⁴⁾ Dolayısıyla modern iktidarın işleyişinde, biryselleştirdiği oranda bütünselleştiren bir teknikler bütünü gören Foucault'nun aksine Agamben, bireyin toplumsal yaşamının ortadan kaldırılmasını ve bu yolla biyolojik yaşama indirgenmesini amaçlayan, temel etkinliği biyosiyasal bir beden üretmek olan bir egemen anlayışı görür.

Agamben'e göre bu indirgemede hukuk merkezi bir konuma sahiptir. Roma döneminin hukuk sisteminde bulunan *homo sacer* yani kutsal insan kavramı bugünün egemeninin dayattığı çıplak hayatın anlaşılmasını olanaklı kılar. Çünkü *kutsal insan* en genel ifadeyle öldürülebilir ama kurban edilemeyen hayatı imler.⁽⁵⁾ Bu, suç işleyen bir insanın hayatına hukuksal bir uygulama temelinde öldürülebilir bir nitelik kazandırılabilceğini ancak bunun yanında, bu öldürme ediminin törensel, ayinsel bir uygulamayı dışarıda bırakacağını gösterir. Şu halde kutsal insan hem tanrısal hem de insansal hukukun istisnası haline gelir. Onun öldürülebilir olması ne bir idam, ne bir cinayet ne de kutsal alanın bir ihlalidir.⁽⁶⁾ Dolayısıyla Roma hukukuna göre suç işleme ediminin kendisi, insan yaşamının ayinsel ve törensel zeminini ortadan kaldırarak değerini sıfır düzeyine indirir.

Agamben'e göre, Roma hukukunun bugüne yansımaları, modern toplumların biyolojik birer yaşamdan başka hiçbir şey ifade etmeyen dolayısıyla ölüm-

lerinin de hiçbir anlamı ve değer taşımadığı bireylerden oluşan yapısında görebiliriz. Modern toplumları bu biçime sokan etken ise iktidarla hukukun girdiği ilişkide kendisini gösterir. Çünkü egemen, canlılığı hukuk alanına sokarak, yaşam ilişkilerinin hukuksal normlar çerçevesinde yapılandırılmasını kararlaştırır. Bu yapılandırma için hukukun, egemen iktidarın ereği doğrultusunda kendi işleyişini askıya almak koşuluyla bir istisna durumu yaratarak toplumda bireylerin yaşamının çıplak hayata dönüştürüleceği hukuk dışı bir alan açması gerekir. İşte Agamben'e göre, modern çağın en büyük krizi bu istisna halinin bir kural ve bu vesileyle temel siyasal yapı haline gelmesinde açığa çıkar. Bütün istisnalar kural haline geldiğinde çıplak hayat alanı siyasal alanla örtüşür. Bunun içindir ki bugün egemen iktidar, bir değersizlik olarak hayattan başka bir değer tanımaz. Ve burada hukuk, iktidarın insan yaşamında zoenin ortadan kaldırılmasının ve bu yaşamın *biosa* indirgenerek çıplak hayatın yaratılmasının ve bu yaşam biçiminin genele yaygınlaştırılmasının aracı haline gelir. Bu anlamda Agamben için hukuk, ancak insanların hayatı ile birlikte varolabilecek bir kurum, egemen ise hukukun hayata gönderme yaptığı ve askıya alma yoluyla hayatın içlendiği yapı, şiddet ile hukuk arasındaki belirsizlik durumudur.⁽⁷⁾ Burada hukuk yürürlükte olmakla birlikte bir anlam içeriğinden yoksun olarak hayatı her yanından kuşatır.

Agamben, modern iktidar modeli olarak betimlediği bu yapıya tanık olabileceğimiz en uygun mekanların kamp-

lar özellikle de toplama kampları olduğunu öne sürerek, Foucault düşüncesinden ikinci temel kopuşunu ortaya koyar. Foucault her ne kadar iktidar işleyişlerinin mikro ölçeği olarak hapishane, hastane ve tımarhaneleri mercek altına almış olsa da, Agamben'e göre kamp, hukukun egemen tarafından askıya alınarak hukuk dışına alan açıldığı bir toplum düzeninde, bu hukuk dışılığın hüküm sürdüğü, yaşamın biyolojik bir değerden başka hiçbir şeyi ifade etmediği, insanların kurban edilmeksizin öldürülebildiği yegane mekandır. *Homo sacer*in apaçık örnekleri olan Yahudilerin, toplama kamplarında Agamben'in sözleriyle "delice, dev bir kurbanın nesneleri olarak" değil, "Hitler'in ilan ettiği gibi 'bitler olarak'" yakılmaları bu savı destekler niteliktedir.⁽⁸⁾ Yahudilerin yaşamları toplama kamplarında hem ölüme bir iktidara maruz bırakılır hem de mutlak bir terk edilme ilişkisine tabi kılınır. Bu yönüyle kamp, siyasetin biyosiyasete dönüştüğü yer olarak modernitenin açılış alanıdır.

Ancak egemen-hukuk ve toplum-birey örgüsünü Agamben'in önerdiği doğrultuda bu biçimde inşa etmek, bu örgünün bileşenlerini kutuplaştırarak bir dereceye kadar faydalı olmakla birlikte yetersiz bir iktidar tasarımına ikna olmak anlamına gelir. Günümüzde de gördüğümüz üzere, iktidarın işleyişini bu türden bir kavramsal çerçevede ve salt biyolojik yaşamın değersizliği ve bu değersizliğin açığa çıktığı, insan yaşamının kurbanlaştırılmadan yok edildiği mekanlar olarak kamplar temelinde açıklamak

bu işleyişin çok boyutluluğunu göz ardı etmek olacaktır.

Todd May tam da bu noktayla ilgili olarak siyaset felsefesinde temel bir ayrıma işaret eder. Bu ayrımın bir tarafını oluşturan stratejik düşünme biçimi, olan ile olması gereken arasındaki gerilim alanında tek bir odağa, tek bir ilkeye dayalı bir analiz eksenini kabul eder.⁽⁹⁾ Agamben'in iktidar tasarımına baktığımızda da bu türden stratejik bir düşüncenin izlerini görürüz. Agamben iktidarın bütün işleyişini, egemenin hukuk temelinde yaratmış olduğu çıplak hayat üzerine yükleyerek, bugünün siyaset felsefesinin en önemli sorununu bireyin bu hukuksal süreç içerisinde biyolojik yönüne indirgenen yaşamı olarak görür. Bu biyolojik indirgemeyi kırmam ve "mutluluk" idealine yönelen politik bir "yaşam biçimi"ne ulaşmanın yolu, egemenin dayattığı hukuksallaşma biçimini reddetmektir.⁽¹⁰⁾ Bu bakımdan Agamben'e göre tam da bu nedenle felsefe her zaman için hukukla bağ kurmak durumunda olup her felsefi çalışma felsefenin hukukla olan bu zorunlu bağı üzerine bir karar, bir düşünceden oluşur.⁽¹¹⁾ Oysa bugünün siyasetinde yeni bir yöne doğru gitmenin koşulu tek odaklı stratejik düşünme biçiminin ötesinde taktik siyaset alanına girmektir. Todd May'in sözleriyle "stratejik siyaset felsefesi, tüm adaletsizliklerin nedenini açıklayabilen yasal alan içerisindeki merkezi bir sorunsalı savunarak ya da varsayarak erkin, esas olarak sorunsalın odaklandığı mevziden" türediğini kabul ederken Foucault, Lyotard ve Deleuze'un düşünceleriyle öncülük ettiği taktik siyaset

(8) A.g.y s. 153.

(9) MAY, Todd- Postyapısalcı Anarizmin Siyaset Felsefesi, (Çev. Rahmi G. Oğdül), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2000 s. 21.

(10) AGAMBEN, Giorgio- Means without End, (Çev. Vincenzo Binnetti, Cesare Casarino), University of Minnesota Press, Minneapolis: 2000 s. 9.

(11) AGAMBEN, Giorgio- Potentialities : Collected Essays in Philosophy, (Çev. Daniel Heller-Roazen), Stanford University Press, Stanford, Calif. : 1999 s. 161.

(4) AGAMBEN, Giorgio- Means without End, (Çev. Vincenzo Binnetti, Cesare Casarino), University of Minnesota Press, Minneapolis: 2000 s. 3.

(5) AGAMBEN, Giorgio- Kutsal İnsan- Egemen İktidar ve Çıplak Hayat, (Çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2001 s. 18.

(6) A.g.y s. 112.

(7) A.g.y s. 43.

felsefesi, erkin konumlandığı bir merkezin olmadığını, erkin ve buna bağlı olarak siyasetin bu merkeze indirgenemeyeceğini önc sürerek siyaset felsefesine yeni bir bakış açısı kazandırır. Bu düşünme biçimine belki de en uygun iktidar tasarımı Foucault'da buluruz. Bu bakımdan stratejik siyaset felsefesinden taktik siyaset felsefesine geçişi Agambenci egemen bağlamından Foucaultcu iktidar temasına geçiş üzerinden kurmamız yararlı olur.

Şu halde Agamben'in eleştirilerini bir kenara koymamakla birlikte, Agamben kendi egemen tasarımı Foucault'nun biyolojik yaşam ve iktidar arasında kurduğu ilişkiye yönelttiği bu eleştirilerden hareketle kurduğundan Foucault'nun iktidar analizine daha ayrıntılı bir biçimde bakmak gerekir. Foucault'nun siyaset felsefesindeki düşünce yolu Deliliğin Tarihi'yle oluşan kapatılma temasıyla başlarken Hapishanenin Doğuşu'nda iktidarı, yalnızca baskı, kapatma gibi negatif işlevleriyle tanımlamanın yetersiz olacağı düşünceyle devam eder ve Cinselliğin Tarihi ile son dönem parçalı yazılarında savunmuş olduğu biyosiyaset kuramında son bulur. Dolayısıyla Foucault'nun merkezsiz, konumuna göre farklılaşan, yalnızca negatif işlevi itibarı ile değil pozitif etkileriyle birlikte karmaşık bir yapı oluşturan ve kendisini dolaşıma soktuğu söylem biçimlerinde açığa çıkaran iktidar anlayışını kavrayabilmemiz için öncelikle O'nun bir kurum olarak hapishane analizinden hareket ederek biyoiktidar kuramına varmamız gerekir.

Bir cezalandırma kurumu olarak hapishane, Foucault'ya göre, cezalandırma biçimlerinde gerçekleşen dönüşü-

mün sonucunda doğar. 19. yy.'a kadar cezalandırma, bedenin teşhiri, bedene türlü işkenceler uygulama ve suçluyu sürgüne yollama biçiminde işlerken 19. yy. ile birlikte kapatma, hapsedme yöntemi önem kazanır. Bu dönemde cezalandırmanın kendisi bir gösteri halini alıp suçun üzerine çıktığından, hem şiddet bu gösteride yeniden alevlenir hem de suçluya uygulanan bu şiddet izleyenlerin suçluya bir sempati duymasıyla sonuçlanır. Bunun için hapsedme yönteminin uygulanmasıyla birlikte beden, bir yıldırma nesnesi, ceza ise bir sahne ya da seyirlik bir unsur olmaktan çıkar.¹² Amacı cezalandırmanın, acı çek-tirmenin ötesinde ıslah etmek olan ve ortaya çıkışının temelinde bir kapatma edimi bulunan hapishane ise, süreç içerisinde iktidarın taleplerine uygun olarak bir dönüştürme aygıtı haline gelir.

Bu talepler doğrultusunda hapishane, emeğinden azami oranda faydalanılabilecek, uysal, 'normal'den hiçbir sapma göstermeyen bireyler yaratacak bir beden terbiyesi görevi üstlenir. Beden yeni cezalandırma yöntemiyle zorlama, mahrum bırakma ve yasaklama sistemi içerisine alınır. Beden terbiyesiyle suçlu, özgürlükten mahrum bırakılırken, cezalandırma askıya alınan hakların ekonomisi haline gelir.¹³ Bunun göstergeleri olarak hapishanelerde çeşitli ahlak ve dinsel pratikler, mahkûmların çalışmalarını sağlamak için atölyelerin kurulması, mahkûmlara 'düzenli' bir hayatın empoze edilmesi adına katı kuralların dayandırılması sıralanabilir. Bu süreç, yaygın ahlak anlayışının içerisinde, çalışan, üreten ve yaşamını belirli katı kurallar doğrultusunda düzenleyen bir birey tipi doğurur. Dolayısıyla modern ceza sisteminde amaç, işlenen

suçun karşılığı olan cezayı mahkûma ödetmek değil, birey üzerinde bu suçun ortaya yeniden çıkma olanağını ortadan kaldıracak türden bir dönüşüm yaratmaktır. Bu bakımdan Foucault, cezalandırma yöntemlerinin ve bu yöntemlerdeki dönüşümün yalnızca hukuk temelinde değil, bunun ötesinde iktidar ilişkileri ve nesne bağlantılarıyla ilgisinde, *siyasal bir beden teknolojisi olarak* incelenmesi gerektiğini savunur.¹⁴

Foucault'nun bu konuyla ilgisinde odaklandığı Pierre Riviere olayı, bize cezalandırma tekniklerindeki büyük kırılmaya şahit olma imkanı sunar. Bu olayla ilgili davada göze çarpan Pierre Riviere'in ailesini katletmesinin ne tür bir cezai karşılığı olduğunun sorgulanmasının ötesinde bu eylemi ne gerekçelerle, hangi ruh hali içerisinde yapmış olduğunun araştırılmasıdır. Bu durum yargılama sürecinin nesnesinin artık bedenin ötesinde "ruh" olduğunun bir işaretidir. Bu nedenle gerekçeleri öğrenmek, nedenleri sorgulamak, eylemin itici gücünü belirlemek burada amacın suçun cezasını vermek değil suçluya dair bir bilgi bütünü oluşturmak, eylemin olabirliğini ortadan kaldırmanın olanaklarını bu bilgiden hareketle sağlamak olduğunu gösterir. Bu bakımdan Pierre Riviere'in davasına psikiyatrların müdahalesi önemli bir göstergedir. Bu dava bu yönüyle psikiyatriyle birlikte başlayan, kriminoloji gibi diğer birçok bilimin hukuka müdahalesiyle devam eden bir süreci doğuracak ve hukuksal ceza mekanizmasının cezalandırma sistemindeki birincil konumunu yerinden edecektir. Özellikle psikiyatrinin hukuk

sürecine dahil edilmesinin asıl nedeni, cezalandırmanın işlevinin değişmesi, cezanın artık suçun büyüklüğüne değil, suçlunun doğasına uyarlanmaya çalışılmasıdır.¹⁵ Artık fiilin kendisi değil fiile yol açan güdü yani failin doğası irdelendiğinden savcı, hukuk sahnesindeki rolünü psikiyatra bırakacaktır. Bunun içindir ki Foucault'ya göre Riviere olayına ait belgeler, hem "belirli bir tür bilginin (yani tıp, psikiyatri, psikiyoloji), bu belgelerde belirlenen kurumlar ve rollerle (yani uzman, sanık, deli-cani vb'yle birlikte adli kurum) bağlantılı olarak biçimleniş ve uygulanış biçiminin analizi" için hem de burada söz konusu olan "güç", hakimiyet ve çatışki ilişkilerinin çözümü temelinde "olay odaklı ve siyasi, dolaşısıyla da stratejik olan bir söylem analizi için" malzeme sunar.¹⁶

Bu noktada yargı sistemi suçu tespit edip, yaptırım uygulayan bir merci olmaktan öte bir normallik değerlendirmesi temelinde mümkün bir normalleştirme sürecine yönelen bir aygıt haline gelir. Bu süreçte yapılanların ötesinde, yapılabilecek olanlar denetlenir. Bireylerin potansiyel güçleri düzeyinde gerçekleşen bu denetimi adalet kurumu değil, polis ve bütün bir gözetleyici ıslah edici kurumlar ağı olmak üzere "bir dizi yatay iktidar" tipi yürütür.¹⁷ Dolayısıyla artık cezalandırma yöntemlerini hukuk kurallarının doğrudan sonuçları olarak değil, iktidar ilişkileri alanının kendine özgü teknikleri biçiminde yorumlamak; bu yöntemleri yalnızca baskıcı ve yaptırımsal yönleri bakımından değil, yol açabilecekleri olumlu ve üretken etkiler dizisi içerisinde

(14) Ag.y. s.60.

(15) FOUCAULT I, Michel- *İktidarın Gözü*, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2003 s.196.

(16) FOUCAULT, Michel- *XIX. Yüzyılda Bir Aile Cinayeti*, (Çev. Erdoğan Yıldırım ve Alev Özgüner), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2007 s.17.

(17) FOUCAULT, Michel- *Büyük Kapatılma*, (Çev. Işık Ergüden ve Ferda Keskin), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2005 s. 223.

(12) FOUCAULT, Michel- *Hapishanenin Doğuşu*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Yayınları, Ankara: 2000, s. 39.

(13) Ag.y. s. 43.

de ele almak; iktidarın etkinliğini ona sahip olmayanlara yönelik bir zorlama ya da yasaklama olarak değil, onları kuşatan, onların içerisinden geçen ve böylelikle bir destek alanı yaratan bir etkinlik olarak görmek gerekir. Foucault'nun sözleriyle "hukuk öznesinin ceza yoluyla yeniden nitelendirilmesi" yerini "suçlunun yararlı bir biçimde terbiye edilmesine" bırakır. Eşitlikçi bir haklar biçimini garanti eden hukuksal yapı, disiplinlerin oluşturdukları mikro-iktidar sistemleri tarafından sınırlandırılır.

Foucault günümüz gözetim ve disiplin toplumunun temellerini, iktidarın hakikatle kurduğu çıkar ilişkisini, hukukun, nasıl bir nonnalleştirme mekanizması haline geldiğini hukuk ve cezalandırma sisteminde meydana gelen bu dönüşümden yola çıkarak açıklar. İktidardaki dönüşümün bir diğer işareti, yine iktidar hakikat bilgi ilişkisi temelinde Jeremy Bentham'ın tasarlamış olduğu hapisane modelidir. Bentham'ın Panopticon adını verdiği bu tasarım ortası daire şeklinde olan geniş bir avludan, bu avlunun etrafını saran hücrelerden ve avlunun tam ortasında bulunan bir gözetleme kulesinden oluşur. Bu tasarıma önemini kazandıran gözetleme kulesinin içerisi, parmaklıklar yoluyla gizlendiğinden kimse tarafından görülemeyenken, kulede bulunan kişi tüm hücreleri gözetim altına alır. Panopticon bu yönüyle Foucault için modern gözetim toplumunun bir mikro örneğini sunar. Bu göz hapsiyle birlikte hapisanede mahkumun, toplumda ise bireyin tüm davranışlarının bilgisi oluşturularak, olanın bu bilgisi üzerinden olabilecek olanın önüne geçilir. İnsanların denetlen-

meleri ve kullanılabilimleri için her türlü ayrıntının gözlem altına alınması gerekir. İşte modern hümanizmanın insanı bu küçük ayrıntılardan doğmuştur.¹⁸ Foucault'nun sözleriyle *Panopticon*, "akıl ve disiplini taşı aktarmanın; mimariyi iktidarın yönetimi için şeffaf kulmanın; güç kullanımı ile zorlamaların yerine hiçbir boşluğu olmayan bir gözetim altında tutmanın yumuşak etkinliğini ikame etmenin; mekanı yasaların yakın tarihli insancillaştırmalarına ve yeni cezaevi teorisine uygun bir şekilde düzenlemenin en dolaysız" biçimidir.¹⁹ Şu halde disiplin toplumunun iki belirleyicisi olduğunu söyleyebiliriz. Bunlardan ilki, hapisane, eğitim, ordu, fabrika gibi kurumlarla bireyi bir dönüştürme projesinin içerisine almak, ikincisi ise gözlem ve bilgi teknolojileri ile her tek bireye dair her şeyi en ince ayrıntısına kadar arşivleyerek bireye ait olabilirlikler alanını ortadan kaldırmak. Foucault iktidarın bu bireyselleştirici işlemini anatomosiyaset olarak adlandırır.

Ancak modern dönemle birlikte iktidar başka bir eğilim daha gösterir. İktidar, bireyi disipline etme işlevini bir kenara bırakmamakla birlikte bakışını tür olarak insanın yaşamına doğru kaydırır. Bireyin ortopedisini hedef alan anatomosiyaset, toplumun ortopedisini hedef alan biyosiyasete eklenir. Başlangıçta tehlikeleri zararsız hale getirmeleri, yararsız ve hareketli halk kesimlerini sabitleştirmeleri beklenen disiplin mekanizmaları artık bunun ötesinde bireylerin mümkün yararlarını artırarak olumlu bir rol üstlenir.²⁰ Burada iktidarın bütünselleştirici yönü ön plana çıkar. Tek tek bireylerin bilgisi, gözetimi ve ehlileştirilmesi bir yana artık iktidar

aynı zamanda nüfus denetimi, doğum-ölüm oranları, yaşam standartları, kamu sağlığı gibi konuları ele alır. Dolayısıyla iktidar bir yandan özneyi bir bireyselleştirmeye tabi kılarken diğer yandan bir bütünselleştirme projesini gerçekleştirir. Bu bakımdan Agamben'in aksine Foucault, bu bireyselleştirme ve bütünselleştirme tekniğini temele alan biyosiyaseti biyolojik yaşama yönelik bir indirgeme olarak değil, bireyin üzerinde uygulanan ortopedi tekniklerinin ötesinde nüfusun biyolojik sağlığını da konu edinen bir iktidarın işleyiş mekanizması olarak görür.

Yaşam kaygısının başat hale geldiği, yaşamın müdahale nesnesi olup ölümün bir kenara bırakıldığı biyosiyaset kuramı, ölümü temele alıp yaşama müdahale etmeyen modern çağ öncesi hükümlanlık kuramından büyük bir kopuş sergiler. Hükümlanlık modelinde yaşatma hakkı öldürme yetkisiyle geçerlilik kazanır ve yaşam üzerindeki iktidar ölümle kurulurken, çağdaş dönemde ölüm hakkı yaşamı yöneten bir iktidarın gerektirdiklerine doğru kayar.²¹ Artık ölüm hakkı, yaşam üzerinde olumlu bir etki gösteren, yaşamı yöneten, yükselten, çoğaltan, "üzerinde kesin denetimler ve bütüncül düzenlemeler" uygulayan bir iktidarın tamamlayıcısı olma işlevini taşır. Foucault bir cezalandırma biçimi olarak idamın azalması ve kaldırılmasında belirleyici olanın, iktidarın yaşam yönündeki bu eğilimi olduğunu savunur. Çünkü asıl rolü yaşamı üretmek, güçlendirmek ve bunu yaparken düzenlemek olan bir iktidar mekaniz-

masının bu bağlamda gücünü ölüm alanında kullanması da beklenemez.²²

Biyoiktidarın bu gelişimi Foucault'ya göre hukuksal yasa sistemine karşı normatif işleyişin güçlenmesiyle sonuçlanır. Kendi varlığını sahip olduğu silaha borçlu olan yasanın bu anlamda başvurduğu ilk silah olan ölüm, "yaşamın sorumluluğunu üstlenen" bir iktidar biçiminde marjlara ötelendiğinden yasanın yaptırım gücü zayıflar: "Artık söz konusu olan egemenlik alanında ölümü öne sürmek değil, değer ve yararlılık alanında yaşam dağıtmaktır... Yasanın silindiğini ya da adalet kurumlarının yok olmaya yüz tuttuğunu söylemek istemiyorum; söylemek istediğim, yasanın gitgide daha fazla bir norm biçiminde işlediği ve adalet kurumunun, işlevleri özellikle bir aygıtlar evreniyle gittikçe daha çok bütünleştiğidir."²³

Buradan hareketle Foucault için modern iktidarın yaşatmayı amaçlarken ölümü olabildiğince ötelemeyi isteyen, ancak yaşamı da belirli bir normalizasyon ve ortopedi projesi dahilinde bir biçime sokmayı hedefleyen bir teknikler bütünü olduğu söylenebilir. Bu bağlamda bugünün devletinin amacı bireylerin yaşamlarındaki öğeleri geliştirmek yoluyla kendi gücünü pekiştirmektir. Bu pekiştirme görevini üstlenecek olansa polis kurumudur. Bireylerin davranışlarına "sürekli ve olumlu bir tarzda" müdahale eden polis, yönetimin insanları "faydalı bireyler olarak" konumlandırmasını sağlayan bir teknikler bütünü biçiminde kendisini gösterir.²⁴

(21) FOUCAULT, Michel- *Cinselliğin Tarihi*, (Çev. Hülya Uğur Tanrıöver), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2003 s.100.

(22) A.g.y 101.

(23) A.g.y 106.

(24) FOUCAULT, Michel- *Özne ve İktidar*, (Çev. Işık Ergüden ve Osman Akınhay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2005 s.114-120.

(18) FOUCAULT, Michel- *Hapishanenin Doğuşu*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Yayınları, Ankara: 2000, s. 215.

(19) A.g.y s. 362.

(20) A.g.y s. 309.

Sonuç olarak Foucault, iktidar-birey ilişkisinde iktidarın merkezlessiz, her yerde farklılık göstermekle birlikte ortak bütüncül bir projenin işleyişini takip eden, kendisini yalnızca hukuk üzerinden değil, eğitim, ordu ve fabrikalar üzerinden söylemler aracılığıyla dolaşıma sokan, bireyi yalnızca baskı, boyun, eğdirme gibi negatif işlevlerle değil, üretim, eğitim, ahlak ve yaşam koşullarının yüceltilmesi gibi pozitif işlevleriyle disipline eden bir yapıya sahip olduğunu savunur. Bu taktik düşünme biçimi bize, bir cezalandırma sistemi olarak hapis-hane kurumunun iç işleyişinde gördüğümüz pratiklerin, eğitimde, orduda ve fabrikada nasıl benzer bir biçimde kök saldıgını görebilme imkânı sağlar. İktidar, Agamben'in öne sürdüğü gibi hukukun kendisini askıya almasıyla oluşturduğu hukukdışılık alanında değil, aksine tüm toplumsal kurumların insanı normalleştirme projesi adına kesiştiği alanda iş görür. Dolayısıyla iktidarın belirtisi olarak hukuka ve yasaya bir ayrıcalık tanımak yerine iktidarın kılcal-laşarak uyguladığı baskı tekniklerini saptamaya çalışmak gerekir.²⁵ Bu bakımdan Agamben'in izlediği yolu takip ederek egemenin hukuk aracılığıyla bireyi çıplak hayata dönüştürdüğü türünden bir sav temelinde, iktidar uygulamalarının en aşırı noktalara ulaştığı kamp figürünü seçmek yerine, onun izlerini insan yaşamının en üst düzeyde normalleştiği, yaşam koşullarının stabilize olduğu ve her türden aşırılığın dışlandığı alanlarda sürmek, bizi hem hukuku bugünün çıkmazının yegane sorumlusu olarak görüp, hukuk kavramını siyaset felsefesinin olmazsa olmaz unsuru haline getirmekten, hem de iktidarı hukuk destekli tek merkezli bir ege-

men tasarımına varma yanlışından kurtaracaktır.

KAYNAKÇA

- AGAMBEN, Giorgio- *Kutsal İnsan- Egemen İktidar ve Çıplak Hayat*, (Çev. İsmail Türkmen), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2001.
- AGAMBEN, Giorgio- *Means without End*, (Çev. Vincenzo Binnetti, Cesare Casarino), University of Minnesota Press, Minneapolis: 2000.
- AGAMBEN, Giorgio- *Potentialities: Collected Essays in Philosophy*, (Çev. Daniel Heller-Roazen), Stanford University Press, Stanford, Calif. :1999.
- FOUCAULT, Michel- *Hapishanenin Doğuşu*, (Çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Yayınları, Ankara: 2000.
- FOUCAULT, Michel- *İktidarın Gözü*, (Çev. Işık Ergüden), Ayrıntı Yayınları, İstanbul:2003.
- FOUCAULT, Michel- *XIX. Yüzyılda Bir Aile Cinayeti*, (Çev. Erdoğan Yıldırım ve Alev Özgüner), Ayrıntı Yayınları, İstanbul:2007
- FOUCAULT, Michel- *Büyük Katılma*, (Çev. Işık Ergüden ve Ferda Keskin), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2005.
- FOUCAULT, Michel- *Cinselliğin Tarihi*, (Çev. Hülya Uğur Tanrıöver), Ayrıntı Yayınları, İstanbul:2003.
- FOUCAULT, Michel- *Özne ve İktidar*, (Çev. Işık Ergüden ve Osman Akınhay), Ayrıntı Yayınları, İstanbul: 2005.
- FOUCAULT, Michel- *Toplumu Savunmak Gerekir*, (Çev. Şehsuvar Aktaş), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul: 2004.

(25) FOUCAULT, Michel- *Toplumu Savunmak Gerekir*, (Çev. Şehsuvar Aktaş), Yapı Kredi Yayınları, İstanbul: 2004.

- MAY, Todd- *Postyapısalcı Anarşizmin Siyaset Felsefesi*, (Çev. Rahmi G. Ögdül), Ayrıntı Yayınları, İstanbul:2000.

Kral Yok!

Dadaşhan Cemaleddin KAVAS*

Thomas Samuel Kuhn -“Thomas Kuhn” şeklinde tanıyanı daha çoktur- o meşhur kitabı neşrolunduğu sırada Berkeley’de Bilim Tarihi kürsüsünde profesördü. Doktorasını fizik alanında yapmasına rağmen. Bu “interdisipliner” akademik kariyerin ayrıntılarına günümüzde interneti bilen, hem de sadece arama motorlarını kullanabilecek düzeyde bilen herkes vakıf olabilir. Tıpkı benim gibi. Ancak “google”a ilaveten Kuhn’un “The Structure of Scientific Revolutions” kitabının muhtevasına vakıf bulunanlar için bazı ilginçlikler de dikkatlerden kaçınmayacaktır. Thomas Kuhn acaba hangi paradigmatic evrende geçimini sürdürmekteydi? Kuhn’un adeta bir devrim olarak kabul edilen görüşlerinde ne kadar ciddi ve ne kadar samimi olduğuna dair bir soru işareti bize başka sorular da kazandıracaktır. Şunun gibi: Acaba Kuhn bütün paradigmaları mı yerinden oynatmıştı, yoksa yeni bir paradigmayı mı önümüze koymuştu? Ya da şöyle ifade edelim: Acaba Kuhn modern batı bilimini yerinden mi oynatmıştı, yoksa neşvünema bulmaya başlayan birtakım radikal eleştirilere karşı revizyona mı tabi tutmuştu? Ciddiyetten ve samimiyetten bahsettiğimize göre bu konunun aynı zamanda Kuhn’un kimliğiyle alakalı olup olmadığı sorusuna da bir mim koymak gerekecek. Bildiğimiz başka bir husus ise, modern batı bilimiyle şu veya

bu sebeple hesaplama içerisine giren hiç kimsenin Kuhn’un söylediklerine bigâne kalmadığıdır. Kuhn, modern batı bilimiyle hesaplama içerisine giren herkesin önüne belli bir çerçeve çizmiştir. Onun bilim tarihine yönelttiği bakışın, kolay kolay sarsılamayacak bir “bilimler sosyolojisi” olmadığını kim söyleyebilir? Hem de en şaşmaz yasalarıyla.

Gerek Kuhn’un gerekse benzer eleştirilerle ortaya çıkan düşünürlerin, mesela Frankfurt Okulu’nun, bu tavırları neden sergilediklerini sormak bizi akademik olmayan bir sahada düşünmeye itecektir. Akademik olmayan ama hayati önemi haiz bir sahada. Çünkü onların niyetlerini sorgulamak psikiyatrinin bile el atamayacağı bir sahaya girmek demektir. Hâlbuki akademik olmayan bir kaynağa müracaat edecek olsaydık “Ameller niyetlere göredir” cevabını alacaktık. Tabii muhatabı isek. Mesela Jean Cavaillès’in idealizme karşı duruşunun, İkinci Dünya Savaşı’nda Almanlarla göğüs göğüse çarpışmasından ve sonunda Almanlar tarafından kurşuna dizilmesinden bağımsız düşünilemeyeceği gibi. Hem de düşüncelerinde materyalistlere teslim olmayacak kadar ciddiyetini muhafaza eden bir felsefeci ve matematikçi olarak. Şu halde Kuhn da dâhil olmak üzere akademik sahada yer tutan herkesin

Dadaşhan Cemaleddin Kavas

samimiyetini dikkate alabilmemizi gerektiren bir hakikat alanı var.

Buna rağmen, bilimsel ve akademik çalışmaların temelinde, yazarın ileri sürdüğü görüşlerin ardında yatan amacı yine aynı görüşte aramak dayatması yer almaktadır. Denmektedir ki, elindeki birtakım bilimsel veriler ve ulaştığı kaynaklar yazarı böyle bir sonuca itmiştir. Epistemolojik tercihlerinden, elde ettiği somut verilere kadar bütün unsurlar sonucun belirleyicileri olarak etkinlik göstermektedir. Hâlbuki tercihlerden ve verilerden bahsedilen bir alanda, sonucu belirleyen bu unsurların birer belirlenen olarak kendine yer bulduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla daha en başta bir seçmeci tutumla karşılaşırız.

Bu mesele bilim felsefesi alanında kalem oynatan herkesi düşündürmüştür. Benim okumaları arasında ağırlıklı bir yer tutan Max Weber’e göre bu kaçınılmaz olduğu kadar olağan bir süreçtir. Özellikle Heinrich Rickert gibi tarihselci yaklaşımı öne alan Alman ekolünün temsilcilerinden etkilenmiş bir düşünür olarak Weber bilimsel nesnelliğe olan inancı temellerinden sorgulamıştır. Weber’e göre bir bilim adamı, başı ve sonu bilinmeyen bir gerçeklikler evreninde, bu gerçekliklerin küçük bir kesitini seçer ve ondan elde ettiği sonuçlarla bütün o gerçeklikler evrenini açıklar. Bunun için de elde ettiği sonuçları rasyonelleştirerek, yani öznelaraları uzlaşmaya uygun kıvama sokarak birer teoriye dönüştürür. O “uzlaşmaya uygun kıvamdaki” sonucu ne kadar çok kişi kabul ederse onun bilimselliğinden o

kadar rahatlıkla bahsedebiliriz. Napoléon Bonaparte’ın “Tarih üzerinde uzlaşmaya vardığımız bir yalandır” dediği söylenir. Uzlaşımın bizi hakikate götürüp götürmediği, akıllı sayılabilecek herkes için başlı başına bir meseledir. Neticede bilimsel bilgiyle gerçeklik arasındaki mesafe katbekat artar. Hele sosyal bilimlerde işler daha da çatalaşmış vaziyettedir. Zaten onun için Weber bütün tarihin ve bütün toplumun nesnel bir bilimi olamayacağı görüşünü savunmuştur. Yine de bu denli köklü eleştirileri getirebilmesine rağmen, bu eleştirilerin paranteze alınması suretiyle meydana getirilebilecek bir sosyal bilimin imkânlarını tespit etmeye çabalar. Yani aslında nesnel bir bilimden asla bahsedilemeyeceğini bildiği halde, hangi çerçeveler içinde nesnel oluna-bileceğini açıklama maharetini gösterir. Bunları, yüksek lisans tezinde Weber’e önemli ölçüde yer vermiş biri olarak söylüyorum!

Daha ilginç bir tespitte bulunan Gaston Bachelard -ki onun ikinci bir ismi var mı bilemiyorum- tabiattaki gerçekliğe bakışımızın, onu kendi gerçekliğiyle görmekten uzak bir bakış olacağını iddia ettiği gibi bilim adamlarının daha ilk adımda bu yanılgıya düştüğünü ileri sürer. “... Ancak en baştaki kaynak kirlenmiştir bile: İlk intiba temel bir gerçeklik değildir. Esasında bilimsel nesnellik, kişinin hemen önündeki nesneden kopmasıyla, ilk seçimin albenisine teslim olmayı reddetmesiyle, ilk gözleminden doğan düşünceleri gözden geçirmesi ve inkâr etmesiyle mümkün olur. Nesnel bir

* Av. (dadashankavas@gmail.com)

inceleme, gerektiği gibi doğrulan-
dığında, nesne ile ilk temasın sonuçlarını
yalanlar.” Bachelard, bütün o yanılgı-
ların bilimsel gerçekliğe ulaşmayı
engellenen psikolojik unsurlar olarak,
psikanalize tabi tutulması çabasına
yönelmiş ve hedefinin merkezine şiiri
koymuştur. Şiir bir uçtadır, bilim karşı
uçtadır. Psikanalizin nesnesi şiir
olmalıdır. Onun şiire bu hasmane tutu-
munun onu nereye koymamızı gerek-
tiren sorusu ise, bizim şiirle olan
irtibatımıza göre cevaplandırılacak
bir sorudur. Yine de bilim ile şiir
arasındaki mesafenin büyüklüğünü
kavramak açısından kayda değer bir
husus netleştirmiştir Bachelard.

“Bilimsellik” inancına ve modern
batı biliminin temellerine yöneltmiş
daha birçok eleştiriyi burada ele almak
mümkün. Peşpeşe iki dünya savaşı geçir-
miş olan batı dünyasının Aydınlanma
ideallerine olan inancının nasıl sarsıldığı
da uzun uzadıya incelenmesi gereken bir
konu. Ancak bu yönde ortaya konulmuş
teşpitlerin ve eleştirilerin çözüme ulaş-
tırdığı tek bir saha göstermek mümkün
değil. Batı bilimi içerisinde 18. yüzyıl-
dan bu yana çözülmesi gerekli ve zaruri
olarak belirmiş olan hiçbir mesele
halledilmedi. Ama temele ilişkin o
meselelere rağmen bilimsel ilerleme
hiçbir zaman durmadı. Birçok bilimsel
atılım, temelinde gerek yöntemle ilişkin,
gerekse ahlaka ilişkin fahiş hatalar
olduğu bilindiği halde gerçekleştirildi ve
bugüne böylece gelindi.

Son yüzyılın gelişmelerine bakarak
şunu rahatlıkla ifade edebiliriz. Modern
batı bilimi kendisine getirilen bütün
eleştirilerden, elini kuvvetlendirerek
sıyrılmış, her seferinde otoritesini daha
çok hissettirir bir konuma ulaşmıştır.
Modern batı bilimi gibi, batı mede-

niyetinin bütün unsurlarının, eleş-
tirilerden nasiplendiği oranda güç
kazandığını biliyoruz. Postmodern
olduğu söylenen eleştirilerin, batı
medeniyetini yıkmak için mi, yoksa
çeşitlilikleri kuşatmaya daha elverişli
olmaya sevk etmek için mi dile geti-
rildiğini düşünmek zorundayız. Amerika
Birleşik Devletleri’nin başına siyahî bir
başkanın getirilmesi birçoklarını mest
ettiği gibi, Türkiye Cumhuriyeti başba-
kanının İsrail Cumhurbaşkanı’nın ağzı-
nın payını vermesi de pek çoklarını mest
ediyor. Modern batı bilimine getirilen
eleştirilerin bundan farklı bir yol takip
ettiğini söylemek ne mümkün? Eleş-
tirilmeyi hak eden bir şey varsa onu terk
etmek gerekmez miydi? Nedamet
getirdikten sonra tövbe etmek gerekmez
miydi? Weber’in yaptığı gibi Kuhn’un,
Frankfurt Okulu’nun, Feyerabend’in ve
daha nicelerinin bize “Bu işler böyledir,
işinize gelirse...” dediklerini anlamak
gerekmez miydi?

Tövbe edilmedi de ne yapıldı? Ne
yapıldığına ve ne yapılmakta olduğuna
baktığımızda görebileceğimiz şeylerin
başında “akademik dil” denilen otorite-
nin gücü gelmektedir. Akademik
hayatın en başında bizden öğrenmemiz
istenen şey akademik dilde yazı yazma
alışkanlığıdır. Yani yalan söylemekte
mahir olma alışkanlığı. Zira akademik
dil iki yönden yalancıdır: Akademik dil,
ele alınan nesnenin kimliğinin en çok
göz ardı edilmiş gibi yapıldığı dildir.
“Sosyal gerçekliklerden”(!) bahseden
bir yazar beni hesaba katmış mıdır? Ya
da kendisini? Hangi sosyal gerçeklik
kimleri kapsar, kimleri hariçte tutar?
“Türk toplumunun...” diye başlayan
hangi cümle, hangi fertleri hesaba
katarak yazılmış olabilir? Türk toplu-
muna ne yapabileceğini veya ne

yapamayacağını söyleyen biri, kendini
daha çok sağlama almak için ölçeği daha
da küçültecektir. Diyecektir ki, “Hakkâri
ahalisinin genel olarak...” Ama bu da
Hakkâri’de yaşayanların ne yapıp ne
yapmayacağı hakkında bize asla
gerçekliği sunamaz. “Yine de genel bir
kanaat elde edilebilir” diyen herkes
sadece yalana talip olduğunu ve aklını
başına almadığını itiraf etmiş olacaktır.
Madem herkesin tek tek hesaba
katılmasını istiyoruz, o halde anket veri-
lerine mi güvenmeliyiz? Anketler
belirlenmiş ölçeklerde uygulamaya
sokulmakla birlikte ortalamaların ve
sıralamaların ifadesidir. Bireylerin
evlilik tercihlerine yönelik düzenlenen
bir ankette yer alacak cevapların değilse
bile, soruların baştan belirlenmiş olması
çokça tartışılan metodolojik bir
sorundur. Evlilik tercihleri konusunu
kendine dert edinen araştırmacıyla,
kendisine soru sorulan bireylerin
gündeminin örtüşme ihtimalini hangi
istatistik belirleyebilir. “Aşk evliliğine
inanmıyorum” cevabını işaretleyen
birinin yarın kendine bir sevgili bul-
mayacağını kim kayıt altına alabilir?
Ankete tabi tutulanların bu ankete ne
ölçüde ciddiyetle cevap verdikleri
meselesi de başlı başına bir tartışma
alanıdır. Yüzyüze görüşme gibi diğer
pozitif yöntemler bu türden sakatlıkları
bünyelerinde barındırırlar. Yine de
bunlar oldukça geliştirilmiş şekilleriyle
her zaman uygulanabilir. Bunu yapan-
ların amacının ne olduğunu samimiyetle
ifade etmeleri gerekir.

Amaçtan ve samimiyetten bahset-
mişken akademik dilin yalancılığının
ikinci yönüne değinebiliriz. Akademik
dil yalancılığının ikinci yönü onun,
yazarının kimliğinden en çok soyut-
lanmış görüldüğü dil olmasıdır. Hâlbuki
kimlikten soyutlanmak ne mümkün?
Yine de bu konuda çoğu zaman aka-

demisyenlerin kendilerini ele verdikleri
sıklıkla görülür. Özellikle akademik
hayatının başlarında ele aldığı konular
itibariyle her genç akademisyen, kendi
ideolojik tercihini bir inceleme konusu
yapmaya yönelir veya etnik ve
kültürel bağlılıklarını. Genç aka-
demisyenlerin “genel uzlaşma elverişli
bilimsel kıvamı” tutturma becerisi
yeterince gelişmemiştir. Araştırma
konularını belirlemede danışmanlarının
yönlendirmesine tabi olanlar ise, ya
herhangi bir politik angajmana sahip
olmadıkları için yahut danışmanlarına
itiraz etmeyi pek beceremedikleri için
böyle bir duruma saplanıp kalırlar. Etnik
ve kültürel bağlılıklarından veya
ideolojik tercihlerinden neşet eden
görüşlerini akademik bir üsluba bürün-
dürenlerin yanında, birtakım menfaat
ilişkilerini veya menfaat beklentilerini
akademik faaliyete büründürenlerin
varlığı da inkâr edilemez. Bu menfaat-
lerin en başında kadro beklentilerinin
bulunduğunu da dikkate almalı. Bütün
bunlara rağmen akademik bir çalışmayı
alıp okumaya başladığımızda bilimsel,
güvenilir, ciddi, etraflıca düşünülmüş,
şüpheli ve eleştirel bir metinle karşı
karşıya olduğunuz intibai bizde
uyanacaktır. Dolayısıyla bir metni
bilimsel ve akademik kılan şey onun ne
metodolojisi, ne içerdiği veriler, ne de
yazarının nesnelliği ve yetkinliğidir. Bir
metni bilimsel ve akademik kılan şey
onun sağlam bir metodolojiye dayanıyor
görünmesi, verilerinin en kapsayıcı ve en
doğrulanabilir nitelikte görünmesi ve
elbette ki yazarının nesnel ve yetkin
görünmesidir. Daha akademik bir dille
söyleyecek olursak, bilimsel metinler
bilim adamının öznel görüşlerinin
rasyonelleştirilmiş (hatta ussallaştırıl-
mış) görünümleridir. İşte buna akademik
dil diyoruz.

(2) Gaston BACHELARD, *Psychoanalysis of Fire*, çev.: Alan C.M. Ross, Beacon Press, 1964.

Bu hiç de iç açıcı olmayan tabloya şahit olunduktan sonra bilim dünyasından ve akademisyenlerden ne beklenir? Bu sorunun cevabını doğrudan doğruya kendileri verebilirler. Fransız ressam Paul Cézanne "Her fırça darbesinde hayatımı riske atıyorum" derken yalan söylemiyor idiyse, onun resimlerindeki her fırça darbesine ciddiyetle bakmamız gerekir. Ben bu yazıyı .doc formatında yazıyorum. Şu anda 1477 adet sözcüğün bu yazıya girdiği bilgisi bana ulaşıyor. Tarihe bir şeyler ekliyor ve insanlar üzerinde bir vebali yükleniyorum. Bundan önce de çeşitli yazılar yazdım. Ama onların bir vebali olduğu bana hatırlatıldığı zaman beni bir tedirginliğin kapladığını itiraf etmeliyim.³ Her aşamada bir şeyler yazmayı gerekli kılan bir meslek olarak akademisyenliği bu tedirginliği koruyarak yürütmek kolay olmasa gerek. Bu tedirginlikten kimlerin nasibini aldığı konusu gündemde olduğu sürece akademisyenlerin nelerle meşgul olduklarını daha net görebiliriz. Çünkü böylelikle "sağduyu"nun, "genel kanaat"lerin, "uzlaşım"ın nelere mal olduğunu hesaplayabilecek bir ölçüte de kavuşmamız imkân dâhilinde olacaktır. Sosyal bilimler bu noktada en kritik sahayı oluşturur. Gerek demokrasinin, insan haklarının, hukuk devletinin ve serbest piyasanın genel kabul görmesinden nemalananlar; gerekse bunlara hasımmış gibi yaparak "Davos kom-pלקסי" üzerinden nemalananlar bu vebali yüklenmiş olmaktan vareste değillerdir.

Öyleyse bilimden neyi beklememiz gerekir? Bilimden neyin bekleneceği sorusu, aslında insanların hayatlarını neye sarf ettikleriyle de cevaplandırılabilir bir sorudur. "Bilme tutkusu" gibi klişeler çoğu zaman gerçekçi

bir bakış açısı elde etmemizi engeller. Giderek "neyi bilmek" için tutkulara sahip olduğumuz sorusuna dönmemiz gerekecektir. Neyi bilmeyi en çok istiyorsak, neye en çok önem verdiğimizizi zaten biliyoruz demektir. Dolayısıyla neyi bilmek istiyorsak onu zaten biliyor olmamız gerekecektir. Bu bir paradoks veya totoloji mi? Nasreddin Hoca "Ey cemaat, bugün size ne anlatacağımı biliyor musunuz?" diye sormuş ve olumsuz bir cevap alınca da "Bilmediğiniz şeyi ben size nasıl anlatayım ki!" deyivermiş. Hikâyenin sonraki sayfalarını bilenler bilmeyenlere anlatabilir. Buna fıkra deyip geçilse de Hoca'nın aslında bilgilenmeye ilişkin temel bir hakikati dile getirdiği ortadadır.

İnsanların kendi hayatlarına ilişkin neyi ciddiye aldıkları ve hayatlarını neye sarf ettikleri meselesi hiç de "öznelararası uzlaşım"a konu edilebilecek veya rasyonelleştirilmiş bir anlatıma büründürülecek bir mesele değildir. Dolayısıyla ciddiyete yaklaşıldığı oranda "sağduyu"yu terk etmek gerekecektir. Günümüz dünyasında sesli, görüntülü veya yazılı olarak inşa edilmiş bir "yapı" mevcuttur ve nelerin bilmeye değer olduğuna dair kararlar bu yapı üzerinden bünyemize zerk edilir. Çünkü bünyelerimiz o sesli, görüntülü ve yazılı yapıyla neredeyse bütümlü haldedir. Çoğunlukla hiçbir doğrudan baskıyı üzerimizde hissetmediğimiz için, daha doğrusu farkına varamadığımız için, neyi bilmemiz gerektiği konusunda önceden verilmiş olan bu kararları uygulamayı olağan addederiz. Bilimimiz gereken şeyler "toplumsal sorunların nasıl çözüme ulaştırılacağı", "daha demokratik bir toplumsal yapının nasıl teşkil edilebileceği", "kadın sorunlarının giderilmesinde hangi yöntemlere başvuru-

rulacağı", "hem teknolojik gelişmelere açık hem de ekolojik dengeye uyumlu bir gelişmenin kriterlerinin nasıl belirlenebileceği", "terörizmle mücadelenin insan haklarıyla nasıl bağdaştırılabileceği", "farklı dinlerden ve kültürlerden toplulukların nasıl bir arada yaşayabilecekleri" gibi şeylerdir. Kadına karşı şiddetin önüne geçilmesi, organ bağışının teşvik edilmesi, sivil toplumun güçlendirilmesi, devletin şeffaflaştırılması ve daha niceleri en önde gelen dertlerimiz olmuş durumdadır. Bu gündemler sesli, görüntülü ve yazılı bir şiddet altında, yani epistemik şiddet altında oluşturulmaktadır. Bu alanlarda çalışma yapan hiç kimse, bunlar gerçekten birer sorunsal, bu sorunları çözüme ulaştırmaya güç yetiremeyecektir. Güç yetirilemiyor oluşu o konunun daha da dallanıp budaklanmasına, daha fazla tartışılmasına ve her tartışma safhasında giderek daha fazla yüzeyselleşmesine yol açacaktır. Çünkü yüzeysellikten vazgeçip temele inmek isteyecek olursanız varacağınız yer bunların gerçekten birer sorun olup olmadığı sorusunun cevabıdır. Bunların tamamının birer oyalama ve birer avuntu olduğunu keşfetmek ise o yazılanların ve konuşulanların tamamının çöpe atılmasını göze alma bedeliyle mümkündür. Hâlbuki bu esnada bazı güç merkezleri işlerini gerçekten ciddiye alarak yürütmekte ve bütün dünya üzerinde

kanşksız bir zalimliği gerçekleştirmektedir. İnsanların para yönünde, makam ve mevki yönünde, kadro yönünde, şöhrat yönünde attıkları en ufak adımların bile bu zulmeti pekiştirmeye yaradığını görebilmek için farklı bir yönde adım atıyor olmak gerekir. Heyhat, farklı yönde adım atanlar genellikle delirdikleri intibasını uyanıdırılar. Yaptıklarının doğru olduğunu bin dereden su getirerek izah etmek durumunda kalırlar.

İzah mizahu bozar, derler. İzaha giriştiğiniz anda izah getirdiğiniz meselenin ruhu orayı terk eder. Çünkü izahımızın muhatabı o meseleyi kendi meselesi olarak görmemiştir ve biz o meseleyi kendimize dert edinen kişi olarak geçtiğimiz yolun izlerini üzerimizde taşıyoruz. Yolun, bizim izlerimizi taşıyor oluşu gibi. Hâlbuki karşımızda bu süreçten hiçbir iz yoktur. Öyleyse kime neyi anlatmalı? En mantıklı izahım, en belîğ beyanın, en ikna edici argümanın, en çarpıcı ve en süslü ifadenin acaba bizdeki derdi insanlara aktarması mümkün müdür? Türkiye başvuracak olursak dertli keklığın dertsiz olana dert açması, ikisinin de bir dereden su içmesi şartına bağlanmış. Kimler hangi dereden su içmede yoldaşlık içerisindeler? Görünen o ki birbirini suya götürüp susuz getirenler ekseriyette. Ama ümit bizi terk etmiyor. Çünkü insanlar her safhada ahlaklı

(3) Buna eklenecek bir diğer itiraf da, geçmişte yazdıklarımın bir kısmının burada itide ettiklerimin örtüşmediğinin farkına varmış olmamdır.

(4) Buna dair evrimde veya işyerinde kolaylıkla gerçekleştirilebileceğiniz bir deney önerebilirim: Türkiye'de en çok takip edildiğini düşündüğünüz yirmi kişiye yazının son otuz yıl boyunca "demokrasi, serbest piyasa, insan hakları, Avrupa Birliği, hukuk devleti, sivil toplum, çoğulculuk, vb." kelimeler yerine "oligarşi, emperyalizm, diyaletik, burjuvazi, sınıf, proletarya, vb." kelimeler kullanmakta olduklarını farz edin. Sonra da böyle bir Türkiye faraziyesi içerisinde üniversitelerde üretilen yüksek lisans ve doktora tezlerinin başlıklarının nasıl şekillendiğini tabiiyyat edin. Bu deneyi diğer idolojik terminolojilerle ve farklı tarih aracılarıyla tekrarlayabilirsiniz. Kontrol grubumuz olan serbest piyasacıların dünyadaki gelişmeler dolayısıyla kaçınılmaz olarak bu vaziyette oldukları da iddia edilemez. Çünkü aynı deneyi Türkiye yerine ABD veya Avrupa ülkeleri ölçeğine de vuracak olursanız hiç bir şey değişmeyecek. Thomas Szasz o ünlü lafı boşuna etmemiş: "Hayvanlar âleminde kural koyanlar ve yenilenler ise, insanlar âleminde bu kural tanımlayanlar ve tanımlananlar şeklindedir." Demek "kanaat önderleri" bizi bir tepsiye dizmek ve sonra da fırına sünmekle vazifeliler. Kimin midcsine inceksek!

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 dile 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, İnayet 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? "İnayet mi Hak mı?" bir seçenek olarak sunulsa cevabımız ne olur?

Öncelikle inayete 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 inayete göre şekillenen dinsel hukukun etkileriyle inayet de bizatihi hukukun bir parçası olagelmıştır.

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

Dini kaynaklar inayet anlayışını örneklerle daha da güzel ifade eder:

*"De ki Rabbim kullarından dile-
diğine bol rızık verir; dilediğinden de
kısar. Siz başkasına yardım için ne har-
carsanız, 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 inayetten başka bir şey
değildir."*

Benzer durumlar sadece İslam'a özgü değil, diğer dinlerde de kendini gösterir ve söz konusu edilen kulların inayetinden ziyade Allah'ın inayetidir. Kullarınki ise ilüli 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 inayetiyle mümkün görülür:

*"Gerçekten hiçbir kusurları
olmaksızın Mesih'in İncilini ve onun
kilisesini tanımayan olan, fakat samimi
bir kalple Tanrı'yı arayan ve tanrısal
inayetin etkisi altında onun,
vicdanlarının emirleriyle tanıdıkları,
iradesini yerine getirecek şekilde hareket
etmeye çalışan kimseler de ebedi kurtu-
luşa 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) Saidi-i Nursi, Sözler, 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 inayet, 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 eyleyiciler, 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 "Borçun 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 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.

Aslında, bir toplumda adalet ve eşitlik yoksa orada inayet 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 İnayetin 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.⁸ 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.

İnayetin 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) YIZ 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 İnayetin 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 biriydi 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, *Pratik 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 söyleyincc 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...”¹⁰

Yıldız A. yükseklerde 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 İna yet 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.”¹¹

Benzer anlayışlar yine iş hukuku-nun 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 görecektür 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 “Karı toklu-ğuna” veya “Sigortalı olarak ve hakka-niyetli bir ücretle çalışmak” seçenekle-rine göre Hak veya İna yet’den söz ede-biliriz.

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 İna yet mi olacaktır Hak mı?

Hadislerle iz sürmeye devam ede-lim:

“Kocasız kadınlarla yoksulların işlerine yardım eden kimse, Allah yolun-da cihat etmiş gibi sevap kazanır.”¹²

“Allahım! İki zayıf kimsenin, yetim-le kadının hakkını yemekten herkesi şiddetle sakındırıyorum.”¹³

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 inayette düşünme siste-minin 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 alıkonulmak istendiği” zamanlardan farklı bir sözümüz 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; İna yet 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 düzen-lenmesi 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’nda-ki, gerekse eski Medeni Kanun’daki kavramsal yaklaşımlarda ayrı bir cinsel kimliği ve varlığı olan bireyler olarak değerlendirilmemiştir. “Tecavüzcüleriyle cvlendirilerek kurtarılmaya çalışılma-ları” da, “namus” cinayetleriyle öldürül-meleri de, “kızlıklarının bozulup bozul-madığı” gibi kavramlarla bekaretlerinin sorgulanması ya da tazminatlara konu olmaları da bu nedenledir. Bu ayrımcılıkları belgeleyen pek çok mahkeme kararı da mevcuttur. Bütün bu kararlarda ortak olan yanı; aslında kadınların himayeye muhtaç, pasif, cin-sel kimliği olmayan kişiler olarak görülmesidir. Yani hak anlayışından çok inayetin izlerini hukuk kararlarında da sürmek mümkündür...”¹⁴

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

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

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

(13) İbn Mace Edep 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.

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 güvenceyle 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.”¹⁵

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 davranılır. 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 yararak verdikleri tazminat ve nafaka kararlarında yetinen annelerini örnek alırlar! Modernleşme de olsa, AB yasaları da benimsense kadınlardan beklenen yine yetinmeleridir. Yetinmek beklenmesi 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.”¹⁶

“Kapı kapı dolaşip bir iki lokma, bir iki hurma ile savuşturulan kimse yoksul değildir. Asıl yoksul, kendisine yetecek malı bulunmayan, muhtaç olduğu bilinip de kendisine sadaka verilmeyen ve kimseden bir şey dilenmeyen kimsedir.”¹⁷

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

Eğer hak özümseyen ve benimseyen 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” aldattıncasına 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 dışalayan 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 “İnayet ve Hak” karşılaştırmasıyla söylenebilecek epeyce söz mevcuttur. Bunların haklar mücadelesindeki rolü de tartışmalara açık

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

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

(17) Buhari, Zekat 53; Müslüm 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..."¹⁸

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 mertebe 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 atmadır, inayete razı olmak değil.

İnayetin hercailiği, 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 Artsüremlili Bir Yaklaşım: Şâtıbî ve John Finnis Karşılaştırması

Muharrem KILIÇ^(*)

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 'anlamlı bütünlükler' arasında bir mukayeseye yönelmesi daha verimli sonuçlar doğurabilir.

Böylesi bir yöntemsel kaygı, çalışmanın/mukayesenin dayanacağı teorik zeminin zorunlu olarak eşsüremlili bir çerçeveye dayanmasını gerektirmektedir. Sistemik düzeyde yapılacak olan karşılaştırmalara eksen alınacak kesitlerin her yönüyle tarihselliklerinin bilinciyle hareket edilmesi koşuluyla artsüremlili 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-Şâtıbî (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 Şâtıbî 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 teorisinde tarihinde metafizik temellendirimiyle literatürde izi sürülmekle birlikte, Şâtıbî'nin başyapıtı olan el-Muvâfakât adlı eserinde sistematik bir formülasyona konu olması yol açmaktadır.¹ 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 (Şâfi) iradesinde kök salan hukuk

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

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

otoritesi/meşruiyeti ilkesinin yanı sıra, hukukun rasyonel bir temele dayalı olarak meşruiyetini/otoritesini kurma amacı gülmektedir.

Öte yandan modern dönemde doğal hukuku, bir takım temel insani iyiler/değerler/gayeler üzerine inşa olunan pratik aklın ilkeleri/prensipleri olarak değerlendiren J. Finnis'in hukuk kuramı, söz konusu amacın temellendirildiği ilke ve gayeler ekseninde mukayeseli olarak ele alınacaktır.

Bu karşılaştırmada konu edilmesi gereken öncelikli temel sorun, hukukun doğası ve mahiyetine dair bir sorgulamanın iki farklı hukuk geleneğinin/sistemlerinin temel karakteristiklerinin belirginleştirilmesidir. İki ayrı geleneğe ve tarihselliğe ait hukuk kuramsal yaklaşımın dayandığı düşünce evreninin ayırında olunması durumunda bu çabanın daha sahici bir mukayecseye imkan tanıyacağı kanısındayız. Bunun akabinde Şâtıbî'nin hukuk kuramını, onu karakterize eden gaye problematiği ekseninde konu edineceğiz. Daha sonra doğal hukuk geleneğini, Aquinas üzerinden modern dönemde yorumlayan Finnis'in hukuk kuramını gaye problematiği çerçevesinde karşılaştırmaya konu edeceğiz.

HUKUKUN DOĞASI VE NELİĞİ SORUNU

Literatürde 'ilim' kavramı ile ortak anlamsal çerçeveye sahip olan ve 'bilgi nesnesini doğru bir biçimde anlamak ve derinlemesine kavramak' anlamlarını içeren 'fıkıh' terimi, tüm içerimleri ile dini bilgi türlerine yönelik bir anlama ve yorumlama çabasını ifade eden şemsiye bir kavramdır. Bu bağlamda başlangıçta 'bilgelik sevgisi ya da her türden bilginin peşinden gitme' anlamına gelen felsefenin tüm bilgi ve bilim türlerini içeren

kavramsal kuşatıcılığına benzer biçimde 'fıkıh' terimi, dini bilgiyi bütün türleriyle derinlemesine anlama konusu yapan merkezi bir kavram olmuştur.

Hanefi hukuk okulunun kurucu ismi olan Ebû Hanife'ye (öl. 767) nispet edilen, "*Kişinin lehine ve aleyhine olan şeyleri, yani hak ve sorumluluklarını bilmesi*" şeklindeki tanımlama, fıkıh teriminin bütüncül içerimini ortaya koymaktadır. Bu tanımlama, fıkıhın bir 'anlama etkinliği'ni ifade etmesinin yanı sıra bir 'bilgi' olarak da algılandığını ortaya koymaktadır. Süreç içerisinde fıkıh terimi, bu küllî anlamsal çerçeveden koparak daha özel bir ilmi disiplini ifade eder bir çerçeveye tekabül etmiştir.

Dini bilginin belirli disiplinler çerçevesinde sistematik düşünmeye ve doktrinasyona konu edilmeye başlandığı sekizinci yüzyıl sonları ile birlikte fıkıh, kişinin bireysel ve toplumsal yaşamına ilişkin pratik/amelî düzenlemeleri anlama ve bilmeyi konu edinen bir ilmi disiplin olarak teşekkül etmeye başlamıştır. Böylece fıkıh, İslâm'ın ibadet ve hukuk ilmine dair düzenlemelerini içeren bir bilimsel disiplini ifade eder olmuştur.

Tanımlama sorununu paranteze alarak betimleyici bir biçimde 'bireyin birey, toplum ve devlet ile olan ilişkilerini düzenleyen sosyal düzen kuralları' olarak tanımlanabilecek olan hukuktan ayrık olarak bu disiplin (fıkıh), bunların yanı sıra bireyin Tanrı ile olan ilişkisini de düzenleme konusu yapmaktadır. Kendine özgü varlık ve bilgi tasavvurunun bir sonucu olarak fıkıhın öngördüğü bir hak ve sorumluluk düzeni söz konusudur. Ontolojik düzlemde fıkıhın ilahi iradede mündemîç olan kökeni ve doğasına dair bu karakteristik, ahlak-hukuk ayrımını yadsıyan bir yapı arz etmektedir. Bu yapısal karakteristik, yaptırım boyutunda daha sofistike bir

yapı sergileyerek, metafizik düzlemde bir çerçeve ortaya koymaktadır.

Karşılaştırmalı hukuk tarihi açısından bakıldığında hukukun doğası ve neliği, kökeni ya da maddi kaynağı konusunda farklı teorik yaklaşımların olduğunu görmekteyiz. Doğal hukuk, ilahi hukuk ve hukuksal pozitivizm gibi kuramlar hukukta köken sorunsalını çözümlemeye dönük yaklaşımlar olmuştur. Hukukun kökeni konusunda ortaya çıkan bu yaklaşımlar, salt teorik kaygıların değil, dönemin birey, toplum ve devlet ilişkilerinin düzenlenmesinde ortaya çıkacak belirleyici çerçevenin meşruiyet zeminini oluşturma gibi, siyasal kaygıların da bir ürünüdür. Bu meyanda tarihsel kökenini antikitede bulabileceğimiz ve tarihsel açıdan hukuk düşüncesi ile eş zamanlı olan doğal hukuk kuramları hukuka felsefi açıdan yönelimi ifade etmiştir.

İslâm hukuk düşüncesinin bir anlamda ontolojik, aksiyolojik ve ağırlıklı olarak metodolojik temellendirimini üstlenen bir bilim dalı olarak İslâm hukuk teorisi (fıkıh usûlü) hukukun metinsel ve diğer kaynaklarının anlaşılması ve yorumlanması meselesini temel sorunsal olarak belirlemiştir. Hukukun doğası ve mahiyeti meselesinin fıkıh düşüncesi açısından konu edildiği disiplin alan fıkıh usulüdür.² Ancak bu ilmi disiplin açısından hukukun tanım ve mahiyetine dair bir sorgulama temel bir problematik değildir. Daha çok kaynaklardan hukuk kurallarının çıkarımına ve yorumlanmasına dair ilkeleri inşa eden metodolojik bir disiplin hüviyetindedir.³ Bu ilmi disiplinin literatürel

gelişim seyrinde gaye probleminin müstakil bir problematik olarak formülasyonuna tanık olmaktadır.

HUKUKTA GAYE PROBLEMİ VE ŞÂTİBÎ'NİN HUKUK KURAMI

Gaye (*telos*), felsefi bağlamda 'varlığı, evreni ve yaşamı amaçlarla temellendirme ve açıklama yöntemini' ifade eden teleoloji kavramının özünü oluşturmaktadır. Varlıkta ve doğada bir düzen ve amaçlılık arayan disiplin olarak teleoloji, gâî nedenleri temele almaktadır. Teleoloji, olayların, nesnelerin, eylemlerin, öznelerin ve bunlara ilişkin değerlemelerimizin, bunların yönelmiş oldukları amaçlar hesaba katılarak açıklanabileceğini öne sürmektedir. Bu yaklaşım biçimi, metafizikte dünyaya bir takım gayelere göre düzen verildiğini; teolojik düzlemde ise, dünyadaki her şeyin Tanrı tarafından, insan varlığı için, insana yarar sağlayacak şekilde düzenlendiğini öne sürmektedir. Epistemolojik düzlemde ise, teleolojik tutum, insan zihninin, olgusal, nesnel ya da mantıksal verilerden çok, insanın amaçları, değerleri ve çıkarları tarafından yönlendirildiğini/belirlendiğini öngörmektedir. Ahlak alanında ise, insan yaşamındaki tek ölçütün, ödev ya da ahlak yasasından çok, değer ve iyilik olduğunu iddia eden yaklaşımı ifade etmektedir. Sonuç olarak bir ereklilik yasası öngören teleoloji, evreni ve yaşamı, amaç-araç ilişkisi üzerine kurulu bir dizge olarak görür ve tümüyle doğanın, insanın ve tarihin bu gayelerle belirlendiği fikrine dayanır.⁴

Bir hedefe yönelik olgusunu ifade eden gaye terimi, araçların amaçlara,

(2) Bunun yanı sıra kelâm ilmi (teoloji) de bu bağlamda meselenin teolojik düzlemde formüle edildiği bilimsel alan olarak ifade edilebilir.

(3) Hukuk düşüncesi açısından Fıkıh usûlü ilminin mahiyet ve gayesine dair karşılaştırmalı bir çalışma için bkz., Köksal, A. Cüneyd, *Usûlü'l-Fıkıhın Mahiyeti ve Gayesi*, MÜ. SBE. (yayınlanmamış doktora tezi), İstanbul 2007.

(4) Cevizci, Ahmet, *Felsefe Sözlüğü*, Ankara 1996, s.499.

parçaların bir bütüne ya da bir bütünü oluşturan parçaların yekdiğerine olan uyumunu ifade etmektedir. Bütünün parçaları arasındaki bu uyum ise, insanın düzenleyici ya da tanzim edici zekasının bir ürünüdür.⁵ Gaye ile norm kavramı arasında doğrudan bir ilişki söz konusudur. Zira norm kavramı, olması gerekenin bir değer hükmü olarak kabul ettiği her şeyde somut tipi veya soyut formüllü içermektedir. Bu çerçevede norm, ideal, kaide, amaç, gaye ve model anlamlarını içkin bulunan bir kavram olup, kendisine uyulması istenen somut bir örneği ya da tipi ifade etmektedir.⁶

Değer hükümleri veren hukukun inceleme alanına giren ilişkiler, bir gâilîlik karakteri ile ortaya çıkmaktadır. Buna bağlı olarak hukuk kuralları da belirli bir gaye göz önüne alınarak oluşturulmaktadır. Bir olayın hukukiliği de insan aklının onu tabiata uygun bulup bulmamasına göre belirlenmektedir. Bu da, olaya değer hükmünün verilmesinden başka bir şey değildir.⁷ Hukukun gayesi problemi, toplumsal yaşamda insanlar arasındaki ilişkileri düzenleyen hukuk kurallarının muhtevasının nasıl ve neye göre belirleneceği meselesidir. Bu yönüyle gaye problemi, bu ilişkileri en iyi biçimde düzenleyecek olan kuralların bulunması ve uygulanması olan hukuk siyasetinin bir konusu olarak nitelendirilebilir.⁸

Hukukun toplumsal yaşam ilişkilerini tanzim etme işlevini adalet, hukuki emniyet, ortak iyi, özgürlük ve eşitlik

gibi hukukun gayesini oluşturan değerler çerçevesinde icra ettiği ifade edilmektedir. Ancak bazı hukuk teorisyenlerince bu değerler arasında antinomik (çatışık) bir ilişkinin varlığı öne sürülmekle birlikte⁹ bazılarına göre çatışma durumunun olmadığı ifade edilerek hukukun gayesinin adalet aracılığı ile düzen ve emniyeti sağlayarak, toplumu oluşturan bireylerin tümüne ait iyiliği gerçekleştirmelerine imkan veren şartları yaratmak olduğu da ifade edilmiştir.¹⁰

Öte yandan teolojik düzlemde evrenin yaratılış gayesinden vahyi bildirimin genel ve özel gayelerinin belirlenmesine kadar bir dizi problematik alanlar, teolojik düşünme biçiminin çerçevesine dahil edilebilir. Bu meyanda İslâm hukuk teorisinde bu düşüncü biçiminin gaye (*makâsîd*) terimi ile kavramsallaştırıldığını ve süreç içerisinde disipline edildiğini görmekteyiz. Sözlükte, "niyet, gaye, amaç, bir şeyi amaçlamak" gibi anlamları içeren kelimelerin (*maksîd*)¹¹ çoğul biçimi olan *makâsîd*, dinî bildirime dayalı amelî hükümler (hukuk) kelimesi ile birlikte kullanıldığında "*hukuki düzenlemelerin gayeleri*" anlamına gelmektedir.¹²

Evrende hiçbir şeyin amaçsız yaratılmadığına belli bir düzen içerisinde varoluşun evrildiğine ve varlığın tümüyle insanın hizmetine sunulması bir gayelilik düzeni içerisinde insanın var olduğuna dair vahyî bildirimler gaye probleminin temel dayanaklarını oluşturmuştur. Bu bildirimlerin salt olarak koz-

molojik bir hakikati değil, ontolojik anlamda varlık düzeninde merkezi bir konuma yerleştirilen insanın etik-hukuksal boyutuna dair de bir ilkeyi (gâilîlik) ortaya koyduğu ifade edilebilir.

Ancak gâilîlik sorunu ekseninde teolojik düzlemde bir takım görüş ayrılıklarının ve tartışmaların yaşandığı ifade edilmelidir. Bu meyanda örneğin, Tanrının kulları için iyi olanı yapmak ve faydalı olanı emretmek zorunluluğunun bulunup bulunmadığı (*vücûbû'l-aslah*) ve insan eylemlerinin iyilik ve kötülüğünün akılla bilinip bilinmeyeceği (*hüsün-kubuh*) meseleleri klasik tartışma konularını oluşturmıştır. Nitekim iyinin belirlenmesi ya da bu temel değerlerin/gayelerin tespiti konusundaki (*hüsün-kubuh*) kuramsal yaklaşımlar, İslâm hukukunun kökeni tartışmalarının yürütüldüğü ana eksen oluşturmuştur. Bu doğrultuda, 'iyi'nin arayışı içinde olan hukukun kökeninin belirlenmesinde aklın rolünün tartışılması temel meselelerden (polemiklerden) birisini teşkil etmiştir.

Bu doğrultuda hukukun gayelerinin belirlenmesi (*tafiil*) meselesi çerçevesinde üç temel teolojik eğilim belirmiştir. Bunlardan Mutezili ve Mâtürîdî ekoller Tanrı'nın fiillerinin/hükümlerinin bir gayeye yönelik (*muallfel*) olduğunu öne sürmüşlerdir. Öte yandan Eşarî ekol ise, bunun tersi bir yaklaşımı benimsemiştir. Her ne kadar böylesi bir teolojik ayrışma bulunmakla birlikte, hukuki düzenlemelerin/hükümlerin gayelerinin belirlenmesi (*tafiil*) etkinliği, Zahirî ekol dışında tümüyle hukuk teorisi ve doktrininde bir ilke olarak benimsenmiş ve uygulama imkanı bulmuştur. Bu ilke bağlamında hüküm çıkarım yöntemlerine başvurulmuştur.

İslâm hukuk teorisinde gâilîlik düşüncesinin temel dayanaklarından bir diğeri de 'yaratılışla birlikte insanın sahip olduğu özellikleri' ifade eden fitrat (insan doğası) kavramıdır. Fitrat ile makâsîd kavramları arasında bir paralellik kurularak, insanın fitrı olarak faydayı (yararı) belirlemeye yönelik bir eğilim ve bilgiye sahip olduğu öne sürülmüştür.¹³

Bu teolojik temellendirmelerden hareketle, hukuk teorisinin oluşum ve gelişim seyrinde gâilîlik (makâsîd) düşüncesi, özellikle kıyas başlığı altında her bir hükmün amacının belirlenmesine ilişkin zengin bir terminolojik birikim ile ortaya çıkmakla birlikte, dinî-hukukî düzenlemelerin gayeleri/amaçları müstakil olarak ele alınmamıştır. Özellikle maslahat düşüncesine dayalı olarak yapılan çıkarım yöntemlerine ilişkin konularda gaye temelli bir metodolojik yaklaşım temellendirilmiştir. Ancak makâsîd düşüncesinin kavramsallaşma serüveninde öncü figürler, hukuk teorisini olan Cüveynî (öl. 1085) ve daha sonra onun öğrencisi olan Gazalî (öl. 1111) olmuştur.

Ancak bu konuda esassh gelişmeyi Şâtûbî *Muvâfakât* adlı eseriyle ortaya koyarak, hukukun gayeleri kuramını tesis etmiştir. Şâtûbî, bu yapıtı yazmadaki birinci amacının hukukta gaye problematiğini ele almak olduğunu ifade etmiştir. Beş ana bölümden oluşan eserin en uzun olan ikinci bölümünü bu konuya ayırmıştır. Bu problematiği ele almasındaki temel hedeflerinden birisini hukuki düzenlemelerde kesinliği sağlayacak bir kanıt/delile ulaşma çabası olarak belirlemiştir. Bu çabası sonucunda onu bu kesinliğe ulaştıracak yöntemin tümevarım metodu olduğunu ifade etmiştir.¹⁴

(5) Çobanoğlu, Rahmî, *Hukukta Gaye Problemi*, İstanbul 1964, s.3.

(6) Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s.4.

(7) Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s.8.

(8) Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s.10.

(9) Bkz., Çağır, O. Mîlîni, *Hukuk ve Hukuk İlmîne Giriş*, İstanbul 1971, s.24. Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s.11.

(10) Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s.13.

(11) İbn Manzûr, Ebû'l-Fazl Muhammedî, *Lisânü'l-Arab*, 'ksd' maddesi.

(12) Bkz., Boymıkalin, Ertuğrul, "Makâsîd" md. DîA, XXVII, 423.

(13) Bkz., İbn Âşûr, M. Tahir, *Makâsîdu's-Şer'i'ati'l-İslâmiyye, eş-Şeriketi'l-Tunusiyye*, Tunus 1985, s. 56 vd.

(14) Bkz., Şâtûbî, Ebû İshak İbrahim, *el-Muvâfakât fi Usûli'l-Ahkâm*, (thk. Abdullah Dirâz), Kahire, tsz., I, 8-17.

Gaye kuramı çerçevesinde hükümlerin temel gayesinin, insanların maslahatlarını gerçekleştirmek (yararlı sonuçların elde edilmesi ve zararlı olanların giderilmesi) olduğu ifade edilir. Bu yaklaşımın da Müslüman hukuk teorisyenlerinin görtüş birliği ile benimsendiği ifade edilmektedir. Bu apriorik ilkeye ilişkin çıkarsama, hükümlerin tümevarım yoluyla incelenmesi sonucunda elde edilebilir niteliktedir. Şâtîbî bu çıkarımın kesin bir biçimde hukuki düzenlemelerin belirli faydaların gerçekleştirilmesini amaçladığını ortaya koyduğunu belirtir.¹⁵

Gaye kuramının temel amacı, Kanun koyucunun (Şâri) iradesinden kaynaklanan mevcut hukuk otoritesi ilkesinin yanında, rasyonel bir temele dayalı hukuk otoritesini kurmaktır. Şâtîbî eserinde, kanun koyucunun iradesinde yer alan İslâm hukukunun gayelerinin insanlığın genel maslahat ilkesi üzerinde temellendirildiği sonucuna varmak için teolojik ve rasyonel argümanları bir araya getirmiştir.

Buna bağlı olarak, kanun koyucunun gayelerini şu dört ilke çerçevesinde şöylece belirlemiştir. Bunlar;

1. İnsanlığın genel maslahatı (yararı ve iyiliği),
2. Evrensel anlaşılabilirlik: "Hukukun evrenselliği" ilkesini oluşturmak Şâtîbî'nin temel hedeflerinden birisini oluşturmuştur. Bu yönüyle o, dilde önemli bir "defâle" teorisi geliştirmiştir.
3. Yükümlülüklerin beşerin fiziksel yetisiyle uygunluğu,¹⁶

4. Hukukun insanların makul adetleriyle uygunluğu.

Kanun koyucu iradeye izafe ettiği insanlığın genel maslahatı ilkesi/gayesi ekseninde Şâtîbî, gaye kuramını formüle etmiştir. Bu temel gayeler, korunması amaçlanan yarar ya da maslahatlar açısından hiyerarşik olarak üçlü bir sınıflamaya tabi tutulmuştur. Bunlar 'zarûriyyât, hâciyyât ve tahsîniyyât' olarak sıralanmaktadır.¹⁷

Bunlardan zaruri olan gayeler ya da yararlar (zarûriyyât), en üst düzeydeki yararları, yani toplumsal düzenin varlığı, dirlik ve düzenliği için vazgeçilmez temel hak ve değerleri ifade etmektedir. Hukukun genel gayeleri (makâsîd) olarak beliren bu kategori altında din, yaşam (nefis), nesil (nesep, ırz), mal ve aklın korunması temel değerler olarak sıralanmaktadır. Bunlar literatürde beş temel gaye, beş temel küllî esas (*makâsîd-ı hamse, külliyyât-ı hamse*) olarak kavramsallaştırılmıştır. Şâtîbî bu küllî gayelerin korunmasına bütün dinlerin ve milletlerin riayet ettiğini ifade ederek, bu temel değerlerin evrenselliğini vurgulamaktadır.¹⁸ Bu temel değerlerin belirlenmesinde olgunun incelenmesinin yanı sıra tüm tarihsel toplumların ve dinlerin araştırılması sonucunda ulaşıldığı ifade edilmektedir.¹⁹

Şâtîbî bu kategoride yer alan değerlerin ya da yararların korunmasının iki şekilde mümkün olabileceğini öne sürer. Bunlardan ilki, bu tür gayelere varlık kazandırmak ve varlığının aslını sürdürmek; ikincisi ise, bu değerlere zarar verebilecek ve onların fiilen ya da

muhtemelen ortadan kalkmasına yol açabilecek unsurları uzaklaştırmak ya da ortadan kaldırmak. Örneğin yaşam hakkını ortadan kaldıran adam öldürme fiilinin yasaklanması gibi.²⁰ Bu kategoride yer alan gayeler diğer iki kategori için temel (asıl) oluşturmakta olup, zaruri bir gayenin ihlali diğer kategorilerdeki değerlerin ihlali zorunlu olarak yol açar. Ayrıca birincil nitelikli zaruri değerlerin korunması ya da ihlale uğramaması için ikincil değer alanlarının da korunması gereklidir.²¹ Böylece Şâtîbî, her bir kategoriyi bir diğeri ile ilişkilendiren bir hiyerarşik bağ öngörmekte ve her bir kategorik alanı bir değerinin tamamlayıcısı ve bütünleyicisi olarak tasarlamaktadır.²²

Ancak bu kategorinin bazı farklı formülasyonlarda ortaya çıktığı üzere bazı hukuk teorisyenlerince genişletildiği görülmektedir. Örneğin klasik dönemde Cüveynî (öl. 1085) bu kategoriyi, erdemli bir toplum oluşturma gayesini²³ filozof İbn Rüşd (öl. 1198) ise adalet ve erdemli bir toplum oluşturma gayelerini/değerlerini eklemiştir.²⁴ Modern dönem gaye kuramcılarından olan M. Tahir b. Âşur (öl. 1973) ise bu listeye, eşitlik ve özgürlük gibi ilkeleri/gayeleri ilave etmiştir.²⁵

İkinci kategoriyi oluşturan olan gayeler ya da değerler (hâciyyât) ise, bireysel ve toplumsal yaşamın bir düzen içinde sürdürülmesine olanak sağlayan gayeleri içermektedir. Bu çerçevede bu yararların gereği doğrultusunda hukuki düzenlemelerin olmaması bireysel ve toplumsal düzeyde sıkıntı, zorluk ve huzursuzluğa yol açmaktadır. Bu meyan-

da satım ve kira gibi sözleşmelerin meşru kılınması, bu gayeye matuf olarak değerlendirilmektedir.

Üçüncü kategoride yer alan gayeler (tahsîniyyât) ise, ahlâki erdemlerin geliştirilmesi, görgü kurallarına uyulması ve buna benzer değerleri içermektedir. Bu değerler/iyiler, zaruret ve ihtiyaç derecesine ulaşmamakla birlikte, yaşamı kolaylaştıran, ona estetik değer ve anlam katan ve güzelleştiren yararları kapsamaktadır. Örneğin, temizlikle ilgili düzenlemeler (hükümler), yeme içme âdabı, bu türden yararların (fayda) sağlanması amacını taşıyan düzenlemeler olarak zikredilebilir.²⁶

Gaye kuramı çerçevesinde oluşan görtüş birliği çerçevesinde temel dayanağı oluşturan maslahat düşüncesi doğrultusunda adalet ve toplumsal düzenin sağlanması, eşitlik ve özgürlük, erdemli bir toplum oluşturma, itidal ve kolaylık, uygulanabilirlik gibi genel gayelerin yanı sıra özel amaçların da belirlenmesi önem arz etmektedir. Hukukun belirli bir alanına ya da kurumuna ilişkin özel gayelerin belirlenmesi hem genel gayelerin tespitinde ve hem de hukuki akıl yürütme ve çıkarımda yardımcı metodolojik katkı sağlayacaktır. Örneğin evlilikte (nikâh sözleşmesinde) aile düzeninin tesisi, boşanmanın meşru kılınmasında ise sürekli zararın önlenmesi zikredilebilir. Yine örneğin hukukun yargılama hukuku açısından gözetmiş olduğu temel gaye, haksızlığın giderilmesi ve hakların ortaya çıkarılmasını sağlayacak unsurları içeren bir adli yapının ya da düzenin teminidir.²⁷

(15) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 79-82.

(16) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 2. Mes'ûd, M. Hâfid, "Şâtîbî'de Anlam Teorisi", (çev. Muharrem Kılıç) *İslâmî Araştırmalar Dergisi*, X, sy. 1-3, 1997.

(17) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 8.

(18) Bkz., Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 8-10.

(19) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 10, dnp. 21.

(20) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 8.

(21) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 16.

(22) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 11.

(23) Cüveynî, Ebû'l Meâhî, *el-Cüyâsî*, (nşr. Abdülazîm ed-Dîb), Katar 1401, s. 181.

(24) İbn Rüşd, Ebû'l-Velîd, *Bidâyetü'l-Müctehid*, Kahire-1981, II, 475.

(25) İbn Âşur, *Makâsîd*, s. 95-99.

(26) Şâtîbî, *el-Muvâfakât*, II, 11-12.

(27) İbn Âşur, *Makâsîd*, s. 155, 195.

THOMAS AQUINAS'IN DOĞAL HUKUK KURAMI/ETİK TEORİSİ

Yürürlükteki hukukun üstünde genel, soyut ve değişmez nitelikli hukuk arayışına bir cevap olarak doğal hukuk akımları ilk çağdan itibaren hukuk felsefesi tarihinin her döneminde var olagelmıştır. Adalet, eşitlik ve özgürlük gibi apriorik nitelikli etik değerler temelinde kuramsallaşan²⁸ doğal hukukun belli tarihsel dönemlerde farklı yorumlanış biçimlerinin olduğunu ve tarihsel bir evrilme ile bu kuramların her bir tarihsel dönemde kendine özgü farklı eğilimleri içinde barındırdığını görmekteyiz.²⁹ Orta Çağda Hristiyanlık düşüncesinin öncü teorisyenlerinden olan Aziz Augustinus'un (öl. 430) ardından³⁰ özgün bir formülasyonla ilgili tarihsel dönemin doğal hukuk tasavvurunu kuran düşünür olarak St. Thomas Aquinas'ı (öl. 1274) görmekteyiz. Aquinas'ın hukuk tasavvuru ve etik kuramı modern dönemde J. Finnis'in doğal hukuk kuramına temel referans çerçevesi oluşturması açısından daha ayrıntılı olarak konu edilmelidir.

Referans çerçevesi olarak Aristoteles'in ahlak felsefesine dayanarak 'mutlulukçu ve buna bağlı olarak teleolojik' bir etik görüşüne sahip olan Aquinas'a göre insanın nihai amacı, salt olarak madde, maddi zenginlik haz veya iktidar olamaz. Zira ona göre bütün bunlar ancak, insanın bir yönüne, bedenine ya da iradi boyutuna katkıda bulunur ve onu tek bir açıdan geliştirir. Temel, nihai ve

en yüksek gaye olarak kusursuz mutluluk ve ebedi saadet, bu dünyada değil yalnızca Tanrı'da bulunabilir. Böylece Aristoteles'in teleolojik etiği, Aquinas'ın etik kuramına referans çerçevesi oluşturmuştur. Bu noktada temel soru, tıpkı Aristoteles'te olduğu gibi, insan için neyin gerçekten 'iyi' olduğudur.³¹

Her varlığın, bir gaye için hareket etmekte olduğunu öngören Aquinas'a göre araştırma objesi olarak varlığı 'iyi' açısından konu edinen pratik aklın ilk prensibi 'iyi' üzerine dayanmaktadır. Ona göre 'iyi' tümüyle varlıkların yöneldikleri şeydir. Kendi iyiliğini aramayan hiçbir şey ve hiçbir kimse bulunmamaktadır. Buna bağlı olarak doğa kanununun ilk kuralı şudur: İyi olan yapılmalı ve kötü olandan kaçınılmalıdır. Doğa kanununun diğer bütün kuralları da bu ilk kaide üzerine dayanmaktadır.³²

Aquinas'a göre, gayeleri farklılık göstermekle birlikte evrendeki tüm varlıklar Tanrı tarafından bir amaç gözetilerek yaratılmış ve evrendeki her türlü oluş, varlıklara yüklenen bir amaca hizmet etmektedir. Buna bağlı olarak tüm varlıkların eylemleri bir gaye için yapılmaktadır. Ona göre, evrendeki varlıkların eylemlerini yaparken gütmüş oldukları temel gaye, daima 'iyi'dir. Kendisine uygun olan belirli bir şeye yönelme eğiliminde olan fail ile gaye arasında bir ortaklık söz konusudur. Eğer gaye, faille uygun olan bir şey ise, bu durumda eylemi yapan açısından söz

konusu amaç iyidir. Her eylem özünde 'iyi' olan mükemmelliğe ulaşmak için yapılan bir çaba olduğundan, her eylem de iyilik elde etmek için yapılmaktadır.³³

Bu teleolojik perspektif doğrultusunda köken açısından hukukun beşeri iradeye değil, ilahi iradeye dayandığını önc süren Aquinas'a göre yasa, "insan topluluğunu yöneten tarafından yapılan ve ilan edilen ortak yarara yönelen akli bir fuyruk" olarak tanımlanmaktadır. Bu kurallar/yasalar insan davranışlarının ilki olan akla dayanmaktadır. Köken açısından hukukun beşeri iradeye değil, ilahi iradeye dayandığını öne süren Aquinas'a göre beşeri kanunların ebedi ve ilahi olan yasalara uygun olması gerekir. Finnis'in hukuk kuramına referans çerçevesi oluşturan Aquinas'a göre hukuk, "ortak iyiye (common good) yönelik aklın bir düzenidir".³⁴

Bu tanımlamadan hareketle Aquinas'ta yasanın temel nitelikleri şöylece sıralanabilir:

- Yasa aklın buyruğu olmalıdır.
- Yasanın amacı ortak yarardır.
- Yasa topluluğu yöneten ve onlara karşı sorumlu olanlar tarafından çıkarılmalıdır.
- Yasa ilan olunmalı duyurulmalıdır.³⁵

Selefi Augustin'in etkisi ile Aquinas, hiyerarşik bir sıralama ile dört tür hukuk kuralı söz konusu olduğunu öne sürmektedir. Bunlar, sırasıyla ebedi yasa,

doğal hukuk, ilahi hukuk ve pozitif hukuktur.

a. Ebedi yasa (Lex Aeterna): Evreni yaratan ve yöneten ve onun işleyişine ait olan yasalardır. Bunun bilgisi ancak Tanrı ve onun bildirdiklerinde bulunur. Tanrı'nın iradesinden neşet eden ve Tanrısal akılda içkin bulunan bir yasa türüdür. Evren tümüyle bu tanrısal akıl tarafından yönetilir. Bu yasa türünün özünü insan bilemez ancak onun yansımalarını görüp anlayabilmesi olanıdır. İnsanlar bu yasayı kendi kapasiteleri düzeyinde bilebilirler. Hakikate ilişkin her türlü bilgi de ezeli yasanın bir yansıması olarak tecelli eder. İnsanlık bu yasayı hem anlayıp uygulayabilir ve hem de içgüdüsel olarak kendi tabiatlarından bu yasaya uyma eğilimine (fıtrat) sahip olurlar. Diğer varlıklar ise içgüdüsel olarak bu yasaya uyarlar ve uygularlar.³⁶

b. Doğal yasa (Lex Naturalis): Evrenin tümüyle ebedi yasa tarafından yönetilmesi nedeniyle her şeyde içkin olan bir ebedi akıl söz konusudur. "Ebedi aklın akli varlıklara yansıyan yönü doğal yasayı oluşturur. İnsan akıl aracılığı ile bulunduğu doğal yasa sayesinde davranışlarını düzenlemek ve iyiyi kötüden ayırmak yeteneğine kavuşur." Tümüyle evren ve varlık ezeli/ebedi yasaya tabi olmakla birlikte yalnızca insanoğlunun bu yasa türünü anlayabilmesi yönüyle doğal yasa türü ortaya çıkmaktadır. Bir anlamda doğal yasa, insanın ezeli/ebedi yasayı anlamasıdır. Bireyin doğasına uygun olarak yapmış olduğu eylemler

(28) Bkz., Çağır, *Hukuk ve Hukuk İlmine Giriş*, s. 401. Güriz, Adnan, *Hukuk Felsefesi*, Ankara 1992, s. 149.

(29) Orneğin ilk çağda tabiat felsefesine dayanan bir doğal hukuk anlayışının olduğunu görmekteyiz. Bilinçli, amaçlı, değişmeyen ve yanılmayan bir doğa düzeni anlayışı, bütün düşünce alanları üzerinde egemen olmuştur. Hukuksal düzen evrene ya da doğaya egemen olan düzenin bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Hukuksal düzene ilişkin olarak doğanın koymuş olduğu bu kuralların kesin ve değişmez nitelikli yasalardan ibaret olduğu kabul edilmiştir. Bkz., Hür, Ernest, *Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Derleri*, 74-78. Ayrıca bkz., Öktem, Niyazi; Türkbağ A. Ulvi, *Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet*, İstanbul 1999, s. 104 vd.

(30) Augustinus *Tanrısal Devlet (De Civitate Dei)* adlı başyapıtında hukuk anlayışını ortaya koymuştur. Bu konuda bilgi için bkz., Güriz, *Hukuk Felsefesi*, s. 180-182.

(31) Cevizci, Ahmet, *Etik Giriş*, İstanbul 2002, s. 88-89.

(32) Bkz., Çobanoğlu, *Hukukta Gaye Problemi*, s. 176-177.

(33) Bkz., Aquinas, Thomas, *Summa Contra Gentiles*, Anton C. Pegis; Charles J. O'neil, London: University of Notre Dame, 1975, III/1:2, 4-6; III/2:7.

(34) Aquinas, Thomas, *Summa Theologica*, London: Burns Oates and Washbourne Ltd., 1942, 2. Kısım, VIII/91:1; s. 9-10.

(35) Bkz., Finnis, John, "Aquinas' Moral, Political and Legal Philosophy", *Stanford Encyclopedia of Philosophy*, (Erişim: <http://plato.stanford.edu/entries/aquinas-moral-political/>), 7. 7.1, 7.2., Aquinas, *Summa Theologica*, 2. Kısım, VIII/90:1-4; s. 1-8.

(36) Bkz., Aquinas, *Summa Theologica*, VIII/93:1-6; s. 27-39. Saint Thomas Aquinas, *On Law, Morality and Politics*, (ed. William P. Baumgarth, Richard D. Regan), Indianapolis: Hackett Publishing Company, 1988, s. 18-19, 33-44.

doğal yasa kapsamında yer almaktadır. Doğal hukuk, pozitif hukuka iki açıdan kaynaklı oluşturur. Birincisinde doğal hukuk, pozitif hukukun nasıl olması gerektiğini belirtir. İnsan öldürmenin yasaklanması gibi. İkincisinde doğal hukuk pozitif hukuk alanı için boşluklar bırakır. Bir anlamda genel ilkeler belirler.³⁷

c. Beşeri yasa/pozitif hukuk (Lex Humana): İnsanların yaptığı yasalar olup, zamana göre değişken olan bu kurallar, ezeli ve doğal hukuka ve ayrıca toplumsal örf ve geleneklere uygun olmak zorundadır. Bir anlamda bunlar, akıl yolu ile doğal yasa ilkelerinden çıkarsanan kurallardır. Bu kanunların amacı, beşeriyete faydalı olmak ve toplumu ilerletmektir. Bu kanunların geçerliliği, doğal hukukun gösterdiği adalet ilkesine uygunluğa bağlıdır. Böylece ona göre beşeri yasaların iki temel ilkeye uygunluk arz etmeleri gerekmektedir. İlk olarak, insan aleyhine ya da kişinin zararına bir hüküm içermemelidir. İkinci olarak, bu yasalar dini yasaya aykırılık oluşturmamalıdır. Beşeri yasa ile dini yasa arasında bir çatışma olduğu durumda dini yasanın hükmünün esas alınacağını öne sürer.³⁸

d. İlahi yasa (Lex Divina): Aquinas doğal ve beşeri hukukun yanı sıra beşeri davranışları yönlendirme amacıyla ilahi yasaya gereksinim olduğunu ifade etmektedir. İnsanın nihai amacına (ebedi mutluluk) yönelmesi için ilahi yasanın gerekliliğini vurgulamaktadır. Aquinas bu hukukun kaynağının akılda değil vahiy yolu ile bildirilen ve

kutsal kitaplarda yer bulduğunu öne sürer.³⁹

Orta Çağda Hristiyanlık düşüncesinin teolojik temellerinin Antik Yunan felsefi geleneği ile yeni formülasyonunda başvurulan temel kavramlardan birisi de doğal hukuk düşüncesi olmuştur. Antikiteden tevarüs edilen bu kavram üzerinden hukukun kaynağını ilahi irade gören klasik teolojik yaklaşımın dışında, seküler bir hukuk algısı doğurmuştur.⁴⁰ Aquinas'ın hukukun kaynaklarına ilişkin olarak yapmış olduğu bu seküler kategorizasyon Rönesans sonrası dönem için hukukun kurumsal olarak kilisenin ve din adamlarının tekelinden çıkarılmasının teorik aygıtı olarak işlev görmüştür. Bunun yanı sıra modern dönemler için pozitivistik hukuk algısının yaratmış olduğu travmatik siyasi ve hukuki tecrübelerin sonuçlarını hafifletmek ya da ortadan kaldırmak adına başvurulan bir kavramsal araç olmuştur. Bu meyanda farklı tarihsel dönem ve zamanlarda farklı düşünür ve filozoflarca yorumlanan doğal hukuk kavramı farklı işlevselliklerle felsefi etkinliğin odağında yer bulmuştur.

JOHN FINNIS'İN DOĞAL HUKUK KURAMI

Hukuk kuramı ile genelde doğal hukuk yorumsama geleneğini, özelde ise Thomas Aquinas geleneğini sürdüren John Finnis, hukukun doğası ve ahlak felsefesi çerçevesinde modern doğal hukuk kuramlarına özgün bir bakış açısı getirmiştir. Aristoteles'in teleolojik

mutlulukçu etiğini Hristiyan teolojisi çerçevesinde formüle eden Aquinas'ın etik anlayışını esas alarak yorumlayan Finnis, modern dönemde farklı bir doğal hukuk kuramı öngörmektedir. Bu noktada Finnis'in kuramına esas aldığı felsefi tutumun temel sorusu, tıpkı Aristoteles'te olduğu gibi, insan için neyin gerçekten 'iyi' olduğudur. Bu çerçevede Aquinas'ın doğal hukuk kuramının temelini oluşturan "ortak iyi" kavramını esas alan bir kuram geliştirmiştir.

Temel iyilere (değerler/gayeler) ya da ortak yarara dayalı bir doğal hukuk kuramı öngören Finnis'e göre sezgisel olarak bilinen bu değerler ya da doğal hukukun ilk prensipleri, hiçbir olgudan türetilmeyen ve kendiliğinden apaçık/bedihi (self-evident) ve objektif olan değerlerdir. Aquinas üzerinden bu düşüncesini temellendiren Finnis devamla, ilk doğal hukuksal ilkelerin ne spekülasyon prensiplerinden ve ne de insan doğasına veya iyi ve kötünün doğasına, ya da insanlığın fonksiyonu ve doğaya ilişkin başka çıkarımlar yoluyla elde edilemeyeceğini vurgular. Bu ilkelerin herhangi bir şeyden çıkarsanmadığını öne sürer.⁴¹ Finnis ahlak kuramını, hakiki anlamda insan gelişiminin görüntüleri, bir eyleme yönelmede gerçek akli nedenleri ya da gayeleri oluşturan ve sırf kendileri için değer verdiğimiz bu 'temel iyiler' üzerine kurmaktadır.⁴² Nitekim Aquinas hukukun ilk temel kuralı ve doğal hukuk ilkelerinin kendisine dayandığı temel ilke olarak 'iyi' kavramını

şöyle tanımlamaktadır. 'İyi (good) her şeyin kendisince tabii olduğu ya da peşinden gittiği şeydir. Öte yandan kötü (evil) ise kendisinden uzak durulan ya da kaçınılan şeydir'.⁴³

Finnis'e göre doğal hukuk ilkeleri (doğru ve yanlış prensipleri) herhangi bir olgu ya da metafizik önermeden değil, pratik akıl yürütebilmenin (practical reasonableness) pre-moral ilkelerinden çıkarsanabilir.⁴⁴ Ona göre doğal hukuk teorisi, pratik akla yatkın olan ile olmayan ve gerçekten önemli olan ve olmayan arasında bir ayrım yapma işlevini üstlenmek durumundadır. Ayrıca doğal hukuk kuramı, bireysel davranışta ve insanlar arası ilişkilerde pratik doğru görüş-düşüncünün (right-mindedness), iyi ve uygun olan düzenin koşullarını ve prensiplerini tanımlamak durumundadır.⁴⁵ Bu çerçevede onun öngörmüş olduğu doğal hukuk kuramı hem genel düzlemde insanlık için iyi olanın ve hem de özelde birey için iyi olanın belirlenmesi işlevini yüklenir.⁴⁶

'Bizim için iyi olanın temel formları nedir?' sorusunu soran Finnis, temel iyileri ya da değerleri/gayeleri: yaşam, bilgi, oyun, estetik deneyim, sosyabilite (dostluk/arkadaşlık), pratik akıl ve din olmak üzere yedi kategoriye ayırmaktadır.⁴⁷

a. Yaşam

Birinci temel değeri oluşturan yaşam değeri ya da hakkı, insanın kendini koruması biçiminde ortaya çıkan

(37) Bkz., Aquinas, *Summa Theologica*, VIII/94:1-6; s. 40-52. Aquinas, *On Law, Morality and Politics*, s. 44-55.

(38) Bkz., Aquinas, *Summa Theologica*, VIII/95:1-4; s. 53-62.

(39) Bkz., Aquinas, *Summa Theologica*, VIII/91:4-5; s. 14-19.

(40) Otacı, Cengiz, *Hukukun Laikleşme Serüveni*, İstanbul 2004, s. 109 vd.

(41) Bix, Brian, *Doğal Hukuk: Modern Gelenek*, (Çev. Ertuğrul Uzun), *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, s. 291-343, 2004, s. 323.

(42) Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford: The Clarendon Press, 1993, s. 33-34.

(43) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 64. Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", s. 324.

(44) Aquinas, *Summa Theologica*, VIII, 94/2 s. 43.

(45) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 34. Aktaş, Sururi, "Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi", *AÜEHFD*, c. VIII, sy. 1-2, 2004, s. 9.

(46) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 18.

(47) Aktaş, "Modern Doğal Hukuk Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi", s. 10.

(48) Yedi temel iyinin tanımlanması ve açılımı konusunda bkz., Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 86-90. Metin, Sevtap, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", *IÜHFM*, c. LXII, sy. 1-2, 2004, s. 167-175.

temel bir saiktir. Tümüyle insanlık tarihinde, yaşam hakkına temel bir değer olarak gereken önem ve özen gösterilmiştir. Haksız yere bir başkasının öldürülmesine hiçbir toplumda izin verilmemiştir.⁴⁹ Nitekim vahyî bildirimde de insan yaşamının masuniyeti ve dokunulmazlığı ilkesi bir temel hak olmanın yanı sıra kolektif bir insanlık bilinci kurmayı amaçlayan bir değer olarak vaz' edilmiştir.⁵⁰

Bu değer alanı, bireyin kendi varlığını, vücut bütünlüğünü ve sağlığını korumayı ve yaralanma, ağrı ve acı çekmekten kurtulmayı da içine alan kapsamlı bir içerime sahiptir. Bu temel insani gayenin (*basic human purpose*) korumayı amaçladığı değer alanı, bu korumaya hizmet edecek araçların ya da imkanların yaratılmasını da gerekli kılar. Örneğin, sağlık hizmetlerinin gereğince yerine getirilmesi gibi.⁵¹ Finnis bu meydana çocuk sahibi olma yoluyla yaşamın devamlılığının sürdürülmesi ve buna zarar veren eylemleri bu değer bağlamında değerlendirmiştir. Nitekim encest yasağı, meşru olmayan yollarla kurulan cinsel ilişkiler hoş görülmemiştir.⁵²

Yukarıda değinildiği üzere Şâtîbî'nin gaye kuramında ise yaşam değeri ya da gayesi hiyerarşik olarak zorunlu temel değerler (*zarûriyyât*) kapsamında birinci sırada yer almıştır. Yaşam değerinin yanı sıra neslin (*nesep*) korun-

ması, aynı bir gaye/değer alanı olarak belirlenmiştir.⁵³

b. Bilgi

Finnis ikinci temel değer olarak bilginin araçsal olarak değil, ancak kendiliğinden istenilen bir değer olduğunu ifade eder. Tüm insan topluluklarının hakikate bir eğilim ve ilgilerinin olduğu gerçeğini ifade eden Finnis, bu yönelimin salt olarak pratik bilgilerin öğretimi ya da öğrenilmesi ile sınırlı olmadığını vurgular. Bunun yanı sıra, bu hakikat arayışının daha esaslı biçimde felsefi ve dini alanlara ilişkin pür spekülâtif ve teorik konuları da içerdiğini ifade eder. Bilgi, her ne kadar iyinin temel bir formu ya da temel gaye/değer olmakla birlikte, herhangi bir bilginin herkes için aynı değeri ifade ettiği de söylenemez.⁵⁴

Öte yandan Şâtîbî bu meydana beş temel gaye içerisinde bilgiye ayrıca yer vermemekle birlikte, dolaylı biçimde aklın korunması bir değer/gaye olarak belirlenmiştir. Bu yönüyle bilginin temel aracı olan akıl dolayımından bilgi değeri temel iyiler arasında yer bulmuştur. Bunun yanı sıra, farklı uzmanlık alanlarına ilişkin bilgi türlerinde toplumsal gelişim ve faydayı karşılamak adına gerekli olan düzeyin karşılanması amacıyla klasik İslâm hukuk literatüründe bilgi asgari bir ahlaki sorumluluk kategorisi olarak aynı ve kifâi vacip tasnifi yapılmaktadır. Toplumsal ve bireysel yaşam açısından öğrenilmesi zorunlu

olan bilgi türünün bilinmesi tüm topluluk üzerinde kifayet düzeyinde bir kolektif sorumluluk doğurmaktadır. Bu bilgiye sahip olan tek bir kişi bulunuyorsa bu kişinin bu bilgisini kullanma zorunluluğu aynı-ahlaki bir sorumluluğa dönüşmektedir.

Ayrıca bilgi nesnesinin temel karakteristiklerine bağlı olarak, muhatapların analitik (*burhânî*), diyalektik (*cedelî*) ve retorik (*hatabî*) söylem türlerine göre bilgi düzeyleri ve bilgi tasnifi yapılmıştır. Bilgi elde etmenin veya doğru bilgi ve eylemi öğretmenin, *tasavvur* ve *tasdik* olmak üzere iki türlü yolu olduğunu öne süren İbn Rüşd insanlar açısından *tasdik*'in bu üç söylem türü ile olacağını belirtmiştir.⁵⁵ Din, bu üç bilgi edinme yöntemi ve söylem tarzını içermektedir.⁵⁶ İnsanın teorik ve pratik yetkinliğini amaç edinen ve tüm insanlığa hitap eden din, daha çok retorik esas almakla birlikte, bu üç söylem tarzını da kullanmaktadır. Öte yandan, salt teorik yetkinliği amaçlayan felsefe ise, bunlardan sadece analitik yöntemi ya da söylem tarzını kendisine esas kabul etmektedir.⁵⁷

c. Oyun

Finnis'e göre insanlık için değerler alanının ya da iyilerin üçüncü temel görünümü oyundur. Bu temel değer/gayenin, bazı ahlak kuramcıları (*moralist*) tarafından belki göz ardı edilebileceğini ifade eden Finnis, insan kültüründe bu yaygın ve indirgenemez

unsurun antropologlarca gözlemlenebileceğini vurgulamaktadır.

Öyle ki insanı *homo ludens* (oyun oynayan insan) olarak niteleyen Johan Huizinga (öl. 1945), insani eylemleri oyun teorisinden hareket ederek tanımlamaktadır. İnsan yaşamında oyun, kendi kurgusalılığı içerisinde özgür bir eylemdir. Huizinga'ya göre oyun, sanat, müzik, şiir, ibadet, bulgelik, bilim ve hukuk gibi toplumsal yaşamın tüm biçimlerinin belirmesinde etkin bir konuma sahiptir.⁵⁸

Nitekim Finnis'e göre oyun unsuru, herhangi bir insan aktivitesinin içine dahil olabilir niteliktedir. Hatta kanun yazımında bile (*drafting of enactments*) bir oyun unsurunun varlığı söz konusu olabilir. Ancak ona göre daima oyun analitik biçimde, gerçekleştirilmekte olan etkinliğin 'ciddi' bağlamından ayırt edilebilir. Ona göre bazı aktiviteler, eğlenceler ve kurumlar tümüyle veya ağırlıklı olarak pür oyundur. Oyun, kendi öz değerine sahip bir değerdir.⁵⁹

d. Estetik Deneyim

Finnis'e göre insani gelişim ve ilerlemenin dördüncü temel unsurunu, estetik deneyim oluşturmaktadır. Dans etmek, şarkı söylemek, futbol oynamak gibi bir çok oyun formu estetik deneyimin matrisi veya aracı konumundadır. Ancak güzellik, oyun değerinin vazgeçilmez bir unsuru değildir. Kaldı ki güzel formu doğada bulunabilir ve ondan zevk alınabilir. Oyun değerinin tersine estetik

(49) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 83.

(50) Mâide 5/32; "Kim haksız yere bir cana kıyarsa bütün insanları öldürmüş gibi olur. Her kim bir canı kurtarırsa bütün insanları kurtarmış gibi olur."

(51) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 86-87.

(52) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 86. Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", s. 171.

(53) Nesebin korunması gayesinin insan soyunun kusilmesine ya da üremesinin durmasına karşı alınan önlemlerin zarurî-külfî ilkeler kapsamında değerlendirilebileceği öne sürülmektedir. Bunun dışında dünyaya gelen insan soyunun aslına (anne-babasına) nispetinin belirli olmasına ve ırzın korunmasına ilişkin önlemlerin ya da düzenlemelerin ise ikinci kategoride (*hâciyyât*) yer alan bir değerler alanı oluşturacağı öne sürülmüştür. Bkz., İbn Âşûr, *Makâsıd*, s. 81-82.

(54) Finnis, John, *Natural Law and Natural Rights*, s. 83.

(55) İbn Rüşd, *Faṣlû'l-Makâl*, (ıy. ve çev. Bekir Kartıgı), İstanbul 1992, s. 101.

(56) İbn Rüşd, *Faṣlû'l-Makâl*, s. 75.

(57) Bkz., İbn Rüşd, *Faṣlû'l-Makâl*, s. 101-102.

(58) Huizinga, Johan, *Homo Ludens: Oyunun Toplumsal İşlevi Üzerine Bir Deneme*, (çev. M. Ali Kılıçbay), İstanbul 1995.

(59) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 87.

deneyimde kişinin kendi eyleminin buna dahil olma zorunluluğu yoktur.⁶⁰

Hukukun gaye problematiği çerçevesinde korunması amaçlanan yararlar (maslahatlar) açısından yapılan üçlü hiyerarşik sınıflamada üçüncü kategoride yer alan tahsiniyyât kapsamına dahil edilebilecek bir değerdir. Şâtübî'ye göre bu kategorideki değerler, üstün ahlak anlayışına uygun bir davranış modeli gerçekleştirmeye yönelik gayeler olmanın yanı sıra, yaşamı kolaylaştıran ve güzelleştiren beşeri yararları ya da maslahatları içermektedir.⁶¹

e. Sosyabilite (Dostluk)

Finnis'in beşinci olarak konu edindiği bu değer, en zayıf formu ile insanlar arasında asgari barışı ve harmoniyi/kaynaşmayı temin eder. Ona göre insan toplumları bu değerle tümüyle geliştiği durumda en güçlü haline kavuşur. İki kişi arasındaki işbirliği her bireyin kendi bireysel gayelerini gerçekleştirmesi için bir araçtan başka bir şey değildir. Ancak dostluk bireyin arkadaşının gayeleri, mutluluğu ve iyiliği (well-being) için hareket etmeyi içermektedir. Bu değer, kişinin dostunun mutluluğunu ve yararını kendisi için bir iyi olarak değerlendirmesini gerekli kılmaktadır. Dostluk ilişkisine sahip olmak, temel bir iyi formudur.⁶² Toplumsal yaşam ilişkilerine yön veren temel ahlaki değerler alanında sevgi ve paylaşım temelinde dostluk değerini idealize eden ilke ve normlar yer almakla birlikte, bu

değer bağımsız olarak küllî gayeler kategorisinde zikredilmemiştir. Ancak bu değer, ya da iyyinin sağlıklı bir toplumsal doku ve düzenin var oluşunun temel araçlarından birisi olarak her toplum için universal bir anlam ifade ettiği söylenebilir.

f. Pratik Akla Uygunluk (Practical Reasonableness)

Altıncı olarak Finnis, pratik akla uygunluk ilkesine temel iyiler arasında yer vermektedir. Ancak bu ilkeyi doğal hukuk kuramının kendisi olarak nitelendirmektedir. Bu bir anlamda temel değerleri/iyileri verili durumlara uygulayan bir süreçte işaret etmektedir.⁶³ Ona göre doğru bir doğal hukuk teorisi belirlenen metodolojik çerçevede açıkça pratik akla uygun ya da yatkın olanla pratik akla uygun olmayanı birbirinden ayırt etme bağlamında pratik açıdan bir eleştiriyi üstlenen bir teoridir.⁶⁴

g. Din

Finnis son olarak bu listede yedinci sırada temel bir iyi olarak din kavramına yer vermektedir. Ancak Finnis doğal hukuk kuramını Tanrının varlığına veya iradesine dayandırmamaktadır.⁶⁵ Finnis'in tırnak içerisinde yer verdiği 'din' kavramını insanın doğası ve evrendeki yeri hakkındaki her türden sorgulama biçimini ifade ettiğini ifade eden Bix, bu sorgulamanın ateizm veya varoluşçuluk biçiminde de ortaya çıkabileceğini belirtmektedir.⁶⁶ Nitekim yukarıda da

değindiği üzere doğal hukuk düşüncesi bir anlamda hukukun Tanrısal iradedene soyutlanması bağlamında işlevsel bir yorumsama geleneği içerisinde var olagelmıştır.

Finnis sıralamış olduğu bu iyilerin dışında sayısız gayelerin ve iyi formlarının bulunduğunu ifade etmektedir. Diğer gayelerin (purposes) ve iyi formlarının yedi temel iyi formunun veya onların bazı kombinasyonlarının gerçekleştirilmesi için bir yol veya aracı konumunda olacağını vurgulamaktadır. Finnis'e göre, bu yedi temel iyi dışında insanın kendini gerçekleştirme noktasında sayısız yönleri bulunmaktadır. Fakat cesaret, cömertlik, ölçülülük, nezaket ve diğer yönler (iyiler) temel değerler değildir. Bunlar özünde temel değerleri izleme yollarıdır. Finnis bu yedi temel iyyinin, insan eylemlerinin tümüyle temel gayelerini gerçekleştirebildiği kanısındadır. Sıralanabilecek olan diğer gayeler/iyiler bu yedi temel iyilerden çıkarılabilir niteliktedir.⁶⁷

Finnis sıralamış olduğu bu değerler arasında bir hiyerarşinin bulunmadığını öne sürmektedir. Zira bu değerler/iyiler arasında bir sıralamanın ya da hiyerarşinin kurulması insan onuruna aykırılığını ifade etmektedir. Ona göre bu iyiler arasında bir sıradüzeni öngörmek, insanı araçsallaştırır (alet kılar) ve değerlerin yok olmasına yol açar.⁶⁸ Ancak Finnis'in bu temel iyiler arasında sistemli bir hiyerarşiyi esas alan bir teleoloji öngörmemesi zor ahlaki soruların cevaplanması konusunda bir yeterlilik eleştirisine maruz kalmasına yol açmıştır.⁶⁹

Ona göre yaşam deneyiminde bu değerler arasında bireyin seçim özgürlüğü söz konusudur. Kişi herhangi bir değeri/iyiyi bir başkasına tercih edeceği bir yaşam tarzı geliştirebilir. Birey önceliklerini kendi öz iradesi ile kurabilir ya da değiştirebilir. Yapacağı bu değişiklikler temel değerler arasındaki öncelik sıralamasından değil, bireyin kendi yaşam planından kaynaklanır. Değerler arası bireysel tercihlerin/seçimlerin gerekçeleri kişinin öz doğasına, yetiştirme ve eğitim durumuna, kapasitesine ve olanaklarına göre değişiklik arz etmektedir.⁷⁰

Bu temel iyiler/değerler pre-moral bir niteliğe sahip olup, bunlar ahlaki/moral akıl yürütmenin başlangıç ya da hareket noktasını oluştururlar. Bunlar insani eylemlerin değerlendirildiği ahlak öncesi bir temele ya da dayanağa işaret etmektedir.⁷¹ Burada Finnis ahlaki akıl yürütmeyi doğal hukuk kuramının temel unsuru olarak öngörmektedir. Bu akıl yürütme prosesine ilişkin Finnis bir takım metodolojik ilkeler belirlemiştir. Bunlar pratik akla uygunluğun temel gerekçeleri olarak sıralanmıştır. Finnis bu ilkeleri temel değerlere ulaştıracak ahlaki akıl yürütmenin aracı prensipleri olarak saymıştır.⁷²

a. Kişinin yaşamına ilişkin tutarlı rasyonel bir plan yapması,

b. Temel iyiler/değerler arasında keyfi tercihlerde bulunmaması,

c. İnsanlar arasında keyfi tercihlerde bulunmaması,

(60) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 87-88.

(61) Şâtübî, *el-Muvâfâkât*, II, 11-12.

(62) Bkz., Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 88; 141-143.

(63) Ayrıntılı bilgi için bkz., Bkz., Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 88; 100 vd. Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", s. 175-182.

(64) Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 19. Aktaş, "Modern Doğal Hukuku Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi", s. 9.

(65) Bkz., Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 89-90.

(66) Bix, *Doğal Hukuk: Modern Gelenek*, s. 324.

(67) Bkz., Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 90.

(68) Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", s. 174.

(69) Bkz., Bix, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", s. 327.

(70) Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", s. 175.

(71) Aktaş, "Modern Doğal Hukuku Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi", s. 11.

(72) Bkz., Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, s. 100-127.

d. Kişinin taahhütlerinden kolayca kaçınmaması (zorunluluk olmaksızın vaatlerinden dönmemesi),

e. Verilen taahhütler ya da sözlerden dönülmesi durumunda bunlara ilişkin uygun bir ayrılık sebebi gösterilmesi,

f. Toplumun genel yararına uygun hareket etmesi ya da toplumsal iyinin yanında yer alması,

g. Etkin bir biçimde iyiyi izlemesi,

h. Ortak iyiye hizmet etmesi (Topluluğun ortak faydasını geliştirme),

i. Her eylemde temel değerlere saygılı olması,

j. Eylemlerin vicdana uygunluğunun bulunması (vicdanla uyumlu eylem).

Finnis'e göre, sıralanan bu metodolojik ilkeler doğal hukuk için zorunlu olan ahlaki akıl yürütmenin temel koşullarıdır. Bu metodolojik ilkeler olmaksızın temel değerlerin/iyilerin ya da gayelerin doğru bir biçimde anlaşılması ve yorumlanması imkansızdır.⁷³ Bu metodolojik ilkeleri, Finnis'in temel iyiler arasında bir hiyerarşi gözetmemesinin yol açacağı değer karmaşasını ve bunun kamu yararı düşüncesi bağlamında doğurması muhtemel mahzurları kısmen kompanse etmeye dönük yöntemler olarak değerlendirebiliriz.

Finnis'e göre, söz konusu iyiler/değerler bu metodolojik ilkeler çerçevesinde içsel bir perspektifle özne tarafından algılanır ve fakat bunlar objektif niteliklidir. Ancak Finnis bu sezgisel yetinin ancak bilge ve yetkin bireylerde bulunduğunu öne sürmektedir. Değerler arasında bir hiyerarşi gözetmeyen Finnis'in doğal hukuk kuramını kuracak zihin dünyası konusunda

doğal olarak seçkin olduğunu görmekteyiz.

Temel iyilerle (değerler) hukuku doğrudan birbiri ile ilişkilendiren Finnis, bu değerlerle çatışık olan (adil olmayan) yasaları gerçek anlamda yasa olarak kabul etmez. Adil olmayan yasalar hukuk kavramında içkin bulunan ahlaki idealleri gerçekleştirmekte başarısızdır.⁷⁴

İşlevsellik açısından bu değerler skalası, doğal hukuksal bir perspektifle hukukun ahlaki temellendirimini esas alarak hukuku anlama ve yorumlama sürecinde genel anlamda paradigmatik bir çerçeve ve özelde ise metodolojik bir düzenek sunmakta olduğunu ifade edebiliriz. Buna paralel biçimde Şâtübî'nin, hukuki akıl yürütmenin (icihat etkinliği) ilk koşulu olarak hukukun gayelerinin bilinmesini şart koşması, hukukun yorumlanmasında kuramsal bir çerçeve ve metodolojik bir öncüle tekabül ettiği söylenebilir. Bunun yanı sıra Şâtübî ilk kez, gaye kuramı ekseninde yapılacak olan yorumsama etkinliğinde bu metodolojik bakış açısının hüküm çıkarmında bir biling düzeyinde olmasını da (makâsıd bilinci) öngörmektedir.⁷⁵

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

Her ne kadar İslâm hukuku (İkâh) ve diğer hukuk sistemlerinin kendi özgül tarihsellikleri bağlamında özgün varlık ve bilgi tasavvurlarına dayalı biçimde ayrışmaları söz konusu olmakla birlikte, insanlık tarihi ile birlikte varlığı kabul edilen hukukun (*ubi jus ubi societas*) evrenselliği hem kuramsal ve hem de doktriner düzeyde karşılaştırmaları mümkün kılmaktadır.

Nitekim hukuk ile ahlak arasında bir köprü inşa etme ve pozitif hukuka

ontolojik bir meşruiyet alanı kurmak gibi temel ortak amaçları olan doğal hukuk kuramlarının özdeş bir çerçevede olmakla birlikte, bazı temel problematiklerinin İslâm hukuk teorisi özelinde teolojik içerimleri olan spesifik konular çerçevesinde tartışıldığını ifade edebiliriz.

Bu çerçevede karşılaştırma konusu yaptığımız Finnis'in bir etik teorisi olarak tasarladığı doğal hukuk kuramı, temel değerlere ya da ortak iyiye ya da yarara dayalı bir hukuk teorisidir. Bu noktada Şâtübî'nin sistematize ettiği gaye kuramının merkezinde de ortak yarar/maslahat ilkesi yer almaktadır. Ancak maslahat ilkesi, metafizik bir temellendirme ile Tanrı'nın insanlık için öngördüğü temel bir öncül olarak ortaya konulmuştur.

Hukukta gaye düşüncesi doğrultusunda Şâtübî, ilahi iradenin yansınası olan bildirimlerin tümevarım yoluyla değerlendirilmesi sonucunda belirli temel değerlerin/gayelerin belirlenebileceğini öngörmüştür. Bu değerler sistemi, bireysel ve toplumsal yaşam açısından ifade ettiği önem derecesine göre bir sınıflama ve hiyerarşiye tabi tutulmuştur. Maslahat/yarar merkezli bu hiyerarşik sıralamada üç ana kategori belirlenmiştir. Bunlardan ilk sırada gelen ve en temel olan değer alanına (zarûriyyât) özgü olan beş temel gaye belirlenmiştir. Kanun koyucunun ya da sistemik bir bütün olarak hukukun ve hukuki akıl yürütmelerin sırası ile bu gayeleri/iyileri esas alan bir işleyişe sahip olduğu vurgulanmıştır. Ancak bu değerler/gayeler listesinin hem klasik ve hem de modern dönemde geliştirilebileceği öne sürülmüştür.

Öte yandan Finnis de doğal hukuk kuramının temel ögesi olarak temel iyiler/gayeleri belirlemiştir. Ancak şu farkla ki Finnis, bu değerler alanına ilişkin

bir hiyerarşik yapılanma öngörmemiştir. Doğanın ve eşyanın temel yapısına ve düzenine aykırı bir biçimde temel değerler arasında hiyerarşinin gözetilmemesi veya bunların eşit geçerliliğe sahip olduğunun öne sürülmesi öncelikle değerler dünyasına ilişkin kaotik durum (keyfilik/öznel) yaratacaktır. Aynı zamanda bu durum, Finnis'in kurguladığı etik teorisinin temel felsefesine de aykırı düşecektir. Ancak Finnis, yukarıda da değinildiği üzere, temel iyiler arasında hiyerarşi gözetmemesinin yol açacağı karmaşanın mahzurlarını kısmen telafi etmeye dönük bir takım metodolojik ilkeler belirlemiştir.

Benzer biçimde Finnis de tespit ettiği temel iyileri/gayeleri tüketici bir biçimde sıralamakla birlikte, o da bu listenin genişletilebileceğini öngörmektedir.

Bir diğer karşılaştırmaya esas alınacak temel sorun da epistemolojik anlamda bu değerlerin kaynağına ilişkin sorgulamadır. Şâtübî'ye ve diğer İslâm hukuk teorisyenlerine göre hukukun kökeninde ilahi irade bulunmaktadır. Bu çerçevede hukuk bilginin görevi de orada duran bu iradeyi keşfetmeye dönük metodolojik ve doktriner bir etkinlik yürütmektir. Bu nedenle verili bir metinsel bütünlükten temel değerler/gayeler tümevarımsal bir yöntemle türetilmektedir. Bu bir anlamda mantıksal bir çıkarımı gerekli kılmaktadır.

Öte yandan Finnis'e göre bu temel iyiler/değerler, sezgisel bir biçimde bireyin içsel deneyimi sonucunda elde edilebilir niteliktedir. Epistemik anlamda öznel bir bilgi türü üretecek olan bu sezgisel tutumun objektivitesinin sağlanması amacıyla bir takım metodolojik ilkeler öngörmektedir. Ancak bu metodolojik ilkelerin, evrenselliği öngörülen bu değerlere ilişkin bilgilenme sürecini

(73) Aktar, "Modern Doğal Hukuku Bağlamında John Finnis'in Hukuk Teorisi", s. 11.

(74) Bkz., Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", s. 184-185.

(75) Bkz., Şâtübî, *el-Muvâfâkât*, IV, 105.

ne ölçüde nesnelleştirebileceği tartışmalıdır.

Hukukta gaye problemi, İslâm hukuk teorisi literatüründe spesifik kavramlar düzeyinde ve metafizik/teolojik arka planı çerçevesinde ele alınmış olmakla birlikte, tümüyle bu konuyu problematize eden ve bir formülasyona giden eser 14. yüzyılda Şâtîbî tarafından kaleme alınmıştır. Sistematize edilen hukukun temel gayeleri/değerleri hukuki akıl yürütmeye ilişkin metodolojik bir çerçeve olarak öngörülmüştür. Bu kuramsal açılımın özellikle modernleşme sürecinde referans çerçevesi olarak bazı isimler tarafından benimsendiği ifade edilebilir. Ayrıca hukukun genel gayelerinin yanı sıra, farklı alanlara özgü hukuki düzenlemelerin özel maksatlarının belirlenmesi konusunda da literatürel katkıların ortaya çıktığı görülmektedir.

Aristotelyen geleneği Aquinas dolayımından devralarak modern dö-

nemde klasik doğal hukuk kuramını sosyal teori ile analitik hukukun problemlerini de göz önünde bulundurarak yeniden inşa eden⁷⁶ Finnis, ortak yararı/iyyi merkeze almıştır.

İslâm hukuk teorisi açısından hukuk ile ahlak arasında kategorik bir ayrımın öngörülmemesi nedeniyle, olan-olması gereken hukuk ayrımı kuramsallaşmamıştır. Öte yandan doğal hukuk geleneğinde ise bu ayrımın ve ikilemin her türlü doğal hukuksal kurama egemen olduğu görülmektedir. Batı hukuk düşüncesinin Aquinas'ın öngördüğü biçimde ilahi iradeye dayanan ilahi hukuk ile beşeri iradeye dayalı pozitif hukuk arasındaki gerilimin hukuk-ahlak ikilemi ekseninde problematize edildiğini görmekteyiz. Bu problematiğin temel sorusu ise 'hukukun neliği' meselesidir. Finnis bu gerilime yanıt oluşturma geleneğinin modern bir formülasyonunu ortaya koymuştur.

Eşitlik Olmadan Adalet Olur Mu?

Sibel KİBAR*

GİRİŞ

Günümüzde siyaset kuramcıları, devlet, iktidar, güç gibi kavramları tartışmayı biraz geri plana atmış, etik, ahlak, adalet, hak gibi daha çok felsefenin alanına giren kavramları, siyaset kuramları içerisinde incelemeye ve tartışmaya başlamışlardır.¹ Etiğin, ahlakın ve adaletin var olan siyaset tarafından nasıl belirlendiği incelenirken, bu alanların siyaseti nasıl şekillendirdiği daha fazla önem kazanmıştır. Yani devlet ve iktidar, etik, ahlak ve adalet kavramları ile anlaşılmaya çalışılmaktadır. Alan Ryan'ın Justice adlı derleme kitabının önsözünde dediği gibi herhangi bir siyasi yönetim meşruluğunu sağlamak için, kurduğu düzenin ya da yönetimin adil olduğunu iddia etmek zorundadır.²

Düşünce tarihi boyunca pek çok filozof, düşünür, hukukçu ve siyasetçi "adalet nedir?" sorusu ile ilgilenmişlerdir. Felsefenin diğer kavramları gibi adalet kavramı üzerinde de uzlaşmamıştır. Düşünürler adalet tanımlarını halihazırda benimsemiş oldukları siyasi kuram yardımı ile temellendirerek açıklamaya ve kabul ettirmeye çalışmışlardır. Yani adalet bir temel sunmaya

çalışırken, onu sahip oldukları politik ve etik yaklaşımın temeli üzerine oturtmuşlardır. Şimdiye kadar geliştirilmiş adalet tanımlamalarına baktığımızda sahip olunan yaklaşımın ortaya konan tanım üzerindeki etkisini görürüz. Örneğin, Sokrates ve Platon adaleti en yüce erdem ve bilgelik olarak nitelendirmişlerdir.³ Öte yandan Sofist Thrasmachos adaleti, gücünün çıkarlarına hizmet eden bir kavram olarak düşünmüştür.⁴ Sonrasında kimi filozoflar adaleti mülkiyet özgürlüğü ile ilişkilendirmiş, kimileri insan hakları bağlamında ele almış ve kimileri de eşitlikle temellendirmiştir. Ben bu çalışmamda adaleti bir tür eşitlik olgusu ile ilişkilendiren ama ekonomik gelir bağlamında bir eşitlik öngörmeyen üç düşünürün görüşlerinde ele alacağım: Peter Singer, John Rawls ve Thomas Pogge.

Çağımız siyaset felsefesinde, Kymlicka'nın dediği gibi, liberalizm merkezi bir öneme sahiptir. Kymlicka, siyaset felsefesinde liberal demokrasiyi savunan üç temel yaklaşım olduğu tespitini yapıyor; bunlar faydacılık, libertenlik ve liberal eşitlik.⁵ Singer, Rawls ve Pogge'nin liberal eşitlik yaklaşımı bağlamında ele alınabileceği kanısındayım.

* Orta Doğu Teknik Üniversitesi, Felsefe Bölümü Araştırma Görevlisi

(1) Kymlicka, Will. Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş, çev. Ebru Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2001, s.1.

(2) Ryan, Alan. "Introduction", Justice, ed. Alan Ryan, Oxford University Press, 1993, s.3.

(3) Raphael, D. D. Concepts of Justice, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001, s.31.

(4) Platon, Devlet, çev. Sebahattin Eyüboğlu, M. Ali Cımcı, Remzi Kitabevi, 8. Basım, İstanbul, 1995, 338c.

(76) Bkz., Metin, "Yeniden Doğal Hukuk Modellemesi: John Finnis", s. 183, 197.

Bu üç düşünürü bu çalışmanın konusu edinmemin başta gelen nedenlerinden birisi, onların adalet kavramını sosyal adalet veya küresel adalet bağlamında ele almalarıdır. Örneğin, bir sınavda bir öğrencinin kopya çekmesinin, diğer öğrenciler ve öğretmen açısından bir adalet sorunu olmasıyla ilgilenmekten ziyade, Afrikalı çocukların AIDS veya açlıktan ölmesi gibi daha büyük ölçekli adalet sorunlarıyla ilgilenmişlerdir. Günümüzde sosyal ve küresel adalet belki de her zamankinden daha yakıcı bir sorundur. İçinde yaşadığımız yüzyılda pek çok vahşete tanık olduk ve halen de olmaktayız. Soykırımlar, savaşlar, hastalıklar, doğal afetler, yoksulluk, açlık, kuraklık ve daha birçok adaletsizlik sıralanabilir. Bu üç siyaset kuramcısı, Singer, Rawls ve Pogge, bu tür adaletsizliklerin veya felaketlerin karşısında çözüm olabileceğine inandıkları kendi adalet kuramlarını ortaya koymuşlardır.

Singer, Rawls ve Pogge'nin ortak noktası, yukarıda da sözünü ettiğim gibi, liberal düşünürler olmalarına rağmen, yani serbest piyasa ekonomisini kabul etmelerine rağmen, serbest piyasa ekonomisinin, daha net bir ifadeyle kapitalizmin yol açtığı adaletsizlikleri bir parça düzeltmeyi hedeflemeleridir. Diğer bir ifadeyle, dünyadaki veya bir toplumdaki gelir düzeyleri arasındaki uçurumun bir nebze olsun kapatılabileceği iddiasındadırlar. Bu nedenle, diğer liberal adalet kuramcıları tarafından eşitlikçi liberal olarak tanımlanurlar. Oysa onlar eşitsizliği temel alarak, verili kabul ederek yüzyılsal bir eşitlik sağlama arzusundadırlar. Bu üç düşünürün felsefelerinin,

temelde eşitsizliği varsaydıkları için, hiç bir zaman gerçek anlamda eşitliğe yaklaşamayacağı kanısındayım. Bahsi geçen liberal adalet kuramcılarının en temel sorunlarının eşitlikçi bir bakış açısından yoksun olmaları olduğunu ve bu nedenle kuramlarının dünyaya ve topluma adalet getirmeyeceğini iddia ediyorum.

SINGER: BİREYSEL SORUMLULUK

Peter Singer "*Açlık, Zenginlik ve Ahlak*"⁽⁵⁾ olarak çevirebileceğimiz makalesine, dünyanın çok büyük adaletsizliklere sahne olduğunu söyleyerek ve adaletsizliğin kötü olduğunu kabul ederek başlıyor. Dünya nüfusunun büyük bir kısmı açlıktan, yoksulluktan, susuzluktan, barınak bulamamaktan, çeşitli hastalıklardan, savaşlardan telef olmaktadır. Dünyanın diğer bir kısmı ise ayrıcalıklı yaşantılarını sürdürmektedir. Singer'a göre, hiç kimse insanların açlıktan, yoksulluktan, savaşlardan, temiz su kaynaklarına erişememekten, tedavisi mümkün olan hastalıklardan ve benzeri nedenlerden ölmesinin iyi olduğunu iddia edemez.⁽⁷⁾ Dünya Bankası'nın 2006 raporuna göre 854 milyon insan açlık sınırında yaşamaktadır. 982 milyon kişinin günlük geliri 1 doların altındadır.⁽⁸⁾ Dünya nüfusunun yaklaşık %6'sının açlık sınırında olduğu ve daha büyük bir yüzdesinin kötü koşullarda yaşam mücadelesi vermeye çalıştığı bir durumda Singer daha iyi durumda olan insanların ahlaki olarak bu duruma son verme yükümlülüğü taşıdığını iddia ediyor. Ayrıca, bu duruma son vermenin,

mümkün olduğunu kanıtlamaya çalışıyor.⁽⁹⁾

Singer, bunun yolunun görece iyi koşullarda yaşayan insanların bireysel çabalarından geçtiğine inanıyor. Singer'a göre zengin devletleri ya da ayrıcalıklı insanları harekete geçirmenin, onları yardım etmeye ikna etmenin yolu görece daha iyi durumda olan toplumlar da bireysel sorumluluğu arttırmaktan geçiyor. Singer'ın bireysel sorumluluk kavrayışı, yardım etmek uğruna bireylerin hayatlarındaki bir şeyleri feda etmeleri olarak anlaşılmamalıdır. Singer hiç bir fedakarlık talep etmediğini iddia ediyor. Örneğin, günde bir kahve daha az içerek ya da daha ucuz bir restoranda yemek yiyerek ya da 1 yıl kenara koyarak dünyanın başka bir yerinde hiç tanımadığımız bir insanın veya bir ailenin hayatını kurtarabiliriz. Bazı insanlar bu küçük şeyleri fedakarlık olarak adlandırabilir ama Singer'a göre günde bir fincan kahve daha az içmekle hayatımızdan bir şey feda etmiş olmuyoruz.⁽¹⁰⁾

Singer küresel adaletin insanların keyfine kalmış bir mesele olmadığını söylüyor. Ona göre, küresel adaleti sağlamaya yönelik küçük de olsa bir katkıda bulunmak bizim ahlaki ödevimizdir. Eğer açlıktan ölmenin kötü bir şey olduğunu kabul ediyorsak, onu engellemek ahlaki yükümlülüğümüzdür. Genellikle, bir toplumda başkalarına yardım eden insanlar övülür, takdir edilir. Ancak Singer'ın vurgulamak istediği, yardımseverliğin kişisel bir erdem olmanın ötesinde kişiler için ahlaki bir zorunluluk olduğudur. Bu nedenle, toplumun yardım edenleri alkışlamak yerine, yardım

etmeyenleri ayıplaması gerekmektedir, çünkü o kişiler ahlaki ödevlerini yerine getirmemektedirler. Bir toplumu bir arada tutan şey ahlaki değerlerdir. Eğer kişiler ahlaki ödevlerini yerine getirmezlerse, o toplum, toplum olmaktan çıkar.⁽¹¹⁾

Singer'a bu ahlaki ödevin, zengin devletlerin ya da zengin kişilerin sorumluluğunda olduğu eleştirisi yöneltiliyor. Singer, elbette ki zengin devletlerin ve kişilerin ellerinden daha çok şey gelebileceğini kabul ediyor ama birey olarak onlara örnek olmamız gerektiğini söylüyor. Eğer bireyler üç beş kuruluşlarını ayırp, yardım etmezlerse devletler de yardım etmez. Bir devletin vatandaşları yardım etmiyorsa, o devlet de kendisinin vatandaşlarının vergilerinden kaynak ayırıp yardım etmesinin vatandaşları tarafından istenmediğini düşünür. Bu nedenle, bireyler küresel adalet ne kadar az olursa olsun bir katkıda bulunmalı ve bunu ahlaki ödevleri olarak benimsemelidirler.⁽¹²⁾

Benim Singer'a temelde iki eleştirim var. Birincisi, Singer yardım etmenin bireyin keyfine kalmadığını, ahlaki bir zorunluluk olduğunu söylese bile, pratik yaşamda bu yaklaşım küresel adalet sorununu bireyin keyfine terk etmektir çünkü Singer'ın sözünü ettiği ahlaki zorunluluğu hissedip hissetmemek bireyin kendi vicdanına kalmıştır. Diğer bir deyişle, açlıktan ölen insanların kaderi, ayrıcalıklı koşullarda yaşayan insanların neleri feda edip etmeyeceği, ahlaki sorumluluğun nerede başlayıp nerede biteceği tartışmalarına bağlıdır. Ayrıcalıklı insanlar zor durumda olan insanların o hale gelmesinden sorumlu olmadıklarını düşünebilecekleri için,

(5) Kymlicka, s. xiii.

(6) Singer, Peter. "Famine, Affluence, and Morality", *Ethics in Practice*, Blackwell Publishing, 1997, s. 585-95.

(7) A.g.e. s. 586.

(8) <http://www.worldhunger.org/articles/Learn/work%20hunger%20facts%202002.html>

(9) Singer, s. 586-7.

(10) A.g.e. s. 590.

(11) A.g.e. s. 588.

(12) A.g.e. s. 591

yardım etme konusunda da kendilerini sorumlu hissetmeyebilirler. Sırf ahlaki yükümlülükleri olan bir varlık olmaktan dolayı böyle bir sorumluluk taşısalar bile ayrıcalıklı yaşamlarındaki bir takım lükslerinden vazgeçmek onlara zor gelebilir.

İkinci olarak, Singer'ın bu yaklaşımını bataklığı kurutmak yerine sivrisinekleri öldürmeye benzetiyorum. Tabii az önce söylediğim gibi, eğer bireyler sinekleri öldürmek için çaba harcarsalar. Singer, adaletin gerçekleşmesini ahlaki sorumluluk sorunu olarak sunmaktadır. Herkes sorumluluğunu yerine getirirse, yoksulluk ortadan kalkar. Ancak Singer'ın bu yaklaşımı, adaletsizlik sorununun nedenlerine inmemiştir. Neden bataklık olduğu sorusunu sormamaktadır. Yardıma muhtaç ve yardım edecek iki taraf bulunması ile ilgili de pek bir sorunu yoktur Singer'ın. Singer insanlar ve toplumlar arasındaki gelir dağılımı eşitsizliğini kabul etmektedir. Amacı eşitliği sağlamak yerine, aç insanları açlık sınırının biraz üzerine taşımaktır. Bu nedenle, ayrıcalıklı ve yoksul insanlar arasındaki uçurum var olmaya devam edecek ve bir taraf yardım eden, diğer taraf da yardım bekleyen konumunda kalacaktır. Yani Singer'ın kuramı adil bir dünya sunmamaktadır.

RAWLS: KURUMSAL ADALET

John Rawls adalet denilince aklımıza gelen ilk isimlerin başında yer alıyor. Rawls küresel adalet sorunuyla pek ilgilenmiyor çünkü Rawls adil bir yapıya ve demokratik bir kültüre sahip olmayan

bir toplumda adaletin sağlanamayacağını iddia ediyor.¹³ Bu nedenle, liberal ve demokratik toplumlarda sosyal adaletin nasıl sağlanacağı üzerine bir kuram geliştiriyor: "*Hakkaniyetli adalet*"¹⁴

Rawls, Singer'dan farklı olarak, adaletin kişilerin ahlaki motivasyonlarına bırakılamayacak, siyasi bir mesele olduğunu iddia ediyor.¹⁵ Ona göre adalet kişilerin bir erdemi olamaz, toplumsal ve siyasi kurumların bir uygulamasında ortaya çıkan bir sorundur. Adil olmayan sosyal yapıların ve kurumların olduğu bir toplumda bir bireyin adil olmaya çalışması kahramanlığa soyunmaktan öteye geçemez. Rawls'a göre adalet özgür bir toplumda, kurumsal ve oturmuş bir yapı içerisinde, özgür, eşit ve makul vatandaşlar tarafından hayata geçirilebilecek bir konudur.¹⁶

Rawls kendi adalet kuramını oluştururken, öncelikle, insanların sahip oldukları şeyleri hak ettikleri düşüncesine karşı çıkıyor. Hiç kimse doğal ve doğuştan gelen yetilerini ve özelliklerini hak etmez diyor. Bazılarımız bazı konularda diğerlerine göre daha yetenekli doğanız, bazılarımız bedensel engelli, bazılarımız zihinsel engelli doğanız. Bazıları Afrika'da doğarken, bazıları Kuzey Avrupa'da doğar. Bazıları zengin bir ailenin çocuğu olarak dünyaya gelir, bazıları yoksul bir ailenin. Bunların hiç birini seçemeyiz, hiç birini hak etmemişizdir ve hiç birini daha doğmadan belirleme şansına sahip değilizdir. Nasıl bir çevrede ve nasıl bir ailede dünyaya geldiğimiz doğuştan getirdiğimiz yetilerimizi geliştirmemize ya da yetilerimizin sönmesine neden ola-

bilir. Yani çevre, aile ve bize sunulan olanaklar başarımız üzerinde çok etkilidir.¹⁷

Rawls'a göre ancak toplum veya devlet bireylere bir takım olanaklar sunarak bir ölçüde adalet sağlayabilir. Eğer devlet herkese eşit ölçüde fırsatlar sunarsa yine bir adaletsizlik olur diye düşünüyor. Rawls fırsat eşitliğini "*kaba ve adil olmayan eşitlik*" olarak adlandırıyor. Eğer devlet bireylere sadece kaba bir fırsat eşitliği sunarsa, doğuştan daha önde başlayan kişiler fırsatlardan yararlanmada diğerlerinin önünde olacaktır. Bu nedenle, Rawls fırsat eşitliği yerine "*hakkaniyetli eşitlik*" ilkesini koyuyor. Hakkaniyetli eşitlik, ekonomik olarak kötü durumda olanların daha çok fırsattan yararlanması, herkese açık bir pozisyona seçilirken daha önde başlamaları anlamına geliyor. Rawls buna "*fark ilkesi*" diyor.¹⁸

Rawls kendi adalet kuramının temelindeki hakkaniyetli fırsat eşitliği ilkesini rasyonelleştirmek adına bir düşünce deneyi sunuyor: "*ilk durum*". İlk durumun esin kaynağı toplumsal sözleşmeler tarafından ortaya atılan doğal durum olmasına rağmen, ondan biraz daha farklıdır. İlk durumda, dışarıdaki dünya olduğu haliyle dönmeye devam ediyor. Yani günümüz dünyası, borsası, şirketleri, patronları, işçileri, evsizleri ile var kabul ediliyor. Var olan sınıfların temsilcileri adalet ilkeleri üzerinde uzlaşmak için bir odaya giriyorlar. Bu odaya girerken, tüm sınıfsal, ailesel, çevresel belirlenimlerinden soyunarak giriyorlar. Rawls'un deyimiyle bir "*cehalet peçesi*" giyerek giriyorlar. Ne kendilerinin sahip olduğu yetileri, pozis-

yonları biliyorlar ne de odadaki diğer temsilcilerin hangi tarafın temsilcisi olduklarını. Böyle bir ilk durumda, kendilerinin hangi tarafı temsil ettiğinin farkında olmayan temsilciler kendi taraflarının çıkarını savunamayacaklardır. Dolayısıyla, en kötü durumda olan taraftan olabilecekleri ihtimalini de düşünerek, her kesimin yararına olan ilkeler üzerinde uzlaşılacaktır.¹⁹ Üzerinde uzlaşılacak birinci ilke, tüm vatandaşların eşit ve özgür bir biçimde temel özgürlüklere sahip olmaları. İkinci ilke, daha önce sözünü ettiğim hakkaniyetli fırsat eşitliği ilkesi. Rawls, bu ilkeyi biraz daha açıyor ve hakkaniyetli fırsat eşitliği en az avantajlı durumda olanın yararına olduğu zaman kullanılmalı diyor. İlk ilke, özgürlüklerin eşit bir şekilde dağıtılmasını söylerken, ikinci ilke malların bölüşümünde eşitsizliğin en kötü durumda olanın yararına olacak şekilde kullanılması gerektiğini söylüyor.²⁰

Ben burada Nozick'in Rawls'a yönelttiği soruyu yinelemek istiyorum: Neden avantajlı konumda olan taraf, sahip olduğu menfaatleri tamamen var sayıma dayanan bir düşünce deneyi nedeniyle en az avantajlı olan ile paylaşsın ve onların daha fazla yararlanmasını kabul etsin?²¹ Rawls cevaben, demokratik bir toplumu oluşturan üç temel ilkeyi sıralıyor: İşbirliği, karşılıklılık ve işbirliğinde bulunan ortakların menfaatlerinin artırılması. Rawls'a göre, bu üç ilke modern demokratik toplumun siyasi kültürüne içkindir. Modern demokratik toplumun üyeleri, yani vatandaşları bir tür toplumsal sözleşme etrafında bir araya gelirler, işbirliği içinde üretirler, bu üre-

(13) Rawls küresel adalet sorunuyla ilgili yazdıkları için bkz. "The Law of Peoples", *Critical Inquiry*, Vol. 20, No. 1 (Autumn, 1993), s. 36-68. Ancak Rawls, "fark ilkesini", başka toplumlara uygulamıyor. Fark ilkesi, sadece liberal demokratik ülkelerde uygulanabilir. Rawls'un başka toplumlar için öne sürdüğü farklı ilkeler var ancak o ilkeler bu yazının sınırları içinde ele alınmamıştır.

(14) Rawls, John. *Justice As Fairness: A Restatement*. Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2001, s. 5-11.

(15) A.g.e. s. 12.

(16) A.g.e. s. 18-24.

(17) A.g.e. s. 55-6.

(18) A.g.e. s. 42-45.

(19) A.g.e. s. 80-4.

(20) A.g.e. s. 42.

(21) Nozick, Robert. *Anarchy, State and Utopia*, Wiley Blackwell, 2001, s. 189.

timden karşılıklı fayda sağlarlar ve işbirliğinin devamının sağlanması için, toplumsal sözleşmenin bozulmaması için tüm vatandaşların çıkarı gözetilmelidir. Toplumu oluşturan vatandaşlar, ortak bir iyi düşüncesine sahip olmasalar da, ortak bir adalet hissiyatına sahiptirler.²² Dolayısıyla, cehalet peçesi altında, tarafların temsilcileri adalet ilkelerini kararlaştırırken, herkesin yararına olacak şekilde bir karara varırlar. Az gelire sahip olan taraf, gelirini ve fırsatlarını arttırmış olacak, öte yandan üst gelir gurubu alt gelir gurubunun sözleşmeye tabi kalmasını sağlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, en verimli üretim şekli olan işbirliği devam edecek ve taraflar bu işbirliğinden karşılıklı olarak yararlanmış olacaklardır. Böylece doğuştan getirdiğimiz eşitsizlikler bir ölçüde törpülenecektir.

Özetle, Singer gibi Rawls da hak-kaniyetli adalet adını verdiği kuramında adaletsizliğe yol açan doğal ve toplumsal eşitsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik bir proje sunmuyor. İlk bakışta, doğal eşitsizliklere sunulacak bir çözüm yok gibi görünse de yakından bakığımızda, doğal eşitsizlik olarak adlandırdığımız pek çok sorunun kaynağının toplumsal ve siyasal eşitsizlikte yattığını görürüz. Judith Shklar'ın örnek verdiği gibi, benimizin hangi renk olduğu doğuştan getirdiğimiz bir özellikken, o rengin nasıl anlaşıldığı sosyal bir meslektir. İkinci bir örnek, doğal afetlerin yıkıcı etkisini bazı toplumlar en az hasarla atlatabilirken, bazıları en ağır şekilde yaşıyorlar.²³ Bu da gösteriyor ki, doğal eşitsizlikler, toplumsal ve siyasal müdahalelerle giderilebilir.

Rawls, doğal veya toplumsal eşitsizlikleri gidermek yerine, toplumun en

alt gelir seviyesine sahip olanların gelirlerini ve durumlarını biraz olsun düzeltmeyi amaçlıyor. Aslında Rawls'u eleştirirken, Nozick'in sorusunu tersine çevirmek gerektiği kanısındayım. Neden daha az avantajlı durumda olan insanlar Rawlsun adalet ilkelerini kabul etsinler? Daha fazla avantaja sahip olanlar, avantajlı durumlarını korumak için, gelirlerinin ve menfaatlerinin bir kısmını bir çeşit rüşvet olarak daha az avantajlılar ile paylaşmak zorundalar. Ancak neden daha az avantajlı olan kesim gerçekten hakları olan pay yerine bir parça rüşvet ile yetinsin? Bu noktada "gerçekten hakkı olanı" ne olduğu sorusu sorulabilir. Bu çalışma kapsamında "gerçekten hakkı olan" ifadesi sözleşmeye katılan ve işbirliği içinde olan, yani toplumsal üretime katkıda bulunan insanın emeğinin karşılığını alması, sömürülmemesi ve el konulan artı-değerin topluma ve dolayısıyla o insana geri dönmesi olarak anlaşılabilir. Toparlamak gerekirse, daha az avantajlılar tarafından üretilen artı-değerin, daha fazla avantajlılar tarafından daha az avantajlılara bir lütuf gibi geri dönmesinde, daha az avantajlıların ürettikleri artı-değeri yani haklarını almaları hedeflenen olmalıdır.

POGGE: NEGATİF ÖDEV

Thomas Pogge de Singer gibi küresel adaletsizlik, özellikle de yoksulluk ve açlık sorunu ile ilgileniyor. Ancak Singer'in aksine küresel açlık ve yoksulluk gibi sorunların bireylerin vicdani ödevleriyle çözülemeyeceği inancında. Pogge'ye göre, devletlerin ve kurumların adaletsizlikleri ortadan kaldırmaya yönelik girişimlerde bulunması gerekiyor. Bu da sadece yardım ederek olabilecek bir şey değildir. Siyasi ve kurumsal yapının

değişmesi gerekli. Yardıma muhtaç kişilere yardım ederek, onları politik sisteme katılacak eşitler olarak görmemiz mümkün değil.²⁴ Bu noktada Pogge, Singer'dan ayrılıyor.

Pogge'nin, Singer ve Rawls ile karşılaştırıldığında hayli radikal bir önerisi var. Zengin devletlerin kendi sınırları içerisinde bulunan doğal kaynaklardan fakirlere kâr payı vermelerini öneriyor Pogge.²⁵ Bu önerisini iki iddia ile temellendiriyor. İlki, bütün insanların dünyadaki doğal kaynaklar üzerinde vazgeçilemez, devredilemez hakları olduğu. Yani Pogge, liberal mülkiyet haklarını bir kenara bırakıp daha temel olan insan haklarına dönmek gerektiğini düşünüyor. Herhangi bir devlet, bu arazinin sınırlarını ben çevirdim diyerek, o arazideki doğal kaynakları kendi tekeline alamaz. Bu dünya gelecek nesiller de dahil olmak üzere tüm insanlıktır. Sınırları içerisinde doğal kaynaklara sahip olan devletler, onları işletme haklarını ellerinde bulundurabilirler ama onlara asla zarar veremezler, çünkü doğal kaynaklar insanlığın ortak mirasıdır.²⁶

Pogge'nin ikinci önermesi ise, dünyadaki eşitsizliklerin ve adaletsizliklerin yaratılmasına ve sürdürülmesine katkıda bulunmamak gibi bir görevimiz olduğudur. Aç veya yoksul insanlara yardım etmek bizim pozitif ödevimiz. Ama bu adaletsizlikte parmağımızın olmaması bizim negatif ödevimiz. Pogge'ye göre pozitif ödevimiz yardımcı olur gibi görünse de dayanaksız ve net değil. Yani "neden yardım etmeliyiz?",

"ne kadar yardım etmeliyiz?" gibi soruların yanıtı yeterince iyi temellendirilmiyor. Pogge negatif ödevimizin daha ikna edici olduğu kanısında. Dünyanın bu hale gelmesinin sorumlusu bizleriz, yani negatif ödevimizi ihlal ettik, şimdi bu durumu düzeltmenin zamanı diye düşünüyor.²⁷

Pogge negatif ödevimizi ihlal ettiğimize dair üç delil öne sürüyor. Birincisi, bilindiği gibi, gelişmiş devletler ekonomik ve askeri güçleri ile pek çok küresel kurumu ve şirketi yönetiyorlar. Uluslararası Para Fonu (IMF), Dünya Bankası (WB) gibi kurumların veya çok uluslu şirketlerin küresel yoksulluktaki payları açık. Az gelişmiş ülkeleri sömürerek dünyadaki ülkeler arasında bir eşitsizliğe yol açıyorlar. Dolayısıyla, gelişmiş devletlerin vatandaşları da, tersine bir şey yapmayarak, bu yapıya dolaylı olarak katkıda bulunuyor.²⁸ İkincisi, dünya üzerindeki doğal kaynakların çoğunun kullanım hakkı zengin devletlerin elinde bulunuyor. Bu kaynaklardan elde ettikleri gelirden kâr payı vererek, yoksul insanların o kaynaklar üzerindeki haklarını gasp etmiş oluyorlar.²⁹ Üçüncü olarak, bugünkü yoksul ülkelere baktığımızda, o ülkelerin geçmişin sömürge ülkeleri olduğunu görüyoruz. Bugün zengin olan ülkeler dönemin sömürgeci ülkeleriyle, yoksul olanlar o dönemde koloni olmuş bölgeleridir. Sonuç olarak, yüzyıllardır negatif ödevimizi yok saymış durumdayız.³⁰ Ancak eğer bugün zengin devletler dünya yoksulluk fonuna doğal kaynaklardan kâr payı verirlerse, küresel

(24) Pogge, Thomas W. "Eradicating Systemic Poverty: Brief for a Global Resources Dividend", *Journal of Human Development*, 2(1), 2001, s. 59-77, s. 59.

(25) A.g.e. s. 66.

(26) A.g.e. s. 63-4.

(27) A.g.e. s. 60.

(28) A.g.e. s. 61-3.

(29) A.g.e. s. 63-4.

(30) A.g.e. s. 65.

(22) Rawls, s. 6.

(23) Shklar, Judith N. *The Faces of Injustice*, Yale University Press, 1992, s. 5.

adaletsizlik sorunu bir parça çözümlenmiş olur.³¹

Pogge'nin önerisi, aslında Rawls'a ve Singer'a göre çok daha eşitlikçi ve adil görünüyor. Rawls'un ve Singer'ın tersine, Pogge sorunun kaynağına iniyor. Bugünün fakir veya az gelişmiş ülkelerinin ve bölgelerinin geçmişte sömürge olduğunu, bugün de sömürünün farklı bir biçiminin uluslararası organizasyonlar aracılığıyla gerçekleştiği tespitini yapıyor. Dolayısıyla, ayrıcalıklı insanlara, "yardım edin, bu sizin ahlaki ödeviniz" demek yerine, gelişmiş devletlere "borcunuzu ödeyin çünkü sorumlusu sizsiniz" diyor. Ancak Pogge de, Rawls ve Singer gibi var olan sınırları ve dünya düzenini kabul ediyor. "Uluslararası şirketler, organizasyonlar, kurumlar, kısacası zengin devletler fakir ülkeleri sömürmeyi bıraksın" demek yerine, "sömürü devam ederken, adaletsizliğe, yoksulluğa, açlığa terk ettiklerimizin bir parça yaralarını saralım" anlamına geliyor Pogge'nin söyledikleri. Yani kepçe ile aldığımızı kaşıkla geri verelim de denilebilir.

SONUÇ

Tüm bu eleştirilerin ardından, Singer, Rawls ve Pogge için iki farklı açıdan sonuç çıkartılabilir. Birincisi, onların adalet kuramlarına, batının günah çıkarması olarak bakılabilir. Kendi ayrıcalıklı yaşamlarını sürdürürken, vicdanlarını rahatlatmak amacıyla, adalet sorunuyla ilgilendikleri söylenebilir. İkinci yaklaşım ise, onlara haksızlık etmemek gerektiği, birer düşünür olarak, dünyayı toptan değiştirme şansları olmadığı için, daha makul önerilerle sorunu hafifletmeyi amaçladıkları söylenebilir. Ben bu iki yaklaşımın dışında bir sonuç çıkartıyorum. Singer, Pogge ve Rawls kendi adalet kuramlarını, aslında var olan bir

adalet kavramına dayandırıyorlar. Yani liberal mülkiyet haklarının üzerine inşa edilmiş, günümüz dünya düzeninde geçerli olan adalet kavramını kullanıyorlar. Pogge, kaynağını Locke'tan alan bu adalet tanımını doğal kaynaklar söz konusu olduğunda rafa kaldırıyor. Ancak sadece doğal kaynaklar için ve dünya bu denli adaletsizlere sahne olduğu için yapıyor bunu. Demek istediğim, eşitliğe dayanmayan, liberal hak kavramına dayanan bir adalet yaklaşımıyla, var olan adaletsizlikleri yaratan temeli kabul etmiş, meşru görmüş ve kuramlarını bu temel üzerine inşa etmiş oluyorlar. İnsanlar arasında somut bir eşitlik öngören bir yaklaşıma sahip olmadıkları için de söyledikleri sineklerle boğuşmaktan öteye gidemiyor.

Kaynakça

- Kymlicka, Will. Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş, çev. Ebru Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yay., İstanbul, 2001.
- Nozick, Robert. Anarchy, State and Utopia, WileyBlackwell, 2001.
- Platon, Devlet, çev. Sebahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, Remzi Kitabevi, 8. Basım, İstanbul, 1995.
- Pogge, Thomas W. "Eradicating Systemic Poverty: Brief for a Global Resources Dividend", Journal of Human Development, 2(1), 2001, s. 59-77.
- Raphael, D. D. Concepts of Justice, Oxford University Press, Oxford, New York, 2001.
- Rawls, John. "The Law of Peoples", Critical Inquiry, Vol. 20, No. 1 (Autumn, 1993), s. 36-68.
- Rawls, John. Justice As Fairness: A Restatement, Harvard University

Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 2001.

• Ryan, Alan. "Introduction", Justice, ed. Alan Ryan, Oxford University Press, 1993.

• Shklar, Judith N. The Faces of Injustice, Yale University Press, 1992.

• Singer, Peter. "Famine, Affluence, and Morality", Ethics in Practice, Blackwell Publishing, 1997.

• <http://www.worldhunger.org/articles/Learn/world%20hunger%20facts%202002.htm>

(31) A.g.e. s. 66.

Platon'da Adalet Tasarımı

Nurten KİRİŞ*

GİRİŞ

Platon, tarihin tanıdığı en büyük filozoflardan birisi olarak kendisinden sonra gelen felsefeleri, düşünce sistemlerini, dünya görüşlerini oldukça etkilemiş ve onlar tarafından tartışma konusu olmuştur. Çalışmanın konusu olan adalet kavramı, Platon'un felsefesinin merkezinde olan bir kavramdır. Platon'a geçmeden önce genel olarak adalet kavramının ne olduğuna baktığımızda onun felsefenin en eski sorularından birisi olduğunu görmekteyiz. İlk olarak etimolojik tahlil ile adalet nedir diye bakarsak Yunanca "*Dike*" ve "*Dikaiosune*" Almanca "*Gerechtigkeit*", Fransızca ve İngilizce "*Justice*" kelimeleriyle karşılığını bulan adalet kavramı Türkçe'ye Arapça "*adl*" kökünden gelmiştir.¹ Kelime anlamı itibarıyla adalet kavramı nedir diye bakarsak, sözlüklerde; en yüce, nesnel ve mutlak bir değer anlatımı olarak insanın davranışını ahlaki açıdan inceleyen ve eleştiren bir düşünce; hakka ve doğruluğa saygıyı temel alan ahlak ilkesi; doğruluk, dürüstlük, tarafsızlık ve doğru muamele olarak geçmektedir.²

Platon felsefesinin önemli dayanaklarından biri olan adalet kavramı ise, özellikle ahlak felsefesinin ve siyaset felsefesinin ilgi alanındadır. Hocası

Sokrates'in ahlak öğretisini geliştiren Platon, gerçeklerin var olduğu dünyayı idealar dünyası, görüşlerin bulunduğu dünyayı da fenomenler dünyası olarak iki ayrı dünya tasarımıyla açıklarken; bu öğretisine paralel olarak ahlak yasalarını, insan ve fenomenler dünyasından bağımsız ve idealar dünyasında nesnel ve objektif bir varlığa sahip olan idea cinsinden varlıklar olarak görmektedir. Ona göre, bilgelik, cesaretilik, ölçülülük gibi bir erdem olan adalet, aynı zamanda iyi ideası gibi evrensel, tümel, saf ve değişmez gerçektir. Adaletin etimolojik tahlilinin ve Platon'un adalet hakkındaki görüşlerinin kısa bir özetini verdikten sonra, şimdi de bu görüşlerin temelini, bağlantı noktalarını ve tartışma konusu olan yönlerini daha detaylı bir şekilde ele almak gerekmektedir.

PLATON FELSEFESİNDE ADALET

Platon felsefesinde bahsi geçen kavram farklı anlamlarda tüm sisteminin içinde yer almaktadır. Onun sisteminde adalet bireysel ve toplumsal düzeyde bir uyum ve denge halidir. Platon adaletin bir uyum olması durumunu, site düzeyinde sosyal sınıflar arasındaki uyum; birey düzeyinde de ruhun kısımları arasındaki uyum olarak açıklar. Bu çift başlı yönüyle de adalet hem ahlakın hem

siyasetin konusu haline gelir. Onun felsefesinde adalet ruhun bilgelik, cesaretilik, kendine hakim olma gibi erdemlerinin yanı sıra varolan bir erdemdir ve diğer erdemlerin tümünü kapsar. Bir başka deyişle, ruhun bu erdemleri adalet erdeminden ortaya çıkar.

Yine Platon'a göre, adalet en iyi şeyle en kötü şeyin ortasıdır. "İnsanlar hep adalet ile adaletsizliği ün, şeref, kâr için överler veya yererler. Hâlbuki başlı başına adalet ve adaletsizlik vardır. O da insanın içindedir. Bunlar kendisinden iyi veya kötüdürler." Öte yandan onun felsefesinde adalet bir araç değil bizzat amaçtır. İnsanlar bu amaç doğrultusunda davranışlarını ve hayatlarını düzenlemelidir.

Platon'un adalet ile ilgili görüşlerinin temelinde şüphesiz hocası Sokrates vardır. Çünkü Sokrates Atina demokrasisi tarafından yerleşik Tanrılara karşı çıkmak ve gençlerin ahlakını bozmak ile suçlanmış ve tutuklanmıştır. Sorgulandığı sırada ölüm cezasına çarptırılmıştır ancak ona, "felsefeyi bırak serbest ol" şeklinde bir teklif getirilmiştir. Bu teklife karşılık Sokrates şu karşılığı verir.

"Atinalılar! Size saygı ve sevgim vardır. Ama ben size değil daha çok Tanrı'ya boyun eğirim. Son soluğuma değin elimden geldiğince felsefe ile uğraşmaktan, sizleri buna yöneltmekten, felsefeyi öğretmekten geri durmayacağım. İnsanları erdemli olmaya çağırmak Tanrının buyrudur. Erdem, zenginlikle,

parayla, pulla elde edilmez. Ama her türlü iyilik erdemden gelir. Onun için canın, tinin eğitimine, yetkinliğine önem vermek gerekir ki adaletli bir yapı kazansın."³

Sokrates'e göre iyi olan şey doğru ve adaletlidir. Erdem bilgi olduğundan, bir erdem olarak adalet de bilgidir. Adalet iyi olanı kötünden ayırma bilgisidir ve öncelikle bunun öğretilmesi gerekmektedir. Sokrates kendi sisteminde bu konuya önemli bir yer atfetmekle birlikte, geliştirilmeye ihtiyacı olan bir ahlak kavramı olmaktan da öteye götürememiştir. Öğrencisi Platon ise, yaşadığı dönemin koşulları itibarıyla bu soruna daha idealist açıdan yaklaşır, değişmeyen ve sonsuz adaleti savunarak adaletin göreceliğini ortaya atan ve Sokrates'in ölümüne neden olan sofistlerden ayrılır.

Platon mutlak adaletin varlığını savunarak yola çıkar. Bu konuda adaletin göreceliğini iddia eden bazı sofist filozoflardan ayrılır. Örneğin Sofistlerden Gorgias'a göre en yüksek erdem retoriktir. Kişi bununla ayrıcalık ve üstünlük kazanır. Retorik yargı yerlerinde, meclislerde sözle kandırma kudretidir. İnsanları adalet ve adaletsizliğe değil, istediğimiz şeye retorik sanatı sayesinde inandırırız.⁴

Platon'a göre ise Gorgias, hata yapmaya retorik sanatı olarak görmekle başlamıştır, çünkü retorik bir sanat değildir. O, bir çeşit haz ve zevk vermeye yarayan gerektir. Öte yandan Platon adalet ve adaletsizliğe herhangi bir yol ile inandırılmanın da mümkün olmadığını söyler. Ona göre adalet öğrenilebilen meşakkatli bir süreçtir ve

* Süleyman Demirel Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Elemanı

(1) Bedîa Akarsu, *Felsefi Terimler Sözlüğü*, Adalet Md, TDK Yay., Ankara, 1975.(2) Ahmet Cevizci, *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, Adalet Md, İstanbul, 1999.(3) Platon, *Devlet*, (çev. Selahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimboz), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1997, 376/a.(4) Platon, *Sokrates'in Savunması*, (çev. Teoman Aktürel), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1982, 29/d. a.(5) Platon, *Gorgias*, (çev. Melih Cevdet Anday), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1982, 425/d-e.

bir kez adaleti öğrenen adam adaletlidir ve hiçbir zaman adaletten sapmaz.⁶

Sofistlerden Polos'a göre ise; hatipler toplumun en iktidarlı olanlarıdır. İktidarı elde etmek insana mutluluk verir. Çünkü güçlü olan istediğini öldürür, sürer, malını elinden alır. Suçlu damgasını yemediği gibi cezadan da kurtulur ve mutlu olur.⁷ Bu durum adaletsizlikmiş gibi görünse de mutlu olmanın tek yoludur.

Polos'un adaletsizce kullanılan gücün mutluluk sağlayacağı tezine karşılık Platon cevap verir. Haksızlık etmek başlı başına bir kötülüktür. Haksızlık etmekten haksızlığı uğramayı tercih ederim. "Kadın ve erkek kim adaletli ise mutlu olan odur. Haksızlık yapan ise mutsuzdur. Adaletsiz kişinin işlediği suçlar cezasız kalırsa daha da mutsuz olur. Ceza ruhunu tedavi edeceğinden mutsuzluğunu azaltır. Çünkü adaletsizlik en çirkin olandır. Çirkin olanda kötüdür ve acı verir. Adalet ise güzel, faydalı hoş ve yararlı olandır. Bu nedenle de iyidir. Bundan dolayı haksızlık etmek haksızlığa uğramaktan daha acı vericidir."⁸

Platon'un bu cevaplarına yine Sofistlerden Kallikles karşı çıkar. Ona göre iyilik kuvvet, kudret ve iktidar demektir. Çoğunluğun ve kudretlilerin buyrukları tabiata göre en iyi ve en güzeldir. En iyi ve iktidarlı olanlar idare işlerinden anlayan ve korkusuz olanlardır. Krallar ve idareciler ellerinde tuttukları gücün nimetlerinden sonuna kadar faydalanmalıdır. Onlar arzularına karşı koymamalıdır. İsteklerinin yerine

getirilmesi onları mutlu eder. Bütün isteklere sahip olup onları doyurabilmek ve mutlu yaşayabilmek için bunda zevk bulmak gerekir. Dolayısıyla Platon'un iddiaları tamamen mutluluğa ve iyilik erdemine aykırıdır.⁹

Platon Kallikles'e şöyle karşılık verir. Akıllı ile akılsızlar, bilgiler ile bilgisizler, korkaklar ile cesurlar, acı ve zevki hemen hemen aynı derecede hissederek. Fakat bilgiler ve cesurlar iyi, korkaklar ve duygusuzlar ise kötüdürler. İyiler kendilerinde iyilik bulunduğu için iyi, kötüler de kendilerinde kötülük bulunduğu için kötüdürler.¹⁰ Dolayısıyla iyilik adaletsiz kral ve idarecilerin ellerinde bulunan güçten bağımsız bir şeydir. Yine Platon'a göre elde edilmemesine çaba gösterilecek şey, "asıl iyi"nin bilgisiyle donanarak erdemli ve mutlu olmaktır. Çünkü adaletin ne olduğunu öğrenen adaletli olur ve adil davranır. Adaletli olanı yapmak isteyen adam, adaletli olmayı yapmaz.¹¹ Zaten adaletli olmayı yapmak kötülüklerin en büyüğüdür. Platon, "seçim söz konusu olursa, kötülük yapmaktansa kötülük görmeyi seçerim" der.¹²

Platon'a göre mutluluk, kişinin adaletli olmasıyla ilgilidir. Adaletten ayrılan, kötü olan mutlu değildir. Adaletli olmayan ve adaletli işler yapmayan bir kimse mutsuzdur. Cezasını çekerse mutsuzluğu azalır.¹³ Mutlu olmayı isteyen kişi adaleti aramalıdır.¹⁴ Adil insan mutlu ve güçlüdür. Platon'da ruh ya da beden erdemi talihin verdiği bir şey değildir. Onların payına düşen adalet

düzeninin sonucudur. Bir şeyin iyi olmasını sağlayan düzen, o şeyin özünde bulunan özel bir düzendir. Düzenli olan adaletlidir. Adaletli ruh ise iyidir.¹⁵

Sofistlerden Thrasyamakhos'a göre ise adalet güçlülünün işine gelendir. Her yönetim kendi kanunlarını işine geldiği gibi koyar. Koyduğu kanunların yönetilenler için de adaleti sağladığını iddia eder. Koyduğu kanundan ayrılanları da kanuna ve adaletle karşı gelmiş kabul ederek cezalandırır, bu yüzden de adalet yönetimin işine gelendir. Güç de yönetimde olduğuna göre düşünmesini bilen bir kişi şu sonuca varır: Adalet güçlülünün işine gelendir.

Platon ise buna karşılık yöneticilerin de yanlışlıklarını ve koydukları kanunların bazılarının doğru, bazılarının ise yanlış olduğunu ifade eder. Doğru olan yalnız güçlülünün işine geleni yapmak değil aksine işine gelmeyeni de yapmaktır. Her sanat yöneldiği şeyin menfaatini hedefler. Örneğin hekimlik sanatı hastanın menfaatini gözetir. Aynı şekilde yöneticilik sanatı da yönetilenlerin menfaatini gözetmek zorundadır.¹⁶

Platon'da adalet, en iyi bireylerin ve en iyi toplumların ruhundan başka bir şey değildir. O erdem olarak adaletin kişisel olabileceğini, ama adil yurttaşın ancak adil bir toplum tarafından ortaya çıkartılabileceğini düşünmektedir. Öte yandan Platon'a göre kendi işini gören ve başkasının işine burnunu sokmayan her kişide adalet içkindir. Tüccar, asker ve koruyucu başka sınıfa karışmadan işini görüyorsa devlet adaletlidir.¹⁷

Özetle hocası Sokrates'ten miras olarak bu kavramı ele alıp inceleyen Platon, Sofistlerin zorbaca davranışlarının da etkisiyle adaleti ondan daha öte ve daha önemli bir yere oturtmuştur. Öyle ki O adaletin insandaki ve ideal devletteki yansımaları, ona ulaşmanın imkanını ve bu imkanı gerçekleştirme yollarını da sırasıyla göstermiştir. Örneğin ona göre insan, adaletle tek başına varamaz. O'na varmak için iyi ve mutlak adaletli olan Tanrı'ya benzemek gerekir. Mutlak adalet olan Tanrı'ya benzemek ise ancak eğitimle mümkün olacaktır. Çünkü bilgelik biliminden yoksun olanlar, yaptıklarının adaletli ve yararlı olup olmadığını bilemezler.¹⁸ Filozofun eğitimi bu nedenle çok önemlidir ve çok meşakkatli bir yoldan geçmektedir. Yani adaletli bir insan haline gelmek güçtür. Çünkü Tanrılar, erdemin önüne alın terini koymuşlardır. Erdeme ulaşmak güç olsa da, bir defa adaletle varıldı mı elde tutulması kolaydır.¹⁹ Bu düşüncesinden hareketle Platon, adaleti akıllılık ve değerliliğe, adaletsizliği de bilgisizliğe benzetmektedir. Buna göre adaletli olan akıllı ve değerlidir. Zorba olan da bilgisiz ve kötüdür.

Platon felsefesinde Tanrı (Demiurge) dünyayı adaletle kuran bir mimardır. Yani onun bu dünyayı adaletle götüren bir planı vardır. Böylece de Tanrı'ya inanan insan, erdemli ve adaletli olmak için iyi bir dayanak elde etmiş olur.²⁰ Ona göre adaletsizlik Tanrısal varlıklar arasında yoktur. Adaletsizlik ölümlü tabiatlar arasında ve şu topraklar üstünde hüküm sürer. Onun için mümkün olduğunca çabuk buralardan yukarıya kaç-

(6) a.g.e., 463/d.

(7) a.g.e., 465/b-c, 472/e.

(8) a.g.e., 470/d, 472/e-c, 475/c.

(9) a.g.e., 477/e, 478/e, 491/c, 492/d-c, 494/c.

(10) a.g.e., 498/c-d.

(11) a.g.e., 460/c.

(12) a.g.e., 466-e.

(13) a.g.e., 470/e.

(14) a.g.e., 507/b.

(15) a.g.e., 306/e.

(16) Platon, Devlet, 339/a-c-d, 342/c-d-e.

(17) a.g.e., 367/a, 351/a, 335/e.

(18) Platon, Kharmides, (çev. Tanju Gökçil) Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986, 171/d-e, 173/b-c, 174, 176c-d.

(19) Platon, Prtagoras, (çev. Tanju Gökçil), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986, 343/b.

(20) Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2003, s. 67.

maya çalışmak gerekmektedir. Bu, elden geldiğince Tanrı'ya benzemekle mümkün olur. Tanrı son derece adaletlidir. Hiç kimse bu konuda tam olarak ona benzeyemez. Çünkü insanların en iyisi ve adaletlisi dahi ancak filozof olabilir.²¹

Adaletin bireysel ruhlar ile olan bağlantısından bahsedildikten sonra Platon'un ideal devletinde adaletin yerine değinilmesi gerekecektir. Platon ideal devletini 'devlet' adlı diyalogunda anlatır. Ona göre devlet insanların bir araya gelerek kurdukları bir kurum değildir, bir organizmadır, bir bütündür. Devlet büyük çapta bir insandır ya da insan devletin minyatürüdür. Platon'un adalet anlayışında öncelik birey değil devlettir.

İdeal devlet, birey ve sınıfların adalet erdemine uygun kurgulanmasından doğar. Ona göre ideal devlet yöneticiler, savaşçılar ve işçiler sınıfından meydana gelen adaletli bir bütündür. Bu anlamda insan ruhuna benzer. Çünkü insan ruhu da akıl, öfke ve şehvet olarak üç kısımdan oluşan bir bütündür. İşte Platon'a göre bu bölümlerin kendi içlerinde birbiri ile olan uyumu onların adaletini ortaya çıkaracağı gibi, devletin sınıfları ile ruhun bölümleri arasındaki ilişkinin ahengi de ideal devletin adalet erdemine uygunluğunu ortaya çıkarmaktadır.

Platon'a göre insanda iyi ve kötü olmak üzere iki yan bulunmaktadır. İyi yan kötü yana üstün olursa insan kendisinin hakimi olur. Kötü yan iyi yanı yönlendirirse, insan kendisine köle olur. İnsandaki ahengi koruyan ve iyi yanın kötü yanı kontrol altına aldığı uyumaya adalet denir.²² Öte yandan Platon'da iyi

şeyler tanrısal ve insani olmak üzere iki türdür. İnsani iyiler, tanrısal iyilere bağlıdır. İnsani iyiler sağlık, güzellik ve bedeni hareketlerdir. Tanrısal iyiler ise akıl başında olmak, usla birlikte giden ölçülü bir ruh huyu ve ikisinin yigitleme bir araya gelmesiyle oluşan adalettir. Yasa koyucu insani iyileri tanrısal iyilere benzetmeli, tanrısal olanları da akla kılavuz etmeli ve buna göre ideal devleti kurmalıdır.²³ Yani adaletli bireyi yetiştirmek, ideal devleti kurmak için ön şarttır. Adaletli bireyi yetiştirmek ve ideal devleti kurmak filozofun işidir, filozof bunu ideallerin bilgisiyle yapar.

Adalet, aklın olup bitenleri yönetmesi, öfkenin ise onu dinlemesidir. Eğitim bu iki ruhu kaynaştırır. Akıl, hayvani ruhun istek ve arzularının dal budak salıp güçlenmesine, işini görecektir yerde aklı emrine almasına izin vermez, ona kumandanlık eder. Çünkü şunu bilir; istekler boşa geçerse bütün hayatı altüst eder. Dertlerde de, zevklerde de insanı dizginleyecek olan akıldır. İnsanı bilge kılacak ve onu ölçülü yapacak olan da akıldır. Adalet, yöneten ve yönetilenlerin konumlarını bilip ona uygun davranmalarıyla ortaya çıkar. Ruhun diğer iki kısmı kumandayı akla verirlerse adaletli olunur.²⁴ Adaletli olan kişi, içindeki hayvanlığı insanlık, daha doğrusu Tanrılık ruhunun emrine vermelidir. Adaletli olmayan ise, uysal yanını azgın yanının emrine verir. Çünkü her insanın sahip olduğu yan, daha iyi ve daha üstün olduklarından efendi durumunda olanlar ve ona itaat etmesi gerekenler olmak üzere iki türdür. Öyleyse içimizdeki efendi yanı her zaman köle olana tercih etmeliyiz. Böylece efendilerimiz olan

tanrılardan ve onları izleyen varlıklardan sonra en çok ruhumuza değer vermeliyiz.²⁵

Platon'a göre Tanrısal yanını aşağılık yanına kul köle eden adam mutlu olamaz. Oburluk, süs düşkünlüğü ve tembellik içimizdeki canavarı besler ve büyütür. Dik kafalılık, hırçınlık içimizdeki aslanın ölçüyü bozmasına sebep olur. Dalkavukluk, alçaklık içimizdeki aslanın öteki hayvanlara köle olmasına sebep olur. Böyle birisi her türlü erdemden yoksun ve adaletsiz biri olur.²⁶

Yapılan işin adaletli ve iyi olması için bu işi adalet ve ölçüye dayandırmak gerekir. Örneğin böyle bir durumda erkeğin erdemi, devlet işlerinin iyi çevrilebilmesi, dostlara yararlı olması, kimseye kötülük yapmamasıdır. Kadının erdemi ise evinin işlerini iyi çevirmesi, evin düzenini sağlaması, kocasına itaat etmesidir. Burada erdem adaletten başka bir şey değildir.²⁷

SONUÇ

Sonuç olarak Platon felsefesinde, felsefenin en eski kavramlarından biri olan adalet kavramı başta ahlak ve siyaset felsefesi olmak üzere tüm sisteminin içinde kendine bir yer bulmuştur. O bireyden başlayarak onda bir erdem olarak adaletin ne olduğuna değinmiş, ardından büyük çapta insan olan devlette yani ideal devletinde adaletin ne olması gerektiğini sorgulamıştır. Bu sorgulama esnasında büyük sistemci bir filozof olmasından olsa gerek kendinden önce olan ve dönemi içindeki düşünürlerden yola çıkarak öğretisini geliştirmiştir. Başlangıçta Sokrates'in ahlak öğretisinden yola çıkmışsa da yaşadığı dönemde-

ki ahlaki ve siyasal değişimler nedeniyle özellikle Sofistlerin etkisi ve Polis'in çözülmeye başlamasıyla birlikte adalet kavramı kendisine daha önemli bir yer bulmuştur. Platon bu anlamda adaleti o kadar önemsemiştir ki, "insan adaleti, kendi yaşamından, çocuklarından üstün tutmalı ki hades ülkesine vardığında orayı yönetenlere karşı kendini savunabilsin" demiştir.²⁸

KAYNAKÇA

- Akarsu, Bedia, *Felsefi Terimler Sözlüğü*, Adalet Md, TDK Yay., Ankara, 1975.
- Cevizci, Ahmet, *Paradigma Felsefe Sözlüğü*, Adalet Md. İstanbul, 1999.
- GÖKBERK, Macit, *Felsefi Tarihi*, Remzi Kitabevi, İstanbul, 2003.
- PLATON, *Devlet*, (çev. Selahattin Fyüboğlu-M. Ali Cimboz), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1992.
- PLATON, *Gorgias*, (çev. Melih Cevdet Anday), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1982.
- PLATON, *Kharmides*, (çev. Tanju Gökçil) Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986.
- PLATON, *Kriton*, (çev. Tanju Gökçil), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986.
- PLATON, *Menon*, (çev. Adnan Cemgil), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1982.
- PLATON, *Pratagoras*, (çev. Tanju Gökçil), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986.
- PLATON, *Sokrates'in Savunması*, (çev. Teoman Aktürel), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1982.

(21) Platon, *Theaitetos*, (çev. Macvit Gökberk), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986, 176/ b-d-e.

(22) Platon, *Devlet*, 431 a-b-d.

(23) Platon, *Yasalar*, I-XII kitaplar, (çev. Saffet Babür- Candan Şentuna) Kabaalçı Yayınları, İstanbul, 1994, 626/d.

(24) Platon, *Devlet*, 442/ c-d.

(25) Platon, *Yasalar*, 726/ a.

(26) Platon, *Devlet*, 590/ a-b.

(27) Platon, *Menon*, (çev. Adnan Cemgil), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1982, 72/a, 73/b-c.

(28) Platon, *Kriton*, (çev. Tanju Gökçil), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986, 54/b.

• PLATON, *Theaitetos*, (çev. Macit Gökberk), Remzi Kitabevi, İstanbul, 1986.

• PLATON, *Yasalar*, I-XII kitaplar, (çev. Saffet Babür- Candan Şentuna) Kabaıcı Yayınları, İstanbul, 1994.

Hukukun Arkeolojisi

Mustafa KUTLU^(*)

GİRİŞ

Hukuk alanı sanılanın ve görünenin aksine oldukça dinamik bir yapıdır. Adliye binalarının ürkütücülüğü ve hantallığı içinde binlerce hak sürekli olarak birbiriyle çatışma halindedir. Yargı yapılanmasında, hakların çatışmasının yarattığı kargaşa içinde verili bir kamusal bütünlük kurulmaya çalışılır. Bu olağanüstü gerçeklik kurumsal ve mesleksel olarak her zaman ve her yerde sıradanlaştırılır. Hukukun genel sorunlarından minimize edilmiş hemen her hak arayışına, hukuksal bir çözüm, daha doğrusu yaşamsal bir yanıt üretilir. Yargı kendisine gelen bütün hukuksal çatışmalara meşru, tatmin edici ve adil bir kararlar karşılık vermelidir. Bunun asla sonu yoktur; haklar arasındaki uzlaşmaz ve sonu gelmez çatışmanın ve yarışın can almadan, kafa yarmadan, göz çıkarmadan sonuçlandırılması kamusal hayat için kaçınılmazdır.

Bu hukuksal dinamizm, yerleştiği ve sosyolojik aidiyet bağlarıyla donatıldığı ölçüde ne olduğunu sorunlu hale getirir. Diğer yandan hukuk kuralları yerleşmeden bedenleşemez. Bu karşıtıktan doğan kamusal ikilemler zorunlu olarak hukuksal tercihler yapmamızı gerekli kılar. İnşa edilen hukuksal tercihlerin; nasıl ve nereden kaynaklandıkları, izledikleri yollar, etkilendikleri, evrilip çevrildikleri, çıkar veya yarar mekaniz-

malarının anlamlandırılması toplumsal gerçeklik için son derece önemli dayanak ve nirengi noktaları elde etmemizi sağlar ve hukuksal anlamda var edilenin, kamusallığının biçimini görmemize yol açar.

Yerel aidiyet, iktidar, egemenlik ve çıkar ilişkilerinin kaçınılmaz olarak hissettirdiği ve dayattığı geleneksel zihniyet, otorite ile baskılayıcı sosyal duygulanım kalıplarının hukukun inşasında ve uygulamasında ne tür sorunlara yol açtığını bilmeliyiz. Yargı algılaması ile hukuk ya da kurumsal ile ilke arasında bir gerilim ya da karşıtlık olup olmadığını anlayabilmek için de her türlüyle yerleştirilen hukuk ile onu eyleme dönüştüren yargı üzerinde sosyal bir arkeolojik kazı çalışması yapmak yaşamsal görünüyor.

A – HUKUKUN İNŞASI

1 – Hukukun Varsayımı

Hukuk kurallarının insana için, toplumsal yaşamdan ve gereksinimlerden kaynaklanan normları, kabulleri ve özellikleri vardır. Bunun yanında ve daha da önemlisi hukukun varoluşunu koşullayan bir iktidar alanı, hukuk yapıcı egemen toplumsal güçler ve kurumlar söz konusudur. Hukuk düzeninin ortaya koyduğu sosyal oyun alanının, hukukun düzen işlevinin insani ve toplumsal

(*) Yargıcı, Sincan Adliyesi, Ankara

gereksinime dönük doğallığından çıkarılarak, aslında baskın ve aşkın iktidar ilişkileriyle kurgusal olana bilinçli bir şekilde yönlendirildiğini biliyoruz. Doğal olanın eşiğinde, verileden üretilen, seçili bir biçimin sosyalleştirilmesi ile belirlenen kurgusal dünya imgesinin adıdır hukuk. Hukuk kuralının içeriği zamanın akıcılığında, daha çok iktidar biçimlerine ve meşruiyet anlayış ve arayışlarına göre biçim değiştirerek yeni içerikler alır.

İnsanların, kitlelerin, sınıfların, toplulukların ve toplumların kendi biçimlerini, çıkar ve yararlarını anlamlandırırken ve uygularken adil davranmadıklarını biliyoruz. Adil olanın bilgisi açık ya da gizli bilme süreçleri yanında, mağduriyetin okunmasını da gerektirir ve mağdurun söylemi adil olduğu savlanan varsayımın temel sorununa dönüşür. Hukukun mağduriyeti okuması göstermelik bir meşruiyet yapısı olabileceği gibi çıkarsal ve sınıfsal çekişmelerin dayanaklarını egemen kılarak özsel insani mağduriyetleri gizleme işlevi de görebilir. Bu anlamıyla yasal eşitlik koyutu, salt kuru bir kuraldan ibaret kılınarak eşitsizlikleri perdeleme görevi üstlenilebileceği gibi insanların birbirleri ve hayat karşısındaki mağduriyetini dert edip çözümleyici-eşitleyici bir istençle hukuksallaşarak gerçek işlevine de bürünebilir.

Burada vurgulanmak istenen hukuksal varsayım, hukuksal sistemin çözümleyici adalete özgülenmesi ile sosyal mağduriyet üzerinden kendini oluşturarak hayatın ürettiği çatışmadan içeriklenen biçimler ve çözümler üretmeksidir. Mağduriyet ayrımsız her insanın öncelikli sorunu, yaşamsal bir yazgıdır. Bu saptama zorunlu olarak haksızlığa uğradığını düşünene, meşru direnme kanallarının hukuk aracılığıyla ulaşılabilir kılınmasını gerektirir. Mağduriyet

genel olarak güç eşitsizliğinden, direnme yetisinin zayıflığından doğar ve çözümleyici kamusal bir gücün belirlediği dengeleyici karşılığın sağladığı olumlamadan adil olana ulaşılır. Mağdurun öncelikli derdi bozulan bireysel-sosyal dengenin daha da derinleşmesi yerine, tahrip edilenin bireysel ve kamusal olarak onarılıp korunmasıdır.

Hukukun kamusal varsayımı, kendini kaçınılmaz olarak mağduriyet üzerinden anlamlandırır. Mağduriyetin anlamlandırılmasıyla hukuk, konu edindiği kamusal varoluşun karşısında, yanında, arkasında ya da önünde konumlanır. Bu konumlanma ona eğilenin, onu görenin mağduriyetin içine çekilmesi anlamını taşır ve hukukun hayattan beslendiği bu yerde vicdanın sesini bastırmak gerçekten güçtür. Bu duygudaşlık arayışı, hepimizi eşitleyerek yaşamsal ve hukuksal vicdanın arayışına ya da tatminine özgüler. Böylece mağduriyetle yüzleşmek hukukun ve hukukçunun kaçınmayacağı, varlık nedenini anlamlandıran bir sürece dönüşür.

Hukuksal eşitliğin ana teması, her türlü mağduriyet karşısında herkesin hukuksal güvenceye sahip olmasıdır. Hukuksal güvence yoluyla baskın gücün zayıfı ezmesinin önüne geçildiği gibi hak üzerinden kurulan sosyal-kamusal bağla yargısal ikna süreçleri yaratılarak, yıkıcı ve süregelen intikam arayışlarının önüne geçilir. Böylece bireysel hınçlar, çekişmeler ve ödetmelerden ortaya çıkacak kişisel öç alma arayışlarının önüne geçilmesi ile toplumsal esenlik sağlanmaya çalışılır.

Hukuk kurallarının tarihselliği, içinde, sosyal gereksinimlere dönük bir arayışı da barındırır. Yaşam karşısında çelişen insani tutumlar ve yol açtığı sorunların çözüme kavuşturulması için yaşamsal gerçeklik ile hukuksal varsa-

yım arasında doğrudanlık kurulur. Hukuksal varsayımın ileri sürdüğü tezin yaşamsallaşması için hukuksalın uygulanması ile verdiği sonucun veya çözümün en yüksek sosyal tatmini sağlaması gerekir. Bu yolla üretilen hukuk kuralının üstünlüğü bu sonuçla doğru orantılıdır. Kötü hukuksal sonuçların başı başına sorun olduğunu anlatmaya gerek yoktur. Hukuk kuralından beklediğimiz, herkese dağılan adil bir çözümün (hukuksal varsayımın) yaşamsal olanı en iyi imkânı gözeterek dönüştürmesidir. Bunun anlamı hukuk kuralı aracılığıyla ortaya koyulan adil bir sonucun bozulan sosyalliği onarmasıdır. Adil sonuçla anlatılmak istenen ise, hukuksal varsayımın her birey, grup veya sınıfa dağılan tartışılmış ve gerekçelendirilmiş üstün bir seçeneği ortaya çıkarmasıdır. Burada vurgulanmak istenen üretilen çözüm yollarının ortaya çıkardığı seçeneklerin istisnasız herkese dağılması ve bu dağılımın sosyal tatmini maksimize etmesidir. Bu tarihsel gelişim, daha çok deneme-yanılma yoluyla hukuksal varsayımın işlenmesi ve ortaya koyulması, yani hukuksal düşünüm -içtihat- yoluyla olur. Yasa ise, sosyal tercihleri gösteren, yaşamsal sorunları ilkelere dönüştürüp biçim veren soyut hukuksal kaynaklardır.

Nihayetinde, hukukun varsayımı, herkes için toplumsal eşitlik ve özgürlükle kamusallaştırılmış bir yaşam alanı yaratarak, insan hak ve özgürlüklerini güvenceye kavuşturmasıdır. Bu varsayım alanı resmi otoriteye karşı olabileceği gibi her türlü gücünün gücünden doğan özel ya da kamusal iktidar alanının yarattığı bozulmayı onarmak ve önlemek ile toplumsal ve kamusal dengenin bireysel ve toplumsal anlamda kurulmasını sağlamaktır. Hukuk bu anlamıyla gücün yol açtığı haksızlığın bozduğu dengesizliğe karşı direnme,

bozulan çıkar ve yararlar dengesini hakkı kullanmak yoluyla kamusal haklar düzeline çekmek için konumlanır. Böylece hukuk, sivil yaşamın dinamiklerini bireysel ve grupsal dengeler içinde kurarak herkese ait olan kamusal zemini oluşturur. Bu zeminin özü adalete yöneliktir ve adil kılınan haksal çözümler yoluyla gerçekleştirilen kamusal barış ile insanın evrensel mağduriyeti önlenmeye çalışılır. Bunun anlamı insani bir barışçıl düzen kurulması ile bireysel hak istemlerini kamusallığın içinde eriterek, bireysel güç kullanımını engellemektir. Bu yolla sosyal dengesizlikler ve çatışmalar arasında bir ölçü sağlanarak toplumsal esenlik hukuk üzerinden inşa edilir.

2 – Hukukun Gerçekliği

Toplumlar yaşamlarını bazı ortak değerler üzerinden inşa ederler. Toplumsal birlikteliğin ortak değer duygusundan üretildiği genellikle kabul edilir. Ortak tarih bilinci, gelenek, ırk, din, dil, milliyetçilik, toplumsal kader birliği gibi sosyal dayanaklar toplumsal grupları ve bireyleri fıkren ve ruhen birbirine benzerleştirir. Böylece yapay dayanışma altında ayrımcılık kanalları kapanarak zihni bir cemaate ulaşılmaya çalışılır. Ancak bu eğilimler daima gücün güdülediği egemenlik savındaki baskın bir kibrin yontulmasıyla halkı hizaya sokmak için geliştirilir; bu aslında bireye karşı açılmış bir savaştır. Çünkü birey özgürlüğünden -amaçsallığından- ahkonabildiği ölçüde işçi, memur, asker, tüketici, efendi ve köle yani meta-arac olacaktır. Bu durumda eşitlik savı kısıtlanırların ortak kaderine dönüştürülerek herkesin aynı sosyal kışlada aynı kafayla efsunlanması anlamına gelir. Böylece egemen değerlerin belirleyicileri tarafından oluşturulan seçici bir dışlayıcı tutumla benzerleri ustaca ötekileştiren yapılaşmaya yol

açılır. Bu sözde eşitlikçi varsayım kibrin yol açtığı maddi-teolojik iktidar olanakları ile tahakküme yönelir ve siyasal iktidara ilişkin iradenin içini doldurarak egemen biçiminin mutlaklığının hukuk-sal tapınacağını inşa koyulur.

Yüksek ilkeler kağıt üzerinde durduğu gibi sorunsallaştırılmazlar. Hukuk-sal ilkeler ilk elden başlayarak onu kullananın ve işleyen iktidar biçimi, çıkar ve yarar hesapları ile yerel zihniyeti ve aidiyetinin eşliğinde şekillendirilir. Buradan kaynaklanan yasa ya da içtihat, yorum yoluyla geçerli olduğu sosyolojik zemine çekilir. İlkenin yerelleşmesi süreci bu biçimde içeriklendirilerek cari zihniyete bağlanır ve yerel egemenlik ilişkileri, hiyerarşiler yaratarak, siyasal iktidarın olanakları içinde hukuksal gerçekliğe dönüştürülür. Hukukun bu biçimiyle yerelleşmesi, insan haklarının geçerli hale getirilmesi, korunup yaygınlaştırılmasından çok, hak algılanmasını yerel sosyolojik imkânların, ekonomik çıkarların, meta ilişkilerinin, sosyal zihniyetin, yerel mantığın ve tutumların, tabu ve ideolojilerin daha doğrusu hukuk dışı algılamaların etkisince açık hale getirir. Tarihsel anlamda hukuk, insanın tekillikten topluluğa oradan da toplumsala yönelmesinin doğallığı ve kendiliğindenliğiyle anlamlandırılmasının yanında egemen iktidar biçimlerinin de hukuksal olarak dışavurumudur. Sürekli olarak egemen bir iktidar üzerinden tanımlanan hukuksal varoluşun devletin ve ona sahip olan iradenin çıkarlarına uygun olarak biçimlenmesinin önünde hiçbir engel yoktur. J.J. Rousseau'nun ifadesiyle ilk sınır çizgisini çizen belirsiz hukuk koyucunun bunu mülkiyet adına yaptığını tam olarak bilmememize rağmen, akla gelen ilk varsayımın metaya sahiplikle tanımlanan güçlünün çıkarının hukuku belirlediğidir.

İktidar ve çıkar üzerinden tanımlanan hukukun dışlayıcılıklar ürettiğini, içeriğini total anlayıştan devşirerek egemenlik alanı ördüğünü ve insanı bu egemenlik alanı içinde zaptetmek için sulta biçimlerini hukuksallaştırdığını görebiliriz. Bu belirli ve mesafeli etkinlik alanı daima egemen tarafından belirlenir ve şiddet tekeli aracılığıyla düşman ya da suç üzerinden geçerlilik kazanır. Bu dışlayıcılık tepeden ve hiyerarşik olarak bir varsayımı şiddet tehdidi altında gerçekliğe dönüştürerek, kurumsallaşmış bir hukuksallık içinde hak olanın sınırlarını belirler ve buradan yeni bir kamu düzeni oluşturur. Bu aynı zamanda edilgenleştirilmiş ve karşılıklılık esasından uzaklaşmış kendiliğindenliğin yarattığı çatışmaları görmezden gelerek egemenin dilediğini kamusallaştırması olarak belirir. Çemberin içinde olmak ya da olmamak arasında bırakılan hak, sınırlarını hayattan değil egemen buyurganlıktan alır ve artık ortada haktan çok ulûfe vardır. Ters dönen bu kamusalığın anlamı egemen hukuksal söylemin insansızlaştırılması, somut olandan uzaklaştırılması ile kurgulanmış soyut bir varsayımın her şeyi kendi çıkarı adına kuşatması anlamına gelir.

Hukukun yasayla bağlanması ile egemen temsil ilişkisinin hukuk ilkesini eline geçirmesi ve hukuksal çemberin dışında bırakılmış olanların hukuksal temsili yok edilerek kamu düzeni, kamusal alandan ustaca uzaklaştırılır. Böylece tepeden buyrulan ve verilen hakların ana teması göstermelik hale gelir. Farklı olanın, cari ilkenin varsayımını esnetme olanağı yoksullaştırılarak eşitlik ilişkileri sanallaştırılarak haklar alanı resmi alanın içinde işlevsiz bırakılır. Hukukun sanallaşması kurumsallaşmış tavırlarla zamanlararası kıtınarak geçmişten geleceğe hukuk tipik bir

status quo'ya dönüştürülür. Bu otoriter yapılanma hukukun içeriğini boşaltarak onu yasanın ve içtihadın tekdüze gündemine terk eder. Hukukun belirlenimi insanlararası ilişkilerden çıkarak kurumsal ile insan arasına indirgenir ve içtihadın süzgecinde hukuksal ilke çatışmaların dışında ve daha önemlisi karşısında konumlanır. Mağduriyetle bakmak yerine, sürekli kendine bakarak, toplumsal olan, hukuksalın içinde inkâr edilir. Bu karşıtlık hakların derinlemesine irdelenmesi yerine alıştığı şeyi, bildik içtihadı çözüm olarak sunar. Bu hukuksal olanın dinamizmini, dönüştürücülüğünü ve herkese açıklığını, ortadan kaldırarak status quo'yu onun yerine koymak anlamına gelir.

Bu yerellik sosyal hayatın dinamizmini, kurumsal ve yapısal olarak elinde tuttuğu hukuksal olana yaslayıp yabancılaştırarak hukuk ilkelerini güdükleştirir, zamanla hukuk kendi gerçekliğini kadük kılar. Bunun bir diğer anlamı çakırlı kurumsallaşma yoluyla hukuk olanın oligarşik bir zeminde kendini varetmesi demektir. Bu durumda haklar, onu yorumlayanın inkân bildiği çemberin içinde kalmaya, çemberin dışındakileri ise temsil etmemeye başlar. Toplumun inkârına varan bu çıkarım bireysel ve toplumsal istençlerin çoğulluğunu kendine özgü ve bağımsız olmaktan çıkarak, çoğul çatışmaları bütüncül ve tarafgir çıkarsal varsayımların status quo'suna girmeye zorlayarak toplumsal istemleri özümsemek yerine onları dışlar ve sonunda hukuksallık ait olduğu halka yabancılaşır. Bu noktada hep şu soru sorulur: Kimin hukuku?

B – ANTİ-HUKUK

1 – Hukukun İnsansızlaştırılması

Hukukun status quo'laşması onun insansızlaşması demektir. Hukuksal ola-

nın insana içkinliğinin bittiği bu yerde hukuk özünde bulunan direnme hakkını ortadan kaldırarak iktidarın etkenliğine ve sürekli olarak insanın edilgenliğine işaret eder. Böylece egemen irade karşısında hukuksallık egemenin aracı olmaktan öteye gidemez. Yukarıdan buyrulan ve kurgulanan arınık hukuksal alan kendi içinde ve hayatın dışında konumlanır ve aidiyetini bu konumlanmadan alır. Böylece aslında kendine yabancılaşarak ne yaptığının ve neye hizmet ettiğinin farkında bile olmaksızın süreklilik kazanmış bir olağanlığın içine hapsolür. Hukukun anlamsallığının onun soyutluğuna indirgenmesi ile ayaklarını yere basmayan insanın evrensel mağduriyetini görmeyen bir içtihat insanın evrensel sorunlarına hakla yanıt vermez. Statüko ile belirlenmiş hukuksal ilkenin öne çıkarılması ile farklılıklar dışlanır ve mekanik bir ilişki içinde haklar insanlığın değil, rejimin kapı aralığında inşa edilir. Böylece yaşamsal gerçek, hukuksal değer içine çekilerek, hukukun hakikati rejimin anlamlandırdığı ile sınırlandırılır.

Hukuk tipik bir mekanizmaya, teknik işleme indirgenerek amaçlaştırılır; hukukun araçsallığı unutulur yüksele ilkeler arasında insanlık başka bahara ertelenir. Olanla yetinmeye bırakılan insan için olması gereken hayal perdesiyle kaplanır ve yalın gerçek içinde hukuksal tahakküm, hukuksal güvence ile yer değiştirir. Burada gücün yarattığı tahakküme karşı başka bir güce gereksinim duyulur ve kamusal gücün sezgisi içtihadı biçim değiştirmeye zorlar. Bu da hukuksal barışın tüm dayanaklarını güç ilişkilerine devşirerek güçlerin çatışmasını toplumsalın içine yerleştirir. Hukukun kamusal araç olduğu ve insanın barışçıl olarak yegâne direnme odağının hukuku kullanmak olduğu bu yerde hukuksal direnme

olanaksız hale gelir. Zira ona yapısında asla geçit yoktur. Hukukun amaçlaşması hakkın özündeki insani özü görünmez kılarak varsayımı gerçekte aynılaştırır ve bu ilişkide insan arada kaybolarak, edilgenliğini merhamet dilenciliğinde bulur. Olanla yüzleşmeyen ve hayatın hakikatinden insancıl sonuçlar çıkaramayan bir hukukun insan hayatını dönüştürmesi ondan saygın bir sosyal düzen yaratması olanaksızdır. Bu anlamsız ikilem insanın tükenişi, gücün yüceltilmesidir ve burada artık tüm kamusal olanaklar yukarıdan buyrulan kadar olacaktır.

Hukukun insansızlaştırılması kurumsalın mekanizmasında yüce ilkelerin ardına gizlenerek elini uzatması gerekene asla elini uzatmaz ve gerçekliğin hukuksallaştırılması ile bütün doğrular hukuksal alanın güdümüne sokulur. Hukuk tekniğine indirgenmiş soyutlamadan, somutluk çıkarmaya zorlanan bir hukukun baskın ideolojik saplantıları içerikleştirerek dayanaklar icat etmesi kaçınılmazdır. Bu kendinden menkul kurumsal toplumsal talepleri ve insan hakları sorunlarını paranoyak bir süzgeçten geçirerek hakkın dağıtımında seçicilikler oluşturur. Gerçekliğin hukuksallaştırılması yoluyla kendi biçimini dayatarak taraflaşan bir hukukun hizmet ettiği tek hukuksal çıkarımın cari ideolojiye belirlilik kazandırmak olduğunu görmek için fazla çabaya gerek yoktur. Olanın inkârı ve arzulanmanın çarpıtılmış hayali içinde hukuksal olan toplumsallığından uzaklaşarak ideolojik cemaatçi bir yapısallığa savrulur. Hukuki değerlerin toplumsaldan soyutlanması ile çıkarılardan üretilen değerlerin içti-hadı yoluyla cemaat hukukunun çokluk üzerinde egemen kılınmasına yol açılır. Hukuksal aynılığın tekrarlanması ile de klan hukukuna dönüş sağlanmış olur. Bunun anlamı hukukun yerelleşmesi yoluyla toplumsal ve bireysel çatışmaları

ait oldukları tekil veya tümel ilişki içinde anlamlandırmak yerine, yerelliğin ve ideolojinin çıkarımları ile kimliklerin belirlediği hukuksal kurgunun anlamlandırılmasına bağlı kılarak hakların yerel anlamlar içinde gerçekliklerinden uzaklaştırılmasıdır. Cemaatin yerel ritmine uydurulan hukuksal ilke farklılıklara ve toplumsal olana geçit vermeyerek klanı geri dönüşü kurumsallaştırır. Kurumsallaşan hukuk uygulaması yargı bürokrasisini oluşturarak hukuk uygulayıcılarını ve hukuksal tartışmayı status quo'nun içti-hadına teslim eder ve böylece hukuksal koruma yurttaş için olanaksız hale gelir. Kendini dinletme ve bireysel hukukunu anlatma isteğiyle yanıp tutuşan yurttaşın kamusalılığı ve eşitlik istenci kurumsalın çarkları arasında yok olup gider.

İnsan ticaretinin yaygın olarak uygulandığı, kölelik kurumunun hukuksal bir kural olduğu, kadınlara ya da her türlü azınlıklara en temel haklarının dahi verilmediği, ölüm cezasının en yalın haliyle uygulandığı, ırk ayrımcılığının kamusalılığı, cinsel tercihlerin baskı nedeni olduğu, sıradışı olanın hukuksal korumadan yararlanmadığı zamanlarda hukuk uygulaması tam da hukukun insansızlaştırılmasına karşılık gelir. Günümüzde de ifade özgürlüğünün kısıtlanmasında, farklılığı yaşama ve ifade etmede, sivil itaatsizlik veya vicdani ret hakkının savunulmasında ve birçok hukuksal ayırık durumda hukuk algılaması genel yerel zihniyetin eşliğinde gelişir. Burada hukuk cari ilkenin tahakkümünde içti-hat üretmek, yapısını salt ilkeyle anlamlandırır. Bu ilke kullanımı toplumsal gerçekliği ve hak istemlerini hukuksal bir veri olarak dışlayarak, inandığı yerel hukuksal zihniyeti, sıradışı saydığı hak istemlerine dayatır. Hakkın görünürlüğü, hukukun sınırlarında tam da insana içkin siyasanın

öne sürülmesinde kendini gösterir. Hukuk ise, tüm tutuculuğu ile sıradışı saydığı istemlere direnme gösterir. Ancak bu istemlerin birer güce dönüştüğü anda hukuk biçim değiştirerek sıradışı olanı içselleştirme eğilimi gösterir. Burada ilkenin içeriği de değişime uğrar ve içti-hat hukuken yok sayıldığının kalıbına girmekte hiç de zorlanmaz.

Gerçekliğin hukuksallaştırılması, somut hayatı, olanı görmeyi engeller ve hukuk insani olana seyirci kalmaya mahkûm edilir. Hukukun asıl sorunu budur; hukuksal ilkeler kaynaklandıkları toplumdan kendine tapınırçasına uzaklaştığında varlık nedenini, öznesini ortadan kaldırır, güvence işlevinden uzaklaşarak nesneleşir ve uymacılığın batağına saplanır. Uymacılığın yarattığı kopuş kurumsal olanın yani yasama ile yargının elmenliğinde gerçekleştirilir. Egemenin çıkarıyla gözü bağlanmış bir yargı adil olanı egemenin çıkarında görür ve parasını verenin, iplerini elinde tutanın hukukundan başkasını gözü görmez. Çünkü böyle eğitilmiştir, tüm teminatları, özerkliği ve özgürlüğü medeni cesaretini yok edencesine korkuyla donatılmıştır. Bu körlük hukuku anlamsızlığa yolladığı gibi hukukçuyu da küçük burjuva hasletleriyle donatarak, hukuku tatlı bir kazanç kapısına dönüştürür.

Hukuk bilinci olmayanın giriştiği soyutlama kendini var etmek için hiyerarşiye yönelir ve devlete yaslanan bu gücün karşısında bireyin değeri insanlığı değil, gücü kadar olmaya devam eder. İnsansızlaştırma alanı olarak hukukun devşirdiği hak, tanımadan çıkarak, egemenin sanal kurgusu içinde, meşruluk arayışını, icat ettiği kutsala gönderme yaparak dokunulmaz kılar. Hukukun kutsallaştırılması ile de seküler istemler kıyasıya bir ölüm-kalım savaşına teslim edilir. Böylece hukuk ait olduğundan,

insanlık bilincinden uzaklaştırılarak sosyal barışın değil, ideolojik olanın savunusuna dönüşerek kendini yok eder. Zeminini kaybetmiş olan hukukun ise adaletle herhangi bir isteği olamaz.

2 – Hukuksal Teoloji

Hukukun insansızlaştırılması, toplumsal zeminlerde gerçekleşen her türlü sosyaliliğin yarattığı mağduriyetlerin devre dışı bırakılarak, hukuksal ilkenin yaşamsal mağduriyetlerin yarattığı sorunlardan içeriklenmesinden çok, hukuksal ilkenin soyut içeriğinin üst yapı olarak kendi algılamasını bireysel ve toplumsal sorunlara dayatması anlamına gelir. Bu yapılanma hakkın somut dayanaklarını ve çerçevesini yaşamdan almasını engelleyerek, çıkarından ve keyfinden çıkarsadığı, oligarşik olarak kurgulanan hukuku kıskanç bir istençle salt kendi anlamlandırılmasına bağlı kılar ve hukuk ile yurttaş arasında yabancılaşmaya yol açar. Bu dikeyleşme, buyurgan bir mantığın izinde yatay ilişkileri ters çevirerek hukuksal eşitliği imkânsız kılar.

Bu durumda hukuk, yalın bir çıkarın yönlendirmesiyle dikensiz gül bahçesi yaratmanın diğer adıdır. Oysa hukukun belirleyicisi ve varlık nedeni sosyal çatışmadır. Hukukun varsayımı, insani çatışmaları meşruiyet ögesini gözeterek çözmesi, sosyal çatışmaları sosyal barışa bağlayan ölçü ile bireysel ve toplumsal tatmin üretmesidir. Bu ölçü, yatay ilişki düzleminde anlamlandırılan, üretilen, tartışılan, sorgulanan ve doğrulanan bir biçimin içinden çıkabilir. Burada aşağıdan yukarıya tırmanan yaşamsal ve somut bir süreç ile etkinlik söz konusudur. Diğer taraftan bu, hak isteminin kendi biçimini özgürce araması, yani etken hale gelmesidir. Ancak insansızlaştırılan hukuksal buyurganlık

yoluyla hakkın yukarıya tırmanışı sonucunda aranan hukuki tanıma hep edilgen kalacaktır.

Hukuksal biçimin bu şekilde ters çevrilmesi ile hakkın mantığına aykırı bir durum gerçeklik kazanır. Hak isteminin verili hukuksallığın içinde anlamlandırılması ile mağduriyetin toplumsal bağları edilgenleşir ve hukuksal ilkenin egemenliğinde hak istenci ilkenin içinde biçim değiştirmeye, kabın şeklini almaya zorlanır. Bu aynı zamanda hukuksal diyalogun ve karşılıklılığın yok oluşu demektir. Reçeteleşen hukuk, hastasını görmeden hazırlanmıştır, hastasıyla diyaloga girmeyen dikeyleşmiş bir tedavi süreci ancak göstermelik olabilir. Uygulanan reçetenin hastaya yabancılaştığı bu yerde hukuksal ilke adil olanı aramaktan çok kendi biçimine uygunluğu arar. Bu biçimcilik adalet arayan hakkın özünden dağılan bireysel ve somut istemleri görünmez kılar. Bu aynı zamanda hukukun muhabatına yabancılaşması anlamına gelir. Çünkü hukukun sosyal alanını, hakla doldurmak için resmi zihniyetin onayını bekler. Resmîleşenin haktan kaynaklanması gerekirken, tersi meydana gelir. Hakkın tebaaya bahşedilmesine benzeyen bir süreç içinde resmi söylem ancak geçit verdiğini hukuk olarak tanıyarak, hak kapısı farklı istemlere kapatılır. Bu ilişkide eşitlik döngüsünün yer almadığını görmek için fazla uzağa gitmeye gerek yoktur. Hukuk eğitim ve öğretiminin çarkları içinde bütün hukuksal algılama bu refleksin eşliğinde geliştirilir ve eleştirel akıl ile hukuk birbirinden kaçarken tüm hukuksal-kamusal eğilim at gözlüğüne dönüştürülür. Burada meşruiyet ögesinin adaletle dönük içeriği, siyasal rejimin ya da toplumsal yerel aidiyetin izin verdiği ile smurlandırılarak, hukuk haktan ayrılır. Bu bir boşanma halinden çok, kovulma haline denk gelir.

Ve yasa aracılığıyla cari egemen söylem kendi hukuksallığını üretir. Burada artık kimin hukuku sorusunun sorulması zorunludur.

Kimin hukuku sorusunun yıkıcılığına karşı propaganda geliştirilir. Hukukun mesleki bir küçük burjuva tekniğine indirgenmesi ile halk insancıl hukuk bilgisinden tamamen uzaklaştırılır. Yaygın temel eğitimden hukukun dışlanması ile de cari pozitif haklarına yabancı bir toplum yaratılır. Süreç bununla kalmaz, eğitim-öğretim teknikleri yoluyla cari pozitif hukukun verileri salt norm üzerinden aşağı katmanlara yani hukukçu adaylarına aktarılır. Böylece yerel hukuk eğitimi ve öğretimi yoluyla başka olanak ve yolların imkânsızlığı zihinlere kazınır. Kurumsallaşan yargı erki sıkı bir adli disiplin altında, ustalıkla belirlenmiş resmi hukukçuların elmenliğindeki yüksek içtihadı uymaya zorlanır. Karar ve sav mercileri kamusal alandan resmi alana çekilerek siyasal iktidarın oligarşik içeriği ile anlamlandırılır. Savunma ise, geçim derdinin yükü altında karar ve savın resmi edilgenliğini içselleştirmekle uyumlu hale getirilir. Daha ileri giderek savunmanın edilgenleştirilmesi ile hukuk resmîleşen yargı kurumlaşmasının refleksini tamamlayan bir mekanizmaya dönüşür. Bu yapılanma hukuksal değer yerine inandığı içeriği hak gibi göstererek, oluşturduğu içtihadın bireysel ve toplumsal sonuçlarını görmeksizin ve önemsemeksizin yasayı uygulama adına çözüm üretir. Ancak bu çözüm verili ve öncelenmiş, hatta kurgulanmış bir çözümdür ve her zaman istediğine hukuksallık tanır. Bu durumda yargı ancak kendinde olanı vermeye muktedir hale gelir ve kendinde olmayan her hak istemine yabancı kalmaya devam eder. O kendine belletileni hukuk olarak kabul ederek bireysel istençleri eleştirel akıl kullanmadan ret ya da kabul etmeye çok-

tan hazırlanmıştır. Bunun anlamı hakka yabancılaşmak, bireysel ve toplumsal istemlere nüfuz edememek, daha da önemlisi hukuksal diyalogu imkânsız kılmaktır. Hukuksal diyalogun tüketilmesi ile hukuk kendinden menkul hale gelir. Bu yapısallık cari olmak için aslında kendine yabancı bir teoloji kurmak zorundadır.

Hukuksal teolojinin gerçekleşmesi ile adaletin dağıtıcılığı ve denkleştiriciliği kuşatılarak, hukuksal eşitlik rejiminin anladığına indirgenir. Hukuk, oligarşik süreçlerin ürünü olan yasanın anlamlandırdığı kadarını şekli meşruiyetlerin ardına gizlenerek var eder. Böylece sosyal maddi gerçeklik hukuksalın izin verdiği kadar kalmaya devam eder.

Hukukun muhafazakârlığı her coğrafyada bu şekilde kurulur ve yaşar. Burada artık hak istemlerinin belirleyiciliği yerine sosyal sistemin niyetleri önemli ve zorlayıcı hale gelir. Bu aynı zamanda hukuk ile hakların kopuşunu gerçekleştirerek hukuku cari egemen söylem haline getirir. Bu nedenle yasa-hukuk ayrımının önemine vurgu yapılır. Ancak devlet mekanizmalarına baskın olan zihniyetin çıkardığı yasanın, kendine içkin çıkarları kurallaştırmasının kaçınılmazlığı karşısında, şekli yasal zeminlerde temsil edilmeyenlerin hakları şansa kalmış olur. Böylece eşitlik varsayımı daha baştan imkânsız hale gelir. Özgürlük ise, cesaretle anılarak, toplumsal dayanaklarından koparılır, birey yoklukla malul hale getirilir. Bireyin yokluğuyla da hukuksal teoloji egemenliğini ilan eder. Artık hâkim=bilge olmaya gerek yoktur, zira bilginin yerini statik bir teknik indirgeme almıştır. Hukukun egemen fiziksel gerçeklik haline getirilmesi ile hukukun sosyal gerçekliğiyle kimse uğraşmak istemez ve hukuksal teolojinin mantı-

ğında hukukçu uymacılığın çağrısına hemen uyum gösterir. Çünkü reçeteler her derde devadır, ancak yanlış tedavi hastaya dünya değiştirmiştir bile.

Bu teolojik yapılanma yeni bir fıkıh biçimidir. Dünyevilik savı, yüce hukuksal ilkeler söylemiyle içeriksizleştirilerek kutsal çağrısına dönüşür. Birey yerine oluşturulan hukuksal kişi yoluyla tanımlanana uygun olarak, cari hukukun işlevselliği tamamlanır. Burada sivilleşmeden söz edilemez, hukuksalın dayatmasıyla aslında cemiyete içkin olan cemaate ait olmaya indirgenmiştir. Artık hukuk, kaynağını bireysel ve grupsal istenç ve çatışmaların yarattığı maddi meşruiyetten çok, iktidar üzerinden sağladığı şekli meşruiyete dayanarak kurmaya teşne hale gelir. Böylece hukukun insansızlaştırılması kusursuzca inşa edilir. Bu durumda yasa, adaleti gizlemenin aracına dönüşür ve hukuk olan dinsel olanla benzeşmeye başlar. Çünkü sorgulanmasını engellemek zorundadır.

3 – Mitten Üretilen Hukuk

Hukukun mitleştirilmesi, devlete egemen olan baskın zihniyetin, kendi biçimini ve söylencesini (dar anlamıyla propagandasını) hukuk haline getirmesi anlamına gelir. Hukukun insani kodları yerine, yerel arzuların, ideolojilerin, eğilimlerin, söylence ve söylemlerin, maddi ve manevi çıkarların mantığı altında hukuk, yerel egemen mitin güdümüne sokulur. Bu mitleştirme süreci, devlete içkin kamusal iradeleri maskeleyerek altındaki oligarşik çıkarı görünmez kılar. Devletin teolojik egemenlik anlayışıyla donatılması ile de otoriter/totaliter bir kurgu kamusalı kuşatır. Böylece hukuk, devletin şiddet tekeli güdümünde, gerçekte bir tür kuşatma harekâtına dönüşür.

Bu yapılanma hukuk olanın çarpıtılması üzerinden gerçekleştirilirken, sosyal meşruluk ya da haklar yerine sürekli madun üretir. Hukuk yaratımının salt devlet döngüsünün ürünü olarak resmileşmesi ile haklar resmi alanın güdümüne sokulur. Resmi alanın varlığı da devlet mekanizmasının elmenliğinde geçerlilik kazanır. Hukuk yaratıcı bir güç olarak devlet, ait olduğu halkın ve bireylerin sosyal gereksinimleri yerine kendi savladığı kurgusal sosyal düzene, yani ezberine kulak verir. İcat edilen yerel tarihsel gelenek ve zihniyet altında sınıfsal cari siyasal sistem hep bildiğini/ezberini okur. Hukuksal değerler dostlar ve yandaşlar için kullanılır; düşman belenenin, sıradışı ilan edilenin hukuksala ulaşma şansı yarattığı çatışmanın ikna ediciliğine kahr. Hak, adımlarını bu çatışmalar yoluyla atar ve ikna edici ya da çıkarsal çatışma olmadan sosyal mağduriyetin boyutları mitin kemikleşmiş mantığında asla yer bulamaz.

Devlet hukuksal üretim sürecini egemenlik hakkını kullanarak yerine getirir ve böylece hukuksal teolojinin Tanrısına dönüşür. Ancak, devlet tüzel organizma olarak soyut bir varlığı deyinler ve aslında hiçlikle maluldür. Onu içeriklendirip anlamlandıran oligarşik bir kitle olmak zorundadır. Bu kitle yerel aidiyet ve tercihleri ile öznel çıkarlarını kamusalallaştırmak için siyasal iktidarı kullanır ve resmi otoritenin, yani kamusal araçların ele geçirilmesi ile sürecini tamamlamak için kamuoyunu istediği yönde kullanır. Bunun için kadrolaşılır ve siyasal mücadele verilir; siyaseti ancak bu istenç güdüleyebilir, siyaset asla genel anlamda halka hizmet için yapılmaz, siyaseti var eden siyasal iradenin amacı ayrımsız herkesin haklarını güvenceye kavuşturmak değildir. Çünkü partileşen ideolojik ve tarafgir bir siyasal irade tüm çatışmaları kendi pro-

pagandasında özümsemek, kendi biçimini sorunsuz olarak var etmek ister, toplumsal ve bireysel çatışmaların bu şekilde yok edilmesi ile de hukuk olan ustaca ideolojik bir status quo'ya, "tuzu kuruların hukukuna" dönüştürülür.

Oysa hukuk yaşamın oluşturduğu somut çatışmalar üzerinden temellendirilir. Sosyal çatışmaların çözüme kavuşturulması aynı zamanda çözümleyici bir gerekçe arayışı, meşruluk demektir. Burada meşruluk ya da gerekçe, üretilen yaşam alanından soyutlanarak kurala bağlanır ve mittin üretilen kural içinde kalınmak adına gerekçe icat edilir. Bu ters dönüşün taşları yerel zihniyetin kabulleri arasında kemikleşmiş içtihadın sanal doğrularında hukukun kullanılması yoluyla oligarşiyi kurumlaştırır. Hukukun bu şekilde kuşatılması ile de devlet ele geçirilmesi gereken savaş alanına dönüşür. Devletin sağladığı siyasal iktidar tüm kamusal olanakları kısınc bir arzuyla elinde tutar ve ona egemen olanın hukukunu var etmek için ebedi bir sulta aygıtına dönüşür. O adaletin bile meşru dağıtıcısı olarak tüm kamusal istemleri elinde tutar ve yurttaşlarına sürekli olarak şunu söyler: "Adalet mülkün (devletin) temelidir."

Ancak, devletin oligarşik çıkara döntük yapılanması özünde sürekli olarak dışsalılık üretir. Onun halka aidiyeti gerçekte halka karşı söylenen yalandan başka bir şey değildir. Siyasal temsil ise, sosyal grupların kendi çıkarlarını hukuk haline getirmelerinin aracına dönüşür. Devlet aygıtına egemen olan kitle, hukuku, daha doğru anlatımla onun aracı olan yasa koyma ve şiddet uygulama tekelini eline geçirerek kendi çoğunluğunun çıkarlarını resmileştirir. Bu resmileştirme harekâtı, kamusal olanı tekeli bir biçim değiştirmeye zorlayarak toplumsal ve bireysel çatışmaları kendi gerçeklerinde, mantık ve süreçlerinde ya

da gerekçelerinde izlemek yerine mitinden ürettiği çözümlerle oligarşik çıkarının zeminine çeker. Böylece dışlayıcı bir hukuk algılaması siyasal iktidarın etkinliği ve şiddet tekelinin zorlaması altında geçerlilik kazanır. Bu dışlayıcılık sürekli madun üretirerek devleti tipik bir baskı aygıtına dönüştürür.

Daha ileri gidilerek hukukun yaygın evrensel değerleri hemen her coğrafyada biçim değiştirmeye zorlanıp egemenin ondan ne anladığına dayandırılarak kuralın içi boşaltılır. Evrensel ilkeler siyasal taktik gösterisine dönüştürülür, toplumsal yaşam için hayati önemdeki hukuksal kurallar çıkar grupları tarafından yeni baştan "mış gibi" içi doldurulan ancak taktiksel kalan yalanlara indirgenir. Böylece hukuksal saldırı ve savunma "lafta" aynı tezlerle karşı karşıya getirilir ve sapla saman her zaman birbirine karışır. Böylece kaçınılmaz olarak toplumsal güven ve esenlik farklı toplum kesimleri için imkânsız hale gelir. Bu belirlenmiş son karşısında hukuk, sosyallığından kopararak salt mesleki bir geçim meşgalesine, kazanç kapısına dönüşür. Bu nedenle madun daima hukuka yabancı bırakılır, hukukun dolambaçlarına sıkıştırılmış halkın tek umarı mevzuat gözlüğü ve bağımlılığı ile eğitilmiş yargı elemanlarına başvurmaktır. Bu kısır döngünün oyuncakları kimseye mutluluk vermez, içimizde kocaman bir boşlukla yaşarız, çünkü hayat ve hukuk hep başkalarıyla yaşanır.

4 - Hukuksal Fetişizm

Ulusal hukuk sistemleri, yerel olarak, tıpkı uluslararası ilişkilerin şekillendirdiği dünya düzeni gibi geçerlilik kazanır. Uluslararası ilişkilerin, devletlerin egemen ulusal çıkarları ile kaba güç eksensel yapısı ulusal hukuk düzenlerinde de geçerlidir. Yeryüzünde güçlü kabul

edilen devletlerin birebir yönlendirdikleri, güçsüz kabul edilen devletlerin ise uymak zorunda kaldıkları uluslararası bir dünya düzeni vardır. Uluslararası ittifaklar ve anlaşmalar bu dayatıcı gerçek üzerinden kurulur. Uluslararası dünya düzeninin demokratik hale gelmesi ile her devletin karar mercilerine doğrudan katılımı söz konusu değildir. Adil bir dünya düzeni şimdilik ham bir hayaldir. Bu nedenle uluslararası hukuk düzeni tüm devletleri etkiler, özellikle de zayıf devletleri. Hukukun gerçekliğini görebilmek için uluslararası devletler düzenini akıldan çıkarmamak gerekiyor. Her devleti birer insan biçiminde düşündüğümüzde hukuk denen toplumsal güvenin bir fetiş nesnesi olduğu ortaya çıkar. Zira daha çok güçlü devletlerin çıkarlarına uyan kurallar uluslararası hukuk normu haline gelebilir ve bu hukuk bütün işgallerin altına ustaca döşenir. Her zaman "uluslararası ağaların" dedikleri ve güttükleri geçerli hale gelir, "ulusal köylü Memet'lerin" hakları ise sürekli başka bahara ertelenir veya yok kabul edilir. Çünkü bütün hukuki istisnalar onlar için üretilmiştir. Ve istisnalar kurah boş çıkarmanın, egemenin niyetini cari kılmanın en önemli araçlarıdır.

Çıkar çatışmalarının kaçınılmazlığı karşısında hukuk kuralı herkese dağılan kamusal iyilikten çok, insan topluluklarının egemen çıkarna yönelir. Bu durumda egemen gücün niyeti çoğunca hukukun ne olacağını belirler. İktidarların el değiştirmesi kitleleri arkasına alarak ilerler, ancak kitlelerin yandaşlığı sadece siyasal taşıyıcılık içindir. Siyasal iktidar halk kitlelerinden egemenlik araçlarını elde etmek için yararlanır ve kendine soyut, öyle ya da böyle ikna edici bir toplumsal zemin devşirir. Yasa koyma tekelinin ele geçirilmesi ile de niyetler uygulamaya koyulur. Yasanın

üstünlüğü icat edilerek, halkın sözünün geçerli olduğu kurgusal bir düzen oluşturulur. Ancak halkın çoğulluğu karşısında siyasal temsil her zaman sınırlı kalmaya mahkûm kalır. Yasanın üstünlüğünün temel varsayımı olan erdeme uygunluk ise, egemenin çıkarına bağlı olarak yeniden biçimlendirilir. Yasa, erdemden koparılmıca da doğası gereği anlamını yitirerek status quo yaratmanın aracına dönüşür.

Bu nedenle hukukun yazgısı daima vesayet altında olmasıdır. Oysa hukukun özgürlüğü çok açıktır, mağduriyet veya haksızlık hemen herkes tarafından çok net olarak görülür. Çünkü haksızlık can yakar, isyan ettirir, ötekileştirir ve her zaman göze batar. Ancak insan korkunun tutsağı olarak, yaşamında sürekli "üç maymunu" oynar. Daha da önemlisi oyun sahnesi hepimiz için çoktan hazırlanmıştır bile. Bu sahne bizzat devlet tarafından kurulur. Devlet, ona sahip çıkan egemen oligarşi tarafından yurttaşlarını birer "manda"ya dönüştürür. Anayasaların lafzında cumhuriyet, toplumsal huzur, adalet, milli dayanışma, insan hakları, demokrasi, laiklik, hukuk devleti, sosyal devlet anlayışlarının olması (Anayasanın 2. maddesi) bunu asla değiştirmez. Demokrasi veya insan hakları mücadelesi verebilirsiniz, ancak bu kamusalılıkların bile ikiye bölünmeyle kullanıldığını görmek için fazla uzağa gitmenize gerek yoktur. İçimizdeki ikiye bölünmüşlüğü bilmek bile çoğu zaman başkalarına ait olanla yüzleşmek zorunda kalan hukukun eğilip bükülürken geçirdiği deformasyonu kolayca açık eder. Hukukun insansızlaştırıldığı bu yerde metadan başka kimseye yer yoktur.

Hukukun vesayet altına alınması ile tüm hukuksal ilkeler fetişleşir. Vesayetçinin iradesi her zaman kendine dönüktür ve bunun için tüm taşları iktidarı aracılığıyla tek tek döşer. Dayanak

metnine olması gerekeni ilişitirir ve bunu propaganda oyunlarıyla halka onaylatır. Ancak bu vesayetin kuşatıcılığı altında; "devletin temel amaç ve görevlerini, Türk Milletinin bağımsızlığını ve bütünlüğünü, ülkenin bölünmezliğini, Cumhuriyeti ve demokrasiyi korumak, kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya, insanın maddî ve manevî varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya çalışmak..." (Anayasanın 5. maddesi) olarak açıklamak sadece temenni olarak kalır. Çünkü iktidara sadece "tuzu kurular" talip olabilir ve iktidarı kullananlar da hep onlar olacaktır. Bu vesayetçilik madun'un haklarını görünmez kılar. Çünkü "madun" asla iktidarın öznesi olamaz, o ancak iktidarın nesnesi olabilir. Bu tuzu kuruluk, tüm kamusal olanakları kendine çevirir ve madun'a sadece "ulufe" olarak, "odun, kömür ve yiyecek yardımı" kalır. Bu farklılaşma hukukun, üst yapı kurumu kılınarak salt yargı mercilerinin sorunu olmadığını, toplumsal bir sorun olduğunu adeta gözümüze sokar. Hukuk sadece sosyal külfetlerin paylaşılmasına indirgendığında, sosyal nimetler hukuk dışında kalmaya zorlanır. Bunun anlamı "tuzu kuruların hukuku" olacaktır.

Hukuksal fetişizm, hakların gerçek bir sosyal eşitlik ve özgürlük içinde, adalete uygun olarak kamusallaşmasını engeller. Görüntü ile içeriğin ayrıştığı sanal hukuksal saptırmalar yoluyla toplumsal dayanışma yalın bir ideolojiyle beslenir ve sıkı propaganda eğitimi altında haklar yerine kaotik dışlayıcılık üretilir. Yurttaş resmi alanın zorlayıcı hiyerarşisi altında devletin zihniyet olarak verdiğiyle yetinmeye alıştırılır.

Böylece demokratik sosyal hukuk devleti şekli ve ayinsel kalmaya indirgenerek cumhuriyet sanallaştırılır. Aslında her türlü hak yoksunluğuyla mücadele etme aracı olması gereken hukuk, istisnalarla kuşatılarak yasaklama sistematigine dönüştürülür. Bu aynı zamanda şu ifadenin tersini söylemektir: "Egemenliğin kullanılması, hiçbir surette hiçbir kişiye, zümreye veya sınıfa bırakılamaz..." (Anayasanın 6/3. maddesi). Kendini bu denli yurttaşından koruyan ve onu dışlayan hukuk kimseye mutluluk getirmez, bu tür bir hukuktan toplumsal esenlik beklemek hayalcilikten daha ileri girerek kasıttan başkası olamaz. Böylesi hukuksal yapılara sahip ülkelerin toplumsal esenlikten ne kadar uzak olduklarını görmek için kısa bir dünya turu yapmak yeterli olacaktır.

Bu söylem bardağın boş tarafına işaret ederken, herkesin adaletiyle kavranan bir hukukun, kendini anlamlandırdığı gerçek bir özgürlüğe muhtaç olduğunu da ifade eder. Bu şu demektir: Bir kavgada güçlü ile zayıfın, haklı ile haksızın, kavganın sonucunda da mağdurun kim olduğu az çok görülür. Bunu anlayabilmek için olayla ilgili bilgilenmek yanında, taraflara ilişkin yanlı öznel yargılarımızdan, olaylara ve kişilere ilişkin tarafsız ve verili önyargılardan kurtulmak, özgürleşmek gerekir. Hukuksal çatışmada tarafsızlığa dönük irade, tarafları ve hukuksal olguyu daha sağlıklı ve adilce görmemize yol açar. Mağduriyet ancak bu şekilde görülebilir. Bu nedenle hukuksal ilkeyi öznesine, hukuksal çatışmanın içine çekmeliyiz. Bunu yargı aracılığıyla oluşturulan reçetelerle değil, somut mağduriyetlerin içinden üretilen hukuksal çözümlerin sağlayacağı duygudaşlıkla yapmalıyız. Bu çözüm tarzını çevreyle ilgili sorunların gideriminde de uygulayabiliriz. Çevre sorunlarının doğaya karşı konum-

lanmasının ve sonuçta bir tür doğal intihara gidişin önlenmesi için doğanın hukukunu gözetmek zorunludur. Burada atık ile doğa arasında bir anlaşmazlık vardır ve bu anlaşmazlığı çözecek olan atık'ın çıkarı değil, herkesin içinde can bulduğu doğanın yararlarıdır. Doğanın, herkes adına, hak istemini kapitalizme içkin üretim ilişkileri içinden hukuklaştırmak, hukuku öznesinden -yaratılan mağduriyetten- koparmaktır. Çevre sorunlarının çözümünü kapitalizmin zemininden üretmek yerine doğanın kendi dengesi içinden kaynaklanan bir hukukla kavramak ve kapitalist üretim ilişkilerini bu hukuka göre uyarlamak herkes için daha yararlı olacaktır. Doğayı kapitalizmin içinden görmek yerine, doğadan kapitalizme bakmak ve doğa ile yapacağımız hukuksal sözleşmeyi bu yolla kurmak herkesin hukukuna -adalete- daha uygun olacaktır.

SONUÇ

Hak mücadelesi insanlık tarihi kadar eskidir. Hukuk tarihinde kanla ve vahşetle ifadesini bulan, büyük savaşlara, kargaşalara ve devrimlere yol açan hak mücadelesinin altında egemenin, maddi ve manevî çıkarına yönelik, oligarşik hukuksal deformasyonu bulunur. Dünya nimetlerinin paylaşımında, külfetlerin dağılımında insan bencilliğinin, kibrinin ve kıskançlığının, her zaman kendine dönük istekleri ve yönelimleri vardır. Bu istek ve yönelimlerin hak mücadelesinde belirleyici bir karşıt rolü olduğunu biliyoruz. İnsanın belirli emlenlik koşulları altında kendini veya ait olduğu grubu başkalarının zararına egemen kılma istencinin ifadesi olarak hukuk kuralı üretildiğini görüyoruz. Dünyanın ve coğrafyaların paylaşımında, ekonomik ve sosyal çıkar çarklarının işletilmesinde, kamusal düşünce

üzerinde kurulan hamiliğin kaba gücünü de yanına alarak kendine hukuk devşirme süreçleri izlemesi insanın ve toplumların kaderidir.

Egemenlik yalanlarıyla ele geçirilen devlet mekanizması elmenin sözünü ve çıkarını resmileştirme aygıtına dönüşür. Böylece çeşitli kamusal oyunlarla egemen bir hukuk düzeni kurularak bu düzenin kamusallaşması için tüm zorlayıcı olanaklar kullanılır. Bu mekanizma kendini en alttakine göre değil, en üsttekine göre belirler ve tüm etkinliğini iktidarını meşru göstererek sürdürmek üzerine kurar. Kendini dayandırdığı oligarşik çıkarının paylaşılmazlığını bilecek, farklı ve karşıt olanı denetim altına alarak eğitim ve öğretim teknikleriyle çıkarına uygun yurttaş -tebaa- oluşturmaya koyulur. Hukukunu bu zeminde üreten bir siyasal mekanizmanın kemikleşmiş ve duygusallıkla donatılmış ideoloji ve mitler aracılığıyla dünyevi bir teoloji geliştirmesi zorunlu olduğu kadar herkese aitliği kuşkusuz olan hukuksal ilkeleri kutsallaştırıp fetişleştirerek içeriğini resmi söylemle doldurması da kaçınılmazdır. Bu resmi söylem tüm kamusal istemleri zor ve ikna yoluyla kendince biçimlendirip bünyesine zararsız hale getirmek için devlet mekanizmasının onayını almayan hiçbir kamusal işleme geçerlilik tanımaz. Hukukun ustaca ele geçirilmesi ile adalet rastlantıya kahr. Bu oligarşik olarak, gerçek bir kısırtma harekâtıdır. Tarihi galiplerin yazdığı gibi hukuku da hep egemenler koyacak ve bu durumda adalet daima egemenin işine gelen olacaktır.

Hukukun üstünlüğü kavramlaştırması, toplumsal ilişkilerin yol açtığı hukuksal sorunları özgürce görmeden, bilmeden ve duyumsamadan anlaşılamaz. Yasa herkese dağılan erdemle donanmadan ve toplumsal gereksinimleri adil ölçülerle karşılamadan meşru sayıla-

maz. Sadece metanın paylaşımına koşulan kapitalizmin dayattığı hukuktan insani amaçsallık beklenemez. Hukuku salt metanın aracı kılarak herkese güvenlik, eşitlik ve özgürlük verilemez. Ve asıl önemlisi, hukuk insanlığımıza içkin bir kamusal iyiliğin peşinde koşmadan mutluluk üretemez. Hukuksal tartışmayı ayırmsız olarak toplumsal gerekçeleriyle anlamlandırmadan onun üstünlüğü bir mit olarak fetiş nesnesinden başka bir şey olmayacaktır.

Gerçekle yüzleşmek acı verir. Üstelik bu gerçek, demokratik cumhuriyet savını ileri sürerek cephesini genişletiyorsa ortada acınacak haller var demektir. Bu acıyla yüzleşmediğimiz ve içimizde taşıdığımız sürece bunu unutmak için sürekli başka yıkıntılar arasında dolaşmamız gerekir. Başka yıkıntılar kaderimize şükretmenin, halimizi olağanlaştırmamızın hazin araçlarıdır. Demokratik bir cumhuriyette hukukun insanın gerçeğine/kaderine yabancılaşması onun hep yıkıntılar arasında dolaşması anlamına gelir. Böyle bir hukuk insana içkin olamaz. Böyle bir hukuk metanın aracı olmaktan öteye gidemez ve insan metalaşarak bizzat metanın kendisine dönüşür.

KAYNAKÇA

- ABÉLÈS, Marc, *Devletin Antropolojisi*, Çev. N. Ökten, Kesit Yayıncılık, İstanbul, 1998.
- AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali, *Ulusun Egemenliğinden Temsilcilerin Egemenliğine*, Radikal İki, 25.04.2004.
- Fransız Devrimi'nin İlk İki Yılında Cumhuriyet Tartışmaları, Ankara Üniversitesi, Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı:58(3), Temmuz-Eylül 2003, s.1 vd.

- AKBAŞ, Kasım, *İdeoloji Olarak Hukuk*, HFSA, 15. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2006, s.81 vd.
- ALTHUSSER, Louis, *İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları*, Çev. Alp Tünerterkin, İthaki Yayınları, İstanbul, 2003.
- ATAR, Yavuz; *Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak*, Açık Görüş, Star, 23.06.2008.
- BALI, Ali Şafak, *Hukuk ve Toplumsal Gerçeklik*, HFSA, 11. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2005, s.125 vd.
- BEZCİ, Bünyamin, *Carl Schmitt'in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafası*, Paradigma Yayıncılık, İstanbul, 2006
- CAN, Osman, *Yargı Bağımsızlığı: Yalnızca Normatif Bir Sorun Mu?*, Prof. Dr. Bülent Tanör Armağanı içinde, Haz. Mehmet Ö. Alkan, Oğlak Yayınları, İstanbul, 2006, s.97 vd.
- *Yargı ve Demokratik Meşruiyet*, Radikal İki, 09.12.2007.
- *Yargı Kültürü – Siyasal Kültür*, Radikal İki, 29.01.2006.
- *Anayasanın Ulusal Ölçü Değerini Yitirmesi*, Radikal İki, 30.01.2005.
- ERTEKİN, Orhangazi, "Mahşerin Üç Aflısı" ve Yargı, Radikal İki, 02.04.2006.
- *Hukukun Demokratlaşması*, Radikal İki, 08.06.2008.
- GURVITCH, Georges, *Diferansiel ve Genetik Hukuk Sosyolojisi*, Çev. Hamide Topçuoğlu, Ankara Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl:1956, Cilt:13, Sayı:1-2, s.220 vd.
- GÜRZÜMAR, Osman Berat, *İsviçre Medenî Kanunu'nun Türkiye'de İktibası*, Türk Medeni Kanunu-

nun Yürürlüğe Girişinin 80. yılı Münasebetiyle Düzenlenen Sempozyum, Haz. A. Lale Sirmen, Çiğdem Kırca, Vedat Buz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, 2007, s.17 vd.

• KAFKA, Franz, *Dava*, Çev. Ahmet Cemal, Can Yayınları, İstanbul, 1999.

• KAHRAMAN, Hasan Bülent, *Hukukla Demokrasi Arasında Sıkışma*, Radikal İki, 07.05.2006.

• LEIBHOLZ, Gerhard; *Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek*, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1973, Cilt: 30, Sayı: 1-4, s.1 vd.

• ORUKA, H. Odera, *Yasal Terörizm ve İnsan Hakları*, Çev. T. Anğ, İnsan Haklarının Felsefi Temelleri, Türkiye Felsefe Kurumu, Haz. İ. Kuçuradi, 2. Baskı, Ankara, 1996.

• OTHMANİ, Ahmed, *Hapishaneden Çıkış*, Çev. Işık Ergüden, Metis Yayınları, İstanbul, 2003.

• ÖKÇESİZ, Hayrettin; *Sivil İtaat-sizlik*, Afa Yayıncılık, İstanbul, 1994.

• *Hukuk Devleti ve Yargıcı*, Yeni Türkiye, Eylül-Ekim 1997, sayı:17, s.356 vd.

• PASUKANIS, Evgeny B., *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm*, Çev. Onur Karahanoğulları, Birikim, İstanbul 2002.

• REHBİNDER, Manfred, *Hukukun Toplumsal Fonksiyonları*, Çev. Ülker Gürkan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 1971, Cilt:28, Sayı:1-4, s.455 vd.

• SANCAR, Mithat, "Devlet Aklı" *Kıskacında Hukuk Devleti*, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.

• ŞAHİN, Kemal; *Peder Bey'in Yargısı*, Radikal İki, 30.04.2006.

- **Büyük Birader ve Yargı**, Radikal İki, 21.05.2006.
- **Hizayaaaaa Geceelllll!**, Radikal İki, 16.08.2006.
- **Yargıcın Tarafsızlığı**, Radikal İki, 18.11.2007.
- UYGUR, Gülriz; **Ataerkilliğin Hukuka Dayatması**, Radikal İki, 03.02.2008.

- **Nötr İlkeler ve Hukuk**, HFSA, 16. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul, 2007, s.330 vd.
- YÜCEL, Mustafa Tören, **Hukuk ve Hakikat**, Kendi Yayını, Ankara, 2001.
- ZOLA, Emile, **Suçluyorum**, Çev. Tahsin Yücel, Can Yayınları, İstanbul, 2007.

Adli Suçlar, Beyaz Yakalı Suçlar Oluşumu ve Hukuk Sistemi

Kayhan MUTLU^(*)

Sosyoloji yaparken önemli olan hususlardan biri sosyoloji ile tarih, sosyoloji ile felsefe, sosyoloji ile ideoloji, sosyoloji ile gazetecilik gibi diğer bazı sosyal bilimler arasında olan farklılığı veya farklılıkları unutmamaktır. Ancak, bu demek değil ki, bir sosyolog bir bilim insanı olduğu kadar aynı zamanda bir insandır ve her insan gibi onun da kendi şahsi görüşleri olmayacak. Burada yapılması gereken şahsi görüşlerini ortaya korken bunun sosyoloji değil de kendi şahsi görüşleri olduğunu açık ve net olarak vurgulaması gereğidir. Benzer şekilde, bu demek değil ki, mesela, sosyoloji Osmanlı Tarihi'ni ele alamaz. Muhakkak ki, ele alır, ancak bir sosyolog olarak ele alır. Bu nasıl olur. Bu, mesela, kullanılan kavramların tanımı ile olur. Hangi sosyolojik paradigma veya hangi sosyal düşünürün açısından konu ele alınmakta gibi benzer hususlar belirginleştirilir. Doğal olarak sosyolojide kullanılan her bir kavramın bir çok tanımı var veya tanımı mevcut olabilir. Bu nedenle, sosyolog bu noktada sadece ve sadece kendisi bu tanımlardan hangisini kullanıyor, bunu açık ve net olarak belirtir. Bilindiği üzere, şu tanımı alırsam, kabul edersem “doğru” olur, veya bu tanımı alırsam “yanlış” olur gibi bir tartışma olmaz. Bu yapılmaz; çünkü önemli olan, kavram kargaşasından uzak durup hangi platformda, hangi paradig-

ma ve hangi boyutta söz konusu sosyolojik tartışma yapılmakta. Bu şekilde, bulunan konunun tespitinin yapılması burada önemli olmaktadır. Bu şekilde, başka bir sosyolog aynı kavramları kullanarak kendi tanımları ile kendi seçtiği içindeki paradigma veya sosyolojik teori içinde kalarak tamamen başka tartışmalar ortaya koyabilir. Bu tartışmalar kendi içinde ve zamanla olgunlaşır ve sosyolojik bilgi bu şekilde kendi evrimini yaratır. Ancak, kullanılan kavramlar ve tanımlar ne olursa olsun sonuçta bu tanımlar günlük hayatın içinde yaşandığı şekilde anlamlı olmalı. Bir ölçüde somutlaştırılmalı. Aksi halde soyut kavramların binlerce çeşit algılaması içinde veya her dinleyenin veya her konuşmacının kendi düşünce sistemi içindeki tanımlarla binlerce çeşit hayali tanımlar ortaya konur. Bu kavram kargaşasının başlangıcıdır. Bilimselliğin kaybolmaya başladığı noktadır.

Bu makalede, suç, adli suçlar ve beyaz yakalı suçlar kavramları kullanılmakta. Bu kavramların operasyonel tanımları öncelikle ele alınmakta. Bilindiği üzere yasalara karşı yapılan her davranış “suç” olarak tanımlanır. Toplum düzeni, toplum huzuru gözetilerek değişen sosyo-ekonomik politik koşullara göre yasalar değişir ve değişen yasalara göre de suç tanımları değişir. Sosyolojik anlamda suç kavramı içinde “adli

(*) Prof.Dr. Kayhan MUTLU Orta Doğu Teknik Üniversitesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi

suçlar" ve "beyaz yakalı" suçlar ele alınır. Bu iki grup içinde çok çeşitli suçlar yer alır. Bilindiği üzere mala karşı, şahsa karşı ve devlete karşı olmak üzere muhtelif suç çeşitleri mevcuttur. Bunların hepsini bir oturumda ve özellikle birkaç sayfalık bir sunumda ele almak mümkün değildir. Ancak, bu sunumda esas olarak sadece ekonomik suçlar olarak ifade edilen hırsızlık, kapkaç, darp, gasp, yankesicilik, rüşvet, ihale yolsuzluğu, hayali ithalat / ihracat, hemşerilik / tarikat/siyasi parti yandaşlığına endeksli ayrımcılık, hileli üretim - hileli iflas ve vergi kaçakçılığı gibi suçlar gözetilecektir.

Hırsızlık, darp, gasp, yankesicilik, kapkaç gibi suçlar adli suçlar kavramının operasyonel tanımı olmaktadır. Ve bu adli suçları işleyen adli suçlular kimlerdir? Benzer şekilde, adli suçları işleyenlerin sosyo-ekonomik özellikleri nelerdir? gibi sorular ilk aşamada ele alınacak sorulardan olabilmektedirler. Bu sorular çalışıldığında düzgün yasal bir işi veya becerisi olmayan-işsiz olarak kayıtlara geçen, düşük seviyeli eğitim ve geliri olan popülasyon mensubu insanlar karşımıza çıkar. Hapishanelerdeki tutuklu ve hükümlüleri çalışan sosyolojik çalışmalar bu insanların temel özellikleri olarak bu ekonomik ve eğitim yoksulluğunu net olarak ortaya koymaktadır. Öte yandan, rüşvet, ihale yolsuzluğu, hayali ithalat/ihracat, hemşerilik/tarikat/siyasi parti yandaşlığına endeksli ayrımcılık, hileli üretim, hileli iflas ve vergi kaçakçılığı gibi suçlar beyaz yakalı suçların operasyonel tanımı olmaktadır. Benzer şekilde, beyaz yakalı suçları işleyen vatandaşların sosyo ekonomik özellikleri ele alındığında iyi eğitilmiş, iyi gelir düzeyi ve düzgün meslek sahibi olan insanlar karşımıza çıkmaktadır. Mesela, ülkemizde son yıllarda görülen toplam 29 kadar

batık bankalar olaylarını ve bu bankaların sahiplerini düşünürsek veya intihal olaylarına karışan bazı üniversite üyelerini düşünürsek, bu yukarıda belirtilen husus, beyaz yakalı suçlar kavramı daha net olarak anlaşılır olabilir. Özetle, adli suçlular ve beyaz yakalı suçlular mensuplarının sosyo ekonomik özelliklerini birlikte ele aldığımızda suç olayının yoksulluk gibi sosyo ekonomik değişkenlerden önemli ölçüde bağımsız olduğunu görürüz. Diğer bir ifade ile, suç işlemenin en belirgin özelliği sosyo ekonomik yoksulluk varsayımını savunmak oldukça yanlış olmaktadır. Bunun iki önemli nedeni vardır. **Neden 1:** uluslararası suç istatistikleri şiddet içerikli asayiş suçlarının çok daha fazla olarak Batı toplumlarında, refah toplumlarında olduğunu ortaya koymaktadır. **Neden 2:** Yukarıda sözü edildiği gibi beyaz yakalı suçların varlığı.

Sosyolojik anlamda, uluslararası adli suçlar konusu ele alınıp uluslararası karşılaştırmalar yapılırken esas olarak yukarıda sözü edilen "şiddet" içerikli suçlar ele alınır ve sonuçta suç oranları tespit edilir. Bu nedenle, öncelikle suç oranı nasıl hesaplanır hususunu tespit etmede yarar var, aksi halde yanlış tanımlar ve yanlış sonuçlar ortaya konmuş olur veya kavram kargaşası ortaya çıkabilir. Suç oranı hesaplanırken, suç türleri içinden sadece adam öldürme, adam öldürmeye teşebbüs, ırza geçme, cinsel taciz, hırsızlık, darp, gasp, kundaklama ele alınır ve bir yıl içinde ne kadar bu suçlar işlenmiş toplanır ve o coğrafi bölgenin veya o mahalli idarenin veya o ulusun nüfusuna bölünür ve çıkan rakam 100.000 ile veya 10.000 ile çarpılarak sonuçta o bölge veya o il veya o toplum için suç oranı elde edilmiş olur.

Bilindiği üzere, ülkemizde polis ve jandarma bölgesi dahil, ortalama olarak her yıl 400.000 civarında asayiş suçları

veya yukarıda ifade edilen şiddet içerikli suçlar işlenmektedir. Ancak, bu rakam ABD için yılda 23 milyon ve Fransa, İngiltere, Almanya gibi AB ülkelerinin her biri için 5-6 milyon civarındadır. Görüldüğü üzere, refah toplumlarında, Batı toplumlarında ortaya çıkan asayiş suçları, şiddet içerikli suçlar ülkemizde görülen asayiş suçlarının 13-14 katı kadardır. Ülkemiz nüfusu 70 milyon, Fransa, İngiltere ve Almanya nüfusları 80 milyon ve ABD nüfusu 300 milyon olarak ele alındığında T.C. için suç oranı on binde 57 civarında iken bu rakam yukarıda sözü edilen AB ülkeleri için on binde 700 ve ABD için yaklaşık 800 civarındadır. Bu rakamlar, çok şaşırtıcı olabilir. Zengin, sanayileşmiş, modern toplumlar neden çok daha fazla şiddet içerikli suçlara sahiplerken, yoksul, orta doğu ülkeleri, uzak doğu ülkeleri gibi ülkelerde bu suçlar çok daha az olmaktadır sorusunun cevabı olarak bir çok husus akla gelebilir. Ancak, bu çok muhtemel verilen cevaplar içinde sosyolojik anlamda uluslararası sosyoloji literatüründe en çok kabul edilen varsayım: yoksulluğun kendisi ile suç arasında bir ilişki yok. Ancak "yoksulluk + mağduriyet duygusu bileşimi ile suç arasında bir ilişki olabilir" varsayımının kendisi olmaktadır.

Ayrıca, bu aşamada, ayıplama, dışlama, utandırma gibi "informel toplumsal" kontrolün zayıf olduğu, veya yukarıda sözü edilen yakın çevre tarafından ayıplanma, utandırma ve dışlanmaya karşı bireylerin duyarsızlığının bireysel özgürlük adı altında tolere edildiği toplumlarda veya toplumsal sorumluluğun zayıf olduğu; fakat bireyci materyalist değerler sisteminin daha çok itibar gördüğü toplumlarda adli şiddet içerikli suçlar oluşumu daha çok ortaya konmaktadır tartışması, varsayımı, bu aşamada önem kazanmaktadır. Bu ve

benzer sosyolojik tartışmaların, kabul ettiği en önemli varsayım: **her insan aynı derecede suç işlemeye meyillidir ve bu bir fırsat meselesidir** şeklindedir. Yukarıda söz konusu edilen informal toplumsal yapılanmalarla, değerlerle bireyin yasal olmayana meyletmesi önlenir olmaktadır görüşü burada söz konusu olmaktadır. Ayrıca, bu noktada, Batı toplumlarının temel yapısının "man is sinfull= insan günaha yakındır" varsayımına göre düzenlendiğini göz önüne alırsak burada yapılan tartışmalar daha netleşir ve daha anlam kazanır olmaktadır, diyebiliriz. Bu nedenle, ülkemiz geri kalmışlığını "bu kafalarla bu millet adam olmaz", veya "geleneksel değerlerimizin modernite adı altında yok edilmesi" varsayımları ile vatandaş kalitemizi negatifleştirerek ülkemiz geri kalmışlığının izahını bu şekilde tartışmak pek anlamlı olmamaktadır. Yönetim hatalarını, yanlış siyasetlerin bedellerini vatandaş kalitemize yükleyerek mazeretler üretme yanlış. Bu şekilde, hiç bilimsel olmayan veya bilimsellik ile izahı mümkün olmayan yorumlar yapmanın çok yanlış olduğunu da bu vesile ile vurgulamakta yarar var. Ayrıca, bu aşamada toplumsal sorumluluğu olmayan bireyci özgürlük yaklaşımının sonuçta yozlaşma ortaya koyabileceği hususu da unutulmamalı. Başkaları yok sadece ben varım anlamında toplum içinde yaşama sağlıklı toplum yaratmanın kendisidir. Özgürlük çok güzel ama alt yapısı olmayan bir özgürlük yozlaşmanın kendisi olabilir.

Özet olarak, bu yukarıda sözü edilen ve benzer tartışmalar yoksul ülkelerde çok daha az; ancak Batı toplumlarında kat ve kat çok daha fazla adli suçlar olmasının nedeni olarak suç sosyolojisi literatüründe yer almaktadır. Ve, iki önemli hususa dikkat çekilmektedir. Bunlardan birincisi, Batı toplumlarında,

toplumsal sorumluluğun veya diğerlerine karşı sorumluluk duygusunun bireyci materyal değerler içinde kaybolması, ikinci husus ise özgürlük anlayışının ben merkezli-şahsi çıkar merkezli olması ve bu şekilde özgürlüğün yozlaşmaya yaklaşması olmaktadır.

Ancak, bu yukarıda sözü edilen şekilde, sadece toplumsal bütünleşmenin kuvvetli olması ile adli ve beyaz yakalı suçları asgariye indirmek mümkün değildir. Bu hususu da unutmamak gerekir. Yukarıda sözü edilen informal kurallar ile birlikte, formel sosyal kontrol sisteminin de kuvvetli olması gerekir, varsayımı ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, hızlı ve etkin çalışan bir "hukuk sisteminin" kaçınılmazlığı ortaya çıkmaktadır. Aksi halde, hukuk sisteminin caydırıcılığının zayıf olması hususu ortaya çıkmakta ve bunun sonucu olarak da, yasal olmayan davranışların cazibesi artmaktadır, varsayımı önem kazanmaktadır. Bu tartışmaya göre ülkemiz hukuk sisteminin sağlıklı olduğunu söylemek zorlaşmaktadır. Bilindiği üzere, yaklaşık 3 milyon dava her yıl ülkemizde açılmakta ve öte yandan, toplam hakim-savcı sayımız 9.500 civarındadır. Özellikle, hakimlerimizin bu kadar iş yükünün ağır olması, "geç kalan adalet adalet değildir" gerçeğini yaratmaktadır. Bu vesile ile, Fransa, Almanya gibi ülkelerin her birinde 30 bin civarında hakim bulunmaktadır hususunu da unutmamak gerekir. Ayrıca, bu aşamada, özellikle geçmiş yıllarda ortaya konan çok sayıda kitlesel anlamda öğrenci affı, vergi affı, adli suçlar affı gibi "af yasalarının", evrensel hukuk içinde kalarak izahı nasıl mümkün olabilmekte sorusunun da cevabını düşünmek zorundayız. Özellikle, geçmiş yıllarda görülen, siyasi amaçlı "af yasalarının", hukuk sistemini önemli ölçüde zayıflatılabildiğini veya anlam-sızlaştırılabileceğini unutmamak gerekir.

Yasal olmayan "af" edilirse yasal olanı yapmanın ne yararı var düşüncesi ve zihniyeti ortaya çıkabilir.

Kendi içinde çelişkileri az ve etkin-hızlı çalışan bir hukuk sistemi ile özellikle beyaz yakalı suç oluşumları önemli ölçüde kontrol altına alınabilir. Mesela, ülkemizde vergi kaçığının en önemli nedenlerinden biri çok sayıda kanun maddesi, yönetmelik, geçici maddelerin varlığıdır. Yasalardaki cezaların caydırıcılığının yetersiz olabilmesi karşımıza çıkmaktadır. Benzer şekilde, eski bankacılık yasasını ele alırsak, sadece siyasi desteklerle banka sahibi olabilmek mümkündü ve bir banka sahibi olarak devletin mevduat garantisini gözeterek sorumsuz davranışlarla banka batırmanın pek caydırıcılığı yoktu.

Bu yukarıda sözü edilen örnekleri gözeterek bu noktada belirtmekte yarar var. "Uluslararası saydamlık ölçeği" rakamlarına göre ülkemiz gibi sanayileşmekte olan toplumlarda beyaz yakalı suçlar çok daha fazla olmaktadır. Batı toplumlarında beyaz yakalı suçlar çok az olmaktadır. Bunun temel nedeni, Batı toplumlarında çok daha etkili, hızlı çalışan ve kendi içinde çelişkileri az olan bir hukuk sisteminin mevcudiyetidir. Bilindiği üzere, uluslararası saydamlık ölçeği 10 üzerinden sıralama yapmaktadır. Bu ölçekte İskandinavya Kuzey Ülkeleri 9.0 civarında puan alırken, ülkemiz ancak 3.4 notunu almaktadır. Ancak, son yıllarda ortaya konan bazı olumlu girişimlerle bu rakam 4.0 olmuştur.

Yukarıda yapılan tartışmalarla, "yoksulluğun kendisi değil fakat yoksulluk ile mağduriyet duygusu bileşimi yasal olmayan yaşam tarzının ortaya çıkmasında önemli bir etkidir" varsayımı önem kazanmaktadır. Bu varsayım, aynı zamanda, bir ölçüde bizleri

bir toplumun ne ölçüde demokratikleştiği ve o toplumda insan hakları ilkelerinin ne ölçüde kurumsallaştığı olduğu hususuna yaklaştırmaktadır. Her önüne gelenin sık sık konu ettiği bu kavramların burada net tanımlarının yapılması gerekir. Burada söz konusu edilen demokratikleşme ve insan hakları kavramları ile "fırsat eşitliği" kastedilmektedir. Bilindiği üzere, fırsat eşitliğinin çalışkanlık ve yeteneğe endekslenmesi, o bireyin mağduriyet duygusunun azalması için veya mümkün olan asgari düzeye indirilmesi açısından önem arz etmektedir. Bilindiği üzere, günümüz dünyasında temel toplumsal değerler "para/mülk edinme, güç ve saygınlık elde etmeye" endekslenmiştir. Her insan kendi dünyasında, kendi yasal becerisi ve yasal çalışkanlığı ile bunları elde etmeye çalışır. Ancak, bu değerleri, bu amaçları elde etmeye götüren yolun çalışkanlık ve yeteneğe endekslenmesi gerekir. Bu husus ne kadar sağlıklı olarak kurumsallaştığı ise o kadar sağlıklı demokrasi ve insan hakları ortaya konur olmaktadır. Öte yandan, başarının "uyanıklık ve fırsatçılığa" endekslenmesi demokratikleşme ile ve insan hakları ile ters orantılıdır. Başarının, etnik kimliğe ve/veya tarikat mensubu olmaya ve/veya siyasi parti yandaşı olmaya endekslediği toplumlarda demokratikleşmenin sağlıklı olduğunu vurgulamak zorlaşır. Konu bu şekilde ele alındığında, şiddet içerikli adli suçların Batı toplumlarında önemli bir sorun olması ve beyaz yakalı suçların ülkemiz gibi toplumlarda önemli bir sorun olması demokratikleşmenin ve insan haklarının hem Batı toplumlarında ve hem de ülkemiz için önemli bir sorun olmakta devam ettiğini göstermektedir.

Fırsat eşitliğinin evrensel hukuk ilkelerinden uzaklaşması o toplumlarda yasal olmayan yaşam tarzını benimse-

mek zorunda kalanların kendilerine özgü alt kültürler geliştirmesini kaçınılmaz kılar. Bu alt kültürler, yasal anlamda, temel ve esas toplumsal değerlerin karşısı olarak karşımıza çıkar. Yasalara uymak değil, yasaları çiğneyerek yaşam hakkı elde etmeyi savunan ve bu davranışları doğru olanı yapma olarak tanımlayan değerler sistemi olarak ortaya çıkabilir. Mesela, "Bu paraya bu kadar iş", "devletin malı deniz, yemeyen ...", "gemisini yürüten kaptan", "önemli olan para kazanmanın kendisi ve para kazan da nasıl kazanırsan kazan", "namuslu olmanın bir yararı yok" gibi düşünce sistemleri, suç oluşumuna neden olan alt kültürler olabilmektedir. Veya, özellikle adli suçlarda görüldüğü üzere, şiddet kullanarak, korku yaratarak bu şekilde toplum ile, diğer insanlarla iletişim kurmanın kendisi amaç olabilmektedir. Bilindiği üzere, bu yukarıda sözü edilen yaşam felsefeleri veya yaşam tarzları yasal olamayanı teşvik ederek suç üretmektedir. Bu şekilde, yasal olmayan dünyanın kendisi, kendi varlığını doğru olanı yapma olarak kabul ettirmektedir. Bu ve benzer nedenlerle fırsat eşitliğinin ciddi boyutlarda olmaması ve başarılı olmanın çalışkanlığa ve yetenekli olmaya endekslenmemesi ile hem adli ve hem beyaz yakalı suç oluşumları önemli ölçüde toplumsal sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadır.

Bu noktada vurgulamakta yarar var. Bilindiği üzere, ülkemiz eğitim sistemi elitist sistem olarak kendini var etmektedir. Kaliteli eğitimin paraya endekslenmesi ve özellikle ilk öğretimin, orta eğitimin özel vakıf okulları ve dersaneler olarak kaliteli eğitim alma hakkı mevcudiyeti, çalışkan ve yetenekli yoksul aile çocuklarının toplumda sosyo ekonomik anlamda ileri gitmelerindeki yasal yolların tıkanması sonucunu ortaya koymaktadır. Bu yoksul aile çocukları scr-

maye yok ki bir iş kurabilsinler, para yok ki kaliteli eğitim alarak ciddi ve itibarlı bir meslek sahibi olsunlar. Sonuçta, bu insanlar arzu ettiklerini yasal olmayan yollardan almaya çalışan popülasyonu yaratır olmaktadır. ABD gibi dünyanın en zengin ülkesinde bile, kaliteli eğitim alma hakkının yaygınlaştırıldığı ve paraya endekslenmediği hususunu gözetirsek, ülkemiz eğitim sistemindeki bu fırsat eşitsizliğini tartışmaya açmakta yarar olabilir.

Yukarıda ele alındığı üzere, yoksulluk, mağduriyet duygusu, fırsat eşitsizliği ve alt kültür bileşimi, bu faktörlerin birlikteliği suç üreten yaşam mahallerini, coğrafi bölgelerini, iş/çalışma ortamlarını ortaya koyabilmekte. Bu durumda, bu sosyo ekonomik kültürel mahalle veya bölge insanları kendiliğinden yasal olmayan yaşam tarzını öğrenmenin dışına çıkamamanın sonuçlarını yaşarlar. Net olarak biliyoruz ki, yukarıda sözü edilen faktörlerin birlikteliği yasal yaşam yollarını kapatarak tek yaşam tarzının yasal olamayan olmasını ortaya koymakta. Bu şekilde, bu coğrafyada, bu mahalli bölgede, bu çalışma ortamında yaşama durumunda olan insanlar, doğuştan suçlu olmayı öğrenir olabilirler. Hatta, bu yasal olmayan yaşam tarzı nesilden nesile intikal ettirilir olur. Suçlu kültürün kendisi bir miras olur. Kendi içinde kendi inceliğini, kendi yaşam tarzını, kendi becerilerini yaratabilmektedirler. Tüm bunlar, yasal olmayan yaşamın kendisini bir sanat olarak, bir beceri olarak karşımıza çıkarır.

SONUÇ olarak, adli ve beyaz yakalı suç oluşumlarını asgari düzeye indirmek için toplumun kurumları arasındaki iletişimin dengeli ve sağlıklı olması gerekir. Aile, eğitim, ekonomi, siyaset, din ve hukuk arasındaki toplumsal bütünleşme kuvvetli olmalı ve bun-

ların bazıları veya birisi diğerleri üzerinde hakimiyet yaratmamalıdır. İformel kurallar, geleneksel değerler, formel kurallar, hukuk sistemi, fırsat eşitliğine endekslenmiş kurumsallaşmalar toplumsal yapının temeli ve esası olmalıdır. Rasyonellik ve bilimsellik ölçütleri içinde kalarak populist siyasetlerden uzak durulmalı. Aşiret, tarikat, siyasi parti yandaşlığı baskıları ile kurumlar arasındaki dengeyi bozmaktan uzak durulmalı. Toplumsal bütünleşme ile fırsat eşitliği ortaya konmalıdır. Özellikle, ekonomi ile hukuk sisteminin birbirine entegre edilmesi kaçınılmaz olmaktadır. Mesela, Batı toplumlarında yapıldığı üzere, asgari ücret Yargıtay tarafından belirlenmeli. Bu şekilde, Batı toplumlarında görüldüğü üzere ücret politikası ile asgari işi yapanın bile namuslu kalmasını koruyacak şekilde yapılanmalar ortaya konmalıdır. Ülkemizde görüldüğü üzere, asgari ücretin aç kalmaya endekslandığı toplumlarda namuslu kalmanın kolay olduğunu söylemek kolay olmaz. Hem namuslu olarak çalışacaksın ve hem aç kalacaksın. Bunun evrensel hukuk içinde yeri olduğunu söylemek mümkün değildir. Hukuk sistemi ile kontrol edilen bir ekonomide başarı uyanık ve fırsatçı olmaya değil yeteneğe ve çalışkanlığa endekslenmektedir. Bu şekilde, teşebbüsçülük ile fırsatçılık ayrımı yapılmaktadır. Bu şekilde dürüst olma ve namuslu kalma teşvik edilirken yasal olmayan dünyayı tercih ederek suç yaratma olasılığı asgariye indirgenmektedir. Beyaz yakalı ve adli suç popülasyonu azaltılmaktadır. Huzurlu toplum ortaya koyma, ancak bunlar yapılsa ortaya çıkar. Gerçek demokrasi ve insan hakları bunlar yapılsa, ancak ortaya konabilir. Demokrasi ve insan hakları gibi çağımız kavramlarını sadece siyasi platformda ele alma ülke sorunlarını azaltmaz, bilakis bu sorunların çözümsüzlüğünü yara-

tır. Çözümsüzlük ise suçlu popülasyonunu artırırken huzurlu ve düzgün toplumsal yaşamın kaybolmasını ortaya kor.