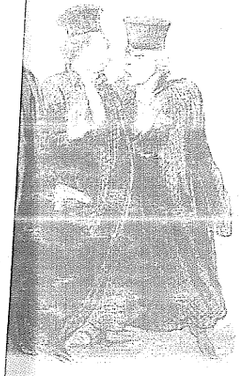
HFSA

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ



Gülriz Uygur

Ertuğrul Uzun

Yener Ünver

Ogün Ürek

Başar Yaltı

Mehtap Yeşilorman

Mustafa Tören Yücel

Mehmet Yüksel

Ülker Yükselbaba

Abdülkadir Zorlu

EK DOSYA

Neval Oğan Balkız

Abdullah Dinçkol

Charles Noble Gregory

Hayrettin Ökçesiz

Friedrich Ratzel

Victor Shreiber

Hilmi Şeker

İlker Tepe

22

İSTANBUL BAROSU

AÜHF
1925

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

22. KİTAP

LAW127191

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
127191 340.1

Genel Yayın Sıra No: 167
2010/9
ISBN: 978-605-5614-38-6

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

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

Kapak Karikatürü: Honoré Daumier

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

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 Hükmün 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 Gürler*, Çağdaş Hukuk Felsefesinde Formalist Yaklaşımlar ve Ernest Weinreb; *Vahap Coşkun*, Anayasanın Değişmez İlkeleri ile Demokrasi Arasındaki Gerilim; *Serkan Gölbaşı*, Bentham'ın Düşüncesi Bağlamında Cezalandırmanın ve Ceza Yargılamasının Rasyonalleşmesi; *Aydan Ömür Surlu*, H.L.A. Hart'ta Yargıcın Takdir Hakkı; *Ceren Akçabay*, Yargı ve İnsan Haklarının Liberal Yorumu; *Vecdi Aral*, Yargı Bağımsızlığı; *Mustafa Tören Yücel*, Türkiye'de Yargının Yapısal Analizi; *Ali Şafak Balı*, Yargılamanın İşlevselliği; *A. Ulvi Türkbağ*, Bir Karar Örneğinde Postmodern Yargılamanın Olanaklılığı Sorunu; *Şule Şahin Ceylan*,Uyuşmazlık Çözümünde Yargı Alternatifleri; *Sevtap Metin*, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Bio-Etik Sorunlar; *Zeynep İspir*, Bir Etik İlişki Olarak Yargıçlık 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

- Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi - *Gülriz Uygur* 6
- Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yersizliği Üzerine - *Ertuğrul Uzun* 11
- Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız *Yener Ünver* 26
- İde, Kavram, Olgu Bağlamında Hukuk Kavramı - *Ogün Ürek* 62
- Yargının Tarafsızlığı Sorunu - *Başar Yaltı* 68
- Halkın İradesi Bağlamında Halkoylamaları: Bir Hukuk Sosyolojisi Denemesi - *Mehtap Yeşilorman* 74
- Suç Mağdurlarının Hakları ve Psikososyal Profilleri - *Mustafa Tören Yücel* 96
- Türk Hukukunun Seküler Kaynakları: İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e *Mehmet Yüksel* 112
- Kant'ın Ahlak Felsefesinden Habermas'ın Söylem Etiğine Geçiş *Ülker Yükselbaba* 142
- Devlet-Toplum Arasında Hukukun Ruhu - *Abdülkadir Zorlu* 167

EK DOSYA 177

- İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması - 21.YY Gerçekliğinde Temel Sorunlar ve Öneriler - *Neval Oğan Balkız* 178
- Bir Pozitif Hukuk Kaynağı Olarak Avrupa Birliği Hukuk Sistemi *Abdullah Dinçkol* 189
- Bentham ve Kodifiyeciler - *Charles Noble Gregory* 215
- "Freirechtsschule" - *Hayrettin Ökçesiz* 227
- Hukuka Felsefe Düşünmek - *Hayrettin Ökçesiz* 233
- Toprak, Toplum ve Devlet (1900) - *Friedrich Ratzel* 241
- Felsefe, Kant ve Karar Alma Sistemi - *Victor Shreiber* 249
- Nesnel Gerekçe Anlayışı ve Bu Anlayışı Tasfiyeye Eğilimli Yargısal Deneyimler - *Hilmi Şeker* 260
- Ceza Hukuku Perspektifinde İnternetin Temel Problemleri - *İlker Tepe* 294

Katılanın Perspektifi Bakımından Hukuk ve Etik İlişkisi

Gülriz UYGUR*

GİRİŞ

Hukuk farklı şekillerde yaşamlarımızı etkilemekte, hak ve ödevler vasıtasıyla yaşamdaki konumlarımızı belirleyip, daha iyi durumda olma isteklerimizi dile getirme özlemlerine aracılık etmektedir. Bu anlamda hukuk ahlaki bir talep içermekte ve kendi başına yeter bir kurum olma özelliğini taşımamaktadır. Hukukun bu özelliği ise hukuk ve etik arasında başlıca ilişki kurma yollarından birini açmaktadır.

Hukuk ve etik arasında farklı şekillerde ilişki kurmak mümkündür. Bu tür ilişki kurulurken de özellikle toplumsal ahlak ile etik, ahlakilik veya eleştirel ahlak ayrımlarını göz önünde tutmak gerekir. Zira bu tür ayrımlar objektiflik, hukuki bilgi, hukukun amacı ve adalet konularıyla yakından ilgilidir.

Hukuk ve etik arasındaki ilişkinin adalete dayalı olarak kurulması tarihsel olarak bilinen en eski ilişki kurma biçimlerinden biri olup doğal hukuk kuramıyla özdeşleştirilir. Bunun dışında pozitivist olmayan başka görüşlerde de hukuk ve etik arasında ilişki kurulduğu görülmektedir. Bu noktada hukuk ve etik arasındaki ilişkiden söz etmenin pozitivist olmayan görüşlere özgü olduğu belirtilebilir. Ancak bunun anlamı pozitivizmin, en azından bütün pozitivist formların, hukuk-etik arasındaki ilişkiye yabancı olduğu demek değildir. Esasen bir anlamda, yani zorunlu ahlaki doğruluk anlamındaki ilişkiye pozitivizm yabancıdır ki burada bu tür ilişki üzerinde durulmaya çalışılacaktır.

Yukarıda da belirtildiği gibi başta doğal hukuk olmak üzere pozitivist olmayan görüşlerde hukuk ve etik arasında zorunlu ilişki kurulmaktadır. Bu tür ilişki kurma şekilleri ise 20. yüzyılın ortalarına gelinceye kadar teorik düzeyde olup, hukuk kurallarının nasıl olması gerektiğine dair kriterlere yer vermektedir; hukuk adalete uygun olandır, asgari adalet gereklerini taşıyandır, evrensel nitelikteki ilkelere uygun olandır gibi. Öte yandan yine 20. yüzyılda özellikle hukuki realistlerin uygulamaya dikkati çekmeleri ve hatta gerçek kanun koyucu olarak hakimleri ilan etmeleriyle birlikte uygulama boyutunun ön plana çıktığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle hukuk kavramıyla ilgili olarak teori ile pratiği birleştiren şekilde tanımlamalar yapılmaya başlanmıştır. Şüphesiz bunda demokratik diskur teorilerinin, objektiflik anlayışlarının etkisi de yadsınamaz. Bütün bu gelişmeler de katılanın perspektifi üzerinde durulmaya başlanmasına neden olmuştur.

Katılanın perspektifi teori ile uygulamanın ilişkilendirilmesinin başlıca yoludur. Böylece hukukun ne olduğu veya nasıl belirleneceğinin teori ve uygulamayla birlikte oluşturulması

* Doç. Dr. A.Ü. Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

mümkündür. Zira hukukun ne olduğu veya nasıl olması gerektiği sadece teori bakımından değil, hukuku belirleyenler, uygulayanlar ve uyanlar bakımından da kurulmalıdır. Bu anlamda özellikle kanun koyucular ve hakimler gibi hukuki aktörlerin perspektifi önem taşımaktadır. Öte yandan katılanın perspektifi derken de hukukçu olmayan vatandaşlar ile hukuki aktörler arasındaki ayrım gözetilmelidir. Bu ayrıma göre hukuki aktörlerden beklenilen ile vatandaşlardan beklenilenler farklılaşıp, her birine göre değişen haklar ve ödevler temelinde katılanın perspektifi ortaya konabilir. Örneğin hakim bakımdan söz konusu olan perspektif ile vatandaşlar bakımından söz konusu olan perspektif birbirinden farklıdır. Şöyle ki bir hakimin hukuk sistemi içerisindeki bir kuralı kabul etmesinin anlamı, o hukukun bütünlüğü çerçevesinde yerini bulur. Oysa sıradan bir vatandaşın kuralı kabul etmesi hukukun bütünlüğü bilgisini önceden içermediğinden veya böyle bir şeyin beklenmesinin zorunlu olması söz konusu olmadığından en fazla hukuk sisteminin dayandığı değerleri, Rawlsçu ifadeyle, kendi kabul ettiği kapsayıcı doktrini bakımından anlamlandırmasıyla söz konusudur. Burada daha çok hukuki aktörler ve özellikle de hakimler bakımından hukuk ve etik ilişkisi üzerinde durulacaktır.

KATILANIN PERSPEKTİFİ

Bu tür bir ilişki üzerinde durulmadan önce katılanın perspektifinin anlamını belirlemek gerekmektedir. Bunun anlamını belirlemek için de H.LA. Hart'ın içerden-dışardan bakış açısı ayrımlarına bakılabilir. Hart, bilindiği gibi pozitivist bir düşünür olup pozitivizmin gereklerine göre içerden-dışardan bakış açısı ayrımlarını yapmaktadır. Buna göre dışardan bakış açısı izleyenin bakış açısı iken, içerden bakış açısı hukuk sisteminde kuralları kabul edip, bunlara göre davranışlarını düzenleyenlerin bakış açısıdır. Kısaca içerden bakış açısı, kuralı kabul etme ve buna uygun davranma olarak tanımlanır.[1]

Hart pozitivist geleneğe uygun olarak içerden bakış açısının içeriğiyle ilgilenmemektedir. Zira O'na göre bir kuralı kabul etmenin çeşitli nedenleri olabilir. Burada Hart'ın ilgilendiği nokta, içerden bakış açısının sadece bir duruş olmasıdır. Bu şekilde de O, hukukun normatifliğin açıklama yolunu bulur.[2]

Esasen "yapılmalıdır, edilmelidir" gibi yükümlendirici ifadelerle vatandaşların davranışlarına ilişkin nedenler veren ve hukuk algılarını oluşturan hukukun normatifliğini, içerikten bağımsız değerlendirmek oldukça zordur. Bir gereklilik ifade etmesi anlamında hukukun normatifliği ahlakiliğe yol açabilir. Ancak Hart, pozitivizmin ayırma tezine aykırı düşmeyecek şekilde, yani içerikten bağımsız ve ahlaki olarak nötr bir şekilde normatifliği açıklamak istemektedir. Bu anlamda içerden bakış açısı, Hart için, Dennis Patterson'un ifadesiyle hukukun normatifliğini açıklamanın anahtarıdır.[3] Zira Hart, içerden bakış açısını sadece bir duruş olarak nitelendirerek, içerikten bağımsız olarak ele alır. Yani pozitivizmin ayırma tezine uygun bir tutum izler.

Katılanın perspektifi bakımından hukuk-etik ilişkisi üzerinde durulmasında bu nedenle Hart'ın görüşleri pek yardımcı değildir. Ancak Hart'ın içerden bakış açısıyla ilgili olarak getir-

(1) Stephen Perry, "Hart on Social Rules and the Foundations of Law: Liberating the Internal Point of View",Fordham Law Review, 2006, s.1171.

(2) Dennis Patterson, "Explicating the Internal Point of View", SMU Law Reviev, 1999, s.69.

(3) Patterson, s.69.

diği kuralı kabul etme ve uygun davranma (uygulama) tanımı bir hareket noktası sağlayabilir. Diğer bir ifadeyle bir kuralı kabul etme ve ona uygun davranmanın (uygulamanın) anlamından hareket edilerek, hukuk ve etik arasında katılanın perspektifi bakımından ilişki kurulabilir. Bunun yanında hukukun zorunlu olarak içerdikleri veya talep ettikleri veya hukuki boyutun özelliklerinden de hareket edilerek bu ilişki kurulabilir. Bu tür bir ilişki kurmada da Robert Alexy'nin görüşlerine başvurulabilir. Bu anlamda, katılanın perspektifi bakımından hukuk ve etik arasındaki ilişkinin nasıl kurulabileceğinin hukuk kavramından anlaşılan şeye bağlı olduğu ortaya konabilir.

KURALI KABUL ETME VE UYGULAMA

Bir kuralı kabul etmenin ve ona uygun davranmanın anlamı nedir? Özellikle sıradan vatandaşlar söz konusu olduğunda bir kural çeşitli nedenlerle kabul edilebilir. Kurallar çeşitli nedenlerden dolayı kabul ediliyorsa, bu durumda sırf kabul etmeden dolayı içerden bakış açısının zorunlu olarak ahlaki bakış açısı olduğu söylenemez.[4]

Ancak bir kuralı kabul etmek onun haklı gösterilmesi, meşruluğu ve eleştirileri konularıyla ilgilidir.[5] Örneğin kuralı kabul etmeme ve ona uygun davranmama söz konusu olduğunda, katılanın perspektifi bakımından kurala uymayanların eleştirilmesi söz konusudur. Burada kuralın neden veren yapısı ortaya çıkmaktadır. Kuralların neden vermeyle ilişkisinde de nedenler hakkındaki ayrımların farkında olunması gerekir. Bazı nedenler diğer nedenlere göre daha iyi nedenlerdir. Bunu belirtmek ise başka bir safhaya geçilme anlamına gelir: Burada artık sadece duruş değil, değerlendirme safhasına geçilmesi söz konusudur. Bununla birlikte de kuralın haklı gösterilmesi, meşruluğu veya haklı nedene dayandırılması ortaya çıkar. Bunlar da ahlakilik konularıdır. Dolayısıyla katılanın perspektifi bakımından kuralın kabul edilmesiyle ilgili hukuk ve etik arasındaki ilişki, kuralın meşruluğu, haklı gösterilmesi konularıyla ilgilidir.

Örneğin Joseph Raz hukukun meşru otoriteyi gerektirdiğini ve bunun da ahlaki bir talep olduğunu belirtmektedir. Zira insanların yaşamlarını ve birbirleriyle ilişkilerini etkileyen hak ve ödevlerle ilgilidir.[6] Ancak Raz'ın görüşünde zorunlu ahlaki doğruluk yer almaz. Raz'ın görüşü kavramsal olarak asgari ahlaki içerik gerektirmez.[7]

Diğer yandan Ronald Dworkin'in meşruluk anlayışı, ahlaki bir talep olup yeterli açıklamayı içermektedir. Dworkin'de hukukun normatifliği zor kullanma gücünün haklı gösterilmesiyle ilgilidir. Dworkin'in amacı, hukuk vasıtasıyla kullanılan siyasi zor kullanma gücünü haklı göstermektir.[8] Hukuktaki katılanın perspektifi hukuk sisteminin bütünlüğü vasıtasıyla zor kullanma gücünün meşruluğunu ortaya koyar. Bu anlamda Dworkin, Hart'tan farklı olarak

(4) Scott J. Shapiro, "What is the Internal Pont of View", Fordham Law Review, 2006, s.1157.

(5) Shapiro, 2006, P.1161.

(6) Joseph Raz, "The Argument from Justice, or How not to Reply to Legal Positivism", Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Oxford 2007, s.19.

(7) Neil MacCormick, "Why Law Makes No Claims", Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Oxford 2007, s.59.

(8) Neil MacCormick, "Why Law Makes No Claims", Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy, Ed. George Pavlakos, Hart Publishing, Oxford 2007, s.59.

(9) Avner Levin, "The Participant Perspective", Law and Philosophy, 2002, s.596.

katılanın perspektifinin içeriğiyle ilgilenir. Hukuku amaçlarından bağımsız olarak, sırf var olduğu için ele almak Dworkin için yeterli değildir.[9]

Kuralları kabul etmenin yanında, uygulayabilmek için özellikle hakimler bakımından, kuralların anlamını bilmek gerekir. Bu noktada hukukun normatifliği de, Patterson'un ifadesiyle, hukuki ifadelerin anlamlarının belirlenmesi sorununa dönüşür.[10] Kuralların türetildikleri ilkelerden bağımsız olduğunu belirten Hart'ın aksine, Dworkin kuralların anlamının onların temelini oluşturan ilkelere göre belirleneceğini savunur. Bu noktada hukuki önermelerin anlamının nasıl doğru olarak belirlenecekleri sorunu ortaya çıkar. Dworkin, bir hukuk önermesinin doğruluğunun onu en iyi haklı gösteren ahlaki yargının doğruluğuna bağlı olduğunu belirtir.[11]

Normatif ifadelerin doğruluğu hukukun temelleriyle ilgilidir. Hukukun temelleri önermelerin doğruluk şartlarıdır. Burada bir önerme sadece hukuk olduğu için değil, düzenlediği şey doğru olduğu için doğrudur[12]; yani hukukun temellerinin dayandığı ilkelere uygun olarak düzenlediği için doğrudur. Bu anlamda doğru cevabı bulmak için sadece olan hukukun bilgisi yeterli değildir. Bununla ilgili olarak ideal hukuk veya hukukun sosyal amacı gereklidir. Esasen hukuki akıl yürütme, soyut ahlakilik ilkelerini de kapsayan çok geniş haklı gösterme alanını önceden varsayar. Bununla ilgili olarak Dworkin'in Minerva örneği verilebilir. Bilindiği gibi Minerva, tek bir köprü yapmak için uzay ve zamandan başlayan bütün teorik eğitimi almıştır. Bu anlamda Minerva köprü yapımıyla ilgili her tek sorunun cevabını dayandığı bu teori perspektifinden verecek durumdadır.[13]

Dworkin'de de hukukun temelleri hukuk önermelerinin doğruluk şartlarıyla ilgilidir. Dworkin'de siyasi ahlakilik hukuk önermelerinin en iyi yorumlanmasını sağlamakta ve bir hukuk önermesi siyasi ahlakilik önermelerinden türetiliyorsa doğru olmaktadır.[14] Bu anlamda katılan hukuk önermelerini ahlaki olarak en iyi olacak şekilde yorumlaması gerekmektedir. Bu noktada da Dworkin'de katılanın perspektifinin ahlakiliği içerdiği belirtilebilir. Minerva örneğinden hareket edilirse, hakim, siyasi ahlakilikten hareket ederek önündeki kanun hükmünü olabilecek en iyi şekilde yorumlayacaktır. Dworkin'in savunduğu konstruktif (inşai) yorumlama bunun nasıl ortaya konacağını da içerir.

Konstruktivizm kısaca bir denge arayışıdır. Bu dengede ise mevcut olanın ilkeler ile buluşması söz konusudur. Bu buluşma sağlanıncaya kadar da mevcut olan ile ilkeler arasında adeta bir aşağı bir yukarı gidip gelinir. Konstruktif yorumlamada da kuralı kabul eden veya mevcut hukuk sisteminin içsel yapısını kabul eden katılanlar, mevcut kurallar ile bu kuralların türetildiği ilkeler asında gidip gelerek mevcut olanı olabilecek en iyi şekilde yorumlamaya çalışırlar. Bu

(9) Levin, s.600.

(10) Patterson, s.71.

(11) Hart, s.253.

(12) Stephen Perry, "Associative Obligations and the Obligation to Obey the Law", Exploring Law's Empire: The Jurisprudence of Ronald Dworkin, Ed.Scott Hershovitz, Oxford Univrsity Press, New York 2006, s.185.

(13) Ronald Dworkin, Justice in Robes, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge 2006, s.55-56.

(14) Dworkin,, s.14.

noktada olabilecek en iyi şekilde yorumlama adaletin gereklerine uygun yorumlama olarak anlaşılır. Bununla ilgili olarak Dworkin, hakimlerin yorumlamasının uygunluk ve haklı gösterme boyutlarına uygun olması gerektiğini belirtir. Uygunluk boyutu mevcut pratikle ilgilidir. Haklı gösterilme boyutunda ise ilkeler rol oynar. İlkeler adaletin gerekleri olarak da tanımlanınca, etik ve hukuk arasındaki ilişkinin katılanın perspektifi bakımından kurulmasının yolu açılır.[15] Bu çerçevede katılanın perspektifi, özellikle hakimlerle ilgili olarak, olabilecek en iyi şekilde kuralı uygulama olarak tanımlanabilir. Bu noktada katılanın perspektifinin varlığı yeterli olmayıp, içeriğe bağlı olarak tanımlanması, örneğin Dworkin bakımından zor kullanmayı haklı gösteren İlkelere veya değerlere göre belirlenmesi söz konusudur.

Bu noktayla bağlantılı olarak, Robert Alexy'nin, katılanın perspektifinin doğru cevabın bulunmasıyla ilgili olduğu belirtilebilir.[16] Katılanın perspektifinde içerikle ilgili olarak neden bir sınırlamanın veya etiğe başvurmanın gerekli olduğu sorusu ise bir anlamda hukukun doğasıyla ilgilidir. Alexy'e göre hukuk doğruluk talebinde bulunmaktadır. Bu çerçevede katılanın perspektifi doğru hukuki cevabı bulmakla ilgili tanımlanabilir.

Diğer yandan hukuktaki objektiflik talepleri de katılanın perspektifinin içeriğe bağlı olmasını gerektirmektedir. Bu anlamdaki katılanın perspektifi sadece hakimler bakımından değil, kanun koyucular bakımından da oldukça önemlidir. Bu önem hukuki realistlerden itibaren başlayan hukuki belirsizlik iddiası ve sınırsız takdir yetkisi eleştirileriyle ilgilidir. Bu anlamda doğru cevabı bulan bir perspektif, bu tür eleştirileri de karşılayacak niteliktedir. Yani hukuktaki objektiflik taleplerinin doğruluk talepleriyle ilgili olduğu belirtilip, katılanın perspektifi de doğruluğu içerecek şekilde serimlenebilir.

Dworkin'in "haklı cevap tezi" de aynı çerçevede ele alınabilir. Dworkin, yukarıda da belirtildiği gibi, hukukun kendi başına yeter bir kurum olmadığını, siyaset ve ahlak teorisinin bir parçası olduğunu ve ahlak teorisine başvurarak hukuki önermelerin doğruluğunun belirleneceğini ileri sürmektedir. Bu anlamda hukuki doğruluğu sağlayan da ahlaki doğruluktur. Dwokin'in haklı cevap tezi de her hukuki uyuşmazlığın haklı bir cevabı olduğunu içermektedir. Hakimin ödevi de bu haklı cevabı bulmaktan ibarettir.

Sonuç olarak katılanın perspektifi bakımından hukuk-etik ilişkisi teori perspektifini uygulama alanına yansıtarak, teori ve uygulama arasındaki boşluğu gidereceği gibi, katılanın hukukun amacını sürdürmesini ve ahlaki bakımdan ilkeleşmiş şekilde davranmasını sağlar. Bu tür bir perspektif, bir anlamda hukuktaki bütünlüğün, elbetteki adalete dayalı bütünlüğün sağlanması için gerekli bir şart gibi görünmektedir.

(15) Bu konuda ayrıntılı bilgi için Bkz. Gülriz Uygur, Hukuk, Etik ve İlkeler, Siyasal Kitabevi, Ankara 2006, s.148 vd.

(16) Robert Alexy, The Argument from Injustice, Trans. Bonnie Litschewski Paulson-Stanley L. Paulson, Clarendon Press, Oxford 2002, p.46.

Hukuksal Usavurmada Dedüksiyonun Yersizliği Üzerine

Ertuğrul UZUN*

1. GİRİŞ

Usavurma, *"us yetisinin etkinliği ile düşünce yürütmek"*, *"bir düşünceden başka düşüncelere, mantıksallık, ussallık çerçevesinde geçmek, birinden öbürünü çıkarmak"*tır.[1] 'Birinden öbürünü çıkarmak'la kastedilen, *"en az iki düşünce arasında, bu düşüncelerden birini öbürünün kanıtlayanı olarak ele alıp buradan bir sonuca ulaşmaktır"*[2]. Hukuksal usavurma da, belli bir durum ya da olayın, hukuk kuralları ve uygulaması açısından ifade ettiği anlamı bulma faaliyetidir. Pek çok yazara göre dedüksiyon, hukuksal usavurmanın modelidir[3].

Hukuksal usavurma konusunda fikir beyan eden pek çok yazar, hukuk ve mantık ilişkisine dair görüşleri farklılık gösterse bile, mahkeme kararlarını hukuksal usavurmanın belirlenebileceği yegâne malzeme olarak görür. Zira hükmün somutlaştığı metin öncesi dönem, ele gelmez, gözlemlenemez, karar vericinin[4] iç dünyasında gerçekleşen, psikolojik etkilenimlere açık bir evredir. Karar metninin yazımından önceki bu dönem, dolayısıyla, ya inceleme konusu yapılmamış ya da keşif, maharet, deneyim, bilgi birikimi gibi kavramlarla açıklanmaya çalışılmıştır. Bu durumda,

* *Yrd. Doç. Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi*

(1) Arda Denkel, Bilginin Temelleri (İstanbul: Metis Yayınları, 1998), s. 142.

(2) Doğan Özlem, Mantık (İstanbul: İnkılâp Kitabevi, 1999), s. 30.

(3) Türkçe literatürde örn. bkz. Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1985), s. 180 ("hukukî sonuç çıkarmanın temel formu, bilinen tasım'ın (tasım – syllogisme, mantıkî kıyas) bir uygulaması olarak karşımıza çıkar."); Yaşar Karayalçın, Hukukta Öğretim-Kaynaklar-Metod (Ankara: Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 1986), s. 70 ("Hukuk kuralının uygulanması en basit şekli ile bir tümdengelim ve tasım işlemidir."); Adnan Güriz, Hukuk Başlangıcı (Ankara: Siyasal Kitabevi, 1997), s. 77 ("Hukuki usavurmanın (muhakemenin) temeli tasımdır."); Aydın Aybay ve Rona Aybay, Hukuka Giriş (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2003), s. 299-300 ("hukukun uygulanması denilince, soyut hukuk kuralı ile somut olay arasındaki ilişkinin saptanması ve buna göre somut olayın, soyut kuralda öngörülen hukuksal sonuca bağlanması anlaşılır. Burada sözü edilen "saptama" işe bir mantık işlemi olan "tasım"a (kıyas=syllogism) dayanır... Hukukun her dalında söz konusu olan "uygulama" yada "hukukun uygulanması" denilince, temelinde bu zihinsel işleminin (tasım'ın) yer aldığı bir süreç anlatılmış olur."); Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, Hukuk Metodolojisi (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003), s. 234 ("...bir normun [uygulanması] ancak tümdengelim yoluyla mümkün[dür].); Ali Nazın Sözer, Hukukta Yöntembilim (İzmir: Beta Basım Yayım Dağıtım, 2008), s. 30-31.

(4) Hukuksal usavurma çalışmaları, bu tebliğde de olduğu gibi, karar verici olarak yargıç figürünü ele alır. Bir hukuk sisteminden yargı yerleri ve yargılama olmaksızın bahsetmenin mümkün olmadığı ve hukuk sisteminin en önemli ürününün yargı kararları olduğu göz önüne alındığında, bu kabul, çok da yanlış değildir. Ancak hukuksal usavurma faaliyeti kesinlikle sadece yargıca ait bir faaliyet değildir. Zira yargılama sürecine ilişkin fikir beyan etme durumunda olan herhangi biri de, yargıcınkine benzer bir usavurma faaliyeti gerçekleştirecektir. Bununla birlikte, bazı yazarların, hukuk bilimindeki tartışmalarda, avukatların müvekkilleriyle yaptıkları görüşmelerde, yargılama sırasında ve yargıcın kararında yaptığı usavurma, kanıtlama faaliyetlerini birbirinden ayırdığını da belirtmek gerekiyor.

hukuksal usavurmanın iki olası anlamı ortaya çıkmaktadır: Bunlardan birisi, tartışma konusu bir olayın hukuksal anlamını belirlemek üzere yapılan gerçek bir usavurma sürecidir. Yargıcın çözmek üzere ele aldığı bir olaya ilişkin ilk izleniminden ve ilk bilgileri edinmesinden başlar ve zihninde kararını vermesine kadar devam eder. İkincisi ise, karar metninin oluşturulmasıdır ki, burada karara nasıl ulaşıldığı dile getirilirken, asıl olarak, bir kanıtlama (argümantasyon) yapılmaktadır. Yargıç karara ulaşırken yaşadığı gerçek süreci anlatmak yerine, kararını neden bu şekilde verdiğine ilişkin nedenler ileri sürmektedir. Böylece karar metni, hukuksal usavurmanın değil, hukuksal uslamlamanın (kanıtlama, argümantasyon) bir örneği olarak ortaya çıkar.

Aşağıda, öncelikle, bu iki aşamayı birbirinden ayırarak, hukuksal usavurma ifadesini karar vericinin zihninde karar vermeye ulaşırken yaptığı işlemlerin karşılığı olarak kullanacak ve dedüksiyonun bu süreç içerisindeki yerini tartışacağız. Arkasından, hukuksal kanıtlamanın sahip olması gereken asli unsurların neler olduğunu kısaca ele alarak, dedüksiyonun bu kanıtlama faaliyeti içerisindeki önemine ilişkin ileri sürülen iki itirazı, Toulmin ve Perelman'ın hukuksal kanıtlama modellerini sunacağız.

2. SÜREÇ OLARAK HUKUKSAL USAVURMA

Hukuksal usavurma, gerçeklik dünyasına ait olduğu düşünülen bir olayın hukuksal açıdan ifade ettiği anlamın bulunması ve bu anlam çerçevesinde hukukun gerektirdiği sonucun belirlenmesidir. Dolayısıyla her hukuksal usavurma, gerçeklik dün-yasında meydana gelmiş ya da gelebilecek bir olayın düşünülmesiyle başlamak durumundadır. Gerçek bir yargılama süreci açısından düşünecek olursak, medeni yargılamada bir yurttaş, ceza yargılamasında ise savcı, yargıcı böyle bir olaydan haberdar eder, yargıca bir öykü anlatırlar. Yargıç, iddiacıların ve delillerin anlattığı öyküyü yeniden ve bu sefer hukuk diliyle yazmak durumundadır. Öykünün yeniden yazımı sırasında ve sonrasında, uygulanacak hukuk kuralı aranır. Kural bulunduktan sonra da, olaya uygulanarak hükme ulaşılır. Bu süreci şemalaştıracak olursak:



Hukuksal usavurma olarak adlandırdığımız bu süreç, tekrarlayacak olursak, yargıcın zihninde gerçekleşmektedir. Yargıç bir hükme ulaşmış, ancak bunu, bir karar metni içerisinde, nedenlerini, argümanlarını sunarak açığa vurmamıştır.

2.1. Hukuksal Usavurmada Dedüksiyon

Hukuksal usavurma süreci böyle belirlendikten sonra, dedüksiyonun bu süreci açıklamada başarılı olup olamayacağına bakalım. Ancak bundan önce, dedüksiyonla neyin kastedildiğini ve hukuk literatüründe dedüksiyonun hukuksal usavurmanın modeli olarak hangi uygulamalarla sunulduğunu hatırlayalım.

Klasik mantık, üç temel usavurma biçimini kabul eder: 1. Dedüksiyon, 2. Endüksiyon ve 3. Analoji. Dedüksiyon, usavurma biçimleri içerisinde kesin sonuçlar çıkarma kapasitesine sahip yegâne araçtır. Dedüksiyonda iki öncül bulunur ve bu öncüller dedüksiyonun belirlediği koşullara uyduğu takdirde, kesin, güvenilir, zorunlu sonuçlar üretirler. Dedüksiyonun çeşitli biçimleri vardır; ancak bunlardan en çok bilineni kategorik tasımdır. Hukuksal usavurmanın temel biçimi olarak dedüksiyon zikredilmekle birlikte, asıl kategorik tasım örnekleri verilmektedir. Kategorik tasım, birincisi genel bir önerme, ikincisi ise bu genel önermenin kapsamına giren özel bir önerme olan iki öncülün zorunlu kesin ve zorunlu sonuç ürettiği bir usavurma biçimidir. Örneklersek:[5]

Bütün insanlar ölümlüdür.

Sokrates insandır.

[O zaman] Sokrates ölümlüdür.

Hukuksal usavurmada ise kabul edilen görüş, birinci önermenin bir hukuk normunu, ikinci önermenin hukuksal niteliği soruşturulan olayı/-durumu oluşturduğu, bu ikisinin ilişkisinden de hukuksal sonucun ortaya çıktığıdır. Örneklersek :

Hırsızlık yapanlar (hırsızlık yapan herkes/bütün hırsızlar) cezalandırılmalıdır.

Sanık hırsızlık yapmıştır.

Sanık cezalandırılmalıdır.

Dedüksiyonu ve dedüksiyonun hukuksal usavurmanın modeli olarak sunulmasını bu şekilde gördükten sonra, gerçekten böyle bir modellemenin uygun olup olmadığı sorusuna geçebiliriz.

İlk itiraz, dedüksiyonun, sonuca ulaşma aşamalarının zamansal olarak hukuksal karar verme süreci ile olan uyumsuzluğudur. Zira dedüksiyon hukuksal usavurmaya model olarak gösterilirken, birinci önerme hukuk kuralı ikinci önerme ise dava konusu olay olmaktadır. Halbuki, gördüğümüz üzere ve doğallıkla, yargıcın hukuksal bir sonuca ulaşırken ilk olarak elde ettiği bir hukuk normu değil, bir olaydır. Karara ulaşmada asıl olan ise, zaten, uygulanacak hukuk kuralının tespitidir. Dedüksiyonun hukuksal usavurmadaki yeri, eğer bir yeri var ise, ancak uygulanacak hukuk kuralının tespit edilmesinden, hangi hukuk kuralının uygulanacağına karar verilmesinden sonra gelir. Bu faaliyet ise hukuksal usavurmaya zihinsel faaliyet açısından özniteliğini vermez. Bu durumda dedüksiyon hukuksal usavurmanın bir modeli olarak kabul edilemez.

İkinci itiraz ise, dedüksiyonun sonuca ulaştırma özelliği konusunda ortaya çıkar. Bilindiği üzere dedüksiyon yeni bir şey ortaya çıkarmaz. Belki yaptığı, bilineni açık seçik ortaya koymadır. Ancak hukuksal karar verme sürecinde yargıç 'yeni', 'bilinmeyen' bir gerçekliği ortaya koymakla görevlidir. Dedüksiyonla ilgili örneğimizi tekrarlayalım:

Bütün insanlar ölümlüdür.

Sokrates insandır.

[O zaman] Sokrates ölümlüdür.

(5) Burada örnek olması açısından sadece kategorik tasıma yer veriyorum. Ancak hukuksal usavurmada dedüksiyona hipotetik (koşullu) tasım şeklinde de yer verilmektedir: A hırsızlık yapmış ise cezalandırılmalıdır. A hırsızlık yapmıştır. A cezalandırılmalıdır.

Bu çıkarımdaki sonuç, bilinmeyen bir olgu değildir. Eğer insanların ölümlü olduğu biliniyorsa, Sokrates'in ölümlü olduğu da bilinmek durumundadır; çünkü onun insan olduğu da bilinmektedir. Oysa hukuksal karar verme sürecinde sonuç, önceden bilinen bir önerme olamaz[6].

2.2. Hukuksal Usavurmayı Açıklama Denemesi: Analoji

Peki, hukuksal usavurmayı başkaca bir mantıksal faaliyetle açıklayamayacak mıyız? Bu faaliyet, şaşırtıcı bir şekilde Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde yapılan hukuksal usavurma araştırmalarında ihmal edilen analoji, yani örnekseme ile gerçekleştirilir. Kısaca analojinin nasıl kullanıldığını göreceğiz, ancak şimdiden, esasında analojinin de bir başka akıl yürütme biçimine dayandığını göstereceğimizi söylememiz gerekiyor.

Analoji ya da örnekseme, bilindiği gibi, *"A ve B'nin X gibi bir ortak özellikleri, ayrıca A'nın Y gibi bir başka özelliği olduğunda, B'nin de Y gibi bir özelliği olacağına varmaktır."*[7] Analojide akıl yürütme işlemi şu şekilde gerçekleşir[8]:

İngilizler ve İskandinavlar kuzey Avrupalıdır.

İngilizler soğukkanlıdır.

O halde, İskandinavlar da soğukkanlı olmalılar.

Bu örneği daha ayrıntılı bir şekilde yazacak olursak:

İngilizler kuzey Avrupalıdır.

İskandinavlar da kuzey Avrupalıdır.

İngilizler aynı zamanda soğukkanlıdır.

O halde, İskandinavlar da soğukkanlı olmalıdır.

Hukukta analojinin kullanımı biraz daha karmaşıktır. Hırsız Ahmet'le ilgili örneğimizle devam edelim: 'Hırsızlar cezalandırılmalıdır' şeklindeki önermemiz, bir veya birkaç hukuk kuralının anlamını yansıtmaktaydı. TCK'yı (md 141) temel alacak olursak, bu anlamı doğuran kuralın aslı şu şekildedir: "Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir."

Şimdi yargıcın yapması gereken, olayı anlatan bir tümce yazmaktır. Yargıcın tümcesinin şöyle kurulduğunu düşünelim: "Sanık Ahmet, Mehmet'e ait olan taşınmaz malı, satarak maddi kazanç sağlamak maksadıyla Ahmet'in çantasından almıştır." Bu durumda, analojik akıl yürütme örneğindeki gibi elimizdeki tümceleri yazarsak:

Zilyedinin rızası olmadan başkasına ait taşınır bir malı, kendisine veya başkasına bir yarar sağlamak maksadıyla bulunduğu yerden alan kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilmelidir[9].

(6) Kararın önceden bilinmezliğinin ve yargıcın hukuksal karar verme sürecindeki belirleyiciliğinin salt mantıksal açıdan açıklanamayacağı da unutulmamalıdır. Zira mahkeme kararları bazen yanlış ya da hatalı olarak nitelendirilse de, karar olarak geçerliliklerini korurlar. Bu, mantık, dil vs sorunlarının dışında, bu konuda otorite olmakla ilgilidir. Ancak söz konusu durumun dedüksiyonla ilgili yaptığımız açıklamaya herhangi bir etkisi yoktur.

(7) Özlem, Mantık, s. 44.

(8) Örnek, ibid., s. 44'ten alınmıştır.

(9) Yasa metninde haber kipiyle, yani 'verilir' şeklinde ifade edilen düşünce, esasında yargıca yönelmiş bir emir tümcesidir ve 'verilmelidir' anlamı taşır.

Sanık Ahmet, Mehmet'e ait olan taşınmaz malı, satarak maddi kazanç sağlamak maksadıyla Ahmet'in çantasından almıştır.

Öyleyse Ahme'e bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilmelidir.

Analojiyi başka bir şekilde ifade edecek olursak:

X, Y ve Z özelliklerini taşıyan (varsayımsal) F, C özelliğine de sahiptir.

(A), X, Y ve Z özelliklerini taşımaktadır.

O zaman C özelliğine de sahip olmalıdır.

Burada yapılan, tekil bir olayın, genel bir tanıma uyup uymadığının belirlenmesidir. Bunu da analojik akıl yürütmeyle yaparız. Hırsızlık, birinci tümcede tanımı yapılan bir kavram olmakla birlikte, yine birinci tümcedeki kişinin bir özelliğidir. Kişinin diğer özelliklerinin (taşınır bir malın alınması, malın zilyedin rızası olmadan alınması, kendisine veya bir başkasına yarar sağlamak maksadıyla alınması) Ahmet'te bulunması, onun hırsız ya da eyleminin hırsızlık olduğu sonucuna ulaştırmaktadır. Bu işlemin basit bir tanımsal uygunluk testi değil de analoji olmasının nedeni, esasında Ahmet'e ilişkin daha pek çok özelliğin dava dosyasında bulunmasına rağmen (Ahmet aynı zamanda siyah gözlü, kumral, berberlik yapan, cana yakın bir kişidir), 141. maddede sayılan özellikleri de taşıdığının tespit edilmesinin gerekmesidir.

Böylece, her hukuk kuralının, dış dünyada gerçekleşme olasılığı bulanan bir 'olay'ı tasvir ettiğini, yargıcın karar verirken yaptığı işlemin ise, önüne getirilen olayı kendince tasviri ile hukukun tasvir ettiği olay arasında benzerlik kurmak olduğunu söyleyebiliriz.

2.3. Usavurmayı açıklama denemesi: Abdüksiyon[10]

Sonucu belirleyen uygulanacak hukuk kuralı ile somut olay ilişkisinin esasında analojiyle belirlendiğini göstermiş bulunuyoruz. Ancak analoji, klasik mantık açısından yapılan bir isimlendirmedir ve bizim asıl sorumuzun yanıtını vermez. Zira asıl ortaya çıkarılması gereken, bu ikisi arasındaki ilişkinin nasıl kurulduğundan çok, birinci önermenin, yani hukuk kuralının, bir başka deyişle uygulanacak hukuk kuralının nasıl bulunup bu analoji işleminin başlatıldığıdır. Örneğimiz açısından daha da açıklayıcı olacak olursak, araştırdığımız şey, yargıcın Ahmet'in eylemini değerlendirirken TCK md. 141'i nasıl bulup çıkardığı, aynı kanunun bir başka maddesini ya da başka bir kanunun başka bir maddesini değil de, bu maddeyi analojide kullandığıdır.

Uygulanacak hukuk kuralının bulunması süreci, karanlık, aydınlatılmamış bir süreçtir. Kimi hukukçu, yargıcın ya da hukukçunun maharetinden, deneyiminden bahsederken, kimi hukukçu bir keşiften ya da sezgilerden bahsetmekte, hatta bu aşama bir sanat olarak görülmektedir. Ancak Amerikalı filozof, pragmatizmin kurucusu Ch. Sanders Peirce, bütün usavurmanın temeli olarak bir başka usavurma biçimi var olduğunu iddia etmiştir. Peirce'ün abdüksiyon ismini verdiği bu usavurma biçimi, usavurmaya nasıl başladığımızı aydınlatmak üzere tasarlanmıştı. Peirce'ün amacı, *logica docens* dediği mantıkçıların mantığının da temelinde yatan *logica utens*'in ilkelerini bulmaktı. *Logica*

(10) Bu kısım, Ertuğrul Uzun, Hukuk Göstergebilimi (İstanbul: Legal Yayıncılık), s. 149-156'ya dayanmaktadır.

docens, usavurmanın güvenilir ve zorunlu biçimlerini anlatıyor ancak bu noktaya kadar yapılan akıl yürütme biçimlerini ya güveniliyor bulmuyor ya da konusunun dışında bırakıyordu. Oysa logica utens, yani sistemleştirilmemiş mantık ilkeleri de aydınlatılmaya muhtaçtı. Logica utens'in temel usavurma biçimi olarak abdüksiyon, dedüksiyonda kullandığımız öncülleri nasıl oluşturduğumuzu açıklamaya çalışır; zira, hukukta da olduğu gibi, usavurma hiçbir zaman hazır öncüllerle yapılmaz.

Peirce'ün abdüksiyonu nasıl kullandığını görmek için verdiği bir örneği biraz açalım. Aşağıdaki çıkarım, bir dedüksiyon örneğidir:

Çantadaki tüm fasulyeler beyazdır.

Bu fasulye çantadandır.

O halde, bu fasulye beyazdır.

Şu ise, bir endüksiyon örneğidir:

Bu fasulyeler çantadandır.

Bu fasulyeler beyazdır.

O halde, bu çantadaki tüm fasulyeler beyazdır.

Endüktif akıl yürütme, gözlemlere ve deneylere dayanır ve sınıflandırıcı bir özelliğe sahiptir. Genel kabule göre, bilimsel araştırmalarda, önce endüksiyonla, gözlemlerden bir kurala ulaşılır, daha sonra dedüksiyonla bu kuralın geçerliliği sınanır. Dedüksiyon şeması içerisinde, ikinci öncüle deney yazıldığında, mantıksal olarak çıkması gereken sonuçla veri uyuşmuyorsa, kuraldan vazgeçilir ya da bu kural değiştirilir. Peirce'ün araştırdığı, bir araştırmada verilerin toplanması için araştırmacıyı harekete geçiren mantıksal süreçtir. Peirce'e göre abdüksiyon, bu aşamada, daha doğrusu ilk aşamada ortaya çıkar; hipotezler abdüksiyonla türetilir ve seçilir, dedüksiyon bu seçilmiş hipotezlerin zorunlu sonuçlarını ortaya koyar, endüksiyon ise bu sonuçların, dolayısıyla hipotezlerin sınanmasında kullanılır.[11]

Peirce, bir odaya girdiğinizi, bir masanın üzerinde bir avuç beyaz fasulye gördüğünüzü düşünün diyor. Kısa bir araştırmadan sonra, odada bir de, içindeki fasulyelerin tümü beyaz olan bir çanta bulmuş olun. Bu durumda şöyle bir çıkarım yaparsınız[12]:

Bu çantadaki tüm fasulyeler beyazdır.

Bu fasulyeler beyazdır.

O halde, bu fasulyeler bu çantadandır.

İlk bakışta bir dedüksiyon gibi görünen bu çıkarım, birinci öncülle büyük önerme arasında herhangi bir ortak terime sahip olmadığı için, dedüksiyon değildir. Mantık açısından geçerli bir çıkarım olmamakla birlikte, bu şekilde, sınanabilecek, araştırılabilecek, yeni eylemler ve çıkarımlar için doğruluk olasılığına sahip bir önerme yaratılmış olur. Üstelik abdüksiyon, *"tümevarımsal [endüktif] sonuçtan daha güvenli bir statüye sahiptir. Tümevarımsal çıkarımlar benzer durumlar arasında hareket eder. Oysa hipotezler veya çıkarımlar [abdüksiyonlar] gözlemlenenlerden yola çıkarlar ve gözlemlenenlerin oluşmasına dair açıklamalarda bulunurlar"*.[13] Bu şekilde, bilinen olguları, mevcut hipotezlerden daha iyi açıklayan yeni bir hipotez seçebilir ve formüle edebiliriz.[14]

> Açıklayıcı bir hipotezi kabul etme işlemi –ki abdüksiyodan ibarettir- belli koşullara tabidir. Yani, bir hipotez, olayları ya da olayların bir kısmını açıklayacağı varsayılmıyorsa, hipotez olarak bile kabul edilmez. Bu durumda çıkarsama biçimi şu şekildedir: Şaşırtıcı bir olay, C, gözlenmiştir. Eğer A doğru ise, C olağan olur. O zaman, A'nın doğru olduğunu düşünmek için bir neden söz konusudur.[15]

Böylece abdüksiyonla sürekli bir deneme yanılma, bir sınama sürecine girilmiş olur. Mevcut olayın özellikleri, hukuk eğitimi ve yargıçlık deneyimiyle desteklenen bir düşünce evreninde olası büyük önermelerin aranması, uygun olmayanların ayıklanması, nihayetinde en uygun önermenin, yani uygulanacak hukuk kuralının bulunması sonuçlanır.

Hırsız Ahmet örneğimizde, "Hırsızlar cezalandırılmalıdır. /Ahmet hırsızdır./ Öyleyse Ahmet cezalandırılmalıdır." çıkarımının ikinci öncülü için, bir analoji kullanmıştık. Bu analojiyi kurarken, birinci öncülü hukuksal usavurma konusundaki literatüre uygun olarak verili kabul etmiştik. Oysa yargıç böyle bir öncüle sahip değildir. İşin doğrusu, bırakalım büyük önermeleri, hiçbir çıkarım kendi başına, durup dururken ortaya çıkmaz. Kavramı anmamakla birlikte abdüksiyonun gündeme getirdiği hususları aktaran Ural'a göre, dedüksiyondan önce daima bir soru ya da sorun vardır. *"Eğer"*, diyor Ural, *"yeşil kalemimi arıyorsam ve bir anda tüm kalemlerimin okulda olduğunu hatırlarsam, "bütün kalemlerim okuldadır", "yeşil kalemim de bu kalemlerin arasındadır" şeklinde ifade edilebilecek öncüllerin bir araya getirilmesi ve o halde "yeşil kalemim okuldadır" gibi bir çıkarımın yapılması söz konusu olabilir. Fakat yeşil kalemimi aramıyorsam, söz konusu öncüllerin bir araya getirilmesi için de bir sebep yoktur. Yani kısaca, öncüller.. bir amaç için (yani sonuç önermesi dolayısıyla) bir araya getirilmiş olmaktadır"*.[16] Yine Ural'la devam edelim: *"Verilen bir önermeye dedüktif çıkarım kuralları çerçevesinde öncül arama ihtiyacı, bu önermeyle ilgili olarak soracağımız "niçin" sorusuna bağlanabilir. Mesela "kar beyazdır" önermesi "kar" terimiyle işaret edilen nesnenin beyaz olmasından dolayı, kısaca, kar beyaz olduğu için doğrudur. Fakat "niçin kar beyazdır?" sorusu karşısında, karın kimyasal özellikleriyle, kırılma kanunlarıyla, fizyolojik özelliklerimizle ilgili bilgi veren önermelere dedüktif bir çıkarımın öncülleri olarak ihtiyaç duyulur."*[17]

Dolayısıyla dedüksiyon veya analoji öncesi daima bir soru yahut sorun

(11) Stephen M. McJohn, "On Uberty: Legal Reasoning by Analogy and Peirce's Theory of Abduction", Willamatte Law Review, C. 29, 1993, s. 200.

(12) Peirce'ten aktaran: Makoto Kikuchi ve Ichiro Nagasaka, "On the Forms of Non-Deductive Inferences: Induction, Abduction and Design", Proceedings of the 21st IASTED International Conference on Applied Informatics, 2003, s. 357-362. İnternet erişimi: <http://kurt.scitec.kobe-u.ac.jp/~kikuchi/papers/aia03iad.pdf> (03.02.2005).

(13) Celal Türer, Charles S. Peirce'ün Pragmatik Felsefesi (İstanbul: Üniversite Kitapevi Yay., 2003), s. 92.

(14) McJohn, s. 197.

(15) Peirce'ten aktaran: Catharine Wells Hantzis, "Legal Innovation within the Wider Intellectual Tradition: The Pragmatism of Oliver Wendell Holmes, Jr.", Northwestern University Law Review, C. 82, S. 3, s. 567.

(16) Şafak Ural, "Dedüksiyonda Öncüller mi Yoksa Sonuç mu Önce Gelir?", Cumhuriyet Döneminde Türkiye'de Öğretim ve Araştırma Alanı Olarak Felsefe (Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu, 2001), s. 523.

(17) Aynı eser, s. 524.

vardır. Ural'ın 'niçin' sorusunu, 'neden' sorusuna çevirerek, hukuksal usavurmada da yapılanın, yargıcın önüne gelen dava ve davaya ilişkin iddia çerçevesinde neden sorusunu sorarak, uygun öncüller araması olduğu söylenebilir. İddia, "Ahmet'in cezalandırılması gerektiği"dir. Ahmet'in neden cezalandırılması gerektiğini ya da gerekmediğini söyleyecek olan yargıç, buna uygun öncüller bulmak durumundadır. Bu öncüller, görünürde bir analojiyle, ancak özünde olası öncülleri sınamayla bulunacaktır. Tüm bu süreç içerisinde dedüksiyon daima kendine yer bulmakla birlikte, hiçbir şekilde sürecin açıklayıcısı yahut modeli olamaz.

3. HUKUK METNİNDEKİ USAVURMA: HUKUKSAL KANITLAMA

Hukuksal usavurma konusunda fikir beyan eden yazarların büyük bir kısmının, karar metninin yazımından önceki sürecin belirsizliklerinden dolayı bu süreci inceleme konusu yapmaktan kaçınıp, hukuksal usavurmayı yargı kararlarının somutlaşmış hali olan karar metinlerinde aradığını belirtmiştik. Dikkat edilmesi gereken önemli bir nokta, dedüksiyon ve karar ilişkisi üzerinde duran –özellikle- çağdaş yazarların dedüksiyonu, kararın ussallığının ölçütü olarak ele almalarıdır. Dolayısıyla, hukuksal usavurmanın (daha doğru bir şekilde kanıtlamanın/argümantasyonun) dedüktif karakterli olduğunu veya olması gerektiğini söyleyen yazarlar, esasında, dedüktif yapılanmanın yahut yapılandırılabilirliğin, kararın ussallığı-nın ölçütü olduğunu söylerler[18].

Yukarıda da verdiğimiz hukuksal usavurmayı temsil ettiği iddia edilen örneği tekrar ele alalım:

Hırsızlık yapanlar cezalandırılmalıdır.

Sanık hırsızlık yapmıştır.

Sanık cezalandırılmalıdır.

Bu kısımdaki konumuzun artık fiili hukuksal usavurma (hukuki karara ulaşma) süreci olmadığını, somut kararları ele aldığımızı hatırlayarak, bir kararın yukarıdaki gibi dedüktif bir çıkarımı içermesinin ne anlama gelebileceğini değerlendirmeye geçebiliriz. Yargı kararları, bu örnekteki dedüktif çıkarımı gerçekten içerebilir yahut bu yapıya dönüştürülebilir. Yani, "Sanığın, mağdura ait ve mağdurun bir süreliğine masa üzerinde bıraktığı cep telefonunu bulunduğu yerden bir başkasına satmak amacıyla alma şeklindeki eylemi nedeniyle yasada belirtilen (...) cezasıyla cezalandırılmasına hükmolunmuştur' gibi bir ifade, verdiğimiz dedüktif çıkarım yapısında yeniden ifade edilebilir. Eğer, yargı kararının ussallığını bu örnekte olduğu gibi dedüktif ifade edilebilirlikte ararsak, yukarıdaki karar da ussal olarak nitelenecektir. Ancak ussallık için bunun yeterli olamayacağını düşünmemizi haklı çıkaracak gerekçelerimiz bulunduğunu düşünüyorum.

İlk olarak ifade edilmesi gereken, pek çok davanın, yukarıdaki kadar 'basit' olmadığıdır. Hukuk literatüründe 'basit davalar' ile 'çetin davalar[19]' arasında yapılan ayırımı ele alalım. Bu ayırımda, basit davalar, dava konusu olguların uygulanacak hukuk kuralı altında sınıflandırılmasının herhangi bir tartışmayı içermediği ve bu hukuk kuralının dilsel ifadesinin tartışmalı olmadığı durumlara karşılık gelir. Çetin davalarda ise, bunun aksine, olguların hukuk kuralının altında sınıflandırılması konusunda tereddüt vardır. Olgular, hukuk kuralında yer alan maddi koşullara 'açıkça' uymayabilir; alışılmış olağan uygulamanın dışındaki olgularla karşılaşılmıştır. Bu tip bir olgu sorununa, eski Türk Ceza Kanununun yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkan, elektriğin hırsızlıkla ilgili hükümler çerçevesinde taşınır mal olarak kabul edilip edilmeyeceğini örnek gösterebiliriz. Çetin davalar, bunun yanında, hukuk kuralının dilsel ifadesinin (lafzının) muğlak, müphem, belirsiz olması durumlarında da ortaya çıkar. Böyle bir durumda, hukuk kuralının 'neyi' ifade ettiği, nasıl 'anlamlandırılacağı' bulunmalıdır. Çetin davaların içerdiği bu iki sorundan ilkini nitelendirme, ikincisini ise yorum sorunu olarak adlandırabiliriz. Bununla birlikte, her iki sorunun da literatürde 'yorum' başlığı altında ele alındığını, bazen de bu sorunların iç içe geçtiğini belirtmeliyim.

Çetin davaların gerekçelendirme açısından ortaya çıkardığı sorun şudur: Basit davalarda hükmün gerekçesi, kolayca ve basitçe bir hukuk kuralının varlığıdır. Genel bir norm olan bu hukuk kuralı, dedüktif çıkarımın ilk öncülü olarak kullanılabilir ve sonuca, tasım vasıtasıyla ulaşmak mümkün görünür. Bu görünüm de, tasımın ussallık ölçütü olarak kabul edilebileceği düşüncesini yaratır veya bu düşünceye gerekçe oluşturur. Ancak çetin davalarda, sunulması gereken başka nedenler, gerekçeler vardır. Yargıç, somut davada niçin belli bir hukuk kuralının uygulanması gerektiğini, dava konusu olguların niçin hukuk kuralında belirtilen koşulları karşıladığını, muğlak veya müphem ifadeye sahip bir hukuk kuralının varlığında niçin belli bir yorumun kabul edilmesi gerektiğini göstermek zorundadır. Ne var ki, burada gösterilen nedenler, her ne kadar keyfi değilseler de, hukuk kurallarında olduğu gibi teşhis edilebilir, üzerinde anlaşmaya varılmış, genel olarak kabul edilmiş nedenler, kurallar, ilkeler değildirler. Yargıç, çoğunca, bir tercihte bulunur; tercih ise belli değer yargılarına dayanır. Genel olarak kabul edilmiş kural ve ilkelerin yokluğunda, yargıç yaptığı tercihle yeni bir iddiada bulunmuş olur. Yargıçtan beklenen, bu iddiasını gerekçelendirmesidir. Bu gerekçelendirmede ise, genel olarak kabul edilmiş kurallar bulunmadığı için, tasımı ussallık ölçütü olarak kabul etmek mümkün değildir. Bu durumda ya ussallık kavramının bizzat kendisinden vazgeçilecektir yahut da ussallığın 'biçimsel olmayan' ölçütlerine başvurulacaktır. Bu noktayı, biraz daha açmamız gerekiyor.

Mahkemenin karara bağlaması gereken bir davada, sanığın hırsızlıkla suçlandığını düşünelim. Sanığın, başkasına ait taşınır bir malı yararlanmak kastıyla aldığı sabit olmuş olsun. Ancak, hırsızlıkla ilgili düzenlemede, 'bina içerisine girmek suretiyle' yapılan hırsızlığın daha ağır bir cezayı gerektirdiğini ve sanığın da bir çadıra girmek suretiyle hırsızlık yaptığını düşünelim. Mahkemenin, davanın olgularının, hırsızlığın ağırlaştırıcı haliyle ilgili düzenlemede yer alan koşulu karşılayıp karşılamadığına karar vermesi gerekmektedir. Böyle bir karar için, 'çadır bir binadır' veya 'çadır bir bina değildir' önermeleri kurulmadır. Bu önermelerden birisinin kararda açıkça ve zımnen zikredilmesi yeterli olmaz, yargıç, karara temel aldığı önermeyi gerekçelendirmelidir. Tasımı kararların ussallığının zorunlu koşulu olarak kabul eden

(18) Eveline F. Feteris, Fundamentals of Legal Argumentation (Dordrecht: Kluwer Academic Publishers, 1999), s. 26.

(19) Özellikle İngilizce literatürde ortaya çıkan bu ayırımdaki orijinal ifade, 'soft cases' ve 'hard cases' şeklinde. İkincisini 'zor davalar' olarak çevirmek mümkünse de (ki pek Türkçe literatürde pek çok yazar bu şekilde kullanıyor), hocam A. Halûk Atalay'ın önerdiği şekliyle 'çetin davalar' ifadesinin, daha 'şık' olduğunu düşünüyorum.

yaklaşım, sorunu iki şekilde çözer. Ya buradaki sorunun mantığın sorunu olmadığını, mantığın doğru karara ulaşmanın aracı olmadığını, mantığın sadece biçimsel geçerlilikle ilgili olduğunu, kullanılan önermenin genel bir ifade şeklinde formüle edilmesinden sonra, buna uygun bir çıkarımın yapılmasının ussallık açısından yeterli olduğunu söyleyerek sorunun bu kısmını salt hukuki (maddi hukuk sorunu) gördüğünü söyleyecek; yahut da, hukuk sistemi içerisinde belli, açık yorum kurallarının bulunması gerektiğini söyleyecektir[20]. Ancak ilk iddia, ussallığı salt biçimselliğe indergemekle malüldür, ki bu, hukuk açısından, basit davalardaki ussallık tespitiyle çetin davalardaki ussallık tespiti arasında esaslı bir farklılık yaratır; ikinci iddia ise, yine değer yargılarına açık kuralların ihdasını önermiş olur.

Kanıtlamada tasımı (dedüktif geçerliliği) ussallık ölçütü olarak sunmak tatmin edici değilse, nereye bakmak gerekli? Bunun yanıtını verebilmek için, öncelikle, kanıtlama faaliyeti üzerinde durmamız gerekiyor.

Benim kanıtlama sözcüğüyle karşılamayı tercih ettiğim argümantasyon, deliller, kanıtlar (argümanlar) getirmek suretiyle çıkarımda bulunmaktır. Sözcüğün batı dillerindeki anlamından yola çıkarak, bu anlamdaki kanıtlama faaliyetinin, ne bir ispat (proof) ne de bir tanıtlama (demonstration) olduğunu söylememiz gerekiyor. İspat anlamında biçimsel mantıksal geçerliliğe dayanan kanıtlar da, pek tabii ki, kanıtlama faaliyeti sırasında kullanılabilir. Özellikle hukuk söz konusu olduğunda, ispat hukukunun kapsamına giren delillere (evidence) dayanan kanıtların (argümanların) kullanılması da söz konusu olabilir. Ancak bir bütün olarak kanıtlama, yukarıda saydığımız ve örneklerini verdiğimiz nedenlerden ötürü, karşı tarafı aciz bırakacak, başkaca bir söz söylenmesini olanaksız kılacak, kesin sonuçlara ulaşan bir faaliyet olamaz. Zaten ispat ya da çıkarımlardan değil de, kanıtlamadan bahsetmemizin nedeni budur. Argüman ve argümantasyon sözcüklerinin batı dillerindeki anlamı, delil/delillendirme, iddia/tartışma anlamlarını da içerir. Esasında hukukçuların yaptığı, tam da budur.

Bu gerçek, kanıtlama ve hukuksal kanıtlama üzerinde çalışan bazı yazarları, haklı olarak, biçimsel mantıksal yaklaşımlardan uzaklaştırmıştır. Bu çerçevede hukuksal kanıtlama, bir inandırma, ikna çabası olarak görülür. Yani hukuksal kanıtlama, retorik bir faaliyettir. Retorik sözcüğünün olumsuz çağrışımlarını bir yana bırakır ve ideal yargı kararlarından neler beklediğimizi düşünürsek, retorik faaliyet olarak hukuki kanıtlamanın da ussallığa sahip olabileceğini, inandırma, ikna etme çabasının sahip olması gereken bazı usuli unsurların bulunduğunu söyleyebiliriz.

3.1. Toulmin'in Hukuksal Kanıtlama Modeli

Hukuki kanıtlamayı bu yönde açıklama çabalarından birisi, Stephen Toulmin'e aittir. Stephen Toulmin, 1958'de yayımladığı *Uses of Argument*'ta, mantığın ve felsefenin matematikle olan birlikteliğinin sona ermesi gerektiğini, yeni müttefikin hukuk olduğunu söyler. Toulmin'e göre matematikle sıkı bir bağ kurmuş olan mantık, evrensel (alan-bağımsız) ölçütlerin peşine düş-müş, ancak hukuk, bilim, siyaset, ahlak ve tıp gibi alanlardaki kanıtlamaların alan-

(20) Ör. Alexander Peczenik'in önerisi budur.

bağımlı özelliklerini göz ardı etmiştir. Hatta Toulmin'e göre mantık, genelleştirilmiş hukukbilimdir (jurisprudence)[21].

Toulmin'e göre, önce bir iddia (İ) ortaya atılır. Kanıtlamanın özü, savunulmak istenen şey, iddiadır. İddia, belge, bilgi, olgu gibi verilere dayanır. Kanıtlamaya temel oluşturan, veri(ler)dir (V). Tanık beyanları, bilirkişi raporları, istatistiksel veriler, Toulmin'in veri adını verdiği kanıtlama temelini oluşturur. Veri ile iddia arasındaki mantıksal ilişkiyi kuran, güvencedir (G). Böylece güvenceler, verilerden meşru bir şekilde iddiaya varmayı olanaklı kılar. Toulmin bunlara, çıkarım yetkisi de der. Güvenceler bazen bir otoritenin görüşü, bazen dinleyicilerin değer dünyasına hitap eden bir ilke, bazen bir kural, bazen de salt mantıksal bir ilişkidir.[22]

Bu üç unsur, veri, iddia ve güvence, kanıtlamanın asli unsurlarıdır. Bunların yanında üç tane de tali unsur bulunur. Bunlardan destek (D), güvencelerin kuvvetlendirilmesi için kullanılır. Zira bazı durumlarda güvenceler de dinleyici tarafından sorgulanabilir. Güvence üzerinde oluşabilecek şüphelerin giderilmesi için, konuşmacı güvenceyi destekleyecek ifadelerde bulunur. Çekinceler (Ç) ise, bizzat konuşmacı tarafından sunulan kanıtlamaya dair sınırlardır. Sınırların konuşmacı tarafından, kanıtlamanın gücü ve etkisini de artıracaktır. Nihayet kanıtlamada kullanılan ve ihtimal

<table>
<tr><td>Harry Bermuda'da doğmuştur</td><td></td><td>Öyleyse Muhtemelen</td><td>Harry bir İngiliz vatandaşıdır</td></tr>
<tr><td>T</td><td></td><td></td><td>İ</td></tr>
<tr><td></td><td>Zira</td><td>N
Yalnız eğer şu durum yoksa</td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">Bermuda'da doğan bir kişi genellikle İngiliz vatandaşı olur</td><td colspan="2">Anne ve babasının yabancı olması/doğal yoldan Amerikan vatandaşı olmuş olması vs...</td></tr>
<tr><td>G</td><td></td><td>Ç</td><td></td></tr>
<tr><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>Şunlara Dayanarak</td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td></td><td></td><td></td><td></td></tr>
<tr><td colspan="2">İlgili yasalar ve hukuki hükümler</td><td></td><td></td></tr>
<tr><td>D</td><td></td><td></td><td></td></tr>
</table>

(21) Stephen Toulmin, The Uses of Argument (Cambridge: CUP, 1969), s. 7.
(22) Feteris, s. 41; Toulmin, s. 97-102.
(23) Feteris, s. 41-2; Toulmin, s. 103-107.
(24) Toulmin, s. 105.

bildiren, 'olasılıkla', 'muhtemelen' gibi sözcüklerdir.[23] Şimdi bu modeli, Toulmin'in verdiği bir örnek[24] üzerinde açıklayalım:

Gerekçelendirme sürecindeki çeşitli adımlar iddiayı sorgulayan bir şüphecinin sorabileceği çeşitli sorulara karşılık gelir :[25]

1. İddian hangi temellere dayanıyor?
2. Bu temellerden bu iddiaya geçmeyi nasıl gerekçelendiriyorsun?
3. Bu geçiş gerçekten güvenli mi?
4. İddian ne kadar güçlü?
5. Bu kanıtlamayı hangi olasılıklar bozabilir?[26]

Eğer konuşmacı yeterli bir gerekçe vermek istiyorsa, her bir soruya, modelin unsurlarına karşılık gelen yanıtlar vererek karşılık vermelidir.

3.2. Perelman'ın Retorik Modeli

Retorik özel bir vurgu yapan yaklaşım ise, Chaim Perelman'a aittir. Perelman, Toulmin gibi, hukukçuların yaptığı kanıtlamayı genel kanıtlama kuramının gerekçelerinden biri olarak sunar.

Perelman'ın retorik kuramını kurmaya yönelirken yanıtlamaya çalıştığı soru şudur: Değer yargıları hakkında ussal temellerde nasıl akıl yürütürüz? Soru çetin bir sorudur; zira akıl yürütme ve ussallık kavramlarının yan yana gelmesi, Aristoteles'ten beri mantık disiplini içerisinde ele alınmıştır. Bu anlamıyla mantık -ya da biçimsel mantık-, epistemolojik olarak doğrulukları kabul edilmiş ya da varsayılmış öncüllerden bir sonuca ulaşmaktır. Bu işlemin, matematikten, yani hesaplamadan bir farkı yoktur ve sonuç esasında bellidir. Mantıkta buna 'zorunlu' sonuç denir. Ancak değer yargıları, mantığın doğru/zorunlu sonuç-lar verdiğini kabul ettiği akıl yürütme biçimleri uyarınca kurulamazlar. Bizleri değer yargısına ulaştıran şey, mantık değildir.

Peki bu yıkıcı yaklaşım, değer yargıları konusunda ussal olan hiçbir şey olmadığını mı söyler? Perelman, olgusal ifadelerin kabul edilebilirlik açısından değerlendirilebileceği fakat değer yargılarının değerlendirilemeyeceği görüşüne karşıdır[27]. Perelman'ın kuramı, değer yargılarının oluşumundaki ussal öğeleri bulmayı hedefler.

Perelman'a göre, yargıcın, bir davanın olgularını bir kural altında sınıflandırdığı bir biçimsel mantıksal ispat sunması gerektiği şeklindeki görüşün modası artık geçmiştir. Modern hukuk kuramında, karar oluşturma sürecinin, hukukun olgulara otomatik uygulanışı olmadığı şeklinde bir uzlaşma vardır. Eğer somut bir durumda bir kuralın anlamı açık değilse, yargıç kuralı yorumlamak durumundadır. Belirli bir yorumun tercih edilmesi kesinlikle zorunlu değildir, fakat daima değerlerin tartılmasına, hakkaniyete neyin en uygun olduğunun ve hukuken en doğru kararın ne olduğunun tartılmasına, karşılaştırılmasına dayanır[28].

Değer yargılarının hukukun uygulanmasının temelini oluşturması, değer yargılarının nasıl savunulacağı sorununu gündeme getirir. Perelman'a göre yargıç kararını mantıksal-biçimsel bir ispat şeklinde değil, bir kanıtlama şeklinde

(25) Feteris, s. 42.
(26) Feteris, s. 42; Toulmin, s. 98.
(27) Feteris, s. 49.
(28) Feteris, s. 52.

sunar. Mantıksal sonuç çıkarma, bir ispat ya da tanıtlama faaliyetidir. Belli öncüllerden belli sonuçların çıkması zorunludur ve bu ilişkinin gösterilmesi karşı tarafı susturacak, aciz bırakacak bir işlemdir. Ancak hukukta ileri sürülen iddialar, böylesi kesin sonuç doğuran ilişkilerden çok, karşı tarafı 'inandırma', belli bir teze 'yaklaştırma' amacı taşıyan, 'tartışmalı' değer yargıları ile ilgili iddialardır.

> "İspat'ın nesnel ve giderek mekanik biçimde denetlenebilir olmasına karşın, her kanıtlama, sözcü tarafından savunulan tezlere katılmasını sağlamak zorunda olduğu, inandırmağa ya da kandırmağa çalıştığı bir dinleyici kitlesini ilgilendirir, ona seslenir. Bu dinleyici kitlesini tanımak, onun benimsediği varsayılan ve geliştirilmesi istenen kanıtlamada öncüllerden yararlanabilecek tezlerin hangileri olduğunu bilmek çok önemlidir. Üstelik bu tezlerin tatmin edici bir yoğunlukla kabul edilmiş olmaları ve kanıtlamanın ağırlığını kayıpsız, zararsız yüklenmeleri gereklidir."[29]

Böylelikle, Perelman'ın kuramı yargı kararını, bir dinleyici kitlesine, bu dinleyici kitlesinin benimsediği tezlerin dikkate alınarak kaleme alınmış, onları ikna etmeye yönelmiş bir metin olarak görür. Bu görüş, üç önemli unsuru, dinleyici kitlesi, dinleyici kitlesinin benimsediği tezler ve ikna etmeye yönelik faaliyetleri barındırır.

Dinleyici kitlesi (İng. *audience*), Perelman'ın kuramının temel kavramlarından birisidir. Dinleyici kitlesinin retorik kuramı içerisindeki yeri, sadece konuşmacının muhatabı olması değildir. Yani dinleyici kitlesi, edilgen bir konumda bulunmaz. Bilakis, "kanıtlamanın gelişimi, konuşmacının kendisini uyarlamak zorunda olduğu dinleyici kitlesinin işlevidir"[30]. Konuşmacı kendisini dinleyici kitlesine uydurmak zorunda olduğu içindir ki, kanıtlama, dinleyici kitlesi içerisinde biçimlenir ve gelişir.

> "Retorikte dinleyici kitle-sinin oynadığı rol hayati önemi haizdir, zira iknayı amaçlayan tüm kanıtlama, dinleyici kitlesine uyarlanmalıdır ve bu yüzden de, tartışmanın geri kalanının güvenli bir şekilde ona dayanacağı gibi bir düşünceyle, dinleyici kitlesinin kabul ettiği inançlar üze-rine kurulmalıdır."[31]

Dinleyici kitlesi, konuşmacının etkilemeyi istediği, kanıtlamanın yöneldiği kişilerin toplamıdır. Ancak dinleyici kitlesi, fiziksel bir varlıktan çok, konuşmacının zihnindeki bir kavramdır. Dinleyici kitlesi, gönderilen mesajı alır, değerlendirir ve kanıtlamanın kabul edilebilirliğine ilişkin olarak nihai değer yargısında bulunur. Perelman, iki farklı tipte dinleyici kitlesi öngörür: Belirli

(29) Ch. Perelman, "Hukuksal Uslamlama ve Hukuk Mantığı", Çev. Tuğba Ballıgil, İÜHFM, C. LII, 1986-1987, s. 704.
(30) Chaim Perelman, The Idea of Justice and the Problem of Argument (Londra: Routledge&Kegan Paul, 1963), s. 155.
(31) Perelman, "The New Rhetoric: A Theory of Practical Reasoning", The Rhetoric of Western Thought, Ed.: James L. Golden, Goodwin F. Berquist ve William E. Coleman (Dubuque/Iowa: Kendall/Hart Publishing, 1989) s. 403.

dinleyici kitlesi ve evrensel dinleyici kitlesi.

Perelman'ın 'belirli dinleyici kitlesi', konuşmacının etkilemek üzere yöneldiği belirli bir gruptur. Örneğin, bir öğretmenin verdiği dersle ilgili olarak dinleyici kitlesi belirli bir dinleyici kitlesidir; sınıfta o anda veliler bulunsa bile. Zira öğretmen, velileri değil öğrencileri ikna etmeyi amaçlamakta, onların zihnine hitap etmektedir. Konuşmacı kanıtlamasını hazırlarken/sunarken dinleyici kitlesinin kabullerini temel alacağından, bu belirli grubun özellikleri kanıtlamanın niteliğini de belirleyecektir.

Evrensel dinleyici kitlesi, belirli dinleyici kitlesi gibi belirli bir grup ya da belli insanlardan oluşmaz. Evrensel dinleyici kitlesi ussal insanların kuramsal birleşimidir. Perelman bu dinleyici kitlesini, "tüm insanlar, en azından yetkin ve makul insanlar" ya da "us sahibi tüm varlıklar" olarak tanımlar. Evrensel dinleyici kitlesinin fiziksel varlığı bulunmaz, hatta böyle bir dinleyici kitlesi fiilen hiçbir zaman var olmayacaktır. Dolayısıyla bu kitle, konuşmacının zihnindeki ideal dinleyici kitlesidir, zihinsel bir inşadır.

Perelman'a göre bir yargıç üç farklı dinleyici kitlesinin onayını almak zorundadır: uyuşmazlığın tarafları, hukukçular ve kamuoyu. Bir başka deyişle yargıç, verili bir an ve yerde hukuk topluluğunu oluşturan tüm ussal insanlara yönelir. Dolayısıyla dinleyici kitlesi toplumsal ve tarihsel olarak belirlenmektedir.

Perelman'a göre, iddia sahibi, toplumsal ve tarihsel olarak belirlenen dinleyici kitlesinin değer yargılarını dikkate alarak, üzerinde uzlaşma olduğu kabul edilen bazı başlangıç noktalarını kullanır. Hukuk açısından, savaş sonrası Kıta Avrupası hukukunda genel hukuk ilkeleri üzerinde belli bir uzlaşma bulunduğundan, bu ilkeler hukuksal kanıtlamada ortak başlangıç noktaları olarak kullanılabilirler. Kabul edilmiş bir ilkeden başlayarak, yargıç somut, fakat halen tartışmalı bir görüş için onay almaya çalışabilir. Genel hukuk ilkelerinin kullanımı, yargıcın somut olayda hakkaniyete uygun olan belli bir çözümü tercih etmesi durumunda zorunludur, fakat geçerli hukuk temelinde savunulamaz. Genel bir hukuk ilkesine gönderme yapmakla, yargıç, kararın genel olarak kabul görmüş hukuksal başlangıç noktalarıyla uyumlu olduğunu gösterebilir.

Ve nihayet Perelman; *argumentum a contrario, argumentum a simili, argumentum a coherentia*, psikolojik kanıtlama, tarihsel kanıtlama, abese irca, ereksel kanıtlama, *argumentum ab exemplo* ve sistematik kanıtlama gibi bazı kanıtlama şemalarını kullanarak, dinleyici kitlesini ikna etmeye çalışmaktadır.

Bu yaklaşımda, kanıtlamanın başarısı ve ussallığı, kanıtlamada öneme sahip unsurlara yer verilmesine ve dinleyici kitlesinin onayının alınmasına bağlanır.

4. DEĞERLENDİRME

Hukuksal usavurma konusu ele alınırken, bu ifadenin sahip olabileceği iki anlamın açıklıkla ortaya konması gerekir. Zira verilecek bu iki anlam, araştırma konusunu da, araştırma usulünü de esaslı şekilde değiştirmektedir.

Hukuksal usavurmaya verilebilecek ilk anlam, fiili hukuksal usavurma sürecidir. Bu süreç, yargıcın zihninde olup bitmektedir. Süreci, yapılan araştırmanın amacına göre, çeşitli açılardan incelemek mümkündür. 'Tasımın yeri'ni ele aldığımız bu çalışmada, tasımın, hukuksal usavurmanın fiili sürecinde herhangi

bir yeri olmadığını, süreci açıklamak için abdüksiyon ve analojinin kullanılabileceği söylenebilir.

Hukuksal usavurmaya verilebilecek ikinci anlam, somutlaşmış yargı kararındaki hukuki sonuca nasıl ulaşıldığını gösteren, önermeler ve sonuç arasındaki ilişkidir. Tasımı, bu ilişkiyi betimlerken kullanan ve bu ilişkinin ussal olabilmesi için tasımın mutlaka tespit edilmesi gerektiğini söyleyen mantıkçı yaklaşım, hukuksal kanıtlama (argümantasyon) alanındaki hakim anlayış olarak öne çıkar. Ancak, niteleme ve yorum sorunlarının, üzerinde uzlaşılmış genel kuralların kullanılmasına izin vermemesi nedeniyle, bu sorunları ya ussallık değerlendirmesi dışına iterek salt hukuki sorunlar olarak görmek gerekir yahut da yeni niteleme ve yorum kuralları ihdas etmek gerekir. Bunların her ikisi de, tasıma iddia edilen yeri vermeye yetecek öneriler değildir.

Hukuki kanıtlamanın değer yargılarına açık yapısı, onu, farklı bir şekilde görmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu farklı bakış açılarından birinde S. Toulmin, kanıtların (argümanların) sunulmasına ve desteklenmesine ilişkin bir model geliştirmeye çalışır. Toulmin'e göre biçimsel mantıkla açıklanamayan kanıtlama, bazı evrensel usuli özellikler ile, kanıtlamanın yapıldığını alanın, örneğin hukukun, sahip olduğu bazı alan-bağımlı özelliklere sahiptir.

Bir başka yaklaşım ise, C. Perelman'a aittir. Perelman, hukuki kanıtlamayı –genel olarak kanıtlamayla birlikte- retorik faaliyet olarak görür ve hukukçuların görüşlerini savunurken ne tür yollar izlediklerini betimler. Perelman'a göre yargıç, taraflardan, hukukçulardan ve bütün bir kamuoyundan oluşan bir dinleyici kitlesine hitap etmekte ve bu dinleyici kitlesinin onayını almaya çalışmaktadır. Dinleyici kitlesini ikna edebilmek için yargıç, üzerinde uzlaşma bulunan, genel hukuk ilkeleri gibi başlangıç noktalarından başlayarak, çeşitli kanıtlama tekniklerini kullanır. Kanıtlamanın başarısı, kabulün sağlanmasına dayanır.

Bu tebliğde amacım tasımın yerini sorgulamak ve hakim anlayışın dışında bir bakışın da olanaklı olduğunu sunmak olduğu için, Toulmin ve Perelman'ın teorileri üzerine ayrıntılı bir inceleme ve değerlendirme yapmayı başka çalışmalara bıraktım. Bu iki teorinin de tartışılması gereken noktalara sahip olduğu, yaptığım kısa sunumdan bile çıkmaktadır. Ancak bu iki yazarın, formel mantığı bir kenara bırakmanın gerektiğini söylerken, çıkış noktalarını hukukta bulmaları kayda değer bir nokta. Üstelik, hukuki kanıtlamanın değer yargılarını savunmayı zorunlu kılmasına dikkat çekmeleri de önemli. Ve nihayet, yargıçların dinleyici kitlesini ikna etmeye çalışmaları düşüncesi, özellikle Türk hukukunda gördüğümüz kararlar açısından dikkate alınması gerekiyor. Ancak teorilerin betimsel olma ile normatif olma arasında karar verememiş olmaları, betimselden yola çıkıp normatif iddialar sunmaları, soru işareti doğuruyor. Yine de, yönelttikleri eleştirilerin, formel unsurların dışında ussallık ölçütü arayışına girilmesi için 'ikna edici' olduğunu düşünüyorum.

Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız*

Yener ÜNVER**

I - KAVRAM

İnsan onuru kavramı günlük konuşma dilinde, politikada, sosyolojide, psikolojide, dinsel görüşlerde ve felsefede farklı anlam ve fonksiyonlar için kullanıldığı gibi, hukuk biliminde, hukuk felsefesinde ve hukuk tarihinde ise çok daha farklı anlamda ve farklı fonksiyonlar için kullanılmaktadır.[1]

İnsan onuru bu kavramının içerik, etki ve gerekliliklerini iyi kavramak için, kavramı benzer diğer kavramlardan ayırmak ve günlük konuşma dilinde kendisine yüklenen içeriklerden ve fonksiyonlardan arındırmak gerekir. Bu nedenle kavramın ele aldığımız anlamı hukuksal olup, tıp ve biyolojinin[2], felsefenin[3], dinlerin[4], kültürün[5], arkeoloji[6] veya etik biliminin[7] bu kavrama yükledikleri anlam değildir; bu alanlardaki anlamlarıyla hukuksal anlamını birbirine karıştırmamak gerekir .[8]

Ayrıca, sempozyumun ilişkin olduğu alan itibariyle, ağırlıklı olarak hukuk felsefesi anlamı ve bundan ceza hukuku için sonuçlar çıkarmak amacı izlenecek ise de, kavramın hukuk normları ile etkileşimi ve hukuk tarihiyle ilişkisi de burada göz ardı edilmemelidir.

Bugün Avrupa hukukunun en temel kavramlarından birisi olan insan onuru kavramının, esasında tarihsel olarak Akdeniz ülkelerindeki kültürlerin oluşturduğu tezi sıklıkla ifade edilmektedir. Doğa ve insan gibi, bu kavramın da tarihsel gelişim içinde değişim ve gelişim gösterdiği ve bu kavram etrafındaki tartışmaların genelde Tanrı-Dünya ve insan ekseninde cereyan ettiği gözlemindedir bulunulur.[9] Bu gelişim kişi açısından insandan bireye/bireyciliğe yönelen akıma paraleldir. 18. yüzyıl'ın bireyin sübjektif haklarının anayasal güvence altında temel haklar çerçevesinde korunması ve daha sonra insan haklarındaki gelişmeler, insan onuru kavramını hukuk normlarının zirvesine taşımıştır. 19. yüzyılda temel haklar kataloğu, insan haklarıyla birlikte devlet öğretisindeki anlayış da, önceki yüzyıldan daha farklı bir birey ve hakların korunması anlayışını beraberinde getirmiştir.[10]

Bu gelişmelerin önemli bir sonucu, bireyin özerkliği ve bilim ve teknikteki gelişmeleri tartışmanın merkezine çekmek ve insanların kanun/hukuk önünde eşit olması ve eşit tarzda korunmasını, devletin eylemlerinin hukuka uygunluğu için koşul durumuna getirmiştir. Bunun maddi ceza hukukunda olduğu kadar ceza muhakemesi hukukunda da etkileri olmuş, düşünce özgürlüğü, keyfi muamele yasağı, keyfi tutuklamalar v.s. alanlarında hukuksal iyileştirmeleri gerektirmiştir.[11]

Şüphesiz, insan onuru kavramı, asıl olarak, bu yüzyılda yaşanan felaketler nedeniyle anayasaların ve hukuksal görüşlerin en temel kavramlarından birisi olmuştur. Bu kavramı düzenleyen anayasalarda, örneğin Alman Anayasası'nda insan hakları ve temel haklar açısından gerekçelendirmenin asli temelini oluşturmaktadır. Bu nedenledir ki, içeriğinin açıklanması ve kapsamının sınırlandırılması günümüz bilim adamlarının iştigal konularının başında gelmektedir. Kavramın tarihi geçmişi, Viktor Pöschl'ün 1989 tarihli eserindeki açıklamalarla Antik Roma'daki Cicero'ya kadar götürülmektedir. Buna karşılık Theo Kobusch'un 1993 tarihli eserine

** Bu çalışma, "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-IV., 25-29 Ağustos 2008 İstanbul" isimli sempozyumda sunulan aynı başlıklı tebliğ metnidir. Literatür teminindeki değerli yardımları için Araş. Gör. İlker TEPE'ye çok teşekkür ederim.*

*** Prof. Dr. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi*

(1) MASTRONARDI, Philippe. Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz – Ein Beitrag zu Theorie und Praxis der Grundrechte., Berlin 1978, sh: 7.

(2) Bkz. BODDEN-HEIDRICH, Ruth-CREMER, Thomas-DECKER, Karl-HEPP, Hermann-JÄGER, Willi-RAGER, Günter-WICKLER- Wolfgang. Beginn und Entwicklung des Menschen: Biologisch-medizinische Grundlagen und ärztlich-klinische Aspekte., in: Beginn, Personalität und Würde des Menschen., München 1998, sh: 15 vd.

(3) Kaldı ki, insan onuru kavramının ortaya çıkışı, öğretide felsefi açıdan, bir Rönesans olarak nitelendirilmektedir. İnsan onurunun dinsel ve felsefi anlamlarının birbirinden ayırımı hususunda bkz. BAYERTZ, Kurt. Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien., in: ARSP, 1995, Voll: 81, Heft: 4, sh: 465 vd.; BAUMGARTNER, Hans Michael-HONNOFELDER, Ludger-WICKLER, Wolfgang-WILDFEUER, Armin G. Menschenwürde und Lebenschutz: Philosophische Aspekte., in: Beginn, Personalität und Würde des Menschen., München 1998, sh: 161 vd.; BRAUN, Kathrin. Menschenwürde und Biomedizin – Zum philosophischen Diskurs der Bioethik., Frankfurt am Main 2000, sh: 9 vd.

(4) Hristiyan dininin insan onuru kavramına verdiği anlam için bkz. SCHMITT, Hans-Christoph. Der Mensch als "Ebenbild Gottes" Das biblische Verständnis der Würde des Menschen in den Schöpfungserzählungen 1. Mose 1-3., in: Die Würde des Menschen., Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 13 vd. Onurun insana baştan itibaren Tanrı tarafından verildiği, ölümüne kadar değişmez biçimde kaldığını belirten dinsel argümanlara dayalı görüşler de bulunmaktadır (Bkz. BADER, Hermann. Kurzes Lehrbuch der Ehtik in der Medizin., Illerberg 2005, sh: 9). Şüphesiz burada inceleme konumuz hukuk bilimi ve hukuk felsefesi bakış açısı olup, esasen gerçekçi ve akılcı bulmadığımız ve inançla ilgili bu görüşlere hukuksal inceleme ve değerlendirmelerde dayanılmaması, dolaylı atıfta dahi bulunulmaması gerektiği düşüncesindeyim. Karş. WETZ, Franz Josef. Die Würde des Menschen – Ein Phantom?., in: ARSP, 2001, Vol: 87, Heft: 3, sh: 320.; BOSSHARD, Stefan Niklaus-HÖVER, Gerhard-SCHULTE, Raphael-WALDENFELS, Hans. Menschenwürde und Lebenschutz: Theologische Aspekte., in: Beginn, Personalität und Würde des Menschen., München 1998, sh: 243 vd.

(5) İnsan onuru ve kültür ilişkisi için bkz. HÄBERLE, Peter. Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975., in: Rechtstheorie, 1980, Band: 11, Heft: 4, sh: 403-414. İnsan onuru kavramı kültürel olarak iki farklı anlamda kullanılmıştır. Kavram ilk olarak, insanın doğuştaki varlığı, varlık unsurları anlamında kullanılmış ve insanın davranışlarından ve tercihlerinden bağımsız olarak her insanın sahip olduğu bir husus olarak ifade edilmiştir. Bu anlamı içinde, ilgili insanın davranışı, toplum

la ilişkileri, fakir-zengin oluşu v.s. nasıl yaşadığı onun için önemsizdir. Buna karşılık ikinci kullanım anlamında ise, yapısal bir talebi ifade etmek için ve insanın bireysel olarak korunduğu, toplumla ilişkisiyle elde edilen toplumsal talepler anlamında kullanılmaktadır. Tarihsel gelişimi içinde, kavramın bu iki kullanım amacının sürekli birbiriyle ilişkili ortaya çıktığı bilinmektedir (WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 312 vd.)

(6) NARR, Karl J. Zum Beginn menschlichen Lebens in der Phyologenese., in: Beginn, Personalität und Würde des Menschen., München 1998, sh: 331 vd.

(7) BADER, Kurzes Lehrbuch der Ehtik in der Medizin, sh: 10 vd.

(8) THOMAS, Veit. Würde als absoluter und relationaler Begriff., in: ARSP, 2001, Vol: 87, Heft: 3, sh: 299-301.

(9) HOFMANN, Hasso. Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive., in: Der Staat, 1998, Band: 37, Heft: 3, sh: 349.

(10) HOFMANN, Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive, sh: 350.

(11) Bkz. FOLKERS, Horst. Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs., in: ARSP 2001, Vol: 87, Heft: 3, sh: 328 vd.; HOFMANN, Hasso. Menschenwürde und Naturverständnis in europäischer Perspektive, sh: 357.

göre, Platon, Aristotales, Yunan ve Roma dahil tüm antik çağ, hatta Hristiyan dini antik çağında bu kavram bilinmemekte ve ilgilenilmemişti.[12] Bu incelemeye göre, 13. yüzyıl'da Orta Çağ Hristiyan biliminde genel olarak insan onuru ile ilgilenilmişti. Nitekim bu nedenledir ki, Kurt Bayertz 1995 tarihli eserinde, insan onurunun felsefik bir düşünce olarak ele alınmasını '*Rönesans*' olarak tasvir etmek gerektiğini belirtmiştir. Esasen onur kavramı tarihsel gelişimi içinde politik ve hukuksal gelişimlerden etkilenerek, anlam ve kapsam değiştirmiştir. İlk anlamları daha çok politik anlaşılmış ve bir insanın politik yaşam nezdindeki olumlu kalitesi, konumu ve görünümü olarak anlaşılmakta, daha çok elit, asil kişiler ile eski Yunan Polis Devletindeki vatandaşın nitelikleri olarak kabul edilmekteydi. Bu kavrama daha sonra felsefi, Hristiyan dini anlayışı, Roma Hukuku ve Yunan Hukuku'nun etkileri olmuştur.[13]

Diğer bir yaklaşıma göre ise, insan onuru kavramının klasik tanımı ve hukuk felsefesi anlamında ilk izleri, 1785 tarihli "*Ahlakın Metafiziğinin Temelleri*" ve 1797 tarihli "*Ahlakın Metafiziği*" adlı kitaplarda görülür. Kant, onuru, insanın akıllı olmaya zorunlu kılınmasıyla, kendi kaderini belirlemedeki soyut yeteneğiyle temellendirmektedir. Buna göre, insan onuru tek tek bireylerin bedensel veya zihni, manevi özelliğinden bağımsızdır. Onur kişisel başarıdan, kişiliğin ortaya çıkışındaki başarı veya başarısızlıktan bağımsızdır.[14] "*Kant'a göre, insan ve genel olarak her akıl sahibi varlık, şu ya da bu isteme için bir araç olarak değil, kendisi amaç olarak vardır; ve gerek kendine gerekse başka akıl sahibi varlıklara yönelen bütün eylemlerinde hep aynı zamanda amaç olarak görülmelidir... Kendisi amaç olarak var olan insan -çünkü akıl sahibi doğa, kendisi amaç olarak vardır- kendine ve başkalarına karşı eylemlerinde amaç olmayı korumak durumundadır... Kısaca insanı, bu arada kendini de hiçbir zaman araç olarak görme demektir bu. Değerlidir... Kant'ın insanı hem bir doğa varlığı hem de bir akıl varlığı olarak görmesi, insanın bir yanıyla doğa yasalarının belirlenimi altında bulunurken diğer yanıyla bu belirlenimin dışına çıkma olanağını taşıması ve bu ikinci yandan -akıl yanından- gelen ikinci bir belirlenime -yani doğa yasası yerine ahlak yasa-sına- göre eyleyebilme olanağını taşıma-sı daha sonraki kimi etik ve insan görüşleri için de yol açıcı olmuştur*".[15]

Bu gerekçelendirmeye göre onur kazanılmaz, sahiplenilmez. Onur, herhangi bir karşılık ödenmeksizin insana verilir ve sonsuza kadar insana ait kalır. Kant, "*değer*" ve "*onur*" arasında ayrım yapar. Değerlerin bir bedeli, fiyatı olabilir. Çünkü, "Amaçların İmparatorluğu"nda her şeyin bir fiyatı vardır. Fiyatı olan her şeyin yerine ise, bir başkası konabilir, ikame edilebilir, uygun görülebilir.[16] Yerine başka bir şeyin ikamesi olanaklı olmayan tek şey, her türlü fiyatın üstünde olan onurdur. Başka bir ifadeyle, sadece bir göreceli bir değeri olmayan, yani bir fiyatı olmayan, ama içsel değeri olan şey, insan onurudur. Onur, başka şeylerle karşılaştırılmayacak, başka bir şekilde yerine yedeği olmayacak en yüksek değerdir.[17] Kant'a göre, insan, kendine egemen olmakla birlikte, kendisinin sahibi değildir; başka bir ifadeyle, insanın kendisi üzerinde egemenliği bulunmakla birlikte, sahipliği bulunmamaktadır.[18]

İnsan onuru kavramının politik ve hukuksal anlamda kullanıldığı ve bu alanlarda belirli hususların ifadesi için bir araç haline getirildiği bir vakadır. Öğretide, insanın politik ve hukuksal düzen içindeki konumunu tanzim etmede veya bu düzenleme anlayışının izahında bu kavram ya gerekçe veya kaynak olarak gösterilmektedir. Sosyal olaylar, gelişmeler kadar, Nazi Almanyası uygulamalarında olduğu gibi, tarihte yaşanan acı tecrübeler de bunda etkili olmuştur[19] ve nitekim insan onuruna aykırılığa gösterilen örneklerin başında hep Nazi Almanyası örneği verilmektedir.

Nitekim, Alman Anayasası'na insan onurunun dokunulmaz olduğu özdeyişi ile giren insan onuru kavramı[20], arka plandaki Nazi Almanyası uygulamaları nedeniyle insanı esas alan yeni bir hedefi Alman kanun koyucusuna göstermek ve Federal Almanya açısından etik olarak yeni bir başlangıcı ifade etmektedir. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de münferit bireyin onurunun Nazi Almanyası ve İkinci Dünya Savaşı sırasındaki suistimallerine bir tepki olarak ve gelecekte bu tür suistimallerin yeniden tekrarlanmasını önlemek amacıyla kabul edilmiştir.[21] Bu yeni hedef, Alman Anayasası'nda bir yandan temel hakların korunmasının Anayasa'nın başlangıcında özel düzenlenişi diğer yandan ise insan onurunun korunmasının devletin en üst ve tüm diğer ilkeleri kapsayan bir ilke olarak etki doğurmuştur. Önceki bütün Alman anayasalarının temel haklar kataloğunu içermediğini düşündüğümüzde bunun önemi daha da iyi anlaşılmaktadır. 1789 Fransız Devrimi nedeniyle bireysel yararların ön plana çıkışı nedeniyle, sadece Almanya'da değil diğer ülkelerin anayasa ve mevzuatlarında da devlet ve bireyin rollerini değiştirmiş ve başta insan onuru olmak üzere, bireye ait değer ve yararların korunması açısından devlete yükümlülük yükleyen pozitif düzenlemelerin yapılmasını sonuçlamıştır.[22]

Daha önce de ifade edildiği üzere, insan onuru kavramı, 2. Dünya Savaşı

(12) Karş. FORSCHNER, Maximilian. Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur., in: Die Würde des Menschen., Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 45 vd. ve 48 vd.

(13) Nakleden: FORSCHNER, Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur, sh: sh: 33-34.

(14) Altan. Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları., 17 Nisan 2008'de Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi tarafından İstanbul'da düzenlenen „Sağlık Alanında Etik ve Hukuk" konulu uluslararası sempozyumda sunulan tebliğ (Baskıda).; FOLKERS, Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs, sh: 329.

(15) OĞUZ, Yasemin N-TEPE, Oğuz Harun-ÖRNEK BÜKEN, Nüket-KIRIMSOY KUCUR, Deniz. Biyoetik Terimleri Sözlüğü, Ankara 2005, sh: 154-155.

(16) FOLKERS, Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs, sh: 333.

(17) HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları. Karş. COVELL, Charles. Kant, die liberale Theorie der Gerechtigkeit und die Weltordnung., in: Der Staat, 1998, Band: 37, Heft: 3, sh: 361 vd.

(18) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 314. Kant'ın bu açıklamaları, "Ahlakın Metafiziği" isimli çalışmasında arka arkaya yaptığı iki paragraflık (434 Z. 22-31 ve 434 Z. 32-435 Z. 5) açıklamalar içinde olup, orijinal metin için bkz. HRUSCHKA, Joachim. Die Würde des Menschen bei Kant., in: ARSP, 2002, Vol: 88, Heft: 4, sh: 464.

(19) BAYERTZ, Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien, sh: 469 vd.

(20) „Alman Anayası'nın hazırlık çalışmalarında insan onuru iki biçimde temellendirilmiştir, birincisi Kauder'in de temellendirdiği gibi insanın tanrının sureti olması, ikincisi aydınlanmacı Kantçı temellendirme." (HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.).

(21) NAUCKE, Wolfgang. Strafrecht – Eine Einführung., 9. überarbeitete Auflage, Neuwied-Kriftel-Luchterhand 2000, sh: 111.

(22) Bkz. RIES, Gerhard. Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland., in: Die Würde des Menschen., Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 61-63. İsviçre hukuku açısından bu kavramın tarihsel gelişimi için bkz. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz, sh: 216 vd.

sonrası Alman Anayasası'nda düzenlenen hükümle (m. 1/1) Alman toplum düzeninin en üst dereceli değeri olarak kabul edildi ve günümüzde Anayasa'nın insan onuruna hiçbir istisna tanımadığı düşüncesi benimsenmektedir. Pozitif düzenlemeye göre, insan onuru dokunulmaz olup, bütün devlet güçleri bunu dikkate almak ve korumakla görevlidir. Anlamını ve somut olayda korunup korunmadığını sıradan vatandaş bilmemekle birlikte, toplum nazarında çok önemli bir değeri vardır. Ancak, insan onurunun toplum yapısında nasıl bir geçerliliği olduğu düşünüldüğünde, bu durum insanı biraz huzursuz etmektedir. Genel İnsan Hakları Beyannamesi'nin bu değerin önemini tüm insanlar için vurgulaması, korunmasını emretmesi bunun konuşma dilindeki önemini artırmakla birlikte, anlam ve içeriğindeki belirsizlik, öğreti tarafından endişeyle karşılanmaktadır.[23]

Günümüzde ise insan onuru kavramı, çağdaş her bilimin etkisiyle içerik ve kapsam değiştirmiş olmakla birlikte, üzerinde çok düşünülüp tartışılan en temel kavramlar arasındaki konumunu hala korumaktadır. İnsan onurunu tehdit etmek, baskı altına almak, esasen doğa açısından asli-normal bir şey değildir. İnsan onurunu, çeşitli amaçlarla hareket eden diğer bir insan ihlal etmekte, zedelemektedir. Bilindiği üzere, yakın tarihli insan hakları katalogları, esasen bir insanın onurlu varlığı için asgari koşulları üretmek ve korumayı amaçlamaktadır. Birinci kuşak insan hakları, devletin keyfi ve öncelikli eylemlerine karşı savunma hakkını formüle etmektedir. İkinci kuşak insan hakları, politik organize toplumdan makul bir ekonomik, sosyal ve kültürel temel ihtiyaçların pozitif olarak yerine getirilmesini gerektirmekteydi. Üçüncü kuşak insan hakları ise, devletten temiz hava ve biyolojik ortam anlamında '*ekolojik*' insan haklarının devletçe ihlalinin önlenmesini gerektirmektedir. Bu gerekliliğin devlete, tıp hukukunda da çevre hukukunda da üretim mekanizmalarında da insan onurunun gözetilmesi gerekli önemli ödevler yüklediği aşikârdır. Bu bağlamda sorun, yüksek teknolojinin kullanıldığı toplumun bir insanın varlığının yaşam basamağında onurlu biçimde nasıl yükselteceği olmayıp, insan onuru kavramının yalnızca simgesel-soyut biçimde değil, münferit bireyin onurunun korunduğu, bilimsel-teknik gelişimin, globalleşen çalışma ve piyasanın, bütün moral değerleri dikkate alan yaşam standardının ve demokrasinin birlikte etkileşimi içinde zorlayıcı bir hak olarak görülmesi gerektiği olarak kabul edilmektedir.[24]

Bir başka bakış açısıyla, insan onuru kavramı, insan ve doğa arasındaki keskin çizgiyi de çizmektedir. İnsan, doğanın yalın bir parçası olamaz. İnsanın kendisi bizatihi değerdir ve kendine özgü yapısıyla sahip olduğu onurla bir amaçtır, nihai amaçtır.[25]

Örneğin İsviçre hukukunda insan onuru ilkesinin bireyin devletten belirli bir toplum oluşturmasını talep hakkını verdiğini, insan onuru anayasal ilkesinin normatif içeriğinin insan onuruyla bağdaşır bir birlikte yaşamın bulunduğu toplum tasarısının ışığı altında belirlenebileceği, kavramın hukuk biliminde uygulanışı ve özellikle de temel hakların yaşama geçirilmesi ve aralarındaki çatışkının çözümlenmesi için öğretinin çalış-

(23) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 311.

(24) FORSCHNER, Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur, sh: 57-59.

(25) BAYERTZ, Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien, sh: 473.

malar yapması gerektiği görüşü kabul edilmektedir.[26]

'*Onur*' (Würde) kavramı, '*saygı*' (Respekt) kavramından ayrılmalı ve bu kavramlar birbiri yerine kullanılmamalıdırlar. Her ne kadar iki kavram arasında sıkı bir ilişki var ise de, bunlar eşanlamlı olmadığı gibi, birisinin varlığı diğerinin de varlığını ve özellikle kabulünü her zaman gerektirmemektedir.[27]

Aynı şekilde onur (Würde) kavramının şeref veya şeref ve haysiyet (Ehre) kavramından da farklı olduğu gözden kaçırılmamalı ve bu kavramlar eşanlamlıymış gibi kullanılmamalıdır.[28]

Bilindiği üzere, insan onuru kavramı ve insan onurunun kabul ve gözetimi Aydınlanma Düşüncesine ait bir kavramdır. Şüphesiz bunun iyi anlaşılması, Kant'ın yaptığı gibi, '*onur*' (Würde) ile '*fiyat*' (=Preis= Bedel)'in farklılığının bilinmesi ve fakat aralarındaki doğrudan ilişkinin ise gözden kaçırılmaması ile mümkündür.[29]

İnsan onuru kavramı incelenirken Immanuel Kant'ın çalışmaları ve görüşlerine mutlaka başvurmak gerekir. Çünkü, günümüzün modern ahlaki-hukuksal insan onuru kavramı açısından Kant'ın felesefi görüşleri büyük ölçüde belirleyicidir.[30] Kant'ın 1797 tarihli çalışmasında '*her diğer insanın insanlık onuruna dikkat edilmesi*' (Existimatio est agnit valoris hominis) biçiminde formülleştirdiği ve insan onurunun (kötüye kullanmanın karşıt anlamı olarak kullanılan ifadelerle) kabul ve gözetimi anlamında kullandığı bu ifade nedeniyle, buradaki kabul ve gözetim 1970'li yıllarda 'ahlak ve adabın metafiziği' olarak adlandırılmaya başlanmıştır. Kötü kullanmaya doktrinde verilen örnek, Nasyonal Sosyalizm Almanyası'nın uygulamalarıdır.[31] Bilindiği üzere Kant, dört ahlaki yükümlülükler kategorisi kabul etmekte ve bunları, kişinin kendisine dikkat etmesi yükümlülükleri, başkasına dikkat etmesi yükümlülükleri, kendini sevme yükümlülükleri ve başkalarıyla karşılıklı olarak birbirini sevmek yükümlülükleri olarak belirtmektedir. Belirtmek gerekir ki, hukuksal yükümlülükler ile ahlaki yükümlülükler farklı şeylerdir ve buradaki dikkat etmek (kabul ve gözetim) yükümlülükleri etik yükümlülüklerdir. Her ne kadar bunlar yükümlülükler ise de, etik yükümlülüklerdir. Bunlar ayrıntıda hukuk tarafından da yükümlülük olarak düzenlenebilir ve hukuksal yükümlülükler için önemli olan onun yerine getirilmesidir: hukuki yükümlülüklerini yerine getiren kimse hiçbir adli merci önünde suçlanamaz, dava edilemez. Doğru ve işlevsel olanı, hukuksal yükümlülüklerin etik yüküm-

(26) MASTRONARDI, Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz, sh: 307 ve 309.

(27) Bkz. BALZER, Philipp-RIPPE, Klaus Peter-SCHABER, Peter. Menschenwürde vs. Würde der Kreatur (Begriffsbestimmung, Gentechnik, Etikkomissionen)., 2., unveränderte Auflage, München 1999, sh: 18.

(28) Şerefe göre amaç tespit edilip o yönde çaba sarf edilebileceği, şerefin insanlar tarafından bireye verildiği ve insanlar tarafından alınabileceği ve nedenlerle, şeref'in, temel hakların bir parçasını oluşturan onurdan farklı bir şey olduğu hususunda: BADER, Kurzes Lehrbuch der Ehtik in der Medizin, sh: 9.

(29) Bu konuda ayrıntılı bilgi ve tarihi gelişim için bkz. HRUSCHKA, Joachim. Achtung und Misachtung der Würde des Menschen., ., Bausteine zu einer Verhaltenstheorie des Rechts (Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat)., Baden-Baden 2001, sh: 98-100.; FORSCHNER, Maximilian. Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur, sh: 37-41. Onur ve fiyat kavramı ilişkileri hususunda Kant'ın görüşleri için bkz. HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 464.

(30) FORSCHNER, Marktpreis und Würde oder Adel der menschlichen Natur, sh: 36.

(31) HRUSCHKA, Joachim. Achtung und Misachtung der Würde des Menschen, sh: 95.

lülükler ile mümkün olduğunca uyum içinde olmasıdır: davranış normlarının böyle oluşturulması idealdir.[32]

Konuya etik açısından da yaklaşan bir yazar insan onurunu bireyin kendine özgü kişiliği ile özdeşleştirerek, her insanın kendine özgü bir kişiliği veya onurunun bulunduğunu, bunun amaç için araç olmayıp bizatihi amaç olduğu düşüncesini ileri sürmüştür. Bu görüşe göre, bireyin onuru aracılığıyla istek, irade ve akla sahip olmakta olup, bunun ise o bireye kanun koyucu olmak yeteneği gibi hukuk kurallarına uymak veya bunları ihlal etmek özgürlüğünü vermekte,[33] bireyin onuru aracılığıyla içinde barındırdığı ihtimam ve kendi yararı için başkalarının onurunu ihlal etmek örneğinde olduğu gibi bireyin onuru nedeniyle artan zafiyetlerinin bilinçliliği içinde tarih boyunca insanların iyiliği için konulan hukuk kurallarını ihlal etmiş ve bunun karşısında yaptırımlara maruz kalmıştır.[34] Bu görüş, insan onurunu özgürlüğün ifadesi[35] olarak görmekte ve beş ayrı yardımcı kelime ile çok sıkı ilişki içinde bulunduğu tezini savunmaktadır. Bunlar, istemek, yapmaya izinli/mezun olmak, yapması gerekmek, yapmak zorunda olmak ve yapabilmek kelimeleridir. Bu görüş, bu kelimelerin anlamına dayalı olarak da etik alanına ilişkin onur değerleri oluşturmaktadır. İnsana onurunu veren değerler, onun isteğine göre serbestçe, bağımsız ve kendi sorumluluğu dahilinde davranabilme yeteneği kazandırır: İnsan serbestçe seçim yapmaktadır ve kendi fiilinin hakimidir. Burada psikoloji ve nöroloji dahil birçok bilim dalı alanının konusunu oluşturan etkenlerin rolü olabilmektedir.[36]

II – TANIMI

İnsan onuru kavramının tatmin edici bir tanımı ne karşılaştırmalı hukukta ne de hukukunda yapılmış değildir. Şüphesiz özellikle Kant'ın görüşlerine atıfla ayrıntılı açıklamalar yapılmış ise de, bunlar da birçok açıdan eleştirilmiş ve halen iyi bir tanımın oluşturulması yönündeki çabalar devam etmektedir. Özellikle hukukçular ve bunlar içinde de ceza hukukçuları için daha ayrıntılı yapılması gerekli tanımın keskin sınırları çok önemlidir.

Alman ceza hukuku doktrininde, insan onuru kavramının tanımı için, Al. CK.'nun 130/I. paragrafında düzenlenen suçta kullanılan insan onurunun ihlali kavramı anlamlandırılarak yapılmaya çalışılmaktadır. Ancak bu suç tipinde veya diğer bir düzenlemede Alman kanun koyucusu da neyin insan onuru olduğu ve bunun ne zaman ihlal edileceği hususunda bir şey söylememektedir. Bu nedenle de Alman hukuku açısından insan onuru kavramı en önemli ve fakat aynı zamanda da, tıpkı Alman mevzuatında kullanılan "*iyi adap ve ahlak*" (gute Sitten) ve 'sadakat ve inanç' (Treu und Glauben=dürüstlük) kavramları gibi en belirsiz kavramdır.

Yazarlar tarafından kavramın birçok tanımlama girişimi olmuştur. Genellikle kabul gören ve Günter Dürig tarafından bulunan '*objektif formül*'e göre, eğer somut bir insan savunulabilir yükseklikte değere sahip yalın bir araç olan

(32) HRUSCHKA, Achtung und Misachtung der Würde des Menschen, sh: 96-97.

(33) FOLKERS, Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs, sh: 331.

(34) BADER, Kurzes Lehrbuch der Ehtik in der Medizin, sh: 4.

(35) Bkz. FOLKERS, Menschenwürde – Hintergründe und Grenzen eines Begriffs, sh: 333.

(36) BADER, Kurzes Lehrbuch der Ehtik in der Medizin, sh: 8.

objeye yükseltilirse o zaman bir insan onuru söz konusu olur. Diğer bir yaklaşım ise bu kavramı '*kişilik haklarının vazgeçilemez ve devredilemezliği' veya 'kendine özgü değeri olan ve kendine özgü yapısı bulunan, önemli, insanın doğasında bulunan bir şey*' olarak tanımlamaktadır. Gerek bu formüllerin belirsizliği gerek birçok Alman Federal Yüksek Mahkeme kararının bu kavramı soyut olarak tanımlamak yerine bir somut olayda var olup olmadığı ve ihlalin varlığı veya yokluğunu tespit eğilimini tercih etmesi nedeniyle, soyut tanımlama yerine somut olaylara dayalı yargılarla veya örnek davranışlarla belirtmek daha çok tercih edilmektedir.[37]

Ancak yine de belirtmek gerekir ki, bu kavramın Alman Anayasası'na girmesinden beridir hemen her hukukçu[38] kavramın genel geçerli tanımı ve kapsamını betimlemek yerine, somut vakalara dayalı ihlal veya ihlali yokluğu tespitlerini belirtmek yöntemini seçmiştir.

Kavram kelime anlamı olarak ele alınır ve bir kişinin onurundan söz edilirse, burada iki anlam ortaya çıkar. İlk olarak şerefli-itibarlı bir ailenin çocuğu olarak onurun kendisine miras yoluyla geçmesi anlaşılabilir. Diğer yandan ise, onurun, bir kimsenin bunu elde etmesi ve kaybetmesinden bağımsız olarak, herkes açısından eşdeğerde anlaşılması gerektiği anlaşılır.[39] Burada ilk belirtilen anlam, asil, zengin veya itibarlı ve tanınan bir aileye mensubiyet anlamına da gelebilir ki, hukuksal olarak amaca elverişli değildir. Bu başta herkesin hukuk önünde eşit korunması ilkesi olmak üzere birçok hukuk ilkesine ve pozitif düzenlemelere aykırı olur. Özellikle, adam öldürme veya diğer bir suç tipi esas alınarak yapılan değerlendirmede, kavramın hukuksal anlam ve içerikle anlaşılması gerektiği, herkesin suçların gerektirdiği korumadan eşit yararlanması nedeniyle onurun elde ediliş ve kaybediliş araç ve yönteminin önemli olmadığı, her bireyin bu onurunun korunması gerektiği ve kişinin bu onur koruması içinde bulunup bulunmadığını kendisinin bilmesinin hukuken önemsiz olduğu kabul edilmelidir.

Bugün çağdaş, laik, modern bilime dayalı olan ve farklı dünya görüşleri karşısında tarafsız olan devlet anlayışında, insan onuru kavramının belirsizliği ve gerekçelendirilemezliği yanında, onun aynı zamanda bir Fantom Karekteri'nden de söz edilmektedir. Kavramdan tamamen vazgeçilememekle birlikte, içeriğinin doldurulması ve kendisine yüklenecek anlamlar bakımından görüş ayrılıklarının sıkça dile getirilmesi ve insan kavramına verilecek anlam hakkındaki tartışmalar bu kavrama yeni hayat olayları karşısında rol yükleme düşüncesini tahrik etmiştir.[40]

III - KAPSAMI

İnsan onuru kavramını geniş alarak, onun ceza hukukunda da doğrudan etkili bazı diğer kavramları içerdiği ve/veya varlıklarını gerektirdiği görüşü de savunulmaktadır. Bu anlayışa göre, insan onuru kavramının geniş biçimde somut-

(37) Karş. BVerfGE 61, sh:137; BVerfGE 50, sh:175; BayVBL 1982, sh: 50; OLG Hamburg, NJW 1975, sh: 1088. Hans Dürig tarafından yapılan bu tanımla ilgili olarak Alman Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulaması için bkz. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 319.

(38)Bkz. WIESEMANN, Claudia. Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion., in: Die Würde des Menschen., Erlangen Forschungen, Reihe: A, Geisteswissenschaften, Band: 80, Erlangen 1998, sh: 94, dipnot: 2'de belirtilen kaynaklara.

(38) RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh: 66.

(40) Tartışmalar için bkz. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 321-324.

laştırılması, hukuk devletinin bir gereği olarak insanların hukuk önünde eşitliğini gerekli kılmaktadır. Ayrıca bu görüşe göre, insan onuruna saygı, orantısız müdahaleler anlamında özellikle ceza hukuku uygulaması açısından kanun koymanın sınırlandırılmasını da gerektirmektedir. Nihayet, insan onuru merkezi/çekirdek kavramı altında insanın dış maddi sağlık ve yaşam koşullarının asgari bir korunması da gerekmektedir.[41]

Bir insanın nasıl ortaya çıktığı da önemli değildir. Önemli olan insanın ortaya çıkmış olmasıdır. Embriyona, insandan artakalan bir çöp-atık anlamı yüklenmez ve bir insan değeri verilirse, o takdirde bu embriyo tam olarak insan onuruna sahiptir.

Bu Alman hukuku açısından öğreti açısından anayasal temel bir ilkedir.

Federal Anayasa Mahkeme kararlarında da bu anlamda herhangi biri insansa, o tam olarak insan onuruna sahiptir.[42]

Burada çözülmesi gereken temel sorun, embriyona ne zaman insan yaşamı niteliği tanınacağı sorunudur. Belirtmek gerekir ki, Kant'ın görüşleri ile faydacılık akımı görüşleri burada birbirleriyle temel bir yaklaşım çatışkısı içermektedirler. Burada belirtelim ki, konuya hukuk alanında olduğu gibi etik alanında da farklı bakış açılarından yaklaşmak olasıdır ve nitekim örneğin kiralık annelik konusunda, taşıyıcı-kiralık anne rahmindeki embriyonun bir süre sonra diğer anneye naklinin insan onurunu ihlal ettiği dahi iddia edilmektedir.[43]

Başka bir görüş, insan onuru kavramının, her halükarda hümanizmin ve hümanist özerkliğin korunmasını gerektirdiği tezini savunmaktadır.[44]

Alman yazarlardan Maihofer kısmi bir itirazla atıf yaptığı Kant'a dayanak, devletin maddi meşruluğu için, onun herkesin mümkün olduğunca büyük oranda ve eşit haklarla donatılmış bireysel özgürlüğünü ve güvenliğini koru-

(41) Bu üç gereklilik için bkz. HÜBNER, Heinz. Menschenwürde und Fürsorgestaat im Sizilien Friedrichs II. von Hohenstaufen., in: Rechtstaat und Menschenwürde., FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 210, 212 ve 213. Belirtmek gerekir ki, özellikle Alman AY'nın 1. maddesinde her ikisi de dokunulmaz olarak düzenlenen eşitlik ve onur arasındaki ilişki başka çalışmalara da konu edilmiştir. Özellikle doğal ve hukuk anlamlarında her insan arasındaki eşitlik ve her insana eşit onur değerinin nasıl tanındığı ve gerekçelendirileceği ciddi tartışma konusudur. Buradaki eşitliğin doğal anlamda mı yoksa hukuksal anlamda mı olduğu doktrinde görüş ayrılığına neden olduğu gibi, eşitlikten herkesin eşit mi olduğu, eşitler arasındaki eşitlik anlamına mı geldiği, şans eşitliği olarak mı anlaşılması gerektiği veya paylaşım eşitliği olarak mı anlaşılacağı hususları öğretide sorunlu hususlardır. Bütün bu tartışmalardan bağımsız olarak, insanların hukuk önünde eşitliği ile insan onuru arasında doğrudan birer ilişki olduğu, her iki değerin de hukuk içinde ele alınması gerekli, hukuk devletindeki adalet idesine hizmet eden ve somut durumdaki koşullar ve ihlallerin değişmesi durumunda somut tarafları hukuk karşısındaki konumlarının ve buna bağlı olarak yaralandıkları hukuksal korumanın değişebilirliğine rağmen, hukuk toplumu içindeki birey açısından onur kavramının hem hukuksal hem de moral cephesinin (çift anlamının) bulunduğu ve bunların insani kişiliğin onuruyla ilişkili olduğunu kabul eden, kişiliğini özgürce geliştirmesi gereken insanın bu iki değerinin birlikte ve hukuk aracılığıyla korunacağı ve anlamlandırılacağı görüşüne (LAMPE, Ernst-Joachim. Gleichheitssatz und Menschenwürde., in: Rechtstaat und Menschenwürde., FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 267) katılmak gerekir: bir taraftan bu değerler hukuken korunurken diğer insanların da gözetilmesi ve fakat diğer yandan da onlar açısından da güvenlik yükümlülüklerinin kabul ve icrası, ancak bunların sosyal hukuk devleti içinde ele alınmasıyla mümkündür. Karş. MÜLLER-DIETZ, Heinz. Naturrecht und Menschenwürde – Anmerkung zum Werk Georg Büchners., in: Rechtstaat und Menschenwürde., FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 304-305.

(42) HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(43) Ayrıntılı bilgi için bkz. HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(44) KLUG, Ulrich. Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme., in: Rechtstaat und Menschenwürde., FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 236.

masını şart koşmuştur. Bu tür bir özgürlük, toplum içindeki bireyin insan onuruna değer veren toplumun gelişimi gibi münferit bireyin insan onuruna yakışan varlığı için ön koşuldu.

Buna karşılık İsviçreli ceza hukukçusu Günter Stratenwerth ise bu düşünceye, özellikle de bu yaklaşımdaki '*mümkün olduğunca büyük özgürlük*' gerekli-liğine karşı çıkmakta, diğer insan hakları ile insan onurunu karşılaştırarak bu hukuksal korumanın örnek bir hareket tarzı olamayacağını, kavramların soyutlaştırılmaları ve maddeden koparılmasının aynı zamanda onu hümanizmden de uzaklaştıracağını, eşitlik ve özgürlüğün geri plana itilmemesi gerektiğini, Nasyonal Sosyalizm uygulamalarına tepki olarak Alman Anayasası'na konulan bu ölçütü uygulamanın kuşkulu olduğunu, bu yaklaşımın her bireyin manevi tercihini dikkate alarak devleti bunu yerine getirmekle yükümlü kılarken devlete buna etkide bulunma olanağı vermediği ve münferit bireye mümkün olduğunca özgürlük tanımanın sınırlarının muğlak olması nedeniyle tek tek bireyler açısından düşünülebilir ise de toplum da dikkate alındığında bu önerinin uygulanma şansının zor olduğunu, Fransız Devrimi kaynaklı bu görüşün toplumsal yaşamdaki değişiklikler ve teknolojik gelişmeler nedeniyle artık uygulanamaz olduğunu belirterek, bu görüşe karşı kuşkularını ileri sürmektedir.[45]

Ancak belirtelim ki, bu yazar (Stratenwerth) da, bu görüşlerini eleştirdiği Maihofer ile görüş birliği içinde olduğu hususu, münferit bireyin özgürlüğünün insan onuruna yakışır bir yaşamın vazgeçilemez bir koşulu olduğu vakıası olarak belirtmektedir. Yazar, bu özgürlüğün özüne/çekirdeğine dokunulmasına hiçbir şekilde müsaade edilmemesi, hatta günümüz insanının yaşam krizinde dahi bireyin kendisince zorla yaratılan özgürleşmesinin söz konusu olduğunun dahi söylenebileceği ve münferit bireyin özgürlüğünün hukuk aracılığıyla korunmasında toplumun bütününün ve birlikteliğinin göz ardı edilmemesi gerektiğini belirtmektedir.[46]

IV - TÜRLERİ

Belirtmek gerekir ki, bu kavramın anlamı ve türleri ile gereklilikleri konusunda gerek geçmişteki gerek günümüzdeki doktrinde görüş farklılıkları vardır.

Konuyla ilgili olarak, 17. 05. 1992 tarihinde halk oylamasında kabul edilen İsviçre Anayasası'nın gen teknolojisi ve sun'i bitkilerde döllenme tıbbının kanuni kurallarını düzenleyen 24novies maddesinin insan dışı alana ilişkin 3. fıkrası, hayvan, bitki ve diğer organizmaların kopyalanması, sun'i döllenmesi vs. hususunda Federal Hükümete görev yüklerken, insan, hayvan ve çevrenin güvenliği ile yaratıkların[47] onurunun dikkate alınması ve hayvan ve bitkilerin genetik (değişik) üretiminden koruma ödevi yüklemektedir. Buna karşılık, 1987 yılında insanlarda sun'i döllenme ve gen teknolojisinin kötüye kullanmasına karşı olan bir inisyatif tarafından hazırlanan ve fakat Anayasa'nın bu kabul edilen 24 novies maddesi nedeniyle benimsenmeyen kanun taslağında, gen tekniklerinin insanlarda kullanımı nihai olarak

(45) Bkz. STRATENWERTH, Günter. "Großtmögliche Freiheit"?., in: Rechtstaat und Menschenwürde., FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 571-572. Karş. WIESEMANN, Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion, sh: 99-102.

(46) STRATENWERTH, "Großtmögliche Freiheit"?, sh: 585.

(47) Hayvanlar üzerindeki klonlama ve etik ilkelerin ihlal edilip edilmediği tartışmaları için bkz. BRAUN, Susanne. Bioethische Aspekte des Klonierens von Tieren., in: ARSP, 2003, Vol: 89, Heft: 3, sh: 339.

düzenlenmek istenirken, yalnızca insan onurunun korunması ile ailenin korunması ön plana çıkarılmış ve fakat bitki, hayvan, diğer yaratıklar vs. için onur kavramı dikkate alınmamıştı. Bu tutum, insan dışındaki varlıkların onurunun bulunup bulunmadığı tartışmasına yol açmış ve İsviçre kamuoyunu uzun süre meşgul etmiş bu tartışmalar nedeniyle, her ne kadar 1993 yılında yaşam ve çevrenin gen manipülasyonlardan korunmasına ilişkin halk inisyatifi (=Gen Koruma İnisyatifi) oluşturulmuş ise de, bu 1998 yılı Haziran ayında reddedilmiştir.[48]

Sorun insan dışı varlıkların/yaratıkların, özellikle hayvan, bitki, çevre v.s.nin onurunun var olup olmadığı olup, sorunun çözümü, onur kavramına verilecek anlam ve bu kavramı (değişik kullanım biçimi veya alanları anlamında dahi olsa) birden fazla çeşit ve içerikte anlayıp anlamamaya bağlıdır.

İnsan dışı varlıkların da onurunun varlığı görüşünü kabul ve savunmak için, doktrinde çeşitli yaklaşımlar vardır. Bunlardan birisi, Balzer-Rippe-Schaber tarafından ileri sürülen görüştür. Bu yazarlara göre, insan onuru önce iki gruba ayrılmalıdır: bunlardan birisi eşyanın içinde varolan (=inhärent)[49] insan onuru ve diğeri ise sınırlı maddi (=kontigent) insan onurudur. Kant, insan onuru düşüncesini açıklarken, önce "*doğa sistemi içindeki insan*" ile "*birey olarak insan*"ı özellikleri itibariyle karşılaştırıp, bize görünen insan (homo phanemomenon) ile ruhsal/manevi anlamda yaratık olarak insanı birbirinden ayırmaktadır. Esasında bu ayırım ve özellikler, düşünen hayvanın doğadaki diğer hayvanlardan farkını da açıklamaktadır.[50] Kant'ın yaptığı ayırımdaki insan türlerinden ilki (=inhärent) insan onuru[51], Alman Anayasası'nın 1. maddesinde ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Deklarasyonu'nda '*insan onuru dokunulmazdır*' pozitif düzenlemesiyle yansımasını bulan, kaybolup gitmeyen, sahip olunan, etik sorumluluğa saygı anlamına gelir ve sadece insanla ilişkili olarak kavranılır. Bu onur kavramı, insan dışı varlıkların onurunu kabul etmeye elverişli değildir. İkinci tür olarak söz edilen (=kontigent)[52] onur kavramı ise, yüksek bir değere saygı anlamına gelmekte olup, bu kavram insan dışı varlıkların onurunu kabul etmeye elverişlidir ve içeriği bölünebilir, kaybedilebilir ve tekrar kazanılabilir.[53] Manevi yaratık olarak (2. tür) insanın çok gelişmiş ve önemli özelliği, onun özgürlüğüdür. Bu özgürlük, hem kişinin kendisine karşı iç özgürlük hem de diğer insanlara karşı bağımsızlık anlamında dış özgürlüktür. Hruschka, Kant'ın değindiği bu özgürlük kavramının bireyin özerkliği/otonomisi olarak anlaşılması gerektiğini, bu özerkliğin bireye kural koyma kadar, onu ihlal olanağı da verdiği düşüncesindedir.[54]

Hruschka'ya göre, aslında Kant'ın insan onurundan açıkça söz etmesinin şaşırtıcı bir şey olmadığı, çünkü Kant'a göre insanlığın kendisinin bizatihi bir onur olup, birey ve her insanın insanlık

(48) BALZER-RIPPE-SCHABER, Peter. Menschenwürde vs. Würde der Kreatur, sh: 11 ve 12.

(49) Ayrıca bkz. THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 304.

(50) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 464 ve özellikle sh: 465.

(51) Kavram için ayrıca bkz. THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 301.

(52) Ayrıca bkz. THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 305.

(53) Bkz. BALZER-RIPPE-SCHABER, Peter. Menschenwürde vs. Würde der Kreatur, sh: 13. Bu ikinci tür insan onuru kavramının ise üç farklı biçiminin bulunduğu kabul edilmektedir (bkz. age, sh: 17-20). Karş. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 320.

(54) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 466.

onurunun pratik olarak benimsemekle yükümlü olduğu görüşündedir. Bu onur, her insana kendisinin ahlaki kişiliğinden gelmektedir. Her insan bir bireydir ve bu nedenle de bizatihi (kişinin onurunu gerekçelendiren) amacın kendisidir. İnsanların, diğer dünya varlıklarının birer eşya olmasından farklı olarak, bir fiyatları/bedelleri yoktur ve bu nedenle de, salt yalın bir araç olarak kullanılamazlar. Burada yeri gelmişken belirtmek gerekir ki, Kant, birey ve eşya arasındaki ayırımı hareketlerin isnat edilebilirliği bakış açısıyla yapmaktadır. Buna göre, birey, hareketleri kendisine isnat edilebilir nitelikte olan tek süjedir. Birey özgürlükle donatılmış bir varlık olduğu için, kendisinin özgürlüğünü gerekçelendiren hareketleri kendisine isnat edilebilir. Oysa, eşyanın özgürlüğünden söz edilemez ve bu nedenle de bir isnadiyet söz konusu olmaz.[55] Hruschka tarafından Kant'ın görüşlerine dayanılarak, onurunu kaybeden insanın artık manevi anlamda insan olmayıp, bize göründüğü gibi insan (homo phaenomenon) olduğunu, bu insanın artık akıllı hayvan, akıllı bir doğa yaratığı olarak kabul edileceği ve fakat manevi anlamda bir insan olarak kabul edilemeyeceği düşüncesindedir. Bu tür bir insanın ise belirli bir fiyatı (=bedeli) olan şeydir; artık eşyadır. Eşyaların yerine ise, bir şey ikame edilebilir. Bu anlamda insanın yeri doldurulabilir ve bu türdeki insanın yükümlülükleri bulunmamaktadır. O, manevi açıdan bir ölü gibi, kaybolmaktadır ve yükümlülüklerinden söz edilemez. Bizim ise bu insanı dikkate almamız gerekmez, bu insanın bizden özen talebi olamaz ve artık hakları da yoktur.[56]

Ancak belirtelim ki, bu kavramlardan ilkinin her ne kadar Aydınlanma düşüncesinden kaynaklanıyor ve Alman Anayasası ve bazı uluslararası sözleşmelerin metinlerine girmiş ise de, günümüz pratiğinde işlevsel ve uygulanabilir bir kavram olmadığı, güncel felsefi etik teorilerin kavramı bu anlamıyla kullanmadıkları ve diğer bazı yazarların ise bilimsel dünya bakışıyla bu kavramın özgür bir iradeyle kabulünün bağdaştırılamaz olduğu görüşünü savunduklarını, kavramı vazgeçilemez kabul edenlerin ise aynı zamanda insan onurunu '*salt yalın mantıki nedenlerden üretilmeyen' bir 'tanımlanamaz varlık/yapı*' olduğuna dikkat çektikleri burada ifade edilmelidir. Keza, bu iki yaklaşımı da reddeden ve kabul edilemez bulan, her iki görüşün kabulünün de kabul edilemez keyfi yo-rumlara kapı aralayacağı görüşünü savunan ve bu halleriyle bu görüşlerin kullandıkları kavramların özellikle tıp ceza hukukunda mantıki gerekçelendirilemeyeceğini belirten yazarlar da vardır.[57]

İnsan onuru, Alman Anayasası'nın maddi birlik-bütünlüğünü oluşturmaktadır. Temel haklarla birlikte vardır, birlikte korunur ve en üstün temel ilke kabul edilir. Öğretide baskın görüşe göre, Alman Anayasası'nda bireysel özgürlüğün korunması açısından sübjektif hakka kaynaklık eder ve objektif bir düzen için değer belirleyicisi ve normdur. Gözetim emri nedeniyle, onur, saldırıları bertaraf etmek için sübjektif bir haktır. Temel hakka müdahale ancak anayasal sınırlar içinde mümkündür. Bu sınır tartışmasında ölçülülük ilkesinden yararlanılmaktadır.[58]

(55) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 477.

(56) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 478.

(57) Tüm bu görüşler ve gerekçeleri için bkz. BALZER-RIPPE-SCHABER, Peter. Menschenwürde vs. Würde der Kreatur, sh: 21 vd.

(58) THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 302.

Şüphesiz burada dikkatlerden kaçırılmaması gereken önemli bir husus, insan onurunun dokunulmaz olduğunun bir anayasanın ilk maddelerinde düzenlenmesi, insan onurunun korunması için tek başına yeterli değildir.[59] Bu hükmün Alman Anayasası'nın ebedi hükümlerinden birisi olduğu, yani değiştirilemez hükümlerinden birisi olduğunun düzenlenmesinin de psikolojik ve diğer normların yorumlanmasında dolaylı katkısı var ise de, belirtilen amaç için uygulama normu niteliğindeki pozitif normların da gerektiği biçimde düzenlenmeleri gerekmektedir.

Bu nedenle aşağıda, önce karşılaştırmalı hukuktan ve daha sonra da mevzuatımızın durumu, bazı hükümlerin gerekçeleri ve uygulanmalarından kısaca söz etmek gerekmektedir.

V - ULUSLARARASI SÖZLEŞMELERDEKİ DAYANAKLARI

İnsan onuru kavramı uluslararası sözleşmelerin özellikle giriş/dibace kısmında ve bazen de ilgili bir maddede düzenlenmiş, aralarında ifade farklılığı içerseler dahi, genelde devletin insan onurunun gözetmek ve korumak yükümlülüğü altında olduğu biçiminde ifade edilmiştir. Örneğin 26. 06. 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 10. 12. 1948 tarihli İnsan Hakları Genel Beyannamesi (m. 1 ve dibace kısmı), 19. 12. 1066 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi ve UNESCO-nun 16. 11. 1945 tarihli oturumunda insan onurunun önemi ve gözetilmesi gerekliliği açıklamalarına yer verilmiştir.[60] AİHS ise 3. maddesinde konuya bireye uygulanacak ceza veya muamelenin sınırları bağlamında yaklaşmış ve hiç kimsenin insanlık dışı ya da onur kırıcı ceza veya işleme uğratılamayacağını düzenlemiştir.

VI - KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKUNDAKİ POZİTİF DAYANAKLARI

Bu kavramın 1945 sonrası en önemli-üst kavram halini almasının nedeni, 2. Dünya Savaşı'nda Nazi Almanya'sı uygulamalarının yarattığı vahşettir. Nitekim belirtilen pozitif düzenlemeler dışında, bir Alman direnişçi grubu (bu grup, Hitler'e doğrudan doğruya bir karşı gelme eylemine girişmemekle birlikte, düzenli olarak toplanmakta ve alternatif üretmeye çalışan bir gruptu), yeni bir Almanya düzeni oluşturmak için yaptıkları 1943 tarihli bir tasarıda, hukuk ve barış düzeninin esası olarak insan olan bireyin ihlal edilmeyen onurunun tanınmasını gerekli kılmaktaydı. Keza, 1944 tarihinde Sosyal Demokratların gelecekteki Alman Devlet Anayasası için oluşturdukları bir direktifte de, bireyin özgürlük ve onurunun korunmasının sağlanmasının Alman Cumhuriyeti devlet ve toplumunun temel ilkesi olduğu belirtilmişti.[61]

Bunlar dışında, bazı Alman federe devletlerinin anayasalarında da insan onuru kavramının gözetilmesi ve korunması gerekliliğine değinildiği görülmektedir. Baden-Württemberg, Bayern, Hessen, Hamburg, Saarland ve Nordrhein-

(59) İnsan onurunun korunmasına ilişkin bu düzenlemelere rağmen, burada gerçekten bir temel hakkın söz konusu olup olmadığı doktrinde uzun süre tartışma konusu edilmiştir (RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh: 64).

(60) Bilgi için bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 392.

(61) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 316.

Westfalen Anayasaları'nda, genel olarak ifade edilecek olursa, içerik olarak devlet faaliyetlerinde her devlet erkinin insan onurunu gözetmek ve korumak ödevi olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.[62] Daha sonra 01. 07. 1948 tarihli Herrenchiemsee adası Anayasa taslağı (-ki, bu yeni Alman devletinin anayasası için bir öntaslaktı) oluşturulurken, 18. 08. 1948 tarihinde ilk kez temel haklara ilişkin görüşmelerde insani kişiliğin onurundan söz edilmiş, bu formül 08. 12. 1946 tarihli Bayern Anayasası hakkındaki tavsiyeler içinde yer almış ve bu düzenlemenin giriş kısmında insan onuru korumasından ve 100. maddesinde ise yürütme-yargı ve yasamanın insan onurunu koruması gerekliliği düzenlemesine yer verilmiştir.[63] Buna ilişkin tartışmalarda birey-devlet ilişkisi arasında '*Tanrı*'ya da yer verilip verilmeyeceği tartışılmış, bu yönde öneriler olmuş ise de, bu teklif reddedilerek bu yöndeki öneriden vazgeçilmiştir. İnsan onuru, daha sonra, 01. 12. 1946 tarihli Hessen Anayasası'nın 3. maddesinde insanın yaşam, sağlık ve onurunun dokunulmaz olduğu biçiminde formülleştirilmiştir.

Keza, Herrenchiemsee Anayasasının 1/2. maddesi, insan onurunun dokunulmaz olduğu ve devlet gücünün uygulandığı her zaman devletin insan onurunu gözetmek ve korumakla yükümlü olduğu düzenlemesine yer verilmiştir.[64]

01. 09. 1948 tarihinde eski Alman Cumhurbaşkanı Konrad Adenauer'in başkanlığında toplanan ve Bonn Anayasası'nı yapan komisyonun hazırlık çalışmalarında farklı içerikte teklifler verildiği gibi, önerilen metin içindeki bazı ifadelere karşı çıkanlar da olmuştur; bu komisyon en son, 05. 05. 1049 tarihli 57. oturumda halen Alman Anayasası'nın 1/1. maddesinde düzenlenen formülde karar kılınmıştır.[65]

Keza halen mer'i Alman Anayasası'nın (m. 1/1) düzenlemesinden önce, 1919 tarihli Weimar Anayasası'nın 151. maddesinde de, insan onurundan söz edilmiş ve bu bağlamda, ekonomik ilkelere ilişkin adalet ilkelerinin insan onuruna uygun olması zorunluluğu düzenlenmiştir. Bu düzenleme, aradan geçen yaklaşık 30 yıl sonra 07. 01. 1949 tarihli DDR Sosyalist Anayasası tarafından iktibas edilmiştir. Bu Anayasa'nın 19. maddesinde, Weimar Anayasası'nın düzenlemesine benzer bir hükme yer verilmiştir. Keza 06. 04. 1968 tarihli ikinci DDR Anayasası'nın 19. maddesinde de aynı düzenlemeye yer verilmiştir. Fakat öğretide, insan onurunun korunması yönündeki bu anayasal emrin icrasına ilişkin uygun bir hukukun var olmadığı itirazı ileri sürülmektedir.[66]

1980 Yunan Anayasası'nın 2. maddesinin 1. fıkrası, devletin temel yükümlülüğünün insan onurunu gözetmek ve korumak olduğu hükmüne yer vermiştir. Burada Yunan Anayasası'nın hazırlanışı için 1975 yılından itibaren Almanya ile hukuk alanında yapılan ortak işbirliği çalışmalarının etkisi olduğu ve Yunan Anayasası'nın Alman Anayasası'nın 1/1, maddesini iktibas ettiği göz önünde tutulmalıdır. Tümüyle aynı olmasa dahi, her iki anayasanın ortaya çıkış nedenlerinde de benzerlik olup, otoriter-totaliter bir rejim ve hukukundan demokratik

(62) Bu anayasaların ilgili maddelerinin içeriği için bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 393, dipnotlar: 15-21.

(63) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 316.

(64) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 317.

(65) Ayrıntılı bilgi için bkz. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 317-319.

(66) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 315.

hukuk devletine geçişin izleri görülmektedir.[67]

Ayrıca 1933 ve 1971 Portekiz Anayasaları (m. 6, cümle: 3), 1947 ve 1967 İtalyan Anayasaları (m. 27/2), ceza yaptırımlarının insan onuruna uygun olması gerektiği bağlamında dolaylı açıdan 1961 Türk Anayasası (m. 14/4) ve 1978 İspanya Anayasası (m. 30 vd., m. 10 ve özellikle m. 3 vd.)[68] , 1937 tarihli İrlanda Anayasası'nda[69] da insan onuru kavramı ve gereğine yer verilmiştir.

VII - KARŞILAŞTIRMALI MADDİ CEZA HUKUKU DÜZENLEMELERİ

Alman CK.nun 130 ve 131. paragraflarındaki suç tiplerinin (halkı kanunlara karşı gelmeye, kin ve düşmanlığa tahrik) ihlali için, eylemin insan onurunu ihlal etmesi gerektiği şart koşulmuştur. Kamusal barışı ihlal etmeye elverişli ve böylece insan onurunu ihlal eden eylemle halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmeyi suç unsuru olarak düzenleyen 130. paragraftaki suç tipi, tipik hareket(ler)in mağdurun insan onurunu ihlal etmesini şart koşmaktadır.[70]

İsviçre ceza hukukunda suç tipleriyle insan onuru arasında doğrudan ilişkiyi kuran pozitif bir düzenlemenin bulunmadığı belirtilmekle birlikte, aynı yazarlar bu ilişkinin 'dolaylı' olarak var olduğunu kabul edilerek bu ilişki 'cebir-şiddet' kavramı üzerinden kurulmaktadır. Cebir-şiddet suçlarının insan onurunu ceza hukuku vasıtasıyla korumanın bir ifadesi olduğu, bu korumanın devlet gücüne karşı olduğu kadar çoğunlukla olduğu üzere diğer insanların eylemlerinden koruma biçiminde de ortaya çıktığı görüşü savunulmaktadır. Bu görüştekilerce Kant'a atfen yapılan açıklamada, günümüzdeki hukukun ilke olarak, ancak her insanın özgürlük hakkına tekabül etmesi durumunda meşru olabileceği belirtilmekte ve hukukun, başka bir kimsenin zorlayan keyfiliğinden bağımsızlığı ve her insanın eşitlik hakkının birbiriyle çatışmadığı, hukukun çoğunluktan ve diğerlerinden bağımsız olması bu iki husun birbiriyle değişken biçimde bağlantılı kılınabilirliğini ortadan kaldırmadığı, önemli ve mantıklı olanın, insan onurunun korunduğu ve yaşamsal değeri bulunan bir düzen olduğu ifade edilmektedir.[71]

(67) HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 390.

(68) Bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 396.

(69) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 315.

(70) Belirtelim ki, ceza hukuku doktrininde bu düzenlemedeki 'insan onuru' kriterinin belirsiz bir kriter olduğu, içeriğinin keyfi doldurulabileceği belirtilmekte ve bu kriter, yabancı hukukta bu paragraf ve kriterle karşılaştırılabilecek bir düzenleme olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir. Alman Federal Yüksek Mahkemesi, devlet biçimindeki bir toplumdaki vatandaş olarak yaşam hakkı sınırsızca tartışılıyorsa, bu durumda insan onurunun ihlal edildiğini kabul etmektedir. Şüphesiz bunu tespit için de, kişilik haklarının önemli ihlali, kişilik haklarının çekirdek kısmının/özünün ihlali, kişilik hakları alanının eşitlik ilkesini bozan bir ihlali, kişilik haklarının vazgeçilemez kısmının ihlali gibi yardımcı ölçütlere başvurulmaktadır. Bu tespit zorluğunda, şüphesiz insan onurunun bazı yazarlar ve yargı organlarınca soyut diğer bazılarınca da somut bir kavram olarak ele alınışı vardır (Bkz. SCHULTZ, Hans. Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht., in: Rechtstaat und Menschenwürde., FS für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag., Frankfurt am Main 1988, sh: 519). Ayrıca Alman Memurlar Kanunu, İnşaat ve Çevre Mevzuatında da insan onurunun korunması gerekliliğini doğrudan veya dolaylı olarak düzenleyen hükümler bulunmaktadır (bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 396).

(71) SCHULTZ, Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht, sh: 520 vd. ve sh: 526.

İnsan onuru kavramının, tıp hukuku açısından özel bir önemi vardır. Hasta olarak insan onurunun anlam ve öneminin hastanelerde dolaylı olarak gündeme gelmesine karşılık, hasta haklarının ihlali, ağır bedensel rahatsızlıklar, tedavi zorlukları, hastalığın kişi üzerindeki etkileri, başkasına bağımlılık, iyileşme beklentisi, hastaların utanabileceği bazı du-rumlar, çeşitli ve ciddi yaşamsal riskler, korunmasızlık konumları v.s. tıp etiği açısından insan onurunun çok sık ihlal edildiği veya ihlal riskinin ortaya çıktığı durumlar olarak kabul edilmektedir.[72] Ancak bu kavram tıp etiği kadar aynı zamanda hukuksal bir kavramdır ve tıp hukuku açısından önemli alanlarda belirleyici gerekçeleri oluşturmaktadır. Günümüz demokratik hukuk devletinin insan onurunun korunmasını baz aldığı, devletin bunu koruma ödevinin bulunması önemini daha da artırmaktadır.

Tıp hukukunda bu yönde ciddi araştırmalar ve bilimsel incelemeler yapılmamakla birlikte, kavram, gün geçtikçe tıp hukukunda ele alınan bir kavram olmaya başlamıştır. Sun'i döllenme, doğum biçimleri, ölüme yardım, organ nakli veya insan üzerinde araştırma yapılması gibi konularda insan onuru kavramı çok sık başvurulan gerekçeyi oluşturmaktadır. Nazi Almanyası'nda insanlar üzerinde yapılan araştırmalar, zorla kısırlaştırmalar v.s.'ye tıp alanında insan onurunun ihlali bakımından birer acı örnek olmakla birlikte, asgari riskler ve güvence normları ile insanlar üzerinde deney-denemelere izin verilmesi, ilaç araştırmaları v.s.de de kanunkoyucular kanuni düzenlemelere girişmişlerdir. Hatta son zamanlarda görüşleri taraftar kazanmaya başlayan yazarlarca, tıbbi müdahale ödevlerinin sağlık personelince yerine getirilmeyişi de, insan onurunu ihlal eden eylem olarak ifade edilmeye başlanmıştır. Tıbbi standarda aykırı müdahale, önemli tıbbi hizmetlerin verilmeyişi, teknik açıdan önemli eksiklikler nedeniyle, "*onurlu ölüm*" çok sık ifade edilmekte ve sun'i döllenmeler, sperm bankalarının kullanılması, kök hücre çalışmaları ve kiralık anne rahmi vakalarında tıbbi ve hukuki kurallara riayet etmemenin insan onurunu ihlal edip etmediği sorusu öğretide sıkça dillendirilmektedir.[73]

Günümüzde biyoetik alanındaki en güncel tartışmalar, birbiriyle ilişkili olan iki temel noktada cereyan etmektedir. Bunlardan birisi, sayın Heper'in haklı ifadesiyle[74], tartışmaların dönüp dolaştığı ve zaman zaman da kilitlendiği temel bir kavram olarak insan onuru, diğer ise bu tartışmalarda esas alınan moral teorisidir.

Buna karşılık belirtmek gerekir ki, biyoetik tartışmalarında insan onuru kavramının aşırı kullanımının diğer hak ve değerleri dışlayan, onları sınırlandıran daraltıcı bir rol oynadığı, insan onuru kavramının da sorgulanması gerektiği, sorgulanmadan yapılan peşin kabulün hemen her koruma düzenlemesi getirilmek istenen alanda gerekçe olarak dayanılabilecek joker bir kavram haline geleceği itirazı ileri sürülmektedir. Bu bağlamda "*insan onurunun biyolojikleştirilmesi tehlikesi*" nin de mevcut olduğu ve İnsan onurunu gerekçelendirirken, sırf biyolojik verilere dayanmanın, onun metafizik, ontolojik, antropolojik yanını ihmal etmek anlamına geleceği ve bunun bir tutarsızlık olduğu, insan onuru kavramının her derde deva bir kavram

(72) WIESEMANN, Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion, sh: 92.

(73) Bu tartışmalar için bkz. WIESEMANN, Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion, sh: 95-98.

(74) HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

olmadığı belirtilerek, insan embriyosuna getirilen hukuksal korumanın sınırsız mutlak ve kategorik olmadığına, birçok durumda oluşturulmuş embriyoların imha edilmesine izin verilmesinin bir çelişki olduğu vurgulanmaktadır.[75]

Bu tartışmalardan bağımsız olarak, etiğin tüm alanlarında referans olduğu[76] gibi, biyoetik alanı açısından da önemli etkileri olan insan onuru kavramı için de Kant'ın tezlerine bakılmaktadır. Kök hücrelerle deney konusunda deney taraftarı ve karşıtları da Kant'ı referans almaktadır. Bu nedenle Kant'ın tezlerine kısa bir bakış yararlı olacaktır. Zaten biyoetiğin bütün alanlarında Kant referans olmaktadır. Kök hücre konusunda Federal Almanya'da son yıllarda Parlamentoya sunulan 5 Kanun teklifinden birisi için Parlamentoda konuşma yapan parlamenterlerden bazıları açıkça Kant'a atıfta bulunmuşlardır. Burada açıkça, temel kavram olarak insan onuru ve insanın bizatihi değerinden kopartılıp bir alet haline getirilmesini, vasıta kılmanın neden kabul edilemez olduğu vurgulanmaktadır. Bilindiği üzere, Deontolojik ve Kantçı Etik anlayışında yasaklar ve emirler sonuçlarına değil, sadece fiilin kendi değerinden, bizatihi değerine bağlıdır. Bu prensip Kant'ın görüşlerinden, kategorik emperatif'ten hareket edilerek geliştirilmiştir. Kategorik Emperatif, Kant felsefesinde temel etik normdur ve kategorik emperatif bir amacın gerçekleşmesi için araç olan fiillerin değil de, bizatihi iyi olan fiillerin icra edilmesini buyurur.[77]

Türk ceza hukuku öğretisinde ise, bu kavram bazen şeref kavramı yerine, bazen bu kavramla birlikte bazen ise yakın bazı kavramları ifade açısından güçlendirmek için kullanılmaktadır.[78] Tek başına insan onurunu korumayı amaçlayan suçlardan söz edildiği gibi, bir suçun korumayı amaçladığı birden fazla hukuksal değer içinde insan onurundan da söz edildiği gözlemlenmektedir. Türk öğretisinden bir örnek verilecek olursa, TCK'daki soykırım suçunun birçok hukuksal değer yanında insan onurunu da korumayı amaçladığı[79] , keza insan ticareti suçu açısından da aynı durumun söz konusu olduğu, işkence suçunda da birden fazla hukuksal korunmasının amaçlandığı ve fakat bunlar içinde insan onurunun en ön planda olduğu, eziyet suçunun insanın maddi ve manevi bütünlüğü yanında insan onurunu da koruduğu, hakaret suçunun şeref hukuksal değerini korumayı amaçlamakla birlikte bu şerefin insan onuruna dayanan bir insana haklı olarak tanınan değer ve buna saygı gösterilmesine yönelik talep olduğu ve iftira suçunun korumayı amaçladığı hukuksal değerin adliye hukuksal değeri yanında ve onunla birlikte korunması amaçlanan şeref ve insan onuru olduğu ifade edilmektedir.[80]

(75) Nakleden HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(76) HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(77) HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

(78) İnsan onurunun ceza hukukuyla korunması açısından bkz. ÜNVER, Yener. Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer., Ankara 2003, sh: 936-937.

(79) TEZCAN, Durmuş-ERDEM, Mustafa Ruhan-ÖNOK, R. Murat. Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku., 5. Bası, Ankara 2007, sh: 64.

(80) Bu görüşler için bkz. TEZCAN-ERDEM-ÖNOK, Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, sh: 100, 226, 413 ve 797.

VIII - KARŞILAŞTIRMALI CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU DÜZENLEMELERİ

İnsan onuru kavramının ceza hukuku ile korunması ilk olarak ceza muhakemesi hukuku tarafından gerçekleştirilmiş ve Manga Charta Libertatum'dan her devlet müdahalesinde insan onurunun gözetilmesini ifade eden 23. 05. 1949 tarihli Alman Anayasası'nın 1. maddesinin 1. fıkrasından 39. maddesindeki düzenlemeye kadarki hükümlerinde yansımasını bulmuştur.[81]

İsviçre hukukunda ise yazılı normlardan ziyade yazılı olmayan hukuk devleti ilkelerinden kişilik hakları kapsamında ele alınan insan onurunun kanun koyucuya yaptığı düzenlemelerde soruşturma ve kovuşturma makamlarının insan onurunu gözetmek yükümlülüğünü dikkate alarak düzenleme yapması ödevini yüklediği görüşü benimsenmektedir. İsviçre'nin Solothurn Kantonu için 07. 06. 1970 tarihli CMK Öntasarısı'nın 1. paragrafının 1. fıkrasının paragraf kenar başlığı '*insan onurunun gözetilmesi*' olup, içeriğinde tüm muhakeme sürecinde şüphelinin insan olarak ele alınması gerektiği düzenlenmiştir. Benzer bir düzenleme, Uri Kantonu tarafından 29. 04. 1980 tarihli CMK'nda yer almıştır.[82]

IX - KARŞILAŞTIRMALI ANAYASA HUKUKU VE CEZA HUKUKUNDA KAVRAMLA İLGİLİ YARGI UYGULAMASI

Alman Anayasası'nın insan resmi/-tasarımı (=Menschenbild), devlet öncesi değerleri içeren düzen anlayışı kavramı içinde ortaya çıkar. Onur, en üstün değerdir ve özgürlükçü demokratik değerler düzeninin onurunu ihlal edemez.[83]

Alman Federal Anayasa Mahkemesi de değerler açısından nötr/tarafsız bir düzeni amaçlamayan Anayasa'nın temel haklar bölümünde objektif bir değerler düzeni kurduğunu ve bu düzenin merkezi noktasında sosyal bir toplum içinde bireyin özgürce kişiliğini geliştirmesi ve onun onurunun bulunduğuna karar vermiştir.[84]

Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1951 ve sonraki tarihli kararlarına bakıldığında, bu kararlarda insan onurunun genel geçerli bir tanımının Anayasa Mahkemesi tarafından yapılması yerine, karara konu olayla ilgili somut eyleminin insan onurunun ihlal edilip edilmediğinin karara konu olayla sınırlı olarak saptanarak, tanımdan ziyade ihlal biçimlerini belirtme yönteminin benimsendiği görülmektedir.[85]

Temel hakların üçüncü etkisine atıf yapan Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Elfes, Lüth ve Apotheker kararlarında da insan onurunun, kanun koyucunun keyfiliğinin maddi sınırlarını çok önemli ölçüde devlet öncesi gerekçelendirilen insan onuru olarak belirtmiş, düşünce özgürlüğü ve meslek hakkını, yukarıda belirtilen ve Anayasa'nın öngördüğü değerler düzeniyle ilişkilendirmiştir.[86]

Diğer yandan, Alman Federal Anayasa Mahkemesi Alman Hava

(81) 10. 12. 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Genel Beyannamesi'nin 1. maddesi, her insanın onur ve haklar açısından özgür ve eşit doğduğunu düzenlemektedir.

(82) SCHULTZ, Gewaltdelikte als Schutz der Menschenwürde im Strafrecht, sh: 518-519.

(83) THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 303.

(84) BVerfGE 6, sh: 32 ve özellikle sh: 41.

(85) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 319.

(86) Kararlar için bkz. THOMAS, Würde als absoluter und relationaler Begriff, sh: 303. Ayrıca bkz. BVerfGE 34, sh: 238.

Güvenliği Kanunu hakkında verdiği yeni tarihli bir kararında, şüpheli uçakların düşürülmesine olanak veren düzenlemenin insan onuru ve yaşam hakkı ilkesiyle bağdaşmadığının, devletin diğer vatandaşlarının hayatını kurtarmak için öldürülmelerine izin verilmesi suretiyle düşürülecek uçaktaki yolcuların var oluşlarından kaynaklanan öz değerinden arındırıldığının ve bu surette araç haline getirildiğinin ve salt bir obje olarak muamele görebileceğinin altını çizmiştir.[87]

Fakat, Anayasa Mahkemesi'nin bu kararında dikkat edilmesi gereken bir ayrıntı söz konusudur. Mahkeme bu kararında, diğer yolcular değil de doğrudan doğruya faili hedef alan bir uçak düşürme eyleminin teröristlerin insan onurunu ihlal anlamına geleceği konusunda konuya tereddütlü yaklaşmış ve bu insanların kendi insan onuruna da saygı gösterilmesi hakkının dikkate alınmayacağı görüşünü açıklamıştır.[88]

Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında ise genelde, ayırımcılık yapmak, söverek küçük düşürmek, alçaltmak-aşağılamak, haksız takibat veya acımasızca cezalandırmak[89], psikolojik cebir, bedensel zarar, kötüye kullanmak[90] gibi davranışlar insan onurunu ihlal eden eylemler olarak belirtilmiştir.

Alman Federal Yüksek Mahkemesi başka bir kararında bir tanığa maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıyla veya ispat konusu ile ilgisi bulunmayan soru sorulmasının, tanığın insan onurunu ihlal edeceğine karar vermiştir.[91]

Bu örnek kararlardan da açıkça anlaşıldığı üzere, Alman uygulamasında[92] insan onuru kavramı ayrıntılı incelenerek genel geçerli bir tanım verilmesinden ziyade, kavrama sadece satır aralarında ve somut olayla ilgili olarak sınırlı ve gerekçe bazında değinilmektedir. Burada genel bir tanım yerine, insan onurunun somut vakada ihlal edilip edilmediği tespitine yer verilmekte ve daha çok insan onurunu ihlal eden davranış modellerinin tespiti suretiyle kavramın tersinden tanıtımı, tanınması yöntemi benimsenmektedir.

Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi de bir kararında, insan onuru kavramın tanımının yapılamayacağını, hangi koşullar altında insan onurunun ihlal edilebileceğinin genel olarak söylenemeyeceğini ve fakat yalnızca münferit bir olay dolayısıyla insan onurunun ihlal edilip edilmediğinin tespit edilebileceğini, bu tepsi değerlendirmesinde insanın devletin tasarruflarında yalın obje olarak ele alınamayacağının gözden kaçırılmaması gerektiğini ve kanunların

(87) Ayrıntı için bkz. ARNOLD, Jörg. Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri (Çev.: İlker Tepe)., in: in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 544.

(88) ARNOLD, Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri, sh: 546. Karş. age, sh: 547.

(89) Bkz. RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh: 65. Karş. BGHSt 19, sh: 63. Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin konuyla ilgili önemli içtihatlarını oluşturan KPD Kararı, Kurumsallık İlkesi Kararı, Askeri Yükümlülük Kararı, Telefon Dinleme Kararı ve Mefisto Kararı ve bunların değerlendirilmesi için bkz. HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 397-404).

(90) HÄBERLE, Menschenwürde und Verfassung am Beispiel von Art. 2 Abs. 1 Verf. Griechenland 1975, sh: 425.

(91) BGH 1. StR 370/07 - 06. 11. 2007 - LG Stuttgart.

(92) Ayrıca bkz. ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, sh: 940.

icrasında insan onurunun ihlali ihtimalinde dikkatli uygulama yapılması gerektiğinin altını çizmiştir.[93] Mahkemeye göre; insan onuru Alman anayasal temel haklar değerler sisteminin en üst-yüksek değeri olup, Anayasaca güvence altına alınmıştır.[94]

İsviçre uygulaması açısından da insan onurunun uygulamada realize edilmesinin olanakları ve sınırları, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasında mahkemenin temel haklar anlayışını olumlu yönde etkilemektedir. Özellikle devlet organlarının müdahalelerine karşı bireyin korunması noktasında bu etki temel haklar bağlamında kendisini yoğun göstermektedir. Temel haklar arasında birbirlerine karşı ilişkilerin belirlenmesi, insan onuru temel hakkı bakımından özel anlam taşımaktadır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin somut olay uygulamalarında, temel haklar arasındaki ilişki ve bunların insan onuru ile bağlantısı açısından tercih edilen yöntem ve yorumu olduğu kadar, temel hakların korunması ve keyfilik yasağının icrası açısından da insan onuruna odaklı bir yöntemi kullandığı görülmektedir. İsviçre uygulamasında insan onuru salt yalın bir savunma hakkı anlamına gelmeyip, daha çok münferit bireyin kişisel gelişimi için devletin yerine getirebileceği ödevlerinin makul bir asgari standardına uyulmasını sağlamaktadırlar. Buna göre, temel hakların korunmasının makul anayasal sınırlandırılmalarının doğrudan doğruya insan onuru temel hakkının ihlal edilmesi olarak görülmelidir. İnsan onuru temel hakların içerik ve kapsamının belirlenmesi kadar birbirleriyle ilişkisinde de belirleyici rol oynamaktadır. İnsan onuru ilkesinin etki sahasının belirlenmesi için ise, orantılılık ilkesinden yararlanılmaktadır. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin temel haklar anlayışı, insan onurunun mahkemelerin uygulamasının sabit ve belirgin hale getirilmesi için bir veridir.[95]

İsviçre öğretisine göre, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin insan onurunun içerik ve etkisinin temel haklar anlayışı ve ayırıcı yöntemlerle belirlenmesi mümkün idi ise de, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin temel haklar anlayışı nedeniyle bunu şimdiye kadar yapmadığı belirtilmektedir. Esasen İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi, insan onurunun farklı belirginlik derecesinin bulunduğu argümanına dayanmaktadır. Bir program ilkesi olarak insan onuru tüm devlet kurumlarına tüm kararlarında insanın değerliliğinden hareket eden değerler düzenini gözetme ödevini yüklemektedir. Böylece bireyin kendisinin bizatihi değer olduğu ve insanın kişilik haklarının korunması gerektiği emrini içeren normatif bir anlayıştan hareket edilmektedir. Bu, somut olaya ilişkin kararlarda değişkenlik göstermektedir. Nitekim İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin bu bağlamda muhakeme hukukunda, özgürlüğün korunmasında, kişilik haklarının korunmasında, ceza infaz hukuku alanında, bireyin özerkliği alanında, bireyin özel ve gizli yaşamında,

(93) BVerfGE 30, sh: 1. Ayrıca bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – Studienwahl (Band 1-89), (Hrsg. Jürgen Schwabe), 6. Auflage, Hamburg 1994, sh: 24-25. Karş. aynı karara karşıoy yazısı yazan üç hakimin görüşleri, age, sh: 25.

(94) BVerfGe 32, sh: 98.Ayrca bkz. BVerfGE 6, sh: 32; BVerfGE 27, sh: 1 ve BVerfGE 30, sh: 173 ve 193.

(95) MASTRONARDI, Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz, sh: 133-134. Ancak, öğretide bu konu üzerinde çalışılması ve insan onuru anayasal ilkesinin hukuksal metodik anlamı ve olanaklarının temel haklar teorisinin esasları karşısındaki konumunu izah makul somutlaştırıcı yöntemlerin ve bütüncül bir temel haklar anlayışının geliştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir (bkz. age, sh: 135).

devlet gücünün kullanılması alanları ile kişilik ve temel hakların yorumunda uygulamaları bulunmaktadır.[96]

İsviçre uygulamasına göre, insan onuru toplum içinde bireyin kendine özgü değerinin yüksek kabul edildiği bir değer düzenidir. Bunun münferit birey açısından anlamı, kamusal makamların bireyi salt obje olarak ele almamaları, bilakis onu bir süje, bir birey olarak dikkate almaları gerektiğidir. Bireyin, kendisi hakkındaki kararlarda katkısının olması gerekir. Bireyin özgürlüğünün sağlanması ve kendisine toplumda maddi değerler üzerinde bir konum tanınmalıdır. İnsan onuru, İsviçre Federal Yüksek Mahkemesi'nin uygulamasında anayasanın doğrudan doğruya uygulanabilir bir temel hakkı anlamına gelmemektedir. O daha çok, bir değer, bir hukuksal değer, koruma normu olarak kişisel özgürlük, hakların devredilemezliği ve vazgeçilmezliği ve şekli hukuktan kaçınma yasağı anlamına gelmektedir. Kavram, geniş anlamıyla, kişisel temel hakların korunmasına hizmet etmektedir.[97]

İnsan onuru kavramının temel hak içeriği ve en yüksek belirsiz derecesi nedeniyle, kavramın sınırlarının açık olması zorunludur. Bu bağlamda, insan onuru kavramının belirtilen bu iki özelliği devletin keyfilik yasağına uymasına hizmet edecektir. Ancak, insan onurunun mümkün olduğunca yaşama geçirilmesi, ülkenin ekonomik gücünün iyi olması, politik yapının olgunluğu ve bireyin kişiliğini geliştirmesinin koşulları için gerekli ekonomik ve teknik gelişimin gereklerine sahip olmaya bağlıdır.[98] İnsan onuru bütünü değil, bütünün önemli ama sadece bir kısmını dikkate aldığı için, öğreti insan onurunu teorik bir anlayışla kavrayamaz. İnsan onurunun etkileri özellikle dört konuda daha etkindir: Bunlar, ceza muhakemesi hukukunda süjeliğin güvenceleri, kişilik haklarının korunması, bütün insanların eşit onura sahip olduğu ve bunun korunması gerektiği ile insan onuruna yakışır toplum bir programı olarak teknik ve bürokrasinin hümanistleştirilmesi ve yaşam kalitesinin geliştirilmesini gerektirmesidir.[98]

Kavramın içeriğinin oluşturulmasında özellikle AİHS'nin 3. maddesinin ihlal edilip edilmediğine ilişkin tespit kararlarıyla, AİHM'nin içtihatlarının önemli rol oynadığı gözden kaçırılmamalıdır. Özgürlüğünden yoksun bırakılan kimse dahi olsa, o kişiye insan haysiyetine aykırı muamele yapılamayacağını ve aksi uygulamanın AİHS'nin 3. maddesini ihlal edeceğini[99] belirten AİHM, işkence ve kötü muamele iddialarına ilişkin olaylarla bağlantılı başvurularla ilintili birçok diğer kararında da münferit davranış biçimlerinden hangilerinin insan onurunu ihlal ettiği tespitinde bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 8 Kasım 2006 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanan 25.11.2005 tarihli 91 sayılı kararıyla

(96) Ayrıntılı bilgi için bkz. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz, sh: 169-175. İsviçre Federal Yüksek Mahkemesinin insan onuruna ilişkin uygulamasının eleştirisi için bkz, age, sh: 175 vd. ve 274.

(97) MASTRONARDI, Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz, sh: 309-310.

(98) Bkz. MASTRONARDI, Der Verfassungsgrund der Menschenwürde in der Schweiz, sh: 316-317. Kavramın etki alanı olarak belirtilen toplum programının içeriğinin İsviçre öğreti ve uygulamasına göre eleştirisi için bkz. age, sh: 317-321.

(99) Bkz. GEMALMAZ, Mehmet Semih. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Işığında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Madde 3/İşkence Yasağı) Analizi., Ankara 2006, sh: 450. Bu konudaki genel standartlarla AİHM'nin bu alandaki olguları tespiti, işkence-insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele kavramları arasındaki farklılıklar ile asli içtihatlar ve bunların değerlendirilmesi için özellikle bkz. age, sh: 466 vd., 499 vd., 757 vd, ve 779 vd.

Askeri Ceza Kanunu'nun 35. maddesinin son fıkrasındaki "*ceza rütbenin kıt'ası huzurunda sökülmesi suretiyle yerine getirilir*" şeklindeki hükmü, modern ceza hukuku anlayışı ile insan onuru kavramına aykırılık teşkil ettiği mülahazasıyla ve Anayasa'nın 17. maddesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir. Mahkeme bu kararında insan onuru kavramını, '*insanın insan oluşunun insana kazandırdığı değer*' olarak tanımlamıştır. Karar şöyledir: "*Anaya-sa'nın 17. maddesinin üçüncü fıkrasında "Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz" denilerek, bireyi başkalarının ya da kendisinin gözünde küçük düşüren, insan haysiyetiyle bağdaşmayan veya onur kırıcı ceza ya da muameleye tabi tutulamayacağı öngörülmüştür. Anayasa Mahkemesi kararlarında belirtildiği üzere, insan haysiyeti kavramı insanın ne durumda hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerin tanınmasını ve sayılmasını anlatır. Bu kavramın gelişmesi ve yerleşmesi çok uzun bir zaman almış, prangabentlik, teşhir, boyunduruk, dayak gibi cezaların kaldırılması bu sayede mümkün olabilmiştir. Bu bağlamda, örneğin, işlediği bir suç nedeniyle bireyin dayak, teşhir vb. bedensel ceza ya da muamelelere maruz bırakılması insan onuruyla bağdaşmaz. Keza, aleni infaz uygulaması, suçlunun ıslahını hedef alan modern ceza siyaseti anlayışı çerçevesinde demokratik hukuk devleti ilkesiyle de bağdaşmaz. Erbaşlar hakkında, bir kısım askerî suçlardan mahkûm olmaları halinde buna bağlı olarak rütbelerinin geri alınması cezası da verilmekte ve bu ceza, cezalının kıtası huzurunda rütbesinin sökülmesi suretiyle yerine getirilmektedir. Rütbenin geri alınması cezasının bu şekilde infaz edilmesi aynı zamanda cezalının teşhir edilmesi sonucunu da doğurmaktadır. Oysa suçlunun teşhir edilmesi, modern ceza hukuku anlayışıyla bağdaşmadığı gibi Anayasa'nın 17. maddesinde yer alan kimsenin insan onuruyla bağdaşmayan bir ceza veya muameleye tabi tutulamayacağı yolundaki ilkeye de aykırı bulunmaktadır. Yukarıda açıklanan nedenlerle dava konusu yasa kuralı Anayasa'ya aykırıdır, iptali gerekir".*[100]

X - TÜRK CEZA HUKUKUNA İLİŞKİN KISA BİR DEĞERLENDİRME VE ÖNERİLER

1- Halen insan onuru kavramının herkesi tatmin eden bir tanımı yapılmış olmayıp, içeriği muğlak bir kavramdır. Günümüz ceza hukuku öğretisinde kavramın ne anlama geldiği, tanımı ve sınırlarından daha çok bazı hukuk devleti ilkesine aykırı uygulamaların eleştirilmesi veya reddi için gerekçe olarak ileri sürmek ve daha çok da başka kavramlar yerine kullanmak genel tercih edilen bir davranış modelidir.

2- İnsan onuru kavramı, bir özgürlükçü, demokratik sosyal hukuk devleti kavramı olarak ele alınmalıdır.[101] Bu bağlamda, düşman ceza hukuku öğretisi[102] reddedilmelidir.

İnsan onuru kavramının gereklerinden birisi de, insan haklarının önceliğidir. Genel insan hakları, onurlu bir insan yaşamını gerektirir. Bu gereklilik, insanın yaşamı, özgürlüğü ve

(100) HAKERİ, Hakan. Ceza Hukuku, Genel Hükümler, 6. B., Ankara 2007, sh: 43 ve 44.

(101) Ayrıca bkz. ÜNVER, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, sh: 941.

(102) Bu öğreti, anlam ve etkileri ile eleştirisi için özellikle bkz. Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Ceza Hukuku Serisi, Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 489-707.

güvenliği gibi, beslenmesini, kendisini geliştirmesini, konaklamasını da gerektirmektedir ve aynı zamanda kanun (daha doğru bir ifadeyle hukuk) önünde eşitlik, yargı bağımsızlığını da şart koşmaktadır. İnsan onuru, bir cephesiyle insan haklarının asli ve öncelikli oluşu vurgusunu ifade etmekte olup, insan haklarının en yüksek zirvesi kabul edilmekte, ikinci bir cephesi ise alan olarak az ancak ağır basan bir cephesidir ve bundan amaç olduğu kastedilir.[103]

Burada belirtmek gerekir ki, insan onuru kavramı ile diğer tüm temel haklar Kant ile açıklanamaz ve esasen açıklanmak zorunda da değildir. Çünkü Kant'ın görüşleri, düşman-vatandaş ceza hukuku ayırımına dayalı da olsa, düşman ceza hukuku anlayışına kapı aralar niteliktedir. Kant bu sorunu doğa durumu ile devletin varolduğu durum arasındaki eşiğe yerleştirmekte ve kişileri mülkiyeti güvence altına alabilmek için diğer kişiyi/kişileri vatandaşlık sözleşmesi yapmaya mecbur bırakabilir. Kant '*Edebi Barış Üzerine*' isimli eserinde, insanları güvenliğinden mahrum bırakan, güvensizlik ortamı aracılığıyla başkasına zarar verir, devamlı surette diğer insanları taciz ederse, muhatap kimselere de bu kimseyi 'toplumsal-kanuni bir statü' içine girmeyenleri toplumun dışına atabilir veya bir güvenlik tedbiri altına girmeye razı olmak zorunda olan bu kimseleri bir '*düşman*' olarak kabul edebilirler.[104]

Düşman ceza hukuku öğretisinin mimarı Jakobs, görüşlerini esas olarak Kant'ın '*Sonsuz Barış Üzerine*' isimli eserindeki açıklamalarına dayandırmaktadır: *"Kural olarak bir kimseye karşı, onun tarafından bir saldırıya uğramadan, düşmanca hareket edilemeyeceği kabul edilmektedir; fakat bu, uygar ve hukuksal bir durum içinde yaşayan iki insan için geçerlidir. Çünkü böyle bir durum kabul edilerek, her ikisinin de birbirlerine, aynı yöneticiye bağlı olarak bu güvence(yi) vermeleri söz konusudur. Ama sadece doğa durumunda bulunan bir insan ve/veya milletler, yanımda komşu olarak bulunması yüzünden, benim güvenliğimi tehlikeye atar ve beni fiili olarak olmasa dahi, içinde bulunduğumuz durumun yasasızlığı, yanın bulunmayışı nedeniyle (statu iniusto), devamlı bir tehditle karşı karşıya bırakır. Bu durumda ben onu ya benimle birlikte ortak yasalara bağımlı olmaya ya da komşuluğumdan uzaklaşmaya zorlayabilirim. İşte bundan sonraki maddelerde temel olacak ilke şudur: Birbirleri üzerinde etkileri bulunan insanlar, herhangi sivil bir Anayasaya sahip olmak zorundadırlar."*[105]

Ancak belirtelim ki Jakobs'un düşman ceza hukuku görüşlerini oluştururken Kant'ın atıf yapılan bu açıklamalarının bir kısmını doğru anlamakla birlikte, devamını yanlış anlayıp yanlış yorumladığı ve düşman ceza hukukuna ilişkin bu açıklamaların kendi içerisinde çelişki içerdiği belirtilmektedir. Buna göre, her ne kadar bireye zarar verebilecek nitelikte uygar ve yasal durumun dışında bir suç işleyen kimsenin düşmanca muameleye tabi tutulacağı Kant

(103) Bu gerekçelendirmeler ve insan onuru ile gerekçelendirilmeyen, insan onurunu kaynak olarak kabul etmeyen durumlarda o insan hakkının meşruluğunu kaybedeceği görüşü için bkz. WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 325. İnsan onuru değerinin güvenlik endişesine feda edilmemesi gerektiği hususunda bkz. ÖKÇESİZ, Hayrettin. "Düşman Ceza Hukuku., in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 559.

(104) JAKOBS, Günther. Yurttaş Ceza Hukuku ve Düşman Ceza Hukuku (Çev.: Cemil Ozansü)., in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 493-494.

(105) ARNOLD, Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri, sh: 533-534'den naklen.

tarafından belirtilmiş ise de, buradaki 'düşmanca' ifadesinden kastedilen şeyin kişi olmaktan çıkarma anlamında karakterize edilmiş biçimde değil, ceza kanununa göre belirlenmesi gerektiği, Kant'ın çalışmasının bütününde savaş durumu olarak anlaşılması gerekenin doğa halinde bir kişinin düşman olarak muamele görebileceğini dile getirdiği görüşü savunulmaktadır.[106] Diğer yandan, Kant'ın buradaki '*toplum dışına çıkarmak*' ifadesinden Jakobs'un anladığı anlamda dışarı atmak veya bir yere kapamak anlamının çıkmayacağı, güvenlik önlemi altında tutmak örneğinin buraya oldukça uzak bir konu olduğu ve bu yorum tarzının bizatihi Kant'ın görüşlerine aykırı olacağı belirtilmektedir.[107]

3- İnsan onuru kavramının içi boşaltılmamalı, kavrama fazla-gereksiz anlamlar yüklenerek kavram işlevsiz ve inandırıcı olmayan bir hale getirilmemeli; aynı şekilde kavram soyut bir slogan tarzında da kullanılmamalıdır. Bu kavrama, çağdaş hukuk ve hukuk felsefesinin gerektirdiği anlam yüklenerek, somut ve işlevsel bir kavram olarak anlaşılıp uygulanmalıdır.

4- Nasıl her kanuni düzenleme veya yüksek mahkeme kararı doğru ve hukuka uygun değilse, ceza hukuku açısından da önemli bazı temel kavramların mutlaka Kant veya Hegel'in görüşleriyle tutarlı olması veya açıklanabilir olması veyahut bu ve benzeri filozoflarca incelenmiş bulunmaları da hukuksal veya felsefi açıdan gerekli değildir; esasen bu olanaklı da değildir. Belirli işlevsel bir hukuksal değeri ifade eden terim veya kavramın bu filozoflarca incelenmemiş olması veya görüşleriyle çelişmesi ya da tutarlı açıklanamamaları, bu kavramın gereksiz, kullanımı hatalı ya da tehlikeli olduğu anlamına gelmemektedir. Örneğin bugün ceza hukukunun amaçlarından birisi olduğu gibi ceza yaptırımlarının en temel kavram ve kurumlarından birisi olan güvenlik tedbirlerini gerekçelendiren özel önleme amacı, Kant ve Hegel tarafından benimsenmemekte, insan onurunun ihlali olarak nitelendirilmiştir. Bu filozoflara göre, devletin yetişkin bir kimseyi eğitip tedavi etmesi insan onuru ile bağdaşmaz. Talihsiz bir biçimde, Alman Federal Yüksek Mahkemesi kararında da, devletin vatandaşını iyileştirmek ödevi bulunmadığı ve Alman Anayasası'nın 1/1. maddesinin zorla tedaviyi yasakladığı, aksi halde yetişkin bir kimsenin dokunulmaz kişilik haklarının ihlalinin söz konusu olacağı ifade edilmiştir.[108] 1975'lı yıllardan itibaren ceza hukukunun özel önleme amacından uzaklaşma ve genel önleme amacının ön plana çıkarılması eğilimi de[109], hukuksal görüş ve değerlendirmelerin zaman ve mekana göre gösterdiği farklılık yanında değişim de geçirebileceğini göstermektedir. Şimdiye kadar ceza ve/veya güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımların hukuka uygunluğunun nasıl gerekçelendirileceği hakkında çok ak kafa yorulmuştur. Bugün Alman hukukunda ceza yaptırımının hukuka uygun olup olmadığını tespit için iki temel ölçütten yararlanılmaktadır. Bunlardan birisi

(106) Bkz. ARNOLD, Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri, sh: 534.

(107) Bkz. BUNG, Jochen. Normun Geçerliliği Teorisi Olarak Düşman Ceza Hukuku ve Kişi (Çev.: Yener Ünver)., in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 608.

(108) ROXIN, Claus. Strafrecht - Allgemeiner Teil., Band: I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Auflage, München 2006, sh: 76 ve sh: 86.

(109) Bkz. ROXIN, Strafrecht, sh: 77.

değerlerin dengelenmesi/tartılması, diğeri ise insanın değer ve onurudur.[110]

5- İnsan onuru kavramı, içerik ve sınırları açısından belirginleştirilmeli ve başta tıp hukuku olmak üzere bilimsel ve teknolojik gelişmelerin hızla ilerlediği alanlardaki yeni ihtiyaç ve olanakların da göz önüne alınması suretiyle, anlaşılır bir içerikle doldurulmalıdır. Bu kavramdan vazgeçmemek gerekir. İnsan yaşamı ve toplumsal yaşam, teknik, bilim, yeni ihlal modelleriyle birlikte bu kavramın içeriği de gelişmekte ve adeta bizimle birlikte değişmektedir.[111] Tüm tartışmalara karşın insan onuru kavramından vazgeçilemez. Bu kavramla ilişkilendirilmemiş insan yaşamı ve insan-devlet ilişkisi, amaçlanan ve arzulanan bir şey olmadığı gibi insanın bizatihi amaç oluşu anlayışına da aykırıdır.[112] Somut vakalarda insan onurunun ihlal edilip edilmediği kararlarımızda hata yapabiliriz ama bu kavramın geliştirilip içeriğinin belirginleştirilmesi ve ilgili pozitif normların oluşturularak uygulanmaları birçok alandaki suistimalleri önleyecek, kavram insan hakları ve kavramı gibi insanı koruyan önemli bir mekanizmaya dönüşebilecektir. AİHM'nin içtihatlarındaki yaklaşım ve açıklamalar kavramın anlamlandırılması ve kullanımı için bir şanstır ve mümkün olduğunca azami biçimde bundan yararlanılmalıdır.

İnsan onuru, tıpkı kusur ve özgürlük gibi varlığı ispatlanabilir şey olmamakla birlikte, varlığı ve kendisine yüklenen işlevleri hukukta gerekli bir kavramdır. Diğer yandan bu kavramın günümüzde olgusal argümanlarla kabulü, daha az eleştiri götürmektedir.[113]

6- Hak koruması için dahi olsa, herkesin onurunun eşitliği gerekli kıldığı için, bazıları kanun koyucuya bazıları somut olay hakimine hitap eden maddi ve usul hukuku ilkeleri insan onuru kavramının dolaylı gerekleridirler. Bunlardan önemlilerini şöyle belirtebiliriz: (sadece kanun değil) hukuk önünde eşitlik, in dubio pro libartate, in dubio pro reo, ve kuşkudan özerklik (otonomi) yararlanır, kuşku halinde mantıktan yana tutum alınır, kontrolün kontrolü olmaksızın kontrol olmaz.[114]

7- İnsan onuru kavramı bireyin genelde kendi kaderini tayin hakkı ve özelde özgürce tercih yapma hakkı ile doğrudan ilişkilidir ve bu hakkın tıp hukukunda bazı yansımaları ve gereklilikleri vardır. Bu bağlamda aktif ve pasif ötanazi eylemleri cezalandırılmayan hareket olarak kabul edilmeli[115], çocuklar ile bedensel veya ruhsal rahatsızlıklar nedeniyle iradi karar verme yeteneği ortadan kalkmış veya sınırlanmış olanlar ve keza iradeyi ortadan kaldıran maddi veya manevi cebir, yanıltma v.s. halleri hariç, intihara yardım ve ikna suçu suç olmaktan çıkarılmalı, iyileştirme amaçlı yapılsa ve en iyi başarılı tedavi ile sonuçlansa dahi bireyin rızası olmaksızın yapılan tıbbi müdahalelerin hukuka aykırı ve/veya suç teşkil ettiği kabul edilmelidir.[116]

(110) Ayrıntılı bilgi için bkz. ROXIN, Strafrecht, sh: 97-98.

(111) WIESEMANN, Medizinethik und Menschenwürde Paradox und Dekonstruktion, sh: 105.

(112) WETZ, Die Würde des Menschen – Ein Phantom?, sh: 324.

(113) ROXIN, Strafrecht, sh: 94.

(114) Bu ilkelerin açılımı için bkz. KLUG, Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme, sh: 250-251.

(115) Karş. KLUG, Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme, sh: 244 vd.

(116) Bkz. BGHZ 90, sh: 103.

8- Ötanazinin, özellikle de aktif ötanazinin yasaklanması, mevzuatımızda talep üzerine adam öldürme eylemine ilişkin bir suç düzenlenmediği gibi ölüme yardımın kurumsal olarak düzenlenmeyişi eksikliği bir yana intihara yardım ve ikna suçunun uygulanma alanının TCK ile aşırı genişletilmesi, insan onuru ve bunun doğal gereklilikleri olan kendi kaderini tayin ve onurluacısız bir ölüm hakkı ile de çelişmektedir. Aktif ötanazinin, suistimalleri önleyici mekanizmalar kurularak ve ölüme yardım merkezleri de devreye sokulmak kaydı ile kanuni olarak düzenlenmesi gerekir.

İnsan onuru kavramının tıp hukuku alanında en çok tartışıldığı konulardan birisi aktif ötanazi konusudur. Özellikle aktif ötanazinin ceza sorumluluğu gerektirmeyeceğinin kanunen düzenlenmesine taraftar olanlar, yaşlı ve tedavisi olanaksız ağır ıztıraplar veren bir hastalığa yakalanmış kimselerin onurlu ölüm hakkından söz ederek, ötanaziyi savunmaktadırlar. Bu akıma karşı olanlar ise içerisinde dini mülahazalar da olmak üzere bu hasta veya yaşlı kimselerin rıza ehliyetini sorgulamakta ve tıbbın amacının ölüme yardım değil en son ana kadar iyileştirmeye çaba sarfetmek olduğunu belirtmektedirler.[117] İnsan onuru, otonomisi (=özerkliği) ve amaç iken araç haline getirilmemesi gerektiği düşüncesi nedeniyle, tedavisi olanaksız bir hastalık nedeniyle ağır acılar çeken bir kimsenin özgür iradesiyle onurlu bir biçimde ölme hakkının bulunduğu ve bu isteğinin belirli formlarda tespiti sonrası usulü dairesinde onurlu ölüme yardım etmenin meşru sayılması gerektiği belirtilmektedir. Karşı görüştekiler ise, insanın her yapabileceği şeyi yapma hakkının bulunmadığı, bu anlayışın insanı ciddi bir tehlike içine attığı, insanı yaşatmak için ne gerekiyorsa yapılması gerektiği, özerkliğin kendi konusu ile sınırlı olduğu ve insanın hareket gücünün sınırının ölüm olması nedeniyle, burada insanın özerkliği gerekçesinin yeterli olamayacağı gerekçelerini ileri sürmektedirler.[118]

9- Şüphesiz burada onur kavramı incelenirken özellikle "*insan*" onurundan söz edilirse, yeni terim ve kavramlar kullanılmadıkça, doğmamış cenin, fötus, laboratuarda döllenmiş (ve anne rahmine yerleştirilmiş veya yerleştirilmemiş) yumurta, embriyonun onurunun varlığını kabul sorunludur.[119] Her ne kadar kanun koyucular özensizce bazen doğru olarak cenin veya fötus terimini kullanıyor ve

(117) Ayrıntı için bkz. BAUMANN-HÖLZLE, Ruth. Gelungenes Altwerden und Sterben im Spannungsfeld von Macht und Menschenwürde – Theologische und sozialethische erwägungen zum Altwerden und Sterben., in: Wie Menschenwürdig sterben? Zur debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung, Zürich 2000, sh: 72 vd. Karş. SCHMITT-MANNHART, Regula. Altern und Sterben in Würde., in: Wie Menschenwürdig sterben? Zur debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung, Zürich 2000, sh: 266-268.

(118) BAUMANN-HÖLZLE, Gelungenes Altwerden und Sterben im Spannungsfeld von Macht und Menschenwürde, sh: 79 ve 80. Karş. STEINER-KÖNIG, Ursula. Das Recht auf einen würdigen Tod: Solidarität mit Sterbenden – Rationierung in der Medizin – "Tod auf Verlangen"., in: Wie Menschenwürdig sterben? Zur debatte um die Sterbehilfe und zur Praxis der Sterbebegleitung, Zürich 2000, sh: 86, 91 ve 95.; PAP, Michael. Juristische Stellungnahme zur Frage der Euthanasie an Säulingen., in: Aneignung und Enteignung – Der Zugriff der Bioethik auf Leben und Menschenwürde-, Duesseldorf 2000, sh: 137 vd.; ARNTZ, Klaus. "Aktive Sterbehilfe" – Möglichkeiten/Grenzen/Alternativen., in: Aneignung und Enteignung – Der Zugriff der Bioethik auf Leben und Menschenwürde-, Duesseldorf 2000, sh: in: Aneignung und Enteignung – Der Zugriff der Bioethik auf Leben und Menschenwürde-, Duesseldorf 2000, sh: 263 vd.

(119) Belirtmek gerekir ki, bu alanlar sadece Türk hukuku açısından değil başta Alman hukuku olmak üzere Avrupa ülkeleri hukukunda da tartışmalıdır. Hamileliğin durdurulması/sonlandırılması ve yeni gen tekniklerinin kullanılması örnek Alman yargı kararları ve öğretisi için bkz. RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh:71-75.

çok sık TCK'nda olduğu gibi doğmamış cenine '*çocuk*' diyor ise de, hukukumuz hem embriyonun korunması, kök hücre ve genetik araştırmalar vs. mevzuatına sahip olmadığı hem de doktrin ve uygulamamız ancak bir kişinin anneden sağ olarak doğmakla insan-çocuk kabul edildiği ve kişiliğin başlangıcı olarak doğum anını esas aldığı için, sadece '*insan onuru*' teriminin kullanılması bu alanlarda yetersiz kalmaktadır.

Kant'ın görüşlerine dayanan Hruschka, henüz doğmamış da olsa insan embriyosunun, insani fötusun bu anlamda yetişkin insandan farklı ele alınamayacağı, dünyaya getirilebilir bu üretimin/varlığın Kant'ın görüşleri anlamında özgürlüğünün bulunmadığını söylemek için herhangi bir nedenin bulunmadığı kanısındadır.[120]

Alman Anayasası'nın 2/2. maddesinin 1. cümlesinden embriyonun temel haklarla donatılmış bir varlık olup olmadığı öğretide tartışmalıdır. Alman öğretisindeki baskın görüş, yumurtaların döllenmesinden itibaren embriyonun yaşam hakkına sahip olduğunu kabul etmektedir. Bazıları ise, bu hakka sahip olunması anını, döllenme sonrası döllenen sperm ve yumurtanın anne rahmine yerleştirme anından başlatmaktadır. Bazı yazarlar (Hoester ve Singer) ise, tam aksine, embriyonun bu hak sahibi olmadığı görüşünü savunmaktadırlar. Bu ikinci görüşe göre, hak sahibi olarak embriyoyu taşıyan kişiyi görmek gerekir. Embriyo bir bilince, tercih yapmak yeteneğine sahip olmadığı için gelecekle ilişkili istekte bulunma yeteneği de bulunmamaktadır ve yaşam hakkından söz edilemez. Bu eleştiriler, bu görüşe göre, fötus/cenin için de geçerlidir.[121] Buna karşılık karşı görüş ise, embriyoya bu hakkın tanındığını ve Anayasa'nın bu hakkı koruduğunu kabul etmekte ve "*yaşam hakkı*"nın temel haklar anlamında değil, kesin olarak hukuksal anlamda ele alınması gerektiğini, yaşam hakkının derecelenebilir bir ağırlığının bulunduğunu, embriyonun gelişme-oluşma anından itibaren onurunun da ortaya çıktığı görüşünü savunmaktadır.[122]

Alman Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında, anne rahminde gelişmekte olan varlığın, gelişmekte olan bir yaşam olduğu, kendine özgü bir hukuksal değer olduğu ve yaşam hakkını koruyan Anayasa (Al. AY. m. 2/2, cümle: 1) hükmünün bu varlığı da koruduğuna karar vermiştir. Bu düzenlemenin bu şekilde anlaşılması karşısında, oluşmakta olan insani varlığın potansiyel yeteneğinin onun da onurunun varlığı ve korunduğunu kabule götürür. Buna göre, insan onurunun varlığı ve korunması için, o onurun sahibi insanın bunun bilincinde bulunması gerekli değildir.[123]

10- Örneğin bu bağlamda, TCK.nun 99/6. maddesinde düzenlenen ve suç sonucu kalınan hamilelikte annenin beyanı üzerine 20 haftayı geçmemek kaydı ile hamileliğin durdurulması/sonlandırılması maddesinin revize edilmesi gerekmektedir. İnsan onuru kavramını bu cenin yaşamını koruyacak kadar geniş anlamak ve madde metnine yaklaşık 4 aylık hamilelikte bu ceninin hiçbir tıbbi zorunluluk olmadan hamileliğin suç sonucu kalındığı iddiasıyla alınmasında sadece annenin beyanı, insan onurunun

(120) HRUSCHKA, Die Würde des Menschen bei Kant, sh: 478.

(121) HÖRNLE, Menschenwürde und Lebenschutz, sh: 335.

(122) Bu ve diğer gerekçelerin ayrıntısı için bkz. HÖRNLE, Menschenwürde und Lebenschutz, sh: 335-338.

(123) BVerfGE 39, sh: 1 ve ayrıca bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sh: 54. Karş. BVerfGE 88, sh: 203 ve Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sh: 63.

korunması açısından gerekli korumayı sağlamadığı gibi, aksine maddede düzenlenen kurumun suistimali olanağını açtığı, hiçbir kontrol mekanizması kurmadığı için, insan onurunun ihlali olanağı yaratmaktadır. Daha kötüsü, burada anne dahil sağlık personeli eğer suiistimal etmişlerse, saptanamayacağı için, ceza sorumlulukları olmayacak, bu cenin bedeni, plasenta v.s. ilaç sanayinde kullanılacağı için Biyotıp Sözleşmesi'nin insan onurunu korumak için insanın beden parçalarının ticarete konu edilmesini yasaklayan normları ihlal edilecek, organ ve doku nakli ile ilgili özel kanundaki koşullara uyulmadan TCK.nun 91-93. maddelerindeki organ ve doku ticareti suç tipinin arkasına dolanılarak kanuna karşı hile gerçekleştirilecek ve erkek-kız çocuğu ayrımı yapan ve kız çocuğu istenmeyen hallerde, tıbbi zorunluluk olmadığı halde kız çocuğu olacak ceninler öldürülecektir.[124]

11- Devletin/Siyasal Gücün insan onurunu gözetmek ve korumak ödevi vardır. Bu bağlamda insan onurunun korunması açısından iki farklı cepheye dikkat etmek gerekir. Bir taraftan, insan onurunun Devlete karşı korunması, devlet tarafından bireyin onurunun örneğin soruşturma ve/veya kovuşturmada işkence aracılığıyla ihlal edilmemesi ve diğer yandan ise, insan onurunun üçüncü kişiler/bireylerce ihlalinin önlenmesi, bu koruma için gerekli düzenlemeleri yapmak ve uygulamak gerekmektedir.[125] Her iki korumanın da, insan onurunun insan hakkı olduğu gerçeği ve mantığıyla yapılması gerekmektedir.

12- Diğer yandan insan onuru kavramı, ceza yaptırımının tür, miktar ve uygulanışı açısından da siyasal gücü sınırlandırıcı fonksiyon görmektedir. Önleme amacıyla dahi olsa, ölçüsüz bir biçimde sert-ağır yaptırımların kanunlarda öngörülüp uygulanması, insan onuruna aykırı bulunmaktadır.[126] Alman Federal Anayasa Mahkemesi de, aşırı-ölçüsüz yaptırımlarla bu nitelikteki toplumsal tepkilerin insan onurunu ihlal edeceğine karar vermiştir.[127]

13- Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi Ek Protokolü'nün gerekçesinde "*insandan klonlama yoluyla ikinci bir insanın üretilmesi, insanın araçlaştırılması, dolayısıyla insan onurunun çiğnenmesi, biyoloji ve tıbbın kötüye kullanılması olarak görülmüştür. İnsanın klonlamasında insan onurunun zedelenmesi, Avrupa Konseyi'ne göre mutlak, kategorik ve tartışmasız bir gerçektir.*"[128]

İnsan yaşamının korunması, temel haklar kataloğunun çekirdek yapısını oluşturmaktadır. Bu çekirdek yapının korunması devlete karşı olduğu gibi üçüncü kişilere karşı da (ceza normları aracılığı dahil) olmalıdır. Son yıllarda hızlanan gen araştırmaları, yaşamın korunmasının sınırlarını ciddi bir tartışma konusu haline getirmiştir. Doğal olarak bu tartışmalar, yargı kararlarının etkisi olsa dahi, hukuksal olduğu kadar aynı zamanda felsefi, politik ve etik v.s. alanlarında da cereyan etmektedir. Yeni gen

(124) Aynı düzenlemenin Alman hukukunda da varolduğuna ilişkin iddianın gerçek olmadığı Hususunda bkz. ÜNVER, Yener. Sağlık Mensubunun Tıbbi Müdahalesinden Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu Açısından Endikasyonun Etkisi., in: İlaç Hukuku, Sempozyum No: 2– İlaç Hukuku, M.Ü. Hukuk Fakültesi ve ROCH Müstahzarları A.Ş. İstanbul 2007, sh:70, dipnot: 46.

(125) RIES, Die Bedeutung der Menschenwürde im Recht der Bundesrepublik Deutschland, sh: 67.

(126) ROXIN, Strafrecht, sh: 83.

(127) BVerfGE 32, sh: 98. Ayrıca bkz. Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, sh: 120.

(128) Bu konudaki ayrıntılı bilgi ve gerekçeler için özellikle bkz. HEPER, Hukuk Felsefesi Açısından Biyoetiğin Temel Sorunları.

tekniklerinin kullanılması gereken hastalıklar, hamileliğin sona erdirilmesi, suni döllenme ve embriyo araştırmaları tartışmanın önemli hareket noktalarını oluşturmaktadır. Bunlar uygulanarak geliştirilen-üretilen varlıklar (döllenen embriyolar gibi) bazen araştırma amaçlı da kullanılmakta ve araştırmalarda öldürülmektedirler. Tartışmanın tek nedeni insan onuru olmayıp, sonuçta ortaya çıkan zarar, tehlike ve belirsizliklerdir. Henüz doğmamış, oluşan-yetişen insanın öldürülmesi, oluşumuna müdahaleler yapılmaktadır. Bu varlıkların da onuru bulunduğunu kabul edenler, bu varsayımı tartışmak yerine, öldürme yasağını temel haklar kataloğunda bir istisnaya da yer verilip verilmeyeceğini irdelemektedirler. Bu da bize, tartışmanın nedenleri farklı olsa dahi, arka planda sadece yaşam temel hakkının değil aynı zamanda insan onuru hakkının da olduğunu göstermektedir. Bu ise, anayasalardaki yaşamın korunması emrini içeren maddenin aynı zamanda insan onurunu da koruduğunu kabul etmeye götürmektedir. Alman doktrininde bu görüşe taraftar hukukçu sayısı hiç de az değildir.[129] Ancak yaşamı koruyan anayasa maddesinin getirdiği korumanın zorunlu olarak derecelenebilirliği görüşünün kabulü, insan onuru argümanının özel anlamını feda etmek anlamına gelebilir. Çünkü insan onuru sadece anayasalarda (örneğin Al. AY) değil, pozitif hukuk üstü hukuk düzeni alanında da yeterli araştırmalara konu edilmiştir; bu kavramın da pozitif hukuk üstü bir kavram olduğu kabul edilmelidir.[130]

Alman doktrini yaşam hakkı bağlamında, insan yaşamının sona erdirilmesini, insan onurunu koruyan hükmün ihlali olarak görmektedir. Çünkü bu anlayışa göre, onurlu yaşam manevi varlığı (insanın manevi yapısını) gerektirmektedir. Ancak burada ciddi bir sorun ortaya çıkmaktadır ve bu görüşe göre, caiz ve caiz olmayan ölüm ayırımı yaparak insan onurunun birinde ihlal edildiği diğerinde ise ihlal edilmediği kabul edilemez. Bu ise, ceza hukuku açısından absürd sonuçlara yol açmakta, meşru insan öldürme (ıztırar hali gibi) hali ve yaşamın insan onurunu ihlal etmesinin bağdaştırılmasını güçleştirmektedir. Buradan çıkış yolu, hukuksal değerlerin/menfaatlerin dengelenmesi olup, anayasa ve ceza kanunlarında bu dengeye izin veren hükümlerin uygulanmasıdır.[131] O zaman ya Alman hukukunda olduğu gibi her yaşam hakkına saldırının insan onurunu ihlal etmediğini kabul etmek ya da (kanımca da) her adam öldürmenin insan onurunu ihlal ettiği ve fakat hukuka uygun insan öldürmelerde gerek yaşamın korunması gerek onurun korunmasına ilişkin normlara hukuk alanında sorumluluk açısından istisna getirildiği kabul edilmelidir.[132]

14- Bireyin (=hastanın) özerkliği, insan onurunun conditio sine qua non bir gerekliliğidir. Bu nedenle, bireyin rızasına aykırı teknik manipülasyonlar meşru sayılamaz. İnsan üzerindeki araştırmaların tümünde, insanın amaç olduğu göz ardı edilerek, o bir araç-

(129) HÖRNLE, Tatjana. Menschenwürde und Lebenschutz., in: ARSP, 2003, Vol: 89, Heft: 3, sh: 318 ve 319.

(130) HÖRNLE, Menschenwürde und Lebenschutz, sh: 320.

(131) HÖRNLE, Menschenwürde und Lebenschutz, sh: 321.

(132) Hangi insan yaşamı sonlandırmalarının insan haklarının gözetilmesi temel haklarıyla bağdaştırılabileceği hususunda alman öğretisi için bkz. HÖRNLE, Menschenwürde und Lebenschutz, sh: 321 vd.

araştırmanın objesi konumuna indirgenmemelidir.[133] Bu bağlamda, kamu sağlığını ilgilendiren hallere ilişkin mevzuattan ayrık olarak, TCK.nun 227/son maddesine ve CMK.nun ise 109. maddesinin ilgili fıkralarına hem suçsuzluk ilkesiyle çelişir hem adli kontrol ile ilgisiz ve hem de özellikle de mağdur veya şüpheli veyahut sanığı kendi iradesine aykırı olarak cebren ve tedbir amaçlı biçimde cinsel hastalık, alkol veya uyuşturucu madde tedavisine tabi tutmak, insan onuru ile bağdaşmayan düzenlemelerdir.

15- TCK. m. 76 soykırım suçunu düzenlemektedir. Bu suça ilişkin ne madde metninde ne de madde gerekçesinde insan onuru ile ilgili bir düzenleme ve açıklama bulunmamaktadır. Madde gerekçesinde, bu suç bağlamında sadece suç tipinin insanlığa karşı suç olduğu belirtilmiştir. Ancak buna rağmen, gerek insan onuru kavramına uluslararası sözleşmeler, anayasalar ve ceza kanunlarında yer verilmesinin nedeni gerek bu suçun tipik seçimlik hareket modelleri, bizi bu suçun insan onurunu da koruduğu görüşünü kabule götürmelidir.

16- Bir önceki paragrafta belirttiklerimiz TCK.nun 77. maddesindeki insanlığa karşı suç, 78. maddesindeki soykırım veya insanlığa karşı suç işlemek için örgüt kurmak, yönetmek veya örgüte üye olmak suçu ve keza 80. maddesindeki insan ticareti suçu için de geçerlidir. İnsan ticareti suçu açısından, madde metninde sonradan yapılan değişiklik de dikkate alındığında, insanın ticarete konu edilmesinin engellenmeye çalışıl-ması nedeniyle, bu suçun insan onurunu korumayı hedeflediği görüşünü desteklemektedir.

17- TCK.nun 90. maddesi insan üzerinde deney, çocuklar üzerinde deney ve hasta insan üzerinde deneme suçlarını düzenlemektedir. Bunlardan özellikle 1. fıkradaki insan üzerinde deney ile 3. fıkrasındaki çocuklar üzerinde deney suçu nedeniyle ceza sorumluluğunun ortadan kalkmasını sağlayan koşullardan birisi maddenin 2. fıkrasının e bendinde "deney sırasında kişiye insan onuru ile bağdaşmayacak ölçüde acı verici yöntemlerin uygulanması" biçiminde düzenlenmiştir. Bu madde metni genelinde çok kötü düzenlenmiş, birçok hata ve eksikliği içermektedir.[134] Diğer yandan, ölçülülük kriterini ifade için bu m. 90/2-e'de düzenlenen ölçütün ne anlama geldiği belirsiz olup, uygulamada sorunlara yol açacaktır. Madde gerekçesinde bu ölçüt için bir açıklık bulunmamaktadır. Bu ölçüt gereği müdahale sonrası yapılacak tespitle ceza sorumluluğuna gitmek hem haksız hem çok riskli olacak ve gerekli korumayı sağlamayacaktır. Kaldı ki, bu tür bir kriteri esas/olay hakimine değil, etik komisyona hitap eder etik komisyonca uygulanacak bir kriter olarak düzenlemek gerekirdi.

18- TCK. m. 91 organ ve doku nakli suçunu düzenlemektedir. Avrupa Konseyi Biyotıp Sözleşmesi'nin de insan beden parçalarının ticarete konu edilmesini yasaklamasıyla örtüşen bu hüküm, insan onurunun korunmasına hizmet etmektedir. Ancak, bu suçla ilgili 92. maddede düzenlenen zorunluluk halinin hem sadece organını satan kimse açısından düzenlenişi hem de satan kimsenin içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik durum dikkate alınarak ceza verilmemesi olanağını yaratması, insan onurunu koruma açısından sakıncalı ve zayıftır. Ayrıca, aynı suçla ilgili 93.

(133) BAYERTZ, Die Idee der Menschenwürde: Probleme und Paradoxien, sh: 477 ve 480.

(134) Bkz. ÜNVER, Yener. İnsan Üzerinde Deney ve Deneme Suçları., in: Sağlık Hukuku, Sempozyum No: 1, M.Ü. Hukuk Fakültesi ve ROCHE Müstahzarları A.Ş., İstanbul 2007, sh: 150 vd.

maddedeki etkin pişmanlık hükmü de, düzenlenişi itibariyle bu korumayı zayıflatmaktadır.

19- TCK.nun 94. maddesi işkence suçunu ve 95. maddesi ise netice nedeniyle ağırlaşmış işkence suçunu düzenlemektedir. Ne madde metninde ne gerekçede insan onuru kavramına atıf bulunmaktadır. Oysa, kanımca bu suçun koruduğu hukuksal değerler içinde insan onuru en ön plandadır.

20- Aynı şekilde TCK.nun 96. maddesinde düzenlenen eziyet suçu da, insan onurunu korumaktadır. Madde metni ve gerekçesinde bir açıklık bulunmamaktadır. Madde metni belirlilik ilkesine aykırı olup, maddenin bu belirsizlik nedeniyle uygulaması olmaz veya nadiren uygulanırsa, insan onuru koruması zayıflayacaktır. Bu maddenin düzenleniş amacı, tıpkı mülga TCK.nun 245. maddesi gibi, işkence niteliğine erişmemekle birlikte, ona yakın benzeri eylemleri işkence suçu gibi bu suçun yaptırımına yakın ağırlıkta bir yaptırımla karşılamaktır. BM 1948 İnsan Hakları Beyannamesi'nin 5. maddesi, 1950 tarihli İHAS'nin 3. maddesi ve özellikle 1984 tarihli İşkence ve Diğer Zalimane, Gayriinsani veya Küçültücü muamele veya Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 1. maddesi bu düzenlemeyi gerektirmektedir. Bu son zikredilen sözleşmenin başlığındaki "*gayriinsani*" ve "*küçültücü muamele*" terimleri doğrudan doğruya ve "*işkence*" ve "*zalimane*" terimleri ise dolaylı olarak, insan onurunun korunmasına işaret etmektedir.

21- Alman hukukunda yetkili merciin emrinin yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni ilişkisi bakımından, hukuka aykırı emrin hukuksal bağlayıcılığının olmadığı ifade edilirken, gerek öğreti gerek mevzuattaki düzenlemelerde (örneğin askeri mevzuatta) insan onurunu ihlal eden emrin yerine getirilmemesinin sorumluluğu gerektirmeyeceği ve insan onurunu ihlal eden emre itaat edilmemesi durumunda emre itaatsizlik suçunun oluşmayacağı görüşü kabul edilmektedir.[135]

22- TCK.nun 99. maddesi çocuk düşürtme, 100. maddesi çocuk düşürme ve 101. maddesi ise kısırlaştırma suçlarını düzenlemektedir. Bu maddeler ve gerekçede bir açıklık bulunmasa ve cenin-fötus anne üzerinden dolaylı olarak kısmen korunsa dahi, insan onurunu koruyan bu maddelerde embriyo v.s. korunmamaktadır. Buradaki koruma alanı genişletilmelidir. Madde gerekçesinde nüfus planlamasından söz edilmekle birlikte, Nasyonal Sosyalizm uygulamalarında çok sık başvurulan eylemleri düzenleyen bu suçlara ilişkin gerekçede insan onuruna değinilmemesi yerinde olmamıştır.

23- TCK.nun 122. maddesi ayırımcılık suçunu düzenlemektedir. Bu suç esasen insan onurunu ihlal eden eylemlere ilişkindir. Ne madde metninde ne de madde gerekçesinde insan onuruna atıf bulunmaktadır. Madde gerekçesi daha çok ekonomik faaliyetler ile millet bireyleri arasındaki bölücülüğe vurgu yapmaktadır. İnsan onuru, hukuk önündeki eşitlik anlam ve gerekliliği ile AY.nın 10. maddesindeki eşitlik kuralının anlam ve amacı dikkate alındığında, insan onurunun korunmasına hizmet eden bu suçun getirdiği korumanın dar bir alana ilişkin olduğu görülür.[136] Federal Almanya'da olduğu gibi çok geniş kapsamlı koruma

(135) Bkz. ROXIN, Strafrecht, sh: 794.

(136) Ayırımcılık yasağı konusunda ayrıca bkz. ERTAN, İzzet Mert. BM ve bölgesel Örgütlerin Terörle Mücadele Esnasında İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin İçtihatların Özetleri., in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 235 vd.

sağlayan bir "*Genel Eşit Muamele Kanunu*" yapılmalıdır.

24- TCK. m. 125 hakaret suçunu düzenlemektedir. Bu suçla, bir kimsenin onuruna, bir kimseye onur, şeref ve saygınlığını rencide edebilecek nitelikte somut bir fiil isnat etmek yahut yakıştırmada bulunmak veyahut saldırmak cezalandırılmaktadır. Gerek eylemin/suçun maddi konusunun gerek eylemin niteliğinin tanımı için '*onur*' kavramı kullanılmış olmasına karşılık, maddenin gerekçesinde ise, onurdan hiç söz edilmemiştir. Madde gerekçesinde, insan onuru yerine, bu suçun koruduğu hukuksal değerin kişilerin şeref, haysiyet ve namusu ve toplum içindeki itibarı ile diğer fertler nazarındaki saygınlığı olduğu belirtilmiştir. Madde metninde saldırı eyleminin hedefi onur diye ifade edildiği ve bireyin toplum içindeki itibarı ve diğer insanlar nezdindeki saygınlığı insan onuru kavramıyla ilişkilidir. Bu suç, diğer hukuksal değerler yanında, insan onuru hukuksal değerini de korumaktadır.

25- Genital muayene suçunun (TCK. m. 287) adliyeye karşı suçlar içerisinde düzenlenmesi hatalı olmuştur. Bu suç bireyin cinsel özgürlüğü ile vücut bütünlüğü ve şeref ve onuruna karşıdır ve kişilere karşı suçlar içinde düzenlenmeliydi.[137] Esasen bu suça hiç gerek yoktu; uygulamada cinsel suçlar, müessir fiil suçu, özgürlüğün kısıtlanması suçu ve/veya tehdit suçuna vücut veren bu eylemler ilgili suçlar nezdinde soruşturulup kovuşturulsa idiler bu özel suç tipine gerek olmayacaktı. Madde metninde hem anal bölgeyi de kapsayan bir terim yerine bugün kapsamı tartışılan genital teriminin kullanışı gerek muayeneye götüren kimsenin eyleminin tipik eylem unsuru olarak düzenlenmeyişi, bu suçun insan onurunun korunmasına sağlayacağı katkıyı çok azaltmaktadır. Madde metin veya gerekçesinde insan onuru ile bir ilişki kurulmamıştır.

26- TCK.nun 216/II. maddesi, halkın bir kesiminin sosyal sınıf, ırk, din, mezhep, cinsiyet veya bölge farklılığına dayanarak alenen aşağılanmasını suç olarak düzenlemektedir. Bu suç da tıpkı hakaret suçu gibi, insan onurunun korunmasına hizmet eder. İnsanlar arasında ayırımcılık yapmak ve aşağılamak insan onuru ile bağdaşmayacak eylemlerdir. Oysa, madde gerekçesinde bu suçla sadece kamu barışının korunmasının amaçlandığı belirtilmiştir.

27- TCK. m. 226/3 müstehcenlik eylemlerinin bir kısmını suç olarak düzenlemiştir. Çocuk pornografisi eylemleri için uygulanacak ve internet yayıncılığının düzenlenmesine ilişkin özel kanunla birlikte kısmi bir koruma sağlayacak ise de, çocuk pornografisi ile ciddi ve geniş kapsamlı mücadele edilerek insan onurun korunması için madde metninin karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, geniş düzenlenmesi ve etkin hukuki sonuçlarla desteklenmesi gereklidir.[138] Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşme-si'nin de gecikmeden onaylanması, bu katkıyı artıracaktır.

28- TCK.nun 227. maddesi fuhuşa aracılık suçunu düzenlememektedir. Bu maddenin özellikle çocuk fuhşuna ilişkin 1. fıkrası insan onurunun ihlalini korumaktadır. Madde gerekçesinde insan onuru ile ilişki kurulmamıştır. Buna karşılık, madde gerekçesinde zikredilen uluslararası sözleşmelerin tümü diğer hukuksal değerler yanında özellikle

(137) Bkz. ÜNVER, Yener. Adliyeye Karşı Suçlar., İstanbul 2008, sh: 448.

(138) Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Yener. Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar., Sempozyum – Türk Ceza Kanununun 2 Yılı – Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, İstanbul 2008, sh: 335 vd.

insan onurunun korunmasına hizmet eder. Bu suçla ilgili olarak, eylemin yapıldığı yerde de suç olması koşulu aranmaksızın, çocuk fuhşu-seks turizmi eylemlerinin Türkiye'de cezalandırılabilmesinin önü açılmalıdır. Siber Suç Sözleşmesi kabul edilerek, insan onuruna aykırı bu eylemlerle mücadele güçlendirilmelidir.[139]

29- TCK.nun 230. maddesinde düzenlenen çok evlilik suçu insan onurunun korunmasına hizmet eder. Ancak, uygulamada bu hükmün gerçekten uygulanması gerekir. Bu hüküm uygulamada gereğince işletilmediği gibi, bazı Avrupa ülkelerindeki kanuni düzenlemelerle evlilik dışı birliktelikleri hukuken tanıyan ve koruyan düzenlemelerin de bulunmadığı göz önünde tutulduğunda, TCK.nun 105. maddesindeki 15-18 yaşları arasındakilerle rızayla cinsel ilişki suçunu düzenleyen hükümdeki eksiklik ve hatalardan da yararlanılarak ve buradaki '*rıza*', '*şikayete hakkı olan*' ve '*suçun kişiye karşı suç olduğu*' gerekçeleriyle bu hükmün uygulamada adeta hiç işletilmemesi suretiyle, fiilen çok ve dini nikaha dayalı uygulamaları hukuksal alan dışına çıkarmak ve böylece de bu fiillerin muhatabı kimselerin onurunu korumamak uygulamamızda hem acı hem çağdışı hem de hukuka aykırı bir gerçektir

30- TCK.nun suçu ihbar suçlarını düzenleyen 278., 279. ve 280. maddelerindeki suçlardaki tipik eylemlerin çoğunun insan onuru kavramı ile bağdaştırılması güçtür. Madde metinlerinin çok aşırı geniş düzenlenmesi ve özellikle sağlık personeline yönelik 280. maddenin bu kadar geniş bir yükümlülük getirmesi ve sağlık personelini adli kolluk görevlilerinden daha ağır ihbar yükümlülüğü altında tutmak ve toplumdaki her insanın diğerini ihbar etmesini çok yaygın biçimde düzenlemek, insan onuru kavramı ve bu kavramın birey-devlet ilişkilerinde gerektirdiği değişiklikle bağdaştırılması güçtür.[141]

31- CGTİHK'nun 82 vd. maddelerinde düzenlenen açlık-ölüm oruçlarında belirli koşullarla bir aşamada zorla müdahale edilerek kişinin karşı çıkmasına karşın beslenmesi, tedaviyi red hakkı ve rızanın yokluğu nedeniyle sorunludur. Kaldı ki ara çözümlerin kabul edilmeyişi de bir eksikliktir. Düzenlemenin insan onuru ile bağdaştırılabilirliği, tıp hukukundaki özerklik kavramının merkezi kavram haline gelmesi nedeniyle, çok güçtür.

32- Futbol Federasyonu Disiplin Talimatı'nda değişiklik öngören tasarıya, "*insan onuruna aykırı delil kullanılamaz*" hükmü eklenmesi düşünülmektedir. Ben buna karşı çıkarak, doğru ölçütün 'hukuka aykırı delilin kullanılamaz' olduğunu belirtmek olduğunu ifade ettim. Eleştiri ve hükmün düzeltilmesi teklifim, FİFA Disiplin Talimatnamesi'nde de bu tür bir düzenleme olduğu, bu hükmün oradan kopya edildiği ve konunun ceza hukukuna ilişkin olması gerekçesiyle kabul görmedi. Oysa, delilin hukuka aykırılığı ve ispat hukuku açısından, esas alınması gereken ölçüt hukuka aykırı delilin kullanılamamasıdır. Doğal olarak bu bağlamda, insan onuruna aykırı müdahaleler de hukuka aykırı sayılmalıdır. Bunun işkence ile elde edilen delilin kullanılamaması örneği arasında fark olmamak gerekir. İnsan onurunun ihlali, burada

(139) Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, sh: 338 vd.

(140) Bkz. ÜNVER, Cinsel Dokunulmazlığa ve Genel Ahlaka Karşı Suçlar, sh 316 vd.

(141) Ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Adliyeye Karşı Suçlar, sh: 276 vd.

hukuka aykırılığın nedeni ve gerekçesi olmalıdır.

33- CMK.nun 148 ve 217/2. maddelerinde düzenlenen yasak sorgu yöntemleri ile hukuka aykırı delilin ispatta kullanılamayacağına ilişkin maddeler, diğer hukuksal yararları yanında, insan onurunun korunmasına da hizmet etmektedir. Çünkü CMK. m. 148/1'de insan onurunu ihlal eden bazı eylemler örnek kabilinden sayılarak, bunların (şüpheli ve sanığın özgür iradesini engelleyici nitelikte kötü davranma, işkence, ilaç verme, yorma, aldatma, cebir veya tehditte bulunma, bazı araçları kullanma gibi bedensel veya ruhsal müdahaleler) ifade alma ve sorguda yasak yöntemler olduğu açıkça ve CMK'nun 217/2. maddesi ise daha geniş kapsamlı 'hukuka aykırı delil' kavramı ile bu korumaya hizmet etmektedir.

Bu bağlamda, terörizm birbirine eşit insanları küçük düşürmeyi amaçlamaktadır. Uluslararası insancıl hukuk, terörizmi yasaklamaktadır.[142] Burada sadece sivillerin korunması hedeflenmemekte, terörle mücadele de belirli koşullara bağlanarak muhataba kuvvet kullanımı açısından sınırsız (=orantısız) güç kullanımı yetkisini yasaklamaktadır. Bu sınırlandırma kurallarına aykırılık hukuksal sorumluluk getirir. Çatışma taraflarının savaş yöntemleri ve savaş araçlarını seçme hakkı sınırsız değildir ve haddinden fazla yaralanmaya veya gereksiz acı çekilmesine yol açan niteliğe sahip araçların ve savaş yöntemlerinin kullanılması yasaktır.[143] "*Kuvvetli sorgu usulleri*" adı altında, standart muhakeme kurallarından sapmak, bazı ülkelerde olduğu gibi, giderek "*insanlık dışı muamele*" ve hatta "*işkence*"ye dönüşmektedir ve bu insancıl hukuk ilkelerine aykırıdır. Sorgulanan kimse terörist veya kim olursa olsun, insan hakları hukukunun koruması altındadır. İnsancıl hukuk, suçla mücadelede insanlık dışı muameleleri hukuk dışı saymakla birlikte, insancıl hukuka uygun davranmak ceza adaletinin görevini tamamlamasına bir engel oluşturmamaktadır.[144]

Birleşmiş Milletler'in işkence ve zalimane davranışların önlenmesine yönelik dair sözleşmesi'nin 2/2. maddesi her ne olursa olsun, ister savaş hali veya bir savaş tehdidi, iç siyasi karşıklık yahut başka bir kamusal durum v.s. hiçbir istisnai koşula, işkencenin haklılaştırılması için başvurulamaz. Hukuka aykırı sorguda kullanılan '*beş teknik*' (duvar önüne ayakta bekletme, gözbağı, gürültüye maruz bırakma, uykusuz bırakma ile yiyecek ve içecekten yoksun bırakma) AİHS'nin 3. maddesi anlamında insanlık dışı muamele kategorisine girer.[145]

Re'sen araştırma ilkesi ceza muhakemesi hukukunda hüküm açısından önemli-anlamlı olan her vakıanın aydınlatılması için geniş kapsamlı bir araştırmayı zorunlu kılmaktadır. Maddi gerçeğin araştırılması amacına ulaşmak, bu nedenle serbest ispat ilkesi uyarınca gerçekleştirilmeye çalışılmakta ise de, bu maddi gerçek her ne pahasına olursa olsun anlamında bir maddi gerçek değildir. Bu amaç, anayasa aracılığıyla tespit edilen değerler düzeni ile uyumlu olmak ve özellikle de devletin buna yönelik işlem ve eylemlerini sınırlandıran temel haklar devlet organları

(142) GASSER, Hans-Peter. Terör Eylemleri, "Terörizm" ve Uluslararası İnsancıl Hukuk (Çev.: Fulya Eroğlu),., in: Terör ve Düşman Ceza Hukuku – Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi., Cilt: 8, Ankara 2008, sh: 105-106

(143) GASSER, Terör Eylemleri, "Terörizm" ve Uluslararası İnsancıl Hukuk, sh: 113.

(144) GASSER, Terör Eylemleri, "Terörizm" ve Uluslararası İnsancıl Hukuk, sh: 118-122.

(145) Ireland v. The United Kingdom., (18. 01. 1978).

tarafından dikkate alınmak zorundadır. Gerek re'sen araştırma ilkesi gerek delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi hukuk devletinin gerektirdiği bir muhakemede birlikte gözetilmek durumundadırlar. Burada değerlerin dengelenmesi/karşılaştırılıp tartılmasında yüksek önemi haiz değer gözetilmeli ve delil –ispat yasaklarıyla bu dengeye müdahale edilmesi zorunludur.[146] İnsan onuruna müdahale eden araç ve yöntemler ise, bu delil-ispat yasaklarına dayanak olur. Yasak sorgu yöntemlerinin uygulanması veya bireyin dokunulmaz özel yaşam ilişkilerine müdahale böyledir.

34- İnsan onuru, bireye rağmen korunması gereken en önemli insan değerlerindendir. Bunun maddi ceza hukuku ve ceza muhakemesi hukukunda gerek kanun koyucu gerek soruşturma ve kovuşturma makamları nezdinde uyulması zorunlu sonuçları vardır. Bu nedenle, çocuklar, temyiz kudreti olmayanlar, özgür iradi tercih olanağı hukuka aykırı olarak ortadan kaldırılanlar ve keza doğmamış-başlamamış yaşamların (embriyo, fötus=cenin) iradelerine rağmen korunması yanında, insan onurunun vazgeçilemezliği maddi ceza hukuku açısından ilgili hukuksal değeri rıza hukuka uygunluk nedeninin konusu olmaktan çıkardığını kabul etmek ve onur hukuksal değerinin bu değerin ihlaline sahibinin gösterdiği rızanın hukuken önemsiz olduğu kabul edilmeli ve örneğin ceza muhakemesinde de, hukuka aykırılıklarla, özellikle insan onuruna aykırı müdahalelere rızanın o müdahaleyi hukuka uygun hale getirmediğini kabul etmek, bu bağlamda şüpheli sanığın rızasının (diğer koşullar bulunmadığında) arama, vücut muayenesi, telekominikasyon araçlarıyla iletişimin dinlenilmesi ve kayda alınması v.s koruma tedbirlerini hukuka uygun hale getirmediğini kabul etmek gerekir. Karşılaştırmalı hukukta ifade ve sorguda yalan makinası kullanılmasının, şüpheli veya sanığa ilaç verme, yorma ve diğer yasak sorgu metodlarının kullanılmasının hukuka aykırı kabul edilmesinin arkasında, bu yöntem ve araçların onuru korunan bireyin özgürce tercihte bulunmak, kendi kaderini tayin hakkını ihlal ettiği düşüncesidir.[147]

35- Onur kavramı ceza hukuku açısından sadece şüpheli ve/veya sanığın onuru olarak anlaşılmamalı, mağdur ve suçtan zarar gören kimseleri de içerecek şekilde insanın onuru olarak algılanmalıdır. Dolayısıyla da, onur kavramına dayalı getirilecek ceza hukuku koruması, bunların tümünü koruyacak düzenlemeler olmalıdır. Bu bağlamda CMK'nda düzenlenen mağdur ve şikayetçinin hakları gerçek anlamda uygulamaya yansıtılmalı ve kanuni düzenlemelerdeki eksiklikler giderilmelidir. Normların sadece kanuni düzenlemeye kavuşturulması veya görüntüde-şeklen uygulanıyormuş gibi işlemlerde dayanılması yeterli olmayıp, gerçekten olması gerektiği biçimde uygulanmaları gerekir.

Örneğin bu bağlamda, binlerce soruşturma yalnızca dava/takip zamanaşımına uğratılmakta ve suç işlenerek onurları ihlal edilen insanların hak arama yoluyla hukuk aracılığıyla mağduriyetlerini gidermek, onurlarının hem münferit olayda yeniden tesisi hem ilgili failin cezanın özel önleme amacı ve keza fail dahil toplumdaki herkesin de genel önleme amacı çerçevesinde ileriye dönük onur ihlali eylemlerinden alıkoymak hak ve olanakları haksız biçimde yok edilmektedir. Bu hem insan onuru ceza

(146) BEULKE, Werner. Strafprozessrecht., 6. neubearbeitete Auflage, Heidelberg 2002, sh: 239.

(147) KLUG, Autonomie, Anarchie und Kontrolle – Rechtsphilosophische- und rechtspragmatische Probleme, sh: 249.

hukuku korumasının gerçekleştirilmediği hem de önceki fiilin mağdurunun (ve/veya suçtan zarar göreninin) çoğu kez kendiliğinden hak elde etme eylemlerine başvurarak veya buna girişerek yeni insan hakkı ihlallerine yol açıldığı acı bir vakıadır. Mağdurun (daha doğru bir ifadeyle suçtan zarar görenin) haklarını sanık haklarıyla çelişiyor gibi göstermeden, ceza ve ceza muhakemesi hukuku gibi mağdurbilim (=Viktimoloji) verilerinden yararlanılarak sanık haklarıyla birlikte ve güçlendirilerek mağdur hakları da geliştirilmeli ve uygulamaya geçirilmelidir.

İde, Kavram, Olgu Bağlamında Hukuk Kavramı

Ogün ÜREK*

Her felsefi sorgulamada olduğu gibi "hukuk nedir?" sorusuna bütünlüğünde cevap vermeye yönelik sorgulama da, sorgulama konusu yapılanın ide, kavram, olgu bağlamındaki yerini belirleme çabasının bir ürünüdür. Hangi tarzda olursa olsun belli bir tarzda varolan düşünülüyor ve dile getirilebiliyorsa kavramsal bir gerçekliğe sahip olduğu söylenebilir. Bu nedenle, "hukuk nedir?" sorusu temelinde yapılan felsefi bir sorgulama, aslında en temelde hukuk kavramı merkeze alarak hukuk kavramıyla doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili olan kavramları ve bu kavramlarla dile getirilenlerin ontolojik yapı özelliklerini ortaya koymaya yöneliktir. Hukuk kavramıyla doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili olan kavramları belirleme aşamasındaki tek olanaklı yol ise, hukuk üzerine düşünmenin tarihine bakmaktır. Hukuk üzerine düşünmenin tarihinde de hukukun neliğine ilişkin tartışmaların dolaylı yoldan adalet kavramı üzerinden yürütüldüğü görülür.

Antikçağ filozofları, Platon ve Aristoteles'te "adalet nedir?" sorusuna verilen cevaplar doğrultusunda hukuk, adaleti gerçekleştirmenin bir aracı durumundadır. Ama özellikle Platon, adaletle ilgili tartışmalarda ortaya koyduğu düşünme zemini açısından diğer bütün adalet anlayışları arasında önemli bir yere sahiptir. Platon'un ideler öğretisinde düşünülenler ile görünenler arasında yaşlılık dönemi diyaloglarından *Parmenides*'te kurduğu ilgi, adaletin ne olduğuna ilişkin tartışmanın zeminini belirlemektedir. *Parmenides* diyalogunda Parmenides'in Sokrates'e görünenler dünyasında bulunan nesneler için ayrı ayrı ideler bulunup bulunmadığı sorusuna Sokrates "evet" diye cevaplayınca, Parmenides sorularını sürdürür ve Sokrates adaletin, iyinin, güzelin kesinlikle birer idesi olduğunu; insanın, ateşin, suyun idesi olup olmadığı konusunda kararsız olduğunu; kıl, pislik, çamur gibi aşağı şeylerin ise idelerinin olamayacağını belirtir (1996: 34). Bu noktada, Platon'un *Parmenides* diyalogunda Sokrates'in ağzından aktardıkları temelinde düşünüldüğünde, adaletin Platon'da bir ide olduğu, bu nedenle görünenler dünyasındaki olgusal düzlemde bir dayanağının bulunduğu söylenebilir. Adalet idesinin olgusal düzlemdeki dayanak noktası konusunda ayrıntılı bir araştırma çabasına girmemekle birlikte Platon'un *Politeia* diyalogunun Birinci Kitabında Sokrates'e söylettiği "adalet her birine gerekeni, borçlu olunanı vermek" (1992:34) şeklinde dile getirdiği adalet tanımından hareketle, Platon'da adaletin olgusal dayanağının, her birine yani insanlara borçlu olunanları bulduğumuz "yer" olduğu ileri sürülebilir.

* Dr. Uludağ Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Elemanı

Politeia'nın diğer kitaplarında "adil kişi kimdir?" sorusunu cevaplandırma doğrultusunda insan ile toplum arasında kurduğu koşutluk temelinde adil bir toplumsal düzenin temellerini araştıran Platon, tıpkı adil bir toplumda olduğu gibi, bir kişinin de yapısında taşıdığı yanların her birinin kendi işini ya da ödevini yapmasıyla adil olabileceğini söyler. Ödev ile hak kavramları arasındaki içkin bağ düşünüldüğünde Platon'da adil toplum, toplumu oluşturan her teke hakkı olanı vermek biçiminde de dile getirilebilir.

Platon, *Politeia*'nın ardından *Nomoi*'de ideal bir yönetim biçimine ulaşma yolu üzerinde durur. Ona göre, adaletsizlik yapmadan tek başına yönetecek bir insan bulmak olanaksız olduğundan yasaların konması zorunludur (Platon 1992:160). Yasalar ise aklın ürünüdür ve doğa ile özdeştir (Platon 1992:162). Bu noktada iki tür, yazılı ve yazılı olmayan yasalar ayırt edilmelidir. Platon'da yazılı olmayan yasalar bir kenara bırakılırsa yazılı yasalardan oluşan hukuksal düzen yaşamın her alanını düzenlemelidir. Ama ona göre önemsiz konularda da yasa çıkarılıp temel yasaların küçümsenmesine yol açmak zararlıdır (Platon 1992:247). Böyle olmakla birlikte, Platon değişik meslek sahiplerinin ne kadar kazanacağını, cenaze törenlerinin nasıl yapılacağının, çocukların duygusal hayatlarının nasıl düzenleneceğinin de kanunlarla belirtilmesini gerekli görmektedir.

Platon'un "herkese borçlu olunanı ya da hakkı olanı vermek" şeklindeki adalet tanımı doğrudan Aristoteles'in dağıtıcı adalet tanımına karşılık gelir. Platon'dan farklı olarak Aristoteles, adalete ilişkin olarak yapmış olduğu dağıtıcı ve düzeltici adalet ayrımı temelinde iki eşitlik biçimini de ayırır. Ona göre onurun, para ve malların hakkı olanlara eşit bir biçimde bölüştürülmesindeki adaletin dayandığı eşitlik, geometrik orantıya dayanan eşitliktir (Aristoteles 1997: 93). Bu orantıya göre "teklerden birinin diğeriyle ilişkisi ne ise, bütün ile bütünün ilişkisi de odur" (Aristoteles 1997: 95). Dolayısıyla "paylaştırma ortak mallarda olursa, katkıda bulunanların birbirine oranları ne ise aynı oranda olacaktır" (Aristoteles 1997: 96). Başka bir ifadeyle "kişilerin birbirine göre durumu nasılsa, şeylerin durumu da öyle olacaktır; eğer kişiler eşit değilse, eşit şeylere de sahip olmayacaklardır" (Aristoteles 1997: 94). Çünkü insanlar eşit yetenekte değilse, onlara eşit muamele yapılması eşitlik ilkesinin ihlâli anlamına gelir.

Aristoteles'teki diğer adalet türü ise; "alışverişlerde düzeltici olanıdır" (1997: 96). Burada alışverişten kast edilen, sadece ticari alışverişler değil, insanlar arası her tür ilişkidir. Amaç, bu ilişkilerde ortaya çıkabilecek zarar ve haksızlıkların tazmin edilmesidir. Aristoteles'te düzeltici adaletin kendisine dayandığı eşitlik türü ise dağıtıcı adalette olduğu gibi geometrik bir orantıya değil, aritmetik bir orantıya dayanır. Nitekim Aristoteles'e göre "*doğru bir kişinin kötü birini ya da kötü birinin doğru birini dolandırması ve doğru birinin ya da kötü birinin doğru birinin zina yapması arasında hiçbir fark yoktur; yasa yalnızca zararın farkına bakar ve onlara eşit muamele yapar*" (1997: 96). Yani yargıç, taraflardan birinin haksızlık yapıp yapmadığına, ötekinin haksızlığa uğrayıp uğramadığına ve birinin zarar verip vermediğine, ötekinin zarar görüp görmediğine bakar. Burada yargıcın amacı, taraflar arasındaki eşitlik durumunu bozan şeyi ortadan kaldırmak, yani tarafları eski durumlarına, dağıtıcı adaletle ortaya çıkan eşitlik durumlarına geri döndürmektir. Ancak Aristoteles'e

göre kimi durumlarda bu eşitlik haline geri döndürmek olanaklı değildir. Örneğin adam öldürme ya da yaralama gibi durumlarda yargıç cezalandırma yoluna giderek, zarara yol açan kişinin kazancını cezayla ortadan kaldırır (Aristoteles 1997: 96).

Bununla birlikte, Aristoteles'in dağıtıcı ve düzeltici adalet ayrımında düzeltici adalet anlayışı temelinde düşünülebilecek bir üçüncü adalet öngörüsü olan "değiş tokuş adaleti"ni de bu noktada hesaba katmak gerekir. "İnsanların birbirinden bir şeyler alıp vermesi"yle bir arada bulunduğunu bildiren Aristoteles'e göre, toplumu ayakta tutan şeylerden biri de değiş tokuştur. Farklı gereksinim ve talepleri olan insanların, bu gereksinimlerini gidermek üzere iş bölümüne gitmesiyle toplum ortaya çıkar. Farklı şeyler üreten insanlar, bunları, kendi aralarında değiş tokuş ederek gereksinimlerini karşılarlar. İki doktor birbiriyle değiş tokuş yapmaz, bir doktor ancak bir çiftçiyle bir araya geldiğinde değiş tokuş yapar, sundukları ürün ve hizmetleri karşılıklı değiştirirler. Doktor çiftçiye onda olmayan farklı bir şey sunar, yoksa çiftçinin verdiğinin aynıyla karşılık vermez. "Demek ki bir mimar ile ayakkabıcı arasında nasıl bir ilgi varsa, şu kadar ayakkabı ile bir ev ya da besin maddesi arasında öyle bir ilgi vardır" (Aristoteles 1997: 99). Dolayısıyla, mal ve hizmetler arasındaki değiş tokuş durumunda ortaya çıkan eşitlik, aritmetik bir eşitliğe dayanmakla birlikte mutlak bir eşitliğe dayanmaz. Buradaki aritmetik eşitliği olabildiğince mutlak bir eşitlik haline dönüştürmek için mal ve hizmetleri değiş tokuş etmek yerine, birbiriyle denkleştiren ortak ölçü olarak "para" ortaya çıkmıştır (Aristoteles 1997:99).

Görüldüğü gibi, Aristoteles'te dağıtıcı adaletin asıl amacı kişi ile toplum ya da devlet arasındaki ilişkileri düzenlemek olduğundan uygulayıcısı devlet adamıyken, düzeltici adalet hukuki ilişkide taraf olanların eşit muamele görmesi gerekliliğine dayandığından uygulayıcısı yargıçtır. Ama sonuçta Aristoteles'te denkleştirici adaletin temelde dağıtıcı adalete dayandığını unutmamak gerekir. Aritmetik ve geometrik orantıya dayanan iki eşitlik biçimi arasındaki ilişki de bunun en yakın göstergesidir.

Son olarak, günümüzde, insan hakları temelli adalet anlayışını ortaya koyduğu "Adalet Kavramı" başlıklı yazısında Kuçuradi, adalete ilişkin tartışmalara yepyeni bir bakış açısı kazandırır. Ona göre, "adalet nedir?" sorusundan önce ve onu cevaplandırmak için "adaletsizlik nedir?" sorusunu sormamız gerekir (Kuçuradi 1994:29). Kuçuradi'de adalet bir fikir ya da Platon'un ifadesiyle bir ideyken, adaletsizlik bir durum, bir olgudur. Bir olgu olarak adaletsizlik "insanlara insan olarak borçlu olunanları bulduğumuz yer; ya da borçlu olunanları bugünkü adlarıyla dile getirilirse temel insan hakları ilkelerinin türetildiği yerdir" (Kuçuradi 1994:29). Kuçuradi, insan hakları söz konusu olduğunda insan türünün bir üyesi olan her varlıkla ilgili bazı gereklilikleri anlar. Ona göre bu gereklilikler, insanın değerini koruma istemleri olarak karşımıza çıkar. "İnsanın değeri" derken de bundan insanın diğer canlılarla arasındaki özel yerini anlıyorum der Kuçuradi. İnsana bu özel yeri sağlayan, onun özelliklerinin bütünündür; onu diğer canlılardan ayıran olanaklarıdır. Bunlar, insanın diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı özelliklere ek özelliklerdir. Diğer canlılarla ortaklaşa taşıdığı bu ek özelliklerle insan, bilen, düşünen, karar veren, eylemde bulunan, zaman bilinci olan, çalışan bir varlıktır (Kuçuradi 1997: 55). Bütün bunların

ışığında, Kuçuradi adaleti şöyle tanımlamaktadır: "Adalet kişilerin temel haklarının korunması talebi ve mevcut koşullarda gereklerinin sürekli olarak ülkeler ve dünya düzeyinde gerçekleştirmesi talebidir" (Kuçuradi 1994: 31). Adaletle ilgili tartışmalardaki temel amacı "adalet nedir?" sorusuna bilgisel temelli bir cevap verilip verilemeyeceğini sorgulayarak bu soruya bilgiyle temellendirilebilir bir cevap vermeye çalışan Kuçuradi'ye göre, günümüzde adaletin bir özlemden bir talep haline dönüşümünde adalet talep edenlerin adaleti elde etme umudunu yitirmesi sonucunda ortaya çıkan küçük savaşlar ve terörizmin ortadan kaldırılmasının tek yolu "toplumsal ve siyasal kararlara ve eylemlere yön gösterecek, onları belirleyecek adalet sağlayıcı ilkeler türetmek sonra da adaleti gözeten hukuk oluşturmak" (1994: 27) tır. Böylece Kuçuradi'de hukuk "toplumsal ilişkilerin düzenlenmesinde, kurulmasında ve yürütülmesinde bazı etik ilkeleri etkili kılabilme kaygısının somutlaşması, ...yani bu ilişkileri, başka belirleyicilere göre değil, adalet fikrine göre düzenlemeyi istemenin ifadesi olan kurum" (2000:291) olarak belirginleşmektedir.

Özetlenirse, bu üç adalet anlayışı birlikte düşünüldüğünde ortak yanı, hepsinin adaletten haklarda eşitliği anlıyor olmalarıdır. Ancak Aristoteles'in dağıtıcı adalet anlayışı temelinde düşünüldüğünde, Aristoteles'te eşit bir şekilde dağıtılması gereken haklar söz konusu olduğunda, haklara konu olanlar onur, para ve mallar gibi "şey"lerken, Kuçuradi'de haklara konu olanlar her insanın sırf insan olmasından kaynaklanan temel hakları ya da olanaklarıdır. Bu iki adalet anlayışında haklara konu olunanların ontolojik farklılıklarının yanı sıra, Aristoteles'te onur, para ve malların adil dağılımındaki eşitlik geometrik bir oranlamaya göreyken, Kuçuradi'nin adalet anlayışının temelini oluşturan insan hakları söz konusu olduğunda adaleti sağlayacak eşitlik biçimi ancak aritmetik bir orantı olarak düşünülebilir. Burada söz konusu olan eşitlik biçimi de, Aristoteles'in düzeltici adalet anlayışında değiş-tokuş ilişkileri dışındaki insan ilişkilerini düzenlemede söz konusu olan mutlak bir eşitliğe dayanır.

Bütün bunların ışığında, "adalet idesiyle adaletsizlik olgusu zemininde ve adalet idesinin kavramlaştırılmasıyla ortaya çıkan hak ve eşitlik kavramlarıyla ilişkisinde salt bir kavram olarak düşünülmesi gereken hukuk ile yaşam arasında, sahip oldukları ontolojik yapı farklılıkları nedeniyle özellikle çağımızda daha da belirginleşen gerilimi insani ölçülerde yaşanır kılmak için nasıl bir hak ve eşitlik anlayışı hukukun yapısına uygun bir anlayış olur?" sorusu ortaya koyulduğunda şunlar söylenebilir:

Bu noktada, 20. yüzyılın ünlü Alman hukukçusu Hans Kelsen'in hukuk normu ile doğa yasaları arasında yaptığı ayrım merkezinde hukuk sisteminin yapısına ilişkin söyledikleri dikkat çekicidir. Kelsen'e göre doğa yasaları bir A olayı meydana gelirse, B sonucunun zorunlu olarak gerçekleşeceğini varsayar. Buna karşın hukuk normu bir A olayı meydana gelirse B sonucu gerçekleşmelidir ilkesine dayanır. Başka bir ifadeyle, doğa yasaları "olan"ı göstermesine karşın, hukuk normları "olması gereken"i, yani belli şartlar ortaya çıktığında nasıl hareket etmeleri gerektiğini gösterir (Kelsen 1962: 106). Kantçı düşüncenin temellerinden beslenen "Saf Hukuk Teorisi"nde Kelsen, böylece açık bir şekilde, hukuk normunun tıpkı Kant'ın saf aklın sahip olduğu ontolojik yapı gibi biçimsel bir yapı, buna karşın doğa yasalarının içerikli bir yapı gösterdiğini ortaya koyar (1962:1).

Bu çerçevede Kelsen'in ontolojik farklılıklara sahip iki alan olarak hukuk ile doğa arasında kurmuş olduğu ilişkiyi hukuk ile yaşam ilişkisi temelinde kurulduğunda bu ontolojik farklılık nedeniyle iki alan arasında bir gerilimin olması kaçınılmaz gibi görünüyor. Gerçekten de "hukukun çağımızdaki en önemli sorunu, oluşturduğu düzen ile yaşam arasındaki gerilimden kaynaklanmaktadır. Çağımızda hukuk düzeni ile yaşam arasında derin boşluklar olduğu göz ardı edilemez. Hukuk yaşama yakışmamakta, yaşamla zenginleşip değişmeyi, yaşamla devingen bir ilişkiye girmeyi başaramamaktadır" (İnam 2005:35). Öyle ki nerdeyse "hukuk yaşamın kükremeye hazır bekçisi" (Timuçin 2005: 70) konumuna bürünmüştür. Çünkü "hukukun temel amacı dikensiz bir yaşam, patırtısız gürültüsüz bir düzendir" (Timuçin 2005: 70). Peki bu durumda hukuktan vazgeçmek mi gerekir? Hukuktan vazgeçilemeyeceği açıktır. Olması gereken "hukuk düzeninin, sahip olduğu yaşamı, insanı, dünyayı güzelleştirecek, yaşanır hale getirecek değerlerle koruyup, geliştirmeye yardımcı olmasıdır" (İnam 2005:38). Bu durumda denebilir ki önemli olan yaşamın ve devletin insanileştirilmesine bağlı olarak hukukun insanileştirilmesidir (Timuçin 2005: 71). Biçimsel bir yapı olan hukukun insanileşmesinin en önemli koşulu ise, hukukun dayanması gereken eşitliğin aritmetik bir orantıya dayanan bir eşitlik olmasıdır. Çünkü hukuk normu sahip olduğu biçimsel yapı nedeniyle ancak Kantçı bir ifadeyle nesnel geçerli (yani bütün akıl sahibi varlıklar için geçerli) olduğu zaman varlığını sürdürebilir. Böylesi bir eşitlik biçimine dayanması gereken hak anlayışı da Aristoteles'in dağıtıcı adalete konu olan haklar değil, daha ziyade Kuçuradi'nin adalet anlayışının temeline koyduğu insanın sırf insan olmasından kaynaklanan hakları olan insan hakları söz konusu olduğunda olanaklıdır. Ancak Kuçuradi'nin adalet anlayışında söz konusu olan insan haklarının hukukun biçimsel yapısına ve aritmetik bir orantıya dayanan bir mutlak eşitlik biçiminde olması da insanı diğer canlılardan ayıran, dolayısıyla ona özel yerini sağlayanın Kantçı anlamda bir saf ya da biçimsel aklın kabulüyle olanaklı gözükmektedir.

Bununla birlikte, hukuk ile yaşam arasındaki gerilimi insani ölçülerde yaşanır kılmadaki bu yapısal çözüme ek olarak, hukuksal düzenlemelerin tek tek durumlara uygulayan yargıçların insan olarak kişi özelliklerini de hesaba katmak gerekir. Çünkü "her tek durumun özelliğini dikkate almadan, durumu doğru bir biçimde kavramadan yapılacak ezbere uygulamalar hukukun amacıyla uyuşmayan yargıların ortaya konulmasına yol açabilir" (Tepe 2005:62). Bu nedenle, hukukun nesnel geçerli bir insan hakları ilkelerine uygun gerçekleşmesi, yasaları uygulayanların etik kişiler olmalarına bağlıdır. Çünkü insan haklarına dayalı bir yasa maddesi bile ezbere değerlendirmeler yapan bir yargıcın elinde değer çiğnemelere, haksızlıklara yol açabilir (Tepe 2005:62).

KAYNAKÇA

- ARİSTOTELES, *Nikomakhos'a Etik*, Çev: Saffet Babür, Ayraç Yayınevi, Ankara 1997.
- İNAM, A. "Anlam Sağlığı Açısından Hukuk" *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar II, Sempozyum Bildirileri I,* İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.
- KELSEN, H. *Théorie pure du droit, Dalloz, Collection* "Philosophie du droit" Paris 1962.

- KUÇURADİ, İ. "Adalet Kavramı", Editör Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 1994.
- KUÇURADİ, İ. *Çağın Olayları Arasında*, Ayraç Yayınevi, Ankara 1997.
- KUÇURADİ, İ. "Hukuk ve Etik", *Bedia Akarsu Armağanı*, Hazırlayan B. Çötüksöken-D.Özlem, İnklâp Kitabevi, İstanbul 2000.
- PLATON, *Devlet*, Çev: Sabahattin Eyüboğlu, M.Ali Cimboz, Remzi Kitabevi 1992.
- PLATON, *Nomoi*, Çev: Candan Şentuna, Saffet Babür, Kabalcı Yayınevi, İstanbul 1992.
- PLATON, *Parmenides*, Çev: Saffet Babür, İmge Kitabevi Ankara 1996.
- TEPE, H. "Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri" *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar II, Sempozyum Bildirileri I,* İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.
- TİMUÇİN, A. "Adalet ve Hukuk Karşıtlığı" *Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar II, Sempozyum Bildirileri 3* İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2005.

Yargının Tarafsızlığı Sorunu

Başar YALTI*

Son dönemlerde, belli kesimlerde, basında ve hükümet sözcülerinin dile getirdiği konuşmalarda, yeri geldikçe veya fırsat çıktığında yargının tarafsızlığı konusu gündeme getirilmekte, yargı bağımsızlığından çok "yargının tarafsızlığı" ön plana çıkartılmaktadır.

Sadece Anayasa Mahkemesinin son günlerde verdiği kararları bakımından değil, örneğin Milletvekili dokunulmazlığının kaldırılması veya sınırlandırılması taleplerine karşı da hemen bürokrasideki dokunulmazlıklar öne sürülmekte, artık açıkça ve çekinmeden ifade edildiği gibi, yargıçların dokunulmazlıkları kast edilerek, önce bu tür dokunulmazlıkların kaldırılması gereğine değinilmektedir.

Yargının anayasal bir fonksiyon olarak amacı hukuk düzeninin gerçekleştirilmesi ve korunmasıdır. Kuvvetler ayrılığı ilkesi çerçevesinde yargıya düşen görev, yasama ve yürütmenin denetimini sağlamaktır. Maddi anlamda ise yargı, her türlü hukuksal uyuşmazlığı çözüp karara bağlama işlevidir. Devletin varlık nedenlerinden birisi de zaten budur. Bu nedenle, yargının bir takım ayrıcalıklara sahip olması doğası gereğidir.

Ancak, mahkemelerden (Anayasa Mahkemesinden) hoşa gitmeyen kararlar çıktıkça, yargıda tarafsızlık isteyenlerin seslerinin yükseldiği gözlenmektedir. Eskiden yargının bağımsızlığı ilkesi adı altında, onunla birlikte, onun gereği olarak değerlendirilen tarafsızlık kavramı, birden bire üst başlık olarak öne sürülür oldu.

Esasen yargıda tarafsızlık adı altında talep edilen husus, yargısal denetimden kaçma ya da yargılayıcıları etki / baskı altına alma olanaklarının yaratılmasıdır.

Peki yargının "tarafsızlık" diye bir sorunu yok mudur?

Yargıda tarafsızlık denildiğinde, anlaşılması gereken yargıçların tarafsızlığı olup, kuşkusuz böyle bir sorunun varlığı bilinmektedir.

Yargı görevi ve işlevi gereği tarafsızdır, tarafsız kalmalıdır. Bu nedenledir ki, yargıyı temsil ettiği bilinen elinde terazi ve kılıcıyla betimlenen kadın figürünün gözleri dış etkilerden uzak kalması için bağlı çizilmiştir.

Yargıç tarafsızlığı objektif (nesnel) tarafsızlık ve subjektif (öznel) tarafsızlık olmak üzere iki boyutludur. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi (İHAM), önüne gelen başvurularda nesnel ve öznel tarafsızlık ayrımı çerçevesinde değerlendirme yapmaktadır. Nesnel tarafsızlık, yargıcın görevini yaparken **kişisel olarak tarafsız davranmasını,** tarafların yararına veya zararına hareket etmemesi anlamındadır. Öznel tarafsızlık

* Avukat, İstanbul Barosu

ise kurum olarak mahkemenin veya yargıçların taraflar ve toplum üzerinde bıraktığı **güvenilirlik duygusudur. Bu durum yargıcın kendisine karşı tarafsızlığını da kapsar.**

Adalet Bakanlığının hazırladığı "yargı reformu stratejisi" belgesinde 2 nolu başlık olarak "YARGININ TARAFSIZLIĞININ GELİŞTİRİLMESİ" düzenlenmiştir. Yargıda tarafsızlığın geliştirilmesi konusunda;

- Yargı mensupları için etik kuralların belirlenmesi
- Yargı tarafsızlığı konusunda yargı profesyonellerinin ve medya mensuplarının bilinçlendirilmesi
- Kişisel verilerin korunması kaydıyla yüksek mahkeme kararlarına erişimin sağlanması
- Kişisel verilerin korunması çerçevesinde HSYK'nın disipline ilişkin kararlarının tamamına ulaşılabilmesi
- Yargı mensupları ile ilgili disiplin hükümlerinin yeniden ele alınarak nesnel ölçütler getirilmesi ve değişik kademelerdeki yargı mensupları için paralel düzenlemeler yapılması önerilerine yer verilmiştir.

Bilindiği üzere, yargı ile ilgili etik kuralları belirlemek üzere uluslar arası ölçekte çalışmalar yapılmış, bu çerçevede "Bangalore Yargı Etiği İlkeleri" adı altında toplanan kurallar Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda kabul edilmiştir. Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu da bu ilkeleri 2006 yılında benimsemiştir.

Bangalore Yargı Etiği İlkeleri arasında tarafsızlık konusuna, yargı bağımsızlığından sonra ikinci değer olarak yer verilmiştir. Yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esaslı bir unsuru olarak tanımlanan tarafsızlık durumunun, sadece karar açısından değil, karara varılıncaya kadar geçen yargılama süreci bakımından da geçerli olması gerektiğine özellikle dikkat çekilmiştir.

Uygulamada yargıçların tarafsızlıklarını nasıl yerine getirecekleri ise şöyle belirlenmiştir:

- Hâkim, yargısal görevlerini tarafsız, önyargısız ve iltimassız olarak yerine getirmelidir.
- Hâkim, mahkemede ve mahkeme dışında, yargı ve yargıç tarafsızlığı açısından kamuoyu, hukuk mesleği ve dava taraflarının güvenini sağlayacak ve artıracak davranışlar içerisinde olmalıdır.
- Hâkim, duruşma ve karar aşamalarında, kendisini yargılamadan zorunlu olarak el çektirecek olasılıkları makul ölçüler içerisinde asgariye indirecek şekilde hareket etmelidir.
- Hâkim, önündeki bir dava veya önüne gelme ihtimâli olan bir konu hakkında, bilerek ve isteyerek; yargılama aşamasının sonuçlarını veya sürecin açıkça âdilânelik vasfını makul ölçüler çerçevesinde etkileyecek veya zayıflatacak hiçbir yorumda bulunmamalıdır. Ayrıca hâkim, her hangi bir şahsın ya da meselenin âdil yargılanmasını etkileyebilecek alenî olsun veya olmasın her hangi bir yorum da yapmamalıdır.
- Hâkim, tarafsız olarak karar veremeyeceği durumda veya makul olarak düşünme yeteneği olan bir kişide tarafsız olarak karar veremeyeceği izlenimi yaratması halinde, yargılamanın her hangi bir aşamasına katılmaktan çekinmelidir. Sınırlı sayıda sayılmamakla birlikte bu durum aşağıdaki ihtimâllerde söz konusu olur:

Hâkimin, yargılama aşamasında delil kâbilinden tartışılan olaylarla ilgili

kişisel bir bilgiye sahip olması veya davanın bir tarafıyla ilgili gerçek bir önyargı veya tarafgirlik içerisinde olması veya,

Hâkimin ihtilâf konusu davada, olaya ilişkin bir tanıklığının olması ya da daha önceden bu konuda avukat olarak hizmet vermiş olması veya,

Hâkim ya da hâkimin ailesinden birisinin ihtilâf konusu dava sonuçlarıyla ilgili ekonomik bir çıkarının olması.

Pozitif hukukumuzda yargıçların tarafsızlığını sağlayacak hükümlere 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununda ve yargıçların ret ve çekilmelerinin nasıl olacağını düzenleyen usul yasalarında yer verilmiştir. 2802 sayılı Yasanın yer değiştirme cezası başlıklı 68'inci maddesinde tarafsızlığa aykırı davranışlar şu şekilde sıralanmıştır:

a.Yaptıkları işler veya davranışlarıyla görevini doğru ve tarafsız yapamayacağı kanısını uyandırmak,

b.Hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak,

c.Maddî tayin ve deliller elde edilmemiş olsa bile rüşvet aldığı ve irtikâpta bulunduğu kanısını uyandırmak,

d.Doğrudan doğruya veya aracı eliyle hediye istemek ve görev sırasında olmasa dahi, çıkar sağlamak amacı ile verilen hediyeyi kabul etmek veya iş sahiplerinden borç istemek veya almak.

Hemen belirtmeliyiz ki, bütün uluslararası belgelerde tarafsızlık, bağımsızlık kavramıyla birlikte ele alınmıştır. Çünkü tarafsızlık, yargıcın görevini yerine getirirken, taraflara karşı adil ve eşit davranması, haksız olarak taraflardan biri yararına veya zararına tavır almaması, yasalara ve maddi olaya uygun olarak vicdani kanaatine göre karar vermesi demektir. Bu tür bir davranış, hiç kuşkusuz öncelikle bağımsız olmayı gerektirir. Bu nedenle, yargıç tarafsızlığında ön koşul bağımsızlıktır. Yargıcın bağımsızlığı hem nesnel-objektif anlamda, dış etkilere karşı korunma, öznel-sübjektif olarak da yargıçlık güvencele-rine sahip olmak demektir.

Yargıçlara tanınan bağımsızlık, onlar için kişisel bir ayrıcalık değil, yargıçların görevlerini tarafsızlık içinde yapmalarını sağlayan **toplumsal bir güvencedir.** Yargı bağımsızlığının sağlanması kamu yararı gereği olup, topluma adaletin her türlü baskı ve etkiden uzak olarak dağıtıldığına ilişkin güven verme amacını güder. **Bu amaca bağlı olarak yargı bağımsızlığını sağlamak devletin bir görevidir.** Bağımsızlık devletin güvencesi altında olduğu içindir ki, Anayasamızda 138, 139 ve 140. maddeler bu konuya ayrılmıştır.

Bu açıklamalar ışığında, TARAFSIZLIĞIN SAĞLANMASI bakımından geliştirilen önerilenlere bakıldığında, önerilerin tamamının yargıçların disiplin hukukuna ilişkin olduğu görülmektedir.

Yapılan bu öneriler yapısal olmayıp, bürokratik kültürün etkisinde geliştirilen geçici nitelikte çözümlerdir. Elbette ki, etik değerlerin belirlenmesi ve bu değerlere uyulmasının sağlanması önemli olmakla birlikte, yargıçlığı erdem felsefesinden uzaklaştıran ve memurlaştıran bir yaklaşıma olur verilmesi kabul edilmemelidir. (Bu yaklaşım tarzı, Mecellede tanımlanan hakimlik anlayışının bile çok gerisindedir. Hakim; hakim (bilge), mekin, fehim, metin, emin ve müstakim olmalıdır.) Bu nedenle yargıda tarafsızlığın geliştirilmesiyle ilgili önerileri yetersiz ve sorunun özüyle ilgisiz bulduğumuzu belirtmeliyiz. Yargıçların yüksek hukuk kültürü ile donanmalarını sağlamak yerine, onları

disipline etme anlayışına dayanılması sağlıklı ve doğru bir yaklaşım değildir. Kaldı ki, 2802 sayılı Hakimler ve Savcılar Kanununun 6. kısmı (m.62-81) disiplin işlerine ayrılmış olup, 62. maddede Hakim ve savcılara; sıfat ve görevleri gereklerine uymayan hal ve hareketlerinin tespit edilmesi üzerine durumun niteliğine ve ağırlık derecesine göre, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca;

a) Uyarma,

b) Aylıktan kesme,

c)Kınama,

d) Kademe ilerlemesini durdurma,

e) Derece yükselmesini durdurma,

f) Yer değiştirme,

g) Meslekten çıkarma.

disiplin cezalarından birisinin verileceği öngörülmüştür. Mevcut düzenlemeler karşısında tarafsızlık konusunda bir sorun yaşandığı kabul ediliyor ise sorunun kaynağını başka yerlerde aramak gerekmektedir.

Yargıda tarafsızlığın sağlanması, yani yargılama sürecinde yargıcın tarafsız davranması adil yargılanma hakkının doğal ve zorunlu bir sonucu ve gereğidir.

Yargıda tarafsızlığın sağlanması için :

1- Yargıda açıklığın (aleniyetin) tam olarak sağlanması ve yargılamaya tarafların etkin olarak katılmalarını sağlayacak düzenlemelerin yapılması gerekmektedir.

Bu çerçevede;

•Mahkeme kararlarının **gerekçeli** olması ve yüksek mahkemelerin içtihat birliğinin sağlanması,

•Duruşmaların açıklığı, dosya ve belgelere ulaşma olanağının sağlanması,

•Yargıçların kendisini geliştirme yeteneğinin ölçülmesi,

•Yüksek yargı yerlerine, Yargıtay ve Danıştay dairelerine avukatlar arasından bir üye atanması gerektiği kanısındayım.

2-Yargıçların dış etkilerden arınmışlığının sağlanması gerekmektedir.

•Medyanın etkisinin ortadan kaldırılması, yasal korumanın sağlanması,

•İktidarın yönlendirmesinden ve siyasetin etkisinden kurtarılması şarttır.

3-Yargıcın (siyasal, felsefi ve yetiştirilme biçimi vb. bakımlardan) önyargı ve ön kabullerinin, öngörüşünün davaya etkisinin en aza indirilmesi ve davadaki taraflardan herhangi biri yararına veya zararına tutum takınmamasının **(subjektif yansızlık) sağlanması** gerekmektedir. Bu sorun, yargıçların içsel dünyalarıyla bağlantılı bir sorun olduğundan, yargıçların hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk psikolojisi konularında eğitilmeleri gereği değerlendirilmelidir.

4-Yargıcın karar verirken tek amacı adaleti sağlamak olmalı, devletin koruyucusu kollayıcısı ve memuru olmamalıdır. Yargıcı memur gibi gören zihniyet ile yargıcın kendisini memur gibi görmesi aynı derecede sakıncalıdır. Ancak, bu durum elbette yargıcın devlete, devletin kuruluş felsefesine karşıtlık geliştirmesi anlamına gelmemektedir.

5-Yargıcın iş yükünün olumsuz etkisinden korunması sağlanmalıdır.

6-Yargıcın, yasayı hukuka uygun (çağdaş hukuk anlayışına uygun) olarak yorumlamasını sağlamak gerekmektedir.

Yasanın Hukuka Uygun Yorumu

Bu başlık altında yargıcın tarafsızlığı konusuna biraz daha ayrıntılı olarak değinmek istiyorum.

Yargılama süreci bilindiği üzere üç aşamalıdır. Öncelikle hukuka aykırı olduğu iddia edilen bir uyuşmazlığın ortaya çıkması, uyuşmazlığın hukuka aykırılığının saptanması ve son olarak da gerekli yaptırımın uygulanması süreç içerisinde yaşanmaktadır.

Yine bilindiği gibi yasaları yorumlama yetkisi mahkemelere/ yargıçlara aittir.

Gerek uyuşmazlığın hukuka aykırılığın saptanması evresinde, gerekse uygulanacak pozitif hukuk kuralının belirlenmesi evresinde, yargıcın hata yapma olasılığı mevcut olup, taraflardan birisi, bazen her ikisi bakımından haksız sonuçlar ortaya çıkacağından, bu süreç önemsenmelidir.

Dile getirmeye çalıştığımız konu, yargıcın kaba bir şekilde yan tutmasından daha önemlidir. Çünkü birinci hal zaten yargıçlıkla açıkça bağdaşmayacak bir tutum olduğundan böyle bir olasılık çok azdır. Oysa ikinci durumda, yargıcın kasıtlı olmasa da yasayı yanlış yorumu daha ciddi riskler taşımakta ve toplumda adalet duygusunun zayıflamasına yol açmaktadır.

Bu noktada, mahkeme kararlarının denetlendiği ileri sürülebilir ise de, yargının her kademesindeki iş yükünün ve personel yetersizliklerinin varlığı karşılığında, ayrıca yargıda kalite sorunu dikkate alındığında, sağlıklı bir denetimin olmadığı kabul edilmelidir.

Tarafsızlık bakımından önemsediğim, yasanın hukuka uygun yorumu sorununun, avukatlar bakımından daha anlaşılabilir bir konu olduğu görüşündeyim. Çünkü hemen her avukat genel hukuk ilkelerine aykırı olarak verilmiş ve kesinleşmiş kararlara ait birçok davaya tanıklık etmiştir.

Yargılamada hukuk kurallarının uygulanmaya başlamasıyla birlikte, uygulanacak hukuk normunun anlamının, yorum yoluyla ortaya çıkartılması sırasında, yargıcın iradesinin önemi ortadadır. Bu bakımdan, yargılama sürecinde, soyut olarak duran normun, somut olaya uygulanır hale getirilinceye kadar geçen aşamadaki değişimi irdelenmelidir.

Ayrıca süreç içerisinde yargıçların ön anlayış ve ön yargıya sahip olmalarının da (tarafların kimliği, davanın konusu vb.) tarafsızlıklarını etkilediği kabul edilmelidir. Çünkü yargıçların kafasında dava başlangıcında ön kararlar oluşmaktadır. Bazen önyargılar yaratıcı bir işlev görse de, önyargılar, çoğunlukla keyfiliğe, tarafgirliğe yol açmakta ve yargıcı objektif olmaktan uzaklaştırmaktadır.

Olumsuzlukların önüne geçmek için, bu durumu bir veri olarak kabul edip, yargılama sürecinin tarafsız ve rasyonel işleyişinin yöntemini bulmak gerekmektedir. **Belki de mutlak tarafsızlık diye bir şey olamayacağını kabul ederek süreci buna göre belirlemek gerekmekte,** yorumsal denetim mekanizmaları ile yargıçlardaki felsefi temelleri güçlendirme ve erdemli davranma bilincini başlangıçtan itibaren verecek eğitim programları düzenlenmelidir.

Yargıçların bu açıdan denetlenmelerinde belki de en önemli araç, anayasal ve yasal zorunluluk olan kararların gerekçeli yazılmasına uyulmasının sağlanmasıdır. Uygulamada, mahkemeler kararlarında uyguladıkları normu ne şekilde yorumladıklarını açıklamamakta, hukuksal irdeleme yapmamakta, çoğu kez bilirkişi raporlarına bağlı kalmaktadırlar.

Yargıtay bakımından ise, özellikle onama kararları birkaç satıdan ibaret kalmakta, (oysa bu durum HUMK 436. maddesine açıkça aykırıdır) taraflarda ve kararı okuyan üçüncü kişilerde dosyanın sağlıklı şekilde değerlendirilmediği izlenimi doğmaktadır.

Anayasa Mahkemesi 07.02.2007 tarih ve **2006/162E., 2007/15K. Sayılı bir kararında hukuk devletini bilinen şekliyle** "insan haklarına dayanan, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, eylem ve işlemleri hukuka uygun olan, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, hukuk güvenliğini gerçekleştiren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, hukuku tüm devlet organlarına egemen kılan, yargı denetimine açık, yasaların üstünde Anayasa'nın ve yasa koyucunun da uymak zorunda olduğu temel hukuk ilkeleri bulunduğu bilincinde olan devlettir" olarak tanımladıktan sonra, **"hukuk devletinde yasa koyucu, yasaların yalnız Anayasa'ya değil, Anayasa'nın da evrensel hukuk ilkelerine uygun olmasını sağlamakla yükümlüdür"** belirtmesine vurgu yapmıştır.

Anayasa Mahkemesinin bu kararı ve yine Anayasanın 90. madde hükmü dikkate alındığında, yasaların yorumunda uyulması gereken kuralların evrensel hukuk ilkelerine ne derecede uyumlu olduğunun dikkatle izlenmesi gerekmektedir.

Kaldı ki, gerçek bir hukukçu, hukuksal normları uygulama yanında, hukuksal eylem ve olgulara uygulanması gereken adaletli normun, başka bir deyişle "olması gereken" hukukun yürürlükteki hukuk normlarıyla uyuşup uyuşmadığını araştırmak durumundadır.

Tarafsızlık içsel bir sorundur. Hukuksal meşruluk bakımından yargıçlar üzerinde Demoklesin kılıcı şeklinde disiplin cezaları tehdidi yerine, etik bir bakış açısına sahip olmalarını sağlayacak, hukuk felsefesi, hukuk sosyolojisi ve hukuk psikolojisi eğitiminin sürekli olarak verilmesinin daha doğru ve etkili olacağını değerlendiriyorum.

Halkın İradesi Bağlamında Halkoylamaları: Bir Hukuk Sosyolojisi Denemesi

Mehtap YEŞİLORMAN(*)

GİRİŞ

Halk iradesi kavramının demokratik rejimlerde önemli bir yeri bulunmaktadır. Bir bakıma, demokrasiyi demokrasi kılan ve onu diğer yönetim biçimlerinden ayıran temel niteliğinin yönetimde halkın iradesinin esas tutulması olduğu söylenebilir. Yani, rejimin halkın iradesi temeline dayanması, demokrasinin en belirgin göstergesi ya da kıstası olarak gösterilebilir. Nitekim egemenliğin halka dayanmadığı ya da başka güç odakları tarafından kullanıldığı yönetimler, demokratik olarak nitelendirilemezler.

Halkın iradesinin demokratik toplumlarda her zaman doğruyu işaret edip etmediği hususundaki felsefi tartışmalar bir tarafa, bu iradenin genellikle siyasal süreç, karar ve tercihlere yeterince yansımadığı meselesi, en çok tartışılan konuların başında gelmektedir. Zira halkın iradesinin karar alma süreçlerine gerçek anlamda yansıyıp yansımaması, rejimin demokratikliği ya da ülkenin demokratikleşme düzeyinin ölçütü sayılmaktadır. Dolayısıyla demokratik olma iddiasında olan bütün ülkelerde bu terim ya da prensibe özel bir önem atfedilmektedir.

Demokrasilerde halkın iradesinin gerçekleşme seviyesinin, sosyo-ekonomik ve siyasal gelişme düzeyi ve bu düzeyin yarattığı koşullardan önemli ölçüde etkilendiği öne sürülebilir. Değişik fikirlerin özgürce gelişip varlığını sürdürebilecekleri ve hatta yarışabilecekleri özgür siyasal bir ortam ve bireysel hak ve özgürlüklerin güvence altına alındığı güçlü bir hukuk sistemi, demokratik rejimlerin başarısı için öncelikli olarak temin edilmesi gereken koşullardan birkaçıdır. Bireylerin siyasal ilgi, bilgi ve katılım imkânlarını arttırabilecek aktif demokratik bir ortam ile başta kitle iletişim araçları, siyasal ve ekonomik kaynaklar olmak üzere çeşitli güç araçları üzerindeki kontrol gücünün toplumun çeşitli kesimleri arasında adil bir biçimde dağıldığı bir toplumsal düzen, sağlanması gereken diğer koşullar arasında zikredilebilir. Zira demokrasilerde halkın iradesi ancak, gerek rejimin işleyişini sağlamak ve gerekse toplum üyelerinin vatandaşlık hak ve sorumluluklarını yerine getirmek üzere belirli bir ilgi, bilgi ve katılım düzeyini geliştirebilecekleri eşit olanaklar ile demokrasi kültürünün yerleşmesine hizmet edebilecek demokratik bir ortam sağlanmak suretiyle esas kılınabilir.

Demokrasinin temelini oluşturan halkın iradesi mefhumu, birtakım demokratik araçlar vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir. Yarı doğrudan demokrasilerde halkın iradesini temin eden bu demokratik araçlardan biri de halkoylamasıdır. Halkoylaması (referandum), Lincoln tarafından yapılan "*halkın, halk için, halk tarafından yönetimi*" şeklindeki meşhur demokrasi tanımında belirttiği, "*halk tarafından yönetim*" idealinin gerçekleşmesi bakımından son derece anlamlı bir işleve sahiptir. Halkoylamaları, özellikle halk adına karar veren yönetici kadroların belirlendiği bir seçim döneminden bir sonraki seçim dönemine kadar halkın etkinliğinin azaldığı temsili rejimlerde, halk tarafından yönetim prensibi bakımından paha biçilmez değerdedir. Buna göre, kararların seçilen temsilciler aracılığıyla alındığı rejimlerde halkoylamasının, halkın siyasal sürece doğrudan katılımını temin eden önemli bir demokratik kurum olduğu ifade edilebilir. Zira halkoylamaları sayesinde vatandaşların önemli toplumsal meseleler ve kanun değişiklikleri üzerinde doğrudan doğruya yani, aracısız söz sahibi olmaları ya da alınan kararlara katılımları mümkün olmaktadır. Bir siyasal katılma biçimi, bir tür seçim davranışı olarak yapısal açıdan kendine özgü nitelikler taşıyan halkoylaması olgusu bu açıdan dikkate değer bir konudur.

Seçim araştırmalarına pratik yararı nedeniyle yönelen yoğun dikkatlerin, bir seçim niteliğine sahip halkoylaması için söz konusu olduğu söylenemez. Dünyada konu ile ilgili çok sayıda önemli araştırmaya rastlanmakla birlikte Türkiye'de, halkoylamasına ilişkin çalışmaların oldukça sınırlı olduğu göze çarpmaktadır. Başta siyaset bilimi ve sosyolojisi olmak üzere sosyal bilimlerin çeşitli disiplinleri kapsamında incelenebilecek bir konu olan halkoylamalarının, hukuk sosyolojisi açısından ele alınmasının bu alanda önemli bir boşluğu dolduracağı düşüncesiyle yola çıkılmıştır. Ülkemizde niteliği itibarıyla disiplinler arası bir çabayı gerektiren böylesine önemli bir meselenin ihmal edilmiş olması, halkoylamalarının bu incelemenin konusunu oluşturmasının temel nedenidir. Daha açık bir anlatımla, bu çalışmanın konusunu, halkın iradesi bağlamında halkoylamalarının hukuk sosyolojisi açısından teorik düzeyde analizi oluşturmaktadır. Buna paralel olarak araştırmada, halkoylaması kurumunun hukuk sosyolojisi açısından önemine işaret edilmesi ve konunun kuramsal olarak genel bir değerlendirmesinin yapılması hedeflenmektedir. Çalışmanın temel amacı ise, çağdaş temsili demokratik rejimlerde ve buna bağlı olarak Türkiye'de, halkın iradesini yasal sürece doğrudan aktarma aracı olarak halkoylamalarının hukuk sosyolojisi bağlamında incelenmesidir. Bilimsel metot ve tekniklerde meydana gelen birtakım gelişmeler araştırma imkânlarını arttırmış olsa da, halkoylaması hala, kabul-ret sonuçlarından ibaret bir oylama olarak ayrıntılı bilgilerin bulunmadığı ve bu yüzden sosyo-kültürel tabanına ilişkin ayrıntılı değerlendirmelerin yapılamadığı bir konu olma özelliğini sürdürmektedir. Üstelik Türkiye'de halkoylamaları konusunda kuramsal çalışmaların dahi yok denecek kadar az olduğu görülmüştür. Dolayısıyla bu çalışmada, yukarıda söz edilen bazı metodolojik ve kuramsal sınırlılıklar nedeniyle halkın iradesi kapsamında halkoylaması olgusuna teorik düzeyde genel bir giriş yapma yoluna gidilmiştir. Aynı şekilde, ülkemizde hukukçular tarafından ivedi hukuksal sorunların çözümü için tali olarak görülen; sosyologların da bir yönüyle uzmanlaşmış hukuk bilgisi gerektirdiği için sahiplenemediği bir alt disiplin olarak, hukuk sosyolojisinin sahip olduğu sınırlılıklar içerisinde halkoylamalarının analizine geçmeden önce, kavramın anlamı ve temel nitelikleri hakkında bilgi vermenin yararlı olacağı düşünülmektedir.

(*) Doç. Dr., Fırat Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Üyesi

HALKOYLAMASI KAVRAMININ MANASI VE TEMEL NİTELİKLERİ

Halkoylaması (referandum), kısaca, bir yasama işlemi hakkında vatandaşların oyuna başvurma (Kubalı, 1971: 278) anlamına gelmektedir. Geniş anlamda ise; genelde anayasa değişikliği, yasaların kabulü veya çok önemli meselelerde halkın iradesini belirlemek amacıyla yapılan oylama (http://tr.wikipedia.org; www.referandum.org/referandum-nedir/) biçimi olarak tanımlanmaktadır. Genel anlamı itibarıyla, anayasal ya da önemli toplumsal meselelerde halkın iradesine başvurmayı dile getiren halkoylaması, sahip olduğu nitelikler bakımından kuşkusuz yukarıda belirtilenden daha kapsamlı, çok boyutlu bir oluşumu ifade etmektedir.

Halk oylaması, halk tarafından yönetim ilkesi doğrultusunda halkın içinde yaşadığı toplumla ilgili kararlara doğrudan katılmasına imkân veren halk vetosu ve halk teşebbüsü (Gözler, 1988: 97; Kanlıgöz, 1996: 174) gibi doğrudan demokrasi kurumlarından biri olarak kabul edilmektedir. Temelde bir temsili demokrasi olduğu öne sürülen yarı doğrudan demokrasilerde (Gözler, 1988: 97) halk, egemenliği bu araçlar vasıtasıyla kullanmaktadır. Sözü geçen demokrasi kurumları, yarı doğrudan demokrasilerde halkın iradesinin egemen kılınması açısından bir tür tampon mekanizma fonksiyonu görmektedirler. Bir diğer ifadeyle halkoylamaları, temsili rejimlerde halka doğrudan karar alma imkânı sağlamak suretiyle "*halk tarafından yönetim*" ilkesine hizmet eden bir demokrasi kurumu olarak işlev görmektedir.

Temsili demokrasilerde halk, yönetime katılma hakkını kendisi tarafından seçilen temsilciler vasıtasıyla kullanmaktadır. Halk tarafından temsilcilere devredilen şey de egemenliğin kendisi olmayıp, bu hakkın bir süreliğine kullanılma yetkisidir. Keza Rousseau'nun ifadesine göre, egemenlik halktadır ve başkasına devredilemez. Milletvekilleri milletin temsilcisi olmayıp olsa olsa geçici işlerinin görevlileri olabilirler ve dolayısıyla halkın onamadığı hiçbir yasa geçerli değildir, yasa sayılmaz (Gözler, 1988: 99–100). Bu görüşe göre, temsilcilerin belirledikleri yasaların geçerliliği, halkın onayını almak suretiyle temin edilebilmektedir. Yani, halkın iradesine başvurulmadan düzenlenen hiçbir yasa geçerli kabul edilmemektedir. Egemenliğin halk tarafından doğrudan doğruya kullanılmasına izin veren bir vasıta olarak halkoylamalarının demokratik rejimler için arz ettiği önem, tam olarak bu noktada belirginlik kazanmaktadır. Söz konusu temel nokta, halkın egemenliği esas tutulmakla birlikte, temsili ya da yarı doğrudan rejimlerde halkın bu yetkiyi sadece seçimden seçime olmak üzere oldukça seyrek kullanmasının yol açtığı bazı sakıncaları bertaraf etmek üzere halkoylamalarından yararlanılması durumudur. Zira Gözler'in ifade ettiği gibi, halkın iradesi bir seçim gününden diğerine kadar uykuya yatmaktadır. Halkoylaması onu uyanık tutar (Gözler, 1988: 100). Buna göre halkoylamaları, halkın iradesinin teminatı olarak belirli zamanlarda doğrudan doğruya kullanılmak suretiyle temsilcilerle halk arasında bir tür köprü vazifesi gören bir demokrasi aracı olarak hizmet etmektedirler.

Bütün bu açıklamalar doğrultusunda halkoylamalarının, halk tarafından yönetim anlayışı bağlamında demokratik yönetimler için önemli bir meşruiyet aracı oldukları söylenebilir. Nitekim oylamaya sunulan tasarının halkın çoğunluğunun onayını alması durumunda yeni bir değerlendirmeyi gerektirmeksizin yürürlük kazanması, bu temele

işaret etmektedir. Çünkü demokratik rejimlerde halkın kararının sorgulandığı herhangi bir üst merci bulunmamaktadır. Dolayısıyla parlamento üyeleri, özellikle iktidarda bulunan temsilciler meclisinin başvurduğu bu yol sayesinde yasa tasarısının halkın desteği sağlanarak meşruiyeti temin edilmektedir. Bu nedenle, demokratik rejimlerde halkoylamalarının meşruiyetin kaynağını halkın iradesine dayandırması açısından yeri ve değeri eşsizdir. Ancak tasarının reddi de kabulü kadar olası olduğundan, özellikle iktidardaki partinin güvenoyu alma sürecine dönüşmesi gibi bazı tehlikeler içerdiği de gözden uzak tutulmaması gereken bir husustur.

Demokratik rejimler için büyük önem arz ettiği görülen halkoylaması kurumu, yapısal özellikleri itibarıyla kendine has bir kurumdur. İlk bakışta tipik bir siyasal katılma biçimi ya da bir seçim davranışı olarak salt siyasal bir görünüm sergileyen halkoylaması, oylanan şeyin niteliği açısından aynı zamanda hukuki bir nitelik taşımaktadır. Diğer bir anlatımla, halkoylaması anayasa değişiklikleri bağlamında vatandaşların yasama sürecine katılımını ifade etmesi yönüyle hukuksal; siyasal sürece katılım usulü olması yönüyle siyasal boyuta sahip bir kurumdur. Öteki seçim biçimlerinden farklı olan yanı; halkoylamalarında temsilcilerin seçilmesi yerine, bir metin ya da kanun maddesinin oylanması söz konusudur. Dolayısıyla bir ayağı siyaset, diğer ayağı ise hukuk alanında olan halkoylamaları, her iki alan arasında yer alan çok boyutlu bir olgu olarak değerlendirilmeye ihtiyaç hissettirmektedir.

Halkoylamasının hukuksal boyutu, daha önce belirtildiği gibi, vatandaşların yasama sürecine katılımı noktasından kaynaklanmaktadır. Hukuksal süreç ile toplumsal yapı arasındaki etkileşim de bu noktada ortaya çıkmaktadır. Her ne kadar demokratik hak ve ödevler kapsamında görünse de, halkoylamaları yeni anayasaların ve anayasal düzenlemelerin halkın oyuna sunulması gibi yasal düzenlemeleri içermesi bakımından hukuksal bir değer taşımaktadırlar. Vatandaşların yasama işlevine katılması, sahip olunan toplumsal ve kültürel karakteristiklerden ayrı düşünülemez. Yasama sürecine halkın toplumsal varlığıyla iştirak ettiği yasama sürecine karar veren ve onu şekillendiren toplumsal ve kültürel etkenleri işleyiş sürecine aktarmaları sebebiyle de halkoylaması kurumu, hukuksal oluşuma sosyolojik bir boyut kazandırmaktadır.

Siyasal boyutta bir değerlendirme yapmak gerekirse, meseleye öncelikle, siyasal kültür tipiyle başlamak gerektiği düşünülmektedir. Çünkü demokratik kültür tarzının yerleşik olmadığı toplumlarda ne halkoylamalarından söz edilebilir; ne de bu yasal yükümlülüğün sorumluluğunun yeterince yerine getirilebilmesinden bahsedilebilir. Bir toplumun demokrasi ile idare edilmesi de bu noktada tek başına yeterli kabul edilmeyebilir. Rejimin demokratikleşme düzeyi, demokrasinin sistemin değişik kurum ve yapılarına taşınma düzeyi, toplumsal sorunların çözümünde ve demokratik kültürün yeniden üretilmesinde bu sistemden ne ölçüde yararlanıldığı gibi hususların halkoylamalarının rejim içerisindeki değeri ve uygulamadaki etkinliği üzerinde belirleyici olduğu söylenebilir. Vatandaşların sahip olduğu siyasal bilgi, toplumsal sorunlara duyduğu ilgi ve katılım düzeyi, halkoylamaları sonuçlarının güvenilirlik düzeyi açısından dikkate alınması gereken son derece önemli siyasal nitelikli etkenler olarak görünmektedirler. Birbirini doğrudan etkileyen bu üç düzey, vatandaşların konu üzerinde vardıkları kararın

ne ölçüde isabetli ve hatta nitelikli olduğu konusunda halkın iradesinin yeniden tartışılmasını gerektirebilecek bir başka husus olarak belirtilebilir. Buna ilave olarak, halkoylamasına yönelik olan propagandaların başarı düzeyi, seçim sonucuna ve kamuoyunun yönlendirilmesine doğrudan yansıyan bir faktör olarak ortaya çıkmaktadır. Oylanacak metnin lehinde ya da aleyhinde olan kesimlerce yürütülen propagandaların halkın bilgilendirilmesine yönelik pozitif işlevlerinin yanında, vatandaşların yönlendirilmelerinin onların bilinçli tercihler yapmalarını engellemesi gibi negatif taraflarından da söz etmek mümkündür. Kamuoyunun yönlendirilmesinin ise, seçmenin bilinçli tercihleri açısından ele alındığında halkın iradesinin gerçekleştirilmesini sınırlandırıcı bir etki yapması muhtemeldir. Ayrıca kanun değişikliği teklifinde bulunan ya da kanun tasarısını hazırlayan kesimin –ki, bu çoğunlukla iktidar partisidir- parlamentodaki oranı, ideolojik alt yapısı ve seçmenler üzerindeki etkinliği, halkoylamalarının halkın iradesi açısından değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken siyasal nitelikli etkenler olarak zikredilebilir. Nihayet halkoylamasının bir oy verme biçimini karakterize etmesi dolayısıyla seçmen davranışı niteliklerine haiz olması da, onun siyasal boyutunu karakterize etmektedir. Bu yönüyle halkoylamalarının, genel anlamda seçmen davranışının belirgin karakteristiklerini gösterdiği şeklinde ifade edilebilir.

Halkoylamalarının hukuksal ve siyasal boyutlarının yanı sıra, toplumsal bir tabana sahip olduğundan da söz edilebilir. Belirli bir hukuksal ya da toplumsal meselenin halkın onay ve değerlendirmesine sunulması, demokratik düzlemde halkın iradesinin yanında toplumsal karakter ya da niteliklerinin de oylama sürecine yansıması anlamına gelmektedir. Toplumun sahip olduğu sosyo-kültürel özellikler ve gelişmişlik düzeyi, farklı toplumsal kesimlerin meseleye yaklaşım tarzları, inanç ve ideolojileri, kamuoyunun görüşleri, tasarıyı hazırlayan iktidar partisinin ideolojik ve toplumsal kökeni ve oylamaya sunulan tasarının kapsamı halkoylamaları üzerinde etkili olabilen çeşitli sosyo-kültürel ve siyasal faktörler olarak sıralanabilir. Söz konusu faktörler bağlamında halkoylamaları, kapsamlı birtakım sosyolojik analizlere konu olabilir. Bu bakımdan halkoylamalarının hukuksal ve sosyolojik bakışları bir araya toplayabilecek olan hukuk sosyolojisinin inceleme konuları arasında kabul edilebilir.

Konunun toplumsal yönü bağlamında, halkın oyuna sunulan metin ya da kanun tasarısının konusu ile toplumun değer ve inançları arasında determinist bir ilişki bulunabileceğini tahmin etmek güç bir iş değildir. Diğer bir ifadeyle, halkın genel kültürle ilişkili olan değer, kanaat ve inançları, oylanan metin hakkındaki kararı üzerinde etkili olmaktadır. Örneğin, kadının toplumsal statüsünün erkeklerin statüsü ile eşitlenmesine dair yapılacak bir halkoylamasında oylamanın sonucunun, toplumun konuya ilişkin genel kanaatleri tarafından belirlenmesi olasılığı oldukça kuvvetli görünmektedir. Kaldı ki, toplumsal cinsiyet hususunda tam bir eşitlik getirebilecek bir taslak kabul edilse dahi, bu sonucun toplumda bütünüyle uygulanma şansının bazı toplumsal ve kültürel engellerle sınırlı olması muhtemeldir. Bunun yanı sıra, işçilerin çalışma ve yaşama şartlarının iyileştirilmesine ilişkin bir halkoylaması hem toplumun belirli bir kesimini ilgilendirmesi, hem de kapitalist, sosyalist, modern ya da postmodern toplumlarda ne ölçüde ilgi ve kabul görebileceği ve hatta ne ölçüde

uygulanabileceği tartışmalıdır. Bunun yanı sıra, toplumun ekonomik düzeyi de halkoylamalarını bu kapsamda etkileyebilecek sosyo-ekonomik faktörler arasında sayılabilir. Oylamanın yapıldığı dönemde yaşanan ekonomik sorun ve bunalımlar, vatandaşların halkoylamalarına olan ilgi düzeylerini arttırıp azaltabildiği gibi, oylamanın kabul ya da ret olarak sonuçlanmasını da dolaysız olarak etkileyebilen bir husus olabilmektedir.

Toplumu değer ve ahlâk anlayışlarına uygun düşmeyen konulardaki seçimlerin getirdiği sonuçlar da, hukuk kuralları ile toplum arasında bazı boşluklar yaratabilir. Örneğin kürtaja olumlu bakmayan bir toplumda kürtajın yasallaştırılması için gerçekleştirilen halkoylamalarının seçmenlerin desteğini alamayacağı kolayca tahmin edilebilir. Yine, nispeten muhafazakâr ve kapalı toplum tiplerinde homoseksüellerin cinsiyet değişikliğine ya da hemcinsler arasındaki evliliklere izin veren bir taslağın onaylanmasının toplumda yaratabileceği tepkiyi tahmin etmek zor değildir. Toplumun ahlâk, görgü ve din kuralları gibi değişik kurallarıyla çelişen, değer yargılarıyla uyuşmayan kuralların benimsenme ve uygulanma şansı da sınırlı olacaktır. Bu kuralların göz ardı edildiği kanunların ölü kanun durumuna düşmesi ve toplum ile hukuk çatışmaları nedeniyle toplum yapısına uygun düşmeyen bir hukuk sistemine sahip olma konusunda gelebilecek eleştirileri çoğaltmaktadır.

HALKOYLAMALARI VE HUKUK SOSYOLOJİSİNDEKİ YERİ

Yukarıda tanımı ve bazı temel özelliklerine kısaca değinilen halkoylamasının, hukuk sosyolojisi kapsamında değerlendirilebilmesini haklı kılan sebepler, burada bu disiplinin tanımı ve genel karakteristikleri paralelinde ele alınacaktır. Konuya bir tanımla başlamak gerekirse, hukuk sosyolojisi; "*toplumsal gerçeklikten hareket ederek, hukukun bu gerçeklikteki köklerini, yerini, toplumsal gerçeklik koşullarından nasıl etkilendiğini ve onları nasıl etkilediğini araştıran bir bilim dalı*" (Gürkan, 2005: 25) olarak tanımlanabilir. Bir başka tanımlamada hukuk sosyolojisi, hukuku sosyal bir realite olarak ele alan, onu toplumsal yaşamın bir olgusu olarak kabul eden ve diğer toplumsal olay ve olgularla ilişkisini inceleyen bir bilim dalı olarak hukuk kurumunun sosyolojisi (Bal, 2007: 9) diye nitelendirilmektedir. Topçuoğlu'na göre ise hukuk sosyolojisi, hukukun kanunnamelerdeki ve şerhlerdeki metinlerini okumayı değil, toplum sahnesindeki rollerini (Topçuoğlu, 1960: 128) konu alan bir disiplin olarak nitelendirilmektedir. Yani hukuk sosyolojisi, hukuka onun deyimiyle, "*vakıa hakikatleri*" cephesinden bakarak diğer vakıalar arasındaki yerine yerleştirmeye çalışır (Topçuoğlu, 1960: 128). Zira hukuk mekanik bir oluşum, insan ve toplum ise, organik bağlara sahip varlıklardır. Hukukun toplumsal bütün ve bağlardan soyutlayarak alıp uyguladığı kararlar aritmetik bir mantık içermektedir. Oysa toplum ve bireyin doğası ve ilişkileri bu aritmetik mantığın çözebileceğinden daha fazlasını gerektirmektedir. O nedenle, Yücel'in belirttiği gibi, sosyoloji, hukuk sisteminin incelenmesine olanak sağlayan en mükemmel bir vasıtadır (Yücel, 2004: 6). Daha açık bir anlatımla, hukukun bu organik toplumsal bağları çözümleyebilmek için sosyolojiye; toplum ile hukuksal olay ve olgular arasındaki iliş-kileri belirleyebilmek için ise, hukuk sosyolojisine ihtiyaç duyduğu söylene-bilir. Kaldı ki, hukukun bütün toplumlarda, ancak farklı biçim ve tarz-

larda bulunması, onun toplumsal karakterini ortaya koyan başlıca göstergedir. Aynı zamanda toplumsal yapı değişkenlerinin çeşitli hukuk uygulamaları üzerinde etkili olması, hukukun sosyolojik bir olgu olarak değerlendirilmesine temel oluş-turmaktadır. Hukukun standartlaştı-rılmış kurallarının toplumda farklı sonuçlar yaratması da hukukun sosyolojik analizini gerektiren güçlendirici bir etki yapmaktadır.

Yukarıda bahsedilen yönüyle hukuk sosyolojisi, hukukun toplumdaki uygulama boyutuyla ilgilenen bir disiplin kimliği kazanmaktadır. Dolayısıyla bu disiplinin kanun koyucu tarafından hazırlanan kanun ya da kuralların ne ölçüde uygulama bulduğu kadar, hangi toplumsal koşullarda ve ne şekilde uygulandığıyla da ilgilendiğinden söz edilebilir. Buna istinaden halkoylamaları, başta uygulanma biçimi ve oylamaya sunulan kanun tasarısının kapsamı olmak üzere hangi toplumsal koşul ve şekillerde uygulandığı ve hangi toplumsal kesimleri, ne ölçüde ilgilendirdiği gibi konular, hukuk sosyolojisi kapsamında yer bulabilir. Ayrıca vatandaşların toplumsal ve hukuksal meseleler üzerindeki ilgi, katılım ve etkinlik düzeyleri uygulamaya yönelik birtakım sonuçlara ulaşılması yönünden hukuk sosyolojisinin konusu olabilir. Örneğin, toplumun çoğunluğunu ilgilendirmeyen konularda yapılan halkoylamalarının vatandaşların yoğun ilgi ve dikkatine haiz olmaması, hukukun toplumsal tabanının göstergesi olarak bu disiplin kapsamında incelenebilir. Bunun yanı sıra, halkoylamasının hangi siyasal, kültürel ve ekonomik koşullarda gerçekleştirildiği hususu da hukuk sosyolojisi kapsamında analiz edilebilecek konular arasında sıralanabilir. Örneğin, toplumu kaos ya da anomiye götüren şartlarda gerçekleştirilen bir halkoylamasından alınan sonuçların diğerlerinden farklılık göstermesi gibi hususlar, bu disiplin bağlamında değerlendirilebilir.

Halkoylaması bir tür yasama faaliyeti, daha doğrusu yasama faaliyetine halkın işbirliğini sağlayan demokratik, anayasal bir düzenlemedir. Halk oylamalarının yasal açıdan önemi de halkın bu yasama faaliyetlerine doğrudan katılımı temin etmesi özelliğinden ileri gelmektedir. Nitekim Gürkan'ın belirttiği gibi, yasama faaliyetlerindeki başarı, hukuk ile toplumsal yaşam arasındaki uyumun sağlanmasına bağlı (Gürkan, 2005: 28) kabul edilirse, halk oylamasının bu ikisi arasında iyi bir araç olacağı açıktır. Zira bu açıdan bakıldığında halkoylaması, hem hukuk ile toplumsal yaşam arasında bir uyumun sağlanması, hem de yasama faaliyetine halkın işbirliğinin temin edilmesi açılarından vazgeçilmez değerdedir. Yasama faaliyetinin başarısını hukuk ve toplumsal yaşam arasındaki uyuma bağlayan bu görüşe göre, halkoylamalarının o toplumda yaşayan bireylerin toplum yaşamından hukuka aktardıkları şeyler bağlamında yasama işlevinin başarısını arttıran önemli bir demokratik kurum görünümünde olduğu söylenebilir. Böylece halkoylaması kurumunun, hukuk ile toplumsal yaşam arasında bir köprü niteliğine sahip olması nedeniyle hukuk sosyolojisi kapsamında incelenebilecek konulardan biri haline gelmektedir.

Hukukun üstünlüğü ilkesi doğrultusunda toplumsal düzeni sağlamayı amaçlayan birtakım yasal düzenlemeler temin ve garanti edilmeye çalışılsa da bütün hukuk kuralları, kanun koyucunun zihnindeki şekliyle işlememekte; kontrolsüz akan toplumsal yaşam seline kapılmaktadır. Bir başka anlatımla, yasal düzlemde alınan karar ya da kurallar ne yazık ki, her zaman toplumda hedeflenen sonuçlara yol açmayabilir. Nitekim

toplumsal yaşamda yasal düzenlemelerin öngördüğü bazı yaptırımlar ve bu yaptırımların bütünüyle uygulanması mümkün olmayabilmektedir. Örneğin, halk oylamaları ya da seçimlerde oy verme, vatandaşlık görevi olarak kanuni bir zorunluluk olmasına rağmen bütün vatandaşların tamsayım olarak sandık başına gitmesini sağlamaya yetmemektedir. Keza hukukta kanun önünde herkes eşit kabul edilirken, toplumsal yapıda ve yaşamın akışı içerisinde eşitliğin tam olarak sağlanamadığı görülmektedir. Bunun nedeni, hukukun toplumdan bağımsız düşünülemeyeceği ve topluma özgü değerler sisteminin yönlendirdiği ilişkilerin hukuksal düzenlemeler üzerinde etki sahibi olduğu gerçeğidir. Ayrıca Gürkan'ın sözünü ettiği hukuk ile toplumsal koşullar arasında zaman zaman ortaya çıkan hukuk boşlukları (Gürkan, 2005: 26) gibi meseleler, hukukun toplumsal yaşamda karşılaştığı bazı sorunlar olarak karşımıza çıkmaktadırlar. Hukukun uygulamada karşılaştığı toplumsal engeller kapsamında halkın yasama faaliyetine doğrudan katılımının bir sembolü olarak halkoylamalarının konumu, hukuk sosyolojisinin bakışını halkoylamalarına çevirebilecek bir neden olarak görülebilir. Dolayısıyla halk oylamalarının sosyolojik analizinin yapılmasıyla hem toplumdaki yasal uygulamaların etkinliğinin sağlanması, hem de meselelerin toplumsal temellerinin tespit edilmesi açısından önemli bir amaca hizmet edilmiş olmaktadır.

Halkoylamasının, hukuk sosyolojisinin inceleme konusu olarak düşünülmesinin nedenlerinden biri de, toplumsal yaşama dair birtakım yasal düzenlemeler için ondan yararlanılmasıdır. Nitekim hukuksal ve toplumsal yaşamda bazı yasal düzenlemelerin yapılması adına halkın oyuna başvurulması, onun hukuksal boyutuna vurgu yapmaktadır. Değişen toplumsal şartlara istinaden yapılması öngörülen kanun değişiklikleri ve çözüm gerektiren birtakım toplumsal ve siyasal sorunlar için gerçekleştirilen halkoylamaları, vatandaşlara kanunen verilen bir yetkinin yine, kanun tasarıları üzerinde kullanılması açısından da hukuk sosyolojisinin dikkat yönelttiği konular arasında düşünülebilir. Öte yandan halkoylamalarının hukuk ile olan ilgisi, vatandaşların yasama sürecine katılımını sağlamasından ileri gelmektedir. Vatandaşların yasama işlevine katılırken toplumsal ve kültürel nitelikleriyle düşüncelerini bu sürece aktarmaları sebebiyle de mesele sosyolojik bir boyut kazanmış olmaktadır. Nitekim yasal sürece vatandaşların katılımı, onların sosyo-kültürel ve siyasal niteliklerinden ayrı düşünülemez. Ayrıca, halkoylamasına sunulan metnin konusundan ziyade herhangi bir hususta halkın görüşleri doğrultusunda yasal bir düzenlemeye imkân veren bir araç olması bakımından da hukuksal bir nitelik kazanmakta ve böylece hukuk sosyolojisinin inceleme nesnesi olabilmektedir.

Halkoylamaları, dünyada bütün demokratik rejimlerin çok çeşitli toplumsal meseleler hakkında halkın görüşlerine başvurmak üzere giriştikleri bir katılma biçimidir. Avrupa Birliği'ne üye olma ve bu süreçte meydana gelen sorunlardan, kürtajın yasallaştırılmasına kadar çok farklı konu ve muhteviyatta halkoylamasına gidildiği bilinmektedir. Örneğin, Halbheer ve diğerleri, halkoylaması verileri üzerinde çevre politikalarına seçim desteğini arttıran faktörlerin analizini yaptıkları çalışmalarında, İsviçre'de 1977 ve 2003 tarihleri arasında çevreyle ilgili kırk beş halkoylaması düzenlendiğini belirtmektedirler. Bunların yaklaşık yarısının ulaşım, diğerlerinin ise enerji politikası, çevreyi koruma

ve tarım ile ilgili konularda olduğu ifade edilmektedir (Halbheer ve diğerleri, 2006: 442). Yine 1998 yılında İsviçre'de, seçmenlerin çoğunluğunun (%60) aleyhte oy verdiği kadınların emeklilik yaşının altmış ikiden, altmış dörde yükseltilmesi konusunda bir halkoylaması yapıldığı bilinmektedir (Bütler, 2002:350). Keza, İrlanda'da 6 Mart 2002'de yapılan ve seçmenler tarafından reddedilen kürtaja yasal izin verilmesi (Birchard, 2002:955) konusunda bir halkoylamasına gidildiği kaydedilmektedir. Bunun yanı sıra halk oylamalarının, uluslararası organizasyonların yönetiminde etkili bir kontrol aracı olarak kullanıldıklarından (Frey ve Stutzer, 2006:37) söz eden çalışmalara rastlanmaktadır. Ulus aşırı meselelerde yapılan halkoylamalarının ise, özellikle Avrupa Birliği üyeliği (EU Membership) konusunda gözle görülür bir yoğunluğa sahip olduğu görülmektedir. Örneğin, 7-8 Haziran 2003'te ülkenin tarihi halkoylaması olarak nitelendirilen Polonya Halk oylamasında, vatandaşların bir sonraki yıl Avrupa Birliği üyeliği meselesini oyladıkları ve oylamanın Avrupa Birliği'ne katılma lehinde sonuçlandığı (Markowski ve Tucker, 2005:409-410) belirtilmektedir. Keza, 1994 yılında Avrupa Birliği üyeliği konusunda İsveç'te yapılan ve üyelik lehinde sonuçlanan (Vlachos, 2003:1589-1590) bir halkoylamasına gidildiği kaydedilmektedir.

Hukuk sosyolojisinin halkoylamalarını konu edinebilmesi hukukun hem sosyal, hem de siyasal bir boyuta sahip (Bal, 2007: 6) olma özelliğinden kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hukuk sosyolojisi Bal'ın aktardığı gibi, hukuk fenomenini aile, gelenek-görenek, ahlâk düzeni ve hatta iktidar, egemenlik, hak ve sorumluluk bilinci gibi çeşitli kurum ve etkenlerle ilişkili olarak (Bal, 2007: 8–9) inceleyen bir disiplin şeklinde ele alındığında, hukukun diğer kurumlarla olduğu kadar siyaset kurumuyla da ilişkili olduğu ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan hukukun, siyaset kurumu kapsamında yer alan birçok oluşum ve davranış biçimiyle bir etkileşim veya ilişki içerisinde olması mantıksaldır. Örneğin, anayasa hukuku ve devletin işleyişi arasındaki ilişki gibi kurumsal yapılar arasındaki etkileşim de, hukuk ile siyasal yapı arasındaki etkileşimin varlığını ortaya koyar niteliktedir. Bu hususta özellikle "*demokratik hukuk devleti*" kavramına atıfta bulunmak zorunluluğuna işaret etmek gerekmektedir. Çünkü siyasetin hukukla olan ilişkisini en iyi şekilde anlatabilecek ifade, demokratik hukuk devleti tabirinin işaret ettiği hukukun demokratik rejim için bir teminat oluşudur.

Hukukun siyasetle olan ilişkisi konusunda siyasetin hukuk üzerindeki tesir ve kontrolünden bahsetmeden geçmemek gerekir. Hukukun siyaset kurumunun kontrol gücünden bağımsız olması gerektiğine yönelik yoğun eleştirilere rağmen, hukuk sistemlerinin genellikle siyasetten bağımsız kalamadığı bilinmektedir. Siyaset kurumu, hukukun yasal gücünden ve düzenleyici olma işlevinden yararlanmakla birlikte, genellikle hukuksal süreci etkilemek ve hatta belirlemek üzere güç ve etkide bulunmak eğilimindedir. Bilhassa ulus devletin hâkim siyasal aktör olduğu dünya düzeninde siyasal otoritenin hukuk üzerindeki baskısı çok belirgin ve yaygındır. Bunun yanı sıra, toplumda bulunan dini inanç, örf ve adetler, ideoloji ve sosyal statü gibi çeşitli sosyo-kültürel ve ekonomik değişkenlerin anayasa ve hukuk kurallarının siyasal yaşamda ne tür sonuçlara yol açtığı gibi hususlar, hukuk ile siyaset ilişkisi kapsamında ve dolayısıyla hukuk sosyolojisi bağlamında ele alınabilecek konular arasında gösterilebilir. Hukuk sosyolojisinin var

olan hukuksal olgularla ilgilendiği (Bal, 2007:10) kabul edildiğine göre, anayasada öngörülen demokratik bir hak ve görev olarak halk oylamalarının toplumsal gerçeklikte var olan yansımaları da konu edilebilir. Ayrıca, seçim kanunları ve yürürlükteki biçimleri ile toplumsal ve siyasal yaşamdaki uygulama biçimleri ve sonuçları, bu bakımdan siyaset ile hukuk etkileşiminin bir sonucu olarak hukuk sosyolojisinin inceleme alanı kapsamına dâhil edilebilir.

Yukarıda söz edilen hukuk ile siyaset arasındaki ilişki, tek yönlü bir ilişki olmayıp karşılıklı ya da iki yönlü bir ilişki biçimini içermektedir. Hukuk ve siyaset etkileşiminin en bariz biçimde görüldüğü alanlardan birinin, anayasa hukuku olduğu söylenebilir. Anayasa hukuku devletin kuruluş, şekil ve siyasal yapısını, devlet organlarının görev ve yetkilerini ve birbirleriyle olan münasebetlerini ve bireylerin devlet karşısındaki temel hak ve özgürlüklerini düzenleyen kuralların bütününden oluşmuş bir kamu hukuku dalı (Esener, 1998:90; Gözübüyük, 1997:28; Gözler, 1998:92) olarak tanımlanmaktadır. Bu alana 19. yüzyılın ikinci yarısında "*hukuk politikası*" (Esener, 1998:90) şeklinde nitelendirilmesi, hukuk ve siyaset ilişkisinin ispatı olarak kabul edilebilir. Zira kamu hukukunun bir disiplini olarak anayasa hukuku, yalnızca siyasal iktidarın hukuki biçimi ve kullanılmasına ilişkin kuralları incelemekle yetinmeyip; aynı zamanda siyasal partiler, rejimler ve baskı grupları gibi siyasal kurumları ve siyasal olayları da incelemeyi amaçlar (Atar ve diğerleri, 1997: 119). Dolayısıyla anayasa hukukunun, siyasal yapının düzenlenmesine yönelik bir hukuk dalı olarak işlev gördüğü söylenebilir. Daha açık bir ifadeyle, anayasa hukuku siyasal bir unsur olan devletin yapısı ve işleyişine ilişkin temel ilke ve kurallardan oluşmaktadır. Nitekim Türk Anayasa hukukunun genel esaslarına göre, Türkiye Cumhuriyeti, "insan haklarına saygılı, temel haklara ve Atatürk milliyetçiliğine bağlı, demokratik, laik, sosyal bir hukuk devleti" (Atar ve diğerleri, 1997:122-127; Bilge, 1999: 111-115; Özbudun, 1995) olarak tanımlanmaktadır. Anayasanın genel esasları içerisinde yer alan demokratik devlet ilkesi bağlamında, 1961 ve 1982 Anayasalarının kabulü ve bazı yasal düzenlemelerin gerçekleştirilmesinde halkoylamalarının anayasa hukukunda yer bulduğu görülmektedir. Anayasada bu (madde 67); "vatandaşlar kanunda gösterilen şartlara uygun olarak seçme, seçilme ve bağımsız olarak ya da bir siyasal parti içinde siyasal faaliyette bulunma ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir. Seçimler ve halkoylaması serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm esaslarına göre, yargı yönetim ve denetimi altında yapılır" (Atar ve diğerleri, 1997:123) biçiminde düzenlenmiş bir yasa ile güvence altına alınmıştır. Bununla, halkoylamasının siyasal ve hukuksal inceleme konusu olarak anayasa hukuku kapsamında ele alınmasının mümkün olduğu söylenebilir.

HUKUK SOSYOLOJİSİNİN İNCELEME OBJESİ OLARAK TÜRKİYE'DE HALKOYLAMALARI

Türk Siyasal Tarihi halkoylaması kurumu ile cumhuriyetin kurulması ve demokratik rejimin benimsenmesinden sonra tanışabilmiştir. Demokrasi deneyimi çok uzak bir geçmişe dayanmayan Türkiye Cumhuriyeti'nde halkoylaması usulü, ilk kez 1961 yılında ihtilal sonrası hazırlanan anayasanın oylanması için

gerçekleştirilmiştir. Buna karşın, halkoylaması kurumunun Türk Anayasa Hukuku'na, saf temsili rejimden ayrı bir düzenleme olarak ilk defa 1982 Anayasasıyla (Kanlıgöz, 1996: 175; Gözler, 1988: 97) ve anayasa değişikliğine ilişkin 175. maddeyi değiştiren 17.05.1987 tarih ve 3361 sayılı kanunla, yarı doğrudan demokrasi yöntemlerinden biri olarak girdiği beyan edilmektedir. Bu Anayasa'nın egemenliği düzenleyen 6. maddesinin 2. fıkrasında yer alan "*Türk Halkı egemenliğini Anayasanın koyduğu esaslara göre yetki organları eliyle ve Anayasa'da öngörülen durumlarda doğrudan doğruya kullanabilir*" (Kanlıgöz, 1996: 175) ibaresiyle işaret edilen halkoylaması kurumunun, yasa kapsamında yer aldığı görülmektedir. Daha açık bir ifadeyle, vatandaşların, egemenliği anayasada belirtildiği şekilde doğrudan doğruya kullanımına izin veren bu yasal düzenleme, anayasanın güvencesi altında bulunmaktadır.

Egemenliğin halk tarafından kullanılma biçimi gibi, Türkiye'de halkoylamasına gitmenin yasal şartları da kanunla hükme bağlanmıştır. Anayasanın 175. maddesi gereğince halkoylamasına gidilebilmesi için, TBMM üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyu gereklidir. Cumhurbaşkanının anayasa değişikliklerine ilişkin bu yeni kanunları bir kez daha görüşülmek üzere meclise geri gönderebilme yetkisi bulunmaktadır. Meclis tarafından yeniden görüşülen kanunun ise, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile kabul edilmesi (İba, 2002: 85; www.referan-dum.org/-anayasa-maddeleri/) gerekmektedir. Demek ki, belirli kurallara bağlı olan halk oylaması, herkes tarafından ve istenildiği zaman keyfiyetle gerçekleştirilemeyecek kadar külfetli bir uygulamadır. Yukarıda söz edilen bu uzun yasal sürecin ardından kanun teklifinin kabul edilmeme olasılığı da hesaba katıldığında, meselenin maliyetinin bir kat daha arttığı görülmektedir. Dolayısıyla halkoylamaları, anayasanın belirlediği muayyen durumlarda kullanılabilen yasal ve demokratik bir hak olarak, yalnızca gerektiğinde başvurulabilecek demokratik bir uygulama biçimi görünümündedir.

Yukarıdaki yasal düzenlemeler doğrultusunda Türk demokrasi tarihinde beş kez gidilen halkoylamalarının genel bir analiz ve değerlendirmesi yapıldığında, kendisine özgü birtakım niteliklerinin bulunduğu görülmektedir. Birbirinden farklı karakteristikler taşıyan bu halk oylamalarının ilki, 27 Mayıs 1960 askeri müdahalesinin ardından hazırlanan 1961 Anayasası için 9 Temmuz 1961'de yapılmış ve %38,3 "*hayır*" oyuna karşılık, %61,7 "*evet*" oyuyla hazırlanmış olan anayasa kabul edilmiştir. İkinci halkoylaması, yine 1980 askeri müdahalesinin ardından hazırlanan 1982 Anayasası için 7 Kasım 1982'de gidilen ve %8,6 "*ret*" oyuna karşı, %91,4 "kabul" oyu ile sonuçlanan halkoylaması olmuştur. Üçüncüsü de, 1982 Anayasası'nın geçici 4. maddesi ile getirilen 10 ve 5 yıllık siyasal yasakların kaldırılması konusunda 6 Eylül 1987'de düzenlenmiş ve %50,2 "*evet*"; %49,8 "*hayır*" oyu olmak üzere çok küçük bir oransal farkla siyasal yasaklar kaldırılmıştır. Dördüncü halkoylaması ise, Anayasa'nın 127. maddesindeki yerel seçimlerin bir yıl erken tarihe alınması hakkında olup, 25 Eylül 1988'de %65 "*hayır*", %35 "*evet*" oyu ile bu anayasal değişiklik Türk demokrasi tarihinde ilk olumsuz sonuç çıkan halkoylaması olarak yerini almıştır. Beşinci ve son halkoylaması ise, yakın bir tarih olan 21 Ekim 2007'de Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın bazı maddelerinde değişiklik yapılması hakkında 5678 ve 5697

sayılı kanunlarla yapılan değişikliğin halkın oyuna sunulması sebebiyle yapılmıştır. Cumhurbaşkanının halk tarafından ve ikinci kez seçilmesi ile görev süresine ve genel seçimlerin yapılma aralığı gibi birtakım yasa değişiklikleri için yapılan halkoylamasında %31,1 "*hayır*" oyuna karşılık, %68,9 "*evet*" oyu kanun değişiklikleri kabul edilerek yürürlüğe girmiştir (Kaynak; TUİK Halkoylaması Veri Tabanları, 2008; www.referandum.org/eski-referandumlar/).

Türkiye'de yapılan halk oylamalarının genel olarak ilk göze çarpan yanı, oylamaya konu olan bütün meselelerin anayasal ve siyasal nitelikli olmalarıdır. 1961 ve 1982 yıllarında yapılan ilk iki halk oylaması kurucu nitelikte, yani; hazırlanan anayasaların onaylanmasına yönelik olarak yapılmış olmaları bakımından dikkat çekicidirler. Bu iki halk oylamasının dikkat çekici diğer bir yönü de, her ikisinin de birer askeri darbenin ardından hazırlanan anayasaların onaylanmasına yönelik olarak yapılmış olmalarıdır. 1988 yılında yapılan dördüncü halk oylaması hariç, öteki halkoylamalarının hepsinin sunulan tasarının kabul edilmesiyle sonuçlanmış olması, halk oylamalarının muhafazakâr karakterinin yansıması açısından önemli bir bulgu olarak kabul edilebilir. Söz konusu bulgu, hem halkoyuna sunulan tasarıyı hazırlayan iktidar partisinden yana olan siyasal gücün etkin kullanımı, hem de ilk ikisinin bir darbe sonrası yapılan halk oylamaları olmaları nedeniyle Türkiye'de güven ve istikrar ortamına duyulan ihtiyaç yüzünden çoğunluk tarafından kabul edildiklerini düşündüren niteliktedir. Hatta dikkatle irdelendiğinde, 1988'de yapılan ve yerel seçimlerin erken bir tarihe alınmasının reddedildiği dördüncü halk oylamasında ret sonucunun çıkmasında bile, istikrarı etkileyebilmesi nedeniyle seçimlerin erkene alınmasının onay almadığı ifade edilebilir. Dolayısıyla Türkiye'de yapılan halkoylamalarının muhafazakâr, statükocu ve iktidar yanlısı bir karaktere sahip oldukları söylenebilir.

Daha önce belirtildiği üzere, Türkiye'de halkoylamasıyla kabul edilen 1961 ve 1982 Anayasaları, askeri bir darbenin ardından gerçekleşmiş oluşumlardır. Bu yönüyle Türk Anayasa Tarihinin özgün bir karakter taşıdığı söylenebilir. 1961 Anayasası 27 Mayıs 1960 harekâtından sonra kurulan Kurucu Meclis tarafından hazırlanarak halkoyuna sunulmuş ve çoğunluk tarafından kabul edilen 334 sayılı 1961 Anayasası çıkarılmıştır. (1488 sayılı ve 1971 tarihli kanunla bazı maddeleri değiştirilmiştir) Bu anayasada kuvvetler ayrılığı sistemine yer verilmiştir. 12 Eylül 1980 askeri harekâtından sonra ise, 1982 tarihli 2709 sayılı, 1982 T.C. Anayasası kabul edilmiştir. 1982 Anayasası Danışma Meclisi tarafından hazırlanarak MGK tarafından gerekli değişikliklerin yapılmasından sonra halkoylamasına sunularak kabul edilmiştir. 1982 Anayasasında da 1961 Anayasası gibi, devletin işlevini yasama, yürütme ve yargı organları arasında dengeli olarak paylaştırarak kuvvetler ayrılığı ilkesi benimsenmiştir (Esener, 1998:91-92).

Yukarıda sözü edilen bu anayasalar bir anlamda, Türkiye Cumhuriyeti'nin siyasal ve hukuksal açıdan gelişim tarihine ve o döneme ait çeşitli toplumsal ve siyasal şartlara dair birtakım ipuçları vermektedirler. Bu nedenle halkoylamaları, Türk Anayasa Tarihi açısından çok önemli bir role sahiptirler. Çünkü halkoylamaları sayesinde Türk toplumunun anayasal düzeninin toplumsal ve siyasal karakterine ilişkin bazı tespitler yapmak mümkün olabilir. Askeri darbelerden sonraki siyasal ve toplumsal şart-

lara rağmen hazırlanan yeni bir anayasa için halkın oyuna gidilmesi, Türk Demokrasi Tarihi ve Anayasa Hukuku Tarihi açısından özgün ve olumlu gelişmeler olarak kabul edilebilirler. 1961 ve 1982 Anayasalarının halkın oyuyla kabul edilmesi ise, anayasaların meşruiyetinin temini ve cumhuriyet yönetimi ilkelerine uygun düşmesi açısından pozitif değerler yüklüdürler. Söz konusu anayasaların halkın çoğunluğunun oyunu alarak yürürlüğe konulması demokrasi adına olumlu bir işaret olmakla birlikte, mevcut sıkıyönetimin bir sonucu ve vatandaşların kargaşa ortamından kurtulmak üzere zorunlu olarak sandık başında kabul oyu vermiş olma ihtimali de göz ardı edilmemesi gereken bir olasılık gibi görünmektedir. Bununla birlikte, halkın katılımının söz konusu anayasa metinlerinin hazırlanışından ziyade sadece hazırlanan metinlerin onayı niteliğinde gerçekleşmiş olması bakımından halk oylamaları, halkın iradesi bağlamında demokratik hedefleri gerçekleştirmek için yeterli görülmeyebilir. Ayrıca halkoylamalarının gerçekleştiği zaman içerisinde halkın lehte olduğu kadar, aleyhteki kampanyalarla bilgilendirilmesinin demokratik bir seçim ortamı için gerekliliği de vurgulanmalıdır. Aksi halde vatandaşların özgür iradeyle karar vermelerini destekleyebilecek demokratik ortam ve şartların varlığından söz edilemeyeceği gibi, seçim sonuçlarının bilinci yüksek tercihler olduklarından ve bu tercihlerin halkın gerçek iradesini ortaya koyduğundan da bahsedilemez.

Daha önceki çeşitli araştırmalarda 1961 ve 1982 yıllarında yapılan Cumhuriyet tarihinin ilk iki halkoylamasının askeri darbelerin ardından hazırlanan anayasa metinlerinin halk tarafından onaylanmak üzere gerçekleştirildiğinden bahsedilmiştir. Ancak, bu askeri darbeleri ortaya çıkaran toplumsal ve siyasal şartların neler olduğu üzerinde çok fazla düşünüldüğü söylenemez. Zira bütün toplumsal olaylarda olduğu gibi, ihtilallerin kendiliğinden ve sebepsiz yere ortaya çıktıkları düşünülemez. İhtilallerin toplumu huzursuzluğa sürükleyen ve bir kargaşa ortamı yaratan birtakım olumsuz koşulların sonucunda meydana geldikleri rahatlıkla söylenebilir. Diğer bir anlatımla, ihtilallerin ciddi birtakım toplumsal ve siyasal sorunların toplumu kaotik bir yapıya sürüklediği bir ortamda ortaya çıktıkları ifade edilebilir. Toplumun düzen ve istikrarının bozulması, toplumsal sorunların açmaza sürüklenmesi ve çatışmaların ortaya çıkması durumu sosyolojide anomi kavramıyla tabir edilmektedir.

Kelime anlamı kuralsızlık olan anomi (anomie, anomy), bir toplumun normlarının etkisizleşmesi, çöküntü, karışıklık ya da çatışma olması durumu (Marshall, 1999: 32) olarak tanımlanmaktadır. Anomi, toplumun sosyal yapısındaki tüm unsurların yapılanmalarındaki bozulma ve düzensizlik (Bayhan, 1997: 9-10) ile sosyo-kültürel değerler ve sosyo-ekonomik yapıdaki hızlı değişimlerin neden olduğu bir çelişki ve huzursuzluk ortamı ile bunun psiko-sosyal rahatsızlıklar, intihar, suç ve ihtilallere (Erdoğan, 1991: 22) yol açtığı bir tür sosyal hastalık (Durkheim'den aktaran Erdoğan, 1991: 22) durumu olarak bilinir. Buna istinaden, gerek 27 Mayıs 1960 ve gerekse 12 Eylül 1980 İhtilallerini ortaya çıkaran sebeplerin nispeten böyle bir kargaşa ve huzursuzluğa yol açan bazı toplumsal, ekonomik ve siyasal sorunlardan kaynaklandığı söylenebilir. Toplumun geçirdiği hızlı sosyo-ekonomik değişimin yol açtığı sorunların yanı sıra, demokrasi deneyimi henüz uzun bir geçmişe dayanmayan dönemin siyasal şartları ile ideolojilerinin ve liderlerin demokratik bir tarzda olmayan güç mücadelelerinin bir ihtilal ortamının oluşmasında etkili olduğu söylenebilir. Bilhassa siyasal yaşamdaki birtakım sorunların diğer toplumsal kurumlar üzerinde de etkili olmaya başlamasıyla, toplumda bir güvensizlik ve huzursuzluk ortamının doğduğu öne sürülebilir. Örneğin, 1980 ihtilalinde toplumsal ve ideolojik ayrılıklar ve görüş farklılıkları temelinde gözüken siyasal gerginliklerin toplumsal hedeflere ulaşma işlevini gerçekleştirmekle sorumlu siyaset kurumunda çatışma ve gerginliklere ve keyfi yaptırımlara neden olarak ihtilalin ortaya çıkmasına zemin hazırladıkları ifade edilebilir. Buna istinaden, ihtilallerin ardından hazırlanan 1961 ve 1982 Anayasaları, hem söz konusu anomik toplumun düzenlenmesi, hem de eskisinden farklı yeni bir toplum idealinin gerçekleştirilmesi amacıyla oluşturulmuş, bir nevi hukuksal devrim araçları olarak görülebilirler. İhtilal sonrasında bozulan toplumsal istikrar ve düzeni yeniden kurma misyonunu üstlenen anayasaların temel gayesi, esasında eskisinden farklı, yeni bir toplum yaratma gayretidir. Eski siyasal parti ve liderlerin siyasetten uzaklaştırılmaları, birtakım yeni yasal düzenlemelerin getirilmesi ve bireysel hak ve özgürlüklere ilişkin düzenlemelerin yapılması, yepyeni bir düzenin kurulmasına ilişkin yapılan yeniliklerden birkaçı olarak ifade edilebilir. Bu koşullarda hazırlanan anayasalardan ilki, halkoylamasına 1961 Anayasası askeri darbeden bir yıl sonra, diğeri iki yıl sonra sunularak kabul edilmiştir. Bu konuda dikkat çekilmesi gereken son nokta ise, Türkiye'de 1961 ve 1982 olmak üzere her iki anayasa bağlamında ve hâlâ darbe sonrası askeri katılım denetiminde hazırlanan bir anayasanın uygulanmasıdır. Değişen toplumsal ve kültürel şartlara bağlı olarak bazı değişiklikler yapılsa da, bugün de bir halk oylamasıyla kabul edilen 1982 Anayasası yürürlüktedir.

SONUÇ

Halkın iradesi kavramının demokratik teorideki vazgeçilmez yeri, demokrasinin idealleştirdiği halk tarafından yönetim prensibinden kaynaklanmaktadır. Buna karşın, halk tarafından yönetim ideali, günümüz modern imkânlarında bile demokrasinin hâlâ tam olarak gerçekleştiremediği bir ütopyadır. Zira Kanlıgöz'ün (1996: 170) vurguladığı gibi, çağdaş demokratik devletlerin hemen tamamında görülen temsili demokrasi uygulamasında bir halk tarafından yönetimden değil, halk adına bir yönetimden ya da halk tarafından kabul edilmiş bir yönetimden söz edilmektedir. Hatta bu konuda demokrasinin halkın kendi kendisini yönetmesi bir tarafa, yönetime etkili bir şekilde katılmasının dahi amprik açıdan mümkün olmayan (Kapani, 1981: 209) bir sistem olduğu yönünde birtakım eleştiriler bulunmaktadır. İşte halk tarafından yönetim idealinin demokratik uygulamalarla doğrulanmadığı eleştirisini bir ölçüde bertaraf edecek olan halk girişimi, halkoylaması ve halk vetosu gibi yarı doğrudan demokrasi araçlarının ise, demokratik rejimlerin genelinde çok fazla yaygınlaşmamış demokrasi kurumları olduğu (Kapani, 1981: 298) dile getirilmektedir. Yaygınlık kazanmamış demokratik bir uygulama biçimi olması dolayısıyla da halkoylamalarının, halkın iradesinin gerçekleşmesinde sınırlı bir etkisinin olduğu iddia edilmektedir. Buna karşın, halkoylamasına sık başvurmamanın demokratikleşme düzeyi açısından büyük bir sakınca yaratmadığı yönündeki görüşlere de rastlamak mümkündür. Nitekim Gözler'e göre, birer uygulama biçimi olmaları bakımından

yarı doğrudan demokrasi ile temsili demokrasinin değeri birbirine eşittir. Ona göre, halkoylamasına sık başvurulması ne kadar demokratikse, hiç başvurulmaması da o kadar demokratiktir (Gözler, 1988:101). Dolayısıyla halkoylamasından sık yararlanma durumunun demokrasiler için çok büyük avantajlar getirmediği sonucu öne sürülmektedir. Kaldı ki, halk oylamalarının sahip olduğu sakıncalar bununla sınırlı olmayıp, bunlardan sadece birkaçı aşağıda değişik açılardan ele alınmıştır.

Halkoylamalarının taşıdığı sakıncaların başında, halkın toplumsal ve yasal meseleler üzerinde karar verebilecek yeterli bilgi düzeyine sahip olmaması durumu gelmektedir. Ancak, demokrasi teorisinin idealleştirdiği egemenlik yetkisinin doğrudan kullanılmasının, yani; çeşitli toplumsal ve yasal meseleler hakkında doğrudan karar verebilmenin belirli bir bilgi birikimi ve özellikle çağdaş toplumlarda bir ölçüde eğitim ve uzmanlık gerektirdiği her nasılsa, en son hatırlanan husus olmaktadır. Demokrasinin ideal biçimi olan doğrudan halk yönetimi nüfusça az, toplumsal yaşamı ve ona ait problemleri daha az karmaşık Yunan site devletleri vatandaşları nesliyle birlikte tarihe gömüldü. Yeni kuşak demokrasi biçimlerinde karmaşık toplumsal meseleleri kavramak için gerekli olan bilgi birikimi de çoğaldı. Hatta halkın oyuna sunulan meseleler ulusal sınırları aşarak, uluslar arası bir nitelik kazanmaya başladı. Örneğin, bugün pek çok Avrupa ülkesinde, Avrupa Birliği yasalarındaki değişikliğe ilişkin kararlarda halkoylamasına başvurulmaktadır. Avrupa Birliği için ortak bir anayasa antlaşması düzenlenmesi (Hug ve Schulz, 2007: 179) hususunda yapılan halkoylaması, bu tür yasal düzenlemelerin bariz bir örneği olarak gösterilebilir. Dolayısıyla çağdaş toplumlarda vatandaşların konu üzerinde karar vermesine yardımcı olabilecek bilgi gereksinimi, dünden bugüne ciddi boyutlara ulaşmıştır. Ancak, demokratik kuram her nasılsa, halkın yönetime katılımı konusunda vatandaşlar hakkında öylesine hayalperest davranmaktadır ki, sanki bütün vatandaşlar oldukça rasyonel ve bireysel yetenek ve özellikleri, eğitim ve kültür düzeyi, sosyo-ekonomik statüsü bakımından eşitmiş gibi kabul görmektedirler. Herhangi bir örgün ya da yaygın eğitime tabi tutulmazken; vatandaşların, çağdaş toplumların sorunlarına ilişkin gerekli bilgiler adeta zihinlerine yüklenmiş ya da doğuştan programlanmış ideal varlıklar olarak dünyaya gelmiş gibi farz edilmeleri büyük bir yanılgı olur. Bilhassa yasama gibi etraflı bilgi ve sorumluluk gerektiren bir konuda, bu tutumun gerçeği yansıtmayan ütopik bir yaklaşım olduğu ortadadır. Kaldı ki, demokrasi eğitiminin örgün ve planlı olarak yapılması garanti edilse bile, pratikte bütün vatandaşların aynı ölçüde sosyalleştirilmelerinin garantisi verilemez. Çünkü eğitimin hangi dalında olursa olsun, aynı sonuçların alındığı bir üründen söz etmek her şeyden önce insanın ve ardından toplum yaşamının doğasına aykırı kabul edilir. Değişen dünyayı, demokratik ve toplumsal meseleleri kavrayıp algılayabilecek eğitim, kültür ve bilgi düzeyinin bu açıdan birtakım kısıtlamalar getirmesi kuvvetle muhtemeldir. Toplumda meydana gelen değişmeleri takip edip, gerektiğinde çözüm yolları üretebilecek bilgi birikiminin sınırlılığı, katılım imkânını daraltan bir başka husustur. Bu nedenle, halkoylamasının halkın bilgi, bilinç, rasyonel tercih ve iradesini bütünüyle yansıttığı konusunda birtakım şüpheler ortaya çıkmaktadır. Bu seçimlerdeki tercihlerin bilgi ve bilinçten uzak olması,

gerek halkın iradesi ve gerekse demokratik idealler bağlamında halk oylamasından beklenen sonuçları vermeyeceği ortadadır.

Halkoylamaları, halkın katılımının bizzat taslağın hazırlanması biçiminde olmayıp, iktidardaki parti ya da temsilciler tarafından düzenlenen metinlerin onaylanması ya da reddedilmesi şeklinde sınırlı bir katılım imkânını karakterize etmesi bakımından da kritik edilmektedir. Ayrıca, halkın oyuna sunulan taslak ya da metni hazırlayan iktidar grubu ve onun ideolojisi ile o grubu ve ideolojisini destekleyen toplumsal kesimlerin oranı ve niteliği bakımından da ciddi bazı sınırlılıklara sahip olduğu kabul edilmektedir. Bütün bunlar, halkoylamalarında halkın rolünün aktif, bilinçli, objektif ve rasyonel bir tercih yerine, sadece onay ya da retle sınırlı daraltılmış ve subjektif ve ideolojik değerlendirmelere yol açabilecek bir alanda etkili olduğu düşüncesini ortaya koymaktadır.

Temsilcilerce hazırlanan tasarının onaylanmasından ibaret yönü dikkate alındığında, halkoylaması bir tür oy verme ya da seçmen davranışı olarak değerlendirilebilir. Bu açıdan genel ve yerel seçimlerde seçmen davranışları üzerinde etkili olan belirgin karakteristiklerin halkoylamalarında da tesir sahibi olması beklenebilir. Aralarındaki tek fark; genel ve yerel seçimlerde temsilcilerin belirlenmesi, halkoylamalarında ise temsilciler tarafından hazırlanan taslak metinlerin yasalaştırılmasına yönelik bir tercihi nitelemesidir. Bununla birlikte, halkoylamaları temsilcilerden ve onların bağlı bulunduğu partilerden tamamen bağımsız tercihlerin yer aldığı seçimler olarak görülemezler. Çünkü bu seçimler, kanun tasarısını hazırlayan temsilciler meclisinin ve bunların bağlı bulunduğu parti ideolojisinden ayrı düşünülemezler. Bu yönüyle ideolojik ve parti bağlılıklarının yanı sıra, tasarıyı hazırlayanlar tarafından yürütülen propagandaların vatandaşları bu kişilerin istekleri yönünde bir tercih yapmaya yöneltmesi kuvvetli bir olasılık olarak görünmektedir. Nitekim farklı görüşlere ve tasarı hakkında karşıt propagandalara fırsat tanınmayan bir ortamda seçimin, tasarının aleyhinde sonuçlanması mantıksal olarak mümkün görünmemektedir. Bu itibarla, halkın bilgi durumu taraflı ellerce yürütülen propagandaların temin ettiği ölçüde sübjektif ve sınırlı kalmaktadır. Söz konusu bilginin yüzeyselliği ve yanlılığının yanı sıra, seçimin ardından kimsenin hatırlamadığı konunun geçiciliği de tartışma konusu olabilir. Teklif edilen metnin onayı ya da reddi şeklinde oldukça basit düzeyde bir katılımın da temsilcilerin iktidarını güçlendirip, halkın etkinliğini sınırlandıran bir katılım düzeyi olduğu aşikârdır. Bu ölçüde basitleştirilmiş bir karar vermenin gerçek anlamda bir halk katılımı sağlamadığı gibi, halk tarafından yönetim ve halkın iradesinin gerçekleştirilmesi yönündeki demokrasi ideallerine ulaşılmasını mümkün kılamayacağını söylemek hatalı olmaz.

Halkın oyuna sunulan meseleye ilişkin seçim sonuçları, bütün toplumsal ve kültürel etkenlerden bağımsız, salt siyasal düzeyde bilinçli seçmenin iradesine mensup bir netice olarak kabul edilemezler. Demokratik rejimlerde herkese eşit oy ilkesi benimsenmekle birlikte, vatandaşların toplumsal, ekonomik, kültürel ve hatta ideolojik niteliklerinin halkoylamalarına katılım konusunda birtakım farklılıklara yol açması kuvvetle muhtemel bir durum olarak görünmektedir. Dolayısıyla ister halkın egemenliği doğrudan kullanması, isterse kanun yapma yetkisinin kullanımına katılması olarak nitelendirilsin halkoylamaları, sadece hukuksal bir olgu olmayıp

sosyo-politik, kültürel yapı ve özelliklerle iç içe bir görünüm sergilemektedir. O nedenle, oylanan tasarı hakkında kamuoyunun görüşü, toplumsal ve kültürel değerlerden soyutlanarak açıklanamaz. Zira halk oylamaları üzerinde bireylerin sahip olduğu inanç sistemleri, düşünce yapıları, ideolojik yaklaşımları, değer yargıları ve sınıf mensubiyetlerinin önemli bir rol oynaması kaçınılmaz görünmektedir. Hele bu açıdan değişik toplumsal grup ve kesimlere mensup vatandaşlar arasındaki farklılıklar göz ardı edilemez. Ayrıca kamuoyunun oylanan mesele ya da kanun tasarısına bakış tarzının da toplumsal ve kültürel bir karakter taşıdığı öne sürülebilir. Nitekim halkoylamaları, kamuoyunda oluşan genel inanç ve yaygın kanaatten, genel kültür, toplum ve grup yapısı özelliklerinden bağımsız olarak salt hukuksal bir süreç ya da rasyonel bir siyasal tercihten ibaret kabul edilemezler. Dolayısıyla halkoylaması, sözü edilen bütün bu faktörlerin birlikte etkiledikleri ve belirledikleri toplumsal, kültürel ve siyasal nitelikli demokratik bir kurum olarak nitelendirilebilir. Bu nedenle, halkoylamasının sahip olduğu siyasal nitelikler itibarıyla siyaset disiplininin konusu olduğu kadar, toplumsal ve hukuksal karakteristiklerin etkileşimi bağlamında hukuk sosyolojisinin inceleme alanına girdiği söylenebilir.

Halkoylamalarının, halkın siyasal ve hukuksal sürece katılımını sağlaması nedeniyle getirdiği büyük avantajlarının yanında, muhafazakâr eğilimlerinin neden olduğu bazı kısıtlayıcı etkilere sahip olduğundan da söz edilebilir. Nitekim toplumun tutucu eğilimlerinin, devrimci ve ilerici kanun koyucuların yapmış oldukları dinamik, modern ve ileri kanunlara karşı koyması ve direnmesinin (Gürkan, 2005:28) imkânlılığından bahsedilmektedir. Bu noktada halkoylamalarını, halkın bu muhafazakâr eğilimlerinin direnişinden ayrı düşünmek mümkün olmaz. Hazırlanan bir kanun tasarısının reddedilmesi durumunda, söz konusu tutucu eğilimlerin ilerici kanunlara karşı koyması durumunun önüne geçilemez. Söz konusu durum ise, ilerici kanunların yürürlüğe girmesine karşı demokratik teorinin yücelttiği halkın iradesi idealinin yeniden tartışılmasına yol açar. Bunun yanı sıra, Gürkan'ın sözünü ettiği kanun koyucuların toplumsal gerçeklik hakkındaki bilgisizlikleri nedeniyle çıkardıkları kanunların isabetsizliği (Gürkan, 2005: 28) de, hem halkın tutucu eğilimlerinin gözden kaçmasının, hem de o topluma özgü gerçekliklerin göz ardı edilmesinin bir sonucu olarak ortaya çıkabilir. Dolayısıyla Gürkan'ın vurguladığı gibi, birtakım sosyolojik ve psikolojik faktörler bilinmeden kanuni düzenlemeler başarıya ulaşamaz (Gürkan, 2005: 28). Buna göre, hazırlanan kanun taslağının toplumun genel eğilimlerinin sosyo-kültürel yapısının, içinde bulunulan dönemin ekonomik ve siyasal konjonktürünün göz önünde bulundurularak hazırlanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu açıdan, halkoylaması kanun yürürlüğe girmeden önce halkın görüş ve fikirlerinin kısa yol ya da kestirmeden ulaşılabildiği bir tampon görevi görmektedir. Böylece halkoylamaları sayesinde halkın kabul ya da reddettiği maddenin ölü kanun niteliğine bürünmesinin nispeten önüne geçilmiş olur. Ayrıca bu süreçte, halkın kanun taslağı hakkında bilgilendirilmesi ve karar oluşum sürecini ve oy vermesini kolaylaştıracak tedbirlerin alınması, halkoylamasının amacına ulaşmasında başarıyı temin edebilir.

Anayasal faaliyetler konusunda tartışılması gereken bir diğer husus da, toplum ve hukukun değişim sürecinde

zaman zaman birbirini takip edememekten kaynaklanan uyumsuzluk durumunun yol açtığı bazı sorunlar gelmektedir. Söz konusu uyumsuzluk, Ogburn'un "*kültürel gecikme*" *(cultural lag)* teorisinde sözünü ettiği, toplumun bilim ve teknoloji ile ekonomi gibi maddi kültür unsurlarındaki hızlı değişimin, gerek siyasal ve gerekse yasama gibi manevi kültür alanlarında aynı hızda takip edilememesinin yol açtığı bir kopukluk durumunu hatırlatmaktadır. Bu konuda Türkiye'den bir örnek vermek gerekirse, cumhuriyet ile birlikte altı yüz yıllık bir siyasal ve hukuk düzeni terk edilerek topluma modern ve çağdaş bir kimlik kazandırılması amaçlanmıştır (Gürkan, 2005:29). Örfi ve şer'i olmak üzere iki boyutlu bir hukuk sisteminden anayasal, demokratik hukuk devletine geçişin söz konusu olduğu bu süreçte, toplumsal yapı ile hukuk arasında birtakım aksaklık ve kopuklukların yaşandığını söylemek yanlış olmaz. Sosyal bilimlerde çok iyi bilinen Ogburn'un "*kültürel gecikme*" *(cultural lag)* teorisinden hareketle, altı yüz yıllık bir tebaa kültürünün birden bire bir kenara bırakılıp, demokrasinin gereği olan katılımcı kültüre doğru hızlı bir geçişin olmasının beklenmesi, elbette fazla iyimser bir yaklaşım olurdu. Buna istinaden, demokratik bir hak ve ödev olan halkoylamalarının vatandaşlar tarafından ilgi, bilgi ve katılım olmak üzere bütün boyutlarıyla ve birden bire benimsenmesi şüphesiz beklenemez. Dolayısıyla bu sistem düzeyindeki değişimler, vatandaşlık hak ve sorumluluklarını yerine getirmekle yükümlü bireylerin yaşamlarına ve toplumdaki siyasal ve hukuksal gelişme düzeylerine daha yavaş yansıyarak belirli bir gecikme yaşanmasının ve anayasal demokratik düzlemde bazı aksaklıklara neden olmasının muhtemel olduğu söylenebilir. Buna paralel olarak, halkın halkoylamaları bağlamında toplumsal ve hukuksal sorunların çözümü için gerekli girdi desteğini demokratik ve açık toplum olgusu çerçevesinde, zamana bağlı olarak gerçekleştirilebilmesi umut edilmektedir.

Yukarıda genel itibarıyla ele alınan halkoylamaları konusunda ülkemizde de birtakım aksaklıkların bulunduğu göze çarpmaktadır. Öncelikle, demokratik deneyimi cumhuriyetin ilanıyla başlayan genç bir demokrasi için halkın egemenliğinin gerektiği durumlarda doğrudan kullanılması ilkesinin anayasada yer almasının demokrasi adına olumlu bir adım olduğu söylenmelidir. Ardından, demokratikleşme süreci yakın bir geçmişe dayanmasına rağmen *-çok sık yapıldığı iddia edilemese de-* Cumhuriyet Tarihinde toplam beş kez halk oylamasına başvurulması, demokratikleşme adına önemli bir gösterge olarak kabul edilebilir. Bunun akabinde, son iki anayasanın halkoylaması aracılığıyla halkın onayı alınarak kabul edilmiş olmaları bakımından demokrasi ve hukuk adına takdire değer gelişmeler olarak nitelendirilebilir. Ancak, bütün bunlara rağmen ülkemizde yapılan halkoylamalarının birtakım aksaklıklar taşıdığı inkâr edilemez. Örneğin, seçimlere yasal olarak katılma zorunluluğu bulunmasına rağmen Türkiye'de halkoylamalarına katılma oranının her zaman diğer seçimlerden daha düşük olması, halkoylamalarına genel seçimlere nispetle daha az önem atfedilmesinden ileri geldiğini düşündürmektedir. Bunun yanı sıra, vatandaşların genel olarak halkoylamaları ve oylamaya sunulan tasarılar konusundaki ilgi ve bilgi düzeylerinin düşük olması, nispeten külfetli görünen halkoylamalarına nazaran vatandaşların kendileri adına karar verecek temsilcileri seçmenin rahatlığından daha fazla mem-

nun oldukları neticesini ortaya koymaktadır.

Türkiye'de ilk halkoylamaları, yeni hazırlanan anayasaların halkın oyuna sunulduğu 1961 ve 1982 yıllarında ve ihtilallerin gölgesinde yapılmış olan oylamalardır. İhtilalin hemen ardından tedirgin bir ortamda gerçekleştirilen söz konusu oylamaların, halkın iradesini yansıtması bakımından birtakım şüpheler taşıdığı ifade edilebilir. Çünkü söz konusu atmosferde halkın gerçek iradesinin halkoylaması sonucuna yansıdığını ve bilgi ve haber alma kaynaklarının demokrasinin gerektirdiği şekilde işlediğini düşünmek birtakım yanılgılara yol açabilir. Daha önce belirtildiği gibi, ihtilale yol açan bir ortamdaki güvensizlik ve kargaşa durumunun, halkoylamasının demokratik koşullarda gerçekleştirilmesi imkânlarını kısıtladığı gibi, vatandaşları onay yönünde tercih belirlemeye yönelttiği biçiminde değerlendirilebilir. Öte yandan, 1987 ve 1988 halkoylamalarının yapıldığı dönemde bir ihtilal mevzu bahis olmamakla birlikte, bu halkoylamalarının muhalefetin ve karşıt propagandaların güçsüzlüğü, iktidar ve iletişim araçları sahipliği imkânlarının faklı görüşlerin sesini duyurabileceği şekilde değişik toplumsal kesimler arasında dağılmamış olması gibi demokrasinin gerektirdiği koşullar kapsamı dışında gerçekleştirildikleri (Gözler, 1988) öne sürülmektedir. Türkiye'de yapılan bütün halkoylamaları söz konusu nitelikler bakımından ele alındığında, ilkinden son yapılan 21 Ekim 2007 Halkoylamasına doğru bir gelişme ve ilerleme katedildiği ifade edilebilir. Yakın bir tarihte yapılan 2007 Halkoylamasında, iktidar partisinin kamuoyu üzerindeki tesiri ve propaganda gücü inkâr edilmemekle birlikte, etkin bir muhalefetin ve değişik kesimlerin görüşlerini temsil eden iletişim araçlarının bulunması ve propaganda özgürlüklerinin kısıtlanmaması gibi, nispeten daha ileri demokratik bir tarzda ve koşullarda yapıldığı öne sürülebilir. Bu süreçte 2007 Halkoylamasının gerçekleştiği demokratik şartlar Türk demokrasisi adına kaydedilmiş nihai bir gelişme olarak kabul edilse de, elbette yeterli kabul edilmemektedir.

Türkiye'de halkoylamaları konusunda karşılaşılan sorunlar elbette yukarıda belirtilenlerle sınırlı değildir. Halk oylamalarına ilişkin gözlenen aksaklıkların sadece sistem düzeyinde olmayıp seçmen bazında da ortaya çıktığına işaret eden görüşlere rastlanmaktadır. Nitekim Gözler (1988: 111), anayasaların değiştirilmesi bakımından Türkiye'de seçmen düzeyinde olumsuz çoğunlukların, parlamento düzeyinde ise yapay çoğunlukların bulunduğu bir ortamda, parlamentoda nitelikli bir çoğunluk sağlamanın, halkoylamasında salt çoğunluk sağlamaktan kolay olduğunu vurgulayarak halkoylaması usulünün yararına inanmadığını ifade etmektedir. Binaenaleyh, gerek seçmen ve gerekse parlamento düzeyinde gerekli çoğunluk ve dolayısıyla rasyonel tercihlerden söz edilemeyen böyle bir durumda halkoylamalarının yararına inanmak elbette mümkün olmaz. Zira bu koşullarda halkın iradesinin gerçekleşme ihtimalinden de bahsedilemez. Halkın iradesinin gerçekleşmediği bir oylamada ise, sadece parlamentodaki nitelikli çoğunluğun sağlanmasının demokratik rejimlerin tabiatına aykırı bir işleyiş biçimi olduğu ortadadır.

Türkiye'de halkoylaması kurumu, çoğunluk esası ve toplumun ortak iyiliği yerine belirli toplumsal kesimlerin çıkarlarına hizmet etmesi bakımından da eleştirilebilir. Örneğin Gözler, halkoylamalarının hükümetlere karşı bir silah olmaktan çok hükümetlerin elinde bir silah olmasına rağmen, Türkiye'de var

olan olumsuz çoğunlukların birleşme olasılığı yüzünden hükümetlere karşı bir silah olduğu görüşünü taşımaktadır. Dolayısıyla halkoylaması usulünün hükümetler için bir güven oylamasına dönüşme ihtimali yüzünden bir intihar oylaması olabileceğini öne sürmektedir. Söz konusu durumda halkoylaması, rejimin işleyişi ve toplumsal istikrar açısından yarardan çok zarar getiren bir uygulamaya dönüşebilmektedir. Bunun yanı sıra, Gözler'e göre; halkoylamaları ilerici olmaktan çok muhafazakâr bir kurumdur ve dolayısıyla soldan ziyade sağın işine yaramaktadır (Gözler, 1988: 111). Daha açık bir ifadeyle, halkoylamalarının mevcut düzeni korumaya yönelik karakterinin değişim ve ilerlemeden yana olan sol yerine, nispeten muhafazakâr ve statükocu sağın mevcut düzenden yana tavrına hizmet ederek arzu edilen değişimi gerçekleştirmede etkin bir rol oynayamayacağı vurgulanmak istenmiştir. Bu düşünce, daha önce belirtilen güven ve istikrara her zaman ihtiyaç duyulan Türkiye'de, bugüne kadar biri hariç bütün halkoylamalarında çoğunlukla kabul sonucunun çıkmasının altında onun bu muhafazakâr karakterinin ve istikrar kaygısının yattığı yönündeki değerlendirmemizi anımsatır niteliktedir.

Kanlıgöz'e göre ise, ülkemizde yasama organı durumundaki TBMM'nin kamuoyunun istek ve beklentilerine seçim zamanları dışında yeteri kadar duyarlı olmaması ve belli konularda toplumda oluşan kamuoyunun çeşitli sebeplerle yeteri kadar meclise yansıtılamaması söz konusudur. Hatta genel olarak temsilcilerin çok da demokratik olmayan bir kültür geleneği ve anlayışının da temsilcisi olmaları gerçeği dikkate alındığında yasama yetkisinin kullanımına halkın katılımını sağlayacak hukuki yolların arttırılması gereği ortadadır (Kanlıgöz, 1996:175). Buna göre, uygulamada karşılaşılan bütün aksaklıklara rağmen yasama yetkisinin halk tarafından kullanımını hususunda halk oylamalarından vazgeçilemeyeceği ortadadır. Çünkü günümüz koşullarında halk oylamasının demokrasi için yerine getirdiği işlevi yerine getirebilecek yeni bir gelişme henüz mevcut değildir. Bu usulden vazgeçilmesi mümkün görünmediğine göre, halkoylamalarından arzu edilen şekilde yararlanılabilmesi ve bu hususta karşılaşılan problemlerin çözümü için demokratikleşme düzeyinin yükseltilmesi ve gerekli koşulların sağlanmasından başka çıkar yol görünmemektedir. Bunun için öncelikle, halkoylamaları aracılığıyla halkın iradesini hâkim kılmak üzere, vatandaşların doğrudan demokrasi konusunda bilgi ve katılım imkânlarının arttırılması ve bu süreçte aktif katılım için teşvik edilmelerinin gereğine inanılmaktadır. Buna paralel olarak, halkoylamalarının önemine ilişkin toplumsal bir bilinç oluşturmak üzere toplumsal, siyasal ve özellikle akademik çevrelerin dikkat ve çabalarının bu meseleye yönelmesi sağlanmalıdır. Konu ile ilgilenen çeşitli sosyal bilim dallarında ve bilhassa hukuk ve sosyoloji disiplinlerinin işbirliği yaptığı hukuk sosyolojisi gibi yeni birtakım alt disiplinlerde halkoylaması konusunda yapılacak araştırmaların bu konuda önemli bir boşluğu dolduracağı muhakkaktır.

KAYNAKLAR

- Atar, Yavuz; Ayan, Mehmet; Karahan, Sami; Sümer, Haluk Hadi; Arslan, İbrahim; Ulukapı, Ömer (1997). **Hukuk Bilimine Giriş** (3. Baskı), Mimoza Yayınları, Konya.
- Bal, Hüseyin (2007). **Hukuk Sosyolojisi**, Fakülte Kitapevi, Isparta.

- Bayhan, Vehbi (1997). **Üniversite Gençliğinde Anomi ve Yabancılaşma**, Kültür Bakanlığı Yayınları, Ankara.
- Bilge, Necip (1999). **Hukuk Başlangıcı, Hukukun Temel Kavram ve Kurumları** (13. Bası), Turhan Kitapevi, Ankara.
- Birchard, Karen (2002). "Irish Referandum Results", **The Lancet**, Vol. 359, pp. 955.
- Bütler, Monica (2002). "The Political Feasibility of Increasing the Retirement Age: Lessons from a Ballot on the Female Retirement Age", **International Tax and Public Finance**, Vol. 9, pp. 349-365.
- Erdoğan, Nihat (1991). **Sosyolojik Açıdan Kent İşsizliği ve Anomi**, Ege Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayını No: 62, İzmir.
- Esener, Turhan (1998). **Hukuk Başlangıcı Dersleri**, Alkım Yayınları, İstanbul.
- Frey, Bruno S. ve Stutzer, Alois (2006). "Strengthening the Citizens' Role in International Organizations", **Review of International Organizations**, Vol. 1, pp. 27-43.
- Gürkan, Ülker (2005). **Hukuk Sosyolojisi**, Siyasal Kitapevi, Ankara.
- Gözler, Kemal (1988). "Halk oylamasının Değeri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi,** Cilt XL, Sayı:1-4, ss. 97-113.
- (1998). **Hukuka Giriş**, Bursa.
- Gözübüyük, Şeref (1997). **Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları** (11. Baskı), Turhan Kitapevi, Ankara.
- Halbheer, Daniel; Niggli, Sarah; Schmutzler, Armin (2006). "What Does it Take to Sell Environmental Policy? An Empirical Analysis of Referendum Data", **Environmental & Resource Economics**, Vol. 33, pp. 441-462.
- Hug, Simon ve Schulz, Tobias (2007). "Referendums in the EU's Constitution Building Process", **Review of International Organizations**, Vol. 2, pp. 177-218.
- İba, Şeref (2002). "Türk Parlamento Hukuku Açısından Son Anayasa Değişiklikleri", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 51, Sayı: 1-4, ss. 79-95.
- Kanlıgöz, Cihan (1996). "Katılımcı Demokrasi ya da İdari Usul Kanunu Hazırlığı" Uluslararası Sempozyumu Üzerine", **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt: 45, Sayı: 1-4, ss.167-183.
- Kapani, Münci (1981). **Kamu Hürriyetleri**, Ankara.
- Kubalı, Hüseyin Nail (1971). **Anayasa Hukuku**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul.
- Markowski, Radoslaw ve Tucker, Joshua A. (2005). "Pocketbooks, Politics and Parties: The 2003 Polish Referendum on EU Membership", **Electoral Studies**, Vol. 24, pp. 409-433.
- Marshall, Gordon (1999). **Sosyoloji Sözlüğü** (Çev: Osman Akınhay-Derya Kömürcü), Bilim ve Sanat Yayınları, Ankara.
- Özbudun, Ergun (1995). **Türk Anayasa Hukuku** (4. Baskı), Yetkin Yayınları, Ankara.
- Vlachos, Jonas (2003). "Who Wants Political Integration? Evidence from the Swedish EU Membership Referendum", **Journal of Public Economics**, Vol. 88, pp. 1589-1604.
- Yücel, Mustafa, Tören (2004). **Hukuk Sosyolojisi**, Başkent Klişe Matbaacılık, Ankara.

- Topçuoğlu, Hamide (1960). **Hukuk Sosyolojisi (Cilt I)**, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara
- TUİK Halkoylaması Veri Tabanları, (2008)
- http://www.referandum.org/rerandum-nedir/05. 02. 2008 tarihinde internetten alınmıştır.
- http://www.referandum.org/ana-yasa-maddeleri/05. 02. 2008 tarihinde internetten alınmıştır.
- http://www.referandum.org/eski-referandumlar/05. 02. 2008 tarihinde internetten alınmıştır.
- http://tr.wikipedia.org/wiki/ Referandum, 05. 02. 2008 tarihinde internetten alınmıştır.

Suç Mağdurlarının Hakları ve Psikososyal Profilleri

Mustafa Tören YÜCEL(*)

GİRİŞ

Suç mağdurlarına özgü öğretide yer alan temel kavramlar şunlardır:

- "Suç mağduru" birilerinin işlediği suçla fiziki, mali ve duygusal zarar gören veya varlığı alınan veya zarara uğrayan bir kişidir.
- "Mağdur hakları" mağdurlara adalet sistemi, hükümet ajanları ve toplumca özel mülahazalar ve tretman güvencesi veren pozitif hukuktaki imtiyazlar ve usullerdir.
- "Mağduroloji *(Victimology)*" mağdurluk olgusu ve nedensellik ilişkilerini tasvir amaçlı çalışmaları içeren akademik, bilimsel bir disiplindir.
- "Mağdur anketi" mağdurlarınca rapor edilmesine bakılmaksızın genel nüfustaki suç mağdurları hakkında bilgi edinmek üzere genelde hükümet birimince yürütülen periyodik veri toplama ve analiz sürecidir. Anket yüz yüze veya telefon görüşmesi (veya gönderilen soru kağıdı) ile yapılmakta; önceki altı ay içinde yaşanılan suça ait düşünceler, mağdurluk ayrıntıları ve demografik özellikleri kapsamaktadır.

Mağdur bilimi *(Victimology)* II. Dünya Savaşı sonrası temelde suçlu-mağdur ilişkisini anlama arayışı olarak belirdi. Ve başlangıçta, mağdurun tutum ve davranışı, suçlu davranışın nedenleri arasında gösterildi. Öte yandan, araştırma bulgularına göre, çoğu kamu davalarından sonuç alınamamasının altında başlangıçta işbirliğine yatkın olan tanıkların sonradan en temel gereksinmelerine kayıtsız kalan savcıların tutumu yatarken; tanık/mağdurlar için ayrı bekleme odası olmaması sanık ve mağdur aileleri arasındaki meydan savaşlarına neden olmaktadır. Yapılan araştırmaların mağdur hakları ve güvenliğinin toplumsal savunu yönünden ne derece önemli olduğunu ortaya koyması sonucu mağdur bilimi öğrenimi üniversitelerde yer etmeye başladı.

VİKTİMOLOJİK SORULAR

Temel Sorular, mağdur olarak benim haklarım nelerdir ekseni etrafında kümelenmiştir.

- Ceza adaleti sürecinde mağdur olarak benim haklarım nelerdir?
- Soruşturmaya yardımcı olmak istiyorum ama korkuyorum. Mağdur-tanık olarak korunacak mıyım?
- Suçlu hüküm giydiğinde zararım karşılanacak mıdır?
- Suçluyu cezalandırırken bana da sorulacak mı?
- Suçlu cezasını çekip tahliye olurken bana haber verilecek mi?

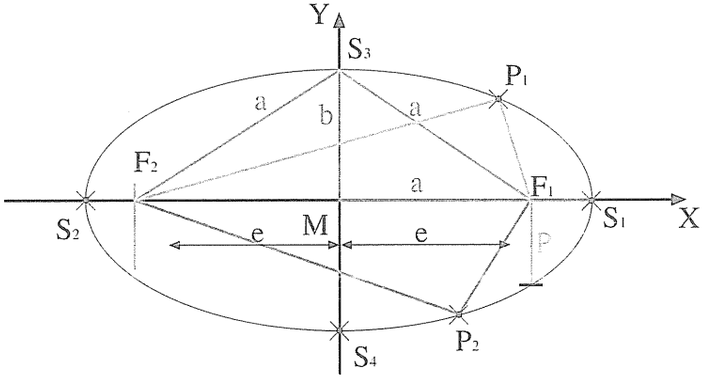
(*) Doç. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Ana Bilim Dalı Başkanı

Bu sorular mağdur hukukunun kalbini oluşturmaktadır. Hukuk devleti olmak açısından, bir devleti maddi anlamıyla insan hakları mağdurları ile hukuk devletini yaşayamayanlarla düşünerek, mağdur sayısını olabildiğince azaltacak/mağdur olanları da olabildiğince tatmin edecek nitelikli tedbirler ve kararlar demetine ihtiyaç duyulmaktadır.

Ne var ki, hukuk devletini onun projesi ile gerçekliğinin örtüşme olasılığını hiçbir ülke için mutlak sayamayız. Belli oranda suçlar, mağduriyetler ve adaletsizlikler normal kabul edilmelidir. Genelde adaletsizliğin bilinçli ve donanımlı bir "adaletsizlik kültürü" ürünü olduğuna tanık olunmaktadır. Suçlar da, kuşkusuz, hep bir değer ile ilişki içinde, artı/eksileri olan sosyal olgulardır. Bu olguda görülen odur ki, "olan mağdura olmaktadır" *-zincirleme mağduriyetler.* Hukuk ve uygulaması, yer ve zamana göre adil veya gayri adil olabilirse de, gayri adillik (adaletsizlik duygusu) suç mağdurlarında oldukça yoğundur. Hukuka özgü temel odaklar ise "güvenlik" ve "adil olmak"tır. İşte bu amaç değerlerle (*mutlak kavram*) hukuk olmaktadır (H. Ökçesiz).

Düzen açısında düzenleyici normlara gereksinme duyulmakta ve ihtilaf/suç oluştuğunda ceza adaleti sisteminde farklı aktörlerin rol aldığı bir süreç devreye girmektedir. Bu süreçteki oyuncular farklı değerlere sahip görünse de, sonuçta *toplum menfaati* şimdiye dek göz ardı edilmiş mağdur hakları ekseninde sağlıklı bir karar verilmesine dayalı olmalıdır. Bu da sürecin adil/-dürüst bir biçimde yürütülmesiyle gerçekleşebilmektedir. Bunu biraz sonra ayrıntılı olarak irdeleyeceğiz.

KRİMİNOLOJİDE ELİPS METAFORU



Genelde mağdursuz suçlar dışında suçlu ve mağdur bir elipsin odak noktalarını oluşturmaktadır. Bir toplumda suç pazarında olası mağdurlar "arz" tarafını oluştururken, (potansiyel) suçlular da "talep"i oluşturmaktadır. Bazı suçlar bakımından kimin suçlu/mağdur olacağı şansa dayalı olmakta ve genelde mağdurların suçların işlenmesindeki payı küçümsenmeyecek dereceye ulaşmaktadır.

Suç mağdurları, mağdur olma ötesi, sosyal ve ceza adaleti kurumlarınca maruz kaldıkları yardım ve anlayış eksikliği nedeniyle daha çok mağdur olmaktadırlar: Soruşturma evresinde suç mağdurlarının rutin bir işleme tabi tu-

tulması izlenimi bireyleri acizlik ve zayıflık duygusuna yöneltmekte ve bu bağlamda üç dereceli bir mağdurluk olgusuna tanık olunmaktadır:

1) Genel mağdurluk: Bir suç mağduru olmak sonucu (örneğin fiziki ve/ya psikolojik/mal varlığı zararı nedeniyle) oluşmakta;

2) Mağdurun sosyal çevresindeki etkileşimle (örneğin etiketlenme, sosyal soyutlanma ve aşağılayıcı sorgulamayla) belirmekte;

3) (1) ve (2) 'deki mağdurluğun birlikteliği sonucu kişinin mağdur rolünü üstlenmesi/içselleştirmesi olgusuna tanık olunmaktadır. Bu suretle, soruşturma ve kovuşturma süreçlerinde ikincil ve üçüncül mağdurluklar oluşmaktadır.

CEZA ADALETİ

Anayasal bağlamda eşitlik kuramı ve adil yargılanma hakkına karşılık ceza adaleti sistemi yakın zamana kadar "her şey sanki suçluları korumaya yönelik" bir uygulama sergiledi. Sistem mağdurlar açısından büyük bir haksızlık ve dengesizliği içermekte idi. Bu durum, Batı dünyasındaki isimlendirme ile daha da belirgindir: sistemin adı *victim justice*/mağdur adaleti değil, *criminal justice*/ceza adaleti olarak belirmektedir. Ülkede var olan ceza adaleti süreci, değinildiği üzere, "mağdur"u daha da mağdurlaştırılmakta; nerede ise mağdur suçlu konumuna getirilmekte idi.[1]

Araştırmaların sergilediği üzere, nasıl ki, suçluların yeniden sosyalleştirilerek gelecekte yeni mağduriyetlerin önlenmesi amaçlanıyorsa, mağdurların topluma uyumlarını sağlamak üzere de profesyonel destek görmeleri "yararcılık" adına ön görülmelidir.

Kuşkusuz, sanık avukatlarına oranla müdahil avukatların adalet sisteminde merkezi bir konumda olmaması da bu mağduriyetleri etkilemektedir.

Mağdur sosyolojisi de koruyucu bir faktör olarak devreye girmektedir. Kişilerin cazibesi ve algılanan suçlanabilirlik ilişkisi üzerine yapılan araştırmalar da tutarlı sonuçlar ortaya koymuştur. Suçluluk üzerine verilen kararlarda, sistemdeki aktörler, sanığın fiziki güzelliği, sosyal statüsü ve düşünce bakımından kendi düşüncelerine benzerliği etkisinde kalmaktadırlar. Fizik olarak güzel/zengin sanıkların diğerlerine göre suçlu olma olasılığı daha az olmaktadır.

Öte yandan, faili meçhul suçlar, yargının etkinlikten yoksunluğu, zamanaşımı nedeniyle düşen davalar ve keza makul süreyi aşan yargılamalar nedeniyle mağdurların maruz kaldıkları travmaları hiç düşünmek istemiyorum. Bu sayılan olgular, viktimolojiye özgü kara deliklerdir.

(1) *Hüküm giyen suçlu eğitilmekte, çalıştırılmakta/psikiyatrik tedaviye tabi tutulmakta; kendilerine "af" sağlamak üzere kader kurbanı etiketi yapıştırılmakta; gerçek kurbanla suçlu yer değiştirmekte; aflarla salıverilenler özellikle cinsel sapıklar yeni kurbanlara doğru yelken açmaktadırlar. Psiko-sosyal anketlerle suçluların öz geçmişlerinin profili çıkarılırken, mağdurlara ne olduğu konusunda hiçbir araştırma yapılmıyor. Cinayete kurban gidenler, sanki "temizlendiler". Onlar mağdur potansiyelli kişilerdi; cinayet olmasa başka bir nedenle X olacaklardı -belki de yolda yürürken kafalarına bir saksı düşerek veya geceleyin evlerine giren bir kamyonla can vereceklerdi. Öte yandan, suç zamanaşımı ile takibattan kurtulan suçlulara karşın mağdurlar yaşam boyu geçirdikleri travmanın etkisine mahkum oluyorlar. İşte sistem çeşitli açılardan fire vermektedir. İnsan hakları bildirgelerinde sanıkların korunmasına yönelik hükümler pozitif hukuka yansımış iken, mağdurların korunmasına yönelik düzenleme daha yasalaşmamıştır. İlk defa suç işlediklerinde korunan suçlular salıverilme sonrası yeniden suç işlediklerinde sistem yine koruyuculuğunu sürdürmekte; zaman zaman cezai sorumluluk açısından akıl hastalığı devreye girerek (insanity defense) farazi açıklamalarla sanığın cezai sorumluluğu olmadığı da hükme bağlanabilmektedir. Kuşkusuz, bu düzenleme de sorgulanarak, gerçekte sanığın suçu işleyip işlemediği/suçlu olup olmadığı saptanmalı; bu saptama sonrası yaptırım ve tretman türü (akıl hastanesi mi, cezaevi mi, yoksa her ikisi mi olacağı) belirlenebilmelidir.*

GÜVENLİK VE ADALET

Hukukun ilk ve radikal işlevi güvenlik sağlamaktır.Güvenlik farklı içeriklerle tesis edilebilir. Önemli olan bu güvenlik durumu ve hissinin insanlar ve vatandaşlar nezdindeki varlığıdır. Yalnız bunun da içeriği adil olmalıdır. Koyu bir istibdat en yüksek derecede güvenliği beraberinde getirebilir. Hukukun yaratılması nedeni ile hukukun değer bakımından takip edeceği amaçlar tamamen başka şeylerdir. Hukuk, toplumda güvenliği sağlamak zorunda ise de, bu herhangi bir güvenlik değildir. Hukuk, adil kurallarla toplumsal güvenliği sağlamalıdır. Kuşkusuz, güvenlik beraberinde özgürlüğü getiriyorsa anlamlı olmaktadır. Ancak sokağa çıkabildiğimde kapıyı kilitlemenin bir anlamı olabilecektir.

Amacınızı gerçekleştirme araçları, gerçekleştirilecek amacın mükemmelliğine gölge düşürecek kötü sonuçlar doğurmamalıdır. Zorbalık ve adaletsizliğin, hem bunları uygulayan ajanları/aktörleri ile hem de bunların mağdurlarında zorbalık ve adaletsizlik hissi doğuracağı unutulmamalıdır.

Güvenlik bir değerdir. Yalnız adalete göre daha aşağı derecede bir değerse de, bu aşağı derecedeki değerler, üstün değerlerin varlık koşuludur. Bu değerler olmaksızın üstün değerler kesinlikle gerçekleşemezler. *Magna Carta*'dan alınan şu alıntı, yaklaşık 800 yıl kadar önce ne kadar geçerli ise bugün için de geçerliliğini korumaktadır: "*Hiç kimseye hak veya adaleti satmayacağımız gibi hiç kimseyi de bunlardan mahrum etmeyecek veya sürüncemede bırakmayacağız*" (*Magna Carta* Chapter 40)[2].

Hukuk, toplumda güvenliği sağlamak zorunda ise de, bu herhangi bir güvenlik değildir. Hukuk, adil kurallarla toplumsal güvenliği sağlamalıdır; hem suçlular ve hem de mağdurlar için. Yinelersek, güvenlik beraberinde özgürlüğü getiriyorsa anlamlı olmaktadır.

MAĞDUR VE ÖNEMİ

Matematiksel olarak bir fikir vermek üzere 2005 yılı Cumhuriyet Savcılıklarınca verilen kararların dağılımına aşağıda yer verilmiştir:

2005 yılında C. Savcılarında çıkan iş dağılımı

Takipsizlik kararı	Açılan kamu davası	Diğer	Toplam
1.152.465 - %55	684.020-%32.7	%12.3	**2.094.317**

Bu veriler gerçeği ne derece yansıtmaktadır? Yukarda belirtilen olgular arasında özellikle karanlıkta kalan suçlar (*dark numbers*) göz önüne alındığında bu sorunun yanıtı olumsuz olacaktır. Bu durumda bile, "*toplam iş miktarına*" göre mağdur sayısı hiç de küçümsenmeyecek bir nicelik sergilemektedir. Bu konuda gerçeği saptamak üzere İngiltere örneğinde olduğu gibi ülke genelinde mağdur anketi yapılmalıdır. İngiliz *Suç Anketi* kişilere ve meskenlerine karşı işlenen ve polise ihbar edilmeyen suçları da içeren ve 1982 yılından itibaren iki

(2) M.S.Gemalmaz. ***Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*** *4.Bası Beta, 2003, s.29. "Kolluk gücünün yola getirilmesi bakımından itirafın hiçbir koşul altında asla bir kanıt olarak kabul edilmemesi gerektir." B. Russel bu doğrultuda suçluluğu kanıtlamakla görevli kolluk gücü yanında sanıkların suçsuzluğunu kanıtlamakla görevli bir kolluk gücünün daha oluşturulması ve bu gücün kolluk görevlilerince işlenen suçlara da el koymasını önermektedir. B. Russell.* ***İktidar*** *Altın Kitaplar Yayınevi, Ağustos 1976, ss. 360-361.*

yılda bir tekrarlanan 60.000 haneyi kapsayan geniş kapsamlı bir ankettir. Suça ilişkin konularda fazlaca bilgi toplanmasına imkân veren bu ankette halkın suç hakkındaki endişe ve korkularını belirleyecek sorular da yer almaktadır.

İngiliz suç anketine katılan mağdurlardan %50'si mükerrir mağdurlar olup; bunların rapor edilen suçlardaki oranı %81'i; bunlardan beş veya daha fazla mağdur olanların oranı %5'i, toplam suç miktarındaki oranı da %43'ü oluşturmaktadır. Kanada'da gasp, müessir fiil ve ırza tasaddi suçu mağdurlarının hiç suç mağduru olmayanlara göre bu suçlardan 9-20 kez fazla mağdur olma riski vardır. Hollanda'da şiddet suçları mağdurları bir yıl içinde iki veya daha fazla mağdur olmakta ve bu mükerrir mağdurlar, tüm şiddet mağdurlarının %77'sini bulmaktadır.

Suç mağdurları üzerine yapılan anket ile genelde şu ölçümler yapılmaktadır:

- Farklı suç tiplerinden (meskenden hırsızlık, hırsızlık, müessir fiil..) kimlerin (kaç kez) suç mağduru olduğu,
- Halkın kolluk güçlerine suç duyurusunda bulunmasını neyin motive ettiği,
- Mağdur olanlar ile olmayanlar arasındaki farklılıklar,
- Suçların mağdurlar üzerindeki (sistematik yönlerden) etkileri (bu genelde başarının ikiz ölçütüne odaklanmakta: Program amaçlarına ne derece ulaşıldığı; zaman içinde amaçlara erişim için gerekli kaynak yeterliliği),
- Halkın suç önleme ve ceza adaleti hakkındaki düşünceleridir.

İşte niceliksel araştırma kadar mağdurluk üzerine nedensellik araştırması (bazı mağdurların fazlaca travma geçirirken, aynı suçtan mağdur olan diğerlerinin geçirdiği travmanın neden aynı yoğunlukta olmadığını anlamaya çalışılması) bu alanda önemlidir. Bu araştırma metodunda ilk önce nedensel değişkenlerle sonuç değişkenler arasındaki ilişki üzerine bir hipotez geliştirmeli; sonra da, bu değişkenleri ölçerek verilerin hipotezi destekleyip desteklemediği saptanmalıdır.

Mağdur bilimi mağdur anketini harekete geçirirken, mağdur anketi de mağdur biliminde gelişme sağlamaktadır. Bu birliktelik gelişim için önemli olmaktadır. Önemli olan viktimoloji alanında edinilen bilgi, deneyim ve uygulamaların eğitsel malzeme haline dönüştürülmesidir. Bu konudaki gelişmelere Kolluk güçlerinde (özellikle Antalya Emniyet Müdürlüğünde) tanık olunmaktadır.

Mağdur artık sürecin basit bir nedeni ve hatta bahanesi, bir kanıtlama aracı, acı çekerek, aşağılanarak davanın unutulan tarafı olmamalıdır. Yargılama biçimsel olarak halen sanık ve avukatı ile C. Savcılığınca temsil edilen toplum arasında gelişen bir çekişme olarak görülse de, mağdur kişi onarıcı adalet anlayışı içinde davada olması gereken yeri almalıdır.

Ceza usul hukukunun iki temel görevi, güvence ve yarar sağlama davaya taraf olanlar için geçerlilik kazanmalıdır. Oluşan yasal bir evrimle mağdur ceza davasının bir tarafı haline gelmiş ise de, bunun bir şekil olmaktan öte ruh kazanması gerekmektedir.

MAĞDUR KAVRAMI VE HUKUK DOGMATİĞİ

Mağdur odaklı modelin gelişim süreci ve dönüm noktaları (bazıları için açıklayıcı metinle) şöyle sıralanmaktadır:

- *Suç Mağdurları ve Güç Suiistimali Konusundaki BM Temel Adalet İlkeleri Bildirgesi* (1985) (E/CN.15/1996/16/-Add.3).
- Avrupa Konseyi'nin (85) 11 sayılı *Ceza Hukuku ve Usulü Bağlamında Mağdurun Konumu ile ilgili* tavsiyesi (1985):

"Ceza adalet sisteminin işleyişi" bazı durumlarda mağdurun sorunlarını hafifletmek yerine bunların arttırdığını;

Ceza adaletinin temel işlevlerinden birinin mağdurun ihtiyaçlarını karşılamak ve çıkarlarını güvence altına almak olduğunu göz önünde bulundurarak; ...

Mağdurun ihtiyaçlarının, ceza adalet sisteminin her aşamasında daha fazla dikkate alınması gerektiğini değerlendirerek;...

Üye devlet hükümetlerine, mevzuat ve uygulamalarını aşağıda belirtilen ilkeler doğrultusunda gözden geçirmeyi tavsiye eder.

A. Kolluk düzeyinde

1. Kolluk memurları, mağdurlara karşı cana yakın, yapıcı ve güvence verici bir tutum sergileyecek şekilde eğitim almalılar;

2. Kolluk görevlisi mağduru bilgilendirmelidir; ...;

3. Mağdur, kolluk soruşturmasının sonucu ile ilgili bilgi alma olanağına sahip olmalıdır;

4. Kovuşturmayı yürüten kurumlara verilecek herhangi bir raporda, mağdurun gördüğü zarar ve kayıp, kolluk tarafından, olabildiğince açık ve net bir şekilde ifade edilmelidir; ...

B. Kovuşturmaya ilişkin olarak

5. Suçlunun kovuşturulup kovuşturulmayacağına ilişkin ihtiyatlı bir karar verilmeden önce, mağdurun zararının tazmin edilmesi konusu ele alınmalıdır; ...

6. Mağdur, kendi rızasıyla karşı çıkmadığı sürece, kovuşturmada verilen son hüküm kararından haberdar edilmelidir;

7. Mağdur, kovuşturma yapılmamasına ya da özel bir kovuşturma başlatılmasına ilişkin verilen kararın yetkili bir otorite tarafından yeniden gözden geçirilmesini talep etme hakkına sahiptir; ...

- Avrupa Konseyi'nin (87) 21 sayılı *Mağdurlara Destek Verilmesi ve Haksızlığa Uğramanın Önlenmesi* ile ilgili tavsiyesi (1987),
- Avrupa Birliği: *Ceza Kovuşturmalarında Mağdurun Konumu ile ilgili çerçeve kararı* (2001):

2.madde: Saygı ve tanıma,

3.madde: Duruşmalar ve kanıt sunma,

4.madde: Bilgi edinme hakkı,

13.madde: Uzmanlaşmış hizmetler ve mağduru destekleyen kuruluşlar,

14.madde: Kovuşturmaya dahil olan ya da mağdurlarla başka şekilde ilişkiye geçen personelin eğitilmesi.

- Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile Mahkemesi kararları:

-AİHS'i 13. Maddesi Uyarınca Mağdur Hakları:

Güç kullanımı gibi, mağdurun insan haklarının ciddi bir biçimde ihlal edildiğine ilişkin güçlü bir şüphe (makul bir iddia) bulunması durumunda; mağdur aşağıda belirtilen haklara sahiptir:

Mağdurun haklarının ihlalinden sorumlu olan şahısların kimliklerinin belirlenmesini ve bu şahısların cezalandırılmasını sağlayacak eksiksiz ve etkili bir soruşturmanın yürütülmesi,

Dava muamelelerine uygun erişimlerinin sağlanması (taraf olarak)

-Mahkeme, Sözleşmenin 2. maddesinde değinilen yaşama hakkının korunması yükümlülüğünün, Sözleşmenin 1. maddesindeki "Devletin kendi yetki alanları içinde bulunan herkes için bu Sözleşmede tanımlanan hak ve özgürlükleri güvence altına alma" hükmü ile birlikte ele alındığında, güç kullanılması sonucu bireylerin öldürülmesi iddialarında, devletin etkili bir soruşturma yürütmesi gerektiği zorunluluğunu hatırlatmaktadır" (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Eylül 1995 tarihli McCann ve Diğerleri v. Birleşik Krallık kararından sonraki pek çok kararında kullandığı ifadedir.)

-"Her ne kadar bireylerin fiillerinden korunma kapsamında AİHS 8. maddeye uygunluğun sağlanması için seçilecek araçlar ilke olarak devletin takdir alanına girse de, temel değerlerin ve özel yaşamın önemli yönlerinin tehdit altında olduğu tecavüz gibi ağır fiillere karşı etkin caydırıcılık, etkili ceza kanunu hükümlerinin varlığını gerektirmektedir." (M.C. v. Bulgaristan Kararı, 4 Aralık 2003).

Türkiye'de mağdura hukuktaki kavram üçlemesi bağlamında bakıldığında, değer ve norm açısından beliren evrensel gelişmenin ülkemizdeki yansımasının oldukça olumlu bir nitelikte olduğu belirmektedir. Normatif açıdan ilk önce 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 22. maddesinde, terörden zarar gören kamu görevlisi dışındaki vatandaşlara Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'ndan öncelikle yardım yapılması öngörülmüş; *Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması* Hakkındaki 5233 sayılı Kanun'la da (17/07/2004) terör mağdurlarının maddi zararlarının sulhen karşılanması düzenlenmiştir (R.G. 27/07/2004-25535); *Terör ve Terörle Mücadeleden Doğan Zararların Karşılanması Hakkında Yönetmelik* (R.G.20/10/ 2004-25619);

2230 Sayılı *Nakdi Tazminat ve Aylık Bağlanması Hakkında Kanun*;

4230 Sayılı *Ailenin Korunmasına Dair Kanun*;

Çocuk ve Kadınlara Yönelik Şiddet Hareketleriyle Töre ve Namus Cinayetlerinin Önlenmesi için Alınacak Tedbirler ilişkin 2006/17 Sayılı Başbakanlık Genelgesi yer almaktadır.

Yeni Türk Ceza Kanunu (TCK) ve Ceza Muhakemesi Kanunu (CMK) ile mağdur önemli bir konuma yükselmiştir. Şöyle ki,

◦ TCK 73 Şikayete bağlı suçlar

◦ TCK 50/1,b- Mağdurun zararının aynen iade, suçtan önceki hale getirme veya tazmin suretiyle tamamen giderilmesi;

◦ TCK 51/2 Cezanın ertelenmesi mağdurun zararını gidermesi koşuluna bağlı tutulması;

◦ TCK 73 Şikayete bağlı suçlarda uzlaşma

◦ TCK 85/2, 89/4 mağdurların çokluğu bazen suçun nitelikli hali sayılması;

◦ Madde 84 Keşifte... mağdurun bulunabileceği;

◦ Madde 84/3 Mağdurun ifadesi sırasında şüpheli/sanığın bulunmamasına karar verilmesi;

◦ CMK 75 Şüpheli/Sanığın muayenesi ve vücudundan örnek alınmasına mağdurun istemiyle... karar verilmesi;

◦ CMK 76 (2) Mağdurun rızası ile bu işlemler kendisi için de geçerli;

◦ CMK 100 (2) b,1 Mağdur üzerinde baskı girişiminde bulunmanın tutuklama nedeni olması;

◦ CMK 109 (3) h-Adli kontrol'den yararlanma için belirlenecek parayı suç mağdurunun haklarını güvenceye almak üzere ayni/şahsi güvenceye bağlanması;

◦ CMK 114

(1) Şüpheli/sanığın rızasıyla güvenceden mağdurun zararını karşılayan miktarın verilmesi;

(2) Yargı kararı ile rıza olmaksızın da ödemenin yapılması:

◦ CMK 131 Delil olarak ihtiyaç bulunmayan eşya ve değerlerin mağdura iade edilmesi;

◦ CMK 202-

(1) Mağdur için tercüman bulundurulması;

(2) Engelli mağdura anlayabileceği şekilde anlatılması;

◦ CMK 173-Soruşturmaya yer olmadığı kararına itiraz edilmesi;

◦ CMK 234- Mağdur hakları

a) *Soruşturma evresinde*, kanıtların toplanmasını, belge örneği verilmesini, vekili yoksa kendisine baroca avukat görevlendirilmesini isteme;

b) *Kovuşturma evresinde*, duruşmadan haberdar edilme, kamu davasına katılma, tutanak ve belgelerden örnek verilmesini, tanıkların davet edilmesini, avukat atanmasını isteme; davaya katılma halinde kanun yollarına başvurma, 18 yaşaltı, sağır/dilsiz/meramını ifade edemeyecek mağdurlara istemi olmasızın vekil görevlendirilmesi;

Bu haklar, suçun mağdurlarına açıklanıp, tutanağa kayıt edilir.

◦ CMK 236-

(2) *İşlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş çocuk veya mağdur, bu suça ilişkin soruşturma veya kovuşturmada tanık olarak bir defa dinlenebilir. Maddî gerçeğin ortaya çıkarılması açısından zorunluluk arz eden haller saklıdır.*

(3) *Mağdur çocukların veya işlenen suçun etkisiyle psikolojisi bozulmuş olan diğer mağdurun tanık olarak dinlenmesi sırasında psikoloji, psikiyatri, tıp veya eğitim alanında uzman bir kişi bulundurulur.*

◦ CMK 52– Mağdur çocukların dinlenmesi sırasında görüntü veya ses kaydı zorunludur.

◦ CMK 58- Örgütlü suçlarda tanığın korunması-kimliğin saklı tutulması; tanığın yalnız dinlenmesi; ses ve görüntü aktarması yapılarak dinlenmesi.

Yalnız bu mağdur hakkı modernite görüntüsü verse de, ontolojisi çok öncelere dayalı bulunmaktadır: Hammurabi (M.Ö.1728-1686) öncesi kanunlardan *Lıpıt-ıstar* kanunundaki bir düzenlemeye bakıldığında toplumsal dayanışma ve mağdurun korunması açısından çağdaş bir ilkeyi yansıtmaktadır.

"*Eğer, bir adamın evine bitişik olan, bir başka adamın ekilmemiş tarlası ihmal edilirse ve ev sahibi ekilmemiş tarlanın sahibine senin tarlan ihmal edilmiştir, benim evime bir adam hırsızlık için girebilir, evini sağlamlaştır derse; bu sözleri doğrulandığında tarlanın sahibi evin sahibinin yok olan eşyalarını ona ödeyecektir.*"[3]

ONARICI ADALET

Cezaların infazı hakkındaki kanunla (1964 yılında) sistemimize giren "aynen iade ve tazmin" tedbir 2004 yılı düzenlemeleri ile "onarıcı adalet" olarak kurumlaştırılmıştır. Önemli olan bu kurumun işlevsel bir etkinliğe kavuştuğu

(3) M.Tosun ve K.Yalvaç. **Sümer, Babil, Asur Kanunları ve Ammi-Şaduqa Fermanı** 3. baskı, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ank., 2002.s.64.

bilincinin mağdurlarda yer etmesidir. Bu bilinç olgusu için eylem plan ve stratejisi hazırlanmasına ihtiyaç bulunmaktadır.

Kuruma bakıldığında, mağdur fail arabuluculuğu programları mağdur-fail uzlaştırma programları olarak da bilinmektedir. Bu programlar bir taraftan suç mağdurlarının ihtiyaçlarına yönelirken, diğer taraftan faillerin suçlarından dolayı sorumlu tutulmalarını güvence altına alınması için tasarlanmıştır. Bunlar daha ziyade hafif suçlarla sınırlıdır. Yönlendirmeler kolluk görevlileri, C. Savcıları, mahkemeler ve denetimli serbestlik görevlilerinden gelebilir.

Mağdur-fail arabuluculuğuna başvurma öncesi sağlanması gerekli üç koşul şöyledir:

- Failin suçu kabullenmesi veya reddetmemesi;
- Mağdur ve failin sürece katılmayı istemesi;
- Mağdur ve failin bu süreçte yer almasının güvenli olduğu- nu düşünmesi.

Arabuluculuk süreci, olabildiğince mağdurun kaybettiklerinin bir şekilde tazmini ve giderilmesini sağlar.

MAĞDURLARIN KORUNMASI

Ceza adaletinin en temel işlevlerinden biri de mağdurların menfaatlerini güvence altına almak olmalıdır. Bu amaçla mağdurların ceza adaletine olan güvenleri güçlendirilmeli; ceza adaleti sistemince mağdurların duçar kaldıkları fiziki, psikolojik, maddi ve sosyal kayıplarına karşı yeterli duyarlık gösterilmelidir. Ne var ki, uzun süre, Ceza Muhakeme Usulü ve doktrini daha çok Devlet-suçlu arasındaki ilişkiyle sınırlı kaldığından, mağdurun bizatihi mağdurluğun dışında çeşitli nitelikte zorluklarla baş etme durumunda kalması kendisinin "ikinci kez mağduriyet"ine sebebiyet vermektedir. Kuşkusuz, bu durum mağdurun adaletin gerçekleşmesine mağdurtanık olarak katkısını etkilemekte; adalete olan güven duygusunu zayıflatmaktadır. Bu nedenle, ceza adaletinde mağduru hakkettiği statüye kavuşturmak üzere ceza yargılamasındaki ilişkiyi Devlet-mağdur-suçlu eksenine oturtmak çağdaş ceza siyasetinin temel öğesini oluşturmalıdır. Bu ilke, daha önce *Ceza Hukuku ve Usulü Bağlamında Mağdurun Konumu* hakkındaki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin R(85)11 sayılı Tavsiye Kararın'daki anlatımı dile getirmektedir.

Suç mağdurlarına destek verilmesi doğrultusunda nakdi tazminat verilmesi yanında kendilerine psikolojik destek, bilgilendirme ve pratik yardım yapılması da gerekmektedir. Bu tür hizmetler çeşitli ülkelerde olağan hale gelmiştir. Nitekim, *Avrupa Konseyi Şiddet Suçları Mağdurlarına Tazminat Verilmesi Sözleşmesi*'ni kabul eden ülkeler yabancı uyrukluları da tazminattan yararlandırmaktadır. Ülkemizde de terör suçu mağdurlarına tazminat verilmesini sağlayan yasa ve yönetmelik uygulanmaya başlamıştır.

Suç mağdurlarına verilen hizmetlerde gönüllü sivil kuruluşların katılımı da göz ardı edilmemelidir. Bu tür hizmete ulusal çapta örgütlenmiş Mağdura Destek adı ile İngiltere'de tanık olunmaktadır: Yurt sathında 350 bürosu bulunan bu Destek kuruluşunda çalışan eğitilmiş gönüllülerle, tanıklara ve suç mağdurlarına hizmet verilmektedir. Bu kuruluşu bilen mağdurların oranı gittikçe artarak; 1994 yılında %76 olan bu oran sonraki yıllarda %90'ı aşmıştır. Bu Kuruluşa Hükümetçe 1995-1996 yıllarında yapılan yardım tutarı 11 milyon İngiliz Lirasını bulmuştur. Bu Kuruluşta ayrıca özel suç (ırza geçme ile şiddet

suçları) mağdurları için uzmanlaşmış hizmet birimi de vardır. Mağdura destek kuruluşunca verilen hizmetler, kollukça bu Kuruluşa mağdur hakkında bilgi verilmesi sonrası devreye girmekte; Kuruluştaki gönüllü kişilerce mağdura ziyaret, telefon, broşür veya mektupla gerekli öğütler verilmekte ve kendisine verilecek desteğin ilerde devam edeceği dile getirilmektedir.

Çıkarım olarak, mağdur ve tanık ihtiyaçları ceza adaleti sürecinin kalbi olmalı; halkın mahkemeye aşina olması için halk günleri ve ziyaretleri düzenlenmeli, tanıkların huzur ve güvenlikleri sağlanmalı, süreçteki gelişmelerden mağdurlar online/yazılı olarak bilgilendirilmelidir.

MAĞDURLUK

Suçlulukla mücadelede geleneksel suçlulara yönelik yatırımlar istenilen sonucu veremediğinden potansiyel mağdurların olası mağduriyetlerini önlemeğe yönelik yatırımların daha iyi sonuç verebileceği dile getirilmektedir. Bu amaçla suç işleme için var olan "*fırsatlara*" özgü köklü değişimlere girişilmelidir. Aksi takdirde, suç siyasetlerine karşı suç oranlarında beliren direncin kırılması mümkün gözükmemektedir. Hükümetler, etkisi konusunda kuşkuların gittikçe artmakta olduğu salt cezaya odaklanmış siyasetlerini genişletmek yerine mağdurlara yönelik temel güvenlik tedbirlerinin alınması, geliştirilmesi ve yasal olarak etraflıca düzenlenmesini ciddi olarak ele almalıdırlar. "Pazar yeri", "yabancılar evreni"diye tanımlanan metropol kentler anonim bir çevre oluşturmaktadırlar. Bu çevrede suç işlemeyi tahrik edici "fırsatlar" önemli olup; genel "tahrik seviyesi" o yörede yaşayan kişilerin karşılaştıkları suç işleme için elverişli fırsatlar sayısıyla belirmektedir.

Hükümetler toplumda kendiliğinden beliren/belirecek "insanların kendilerini koruma" eğilimlerini yasal olarak mali ve diğer destekleme siyasetleriyle yönlendirmeli/teşvik etmelidirler. Mağdurlara uzatılan ve onların kendilerine yardım etmesini sağlayacak yardım eli sonuçta kamu düzeni ve güvenliği yararına olacaktır. Mağduriyetin önlenmesi için arabaların direksiyondan kilitlenmesi, *immobilize* edilmesi; evlere, şirketlere ve kamu binalarına alarm sistemleri; ticari işletmelere kapalı devre T.V. monte edilmesi, MOBESA kameraları gibi tedbirlerin zorunlu hale getirilmesi yanında bu tür düzenlemelerin sigorta sistemi ile ilişkilendirilmesi önerilmektedir.Yalnız, durumsal tedbirlerle (*situational measures*)[4] hayal kırıklığına kapılan suçlu ya zaman, mekan, yöntem veya suç biçiminde değişikliğe gidecektir. Bu ikame olgusunda suçlunun motivasyonu önemli olabilir: "fırsatçı suçlu" durumsal tedbirlerle frenlenebilirse de, "profesyonel suçlu" başkaca stratejiler ve daha gelişmiş tekniklere başvurmaktan çekinmemektedir. Ek olarak, bir hedefin zorlaştırılması veya kaldırılması diğer suçlar için fırsatlara yöneltmektedir: İşte kredi kartı kullanımının yaygınlaşması sonucu gasp suçu azalabilirse de, bilişim suçları, muhasebe dolandırıcılıkları ve benzerlerine kapılarını açtığı görülmektedir.

Bu yaklaşıma getirilen eleştiri, mağdur olma riski bakımından zenginlerden fakirlere doğru veya kullanılan teknik açısından bir ikame olgusuna tanık olunabileceği merkezindedir (T.Reppeto 1976). Bu anılan ikame kaçı-

(4) Bk. www.crimeprevention.org/www.prevention.rutgers.edu Ayrıca bk. D. Carnish ve R.V.Clarke (eds). **The Reasoning Criminal**, New York, 1986.

nılmaz gibi ise de, kapsamı konusunda kuşkular dile getirilerek otomobillerde göbekten kilit sisteminde olduğu gibi bu etkinin kısmı olabileceği belirtilmektedir. Nihai analizde, bu olgu bir dengeleme sorunudur: Suç önlemedeki mali ve insani açıdan kazanımlar, çoğunluk tarafından kabul görür şekilde fazla ise, durumsal tedbirler kayda değer görülmektedir. Aşağıda da vurgulandığı üzere, kriminologlar ve siyasetçiler evine hırsız giren Nasrettin Hoca'yı penceresini açık tuttuğu için suçlayan komşuların tepkisine, üniversal nitelikteki "hırsızı fırsat yaratır"/"açık kapı dindar insanı bile hırsız yapar" deyişine artık kulak vermelidirler.

Mağdurluk, mağdurluk öncesi, mağdurluk konumu ve mağdurluk sonrası olmak üzere üç evrede irdelenecektir:

Mağdurluk öncesi

Mağduriyete götürücü risk faktörleri üç ana grupta toplanmaktadır:

1) Birinci grupta yer alan mekan ve sosyal faktörler konunun "fırsat" yönünü vurgulamaktadır. Bu bağlamda, çevre-mekan ve mimari yapı ile insan tecrübesi (mağdur olma, suç korkusu) arasındaki etkileşim incelenmiştir. Kuşkusuz, insan davranışı ile çevre şekillenmekte; arazi ve yapılar etkilenmekte; bunların oluşturduğu ortamdan da insan davranışı etkilenmekte; değişmekte/motive olmaktadır.

2) Kişisel faktörler göz önüne alınarak mağdur olma eğilimi ve mağdur olmaya yatkınlık araştırılmaktadır. Kimse "mağdur" olarak doğmazsa da; kazanılan fiziki, psikolojik ve sosyal karakteristikler (örneğin zafiyet, özür) mağdur-suçlu arasındaki etkileşimi fazlaca etkilemektedir. Bu gruptaki mağdurlar bir bakıma mağduriyet öncesi sosyal ve psikolojik yoksunluk içinde mağduriyete teslim olmuş ve kendini savunma istenci de azalmış kişilerdir. Öte yandan, potansiyel suçlu, potansiyel mağdurun aşırı fiziksel, psikolojik veya parasal cazibesi nedeniyle de tahrik olabilmektedir.

3) Mağdur olma riskini artıran davranış faktörleri (yaşam stili, gösteriş merakı) arasında potansiyel mağdurun bilinçli veya bilinçsiz güvenlik tedbirlerini ihmal etmesi/yadsıması; ve kendisini devamlı olarak bilinçli veya bilinçsiz mağduriyete neden olacak riskli durumlara sokması yer almaktadır.

Mağdurluk evresi

Suçlar, suçlu ve mağdur arasında cereyan eden etkileşim sürecinde gelişmektedir. Bu süreçte, potansiyel mağdur ve suçlu, eylem ve karşı eylemde bulunmakla kalmayıp; davranışları, yaklaşımları ve rolleri tanımlamak ve yorumlamaktadırlar. Kişi kendisi ile karşındaki kişinin davranışının manasını araştırmakta; kendisi ve diğer kişi hakkında bir imaj geliştirmektedir. Suç mağdurunun bu süreçteki katkısal nedenselliğini belirleyici iki kavrama aşağıda yer verilmiştir:

◦Mağdurun aktif katılımı: Burada, potansiyel mağdurun suçu tahrik ederek veya kolaylaştırarak katılım payı üzerinde durulmaktadır. Bu kavram, Marvin E. Wolfgang (1958) tarafından 558 adam öldürme suçunu kapsayan ampirik çalışmaya dayalı olarak geliştirilmiştir. Wolfgang'ca bu suçlardan %20'sinin analizinde; iki potansiyel suçlunun birlikte kendilerini katil konumunda buldukları ve kimin suçlu kimin mağdur olacağının yalnızca şansa kaldığı saptanmıştır.

◦*Nötrleştirme* teknikleri ve gerekçelendirme: Mağdurun "işbirliği" yalnızca suçlunun kafasında yer etmiştir; yalnızca onun güdülenmesi sürecinde vardır. Suçlu mağduru algılamadığı görüntüsü vermekte; kendisine göre de gerçek suçlu, mağdur kişidir; mağdur mağdu-riyetini hak etmektedir.

◦Ceza hukuku bağlamında mağdurun katılımı ve işlevsel sorumluluk kavramları değerlendirilerek sonuçların ceza hukuku dogmatiğine sokulması girişimlerine tanık olunmaktadır. Ceza hukukundaki işlevsel sorumluluk kavramı potansiyel mağdurun, kendi mağduriyetine meydan vermemesi gerektiğini vurgulamaktadır. Özellikle ufak türden suçları (örneğin mağazalardan yapılan hırsızlıklar) önlemek ve kontrol altına almak üzere aşağıdaki olasılıklar düşünülebilir:

-Mağdur kendi mağduriyetine sebebiyet verdiğinde ceza hukukunun sağladığı korumadan yoksun bırakılabilir. "Satın alıyorum öyleyse varım" felsefesinin egemen olduğu; herkesin tüketme hastalığı ve cazibesine kapılmasına karşın reklamla ilgi odağı olan mağazada gerekli güvenlik tedbirleri ve onun bedeli olan harcamayı yapmayan işletmeden hırsızlık yapanlara karşı ceza adaletinin müdahalesi düşünülmemelidir.

-Ceza yaptırım türü ve şiddeti seçilirken mağdurun sorumluluğu göz önüne alınabilir.

Mağduriyet sonrası

Mağdur tepkisini oluştururken konumuyla psikolojik ve sosyolojik olarak baş edebilmelidir. Aynı derecede önemli olan ikinci bir husus da; mağdurun makul sayılabilecek ölçüde sosyal kontrol sürecinde (ceza adaleti mekanizması) yerini alabilmesi ve bu suretle ikinci kez mağduriyetinin önlenmesidir. Bu bağlamda, yargılama sürecinin de makul sürede sonuçlandırılması gerekmektedir. Anayasal nitelikteki bu buyruğa karşın Ceza Mahkemelerince 1993 yılında E. TCK. 415. (Irz ve Namusa Tasaddi) ve 416. (Zorla Irza Geçme ve Tasaddi) maddelerinden karar verilen davaların açıldıkları yıllara göre dağılımı oldukça düşündürücüdür.

Tablo 13. Açılış yıllarına göre dağılımı

Madde	1989 ve Öncesi	%	1990	%	1991	%	1992	%	1993	%	Total
415	17	3.24	22	4.2	58	11.1	182	34.7	245	46.8	354
416	93	1.98	102	2.2	262	5.6	1359	29.0	2877	61.3	4693
Toplam	110	2.1	124	2.4	320	6.1	1541	29.5	3122	59.8	5217

Yukarıdaki verilere ek olarak, bu iki cinsel suça ilişkin olarak 1993 yılında ilk derece ceza mahkemelerince karara bağlanan davalardan (5217) yalnızca %52 sinde (2702) mahkumiyete tanık olunmuş; davalardan % 60'ı (3122) yılı içinde karara bağlanırken, diğerlerinde ise bu sürenin en az iki yıl ve hatta bunlardan 110'unda beş yıl ve daha fazla olduğu gözlenmiştir. Bu konumdaki tanık-mağdurlar ile en yakın aile bireylerinin psiko-dinamik yapısındaki

fırtınaları algılamak için insanın hayal gücünün fazlaca zorlanmasına gerek bulunmamaktadır (*Secondary victimization*).

Irza geçme/özellikle ensest suçu mağdurlarının özellikle çocukların ifadesinde, başlangıçta duyarlı sorular sormayarak sağlanan *rapport* sonucu kendisinin kişisel ve duyarlı konular üzerine konuşmasının sağlanabileceği unutulmamalıdır.

Suç mağdurları, ikinci kez mağdur edilmemek üzere, ceza adaleti sürecinde onurlu bir işleme tabi tutulmalı; yargılama süreci hızla sonuçlandırılmalı ve zararları en kısa sürede giderilmelidir[5].

PSİKOSOSYAL PROFİLLER

Suç mağdurlarına özgü belirginleşen üç saptama şunlardır:

1) Mağdurların travmadan kaynaklanan tepkisel tavırlarının suç /eylem türü ne olursa olsun benzerlik gösterdiği;

2) Krize müdahale konusuna özgü ilkelerinde benzer olduğu;

3) Kolluk görevlilerinin sistemin ilk evresinde suç mağdurlarına karşı iyilik kadar kötülük de yapabildikleridir.

Suç mağdurlarında özellikle cinsel suçlar, terör, aile içi şiddet gören eşler, maktulün geride kalan ailesi gibi mağdurlardan bazılarında tanık olunan post travmatik stres bozuklukları rehberlik ve danışmanlık hizmeti gerektiren türdendir. Kriz danışmanlığında temel referans mağdura hikayesini anlatması için elverişli bir zemin hazırlamak/veya onu anlatmasına yöneltmektir-*vantilatör işlevi*. Gerektiğinde sorularla, mağdurun, kronolojik olarak, düşüncelerini ve tepkilerini organize etmesine yardımcı olunmalıdır. Travma mağdurlarının yardımla beklenilmeyen değişimleri azaltabildiği ve bazen de üstesinden gelebildiği bilinmelidir. Geniş ailelerden çekirdek aileye doğru geçişin yoğunlaştığı kentsel alanlarda bu türden kurumsal tretman müdahalelerine ihtiyaç artmaktadır.

Mağdur tepkisini oluştururken konumuyla psikolojik ve sosyolojik olarak baş edebilmelidir. Aynı derecede önemli olan ikinci bir husus da; mağdurun makul sayılabilecek ölçüde sosyal kontrol sürecinde (ceza adaleti mekanizması) yerini alabilmesi ve bu suretle ikinci kez mağduriyetinin önlenmesidir. Bu bağlamda, yargılama sürecinin de makul sürede sonuçlandırılması gerekmektedir.

Şimdi seçilmiş bazı suçların mağdurlarına değinilecektir.

CİNSEL SUÇLAR

Tecavüz olgusu ve atmosferi mağdur için genelde korkunç bir tablo sergilemekte[6]; hatta kimi zaman bu olgu mağdura sanki cinayetle eşdeğer bir olay

*(5) 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu 22. maddesinde, terörden zarar gören kamu görevlisi dışındaki vatandaşlara Sosyal Yardım ve Dayanışma Fonu'ndan öncelikle yardım yapılmasının öngörülmesi çağdaş bir düzenlemedir. Mağdurla rın korunması hakkında uluslararası belgeler için bk. International Association of Penal Law. **International Protection of Victims** (Ed.M.C.Bassiouni) Sıracusa, Italy, 1988; World Society of Victimology http://www.victimology.nl/*

ABD'de 249 mağduru kapsayan anket sonuçlarına göre, % 70'i mahkemenin "çok yavaş" ve zaman kaybı olduğunu; % 86'dan fazlası suçluların yeterince cezalandırılmadığını; yalnızca % 30'nun mahkemelerce mağdurların ihtiyaçlarına eğildiğini belirtmişlerdir (Meddis, 1984a).

*(6) M.T. Yücel. **Adalet Psikolojisi** Ank., 2007; "Tecavüze uğrayan kadın affedilmiyor" Sabah (8/05/2004): Batman, Diyarbakır, Şanlıurfa, Gaziantep, Mardin, Kilis, Van ve Adana olmak üzere sekiz ilde 13-65 yaş arası 320 erkek ve 240 kadınla yüz yüze görüşülerek yapılan anket sonucunda "*Namusuna halel gelen

gibi gelmektedir. Nitekim, fahişeler bile sokakta saldırıya uğradıklarında bunu kolay kabul edememektedir. Anılan sebeple, tecavüz olayının mağdurlar üzerinde bıraktığı ciddi ve uzun süreli ruhsal tahribat göz önüne alınarak, ceza adaletinin her evresinde travmayı yeniden yaşamak zorunda kalmamaları için kendilerine gereken psikolojik anlayış ve titizlikle yaklaşılmalı ve örneğin tecavüze uğrayan kadın mağdurla görüşmenin, kadın polislerce yapılması sağlanmalıdır[7].

Nitekim, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin "*Çocuklar ve Genç Yetişkinlerin Cinsel İstismarı, Pornografi, Fuhuş ve Trafiğine ilişkin R(91)* 11 sayılı Tavsiye Kararının *(d) Ceza Hukuku ve Ceza Usulü*" bölümünde;

"*12. Süreç boyunca sanıkların hakları göz önüne alınırken çocukların ve genç yetişkinlerin menfaatleri ve hakları güvence altına alınmalı;*

13. Adli ve idari süreçlerdeki kayıtların gizliliği ve cinsel istismar mağduru çocuk ve genç yetişkinlerin kişilik haklarının, özellikle kimliklerinin bilinmesine yöneltici bilgilerin açıklanmasından kaçınılarak korunması;

14. Cinsel istismar mağdurları veya tanık çocukların duruşmalarında, travmatik etkileri azaltmak ve onurlarına saygınlık içerisinde ifadelerinin inanırlığını artırmak üzere özel koşullarda dinlenilmesi"

salı verilmektedir.

Cinsel suçlarla mücadelede bir taraftan sıfır tolerans ile mağdur olma riskinin azaltılması diğer taraftan mağdurun korunması bu alandaki reformun kilometre taşlarını oluşturmaktadır. Yalnız bu konuda cezaların ağırlaştırılması kolay bir vasıta olarak yeğlenmektedir (!?).

- Halkın bilinçlendirilmesi, eğitim ve bilgilendirme ile önleyici tedbirlerin güçlendirilmesi;
- Çocuklara vaki cinsel istismarı saptamak ve mağdurlarına uygun destek veya tretmanı sağlaması için kurumlarda bilinç oluşturulması ve gerekli finans desteği verilmesi;
- Medya ile internet sağlayıcıların sorumlu bir biçimde davranması ve cinsel istismar konusunda genel bilinçlenmeye katkı sağlamaları teşvik edilmeli;
- Soruşturma ve itham konusunda uluslararası etki işbirliğine gereksinme olduğu;
- Diğer tedbirler arasında mağdurlara ve ailelerine tazmin sisteminin geliştirilmesi.

ÖÇ ALICI KATİL

Yaşamını oğlu etrafında şekillendirmiş bir baba için oğlunun katledilmesi üzerine kendisini ne türden bir ölüm beklediğini düşünün! Kendi canından bir parça eksilen bu kişinin yaşamı boyunca kederlenmesi -bazen kan davasına dönüşmesi riski yaşam gerçekleridir. Aynı derece mağduriyet yoğunluğu olan töre ve namus cinayetleri de (fail ve maktul-

kadına ne yapılmalıdır?" *sorusuna verilen yanıtlar şöyledir: %26-affedilmeli, %25-öldürülmeli, %13,75-dışlanmalı, %13,40- aile meclisi karar vermeli, %13-cezalandırılmalı, %4,64-evliyse boşanmalı, %3-yasal yol kullanılmalı, %1-yanıtsız.*

*(7) Ayrıca Bk. Home Office. Concerns About Rape (Research Study no. 106) London, 1989; 1991-1992 yıllarında Adli Tıp Kurumu'na gelen 578 (% 65) fiili livata, 309 (% 35) vajinal yoldan ırza geçme olgusu hakkında inceleme için Bk. M.F. Yavuz ve H. Öz. "Çocuklara Yönelik Cinsel Suçlar" 7. Ulusal Adli Tıp Günleri Poster Sunuları, İst. 1994, ss.48-61. (357-364); ırza geçilme veya fiili livataya maruz kalmanın kötülüğünü algılama için Bk. 7 Ulusal Adli Tıp Günleri Paneller, İst. 1994, ss. 48-61. M.T.Yücel. **Adalet Psikolojisi**, Ank., 2007, ss. 110 – 126.*

lerin doğum yerleri itibariyle yoğunluk Doğu ve Güney Doğu Anadolu, Marmara'da oran en düşük bir görüntü sergilemekte) ülke gündemini işgal etmekte; sosyal kaldıraçların çok yetersiz olduğu gözlenmektedir. Bu durum bile anayasal emperatifler ile sosyal gerçekler arasındaki boşluğun derecesini kanıtlamaya yeter bir niteliktir. Bu alan da mağdurları korumak amaçlı olarak cinsel motifi ağır basan adam öldürme türüne değinmekte yarar vardır.

İnsanın tahrik edici bir saldırıya karşı yanıt vermemesi, erotik unsurların karışımı yanında saldırgan dürtünün fazlaca zayıflaması nedeniyle olmaktadır. Ancak bunun tam karşıtı meydana geldiğinde; erotik unsurları içeren ilişkiler aniden bozulunca, saldırganlık duyguları salıverilmekte ve öç alıcı katil kendini göstermektedir. Bu durum özellikle aşk ve nefret ikilemi ile yüklü nevrotiklerde sıkça gözlenmekte ve genellikle bu mekanizmaya sevgilisini terk eden eşlerin öldürülmesinde tanık olunmaktadır. Aynı şekilde, erotik ilginin aniden çekilmesi de benzer bir tepkiyi oluşturmakta; reddedilen eşin "seni başkalarına yar etmem" saikiyle savunma mekanizması olarak ortaya koyduğu öldürücü saldırgan tepkiler mağdurun katliyle sonuçlanmaktadır (*Aşk katili*). Bu son durum öncesi kişinin ilişki kurmak için yaptığı girişimlere/telefonlara "seninle konuşacağımız hiçbir şey kalmadı" diyerek yanıt verilmesi de yanlış taktiklerdendir. İşte kanserleşen aşk ilişkileri kopma noktasına geldiğinde aşağıdaki iki kuralın yaşamsal önemi üzerinde önemle durulmalıdır:

1. Sevgili/sözde sevgili ile pazarlığa girilmemesi;

2. Kendisiyle temas kurulmaktan kaçınılması.

Kurulan ilişki/temasın hayal kırıklığına ve aşağılanmaya götürmesi sonucu tetiğe dokunulmasının bir anlık mesele olacağı unutulmamalıdır. H. Edib-Adıvar da bu dramatik gerçeğe şu dizesinde vurgu yapmaktadır[8]:

"Aşk bir asi çocuktur
Hiçbir zaman nizam dinlememiştir
Sen beni seversen ben seni sevmem
Eğer sen sevmezsen ben severim
Fakat ben seversem kendini sakın."

KAPKAÇ

Hırsızlık genelde mağdurun ihmal veya dikkatsizliği ile ilişkilendirilmektedir. Kişilerin güvenlik tedbirleri almadaki başarısızlığı mağduriyetlerine katkıda bulunmaktadır. Kilitsiz/ baston kilitsiz bırakılan arabalar, biriken postalar ve teşhir edilen fazlaca para suçlulara çıkarılan davetiyelerdir. Zenginlerin de belli bir mağdur statüsünde olduğu bilinmelidir. Bunlara karşı işlenen suçlar genelde mala karşı işlenen suç türü ise de, adam öldürme ve kaçırma suçları da işlenmektedir[9].

Kapkaç konusunda genel bir değerlendirme yapıldığında, kişilerin günlük davranış ve faaliyetlerinin hırsızlık ve gasp için sayısız fırsatlar sunduğudur. Yalnız belli mağdurlar veya belli durumların neden gaspa vücut verdiği konusundaki çıkarımlar onların elverişli olmasındandır: Çocuk veya yaşlılar, yalnız yaşayanlar, sarhoş ve alkolik olanlar, günlük rutin işlere dalarak etrafına duyarsız kalanlar, veya kendilerinde kıymetli bir eşya olduğu

(8) H.Edib-Adıvar. "Bir Genç Kızın Cinayeti" ***Kubbede Kalan Hoş Sada*** *Atlas Kitabevi İst., 1991, s.278.*

(9) Bk. ***Kriminoloji****, İst., 2004.*

bilinen ve görünen kişiler bu gruba girmektedirler[10]. Diğer hallerde gasp oluşumu spekülatif ise de, egemen öğe, mağdurun üzerinde değerli bir şey taşıdığı düşüncesidir.

Suçluların mağdurlara yaklaşım stili de farklı olup, bunları şu beş grupta toplayabiliriz:

1. Bir eşyanın alınması veya istenilmesi öncesi mağduru sindirmek/kontrol altına almak üzere şiddete başvurulmasıdır. Şiddet eylemi mağdurla zanlı arasındaki ilk temastır. Bu eylemi tehdit ve kötü muamele takip ederse de, mağdur ve suçlu arasında önceden sözlü bir iletişim yoktur.

2. Cüzdan/cep telefonu gibi bir şeyin verilmesini isteme mağdur ve suçlu arasındaki ilk temastır. Bunu tehditler ve gerekirse güç kullanımı takip edebilir.

3. Zanlı mağdurla düzmece bir diyaloga girmek üzere saatiniz kaç / bir sigara verebilir misiniz türünden istemlerde bulunması yer almaktadır. Kapkaçın sonradan nasıl geliştiğine bakılmaksızın bu iletişim mağdurla yapılan ilk temas olmaktadır.

4. Mağdurla zanlı arasındaki, önceden bir istem/tehdit/fiziki güç kullanımı olmaksızın eşya mağdurdan alınmaktadır. Bu eylem mağdurla zanlı arasındaki başlangıç temasıdır.

5. Mağdur olan kişi, zanlı ile teması uyuşturucu madde/kadın temini gibi bir istem ile başlatmakta ve sonuçta mağdur olmaktadır.

SONUÇ

Ceza adaleti sisteminin reformunda mağdur ve tanık hakları yapılacakların kalbini oluşturmalıdır[11]. Suç mağdurları kollukla/savcılıkla ilk temasında hakları ve edineceği hizmetler hakkında sözlü ve yazılı olarak bilgilendirilmelidir. Mağdurun sistemde adil işlem görmesi, kendine gelmesi için yeterli kaynaklardan yararlanması ve kendisine karşı saygılı olunması olmazsa olmazlardandır. Aksi takdirde, adalet sistemi suçlu konuma düşecektir. Suçluların korunduğu kadar mağdurların da korunmaya ihtiyacı olduğu bilinmelidir. Bu hakların, kuşkusuz, mağdurlara kaybettiklerinin çok azını verebildiği de unutulmamalıdır. Mağdur hakları ve duyarlık eğitimi hukuk fakültelerinde temel eğitim programının bir kısmı olarak tüm hukuk fakültelerince sağlanmalı; "Adalet Akademisi"nde savcılar ve hâkimlere özgü geliştirilmiş standartlar irdelenmelidir. Soruna radikal yaklaşım ve çözümleme sivil toplum kuruluşlarının bu konuda sağlayacağı aktivizm ile olacaktır. İşte bu nokta da *Umut Vakfı* bireysel silahsızlanma konusunda umut verici girişimleri ile önemli bir misyonu yüklenmiş bulunmaktadır. Evet silahla, maganda kurşunu ile yeni ölümlerin önlenmesi konusundaki Vakfın katkıları gün geçtikte artmaktadır[12].

(10) Bk. M.T. Yücel. ***Kriminoloji-Suç ve Ceza*** *Ank., 1986; M. Cellek.* ***Mal ve Can Güvenliği****, Ank., 1977; İstanbul Barosu.* ***Mağdur Çocukların Hukuksal Konumu****, 2004.*

(11) "Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Tanıkların ve Adalet İşbirlikçilerinin Korunması Hakkındaki 2005/9 sayılı Tavsiye Kararı ***Terör ve Düşman Ceza Hukuku*** *(Ed.Y.Ünver), Seçkin, Ankara, 2008, ss.435-442.*

(12) Sosyologların Umut Vakfı'nı bir araştırma projesi olarak ele almalarını öneriyorum.

Türk Hukukunun Seküler Kaynakları: İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e

Mehmet YÜKSEL(*)

GİRİŞ

Bu çalışmanın temel amacı, "*Türk Hukuku*"nun çok gerilere giden seküler temellere sahip olup olmadığını araştırmak ve bu çerçevede Osmanlı hukukunda önemli bir yeri olan İslam hukukunun ne kadar belirleyici ve kapsayıcı olduğunu, bünyesinde seküler değerleri, kuralları ve uygulamaları barındırıp barındırmadığını incelemektir.

Bu çalışmada, ağırlıklı olarak, antropolojik ve sosyolojik perspektiften hareketle dinsel-dünyasal ya da kutsal olan-seküler olan ayrımı üzerinde durulacak ve bu bağlamda din, bir toplumsal ve kültürel olgu, toplumsal sistemin veya yapının esaslı bir bileşeni, temel sosyal kurumlardan biri, insan ilişki ve etkileşimleriyle şekillenen bir olgu olarak; insanı, toplumu, doğayı ve evreni anlamak ve anlamlandırmak üzere gösterilen tüm çabaların sonucunda ortaya çıkan toplumsal bilgi sisteminin temel unsurlarından biri olarak ele alınacaktır. İnsan-din ilişkisi de, insanın dinsel değer ve normlardan etkilendiği, edilgen alıcı konumunda bulunduğu tek yanlı bir ilişki olarak değil; insanın hem dinsel değerlerin ve normların yaratıcısı olduğu, hem de bu değer ve normları kendi süzgecinden geçirerek yorumlayıp anlamlandırdığı, değiştirdiği, eklemeler ve çıkarmalar yaptığı iki yanlı işleyen bir süreç olarak incelenmeye çalışılacaktır.

"*Türk Hukukunun Seküler Kaynakları: İmparatorluk'tan Cumhuriyet*"e başlığını taşıyan bir çalışma, hiç kuşkusuz "*din-siyaset*", "*din-toplum-devlet*" ilişkisini inceleme ve tartışma konusu edilmeksizin yapılamaz Temel kavramlar başlığı altında daha ayrıntılı olarak açıklanmakla birlikte; bu çalışmada "*din*", sadece bir inanç ve ayinler bütünü olarak değil; aynı zamanda bir kültür, uygarlık ve ideoloji olarak ele alınacaktır. Aynı şekilde "*hukuk*"da, sadece bir kavramlar, kurallar ve kurumlar manzumesi olarak değil; aynı zamanda toplum hayatının ve kültürünün esaslı bir bileşeni olarak alınacaktır. Hukuk sadece "*kitaptaki hukuk*" olarak değil, toplumsal yapının diğer öğeleriyle ilişki ve etkileşimi içinde yaşayan bir sosyal olgu olarak ele alınacaktır.

Türklerin İslamiyet'i kabullerinden itibaren geçen süreçte, gerek Osmanlı öncesinde gerekse Osmanlı sonrasında, İslamiyet'in sadece bir din olarak değil; aynı zamanda bir kültür ve uygarlık olarak toplumun kültür, siyaset ve hukuk hayatında önemli bir rol oynadığı dikkate alındığında; öncelikli olarak ana hatlarıyla "*İslam Hukuku*"na bakılmaksızın "*Türk Hukukunun Seküler Kaynakları*"nı anlamak güçtür.

İslam hukukuna bakışta; semavi bir din kimliğiyle tek bir "*İslam*" bulunmakla birlikte, İslam'ın, bir din olarak benimsenmekte ve yaşanmakta bulunduğu toplumun sosyal, ekonomik, siyasal ve kültürel koşullarıyla etkileşim süreci içinde gerçekleşen beşerî nitelikte birden çok "*Müslümanlık*" ya da birbirinden farklı özellikler gösterebilen çok sayıda Müslüman toplum olduğu noktasından hareketle dini hukuk dünyevi hukuk veya kutsal hukuk seküler hukuk ilişkileri inceleme konusu yapılacaktır. Başka bir deyişle, çalışmanın odak noktası, soyut, tek ve bir örnek nitelikteki "*metinlerdeki İslam*"dan ziyade çoğul nitelikte, çeşitli ve somut karakterdeki "*yaşanan İslam*" olacak ve böylece İslamiyet, toplumsal ve tarihsel bağlamı içinde ele alınacaktır.

Bildiri kapsamında; zaman zaman İslamiyet öncesi Türklerin toplum, devlet ve hukuk hayatına değinilmekle beraber, ağırlıklı olarak İslamiyet'in doğuşunda ve gelişiminde etkili olduğu düşünülen tarihsel, coğrafi ve toplumsal bağlam üzerinde durulacak, gerek Osmanlı öncesi gerekse Osmanlı sonrası dönemde diğer toplumlar, devletler, kültürler ve uygarlıklar ile etkileşim inceleme konusu yapılacaktır. Bu çerçevede; Arap kabile sisteminden Emevî-Abbasi Osmanlı saltanatına ve patrimonyalizmine gidiş sürecinde hukukun nasıl bir gelişim ve değişim gösterdiği, din-toplum-devlet ilişkisi bağlamında nasıl bir karaktere büründüğü hususu üzerinde durulacaktır. Ayrıca "*Yaşanan İslam*" olgusu dikkate alınırken; farklı coğrafi bölgeler, yerleşimler, sosyal tabakalar, etnik, dinsel ve siyasal oluşumlar bağlamında İslam'ın nasıl algılanıp, anlamdırılıp yaşandığı hususu, "*şehir İslamı*", "*kır İslamı*", "devlet İslamı", "halk İslamı", "Sünni İslam" ve "Suffî İslamı" başlıkları etrafında incelenmeye çalışılacaktır. Osmanlı Devleti'nin çok milletli yapısı da göz önünde bulundurularak İmparatorluk çerçevesinde yaşanan inanç çoğulluğu, çeşitliliği ve bunun hukuk hayatına yansımaları üzerinde de durulacaktır.

İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e hukukun seküler kaynakları üzerinde odaklanacak bir çalışmada; şu sorulara yanıt aranmalıdır: Doğuşuyla birlikte, devlet yaratma sürecinde çok önemli rol oynayan İslam, siyasetle yoğun etkileşim içinde olduğu bu süreçte dünyevî bir yana sahip değil midir? İslam, doğuşundan günümüze kadar, hiçbir ayrım kabul etmeyen ya da değişmeksizin kalan bir öze sahip tarih ya da zaman dışı bir olgu mudur? Yoksa farklı gelenekleri, kültürleri meczeden bir oluşum mudur? Bütün tarihi boyunca İslam'da "*din-toplum-devlet*" ya da "*din-dünya-siyaset*" ilişkisi aynı şekilde mi yaşanmıştır?

Bu bakımdan Hz. Peygamber ve Dört Halife dönemi ile Emevi ve Abbasi dönemleri arasında farklılıktan söz edilebilir mi? İslam hukukunun şekillenmesinde Müslüman toplumların diğer toplumlarla ve kültürlerle etkileşiminin bir rolü yok mudur? Osmanlıdan Cumhuriyet'e kadar olan dönem, yekpare bir bütün olarak ele alınabilir mi? Böyle bir çalışma sadece devlet odaklı yapılabilir mi? Yapılsa bile yeterli olur mu? Osmanlıda; merkez ile taşra, seçkin ile avam, kent ile kır, Sunnî İslam ile Suffîlik arasında hukuk hayatı, kültürü ve uygulaması arasında hiçbir ayrılık ya da farklılık olmadığı söylenebilir mi? İslam hukuku sadece şeriattan ibaret midir? Fıkıh=Şeriat'tır denebilir mi? Fıkhın tümüyle Kur'an ve Hadis temelinde şekillendiği söylenebilir mi? İslam devleti, İslam ülkesi ve İslam toplumu deyimlerinin tümüyle özdeş olduğu ileri sürülebilir mi? Toplumun hukuk hayatında rol oynayan kurumlar (saltanat, bürokrasi ve ulema gibi) ile aktörlerin (sultan, idareciler, şeyhülislam, kadı asker, kadı gibi) kendi dünya görüşleri, konum-

(*) Doç. Dr. Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Öğretim Üyesi

ları; görev ve yetkileri bağlamında hukuk algısına ve uygulamasına farklı renkler kattıkları söylenemez mi? İlmiye sınıfının teşekkülünden önceki ve sonraki hukuk aynı mıdır? 18. yüzyıldan itibaren laik bürokrasinin gelişiminin hukuk üzerinde bir etkisi olmuş mudur? Osmanlı merkezinde ve büyük şehirlerinde yaşanan hukuk, özellikle o günün iletişim ve ulaşım koşullarında ülkenin ücra köşelerinde, taşrasında ne kadar geçerliydi? Osmanlının hukuk hayatını incelerken sadece resmi kurumlara ve yazılı metinlere dayanmak yeterli midir? Bir toplumun alışkanlıklardan, geleneklerden, değerlerden, simgelerden, yazılı olmayan ve resmi nitelik taşımayan normlardan, dünya görüşlerinden v.b. öğelerden oluşan kültür hayatı dikkate alınmaksızın yeterli bir hukuk incelemesi yapılabilir mi?

Osmanlı'da İslam, toplumun sosyal, siyasal ve kültürel hayatına ilişkin yarattığı değerlerle, normlarla ve kurumlarla tamamıyla belirleyici bir konumda mı olmuştur? Yoksa bir esin ve referans kaynağı, meşrulaştırıcı ve haklılaştırıcı bir ideoloji olarak mı işlev görmüştür? İslamiyet'in genel olarak Türklerde ve özellikle Osmanlılarda güçlü bir devlet olgusuyla birlikte bulunması konumunu, yapısını ve içeriğini nasıl etkilemiştir?

Ayrıca şu sorunun da cevaplandırılması ya da tartışılması gereklidir; "*Din-toplum-devlet*", "*din-siyaset*" ilişkisini analiz etmek üzere Batı'da geliştirilmiş modeller, İslam dünyasında "*din-siyaset-toplum*" ya da "*din-devlet*" ilişkilerini incelemede tümüyle geçerli olabilir mi?

TEMEL KAVRAMLAR

Din

Antropoloji çalışmalarında din, genel olarak, "*doğaüstü varlıklara ve güçlere ilişkin zihinsel tutumlar ve davranış örüntüleri*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bu tanımda yer alan öğelerden "*zihinsel tutum*" ile inanç, iman, itikat gibi hususlara gönderme yapılırken; "*davranış örüntüsü*"yle dinin ritüel ya da ibadet ve ayine ilişkin yanları kastedilmektedir. "*Doğaüstü*" ile de gözlenebilir veya duyularla algılanabilirin ötesinde kalan bir dünya ifade edilmektedir. Kısacası din ile; gözlenemeyen, öngörülemeyen, deneysel olmayan ve açıklanamayan bir alanın temsili söz konusudur. Bu alan içinde rol oynayan aktörlerin veya etkenlerin, insan hayatı ve geleceği üzerinde mutlak denetime sahip oldukları inancından ve bu inanç temelinde şekillenen tutum alışlardan "*dinsellik*" olarak ifade edilen olgu ortaya çıkmaktadır. Bu anlamıyla din, bilinmeyen ile bağ kurma mekanizması anlamına gelmektedir (Atay, 2004:18).

Hiç kuşkusuz, söz konusu çalışmamız bağlamında ortaya koymaya çalıştığımız yaklaşım açısından, dini tarihsel ve toplumsal bağlamından soyutlayarak, onu sadece bir "*inançlar ve ayinler*" bütününe indirgeyen bir tanım yeterli olamaz. Geertz, dini, "*insanlarda uzun süreli, geniş kapsamlı, güçlü ve güdüler yerleştirmeye çalışan bir semboller sistemi*" olarak tanımlarken (Mardin, 1983: 31); Mardin, dinin "*bir dünyayı anlama ve kendini o dünyada belirli bir yere yerleştirme modeli*" olarak işlev gördüğünü belirtir. Öktem'e göre,

> "Her din, kuramsallaşmış haliyle bir yorumdur ve günümüze değişik yorum biçimleriyle gelir.Tek tanrılı dinler, bir kitap ve o dinin peygamberinin yaşam öykülerinde kaynağını bulur. Kitap ve peygamber davranış ve sözleri, dinin öz ve temelini belirlemektedir. Yaşamın karmaşıklığı, değişen ve gelişen dünya koşulları içinde, kutsal kabul edilen her satır ve her söz yorum gerektirir. Bu nedenledir ki, örneğin İslamda "*icma-ı ümmet*", "*kıyas-ı fukha*" gibi kurumlar ortaya çıkmıştır. Kur'an-ı Kerim, hadis ve sünnetler kaynak alınarak insanlar, bilim ve din adamları, ibadet ve toplumsal ilişkileri düzenleyen kurallar türetmişlerdir. Bu haliyle din, özde Tanrı buyruğu olmakla birlikte geniş bir biçimde insan beyninin uğraş alanı içine girmiştir. Dinler insan beyninin yorum ve müdahalesiyle kurumsallaşır (Öktem, 1994:36).

Dini, insan ve toplum hayatını etkileyen ve temsil eden bir semboller sistemi; birey ve toplumlar açısından, etrafındaki dünyayı bir anlama ve anlamlandırma modeli olarak ele alan bu yaklaşımların din-toplum-devlet ve hukuk ilişkilerini analiz bakımından oldukça fonksiyonel olduğu söylenebilir. Berkes'e göre, analitik açıdan bakıldığında; dinsel-dünyevî ilişki çerçevesinde din kavramı, ya tarihsel bir inanç-eylem-kural sistemi olarak; ya devletin teşkilatlanması için topluma yol gösterme amacıyla uyumlaştırılmış veya dünyevi eylemler içinde eritilmiş olarak; ya da kişinin eylemlerini, özel bir örgütlenme tarzına bağımlı ya da bağımsız olarak, inanç bağlantıları içinde yürütme türü olarak üçe ayrılabilir. Buna göre din, ya ideal, biçimsel, kuramsal bir sistem olarak kalır; ya toplumsal sistem içinde ideal ve teorik niteliğinden farklılaşarak varlığını sürdürebilir; ya da seküler güçlerin giderek güçlendiği bir ortamda kutsal bir dayanışma biçimi oluşturabilir. Şüphesiz bunların tümü bir arada da bulunabilir(Berkes,1984:13).Yukarıda zikredilen ayrımlara, çalışmamız açısından bakıldığında; din-hukuk ilişkisini sadece birinci çerçevede ele almamız bizi, "*kitaptaki din*" ve "kitaptaki hukuk" olgusuna götürecektir. Bu çerçevede kaldığımız takdirde, gerek dinin gerekse hukukun toplumsal hayatın diğer öğeleriyle ve kendi aralarındaki etkileşimlerinin tarihsel süreçte nasıl bir seyir izlediğini ortaya koymak mümkün olmayacaktır. Başka bir deyişle, böyle bir tercih bizi, dinin ve hukukun değişmez bir öze sahip olduğu, üstelik bunun da tarih dışı ya da zaman dışı bir özellik gösterdiğini savunma noktasına götürecektir. Dinin teorik, idealleştirilmiş ve biçimsel ilke ve kurallarının, içinde yer aldığı devletin ve toplumun yapısına göre şekillendiği olgusuna dikkatimizi çeken ikinci bakış açısını benimsemek, din-toplum-devlet ve hukuk ilişkileri anlamak ve açıklamak bakımından yol gösterici olacaktır.

Müslüman toplumların hiçbirinin siyasal kurumlarının doğrudan İslamiyet'ten kaynaklanmadığını ileri süren Berkes(1984)'e göre, İslamiyet'in başlangıcından itibaren toplum ve devlet yaşamıyla iç içe geçmiş olması, önceleri devletsiz olarak doğmuş dinin kısa sürede gelişen bir devlet yapısı içinde yer alması, fetihler yoluyla güçlü devlet geleneğine sahip Roma, Bizans ve Sasani topraklarına doğru genişlemesi, aslında İslamiyet'e başından beri dünyevi bir karakter kazandırmıştır. Kısacası denebilir ki, İslamiyet'in doğuşundan itibaren yeni bir devlete hayat verecek kadar toplumsal hayatın içinde yer almış olması, onun bireysel davranışlara ve toplum hayatına yön verecek bazı değer ve normlara kaynaklık etmesine de yol açmıştır.

Burada üzerinde durulması gerekli bir husus da din ve ideoloji ilişkisi olmalıdır. Mardin, "*Din ve İdeoloji*" adlı eserinde ideoloji kavramını ele alırken "*sert*" ve "*yumuşak*" ideoloji ayrımı yapar. "*Sert ideoloji*" ile, sistematik olarak işlenmiş, temel kuramsal eserlere dayanan, seçkinlerin kültürüyle sınırlı,

içeriği güçlü bir yapıya göndermede bulunurken; "*yumuşak ideoloji*" ile, kitlelerin çok daha şekilsiz inanç ve bilgisel sistemlerini anlatmak ister (1983:13). Başka bir ifadeyle, nispeten daha sistematik ve tutarlı bütünlüğü olan, kitabî niteliği ağır basan, teorik temelleri işlenmiş fikir, bilgi ve inanç sistemlerini "*sert ideoloji*" olarak nitelendirirken; sistematik, teorik, bütünleşmiş bir karaktere sahip olmamakla birlikte, bir toplumun üyelerinin zihniyet dünyasında yer edinmiş bilgi, fikir ve inanç sistemlerini "*yumuşak ideoloji*" başlığı altına yerleştirir. İdeoloji olgusuna bu çerçevede bakıldığında; çeşitli olaylar ve davranışlar karşısında vaziyet alışlardan, yumuşak ve sert ideolojilere doğru giden bir skaladan söz edilebilir. Mardin'in ideoloji konusunda yaptığı bu ayrım "*din*" olgusuna da uygulanabilir. Çünkü din de bir ideoloji olarak, insana, doğaya ve evrene ilişkin bir anlam çerçevesi sunar. Büyük ölçüde ulema eliyle şekillenen, kitabî yanı ağır basan kent İslamı ve devlet İslamı "*sert ideoloji*"; yönetilen konumundaki halk kesimlerinin dünyasında yer edinmiş bulunan, daha belirsiz, şekilsiz ve müphem nitelikteki "*halk İslamı*" veya "*kır İslamı*", "*yumuşak ideoloji*" kategorisine yerleştirilebilir. Bu da bize, sadece ulema eliyle gelişen, kitabî, teorik yanı ağır basan hukuka bakarak, bir toplumun hukuk hayatının ve kültürünün özelliklerine ilişkin sağlıklı yargılara ulaşmanın güçlüğünü gösterir. Kitaptaki hukuktan ziyade halk arasında yaşayan, onun anlam dünyasında ve günlük yaşamında önemli yer işgal eden hukuku, ancak yumuşak ideoloji kavramını gözden kaçırmaksızın yakalamak mümkün olabilir.

Seküler, Sekülerizm, Sekülerleşme

Seküler sözcüğünü Türkçe olarak "*dünyevi*" sözcüğüyle karşılamak mümkün olmakla birlikte, bu çalışmada; sık sık "*dünyevi*", "*dünyevilik*", "*dünyevileşme*" kavramları kullanılacak olsa da, sosyal bilim literatüründe oldukça yaygın bir kullanıma kavuşmuş bulunan ve belli bir ölçüde Türkçeye de yerleşmiş bulunan "*seküler*" kelimesi ve bu kökten gelen sözcüklerin kullanımı tercih edilecektir.

Seküler sözcüğünün, zaman dışı ya da tarih dışı bir "*Tanrı*" kavramına dayanan Hıristiyanlık teolojisi karşısında, toplumsal ve tarihsel olana vurgu yapan, dinin dışında kalan bir insan ve toplum hayatına göndermede bulunan bir anlama geldiği söylenebilir. Asad'a göre "*seküler*", gerçek insan yaşamının "*din*"in denetleyici gücünden kendisini giderek kurtarması ve böylece dinin insan ve toplum yaşamı içinde yeniden konumlandırılmasını ifade etmektedir (2007:222). Ancak bu, hiçbir zaman "*dinsizlik*" anlamına gelmediği gibi, dinin denetiminden ya da etkisinden tamamen kurtulmak veya bağışık olmak anlamına da gelmiyor. Sadece dinsel ya da kutsal sayılan alanın dışında bir "*dünyevi*" ya da "*seküler*" alan da bulunduğu anlamına geliyor. Bu açıdan bakıldığında; tarih boyunca seküler yaşamın yer, zaman ve koşullara bağlı olarak ağırlığı değişmekle birlikte, dinsel yaşamın yanı başında varlığını sürdürdüğü, mevcut olduğu söylenebilir. Buradan hareketle de dinsel hukuk kuralları ve uygulaması yanında, her zaman, değişik ölçeklerde de olsa, seküler hukuk kuralları ve uygulaması bulunduğunu ifade edebiliriz. Daha ileride, ayrıntılı olarak verilmeye çalışılacak antropolojik ve sosyolojik bilgilerin de bu görüşü teyit ettiği görülecektir.

Asad'a göre "*seküler*", kavramsal açıdan siyasi bir öğreti olan "*sekülerizm*"i önceler. Zaman içinde çeşitli kavramlar, pratikler ve duyarlılıklar bir

araya gelerek "*seküler*"i oluşturur. Din ile seküler, gerek düşüncemizde gerekse de tarihsel olarak ortaya çıkışları bakımından birbirleriyle yakından bağlantılıdırlar. Ancak seküler, ne kendisini öncelediği varsayılan dini olanın devamıdır, ne de ondan basit bir kopuştur. Başka bir deyişle, kutsal bir kökenin son aşaması olmadığı gibi, kutsal olanın karşıtı ve onu dışlayan bir öz de değildir. Seküler, toplumsal yaşamdaki belli davranışları, bilgileri ve duyarlılıkları bir araya getiren bir kavramdır. Ayrıca sekülerin, tekil bir kökeni olmadığı gibi, tarihsel açıdan sabit bir kimliği de yoktur. "*Kutsal*" ile "*din dışı*"nın birbirini tamamen dışlayan alanlar olduğu da söylenemez. Çünkü, zamana ve mekana bağlı olarak din dışı sayılanlar kutsal, kutsal kabul edilenler de din dışı hale gelebilir (2007:28-45).

Siyasi bir öğreti olarak sekülarizm, modern Avrupa ve Amerika'da ortaya çıktı. Sekülarizmi, basit bir şekilde, yönetimde dini kurumların seküler kurumlardan ayrılması olarak görmek kolay olsa da, yalnızca buna indirgenemez. Soyut olarak ele alındığında; aslında bu ayrılığın örneklerini, Orta Çağ Hristiyanlığında, İslam İmparatorluklarında ve başka yerlerde bulabilmek mümkündür. Sekülarizmin ayırt edici yanı, yeni içerikte "*din*", "*etik*" ve "*siyaset*" kavramları önermesi ve bunlara ilişkin yeni kurallar öngörmesidir (Asad, 2007:11).

Türkçeye Fransızca "*laicisme*" terminden "*laiklik*" olarak geçen sözcüğün, İslam ve Osmanlı din ve siyaset geleneğine yabancı bir terim olduğunu belirten Berkes'e göre, söz konusu gelenekte hem din hem de devlet alanında geçerli "*devlet maslahatı*" kavramı bulunmaktadır. Din-devlet ikiliğinin olmadığı bu gelenekte, din-devlet bileşimi olağan bir gelişme olarak görülür. Bu anlayışta, din ile devletin birbirinden ayrılması veya her birisinin kendi başına buyruk olması söz konusu değildir. Laicisme sözcüğü, Katolik Hristiyanlığın yayıldığı halkların dilinde ve özellikle de Fransızcada kullanılan bir kelime olup "*halksallaştırma*" demektir. Çünkü bu sözcüğün Hıristiyanlık öncesi Grekçedeki "*laos*' (halk), "*laikos*" (halksal) sözcükleri, Hristiyanlık döneminde kiliseye mensup olanları ifade eden "*clericus*" dışında kalanları, yani din adamları dışında kalan kişiler için kullanılmıştır. Modern Fransızcada lacisme, din adamlarından, rahiplerden başka kişilere, kurullara, yetkililere dünya işlerinde, hatta din işlerinde de yüksek bir mevki tanımak anlamına gelir. Sekülarizm ise, Katolik Hristiyanlık dışında, özellikle Protestanlığın etkisindeki İngilizce ve Almancada yerleşmiş olup köken olarak da Latince bir sözcüktür. Bu sözcüğe karşılık olarak, Türkçede "*çağa uymak*", "*çağın gereklerine uygun biçimde değişmek*" anlamına gelen "*asrilik*" sözcüğü kullanılabilir. Ancak bu sözcük, Türkiye'de muhafazakar çevrelerce "*köksüzlük*", "*yüzeysellik*", "*züppelik*" anlamında kullanıldığından onun yerine "*sekülarizm*" veya "*çağdaşlaşma*" sözcüğü kullanılabilir (Berkes, 2006:17-18). Günümüzde seküler, sekülerlik, sekülerleşme sözcükleri ya doğrudan bu halleriyle kullanılabilir ya da Türkçe karşılıkları olarak "*dünyevi*", "dünyevilik" ve "dünyevileşme" kelimeleri tercih edilebilir.

Fıkıh-Şeriat

İslam, "**fıkıh**" diye bilinen kendine özgü bir hukuk sistemine sahiptir. İslam fıkhı, sözcüğün dar anlamıyla hukuk anlamına gelmez. Hayatın ahlaki, dini, siyasi ve ekonomik bütün yanlarını kapsar. Kaynağı ilahi vahiydir. İlahi vahiy, İslam hukukunun temel kavram ve prensiplerini belirleyerek birçok bakımdan

İslam öncesi Arap kabile hukuku ve geleneklerinde değişime neden olmuştur (Hassan, 1999:21). Hukukçuların hukuku olarak gelişen fıkıh, sistematik hukuk bilimi anlamına geldiği gibi, zamanla biriken, ortaya çıkan çok sayıdaki hukuk kuralları külliyatını ifade etmek için de kullanılmaktadır.

Fıkıh kitapları, ilk olarak hicri 2. yüzyılda yazılmıştır. Bu yüzyıla kadar, hem hukuki hem de itikadi meseleler fıkhın kapsamı içinde düşünülmüştür. Kur'an bilgisi, ibadetlerle ilgili kurallar, İslam'ın diğer genel ilkeleri de fıkhın kapsamına dahil ediliyordu. Hz. Peygamber döneminden sonra, Müslümanların zamanla yeni toplumlar, kültürler ve sorunlarla yüz yüze gelmeleriyle "*fıkıh*" teriminin anlamı da değişmiştir. İlim, bir otorite (Kur'an-Hadis) vasıtasıyla gelen bilgi anlamını taşırken; fıkıh, akla ve re'y(muteber görüş)'e başvurma anlamına gelmiştir. İlim terimi, Hicri 1. yüzyılın sonlarına doğru hadis toplama hareketinin başlamasıyla "*sünnet bilgisi*" anlamına gelmiştir. İlim ve fıkıh terimleri, Hicri 1. yüzyılın sonuna doğru hukukçular ve hadis uzmanları ortaya çıkınca birbirinden ayrılmıştır. İlim ve fıkıh terimleri, çoğu zaman birbirlerinin yerine kullanılmış olsalar da, fıkıh zihinsel etkinlik anlamını hiç kaybetmemiş ve hukuki konularda aklını kullanarak karar verenlere "*fukaha*" adı verilmiştir. Fukaha teriminin, hukuki ve idari meselelerde aklını ve zihnini kullanmak bakımından öne çıkmış kimseleri ifade ettiği söylenebilir. Zamanla fıkıh terimi, sadece hukuki meseleleri ve hukuki literatürü ifade etmek için kullanılır hale gelmiştir (Hassan, 1999:23-39).

İslam'ın ilk günlerinde pek rastlanmayan "*şerî'a*" terimi, sonraları "*İslam hukuku*" gibi özel bir anlamda kullanılmaya başlanmıştır. Sözcük olarak, takip edilecek açık ve emniyetli yol veya anayol anlamına gelir. Kur'an "*şir'a*" ve "*şerî"a*" sözcüklerini, Allah tarafından insan için belirlenmiş yol veya insan için Allah'ın dosdoğru yolu manasında "*din*" için kullanır. Şerî'a'nın çoğulu olan "*şerâî*" sözcüğü, Hz. Peygamber döneminde İslam'ın temel ilkeleri için kullanılmıştır. Hanefi ekolünün kurucusu Ebû Hanife döneminde din terimi, İslam'ın temel inanç esaslarını ifade eden dar anlamıyla kullanılmıştır. Ebû Hanife, "*din*"in hiçbir zaman değişmediği, "*şeriat*"ın ise tarih boyunca sürekli değiştiği esasından hareketle "*din*" ile "*şeriat*"ı birbirinden ayırmıştır. Şeriat, fıkıhtan daha kapsamlı olup hem ilahi kaynaktan çıkmış hukuk ve inanç esaslarını kapsarken; fıkıh, insan çabasıyla inşa edilmiş, içtihat gücüyle oluşturulmuş hukuk kurallarını içerir. Ancak hemen belirtilmelidir ki, fıkıh, kilise hukuku veya Batılı teknik anlamdaki hukuk manasına gelmez (Hassan, 1999:30-3).

Roy'a göre Şeriat'ın iki temel özelliği "*özerkliği ve tamamlanmamışlığı*"dır. Özerklik, Şeriat'ın hiçbir devlete, hiçbir pozitif hukuka ve hiçbir siyasal karara bağımlı olmaması, siyasal alana paralel bir alana sahip olması anlamına gelir. Ancak siyasal alan, Şeriat'ı kuşatıp yönlendirebilir. Şeriat, oluşmuş herhangi bir kuruma, kiliseye ya da ruhbana bağımlı değildir. Metinlerde söylenmemiş şeyleri çözüme bağlayan fetvalar, her zaman burada ve şimdi içindir. Bir sonraki otorite için bağlayıcı ve kapalı değildir ve onun tarafından iptal edilebilir. Şeriat'ta bir kavramlar bütünü değil, kimi zaman genel, kimi zaman tek bir hususa yönelik temel kurallara dayanarak tümevarım, kıyas, genişletme, tefsir ve yorum söz konusudur. Şeriat'ın açıkça belirlenmiş temel kuralları tartışma konusu yapılmaz, ancak bunların uzantıları ince bir

ahlâki muhakeme konusu yapılarak işlenir (1995:26).

Hz. Peygamber ve dört halife döneminin "*İlk Müminler Paradigması*" çerçevesinde dinsel, hukuksal ve siyasal alanların ayrılmazlığı düşüncesi egemendir. Bu paradigmaya göre şeriat, hukukun tek kaynağı olarak görülür, hem yönetenlerin hem de sıradan insanların davranışlarına yön veren normlar bütünü olması istenir (Roy, 1995:30). Ancak Emevilerden itibaren "*Hilafet*"ten "*Saltanat*"a geçiş sürecinde, "*İlk Müminler Paradigması*"nın ve bu paradigmaya dayalı olarak şekillenen Şeriat anlayışının da değişime uğradığı ileri sürülebilir. İslam hukukunda, daima değişime yol açan mekanizmalar ve müesseseler de bulunmuştur. Temel ilkelerin yorumlama veya tefsir yoluyla şerh edilmesi ve çeşitli konulara ilişkin sorular karşısında müftülerin vermiş oldukları fetvaların, bu nitelikte mekanizmalar veya müesseseler olduğu söylenebilir. Özellikle fetvalarda bağımsız bir yorum ve yaratım söz konusudur. Sürekli olarak, günün şartlarında ortaya çıkan sorunlara çözüm arayışı vardır. Sonuç olarak fıkhın hukukçular eliyle şekillenen bir hukuk; Şeriat'ın ise din, ahlâk, adalet ve hukuka ilişkin bir değerler ve normlar kaynağı olduğu ifade edilebilir.

DİN-TOPLUM-DEVLET VE HUKUK İLİŞKİSİNE GENEL BİR BAKIŞ

Genel olarak hukuk toplum, hukuk-din ilişkisi konusunda yeterli bilgiye henüz sahip olmamakla birlikte, basit yapılı yerel topluluklar veya kabileler hakkındaki antropolojik bulgulardan hareketle bazı sonuçlar çıkarılabilir. Bu bulgulardan çıkarılabilecek önemli sonuçlardan biri, günümüzde pozitif hukuk bilimi tarafından yapılan, "*hukuk, örgütlü devlet gücüne dayalı maddi yaptırımlı kurallar bütünüdür*" şeklindeki tanımın hukuk-toplum ve din ilişkilerini anlamak ve açıklamak hususunda oldukça yetersiz kaldığıdır. Çünkü hukuk, tıpkı aile, din ve devlet gibi tanımı oldukça zor bir sözcüktür. Bugüne kadar hukuk bilimcileri tarafından, yukarıda zikredilen tanım da dahil olmak üzere, hukukun çok sayıda tanımı yapılmıştır (Yüksel, 2004:37-8). Hukukun hiçbir tanımı, herkesi tatmin etmediği gibi, doğru ya da yanlış da değildir. Çünkü, hukukun kesin, evrensel gerçekliğe sahip mutlak bir tanımı yoktur. Bundan dolayı, belki de, hukukun ayrıntılı, herkesi tatmin edici bir tanımlamasını yapmaya çalışmaktan vazgeçerek hukuk alanında yapılacak bir analizde; nasıl bir yaklaşımın benimsenmesi hususunda veya böyle bir analizi yaparken hangi değişkenleri dikkate almak konusunda kafa yormanın daha doğru olabileceği söylenebilir.

Hukuk hakkındaki bir analizde; hukuki kavramlar, kurallar, kurumlar ve hukuk alanında rol oynayan aktörlerin yanı sıra, hukuk kültürü, ideolojisi ve söylemi de dikkate alınarak, hukukun hem sosyal ilişkileri, kimlikleri ve kurumları şekillendiren bir güç, hem de sosyal sistem ya da yapı içindeki diğer öğelerce oluşturulan ve şekillendiren bir olgu olduğu kabul edilmelidir (Anleu, 2000).

Konuya ilişkin antropolojik bulgulardan hareketle, yerli kabile topluluklarından günümüzün ulus-devlet ve küresel yapılarına kadar uzanan bir çizginin her aşamasında, aynı şekil, kapsam ve içerikte olmamakla beraber, hukuk olgusunun var olduğu ileri sürülebilir. Ancak, bu konuda geçmişten günümüze doğrusal bir gelişmenin olduğunu iddia etmek güçtür. Örneğin,

okur-yazar olmayan birçok kültürde, oldukça incelmiş, formel niteliği gelişmiş hukuk sistemlerine rastlanabilirken, benzer niteliklere sahip diğer kültürlerde hukuk alanında benzer özellikler gözlenememiştir (Friedman, 1977 :35-8). Geçmişteki birçok kültürde; hukuki değerlerin, kuralların ve kurumların, diğer sosyal düzen kurallarından gelenekler, görenekler, din ve ahlâk kuralları ile bir arada iç içe bulunması, hukukun bu kültürlerde bulunmadığı anlamına gelmemektedir. Malinowski'ye göre, ilkel kabilelerin yaşantısına egemen olan gelenekler, toplumsal yaşamın gerektirdiği tüm etkinliklerde ve günlük yaşantının bütün aşamalarında belli ölçülerde bir geçerliliğe sahiptir. İlkeller'in yaşamında "*yasasızlık*" değil; aksine gereğinden fazla sayıda kuralın mevcudiyeti söz konusudur. Hukukun kişisel bağlardan bağımsız davranan bir yetkili tarafından yürütülen kurallar bütünü şeklinde tanımlanması, çok dar bir yaklaşım olup bu topluluklardaki hukuk gerçeğini temsil etmekten uzaktır. Hukuk kurallarının "*isteyerek*" ve "*kendiliğinden*" kabullenilmediği hiçbir toplum, sadece baskı ve ceza korkusu ile gerektiği biçimde işleyemez. Her insan topluluğunda, tek tek her insana sorumluluk getiren, büyük özveri isteyen yasalar, tabular ve yükümlülükler vardır (2003:12-24). Ancak yüzeysel bir gözlem ile ilkeller'in sistemsiz, düzensiz, keyfi bir yapı ya da yapısızlığa sahip olduğu sonucuna varılabilir. Ancak sabırlı ve zahmetli bir gözlem, örneğin "*yerlilerin balık avlamada çok kesin bir teknik dizgeye, karmaşık bir ekonomik dizgeye sahip olduğunu ortaya çıkarmakla kalmayacak, çalışma kümelerinin çok sıkı bir örgüt düzeni içinde etkinlik gösterdiğini ve toplumsal işlevlerin şaşmaz bir şekilde paylaşıldığını da gözler önüne serecektir (Malinowski, 2003:27-8).*"

Denebilir ki hiçbir toplum ya da kültür, zannedildiği kadar basit ve yalın değildir. İlkel toplulukların doğum, ölüm, evlenme, üretim gibi birçok toplumsal etkinlik alanında sahip oldukları işlevsel gelenekler ve kurallar söz konusudur. Üstelik bunların hepsinin de, genel kanının aksine, dinsel kökenli ya da büyü kaynaklı olduğu ileri sürülemez. Gözden kaçırmamak gerekir ki, büyü ya da dinin kendisi de toplumsal yaşamdan kaynaklanan sosyo-kültürel olgulardır. Diğer toplumsal ve kültürel olgulardan bağımsız bir varlıkları söz konusu olmadığı gibi, onları tek yanlı ve tümüyle belirlemeleri de söz konusu değildir. Bu gerçek, yerli kabileler kadar, çalışmamızın konusuyla yakından ilgili İslamiyet'in doğuşu, İslam-toplum ilişkisi bakımından da geçerlidir. Aynı şekilde, kutsal-dünyevî, dinsel-seküler ayrımı da, aynı nitelik ve ölçülerde olmamakla birlikte, bütün toplumlar ve kültürler için söz konusudur.

Ne denli ilkel olursa olsunlar, dinsiz veya büyüsüz bir halk yoktur. Ancak bu, hayatın tümünün dinsel/büyüsel olduğu anlamına gelmez. Antropolojik veriler, ilkel topluluklarda da net olarak birbirinden ayırt edilebilen iki alanın mevcudiyetini göstermektedir, kutsal alan ve dünyevi alan olarak. Başka bir deyişle de büyü ve din alanı ve bilim alanı olarak. Yerlilerin hayatında; bir yandan kutsal saydıkları geleneklerin, örf ve adetlerin varlığı söz konusuyken; diğer yandan avcılık, balıkçılık, çiftçilik ve yiyecek toplayıcılık bakımında ihtiyaç duydukları rasyonel düşünme yeteneği veya bilimsel bir kavrayış söz konusudur. Yeni alan araştırmaları, yerlilerin yaşamının merkezinde rüyalar, ruhlar, hayaller gibi doğaüstü şeylerden

ziyade, av ve tarım etkinleri, kabile içindeki olaylar ve şölenlerin bulunduğunu göstermektedir. Kabile mensubu insanların, daha çok pratik kaygılarla, din ve büyü yoluyla doğa olaylarını ve süreçlerini kontrol etmeye çalıştıkları söylenebilir (Malinowski, 2000:7-8).

Bir toplum, ne tamamıyla dinsel ne de tümüyle din dışıdır. İlkel denilen kabile topluluklarının gündelik hayatlarında da, bilimsel ve teknolojik etkinlikler belli bir yere ve öneme sahiptir. Örneğin, Okyanusya adalarında yaşayan Trobriand yerlileri, geçimlerinde önemli yeri olan çapa tarımı ve balıkçılık hakkında son derece geçerli ve incelikli bilgi ve tekniklere sahiptirler. Ancak bu akılcı ve bilimsel kapasitelerine rağmen, kendi denetimleri dışında kalan doğal olaylar, tüm çabalarını boşa çıkarabilir. İşte tam bu noktada dinsel/büyüsel inançlar devreye girer. Beklenmedik, bilinmeyen, akıl yoluyla denetlenemeyen olayların yarat-tığı kaygı ve korkuların üstesinden gelmek üzere dinsel pratiklere başvurulur. Böylece din, bilimsel-teknolojik etkinliği tamamlayıcı bir işlevle ortaya çıkmış olur (Atay, 2004:20).

Din, insan yaşamının ve toplumsal hayatının önemli bir parçasını oluşturmakla beraber, bütün bireysel ve toplumsal etkinliklerin din merkezinde belirlenip yönlendirildiği, dinin her zaman her yerde her türlü davranış ya da etkinliğin kaynağı olduğu söylenemez. Başka bir deyişle, son yıllardaki antropolojik çalışmalar, "*ilkel*" adı verilen toplulukların tümüyle din veya büyü temelinde bir yaşam sürdürmediklerine işaret etmekte; dinsel ve büyüsel alanın, yaşamın tüm alanlarını kuşatıp yönlendirdiği görüşünü destelememektedir. Günlük yaşam, uğraşları ve kaygıları, davranışları, tutumları ve inançları belirlemekte etkin bir rol oynamaktadır. Buradan hareketle; İslam toplumlarında "*din-toplum-hukuk*" ilişkisi bakımından, sadece dinsel ya da kutsal sayılan kuralların, toplumsal yaşamı bütünüyle belirlemeye yeterli olup olmadığını; dinsel değer ve normların, tüm toplumsal değer ve normlara kaynaklık edip edemeyeceğini, o güne kadar mevcut geleneklerin, kuralların anlam ve işlevlerini kaybedip kaybetmediğini tartışmak gerekir.

Durkheim'a göre dini fenomler, "*inançlar*" ve "*ayinler*" olarak iki temel kategoriye ayrılır. İnançlar, düşünceyle ilgili olup birtakım zihni tasavvurlardan oluşur; ayinler ise, hususî eylem biçimleridir. Bütün dinler, ister basit isterse karmaşık olsunlar, ortak bir özellik gösterirler. Dinler, insanların birbirine zıt iki cins veya sınıf halinde tasavvur ettikleri gerçek ya da hayali şeylerin bir sınıflandırılmasını ön kabul olarak alırlar. Bu iki cins, yaygın bir şekilde "*kutsal*" (sacred) ve "*din dışı*" (profane) terimleri ile isimlendirilir. Böylece Dünya, biri kutsal, diğeri din dışı olan iki alana bölünmüş olur. İşte dini düşüncenin ayırt edici özelliği budur. Kutsal şeyler, tanrılar veya ruhlar diye adlandırılan kişisel varlıklardan ibaret değildir. Bir kaya, bir ağaç, bir su kaynağı, küçük bir taş veya ağaç parçası, bir ev, kısacası herhangi bir şey kutsal sayılabilir. Kutsal sayılan nesneler dairesi hiçbir zaman sabit olmayıp bir dinden başkasına sonsuz derece değişiklik gösterir (2005:56-7).

> Kutsal ile din dışı arasındaki ayrımın, mutlak bir ayrışma olduğunu ve böylesine zıtlaşmış iki kategorinin düşünce tarihinde başka bir örneği bulunmadığını belirten Durkheim şöyle devam eder:
>
> Kutsal ve din dışı, her zaman ve yerde insan zihni tarafından ortak hiçbir şeyleri olmayan ayrı iki tür, iki dünya olarak tasavvur edilir. Birinde faaliyet gösteren kuvvetler, farklı derecelerde de olsa, ötekinde karşılaşılan kuvvetler değildirler;

> bunlar tür olarak birbirlerinden farklıdırlar. Bu zıtlık, farklı dinlerde farklı şekillerde tasavvur edilmiştir... Tam olarak birine ait olmanın şartı, diğerini bütünüyle reddetmek olduğundan, insanın saf dini bir hayat yaşayabilmesi için din dışı hayattan bütünüyle çekilmesi tavsiye edilir. Bundan manastır hayatı doğar. Bu hayat tarzı, sıradan insanların seküler bir hayat yaşadıkları tabii çevreden ayrı, onun dışında, ona kapalı ve bütünüyle onun karşıtı olma eğilminde olan bir çevreyi suni olarak düzenler. Bunun sonucu olarak da, bu asketizmin en son mantıksal adımı olan dini intiharın bütün biçimleri ortaya çıkar. Çünkü, din dışı hayattan tam ve nihai olarak kurtulmanın tek vasıtası, hayattan bütünüyle kaçmaktır (2005:59-60).

İnsan zihninde mutlak bir ayrım şeklinde belirginleşen kutsal-din dışı ayrımı, aslında hiçbir zaman iki dünya arasındaki bütün ilişkileri kapsayacak dereceye ulaşamaz. Eğer din dışı, kutsal ile hiçbir şekilde ilişkiye girmeyecek olsaydı, kutsal bir işe yaramazdı. Dini fenomenler, her zaman "*bilinen*" ve "*bilinmeyen*" evren arasındaki bir bölünmeye dayanır. Kutsal şeyler, yasaklarla korunan ve tecrit edilen şeylerdir; din dışı olanlar ise, yasakların uygulandığı ve kutsal alandan uzak tutulması gereken şeylerdir. Dini inançlar, kutsalın doğasını, diğer kutsal şeylerle ya da din dışı şeylerle ilişkisini dile getiren tasavvurlardır. Ayinler ise, bir kimsenin kutsal sayılan şeylere karşı nasıl davranması gerektiğini emreden davranış kurallarıdır (Durkheim, 2005:60).

Eleştirmenler, kutsal olan ile din dışı olan arasında katı bir ayrım yapılmasına karşı çıkarak bunların birbirini tamamen dışlayan alanlar olarak görülemeyeceğini; din dışı şeylerin kutsal, kutsal şeylerin de din dışı hale gelebileceğini ifade ederler. Durkheim'in ayrımının ampirik bakımdan da desteklenmesi zor bir ayrım olmakla birlikte analitik bir değere sahip göründüğünü de teslim ederler (Morris, 2004:197; Asad, 2007:45).

Toplumsal yaşamda din ile din dışı ya da kutsal ile seküler arasında mutlak bir ayrım yapmak mümkün olmadığı gibi, hukuk kurallarını da diğer sosyal düzen kurallarından kesin bir şekilde ayırt etmek mümkün değildir. Başka deyişle, tarihsel süreç içerisinde hukuku, her toplumda diğer sosyal düzen kurallarından ayırt etmek kolay değildir. Bu bağlamda kamusal bir otorite ya da güç tarafından desteklenen din ve ahlâk kuralları, aynı zamanda hukukun kapsamı içinde de değerlendirilebilir. Yazılı hukuk kuralları, her ne kadar, günümüzde daha çok formel bir nitelik taşımaktaysa da, her zaman ve her yerde bu niteliğe sahip olduğu da ileri sürülemez. Çünkü hukuk, her toplumun ekonomik, siyasal ve kültürel şartlarına, yaşam biçimine, dünya görüşüne, düşünsel yapısına, geleneklerine ve göreneklerine göre farklılık gösterdiği gibi, aynı toplumda zaman içinde de değişiklik gösterir. Yazılı olan ve olmayan kuralları bünyesinde barındıran hukuk, yazının icadından önce doğal olarak yazılı kurallar bütünü anlamına gelmediği gibi, yazının icadından sonra da sadece yazılı kurallar bütününü ifade etmez. Toplumsal sistem içinde yazılı kuralların ve yazılı olmayan kuralların yeri ve önemi, zamana ve yere göre değişir. Bir toplumun hukuk düzeni, çoğu zaman zannedildiği üzere, sadece yasama organı tarafından veya bilinçli insan müdahalesiyle oluşturulan kurallardan oluşmaz; söz konusu düzenin unsurları arasında yazılı kurallardan başka, yargı organlarının kararları, yazılı olmayan

genel hukuk ilkeleriyle örf ve âdet kuralları da bulunur (Yüksel, 2004:40-1).

Yukarıda da belirtildiği üzere, hukukun kökeni konusunda açık ve kesin dokümanlar yoktur. Ancak nispeten gelişmiş bazı toplumların, arkalarında kil tabletlerden, papirüslerden oluşan bazı fragmanlar ve metinler bıraktıkları bilinmektedir. Bunların en eskileri bile oldukça yenidir. Bundan dolayı, geçmişte yaşayan herhangi bir toplumun hukukunun nasıl olduğunu bilmek oldukça zordur. Bilinen en eski hukuk metinleri olarak M.Ö. 2400 yıllarında Sümer kent devletlerinden Lagaş'ta hüküm süren kişinin adını taşıyan "*Urukagina Yasaları*", M.Ö.1800 yılları dolaylarında hüküm süren Babil Kralı Hammurabi'nin adını taşıyan hukuk kodu ve Roma hukukundan söz edilebilir. Hemen belirtmek gerekir ki, Mezopotamya ve Roma geçmişini bilmek, başlangıcından itibaren İslam hukukunun gelişimini izleyebilmek açısından da büyük önem taşımaktadır.

Mezopotamya bölgesinde M.Ö. 5 bin ile M.Ö.3 bin yılları arasında Dicle ve Fırat nehirlerinin kıyılarındaki köylerden bazılarının kente dönüştüğü, uygar toplumu karakterize eden farklılaşma ve karmaşıklaşma sürecinde gelişip devletin şekillenmesiyle kent devletlerinin ortaya çıktığı bilinmektedir. Kent devletlerinde, başlangıçta, din adamlarının elinde bulunan siyasal güç, zamanla askerlerin eline geçmeye başlamış; Sümer kent devletlerinden Lagaş'ta Urukagina adında biri, M.Ö. 2415 dolaylarında iktidarı din adamlarından almıştır. Urukagina'nın adıyla anılan "*Urukagina reformları*" ya da yasaları olarak bilinen metin, ilk yazılı hukuk metinlerinden birini oluşturmaktadır. Söz konusu metin, hem din adamları ile laik yöneticiler arasındaki sürtüşmeleri, hem de kent devletine getirilen yeni düzeni yansıtan önemli bir belge niteliğindedir (Şenel, 1982:239). Denebilir ki, uygarlaşma sürecinde giderek karmaşıklaşan ve farklılaşan Sümer kent devletinde toplumsal yaşam, yazılı ve formel nitelikte hukuk kurallarına ve bu kuralları hayata geçirecek dinsel sıfatı olmayan yöneticilere uygun ortamı oluşturmuştur.

Mezopotamya bölgesinde uygarlık yolunda ilerleyen diğer bir kent devleti de Babil idi. Mezopotamya'nın Babil egemenliği altında birleşmesi, M.Ö. 1792-1750 arası hüküm süren Kral Hammurabi zamanında gerçekleşmiştir. Hammurabi, hem Akad hem de Sümer kentlerini ele geçirerek "*dört iklimin egemeni*" sıfatını almıştır. Babil İmparatorluğu böylece kurulduktan sonra merkezi bir despotluk da doğmuş oldu. Urukagina gibi Hammurabi de bir hukuk kodu oluşturmuştur. Ancak Urukagina yasaları, yönetimin din adamlarından askerlere geçişini temsil ederken; Hammurabi kodu, kent devletlerinin yerel yasaları yerine giderek bir imparatorluk haline gelen tüm ülkede yasa birliğini sağlamak amacını güdüyordu. Başka bir deyişle, kent devletinden imparatorluğa geçilirken böyle bir imparatorluğu yönetmek için elzem olan Hammurabi kodu, hukuk alanında boy göstermiştir (Şenel, 1982:241; Tanilli, 1988 I.cilt:61). Hammurabi kodu, aslında ele geçirilen yerlerde daha önce hüküm süren krallıkların kanunlarının bir derlemesi niteliğindeydi. Ancak bu kod, yeni hükümler de getirmekteydi. Çünkü, yalnızca eski kurallara dayanmak, Babil İmparatorluğu'nun ekonomik ve sosyal koşullarına cevap veremiyordu. Hammurabi kodu, aynı zamanda, Mezopotamya tarihinin önemli bir mirası olup o günkü toplumun temellerini açıklayan ve Babil hükümdarlarının hangi sosyal gruplara dayandığını gösteren bir belge niteliğindedir.

Roma şehrinin kuruluşundan, yani M.Ö. 753 yılından M.Ö. 150 yılına kadar geçen süre içinde Roma'da geçerli olan hukuka, "*İus Civile*" (Yurttaşlar Hukuku) adı verilmektedir. Çünkü bu hukuk, Roma şehir devletinde yurttaş statüsüne sahip olan kişilere uygulanan bir hukuk niteliğindedir. Bu dönemde miras, mülkiyetin devri, eşyaların sınıflandırılması gibi temel sorunlara uygulanan hukuk kurallarının, Roma'nın tarımsal yapısını, sosyal ve ekonomik gerçekliğini yansıttığı görülür. Bu dönemde hukukun temel kaynağı örf ve âdetlerdir. Roma'da ilk yazılı hukuk kodu olarak görülen ve M.Ö. 499-451 tarihleri arasında hazırlandığı kabul edilen "*On İki Levha Kanunu*"nda Roma kavminin örf ve âdet hukuku yazılı hale getirilmiştir (Karadeniz, 1974:38). Roma'nın Cumhuriyet Döneminde kabul edilen bu yasa ile yazılı hukuk, aristokratik nitelikteki sözlü hukukun yerini almıştır ve bu durum giderek yaygınlaşmıştır. (Ağaoğulları ve Köker, 1996:20). On iki üyeli bir komisyon tarafından hazırlanan kanun, on iki adet tunçtan levhaya kazınarak ilân edilmiştir. Bu kanun, ceza hukukuna ve ceza usul hukukuna ilişkin hükümlerin yanında eşya hukukuna ve borçlar hukukuna ilişkin kuralları da kapsıyordu (Tanilli, 1998 –I.cilt:389). Örf ve âdet hukukunun güçlü izlerini taşıyan, daha önceki hukuk geleneklerine ve fikirlerine dayanan bu hukuk kodunun, bütün hukuk kolları hakkında sistematik hükümler içerdiği söylenemez. Buna rağmen, aristokratik nitelikteki örf ve âdet hukukuna göre daha ileri bir aşamayı temsil ediyordu.

M.Ö. 2. yüzyılın ortalarında sınırları giderek genişleyen Roma, büyük bir imparatorluğun merkezi haline gelmiştir. Bu gelişme, Roma kavminin diğer kavimlerle, eskiden beri süregelen ilişkileri yanında, çok çeşitli yeni ilişkilere girmesine yol açmıştır. Siyasal, ekonomik ve ticari ilişkilerin giderek yoğunlaştığı bu dönemde, eski şehir devletinin ve onun tarımsal ekonomisinin koşullarına göre şekillenen hukuk, yeni olayları ve ilişkileri çerçevelemekte yetersiz kalmıştır. Klasik Hukuk Dönemi (M.Ö. 27- M.S. 250) adı verilen bu dönemde; Roma hukukunun gelişmesinde Romalı hukukçuların çalışmaları belirleyici olmuştur. Başka bir deyişle Roma hukuku, günümüze kadar etkisini sürdüren yetkinliğe, bu dönemde yaşamış olan hukukçuların faaliyetleri sonucu ulaşmıştır. Romalı hukukçular, kuramcı olmaktan ziyade uygulayıcı olmuşlardır. Yani daha çok hukuki kavramlarla ve hukuk kurallarının uygulanmasıyla ilgilenmişlerdir. Hukuk kurallarını, hakkaniyet (hakka uygunluk)'in gerekleri ile toplumun gereksinimlerini bağdaştıracak çeşitli özel durumlara uygulamışlar, hukuki düşünce ve olayları hukuk açısından inceleme yönteminin temellerini atmışlardır (Karadeniz, 1974:40). Kısacası Romalı hukukçular, hukukun çeşitli alanlarındaki çalışmalarıyla hukuku işleyerek ve geliştirerek ona çağını ve sınırlarını aşan bir değer kazandırmışlardır. Bundan dolayıdır ki, Roma hukukunun bu dönemi "*Klasik Hukuk Dönemi*" olarak nitelendirilmiştir.

Roma yurttaşlığının ve dolayısıyla Roma hukukunun bütün imparatorluk uyrukları için geçerli olacak şekilde genişletilmesi, M.S. 212 yılında çıkarılan bir imparatorluk emirnamesi ile olmuştur. Böylece imparatorluk hukuku haline gelen Roma hukuku, tamamen Roma kültürünü benimsemiş ve hukuken geri batı eyaletlerinde kolayca uygulanabilirken, Helen kültürünün etkisinde olan ve yerleşmiş bir hukuk sistemine ve uygulanmasına sahip bulunan doğu eyaletlerinde direnişle karşılaşmıştır. Başlangıçta, hukukun bu eyaletlerde zorla

uygulanması yoluna gidilmişse de, zamanla bölgesel hukukun kısmen uygulanmasına göz yumulmaya başlanmıştır. İmparatorluk'un merkezinin M.S. 330'da Roma şehrinden Constantinopolis (İstanbul)'e kayması sonucu ekonomik, toplumsal ve kültürel koşulları farklı yeni bir çevre içine girilmiştir. Helen dünyasındaki hukuk sisteminden oldukça etkilenen bu döneme "*Klasik-Sonrası Hukuk Dönemi*" adı verilmiştir (Karadeniz, 1974:40-1).

Doğu Roma İmparatoru olarak M.S. 527-565 yılları arasında hüküm süren Iustinianus (Justinianus) döneminde Roma hukuku son aşamasını yaşamıştır. Eski evrensel Roma İmparatorluğu'nu canlandırma amacında olan Justinianus, bu amacına paralel olarak eski Roma hukukunu yeniden canlandırma çabasına girişmiştir. Justinianus, bir yandan eskiden Roma İmparatorluğu'na bağlı olan yerleri tekrar egemenliği altına almaya çabalarken, diğer yandan "*Klasik Dönem Hukuku*"nu yeniden geçerli kılmaya ve zamanının sosyo-ekonomik ihtiyaçlarını karşılayacak bir hukuk düzeni kurmaya çalışmıştır.

Mezopotamya bölgesinde ve Roma'da gelişen hukuk sistemlerinin yapısını ve özelliklerini gözden geçirmek, bu hukuk sistemlerinden etkilenmiş İslam ve Osmanlı hukuk anlayışını ve pratiğini anlamak bakımından işlevsel bir değere sahiptir.

İSLAM TOPLUMLARINDA DİN-TOPLUM-DEVLET VE HUKUK

İslam terimi, çoğu zaman, benimsenmiş olduğu tüm toplumlarda ortak özellikler gösteren, sabit bir kapsamı bulunan, tek anlamlı bir kavram olarak kullanılabilmektedir. Oysa İslam'ın, İslami toplum sayısı kadar görünümü vardır. Üstelik, aynı toplum içinde İslam'ın kapsamı ve işlevi, sosyo-kültürel yapı, konjonktür, sosyal gruplar, sınıflar ve sınıfsal mevkilere göre değişir. Antropolojik açıdan bakıldığında; okuma yazma bilen grup, sınıf ya da kişilerle, dilden dile aktarılan geleneklerle yaşayanlar arasında dine bakış, dini anlama ve anlamlandırma bakımından büyük farklılıklar ve ayrılıklar bulunduğu görülür. Yazılı kültür ve sözlü kültür çerçevesinde ortaya çıkan bu ayrılık, tüm İslam dünyası açısından geçerlidir. İslam dünyasında bir yandan, temellerini her dini mezhep ya da okula özgü klasik eserlerde bulan bilimsel İslam bulunurken; öte yandan, duaların, dinsel formül ve hikayelerin ezberlenmesiyle, her tarikata özgü ibadetin yerine getirilmesine dayanan halk İslamı var olmuştur. Sosyolojik açıdan bakıldığında; ulema, tüccar, bürokrat ve subay gibi kentte yaşayan kesimler arasında hüküm süren şehir İslamı; köylü, konar-göçer gibi kesim arasında varlık bulan kır İslamı ayrımı yapılabilir. Şehirlerde yaşayan küçük zanaatkarlar, uşaklar, düşkünler ve işsizler halk İslamı kapsamına girerken, genel olarak kırsal kesimde yaşayan murabıtlar, ermişler, tarikat şeyhleri gibi din adamları ve toprak ağaları, sırf okuma yazma bilmeleri dolayısıyla şehir İslamı'nın parçasıdırlar (Arkoun,1994:56).

Müslüman bir toplumda, dinin tek, homojen ve bütünleşik bir dışa vurum biçiminden söz etmek oldukça zordur. Toplumsal pratik alanına baktığımızda, İslam adına tarihi, coğrafî ve kültürel dinamiklerden beslenen farklı, çeşitli ve hatta birbirine karşıt dışa vurumların bulunduğunu görebiliriz. Dahası, tek bir toplulukta bile, birden fazla Müslüman bakış açısı ortaya çıkabilir ve bunlar "*Müslüman gerçeklik*" tanımlaması ko-

nusunda birbirleriyle çatışma ve mücadele içine girebilir hale gelebilirler. İslam, özcülükten uzak bir yaklaşımla tarihsel ve toplumsal bir bağlamda ele alındığında; diğer inanç sistemlerinde de görüldüğü gibi, başka inanç sistemleriyle etkileşimin bir sonucu olarak ortaya çakan yeni inanç öğeleri ve örüntüleriyle "*senkretik*" bir yapı gösterdiği anlaşılabilir. İslam adına karşımıza çıkan senkretizm ya da dinsel bağdaştırmacılık, dini, "*kitabına uygun*" yaşamak gerektiğini söyleyen İslam alimleri tarafından reddedilir ve yerilir. Başka bir deyişle, Kitabî ya da puriten bir İslam anlayışını temsil eden ulema tarafından senkretik inanç motifleri ve pratikleri, hurafe, batıl itikat veya boş inanç olarak etiketlenip dışlanır. Ancak, reddedilen inanç ve pratikler, aslında Müslüman geniş halk kesimlerinde "*yaşayan İslam*"ın ayrılmaz parçaları olarak İslam'ın benimsenmesinde ve yayılmasında önemli rol oynamışlardır (Atay, 2004:31-3).

Bir din olarak İslam'ın öncelikli temel kaynağı Kur'an'dır. İkinci temel kaynak ise müminler cemaatinin bir rehberi olarak Peygamber'in söylediği sözlerden, hadislerden oluşan Peygamber geleneği, yani "*Sünnet*"tir. Peygamber'in ölümünden sonra, hadisler, tıpkı Kur'an'a yapıldığı gibi, bir araya getirilip yazıya geçirildi. Böylece de sözlü kültürden yazılı geleneğe geçilmiş oldu. Bu gelenek çerçevesinde merkezi iktidarlar, Hristiyanlıkda olduğu gibi, İslam dünyasında da dinsel ya da seküler yazılı "*kanun*"u, yazılı olmayan adetlerin, yerel, bölgesel geleneklerin yerine geçirmeye çalıştılar. Dinsel ya da seküler nitelikli iktidarların bastırdıkları ya da görmezden geldikleri bu gelenekler, İslam'da din-devlet ve hukuk ilişkisinin anlaşılması bakımından önemlidir. Ayrıca söz konusu geleneklerin, inanç ve adetlerin, yazılı gelenek içinde yer alıp zamanla kutsallaşabildiği de gözden kaçırılmamalıdır (Arkoun, 1999:61-4).

İslamiyet'in bir din olarak gelişip serpildiği Orta Doğu bölgesinde yeni bir siyasal düzenin kurulup sürdürülmesinde dinsel ya da kutsal nitelik atfedilen mit, ideoloji, simge gibi unsurların önemli bir yere sahip olduğu bilinmektedir. Böyle bir düzen sadece "*zor*" ya da "*cebir*" yoluyla oluşturulamazdı. Birbirinden oldukça farklı inançlara, âdetlere, tanrılara bağlı kabilelerin bulunduğu Arabistan bölgesinde, kabile dayanışmasına bağlı kopuk, dağınık, rekabete dayalı hareketli bir iktidar yapısı vardı. Henüz güçlü, merkeziyetçi yanı gelişmiş bir iktidar ve yönetim mekanizmasından yoksun olan Hz. Muhammed, yeni bir dinsel simgeselliği yaratmak ve kullanmak zorundaydı. Böyle bir dinsel simgesellik olmaksızın ve bu simgesellik, siyasal sisteme aktarılmaksızın yeni bir düzen kurmak herhalde mümkün olamazdı. Kabilesel dağınıklık veya parçalanmışlığın hüküm sürdüğü Arabistan'da dinsel ve dünyevî alanların bir ayrımından söz etmek ve bundan ısrar etmek, siyasal ve dinsel antropolojinin temel verilerini görmezlikten gelmek anlamına gelir. Peygamber, dinsel alanda yürüttüğü faaliyeti, aynı zamanda siyasal alanda da sürdürerek;

> Kıble'yi Kudüs'ten Mekke'ye çevirerek, pazar ve cumartesi gününe karşı cuma'yı kutsal gün ilan ederek, Medine'de bir ibadthane inşa edip "*müminlere*" başka ibadethanelere gitmelerini yasaklayarak, Mekke'ye dönüp Pagan Haccın âdetlerini ve fiziki desteklerinin tümünü yeni İslami simgeselliğe aktararak, kabile döneminin evlilik ve mirasla ilgili stratejilerini değiştirerek cahiliye döneminin simgelerini yürürlükten kaldıran bir semiyolojik sistem kurup rakip sistemleri (Yahudi, Hristiyan, Sâbii, Maniheist) yener ve yeni siyasal düzeni uygulayacak olan bir devletin yükselişini mümkün kılar (Arkoun, 1999:31).

İslam'ın devletleşmesi, kanuna dayalı bir yönetim yapısının oluşturulması ve Şeriat değerini, yani dinsel bir kanun halini alan bir hukuk külliyatının oluşturulmasını simgeler. Bu, aynı zamanda dünyevi bir kültürün ve uygarlığın kurulmasını, Kur'an'ın "*dünya*" ve "*dünya hayatı*" adını verdiği şeyin yaratılmasını simgeler. Ancak Peygamber'in ölümündün sonra, İslam simgesel ve siyasal olanı bir arada ifade etme şansını hiçbir zaman bulamadı. Emperyal bir devletin kurulmasıyla da, siyasal eylem ile simgesel yaratıcılığın birbirine eklenmesi nihaî olarak sona erdi. Kur'an'ın sağladığı simgesel sermayenin, resmî Sünnî bir İslam kurmak ve dayatmak için kullanılması, yani bu simgesel sermayenin farklı bir yoruma dayanan resmi anlayışının öne çıkarılması, "*Şiiler*" ve "*Hariciler*" gibi muhalifleri ortadan kaldıran bir devletin siyasal tercihinden kaynaklanıyordu. Sünnî İslam geleneği içinde iktidarın da onayını ya da kabulünü alan alimler, Allah Kelamı'nın doğru okunabileceğini, Peygamber Sünnetinin tümüyle anlaşılabileceğini ve bu iki temel kaynaktan şeriatı oluşturan bütün hükümlerin çıkarılabileceğini savunarak Hicret'ten sonraki iki yüzyıl (632-850) içinde Müslüman hukukunu (Fıkıh) ve hukuk metodolojisini (Usul-î Fıkıh) kurdular (Ar-koun, 1999:33).

Köprülü'ye göre, fıkıh adı verilen İslam hukuk sistemi, kökenini dinden almakla birlikte, İslamiyet'in yayıldığı yeni bölgelerde yerel hukuk geleneklerinin de etkisiyle, bulunduğu yörenin sosyo-ekonomik gereklerine uyum sağlayarak oluşmuştur. Tarihsel gerçeklikten değil de idealleştirilmiş kurgulardan hareketle İslam hukukuna bakanlar, İslam hukukunun bütün Müslüman ülkelerde hâkim ve değişmez bir sistem olduğu sonucuna varmışlardır. Kökenini "*Kitap ve Sünnet*"ten almış olsa da, İslam hukuku, çeşitli yabancı hukuk sistemlerinden etkilenmiş hukukçuların ve alimlerin yarattıkları içtihat sayesinde döneminin ihtiyaçlarına, sosyo-ekonomik zorunluluklarına karşılık veren bir hukuk sistemi haline gelmiştir. Bu sistemi oluşturan öğeler içinde "*Kitap ve Sünnet*"in payı, ancak yüzde birdir. Nazari sistem olarak fıkıh, dini mahiyetini asla kaybetmemiş olsa da, İslam'ın ilk patriyarkal devri istisna olmak üzere, bu teorik ve ideal sistem hiçbir zaman tam olarak tatbik edilememiş, Emevi ve Abbasi yönetimlerinde olduğu gibi, hükümdar, çoğu zaman devletçe görülen gereklilik karşısında Peygamber'in vaz'ettiği ahkâma muhalif hükümler ihdasına mecbur kalmışlardır. Kısacası, başlangıçtan itibaren İslam devletlerinde geniş bir yasama faaliyeti söz konusu olmuştur. Fıkıh, hiçbir zaman bir pozitif hukuk değerine kavuşamamıştır (2005:220-23).

İslam hukukunun gelişiminde Bizans, Roma, Sasanî ve Musevi hukukunun etkileriyle, yerel örf-âdetin etkisini özellikle vurgulayan Köprülü'ye göre, teorik bir inşa olarak dini niteliğini muhafaza eden ve din alimleri tarafından daima bu gözle görülen fıkıh, konusu "*ideal bir hukuk olan*" spekülatif bir ilim özelliği ağır basan, giderek tümüyle skolastik bir inşa niteliği kazanmıştır. İbâdat, muâmelât ve ukûbât kısımlarını bütünüyle kapsayan fıkıh doktrinlerinde; hangi mezhepten olursa olsun, özel hukuk-kamu hukuku ayrımı mevcut olmadığı gibi, kodifikasyonlar da söz konusu olmamıştır. İslam hukukunun kaynaklarından icmâ ve kıyas zamana, yere ve şahıslara göre değişeceğine göre,

bu hukukun sabit ya da değişmez kaynağı olarak Kitap ve Sünnet'in, İslam dünyasının ihtiyaçlarını yüzyıllarca bir örnek şekilde karşılayacağı düşünülemez. Çeşitli fıkıh okullarının ortaya çıkışının sebebi de budur. İslam'ın yayıldığı ve yerleştiği bölgelerin yerel örfleri ve eski hukuk sistemleri dikkate alınmadan İslam hukukunu anlamak ve açıklamak mümkün olamaz (Köprülü, 2005:214-16).

İslam hukuku, kodifiye edilmiş bir hukuk kodu niteliğinde değildir. Günümüzde özellikle İslamcı diye adlandırılan kesimlerden gelen, İslam hukukunun uygulanması yönünde yapılan çağrıların niçin anlamsız olduğunun yanıtı da burada aranmalıdır. Şeriat, bir hukuk değil, iyi düzene göndermede bulunan genel bir terimdir. İslam hukuku, çok iyi geliştirilmiş bir dizi yorum bilgisel ve paralojik tekniğin yanı sıra, emsallerden, vakalardan, genel ilkelerden oluşan bir birikime sahipti. Bazı açılardan İngiliz hukukuna benzer. İslam hukukunun gelişmiş teknik bir niteliğe ve iyi yetişmiş hukukçulara sahip olması, onun dünyanın çok farklı coğrafyalarında niçin on iki yüzyıl boyunca başarılı bir şekilde hakimiyetini korumuş olmasını da açıklar. İslam hukuk külliyatı, esas olarak, yükümlülükler, borçlar, sözleşmeler, veraset, kişisel statü gibi dünyevi yaşamla ilgilidir. İslam hukukçuları, hukukun bu alanını "*hukûkül-i'bad*" (kul hakları) olarak adlandırmışlardır. Çok daha dar kapsamlı olan kamu hukuku külliyatına ise "*hukukullah*" (Allah hakları) adını vermişlerdir. Bu, ancak uygun şekilde oluşmuş İslamî idarelerin yükümlülükleriyle ilgili bir hukuk olup, böyle bir idarenin olmadığı yerde herhangi bir işlevi olmayan hukuktur (Al-Azmeh, 2003;29-31). Tarih ya da zamanın dışında, bütün zamanlarda geçerli bir olgudan söz edilemeyeceğini belirten Al-Azmeh şöyle devam eder:

> Şeriatın kendisi bile, toplumlara koşut bir şekilde evrilmiştir; tarihi nesnel bir şekilde inceleyen herhangi biri, şeraitın ne şimdi ne de başka bir zamanda, tam bir mutabakatla kabul edilmiş bir kod olmadığını, yalnızca hukukla ilgili bir ilkeler toplamı olduğunu görecektir. Bütünlük adına sahip olduğu tek şey, adına işlev gördüğü yönetimlerle olan ilişkisine dayanır. Çünkü şeriat, bir gerçeklikten ziyade bir simgedir. Bir addır yalnızca, nesnel bir tarihsel kesinlik olmadığı gibi -İslam şeriatının tarihi hakkında hiçbir fikri olmayanların iddialarının tersine- makûl biçimde "*tatbik edilebilir*" bir kanunlar toplamı da değildir (2003. 79-80).

Dinler ve kültürler arasında her zaman alışverişler olmuştur. Değişmez doğaya sahip bir İslâm bulunmadığı gibi, değişmez, evrensel karakterde bir "*Şeriat*" da yoktur. Arap Hristiyanlığı, özellikle doğu kiliseleri İslam'ın birçok unsurunu bünyesine kattığı gibi, benzer şekilde geleneksel İslâm, özellikle Osmanlı döneminde geliştiği ve etkileşime girdiği çevre içinde "*Bizanslı*" olduğu kuşku götürmez bazı özellikler edinmiştir. Dinsel örgütlenme, din-devlet ilişkisi bakımından bu etki açık görülür. Buna göre, saf ya da sahih denilebilecek bir İslamlık ya da Hristiyanlık var mıdır sorusu yanıtlanmalıdır (Al-Azmeh, 2003:84).

Ernest Gellner'in "*İslamiyetin özü gereği sekülerleşemeyeceği, seküler öğeler içeremeyeceği*" şeklindeki görüşüne karşı çıkan Al-Azmeh, böyle bir görüşün İslam'a sadece "*bir müminler cemaatinin doğru inanç sistemi*" olarak bakmaktan kaynaklandığını, oysa İslamiyet'e yaşayan, dinamik, evrilen tarihsel bir inanç sistemi olarak yaklaşıldığında oldukça farklı bir sonuca ulaşılabileceğini; birinci yaklaşımdan hareketle İslamiyet'in hiçbir şekilde sekülerleşemeyeceği, ikinci yaklaşımdan hareketle ise sekülerleşebileceği, seküler öğeler ihtiva edebileceği sonucuna varılabileceğini belirterek şunları söyler:

> Ebedi ve sürekli geçerli ilkelerin tutarlı statik bir ideali olarak İslamiyet, elbette, kendisinden başka hiçbir şeyle bağdaşamaz. Bu haliyle, laikliği ve laikleşmeyi sonuna kadar reddetmek, ona direnmek ve onunla savaşmak İslamiyet'in işidir; ebedi yanıyla görülen her önemli din gibi. Fakat yaşayan dinamik ve evrilen bir inanç olarak İslamiyet, geniş ölçüde farklılaşan ortamlara ve hızla değişen koşullara yanıt vererek krallıktan cumhuriyete, kölelikten özgürlüğe, kabileden imparatorluğu ve antik kent devletinden modern ulus-devlete kadar, insanlık tarihinin üretip hakların ve toplumların yaşamına kattığı bütün başlıca siyasal topluluk tipleriyle, değişik toplumsal ve ekonomik örgüt-leme biçimleriyle bağdaşabilece-ğini karşı konulmaz biçimde kanıtlamıştır. Benzer şekilde, on beş yüzyılı kapsayan küresel-tarihsel bir din olarak İslamiyet, kabile-göçer biçimden merkezi bürok-ratik biçime, feodal tarımcı biçime, merkantil-mali biçime ve kapitalist-sınaî biçime kadar uzanan bütün değişik yaşam biçimlerine, kültürlere ve toplumlara kendisini aşılamayı inkar edilemez biçimde başarmıştır (1999:24).

Weber, İslam toplumunu, politik, ekonomik ve hukukî ilişkileri istikrarsız ve keyfi nitelikte, irrasyonel patrimonyal hakimiyetle karakterize olan bir toplum olarak düşünür. Weber, keyfi, ad hoc ya da fiili hukuk yaratma ya da kanun koyma olgusu ile genel ilkelerden veya kurallardan çıkarılan yasal yargılar arasında yaptığı ayrımdan hareketle "*rasyonel hukuk-irrasyonel hukuk*" ayrımı yaparak bundan dört ideal tip üretir(Turner; 1997:193-94).

a) İrrasyonel ve bağımsız hukuk, yargıcın, hiçbir normatif ilkeye başvurmaksızın, aldığı kararları kişisel heyecan, arzu ve isteklerine dayandırması halinde söz konusu olur. Weber'e göre bunun en iyi örneği, Müslüman Kadının, somut ahlaki ve diğer pratik değerlendirmelere bakarak önsezileriyle verdiği gayri resmi hükümlerdir.

b) Biçimsel olarak irrasyonel olup akıl tarafından değil de kaynağını ilhamlarda ve teolojiden alan hukuk ikinci tipi oluşturur.

c) Bağımsız rasyonel hukuk, kutsal bir kitaptan veya toplumsal olarak hakim ideolojiden çıkarılan hükümlere dayanır.

d) Biçimsel rasyonel hukuk, hukuk dışı kaynaklara başvurmaksızın hukuk biliminin soyut kavramlarına dayanır. Bu tip hukuk, ancak hukuk kavramlarının soyut kurallar şeklinde formülleştirildiği ve uygulandığı bir yerde bulunabilir.

Weber'e göre kapitalizm, ancak özerk şehirlerin, özgür emek pazarının, para ekonomisinin, burjuva sınıfının ve rasyonel hukukun mevcut olduğu bir ortamda doğup gelişebilirdi. Çünkü kapitalizmin gelişimi, istikrarı, hukuki güvenliği, hukuk mesleğinin özerkliğini ve biçimsel olarak rasyonel hukuk üretimini gerektirir. Bu özellikler, sadece Avrupa'da bir araya gelebildiğinden kapitalizm bir sistem olarak Batı'da ortaya çıkabilmiştir. Bundan dolayıdır ki, Avrupa'da seküler hukuk-kutsal hukuk ayrımı ve hukukun merkezileşip bürokratikleşmesi söz konusu olabilmiştir. Oysa patrimonyal Doğu toplumlarında ise kutsal-seküler ayrımı bulunmadığı gibi,

hukuka her zaman patrimonyal yöneticinin keyfi müdahalesi söz konusu olmuştur. İslam hukukunda şeriatın esnemeyen içeriği ile "*kadı adaleti*"nin istikrarsızlığı ve keyfiliği söz konusudur. İslam hukuku, fakihlerin spekülatif çabalarının sonucu olarak görülmelidir. Bu hukuk uzmanı fakihler, Kur'an'ın ahlaki öğretisini ve hadisleri dikkate alıp işleyerek içtihat yoluyla hukukun ilkelerini formülleştirmişler ve özel olarak "*hukukçuların hukuku*" adı verilebilecek bir kutsal hukuk gelişimine hayat vermişlerdir (Turner, 194-96).

Geleneksel Avrupa toplum ve kültürünün çözülmesi, modern bilim ve endüstriyel kapitalizmin doğuşu ve bu bağlamda giderek artan siyasî merkezileşme ve bürokratikleşme olgusuyla ilgilenen Weber, Batı toplumlarındaki modernleşmeyi ve seküler gelişmeyi, kuramının adeta merkezini oluşturan "*aklileştirme*" kavramıyla açıklar. Bu kavram ile, "*açık, düşünsel olarak hesaplanabilir kural ve düzenlemelerin sistematize edilip kesinleştirildiği ve giderek artan biçimde duygu ve geleneğin yerini doldurur hale geldiği bir süreci anlatır (Morris, 2004:113).*" Rasyonalizmden Batı tipi rasyonel gelişmeyi, kapitalizme hayat veren ras-yonel bürokrasi ve hukuku anlayan Weber'in, Avrupa merkezci bir bakış açısıyla kendi ideal tip ya da şemasına uymayan Müslüman toplumları ve patrimonyal hakimiyet biçimini dışarıda bırakan, Batı'da mevcut olmayan bütün olumsuzlukları veya eksiklikleri Doğuya atfetme eğilimini, yaklaşımının ola-ğan bir sonucu olarak görmek ve hemen burada şu soruları sormak gerekir: Yeryüzünde "*homojen bir İslam var mı?*", "*Tek bir İslam toplumundan söz edilebilir mi?*", "*Patrimonyal hakimiyet biçimi mutlaka irrasyonel olmak zorunda mıdır ya da bir ölçüde de olsa ras-yonel unsurlara ve özelliklere sahip olamaz mı?*", "*Kadı kararlarının hiç mi normatif ve rasyonel bir yanı yoktur?*", "*İslam hukuku, seküler öğelerden tümüy-le yoksun mudur?*", kısacası, "*Batı ile Doğu arasında bu denli kesin ve net bir ayrım çizgisi çekilebilir mi?*"

Weber, Osmanlı ve İslam toplumlarındaki patrimonyal otorite ve meşrutiyet sisteminin, rasyonel bir hukuk sisteminin gelişimine engel olduğunu ileri sürerken "*kadı adaleti*" tiplemesine dayanır ve bütün Osmanlı hukuk sistemini neredeyse bu tipten hareketle analiz etmeye çalışır. Bu tip hukuk, rasyonel Batı hukukunun özellikleri olan rasyonel, özerk, eşitlikçi, gayri şahsi, objektif niteliklerden yoksun olup irrasyonel, bağımlı, şahsi, subjektif, keyfi ve dağınık olarak tasvir edilir. Buna göre, esas olarak, Sultan'a hiyerarşik olarak bağlı kadı'nın herhangi bir metne bağlı kalmadan kendi keyfince verdiği kararlara dayalı bir hukuk söz konusudur. Oysa hiçbir zaman yekpare, homojen bir yapı arz etmeyen Osmanlı, altı yüzyıl boyunca sadece hukuk alanında değil; diğer pek çok alanda çok farklı, değişken, çoğulcu bir yapı göstermiştir. Varlığını sürdürdüğü dönem boyunca birçok değişim ve dalgalanma meydana gelmiştir. Örneğin, hepsi Osmanlı merkezine bağlı olan merkezdeki örgütlü hukuk uleması ile Suriye ve Mısır uleması arasında birçok açık farklılık mevcut olmuştur (Aktay, 2003: 50-2).

Kadılar, seküler yöneticilerin otoritesi altındaki mahkemelerde onların memurları olarak hukuku uygulamışlar ve bu bağlamda sivil-askeri otoritelerin müdahaleleriyle karşı karşıya kalmışlardır. Bu gerçek, Şeriat'ın İslam hükümdarları tarafından kendi siyasi amaç ve çıkarları doğrultusunda şekillendiği şeklindeki Weber görüşünü desteklemekle birlikte, Şeriat, siyasî iktidarın ampirik gerçekliği için en azından potansiyel bir

tehdit oluşturan ideal bir ahlak sistemi olmayı sürdürmüştür. Yöneticiler hiçbir zaman kutsal geleneğin yüklediği görevleri tamamen ihmal etmemişlerdir (Turner, 1994:205). Böylece, Şeriat kurallarının varlığının, İslam toplumlarındaki iktidar odaklarının gücüne manevi nitelikte bir sınır oluşturarak iktidarın keyfi kullanımına bir ölçüde engel oluşturabildiği söylenebilir. Ayrıca, ilmiye sınıfının varlığının ve ulema eliyle geliştirilen fıkıh ilkelerinin de bu yönde bir etkiye sahip olabildiği düşünülebilir.

İslam Toplumlarında Din-Toplum-Devlet ve Hukuk İlişkisini Açıklamaya Yönelik Modeller

Din, Toplum ve Devlet ilişkileri, günümüzün merkezi tartışma konularından birisi durumundadır. Birçok Batılı ve Müslüman akademisyenin halen ortak görüşü şudur: İslam, bir kilise kurumuna sahip olmayıp, devlet ve hukuk da dahil olmak üzere, toplumsal yaşamın bütün alanlarını kapsamaktadır. Buna göre, devlet ve dinsel cemaat bir ve aynı şey olup, devlet ve dinsel otorite aynı şahısta cisimleşmiştir. Dolayısıyla İslam toplumları batılı toplumlardan temelden farklıdırlar; Avrupa toplumlarının muazzam bir devlet-dinsel kurumlar ayrılığı temelinde inşa edildikleri kabul edilir. Batı ile Doğu arasında mevcut olduğu varsayılan bu farklılık temelinde inşa edilen model, batı ve İslam toplumlarının tarihsel gelişimini açıklamakta sıkça kullanılmaktadır. Bu bağlamda; batılı toplumlarda seküler-kutsal, kilise-devlet, medeni hukuk (civil law)-dinsel hukuk ayrımının içsel olduğu, modernitenin temelleri olan seküler kültür ve sivil toplumun otonom bir yere sahip bulunduğu iddia edilmektedir. Buna karşılık seküler-kutsal ayrımından yoksun İslam toplumlarının bağlayıcı dinsel normlara bağlanarak sekülerleşme ve gelişme potansiyelini engellediği ileri sürülmektedir (Lapidus, 1996:3).

Yukarıda sunulan modelin Avrupa toplumlarındaki din ve devlet ilişkilerinin çeşitliliğini ve karmaşıklığını ihmal ettiğini belirten Lapidus, İngiltere, İspanya, Hollanda, İrlanda ve Polonya gibi batılı ülkelerde söz konusu ilişkinin aynı ya da benzer nitelikte olduğunun söylenemeyeceğini ifade eder. Lapidus'a göre, aynı şekilde, genel kabul gören yaklaşımın tersine, İslam toplumlarında da dikkate değer bir devlet ve dinsel kurumlar ayrımı vardır. Ayrıca tarihsel olgular, aynı zamanda tek bir İslami devlet-dinsel kurumlar modeli bulunmadığını, birbiriyle yarışan sayısız modelin mevcudiyetini göstermektedir. Her modelde kurumlar arasında otoritenin paylaşımı, işlevler ve ilişkiler bakımından farklılıklar söz konusudur (1996:3-4). Başka bir deyişle, sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel ve coğrafi koşulları ve tarihsel mirasları birbirinden farklı bulunan toplumların tümünü, aralarındaki bütün farklılıkları görmezlikten gelerek, aynı model içinde değerlendirerek aynılaştırmaktan kaçınmak gerekir.

Hristiyanlıkta din ve devlet veya din ile siyasetin ayrı alanlar olduğunu, bu çerçevede Hristiyanlıkta bir şeriat bulunmadığını; oysa İslam'ın insan hayatının her alanını kapsayan bütünsel bir proje olduğu ve dolayısıyla onun bir din ve devlet, bir ibadet ve şeriat, bir ahlâk ve siyaset olduğunu ısrarla ileri süren görüşe karşı çıkan Arslan'a göre, bu bütüncü görüş, İslam teorisi ve İslam tarihi tarafından desteklenen bir görüşü değil; olsa olsa bir "*ütopya*"yı dile getirmektedir. İslam'da, en azından Kuran göz önüne alındığında, yukarıda zikredilen bütüncü görüşün iddia ettiği gibi ayrıntılı bir siyaset programı yoktur.

Bu konulara ilişkin, oldukça genel nitelikte bir iki tavsiye cümlesinden başka bir şey yoktur. Peygamber'in bir siyasetçi ve devlet adamı olarak uygulamaları, Kur'an kaynaklı olmaktan ziyade, bulunulan yerin ve zamanın koşullarını dikkate alan, akılcı, basiretli, yönetim sanatının ilkelerine uygun uygulamalar şeklinde olmuştur. Ayrıca Hz. Muhammed'in Sünnet'inde de İslâm devletinin kendisinden sonra kim ya da kimler tarafından, nasıl, hangi süreç ve mekanizmalarla sürdürüleceğine ilişkin herhangi bir bilgi de mevcut değildir (1999:112-131).

Mert (1994)'de, Hristiyanlık ile İslamiyet arasında yapılan ve neredeyse bir klişe haline gelmiş bulunan ayrıma itiraz ederek, Hristiyanlığın başından beri din-devlet ayrımına sahip olduğu ilkesinin sorgulanmaksızın kabul edildiğini belirtir. Mert'e göre, Batı dünyasında Kilise ile prens, kral ya da imparator arasında zamanla meydana gelen kurumsal farklılaşma, Hristiyanlığın belli bir dönemdeki egemenliğini gölgeleyememiştir. Söz konusu iki kurumun temsil ettiği dünya, aynı dinsel ya da düşünsel dünya olmuştur. Dinsel öğreti, esas olarak, bütünsel bir dünya görüşü sunar. Bu dünya görüşü içinde insan hayatının bireysel, toplumsal ve düşünsel boyutları, birbirleriyle bağlantılı bir bütün olarak ele alınırlar. Hristiyanlığın da bütünsel bir dünya görüşü olduğundan hareketle; toplumsal ve siyasal hayata ilişkin açık hükümler taşımadığı için, Hristiyanlığın toplumsal yaşamı şekillendirme iddiasında olmadığı söylenemez. İslamiyetin bu açıdan Hristiyanlıktan esas farkı, toplumsal hayata dair bazı açık hükümlere sahip olmasıdır. Aslında birer dünya görüşü olarak Hristiyanlık ile İslamiyet, zannedildiği kadar birbirlerinden çok uzak nitelikte değildirler.

Din, devlet ve toplum alanları üç ayrı daire olarak görüldüğü takdirde, İslam tarihinin sadece bir tek daire şeklinde ve böyle bir kimlikle başladığı söylenebilir. Başka bir deyişle, başlangıç aşamasında "*din*" dairesi, diğer ikisini de kapsayarak, yani kendi toplumuna ve devletine de hayat vermiştir.

> Peygamber'in hicret ettiği yer Medine'de durum böyleydi. Daha sonra, bu üç dairenin birbirinden yavaş yavaş ayrıldığı altı asırlık bir süre vardır. Orta çağ'ın sonlarına doğru, din ve devletin birbiriyle çakışması çok sınırlıydı. Şeriat, kamu teşkilatlanmasının halifelik, cihat, zekât vs. gibi birçok yönünü kapsıyordu; fakat şeriatın buralardaki kuralları, genellikle umursanmı-yordu. Devlet yönetimi, şimdi tamamen bağımsız bir daire haline gelmiştir. İslam'ın muhafazası görevini üstlense de, ondan zuhur eden bir kurum olmaktan uzaklaşmıştı. Ancak din ve toplum daireleri (en azından şehir toplumu) hâlâ içiçeliğini koruyordu. Toplum evlenme, boşanma, miras ve ticarî ilişkilerde hâlâ şeriata göre hareket etmeye devam etti ve İslam'ın şartlarına bağlılığını da sürdürdü... Ancak İslam toplumu ordusu ve devletiyle birlikte tam anlamıyla ibadete yönelmiş bir meclis olarak doğmuştu ve her ne kadar kendisini yönetme özelliğini kaybetse de, İslam toplumu ayrı bir din kurumu ve sıradan insanlar topluluğu olarak ikiye bölünmedi. Devletler, kendilerine özgü toplumlar oluşturacak yeterlilikte kapsamlı bir mahiyete sahip değildi (Crone, 2007 :596-97).

Dinsel alan-seküler alan arasındaki ayrım konusunda; genellikle bunun Batı'da sorun teşkil etmediği, orada dinsiyaset, kilise-devlet ayrımının kolaylıkla yapılabildiği şeklindeki yaygın kanaate karşı çıkan Berkes, bu şekildeki bir

din-devlet ilişkisi şemasının Batı dışı toplumlardaki din-dünya, din-devlet ayrımını sosyolojik açıdan incelemek bakımından uygun bir model olmadığını; böyle bir modelin Hristiyan dini alanı içindeki toplumlarla bu alan dışındakileri benzetme eğilimi yaratacağını, farklı toplumlardaki din ve devlet örgütlenmesindeki farklılıkları ve değişiklikleri anlamayı zorlaştıracağını ifade eder. Berkes'e göre, bu güçlükleri aşmak için ayrı bir "*kavram şeması*"na ihtiyaç vardır. Sadece dinin devlet karşısındaki konumu değil; aynı zamanda din-dünya, din-devlet ilişkilerinin karmaşık bir ilişkiler bütünü içinde ne gibi biçimler kazandığı incelenmelidir. Sosyoloji açısından en önemli başlangıç noktası, yalnızca din-devlet-kilise gibi kurumlara bakmak olmamalı; toplumun genel değer sistemi içinde dinsel değerlerin ve kurumların yerine, siyasal alanın dinsel, dinsel alanın da siyasal bir yana veya işleve sahip olup olmadığına bakılmalıdır (1984:11-3).

İslamiyette Şeriat denen hukuk kuralları, kendilerine "*fakih*" adı verilen, başlangıçta hiçbir dinsel sıfatı olmayan, toplumsal yaşamı ve düzeni kurallara bağlama işiyle uğraşan laik kişilerce geliştirilmiştir. Başlangıçta bunlar, esasında tümüyle dünyevi işlerle uğraşan insanlardı. Örneğin, Hanefi fıkhının kurucusu Ebu Hanife, kumaş ticaretiyle uğraşan Müslüman bir İranlıydı. Bu amatör hukukçular, dünya işlerinde yüz yüze gelinen olayları kurallara bağlamak için gelenek, görenek, rivayet ve en son olarak da Kur'an metninden çıkarabildikleri kuralları yaygınlaştırmaya çalışmışlardır. Ancak her fıkıh hareketi, kendi doktrinini geliştirip ekol haline gelince yukarıdaki sıra tersine dönmüş, Kur'an metni en çok vurgulanan husus ya da öğe halini almıştır. Fıkıh alimleri ve ekolleri tarafından geliştirilip yaygınlaştırılan kurallar, zaman içinde siyasal otoritelerce benimsenmiş ve uygulanmalarına önem verilmiştir. Ancak bunlar, hiçbir zaman Hristiyanlıktaki "*Kanon*" kuralları gibi, devlet için hukuksal bir zorunluluk haline gelmemiştir ve bir Şer'i kanun külliyatı oluşturma yoluna gidilmemiştir. Fıkıh okullarının öğretilerinden çıkan sonuçları değerlendiren siyasal otoritelerin uygulamaları ile biriken kurallar, Şeriat denen bir tür özel kişi hukuku oluşturmuştur (Berkes, 1984:15-6).

Şeriat, fakih denen kişilerin geliştirdiği, toplumsal eylemlere yön vermesi beklenen bir normlar sistemidir. Fakihlerin, ilk Müslümanların davranışlarından hareketle ve bunlardan yararlanarak kendi hukuk sistemlerini geliştirdiklerine inanılır. Aslında, tek bir fıkıh okulu olmayıp, baştan itibaren birçok fıkıh okuluna ayrılma, fıkıh kurallarının ve bunların dayanaklarını teşkil eden teorilerin Kur'an'dan çıkmadığını gösterir. Üstelik fıkhî bilgiler alanı, daha çok biçimselleşmiş ibadet, hukuk ve gelenek kurallarını kapsar. Bundan dolayı da şeriat kuralları, kişinin ruhsal yaşamını aşan, evlenme ve sünnet gibi özel hukuk ve gelenek alanlarında, daha geniş eylemler çerçevesinde uygulanır. Ancak bunun, fıkıh bilginlerinin eserlerinde belirtilmiş hükümlere tam olarak uyumlu geliştiği söylenemez. Ayrıca bunlar, hiçbir zaman bütün Müslümanların hepsine uygulanan bir "*medeni kanun*" şeklinde de kurallaştırılmış değildir. Fıkıh bilimi, yalnız hukuk bilginlerinin, hukuk hocalarının, hukuk yazarlarının, eylemleri sistemleştiren kitaplarında yazılı olan bilimdir. Bu hukuk, genel uygulamada şeriatın genel inançlar içeriğine uygun olmakla beraber, "şeriat gereği" ile "*fıkıh gereği*" arasında bir boşluk ya da ayrılık da söz konusudur (Berkes, 1984:47-8). Sonuç olarak,

İslam toplumlarındaki din-toplum-devlet ve hukuk ilişkisini, genellikle Batı'da geliştirilmiş bulunan modellerden hareketle açıklamaya çalışmak, genel ve yaygın kanaatin aksine, bu toplumlardaki çeşitliliği ve farklılığı anlamayı ve açıklamayı güçleştirmektedir denebilir.

Hristiyan tarihine bakıldığında üç ayrı pratik ve üç ayrı din-devlet ilişkisi modeli olduğu görülebilir (Bulaç, 1994 :69-71):

a) Teokratik Model: Hristiyanlığın Katolik mezhebine özgü bir model olup Batı Roma Kilisesi tarihinde gözlenir. Geçmişte birçok kültürde gözlenen Tanrı-Kral modelinin Katolik tecrübesinde yeni bir anlam kazanmış şeklidir. Batı Roma Kilisesi'nin kendine özgü dini ve siyasi pratiğinde Tanrı'nın Sezar üzerinde veya kilisenin devlet üzerinde egemenlik kurduğunu ve buna bağlı olarak devletin Kilise'nin tüzel kişiliğinde dine tâbi olduğu söylenebilir.

b) Bizantinist Model: Bu model, Doğu Roma Kilisesi'nin Ortodoks mezhebi çerçevesinde ortaya çıkmış olup dini devlete tâbi olarak düzenleyen bir modeldir. Ortodoks mezhebinin bu tarihsel modelinde Sezar'ın Tanrı'ya egemen olduğu ve buna bağlı olarak dinin devlete tâbi bir kurum şeklinde varlığını sürdürdüğü söylenebilir.

c) Laik Model: Protestan mezhebinin tarihsel pratiğinde ortaya çıkan bu modelde iki alan ve iki iktidar fikri temel hareket noktası olarak alınarak din ile devletin kesin ve kalın çizgilerle ayrılması söz konusudur. Laiklere göre, Tanrı ve Sezar'ın hakları birbirinden ayrılmalıdır.

Kısacası, Katolik teokrasi, Tanrının Sezar'a; Bizans Ortodoksluğu, Sezar'ın Tanrı'ya egemen olma fikrini savunulurken; protestan laiklik, Tanrı ve Sezar'ın egemen oldukları dünyaların ayrılığı fikrine dayanır.

Bulaç'a göre, İslam siyaset tarihinde, Hristiyanlıkta olduğu gibi iki özerk alan fikrine Batılı anlamıyla rastlanmaz. İslam dünyasında yöneten ve yönetilen, hanedan ve teb'a ayrımı, hiçbir dinî ve teolojik temeli olmayan tümüyle sosyo-politik nitelikte iki kategoridir. Ancak her iki kategori de varlık nedenlerini ve meşruiyetlerini ilahi hukuka dayandırmaya çalışırlar. Peygamber dönemi "*Nebevi Model*", Dört Halife Dönemi "*Hilafet Modeli*" ile Muaviye ile başlayan Emevi dönemi ise "*Saltanat Modeli*" ile temsil edilebilir. İslam'ın siyasal tarihinde en radikal kopuşa Hilafet'in Saltanat'a dönüşmesi adı verilir. Saltanat modelinde; siyasî iktidarın meşruiyetini ilâhi ve kutsal bir kaynağa dayandırması ve yönetimin hanedan ailesinin özel mülkü haline getirilmesi şeklinde bir monarşi yönetimi söz konusudur. İslam tarihinde Halife'nin kişiliğinde dinî, Sultan'ın kişiliğinde siyasî otoritenin toplanması ve bir tür ikili bir düzenlemenin ilk ortaya çıkışı, Selçuklu Sultanı Tuğrul Bey'in Bağdat'a gelişiyle başlar, giderek kurumsallaşarak Osmanlı'da şeriat ve örf adlı iki hukukun oluşumuna dönüşür (1994:73-5).

Aydın'a göre Sünnî İslam'da mevcut olmayanlar şöyle sıralanabilir (2002 :17):

> **a)** Kur'an'da bugün kullandığımız anlamda bir devlet kuramı yoktur. Başka bir deyişle, Kur'an bir hükümet şekli çizmemektedir.
>
> **b)** Din ile devlet arasında bir ayniyet söz konusu değildir. Çağdaş İslam dünyasında bazı çevrelerin adeta bir slogan olarak tekrar edip durdukları "*İslam, din ve devlettir*" ifadesi, görebildiğim kadarıyla klasik literatürde yer almamaktadır.
>
> **c)** Devlet, ilahi nitelikli bir kurum değildir. Halife Allah'ın yeryüzündeki temsilcisi değildir. Hatta "*Resulullah'ın halifesi*" tabirine rağmen halife dini manada Peygamber'in de temsilcisi değildir; çünkü peygamber, kendisine vahiy gelen insandır. Bundan dolayı, İslam'da devlet hiçbir zaman kelimenin hakiki manasıyla "teokratik" veya "mukaddes" olmamıştır; İslam'da hiçbir kişinin veya zümrenin "bağlayıcılık" özelliğine sahip manevi veya ruhani bir otoritesi yoktur (Aydın, 2002: 17-8).

Başlangıçtan itibaren din ve devlet özdeşiminin bulunmadığı, devletin teokratik veya kutsal bir nitelik kazanamadığı İslam toplumlarında, tarihsel süreçte geçilen aşamalara bağlı olarak farklı ölçülerde bulunmakla birlikte, hukukun hatırı sayılır derecede seküler temellere sahip olduğu ifade edilebilir.

OSMANLIDA DİN-TOPLUM-DEVLET VE HUKUK

Günümüzde sık sık ileri sürülen ve bu konuda oldukça yaygın bir kanaat haline gelen görüşün aksine, Müslüman toplumların hiçbirinin siyasal kurumlarının İslamlıktan kaynaklanmadığını, İslam dini ile İslam devleti arasında zorunlu bir birliktelik kurulamayacağını ileri süren Berkes'e göre, bu gerçek Osmanlı Devleti için de geçerlidir. Osmanlı Devleti'nin kurulduğu 14. yüzyılda Türk İslamlığı, siyasal birim ya da devlet içindeki yerini çoktan almış bulunuyordu. Bu dönemde İslamiyetin başlıca işlevi, "*toplumsal beraberlik*" adı verilebilecek oluşuma yön ve destek vermekti. İslamiyetin bu konuda oynadığı rol, inanlar ümmetini ya da cemaatini siyasal bütün içinde geçerli kılmaktı. Bu, "*Şeriat*" olarak adlandırılan, kişi davranışlarını sadece dua ve ibadet bağlamında değil; daha çok dünya işleri, toplumsal ilişkiler bağlamında ele alan "*doğru eylem yolu*"nu gösteren, kişiyi esasında siyasal olmayan kurallara bağlayarak ve inandırarak yönlendiren bir eylem sistematiği sayesinde olmuştur. Başka bir deyişle bu durum, Hristiyanlıkta olduğu gibi, yalnızca dine inanlar birliği anlamında bir kilise yapısı içinde gerçekleşmemiştir. Kişilere uygulanan kurallar, bir din kurumu içinde, ayrı bir topluluk olarak görülen kişilerin uyguladığı kurallar olarak görülmüyordu. Güncel yaşamdaki kurallar, kutsal sayılmayan dünya işleri alanında kalıyordu. Örneğin İslam'da evlenme ve boşanma, Hristiyanlıktakinin aksine, dinsel yanı olmayan hukuksal işlemler niteliğindedir (1984:15).

Osmanlı devlet yapısı içinde, dolaylı olarak bile, İslamiyetten kaynaklanmayan birçok kuralın varlığı söz konusuydu. Başka bir deyişle, bu devlet yapısında Şeriat'ın veya Şer'i kuralların temel önemde olduğunu söylemek zordur. Örneğin, Osmanlı kamu hukukunda hemen hiçbir şey şeriat kurallarından kökenlenmediği gibi, özel kişi hukuku niteliğindeki Şeriat kuralları da hayatın her alanını kapsamamıştır. Siyasal yapıda şeriat kuralları, daha çok bir meşrulaştırma aracı işlevi görmüştür. Şeriat kuralları, İslamiyetin doğuşundan çok sonra yaşamış fakihlerin yapıtlarında, çağın hukuk düşünü kurallarınca dinsel hak ve ödevlerin idealleştirilmiş modelleri olarak kalmıştır. Asıl uygulanan hukuk, çeşitli değişimlere uğramış olan devlet hukuku olmuştur. Şeriat ise,

özel hukukun yaptırım aracı olma işlevini görmüştür. Başka deyişle, toplumsal değişmeye ayak uyduramayan fıkıh kuralları içinde devletin desteğini alamayan şeriat kuralları uygulama dışında kalmıştır. Din-devlet ilişkisinde önde gelen, gerektiğinde dinin gelişimini denetleyen başlıca birim, siyasal kurum olmuştur (Berkes, 1984:18-28).

Ayrıca Osmanlı hukuk sistemi içinde Şeriat'ın yanında, dinin siyasal otorite tarafından uygulanan sert kurallarına karşı tepki niteliğinde gelişen "*Tasavvuf*"da kendi özgü bir dinsel kurallar bütünü yaratmıştır. Tasavvuf, İslamiyette, Hristiyanlıktaki manastır tarikatlarından farklı olarak, devlet eliyle uygulanan din anlayışına karşıt olarak gelişmiştir. Tasavvuf, dinin dünyasal bir görünümü niteliğinde olmadığı gibi, dünyadan tamamen kopuk bir oluşum da değildir. Tasavvuf tarikatları, ulemanın kural biçimciliklerine ve şeriatçılık eğilimine karşı kurumlar olarak gelişmişlerdir (Berkes, 1984:17-8).

Gellner'in İslam hakkında ileri sürdüğü "*ümmet modeli*"ne göre, İslamiyet laikleşmeye karşı direnci bakımından dünya uygarlıkları arasında benzersiz bir yere sahiptir. Her zaman iki tür "*yaşanan İslam*" söz konusu olmuştur; İslamiyetin kutsal kitaba dayalı "*yüksek*" versiyonu ile halk İslamı'nı temsil eden "*aşağı*" versiyonu olarak. Bu model içinde halk İslamı, daima "*yüksek İslam*" yönünde değiştirilmeye zorlanır şekilde tasvir edilir. Sunar'a göre, Osmanlı İmparatorluğu Gellner'in kafasını karıştırır. Gellner'in başvurduğu "*kanun*" sözcüğü, Osmanlı bağlamında bütünleşmiş bir şer'i ve örfî hukuku değil, sadece örfî hukuk anlamına geliyordu. Aynı zamanda Bizans İmparatorluğu'nun da mirasçısı olan Osmanlılara ilham veren model, "*hilafet*" değil, devlet ile dinin ayrılmasına dayanan "*emperyal*" paradigmaydı. Esas olarak, sekizinci yüzyıldan itibaren Müslüman dünya üzerindeki hakimiyetinin kapsam ve süresi dikkate alındığında, İslamiyette kural halinde olanın "*hilafet paradigması*" değil de "*emperyal paradigma*" olduğu görülür. Pek çok Müslüman toplum, Gellner'in monolitik "ümmet modeli"ne uymadığı gibi bugün de uymuyor. Aksine ayrı ayrı devlet ve din kurumları etrafında şekillenen bir yapılanma söz konusudur. Bu farklılaşma ilk kez, halifeliğin dünyevî bir siyasal rejim –Müslüman komünal ve dinsel birlikler şeklinde ayrıştığı 8. ve 9. yüzyılda gerçekleşmiştir. Fıkıh okulları, Sufî tarikatları, dergahları, Şia mezhepleri, bu birlikler arasında yer alıyordu. Özetle, modern öncesi çağda iki alternatif "*Müslüman toplum*" kavramı var olmuştur; devlet ile cemaati, siyaset alanı ile din alanını ayrılmaz şekilde bütünleştiren "*hilafet*" ve Müslüman dini yaşamın gerçek taşıyıcıları olan yarı bağımsız birlikleri yöneten "*sultanlık*" olarak. "*Sultanî*" ya da "emperyal" denen gelenek içinde İslamiyet, devlet-din ayrılığına karşı olmadığı gibi çoğulculuğa da karşı değildir. Örneğin, Osmanlı millet sisteminde dört başı mamur bir çoğulculuk mümkün olmuştur. Hilafet modelinde inanç, iktidar ve toplum arasındaki çember dokunulmazlığını korurken, emperyal modelde inanç ile iktidar arasındaki bağ kopar, ancak inanç ile toplum arasındaki bağ muhafaza edilir. Günümüz İslam devletlerinden radikal dinci İran ve Suudi Arabistan gibi ülkelerde "*hilafet modeli*"; Fas, Ürdün ve Pakistan gibi ülkelerde "*emperyal model*", iki modeli de reddederek inanç, iktidar ve toplum arasındaki çemberi koparan Türkiye'de ise "emperyal laik devlet modeli"nin varlığından söz edilebilir (Sunar, 1999: 12-21).

Osmanlı toplum yapısını "*siyasî toplum*" ve "*piyasa toplumu*" kavramlaştırması çerçevesinde analiz edilebileceğini ileri süren İslamoğlu-İnan (1999), siyasi bir mantığın egemen olduğu, ekonominin ve toplumsal yapının, egemen grupların gelir ve meşruiyet kaygıları çerçevesinde düzenlendiği toplumu "*siyasi toplum*" olarak nitelendirirken; piyasa mantığının egemen olduğu, toplumun ve ekonominin piyasaya yönelik mübadele faaliyetleri çerçevesinde ve bu faaliyetlerin düzenleyicisi olan merkezi bir devletin gelir ve meşruiyet kaygıları doğrultusunda oluşan toplumu ise "*piyasa toplumu*" olarak adlandırır (1999:2). Bu kavramlaştırmanın, İmparatorluk'tan Cumhuriyet'e Türk hukukunun süreç içerisindeki değişimini anlamakta belli bir işlevsel değere sahip olduğu söylenebilir.

Osmanlı gibi siyasi toplumlarda hukuk, ağırlıklı olarak bir çelişkiler alanını ve bu çelişkilerin uzlaşma ortamını tanımlar. Piyasa toplumlarında ise hukuk, merkezi devletin ve iktisadi sınıfların bir aracı olma eğilimindedir. Piyasa toplumlarında hukuk kuralları, genel ve soyut bir niteliğe sahipken, devlet-ticarî faaliyet ayrışmasına bağlı olarak kamu hukuku-özel hukuk ayrımı söz konusuyken; siyasi toplumlarda hukuk kuralları, tikel nitelikte olup özel durumları dikkate alan izinler, yasaklar ve reçetelerden oluşur. Kamu hukuku kuralları-özel hukuk kuralları şeklinde bir bölünme yoktur. Bundan dolayı da Osmanlıda görülen kanun-şeriat ayrımı, kamu hukuku-özel hukuk ayrımına tekabül etmez. Gerek kanun gerekse şeriat, tikel nitelikte olup belli durumları, kişileri ve grupları hedef alır. Hukuk, genel ve soyut kurallar niteliğinde değildir. Örneğin, Osmanlı vergi kuralları, farklı grupların, bölgelerin vergi mükellefiyetlerini, muafiyetlerini ve bunların koşullarını ayrıntılı bir şekilde belirlemektedir. 19 yüzyıl Osmanlı siyasi toplumundan piyasa toplumuna geçiş sürecinde vergiye ilişkin kurallar genel kamu hukuku kuralları haline gelmeye başlamış, piyasa toplumu koşullarında merkezi devletin genelleşen vergi talepleri, 19. yüzyıl öncesi dönemde tikel kurallar çerçevesinde vergiden muaf olan grupların, özellikle loncaların ve ulemanın direnişiyle karşılaşmıştır Bu şartlar altında İslami fıkıh ilkelerinden çıkarak düzenlenen Mecelle, Osmanlı siyasi toplumundaki "*mülk*"ten farklı olarak özel mülkiyetin tanımlanması doğrultusunda mübadele kuralları oluşturma çabasını temsil eder (İslamoğlu-İnan, 1999:5-8).

Laik devlet, ülkenin her yanında her vatandaş için aynı mevzuatın geçerli olduğu, yönetsel ve adlî kuralların standardize edildiği, merkeziyetçi bir devlettir. Dini kuralların ve ayrımların kalkması, ayrı cinsten, dilden, dinden tüm insan gruplarına aynı hukukun uygulanması anlamına gelir. Osmanlı hukuk düzeninde dindışı uygulamalar yaygın olmakla birlikte, Osmanlı devlet ve toplum düzeni laik olarak görülemez. Bunun temel nedeni; toplumun dini mensubiyet esasına göre millet adı verilen gruplara bölünmesi, vergi, yargı, eğitim işlerinin bu gruplar içinde dinin cemaat liderleri tarafından örgütlenip yürütülmesidir. Bu, aynı zamanda, adlî ve idarî örgütlenmede bir tür dine dayalı ademi merkeziyetçilik ve çeşitliliğin bulunması anlamına gelir. Osmanlı padişahlarının, ruhanî denemezse de, dini bir unvan olan hilafet unvanına sahip olmaları, egemenliğin meşruiyetinin ilahî bir kaynağa dayandırılmış olması da, Osmanlı devlet ve toplum hayatındaki egemen ideolojinin laik olmadığını gösterir (Ortaylı, 2007:138-39).

Başta Ömer Lütfi Barkan olmak üzere bir grup yazar tarafından savunulan Osmanlı devlet ve toplum hayatında uygulamada Şer'i hükümlerden ziyade dünyevî otorite tarafından ihdas edilen örfi kuralların, örf ve âdetin hakim olduğu görüşüne katılan Ortaylı'ya göre, Osmanlı idaresi toplum ve devlet hayatının temel kurum ve ilişkilerini Şer'i mevzuattan çok, örfî kanunlarla, hatta mahallî gelenek ve teamülle düzenlemeyi tercih etmiştir. Osmanlı kadısı bile sadece toprak düzeni, maliye gibi konularda değil, hatta bazen aile hukukuna ilişkin sorunlarda bile şeriattan çok örf ve âdet hukukuna başvurmayı tercih etmiştir (2007:137-38).

Köprülü'ye göre, hukuki müesseseler tarihi hususunda orta zaman Müslüman hukukçuların dar ve şematik nazariyelerinin dışına çıkılamamış, Türkler de dahil olmak üzere, bütün Müslüman toplumlarda müşterek ve değişmez bir İslam hukuku düşüncesinden ileri gidilememiştir. Kökenini dinden alan bu hukukun değişmez olduğu inancı egemen olmuştur. Bu anlayışın olağan sonucu olarak da Türklerin hayatından ve Türk örf ve âdetlerinden doğmuş bir Türk hukuku yoktur; İslam dünyası içinde yaşayan Türklerin özel hukuku İslam hukukundan ibarettir; kamu hukuku bakımından ise, Osmanlılarda başlangıçta Sunnî-Hanefi mezhebinin ahkâmı baskın olmuş, ardından İstanbul'un fethiyle Bizans'tan bazı kamu müesseseleri alınmış, Kanuni döneminde bazı hayati zorunluluklar nedeniyle dini hukuktan kısmen ayrılarak birtakım kanunlar çıkarılmıştır görüşü, bilhassa Batılı yazarlarda baskın olmuştur. Oysa Türkler, eski zamanlardan beri büyük siyasî oluşumlara hayat vermiş, üstelik orta zaman Türklerinin hepsi de göçebe değildi. Devlet kurmak, kamu kurumları yaratmak demek olduğuna göre, büyük Türk İmparatorluklarının sağlam hukuki müesseseler meydana getirmiş olmaları olağandır. Türkler, İslamiyeti benimsedikleri zaman, eski ve güçlü bir hukuk kültürüne sahiptiler (2005:11-20).

Kafadar (2001)'a göre, Osmanlı siyasal düşüncesinin kaynakları üzerinde durulurken geniş bir kültür coğrafyasına ve tarihine uzanarak, Helen ve Roma döneminin kültür mirasına, İran ve Hint Medeniyetine de bakmak gerekir. Ancak İslam medeniyetinin kendine özgü siyasal kurumları ve düşünce sistematiği de vardır. Hilafet belki insanlık tarihinde birçok örneğe benzetilebilir; ama sonuç olarak İslam tarihinin kendi dinamikleri içinde anlaşılabilir. "*Sultanlık*" kurumu ile birlikte ortaya çıkan "*hilafet-saltanat*" ikilemi için de aynı şey söylenebilir. Osmanlı düşüncesi, bir yanda İslam medeniyetine ait görüşler çerçevesinde gelişirken, diğer yandan İç Asya bozkırlarının köklü siyasal geleneklerini de yeniden yorumlamış ve bunların tümünde bir sentez yaratarak uzun ömürlü bir devletin anlam dünyasını kurmuştur. İç Asya siyaset kültüründen Osmanlı'ya intikal edenler arasında "*yasa*" kavramı önemli bir yere sahiptir. Padişahın, Şer'i hukuku uygulama ya da uygulatmanın yanı sıra, ilke olarak onunla çelişmeyen yasa koyabilmesi açısından Osmanlılar, hem açık hem de sistematik davranmışlardır. Fatih Sultan Mehmet'in Kanunnamesi, İslam tarihinde "*yasa*"nın tek tek hükümler yoluyla değil de soyut ve genel bir dille yazıya dökülmesi, yani bir anlamda kodifiye edilmesi yönünde bir ilk örnektir.

SONUÇ

Türk hukuku, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e kadar birçok değişime uğramıştır. Bu hukuk, özellikle toplumsal hayat

içinde "*yaşayan hukuk*" olarak çok zengin ve güçlü seküler temellere sahiptir.

İslam toplumlarında başlangıçtan itibaren din, toplum ve devlet yaşamının iç içe geçerek zamanla bir uygarlığa hayat vermesi, başka bir deyişle dinin toplumsal ve kültürel hayatla iç içe bir nitelikte bulunması, toplum ve devlet hayatından kopuk bir dinsel yaşamın kendi içine kapanarak dinsel değer ve norm üretmesine imkan vermemiştir. Böylece İslam, seküler ve dinsel değerleri bir arada muhafaza eden, toplumsal, siyasal ve kültürel hayata kapılarını açık tutan bir din kimliğinde olmuştur.

Osmanlı hukukunun kaynakları arasında yer alan İslam hukuku, gerek doğup geliştiği bölgenin geleneklerinden, örf-âdet ve uygulamalarından, gerekse etkileşime girdiği diğer toplumların, kültürlerin ve uygarlıkların siyasal ve hukuksal yapısından etkilenmiştir. Bu çerçevede, İslam hukukunun şekillenmesinde önemli yeri olduğu bilinen Bizans, Sasani, Roma hukuk düşüncesi ve geleneği ile Mezopotamya bölgesinde daha önce yaşamış uygarlıkların hukuk mirasının dikkate alınması, İslam hukukunun ve bu bağlamda Osmanlı hukukunun analizi bakımından bir gerekliliktir.

En basit yerli kabile toplum yapılarından günümüzün karmaşık toplum yapılarına kadar, değişik ölçülerde olmakla birlikte, neredeyse tüm toplumlarda gözlenebilen dinsel ile dünyasalın ya da kutsal olan ile seküler olanın bir arada mevcudiyeti, Osmanlı toplumu açısından da söz konusudur.

Osmanlı'da her zaman şer'î kuralların yanında örfî kurallar, örf ve adetler yan yana mevcut olmuştur. Osmanlı toplum yapısı içinde yaşayan birçok etnik ve dinsel topluluğun ya da cemaatin, kendi geleneklerine, göreneklerine, inanç sistemlerine dayalı olarak şekillenen hukuk sistemleri de olmuştur. Böylesine çoğulcu bir yapı içinde; sadece Şeriat'a dayalı bir hukuk hayatının var olduğu ileri sürülemeyeceği gibi, ulema eliyle gelişen fıkhın da toplumun hukuk hayatının tümünü kuşatıp çerçevelediği söylenemez. Üstelik fıkıh kuralları da tümüyle Kur'an hükümleriyle hadislerden çıkarılmış değildir. Kısacası İslam hukuku, yalnızca Şeriat temelinde şekillenen bir hukuk olmadığı gibi, her zaman aynı kalan ya da değişmeyen bir "*öz*"e de sahip olmamıştır. Zaten, toplum, devlet ve hukuk hayatında rol oynayan bir çok kimsenin katkıda bulunduğu, yorumlayıp uyguladığı, diğer kültürlerle etkileşim içinde olan bir hukukun, bir örnek homojen nitelikte olması da beklenemezdi.

Osmanlı'da başlangıçtan itibaren güçlü ve giderek merkezileşen bir devlet yapısıyla karşı karşıya kalan İslam'ın, İslam şeriatı ve hukukunun devlet gücü karşısında büyük bir ağırlık taşıması beklenemezdi. Hiçbir zaman teokratik ya da kutsal nitelik taşımamış, tersine "*sultan*" veya "*saltanat modeli*"nin belirleyici olduğu böyle bir yapıda aksi de mümkün olamazdı. Ayrıca çok geniş coğrafyalara yayılmış, çok farklı toplumlarla ve kültürlerle etkileşime girmiş, kendi içinde çok farklı ve çeşitli unsurları barındıran İmparatorluk içinde hukuka seküler temel oluşturabilecek çok çeşitli kaynak bulunuyordu.

Sonuç olarak denebilir ki, "*kitaptaki din*" ile "*yaşayan din*", "*kitaptaki hukuk*" ile "*yaşayan hukuk*" ayrımı bağlamında; toplumun sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel, tarihsel ve coğrafî koşullarıyla etkileşim içinde şekillenen "*yaşayan din*" ve "*yaşayan hukuk*" olgusu dikkate alındığı takdirde, "*Osmanlıdan Cumhuriyet'e Türk Huku-*

Başta Ömer Lütfi Barkan olmak üzere bir grup yazar tarafından savunulan Osmanlı devlet ve toplum hayatında uygulamada Şer'i hükümlerden ziyade dünyevî otorite tarafından ihdas edilen örfi kuralların, örf ve âdetin hakim olduğu görüşüne katılan Ortaylı'ya göre, Osmanlı idaresi toplum ve devlet hayatının temel kurum ve ilişkilerini Şer'i mevzuattan çok, örfî kanunlarla, hatta mahallî gelenek ve teamülle düzenlemeyi tercih etmiştir. Osmanlı kadısı bile sadece toprak düzeni, maliye gibi konularda değil, hatta bazen aile hukukuna ilişkin sorunlarda bile şeriattan çok örf ve âdet hukukuna başvurmayı tercih etmiştir (2007:137-38).

Köprülü'ye göre, hukuki müesseseler tarihi hususunda orta zaman Müslüman hukukçuların dar ve şematik nazariyelerinin dışına çıkılamamış, Türkler de dahil olmak üzere, bütün Müslüman toplumlarda müşterek ve değişmez bir İslam hukuku düşüncesinden ileri gidilememiştir. Kökenini dinden alan bu hukukun değişmez olduğu inancı egemen olmuştur. Bu anlayışın olağan sonucu olarak da Türklerin hayatından ve Türk örf ve âdetlerinden doğmuş bir Türk hukuku yoktur; İslam dünyası içinde yaşayan Türklerin özel hukuku İslam hukukundan ibarettir; kamu hukuku bakımından ise, Osmanlılarda başlangıçta Sunnî-Hanefi mezhebinin ahkâmı baskın olmuş, ardından İstanbul'un fethiyle Bizans'tan bazı kamu müesseseleri alınmış, Kanuni döneminde bazı hayati zorunluluklar nedeniyle dini hukuktan kısmen ayrılarak birtakım kanunlar çıkarılmıştır görüşü, bilhassa Batılı yazarlarda baskın olmuştur. Oysa Türkler, eski zamanlardan beri büyük siyasî oluşumlara hayat vermiş, üstelik orta zaman Türklerinin hepsi de göçebe değildi. Devlet kurmak, kamu kurumları yaratmak demek olduğuna göre, büyük Türk İmparatorluklarının sağlam hukuki müesseseler meydana getirmiş olmaları olağandır. Türkler, İslamiyeti benimsedikleri zaman, eski ve güçlü bir hukuk kültürüne sahiptiler (2005:11-20).

Kafadar (2001)'a göre, Osmanlı siyasal düşüncesinin kaynakları üzerinde durulurken geniş bir kültür coğrafyasına ve tarihine uzanarak, Helen ve Roma döneminin kültür mirasına, İran ve Hint Medeniyetine de bakmak gerekir. Ancak İslam medeniyetinin kendine özgü siyasal kurumları ve düşünce sistematiği de vardır. Hilafet belki insanlık tarihinde birçok örneğe benzetilebilir; ama sonuç olarak İslam tarihinin kendi dinamikleri içinde anlaşılabilir. "*Sultanlık*" kurumu ile birlikte ortaya çıkan "*hilafet-saltanat*" ikilemi için de aynı şey söylenebilir. Osmanlı düşüncesi, bir yanda İslam medeniyetine ait görüşler çerçevesinde gelişirken, diğer yandan İç Asya bozkırlarının köklü siyasal geleneklerini de yeniden yorumlamış ve bunların tümünde bir sentez yaratarak uzun ömürlü bir devletin anlam dünyasını kurmuştur. İç Asya siyaset kültüründen Osmanlı'ya intikal edenler arasında "*yasa*" kavramı önemli bir yere sahiptir. Padişahın, Şer'i hukuku uygulama ya da uygulatmanın yanı sıra, ilke olarak onunla çelişmeyen yasa koyabilmesi açısından Osmanlılar, hem açık hem de sistematik davranmışlardır. Fatih Sultan Mehmet'in Kanunnamesi, İslam tarihinde "*yasa*"nın tek tek hükümler yoluyla değil de soyut ve genel bir dille yazıya dökülmesi, yani bir anlamda kodifiye edilmesi yönünde bir ilk örnektir.

SONUÇ

Türk hukuku, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e kadar birçok değişime uğramıştır. Bu hukuk, özellikle toplumsal hayat içinde "*yaşayan hukuk*" olarak çok zengin ve güçlü seküler temellere sahiptir.

İslam toplumlarında başlangıçtan itibaren din, toplum ve devlet yaşamının iç içe geçerek zamanla bir uygarlığa hayat vermesi, başka bir deyişle dinin toplumsal ve kültürel hayatla iç içe bir nitelikte bulunması, toplum ve devlet hayatından kopuk bir dinsel yaşamın kendi içine kapanarak dinsel değer ve norm üretmesine imkan vermemiştir. Böylece İslam, seküler ve dinsel değerleri bir arada muhafaza eden, toplumsal, siyasal ve kültürel hayata kapılarını açık tutan bir din kimliğinde olmuştur.

Osmanlı hukukunun kaynakları arasında yer alan İslam hukuku, gerek doğup geliştiği bölgenin geleneklerinden, örf-âdet ve uygulamalarından, gerekse etkileşime girdiği diğer toplumların, kültürlerin ve uygarlıkların siyasal ve hukuksal yapısından etkilenmiştir. Bu çerçevede, İslam hukukunun şekillenmesinde önemli yeri olduğu bilinen Bizans, Sasani, Roma hukuk düşüncesi ve geleneği ile Mezopotamya bölgesinde daha önce yaşamış uygarlıkların hukuk mirasının dikkate alınması, İslam hukukunun ve bu bağlamda Osmanlı hukukunun analizi bakımından bir gerekliliktir.

En basit yerli kabile toplum yapılarından günümüzün karmaşık toplum yapılarına kadar, değişik ölçülerde olmakla birlikte, neredeyse tüm toplumlarda gözlenebilen dinsel ile dünyasalın ya da kutsal olan ile seküler olanın bir arada mevcudiyeti, Osmanlı toplumu açısından da söz konusudur.

Osmanlı'da her zaman şer'î kuralların yanında örfî kurallar, örf ve adetler yan yana mevcut olmuştur. Osmanlı toplum yapısı içinde yaşayan birçok etnik ve dinsel topluluğun ya da cemaatin, kendi geleneklerine, göreneklerine, inanç sistemlerine dayalı olarak şekillenen hukuk sistemleri de olmuştur. Böylesine çoğulcu bir yapı içinde; sadece Şeriat'a dayalı bir hukuk hayatının var olduğu ileri sürülemeyeceği gibi, ulema eliyle gelişen fıkhın da toplumun hukuk hayatının tümünü kuşatıp çerçevelediği söylenemez. Üstelik fıkıh kuralları da tümüyle Kur'an hükümleriyle hadislerden çıkarılmış değildir. Kısacası İslam hukuku, yalnızca Şeriat temelinde şekillenen bir hukuk olmadığı gibi, her zaman aynı kalan ya da değişmeyen bir "*öz*"e de sahip olmamıştır. Zaten, toplum, devlet ve hukuk hayatında rol oynayan bir çok kimsenin katkıda bulunduğu, yorumlayıp uyguladığı, diğer kültürlerle etkileşim içinde olan bir hukukun, bir örnek homojen nitelikte olması da beklenemezdi.

Osmanlı'da başlangıçtan itibaren güçlü ve giderek merkezileşen bir devlet yapısıyla karşı karşıya kalan İslam'ın, İslam şeriatı ve hukukunun devlet gücü karşısında büyük bir ağırlık taşıması beklenemezdi. Hiçbir zaman teokratik ya da kutsal nitelik taşımamış, tersine "*sultan*" veya "*saltanat modeli*"nin belirleyici olduğu böyle bir yapıda aksi de mümkün olamazdı. Ayrıca çok geniş coğrafyalara yayılmış, çok farklı toplumlarla ve kültürlerle etkileşime girmiş, kendi içinde çok farklı ve çeşitli unsurları barındıran İmparatorluk içinde hukuka seküler temel oluşturabilecek çok çeşitli kaynak bulunuyordu.

Sonuç olarak denebilir ki, "*kitaptaki din*" ile "*yaşayan din*", "*kitaptaki hukuk*" ile "*yaşayan hukuk*" ayrımı bağlamında; toplumun sosyal, siyasal, ekonomik, kültürel, tarihsel ve coğrafî koşullarıyla etkileşim içinde şekillenen "*yaşayan din*" ve "*yaşayan hukuk*" olgusu dikkate alındığı takdirde, "*Osmanlıdan Cumhuriyet'e Türk Huku-*

ku"nun oldukça çeşitlenmiş, farklılaşmış, çoğulcu bir karaktere sahip olduğu anlaşılabilecektir. Bu çerçevede Osmanlı devlet ve toplum hayatında, gündelik yaşam ve uygulamada Şer'i hükümlerden ziyade dünyevi ya da seküler otorite tarafından konan örfî kuralların, mahalli örf ve adetlerin egemen olduğu söylenebilir.

KAYNAKÇA

- Ağaoğulları, Mehmet Ali ve Levent Köker (1996). *İmparatorluktan Tanrı Devletine*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Aktay, Yasin (2003). "Osmanlı'da Hukuk ve Meşruiyet Üzerine Bir Tarih Sosyolojisi." *Tezkire*, sayı:34, Eylül/Ekim 2003: 32-60.
- Al-Azmeh, Aziz (2003). *İslamlar ve Moderniteler.* Çev., Elçin Gen. İstanbul: İletişim Yayınları.
- Anleu, Sharyn L.Roach (2000). *Law and Social Change.* London; Sage Publication.
- Arkoun, Mohammed(1994). "İslamî Bir Bakış Açısı İçinde Pozitivizm ve Gelenek, Kemalizm Olayı." Çev., Emre Öktem. *Cogito*, Yaz 1994: 51-59.
- Arkoun, Mohammed(1999). *İslam Üzerine Düşünceler.* Çev., Hakan Yücel. İstanbul: Metis Yayınları.
- Arslan, Ahmet(1999). *İslam, Demokrasi ve Türkiye.* Ankara: Vadi Yayınları.
- Asad, Talal(2007). *Sekülerliğin Biçimleri: Hıristiyanlık, İslamiyet ve Modernlik.* Çev., Ferit Burak Aydar. İstanbul: Metis Yayınları.
- Atay, Tayfun(2004). *Din Hayattan Çıkar: Antropolojik Denemeler.* İstanbul: İletişim Yayınları.
- Aydın, Mehmet S. (2002). "Sünnî İslam'da Din-Devlet İlişkileri." Cemal Uşsak (ed.). *Dünyada Din-Devlet İlişkileri: Ülkeler Arası Karşılaştırmalar.* İstanbul: Gazeteciler ve Yazarlar Vakfı Yayınları. 15-26.
- Aydın, Mehmet Âkif (1996). *İslam ve Osmanlı Hukuku Araştırmaları.* İstanbul: İz Yayıncılık.
- Barkan, Ömer Lutfi (1945). "Osmanlı İmparatorluğu Teşkilat ve Müesseselerinin Şer'iliği Meselesi". *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* (10): 203-224.
- *Berkes, Niyazi (1984). Teokrasi ve Laiklik. İstanbul*: Adam Yayınları.
- Berkes, Niyazi(2006). *Türkiye'de Çağdaşlaşma.* Yay.Haz., Ahmet Kıyaş. İstanbul: YKY.
- Bulaç, Ali (1994). "İslam ve Modern Zamanlarda Din-Devlet İlişkisi". *Cogito.* Yaz 1994:67-87.
- Crone, Patricia (2007). *Ortaçağ İs-lam Dünyasında Değişme.* Çev., Hakan Köni, İstanbul: Kapı Yayınları.
- Durkheim, Emile (2005). *Dini Hayatın İlkel Biçimleri.* Çev., Fuat Aydın. İstanbul: Ataç Yayınları.
- El-Azm Sadık C. (1999). "İslamiyet Laikleşebilir mi?" *Sivil Toplum, Demokrasi ve İslam Dünyası.* Elisabeth Özdalga ve Sune Persson (der.). İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları. 22-30.
- Friedman, Lawrance M.(1977). *Law and Society.* New Jersey: Prentice-Hall.
- Hassan, Ümit(2001). *Osmanlı: Örgüt-İnanç-Davranış'tan Hukuk-İdeoloji'ye.* İstanbul: İletişim Yayınları.
- İslamoğlu-İnan, Huri(1999). "Hukuk, Mülkiyet, Meşruiyet: Mukayeseli Tarih Yazımı İçin Bir Öneri". *Osmanlı'dan Cumhuriyet'e: Problemler, Araştırmalar, Tartışmalar.* Hamdi Can Tuncer (Yay.haz.). İstanbul; Tarih Vakfı Yurt Yayınları. 1-13.
- Kafadar, Cemal (2001). "Osmanlı Siyasal Düşüncesinin Kaynakları Üzerine Gözlemler" *Tanzimat ve Meşruiyet'in Birikimi Cilt 1.* Mehmet Ö. Alkan (der.). İstanbul: İletişim Yayınları. 23-28.
- Karadeniz, Özcan (1974). *Roma Hukuku.* Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.
- Köprülü, M.Fuad (2005). *İslam ve Türk Hukuk Tarihi Araştırmaları ve Vakıf Müessesesi.* Ankara, Akçağ Yayınları.
- Lapidus, Ira M. (1996). "State and Religion in Islamic Societies". *Past and Present* 151: 3-27.
- Malinowski, Bronislaw (2000). *Büyü, Bilim ve Din.* Çev., Saadet Özkal. İstanbul: Kabalcı Yayınevi.
- Malinowski, Bronislaw (2003). *Yabanıl Toplumda Suç ve Gelenek.* Çev., Şemsa Yeğin. İstanbul: Epsilon Yayıncılık.
- Mardin, Şerif(1983). *Din ve İdeoloji.* İstanbul: İletişim Yayınları.
- Mert, Nuray1994). "Laiklik Tartışması ve Siyasal İslam". *Cogito*, Yaz 1994: 89-101.
- Morris, Brian(2004). *Din Üzerine Antropolojik İncelemeler.* Çev., Tayfun Atay. Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- Ortaylı, İlber(2007). *Batılılaşma Yolunda.* İstanbul: Merkez Kitaplar.
- Öktem, Niyazi(1994). "Dinler ve Laiklik". *Cogito*, Yaz 1994: 33-49.
- Roy, Oliver(1995). *Siyasal İslamın İflası.* Çev., Cüneyt Akalın. İstanbul: Metis Yayınları.
- Sunar, İlkay(1999). "Sivil Toplum ve İslamiyet". *Sivil Toplum; Demokrasi ve İslam Dünyası.* Elisabeth Özdalga ve Sune Persson (der.). İstanbul: Tarih Vakfı Yurt Yayınları. 11-21.
- Şenel, Alaeddin (1982). *Siyasal Düşünceler Tarihi.* Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları.
- Tanilli, Server (1998). *Yüzyılların Gerçeği ve Mirası* (Cilt:1). İstanbul: Adam Yayınları.
- Turner, Bryan S. (1997). *Max Weber ve İslam: Eleştirel Bir Yaklaşım.* Çev., Yasin Aktay. Ankara: Vadi Yayınları.
- Yüksel, Mehmet (2004). *Modernite Postmodernite ve Hukuk.* Ankara: Siyasal Kitabevi yayınları.

Kant'ın Ahlak Felsefesinden Habermas'ın Söylem Etiğine Geçiş

Ülker YÜKSELBABA*

I. GİRİŞ

Büyük filozof Immanuel Kant (1724-1804), bütünlüğü olan bir felsefi sistem kurmuştur. Kant'ın felsefesini iki döneme ayırmak gerekir: 1.Eleştiri öncesi dönem 2.Eleştiri dönemi. Eleştiri öncesi dönemde ilk olarak doğa bilimlerine yöneldiği, "Genel Doğa Tarihi ve Gökyüzü Kuramı"nı yazar. Sonrasında metafizik dönem olarak adlandırılan, Leibniz-Wolf felsefesinin etkisinde olduğu dönem gelir. Bu dönemden ise İngiliz filozofu David Hume'un (1711-1776) yapıtlarıyla "dogmatik uykusundan" uyanarak çıkar[1]. Kant'ı etkileyen diğer bir düşünür ise Rousseau'dur. Rousseau'nun savunduğu insanın doğuştan bazı haklara sahip olduğu görüşü Kant'ı çok etkiler. İnsanın ahlaksal değeri ve insan hakları gibi değerleri, tartışma konusu dışına çıkarmak isteyen Kant, Rousseau'da bunu bulur. Ayrıca Rousseau ona ahlaksal evrenin anahtarını gösterir: Özgürlük[2].

Hume'un yolunu açtığı kuşku felsefesi, Kant'ı eleştiri felsefesine götürür. Aydınlanma filozoflarının hepsinde eleştiri olmasına rağmen, onlarda dağınık, bulanık ve üstü örtüktür. Eleştiri, Kant'ın tüm kuramlarının hem çıkış noktasıdır, hem yöntemidir. Descartes'de olduğu gibi Kant aklı insanın insan olmasını sağlayan güç olarak görürken, aynı zamanda her iki filozof da aklın eleştirel kullanımını vurgular. Akıl, insanı diğer varlıklardan ayıran temel yetenektir[3] ve insan ancak akıl sayesinde bilinçli bir varlık haline gelir. Kant'a göre aydınlanma bir eleştiri çağıdır[4] ve insan aklını kullanarak eleştirir ve erginleşir.

Kant, modernitenin insanını "ergin insan"[5] olmaya çağırmaktadır. Yani modern insanın yargılarına ve öğütlerine göre hareket ettiği "bekçilerinden" kurtulmasını söyler[6]. Akıl sahibi insanı, kendi kendini temellendiren, akıl aracılığıyla kendisini içsel eleştiriye tabi tutan insan olarak görür. Aydınlanmanın aşırı akıl vurguculuğuna ve özne merkezli modern felsefeye karşı Kant, yine akıl süzgeciyle eleştiren özneye işaret etmektedir. Kant'ın öznesi 'kendi kendine hüküm koyabilen bir 'kendiliğinden özne' olarak tanımlanabilir. Bireysel olarak olumsallıktan kaçınılamasa da eleştiri sayesinde özne aklın sınırlarını görebilecek ve olumsallığı aşabilecektir[7].

Aydınlanma dönemi bilimsel bilginin, metafiziği ortadan sildiği bir dönemdir ve Kant bilimsel bilgide olduğu gibi, tartışmaya mahal vermeyecek metafizik bilgiye ulaşmak istemektedir[8]. Bu bağlamda bilginin ve sınırlarının ne olduğu sorusuna yanıt arayan Kant, teorik akıl, pratik akıl ve estetik akıl ayrımı yaparak ve bunlarla elde edebileceğimiz bilginin sınırlarını tanımlayarak, eleştirel felsefesini akla konumlandırır[9]. Metafizikle ilgili sorunların salt akıl olmadan anlaşılmasının imkansızlığını Saf Aklın Eleştirisi adlı kitabında anlatır. Metafizik sorular çok bilme boş hevesinden doğmamaktadır; aklın kendisinden gelmektedir. Düşüncenin, verilmiş duyular dünyasının sınırları içinde kalmayıp, derinlere gitmek istemesi, temelini insan aklının varlık yapısında bulur[10]. Fakat Kant'a göre insan aklı sadece salt akıldan yani teorik akıldan oluşmaz. Aynı zamanda pratik bir yanı vardır. Pratik akıl ise insanın ne yapması gerektiği hakkında bilgiyi sağlar ve bunu insana gösterir[11]. Bilginin kaynakları konusunda ampirizmi ve rasyonalizmi savunanlar karşısında ikisinin sentezini yaparak cevap veren Kant, hem rasyonalistler gibi a priori bilginin varlığını, hem de ampiristler gibi deneyimle elde edilen bilginin varlığını savunur[12].

Kant, iki akılla başlayan felsefesine, bu iki aklın evreni ve bunların arasındaki ilişkiyi çözümleyerek devam eder. Fakat ağırlık hep salt aklın merkezde olduğu idealizmdir. İdealizmi objektifleştirmeyi aynı zamanda algılanır dünyayı açıklama çabasıyla bütünleştiren Kant, bütün felsefesi içinde, ön yargıları, bireyselleştirilmeye açık kavramayı kaldırmaya çalışır[13].

Teorik ve pratik akıl ile kavrayabileceğimiz evrenler ayrıdır: Doğal ve ahlaksal evrenler ikilemi sisteminin temelini oluşturur. Fenomenler evreni teorik akılla ve numenler evreni pratik akılla kavranabilir. Üçüncü bir akıl olarak estetik akıl ile güzellik ve Tanrı kavranabilir[14].

II. KANT'IN AHLAK FELSEFESİ

Modernitenin felsefecisi olan Kant, nesnel bir ahlak kuramı ileri sürer. Ahlakı deneyim alanı dışına, evrenselliğe taşımaya çalışır. Modernitenin "ergin" insanı kendi aklı ile bu ahlakı bulabilecek güçtedir[15].

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı

(1) Bedia Akarsu, Çağdaş Felsefe, 3. bs., İstanbul, İnkilap Kitapevi, 1994, s.25 vd.

(2) Ernest Cassier, Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi, Çev. Doğan Özlem, 2. bs. İstanbul, İnkilap Kitabevi, 1995, s.101-102.

(3) Adnan Güriz, Hukuk Felsefesi, 4. bs. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:511, 1996, s.216.

(4) Ahmet Ulvi Türkbağ, "Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet," Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, İstanbul: Afa Yayıncılık, Şubat 1995, s.72, Afşar Timuçin, Düşünce Tarihi, İstanbul, BDS Yayınları, Ekim 1992, s.433.

(5) Immanuel Kant, "Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt," Seçilmiş Yazılar, Çev. Nejat Bozkurt, Ankara, Remzi Yayınevi, 1984, s.213-221.

(6) Katerine Deligiorgi, "Universalisability, Publicity, and Communication: Kant's Conception of Reason," European Journal of Philosophy, 10:2, p.143.

(7) Mehmet Küçük, "Postmodernin Modern Karakteri Ya Da Dönemleştirmenin İronisi," Modernite versus Postmodernite, 2. bs., Ankara, Vadi Yayınları, 1994, s.209-210.

(8) Immanuel Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, Çev. Ioanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayını, Ankara, 1982, s.2 vd.

(9) Michael Friedman, Graham Bird, "Kantian Themes in Contemporary Philosophy," Supplement to the Proceedings of The Aristotelian Society, Vol.72, No:1, June 1998, p.111, Copleston, Felsefe Tarihi: Kant, Cilt VI, Çev. Aziz Yardımlı, 2 bs., İstanbul, İdea Yayınevi, 1996, s.41,Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, 10. bs., İstanbul, Remzi Kitabevi, 1999, s.351.

(10) Kant, Seçilmiş Yazılar, s.85.

(11) Heinz Heimsoeth, Immanuel Kant'ın Felsefesi, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1986, s.67-69.

(12) David West, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, Çev. Ahmet Cevizci, İstanbul, Paradigma Yayınları, Eylül 1998, s.32-35.

(13) Kant, Seçilmiş Yazılar, s.61 vd.

(14) Niyazi Öktem, Ahmet Ulvi Türkbağ, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul, Der Yayınları, 1999, s.155.

(15) Ralph Walker, Kant and the Moral Law, London, Phoenix Press, 2000, p.5.

Kant, ahlakın temellendirilmesi için sarsılmaz bir zemin bulmaya çalışır[16]. Ahlak, doğa alanından farklı olarak "olması gereken" bilgisi üzerinde kurulur. Algıladığımız "olan"ın yanında, olması gerekenin bilgisi, yani insanların davranışlarından bağımsız, nasıl davranmalarının gerektiği bilgisi vardır[17]. Bu bilgi, olandan çıkarsanamadığı için a prioridir. Kant, a priori kavramıyla, deneyimden ve bütün duyumlardan bağımsız bilgiyi ifade eder. Çünkü a priori bilgi dışsal koşulların ürünü değildir. Bu nedenle de içsel olarak zorunluluğu ve genelliği içinde barındırır[18]. Kant'a göre, a priori ahlak ilkelerini insanlar çok açık seçik olarak bilmemektedirler. Böyle olsaydı der Kant, ahlak ilkelerini dış olgulardan ayırmak gerekmezdi[19]. Deneyim alanından elde edilen bilgi, değişmez ve evrensel ahlaka temel oluşturamaz. Çünkü a posteriori bilgiler her zaman değişebilir ve deneylerle farklı sonuçlara ulaşılabilir. Fakat a priori bilgiler, a posteriori bilgilerden üstündür. Çünkü a priori bilgi zorunlu ve geneldir. Zorunluluk ve genellik bu iki bilgiyi ayıran ölçüttür[20].

Ahlak bilgisini zorunluluk ve genellik nitelikleriyle bütünleştiren Kant, ahlak anlayışını insan doğası üzerine de kurmaz. Fakat bu ahlak insan doğasına uygulanır. İnsan doğası üzerine kurulu bir ahlak metafiziğinin zorunlu sonucu, öznelliğin dikkate alınması olacaktır[21].

Doğa insanı bir amaca göre yaratmıştır. Eğer tek amaç mutluluk olsaydı, insan içgüdülerini yerine getirerek mutlu olabilirdi. Fakat insanda bu içgüdülerin dışında korku, günah gibi kavramlar da mevcuttur[22]. Böylece Kant, hazcı görüşleri reddederek, ahlaka kendisi dışında bir amaç tanınmasını kabul etmez. İnsanın davranışlarını haz ve acı ikilemine göre belirlediği ve bu nedenle de ahlakın temelinin haz ve acı olması gerektiği yönündeki anlayış, ahlaki eylemi deneyden gelen bir ölçüte dayandırır. Kişilere, yere, zamana ve birçok diğer faktöre göre değişebilecek haz ve acı kavramları ahlak için objektif bir ölçüt sunamazlar[23].

Ahlak bilgisini insan aklına dayandıran Kant'ın ahlakla ilgili düşünceleri üç temel kavram altında incelenebilir: İyi istenç, kategorik emperatif ve özgürlük.

A. İYİ İSTENÇ

Ahlaksal akıl, ahlaksal alanda seçimle ilgilenir. Duyularla algılanan nesneler onun konusu değildir. Ahlaksal

(16) West, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, s.32-35.

(17) Salt akıl ile elde edilen bilgi a priori, duyularla elde edilen bilgi ise a posteriori bilgidir. Salt akıla dayanan bilgi Kant'a göre geneldir ve zorunludur. Bu bilgiyi kavramada olguların rolü yoktur. Kant bu bilgiye "asıl bilgi" adını verir. Immanuel Kant, Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Prolegomena, Çev. Ionna Kuçuradi, Yusuf Örnek, 2. bs. Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 1995, s.14-15 vd., Friedman, Bird, "Kantian Themes in Contemporary Philosophy," p.112. Heimsoeth, Immanuel Kant'ın Felsefesi, s.71 vd.

(18) Immanuel Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, Çev. Ionna Kuçuradı, Ülker Gökberk, Füsun Akatlı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 1999, s.53 vd., Yasemin Işıktaç, Hukuk Felsefesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.186.

(19) Copleston, , Felsefe Tarihi: Kant, s.125-126.

(20) Gökberk, Felsefe Tarihi, s.352.

(21) Immanuel Kant, Etik Üzerine Dersler, Çev. Oğuz Özügül, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 1994, s.27-28, Copleston, , Felsefe Tarihi: Kant, s.125-130.

(22) Gökberk, Felsefe Tarihi, s.360.

(23) Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, s.24, 29 vd. Ayrıca Bkz. Güriz, Hukuk Felsefesi, s.219, Jeffrie G. Murphy, Jules L. Coleman, Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence, London, Westview Press, 1990, pp.70-82.

akıl, ahlak yasası ile uyum içinde olmaya ve fiziksel alanda bu seçimi hayata geçirmeye yöneliktir. Ahlaksal ilkelerle uyumlu şekilde seçimi sağlayan ve eylemi üreten istençtir.

Kant'a göre "Dünyada olsun, hatta dünyanın dışında olsun, yalnız iyi istençten (good will) başka kayıtsız koşulsuz iyi sayılabilecek hiçbir şey düşünülemez"[24]. Aklın ödevi, bir araç olarak değil, fakat "bir amaç olarak kendiliğinden iyi olanı" bulmaktır[25]. Kant'taki iyi istenç, kendinde iyi olan istenci ifade eder. Bu iyi istencin kendisi dışında amacı yoktur, yani bir istenç iyi sonuçlar çıkardığı için iyi kabul edilmez[26]. İyi istenç yoksa ya da yerine getirilemiyorsa, bilgi, beceriler ve yeterlilik iyi niyetlerin aksine kullanılabilir. Deneyimler, iyi gibi görünen herhangi bir şeyin kötüye kullanılabileceğini göstermiştir. İyi istenç bir pozitif kendine-referanslı olarak, kötü bir şeye yöneldiğinde kendini geçersiz kılar ve dağıtır. Bu açıklamalar çelişmezlik ilkesine dayanmaktadır. Eğer iyi istenç iyinin örneğini oluşturmuyorsa, aksine dönüşecektir ve bir çelişki ortaya çıkacaktır. İyi istenç bu nedenle kendisinde iyi[27] olmak zorundadır. "İnsan, zeki, şerefli, zengin ya da kuvvetli olabilir. Bunlar iyi kavramının içine girebilir. Fakat zeki insan zekasını kötü amaçlar doğrultusunda kullanabilir. Ama asıl takdir edilmesi gerekli olan 'iyi istençli insandır'."

İyi istenç kavramı, Kant'ın ahlak sisteminde uygulanmak dolayısıyla savunulmuş değildir. Bu kavramın gerisinde tabiatın hiçbir şeyi amaçsız yaratmayacağı inancı mevcuttur[28]. İnsanda a priori yer alan olması gereken bilgisi, amaçsız şekilde insanda yer alamaz. İyi istenç, yalnızca sempati veya iyilik demek değildir. Bunlar insani eğilimlerdir ve bu tür eğilimler insanı mutlu kılsa bile en yüksek ahlaki değeri meydana getirmezler[29].

B. ÖDEV

İyi istencin ortaya çıkması, ödevin yerine getirilmesine yönelik eylemle olur. Ödev, ahlak yasasına[30] uymak için yapmak zorunda olduğumuz eylemdir. Yani kısaca ödev, aklın istence buyurduğu şeydir[31]. Kant, ödevin yüklediği buyrukları "-meli, -malı" (ought) kelimeleriyle açıklar[32]. Ödev[33], yapılacak iyi şeyi ya da kaçınılması gereken kötü

(24) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.8.

(25) Güriz, Hukuk Felsefesi, s.217.

(26) Copleston, Felsefe Tarihi: Kant, s.130-131.

(27) Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, s.47 vd.

(28) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.853.

(29) Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.87-92.

(30) Kant, maksimlerle, yasa arasındaki ayrımı net bir biçimde koyar: "Taşıdıkları koşul, özne tarafından yalnız kendi istemesi için geçerli görüldüğünde, özneldirler ya da maksimlerdir; bu koşul, nesnel, yani her akıl sahibi varlığın istemesi için geçerli olarak tanındığında ise, nesneldirler ya da pratik yasalardır." Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, s.22.

(31) Bedia Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, 5. bs., İstanbul, İnkılap Yayınları, 1999, s.93

(32) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.29.

(33) Ödev kendi başına aklın emrettiği buyrukları yerine getirmede bir motivasyon sağlamaz, fakat arzu ile eylem arasındaki farklılığı korur. Zorunlu olarak yapmamız gerekenle, gerçekte yaptığımız arasındaki fark motivasyonel boşluğa dayandırılabilir. Kant, bütün insanlar için geçerli olacak ahlak yasasını geçerli kılacak ifadeleri bulmaya yönelmiştir. Fakat yine de doğru ifadelerin bulunması eylemin gerçekleşmesini zorunlu olarak sağlamaz. Eylem ilkesi ile fiili eylem arasında veya niyet ve eylem arasında bir motivasyon boşluğu sözkonusudur. Bu boşluk istençin zayıflığı olarak görülebilir veya irrasyonaliteye işaret ettiği düşünülebilir. Motivasyon boşluğu ahlak teorisi ile pratikte ahlak arasında zorunlu bir bağ olmadığı

hareketi belirlemede bir yöntem önerir ve bu nedenle rasyonel istence yönelik eylem yöntemini ortaya koyar[34]. Yani Kant'ın ahlak sisteminde iyi istenç, ahlak yasalarına uygun yaşamak anlamına gelmektedir. Ahlak yasalarına uygun yaşamak ise, "özgürlük içinde ve özgürlük için" (özgürlük başlığı aşağıda işlenecektir) eylemde bulunmak anlamına gelir. Çünkü özgürlük "istencin özerkliği"nin zorunlu koşuludur.

Kant, istencin özerkliğinin doğası gereği olduğunu belirtir[35]. Çünkü bu istenç, akla dayanarak eylemlerine yön verecek kendi yasasını koyar. Akılda yer alan, olandan çıkarılamayan a priori bilgiler aracılığıyla belirlenen ödev, iyiye yönelir. Böylelikle iradenin iyi olması akılcı olmasındadır ve sahip olduğu akılcılık temelinde iyiyi isteyen bu irade, özerktir[36]. Kendinde iyiye yönelen istenç, bir olanak olarak "evrensel bir yasalar düzeni"ni içinde taşır. Bu nedenledir ki, insanların birlikte yaşaması iyi istenç, özgürlük ve ahlak felsefesiyle bir bütündür[37].

Bir davranışın ahlaki bir değeri olabilmesi için kaynağını ödevden alması gerekir. Bir insan eğilim olarak iyi istençli davranırsa bu davranışın ahlaki değeri yoktur. İnsanın ahlaksal alanda eylemi söz konusu olduğunda burada irade devreye girer. Kant, bu alanda insanın mutluluk, başarı veya belli bir sonuca yönelik ve aynı zamanda ahlak ilkelerine uygun davranışını, ahlak değeri açısından önemsiz bulur. Değerli olan, ödeve uymak için yapılan davranıştır. Davranışta bulunan belli bir başarı elde etmek ya da bir hedefe ulaşmak için ödevi yerine getirirse, ödeve saygı gerçekleşmemiş olacağından, bu davranış ahlaki bir değer taşımaz[38].

C. KATEGORİK EMPERATİF

Ödevin yerine getirilmiş olması için hangi ilkeye veya yasaya dayanacağımızı belirlemek için Kant, aklın a priori bilgisine başvurur[39]. Akıllı varlık önce bir eyleme yönelik bir ilke belirler ve bu ilkeyi, herkes için geçerli ve zorunlu bir yasa haline dönüştürmek için Kant'ın ileri sürdüğü kategorik emperatif süzgecinden geçirir. Kategorik emperatifler genel olarak ödevi belirtirler. Yani sadece bize ne yapmamız gerektiğini söylerler[40]. Kant, emperatifleri sadece buyruk olarak değerlendirmez, bunlar aynı zamanda "aklın buyrukları"dırlar (commands of reason). Akıl kategorik emperatifleri buyurur. Bu nedenle, bazı eylemler aklın talebiyle zorunludurlar[41]. Kategorik emperatifin

anlamına gelir. Çünkü herhangi birey pratikte hiç eylem yapmamayı veya farklı bir şekilde davranmayı seçebilir. Kant, düşünce ile eylem, eylem ilkesi ile fiili tavır arasındaki boşluğu ödev kavramı ile çözmüştür. Ödev, bir eylemle eylem ilkesi arasında bir köprü işlevi görür. Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.860.

(34) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.853, Copleston, Felsefe Tarihi: Kant, s.130-132.

(35) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.38 vd.

(36) Annemarie Pieper, Etiğe Giriş, Çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999, s.226.

(37) Şahin Yenişehirlioğlu, Birey, Toplum, Devlet İlişkileri, Ankara, Ümit Yayıncılık, 1995, s.27.

(38) Walker, Kant and the Moral Law, p.18, Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.94, Alfred Weber, Felsefe Tarihi, Çev. H. Vehbi Eralp, 5 bs., İstanbul, Sosyal Yayınları, 1998, s. Güriz, Hukuk Felsefesi, s.217, Copleston, Felsefe Tarihi: Kant, s.133.

(39) Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.94.

(40) Walker, Kant and the Moral Law, p.7.

(41) Walker, Kant and the Moral Law, p.7.

prosedürünün uygulanması ile ne yapmamız gerektiğini bilgisine ulaşırız[42].

Kategorik emperatif genel olarak insanın yüklenmesi gereken ödev konusunda objektif geçerlilik kriterini oluşturur. Maksimden yola çıkan insan önce sübjektif ilke olarak ödevi üstlenir ve ödev, kategorik emperatif ile objektif olarak geçerlilik kazanır[43].

Kant, insan davranışlarına yön veren buyrukları ikiye ayırır: Kategorik emperatif ve hipotetik emperatif.

Şimdi bütün buyruklar koşullu olarak ya da kesin olarak buyururlar. İlk buyruklar, insanın ulaşmak istediği (veya isteyebileceği) başka bir şeye araç olarak olanaklı bir eylemin zorunluluğunu ortaya koyarlar. Kesin buyruk ise, bir eylemi kendisi için, başka herhangi bir amaçla ilgi kurmadan, nesnel zorunlu olarak sunan buyruk olur. Şimdi, eğer eylem sırf başka bir şey için -araç olarak- iyi olacaksa, buyruk koşullu olur; kendi başına iyi, dolayısıyla kendiliğinden akla uygun olan bir istemenin ilkesi olarak zorunlu olduğu tasarlanırsa, o zaman kesindir[44].

Kant, hipotetik emperatifi de tanımlayarak, kategorik emperatifi ayrıştırmaya çalışır. Bu buyruğun yapısı "şunu istiyorsan, şu şekilde davranmalısın" şeklindedir. Hipotetik emperatifte insan bir zorunlulukla karşı karşıya değildir. Eğer belli bir sonuca ulaşmak için bir koşulu yerine getirmek gerekiyorsa, istiyorsa bunu yapmakta serbesttir. Örneğin, başarılı olmak istiyorsan, çalışmalısın, hipotetik emperatife örnektir[45]. Hipotetik emperatifleri özellikle hukuk alanında görürüz. Ceza almak istemiyorsan, suç işlememelisin, önermesi bütün hukuka içkindir[46].

Kant kategorik emperatifi şöyle formüle etmiştir: "Ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun[47]." Bu çerçevede ödevin içeriği boştur. Kategorik emperatif, nesnel ve evrensel bir biçimde tasarlanmış eylemi gösteren buyruktur. Böyle bir eylemde buyruk her bir insan istenci için, nesnel olmalı, evrensel olarak geçerli olmalı ve diğer bütün amaçlardan bağımsız olmalıdır. "Kesin buyrukça yönlendirilen istenç, evrensel bir düzenin ve buyruğun oluşması için hareket etmek zorunluluğunda bulunmaktadır. Ve işte bu zorlama, onun için bir "ödev"i oluşturmaktadır[48]."

Yasanın içeriği belli değildir, fakat içeriksiz değildir. Kant, yasanın içeriği konusunda "onu sınırlayacak bir koşul içermez" şeklinde bir ifade kullanır. Çünkü hipotetik emperatifler gibi bir amacın, bir koşulun emri altında değildirler[49]. Kant yasaların evrensel olması gerektiğini düşünür ve bu nedenle akıllı varlıkların, akıl süzgecine dayanır. Yani yapılan eylemin dayandığı kuralın, herkes için geçerli bir yasa biçimini alıp alamayacağına göre değerlendirme yapılır[50]. Kant, sadece ödevin biçi-

(42) Charles Taylor, "Language and Society," Communicative Action, Ed. Axel Honneth and Hans Joas, Cambridge, Polity Press, 1991, p.30.

(43) Güriz, Hukuk Felsefesi, s.218.

(44) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.31.

(45) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.38 vd.

(46) Güriz, Hukuk Felsefesi, s.218.

(47) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.51-52.

(48) Yenişehirlioğlu, Birey, Toplum, Devlet İlişkileri, s.19.

(49) Walker, Kant and the Moral Law, p.31.

(50) Pieper, Etiğe Giriş, s.209.

mini tanımlar. Eylemi ödevi yerine getirme ile ahlaka uygun kabul eden Kant, böylece ahlak sistemini objektifleştirmiş olur. Fakat bu aynı zamanda katı bir ahlak anlayışını da getirir. Formel olan bu ahlak anlayışına göre, akıllı varlıklar ödeve uyma yükümlülüğü altındadırlar[51]. Tüm dışsal olgulardan soyutlanmış, ödeve uygun davranış ahlak olarak tanımlanınca, Kant'ın ahlak sistemine formellik hakim olur. Yani biçimsel bir etiktir. Bir eylemin ahlakiliği onun biçime uyup uymamasına göre belirlenir.

Kant, yukarda belirtilen genel, kapsayıcı formülden üç alt formülasyon yaparak, ödevi daha net hale getirmeye çalışır. Kant, bu formülasyonlarla ahlak yasasını sezgiye ve böylece de duyuma yaklaştırır. Bu ise ahlak yasasının daha kolay kullanımının yollarını açar[52].

İlk formül; eylemin maksimi sanki senin istemenle genel bir doğa yasası olacakmış gibi eylemde bulun[53]. Bu formülasyon evrensellik[54] ilkesini ifade eder. A priori bir kavramın varlığı için temel özellik olan genellik ilkesi burada görülür. Aynı zamanda objektifliği barındıran genellik ilkesi, her yerde ve herkes için geçerli yasayı gösterir. Kant, evrensellik ilkesi gereği, yasayı yer, zaman, kişi ve olayların özelliklerinden soyutlar ve sadece kişinin maksimi ile ilgilenir[55]. Neden aynı zamanda evrensel bir yasa olabilecek bir maksime göre hareket etmeliyim, sorusunun cevabında benim için doğru olan, herkes için doğrudur anlayışı yatmaktadır[56]. Burada, maksimini bu formülasyona tabi tutan kişi, maksimini insanlığın bakış açısıdan ve eylemden etkilenecek diğer kişiler açısından değerlendirmek durumundadır[57].

İkinci olarak, "İnsanlığı kendi kişiliğinde olsun, bir başkasının kişiliğinde olsun her zaman bir erek gibi görerek hiçbir zaman yalnızca bir araç olarak kullanmayacak şekilde eylem yap." Bu ilke insan kişiliğine saygı ilkesidir ve insanın araç değil, amaç olması gerektiğini belirtir[58]. Fakat "insanın amaç olması"nın ne anlama geldiğini Kant açıklamaz. Kant, insanın diğer insanlara eşit saygı çerçevesinde davranması gerektiğini düşünür[59]. İnsanın dışında her şey eşyadır ve araçsallaştırılabilirler. Kişiler ise kendinde mutlak bir değere sahiptirler[60].

(51) Walker, Kant and the Moral Law, p.30.

(52) John Rawls, "Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri," Cogito, Sayı 41-42, 2005s.249.

(53) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.31.

(54) Evrensellik, bir grubun bütün üyelerini ilgilendiren, kişiden ve yerden bağımsız olarak dünyanın her yerinde aynı kabul edilip uygulanan durumları, yapıları ve özellikleri betimlemek için kullanılan bir kavramdır. Karadağ, "Postmodernite ve Kamusal Alan: Mutlak Hakikat Arayışının Sonu," Kamusal Alan ve Türkiye, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2006, s.54.

(55) Kant bu konuda şu örneği verir: Borç almak zorunda kalan bir kimse, bu borcu ödeyemeyeceğini bildiği halde, ödeyeceğine dair söz verir. Burada kişinin maksimi "Paraya ihtiyacım olduğunu düşündüğüm zaman, borç alırım ve hiç ödeyemiyeceğimi bildiğim halde, onu ödeyeceğime söz veririm." Bu maksim, evrensel yasa olarak şu şekilde ifade edilebilir: "Zor durumda olduğunu düşünen herkes, tutmama niyetiyle, kendisini memnun edecek şekilde, söz verebilir." Bu durumda herkesin söz vermesinin anlamı yiteceğinden, söz vermek boş bir laf haline gelirdi. Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.39.

(56) Walker, Kant and the Moral Law, p.32.

(57) Rawls, "Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri," s.250.

(58) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.46 vd, George Sabine, Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi, Çev. Özer Ozankaya, 3 bs., İstanbul, Cem Yayınevi, Ocak 1997, s.167-168

(59) Walker, Kant and the Moral Law, p.8.

(60) Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.109.

Kant'a göre, kendi başına bir erek olan insanlık ilkesi koşulsuz bir değerdir[61]. Bu ilke deneyden çıkarılmamıştır. Çünkü bu ilke bütün akıllı varlıkları kapsayan bir genelliğe sahiptir. İkinci olarak bu ilke insanın ereği olarak tanımlanmamıştır. Bu nedenle aklın bir ürünüdür[62]. Bu formülasyon kişiyi, erekler aleminde bir yasa koyucu olarak kabul eder.

Kant'ın kendinde bir amaç olarak insanlık kavramı, rasyonel bir varlık olarak insanın eylemlerinde onurunu koruması gerektiği anlamına içerir[63]. Rawls, Kant'ta insanlık kavramının Metaphysics of Morals'daki "bizi, doğal düzene ait, akıl sahibi ve rasyonel varlıklar olarak niteleyen güçler" açılımı ile saf pratik akıl ile elde edilen ahlaki duyarlılığın birleşimi "ahlaki karakter" ile "erekler koyma gücü"nü kapsadığını belirtir. Bu nedenle Rawls, insanlığın bir araç değil, amaç olması gerektiği formülasyonunu, "hem kendimizdeki hem de başkalarındaki ahlaki yetiye saygı gösterme ve kendi doğal yetilerimizi geliştirerek bu yetilere layık olmaya çalışma ödevi" olarak yorumlar[64].

Üçüncü ve sonuncu olarak, öyle hareket et ki, iradenin ilkesi genel bir yasa koyucu iradenin ilkesi olarak tanınabilsin[65]. Bu otonomi ilkesidir. Her akıllı varlığın istenci kendini genel yasa koyucu bir istenç olarak ortaya koyar. Bu ilkeye göre ahlak yasalarını uymada insanın kendi kendisinin sorumlu olacağı, çünkü yasayı koyanın da uygulayanın da kendisi olduğu düşüncesi belirtilir.

Kategorik emperatif, araçlar ve ereklerden bağımsızlığı ile tanımlanır. Çünkü araçlar ve ereklerle ilişkiden bağımsızlık ile otonomi, özgürlük ve kendi yasasını koymanın koşullarını oluştururlar. Buyruğun anlamı bütün diğer insanların kendinde bir amaç olarak varlıklarının kabulüdür. Bu başka şekilde ifade edilirse rasyonel kendi yasasını koyuculuk için özgürlük bir zorunluluk ve kendi içinde bir erektir[66].

Ahlak yasasına bütün olarak ulaşan insanlar "erekler aleminin" (kingdom of ends) üyesi olurlar. "Erekler alemi" kavramı ile Kant farklı rasyonel varlıkların genel yasalarda sistematik birliğini anlar. Eğer kişisel farklılıkları ve bireylerin farklı başarılarını indirger ve görmezden gelirsek, sistematik olarak birliği ve genelliği[67] erekler alemi olarak düşünebiliriz. Eylemin pratik ilkesi insanlığa yöneliktir, eğer kendi kişiliğinizde veya başka bir kişide aynı zamanda kişi basit bir araç değil de erekse, pratikte erekler alemi gerçekleşir. Eylemin sübjektif ilkeleri ve bütün rasyonel varlıklar için geçerli objektif ilke-

(61) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.46.

(62) Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.110.

(63) Kant, rasyonel doğaya üç tip amaç atfeder. Birincisi "varoluşsal amaçlar" (existent ends) ; Bunlar, bizim seçimlerimiz sonucu eylemlerimiz nedeniyle varlığı, doğası ve değeri etkilenecek olan seçimlerimizin nesnesidirler. İkinci olarak "nesnel amaçlar" (objective ends) pratik aklın değerli olarak kabul ettiği amaçlardır. Bunlar değerlerini bazı insanların onları seçmelerinden almazlar. "Mutlak değeri olan amaçlar" (ends with absolute worth) diğer nesnelerden daha üstün değere sahiptirler ve diğerleriyle karşılaştırılamazlar ve vazgeçilemezler. Yani onuru olan bir varlık, onuru olan diğer varlıkdan üstün değildir. Lara Denis, "Kant's Ethics and Duties to Oneself," Pacific Philosophical Quarterly, Vol.78, 1997, p.325.

(64) Rawls, "Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri," s.249.

(65) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.

(66) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.859, Yasemin Işıktaç, "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları," Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s.138.

(67) Kant, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi, s.

ler arasında pratik ilke olarak bir köprü inşa edilmiş olur. Kant pratik ilke olarak kategorik emperatiflerin formüle edilmesinden erekler alemini çıkarabileceğini düşünür. Özgürlük, otonomi ve kendi yasasını koyuculuk, bireyin rasyonalitesini diğerlerine bağlayan aynı türden dönüşlülük olmaksızın mümkün olamaz[68]. Her akıllı varlık, erekler aleminde hem bir yasa koyucudur, hem de bu alemin bir üyesidir. Bu nedenle akıllı varlıklar erekler aleminin "kurucu üyeler"ini oluştururlar[69].

Kategorik emperatifin bu formülasyonlarını kişinin kendi maksimlerine uygulaması ile elde ettiğimiz genelgeçer ve zorunlu yasa, ahlak yasasını oluşturur. Neyin iyi, neyin kötü olduğuna bu yasaya göre karar verilebilir. Yasadan bağımsız ve yasayı önceleyen bir iyi[70] tanımı yapılamaz. Bir istenç yasaya uygunsa iyidir, yoksa iyi olduğu için yasaya uygun değildir[71]. Kant'a göre evrensel olarak kabul edilmiş ahlak kavramının temelini iradenin otonomisi ve buna bağlı olarak kendi yasakoyucusu olma fikri oluşturur. Kategorik buyruğun farklı formülasyonları bu nedenle sadece görevle bağlantılı olarak haklılaşmaz aynı zamanda otonomi ve kendi yasasını koyucu olarak da doğrulanır[72]. Kategorik emperatifin geçerliliği, kendi yasa koyucusu olma özgürlüğünde ve rasyonel kişi olarak ahlaki seçimler yapmada, kendimizi rasyonel varlıklar olarak anlamamıza dayanır. Rasyonel kişi olarak kalmak için seçimlerimizde aklın rehberliğini kabul etmeliyiz.

Kant'ın yalnızca tamamen akıl sahibi ve rasyonel, samimi faillerin akıl yürütmesi ile ilgilendiği akılda tutulmalıdır[73]. Çünkü sadece öyle bir kişi kategorik emperatif buyurabilir. Ödevin buyruğu onun avantajları ya da dezavantajları üzerinden bulunamaz. Kategorik buyruğun geçerliliği, yasa koymada özgür olma olanağına ve rasyonel bir kişinin ahlaki seçiş yapma düşüncesine ve kendimizi rasyonel varlıklar olarak anlamamıza dayanır. Bir kişi rasyonel

(68) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.860.

(69) Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.112-113.

(70) Rawls'a göre Kant'ta iyi ve kötü kavramları ahlak yasasından sonra gelir, yani ahlak yasası iyi ve kötü kavramlarını belirler. Kant, hem Pratik Aklın Eleştirisi'nde hem de Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi'nde "iyi" değerini sıralamıştır. İlk iyi empirik pratik akılla ortaya çıkarılan ve hipotetik buyrukça düzenlenen mutluluk kavrayışıdır. Samimi ve rasyonel faillerin mutluluk kavrayışları, arzuları, yetenekleri, konumları ile bağlantılıdır. İkinci iyi kavrayışı, insani gereksinimlerin karşılanmasına denk düşer. Bu her iki iyi anlayışı üzerine kurulu maksim, her bir bireyin mutluluk ve gereksinim anlayışları farklı olduğundan, kategorik buyruk prosedüründen geçemeyecektir. Bu bağlamda "nesnel bir içerikleri" yoktur. Nesnel içerik ise "yeterli nedenlere dayandığı ve (kabaca) tüm akıl sahibi ve samimi insan failler için aynı olduğu için, kamusal olarak doğru kabul edilen" bir içerik anlamındadır. Üçüncü iyi kavrayışı, Kant'ın "izinli erekler" olarak ifade ettiği iyileri kapsar. Yani bu ahlak yasasının sınırlarını göz önüne alan ereklerin yerine getirilmesidir. Dördüncü iyi kavrayışı "iyi istenci"dir. Kant, bunu ahlak yasasının temel değeri olarak görür. Bu iyi ile, kişi en yüksek iyiye yani ahlak yasasına yönelir. Bir diğer iyi ise "ahlak yasasının nesnesi olarak iyi"dir. Bu iyi herkesin ahlak yasasına uyması sonucu ortaya çıkacak olan toplumsal dünyayı, bir erekler alemini ifade eder. Erekler alemi, önceden tanımlanmış, verili bir nesne değildir. Herkesin kategorik buyruğa uyması ile varolacaktır. Sonuncu olarak Kant'ın "tamamlanmış iyi" kavramı yer alır. Tamamen iyi istencin hakim olduğu ve insanların mutlu olduğu bir erekler alemi ülkesinin varlığında tamamlanmış iyiden bahsedilebilir. Bu iyi kavrayışları, birincisi dışında, birbiriyle bağlantılıdırlar. Birinci iyi olan insanın mutluluğu ahlak yasasından tamamen bağımsızdır ve hipotetik buyrukça yönlendirilir. Rawls, "Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri," s.251-255.

(71)Harun Tepe, "Küreselleşen Sorunlar Karşısında Kant Etiği," Çevrimiçi: http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp?PG=871 17/04/2006.

(72) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.856.

(73) Rawls, "Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri," s.242.

kalmak için seçiminin akıl tarafından yönlendirilmesine izin vermelidir[74].

Bütün formülasyonlar incelendiğinde rasyonel yasa koyucu anlamında özgür olabilmek için ödevden çıkan zorunluluk fikrinin açıklandığı görülür. Kant'a göre, ahlak yasasına göre eyleyebilenler sadece rasyonel varlıklardır ve bu nedenle istençleri vardır denebilir. Bir istence sahip olmak ise basitçe hangi aklın iyi olduğunu seçmektir[75].

İnsan davranışının akıl süzgecinden geçirilmesi ve onanması, kategorik emperatif kriterine başvurma ile olur. Kategorik emperatifler a priori oldukları için zorunludurlar ve geneldirler. Kategorik emperatifleri, ahlakın temeli olarak kabul ederek Kant, insan aklının sosyo-moral alanda da etkinliğini kabul etmiş olur. Kategorik emperatiflerin muhatapları olarak insan, bu emri uygulayıp uygulamamak konusunda bir özgürlüğe sahip olmalıdır. Yani Kant'ın ahlak sistemi insanın özgür iradesini gerektirir, aynı şekilde de özgür iradenin varlığı içinde a priori ahlak bilgisinin varlığı zorunludur. Bu nedenle akıllı varlıklar için ahlak ve özgürlük birbirini gerektiren zorunluluklardır.

Kategorik emperatifler akıllı varlıklara somut olaylarda nasıl davranacaklarını gösteren kurallar dizisi sunmazlar. Sadece yol gösterici bir rol oynarlar[76].

D. ÖZGÜRLÜK

Kant, ahlakın temel postülası olarak özgürlüğü[77] belirlemiştir. Özgür olmadığımız takdirde, eylemlerimizden sorumlu olamayız ve ahlaki bir yargılamaya tabi tutulamayız. Akıllı varlık olarak insanın bu noktada temel sorunu fenomenal dünyaya bağlı olmasıdır. Nedensellik zincirinin hakimiyetinde olan fenomenal dünyada[78], insan da bu nedensellik zinciri ile bağlıdır. Kişiyi, arzuları, istekleri, ihtiyaçları belirlemektedir.[79] Bu evrende mutlak özgürlük olamaz, çünkü insanların irade özgürlüğü olmasına rağmen yine de doğa yasalarına tabidirler. Mutlak özgürlük ancak aşkın alemde söz konusudur[80].

Kant, teorik yönü ile nedenselliğin tüm doğa için geçerli olduğunu, fakat ahlaki yönü ile ise insanın doğanın bir parçası olmasına rağmen bunun dışına da yöneldiğini, bir "olması gereken"i arayarak numenler dünyasına da bağlı olduğunu belirtir[81].

Kategorik emperatif bir özneye yönelir ve onun bir şey yapmasını buyurur. Öznenin, buyruğu yerine getirmesi için özgür seçiş alanı zorunlu olarak

(74) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.857, Işıktaç, Hukuk Felsefesi, s.193-195.

(75) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.855.

(76) Güriz, Hukuk Felsefesi, s.218.

(77) Kant, Pratik Aklın Eleştirisi'nde negatif ve pozitif olmak üzere iki tip özgürlükten bahseder: Negatif özgürlük, yasanın içeriksiz olması ve sadece biçimle tanımlanmasından kaynaklanır. Pozitif özgürlük ise, kişinin kendi yasasının koyucusu olarak özgürlüğünü ifade eder. Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, s.38 vd.

(78) Doğadaki her şey nedensellik yasasına tabidirler; bu yasaya göre her şey, başka bir şeyin etkisidir ve her neden, önce gelen bir nedene bağlıdır. Nedensellik zincirinin başladığı bir ilk neden olmalıdır. Nedenler dizisini başlatan ilk nedendir. Evrenin bir ilk nedeni vardır. Nedenler zinciri onunla başlamıştır ve onun artık bir nedeni yoktur. Bu yüzden ona özgür denilir. Bu evren içinde diğer olayları başlatacak ilk nedenler ortaya çıkabilir. Kant burada insanı kasteder. Akarsu, Çağdaş Felsefe, s.40, Gilles Deleuze, Kant'ın Eleştirel Felsefesi, Çev. Taylan Altuğ, İstanbul, Payel Yayınları, 1995, s.68-69.

(79) Işıktaç, Hukuk Felsefesi, s.185, West, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, s.42.

(80) Weber, Felsefe Tarihi, s.323. Bkz.Yenişehirlioğlu, Birey, Toplum, Devlet İlişkileri, s.30-31.

(81) Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, s.47, 102-113, Deleuze, Kant'ın Eleştirel Felsefesi, s.71,79.Gökberk, Felsefe Tarihi, s.359.

gerekir. Kant, özne ve yüklemi bağlayacak özgürlük düşüncesine ulaşır ve özgürlüğün varlığını ahlak yasasına uymanın zorunlu koşulu olarak görür[82]. Nedensellik zinciri ile belirlenim altında olan insan ile özgürlük kavramının bağdaştırılması gerekmektedir. "Özgürlük, nedensel olarak belirlenmiş ampirik ya da fenomenal benin değil, numenal ya da akılla anlaşılabilir benin bir özniteliği olarak anlaşılır.[83]"

Doğada tüm olayların nedensellik bağıyla bağlı olduğunu kabul eden Kant, insana burada akli bir varlık olması nedeniyle özgür bir alan bulmaktadır[84]. İnsan doğanın bir parçasıdır, fakat doğadaki şeyler gibi bir araç değil, amaçtır. Bu nedenle insan kendisi bir nedensellik zinciri başlatıcısıdır. İşte burada insanın özgür alanı ortaya çıkar. Doğada olmayan insanda olan bir "olması gereken" kavramı vardır. Bu kavramın varlığı irade özgürlüğünü ön koşul sayar. Eğer insanın bu tür bir seçme iradesi olmasaydı, insanı sorumlu tutmak mümkün olmazdı. Özgürlük kavramı ahlak kavramının içinde yer almaktadır. Böylece özgürlük kavramının numenler dünyasına ait bir kavram olduğu ortaya çıkar[85].

Özgürlük ahlak yasasının ratio essendi (varlık düzeni)'sidir, ama ahlak yasası da özgürlüğün ratio cognescendi (bilgi düzeni)'sidir. Çünkü ahlak yasası aklımızda daha önce düşünülmüş olmasaydı, özgürlük gibi bir şeyi varsaymakta kendimizi hiçbir zaman haklı göremezdik. Ama özgürlük de olmasaydı, içimizde karşılaşabileceğimiz bir ahlak yasası hiç bulunamazdı[86].

Özgür davranış böylece ahlaksal davranışla özdeşleşmektedir. Ancak ahlak ve özgürlük eşanlamlı iki sözcük değildir; özgürlük ahlak yasalarının algılanmasına olanak sağlar[87].

Böylece Kant ahlakiliği temellendirecek ve insan eylemleri için kurucu olacak bir ilke olarak özgürlük kavramına ulaşır. Özgürlük ilkesi, iradenin kendini belirlemesi, kendi yasasını koyması olarak somutlaşır. "Ahlaki gerekliliğin nedeni, bizzat özgürlükten kaynaklanan ve özgürlük adına kendi yasa koyan ve ona mutlak uyan serbest, bağımsız iradedir"[88].

Her bir kişi kendi öznel ilkelerinden yola çıkarak, diğerlerinin bu ilkeyi kendi eylemleri için kabul edip etmeyeceğine göre değerlendirme yapar. Bu nedenle, söz konusu olan tek bir kişinin özgürlüğü

(82) Copleston, Felsefe Tarihi: Kant, s.147-148. Türkbağ, "Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet," s.75.

(83) West, Kıta Avrupası Felsefesine Giriş, s.42, Bkz. Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.128-129.

(84) Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, s.106 vd., Yenişehirlioğlu, Birey, Toplum, Devlet İlişkileri, s.26.

(85) Heimsoeth, Immanuel Kant'ın Felsefesi, s.115, Akarsu, Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi, s.125, Işıktaç, Hukuk Felsefesi, s.188-189.

(86) Kant, Pratik Aklın Eleştirisi, s.

(87) Doğa yasalarından farklı olarak, özgürlüğün yasaları ahlak yasalarıdır. Eğer bunlar dışsal eylemlerimiz ve hukukiliğine gönderme yapıyorlarsa, hukuksaldırlar. Fakat yasa olarak eylemimizin ilkelerince belirlenmeye ihtiyaç duyuyorlarsa o zaman ahlak yasasından söz ederiz. Bir eylemin hukukiliği üzerinde uzlaşım onun yasallığını, etik kanunlara uygunluğu ise ahlakiliğini gösterir. Hukuk alanında özgürlük ancak dışsal pratikle mümkündür. Ahlak alanında özgürlük, istencin (will) hem içsel hem de pratik akılla belirlenen dışsal pratiklerine dayanır. Daha detaylı bilgi için bkz. Kant, The Philosophy of Law: The Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as The Science of Right, trans. W. Hastie, Edinburg, Clark, 1887, p.18, http://oll.libertyfund.org/title/359 06/01/2009. Hukuk ile ahlak ve bunlarla toplum arasındaki ilişki için bkz. Patrick Riley, "Kant Against Hobbes in Theory and Practice," Journal of Moral Philosophy, Vol.4, 2007, p.194-206.

(88) Pieper, Etiğe Giriş, s.193-194.

değil, bütün diğer akıllı varlıkların özgürlüğü ile tanımlanır[89]. Bu özgürlüğün kullanımı bütün akıllı varlıklarca iyi istenç yönünde gerçekleştirilirse erekler alemi gerçekleşir.

Pratik akıl ile insan kendisine yasa koyarak, hem özgürlüğünü gerçekleştirir, hem de kendini yasalarla bağlar. Burada dikkat çekilmesi gereken önemli nokta, akıllı varlık olarak insanın numenler dünyasına ait yönüne yasa konulmaktadır, fakat bu yasanın gerçekleşmesi fenomenler dünyasında duyulur etkileri olan ahlak yasasıyla olmaktadır[90].

Sonuç olarak özgürlük, kişinin hem yasa koyucu olmasının nedeni, hem de yasa koyucu olmasının sonucudur. İyi istencin koşulu, özgürlüğün varlığıdır.

III. HABERMAS VE SÖYLEM ETİĞİ

Habermas'ın iletişimsel eylem ve rasyonalite üzerine kurduğu yeniden inşacı kuram, "pratik söylem kuramı" olarak adlandırılır ve bu kuramla Habermas "iletişimin gerekli koşullarını belirler ve aydınlatır"[91].

Günlük yaşamda insanlar karşılıklı iletişim içinde bulunurlar ve bu iletişimsel eylemi yaparken yaşam dünyasından gelen birikimlerine göre davranış ve tutumlar sergilerler. Bu davranış ve tutumlar, iletişimsel eylem içinde belirli geçerlilik iddiaları ile biçimlenmişlerdir. Bu geçerlilik iddialarının argümanlarla tartışılması belli bir yöntem gerektirir. Bu yöntem uzlaşıma yönelmiş argümantasyon sürecidir. Söylemin katılımcıları kendi savlarını ileri sürerler. Argümantasyon süreci diğer katılımcıların da aynı konuda tartışmayı ilerletmeleriyle devam eder. Bu akıl yürütme işlemi sonuçta ya bir uzlaşıma ulaşır ya da ulaşmayabilir. Fakat ileri sürülen savlar, geçerlilik sınamasından geçirilerek argümantasyon ilerler ve eğer uzlaşıma ulaşılırsa tüm katılımcılar için bağlayıcı olacak norma ulaşılır[92].

Özneler, iletişimsel eyleme geçtiklerinde, karşılıklı olarak konuşma eylemlerinde birbirlerine ileri sürdükleri iddiaların geçerliliğine ilişkin bir güvenilirlik yükümlemektedirler[93]. Tahrip edilmemiş iletişim, konuşmacıların tüm geçerlilik iddialarını savunabilecekleri dil kullanımıdır. Bu dil kullanımında, söylenilen şey anlaşılır[94], doğru (true), doğrulanmış (justified) ve samimi[95] kabul edilir[96].

İletişimsel eylem ile karşılıklı anlama ve bir anlaşmaya ulaşma, konuşmacıların geçerlilik iddiaları öne sürmeleri-

(89) Pieper, Etiğe Giriş, s.194.

(90) Deleuze, Kant'ın Eleştirel Felsefesi, s.81.

(91) Dellaloğlu, "Toplumsal"ın Yeniden Yapılanması: Habermas Üzerine Bir Araştırma, İstanbul, Bağlam Yayınları, 1998, s.192.

(92) Gordon Finlayson, "Does Hegel's Critique of Kant's Moral Theory Apply to Discourse Ethics?," Habermas: A Critical Reader, Ed. Peter Dews, Oxford, Blackwell Publishers, 1999, p.31.

(93) White, "Jürgen Habermas," s.312-313.

(94) Habermas, anlaşılırlığı geçerlilik savlarından biri olarak değil de iletişimi oluşturan şeylerden biri olarak değerlendirir. İletişimin düzgün işlediği durumlarda, anlaşılırlık baştan çözülmüş olur.

(95) Habermas, geçerlilik savlarından biri olan samimiyeti diğer savlardan ayırır. Çünkü bu savın doğruluğu tartışmada değil, kişinin eylemlerinde ortaya çıkar.

(96) Jürgen Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, Cambridge, MIT Press, 1990, s.58, Habermas, Communication and Evulotion of Society, Çev. Thomas McCarthy, Cambridge, Polity Press, 1995, s.1-6. Ayrıca bkz. Giddens, "Jürgen Habermas," Çağdaş Temel Kuramlar, Ed. Quentin Skinner, Çev. Ahmet Demirhan, 2. bs., Vadi Yayınları, 1997, s.165-167. Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action çalışmasında sadece üç geçerlilik iddiasını belirtir: doğruluk (claims to truth), haklılık (claims to rightness) ve içtenlik (claims to truthfulness).

ni gerektirir ve "uzlaşma ancak uygun biçimde ifade edilmiş, genelleştirilebilir çıkarlar aracılığıyla, benim iletişimsel olarak paylaşılabilir diye tanımladığım gereksinimler aracılığıyla ortaya çıkabilir"[97]. Bu her zaman zorunlu olarak görülmese de, her konuşma etkinliği içinde yerleşik olan bir ufuktur. İleri sürülen geçerlilik iddialarının test edilebilir ve eleştirilebilir olması ile rasyonellik garanti altına alınmış olur[98].

Pratik söylem kuramında konuşmanın katılımcılarının ileri sürdükleri geçerlilik iddialarının kurallara uygun olup olmadığı, meşruluğu tartışılır. Bu konularda tek bireyin karar veremeyeceği ve eylem normlarının geçerliliğinin bu eylem normundan etkilenebilecek herkesin katıldığı ve tartıştığı bir yolla geçerli kılınması gerektiği öne sürülür[99]. Bu nedenle pratik bir tartışma mantığının kurulması gerekir. Habermas pratik söylem kuramı ile bu tartışmanın kurallarını ortaya serer.

Habermas, söylem kuramının ahlak konularında da uygulanabileceğini düşünür. Söylem etiği, bir konuşmada katılımcıların geçerlilik iddiaları öne sürdükleri ve karşılıklı kabul edilebilir gerekçelerle uzlaşıma varmaya çalıştıkları, söylem merkezli etik kuramdır[100]. Söylemin katılımcıları, söyleme katılarak, söylemin kurallarını ve bu söylemin uzlaşıma yönelik olduğunu kabul etmiş olurlar. Söylemin sonucunda uzlaşımın olmaması mümkündür. Önemli olan katılımcıların uzlaşıma yönelik karşılıklı argümanlar ileri sürmeleri ve daha iyi argümanın ortaya çıkmasıdır[101].

Habermas'ın söylem etiği, argümantatif pratiklerin ahlaki olarak haklılaştırılmasına dayanır. Habermas'ın söylem etiğinin temel kaynakları Locke'un, Rousseau'nun ve Kant'ın "modern özerklik ve toplumsal sözleşme" teorileridir. Bu teorilere göre, bireyler, üzerinde tartıştıkları, rıza gösterdikleri veya gösterebilecekleri normlara uyarlar[102].

Habermas, söylem etiğini olanaklı kılan bir ahlaki yasa olan Kantçı evrenselleştirilebilirlik ilkesine dayanır. Öncelikli sorunu evrenselleştirilebilirlik ilkesinin temellendirilmesidir ve daha sonra söylemin nesnesi ve yapısını inceler.

Habermas'a göre, Kant, modernitenin ahlak anlayışını kuran ahlak kuramcısıdır. Kant'ın "evrensel yasa formülü", irade ile birleşmiş davranış kurallarının, evrenselleştirilmesinin biçimsel kriterlerini ortaya koyar[103]. Habermas, söylem pratiklerini, Kantçı "evrenselleştirilebilirlik" ilkesini gerçekleştirmenin tek makul yordamı olarak görmektedir[104].

Öncelikli olarak Habermas, söylem etiğini diğer etik kuramlarla tartışarak konumlandırmaya çalışır. Metafiziksel kuramlar, sezgiye dayanan değer etiğine,

(97) Habermas, Legitimation Crisis, Çev. Thomas McCarthy, Cambridge, Polity Press, 1997 s.108.

(98) Robert C. Holub, Jürgen Habermas: Critic in the Public Sphere, London, Routledge Press, 1991, s.14.

(99) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, s.66.

(100) Jürgen Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı Cilt I; Eylem Rasyonelliği ve Toplumsal Rasyonelleşme; Cilt II: İşlevselci Aklın Eleştirisi Üzerine, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul, Kabalcı Yayınları, 2001s.42.

(101) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.58.

(102) Seyla Benhabib, Modernizm, Evrensellik ve Birey, Çev. Mehmet Küçük, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999, s.45.

(103) James Gordon Finlayson, Habermas, Ankara, Dost Kitabevi, 2007, s.107.

(104) Benhabib, Modernizm, Evrensellik ve Birey, s.45.

içeriğin kesin tanımının yapıldığı kurallar koymaya yönelirler. Habermas, bu etik anlayışların yetersizliğine vurgu yapar. Bu akımlar, "A, insan için iyidir" gibi önermelerle, "A'yı beğeniyorum, onaylıyorum" benzeri ifadelerle, "A'yı yap" ya da "A'yı buyuran Tanrı'nın iradesine uy" gibi emirlerle ahlak anlayışlarını anlatmaya çalışırlar. Ama "yanlış olan, A'yı yapmaktır" şeklinde normatif bir cümle, yukarıdakilerden farklı olarak "A'yı yapmak yanlıştır" anlamına gelir. Bu önermedeki "yanlış" yüklemi, A'ya bir atıfta bulunmaz. Fakat Habermas'a göre bu şu anlama gelir: Sen ve ben karşılıklı bir tartışmaya girersek, ikimizin üzerinde uzlaştığı çıkar ve ihtiyaçları gereği, neden A'yı yapmaktan kaçınmamız gerektiğini ikna edici argümanlarla sana gösterebilirim. Söylem etiğinin çözümlenmesinin sonucunda, "A'yı yapmamam gerekir"in yerine "A'yı yapmamak için haklı neden mevcuttur" önermesi kullanılabilir[105]. Söylem etiğinde öne çıkan, ahlaki bir sav öne sürülmesi durumunda, bunların geçerliliklerinin haklılaştırılmış normlara dayanmasıdır.

Bir bütün olarak bakıldığında söylem etiği iki varsayıma dayanır: 1. normatif geçerlilik iddiaları bilişsel bir anlama sahiptir ve doğruluk iddiaları argümantasyon sürecinden geçirilirler, 2. normların ve buyrukların temellendirilmesi gerçek bir diyalogdan geçmelerini gerektirir ve bu diyalog monolojik olarak değil, argümantasyon biçiminde yapılmalıdır[106]. Burada rasyonel, olgun sosyal ajanlar çıkar çatışmalarını hile ve güç kullanma yoluyla değil, moral argümantasyon yoluyla çözümlemeyi seçerler. Bir uzlaşıma ulaşıldığı durumda katılımcılar eylemlerini bu haklılaştırılmış ve karşılıklı olarak kabul edilmiş davranış normlarına dayandırabilirler[107].

A. AHLAKİ BİLİŞSELLİK

Habermas da Kant gibi geçerli ahlak yargıları için, geçerliliğin sorgulandığı bir haklılaştırım prosedürüne dayanır. Ahlaki yargıların geçerli ya da geçersiz olabileceği üzerinden yürüyen tartışma ahlaki bilişsellik (moral cognitivism) olarak adlandırılır. Ahlaki bilişsellik için, akıl, etik, ahlak, rasyonalite, haklılaştırım, bilgi, doğruluk ve geçerlilik kavramları birbiriyle içsel ilişki halinde olmalıdırlar. Habermas, ahlak yargılarının akla dayanan rasyonel bir temeli olduğunu ve buna göre haklılaştırılabileceğini düşünür. Hakikatin geçerliliğinin belirlenmesi (objektif bilgi) ve doğruluk iddiaları (geçerli ahlak yargıları) arasında bir analoji ileri sürer. Bu bağlamda eğer bilgi öznelerarası haklılaştırılmış hakiki kanaatlerse, o zaman ahlaki geçerlilik öznelerarası haklılaştırılmış doğru kanaatler olarak değerlendirilebilir. Habermas'a göre, neyin doğru olduğu, hakikatin ne olduğuna benzer şekilde değerlendirilebilir[108]. Doğruluk ve hakikate ilişkin sorular ve içerik aynı olmamakla birlikte, her ikisi de rasyonel bir söylemle haklılaştırıl anabilirler. Geçerlilik iddiaları akla dayalı ve haklı nedenlerle geçerlileştirilirler.

Habermas'ın söylem etiğini bilişsel bir anlayışla bütünleştirdiğinin bir diğer göstergesi ise normların söylem içinde

(105) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.375-376.

(106) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.68.

(107) Finlayson, "Does Hegel's Critique of Kant's Moral Theory Apply to Discourse Ethics?," pp.29-30. p.32.

(108) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.76.

biçimlenebileceğini, öğrenebilineceğini ve değiştirilmeye açık olduğu yorumudur. Bilişsel yaklaşım, daha iyi argümanın gücünü, ikna ediciliğini açıklar[109]. Argümantasyon sürecinin ilerleyebilmesi için her aşamada katılımcıların kabul ettiği savdan ona bağlı diğer sava geçiş ancak, ileri sürülen savların kabulü ile mümkündür. Bu ise her aşamada katılımcıların akıl yürütmesi, bu akıl yürütme ile yeni savlar ileri sürmesi, diğerlerinden bir şey öğrenmesi veya görüşünü değiştirmesi ile yürür. Bu da koşul olarak birincisi katılımcıların uzlaşıma yönelmiş olmasını, ikinci olarak katılımcıların iletişimsel yetkinliğini gerektirir.

Ortak akıl yürütme ile verili "biz" kavramından, herkesi kapsayan ahlaki "biz"e geçiş söz konusudur[110]. Habermas, geçerlilik iddialarının sınanmasına normdan etkilenen herkesi dahil ederek, söylemsel kendi yasasını koymayı tek kişinin maksiminden, bize taşımıştır.

Pratik söylem kuramında katılımcılarının ileri sürdükleri geçerlilik iddialarının kurallara uygun olup olmadığı, meşruluğu tartışılır. Habermas, bu konularda tek bireyin karar veremeyeceği ve eylem normlarının geçerliliğinin bu eylem normundan etkilenebilecek herkesin katıldığı ve tartıştığı bir yolla geçerli kılınması gerektiği öne sürülür[111]. Habermas bütün etkilenenler için geçerli ahlaki normlarla, bazıları ya da sadece bir kişiyi etkileyen geçerli etik inançlar arasında açık bir ayrım koyar. Kişiler tercihlerini ve yargılarını Ben olarak açıkladığı bir cümlede ortaya koyarlar. Habermas'a göre ahlak normları gerçek birinci kişinin çoğul cümlelerinde yerleşiktir; problem olan normun geçerliliğini dikkate alan bir uzlaşım, gerçekte "biz"i ifade etmelidir[112].

Söylemde "biz" ve "ben" perspektifleri birbirini tamamlayan olarak varolurlar. Biz perspektifi söylemde önce yer alır ve bu nedenle "ortak bir alan" (common space) zorunlu olarak ortaya çıkar. Ben perspektifi katılımcılının, söyleme aktif katılımı ile zaten kendisini var edecektir. Normal durumlarda her yetişkin "biz" ve "ben" olmanın farkındadırlar. Söylemin katılımcıları, biz olarak kurallara uyar, ritüelleri yerine getirir ve kuralları uygularlar. "Ortak alan"ın kuralları herkesçe aynı şekilde anlaşılmadığında, biz perspektifi kırılır, ben perspektifi öne geçer. Yeniden "biz" perspektifinin kurulması Habermas'da rasyonaliteye dayanır. Habermas'a göre uzlaşılamayan konuda bir konsensüse ulaşmak istiyorsak, herkesçe kabul edilebilecek akla (reason) bakılmalıdır[113].

Katılımcıların bilişsel yeterliliğini açıklamaya geçmeden önce, söylem öncesi katılımcılarla ilgili olarak bazı etik varsayımların ifade edilmesi gerekir. Habermas bunu, argümantatif konuşmanın evrensel ve zorunlu iletişimsel öngerektirimleri, olarak adlandırır. Bu varsayımlar:

1) Konuşma ve eyleme yeteneğine haiz tüm varlıkların ahlaki söyleşinin katılımcıları olma hakkını kabul etmemiz gerekir – bunu evrensel ahlaki saygı ilkesi olarak adlandıracağım;
2) Bu koşullar ayrıca, bunun gibi söyleşilerde her bir kimsenin çeşitli söz edimlerini icra etmeye, yeni konu

(109) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.866.
(110) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.867.
(111) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.66.
(112) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.866.
(113) Taylor, "Language and Society," pp.27-28.

başlıklarını devreye sokmaya, söyleşinin ön varsayımlarının düşünüme tabi tutulmasını istemeye vb. yönelik olarak aynı simetrik hakka sahip olmasını şart koşar. Bunu eşitlikçi karşılıklılık ilkesi olarak adlandırmak istiyorum. Şu halde, tam da argümantasyon durumunun ön varsayımları, bizzat ahlaki argümanı önceleyen normatif bir içeriğe sahiptir[114].

Söylemde katılımcıların aktif olabilmesinin koşulları olarak da ifade edebileceğimiz bu etik varsayımlar Kant'ın kategorik emperatiflerinin çeşitli formüllerinin idelerine atıflarda bulunur. İnsanlık idesinde içsel olarak kabul edebileceğimiz, insana insan olmasından dolayı evrensel ahlaki saygı ilkesi, eşitlikçi karşılıklılık ilkesi, Kant'ın maksimlerin, kategorik buyruğa göre sınanmasında, diğer insanların dikkate alınmasında söz konusudur: Fakat Kant'ın yaklaşımı monolojiktir (aşağıda bu başlık açımlanacaktır).

Söylemin katılımcıları söz yetisiyle donanmış olmalıdırlar[115]. Ayrıca söylem kuramı her bireyi uzlaşıma varma yetisine sahip bir varlık olarak, soyutlar[116]. Katılımcıların bilişsel yeterliliğini de gerektiren bu tür tartışmalarda, eylemin normları kabul edilecekse, katılımcılar sezgisel olarak tartışmanın ne demek olduğunu bilmelidirler. Katılımcılar normların haklılaştırımı için evrensel gerekçeler ileri sürebilmelidirler. Habermas aynı zamanda evrensel olarak kabul edilebilir gerekçelerin tarafsız olması gerektiğini düşünmektedir. Böylece bilişsel yeterliliğe sahip katılımcı kendi olumsal perspektifini, ihtiyaçlarını, değer ve çıkarlarını aşabilir, ve diğerlerinin ihtiyaçlarına, değerlerine ve çıkarlarına empati ile bakabilir[117]. Böylece evrensel düzeyde yukarda tanımlanmış failler tarafından bağlayıcı kabul edilen bir kurallar sistemini yeniden inşa eder[118].

Kant'ta ahlak yasasını kuran bireyin otonomisi, ahlak yasasını isteyebilme özgürlüğüne, yani kendi yasasını yapmaya bağlanmıştır. Habermas bireyin otonomisini, evrenselci bakış açısını benimsetecek bilişsel ehliyete ve bu ehliyet üzerinden eylem yapmaya dayandırır[119]. Habermas, geçerlilik iddialarını söylemsel olarak haklılaştırmaya yönelen bireyin evrenselci bir etik bakış açısına sahip olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle Kant'ın ifade ettiği gibi kendi yasasını yapmaya dayanan otonomi fikri, söylemsel etikte de içerilmektedir.

Her ne kadar söylem kuramında tarafsızlığın sağlanması için soyut bir fail tanımlanıyor görünse de, Habermas, failleri ihtiyaç ve istekleri ile bir bütün olarak görür. Söylem etiğinde hedeflenen tarafsızlık, Kant'ın görüşünden farklı olarak, katılımcıların kendi çıkarlarından bağımsızlaşmasını gerektirmez. Böylece kişi kendi çıkar ve ihtiyaçları ile ötekinin çıkar ve ihtiyaçları arasında bölünmez. Habermas, öznelerarası tarafsızlığın, evrenselleştirilebilirlik ilkesi ile komünüteryanların ileri sürdüğü "kendi çıkarını gözetmeyen ahlaki kişi" (disinterested moral self) eleştirisinden muaf hale geldiğini söyler. Söylem etiği sürecinde tarafsızlık, her katılımcının

(114) Benhabib, Modernizm, Evrensellik ve Birey, s.53-54.
(115) Farid Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," Philosophy & Social Criticism, Vol.30, No.1, p.80.
(116) Seyla Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005, s.369.
(117) Finlayson, "Does Hegel's Critique of Kant's Moral Theory Apply to Discourse Ethics?," p.33.
(118) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.369.
(119) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.356-357.

normdan etkilenen diğer herkesin bakış açısını empatiyle dikkate almasından ve onları çıkar ve ihtiyaçları ile tanımlamasından ortaya çıkar. Böylece söz konusu olan bir seyircinin dışsal perspektifi değil, kendi çıkarlarını diğerlerininki ile uzlaştıran ve diğerlerinin de bakış açısını empatiyle dolduran bir anlayıştır. Tarafsızlık, karşılıklı benimseme, çok taraflı perspektiflerin benimsenmesi ve entegrasyonu ile elde edilir. Söylem süreci sadece bir kişinin kendi çıkar ve ihtiyaçlarının diğerlerinki ile uyuşup uyuşmadığı ile ilgili değildir; bu bir kişinin kendi ihtiyaç ve çıkarları hakkındaki düşüncelerinin diğerlerinin eleştirel yorumuna açılmasıdır[120].

B. ARGÜMANTASYON SÜRECİ

"Tartışmalı bir normun genel olarak uygulanmasının, her bir bireyin çıkarının tatmini açısından sahip olacağı umulabilecek sonuçları ve yan etkileri, bunlardan etkilenen herkes tarafından özgürce kabul edilmesi"ni Habermas evrenselleştirilebilirlik sınaması olarak formülleştirmiştir. Habermas bir eylem normunun, sınanmasını gerçek söylemlerle yapmak gerektiğini ifade eder[121]. İhtilaflı bir normun evrensel boyutta uygulanmasından kaynaklanacağı önceden belli ve üstelik her bireyin çıkarlarını tatmin aşamasında etkileyen sonuç ve yan etkiler, herkes tarafından bir zorlamaya maruz kalmaksızın kabul edilecektir. Habermas bu ilkeye evrenselleştirilebilirlik ilkesi adını verir[122].

Ahlaki normların her bir bireyin diğer her bir bireye yönelmiş eylemini düzenlemesi ve rasyonel bir söylemin herkesi kapsayacağı iddiası pratik olarak mümkün değildir. Bu nedenle Habermas bu sorunu bertaraf etmek için evrenselleştirilebilirlik ilkesini söylemde bir kriter olarak kullanır. Ahlaki söylemde bulunan katılımcılar evrenselleştirilebilirlik ilkesini, önerilen ahlaki normun kendi tanımalarını hak edip etmediğini (deserves their recognition) tartmakta kullanırlar. Tartışılan normun sonuçlarından ve yan etkilerinden etkilenecek herkesin normu kabul etmesi durumunda, beklenti herkesin çıkarlarının tatminidir. Evrenselleştirilebilirlik ilkesi, geçerli evrensel buyrukların kişilik dışı veya genel karakterini dikkate alır[123]. Kategorik emperatifteki tarafsızlık düşüncesinin Habermas'da da olduğu görülür. Rasyonel bir söylemde katılımcılardan biri sonuç veya yan etkilerden biri nedeniyle bu normun onaylanmayı hak etmediğini düşündüğü anda, herkes için geçerli bir ödev tanımı yapılamaz. Bu nedenle rasyonel söylemler herkesin çıkarlarını dikkate almak zorundadır. Bu şekilde evrenselleştirilebilirlik ilkesi, evrensel ahlak fikrini içerir[124].

Habermas, söylemde ileri sürülen ihtilaflı bir normun veya geçerlilik iddialarının haklılaştırılması ve uzlaşıma ulaşılması için argümantasyon sürecinden geçmesi gerektiğini belirtir. Geçerlilik iddiaları kavramı gerçeklere dayanan doğruluk ve moral veya açıklayıcı ifadeleri kapsar. Geçerlilik iddialarının içinde bulunan doğruluk, yanlışlık veya haklılık savları, haklılaştırılmak, meşru kılınmak için argümantasyon sürecine ihtiyaç duyarlar[125]. Argümantasyon, bir

(120) Finlayson, "Does Hegel's Critique of Kant's Moral Theory Apply to Discourse Ethics?," p.34-35.

(121) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.63.

(122) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.375.

(123) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, pp.63-65.

(124) Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," p.81.

(125) Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, Cilt I., s.109, William Outhwaite, The Habermas Reader, Cambridge, Polity Press, 1996, s.177.

amaca yönelik karşılıklı konuşmanın zorunlu parçasıdır. Habermas, argümantasyonu şu şekilde tanımlar:

Konuşmaya katılanların, tartışmalı geçerlilik iddialarını konu edindikleri ve argümanlar yoluyla bu iddiaların doğruluğunu kanıtlamaya ya da onları eleştirmeye çalıştıkları konuşma türüne argümantasyon diyoruz. Bu argüman, sorunsal bir anlatımın geçerlilik iddiasıyla dizgeli bir bağlantı içinde olan gerekçeler içerir. Bir argümanın "kuvveti" verili bir bağlamda, gerekçelerinin sağlamlığıyla ölçülür; bu sağlamlık başka şeylerin yanı sıra, argümanların bir tartışıma katılanları ikna edebilmesiyle, yani ele alınan geçerlilik iddiasını kabul etmeye yönlendirebilmesiyle ölçülür[126].

Argümantasyon, günlük iletişimde, ileri sürülen geçerlilik iddialarının değerlendirildiği bir mahkeme olarak işlev görür. Karşılıklı savların ileri sürüldüğü, tartışıldığı, savların içerdiği geçerlilik iddialarının geçerliliğinin tartıldığı süreç olarak argümantasyon sürecini Habermas, pratik söylem kuramı ile formüle etmiştir. Pratik söylem kuramının bütün kurallarına uyulması durumunda "ideal konuşma[127]" durumu ortaya çıkar. Pratik söylemin işlediği sürece müdahale "daha iyi kanıtlar" ileri sürmekle mümkündür[128]. İletişimsel etik, pratik söylem kuramının üstünde yükselir[129].

Geçerlilik iddialarının haklılaştırımı için gerekli olan ve uzlaşımı hedefleyen söylem ile, Kant'ın başvurduğu akıl yerine, "meşruluğun mutabakat ilkesi"ne başvurulur. Bu ilke normların meşruluğunun haklılaştırılabilmesinin ölçütüdür. Varsayımsal ideal konuşma durumu ise herhangi bir normun, geçerlilik iddiasının haklılaştırma prosedürü olarak ifade edilebilir. İdeal konuşma durumunda kısıtlanmamış iletişim bulunmaktadır, bu nedenle akılcı ve uzlaşmanın zemini olarak görülür[130].

Habermas, pratik söylem ile konuşmacının ileri sürdüğü geçerlilik iddialarını üç farklı düzeyde sorgular: 1. Konuşmacının, nesnel dünyada bir şeye gönderme yapıp yapmadığına, 2. ortak yaşam dünyasına gönderme yapıp yapmadığına, 3. bireylerin kendi öznel dünyalarına gönderme yapıp yapmadığına göre geçerlilik iddiaları sınamaya tabi tutulur[131].

(126) Habermas, İletişimsel Eylem Kuramı, Cilt I., s.42.

(127) İdeal konuşma ortamının ikisi temel koşul olmak üzere dört koşulu vardır: 1. Tartışmaya katılanların konuşmada eşit şansa sahip olmaları gerekir, böylece yeni tartışmalar açılabilir ve karşı konuşmalarla konular daha da açıklığa kavuşturulabilir. 2.Tartışmaya katılan tüm kişiler sav öne sürmede, yorum yapmada, yeni önerilerde bulunmada, soru sormada eşit şansa sahip olmalıdırlar. Bu iki koşul ideal konuşma durumu için zorunludur. 3.Tartışmaya sadece duygularını ve niyetlerini ifade etmede eşit şansa sahip konuşmacılar katılabilmelidir. 4. Tartışmaya katılanlar, "kural koyucu" denilen söz edimlerini kullanmada eşit şansa sahip olmalıdırlar. İdeal konuşma durumu, söylemin gerçekleşmesi için ortaya konan bir dizi kural ve kişilerin bu durumu gerçekleştirmek için kuracakları ilişkiler bütününden oluşur. Fakat bu durumun gerçekleşmiş olması yine de "ulaştıkları mutabakat yalnızca daha iyi kanıtın gücüne bağlı olarak akılsal olarak güdülenmişse mümkündür". Daha iyi argümanın değil de, konuşmacının retorik yeteneği ile ilgilileri ikna etmesi, rasyonel uzlaşımı temin etmez. Habermas, burada geçerlilik iddialarının gerekçeleri üzerinde uzlaşımı esas almaktadır. Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, s.87-89, Harun Tepe, Doğruluk ya da Hakikat, Ankara, Ark Yayınevi, 1995, s.148. Bkz. Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.360-361, Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality,"p.76 vd., Jorge Larrain, İdeoloji ve Kültürel Kimlik, Çev. Neşe Nur Domaniç, İstanbul, Sarmal Yayınları, 1995, s.171,173.

(128) Ota Weinberger, "Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy: Some Critical Comments and Constructive Proposals," Ratio Juris, Vol. 12, No.4, December 1999, pp.336-343.

(129) White, "Jürgen Habermas," s.312-313.

(130) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.366, 374.

(131) Yücel Dursun, "Habermas'ın Söylem Etiğine Bakışı," Doğu Batı, 3. bs., Yıl 3, Sayı 9, Kasım, Aralık, Ocak 1999, s.115.

Birinci düzeyde iletişimsel eylemi sağlayan günlük dil kullanımı ile belli bir ortak toplumda yaşamanın getirdiği arka plan birikimlerinin içinde katı-lımcılar tarafından tartışmasız ve geçerliliği sorgulanmaksızın kabul edilen normlar içerilir. Yani argüman oluşturulurken günlük dil ve sorgulanmadan kabul edilen normlar çıkış noktasıdır. Bu düzeyde sorgusuz kabul edilmiş ahlak normlarının sorgulanması gündeme gelir. Böylece otomatik olarak takındığımız ahlaki tavır ve tutumların altında yatan normlar eleştiriye tabi tutularak, bunların geçerlilikleri, bağlayıcılıkları değerlendirilir. Konuşmanın katılımcıları değerlendirilmeye tabi tutulan eylem normuna ilişkin ya lehine ya aleyhine gerekçeler sunarlar[132].

İkinci argümantasyon düzeyinde katılımcılar, sadece kendileri için değil, herkes için iyi, akılcı ve bağlayıcı olabilecek bir argüman öne sürerek, bunun genel geçerli olması yönünde gerekçelerini ve kanıtlarını ortaya koyarlar. Uzlaşıma yönelmiş böyle bir argüman bazı temel talepleri karşılamalıdır: İlk olarak insanların ihtiyaç taleplerinin normun oluşmasını yönlendirdiği kavranabilir hale getirilmelidir. İhtiyaçtan norma geçiş, yani "evrenselleşmeye geçiş ilkesi" gerçekleşmelidir. İnsanların doğal ihtiyaçlarının neler olduğunun tanımlanmasının sorgulanması gerekir ve bunun sonucunda eğer herkes için bu türden ihtiyaçların giderilmesi genel ise eylem normu ortaya çıkar. Normlar, insanın ihtiyaçlarına dönük olarak meşru yollarla belirlenmiş olur. İkinci adımda, tartışmaya katılanların tartışmasına elveren, yani taleplerini, ihtiyaçlarını kolay, doğru ve gerçeğe uygun şekilde aktarmalarını sağlayan bir dil kullanılmalıdır. Seçilen dil tartışmaya uygun görülmediği takdirde tartışmanın düzeyi değiştirilebilir. Argüman oluşturmada üçüncü adım da katılımcılar bilgi ve becerileri düzeyine göre ihtiyaçlarımız çerçevesinde neler talep edebileceğimiz veya neler talep etmemiz gerektiğini formüle ederler[133].

Argümantasyon süreci haklılaştırılmış ve böylece geçerli kılınmış norma ulaşmak için yapılan bir süreçtir. Habermas söylemsel etik çerçevesinde bir söylem bağlamında ya da karşılıklı haklılaştırım arayışında hangi eylem ilkelerini hepimiz kabul edebiliriz ya da geçerliliği konusunda uzlaşmaya gidebiliriz sorusuyla ilgilidir. Bir amaca yönelik stratejik eylem modelinden, ötekilerle paylaşılacak söz ve eylem merkezli iletişimsel eylem modeline geçiş söz konusudur. Habermas, iletişimin ön varsayımlarını ve norm ve değerlerin haklılaştırım süreçlerini yeniden yapılandırarak, evrenselleştirilebilirliğe ulaşmaya çalışır[134].

C. ÖZNEYE DAYALI HAKLILAŞTIRIM DEĞİL, ÖZNELERARASI HAKLILAŞTIRIM

Kant'ın ahlak anlayışına göre her bir özne, ahlaki eylemini, herkes için genel bir yasa olabilecek düzenleyici ilkelere göre yapmalıdır. Bu yasalar ancak tüm akıllı varlıklara isnat edilebilirse yasa görevi gördüğünden, genel ve soyutturlar. Bu nedenle etkileşim, bütün herkes için geçerli bir yasa koyma, bütün öteki öznelerin ahlaki eylemleri ile "zorunlu ve peşin mutabakat halinde" olmasını sağlar. Kant,

(132) Pieper, Etiğe Giriş, s.179-180.

(133) Pieper, Etiğe Giriş, s.180-182.

(134) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, pp.94-97.

burada öznelerarasındalığı, öznenin kendisini herkes yerine koyarak eylem ilkelerini düzenlemesi nedeniyle, monolog sürecine indirmiştir[135].

Kant'ın evrensellik sınamasında kullandığı kategorik emperatif monolojik veya diyalojik olarak yorumlanabilir. Habermas, Kant'ın kategorik emperatifinin uygulanmasını, dar bireysel ahlak kavramına sıkıştırılması, yani monolojik uygulanması nedeniyle eleştirir: "Söylem etiği, bireyin foro interno eyleminin maksimlerini veya Husserl'in belirttiği gibi, ruhunun yalnızlıklarında test ettiği kabulü olan Kant'ın monolojik yaklaşımı reddeder"[136].

Monolojik olan Kantçı etik, akıl sahibi varlığın diğer akıl sahibi varlıklardan soyut olarak akıl yürütmesine dayanır. Akıl yürüten kişi sosyal bağlamından konum ve statüsünden bağımsızlaştırılmış izole bir kişidir. Söylem etiği ancak diyalojik akıl yürütme ile mümkündür. Söylem katılımcılarının fiili olarak tartışma süreçlerine katılması ve hakikatin ve geçerliliğin haklılaştırımına yönelik argümantasyon yürütmesi ile söylem etiği diyalojik bir modeldir. Habermas, Kant'ın bilen öznesi ve kendisini başkasının yerine koyan öznesi yerine, bilen öznelerin diyaloga dayalı kanaatlerin haklılaştırımından hareket eder. Argümantasyon süreci farklı akılların karşılaştığı sosyal bir süreçtir. Bu nedenle söylem etiğinin yürütüldüğü süreç özel alana değil, kamusal alana yerleşiktir[137].

Söylem etiğinde, ana fikir diğer insanların ahlaki kanatları hakkında yanlış bir yoruma teslim olma riski olmaksızın kategorik emperatifi gerçekten uygulayabileceğimiz tek yol, genelleştirilmiş yorumla uyuşup uyuşmadıklarını sorarak diyalog içinde onları kapsamak olacaktır. Habermas'ın söylem ilkesinde ve onunla bağlantılı olarak evrenselleştirilebilirlik ilkesinde formüle ettiği budur[138]. Habermas, kendi maksimimizi diğer herkese atfetmektense, herkesçe maksimimizin evrensellik iddiasının söylemsel olarak test edilmesi gerektiğini ileri sürer. Burada vurgu her bir kişinin iradesinin genel bir yasaya aykırı olmamasından, herkesin iradesinin evrensel norm olarak uzlaşmasına yönelir[139] .

Söylem etiğinin temel ilkesine göre, ancak pratik söylem tarafları olarak tüm ilgililerin muvafakatine uyan (ya da uyabilen) normların geçerliliği iddia edilebilir[140]. Yani geçerli evrensel buyruklar kişilerden bağımsız ve genel bir karaktere sahip olmalıdır[141]. Bu ise Kant'ın kategorik emperatifine gönderme yap-

(135) Habermas, "İdeoloji" Olarak Teknik ve Bilim, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1997, s.16-17, William Rehg, "Translator's Introduction," Between Facts and Norms, Jürgen Habermas, Cambridge, Polity Press, 1996, p.xi-xii.

(136) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.60, 203.

(137) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.868, Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.380.

(138) Bordum, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," p.869.

(139) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.67.

(140) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.375.

(141) Toddington, söylem kuramında "evrenselleştirilebilirlik" ve "ilgili herkes" kavramlarından yola çıkarak ve söylem etiğinin prosedürlerini dikkate alarak, öne sürülen iddiaların temelinde şu beş iddianın yattığını ileri sürer: 1.Sağduyu bir iddia bizi "Türün Devamı Prensibine" (Principle of Generic Consistency) götürür. 2.Hakikat iddialarının geçerliliği özgürlük ve iyi-yaşam iddialarını getirir. 3.Türün devamı prensibinin ahlaki emirlerinin genel geçerliliği, "kendiniz kadar, türün haklarının muhataplarının, türle ilgili haklarına uygun eylemde bulunmanıza" bağlıdır. Yani söylem etiği, her ne kadar verili kabul ediliyorsa da, ahlaki öze dayanır ve bunlar Türün Devamı Prensibinden çıkarsanabilir. Stuart Toddington, "The Moral Truth about Discourse Theory," Ratio Juris, Vol.19, No.2, June 2006, pp.217-220.

maktadır[142]. Habermas, kategorik buyruğu söylem etiğinde prosedürel olarak yeniden uygular. "Evrensel bir yasa olmasını isteyebileceğim herhangi bir maksimi geçerli sıfatıyla ötekilere yüklemek yerine, maksimimin evrensel geçerlilik iddiasını söylemsel biçimde test etmek üzere ötekilerin onayına sunmalıyım. Vurgu, her bireyin çelişmeden neyi genel yasa olarak isteyebileceğine kayar"[143]. Söylemsel tartışma, Kantçı etikteki evrenselleştirilebilirlik testinin yerini alan yeni bir prosedürdür. Evrenselleştirilebilirlik "herkesin uzlaşarak neyi evrensel norm olarak isteyebileceği" formülüyle söylemsel olarak yeniden biçimlendirilir[144]. Burada Kant'ın kişinin istenciyle ulaştığı evrensel yasadan, herkesin iradesinin üzerinde uzlaştığı evrensel norma geçiş söz konusudur[145]. Söylem kuramının prosedürelliğinin öne çıkmasının nedeni, Kant'taki akla dayalı ahlak yasasının yetersizliği karşısında, yine akla dayalı bir uzlaşımın ancak prosedürel olarak açımlanabilecek olmasından kaynaklanır. Bu nedenle söylem etiği prosedürel bir etiktir[146].

Söylem etiği zorunlu olarak formeldir. Bu nedenle içeriği kesin olarak belirlenmemiştir[147]. Habermas, söylem etiği yaklaşımını oluştururken Hegel'in Kant'ın ahlak teorisine yaptığı eleştirileri dikkate alır. Hegel, Kant'ın "soyut evrensel adalet" anlayışına ve adaletin ve ahlakın somut değerlendirmelerine karşı çıkar. Yani zorunlu olarak içerikten yoksun evrensel etik teorisi ya da somut fakat altında yerel ahlaki yargılardan oluşan etik teorisi arasında bir seçim yapmak zorunda olmamak gerekir[148]. Evrenselleştirilebilirlik ilkesinde yer alan prosedürlerin içerikten yoksun bir biçimselliğe sahip olduğu eleştirisine Habermas, pratik söylemin dış olaylardan beslenen olumsal bir içeriğe (contingent content) sahip olduğunu belirtir. Bu nedenle biçimsel ahlak ilkesinin günlük yaşamda somut problemlerin çözümünde bir değerinin olmadığını söylemek bu nedenle yanlıştır. Çünkü bu ilke evrenselleştirilebilir çıkarlara vücut veren normlarla ilgili problemlere dayanır[149]. Burada dikkati çeken şey Habermas'ın, Kant'ın maksimlerin test edicisi olarak öne sürdüğü istenç (will) kavramını kabul etmesidir. Kant'ın kategorik emperatifinin maksimleri test etmesi gibi, evrenselleştirilebilirlik ilkesi normları test etmektedir. Kant'taki akıl, Habermas'da kişilerin çıkarları yönünde özgür ve birlikte normların onaylanması olarak somutlaşmaktadır[150].

IV. SONUÇ

Kant, modern toplumun, rasyonelleşmesi ve alanlara ayrışmasını, felsefesi çerçevesinde ortaya koymuştur.

(142) Abdel-Nour, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," p.80.

(143) Thomas McCarthy, The Critical Theory of Jürgen Habermas, Cambridge, Polity Press, 1978, s.236.

(144) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.380. Outhwaite, The Habermas Reader, p.178, Habermas, Legitimation Crisis, p.87.

(145) McCarthy, The Critical Theory of Jürgen Habermas, p.326.

(146) Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.365.

(147) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.103, McCarthy, The Critical Theory of Jürgen Habermas, p.326.

(148) Willian Outhwaite, Habermas: A Critical Introduction, Cambridge, Polity Press, 1994, p.55.

(149) Habermas, Moral Consciousness and Communicative Action, p.204.

(150) Finlayson, "Does Hegel's Critique of Kant's Moral Theory Apply to Discourse Ethics?," p.36. Benhabib, Eleştiri, Norm ve Ütopya, s.377.

Kant, alanlara ayrıştırdığı üç akıl ile modernitenin ufkunu ana hatlarıyla çizmiştir. Kant'ın bilim, ahlak ve sanatı yerleştirdiği bu üç akıl anlayışı, Habermas'ın moderniteyi savunmasının da temelini oluşturur. Habermas, *Knowledge and Human Interests* adlı çalışmasında bu alanların ayrışmasına atıf yaparak, modernliğin kurumsallaşmasının bu sayede olduğunu belirtir. Habermas'ın, postmodernist, neo-liberal, yeni muhafazakarlık ve tarihin sonu tezlerini savunanlara karşı sağlam duruşunu, Kant'ın ayrışmalara karşın, parçaların birbiri ile ilişkileri ve birbirini tamamlayan bir bütünü oluşturma anlayışı sağlar. Modernlik Habermas için tamamlanmamış bir projedir.

Habermas, ahlak alanında da Kant'ın yolunu izleyerek, evrensel ahlak yasasının prosedürünü belirlemeye çalışmıştır. Farklılıklar olmasına rağmen her iki filozofun yolları evrensellikte birleşir. Kant'ın kategorik buyruğu, insanlık idesi, evrensel ahlak yasası, Habermas'da prosedürel ve öznelerarası şeklinde karşılık bulur.

Günümüzde birçok sorun varken, akla niye Kant'ın ahlak anlayışına dönülüyor ya da Habermas'ın etik anlayışı tartışılıyor diye bir soru gelebilir. Birincisi gen teknolojilerindeki ve biyoteknolojilerdeki gelişmeler doğrudan ahlak ile ilgili tartışmaları getiriyor. Habermas, bu konuda oldukça tedirgin görünmektedir. Son çalışmalarından biri olan İnsan Doğasının Geleceği'nde insanın doğal tasarımına, genlere yönelik ve biyoteknolojik müdahaleyi sorgulamaktadır. Gen teknolojileri ve biyoteknolojik çalışmalarına karşı olmayan, fakat şüpheyle yaklaşan Habermas, bu alandaki çalışmalar konusunda insanlığı uyanık olmaya çağırmaktadır. Kant'ın "insanın araç değil, amaç olması" vurgusu, insana genlere yönelik ve biyoteknolojik müdahalenin sınırlarını oluşturabilir mi sorusu, Habermas gibi, ahlak alanında düşünce üretenleri ilgilendirmektedir. Biyo-teknolojik alanda Habermas, Kant'ın "evrensel eşitlikçi" yaklaşımı yeniden üretebilecek, insanlık idesini devam ettiren bir anlayışa sahip çıkmaktadır.

Habermas, küreselleşen dünyada başka sorunlara da söylem etiğini uygulayarak, sorunlara etik bir yaklaşım üretmeye, ahlaka dayalı çözümlere ulaşmaya çalışır. *Bölünmüş Batı* adlı çalışmasında köktendincilik ve terör konusunda "çoğulcu toplumların karmaşık yaşam koşullarına normatif olarak sadece -ister Katolik veya Protestan olsun, isterse Müslüman, Yahudi, Hindu, Budist, inançlı ya da inançsız- herkesin aynı ölçüde değerli olduğunu söyleyen katı bir evrenselciliğin" çözüm olacağını belirtir.

Habermas'ın Kant etiğinden yola çıkarak tartıştığı konular bunlarla sınırlı değildir. Para ve siyasetin işgal ettiği yaşam dünyasında, eşit hak ve özgürlüklere sahip yurttaşların, söylem etiğini siyasete uygulaması gerektiğini düşünür. Habermas, bu bağlamda politik meşruluk modeli üretmesi nedeniyle de eleştirilir. Demokrasi üzerine yapılan tartışmalarda, Habermas "müzakereci demokrasi" kuramını, söylem kuramı üzerinde yükseltir. Habermas'ın söylem kuramı ve bunun etik boyutu hiçbir konu sınırlaması yapmaması sebebiyle birçok alanda ileri sürülen geçerlilik iddialarının tartışılmasına olanak sağlar.

BİBLİYOGRAFYA

•Abdel-Nour, Farid, "Farewell to Justification: Habermas, Human Rights, and Universalist Morality," **Philosophy & Social Criticism**, Vol.30, No.1, pp.73-96.

•Akarsu, Bedia, **Çağdaş Felsefe**, 3. bs., İstanbul, İnkilap Kitapevi, 1994.

•Akarsu, Bedia, **Immanuel Kant'ın Ahlak Felsefesi**, 5. bs., İstanbul, İnkılap Yayınları, 1999.

•Benhabib, Seyla, **Eleştiri, Norm ve Ütopya**, Çev. İsmet Tekerek, İstanbul, İletişim Yayınları, 2005.

•Benhabib, Seyla, **Modernizm, Evrensellik ve Birey**, Çev. Mehmet Küçük, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999.

•Bordum, Anders, "Immanuel Kant, Jürgen Habermas and the Categorical Imperative," **Philosophy & Social Criticism**, Vol.31, No.7, pp.851-874.

•Cassier, Ernest **Kant'ın Yaşamı ve Öğretisi**, Çev. Doğan Özlem, 2. bs. İstanbul, İnkilap Kitabevi, 1995.

•Copleston, Frederick, **Felsefe Tarihi: Kant**, Cilt VI, Çev. Aziz Yardımlı, 2 bs., İstanbul, İdea Yayınevi, 1996.

•Deleuze, Gilles, **Kant'ın Eleştirel Felsefesi**, Çev. Taylan Altuğ, İstanbul, Payel Yayınları, 1995.

•Deligiorgi, Katerine, "Universalisability, Publicity, and Communication: Kant's Conception of Reason," **European Journal of Philosophy**, 10:2, pp.143-157.

•Dellaloğlu, Besim, **"Toplumsal"ın Yeniden Yapılanması: Habermas Üzerine Bir Araştırma**, İstanbul, Bağlam Yayınları, 1998.

•Denis, Lara, "Kant's Ethics and Duties to Oneself," **Pacific Philosophical Quarterly**, Vol.78, 1997, p.321-348.

•Dursun, Yücel, "Habermas'ın Söylem Etiğine Bakışı," **Doğu Batı**, 3. bs., Yıl 3, Sayı 9, Kasım, Aralık, Ocak 1999, s.109-126.

•Finlayson, Gordon James, "Does Hegel's Critique of Kant's Moral Theory Apply to Discourse Theory?," **Habermas: A Critical Reader**, Ed. Peter Dews, Massachusetts, Blackwell Publishers ltd., 1999, s.29-52.

•Finlayson, James Gordon, **Habermas**, Çev. Talat Kılıç, Ankara, Dost Kitabevi, 2007.

•Friedman, Michael, Graham Bird, "Kantian Themes in Contemporary Philosophy," **Supplement to the Proceedings of The Aristotelian Society**, Vol.72, No:1, June 1998, p.111-130.

•Giddens, Anthony,"Jürgen Habermas," **Çağdaş Temel Kuramlar**, ed. Quentin Skinner, Çev. Ahmet Demirhan, 2. bs., Ankara, Vadi Yayınları, 1997, s. 156-177.

•Gökberk, Macit, **Felsefe Tarihi**, 10. bs., İstanbul, Remzi Kitabevi, 1999, s.351.

•Güriz, Adnan, **Hukuk Felsefesi**, 4. bs. Ankara, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No:511, 1996, s.216.

•Habermas, Jürgen, **"İdeoloji" Olarak Teknik ve Bilim**, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1997.

•Habermas, Jürgen, **Communication and the Evolution of Society**, Trans. Thomas McCarthy, Cambridge, Polity Press, 1995.

•Habermas, Jürgen, **İletişimsel Eylem Kuramı; Cilt I: Eylem Rasyonelliği ve Toplumsal Rasyonelleşme; Cilt II: İşlevselci Aklın Eleştirisi Üzerine**, Çev. Mustafa Tüzel, İstanbul, Kabalcı Yayınları, 2001.

•Habermas, Jürgen, **Legitimation Crisis**, Trans. Thomas McCarthy, Cambridge, Polity Press, 1997.

•Habermas, Jürgen, **Moral Conciousness and Communicative Action**, Cambridge, MIT Press, 1990.

•Heimsoeth, Heinz, **Immanuel Kant'ın Felsefesi**, Çev. Takiyettin Mengüşoğlu, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1986.

•Holub, Robert C., **Jürgen Habermas: Critic in the Public Sphere**, London, Routledge Press, 1991.

•Işıktaç, Yasemin, "Hukuk Felsefesi Açısından Yeni Kantçı Yaklaşımların Türkiye'deki Yansımaları," **Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi,** Haz. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s.138-154.

•Işıktaç,Yasemin, **Hukuk Felsefesi**, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.

•Kant, Immanuel, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. Ioanna Kuçuradi, Hacettepe Üniversitesi Yayını, Ankara, 1982.

•Kant, Immanuel, "Aydınlanma Nedir? Sorusuna Yanıt," **Seçilmiş Yazılar,** Çev. Nejat Bozkurt, Ankara, Remzi Yayınevi, 1984.

•Kant, Immanuel, **Etik Üzerine Dersler**, Çev. Oğuz Özügül, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 1994.

•Kant, Immanuel, **Gelecekte Bilim Olarak Ortaya Çıkabilecek Her Metafiziğe Prolegomena**, Çev. Ianna Kuçuradi, Yusuf Örnek, 2. bs. Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 1995.

•Kant, Immanuel, **Pratik Aklın Eleştirisi**, Çev. Ianna Kuçuradı, Ülker Gökberk, Füsun Akatlı, 3. bs.,Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 1999.

•Kant, Immanuel, **The Philosophy of Law: The Exposition of the Fundamental Principles of Jurisprudence as The Science of Right**, trans. W. Hastie, Edinburg, Clark, 1887 http://oll.libertyfund.org/title/359 06/01/2009.

•Karadağ, Ahmet, "Postmodernite ve Kamusal Alan: Mutlak Hakikat Arayışının Sonu," **Kamusal Alan ve Türkiye**, Ankara, Asil Yayın Dağıtım, 2006, s.44-74.

•Küçük, Mehmet, "Postmodernin Modern Karakteri Ya Da Dönemleştirmenin İronisi," **Modernite versus Postmodernite**, 2. bs., Ankara, Vadi Yayınları, 1994, s. 199-226.

•Larrain, Jorge, **İdeoloji ve Kültürel Kimlik**, Çev. Neşe Nur Domaniç, İstanbul, Sarmal Yayınları, 1995.

•McCarthy, Thomas, **The Critical Theory of Jürgen Habermas,** Londra, Polity Pres, 1984.

•Murphy, Jeffrie G., Jules L. Coleman, **Philosophy of Law: An Introduction to Jurisprudence**, London, Westview Press, 1990, pp.70-82.

•Outhwaite, William, **Habermas: A Critical Introduction**, Cambridge, Polity Press, 1994.

•Outhwaite, William, **The Habermas Reader**, Cambridge, Polity Press, 1996.

•Öktem, Niyazi, Ahmet Ulvi Türkbağ, **Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet**, İstanbul, Der Yayınları, 1999.

•Pieper, Annemarie, **Etiğe Giriş,** Çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 1999.

•Rawls, John, "Kant'ın Ahlak Felsefesinin İzlekleri," **Cogito**, Çev. Özlem Barın, Sayı 41-42, 2005, s.241-275.

•Riley, Patrick, "Kant Against Hobbes in Theory and Practice," **Journal of Moral Philosophy**, Vol.4, 2007, p.194-206.

•Sabine, George, **Yakınçağ Siyasal Düşünceler Tarihi**, Çev. Özer Ozankaya, 3. bs., İstanbul, Cem Yayınevi, Ocak 1997.

•Taylor, Charles, "Language and Society," **Communicative Action**, Ed. Axel Honneth and Hans Joas, Cambridge, Polity Press, 1991, pp.23-35.

•Tepe, Harun, **Doğruluk ya da Hakikat**, Ankara, Ark Yayınevi, 1995.

•Tepe, Harun, **"Küreselleşen Sorunlar Karşısında Kant Etiği,"** Çevrimiçi: http://www.felsefeekibi.com/site/default.asp ?PG=871 17/04/2006

•Timuçin, Afşar, **Düşünce Tarihi**, İstanbul, BDS Yayınları, Ekim 1992.

•Toddington, Stuart, "The Moral Truth about Discourse Theory," **Ratio Juris**, Vol.19, No.2, June 2006, pp.217-229.

•Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Immanuel Kant'ta Özgürlük, Ahlak, Hukuk ve Devlet," Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, Haz. Hayrettin Ökçesiz, 2. Kitap, İstanbul: Afa Yayıncılık, Şubat 1995.

•Walker, Ralph, **Kant and the Moral Law**, London, Phoenix Publications, 2000.

•Weber, Alfred, **Felsefe Tarihi**, Çev. H. Vehbi Eralp, 5. bs., İstanbul, Sosyal Yayınları, 1998.

•Weinberger, Ota, "Legal Validity, Acceptance of Law, Legitimacy: Some Critical Comments and Constructive Proposals," **Ratio Juris**, Vol. 12, No.4, December 1999, pp.336-353.

•West, David, **Kıta Avrupası Felsefesine Giriş**, Çev. Ahmet Cevizci, İstanbul, Paradigma Yayınları, Eylül 1998.

•Habermas, Jürgen, **Between Facts and Norms**, Cambridge, Polity Press, 1996.

•Yenişehirlioğlu, Şahin, **Birey, Toplum, Devlet İlişkileri**, Ankara, Ümit Yayıncılık, 1995.

Devlet-Toplum Arasında Hukukun Ruhu

Abdülkadir ZORLU*

GİRİŞ

Hukukun gelişmesi açısından toplum, toplumun değişimi, sınıfsal oluşumlar ve sivil toplum örgütleri zorlayıcı ve dönüştürücüdür. Bu çizgide, hukuk toplumsal değişmeyi izler. Toplum değiştikçe hukuk anlayışı ve yasalar bu doğrultuda değişmek durumundadır. Hukukun daha etkili olması için toplumun geçirdiği dönüşümlere bağlı olarak değişmelidir.

Hukukun ruhundan kast edilen şey, aslında hukukun kaynağıdır. Kaynak, bir nehrin çıktığı ve doğduğu nokta anlamına gelir. Öyleyse hukukun kaynağı nedir, nereden çıkmıştır? Genel anlamda hukuk bir toplumsal gruptan kaynaklanır. Toplumsal grubun dünyaya bakışı, bilişsel haritası ve zihinsel kodları hukuksal kuralları biçimlendirir. Bu çerçevede, devlet, insanlara egemen olan insanların ilişkileridir.

Hukuk sistemleri, uygulamada, devlet ile toplum arasındaki kurumsal organizasyonlarla gerçekleşir. Hukuk kuralları, devlet ile bireylerin, grupların, toplumun ve toplum içindeki grupların ilişkilerini düzenler. Çalışmada, bu bağlamda hukuk sosyoloji, devlet ve toplum arasındaki olası ilişkiler, hukuk oluşumu ve hukuka bakışlar ele alınmıştır.

1. HUKUKA SOSYOLOJİK YAKLAŞIMLAR

Hukuk sosyolojisi açısından hukukun ne olduğu ve hukuku ele alış biçimleri, temelde toplum varsayımlarıyla ilişkilidir. Teorik düzeyde hukuk sosyolojisi üç farklı toplum varsayımıyla biçimlenir. Pozitivist işlevsel yaklaşıma göre toplum, bireyin dışında varolan bir yapıdır ve genel işleyiş yasalarına sahiptir. Çatışmacı yaklaşıma göre, toplumun, üretim araçları ve toplumsal hareketlerle değişebilir bir yapısı vardır. Yorumlayıcı yaklaşıma göre ise, toplumun, insanlar tarafından sürekli inşa edilen değerlerle değiştirilebilen bir doğası vardır. Bu üç teorik yaklaşım, toplum varsayımlarında olduğu gibi; insan doğası konusunda da birbirinden farklılaşırlar. Pozitivist yaklaşıma göre, insan dışsal koşullara uyum sağlayan ve bu dışsal koşulları değiştirme iradesine sahip olmayan bir varlık olarak ele alınır. Çatışmacı yaklaşıma göre, insan toplumsal hareketlerle dışsal koşulları değiştirebilen hür iradeye sahiptir. Yorumlayıcı yaklaşıma göre ise, birey, sosyal gerçekliği anlam temelinde sürekli inşa eden aktif katılımcıdır (Neuman 1991:85), Vago 2006: 22, 24; Dikeçligil 2002:110; Guba, Lincoln 1990:109-11).

Pozitivist yaklaşım, toplumu ve hukuku gördüğü işlevler açısından ele

* *Dr., Kırıkkale Üniversitesi Sosyoloji Bölümü Öğretim Elemanı*

alır. Bunun ötesinde, hukuku, toplumun ön koşulu olarak görür; toplumun bir hukuk sistemi olarak okunabileceğini düşünür. Bu açıdan hukuk hem toplumun kurucu unsuru hem de norm olarak toplumu bütünleştiren zorlayıcı kurumsal mekanizmadır. Bu yaklaşımın ilk ve etkili teorisyeni olan Durkheim, sadece zorlayıcı kurallardan yola çıkarak toplumu tanımanın yollarını bulmaya çalışmamış (Can 1989:12), yaşayan hukukun zorlayıcı kurallarından yola çıkarak toplumu ve toplumsal olguyu açıklamaya çalışmıştır. Yaşayan hukuk kurallarının zorlayıcı karakterini toplumsal ve sosyal alan alana taşımış, toplumu bu zorlayıcılık vasfı ile açıklama çalışmıştır. Organik toplum tipini analiz ederken zorlayıcı hukuk kurlarından yola çıkması ve bunu açıklamasının odağına oturması anlamlıdır (Durkheim 1984:68). Hukukun zorlayıcılık vasfından yola çıkarak toplum için "kolektif vicdan" inşa etmiştir. Hukuku, kolektif vicdanın kendini koruma aracı olarak düşünmüştür. Suçun ortaya çıkmasını, açık ve belirgin olarak kanunda gösterilmiş olanın ihlali kolektif vicdanı zayıflatan bir eylem olarak değerlendirmiştir. Dayanışmacı bakış açısı hukuku, grupların ve insanların ilgilerini, eylemlerini bütünleştiren ve ortak amaca yönlendiren bir araç olarak görür.

Dayanışmacı perspektif yaşayan hukuku işleyişi ve amacı açısından ele alır, bu nedenle de hukukun oluşumunda ve hukukun işleyişinde insanın yerini ikincileştirir. Zaten, toplum varsayımıyla insana etkin bir yer vermez. Bu anlayışla insan davranışlarını toplumsal çevre koşullarının belirlediğini kabul eder. Böylece, teorik düzeyde insana seçme şansı tanımaz. Hukukun oluşumu, hukukun işleyişinde insana önem vermemesiyle ve bu temelde, yaşayan hukuku merkeze almasıyla hukukun sosyal yönünü görülmez hale getirir. Bir başka ifadeyle, yaşayan hukuka aşırı vurgu hukuktaki insan ve sosyal boyutu öldürür, yok eder (Cotterrell 2006). Bu anlayış insansız bir hukuk sosyolojisi ortaya çıkarır, insansız hukuk sosyolojisi ise, "Mektepsiz Maarif Vekaleti"ne dönüşür.

Dayanışmacı yaklaşıma karşıt olarak çatışmacı yaklaşım, hukuku, sosyal çatışmanın silahı olarak ele alır. Hukuk, yönetici elittin kendi çıkar ve faydası için kullandığı bir baskı aracıdır (Vago 2006: 24). Çatışmacı yaklaşım, hukukun toplumun ön koşulu olduğu varsayımını kabul etmez. Karl Marx'a göre, toplumsal yapıyı oluşturan ve değiştiren faktör hukuk değil, üretim araçları ve toplumsal sınıflardır. Hukukun değişimi, üretim araçlarının ve sınıfsal pozisyonların bir sonucudur. Ona göre, belirli zamandaki geçerli olan yaşayan hukuk egemen sınıfın baskı araçlarından biridir. Hukuksal değişmenin temeli yükselen yeni sınıftır. Yeni bir hukuk talebi toplumsal değişmenin önemli bir göstergesidir. Karl Marx ve Max Weber, çoğu kanunların özel ekonomik çıkarlara hizmet için yaratıldığını düşünmüşlerdir (Yücel 2004: 81).

Bununla birlikte Max Weber'e göre, toplumu inşa eden etkili unsur değerlerin farklılaşmasıdır. Weber, toplumsal hayatı birbirleriyle savaş halinde olan bir değerler dünyası olarak görür, değerler arasında da bir tercih imkanı olduğunu düşünür (Weber 1987: 70). Her toplum ve toplumsal düzen uyum kadar çatışmayı da içerir (Özlem 2001: 350). Weber, yaşayan hukuku, Durkheim gibi zorlayıcı kurallarla tanımlar. Bunun yanında, hukuk kurallarının değerlere ilişkili olduğunun altını çizer. Ona göre, hukuk kuralları, "insanların başka insanlar üzerindeki egemenliğini içerir". Hukuka uyanlar, bireylere değil, meşru emirlere ve meşruluk anlamı atfetmeleri için uyarlar. Bu nedenle Weber, itaat etme güdülerinin akılcı, geleneksel ve karizmatik temelleri üzerine odaklanır. (Aron 1989: 385-6). Diğer taraftan bir zorlama organı olarak hukukun toplumu ve devleti aşan bir entite olmadığını düşünmüş, bunu da şöyle belirtmiştir. "Gerçekten de hukuk, devleti aşan bir zor gücüne sahip değildir" (Özlem 2001: 348,50). Hukukun değişmesi, değerlerin farklılaşmasının bir bölümüdür, genel çerçevede dünyaya bakışların değişme-sinin sonucudur.

Çatışmacı yaklaşım, hukukun oluşumu ve işleyişi açısından sosyal boyutu önemser. Hukukun oluşumunu ve yaşayan hukukun işleyişini toplumsal sınıflar ve gruplar bağlamında ele alır. Hukukun oluşumunun ötesinde; yaşayan hukukun işleyişini toplumsal grupların maddi ve düşünsel çıkarlarıyla ilişkilendirir. Bu bağlamda, hukukun sosyal boyutu açısından, toplum, toplumsal sınıflar ile hukuk arasında olası iki ilişkiden söz edilebilir. Birincisi toplumsal çatışma düzleminde egemen sınıfın kendi maddi ve düşünsel çıkarı için hukuku bir silah olarak kullanmasıdır. İkincisi, yükselen yeni sınıflarla birlikte toplumsal yapı farklaşır, değerler değişir ve hukuk rasyonelleşir.

Bu teorik perspektiflerin, topluma, insana ve hukuka yaklaşımları Tablo 1'de görüldüğü gibi özetlenebilir. Teorideki bu karşıtlığa rağmen, gerçeklikte toplum ve hukuk, çatışma ve uzlaşma diyalektiğinde varlığını devam ettirir. Hukuk kuralları ve mekanizmaları toplumsal grupların güç dengesi sonucudur (Yücel 2004:12). Uzun süreli çatışma, toplumu, toplum olma halinden çıkarır. Toplum olmanın gereğinin ilk koşulu, çatışmanın temel değerlere ilişkin olmaması ve çatışmanın bir uzlaşma formu içerisinde gerçekleşmesidir. Bununla birlikte, toplumu bütünleşmiş bir yapı olarak okumak, toplumdaki çatışmaları ve farklılaşmaları göz ardı etmek demektir; bu da durağan ve statik bir toplum özlemini ima eder. Gerçeklikte böyle bir şey olası değildir.

Tablo 1: Hukuka Sosyolojik Yaklaşımlar

	Pozitivist, İşlevselci, Davranışçı ve Dayanışmacı Perspektif	Eleştirel ve Çatışmacı Perspektif	Yorumlayıcı ve Anlamacı Perspektif
Toplum varsayımı	Toplumun, bireyin dışında ve üstünde bir gerçekliği vardır. Toplum bütünleşmiş bir yapıya sahiptir.	Toplum, alt yapı ve üst yapı unsurlarıyla biçimlenen karşılıklı çatışan bir yapıya sahiptir.	Her toplum ve toplumsal düzen, uyum ve çatışma içerir.
İnsan doğası varsayımı	İnsan dışsal koşullar tarafından yönlendirilen, rasyonel ve edilgen bir doğaya sahiptir.	İnsanlar, toplumsal hareketlerle dışsal koşulları değiştirebilir, bu açıdan da insan hür iradeye sahiptir.	İnsanlar toplumu anlamlar temelinde değiştirebilen ve aktif katılımcıdır.
Hukuk, Toplum ve İnsan ilişkisi	Yaşayan/yürürlükteki hukuk merkezli bir açıklama olduğu için hukukta sosyal boyut önemini kaybediyor. Bir anlamda, insansız hukuk anlayışını barındırıyor. İnsan, toplumsal dayanışma için bir araç olarak düşünülüyor.	Yürürlükteki/yaşayan hukuku toplumsal sınıflar açısından değerlendirilmektedir. Yine de bir sınıfın özgürlüğünün çoğalması diğer sınıfların da özgürlüklerin de geliştiği anlamına gelmiyor.	İnsan özgürlükleri açısından hukuk engelleyici ya da destekleyici olabilir. İnsanların hukuka anlam atfetmeleri önemlidir.
Araçsal Olarak Hukuk	Dayanışmanın ve uyumun aracıdır.	Çatışmanın ve sınıflar arası rekabetin aracıdır	Hukuk dayanışmanın ya da çatışmanın aracı olabilir.
Hukukta odaklanılan konu	Zorlayıcılık özelliği ile hukukun toplumsal bütünleşmedeki işlevi	Hukuk aracılığıyla sınıfsal eşitsizliklerinin süreklilik kazanması	Hukukun meşrulaştırılması sorunu
İdeal durum	**Bireyin olduğu kadar devletin de ve toplumun da çıkarlarını korumak önemlidir. Önemli olan farklılıkları ve çatışmaları yok saymadan, toplumsal grupları üst değerler temelinde ortak bir amaca yönlendirmektir.**		

Kaynaklar: Neuman (1991), Dikeçligil (2002), Guba, Lincoln (1990), Vago (2006), Yücel (2004), Simmel (1999), Özlem (2001).

2. DEVLET VE TOPLUM ETKİLEŞİMİ OLARAK HUKUK

Weber'in ifadesiyle, devlet, toplumu yöneten kurallar yetkisine sahip ve belirli toprak parçasında meşru şiddet kullanma tekelini elinde bulunduran kurumlar bütünüdür. Toplum ise, sosyal gereksinmeleri karşılamak için etkileşen ve ortak bir kültürü paylaşan çok sayıda insanın oluşturduğu bir birlikteliktir. Grup, kişilerden; toplum ise gruplardan, topluluklardan oluşur. Toplum, bir coğrafyada varolur; diğer taraftan, ulus ile toplum kavramını eş anlamlı olarak görmemek gerekir. Çünkü, toplumların içinde ayrı bir kültürle ayrı topluluğu oluşturan gruplar söz konusudur (Fichter 1996:73-74). Bu farklılıkların düzenlenmesi de önemli bir hukuksal sorundur.

Devlet ve toplum arasındaki ilişkiler üç düzeyde gerçekleşebilir. Birincisinde, devlet, toplum içindeki grupların çıkarlarına göre hareket edebilir. İkincisinde, devlet, çıkar ve baskı gruplarının aracı haline gelebilir; çünkü, baskı grupları devleti fiilen ele geçirmiş durumda olabilir. Üçüncüsü ise, devlet çeşitli çıkar gruplarının talepleri arasında hakemlik yaparak ulusun ve toplumun ortak çıkarlarının korur. İdeal durumda, devletin, düşünsel, ideolojik ve çıkar grupları arasında tarafsız bir hakem olması beklenir. Bunun olabilmesi için de ilk koşul olarak haklar ve özgürlükler açısından ideal hukuk ile yaşayan hukuk arasında uçurum olmaması gerekir. Bir başka ifadeyle, ideal hukukun "özgürlük, kural; sınırlama ise, istisnadır" (Kaboğlu 2002: 60) ilkesi ile yaşayan hukukun uyumlu hale getirilmiş olması beklenir.

Weber, devleti, meşru şiddet kullanma tekelini elinde bulundurmaya dayandırmasıyla, devleti, araçlarıyla tanımlamaktadır. Oysa, ideal durum olarak devlet amaçları açısından ele alınmak durumundadır. Bu çerçevede, devlet, insan özgürlüğünün, toplumun etkinliğinin gelişmesi ve ortak iyiliği sağlamak için çıkar grupları arasında bir hakemdir. Devlet, özgürlüğün varlık koşuludur; fakat, özgürlüğün gerçekleşmesi için devlet yeterli değildir. Özgürlüklerin devlet karşısında yasayla teminat altına alınmış olması önemlidir.

Toplumu oluşturan grupların ve toplulukların ortak çıkarını korumak, birey devlet ilişkilerinin özgürlük temelinde kurumlaşması etkin bir devlet ve toplum olmanın yoludur. Çeşitli çıkar gruplarının ortak bir çıkara yönlendirilmesi açısından "karşıtların işbirliği" (antagonistic cooperation) (Summer 1940:16) kavramı vazgeçilmez sosyal bir buluştur. Bu bağlamda, Montesquieu'nun odaklandığı konu siyasal özgürlüğün koşulu olan toplumsal güçlerin dengesidir (Aron 1989:32).

Batı açısından toplumsal dengenin sağlanması tarihsel bir sorun olmuştu. Ortaçağdan on sekizinci yüzyıla kadar, Batı düşüncesinin en önemli sorunu siyasal anarşidir. Siyasal anarşiden kaynaklanan kaosa son vermek ve toplumları bütünleştirmek amacıyla hukuk, yasa ve meşruluk konuları ele alınmıştır. Hegel'in, devleti, özgürlüğün varlık koşulu olarak değerlendirmesi, ancak bu tarihsel süreçle anlaşılabilir. Feodal düzenden miras kalan siyasal anarşi burjuvazinin ve ekonomik gelişmenin motoru da olmuştur. Böyle bir tarihsel ve toplumsal zeminde, Emile Durkheim, hem toplumsal değişmeyi hem de sosyolojik olarak yaşayan hukukun işleyişini açıklamaya çalışmıştır. Durkheim, toplumsal değişmenin yönünü benzerliğin zorunlu dayanışmasından/mekanik toplumdan farklılaşmaya dayanan organik topluma doğru analiz eder. Farklılaşmanın ve grup çıkarların getirdiği dayanışma sorunlarını toplumsal olgu ve toplumsal baskı kavramlarıyla aşmaya çalışır.

Ortaçağdan AB'ye Avrupa toplumlarının modernleşmesi, toplum ve toplumlararası ilişkilerin gelişmesi "karşıtların işbirliği" zeminde ilerlemiştir. Durkheim'in çabası da, dayanışma ve toplumsal baskı kavramlarıyla, toplumsal grupların üstünde bilişsel bir otorite inşa etmek olmuştur. Böylece, Durkheim için toplumsal baskı konusu, sadece bilimsel, akademik sorun değildi, aynı zamanda, grup çıkarlarının üstünde bir otoriteyi bulma sorunu ve Fransa'nın Cumhuriyet rejimine meşruluk kazandırma sorunuydu. .

Bununla birlikte, Durkheim, iş bölümünün getirdiği işlevsel dayanışmayı önemsemektedir ve işbölümü, bireysel özgürlüklerin kazanımı açısından önemlidir. Avrupa'da bireysel özgürlüğü ifade etmek için kullanılan

"kentin havası insanı özgür kılar" ibaresi tarihsel, toplumsal ve ekonomik koşulların bireye getirdiği olanaklarla açıklanabilir. Tarihsel olarak, Avrupa'da kente dahil olmakla pazara dahil olmanın neredeyse özdeş olduğu bir durum söz konusudur. Kente dahil olmak kent hukukuna katılmak demekti, bunu sağlayan da ekonomik gelişme ve iş bölümüydü. Diğer taraftan, ekonomik gelişmeyle birlikte rasyonelleşme ve sekülerleşme gelişiyordu.

Durkheim'in toplumsal çözümlemeleri önemli ölçüde Türk devletinin oluşumuna kaynaklık etmiş, hukuka bakışta teorik temel sağlamıştır. Lise ders kitaplarından, üniversite ders kitaplarına; özellikle hukuk sosyolojisi kitaplarının önemli bir kaynağı olmuştur. Durkheim'in amacı, farklılaşmış bir toplumda, bu farklılıkları dayanışmaya götürecek bir düşünsel zemin sağlamaktı; bununla birlikte, toplumsal sınıfların gelişmediği Türk toplumunda, toplumsal farklılaşmayı geliştirmekten çok, tarihsel olarak farklılaşmayı engelleyen unsurlara hizmet ettiği söylenebilir. Tarihsel olarak, farklılaşmayı engelleyen en etkili unsur devlettir ve devletin bekası anlayışıdır. Dahası, Durkheimci tema devletin bekası anlayışına ek bir vurgu getirmiştir (Durakbaşa 1994:117).

Devletin bekası anlayışı, Durkheim'in toplumsal baskı, kolektif vicdan kavramlarının içeriği ile örtüşür mahiyettedir. Herkesin üzerinde istese de istemese de kendini kabul ettiren ve kolektif vicdanı oluşturan bu toplumsal baskı nedir? Kessler'in ifadesiyle toplumsal baskı bir kralın, bir şefin baskısından başka bir şey değildir (Çelebi, Kızılçelik 2002:117). Bu anlayış, insanın aklıyla ve eliyle hazırlamış olduğu hukuk kurallarının yaşayan hukuk olmasıyla kutsal metin statüsüne dönüştürmektedir. Onun ardındaki iktidar gücünü de, devleti de, kutsallaştırmaktadır. Örtük olarak, hukukun ardındaki egemen otoritenin ve egemen sınıfın insani çabalarını ve doğru ya da yanlış olabilecek doğrularını tartışılmaz dogmalar haline getirmektedir.

Türk modernleşme süreci, ekonomik temelde, bir modernleşme süreci olmamış, yaşam tarzı modernleşmesi olmuştur. Kendi tarihsel ve hukuksal serüvenimiz açısından 19. yüzyıl Comte ve Dukheim pozitivist teorik varsayımları, hukuka bilişsel temel olma açısından kurucu unsur olmuştur. Modern yaşam tarzı 19. yüzyıl pozitivist rasyonalitesi ile inşa edilmiş, bu yaşam tarzı toplum için bir model olarak kurgulanmıştır. Bu temelde de, hukuk, sosyal değişme için araç olarak kurgulanmıştır. Oysa, toplumsal değişmeler ancak hukuksal değişmelere neden olabilirler. Bunun kaynağı da; Durkheim'e göre yapısal farklılaşma ve iş bölümü, Marx'a göre modern toplumsal sınıfların gelişmesi ve Weber'e göre ise, değerlerin farklılaşmasıdır. Bu değişmelere paralel olarak da hak ve özgürlükler, anayasalarla garanti altına alınmıştır.

Hukuku, modernleştirici bir araç olarak değerlendiren bu yaklaşım, toplumu bütünsel bir yapı olarak kabul etmiştir. Bununla birlikte, bu yaklaşımı kabul eden aydınlar toplumun ve halkın kendilerinden farklı olduğunu düşünmüşlerdir. Böylece, pozitivist rasyonalite ile eril olmayan birey ve toplum görüşü ortaya çıkmıştır. Eril olmayan birey ve toplumun ne anlama geldiğini Vasfi Raşit'e atfedilen şu ifadeler açıklar mahiyettedir (Berkes 2005:146).

"Azizim,.. demokrasi denen şey nedir? Halkın devleti yönetmesi değil mi? Peki, bu cahil halk nasıl devleti yönetir ya da denetler ? Olur mu? Cahil

Halkın eline bir devlet nasıl, teslim edilir?"

Bu ifadeler demokrasi, toplum, devlet ve hukuk ilişkileri açısından gerilim alanlarını deşifre eder mahiyettedir. Eril olmayan birey ve toplum varsayımı demokrasiyle uyuşmaz bir zeminde hazırlar. Bu bakış açısı, birey ve toplum merkezli olmayan, kamucu ve devletçi bir hukuk anlayışının biçimlenmesine yol açar. Bu bağlamda, yukarıdan aşağıya 1961 Anayasası ile verilen insan hak ve özgürlükleri, 1982 Anayasası ile yukarıdan aşağıya doğru bir hukukla toplum inşa etme mantığı ile geri alınmıştır. Bireyin özgürlüğü ve toplumun özerkliği, yerini, devlete öncelik veren bir otoriter anlayış hukukta yerini almıştır. Özgürlük hem tanınırken hem de geri alınırken hukukun toplumu değiştirme ve denetlemesine yönelik bir araç olarak görüldüğü açıktır. Unutmamalı ki, toplumlar bizim kafamıza uymak için değişmezler. Diğer taraftan, eril olmayan birey ve toplum varsayımı demokrasiyle uyuşmaz bir zeminde hazırlar. Bir bakıma, zaten eril olarak görülmeyen topluma verilen özgürlüklerin, hukuk elbisesinin topluma bol geldiği düşünülerek evrensel hukuktan geri adım atılmıştır. Böylece 1982 Anayasası ile sadece yaşayan hukuk elbisesi daraltılmamıştır, aynı zamanda, devletin bekası anlayışına geri dönülmüştür.

Toplum, birey ve devlet ilişkileri açısından asıl sorun dört noktada düğümlenmektedir. Birincisi, hukuk kurallarının özgürlükçü olup olmadığıdır. İkinci nokta, hukuk kullarından bağımsız olarak hukuk uygulayıcılarının özgürlükçü bir zihniyet dünyasına yatkın olup olmadıklarıdır. Üçüncü olarak bireyi ve özgürlükleri ikincileştiren bir bakış açısıyla toplumda gelişen özgürlükçü anlayışı görüp göremediğimizdir. Bir dördüncü nokta ise, özgürlükten kaçışın baskıcı toplumsal hareketlere prim verdiği, özgürlükçü olmayan koşulların bireyleri devlet ya da din temelinde zihniyet dünyalarına yönlendirdiği konusudur. Her iki grubun dünyaya bakışı, bilişsel haritası ve zihinsel kodları epeyce bir oranda da birbiriyle örtüştüğü söylenebilir. Bu iki zihniyet dünyasının birbirine ne kadar benzer özellikler taşıdığının göz önünde bulundurması bireysel olduğu kadar toplumsal olarak ta faydalıdır. Bu çizgide Türkiye'deki hukuk sorunu, sadece, yasa ve hukuk mekanizmalarının işleyiş sorunu değildir, bürokrasiden /siyasetten gündelik hayata toplumun her alanına sirayet etmiş olan yaygın bir zihniyet sorunudur.

Avrupa orta çağında kilise, Osmanlı toplumun da ise, devlet toplumun merkezidir. Bir anlamda, Avrupa'da insan kilisenin, Osmanlı'da devletin aleti haline gelmiştir. Bireyin özgürleşmesi ve dünyalaşması sorunu, sadece epistemolojik bir sorun da değildir. Bireyin özgürlük kazanması ile ekonomik gelişme arasında doğru bir orantı bulunmaktadır. Sosyal yaşamdaki ilerleme, bireyin din, devlet ve toplum karşısında bağımsızlığa kavuşmasıyla ilişkilidir. Bu bağımsızlığı sağlayan toplumsal zemin özgürlükçü toplumsal hareketlerdir. Son kertede hukuk, sadece bu özgürlüklerin devamlığını sağlayabilir ve düzenleyebilir.

Bireyin özgürleşmesi açısından Türkiye'nin toplumsal ortamı, ne devlet ne de toplum çerçevesinde özgürlükçü bir ruhla özgürlükçü bir hukuk ortaya çıkarmamıştır. Toplumsal ortam iki yönde bir dışlama stratejisi içermiş; seküler olan toplumdan, geleneksel olan da devletten dışlanmıştır. Her iki yönde de dışlanmaya karşı tepki olarak da etkin bir siyasal hareket ortaya çıkmadığı gibi

halihazırda özgürlükçü bir hukuk anlayışı da olası gözükmemektedir.

Bu çerçevede, ne tarihçi hukuk okulunun savunduğu "hukukun toplumun örf, adetine ters düşmemesi gerektiği" yaklaşımı, ne de pozitivistlerin "hukuk aracılığıyla top-luma istenen yön verilebilir" yaklaşımı özgürlük yolunu açabilecek bakış açısıdır. Topluma istenilen yön verilebileceği varsayımı bir mühendislik girişimidir. Bu mühendislik çabası, kendi modernleşme serüvenimiz açısından Durkheim'ci sosyolojinin üzerine oturmaktadır. Devlet zoru ve zoraki toplumsal değiş(tir)me modeli ile toplumu yeni baştan dizayn etme, masa başında ikna edici gelebilir. Bununla beraber, toplum ile devlet arasan da uzlaşma ve anlaşma zemini de oluşturamaz.

Toplumsal sınıflar ve gruplar arasındaki çatışma, yıkıcılığa yönelmediği, toplumsal ve biyolojik olarak dışlayıcı olmadığı sürece, çatışma olumludur ve rekabete yöneliktir (Özlem 2001: 350). Simmel ifadesiyle, "her türlü oluş karşıtların savaşından meydana gelir" (1999: 17,31). Bu bakış açısıyla, rekabet, çatışmanın değil işbirliğinin bir aracı olarak kullanıldığında yıkıcı olmaktan çıkmakta, geliştirici olmaktadır (Çelebi 2007:19).

Peki, karşıtların uzlaşmasını sağlayacak bir temel söz konusu mudur? Düşünsel ve teorik düzeyde buna olumlu cevap verilebilir. Toplumsal sınıflar ve aydınlar tarafından kabul edilecek olan "herkes için özgürlük ve eşitlik" gibi bazı genel geçer değerler, bu temeli sağlayan başlıca ilkelerdir. Karşıtların, bu değerleri, kendi sınıfsal ve düşüncel çıkarların üstünde görmesiyle işbirliğine gitme olasılığı vardır.

Sonuç olarak, düşünsel, politik ve ekonomik grupların farklılıklarını merkeze almayan bir anlayışla, evrensel insan hakları ve ilkleriyle anayasayı uyumlu hale getirmek için daha fazla çaba harcamalıdır. Karşıtlar "özgürlük, kural; sınırlama ise, istisnadır" ilkesini kabul ederek bunu gruplar üstü norm haline getirerek işbirliği zemini oluşturabilirler.

İdeal düzeyde kişilik hakları, kimlikler ve özgürlükler konusunda hukuk yasaklayıcı değil, düzenleyici olmalıdır. Bu bağlamda kişisel özgürlükler alanına ilişkin yasaklayıcı bir mantık, toplumsal katılımı sınırlar ve düzenleyici mantık ise, kimlikleri belirli ölçülerde düzenleyerek toplumsal katımı etkin bir biçimde sağlar.

Hukuk uygulaması açısından, devlet ve hukuk organları farklı kimlikler, çıkar grupları karşısında ve yarışmasında yansız bir düzenleyici olmalıdır. Nesnellikle karşıtların işbirliğini sağlayan, karşıtları işbirliğine zorlayan hakemdir; uzlaşmanın ve dayanışmanın organlarıdır. Unutmamalı ki, devletin toplum içerisindeki çıkar gruplarından birinin yanında yer aldığı durumda toplumsal rekabet alanı daralır, ilerleme yerini çatışmaya bırakır, toplumsal dinamikler karşıtların işbirliği formundan ve dayanışmadan uzaklaşır.

Toprak ve su metaforuyla, hukuk su ise, toplumda onun suladığı topraktır. Su toprağın derinliklerinden çıkar, su'nun çıktığı zemin ne kadar derinse salınarak ilerlediği topraklar ve coğrafyalar o kadar uzundur. Su medeniyettir, hukukta uygarlığın kurucu unsurudur. Nerede yüksek bir uygarlık varsa, orada insani merkeze alan evrensel bir hukuk vardır.

KAYNAKÇA

- Aron R. (1989), Sosyolojik Düşüncenin Evreleri, (Çev. Korkmaz Alemdar), Bilgi Yayınevi, İstanbul.
- Berkes N. (2005), Unutulan Yıllar, (Yay. Haz. Ruşen Sezer), İletişim Yayınları, İstanbul.
- Can C. (1989), Hukuk Sosyolojisi, S Yayınları, Ankara.
- Cotterrell R. (2005), "From 'Living Law' to 'Death of the Social'- Sociology in Legal Theory", Law and Sociology, Oxford University Pres, VOL, 16- 31.
- Çelebi N., Kızılçelik S. (2002) "İstanbul'da Bir Alman Profesör: Gerhard Kessler", Sosyoloji Araştırmalar Dergisi, Sayı 2, 105-121.
- Çelebi N. (2007), Sosyoloji Notları, Anı Yayıncılık, Ankara,
- Dikeçligil B. (2002), "Sosyolojide Metodolojik Farklılaşma ve Metodlar Arası İşbirliği", Dünyada Türkiye'de Farklılaşma ve Bütünleşme II, Sosyoloji Derneği Yayınları, Ankara, 97-126.
- Durkheim E. (1984), The Division of Labor in Society, (Tarns. W.D. Halls), The Free Pres, New York.
- Durakbaşa A. (1994), "Sosyoloji Ulus-Devlet Bilimi Mi?", Dünyada ve Türkiye'de Güncel Sosyolojik Gelişmeler, Sosyoloji Derneği, Ankara, 114-120.
- Fichter J. (1996), Sosyoloji Nedir?, (Çev. Nilgün Çelebi), Attila Kitapevi, Ankara.
- Guba E. G., Lincoln Y. S. (1994), "Competing Paradigms in Qualitative Research", Handbook of Qualitative Research, Sage Pub., 105-117.
- Kaboğlu İ. Ö. (2002), Özgürlükler Hukuku, İmge Yayınları, İstanbul.
- Neuman, L. W. (1991), Social Research Methods, USA, Allyn and Bacon.
- Özlem, D. (2001), Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji, İnkılap Kitapevi, İstanbul.
- Simmel G. (1999), Çatışma Fikri ve Modern Kültürde Çatışma, (Yay. Haz. A. Aydoğan), İz Yayıncılık, İstanbul.
- Summer W. G. (1940), Folkways, Dover Pub., Inc., New York.
- Vago S. (2006), Law and Society, Pearson Prentie Hall, New Jersey.
- Weber M. (1987), Sosyoloji Yazıları, (Çev. Taha Parla), Hürriyet Vakfı Yayınları, İstanbul.
- Yücel M. T. (2004), Hukuk Sosyolojisi, Ankara.

EK DOSYA

İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması - 21.YY Gerçekliğinde Temel Sorunlar ve Öneriler-

Neval Oğan BALKIZ*

GİRİŞ

'*İnsan haklarının korunması*' çok genel bir deyimdir. İnsan haklarının uygulanması ve korunması amacıyla oluşturulan bütün araç ve mekanizmalara karşılık gelmek üzere kullanılmaktadır.[1]

Günümüzde; '*bireylerin haklarını güvenceye almak ve devletleri ihlalleri nedeniyle uluslararası mahkemeler önünde cezalandırmak*' işlevi ile sınırlı, sorumluluğun ve cezanın belirlenmesinden ibaret olan, yargısal ya da yargısal benzeri bir koruma anlayışının aşılmış olduğu söylemek, mümkündür. İnsan hakları koruma sistemleri artık; yalnızca insan haklarına saygı duymamaya ya da tümüyle ortadan kaldırmaya yönelik durum, davranış ve işlemlerin önüne geçilmesine, çok belirgin olan ihlallerin gerçekleştirilmeden önlemesine ve önceden işlenmiş olan insan hakları ihlallerinin sonuçlarının olabildiğince giderilmesine yönelik düzenleme, önlem ve mekanizmalardan oluşmamaktadır. Bunlarla birlikte daha önemli bir unsuru, her birey için; "*insan hak ve temel özgürlüklerin eksiksiz olarak kullanılmasını, birer talep ilkesi olarak bu hakların gerçekleştirilmesini istedikleri koşulların yaratılmasını*" sağlayacak düzenleme ve önlemleri de içermektedir.

* Dr. Hukukçu/Akademisyen, Viyana Üniversitesi

(1) Bkz.Ermacora, F; Grundrib der Menschenrechte in Österreich, Manzsche Verlag, Wien, 1988, s.17-19 Ermacora'ya göre; insan haklarını korumak amacıyla oluşturulan bu araçlar teorik ve pratik alanda çok çeşitli ayırımlara tabi tutulmaktadır. Öncelikle, bu araçların koruma sağladıkları alan bakımından ayırımı yapılmakta, ulusal alanda insan haklarının korunması araçları ile uluslararası alanda korunması araçları sınıflaması yapılmaktadır.Ulusal alandaki insan hakları koruma araçları olarak insan haklarının; devletin kuvvetler ayrılığı sistem ile korunması, politik güvence ve kontrollerle koruma, ombudsman oluşturulması, icra yolu ile insan haklarının direkt kullanımlarının sağlanması, insan haklarının yargı ve yargı benzeri yollarla korunması (anayasal, idari, sivil ve ceza yargısı, komisyonlar ve idari mekanizmalar veya yargısal erk benzeri erk kullanan bilgi belge koruma komisyonları, araştırma komisyonları, yayın şikayet komisyonları, sivil hizmet komisyonları gibi koruma araç ve mekanizmalar ile insan hakları konusunda kamunun eğitilmesi ve insan haklarının kamuoyu vasıtasıyla güvenceye alınması sayılabilir.Uluslararası koruma alanı ise çok dereceli bir yapı arzetmektedir. Bu yapı; Birleşmiş Milletler Organları, Avrupa Konseyi Organları ve yarı yargısal nitelikli yapı ve kuruluşlar ile sendikal hakların korunmasını sağlamak üzere oluşturulan ILO sistemini kapsar. Burada esas olan, uluslararası sorumluluğun Rapor sistemi veya Şikayet sistemi ile belirlenmesidir. Rapor sisteminde, ülkeler taraf oldukları uluslararası sözleşmelerin yetkili organlarına, kendi ülkelerinde insan hakları durumu ile ilgili olarak belli alanlarda (sivil ve siyasi haklar, ırkçılık, kadınlara karşı ayırımcılık, sosyal ekonomik haklar vb.) raporlar sunmaktadırlar. Bunlar soru-cevap şeklinde ele alınmaktadır. Kamuya açık şekilde tartışılmaktadır. Zorlayıcı bir etkileri yoktur. Bunların yanında, diğer bölgesel sistemler olan Inter-Amerikan Sistemi ve Afrika Örgütü Sistemlerinin getirdiği insan hakları koruma mekanizmaları da bulunmaktadır. Bölgesel sistemler olan Avrupa Konseyi ve İnter Amerikan Sistemler asıl olarak yargısal nitelikli bir koruma öngörmektedir. İç anayasal korumanın belirleyiciliği ve güçlü konumu söz konusu olmakla birlikte uluslararası koruma mekanizmalarının günümüzde ulaştığı boyut,insan hakları alanında iki ayrı güvence sisteminden söz ettirecek boyuttadır. Ancak ulusal ve uluslararası koruma sistemlerinin amaçlarının aynı olması ve birbirini tamamlayıcı özellik taşımaları nedeniyle, bunların ayrı ele alınmasının anlamı, iki ayrı bağımsız sistemin varlığından çok , onların alan ve düzey farklılığının vurgulanması olarak anlaşılmalıdır.

Buna bağlı olarak insan haklarının ulusal ve uluslararası alanda etkili korunması; insan hakları ihlallerinin önlenmesini, ihlal olduğu durumlarda da bu ihlallerin olabildiğince telafi edilmesini ve insan haklarının oluşturulmasını -sağlanmasını- talep ettiği koşulların gerçekleştirilmesini gerekli kılmaktadır. Dolayısıyla insan haklarının etkili korunması için gerekli olan çeşitli önlem ve faaliyetler de, yöneldikleri amaçlara göre üç başlık şeklinde sınıflandırılabilir: İnsan hakları ihlallerinin önlenmesine yönelik önlem ve faaliyetler, ihlallerin olabildiğince telafi edilmesine yönelik önlem ve faaliyetler ve insan haklarının oluşturulmasını (sağlanmasını) talep ettiği koşulların gerçekleştirilmesine yönelik olan önlem ve faaliyetler. İnsan haklarının etkili korunabilmesi de ancak; her insan için, bu üç başlık altında yer alan bütün önlem ve faaliyetlerin bir arada, sürekli bir şekilde gerçekleştirilmesine bağlı olmaktadır.

Zira bu üç önlem ve faaliyet alanı, taşıdıkları olumsuzluklar ile birbirinin gerçekleşmesine engel oluşturabilmektedir. Ancak buna karşılık olarak, her birinin koruma alanında ulaştığı mükemmellik ve yetkinlik, diğerlerinde olumlu bir gelişmeye zorunlu olarak yol açmamaktadır.

İNSAN HAKLARININ ULUSLARARASI ALANDA ETKİN ŞEKİLDE KORUNMASI ÖNÜNDEKİ ENGELLER

İnsan haklarına yukarıda ifade edilen şekilde etkin bir koruma sağlanması, öncelikle, bu alanda karşılaşılan problemlerin teorik kaynağında bulunan sorunların çözüme kavuşturulmasına bağlıdır. Bu sorunların ilkini, insan hakları alanında yaşanmakta olan kavram karışıklıkları oluşturmaktadır. Zira insan hakların teorik alanı günümüzde halen çok tartışmalı bir anlaşmazlık konusudur.[2] Bu hakların; türetilme kaynakları, onları insan hakkı yapan ölçüt veya özellikler, tek tek içerikleri ve evrensellikleri gibi konular üzerinde yoğun tartışmaların yaşanıyor olması; insan hakları kavramının ve tek tek hakların içeriklerinin ne olduğunun, neyin sisteminde bulunduklarının, neleri gerektirdiklerinin ve kendine özgü özelliklerinin açıkça kavranmasını engellemektedir. Bu durum; insan haklarını normatif özelliklerinin, teoride ve pratikte göz ardı edilmesine yol açmaktadır.

Bu hakların yalnızca hukuk normları olarak algılanmalarına, öyle kabul görmelerine ve düzenlenmelerine neden olmakta, pratikte ancak yargı yolu ile

Diğer bir ayırım ise, koruma araçlarının sağlamayı amaçladıkları talep hakkının niteliği bakımından yapılmaktadır. Buna göre insan hakları koruma araçları, direkt ve indirekt araçlar olmak üzere sınıflandırılmaktadır. Dolaylı yani indirekt koruma araçları bir ihlalin ortadan kaldırılması bir şikayetin çözüme bağlanması için bireysel bir talep yetkisi tanımazlar. İnsan hakları bilincinin ve bu konudaki hassasiyetlerin arttırılmasını , temel hak ve özgürlüklerin geliştirilmesinin teşvik edilmesini sağlarlar, politik sistem vasıtasıyla ihlallerin teşhir edilmesine yardım ederler. Direkt koruma araçları ise; bireye, herhangi bir ihlalin ortadan kaldırılmasını, önlenmesini, sonuçlarının olabildiğince telafi edilmesini talep yetkisi tanırlar. Bu ayırımların yanında koruma araçlarının kullanımının pratikte yaratacakları sonuçların niteliğine göre yapılan bir ayırım daha bulunmaktadır. Bu ayırıma göre, insan haklarını koruma araçları, repressive (zorlayıcı), präventive (önleyici) ve konstitutive (kurucu, oluşturucu) sonuç doğuran araçlar olarak ayrılmaktadırlar.

(2) Bkz. Kühnhardt,L.Die Universalität der Menschenrechte,Orac verlag,Wien/Frankfurt,1987,s.327. Kühnhardt'a göre; "insan haklarının karekteri, içeriği ve korumayı amaçladıkları değerin ne olduğu konularında evrensel bir fikir birliğine ulaşılıp ulaşılamayacağı sorusu, çözümsüz kalacaktır."

–yani hukuki ve cezai yaptırımlar ile- korunabileceği şeklinde yanlış bir sonuca götürmektedir. İnsan haklarının korunması için kişilerin ve devletlerin ödevlerinin ne olduğunun kesin bir şekilde belirlenmesine engel oluşturmaktadır. İnsan haklarının korunması alanında karşılaşılan problemlere teorik kaynak oluşturan diğer bir noktanın da ortaya çıkmasına yol açmaktadır. Yani; geçerli olan insan hakları koruma ilkelerinin ve koruma araçlarının, hem koşullar hem de insanın onurunun içeriği bakımından değerlendirilmesine engel oluşturmaktadır ve de böylece kimi durumlarda, içinde bulunulan koşullarda insan hakları nasıl korunabilir sorusuna, siyasal çıkarlar dışında ve dünyayı bir bütün olarak kavrayan bir yanıt verilmesi imkanını ortadan kaldırmaktadır.[3] Şüphesiz bütün bu hususlar diğer problemli noktayı oluşturan, insan onurunun nerede tehlikede olduğunu görebilecek bakışı kazandıracak sistematik bir eğitimin eksikliğiyle de ilgilidir. Bütün bu sorunlar pratikte, özellikle uluslararası alanda, insan haklarının korunması için benimsenecek ilkeler ve izlenecek yollar konusunda karışıklıklara neden olmaktadır. Bu karışıklıklar, uluslararası insan hakları belgelerine aynı şekilde yansımakta ve bu belgelerin kendilerinin insan haklarının korunması alanında sorun hale gelmesine neden olmaktadır.[4] Sonuçta da insan haklarını koruma alanında etkin sistemlerin oluşturulmasını ve varolanların etkinleştirilmesini zorlaştırmaktadır.

İnsan hakları alanında norm koyucuların evrensel ve bölgesel düzeyde artması, insan hakları normlarının ve bu hakların korunması araçlarının sürekli çoğalmasına neden olmaktadır.[5] Hatta, uluslararası alanda bağlayıcı olarak kabul edilen normlar bütünü, bu normların uygulanması ve korunması için oluşturulmuş mekanizmalar ve bu mekanizmaların karar alma usullerinden oluşan uluslararası insan hakları sistemleri arasında,[6] (özellikle de Birleşmiş Milletler, Avrupa Konseyi ve Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı bağlamında), insan hakları konusunda artık bir kurallar yarışmasının varlığından söz etmek mümkündür. Bu çoğalma ve dağınıklık karşısında; kuruluş ve organların insan hakları konusunda farklı kararlar vermesi ve olabilecek tutarsızlık ve çelişkilerin önlenmesi için antlaşmalarla ilkeler ve kurallar getirilmekte, yetkili organlarca kararlar alınmaktadır.[7] Fakat bu kural, ilke ve kararlar, anlaşmalar hukukunda genel bir ilkeye bağlanmış değildir. Her anlaşma için bu konuda özel bir hükme gerek bulunmaktadır. Hüküm bulunan bazı hallerde de, kimi düzenleme farklılıkları yeni sorunlara yol açmaktadır. Örneğin "*koşut başvuru yasağı ilkesi*"ne karşın bazı ülkeler, konu ve tarafları aynı olan bireysel bir başvurunun, aynı zamanlı olmamak koşulu ile, iki ayrı uluslararası denetim organınca incelenebileceğini savunmakta, bunu engelleyen hükümlerin getirilmesine karşı çıkmaktadırlar. Bunu engelleyen hükümleri hak arama özgürlüğünü zedeleyen başvuru kısıtlaması olarak nitelemektedirler. Bu tür başvuru kısıtlamasının öteki bölgesel denetim sistemleri tarafından da öngörülmesi halinde, insan haklarını uluslararası alanda korunmasının zayıflayacağını savunmaktadırlar .[8]

İnsan haklarının korunması alanında sorun yaratan diğer en önemli unsur, var olan evrensel ve bölgesel koruma Sistemlerinin niteliği ve işleyiş biçimleridir.

Birleşmiş Milletler Örgütünde merkezileşen Uluslararası İnsan Haklarını Koruma sistemi, kapsamlı ve geniş ölçüde kabul gören normlar sistemi ile geliştirici faaliyet usullerinden oluşmaktadır. Sistemin bağlayıcı karar alma gücü çok sınırlıdır ve uluslararası düzeyde bir zorlama etkisi sözkonusu değildir. Sistem; gevşek izleme usulleri ve ulusal politikaların koordinasyonunu kapsayan faaliyetlerin yürütülmesinden oluşmaktadır. Ulusal devletlere, tamamen kendi ulusal kontrollerinde kalan politikaları koordine edebilecekleri bir uluslararası forum alanı yaratır. Dolayısıyla bu koruma sisteminin, insan haklarını uluslararası alanda uygulamaya geçirme olanakları oldukça sınırlıdır.[9] Karşılıklı

(3) Bkz. Kuçuradi,İ; İnsan Haklarının Felsefi Temelleri,Türkiye Felsefe Kurumu,Ankara,1996 ,s.3

(4) Tomasevski,K."İnsan Haklarının Ne Olduğunu Belirleme Hakkı:Uluslararası İnsan Hakları Hukukunun Oluşumu"

(5) Birleşmiş Milletler Örgütü çerçevesinde yer alan insan hakları kaynakları, Avrupa Konseyi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Mahkemesi çevresinde oluşturulan insan hakları bütünü; Topluluk Hukuk ve Lüxemburg'daki Adalet Divanıyla AET'den daha sonra Avrupa Birliği'nden gelen normlar bütünü. Amerika İnsan Hakları Sözleşmesi ve Costa Rica'daki Amerikalılararası Mahkeme. Afrika İnsan Hakları Hakları Şartı ve komisyonu, AGİT (Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı) belgeleri.

(6) Donnelly,J.;Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları, Yetkin,1995, Ankara, s. 218. Donnelly, uluslararası insan hakları rejimlerini; insan hakları konusunda devletler tarafından bağlayıcı olarak kabul edilen normlar sistemi, bu normların uygulamaya geçirilmesi ve korunması için geliştirilen çok taraflı mekanizmalar ve bunların karar alma usulleri olarak tanımlamaktadır.Bu rejimleri de, Ermacora'nın araçlar ayırımından esinlenerek- karar alma usullerinde kullandıkları araçların niteliğine ve yürüttükleri faaliyetlere göre üçe ayırmaktadır. Buna göre insan hakları rejimleri (veya sistemleri) geliştirici, uygulamaya koyucu ve zorla yerine getirici rejimler olarak adlandırılmaktadır
Donneley'e göre; "...uluslararası zorla yerine getirme, uluslararası bağlayıcılığı olan kararların alınmasına ve ulusal devletlerin uluslararası normlara itaatinin uluslararası düzeyde izlenmesine yönelik usullerden en etkili olanlarını kapsar. Uluslararası uygulamaya koyma, gevşek izleme usullerini ve ulusal
politikaların koordinasyonunu kapsar ve bu yolla devletler, nihai olarak tümüyle kendi ulusal kontrollerinde kalan politikaları koordine edebilecekleri bir uluslararası forumu düzenli olarak kullanırlar. Geliştirici faaliyetler, uluslararası bilgi alışverişini içerir ve uluslararası normların ulusal düzeyde uygulamaya geçirilmelerine yardımcı ve destek olma çabalarını kapsar. Bu faaliyet tipleri, rejimleri geliştirici, uygulamaya koyucu ve zorla yerine getirici şeklinde sınıflandırmak için uygun bir şema sunar. Her bir rejim türü etkili ve gevşek olarak yeniden ikiye ayrılabilir. Tüm bunlara, uluslararası karar alma süreçleri yerine uluslararası normları kapsayan, normların yaratılması sırasındaki karar alma süreçleri hariç beyan edici rejimleri de yeni bir grup olarak ekleyebiliriz."

(7) Bu kural ve ilkelerden ilki "koşut başvuru yasağı"dır. Bu ilkeye göre, bir uluslararası denetim organı, başka bir uluslararası organ önünde bakılmakta olan tarafları ve konusu aynı olan bireysel başvuruyu inceleyemez, reddetmek durumundadır. Kabul edilen diğer bir kural da "iç hukuk yollarının tüketilmesi" koşuludur. Buna göre bir uluslararası denetim organına başvuru genel olarak ancak iç hukuk yollarının tüketilmesi halinde mümkün olmaktadır. Buna göre konusu ve tarafları aynı olan bir şikayet içi hukuk sürecinde ise, uluslararası organ iç hukuk yollarının tüketilmesi koşulunun yerine getirilmemesi nedeniyle ret kararı vermek durumundadır. Bu kural, insan haklarının korunması alanında, uluslararası korumanın ikincil nitelikte oluduğunun, asıl görevin ulusal korumada olduğunun kabul edilmesinin sonucudur.

(8) Vgl: P. Van Dijk, G.J.H. van Hoff, Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, Sec.ed. Kluwer, Deventer Boston, 1990, s. 57, 58, 59. in: Akıllıoğlu,T;İnsan Hakları Kavram ve Kaynaklar,AÜSBF İnsan Hakları Merkezi Yayınları, Ankara 1995. s. 116-117. "Örneğin bu konuda BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi hükümleri karşılaştırılır ise; aynı anda her iki sözleşme organın önüne gidilemeyeceği, fakat önce AİHS, daha sonra KSHS hükümlerine göre aynı konuda iki defa bireysel başvuru yapılabileceği sonucuna varmak mümkündür." Bunu önlemek için ise ülkeler, AİHS'ne göre incelenmiş ve karara bağlanmış tarafları ve konusu aynı olan bireysel bir başvurunun, BM İnsan Hakları Komitesi tarafından incelenemeyeceği konusunda bildirimde bulunmakla yükümlü tutulmuşlardır. Hollanda, KHSK, Komitenin ve AİHS organlarının yaptıkları inceleme sürecinin farklı olduğunu belirtmiş ve bildirimde bulunmamıştır."

(9) Bu insan hakları sisteminin ana koruma organları, BM İnsan Hakları Komisyonu ve Sivil ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin uygulanmasının izlenmesi için kurulan İnsan Hakları Komitesi'dir. Bunlar yanında kimi belirli hakları düzenleyen sözleşmelerle kurulmuş olan komiteler mevcuttur. İnsan Hakları Komitesi, İşkenceye Karşı Komite, Ekonomik Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Kadınlara Karşı Ayrımcılığın Önlenmesi Komitesi, Çocuk Hakları Komitesi, Irkçılığın Önlenmesi Komitesi. Bu organlarda esas olarak rapor verme ve şikayetlerin incelenmesi yöntemleri izlenmektedir. Fakat bunların ikisi de etkin bir koruma sağlamaktan

bilgi alışverişi ile ülkelerin rızaları temelinde, uluslararası normların ulusal düzeyde uygulanmasına yönelik yardımların ötesinde, hemen hemen bir faaliyet sürdürülmediği söylenebilir. Bu nedenle sistem, insan haklarının korunması alanında geliştirici etkiye sahip, ama uygulamaya koyucu ve zorla yerine getirici yönleri oldukça zayıf olan, görece etkili bir sistemdir. Diğer bir deyişle bu sistemin, insan haklarının korunabilmesi için eş zamanlı yürütülmesi gerekli üç başlık altında ele alınan önlem ve faaliyet alanlarından, insan hakları ihlallerinin önlenmesi ve ihlal durumlarının telafi edilmesi alanlarında doğrudan etkisi bulunmamaktadır. Ancak bu sistem; geliştirici faaliyetleri ile insan haklarının yaratılmasını talep ettiği koşullarını gerçekleştirilmesi alanlarında etkin bir rol oynamakta, insan haklarının korunmasında ise tamamlayıcı bir işlev görmektedir.

Sistemde mevcut böyle bir normatif sağlamlığa karşı, denetim usulündeki zayıflık tesadüfi bir sonuç değildir. Tam aksine bilinçli alınan siyasi kararların ve tercihlerin soncudur. İnsan haklarının gerçekleştirilmesi ve korunması BM'nin yürüteceği faaliyetlerden biri sayılmakla birlikte, Örgütünün temel kuruluş amacı değildir. Asıl amaç olan barışın sağlanması ve sürdürülmesi için yürütülmesi gerekli faaliyetlerden biridir. Devletler, BM'nin kuruluş anlaşmasında insan haklarının yer almasına karşı direnmişler, kendi egemenliklerinden ve yetkilerinden feragat etmek istememişlerdir. Bu anlaşmada insan haklarının yer alması, hazırlık toplantılarına danışman sıfatıyla katılan özel kuruluşların çabalarıyla olmuştur. Bu nedenle Birleşmiş Milletler Örgütü bünyesinde oluşturulan sözleşme ve bildirilerde tanınan hakların içeriği ve korunmasına yönelik usullerin belirlenmesinde, devletlerin egemenliğini ihlal etmemeye yönelik özel bir çaba gösterilmiştir. Uzlaşmacı bir tutum sergilenmiştir.Örgütün insan haklarının uygulanması ve korunmasına ilişkin denetim mekanizmalarının işletilmesi ve yetkilerini kullanmaları, devletlerin isteğine bağlanmış ve devletlere bu konuda geniş takdir yetkisi tanınmıştır. Yani; insan haklarını geniş ölçüde devletlerin iç işi sayan geleneksel anlayış, BM bünyesinde yapılan insan hakları

uzaktır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, (Genel Kurulun 15 Mart 2006 tarihli kararı ile kurulan 47 üyeli İnsan Hakları Konseyi'ne yerini bırakmıştır) sadece insan haklarına yönelik delillere dayanan ve sürekli bir uygulama kazanmış genel ihlalleri içeren şikayetleri inceleyebilmektedir (1503 yöntemi). Katı kanıtlanabilirlik kriteri getirilmiş olması, incelenecek olayları sınırlamaktadır. Ayrıca sistematik ve genel ihlallerin içerdiği olaylar kapsama alındığından şahıslara yönelik ihlaller araştırma konusu dışında kalmaktadır. Kamuoyuna şikayet usulünde tüm izlemeler, araştırma sonuçlanıncaya kadar gizli yürütülmektedir. Gizlilik usulü de araştırma sürecini oldukça yavaşlatmaktadır. O nedenle, bu usul, uygulamada sadece münferit olayları ve sınırlı izlemeyi kapsayan insan haklarını geliştirici bir araç olarak kalmıştır. İhtiyacı karşılamakta zayıf kalmıştır. İnsan Hakları Komitesi'nin, Sözleşme'ye bağlı Seçimlik Protokol'e dayanarak, kişisel şikayetleri inceleme yetkisi bulunmaktadır. Bu usul etkili bir usuldür. Fakat Komite'ye bu yetkinin tanınıp tanınmaması, yani seçimlik protokole katılma, devletlerin rızasına bırakıldığından, bu usulü kabul eden devletler çok az sayıda kalmıştır. Katılan devletlerde insan hakları ihlallerinin en az gerçekleştiği ülkelerdir. Rapor verme usulü ise, ifade edildiğinin aksine uygulamaya zorlama veya taahhüt edilenleri yerine getirme aracı değildir. Hatta bu usul, etkili bir uluslararası izleme sistemi oluşturmaktan bile uzaktır. Organize bir bağımsız bilgi elde etme sistemi bulunmamaktadır. Devletler, ayrıntıya inmeden, kendi anayasa ve kanunlarından alıntılarla doldurdukları klişe raporları sunarak, bu yükümlülüklerinden kurtulabilmektedir. Ayrıca, devletler komite tarafından sorulan soruları ve raporun kamuya açık incelenmesinde sorulan soruları yanıtlamayı gereksiz bulabilmektedirler. Bu raporlar devletlerin tutumlarının gerekli kıldığı zamanlarda değil, önceden tespit edilmiş bir takvime göre alınmaktadır. Raporların takibinde etkili bir sistem kurulmamıştır. Komiteler yalnızca soru yöneltebilmektedirler. Çoğu, şikayetler hakkında bağlayıcı gücü olmayan karar verme yetkisinden bile yoksundurlar. Komitelerin başvurabileceği tek müeyyide, kendi sunacakları raporun kamuoyunda yaratacağı etki olmaktadır.

sözleşmelerine ve denetim mekanizmalarının oluşumuna da yansımıştır. Dolayısıyla başta Birleşmiş Milletler bünyesindekiler olmak üzere, uluslararası insan hakları koruma mekanizmaları halen devletlerin belirleyiciliği altında bulunmaktadır. Bir bakıma devlet merkezli ya da devletlerarası kurumlar niteliğindedir.[10]

Sonuçta; bu alanda da uluslararası sistemlerin üreticileri, bunların karşısında kırıcı güçler ve alıcılar bulunmaktadır. Bir koruma sisteminin yapısı, etkinlik derecesi veya neden etkinleştirilemediği soruları, kimin hangi rolleri ne zaman ve niçin oynadığına ve bu amaçla hangi anlaşmaları yaptıklarına bağlı olmaktadır.[11] Etkili bir uluslararası insan hakları sistemi böyle bir insan hakları sisteminin kurulması için gerekli olan üreticilerin olmasına bağlıdır. Fakat uygulama göstermektedir ki, istisnalar olmakla birlikte, devletler bir uluslararası rejime genellikle ülkeler arasında karşılıklı bağımlılıkların olduğu bir ortamda ve ulusal hedeflerine ulaşmak için katılmaktadırlar. Ancak katılımın olabilmesi için de, koruma sisteminin her açıdan özellikle de devletlerin kendi egemenlikleri açısından "*güvenli*" olması gerekmektedir. Zira, bu işbirliği siyasi anlamda gevşek bir karşılıklı etik bağlılığa dayandırılmakta ve devletler bu işbirliğinden elde edecekleri yararlara ulaşmak için kendi ulusal egemenliklerini zayıflatacak en az bedeli ödemeye razı olmaktadırlar. Dolayısıyla da daha etkili bir koruma sistemi için güçlü bir talep oluşmamaktadır ve koruma usullerinin etkililiği arttıkça daha az ülke tarafından kabul görmektedir. Hatta devletlerin, insan haklarını koruma sistemlerinin uygulamaya geçirme ve zorla yerine getirmeye yönelik faaliyetlerinin genişlemesine ve bu yolda gösterilen çabalara direndikleri gözlenmektedir.[12]

Uluslararası mekanizmaların, devletlerin belirleyiciliğinden kurtulma ihtimaline açık oldukları ölçüde daha etkili alacakları ortadadır. Bunun örneğini insan hakları bölgesel sistemleri oluşturmaktadır.[13] Avrupa Konseyi çerçevesinde oluşturulan sistem, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Koruma

(10) Ayrıntılı bilgi için bkz.: Robert O. Keohane, The Demand for International Regimes, International Organization 36, Spring, 1982, s. 325-55. In: Donnelly, Jack, "Teoride ve Uygulamada Evrensel İnsan Hakları", Çev; M .Erdoğan, L.Korkut, Yetkin, Ankara, 1995 s. 222. Keohane, piyasa benzetmesi yaparak, insan hakları (rejimlerinin) sistemlerinin, uluslararası düzeyde yeterli bir talep olduğunda bu talebi karşılamak için bir devlet ya da devletler grubunun kendi istemleri ile uluslararası normlar ve karar alma usulleri arzında bulunmaları sonucunda oluştuğunu belirtmektedir.

(11) Vgl: Stephan Krasner, "United States Commercial and Monetary Policy", 1978, 52. Yollama için bkz. Donnelly, s. 222.

(12) Vgl: Rüdriger Wolfrum, "Die Entwicklung des Internationalen Menschenrechtsschutzes-Perspektiven nach der Weltmenschenrechtskonferenz von Wien", Europa-Archiv, 1993/23, s.688-689. Wolfrum'a göre bunun en güncel örneği, 1993 yılında Viyana'da gerçekleştirilen Dünya İnsan Hakları Konferansı'nda yaşanmıştır. Konferans süresince insan haklarının uluslararası alanda korunması konusunda mevcut mekanizmaların etkili kılınması ve yenilerinin oluşturulması talebi değişik çevrelerce dile getirilmiş, fakat bu talep devletlerin büyük çoğunluğunun güçlü muhalefetine çarpmıştır. Ayrıca bkz: Richard von Weizsacker, "Zur zukunft der Vereinten Nationen" in: Recht-Gerechtigkeit menschenrechte, Brigitte Wiesen (Hrsg.) Cornelsen, Berlin, 2001, s.116. Weizsacker, "... Birleşmiş Milletler insan haklarını korumalıdır ama bunu gerçekten yapabilmekte midir? Strukturu artık bunun üstesinden gelememekte ve etkili çalışması için değiştirilmeli midir?" Sorularını sormakta ve cevap olarak "...tüm eksikliklerine karşın Birleşmiş Milletler kurulduğu günden beri devletlerin biricik evrensel forum alanı olmuştur...Barışı sağlama görevi yanında en önemli görevlerinden olan sosyal gelişmeyi ve özgürlük içinde daha iyi yaşam koşullarını sağlama ve teşvik etme görevlerini ne yazık ki yerine getirememektedir. Zorunlu bir reform ihtiyacı şüphesizdir. Ama reforme edilebilirlik özelliği var mıdır? Bu soru ilk ve son aşamada üye devlet hükümetlerine yöneltilmelidir. BM'nin organisasyonunda gerçek engeller var..." demektedir.

(13) Amerika Devletleri Örgütü Sistemi'nin ikili bir denetim organı ile (komisyon ve mahkeme) etkili bir denetim faaliyeti yürüttüğü söylenebilir. Afrika sistemlerinin değerlendirilmesi için. Bkz.:Siehe.

Sözleşmesi ile genel olarak sivil ve siyasal nitelikli insan haklarını düzenlemiş ve bunların korunması için etkili (bağlayıcı) karar alma yetkisine sahip mekanizmalar (AİHM ve Bakanlar Komitesi) oluşturmuştur. Bu sistemde ekonomik ve sosyal haklar ise ayrı bir belgede düzenlenmiş ve gevşek izleme usullerine tabi tutulmuştur.

Avrupa koruma sisteminin gerçek gücü, bu rejimin katılımcı devletler tarafından gönüllülük temelinde kabul edilmiş olmasıdır. Bu sistem; kimi eksikliklere rağmen, etik hedeflere olan ulusal bağlılığın güçlü olması halinde, karşılıklı etik bağımlılıkların, siyasi güç bakımından maddi bağımlılıklara üstün olabileceğinin en yakın örneğini sunmaktadır. Etkili usuller de bu sistemin gücünün nedeni olmaktan çok, bu gücün yansımasını ve sonucunu oluşturmaktadır. Dolayısıyla bu sistem, eskiye dönüşün kontrolünü sağlamakta, daha gelişmiş düzenlemelerin kabulü için baskı oluşturmakta, ortaya çıkan sapmaları gidermekte ve tartışmalı sorunlarda emredici nitelikteki yorumlar getirmektedir. Bu anlamda da sistem, insan haklarının ihlallerinin önlenmesi ve ihlal durumlarının olabildiğince telafi edilmesi alanlarında doğrudan etkili olmakta fakat, insan haklarının yaratılmasını talep ettiği koşulların gerçekleştirilmesi alanında, yani, uygulamaya koyucu faaliyetlerde aynı etkiyi sağlayamamakta ve zayıf kalmaktadır. Çünkü Avrupa insan haklarını koruma sistemi organlarının verdikleri kararlar, bu kararlar ile AİHS'ne aykırı olduğu saptanmış olan ulusal yargı kararlarını veya yasa ve düzenlemeleri kendiliğinden ortadan kaldırmamaktadır. Aykırılıkların giderilmesi yine iç hukuk organlarına düşmektedir. Dolayısıyla da uluslararası ve bölgesel koruma sitemlerinin sağladığı denetimin ve faaliyetlerin, iç hukuk üzerinde doğrudan değil, daha çok dolaylı etki yaptıkları ve insan hakları adına yürütülen ulusal faaliyetleri destekleme ve hızlandırma aracı taşıdıkları söylenebilir.[14]

Bunun nedeni de; insan haklarının esas olarak uluslararası değil, ulusal bir konu olarak görülmesi, buna bağlı olarak da insan haklarını korumaya yönelik uluslararası faaliyetlerin, ikincil dereceli bir koruma olarak nitelendirilmesidir. Bunun sonucunda uluslararası bir sistemin etkili olmasındaki en önemli unsur, bu sisteme ulusal düzeyde bağlılık gösterilmesi olmaktadır.[15]

(14) Burada yapılan eleştiriler, uluslararası insan hakları belgelerinin işlevinin münhasıran mekanizmaların varlığı veya yokluğuna ya da etkililiği veya etkisizliğine göre değerlendirmesi gerektiği anlamına gelmez. Aksine, bu belgeler bu unsurlardan bağımsız olarak, insan haklarını evrensel düzeyde devletlerin meşruluğunun eleştirel ölçütleri haline getirmektedirler. Öte yandan mekanizmaların etkisi de devletleri yalnızca herhangi bir kaygı altında kalmadan mahkum etme ve kararlarını gerektiğinde zorla uygulatma gücünden ibaret görülmemektedir. Burada ayrıca ve daha çok, ihlaller konusunda dünya kamuoyunun yargısının oluşmasına katkıda bulunma ve daha etkili bir sisteme geçişin yolunu açma işlevleri gözönüne alınmaktadır.

(15) Modern devlet, insan haklarını hem yükümlüsü hem de garantörü durumundadır. İnsan haklarına ilişkin taleplerin büyük bir bölümünün devleti sınırlayan ve devlete yasaklar koyan hukuk kuralları halinde pozitif hukukta yer almaları, devlete, kendisine yönelik yasakları hayata geçirme görevi yüklemektedir. Bu durum, insan haklarına ilişkin devlet garantisinin en çelişkili ve kırılgan noktasını oluşturur ve devleti, bu hakların ihlalcisi durumuna getirir ve bu hakları etkisizleştirmeye yarayan hukuksal teknikleri bulmaya iter. (Temel hak ve özgürlüklerin çeşitli gerekçelerle sınırlandırılması, yargısal yorum teknikleri vb.) Oysa insan haklarını korumaya yönelik ulusal ve uluslararası faaliyetler arasındaki, ulusal faaliyetler lehine kurulmuş olan denge daha adil oluşturulabilir. Bunun bir yolu, uluslararası insan hakları normlarına ve insan hakları mahkemelerinin kararlarına, ulusal alanda anayasal bir statü tanıması ve doğrudan bir bağlayıcılık niteliği kazandırılmasıdır. Aksi takdirde, modern devletin pozitifleşmiş insan haklarının ihlalcisi olması önlenemeyecektir.

Dolayısıyla uluslararası insan haklarını koruma organlarının, ulusal mekanizmaların mahkum olduğu yapısal zaaflardan tam anlamıyla kurtarılması mümkün olmamaktadır. Hatta sistemlerin ne ölçüde etkin olacakları, siyasi iradenin ve sistemin uygulanacağı toplulluğun kültürünün tercihine bırakılmış olmaktadır. Bu durum uluslararası faaliyetlerin etkisiz kalmalarına ya da sınırlı etkiye sahip olmalarına yol açmaktadır.

İnsan haklarının etkin korunması alanında önemli bir sorun noktası da; insan haklarının dış politika amaçları için kullanılan araçlardan biri haline getirilmesi tehlikesidir. İnsan haklarını geliştirmeye ve korumaya ilişkin hedefler, çoğu kez diğer dış politika hedefleri ile çatışma içinde olmaktadır. Dolaylı olarak ulusal çıkarla da çatışma içinde olmakta ve her defasında ulusal çıkarlar uğruna feda edilmektedir.

İnsan hakları hedeflerine ulaşmak için dış politikalarını ve dolayısıyla politik araçları[16] kullanmayı seçen devletler; bu uygulamaları yöneltecekleri devletleri ve izlemeye alacakları hakları tamamen ulusal çıkarları ve dış politik yönelimleri doğrultusunda belirlemektedirler.[17] Dolayısıyla ülkelere verilecek dış yardımların insan haklarının uygulaması şartına bağlanmış olması, pratikte bu kaynakların insan haklarını en çok ihlal eden diktatörlüklere verilmesini engellememektedir. Buna karşılık, uluslararası düzeyde kabul edilen insan haklarının tamamına saygılı olan rejimlerden, varlığının devamını veya kuruluşun dış yardıma borçlu olanların sayısı ise çok azdır.

Uygulamada, ülkelere yapılacak dış yardımlar bu ülkelerin sahip oldukları demokrasi, gelişme, kalkınma ve insan haklarına saygı düzeylerine bağlanmaktadır. Böylece bu kavramlar arasında zorunlu bir yapısal bağlantının var olduğu kabul edilmektedir. Fakat, öyle bir bağlantının bilimsel bir gerçekliğe dayanmadığı açıktır. Bu bağlantı yeni bir müdahalecilik sürecinde, ekonomik politik her türlü güç kullanımının gerekçesi yapılmaktadır.[18] Böylece, sermaye hareketliliğine ve kâr etme çabalarına dayalı serbest pazar olgusu günümüzde, yaşam ve güvenlik hakları ihlallerinin en büyük gerekçesi haline gelmiştir. Serbest pazar ekonomisi, ekonomik ve sosyal koşulların daha da kötüleşmesine yol açmış, koşulların kötüleşmesi de siyasal baskıları arttırmıştır.[19]

(16) Bu araçlar için bkz.Donnelly.

(17) Ayrıntılı bilgi çin bkz.: Donnelly, s. 248. "Dış Politika ve İnsan Hakları Bağlantısı", Örn: Jeane Kirk Patrick ve Reagan yönetimi, aşğ kanat diktatörlükleri destekleyerek, insan hakları mücadelesini Sovyetler Birliği'ne karşı mücadeleye indirgemiş ve iktisadi ve sosyal haklara karşı olan muhafazakar iddiaları yeni bir görünümle dış politikaya uyarlamışlardır.

(18) Bkz: İoanna Kuçuradi, Motor für Die Menschenrechte? İn: Zeitschirft für Die Menschenrechte? İn: Zeitschrift für Kultur Austausch, 49. Jahrgang, Bonn, 1/99, s.53. Kuçuradi'ye göre "..demokrasi ve özelleştirme, ki bu sonuncusu serbest pazarın direkt bir sonucudur, bugün fakir ülkelere verilen gelişme yardımlarının iki şartıdır. Bu gelişme yardımları fakir ülkelere borç olarak ve politik çıkarlara göre verilmektedir ve bu ülkelerin ancak eski borçlarının faizlerini ödemelerine yetmektedir. Bu şartlar altında bakıldığında insan hakları konseptinin gerektirdikleri kısaca şöyle ifade edilebilir;yoksul ülkelerin borçlarının silinmesi ve yardımlar için yeni kriterlerin belirlenmesi. Bu yardımlar bir bağış şeklinde verilmelidir borç olarak değil ve amacı da bu ülkelerde belirli bazı insan haklarının korunmasını, sosyal adaletsizliğin kaldırılması için gerekli önlemlerin alınmasını ve insan haklarının evrenselliğine sadık kalınmasını sağlamak olmalıdır."

(19) Bkz: Volkmar Köhler, "Menschenrechte, freiheitliche Ordnungpolitik, Friedenssicherung" in: Entwicklung und Zusammenarbeit, Bonn, 1/83, s.14 Köhler yazısında, serbest piyasa düzenlerinin geçerli olduğu yerlerde insan haklarının daha güvencede olduğu söylenebilir mi diye sormakta ve buna cevap olarak Latin Amerika, Asya ve Afrikadan bir sıra karşı örnek göstermektedir. Bu örneklerinden hareketle serbest piyasa düzeninin gelişmekte olan ülkelrde çok ağır insan hakları ihlallerine yol açtığını rakamlarla

Demokrasi ve insan hakları arasında da zorunlu yapısal bir bağlantının bulunmadığı açıktır. Çünkü demokrasinin prosedürel bir yönetim biçimi olarak hakları koruyabileceği gibi çiğneyebileceği de bir gerçektir. Dolayısıyla demokrasinin kendiliğinden ya da tanımı gereği insan haklarını güvence altına almak için yeterli olduğunu kabul etmek, kavramın kendisine yüklenilen olumlu değer yargılarından kaynaklanan bir yanılgıdır. Bu yanılgı pratikte insan haklarını sürekli ihlal eden genç ya da anlık demokrasilerin de meşru gösterilmesine neden olmaktadır. Ayrıca, insan haklarının daha etkin korunmasını sağlamak için daha iyi siyasal ve ekonomik düzenlemelerin bulunması çabalarına da engel oluşturmaktadır.

İnsan haklarının korunması alanında sorun yaratan diğer bir konu ise insan haklarına dayalı müdahale (insani müdahale) kavramı ve uygulamalarıdır.

İnsan hakları ihlallerinin önlenmesi, bu hakların talep ettiği koşulların yaratılması veya korunması gerekçesi ile başka devlete, bölgeye yapılan insani müdahale örnekleri, pratikte bu müdahalelerin insan hakları bakımından ne kadar ciddi tehlikeler yaratabileceğini göstermektedir. Buna rağmen teoride ve uygulamada bu müdahalelerin ahlaki ve hukuki[20] bir temele dayandığı iddia edilmektedir. Fakat insani amaçlarla gerçekleştirildiği iddia edilen müdahalelerin çoğunun insani kaygılara değil farklı gerekçelere dayanması ve müdahale edilen ülkelerdeki insan hakları durumunun daha da kötüleşmesi bu iddiaları haksız çıkarmaktadır.[21] Bu nedenle uygulamada insan haklarının, güçlü devletlerin zayıf olanlara karış kendi çıkarlarını korumaya yönelik müdahaleleri için sadece yeni bir mazeret oluşturduğu, insani müdahalelerin de ahlaken ve hukuken meşru olmadığı şeklinde güçlü bir kanı oluşmuş bulunmaktadır.

İnsani müdahale kavramının açık bir içeriğe kavuşturulması ve uygulaması sınırlarının yasal çerçeveye kavuşturulması da bu tür müdahalelerin ahlaki yönden (hatta yasal yönden) meşruluğunu sağlamak için yeterli olmamaktadır. Çünkü boşluklardan yararlanılarak, bir şekilde kurallar bir kenara itilmekte ve yasal araçlar amacından saptırılarak kullanılmaktadır.[22]

İnsan haklarının etkin korunmasının önündeki engellerden biri de hiç şüphesiz, bilimsel ve teknolojik alanlardaki, özelikle atom, gen ve bilgi teknolojilerindeki gelişmelerin, insan haklarının korumasını sürekli yeni ödevler ile karış karşıya bırakmış ve bırakacak olmasıdır. Bu teknolojilerdeki gelişmeler bugüne kadar görülmemiş ölçüde büyük rizikoları beraberinde getirmektedirler. Glenewinkel'e göre "*...Bu gelişmelerin tehlike ve risk boyutları öyle büyük ki, bunlara karşı koruma ancak temel hakların geniş bir şekilde sınırlanması ve devletin gözetim mekanizmalarının yetkilerinin genişletilmesi ile mümkün olabilecektir...*"[23]

Böylelikle güvenliğe karşı tehdit arttıkça insan haklarına daha fazla kısıtlama yapmak meşru sayılmaktadır. Böylece devlet her yerde gözü olan bir kurum haline gelmekte yalnızca giderek kurumuş olan kamusal alanı değil onun temeli olan özel alanı da denetimi altına almaktadır. İdari müdahaleler ve sürekli gözetleme ile devlet ailede, okulda, topluluklarda, komşulukta var olan günlük ilişkilerin iletişim yapısını parçalamaktadır. Kamusal alanın tamamını, özel alanı da kamusallık ile ilişkili kısmıyla birlikte işgal etmekte, bireye özel olan pek az şey kalmaktadır.[24] Sonuçta insan haklarının korunması ile bu hakların kullanılması alanları arasındaki gerilim artmaktadır.

Böylece Glenewinkel'in dediği gibi "*..yasaklar önlemleri, önlemler kontrolleri, kontroller de temel hak ve özgürlüklere müdahaleyi getirmekte, modern teknolojinin tehlikelerinden korunması gereken kişinin-bireyin- kendisi, bu koruma mekanizmalarının bilfiil kurbanı olmaktadır.*"[25]

SONUÇ

İnsan haklarının etkili korunmasını engelleyen bütün bu sorunların aşılması, öncelikle, insan haklarının korunma sorununun felsefi, etik, siyasi ve hukuksal bir sorun olduğunun görülmesine bağlıdır.[26] İnsan haklarını korumanın felsefi bir sorun olduğu görüldüğünde, insan hakları kavramının ve böylelikle bu hakların gerektirdiklerinin açıklığa kavuşturulması sağlanmış olacaktır. Kavramların açık hale getirilmesi ve uluslararası insan hakları belgelerini dolayısıyla da anayasa ve ilgili yasaların bu kavramların ışığında gözden geçirilmesi ise, bu belgelerin amaçlarını gerçekleştirmek için daha elverişli hale getirilmesine olanak sağlayacaktır.

Günlük yaşamda insan haklarına saygı gösterenler ya da onları çiğneyenler, hatta oylarıyla ya da kamu görevlisi olarak verdikleri kararlar ile korunmalarına katkıda bulunanlar kişilerdir. Bu gereklilik insan haklarını koruma sorusunun etki boyutun ortaya koymaktadır. Bu boyutun göz önüne alınması; kişide insan olma bilincini uyandıracak ve kendi haklarını değil, insan haklarını korumayı içtenlikle istemesini sağlayacak bir insan hakları eğitiminin sistematikleştirilmesinin imkanını doğuracaktır.

Sorunun siyasal-hukuksal bir sorun olduğunu kavrama ise; bütün yurttaşların insan olarak olanakların geliştirmeleri için gerekli koşulların sağlanmasının ve sürdürülmesinin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak devletin görevi olduğunun, uluslararası alanlar da ise, bu koşulları sağlamanın tüm devletlerin siyasal-hukuksal ama daha çok etik görevleri olduğunun kavranmasını ve bu temelde yeni bir uluslararası sistem oluşturma olanağı yaratacak yapı bozum sürecinin başlamasını sağlayacaktır. Sonuç olarak; insan haklarının ulusal ve uluslararası politikaların aracı değil, ana amacı olarak konulmasının ve gerçekleştirilmesinin yolunu açabilecektir.

ve verilerle ortaya koymakta ve ayrıca diğer yandan serbest piyasa düzenine ve en yüksek ekonomik büyüme derecesine sahip kimi gelişmiş ülkelerin aynı zamanda kötü birer polis devletleri olduklarına değinmektedir.

Ayrıca bkz: aynı yönde İoanna Kuçuradi, 50 Yıllık Deneyimlerin Işığında Dünyada ve Türkiye'de İnsan Hakları, s.16-30.

Ayrıca bkz.: Adamantia Pollis, State Repression and Development, The Case of Turkey, George Lopez ve Michael Stohl (ed.) Dependence. Development and State Repression, New York, Greenwood Press, 1989.

(20) Vgl: Jürgen Habermas, İn: Menschenrechte, (Hrsg.) Reinhold Makrosch und Arnim Regenbogen, Auer Verlag, Donauwörth, 2001, s.50.

(21) İnsani müdahale konusunda lehte ve aleyhteki görüş ve tartışmalar için Siehe Donnelly, ibid, s.274-278.

(22) Bkz. Weizsäcker, ibid; "...Önemli olan şu ki, güvenlik yalnızca askeri önlemlerle sağlanamaz. Aynı zamanda, konfliktlerin ekonomik , sosyal kültürel ve ekolojik temelleri kökten ele alınıp çözülmek zorundadır. Birleşmiş Milletler Örgütü'nün reformunun amacı insani güvenliğin yalnızca askeri anlamda daha geniş bir anlamda kavranmasını sağlamak olmalıdır..."

(23) Bkz: Werner Glenewinkel, Sepical: Grundrechte, Rowoholt, Reinbek, 1995, s.117.

(24) Bkz.Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung Beiträge zur diskurstheorie des Rechts und des Demokratischen Rechtsstaat, Suhrkamp, Frankfurt/M. 1994, s.446.

(25) Bkz. Glenewinkel, aynı yerde, s.118.

(26) Bkz. Kuçuradi,aynı yerde,s.53.

İnsan haklarını koruma sistemlerinin bu ilkeler temelinde oluşturulması ve geliştirilmesi, insan haklarının her yerde etkin bir şekilde korunması ve uygulanmasını sağlayacak tek şans olarak, insanlığın önünde durmaktadır.

Bir Pozitif Hukuk Kaynağı Olarak Avrupa Birliği Hukuk Sistemi*

Abdullah DİNÇKOL**

"İnsanoğlu, hükmetmek istediği dünya düzenini neyin üzerine kuracak? Bireyin gelip geçici hevesleri üzerine mi? Ne kargaşa! Hukuk üzerine mi? İnsanoğlu onu tanımıyor ki. Kesin bu. Eğer insanoğlu hukuku tanısaydı, şu kuralı hiç vücuda getirmezdi; şu, insanoğlunun bilip tanıdığı kuralların en genel olanını, herkesin kendi ülkesinin örf ve adetlerini izleyeceği kuralını. Keşke, gerçek adaletin parlaklığı, tüm uluslara hükmetseydi ve keşke kanun koyucular, şu değişmez hukukun yerine, Perslerin ya da Almanların geçici heveslerini veya kuruntularını kendilerine örnek almamış olsalardı. Böylece, iklime göre nitelik değiştiren bir hak ya da haksızlık sözkonusu olmayacak; yeryüzündeki tüm ülkelerde ve tüm zamanlarda geçerli bir hukuk varlığını sürdürüp gidecekti. Oysa kutba daha yakın üç enlem, tüm hukuk ilmini tersine çeviriyor. Gerçeği bir boylam tayin ediyor. Bir nehrin sınırladığı gülünç adalet! Pireneler'in bu yanında gerçek olan, öte yanında yanlış sayılıyor."

Pascal, "Pensées"[1]

1. POZİTİF HUKUK

Öğretide çoğu zaman birbirinin yerine kullanılan "Pozitif hukuk", "müspet hukuk", "yürürlükteki hukuk", "mevzuat" kavramları, bir ülkede, belli bir zamanda yürürlükte bulunan hukuk kurallarının bütününü ifade etmektedir.

Ülkemizdeki yürürlükteki yasa, tüzük, yönetmelik, genelge ve yönergelerin tümü, "Türk Pozitif Hukuku"nu oluşturmaktadır. Hukuk dogmatiği ise, bunlarla uğraşan disiplindir[2]. Kuşkusuz ki hukuk uygulanmak için vardır ve bu uygulanım, pozitif hukuk kurallarına göre yürütülmektedir.

Hukuk dogmatiğinin dediği, yasakoyucu tarafından konmuş bulunan eylemsellikle yürürlü bir hukukun var ve bunu tartışmasızca kabullenip uygulamanın zorunlu bulunduğudur[3]. "Pozitif

** Bu makale Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2008'de "Adaletin Işığı Altında Hukuk" bölümünde sunulmuş olan bildiridir.*

*** Prof. Dr., Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İstanbul.*

(1) Konrad Zweigert, "Karşılaştırmalı Hukuk ve Günümüzde Hukukun Oluşumu", Çev. E. Özsunay, İ.Ü.H.F.M., 50. Yıl Özel Sayı, C.XXXVII, S.1–4, İstanbul 1973, s.653.

(2) Tarık Özbilgen, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, s.356–357.

(3) İbid., s.360-361.

hukuk, tarihen oluşmuş bir hukuktur ve bu yüzden de tarihî gelişim içerisinde yenisi ile değiştirilmeye elverişlidir. Pozitif hukukun muhtevasının ne olacağına, onu yaratanlar karar verir; bu muhteva, onların buyruğundadır ve ihtiyaç olunca değiştirilebilir. Nitekim bu hukuk devletten devlete ve devirden devire değişmektedir. Birbirine yakın kültür düzeyinde bulunan devlet ve uluslarda sahip olduğu sayısız benzerliklere rağmen hukukun, ülkeden ülkeye değişik olduğu ve sınırın bu yanında hak olan bir şeyin, öbür yanda haksızlık olduğu, aynı ülke içerisinde dahi hak ve haksızlığa ilişkin kararın zamanla değiştiği görülmüş ve görülmektedir."[4]

Bu anlamda pozitif hukuk, "olan hukuk" (de lege lata)'dır ve bir "Türk Pozitif Hukuku"ndan, bir "İsviçre Pozitif Hukuku"ndan, bir "Uluslararası Pozitif Hukuk"tan sözedilebilir.[5]

Pozitif hukukunun kapsamı bu şekilde genişletilebildiği için, sadece yetkili bir makam tarafından, belli bir prosedüre uygun olarak konulmuş yazılı hukuk kurallarının bütününe ise, "mevzu (konulmuş) hukuk" bir başka deyişle "mevzuat" da denilmektedir. Yasalar, kanun hükmünde kararnameler, tüzükler, yönetmelikler mevzu hukuku yani mevzuatı oluşturmaktadırlar.

Mevzu hukuk içinde normlar hiyerarşisi bağlamında en önemli norm sistemi, "kanunlar sistemi"dir. Şimdi "Türk kanunlar sistemi"nin tarihsel gelişimine çok kısa bir bakış, özellikle konumuzun değerlendirilmesi açısından yarar sağlayacaktır:

Yıllar	Dönem	Yasa No.	Toplam
1920-1960	TBMM	1-7480	7480
1960-1961	M.B.K.ve KURUCU MECLİS	1-375	375
1961-1980	TBMM	1-2300	2300
1980-1982	M.G.K.	2301-2577	277
1982-1983	KURUCU MECLİS	2578-2969	392
1984-2007	TBMM	2970-5726	2557
Genel Toplam			13.581

Yukarıdaki tabloyu ayrıntılı ve konumuz bağlamında açarsak şöyle bir tablo görülecektir:

(4) Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul 2001, s.44–45.

(5) Mesut Önen, Hukukun Temel Kavramları, 2. Bası, İstanbul 1988, s.46. Bugün hâlâ 2birbirinden kesin biçimde soyutlanmış durumda olan ulusal hukuk sistemlerinin bulunduğu ve bunların ulusal hukuk biliminin "dar görüşlü gözlüğü ile" yorumlanıp, uygulandığı bir gerçektir. Ancak dünyamız çeşitli yönlerde değişime uğramıştır ve uğramaya devam etmektedir. Modern haberleşme araçları ulusları daha yakına getirmiş, hukukların uyumlaştırılmasını gerekli kılan bölgesel birleşmeler (örneğin Avrupa Birliği) ve uluslararası taşıma ve ticaret alanındaki uluslarüstü tekbiçim kanunlar, hukukun ulusal yönden soyutlanmasını giderek parçalamıştır. Zweigert, s.653. "Hiyerarşik bir sıralamayla; hukuk kuralı ile hukuksal kurumdan, bunların her ikisini de içeren toplumun kaplamsal (global) hukukuna uzanan hukuksal bütün, ulusal hukuku oluşturmaktadır. İşte karşılaştırmalı hukuk açısından ulusal hukuk, dar anlamda bir hukuk sistemini meydana getirir. (...) Hukuk sosyolojisi açısından ise hukuk sistemi, yalnızca belirli bir kaplamsal toplumun hukuku anlamına gelir, diğer bir deyişle her ulusal hukuk, başlıbaşına bir hukuk sistemi oluşturur." Cahit Can, Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon, (basılı olmayan doçentlik tezi), Ankara 1982, s.86–87.

(7) 2007 yılının son kanunu; 5726 sayılı Tanık Koruma Kanunu 27.12.2007 tarihli olup, 05.01.2008 tarihinde Resmi Gazete'de yayımlanmıştır.

	Yıllar	Dönem	Yasa No.	Toplam	Dönem Top.
1	1336 (1920)	TBMM	1-81	81	704
2	1337 (1921)	TBMM	82-177	96	
3	1338 (1922)	TBMM	178-294	117	
4	1339 (1923)	TBMM	295-393	99	
5	1340 (1924)	TBMM	394-540	147	
6	1341 (1925)	TBMM	541-704	164	
7	1926	TBMM	705-954	250	
8	1927	TBMM	955-1190	236	1033
9	1928	TBMM	1191-1377	187	
10	1929	TBMM	1378-1548	171	
11	1930	TBMM	1549-1737	189	
12	1931	TBMM	1738-1912	175	1148
13	1932	TBMM	1913-2083	171	
14	1933	TBMM	2084-2380	297	
15	1934	TBMM	2381-2672	292	
16	1935	TBMM	2673-2885	213	
17	1936	TBMM	2886-3084	199	1082
18	1937	TBMM	3085-3296	212	
19	1938	TBMM	3297-3548	252	
20	1939	TBMM	3549-3761	213	
21	1940	TBMM	3762-3967	206	
22	1941	TBMM	3968-4163	196	860
23	1942	TBMM	4164-4345	182	
24	1943	TBMM	4346-4505	160	
25	1944	TBMM	4506-4691	186	
26	1945	TBMM	4692-4827	136	
27	1946	TBMM	4828-4997	170	865
28	1947	TBMM	4998-5161	164	
29	1948	TBMM	5162-5300	139	

30	1949	TBMM	5301-5501	201	865
31	1950	TBMM	5502-5692	191	
32	1951	TBMM	5693-5855	163	941
33	1952	TBMM	5856-5997	142	
34	1953	TBMM	5998-6212	215	
35	1954	TBMM	6213-6447	235	
36	1955	TBMM	6448-6633	186	
37	1956	TBMM	6634-6879	246	847
38	1957	TBMM	6880-7058	179	
39	1958	TBMM	7059-7179	121	
40	1959	TBMM	7180-8401	222	
41	1960	TBMM	7402-7480	79	
					7480
	1960-1961	M.B.K. ve KURUCU MECLİS	1-375	375	375
	1961-1980	TBMM	1-2300	2300	2300
	1980-1982	M.G.K	2301-2577	277	277
	1982-1983	KURUCU MECLİS	2578-2969	392	392
	1984-1989	TBMM	2970-3586	617	617
	1990-2000	TBMM	3587-4416	830	830
	2001-2007	TBMM	4417-5726	1310	1310
TOPLAM					13581

Bu çerçevede 1920 – 2007 tarihleri arasındaki 88 yıllık Türk Pozitif Hukukunun oluşturulma sürecine bakıldığında sayısal ya da dönüşümsel açıdan kanunlaştırma dönemlerinin;

1. 1920 – 1936, Türk devletinin kuruluş ve yapılanma dönemi.

2. 1984 – 1989, Serbest piyasa ekonomisi çerçevesinde yeniden yapılanma dönemi.

3. 2001 – 2007, AB için Ulusal Program[7] çerçevesinde kanunlaştırma dönemi şeklinde belirlenebileceğini görüyoruz.

(7) Türkiye tüm aday ülkelerde olduğu gibi Müktesebatın Kabulü için Ulusal Program hazırlamış ve 19 Mart 2001 tarihinde Avrupa Komisyonu'na sunmuştur. Türkiye'nin Katılım Ortaklığı Belgesi'nde detaylı olarak belirtilen yükümlülüklerini bir takvime bağlayan Ulusal Program, Mart 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmiştir. (http://www.tribeca.com.tr/delturtest/_webpub/Ulusal Program.doc)

Bunlardan ilk ikisi, Türkiye için oldukça rahat ve dış etkiden uzak kanunlaştırma süreci oluşturmaktadır.

2. TÜRK DEVLETİNİN KURULUŞ VE YAPILANMA DÖNEMİ (1920–1936)

Öncelikle bu dönemde Atatürk gibi bağımsızlık sevdalısı bir devlet adamının bulunması ve O'nun kişilikli bir iç ve dış devlet politikası izlemesi, Türkiye Cumhuriyeti'ni dış etkilere karşı korumuştur. Kanunlaştırma, bu bağımsız politika çerçevesinde gerçekleşmiştir.

İkinci bir olgu, bu dönem kanunlaştırmasının Avrupa'da Hitler Almanyası ve Mussolini İtalyasının yol açtığı II. Dünya Savaşı öncesinin gerginlikleri içinde gerçekleşmesidir. Sıkıntılar çekmekle birlikte, dış etkiden (özellikle kendi derdine düşen Avrupa'nın etkisinden) oldukça uzak kalan Türkiye "kanun alımı"na rağmen, tamamen kendi arzusu çerçevesinde Türk Pozitif Hukukunu oluşturmuştur.[8]

Gerçekten de Cumhuriyet hukuk devriminin yola çıkışında dış etkinin çok az rolü olmuştur. Lozan Konferansı'nda Batılı Devletler Türkiye'de bir hukuk reformu gerçekleşene kadar azınlıkların ve yabancıların statülerinin devamını istemişlerdi. Kapitülasyonlar başta olmak üzere ayrıcalıklara karşı olan Türk delegasyonu buna karşı çıktı. Konferans kesintiye uğradı. Konferansın ikinci döneminde hukuk reformu ve komisyonları konusunda anlaşıldı, din ayrımı yapılmaksızın bütün yurttaşlara tek yasa uygulanması kabul edildi. Bunun Türkiye'de hukuk reformunun önünü açtığı söylenebilir[9]. Tüm yurttaşlar için tek yasanın uygulanma zorunluluğu, doğal olarak dinsel esaslardan sıyrılmış, lâik bir pozitif hukuk sistemi gerektirmektedir.

Dönemin siyasal iktidarı, yabancı hukuk danışmanlarının olası müdahalelerinin önüne geçmek için, hukuk ve yargı işlerinin yeniden yapılandırılmasında, uluslararası hukuk yükümlülüklerinin mümkün olduğunca çabuk gerçekleştirilmesine büyük bir önem vermekteydi. Diğer devletler karşısındaki konumu çerçevesinde yeni devlet yapısı ve kendi iç istikrarı açısından kaçınılmaz olan bu politik amaçlara geniş ölçüde erişmek için, tamamı "ithal" ve –çok kısa süre içinde Türkçe'ye çevrilerek kanun tasarıları haline dönüştürülmüş– kanun koyucu organa kabul edilmek üzere sevk edilebilecek yabancı kanunlara yönelmek gerekiyordu[10]. Ancak bu yabancı kanunlar, bir dış yönlendirmenin etkisi ile değil, tamamen ülkenin ihtiyaçları çerçevesinde tercih edilmiş ve nakledilmiştir.

(8) Cumhuriyet milliyetçiliği doğrultusunda oluşan TBMM bağımsızlık ve ulusal özgürlük mücadelesini yürütürken ve savaş sırasında da Osmanlı sistemi dışında alternatif bir hukuk sistemi üretmeye başlamıştı. Bu düalist pozitif hukuk sistemi, ümmetten millete geçme sürecinde yani Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin kuruluş sürecinde de millet egemenliği anlayışına dayalı hukuk atılımlarıyla gelişmesini sürdürmüştür. Saltanatın kaldırılması, cumhuriyetin ilanı, hilafetin kaldırılması gibi, Osmanlı Devleti'nin üst yapısını yıkan ve yeniden kuran operasyonlar hukuksal usullerle gerçekleştirildi. Bunlar yeni gelecek hukukun da payandaları oldular. Bülent Tanör, Kurtuluş Kuruluş, Çağdaş yayınları, İstanbul 2. bası, 1998, s.2001

(9) Gülnihal Bozkurt, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayını, Ankara 1996, s.176–183; Gülnihal Bozkurt, "Cumhuriyet'le Neden Bugünkü Hukuk Sistemimiza Geçildi?" Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, 30–31 Ekim 2003 Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, s.8–9; Tanör, s.202.

(10) E. E. Hirsch, "İsviçre Kanunu – Türk Hukuku (1926-1976)", Der. Max Schweizer, Ankara ve Lozan Arasında Avrupa Yolundaki Türkiye Üzerine Bir Derleme, Phoenix, Ankara 2005, s.351.

Dış baskıyla açıklayamayacağımız hukuk reformu için asıl dinamikler ülke içinde bulunmaktaydı. Özellikle devletin kuruluş sürecinde düalist hukuk sisteminin varlığı, bunun yarattığı dağınıklık ve hukuk boşluğunun giderilmesi, önemli baskılardan birisidir. Bu baskının etkisi ile gerçekleştirilmeye başlanan dönüşüm sırasında önce 1924'te Şer'iye vekâleti kaldırıldı. İç dinamiklerin etkisiyle gerçekleştirilen kanunlaştırma hareketi Adalet Bakanı Mahmut Esat Bozkurt'un sözlerine şöyle yansımıştı: *"Türk ihtilalinin kararı, batı medeniyetini kayıtsız şartsız kendisine mal etmek, benimsemektir. Bu karar o kadar kesin bir azme dayanmaktadır ki, önüne çıkacaklar, demirle, ateşle yok edilmeye mahkûmdurlar. Bu prensip bakımından, kanunlarımızı olduğu gibi batıdan almak zorundayız. Böylelikle Türk ulusunun iradesine uygun harekette bulunmuş olacağız."* [11]

Bu irade doğrultusunda Türk Pozitif hukuk sisteminde yapılan en önemli yenilikler kanunlar ve yargı örgütü alanında gerçekleştirilmiştir.

Kanunlar alanındaki değişimin ana modeli, yabancı hukuklardan yapılan aktarmalardır. Cumhuriyet dönemi, en az 5 ülkeden kanun almıştır. (İsviçre, Fransa, Almanya, İtalya, Belçika). Kanunların tümüyle alımına rağmen Cumhuriyet hukuku, kapitüler ayrıcalıkları, çok hukukluluğu, azınlıklara ve cemaatlara tanınan farklılıkları tümüyle silmiş, batıdan aktardığı kanunları uluslaşma ve bağımsızlaşmanın kalkanı yapmıştır.[12]

Yargı örgütü ile ilgili yenilenmede ise iki ana doğrultu gözlenmektedir. "Ulusal yargı bağımsızlığı" ve "yargı birliği".

Ulusal yargı bağımsızlığı, özellikle Türkiye'de suç işleyen yabancıların yargılanması noktasında önem taşıyordu. TCK'nın kabulüyle bu "ülkesellik" ilkesi benimsendi. "Türkiye'de suç işleyen kimse, Türk kanunlarına göre yargılanır." kuralı (m.3) kabul edildi.

Yargı birliği açısından ise bakıldığında, Cumhuriyet öncesi hukuk sisteminde yargı yeri çokluğu vardı: Şer'iye, nizamiye, ticaret, cemaat, konsolosluk mahkemeleri. Cumhuriyet hukuk reformu, yargı birliğini getirdi. Önce şer'iye mahkemeleri kaldırıldı. Lozandan sonra da üç gayrimüslim cemaatin temsilcileri, kendi cemaat hukuklarını uygulamaktan vazgeçtiklerini Ankara hükümetine bildirdiler.[13]

Türk hukuk devrimi ile Avrupa hukuk sistemine yönelmekle söz konusu olan, başka bir hukuk sistemi içinde erimek değil, kendi bağımsız–ulusal hukuk sistemini kurmaktır. Avrupa kökenli evrensel normlar, ulusal hukukun inşa sürecinde yapı malzemesi olarak kullanılmaktadır.[14]

İktibas edilmiş olmalarına rağmen, yeni kanunlarla bir süre sonra milli bir hukuk sisteminin yaratılabilmiş olması ise, hukuk devriminin başarılı olmasının temel nedenidir. Resepsiyon, "Türk milletinin kendi kimliğinden vazgeçilmesi" anlamına gelmemiştir. Tam tersine bin yılı aşkın bir süre sonra ilk kez milli hukukumuzu yaratma imkânı ve yolu

(11) Mahmut E. Bozkurt, "Türk Medeni Kanunu Nasıl Hazırlandı?", Medeni Kanunumuzun XV. Yıl Dönümü İçin, İstanbul 1944, s.11; Ergun Özsunay, "Yabancı hukukun benimsenmesi yoluyla bir çağdaşlaşma modeli: Kemalist hukuk devrimi üzerine gözlemler ve değerlendirmeler", Atatürk'ün Hukuk Devrimi, İÜHF. Yay., 1983, s.29; Tanör, s.203;

(12) Tanör, s.204.

(13) Bozkurt (1996), s.182; Bozkurt (2003), s.11; Tanör, s.205.

(14) Tanör, s.205.

açılmıştır. Resepsiyonların milli hukukun gelişimine engel olmadığını bütün uygar ulusların hukuk tarihi göstermektedir. Bizim resepsiyonumuzda da, Türk ulusçuluğu devrimlerin dayandırıldığı temel ilkelerden biri olarak ortaya konmuştur.[15]

Birer çerçeve veya kalıp olan yeni kanunlar, farklı anlayış, yorum ve uygulama ile Türk toplumunun gerçeklik ve şartlarına uygun bir biçim aldılar ve bu oluşum hâlâ devam etmektedir. Resepsiyon her çağda görülen bir hukuki gelişim olayıdır ve konusu hukuk değil, kanunlardır. Bir ülkenin hukukunun bir başka ülke tarafından tam manasıyla alınmasının imkânsız olduğu herkesçe kabul edilmektedir. Aynı kanun maddesi, farklı ülkelerin mahkeme kararlarında ve bilimsel eserlerinde farklı anlamlar kazanmaktadır. Böylece batı ülkelerinin kanunlarının alınması, hukuklarımızın aynı olması sonucunu doğurmadı. Zira "hukuk kuralları, hukuk sisteminin kurucu ögelerinden yalnızca biridir. Geri kalan ögeler, her türlü değişime kurallardan daha fazla dayanıklılık gösterirler."[16] Yeni hukuku uygulayacak hâkim ve savcılar, avukatlar ve analiz ederek öğretecek olan akademisyenler bağımsız ve kendine özgü bir Türk hukukunun yaratılmasında yardımcı oldular. Yargıca tanınan takdir yetkisi, yeni ve eleştirici bir hukuksal muhakeme tarzının gelişmesini sağladı. Batıdan alınan hukuk normları Türk toplumunun yaşam şartları ile millileştirildiler. Kanunla-rımızda iktibas öncesi ve sonrası ihtiyaçlarımıza uygun olarak yapılan değişiklikler de hukukun milli karakterini daha da belirginleştirdi.[17]

Türk hukuk devrimiyle hızla yabancı kanunların tercüme edilerek alınması ve çok kısa sürede yürürlüğe sokulması sonucu, farklı kültürlerin ürünü ve birbirleriyle homojenlik içinde bulunmayan pek çok kanunun tüm kurallarının tam anlamıyla uygulandığını da göstermez. Çünkü "Yabancı ülkeden alınan hukukun yeni ortamında başarıyla uygulanabilmesi, alınmış olan hukukun kendisini yaratan koşullara benzer koşulları, alıcı ülkede de bulmasını ya da en azından bazı çabalarla, alan–veren ülkeler arasında sosyo–ekonomik koşul benzerliklerinin yaratılabilmiş olmasını gerektirir."[18] Sosyo–ekonomik koşul benzerliklerinin bugün dahi tam olarak sağlandığını söylemek olanaklı değildir. Bu bağlamda alışkanlıklar, inançlar, pratik ihtiyaçlar, kısaca söylemek gerekirse sosyal gerçeklik karşısında alınmış olan bazı kurallar aynen uygulanamadı. Özellikle aile hukuku, kadın erkek eşitliği alanlarında halen toplumsal realite kanunların tam olarak sorunsuz uygulanmasına engel olmaktadır diyebiliriz.[19]

(15) Bozkurt (1996), s.210.

(16) Can, s.88

(17) Bozkurt (1996), s.210. Resepsiyon yapan ülkede hukuk felsefesi, sosyolojisi, tekniği ve gelişimi bakımından, hukukun alındığı ülkenin gelişimine bir ölçüde bağlılık söz konusudur. Ancak bu, resepsiyon yapan ülkenin bağımsızlığı ya da egemenlik alanları ile ilgili bir problem yaratmaz. Çünkü hukuk normlarının temelinde yatan yorum ve doktrin resepsiyonla alınamaz. Resepsiyon yapan ülkede bu normların temeli yoktur ve kendi başlarına gelişmek zorundadırlar. Bu nedenledir ki, bir hukuk normu uygulandığı ülkede, çıktığı ülkeden daha farklı bir anlam kazanabilir. Resepsiyonla kanunlar, örf ve adet hukuku, hukukî yorumlar, hukuk teorileri objektif olarak yasa koyma, hakim uygulaması veya doktrin yoluyla benimsenebilirler. Şu halde, hukukî fikirler de resepsiyonun konusunu teşkil edebilirler. Hukukî fikirler gibi, hukukî idealler ve tasarımlar da başka ülkelerce benimsenebilirler ve benimsendikleri ülkede "ithal malı" nitelikle-rini kaybederek millî hukukun bir parçası haline gelirler. İbid. s.7

(18) Alınan hukukun uygulanmasında ortaya çıkan sorun ve güçlükler için ayrıca bak. Can, s.203 vd.

(19) Atatürk hukuk altyapısını düzenlemiş ve düzenlenmesini sağlayacak ortamı oluşturmuş; fakat

Resepsiyonla belirli bir ülkenin şartlarına uygun olarak gelişmiş bir hukukî kurum, kavram ya da olgu veya bunların tümü bir başka ülkeye aktarılmaktadır. Resepsiyon olarak nitelenen olaylarda genel bir karakter olarak, belli bir hukukî ortamda gelişen bir hukuk kurumunun bir başka hukukî ortamda yürürlüğe konduğunu görüyoruz. Şu halde, resepsiyonda bir "yaban-cılık" unsuru vardır. Farklı coğrafi, sosyal, ekonomik ve kültürel koşullarda, yabancı bir toplumun ihtiyaçlarını karşılamak üzere doğan veya geliştirilen bir hukuk sistemi veya sistemi oluşturan kuralların bir kısmı, bir başka ül-kede kabul edilmekte, yabancı kaynaklı hukuk kuralları resepsiyon yoluyla bir ülkenin yerel hukukuna giriş yolu bulmaktadır.[20]

Tüm karşılaşılmış ve halen gündemde olan sorunlara rağmen, Türk resepsiyonu ile sadece Türk hukuk tarihinin değil, genel hukuk tarihinin de en önemli resepsiyon hareketlerinden birisi gerçekleştirilmiştir. İsviçreli hukukçu Sauser–Hall'e göre "Türkiye'de gerçekleştirilmiş olan reformlar bütün olarak ele alındıklarında şaşırmamak olanaksızdır. İslam devletlerinin en güçlüsü, bin yıl geçmişe varan kuralları altı aylık bir sürede yürürlükten kaldırdı. Üç yıllık bir zaman içinde Türkiye, hukuk düzenini baştan aşağı değiştiren sekiz modern kanunla donandı. Tarih hiçbir ülkede, bu kadar köklü ve ani değişikliği örnek gösteremez. Bir ülkede ve bir toplum üzerinde yapılmış bundan daha cesur bir deneyim yoktur." [21]

Cumhuriyetin hukuk reformu amaçlanan hedeflere hukukun olanakları ölçüsünde yürümüştür. Pozitif hukuk sistemi oldukça kısa sürede millileşmiş; ulusal bağımsızlık açısından hukuk dönüşümü, olumlu bir işlev görmüştür. Dış müdahaleler özel hukuk alanında ortadan kalkmış, hemen hepsi 10–15 yılda gerçekleşen hukuk alanındaki köklü ve toplu değişme performansı, Türkiye'nin uluslararası ve bölgesel topluluklara ve hukuk belgelerine katılabilmesini de kolaylaştırmıştır.

3. SERBEST PİYASA EKONOMİSİ ÇERÇEVESİNDE YENİDEN YAPILANMA DÖNEMİ (1984–1989)

Öncelikle şunu belirtmek yerinde olacaktır ki, 1984 sonrasının tüm

sosyal altyapı koşulları düzeltilmediği cihetle, hukuk olgusu ile hukuk kuralı ayrık kalmış, örneğin hukuken monogam olan aile, çoğu yerde poligam kimliğini sürdürmüştür. Çünkü tarım makineleşmemiş olup, üretim pahalıya malolmaktaydı ve bu durum da bedava işçi çalıştırmayı zorunlu kılmaktaydı. Her ne kadar etik değerleri, üretim koşullarına bağlamak sözkonusu olmazsa da, elverişli altyapı koşulları içinde gerçekleşim olanağı buldukları da yadsınamaz. Üstelik monogaminin kadına saygın kişilik sağlama fonksiyonunu bizzat görebilmesi için kadının, ekonomik açıdan güçsüzlüğünün ortadan kalkması gerekmektedir. Kadın erkek eşitliği istenildiği kadar hukuk metinleri içine yerleştirilsin, her vesile ile bundan bahsedilsin, boşandığı takdirde geçinme olanağını yitirecek olan kadının, saygın kişilik kazanması hukukça garanti altına alınmış sayılamaz. Bu önce kadının ekonomik yaşama katılması, iş güç sahibi olması, para kazanmasını gerektirmektedir. Tarık Özbilgen, Eleştirel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, s.274.

(20) Kuşkusuz, toplumlar birbirlerinden farklı olarak gelişirler. Toplumların gelişme hızı, seviyesi ve şekli birbirlerinden farklıdır. Her toplum bu üç öl-çüye uygun olarak, kendi içindeki toplumsal ilişkileri düzenleyecek hukuk kurallarına ihtiyaç duyar ve bu kuralları oluşturur. Ekonomik ve toplumsal açıdan birbirlerine yakın düzeye gelen, benzer şartlar altında yaşayan toplumlarda aynı veya benzer hukuk kavramları ortaya çıkar. Ancak hukuk tari-hindeki genel gelişime bakıldığında, ülkeler arasında kaçınılmaz olan kültür etkileşiminde hukuk kavramlarının da sık sık başka toplumlara geçtiğini gö-rüyoruz. Bu kavramlar "objektiflik", "ihtiyaçlara uygunluk", "pozitiflik" gibi özellikleri nedeniyle başka hukuk sistemlerine de geçmişler ve böylece tüm toplumlarda, hukuk çağlar boyunca, kanun koyma veya mahkeme kararları dışında da, dış etkiler gibi yollarla da gelişimini sürdürmüştür. Bozkurt (1996), s.6.

(21) Bozkurt (1996), s.213.

hükümetleri piyasa ekonomisi"ni uyguladıklarını doğrudan veya dolaylı olarak ifade etmişlerdir.

Türkiye'de piyasa ekonomisi yönünde ilk köklü adım, 24 Ocak 1980 tarihinde uygulanan politikalarla atılmıştır[22]. 24 Ocak kararlarıyla, o günkü aşırı korumacı ve aşırı devletçi bir ortamda tam tersi ilkeler getirilmiştir. Ekonomideki olumlu sonuçları görülmeye başlanırken 12 Eylül askeri harekâtının gerçekleştirilmesi üzerine köklü uygulamalar yapılması mümkün olamamıştır. Bunu izleyerek 1984'ten bu yana uygulanan politikalar, piyasa ekonomisi sisteminin geliştirilmesini hedef almıştır.

1983 seçimleri sonunda iktidara gelen Özal hükümetince, piyasa ekonomisi uygulamasını geliştirmek üzere çeşitli ilke ve önlemler yürürlüğe konulmuştur.[23] Doğal olarak bu ilkelerin yürürlüğe konulması hukuk kuralları ile olmuştur. Zira ekonomi ile ilgili hangi sistem benimsenirse benimsensin, bu düzenlemenin mutlaka hukuksal bir çerçeveye ihtiyaç gösterdiği unutulmamalıdır. Kaldı ki, sistemin tercihi sorunu dahi, başlıbaşına hukuksal bir yön ve özellik verebilme işidir. Bu açıdan tercih edilen ekonomik sistemin, saptanan hedeflere ulaşmasında sadece ekonomiye yönelik kanunlaştırmanın yeterli olmadığı açıktır. Bunu desteklemek üzere, "(...) Devletin vatandaşa her sahada daha çok, daha iyi ve daha süratle hizmet vermesinin sağlanması; kamu hizmetlerinin düzenli, süratli, müessir, verimli ve ekonomik bir şekilde yürütülmesinin temin edilmesi; idari yapıyı dinamikleştirerek ve mümkün olduğu kadar küçülterek israfın önlenmesi; ekonomik, sosyal, kültürel kalkınmanın sağlanması; mali zorlukların aşılabilmesi için gerekli olan kaynağın temin edilebilmesi gibi zaruretlerle (...) kanun, tüzük ve yönetmelik çıkarılmasına ihtiyaç duyulduğu bir gerçektir (...)". [24]

I. Özal hükümeti döneminde çıkarılmış olan kanunların nitelik ve sayısına bakıldığında bu düşünceden hareket edildiği anlaşılmaktadır. I. Özal hükümeti döneminde, 4 yıl içinde, toplam 433 adet yasa çıkarılmış bulunmaktadır. II. Özal hükümeti döneminde yaklaşık 2 yıllık süre içinde çıkarılan yasa sayısı ise 184'tür. 6 yıllık süre içindeki toplam kanun sayısı 617'dir.

Bu dönemde özellikle 1984 sonrası kanunlaştırmanın yoğunlaştığı görülmektedir. Turgut Özal hükümetleri ile başlayan serbest piyasa ekonomisi çerçevesinde oluşturulan yeni yapılanmada ise 1987'den itibaren çökme ve dağılma sürecine giren Sovyet Blokunun yarattığı sarsıntıların öncü dalgaları sebebiyle bütün dış ilgi Sovyetlere yöneltilmiş iken, Avrupa tamamıyla Doğu Almanya ve Sovyetlerle ilgilenirken, Türkiye yine kendi arzusu ve talepleri doğrultusunda kanunlaştırma gerçekleştirmiştir.

(22) Piyasa ekonomisi yönünde ilk köklü değişimlerin yapıldığı 24 Ocak 1980 kararları öncesinde Türkiye ekonomisi bir taraftan 1973–74 petrol krizinin gecikmeli etkileri, diğer taraftan uygulana gelmekte olan yanlış ekonomi politika ve stratejileri, özellikle aşırı devletçilik ile mutlak korumacılık sonucunda çıkmaza girmiş bulunuyordu. Nitekim dış ödemeler krizi ve döviz darboğazı had safhaya ulaşmış, enflasyon giderek artmış, büyüme hızı düşerek menfi düzeye inmişti. Mükerrem Hiç, "Gelişme Stratejileri ve Makro Ekonomik Politikalar Piyasa Ekonomisi, Felsefesi, Temel Kuralları ve Uygulaması", 3. İzmir İktisat Kongresi (4–7 Haziran 1992), Gelişme Stratejileri ve Makro-ekonomik Politikalar, C.2, DPT. Yayını, 1993, s.146.

(23) Bunlar için bk. Hiç, s.147.

(24) Turgut Özal, Başbakanlık Mevzuatı Geliştirme ve Yayın Genel Müdürlüğünce Hazırlanan "Yürürlükteki Kanunlar Külliyatı"na yazılmış olan Önsöz, s.III.

Ancak II. Özal hükümetinden başlamak üzere, uzunca bir süre çeşitli koalisyon hükümetlerinin sosyo-ekonomik yapıdaki iyileştirmelerde yetersiz kaldıkları, hukuksal platformda beklenen düzenlemeleri gerçekleştiremedikleri de açıkça görülmüştür. Zira bir kısım kanunların getirilmesi veya değiştirilmesi ve sosyo-ekonomik bünyeye bu suretle ayak uydurulması, ne reformdur, ne de kodifikasyondur. Bu sadece yetersiz bulunan kanunlara destek olacak kanunlar getirmek veya bir kısım kanunda tadilat yapmaktır.

4. AB İÇİN ULUSAL PROGRAM ÇERÇEVESİNDE KANUNLAŞTIRMA DÖNEMİ (2001 – 2007)

2001 sonrası ise, yine yoğun bir kanunlaştırma olgusu ile karşılaşmaktayız. Ancak halen içinde bulunduğumuz bu dönem kanunlaştırması tamamen "dış ilgi ve kontrol" altında gerçekleştirilmektedir. Bu ilgi, etki ve kontrolün kaynağı ise Avrupa Birliği (AB)'dir.

AB, klasik uluslararası örgütlerden farklı olarak, kurucu andlaşmaları itibariyle oluşturduğu hukuki yapısıyla, üye devletlerin iç hukuk mevzuatında doğrudan veya derhal uygulanabilir normlar aracılığıyla etkiler doğuran bir özelliğe sahiptir. Üye devletler, Avrupa Toplulukları'nın Kurucu Andlaşmaları uyarınca, belirli alanlarda egemen yetkilerini devrederek veya sınırlandırarak tesis ettikleri Avrupa Toplulukları aracılığı ile kendilerine ve vatandaşlarına uygulanabilen bir hukuk normları bütünlüğü yaratmışlardır.[25]

AB'nin özgün bir karakter taşıyan hukuk düzeni için yaygın olarak "bütünleşme hukuku" terimi kullanılmaktadır. Üye ülke hukuk düzenlerinden ayrı ve bağımsız bir hukuk düzeni teşkil eden AB hukukunun farklı yönü, üye ülke hukuklarının üstünde yer alması ve onlarla bütünleşmek zorunda olmasının yanında, ayrı bir yapı olmasıdır.[26]

Çeşitli alanlardaki "mevzuatın uyumlaştırılması" çabaları, hukuk yaratma gücünün iktisadi ve sosyal hayatın birçok alanlarında merkezileşmesi eğilimini destekleyen bir girişim olmuştur. Tek Avrupa Senedi (1987) ve Maastricht Antlaşması'ndan (1992) sonra Avrupa Topluluğu her biri özerk hukuk sistemlerine sahip bağımsız devletlerin bir topluluğu olmaktan çıkarak belirli alanlarda ortak yasalara tabi bütünleşmiş bir siyasi birliğe dönüşmüştür.[27] Bu açıdan bakıldığında siyasal birlik, bir hukuksal oydaşmayı ifade etmektedir. Ama birlik hukukunun uygulanışındaki etkinlik de ulusal mevzuat harmonizasyonlarına bağlıdır. Bu durumda iki tür sorun karşımıza çıkar: Birincisi ulusal mevzuatın ne kadarının tümüyle ulusal olduğuna karar verilmesi ve ortak güçlü kesişenlerin tespit edilmesi sorunudur. İkincisi niceliksel çokluk ve bu çokluğun Birlik nezdinde işlenip dönüştürülmesine ilişkindir.[28] Merkezileşmeyle paralel olarak üye devletlerin hukuk düzenlerini standartlaşmaya yönelik "mevzuatın uyumlaştırılması" politikası, Adalet Divanı'nın yerel/ulusal otoritelerin özerk davranma konusunda cesaretlerini kıran içtihadıyla birleşince, çeşitlilik ve farklılıkların Avrupa düzeyinde ortadan kalkma süreci başlamış oldu.[29]

(25) K. Reçber, Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri, Bursa 2004, s.149.

(26) DTM, Avrupa Birliği ve Türkiye, 6. Baskı, Ankara 2007, s.28.

(27) Mustafa Erdoğan, "Avrupa, Avrupa Birliği ve Türkiye", Liberal Düşünce, Yıl.10, S.40, Güz 2005, s.8.

(28) Beril Dedeoğlu, Adım Adım Avrupa Birliği, Okumuş Adam Yayınları, İstanbul 2006, s.170-171.

(29) Erdoğan (2005), s.8

Bu noktada şöyle bir soru akla gelebilir. Türk hukuku, AB hukukuna uyum sağlayabilir mi? Türk hukukunun özellikle pozitif hukukun niteliği açısından AB hukukuna uyumu diye bir sorun yoktur. Türk Hukuku zaten Kara Avrupası Hukuku'nun genel karakterlerini taşıdığından, hukuk düzeni ve/veya hukuk sisteminin geneli itibarıyla AB hukukuna "uyum" sorunu yaşanmamaktadır.[30]

Bu durumda, Türk hukuku, "AB hukukuna uyum sağlayabilir mi?" sorusunun cevabını verebilmek için burada "uyum"un ne anlama geldiğini belirlememiz lâzım gelmektedir; bunun için de, uyum sağlanacak olan yapıya, yani Avrupa Birliği'ne ve onun hukukuna daha yakından bakmak gerekecektir.

3.1. Avrupa Birliği Etkisi

AB'nin temellerini oluşturan Roma Anlaşması'nın[31] "Giriş" bölümünde kurucu ülkeler arasındaki işbirliğinin nedeni olarak "kaynakların bir araya getirilmesi yoluyla barış ve özgürlüğü korumak ve güçlendirmek" gösterilir.[32]

Roma Antlaşması'nın 2. maddesi Avrupa Ekonomik Topluluğu (AET)'nin hedefini şu şekilde açıklar:

"Topluluğun görevi, ortak pazarın kurulması ve üye ülkelerin ekonomik politikalarının giderek yakınlaştırılması suretiyle, Topluluğun bütünü içinde ekonomik etkinliklerin uyumlu olarak gelişmesini, sürekli ve dengeli bir yayılmayı, artan bir istikrarı, yaşam düzeyinin hızla yükseltilmesini ve birleştirdiği devletler arasında daha sıkı ilişkileri gerçekleştirmektir."[33]

Bu anlamda Anlaşmayı oluşturan temel saikin, her birinin farklı ticari ve iktisadi beklentisi olan (Pazar, hammadde, sanayi ürünü ihracatı, tarımsal ithalat, vb.) bir grup devletin ihtiyaçlarına karşılıklı olarak cevap bulması; ancak bundan daha önemli amacın barış ve özgürlüğün egemen olduğu bir hukuk düzeninin yerleşmesi olduğu söylenebilir. Bu tür bir düzenin kurulması için ise her şeyden önce, tüm üye ülkelerde geçerli olacak ve tümünü bağlayacak "ortak hukuksal normlar"ın oluşturulması gerekir. Roma Anlaşması'nın 3. maddesi de, bu amaçla yapılması gerekenleri saymış ve üye devletlerin ulusal mevzuatlarının birbirlerine yaklaştırılmasının sağlanması gerektiğini ifade etmiştir.[34]

9-10 Aralık 1991 tarihlerinde, Hollanda şehri Maastricht'te toplanan Avrupa Topluluğu devlet ve hükümet başkanları, Avrupa Birliği Antlaşması üzerinde anlaşarak, metni 7 Şubat 1992 tarihinde imzalamışlar, Antlaşma 1

(30) Tuğrul Arat, "Cumhuriyet Hukuku AB Hukuku'na Uyum Sağlayabilir mi? Sorunlar ve Öneriler", Cumhuriyetin Kuruluşundan Bugüne Türk Hukukunun Seksen Yıllık Gelişimi, 30–31 Ekim 2003 Sempozyum, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara, s.312.

(31) Kömür ve çeliğin yanı sıra diğer sektörlerde de ekonomik birliği kurmak amacıyla 1957 yılında altı ülke Roma Antlaşması'nı imzalayarak, "Avrupa Ekonomik Topluluğu"nu (AET) kurdular. 248 madde ve protokollerden oluşan Roma Antlaşması 1 Ocak 1958'de yürürlüğe girdi ve AET'ye hukuken uluslar üstü bir kuruluş olma niteliği kazandırdı. Abdullah Dinçkol, "Kopenhag Kriterlerinin Türk Pozitif Hukuku'na Etkileri", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi Yıl:5 Sayı:10 Güz 2006/2, s.29.

(32) "Resolved by thus pooling their resources to reserve and strengthen peace and liberty, (...)" http://www.unizar.es/euroconstitucion/library/historic%20 documents/Rome/TRAITES_1957_CEE.pdf.

(33) http://www.unizar.es/euroconstitucion/library/historic%20documents/Rome/TRAIT ES_1957_CEE.pdf; Ayrıca bk: http://www.deltur.cec.eu.int/default.asp?lang =0&pId=3&fId=12&prnId=2&hnd =1&docId=334&ord=1&fop=0

(34) http://www.unizar.es/euroconstitucion/library/historic%20documents/Rome/TRAIT ES_1957_CEE.pdf, Article/3; Dinçkol (2006), s.29–30.

Kasım 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Roma Anlaşması'nda yapılan en önemli ve en karmaşık hükümler içeren onuncu değişikliktir. Böylece AB'nin hukuksal temelleri atılmıştır. Antlaşmanın başlangıcındaki temel ilkelerden birisi, "Özgürlüğe, demokrasiye ve insan hakları ile temel özgürlüklere ve hukuk devletine saygıya bağlılıklarını teyit ederek" şeklinde ortaya konulmuştur[35]. Sözkonusu hukuksal dönüşüm, Roma Antlaşması'nı değiştiren, siyasi ve ekonomik nitelik taşıyan iki sözleşmenin üye ülkeler devlet ve hükümet başkanları tarafından imzalanması ile sağlanmıştır[36]. Dolayısıyla AB'de hem kurucu rol oynayacak, hem de sürekliliği sağlayacak temel unsur "hukuk"tur. Buna göre uygulama alanı ülkeden ülkeye değişse bile Avrupa hukuk kültürü, Birlik üyeleri açısından ortak bir nitelik arz eder[37]. Adalet Divanı, Yeşiller kararında Avrupa Ekonomik Topluluğu'nu "hukuk topluluğu" olarak nitelendirmiştir. Ancak "hukuk topluluğu"nun "hukuk birliği"ne dönüşme süreci devam etmektedir.[38]

AB sistemi içine dahil olan veya dahil olmak isteyen her ülke öncelikle hukuk sistemini AB hukuk sistemine uydurmak zorundadır. Bu da AB hukuk sisteminin özellikle üye olmak isteyen ülkeler tarafından "hukuk kaynağı" olarak görülmesi sonucunu doğurmaktadır.

3.2. Kopenhag Kriterlerinin Etkisi

21-22 haziran 1993 tarihinde Kopenhag'da yapılan AB Hükümet ve Devlet Başkanları Zirvesi sonrasında yayımlanan Sonuç Bildirisi'nde, Avrupa Birliği'nin genişlemesinin Merkezi Doğu Avrupa Ülkelerini kapsayacağı kabul edilmiş ve aynı zamanda adaylık için başvuruda bulunan ülkelerin tam üyeliğe kabul edilmeden önce karşılaması gereken "kriterler" de belirtilmiştir.[39]

Bu kriterlerin aday ülkeler tarafından karşılanıp karşılanmadığına AB Komisyonu karar vermektedir. Zira AB'nin bu kriterlere uyan bütün aday ülkelerle derhal tam üyelik müzakerelerini başlatma zorunluluğu yoktur. Yapısının kaldırabileceği ölçüde yeni üyeler almak için uygun zamanlamayı yapmak AB'nin karar vereceği bir konudur.[40]

Kopenhag 2002 Zirvesi'nde, siyasi kriterlerin yerine getirilmesi durumunda Türkiye ile müzakerelerin başlangıç tarihinin 2004 Aralık ayında yapılacak Zirve'de belirlenmesi kararlaştırılmış; 17 Aralık 2004 Brüksel Zirvesi'nde Türkiye'nin siyasal kriterleri yerine getirdiğine karar veren AB Konseyi, tam üyelik müzakerelerine başlama tarihini 3 Ekim 2005 olarak belirlemiştir. Bu taahhüt çerçevesinde adaylık müzakereleri Türkiye için 3 Ekim 2005 tarihinde başlatılmıştır.

(35) Dinçkol (2006), s.30.

(36) Rıdvan Karluk, Avrupa Birliği ve Türkiye, Beta, 8. Bası, İstanbul 2005, s.85

(37) H. E. Beriş, "Avrupa Birliği Üyeliği Ya Da Türk Siyasetinde Demokratikleşme Eğilimleri", Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, 7/1 (2005), s.209. (http://dergi.iibf.gazi.edu.tr/pubs.aspx?q=beri%fe)

(38) A. Işıl Karakaş, Avrupa Birliği Hukukunda Anayasal İlkeler, Yenilik Basımevi, İstanbul 2003, s.44–46.

(39) http://europa.eu.int/comm/enlargement/intro/criteria.htm

(40) T. Berksoy / A. Işık, "Avrupa Birliği Fikrinin Doğuşu, Gelişim Süreci ve Türkiye'nin Bu Süreçteki Yeri", Avrupa Birliği Üzerine Yazılar, Ed.: T. Berksoy - A. Işık, SPK yay., 2. Baskı, Ankara 2006, s.50; Karluk, s.103.

Kopenhag Zirvesi Sonuç Bildirgesi'nin 18 numaralı paragrafında diğer üye adayı devletlere uygulanan kriterlerin aynısının Türkiye Cumhuriyeti'ne uygulanacağı da vurgulanmıştır[41]. AB Dönem Başkanlığını yürüten İngiltere'nin Başbakanı Tony Blair de, kararın açıklanmasının ardından yaptığı açıklamada Türkiye'nin bütün diğer AB üyesi ülkelerle aynı kriterlere tabi tutulacağını vurgulamıştır.[42]

Kopenhag Kriterleri olarak bilinen prensipler bütünü, "siyasal", "ekonomik" ve "topluluk mevzuatının (Acquis) benimsenmesi" olmak üzere üç grupta toplanmıştır.[43]

◦Siyasal Kriterler: Aday ülke, demokrasi, hukukun üstünlüğü, insan hakları, azınlıklara saygı ve azınlıkların korunmasının güvence altına alındığı istikrarlı bir kurumsal yapıya sahip olmalıdır.

◦Ekonomik Kriterler: Aday ülke, işleyen bir piyasa ekonomisi ve AB içinde rekabetçi baskı ve piyasa güçleriyle başa çıkabilme kapasitesine sahip olmalıdır.

Etkin, bir piyasa ekonomisi için; arz-talep dengesinin, piyasa güçlerinin bağımsız bir şekilde karşılıklı etkileşimi ile kurulmuş olması, ticaret kadar fiyatların da liberal olması, piyasaya giriş (yeni firma açılması) ve çıkış (iflaslar) için engellerin bulunmaması,

◦Topluluk Mevzuatının (Acquis) Benimsenmesi: Aday ülke, siyasal, ekonomik ve parasal birlik amaçlarına uyum dâhil olmak üzere, AB mevzuatını üstlenebilme ve uygulayabilme kapasitesine sahip olmalıdır.

Topluluk müktesebatına uyum kriterleri: AB'nin siyasi birlik ile ekonomik ve parasal birlik hedeflerini kabul etmek; AB'nin aldığı kararlara ve uyguladığı yasalara uyum, sağlamak; Gümrük Birliği, malların serbest dolaşımı, sermayenin serbest dolaşımı gibi ortaklık anlaşmalarında belirtilen şartlara uyum sağlamak olarak ifade edilmiştir.

Bu kriterlerin hemen yanında yer verilen iki şart daha vardır: Birincisi; aday ülkenin (kabul ettiği) Topluluk kazanımını etkili biçimde uygulayabilmesi için idarî ve adlî (kurumsal) kapasiteye sahip olmasıdır. İkinci (ek) şart ise; bütün diğer kriterlerin yerine getirilmesinden sonra, AB'nin nihaî değerlendirmesine ilişkin bulunmaktadır: Birliğin aday ülkeyi "absorbe" edebilme imkânının bulunması.[44]

AB üyesi olmak isteyen aday ülkeler politik, ekonomik ve hukuki yapılarını bu kriterlere göre yeniden düzenleyeceklerdir. Bir aday ülke Birliğe kendisi olarak değil, Birliğin olmasını uygun gördüğü bir yapıya sahip olarak katılabilir.[45]

Birlik hukuk düzeninin tamamlayıcı, üst bir ortak çalışma sistemi oluşturabilmesi için, üye devletlerin ulusal hukuk düzenleri karşısında zorlayıcı ve özerk bir konumda olması gerekir. Bu nedenle üye devlet hukuklarının Birlik hukuk sisteminin düzenleme alanına giren konularda yerlerini ortak hukuk sistemine terk etmeleri

(41) Reçber (2004), s.117.

(42) İKV, Avrupa Birliği ve Türkiye –AB İlişkileri Almanağı 2005, İstanbul 2006, s.57.

(43) Dinçkol (2006), s.32–33.

(44) Bu (ek) şartlardan ikincisi bağlamında Avrupa Birliği, bütün diğer kriter ve şartların yerine getirildiğini saptadığı aday ülkenin, Birliğe malî ve kurumsal yönlerden sorun çıkarmayacağına ilişkin bir değerlendirme yaptıktan sonra, üyelik kararını kesinleştirecektir. Arat, s.314.

(45) İKV (2006), s.57.

gerekir. Diğer bir ifadeyle kurucu anlaşmaların düzenleme yapma hususunda topluluk organlarına sınırlı sayım yöntemiyle yetki verdiği konularda, ulusal devletler yetkilerini yitireceklerdir. Bu konularda uluslarüstü bir konuma sahip bulunan AB kurumlarınca verilen kararlara üye devletlerin uymaları gerekmektedir. İktisadi işbirliğinden siyasi bütünleşmeyi gerçekleştiren Birlik hukuku, entegrasyonu sağlayan en etkili zorlayıcı enstrüman olması dolayısıyla hiyerarşik olarak üye devlet hukuklarının kayıtsız şartsız üstünde yer alır ve öncelikle uygulanır. Böylece tam üye devletlerdeki bireyler bir yandan ulusal, öte yandan uluslarüstü olmak üzere çok hukuklu bir sisteme tâbi olmak suretiyle aynı zamanda farklı sadakat değerlerine sahip olmaktadırlar.[46]

AB ile ulusal devletler arasındaki ilişkilerin sağlıklı bir şekilde yürütülebilmesi için Avrupa Komisyonu, Avrupa Bakanlar Konseyi, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Adalet Divanı gibi bir takım organlar çeşitli konularda faaliyette bulunmaktadırlar. Bu uluslarüstü organların verdiği kararlar ise genellikle üye devletleri hukuken bağlayıcı bir nitelik taşımakta ve üye devletlerin ulusal organlarınca verilen kararlar karşısında uygulama yönünden öncelik hakkına sahip olmaktadır. Böylece ortak parlamento, ortak yasama, yürütme ve yargı organları eliyle temelde bir ulus devlete ait olması gereken organlar ve bunlara ait devlet işlevleri ulusüstü bir yapının parçaları haline gelmekte ve bu yapı içinde birer alt birim haline dönüşen ulus devletler geniş bir egemenlik sahasını uluslarüstü üst oluşuma aktarmaktadırlar.[47]

Devletlere ait münhasır yetkiler, aşamalı olarak Birliğe geçmekte, devletler Birlik kurumlarının işlemleri ile bağlı olarak bir yürütme yetkisi kullanmaktadırlar. Bu dinamik yapının ortaya koyduğu ise ulusal organların kullandığı egemenlik yetkilerinin erimesidir.[48]

Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın açık ve net ifadesi uyarınca da, "...belirli bir alanda yetkilerini Topluluğa devreden üye devletlerin bu alanlarda normatif yetkileri sona erer."[49] Bu doğrultuda Topluluğun yetkileri, dolayısıyla Toplulık kurumlarının normatif işlem alanı genişlerken, devletlerin yetki alanı daralmakta, bu durumun doğal sonucu olarak da parlamentolar yetkisizleşmektedir.[50]

Gerçekten de Costa / Enel kararı uyarınca "Andlaşmadan doğan hukukun özgül niteliği gereği hiçbir iç metin bu hukuka aykırı olamaz ve Devletlerin iç hukuk düzenlerinden topluluk hukuk düzeni lehine andlaşma hükümlerine ilişkin hak ve yükümlülüklerini devretmeleri, zorunlu olarak egemenlik haklarının kesin sınırlanmasına yol açar ve bu sınırlama karşısında topluluk kavramı ile bağdaşmayan tek taraflı sonraki tasarrufun üstün gelmesi mümkün değildir. Açıkça ifade edildiği gibi üstünlük hiçbir iç hukuk metninin, ulusal anayasalar da dahil olmak üzere, topluluk hukukuna aykırı olamayacağı sonucunu doğurur. Bu doğrultuda artık groundnorm topluluk andlaşmalarıdır."[51]

(46) M. M. Hekimoğlu, "Avrupa Birliği Hukuku ve 1982 Anayasası'na Göre Egemenlik", Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi, (www.e-sosder.com, Y. 2003 C.2, S. 6), s.36.

(47) Hekimoğlu, s.36-37.

(48) A. Işıl Karakaş, Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus Devlet Egemenliği, Der Yayınevi, İstanbul 1993, s.14.

(49) Karakaş (2003), s.117.

(50) Karakaş (1993), s.16, 91.

(51) Karakaş (2003), s.26-27.

Adalet Divanı, Simmenthal II kararında, Costa / Enel kararındaki yorumunu daha da geliştirmiştir. Simmenthal II kararına göre, hem Antlaşmanın, hem de "doğrudan etkili" Topluluk işlemlerinin yürürlüğe girmesiyle, bunlarla çatışan ulusal hukuk kuralları kendiliğinden "uygulanamaz" hale gelir. Topluluk hukukuna aykırı ulusal işlemler; Topluluk hukuku kapsamına giren Antlaşma hükümleri ve Topluluk işlemlerinden sonra yapılsalar da, üstünlük doktrini karşısında koruma görmezler. Ulusal hukuk düzenlerinin, Topluluğun yasama yetkisine tecavüz eden ya da Topluluk hukuku ile bağdaşmayan ulusal işlemler yapmaları, üye devletlerin Antlaşma gereği geri dönülmez biçimde kabul ettikleri yükümlülüklerin inkârı anlamına gelir. Bu durum Topluluğun temellerini sarsar.[52]

Aynı bağlamda, Topluluk hukukuyla bağdaşmamakla birlikte, yürürlükte bulunan, ancak henüz uygulama imkânı bulamadıkları için, Topluluk hukukuyla sadece çatışma potansiyeline sahip olan ulusal kurallar da "uygulanamaz" niteliktedirler. Ulusal hukuk düzenleri, ulusal yöntemlerle (yargısal yolla, idari yolla ya da yasama işlemleriyle) bu tür kuralları ortadan kaldırmak ve kendilerini Topluluk hukukuna uyumlu hale getirmek yükümlülüğü altındadırlar[53]. Bütünleşmenin daha ileri noktalara ulaşması doğrultusunda devlet, iç hukukun Topluluk normuyla uyumunu sağlamanın yanı sıra Topluluk amaçlarına yönelik tüm engelleri kaldırmakla da yükümlüdür.[54]

Görülmektedir ki devleti şekillendiren egemenlik anlayışı ve egemenliği kullanan devlet organlarının nitelikleri, AB içinde klasik anlamlarını yitirmişlerdir. Bütün bu süreç; ulus-devletlere özgü "egemenlik ve bağımsızlık" ilkelerinin yeniden düzenlenmesi ve ulus-devletlerin bu yapıda "birinci sınıf hukuki varlıklar olmaktan çıkarılması" sürecidir[55]. Ancak AB en azından şimdilik, mevcut devletlerin yerine geçmeye niyetlenen bir devlet değildir; fakat diğer uluslararası örgütlerden çok fazla bir şeydir. Üyeleri, bazı egemenlik haklarını devrettikleri[56] ortak kurumlar oluştur-

(52) Bertil Emrah Oder (Tekinalp / Tekinalp), Avrupa Birliği Hukuku, 2. bası, İstanbul 2000, s.148.

(53) İbid. s.150.

(54) Karakaş (1993), s.17.

(55) "... Buradan çıkan sonuç, Topluluğun yeni bir uluslararası hukuk düzenini oluşturduğudur. Üye Devletler sınırlı alanlarda da olsa bu düzen lehine ulusal egemenlik haklarını kısıtlamışlardır. Adı geçen düzenin süjeleri yalnızca devletler değil, aynı zamanda onların uyruklarıdır. Üye devletlerin yasalarından bağımsız olarak, hukuk miraslarının parçaları olmuş Topluluk hukuku, sadece bireylere yükümlülük yüklemekle kalmaz, aynı zamanda onlara haklar da sağlar..."

(Dava 26/62, Van Gend & Loos,http://www.abgm.adalet.gov.tr/ppp.pdf : 4).

"Olağan uluslararası antlaşmalardan farklı olarak AET (Roma) antlaşması, Antlaşmanın onaylanmasıyla birlikte Üye Devletlerin hukuki düzenleriyle entegre olmuş ve uygulanması zorunlu olan kendine özgü bir hukuk sistemi kurmuştur. Gerçekten süresiz, özel kurumlarla donatılmış, kişiliği, hukuki ehliyeti ve uluslararası temsil yeteneği olan ve özellikle üye Devletlerin egemenliklerini sınırlandırmalarından veya yetkilerinin bir kısmını Topluluğa aktarmalarından meydana gelen bir Topluluk kurmakla, Üye Devletler sınırlı alanlarda da olsa, egemenlik yetkilerini kısıtlamış olmakta ve böylece vatandaşlarını ve kendilerini bağlayan bir kurallar manzumesi meydana getirmiş olmaktadırlar....

... Topluluk hukukunun önceliği 189. Madde ile tasdik edilmiştir; buna göre bir tüzük, "bütün Üye Devletlerde bağlayıcı ve doğrudan uygulanabilir olacaktır..." (Dava 6/64, Flaminio Costa vs. ENEL, http://www.abgm.adalet.gov.tr/ppp.pdf:5).

(56) Örneğin AB parasal birliğine katılan üyeler, para basımı ile para politikası uygulama alanındaki egemenliklerini, Avrupa Merkez Bankaları Sistemi'ne (ESCB) ve Avrupa Merkez Bankası'na (ECB) terk etmişlerdir. Savaş'a göre bu bir yetki devri değil, yetki teslimidir. Çünkü yetki devrinde bu yetkinin geriye

muşlardır ki, ortak çıkarları ilgilendiren konularla ilgili kararlar, "Avrupalı" düzeyinde demokratik bir şekilde alınabilmektedir. Avrupa entegrasyonu bu "egemenlik ortaklığı"na dayanmaktadır[57]. Birlik aynı zamanda kendine ve devletlere bırakılan egemenlik alanlarının da belirleyicisidir.

Avrupa Toplulukları'nı kuran ülkeler, aralarında akdettikleri Antlaşmalar ile yeni bir uluslararası hukuk düzeni oluşturmuşlar ve bu sonucu elde etmek için egemenlik yetkilerinin bir kısmını, antlaşmalarla vazettikleri normatif hukuk düzenini işletmek üzere, bu Topluluklar'ın kurumlarına terk etmişler veya birbirleriyle ilişkilerinde kullanmaktan vazgeçerek sınırlamışlardır.[58]

Bu bağlamda bugün artık egemenliğe ilişkin geleneksel anlayışı aynen koruyarak küresel düzenin gereklerine uymaya olanak bulunmadığı da gözlenmektedir. Özellikle küreselleşme süreciyle birlikte "karşılıklı-bağımlılık" kavramı, ulus devletlerin başka devletlerle ve uluslararası kurumlarla ilişkilerini tanımlama bakımından daha elverişli hale gelmiştir. Bu çerçevede "evrensel" normlara uyma zorunluluğu, ulusal otoriteleri uluslararası kuruluşlar ve mekanizmalara daha bağımlı hale getirmekte; yani tam bağımsızlık yerini kısmi bağımsızlığa, tam egemenlik de yerini kayıtlı egemenliğe bırakmaktadır. Ancak burada şunu da belirtmek yerinde olacaktır ki, güçlü bir merkezi devlet geleneğine sahip olmakla "tam bağımsızlık"çı bir egemenlik retoriğine aşırı bağlılığıyla temayüz eden bir devletin varlığı, Türkiye açısından küreselleşmeye ve bu doğrultuda Avrupa Birliği sürecine karşı direnme potansiyelinin varlığını da oluşturmaktadır.[59]

3.3. Kopenhag Kriterleri ve Türkiye

3.3.1. Siyasal Kriterler

AB'ne girmeye aday ülkeler; "İstikrarlı ve kurumsallaşmış bir demokrasinin var olması", "Hukuk devleti ve hukukun üstünlüğü", "İnsan haklarına saygı" ve "Azınlıkların korunması" gibi dört ana kriter açısından değerlendirmeye alınacaktır ve alınmaktadırlar.

Genel olarak; Ülkenin çok partili bir demokratik sistemle yönetiliyor olması, hukukun üstünlüğüne saygı, idam cezasının olmaması, azınlıklara ilişkin herhangi bir ayrımcılığın bulunmaması, ırk ayrımcılığının olmaması, kadınlara karşı her türlü ayrımcılığın yasaklanmış olması, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Sözleşmesinin tüm maddeleri ile çekincesiz kabul edilmiş olması, Avrupa Konseyi Çocuk Hakları Sözleşmesinin kabul edilmiş olması gibi özellikler dikkate alınmaktadır.

Ancak, bu ilkelerin varlığı tek başına yeterli olmamakta, aynı zamanda

alınması mümkün olduğu halde, Roma ve Maastricht Anlaşmaları böyle bir geri alma işlemine kapalıdır. Bu nedenle yetkiler devredilmemiş, teslim edilmiştir. V. F. Savaş, "Ekonomik Açıdan Parasal Birlik ve Ulusal Egemenlik", Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri Üzerine Ekonomi-Politik Tezler, Ed. İ. Kalaycı, Beta, İstanbul 2006, s.216.

(57)İ. Kalaycı, "AvrupacıTürkiye mi, Türkiyeci Avrupa mı? ["Avrupa+Türkiye Birliği"Üzerine] Ekonomi –Politik Bir Deneme", Türkiye-Avrupa Birliği İlişkileri Üzerine Ekonomi-Politik Tezler, Ed. İ. Kalaycı, Beta, İstanbul 2006, s.34.

(58) DTM, s.28.

(59) Bk. Mustafa Erdoğan, "Küreselleşme, Hukuk ve Türkiye", Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye, Ed. Turgay Uzun-Serap Özen, Seçkin Yayınları, Ankara 2004, s.19–25.

kesintisiz uygulanıyor olması gerekmektedir. Zira teorik anlamda üye adayı devletler tarafından yapılacak uyarlamalar yeterli görülmemektedir. AB, dolayısıyla Avrupa Toplulukları müktesebatına uyum konusunda yapılan çalışmaların uygulamaya da geçirilmesi gerekmektedir. Örneğin, Türkiye 2005, 2006 ve 2007 İlerleme Raporlarında Türkiye'nin siyasi kriterlere uyum performansının ve değişim hızının düştüğüne dair sürekli uyarılar gelmekte ve Türkiye'nin müzakere süreci boyunca da siyasi kriterlere uyum ve uygulamaya azami özen göstermesi gerektiğine dikkat çekilmektedir. Raporların siyasi kriterler bölümünde sık sık vurgulanan bu husus, reformların uygulanmasında aksaklıklar, eksiklikler ve özellikle de düzensizlikler gözlemlendiği yönündedir. Raporlar, bu hususların düzeltilmesi gerektiğini vurgulamaktadırlar.[60]

Yukarıda verilen politik koşullar Türkiye ve diğer ülkeler için geçerlidir. Ancak her ne kadar Türkiye'nin "diğer aday devletlere uygulananlar ile aynı kriterler temelinde Birliğe katılmaya yönelmiş bir aday devlet" olduğu 1999 tarihlerinde Helsinki'de yapılan AB Devlet ve Hükümet Başkanları Zirvesi'nde karar altına alınmış olsa da[61]; 2002 Kopenhag Zirvesi Sonuç Bildirgesi'nin 18 numaralı paragrafında diğer üye adayı devletlere uygulanan kriterlerin aynısının Türkiye Cumhuriyeti'ne uygulanacağı vurgulanmış olsa da[62]; "Siyasal Kriterlerin" gözetilmesinde, Türkiye için ekstra koşullar gerekmektedir ve bu koşullar "Genişletilmiş (Güçlendirilmiş) Siyasal Diyalog" gibi masum bir başlık altında verilmektedir.

Bu ekstra koşullar "Kıbrıs", "sınır sorunlarının barışçı çözümü", "Milli Güvenlik Kurulu" başlıkları altında ifade edilmekte ve Türkiye için düzenlenen İlerleme Raporları'nda politik kriterlerin sağlanıp sağlanmadığı konusunda tayin edici rol oynamaktadırlar. Örneğin, Türkiye 2005 İlerleme Raporu, "Aday ülkelerin üyelik için karşılamaları gereken siyasal kriterler, Haziran 1993 Kopenhag Zirvesinde karara bağlandığı şekliyle, bu ülkelerin "demokrasiyi, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıkların korunması ile azınlıklara saygı gösterilmesini teminat altına alan kurumların istikrarını" sağlamış olmaları gerektiği hükmünü amirdir" şeklinde bir girişten sonra, Türkiye için ayrıca başka kriterlerin de inceleneceğini ifade etmektedir. Buna göre "Komisyon, bu bölümde, ayrıca Türkiye'nin iyi komşuluk ilişkilerine yönelik taahhütleri bağlamında yerine getirmesi gerekenler ve halen çözümlenmemiş sınır anlaşmazlıklarının çözümü yolundaki yükümlülükleri de dahil olmak üzere bölgesel sorunları, Kıbrıs sorununun kapsamlı olarak halline yönelik çabalara verdiği desteği ve Kıbrıs'la ikili ilişkilerin normalleştirilmesini inceleme altına almaktadır.".[63]

Bu ifade de göstermektedir ki, Türkiye'nin karşılaması gereken kriterler, sadece Kopenhag Zirvesi'nde tanımlanan ve Mayıs 1999'da Amsterdam Antlaşması'nın yürürlüğe girmesiyle birlikte, Avrupa Birliği Antlaşması'nın temel birer ilkesi haline gelen

(60) Abdullah Dinçkol, "Avrupa Komisyonu Türkiye 2005 İlerleme Raporu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi - Hukuk Sayısı, Yıl:4, Sayı:8, Güz 2005/2, s.86; 2006, Maltepe.

(61) http://www.belgenet.com/arsiv/ab/helsinki_sonuc.html

(62) Reçber (2004), s.117.

(63) Dinçkol (2005), s.92; http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2005/ ; http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2005/pdf/package/sec_1426_final_en_progress_report_tr.pdf

siyasal kriterlerden ibaret değildir. Ayrıca "iyi komşuluk ilişkilerine yönelik taahhütleri", "çözümlenmemiş sınır anlaşmazlıklarının çözümü yolundaki yükümlülükleri de dahil bölgesel sorunlar", "Kıbrıs sorununun kapsamlı olarak halline yönelik çabalara verdiği destek" ve "Kıbrıs'la ilgili ilişkilerin normalleştirilmesi" konuları da, Türkiye'nin incelenen ve doğal olarak yerine getirmesi gereken kriterlerdir.[64]

Aynı şekilde Türkiye 2006 İlerleme Raporu da "Genişletilmiş Siyasi Diyalog ve Siyasi Kriterler" başlığı altında şu ifadeyi ortaya koymaktadır: "Bu bölüm, demokrasi ve hukukun üstünlüğünü, insan haklarını, azınlıkların korunması ile azınlıklara saygı gösterilmesini teminat altına alan kurumların istikrarını gerekli kılan Kopenhag siyasi kriterlerini karşılaması açısından Türkiye tarafından yapılan ilerlemeyi incelemektedir. Uluslararası yükümlülüklere saygı, bölgesel işbirliği ve iyi komşuluk ilişkilerini de izlemektedir."[65]

2006 İlerleme Raporu'nun "Bölgesel Konular ve Uluslararası Yükümlülükler" başlıklı kısmında Kıbrıs konusunda, "Müzakere Çerçeve Belgesi ve Katılım Ortaklığı Belgesi çerçevesinde, Türkiye'den, kapsamlı bir çözüm için uygun bir ortam hazırlanmasına katkıda bulunurken BM çerçevesinde ve Birliğin üzerine inşa edildiği ilkeler doğrultusunda Kıbrıs sorununa kapsamlı bir çözüm bulmaya yönelik çabalarını devam ettirmesi; Ankara Anlaşmasını AB'ye katılan Kıbrıs dahil on yeni ülkeye teşmil eden Ek Protokolü tam olarak uygulaması ve en kısa zamanda Kıbrıs Cumhuriyeti dahil tüm üye ülkelerle ikili ilişkilerini normalleştirmesine yönelik somut adımlar atması beklenmektedir." denilmektedir.[66]

Raporun "Sınır Sorunlarının Barışçıl Yollardan Çözümü" başlıklı kısmında ise, Türkiye ve Yunanistan ikili ilişkilerine değinildikten sonra, "Müzakere Çerçeve Belgesi, kaydedilen ilerlemenin ölçülebilmesi için "Türkiye'nin iyi komşuluk ilişkileri konusundaki koşulsuz taahhüdü ile süregelen sınır anlaşmazlıklarının, gerektiğinde Uluslararası Adalet Divanı'nın yargı yetkisi de dahil olmak üzere, Birleşmiş Milletler Sözleşmesinde yer alan anlaşmazlıkların barışçı yollarla çözümlenmesi ilkesine uygun olarak çözümlenmesi yönündeki yükümlülüğü"nü içermektedir. Bunun yanında Türkiye'nin Katılım Ortaklığı Belgesinin kısa vadeli öncelikleri arasında" tereddütsüz bir şekilde iyi komşuluk ilişkilerine bağlı kalmak; komşularıyla arasında gerginlik kaynağı olan hususlara çözüm bulmak ve sınır sorunlarının barışçıl yollardan çözümü sürecini olumsuz yönde etkileyecek her türlü hareketten kaçınmak" da bulunmaktadır." demektedir.[67]

3.3.2. Ekonomik Kriterler

Kopenhag Zirve sonuçlarına göre, ekonomi alanında işlevsel bir piyasa ekonomisinin varlığı kadar, AB içindeki piyasa güçleri ve rekabet baskısı ile başedebilme kapasitesi de aranmaktadır.

Etkin bir piyasa ekonomisi için;[68]

- Arz-talep dengesinin piyasa güçlerinin bağımsız bir şekilde karşılıklı etkileşimi ile kurulmuş olması,

(64) Dinçkol (2005), s.92.

(65) http://www.mfa.gov.tr/NR/rdonlyres/9033EEB0-E80C-46D0-AB4D-A5767882853 A/0/ Ilerleme Raporu_8Kasim2006_TamamininCevirisi1.pdf : s.4.

(66) İbid., s.22.

(67) İbid., s.23.

(68) http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html

- Ticaret kadar fiyatların da liberal olması, piyasaya giriş (yeni firma açılması) ve çıkış (iflaslar) için engellerin bulunmaması,

- Mülkiyet haklarını (fikri ve sınai mülkiyet) içeren düzenlemeleri kapsayan yasal bir sistemin olması ve bu yasalar ile düzenlemelerin icra edilebilmesi,

- Fiyat istikrarını içeren bir ekonomik istikrara ulaşılmış olması ve sürdürülebilir dış dengenin varlığı,

- Ekonomik politikaların gerekleri hakkında geniş bir fikir birliğinin olması,

- Mali sektörün, tasarrufları üretim yatırımlarına yönlendirebilecek kadar iyi gelişmiş olması gerekmektedir.

AB içinde rekabet edebilme kapasitesinin sağlanması için;[69]

- Öngörülebilir ve istikrarlı bir ortamda karar alabilen ekonomik kurumların makro ekonomik istikrarının olması ve bununla beraber işlevsel bir piyasa ekonomisinin varlığı,

- Alt yapı, eğitim ve araştırmayı içeren yeterli miktarda fiziki ve beşeri sermayenin olması,

- Firmaların teknolojiye uyum sağlama kapasitesinin bulunması gerekmektedir.

Bu çerçevede rekabet edebilme derecesinin göstergeleri olarak, birliğe girişten önce birlik ile o ülke arasında belirli bir ticaret ortaklığının olması ve ülke ekonomisinde küçük firmaların oranı sayılmaktadır.

3.3.3. Topluluk Müktesebatına (Acquis) Uyum Kriteri

Önemi anlaşılamamakla birlikte, etkisi en fazla olacak kriter budur. Genel olarak "Avrupa Mevzuatına Uyum" olarak görülür ve pek fazla önemsenmez. Gerçekte Avrupa Birliği hukuk sistemini ve politikalarının üstünlüğünü kayıtsız şartsız kabul etme kriteridir.

Avrupa Birliği Antlaşması, AB Mevzuatı, AB Adalet Divanı İçtihadı ve AB'nin akdettiği uluslararası anlaşmaların bütünü, AB müktesebatını (acquis communautaire) oluşturmaktadır.[70]

AB, dolayısıyla Avrupa Toplulukları üyesi olmayı gaye edinen Türkiye Cumhuriyeti'nin, Topluluklar Hukukunun öngördüğü sistem ile iç hukuk düzenlemelerini uyarlı hale getirmesi gerekmektedir. Bu konuda özellikle Anayasal nitelikteki düzenlemelerin Topluluklar Hukuku ile uyumlu kılınması öncelikli bir sorundur. Zira Anayasa düzenlemelerinin Topluluklar Hukuku ile uyarlı hale getirilmeden diğer iç hukuk düzenlemelerinin uyumlaştırılmasının, Anayasaya aykırılıklar gibi çeşitli sakıncaları da beraberinde getirmesi söz konusu olacaktır[71]. Bu doğrultuda ve uyum çerçevesinde yapılan değişikliklerden birisi de 1982 Anayasasının 90. maddesine 2004 yılında bir Anayasa değişikliği ile eklenmiş son cümledir. Buna göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır. (7.5.2004 - 5170/7 md.)" Bu değişiklikle usulüne göre

(69) http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html

(70) TÜSİAD, Avrupa Birliği'ne Tam Üyeliğe Doğru, Siyasi Kıstaslar ve Uyum Süreci, Yayın No. TÜSİAD-T/99-12/276, İstanbul, Aralık 1999, s.13.

(71) Reçber (2004), s.153

yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmaların, aynı konudaki yasalarla çatışması halinde, milletlerarası andlaşma hükümlerinin üstünlük taşıyacağı öngörülmüştür. Bu çatışma halinde, yasaların yerine milletlerarası andlaşma hükümlerinin uygulanması gerekecektir.

Topluluk Müktesebatına Uyum Kriteri özetle şöyle ifade edilebilir[72]:

3.3.3.1. AB'nin siyasi birlik ile ekonomik ve parasal birlik hedeflerini kabul etmek

Birliğin "Ortak Dış Politika ve Güvenlik" politikasına etkin bir katılım için aday ülkelerin buna hazır olması gerekmektedir.

Parasal Birlik konusunda ise, merkez bankasının bağımsızlığı, ekonomik politikaların koordinasyonu, İstikrar ve Büyüme Paktına katılım, merkez bankasının kamu sektörü açıklarını finanse etmesinin yasaklanması gibi konularda üye ülkelerin aldıkları kararlara katılmak gerekmektedir.

3.3.3.2. AB'nin aldığı kararlara ve uyguladığı yasalara uyum sağlamak

Aday ülkelerin birliğe dahil olmadan önce 35 stratejik alanda altyapı ve mevzuatını AB'nin talep ettiği reçeteye göre radikal bir şekilde değiştirmesi beklenmektedir. Burada uygulanan strateji bir anlamda egemenliğin sistematik bir şekilde fiilen devredilmesidir. Bunun parlamenter mekanizma ve süreçler ile gerçekleştiriliyor görünümü verilmesine özen gösterilmektedir. Gerçekte bütün parlamentolar değişimin karmaşıklığı karşısında mantığını kavramaktan uzak kalmakta ve bunları bir tür rasyonelleşme ve reform atılımları olarak algılamaktadırlar.

Birlik tarafından aday ülkelerden talep edilenler, aşağıda gösterilen 35 alanda, aday ülkeler için hazırlanan gelişme raporlarında ayrıntılı şekilde incelenmektedir.

1-Malların Serbest Dolaşımı
2-İşçilerin Serbest Dolaşımı
3-Yerleşim Hakkı ve Hizmet Sunumu Serbestisi
4-Sermayenin Serbest Dolaşımı
5- Kamu Alımları
6-Şirketler Hukuku
7- Fikri Mülkiyet Hukuku
8-Rekabet Politikası (Devlet Yardımları)
9- Mali Hizmetler
10- Bilgi Toplumu ve Medya
11-Tarım ve Kırsal Kalkınma
12- Gıda Güvenliği, Veterinerlik ve Bitki Sağlığı
13 –Balıkçılık
14-Taşımacılık Politikası
15-Enerji
16-Vergilendirme
17- Ekonomik ve Parasal Politika
18- İstatistik
19- Sosyal Politika ve İstihdam
20- Girişimcilik ve Sanayi Politikası
21- Trans-Avrupa Ağları
22- Bölgesel Politika ve Yapısal Araçların Koordinasyonu
23- Adliye ve Temel Haklar
24- Adalet, Özgürlük ve Güvenlik
25- Bilim ve Araştırma
26- Eğitim ve Kültür
27- Çevre

(72) http://www.belgenet.com/arsiv/ab/kopenhag_kri.html

28- Tüketicinin ve Tüketici Sağlığının Korunması
29- Gümrük Birliği
30- Dış İlişkiler
31-Dış Güvenlik ve Savunma Politikası
32- Mali Kontrol
33- Mali ve Bütçesel Hükümler
34- Kurumlar
35- Diğer konular

Görüldüğü gibi üçüncü Kopenhag Kriteri sadece bir "mevzuat uyumu yaklaşımı" değil, bir ulus-devletin bütün iç ve dış politika uygulamalarını kapsayan alanlarda "Avrupa Birliği mevzuatını eksiksiz benimseme" (120 bin sayfa tutan 25.000 üzerinde kanun metni) zorunluluğudur. Bu durum gerçekleştiği zaman ulus-devlet parlamentoları AB yasalarını onaylama durumundadırlar.

Yukarıdaki açıklamalar gösteriyor ki, "Avrupa Birliği'ne Uyum" salt hukukî çerçevelerin uyumu değildir. Aslında, zaten Türkiye'nin genel çerçevesi, Avrupa Hukukuna uygundur. Sorun, bu genel çerçevenin içeriğini "Kopenhag-Madrid Kriterleri"nde ortaya konan temel değerlere göre "revizyona tabi tutmak"tır. Böyle bir revizyonun tam olarak gerçekleşmesi için bu temel değerlere "zihin" olarak hazır olmak gereği vardır. Aksi takdirde, bu temel değerleri bir ülkenin istikrarlı ve etkili bir uygulamaya da konu olacak biçimde hukuk sistemine tam olarak geçirmesi mümkün olamaz. Öte yandan, siyasî, hukukî ve ekonomik kriterler biçiminde ifadeye kavuşturularak sunulan Avrupa entegrasyonunun temel değerlerinin içeriklerinin de Avrupa Birliği'nde edinmiş olduğu anlamlarıyla kabul edilmesi önemlidir. Yani, her aday ülke, "Ben hukukun üstünlüğünden bunu, piyasa ekonomisinden şunu anlıyorum" diyemez. Avrupa Birliği'nde bunlar nasıl anlaşılıyor, bunların ilişkin bulunduğu kavram ve ilkeler nasıl yorumlanıyorsa, aday ülke de öyle anlayacak, öyle yorumlayacaktır.[73]

Temel değerler konusundaki (aday ülke ile Avrupa Birliği arasında oluşacak) bu uzlaşma gerçekleşebildiği takdirdedir ki, teknik anlamda "uyum süreci" etkili biçimde başlayabilecektir. İşte bu süreç içinde aday ülke, Topluluk Hukuku'nun çeşitli kaynaklarından elde edilen kurallara, düzenlemelere göre kendi hukukunu gözden geçirecek, hatta bazı düzenlemeleri doğrudan kendi hukukuna geçirecektir. Ancak, temel değer ve kavramlar düzeyinde meydana gelecek "uzlaşma"yı takiben bu "tadilatı" yapmak zor olmayacaktır.[74]

Aday ülkenin, Topluluk Hukuku-'nun çeşitli kaynaklarından elde edilen kurallara göre -ve yine Avrupa Birliği'nde yorumlandıkları gibi- kendi hukukunu tâdil etmesi, "Topluluk kazanımına uyum" olarak bilinen etkinliktir.[75]

Ancak, yine yukarıda verilen bilgiler bize göstermektedir ki, Topluluk kazanımına uyum da, üyelik şartlarının tam olarak yerine getirilmiş sayılması için yeterli değildir. Bu yenilenen hukukun, o ülkede etkili ve sürekli biçimde uygulanması veya hiç değilse, uygulanacağının güvence altına alınması da gereklidir. Böyle bir güvencenin

(73) Arat, s.316
(74) İbid., s.316.
(75) Yukarıdaki açıklamadan da anlaşılacağı üzere, Topluluk Kazanımı (AB Müktesebatı), sadece AT Hukukunun pozitif kuralları değildir. Bu kurallar yanında, onların nasıl yorumlanıp, hangi kriterlere göre uygulanacağını ortaya koyan, yol gösterici ("guiding") esasları, açıklamaları, bilgi ve tespitleri içeren kaynaklar da (Komisyon raporları, Birlik kurumlarının kararları, görüşleri, tavsiyeleri, Topluluk mahkemelerinin kararları vs.) "Topluluk Kazanımı"na dahildir. İbid. s.317.

sağlanması için de aday ülke, idarî ve adlî kapasitesini yeni şartlarla uyumlu, yeni hukukun uygulanması bakımından etkili olacak ölçüde arttıracak, kamu yönetiminin kurumsal yapısını gereğince değiştirecektir. Bu değişikliklerin ölçüleri, her aday ülkenin kendi şart ve özelliklerine tâbidir; ama hedef aynıdır: İleride Avrupa Birliği politikaları ve hukukunun etkili uygulanması garanti edilmelidir.[76]

3.3.4. Katılım Ortaklığı Belgeleri ve İlerleme Raporları Denetiminde Ulusal Program

Aday ülkelere Kopenhag kriterlerini nasıl ve hangi önceliklere göre gerçekleştirecekleri konusunda bir yol haritası düzenlenmekte (Katılım Ortaklığı Belgesi) ve ülkelerden bu öncelikleri sıkı sıkıya uygulamaları beklenmektedir. Türkiye'nin Katılım Ortaklığı Belgesi kısa dönem önceliklerinde diğerlerinden farklı olarak Kıbrıs ve sınır sorunlarının çözümü ile ilgili "Geliştirilmiş Politik Diyalog" öncelikleri de bulunmaktadır.

Bu çalışmanın gösterdiği gibi Avrupa Birliği üyeliğine aday ülkeler için geçerli olan "Kopenhag Kriterleri", bir kaç satırla açıklanabilecek basit kurallar değildir. Aday ülkenin bütün politik, ekonomik ve hukuki alt yapısının Avrupa Birliği öncelik ve tasarımlarına göre radikal bir şekilde değiştirilmesini öngörmektedir. Bir anlamda kısa dönemde ve hukuk aracılığı ile toplumsal yapının değiştirilmesini amaçlayan bir "sosyal mühendislik" çalışması olarak değerlendirilebilir.

Ancak aynı meselenin bir de olumlu tarafı var. Toplumsal yaşamı değiştirme işini yasalara havale etme işi, AB'ye üyelik sürecinde daha farklı bir işlev görmekte, AB itkisiyle birbiri ardına Meclisten geçirilen düzenlemelerin daha demokratik ve daha özgürlükçü bir siyasal ve toplumsal yapılanma idealinden beslendiğini inkar edemeyiz. Aynı şekilde AB sürecinin çoktandır tartışılan, ancak hayata geçirilmesi sürekli olarak ertelenen kamu yönetiminde şeffaflık ve hesap verebilirlik anlayışlarının yerleşmesi, demokrasi ve özgürlüğe ilişkin değer ve ilkelerin yapısallaşması açısından önemli bir zemin teşkil ettiği gerçektir.[77]

Müktesebatın Kabulü için hazırlanan "Ulusal Program"da, AB'ye üyelik başvurusu yapmış olan ülkenin, Katılım Ortaklığı önceliklerini yerine getirmeyi ve AB ile bütünleşmeye hazırlanmayı ne şekilde tasarladığı, ayrıntılı biçimde yer alır. Ulusal Program bu şekilde Katılım Ortaklığını tamamlar; öncelikleri ve amaçları yerine getirmek için bir zaman cetveli içerir; mümkün ve ilgili olduğunda tahsis edilecek insan kaynaklarını ve mali kaynakları belirtir.

Türkiye tüm aday ülkelerde olduğu gibi Müktesebatın Kabulü için "Ulusal Program" hazırlamış ve 19 Mart 2001 tarihinde Avrupa Komisyonu'na sunmuştur. Türkiye'nin Katılım Ortaklığı Belgesi'nde detaylı olarak belirtilen yükümlülüklerini bir takvime bağlayan Ulusal Program, Mart 2001 tarihinde Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilmiştir.[78]

Avrupa Komisyonu'nun Mart 2003'te yeniden yayımladığı Katılım Ortaklığı Belgesi'ni takiben, Türkiye hükümeti de Ulusal Programı yeniden

(76) Arat, s.317

(77) Beriş, s.210.

(78) http://www.tribeca.com.tr/delturtest/_webpub/Ulusal%20Program.doc

güncelleyerek 24 Temmuz 2003'te yürürlüğe koydu.

Bu tarihten sonra Türk hükümeti Katılım Ortaklığı Belgesi'nde belirtilen eksiklikleri gidermek adına bir dizi reform gerçekleştirdi[79]. Bu reformlar, Kasım 2003'te yayınlanan İlerleme Raporu'nda değerlendirildi.

Türkiye için ilk İlerleme Raporu Kasım 1998'de yayımlandı ve bunları 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006 ve 2007 yıllarında hazırlanan raporlar izledi[80]. Görülmektedir ki son 10 yılımız ilerleme raporlarının denetiminde geçmiştir.

İlerleme Raporları, üç Kopenhag Kriteri'ni kapsayan, "siyasi kriterler, ekonomik kriterler ve üyelik yükümlülüklerini üstlenebilme yeteneği" başlıklı üç temel bölümden oluşmaktadır.

Katılım Ortaklığı Belgesi ve bunu tamamlayan Ulusal Programlar dinamik yapıda olup, Komisyonun her yıl sonunda aday ülkelerle ilgili olarak hazırladığı İlerleme Raporu'na ve yerine getirilen uyum çalışmalarına göre güncellenebilmektedir.

2006 Türkiye İlerleme Raporu çerçevesinde Türkiye Ulusal Programı yeniden "AB Müktesebatına Uyum Programı" adı altında güncelleştirmiştir[81]. Bu Program'ın "Giriş" bölümüne göre:

"10 Ocak 2007 tarihinde, (...) düzenlenen toplantıda, ülkemizin Avrupa Birliğine katılım süreci ve izlenecek strateji ile ilgili olarak genel bir değerlendirme yapılmıştır. Toplantı sonucunda, ülkemizin menfaatleri ve kazanılmış hakları esas alınarak, AB'ye tam üyelik perspektifi ile 2007 - 2013 döneminde Avrupa Birliği müktesebatına uyumun tamamlanmasını hedefleyen bütüncül bir program hazırlanması kararı alınmıştır.

Bu karar uyarınca, tarama süreci sonrasında düzenleme yapılması öngörülen tüm fasılları kapsayan biçimde, Türkiye'nin AB Müktesebatına Uyum Programı hazırlanmıştır. Programda yasal düzenlemeler, ikincil düzenlemeler ve ilgili faslın gerektirebileceği temel strateji veya politika belgelerine yer verilmiştir. Ayrıca, düzenlemenin yapılmasından sorumlu kurum ve düzenlemenin yapılacağı takvim belirlenmiştir.

Önümüzdeki yedi yıllık dönem için hazırlanan Programda takvimlendirme yapılırken, ülkemizin ihtiyaçları ve öncelikleri esas alınmıştır. AB'ye tam üyelik vizyonu ile hazırlanmış olan 9. Kalkınma Planı, bu Plan çerçevesinde hazırlanan Orta Vadeli ve Yıllık Programlar ile ulusal düzeyde benimsenmiş sektörel stratejilerle uyuma özen gösterilmiştir. Ayrıca, geçmişten gelen yükümlülüklerimiz ve ilgili düzenlemenin bulunduğu aşama gibi hususlar da takvim bakımından önceliklendirmede etkili olmuştur. Böylece, bir yandan ülkemiz için yararlı düzenlemeler ve reformlar gerçekleştirilirken, öbür yandan eş zamanlı olarak Avrupa Birliği müktesebatına uyum düzeyimizin artırılması hedeflenmiştir.

Takvim belirlenirken, yasal düzenlemeler için yasama dönemleri, ikincil

(79) Türkiye'de reform süreci ve uyum paketleri için bk. Akdoğan, Y., Kırk Yıllık Düş, Avrupa Birliği'nin Siyasal Geleceği ve Türkiye, Alfa, İstanbul 2004, s.67-112 ; M. Çemrek, "Genişlerken Derinleşmek: Türkiye İle AKÇT'den AB'ye İlişkilerin Serencamı", AB Yolunda Türkiye Müzakere Sürecinin Ekonomi Politiği, Ed. M. Dikkaya, Alfa Aktüel, Bursa 2006, s.41-44; Reçber (2004), s.188-212

(80) 1998 - 2007 ilerleme raporları için bk: http://europa.eu.int/comm/enlargement/report_2007

(81) http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/ABMuktesebati/Giris.pdf ; 2007 Raporu çerçevesinde de Türkiye Ulusal Programı'nın güncellenmesi beklenmektedir.

düzenlemeler için ise yıllar esas alınmıştır. 01/01/2007 – 30/09/2007 yasama döneminin ortasına gelinmiş olması ve gündemin yoğunluğu dikkate alınarak, yasal düzenlemeler için ilk dönem 01/10/2007 – 30/09/2008 olarak belirlenmiştir. Ancak, Türkiye Büyük Millet Meclisi gündeminde olan ve 01/01/2007 – 30/09/2007 yasama döneminde kabul edilmesi beklenen yasal düzenlemeler farklı bir kodla 01/10/2007 – 30/09/2008 dönemine dahil edilmiştir. Henüz Türkiye Büyük Millet Meclisine intikal etmemiş diğer bazı düzenlemelerin de, sorumlu kurumlarımızın çalışmalarına bağlı olarak, Programda öngörülen takvimden önce gerçekleştirilmesi mümkün olup, bu düzenlemelerin gerçekleşmesi halinde Programın uygulanması hızlandırılmış olacaktır.

Yapılacak düzenlemelerin AB müktesebatı ile bağlantısı kurulurken, tarama çalışmalarında Avrupa Komisyonu tarafından ülkemiz temsilcilerine yapılan sunuşlar ve verilen müktesebat listeleri ile fiili müzakere aşamasına geçilen fasıllarda belirlenmiş olan açılış ve kapanış kriterleri esas alınmıştır.

Bu Programda, Türkiye ile Avrupa Birliği arasındaki ortaklık ilişkisinden kaynaklanan yükümlülüklerimizle ilgili düzenlemeler de yer almaktadır. Bu düzenlemelere ilişkin uygulama takvimi, ilgili sektörlerin görüşlerine başvurularak belirlenecektir.

(...) 2009-2013 döneminde yapılması öngörülen düzenlemelerin önemli bir bölümünün 2011 yılı sonuna kadar tamamlanması hedeflenmektedir. Ancak, bu düzenlemelerin bir bölümü de, yapılacak etki analizlerine ve müzakerelerin seyrine bağlı olarak, üyelik sonrası geçiş süreleri içerebilecektir.

(...) Dinamik bir nitelik taşıyan AB Müktesebatına Uyum Programının uygulaması etkili bir şekilde izlenecek ve Program belli aralıklarla güncellenecektir.

(...) Avrupa Birliği standartlarına uyum çalışmaları ile eş zamanlı olarak, katılım sürecinin diğer temel unsurları arasında yer alan ekonomik ve siyasi kriterlerin yanı sıra, AB ve Türk toplumları arasında diyalog konusunda da çalışmalar sürdürülecektir. Bu kapsamda, 2001 yılında başlatılan ve üç yıllık bir perspektifle her yıl güncellenen Katılım Öncesi Ekonomik Program ile reformlara devam edilecek, istikrarlı ve rekabetçi bir yapı içinde, sürdürülebilir hızlı büyüme performansı korunacaktır."

Program ekinde yer alan gerçekleştirilmesi hedeflenen tüm fasıllara ilişkin düzenleme tablosu şöyledir:[82]

		2007-2008	2008-2009	2009-2013	Toplam	Mükerrerler Hariç Toplam
Birincil Düzenleme Sayısı		114	30	64	208	188
	2007	2008	2009	2010-2013		
İkincil Düzenleme Sayısı	210	161	135	95	601	576

(82) http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/ABMuktesebati/EK%20Duzenleme%20sayisi%20tablo su.pdf

Program, 2007-2013 tarihleri arasında 188 "Birincil Düzenleme"; 576 "İkincil Düzenleme" olmak üzere toplam 764 düzenleme yapılmasını öngörmektedir.

AB Müktesebatına Uyum Programı'nda ifade edildiği üzere IX. Kalkınma Planı, Avrupa Birliğine Katılım sürecini de düzenlemiştir[83]. Planın ilgili bölümüne göre:

4. Avrupa Birliğine Katılım Süreci

41. 3 Ekim 2005 tarihinde tam üyelik müzakerelerinin başlamasıyla birlikte, ülkemiz ile AB arasındaki ilişkilerde yeni bir döneme girilmiştir.

42. Plan dönemi sonunda, AB'ye üyelik hedefi doğrultusunda, Kopenhag siyasi kriterlerine uyum düzeyinin yükseltilmesi, ekonomik kriterlere uyum sağlanması ve 35 fasıl altında toplanan AB müktesebatına ilişkin müzakerelerin sonuçlandırılarak katılım sürecinin tamamlanması amaçlanmaktadır.

43. AB'ye katılım süreci; hukukun üstünlüğü temelinde, uzun dönemli ve karşılıklı yarar ilkesi doğrultusunda, akılcı bir yaklaşım içinde yürütülecektir.

44. Katılım süreci, ülkemizin gelişmesinin hızlandığı ve hem ülke içinde hem de AB ortalamalarına göre gelişmişlik farklılıklarının azaldığı kapsamlı bir yenilenme ve reform sürecinin yaşanacağı bir dönem olarak değerlendirilecektir. Bu sürecin sonunda, AB'nin ekonomik ve sosyal standartlarına yakınsama sağlanmış olacaktır.

(...)

47. Müktesebata uyum süreci, ülke öncelikleri ve imkanları dikkate alınarak aşamalandırılacak ve bütüncül bir strateji çerçevesinde yönlendirilecektir. Uyuma dönük önceliklendirme yapılırken, kamunun finansman imkanlarını, özel kesimin rekabet gücünü, istihdamı, bölgesel gelişmeyi, çevreyi ve sosyal dengeleri gözeten bir yaklaşım esas alınacaktır.

(...)

50. Toplumsal bir gelişim ve dönüşümü amaçlayan ve tüm toplumu etkileyecek olan üyelik süreci, şeffaf ve katılımcı bir anlayış içinde yürütülecektir. Bu kapsamda, işçi ve işveren kuruluşları ile diğer STK'ların, kamu kesimiyle çok yönlü iletişim ve işbirliği içinde üyelik sürecine aktif olarak katılmaları ve katkıda bulunmaları sağlanacaktır.

51. Kısa bir zaman içinde çok sayıda hukuki düzenlemenin yapılmasını gerektirecek olan katılım sürecinde, Türkiye Büyük Millet Meclisinin etkin bir şekilde bilgilendirilmesi ve uyumun gerektirdiği hızda karar alabilmesi için gerekli tedbirler alınacaktır.

52. Uyum amacıyla yapılan yasal düzenlemelerin etkili bir şekilde uygulanması için gerekli idari kapasite oluşturulacak, uygulamadan kaynaklanan aksaklıklar tespit edilerek giderilecektir. (...)"

Bütün bu hukuksal düzenlemelerin, her yıl Avrupa Komisyonu tarafından İlerleme Raporları ile denetleneceği, eksik görülen hususların giderilmesinin isteneceği veya AB tarafından belirlenen hususların dışına çıkılarak gerçekleştirilen hukuksal düzenlemelerin düzeltilmesinin ve yenilerinin yapılmasının isteneceği uyum sürecinin doğal niteliğidir.

Bu çerçevede, İlerleme Raporları ile Birliğe aday ülke Türkiye'nin performansı iktisadi ve siyasi kriterler ile üstlendiği yükümlülükler (müktesebat)

(83) http://ekutup.dpt.gov.tr/plan/ix/9kalkinmaplani.pdf

itibarıyla mercek altına alınmaktadır. Temel ölçüt, Türkiye'nin söz konusu kriterleri ve yükümlülükleri hangi ölçüde ve hızda yerine getirdiğidir, "nasıl" ve "neden" soruları ikincil bir öneme sahiptir. Nitekim kimi durumlarda kriterleri yerine getirme tarzı ile kriterlerin kendisi (demokrasi ve hukukun üstünlüğü) çelişkiye düşebilmektedir. Bu durumda bile temel değerlendirme uyum konusunda ilerlemenin kaydedildiği şeklinde olmakta, söz konusu çelişkiler ise "düzeltilmesi" kaydı düşülen ikincil problemler şeklinde ele alınmaktadır.[84]

Bu çalışma ile dile getirmeye çalıştığım gözlem, tespit ve mülâhazalar çerçevesinde, fikrimce, şöyle bir sonuca varmak uygun olacaktır:

Türk Hukukunun Avrupa Birliği Hukukuna (veya "Kazanımına") uyumu, salt bir "format uyuşumu"nun teminat altına alınmasından çok farklı bir performanstır. Burada söz konusu olan uyum, öncelikle, özelliğini Avrupa entegrasyonunun temel değer, kavram ve ilkelerinin belirlediği bir zihniyet dönüşümünün, Türk Hukukunun etkin tüm aktörleri tarafından benimsenmesinin, tüm mekanizmaları tarafından da uygulamaya çıkarılmasının teminini zorunlu kılar. Zira "her hukuk sistemi; bir yandan hukuk kuralları gibi kolaylıkla değişebilen, diğer yandan da kavramlar, kategoriler, ilkeler ve bölümler gibi, zamanın akışı içerisinde beliren içerik değişikliklerinden pek etkilenmeyen ögelerin bileşiminden meydana gelmektedir. Şu halde belirli bir hukuk ailesinin üyesi olmanın belirleyici nedenlerinden belki de en önemlisini, değişmeyen ögelerde ortaklık sonucunu yaratan bilimsel resepsiyon olmaktadır."[85] Bu dönüşüm (bilimsel resepsiyon) başarılmalıdır ki, hukuk, modern Avrupa siyasî ve ekonomik parametrelerinin Türk toplumunun genelince benimsenmesindeki rolünü etkili biçimde oynayabilsin. Yoksa salt "formatlar" açısından bakılacak olursa, Türk Hukuku ile Avrupa (Birliği) Hukuku arasında, bugün dahi, bariz bir fark yoktur. Ama "içerikler"de uyum, temel değerlerde birlikteliği, ilke ve hedeflerde ortaklığı, usul ve kurallarda benzerliği, hattâ bazen ayrılığı sağlamakla elde edilebilir.[86]

Bu noktada karşımızda iki seçenek bulunmaktadır. Ya gelişen Avrupa Birliği hukuk sistemi ile uyum içinde olma çabasını göstermek ya da "egemenliği korumada son sığınak"[87] olarak Avrupa Birliği hedefinden vazgeçerek sistemden çekilmek. Herhalde Türkiye Cumhuriyeti hükümetlerinden hiçbirisi ikinci seçeneği tercih etmek cesaret ve gücünü gösteremeyecektir.

O halde diyebiliriz ki; temel değerlerde uyuşma ve buna bağlı özdeşleşme başarılabildiği takdirde, hukuk, kuşkusuz Türk toplumunun değişimi ve Avrupa Birliği'ne katılımı yolunda üzerine düşen görevi, bir kere daha etkili biçimde yerine getirebilecektir. Ancak ülkemizde son zamanlarda meydana gelen olaylar ve bunlarla ilgili olgular dikkate alındığında, bunun çok uzun bir zaman ve çaba gerektirdiği de açıkça görülmektedir.

(84) ATAUM Araştırma Grubu, "AB 2003 Yılı İlerleme Raporları ve Genişleme Stratejisi Belgesi ile İzleme Raporlarında Türkiye Dışındaki Aday Ülkelerin Durumu", Ankara Üniversitesi, Avrupa Toplulukları Araştırma ve Uygulama Merkezi (ATAUM), Aralık 2003, (http://www.diplomatikgozlem.com /index arsiv.asp?kategori= AVRUPABİRLİĞİ)

(85) Can, s.89.

(86) Arat, s.318.

(87) Karakaş (1993), s.221.

Bentham ve Kodifiyeciler *

Charles Noble GREGORY

*Çeviren: Sevda Gültekin GÖKTOLGA***

Kolonilerin temsilcileri tarafından, Fransız düşüncesinin bir havarisi tarafından kaleme alınan Bağımsızlık Bildirgemiz'in kabul edildiği yıl, Londra'da "Yönetim Üzerine bir Fragman" başlığıyla ya da bilinen adıyla "Şerhler Üzerine Bir Yorum" adlı anonim bir risale yayımlandı. Bu risale aşırı derecede ilgi gördü ve Lord Mansfield, Lord Camden veya Bay Duning ve sonrasında Lord Ashburton gibi o dönemin güzide hukukçu ve devlet adamlarına atfedildi. Risalenin gerçek yazarı varlıklı bir dava vekilinin oğlu olan ve kendisi de bir avukat olan Jeremy Bentham'dı ve bu risale Bentham için bürokratik ya da maddi bir ilerlemenin değil, büyük bir şöhretin ve büyük bir etkinin başlangıcıydı.

Söz konusu risale, mesleki geleneğin bağımsızlığının duyurusu niteliğindeydi ve Oxford'da hevesli derleyicileri tarafından lisans öğrencilerine ders olarak anlatıldığı dönemde genç Bentham tarafından isyankâr bir kalple dinlenen Blackstone Yorumları üzerine ciddi bir eleştiri şeklini aldı. Bu ünlü broşürden sık sık "modern İngiliz hukuk eleştirisi ve reformu"nun başlangıcı olarak bahsedilir. Bu genişlikte konuların bir başlangıcı ve bir sonu tabii ki yoktur ve bu radikal ifade, en sarsıcısı Fransız Devrimi, en çok desteklenen ve başarılı olanı ise Amerikan Devrimi olan dünya çapında bir harekete dahil olan çok sayıda fenomenden sadece bir tanesidir. Bentham İngiliz ekolü yazarlarından çok Fransız Ansiklopedistlere yakın olarak addedilmiştir ve 1792'deki Brissot önergesiyle Ulusal Meclis tarafından kendisine verilen Fransız vatandaşlığını kabul etmiştir.

Bentham'ın küçük kitabı, her zaman çok kuvvetli İngiliz barosunu işaret eden ve Bentham'ın "bir avukatın insanların hukuki ihtilafın dışında kalmalarını dilemesi, bir hekimin insanların sıhhatte olmalarını dilemesi gibi imkânsız bir şeydir" demek suretiyle en düşük bireysel-çıkar biçimlerini açıktan açığa izafe ettiği muhafazakâr ruha muhalif olarak liberalizm içerisinde yaşayan bir güç olarak algılandı ve öylece süregitti[1].

Bentham'ın Sir J. Bowring tarafından derlenen ve 1838'de Edinburgh'ta yayınlanan toplu eserlerinin Önsöz'ünde "Bentham'ı hayatının geri kalanını meşgul edecek sorgulamalara iten ilk dürtünün verildiği durumun, hukuk öğrenciliği yıllarında uluslararası sahada en fazla tartışılan konu olan Büyük

** Charles Noble Gregory, A.M., L.L.B.'nin Harvard Law Review Vol.XIII., No.5 (1900)'te yayınlanan "Bentham and The Codifiers" adlı makalesinin tercümesidir.*

*** İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD Doktora öğrencisi*

(1) J. S. Mill daha insaflı bir ayrımla bu muhafazakârlığı şu şekilde nitelendirmiştir: "en azından kısmen, sadece bir dizi emniyete aşina olan bir zihin son derece zorlukla toplumun muhtemelen bir diğeriyle beraber oluştuğunu tasavvur ederek duyumsar".

Britanya ve kolonileri arasındaki anlaşmazlık" olduğu belirtilmektedir. Dolayısıyla bu memleketteki bizler, filozof ile kolonilerin isyanı arasında belirgin bir ilişki olduğunu görür ve bu yeni öğretinin sonuçlarını özel bir dikkatle takip ederiz.

Bentham, bazı tereddütlerinin ardından Hume'nin eserlerinde doğruluğundan şüphe edilemeyecek temel bir ilkeyi, mümkün olan en çok sayıda insanın mümkün olan en fazla mutluluğunu desteklemekteki eğilimlerine bakmak suretiyle ahlaki kuralların ve yasal mevzuatın çözümlemesi olan fayda ilkesini keşfetti. Bu tahlile bağlı kaldı ve bu tahlili büyük bir cüretkârlıkla hatta çoğu zaman söylendiği gibi tuhaflıkla töre, hukuk ve yönetimin bütün alanlarına 1832 yılında ölümüne kadar seksen dört yıllık uzun ömründe uyguladı.

Lord Loughborough ilkenin tehlikeli olduğunu açıkladı. Ancak bunu yazılı olarak ilk defa belirtmesinden kırk altı yıl sonra Bentham, Loughborough'un ifadesinin akıllıca ve tamamıyla doğru olduğunu belirtmiştir. Çünkü bu ilkeler doğrultusunda oluşturulacak olan bir yönetimde Lordluğu; "yıllık 15.000 pound gelirli bir başsavcılık, soyluluk unvanıyla birlikte, bütün hukuk kuralları üzerinde veto hakkına sahip olmasını sağlayan, mahiyetinde beş yüz memur çalıştıran ve yıllık kazancı 25.000 pound olan bir şansölye olamayacak"tı.

Bentham tamamen eleştirel değil aynı zamanda yapıcıydı da. Kendisini mevcut ilkelerle sınırlamadı, kısa zamanda yalnız kendi ülkesi için değil; dilleri, gelenekleri, ihtiyaçları, tarihi ve hisleri hakkında bir şey bilsin ya da bilmesin bütün ülkeler için de bu ilkelerle uyumlu bir biçimde inceden inceye formüle edilmiş hukuk ve usul kodları sağlamaya çalıştı. Hukukun tıpkı konserve sığır rostosu gibi bozulmadan ihraç edilmeye yatkın olduğunu ve her iklimde tüketime uygun olduğunu düşündü. "Yasaların, çıkarıldıkları ülkelerin azgın ve spontane ürünleri olması gerekmez"; "ön yargı ve en keskin gelenek güler yüzlü olmalı, ancak bunların yegâne karar vericiler ve kılavuzlar olmaları gerekmez" diye yazdı. Kendilerini otoritenin prangalarından kurtarmış olan yasa koyucular ön yargı pusunun üzerine çıkmayı öğrenmiş, aynı zamanda da bir ülke için veya diğer bir ülke için nasıl yasa yapılacağını öğrenmişlerdir"- namlarına çalıştıkları insanların şartlarına yönelik veriye gereksinim duyduklarını kabul etmesine rağmen.

Montesquieu "bir milletin yasalarının diğer bir milletin ihtiyaçlarına uymasının her zaman için imkânsız olduğunu" söylemek suretiyle muhalif inancını ifade etmiştir; ancak Bentham "yabancıların yasaları tasarlamakta daha ön yargısız olmaları nedeniyle daha tercih edilir olduklarını" ileri sürmüştür.

Bentham'ın uzun süre emek verdiği ve büyük oranda uzlaştığı bu tür evrensel felsefi kodifikasyon hakkında Hon. Lord McLaren daha sonraları çok haklı olarak şöyle demiştir: "Bu kod tipi daha fazla dikkate alınmamalıdır. Makul ve iyi bir yasal sistem çerçevesinde gelişmiş olan hiçbir devlet kendi öz kurumlarını yıkıp, felsefeciler tarafından tasarlanan bir sistemi kabul etmeye yanaşmaz" demiştir. Ve eklemiştir: "felsefi bir kod, tıpkı yeni bir Anayasa gibi, yazılması için harcanmış olan zaman içerisinde yazılmış olabilir: steno ve daktilo makineleri döneminde bu zaman önemsenmemelidir"[2].

Konuyu sona erdirirken şu vurgulanabilir ki, seçkin hukukçular tarafından

(2) Juridical Review, I-3.

mevcut anayasaların karşılaştırmalı olarak ele alınmasının ardından hazırlanmış olan yeni bir Anayasa'nın yöneltilen itirazları paylaşması zor görünmektedir. Böyle bir Anayasa taslağı Montana'nın eyalet olması hasebiyle Henry Villard'ın ricasıyla aralarında Harvard Hukuk Fakültesinden Profesör Thayer ve New York'tan Sayın Beeman'ın da bulunduğu seçkin hukukçu bilim adamları ve uygulayıcıları tarafından hazırlanmıştı; ancak hükümlerinin küçük bir kısmı uygulamaya geçirildi.

Bentham, ya da kendisinin kullanmayı sevdiği adıyla "Hermit (Münzevi)", Westminster'deki Queen's Square Place'teki inzivasında dünyadaki politikaları seyrederek otururken, hukukta bir değişikliğin olası veya mümkün olduğu durumlarda posta veya basın yoluyla kral veya yetkililere seslenmekten ve tartışılan bir konu hakkında tavsiyede bulunmak veya bütün bir kodu hazırlamaktan imtina etmedi. Dolayısıyla, bütün Rusya'nın imparatoru olan I. Alexander'a, İspanya halkına, Pennsylvania yöneticisi Simon Snyder'e, Fransız hemşerilerine, "sonradan Amerika Birleşik Devletleri Kongresi'nin başkanı olacak olan James Madison'a", Mehmet Ali'ye, Albert Gallatin'e, Polonya Prensi Adam Czartoriski'ye ve sirküler bir iletişim içerisinde "Amerika Birleşik Devletleri'nin saygıdeğer yöneticilerine" ve bir dizi mektupta da "Amerika Birleşik Devletleri'nin vatandaşları"na seslendi. Hatta bizim sadece Amerika Birleşik Devletleri'nden ibaret olmadığımız ve "Anglo- Amerikan Birleşik Devletler" isminin de dolambaçlı bir söz olmasından dolayı ülkemizi "Washingtonya" olarak yeniden adlandırmamız gerektiğini söyledi[3] ve bize "kapılarımızı bir musibete kapatır gibi common law'a kapatmamızı" tavsiye etti[4].

Çoktan beri Sir Henry Maine insanoğlunun ilk düşüncelerinin kadim hukukta yansıtıldığını ve yasaların incelenmesi neticesinde "insanoğlunun bir formaliteler ve seremoniler çağından basitlik ve simetrik gelişim çağına doğru sürekli ilerlemesi"nin gözlenebileceğini öğretmekteydi. Bentham'ın felsefesinde insan bedenleri kadar insan yasaları ve töresinin gelişiminin "sürekli ilerlemenin sonucu olduğu faktörü hayal edilmiyordu ve bu onun temel hatası gibi görünmektedir.

Hak ve adaleti, tıpkı mineral kristalleri gibi bütün insanlar ve bütün zamanlar için değişmez biçime sahip soyutlamalar olarak algılamış ve yasaların buna uygun olarak şekillendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Böyle olduğu halde, diğer milletlerin hukukunun tadil edilmesi yönündeki önerileri, daha çok eğlenceli bir şekilde, kendi ülkesinin hukukunda yer alan eksikliklere karşı bir saldırı ve karşı kampanyaydı.

Oldukça yakın bir dönemde tamamlanmış olan ve Bentham'ın, mevzuatına ısrarla hükmetmek istediği başka bir milletin devlet işleyişi üzerindeki etkisi üzerine yazılmış en öğretici araştırma, milletlere kanun koyucu olmak çabası içerisinde olan bilge kişilerin hepsinin olmasa bile büyük çoğunluğunun kaderine ışık tutuyor gibi görünmektedir. 1894'te İspanyol Ahlak ve Siyaset Bilimi Kraliyet Akademisine kabul edildiğinde Don Luis Silvela tarafından sunulan "Bentham'ın İspanya'daki Avukatlar ve Siyasetçiler Üzerindeki Etkisi" adlı kapsamlı söylevde Don Luis Cortes kayıtlarının ve kendi ülkesinin tarihinin incelenmesi neticesinde, Londra

(3) Cilt 8, s.569.
(4) Cilt 3, s.304.

Münzevisi'nin hemen hemen hiçbir etkisinin olmadığını ortaya koymuştur. Bentham'ın kendisinden tavsiye istemek üzere gönderilen bir mektuba karşılık İspanyol halkına gönderdiği mektupların Cortes Başkanı Conde de Toreno tarafından korunduğuna hatta bu mektupların İspanyolcaya çevrildiğine ilişkin bilgiye ulaşamamıştır. Filozofun, Kastilyalıya niyetleri hakkında nezaketsiz fikirleri ile hitap etmiş olduğu ve kendisinin de karşılığında medeni bir biçimde ama soğuk bir tavırla cevaplandırıldığı ve nihayetinde de görmezden gelindiği anlaşılmaktadır.

İspanyol yönetiminde tasarlanan Üst Meclis hakkındaki müzakeresinin İngiliz Lordlar Kamarası hakkındaki görüşlerinin tekrarından ibaret olduğu ve İspanyol kurumları veya algılayış tarzı üzerinde herhangi bir inceleme veya bilgiye dayanmadan yazılmış olduğu görülmektedir. Bentham daha sonra bu mektuplarını İngiltere'de yayımlamıştır ve Madrid'e mektupları Se_or Silvela'nın çok iyi tespit ettiği gibi "dönüş postası"na aittir ve kendi ülkesindeki soylular meclisi ile olan kavgasının bir parçası gibidir[5].

Portekiz'de Cortes, Bentham'ın çalışmalarına bir karşılık olarak bu çalışmaların devlet tarafından tercüme edilmesini önerdi ve mektubu yasama meclislerinde yüksek sesle okundu. Tasarlanan Anayasa Bentham'ın belirttiği hatalardan arındırılarak uygulandı ve nerdeyse bir anda çöktü.

Ancak, düsturlarının uygulanmadığı dönemlerde Bentham'ın düşüncelerinin ya da düşüncelerinin büyük bir kısmının doğru ifade edecek olursak özümlendiği açıktır. Rahatça söylenebilir ki, bu yüzyılda Bentham'ın önceden belirtip savunduğu görüşlerden etkilenmeyen önemli bir yasal reform hemen hiç yok gibidir.

Bu nedenle "Adli Tanıklığın Mantıksal Temeli"ne beş büyük cilt hasretti ve diğer birçok konu gibi çıkarın tanıklığın kabul edilebilirliğini değil güvenilirliğini etkileyeceğini ileri sürmek yoluyla çıkar saikıyla tanıklığın kabul edilmemesine ciddi biçimde karşı çıktı. Bu görüş temel olarak hem İngiltere hem de Amerika Birleşik Devletleri hukukunda etkili oldu ve uygulandı; İngiltere'de hırsızlıkla suçlanan birisinin kendi hesabına tanıklık etmesine izin veren ve İngiliz Yargıçlar Kurulu ve Barosunu ikiye bölen ve telaşlandıran bize çok aşina olan yakınlarda çıkarılan meşhur yasa, aslına Bentham'ın düşüncelerinin genişletilmesinden ibarettir.

Dini inançlardan dolayı tanıklığın reddedilmesine muhalif görüş bildirdi ve çekişme o kadar başarılı oldu ki Eyaletlerimizin çoğunluğu (benim eyaletim olan Wisconsin de dahil) temel bir yasa olarak şunu koydu: "hiç kimse din konusundaki görüşleri nedeniyle herhangi bir hukuk mahkemesinde tanıklık etmek veya tarafsızlıkta ehliyetsiz sayılamaz".

Taşınmazların tescil edilmesini savunmuştur ki bu şimdi yaygın olan bir uygulamadır. Tefeciliği yasaklayan yasalara savaş açtı ve İngiltere bu yasayı ilga etti ve bu ülkemizde de büyük oranda yumuşatıldı. Daha önce hırsızlıktan hüküm giymiş insanların tanıklığının

(5) Bkz. Courtney Kenney'in "Bentham's Spanish Influence" adlı eserinin İspanyolca baskısı, II, L.Q.R. s. 48. Ne var ki İspanya'da vatansever bir dernek olan "Anayasa Dostları"nın Bentham'ı 1820'de onursal üye kabul ettiği ve İçişleri Bakanı Don Augustin Arguelles'in Bentham'dan jüri tarafından muhakeme olunma konusunda fikrini sorduğunu ve aynı yıl Cortes'in hapishane komitesinin Bentham'ın bu panoptik görüşü lehinde görüş bildirdiği ve en az iki milletvekilinin İspanyol yasalarının şekillenmesinde kendisinden yardım istediği gözden kaçırılmamalıdır.

kabul edilmesini savundu ki bugün hem İngiltere'de hem de Amerika Birleşik Devletleri'nde tanıklıkları kabul edilmektedir. "Ölüm cezası"na şiddetle karşı çıktı, parasal olarak cezalandırılan suçların sayısı bütün medeni dünyada muazzam oranda azaldı ve özellikle de Bentham'ın yakın arkadaşı ve havarisi olan Sir Samuel Romilly tarafından teklif edilen reformlar vasıtasıyla İngiltere'de. Bizim ülkemizde de en az dört Eyaletimizde ölüm cezası tamamıyla kaldırılmıştır (benim eyaletim olan Wisconsin'de kırk altı yıldır bilinmez olmuştur ve adalete zararı dokunmamıştır). Hollanda, Portekiz ve İtalya'da olduğu gibi Kara Avrupası milletlerinin çoğunda ölüm cezası tamamen kaldırılmış, Belçika, Bavyera, İsveç, Danimarka gibi ülkelerde de hemen hemen hiç verilmemek suretiyle kaldırılmış gibidir ve büyük Rusya İmparatorluğu'nda bazı büyük siyasal suçlar dışında kaldırılmıştır.

Eğitimin devlet tarafından verilen ve gerekli görülen bir hizmet olması gerektiğini savundu ve bu görev bizim birçok Eyaletimiz tarafından üstlenilmiştir ve İngiltere'de de günden güne kabul görmektedir.

Malvarlığının vasiyet yoluyla miras bırakılabilmesini savundu ve bizim yasalarımız bu konuda çok büyük serbestlikler sağlamaktadır ve İngiltere'nin yasaları da sürekli aynı eğilim içerisindedir. Uzun süredir ülkemizde ve birkaç yıldır İngiltere'de kullanılan oy pusulasıyla oy kullanılmasını savundu. Bizim şu anda sahip olduğumuz Cumhuriyet Savcılığı sistemini önerdi. Burton, önce Bentham tarafından savunulan ve ardından yasa koyucu tarafından gerçekleştirilen reformlara ilişkin uzun bir liste hazırladı ve bu liste şimdi daha da genişletilebilir ve eminim ki bundan on sene sonra hala genişletilebilir olacaktır.

Aslında, engin bilgi sahibi olanlar da dahil insanların çoğu Bentham'a karşı çıktıklarında daima haksızdılar ve zaman onun ilkelerini o kadar haklı çıkardı ki, çoğunlukla yalnızca ataletin bir sonucu olan kanaatlerimizden onun öğretileriyle tezatlık arzettiğinde rahatlıkla şüphe edebiliriz.

Sir J. Fitz J. Stephen, Ceza Hukuku Tarihi kitabında Bentham'ın yazılarını "kendi ülkesinin ve diğer birçok ülkenin mevzuatında sadece Adam Smith ve haleflerinin ticaret üzerindeki etkileriyle mukayese edilebilecek derecede pratik etkileri vardır" diye sonuçlandırmıştır.

Bentham, kendisinin de baskısıyla gerçekleşen bütün hukuki düzenlemelerin ötesinde, açık ve basit olarak kendisinin savunduğu fayda ilkesi çerçevesinde şekillenmiş kapsamlı ve tekmil etmiş bir yasalar düsturunu şiddetli bir biçimde talep etmiştir. "Arkadaşlarım ve dostlarım" diye hitap ettiği Amerika Birleşik Devletleri vatandaşlarına yönelik olarak 1817 yılında kaleme aldığı sirkülerinde şöyle demektedir: "Benim hizmetlerimi kabul edin.- yoğun çabalarının en uzun yolunun sonunda şu anda yetenekli bir avukatın bilmesi mümkün olan hukuktan daha fazlasını- ancak sınırlı bir ölçüde bir liberal eğitimli eğer isterse bilebilir - ve çaba sarfetmeden bilir-. Öteki hususlarda eğitimsiz olsa bile –eğer kendisi isterse ancak boş zamanlarında okuyarak- muhtemelen şu an avukatlar arasında en çok hukuk bilenden daha fazlasını bilebilir". Fakat bununla birlikte ya da kendisinin ima ettiği kadarıyla direnen büyük umutları yüzünden New Hampshire Eyaleti Valisi Plumer, Pennsylvania Eyaleti Valisi Snyder, Virgina Eyaleti Valisi Nicolas ve Başkan

Madison ile olan istişareleri sonuçsuz kalmış ve ihtişamlı istekleri yönelttiği kişilerce medenice ifade edilen teessüfle sonuçlanmıştır.

Romilly, Bentham'ı *en grand seigneur* olarak yaşadığı Ford Abbey'de ziyaret ettiğinde Bentham'ın otuz yıl önce olduğu gibi gününün altı saatini yasalar, mevzuat ve düstur oluşturmakla geçirip gününün geri kalanını okuma ve egzersizle ya da Bentham'ın kendi ifadesiyle "kendisini kodifikasyon görevi için hazırlamak üzere kahvaltı öncesi ve yemek sonrası yürüyüşlerle" geçiriyor olarak buldu. Bentham son günlerinde kendisinin "yaşlı bir ejder gibi" kodifiye ettiğini yazdı.

Yine de, 1815 yılında Rus İmparatoruna, Napolyon Kodu'na ilişkin olarak büyük bir çağdaş düstura karşı duyduğu görülmemiş bir aldırmazlıkla "ne derece bir yetenekle yazılırsa yazılsın, araştırıcılığın kullanıldığını kesinlikle görmediğini" yazacaktır.

Herhangi bir yasama faaliyetinde O'nun ustalığına rastlamak kendi ülkesinde veya herhangi bir başka ülkede belki de mümkün değildir.

Bentham'dan çok önce Pepys Günlüğünde şunları belirtmiştir: "Bay Prin benimle misafirler gelinceye kadar İngiltere'nin yasaları üzerine verimli bir sohbete tutuştu; onlardaki temel hataları anlattı. Bu arada bir türün hepsini özetlemek üzere olduğu çok sayıda uzun tüzüğün açık olmaması ve eğer yaşarsa ve Parlamentolar oluşursa bunlar yürürlüğe konulmalı ve diğer tüzükler ilga edilmeli ve sonrasında bu yasayı bilmenin kestirmesi olacaktır dedi". Bay Prin ve Bentham'a rağmen hala yasayı bilmenin kısa yolunun yapıldığı söylenemez.

Leslie Stephen kardeşi Sir James hayattayken şunu belirtmiştir: "Bentham vaat edilmiş topraklara girmenin arifesinde ölmüş olmasına karşın, Parlamento reformuyla birlikte, hızlı ve kapsamlı değişimlerin yaşandığı bir dönem oluştu." Üzerine Bentham'ın gölgesi düşmüş olan James Mill, India House'de öncü bir pozisyona sahipti ve ustasının ölümünden bir yıl sonra 1833'te şirketinin çalışma ruhsatının yenilenmesinin ardından açıklamaları yapılan değişikliklerin şekillenmesinde önemli rol oynadı. Kendi ifadeleriyle söyleyecek olursak, Genel Yönetim Konseyi grubun çalışanı olmayan insanlar arasından seçilmelidir ve sadece yasaların şekillendirildiği toplantılara katılmalıdır. Macaulay o mevkii işgal eden ilk kişi oldu ve Hindistan Ceza Yasası taslağını hazırladı. Onun asistanlarından birisi olan Bay Cameron Bentham'ın esaslı hayranlarından birisi idi. Yasa Sir Barnes Peacock tarafından gözden geçirildiği 1860 yılına kadar Meclisten geçmemişti. Bu yasa Benthamcılar için bir zaferdi ve yirmi bir yıllık uygulanmanın ardından en büyük övgüsünü Ceza Hukuku adlı eserinde Stephen'den aldı.

Bu daha sonraki bütün Hindistan kodları için bir model teşkil etti. Yürürlüğüne başlandığı tarihten itibaren kodifiye etmenin sistematik şemasının bir parçası idi. Ölümüne kadar cesur bir Benthamcı olan Sir J. Fitz J. Stephen 1869'da Hindistan Konseyi'nin yasal bir üyesi ve Sir Henry Maine'nin halefi oldu. Kendisini detaylara ilişkin eleştirilere rağmen büyük ölçüde seçkin Hintli hukukçuların da övgüsüne mazhar olan, Hindistan için sözleşmeler, vasiyetnameler ve tanıklık gibi konularda yasalar tasarlamak veya gözden geçirmeye vakfederek 1872 yılına kadar bu görevde kaldı. İngiltere'ye dönüşünde hükümet tarafından bir delil yasası taslağı hazırlamak üzere görevlendirildi,

taslağı Şubat 1873'te tamamladı, ancak Mart'ta hükümet düştü ve dolayısıyla da taslak Meclisten geçmedi. Ancak O, Hindistan Kodu hakkındaki düşüncelerini ve metodlarını İngiltere'de kodifiye etmek amacıyla birçok İngiliz yetkilinin dikkatini çekecek biçimde gayretli ajitasyonlara dönüştürdü. Sir W. H. Rattigan'ın da belirttiği gibi günümüzde Hindistan kendi Ceza Yasası'na, bir sözleşme yasasına, kambiyo yasasına, zamanaşımı yasasına, sicil yasasına, delil yasasına, irtifa hakkı yasasına ve diğerlerine sahiptir ve hala ilerideki kodifikasyonlar için taslaklar hazırlanmaktadır.

M.F.E. Montague, Anglo-Hint Kodu'nun Bentham'a borçlu olduğuna işaret etmiş ve bunun en az Justinian'ın Roma Hukuku adaptasyonunun Batı'da oynamış olduğu rol kadar İngiliz İmparatorluğu devam ettiği sürece Doğulu ırkları güçlü bir biçimde kontrol ederek ve tıpkı Roma Hukuku gibi kendisini düzenleyen otoritenin zayıflaması ve yıkılmasına rağmen varlığını devam ettirmesi gibi Doğu'da rol oynayabileceğini ileri sürmüştür.

Anglo-Hint Hukuku'nun da Doğu'da rol oynadığını belirtmiştir. Hindistan yasalarının İngiliz yasaması üzerinde hem model olmak suretiyle hem de Stephen gibi Hindistan'daki kodifikasyondan İngiltere'de yasamayı şekillendirmek üzere dönmüş olan güzide İngilizler vasıtasıyla ciddi etkileri olmuştur. Hiç kimse bugün Büyük Britanya'nın büyük kısmının 1882 Kambiyo Yasası ve belki de Judicature Act gibi şimdiki neslin de kabul ettiği, bir komisyon veya güzide hukukçular tarafından hazırlanmış olan ve belirli konulardaki yasaları çıkarmak, izah etmek, tanımlamak ve onları modernize etmek üzere özenle tertip edilmiş olan parlamenter yasalarla yürütüldüğünü keşfetmeksizin, modern İngiliz mahkemelerinin zabıtlarını okuyamaz.

David Dudley Field New York yasama meclisinde kodifikasyon hakkındaki görüşlerini anlatırken SirJ. Fitz James Stephen'in Hindistan yasaları hakkındaki aşağıdaki pasajlarını aktarma şansı bulmuştur:

"Doğal olarak bu kodifikasyon sürecinin nasıl başarılı olduğunu soracaksınız. Bu soruya şu cevabı verebilirim ki bu süreç kimsenin tahmin edemediği derecede başarılı olmuştur ve bu gerçekliğin kanıtları benim zihnimde oldukça katidir. Bunlardan birincisi konunun tamamının üniversitelerdeki yerli ve İngiliz öğrencilerce çalışılmasındaki açgözlülüktür.

"Hindistan'da karşılaştığınız bütün sivillerin Ceza Hukuku ve Usul Hukuku hakkındaki bilgileri bir İngiliz hukukçusu için oldukça şaşırtıcıdır. İngiltere'de Ceza Hukuku hakkında cüzi, belirsiz ve tahmini, kitaplıkta doğru kitabı bulmalarına yarayacak kadar bilgiye ancak sahip olan insanlar, Ceza Yasası'nı ezberden bilirler ve hükümlerinin en ince detayları hakkında büyük bir ilgiyle konuşurlar. Üniversitelerdeki yerli öğrenciler için hukuk derslerinin en beğenilen dersler olduğu ve yasaları kodifiye etmenin bir eğitim aracı olarak etkisinin çok zor abartılabileceği konusunda tarafıma defalarca bilgi verilmiştir. Yerel gazetelerde Delil Yasası hakkında detaylı eleştiriler okumuşumdur mesela, yazarının en az ilgi alanındaki diğer edebi konuları çalıştığı kadar bu yasa üzerinde de çalıştığının anlaşıldığı gibi... Bir keresinde askeri bir görevliyle sabıkalılara ilişkin düzenlemeler üzerine istişare etme fırsatım oldu. Bu hayatı at sırtında geçen ve bir

oyun oynuyormuşçasına haydut ve silahlı eşkıyaları avlamakla geçmiş bir insandı. Benim yapmış olduğum bir açıklama üzerine cebinden bir not defteri gibi kaplanmış olan küçük bir Ceza Usul Yasası çıkardı, üzerinde konuşuyor olduğumuz konuya ilişkin bölümü açtı ve kusursuz bir kesinlikle işleyiş yolunu işaret etti. Yerel polislerin Polis Yasası'nın kendileri ile ilgili bölümlerini ezberden biliyor olması, Kalküta'nın tuhaf yanlarından birisidir. Çavuş, yasayı cümle cümle bağırarak okur ve mangası yasayı ezberden bilinceye kadar itaatkâr bir biçimde tekrar eder. İngilizce konuşan insanların, hukukun gerçekten dünyadaki en ilginç ve en eğitici çalışmalardan biri olduğunu bilmelerini engelleyen tek şey İngiliz hukukçuların hukuku ciddi biçimde iğrenç olarak tanımlanacak bir şekle sokmuş olmalarıdır."

Prusya'nın 1751'de Büyük Frederick'in hükümranlığı döneminde yürürlüğe koyduğu "Code Frederick" ya da "Landrecht" yaygın bir biçimde Avrupa'daki modern yasaların ilki olarak sınıflandırılmıştır. Bu yasanın temel amaçları arasında Büyük Frederick'in henüz genişlemiş olan krallığının birbirleriyle uyum sağlayamamış olan halkını ortak hukukla birleştirmek amacı vardı ve (askeri bir despot için uygun bir amaç olan) Giriş bölümünde azarladığı avukatların gücünü yok etmek amacı vardı. Bu tabi ki Bentham'ın çabalarından önceki bir tarihteydi.

Bir diğeri büyük İmparator'un hükümranlığı döneminde 1804 ve 1810 yılları arasında yürürlüğe konulan ve Voltaire'nin acı bir gerçeklikle bir seyyahın atları değiştirdiği sıklıkta yasaları da değiştirmesi gerekir dediği memleket olan Fransa'nın *"droit écrit et droit coutume"* şeklindeki aşırı karmaşıklığı ile tebdil edilmek üzere tasarlanmış olan "Code Napolyon" ya da Cumhuriyet döneminde söylenen adıyla "Code Civil"dir.

Savigny bitirilmesindeki bilgisizlik ve acelecilikten şikâyet ederken, Austin Savigny'nin yaklaşımını benimser ve tanımlamadaki hatalarına işaret eder, ancak yasa Saray düştükten çok daha sonralara kadar Fransa'ya egemen olmayı sürdürür ve fetih veya fethin muadili bir yapılanma suretiyle empoze edilerek İtalya, Hollanda, Belçika, Ren Eyaletleri; Polonya ve İsviçre gibi bazı ülkelerde uygulanmış ve muhafaza edilmiş, Yunanistan gibi diğer birçok ülke için de örnek teşkil etmiştir. Napolyon'un "elimdeki yasam ile gelecek nesillere erişeceğim" şeklindeki böbürlenmesi haklı çıkmıştır.

Bentham Rusya İmparatoru'na yazdığı bir mektupta, bu yasanın girişinde kendisinden alıntı yapılan ve hâlihazırda yaşayan tek insanın kendisi olduğunu ve isminin ve doktrinin Fransa'da bu büyük çalışma tamamlanmadan çok daha önce bilindiğini ve güçlü olduğunu büyük bir gururla belirtmiştir.

Tokyo Üniversitesi hukuk profesörlerinden olan merhum M. Appert ilk Japon yasasının Fransız "Medeni Yasa"sından esinlenerek şekillenmesinin, bu Fransız Yasası'nın Napolyon'un etkileyici ismiyle ilişkili olmasından kaynaklandığını belirtmektedir.

Orada daha sonra yapılan kodifikasyonlar Alman İmparatorluğu'nun yasa taslağı olarak görülmüş ve İngiliz bir dava vekili tarafından bir medeni usul yasası hazırlanmıştır.

Avusturya ve İspanya uzun bir süredir medeni hukuk çerçevesinde

şekillenmiş olan yasalara sahiptir, ancak Savigny'nin büyük ismi ve otoritesi olan Sir W. H. Rattigan'ın belirtmiş olduğu gibi; kodifikasyon Almanya'da yakın zamanlara kadar aksamış ve Alman İmparatorluğu'nda uzun yıllar süren bir hazırlığın ardından yasa 1898'de yürürlüğe girmiştir.

Quebec'te 1865'ten beri bir "Medeni Yasa" mevcuttu ve Kanada 1892'de bir Ceza Yasası çıkardı. Bu, bu makalenin sınırlarını aşan geniş bir yasalar listesi olarak algılanmamalı, kodifikasyon ilkesinin geniş çapta kabul gördüğünün ve bu kabul görmenin hızla arttığının iması olarak algılanmalıdır.

Bentham bu ülkede de yandaşsız değildi; Edward Livingstone, çok güçlü eserleri olan ve aynı zamanda ilk müdavimlerinden birisiydi. Washington'un açılış töreni yeminini yöneten Şansölye Livingstone'nin küçük kardeşi idi. Kendisi de altı yıl boyunca Ulusal Temsilciler Meclisinde New York Temsilcisi olarak yer aldı ve daha sonra New York Belediye Başkanlığı ve Birleşik Devletler Bölge Savcılığı görevlerini eşzamanlı olarak yürüttü. Çok güvendiği bir kâtibin sebep olduğu yüklü bir borçta Eyalet Bölge Savcısı olarak kendi hesabına düşen payı ödememiş olmasından dolayı ilk iş olarak bütün görevlerinden istifa etti. Ve kaybettiği varlığını tekrar ele geçirmeye çabalamak amacıyla Louisiana'ya yeni katılmış olan bölgeye taşındı ve orada hemen New Orleans Barosu'nun liderliğini ele aldı. Kongre'de iken, çalışmalarının bir kısmının Dumont tarafından hazırlanan Fransızca redaksiyonları dolayısıyla Bentham'ın etkisine henüz girmiş iken federal suçlar için ölüm cezasının kaldırılması için uğraştı ancak sonuç alamadı. Louisiana yasalarını, bu bölgenin tasarrufunun farklı güçlerde olmasının bir sonucu olarak, önce Fransız Hukuku ardından da İngiliz common law'ı üzerine kurulan bir İspanyol hukukundan müteşekkil meşum bir karmaşa olarak görmekteydi. İlk olarak, yasama organı tarafından yasalaştırılan bir Usul Yasası layihası hazırladı ve daha sonra Eyalet için bir Medeni Yasa taslağı hazırlamakla görevlendirilen komisyonda başkan oldu. Bu da önemli değişiklik yapılmaksızın yasalaştı ve yürürlüğe girdi.

Şubat 1821'de Louisiana Genel Meclisinde Eyaletin ceza yasalarını yeniden düzenlemek üzere oybirliği ile seçildi. 57 yaşındaydı ve İngiliz, Roma, Fransız ve İspanyol Hukuku'nu iyi biliyordu. Öncelikle her Eyaletteki yöneticilere ve seçkin kişilere, yabancı başlıca bakanlara, yabancı ülkelerdeki birçok yayıncıya pratik bilgi vermeleri isteğiyle mektuplar yazdı. Üç yıllık emeğin ardından, baskıya verecek bir nihai taslağı tamamlayabildi, ancak bu taslak New York'taki evinde aynı gece kazara yandı. Bu yangında Bentham'ın çalışmalarının nüshaları da yandı ve New York'taki hiçbir kitapçı veya kütüphanede bu çalışmaları bulamadı. İlk iş olarak Philadelphia'daki arkadaşı Du Ponceau'ya bu kitapları kendisi için "satın alması, ödünç alması veya birilerinden rica etmesi" için mektup yazdı. Du Ponceau'nun kitapları temin ettiği ve katlandığı bu zahmetten dolayı kendisine teşekkür edildiği anlaşılmaktadır. Altmış yaşında işe baştan başladı ve iki yıl sonra bu işi bitirdi. Bu süre içerisinde Güneydeki ikametgâhını ciddi biçimde terketti ve yaşamına bu taslağın büyük bir bölümünün hazırlandığı yer olan New York'ta devam etti. Bay Livingstone Louisisana'yı 1822 yılından başlamak suretiyle üç dönem Kongre'nin alt kanadında ve iki yıl da Senato'da temsil etti. Bu süre içerisinde Bentham'la haberleşti ve çalışmalarını birbirleri ile paylaştılar. Birleşik Devletler Dışişleri

Bakanı ve Fransa orta elçisi olarak görev yapmak üzere Senato'dan ayrıldı.

Livingstone'nin uzun yokluğu sırasında konudan soğuyan Louisiana onun hazırladığı Ceza Yasası'nı hiçbir zaman uygulamadı, ancak yasa hem bizim ülkemizde hem de Avrupa'da yayımlandı ve bir gazeteci olarak yazarının ününü doruklara çıkardı. Temelde Fransız Yasası'na dayanan yasada baştan başa Bentham'ın doğrudan etkisi görülüyordu. Bundan uzun bir süre sonra Bentham'a şöyle yazmıştır: "Hâlihazırdaki Ceza Yasamız'ın eksikliklerinden oldukça etkilenmiş olsa bile, sizin çalışmalarınızın yakından tetkiki benim fikirlerime bir metot sağlamıştır ve yasamayı bütün birimlerine uygulanabilebilecek belirli ilkelerce düzenlenen bir bilim dalı olarak algılamayı bana öğretmiştir." Yasa dünya çapında sevinçle karşılanmıştır. Başkan Jefferson'dan, Rusya İmparatoru'ndan ve İsveç Kralı'ndan övgü mektupları almıştır. Victor Hugo, "Bu çağın insanlık için en iyiyi isteyen adamları arasında yer alacaksınız" diye yazmıştır ve Kent çağın kanun koyucularından daha çok iş yaptığını söylemiştir. Hollanda Kralı kendisine bir altın madalyon göndermiş, Guatemala yönetimi de Reform Yasası ve Hapishane Disiplini adlı eserlerinin tercüme edilerek kelimesi kelimesine uygulanmasını hedeflemiştir. Bentham'ın Fransız elbiseleri içerisindeki çalışmaları İspanyol Amerika'da yoğun biçimde satıldı ve cumhuriyetlerinin kurucularının fikirlerinin şekillenmesinde önemli rol oynadı. Bu hükümetlerin istikrarsız kaderleri belki de egzotik reformların tehlikelerini tasvir etmektedir.

Livingstone kodifikasyonunda netlik hakimdi ve hukukta acemi olan insanlar için hazırladıklarını okuyordu ve onların kavrama yetenekleri vasıtasıyla komposizyonunun mükemmelliğini test ediyordu. Anlaşılmasının zor olduğunu düşündüğü bütün terimleri içeren bir tanımlar kitabı hazırladı. Bu tanım sistemine yakın bir şey daha sonra Hint ve İngiliz kodifikasyonlarında yer almıştır. O'nun usul yasasının zorluklarını bertaraf etmekteki başarısını göstermesiyle başka bir Eyaletten genç bir avukatın Louisiana usulünü öğrenmek için ne kadar zaman gerekeceğini sorması birbiriyle bağıntılıdır. Kendisine ertesi gün saat dörtte akşam yemeği yeme sözü veren Livingstone, cevap olarak kendisine o saate kadar Louisiana usulünü öğreteceği sözünü verdiğini ve buna da muvaffak olduğunu belirtmiştir. Livingstone, Ceza Yasası'nı federal yasa için gözden geçirdi ve 3 Mart 1831'de Senato'ya sundu. Yasa ilerideki görüşmelerde kullanılmak üzere basıma sunuldu; ancak Senato tekrar toplandığında o artık Senatör değildi ve yasa bir daha görüşülmedi. Bu arada Quebec'te ölen General Montgomery'nin dul eşi olan kız kardeşinin vasiyetiyle Hudson'da iyi bir terekeye varis oldu ve evini orada kurmaya başladı ve güçten hiç düşmemiş görün-düğünde ani bir hastalıktan 72 yaşında orada öldü.

Bu Louisiana Yasaları ile New York'ta başlayıp oradan yayılan ve önemli olan kodifikasyon hareketi arasındaki bağlantıyı izlemek en azından uygulama ve usul konularında aşikâr görünmesine karşın Eyaletlerin çoğu için kolay değildir. Bu hareketin arkasındaki temel ruh; "Bentham'dan sonraki en büyük kodifiyeci" olarak adlandırılan merhum David Dudley Field'di. Field'in kodifikasyon üzerine olan çok sayıda raporu ve de konuşması da dahil çalışmalarının yayınlanmış üç cildinin indeksini inceledim ve ne Bentham, ne Livingstone ne de Louisiana Yasası isimlerinin bu eserlere bir kere bile girmediğini gördüm.

Ancak, sayfaların kendilerinde Bay Field'in Bentham'ın Delil üzerine büyük yapıtına büyük bir övgüyle atıfta bulunduğunu ve Bentham'ın güzide müritlerinden olan Sir J. Fitz J. Stephen'den açıkça alıntılar yaptığını görmekteyim.

Konu üzerindeki bilgisi tartışılmaz olan J. Newton Fiero yakınlarda şöyle demiştir; "Açık, basit ve veciz bir usul talebi yönündeki hareket; yüzyılın başında Bentham'ın eleştirileriyle başlamış ve taslağını Edward Livingstone'ın hazırladığı Louisiana Muhakeme Usul Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle ilk kez sonuçlanmıştır. Ve daha sonra 1846'da taslağı David Dudley Field tarafından hazırlanmış olan ve uygulanması yaklaşık otuz yıl devam eden New York Muhakeme Usul Yasası ile neticelenmiştir".

Denilebilir ki Bay Field'in genel kodları Kaliforniya ve Dakota'da uygulanmıştır.

Kodifikasyonların arkalarına gizlenmesine rağmen yarı saklı oldukları tüzüklerin yeniden düzenlenmesi bugün bazı Eyaletlerimizde hemen hemen evrensel hale dönüşmüştür. Hâlihazırda federal tüzüklerimizi yeniden düzenleyen komisyon değişiklikleri rapor etmeye yetkilidir ve Livingstone yasaları bu komisyonun üyelerinden en az bir tanesinin dikkatine layık olmuştur. Geçtiğimiz Ağustosta bu ülkedeki ilk toplantısını gerçekleştirmiş olan Uluslararası Hukuk Örgütü, otoritesi ve yaptırımına yasa olarak başvurulabilecek olan ve insanoğlunun düzenlemelerinin en ele geçmez ve arı düzenlemesi olan Milletler Hukuku'nun kodifikasyonu arayışı içerisindedir.

Belki de Queen's Square Place'nin münzevisi; büyük editörü ve müridi olan Mill'in "o hukuk felsefesine ulaştığında hukuk felsefesi bir kaostu ve o hukuk felsefesini bir bilim olarak devretti" şeklindeki takdirini tam anlamıyla hak etmiyordu. Hukuk felsefesi muhakkak ki hala tamamlanmış bir bilim değildir. Ancak Bentham'ın resmi kodları "insanlar ve milletler tarafından reddedilmiş ve vazgeçilmiş olsa" da bunlar olmadan İngiltere'de veya Birleşik Devletler'de veya Kıta Avrupası'nda veya Avrupa düşüncesinden en çok etkilenmiş olan büyük Asya imparatorluklarında hiç kimse kanun koymanın yönünü izleyemez. Saygısızlık etmeksizin ya da çatışmaksızın hala büyük faydacı ve kodifiyecinin ruhunun "gezmeye devam ettiği"ni söyleyebiliriz.

Ölümün kendisine yaklaştığını gördüğünde kendisine refakat eden arkadaşına şunları söylemiştir: "Şu anda öldüğümü hissediyorum; dikkatimizi acıyı en aza indirgemeye yöneltmeliyiz. Hizmetçilerin hiçbirisinin içeriye girmesine izin verme ve gençleri odadan uzak tut; bu durum onlar için keder verici olacaktır ve herhangi bir yararları olmayacaktır. Bununla birlikte yalnız da kalmamalıyım; sen yalnızca sen benimle birlikte kalacaksın ve böylece acıyı mümkün olan en düşük seviyeye indirmiş olacağız". Bu onun son yasa hazırlamasıydı. Kendi direktifi doğrultusunda cesedi mumyalanmış ve artık halka gösterilmese de hala bulunduğu yer olan Londra Üniversite Koleji'ne gönderilmiştir. Hapishane reformu için hazırladığı planlarının Kral'ın kişisel olarak kendisini sevmemesinden dolayı yenilgiye uğradığına tamamıyla inanmıştı ve bunun bir sonucu olarak sadece belirli bir kısmı savaşçılardan biri tarafından basılmış olan "Jeremy Bentham ve Üçüncü George Arasındaki Savaşın Tarihi" başlıklı bir eser hazırladı. Savaş sona erdi ve mezar hem egemeni hem de

tâbi olanı aynı şeyle suçladı; ancak Büyük Britanya ve daha geniş bir bölgede bilge kişinin saltanatı Kralın saltanatını sürdürmesini sağlıyor gibi görünmektedir ve Bentham'ın radikal fakat müşfik felsefesi geniş kapsamlı bir etki icra etmektedir.

Başkan Madison, bundan yaklaşık seksen üç yıl önce (1816) Birleşik Devletler için tamamlanmış bir kod hazırlama önerilerini geri çevirmek için Bentham'a yazmış ve mektubunda bu öneriler için şunları söylemiştir: "bu önerilerden, kendi en iyi biçimleriyle yararlanmasak bile, emeklerinizin meyvelerinin bizim nezdimizde zayi olmayacağı" olasılığını gözardı etmiyorum". Konunun bu yarım kalmış yeniden incelemesi şuna işaret etmektedir ki, "Onlar bizim veya dünyanın nezdinde kaybolmamıştır".

"Freirechtsschule"*

Hayrettin ÖKÇESİZ**

I

Yargıç önüne gelen olayda bir yargıya ulaşmak zorundadır. İleri sürülen savlar arasında adil bulduğu bir çözümle yargılamayı sonlandırmak görevindedir. Anayasaya, yasaya, hukuka bakarak ve vicdanının sesine kulak vererek bir kanıya ulaşmaya çabalar.

"*Yargıç*" yüksek bir bilinç ve duyunç düzeyini bize gösteren bir bilgin, bilge bir kişidir. Hukuku yapan, hukuk yaratan bir işe kendisini vermiştir.

Tartışma bu önkabullerle başlar. Yargıç yasanın altında mı, üstünde midir? Yargıç her defasında yasayı da mı yargılar? Yasayı da haksız bulma yetkisi var mıdır, hatta bu anayasa bile olsa? Yargıç özgür olmalı mıdır? Ne uğruna evet ya da hayır?

Immanuel Kant'ın önerdiği, aklın özel ve kamusal kullanım modeli[1] onun aklının ve ruhunun parçalanması demek olmayacak mıdır? Bu minvalde iki yüksek yargıçtan iki çarpıcı söz duymuştum:

İlki, "*Bağrıma taş basarım, babam olsa asarım*", İkincisi, "*Ölüm cezasına karşıyım, ama yasayı uygulamak zorundayım*", demişti. Oysa, bu denli bağlandığı yasa dahi o yargıca babasını asmak gibi bir mecburiyeti yüklemiyordu. Ölüm gibi bir cezayı öngören bir normu uygulamak görevi, hiçbir yargıcın hiçbir bağlılık uğruna adalet ufkunda yer almamalıydı. Bugün bu cezayı aştık, ama yargıçlar aynı şeyi benzer durumlar için söylemeyi hala sürdürüyorlarsa burada ciddi bir sorun yok mudur?

Kavramlar İçtihadı'nın ve Hukuksal Pozitivizmin yargıca söylettiği bu sözler karşısında, yargıcın başka sözler de söyleyebileceğini daha yirminci yüzyılın başlarında bugün için dahi ilginç ve verimli gördüğüm "*Freirechtsschule*"nin, "*Serbest Hukuk Okulu*"nun kuramcılarından öğrenebiliyoruz. Onlar şunları söylüyor:[2]

Hukuk uygulamasında egemen bilimsel yöntem, kavramsal-yapısal, yani yalnızca teknik bir hukuk bulmaya götürmektedir, öyle ki, kararlar sözde pozitif hukuktan çıkarsanmakta, ancak gerçekte bilerek ya da bilmeyerek, yargıcın gerçekleştirdiği yaratıcı etkinliği örtmektedir.

Bu sözleriyle Ehrlich yasadan çok, hukuk tekniğine cephe almaktadır. Bu teknik, yasayı, kapsamadığı olaylar için de uygulanabilir kılmaya çalışmaktadır.

** Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin 17-18 Nisan 2009 tarihinde düzenlediği "Norm Koyma, Hüküm Verme" konulu sempozyumda sunulan bildirinin tam metnidir.*

*** Prof. Dr. , Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi*

(1) Immanuel Kant, "Aydınlanma Nedir?" Sorusuna Yanıt (1784), çeviren: Nejat Bozkurt, b.y.: I. Kant, Seçilmiş Yazılar, İstanbul 1984, s.213 vd.

(2) Buradaki açıklamalar için bk. W. Krawietz, Freirechtslehre, b.y.: Historisches Wörterbuch der Philosophie, cilt 2, Darmstadt 1972

Adickes'e göre yasada boşluk durumunda, öznel akıl, yargıcı "*serbest hukuk bulmaya*" (freie Rechtsfindung) yöneltmekte, yetkin kılmaktadır.

1907 yılından beri Ernst Fuchs lafız -ya da kurgu hukukçuluğu'na (Buchstaben, Konstruktionsjurisprudenz) karşı hukuk biliminin salt normlar ya da sözler bilimi olmaktan kurtularak bir olgu-, değer bilimine (sach- und wertwissenschaft) dönüşmesini talep etmektedir.

Freirechtsschule sanıldığının aksine yargıcı yasadan koparmak istememekte; hukuksal kararları mantığa ve kurguya sarmalamak yerine, deneyimlenebilir hukuksal olguların ve ilişkilerde duyulan gereksinimlerin olageldiğinden daha çok dikkate alınmasını beklemektedir. Buna göre yargıcın görevi olayın gereklerine uygun hakkaniyetli bir karara ulaşmasıdır.

Yine Ehrlich, Serbest hukuk akımında şu savı yinelemektedir: Hukuk soyut hukuk kurallarından oluşan yetkin, kapalı bir sistem değildir. Aksine tekil kararlardan oluşmaktadır, öyle ki, bununla yargıç, mevcut hukuk normları kendisini terk ettiğinde, özgür bir hukuk bulma yoluyla hukuku zamanın gereksinimlerine uydurmaktadır.

Kantorowicz Serbest Hukuk görüşünün hukukun yöntem kuramının tüm alanını kapsadığını düşünüyor. Hukukun, yeni bir bilgi kuramına, hukukçu etkinliğinin yeni bir psikolojisine dayandığını, bu görüşün hukuktaki uygulama ve kuram bakımından geniş çaplı sonuçlar doğuracağına inanıyor. Ona göre, arzuladıkları hukuk bilimi, yönteminde ve kuramında antidogmatik olacaktır.

Ortodoks teolojiyle bir benzerlik görerek, dogmatik jurisprudentia'nın kendi reformasyonunu kaçırmış bir hukuk bilimi durumuna düştüğünü, teolojideki reformasyon gibi bunun da kendi yenilenmesini ve değişimini yaşaması gerektiğini de söylüyor. Komşu disiplinlere bakarak jurisprudentia'nın bir yandan psikolojiyle, öte yandan sosyal bilimlerle, özellikle iktisat ve sosyolojiyle birlikte etkileşim içerisinde bulunmalarını savunuyor.

Historisches Wörterbuch der Philosophie'ye "*Freirechtslehre*" konusunu yazan hukuk bilimcisi Werner Krawietz bu akımın iddia edildiği gibi felsefi bilinçten ve temellerden hiç de yoksun bulunmadığını söylüyor.[3] Eflatun, Aristoteles, Akino'lu Thomas, Bacon ve Leibniz üzerinden kendi bakışlarını pekâlâ felsefi açılara yerleştirebildiklerini belirtiyor:

Eflatun "*Politikos*", "*Politeia*", "*Nomoi*" adlı diyaloglarında Adaletli olan ile yasa; yasa normu ile somut olay arasındaki ilişkiyi tartışmaktadır. Buna göre genel bir norm olarak yasa ilişkin bulunduğu her somut olayda doğru yasa olamayabilir. Bu durumda yargıç yasayı yorumlayıp, uygularken recta ratio ile kendini yönlendirecektir. Eflatun'un düşüncelerini reddeden Aristoteles ise "*Nikomakos'a Etik*" ve "*Retorik*"te insan davranışlarının koşulsuz, tekil bir kesinlikle değil, aksine genel ilkelerle düzenlenebileceğini; yasanın genele yöneldiğini, yalnızca bu genel belirleyişte yerini bulan tekil olaylara uygulanabileceğini söylüyor. Eflatun yasanın doğru çözümü içeremediği olaylar karşısında onun eksik bulunduğunu söylerken, Aristoteles için bunun nedeni yaşamın öngörülemeyecek denli karmaşıklığında yatmaktadır. Böylelikle isteyerek ya da istemeyerek yaratılan bu boşluklar, bir yasakoyucu tasarlayarak hakkaniyetle doldurulacaktır. Eflatun ise yargı kararını yasanın bu hatası nedeniyle yasaya değil hikmet sahibi kral-yargıca bırakmaktadır.

(3) Ag.y. sütun:1100

Serbest Hukuk Okulu'nun giderek unutulmaya yüz tutması, birçok görüşünün bugünün hukuk biliminde ve hukuk uygulamasında karşılık bulmasına bağlanmaktadır.

Savingy'nin canones'ini geride bırakan, yasada sözlerden daha çok boşluk bulunduğunu söyleyen bu hukuk düşünürleri, Kıta Avrupası'nın memur yargıcının ve onun kullandığı hukuk tekniğinin, devletin yaptığı hukukun, tüm bunların somut olayda adaletin bulunması bakımından ciddi handikaplar oluşturduğunu bizim önümüze koymaktadır. Bu pencereden çok geniş bir ufka bakmak mümkündür: Gény'nin saydığı verilerle –gerçeklik verileri, hukuk tarihi verileri, hukukun rasyonel verileri, hukukun ideal verileriyle- de[4], bir yandan tarihsel hukuk okulunun ilk çıkış noktasından, sosyolojik hukuk görüşüne, bugünün olgunlaşmış biçimiyle bir hukuk sosyolojisine ve nihayet genel bir hukuk realizmine bakışımızı yöneltmemiz olanaklıdır.

Hukuk metodolojisinde bu çizgide elbette Menfaatler İçtihadı'ndan geçerek daha inceltilmiş bir Değerler İçtihadı'na dek gelinmektedir.

Bu Ayın başında (3 Nisan 2009) Maltepe Üniversitesi'nde kendisini dinlemek olanağını bulduğum Friedrich Müller de kendi "*Yapılandırıcı Hukuk Kuramı*"nın da, Serbest Hukuk Okulu'nun izlerini başlangıç noktaları olarak taşıdığını, tartışırken, ifade etmişti.

II

Serbest Hukuk, söylediklerinde ve çağrışımlarında, Max Weber'in biçimsel ussallığıyla ayakta duran biçimsel hukuk devletinin, hukuksal pozitivizmin ve monolojik modernist hukuk yaklaşımlarının kuşkuyla karşılandığı ve çok yakın bir gelecekte bunların iflaslarını öndeyileyen bir protesto hareketiydi. Bu düşüncenin yakın ve uzak anlam alanlarında, yaşayan her ne varsa onun adına ve nihayet Ehrlich'in çok açık ve doğrudan deyimiyle "*Yaşayan Hukuk*" adına ağır bir eleştiriye tabi tutulan kavramcı ve pozitivist bir hukuksal yargı uygulaması ve onun hukuk bilimi teşhir edilmektedir.

Serbest hukukçular, yargıçların yasada ve nihayet hukukta boşluk olmaz şiarınca, bulmak istediklerini önce bunların içerisine yerleştirdikleri bir hukuksal yoruma karşı durduklarını belirtirken, bu yargıçların dahi bir biçimde hukuk yarattıklarını söylüyorlardı. Kavramlar içtihadında, hukuksal pozitivizmde boşluğun reddi böylesine bir safdilliği ya da yerine göre bir ikiyüzlülüğü örtmeye yetmiyordu. Ancak bu tutum ve durum, yargıcın Serbest Hukuk'ta özgürlük içerisinde üstlendiği sorumluluk duygusuna karşıt olarak, keyfiliğin sürüklediği bir sorumsuzluğa ve sorumsuzluğun sürüklediği bir keyfiliğe açılıyordu.

Biliyoruz ki, yasaya bağlı bu yargıcın canones'inin kendi içerisinde bir öncelik sıralaması hiç söz konusu olmamıştır. Savigny, ileri sürdüğü canones'inde dilbilimsel, mantıksal, tarihsel ve sistematik yorum ögelerini yorum yöntemleri olarak sıralamaktaydı. Bugün, serbest hukuktan da çok şey öğrenmiş bir metodolojiden sayılmak üzere; daha gelişmiş biçimiyle K. Larenz yorumun beş ölçütünü şöyle sıralıyor: Normun sözü, yasanın bağlamı, normun düzenlenme amacı, tarihsel yasakoyucunun amaçları ve kural tasarımları, objektif-teleolojik ölçütler ile anayasaya

(4) Hamide Topçuoğlu, Hukuk Sosyolojisi Dersleri, s. 46 vd, s.52

uyumlu yorum buyruğu... H. J. Wolff'a göre ise, filolojik, mantıksal, sistematik, tarihsel, karşılaştırmalı, jenetik ve teleolojik yorumlarla bir hukuk normu somut olaya uygulanabilmektedir.[5]

Hukukla ve yasayla bağlı yargıcın yorum yöntemlerindeki bu özgürlüğü, tam da serbest hukukçuların biraz önce sözünü ettiğim saptamalarını haklı çıkarır niteliktedir. Yargıçların güya boşluk bulunmayan yasanın veya hukukun gerçekte var olan boşluklarını norm yaratan bir etkinlikle doldururken yöntem özgürlüğünü elden bırakmamaları ramazanda ağzında kayısı ıslatan bektaşinin orucuna benzemektedir.

Bugün artık yasada boşluk olacağını kabul ederken bu pozitivist dogmayı hukukta boşluk olmaz biçiminde öteleyerek yargıcın özgürlük bilinciyle hukuk yaratma sorumluluğuna kapıları yeniden kilitlemiş bulunuyoruz.

Yirminci Yüzyılın başında işittiğimiz bu serbest hukuk itirazını aynı kaygılarla bugün yeniden yapıyoruz. Bunun nedenleri üzerine düşünmeliyiz. Eflatun'un yasa'ya karşı duyduğu güvensizlik geçen yüzyılın başında ve sonunda ciddi kaygılarla yeniden duyulduğunda, bakışların yargıca yeniden çevrildiğini; ondan yeni bir yargıç-kral yapılmaya çalışıldığını; onun zihninde yine bağımsız bir recta ratio arandığını; bilimde ve uygulamada doğru hukukun bilgisine ulaşmakta, gerçeklik bilimlerinin kazanımlarıyla cesaretlenmiş yeni bir hukuk bilimi ve yargılaması umudunun yeşerdiğini görüyoruz.

Geçen yüzyılın başına değin hukuksal pozitivizmi destekleyen hukuk inancının ve koşullarının ardından gelen zaman aralığında serbest hukuk düşüncesini ve türevlerini geçerli kılacak derecede gerçekleşen bir değişimden sonra, bu son yıllara kadar egemen olan demokratik, maddi hukuk devleti inancı ve koşulları da yeniden bir hukuksal pozitivizmi ana hatlarıyla meşru göstermeye yeterli olmuştur.

Bugün bir "*postdemokrasi*" olgusuyla taşın yeniden aşağıya yuvarlandığı yerde, Sysiphos'un bakışlarını yeniden serbest hukukçuya ve serbest hukuk bilimine yöneltmesini anlayabilmek gerekiyor.

"*Post-Democracy*" (Oxford 2004) adlı yapıtın yazarı, Warwick Üniversitesi (İngiltere) Profesörü C.Crouch, bu olguyu şöyle betimliyor:[6]

"*Çağdaş demokrasilerde iki gelişme gözlemliyoruz. Postendüstriyel toplumumuzun sosyo-ekonomik alt katmanları, önceki endüstriyel dönemin işçi sınıfının başardığının aksine, kendi menfaatlerini ifade etmek olanağından yoksun bulunuyor. Buna karşın ekonomi elitleri çok açık hedef tasarımlarına ve güçlü bir ideolojiye, yani neo-liberalizme sahipler. Ulusalüstü çalışan sınai birlikler hükümetleri birbirlerine karşı kullanırken ve dünya ekonomisinde bir çok yönlendirici işlevi devlet makamlarının herhangi bir katılımı olmaksızın yerine getirirken, bununla büyük bir siyasi güç kullanabilme olanağını da elde ediyorlar. Tüm büyük partilerin küresel girişimlerin menfaatlerine öncelik tanımalarının nedeni budur. Nüfusun çoğunluğunu da oluştursa hiç kimse aşağı sosyal grupların sorunlarına ciddi olarak eğilmek istemiyor. Alttaki bu gruplar, menfaatlerini ancak kitle iletişim araçlarının dile getirebildiği mağluplardır. Ama ilginçtir ki, bu medya zaten küresel ekonomi elitlerinin önemli bir unsurudur. Bu nedenle hem sağ, hem sol parti liderleri sıradan yurttaştan uzaklaşırken, ancak kitle iletişiminin yöntem ve araçlarıyla onlarla bağlantıya geçiyor.(...) Partiler böylelikle üyeleri için devlet içerisinde makam, mevkii sağlamaya yönelik aygıtlara dönüşüyor.*"

(5) Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung, Frankfurt/M 1978, s. 19

(6) Die Zeit, 24.4.2008, s 54

Crouch'a göre demokrasi yerini artık yeni bir yönetim tarzına "*Postdemokrasi*"ye bırakıyor. Postdemokraside iktisadi seçkinler kendi medya birlikleriyle egemenlik kurmakta, parlamentonun elinden gücü alınmakta, siyasal partiler de birbirleriyle kolaylıkla değiş tokuş edilebilmektedir.

Hukuk Devleti'nin kilit taşı olan çağdaş yasa kavramından ve insan haklarına dayalı bir hukuk devleti anlayışından ister istemez kopmak zorunda bulunan bu demokrasi sonrası dönemin kendisi için hukuksal pozitivizimi ısrarla talep edebileceğini, ancak yargıcın bu koşullarda bu yönteme sadakatinin, adalete sadakat olamayacağını söylemek gerekiyor.

Bunu çok basit bir nedenle de söylemek mümkündür: Anayasamızdaki yasama normlarıyla, bir yasanın adaletine ilişkin inancımızı destekleyecek bir yasama sürecinin işlediğini inandırıcı biçimde ileri sürmek olanaksızdır. Bu normatif yapıyla, biraz önce betimlenen postdemokrasi koşulları bir arada düşünüldüğünde yargıcın işini ve kendisini niçin yasadan bağımsız düşünmesi gerektiğini, yasayı yapanlara karşı kendisinin niçin hukuk yapmak özgürlüğüne ve sorumluluğuna mahkûm edildiğini daha kolay kavrayabiliriz.

III

Tüm bu söylediklerimi suçlamanın, bu sözlerden ürkmenin ne denli ve ne uğruna şiddetli ve çok kolay olduğunu biliyorum. Bir hukukçu olarak hak vermek de isterdim. Yargıca kendi kararını özgürce vermek hakkını tanımanın en doğru yol olduğunu düşünüyorum. Yargıcın bir karar otomatı olmadığını, bize vermesi gereken her şeye önce kendisinin sahip olması gerektiğini düşünüyorum.

Yasanın yazıldığı gibi değil, okunduğu gibi olduğunu biliyoruz. Yargıca yasayı kendi gözleriyle okumak hakkını vermeliyiz.

Yasanın yasakoyucudan daha akıllı olduğunu söylerler. Yargıç da yasadan daha akıllıdır. O deyişi böyle tamamlamak gerekir.

Yasaları yorumlarken iki yasakoyucunun aklı kazılır. İlki tarihsel olandır. İkincisi ratio juris'i temsil eden yasakoyucudur. Bu yüzden Anayasamızda yargıcın buna uygun bir vicdanına ancak izin verilebilmiştir. Üçüncü bir yasakoyucuyu görmezlikten gelerek bu ikisini anlayabilmek hiç mümkün değildir. O, yargılama yetkisini ve yargıçlık payesini verdiğimiz yurttaştır. Ona güvenerek bu üçünü birlikte algılayabilir, tüm hukuku gerçek ve tüm gerçeklik temellerine oturtabiliriz.

Korkulan şey, kendi aklınca serbestçe karar veren yargıcın yanlış karar vereceğidir. Tekil olayda yasayı yanlış uygulayan ya da hiç uygulamayan yargıcın adaletsizliği ile açık ve ağır biçimde adaletsiz bir yasanın tüm yargıçlarca harfiyen uygulanmasının adaletsizliğini adalet terazisinde tartmalıdır. Kendisini özgür kılan yargıç bu sapmayı her zaman, her davada yapmayacağı gibi, yaptığı yerde de bunun sorumluluğunu taşıyacak güce ve bilince sahip olacaktır. Burada Radbruch formülünü anımsatmak isterim. Hukuk güvenliği yargıçlara güvenmekle gelen bir güvencedir. Uğruna adaleti göz ardı ederek kazandığımız bir kalite değildir.

Açıktır ki, yargı örgütünün yapısal özellikleriyle mesleğe kabul ve terfi sistemi bir yandan, muhakeme hukukunun yetki, görev ve denetim ilkeleri öte yandan burada söylediklerimin dikkate alınmasını epeyce zorlaştırmaktadır. Ancak her yargıç kendisini buna rağmen aktif bir konuma geçirme çabası gösterebilir, Kant'ın böldüğü aklını bir bütün olarak kullanma niyetini ve cesaretini gösterebilir.

Kantorowicz'in şu sözleriyle bildirimin sonuna geliyorum. Diyor ki: "*Hukukun bu yeni tasarımı doğal hukukun değişik bir biçimde yeniden doğuşu olmaktadır*"[7], "*Bizim Serbest Hukuk'umuz 20 yüzyılın doğal hukukudur. Bizim hukuk felsefemizin Pufendorf'unkiyle, Wollf'unkiyle pek az bir ortak noktası vardır*"

Biliyoruz ki, bu sözlerin söylendiği zamandan sonra iki büyük dünya savaşı yaşanmış, hukuk ve devlet adına tüm düşünülmüş olanlar yeniden gözden geçirilmişti. Hukuk felsefesinde doğal hukukun güçlü bir dönüşünden, bir "*Rönesans*"ından dahi söz edilmişti. Öyle görünüyor ki, yeni yüzyılın başında Serbest Hukuk, doğal hukukun yeniden dönüşü gibi, hukuk felsefecilerini ve hukuk dogmatikçilerini yeniden meşgul etmeye başlayacaktır.

Serbest Hukuk Kuramcıları gibi düşünmeyenlerin de hukuk üzerine serbestçe düşünmelerini, bunu sıkça yapmalarını diliyorum.

(7) Herman U. Kantorowicz (Gnaeus Flavius), Die Neue Auffasung vom Recht, b.y.: Begriff und Wesen des Rechts, yayıma hazırlayan: Werner Maihofer, Darmstadt 1973, s. 270 (Der Kampf um die Rechtswissenschaft, Heidelberg 1906, s. 10-19'dan)

Hukuka Felsefe Düşünmek[1]

Hayrettin ÖKÇESİZ[2]

I

Seminer başlığında yer alan "*Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek*" ibaresini okuduğumda, onun bize bugün, "*hukuka yeniden bir felsefe düşünmek*"; belki "*yeni bir felsefe düşünmek*" gereksinimiyle karşı karşıya bulunduğumuzu anlatmaya çalıştığını düşündüm. "*Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar*" diyerek ardından gelen kısımsa ciddi bir sıkıntıya işaret eder gibi görünüyordu. Öte yandan bu seminer başlığını; düşünülmüş hukuk felsefelerinin, *philosophia perennis* anlamında, geleceğe yansımasını sağlamak bakımından, felsefe yapmayı sürdürme çabası olarak da anlamak mümkündü. "*Hukuk Felsefesini yeniden düşünmek*" belki bunlardan daha başka bir kaygıyı duyumsamamızı bekliyordu...

Bu sanıların her birinin isabetli ve gerçek olduğunu söylemekte bir sakınca bulunmuyor: Hukuka yeniden bir felsefe düşünüldüğü bir dönemdeyiz. Hukuka yeni bir felsefe arayışı içerisindeyiz. Bu gayretin aslında, süregiden felsefenin doğal akışında kendi mütevazı yerini almak durumunda olduğunu biliyoruz. Nihayet, kendisinden bunca uzak düştüğümüzü gördüğümüz bu yerde Hukuk Felsefesini yardıma çağırmamız gerektiğini bilgeler bize ısrarla söylüyor.

Geçen yüzyılın "*biçimsel hukuk devleti*" çerçevesinde gerçekleşen pozitivist ve kavramcı hukuk uygulamasına yeni ve farklı bir doğal hukukçu yelpazede mücadele verilmişken; bugün yeniden biçimselleşmiş bir hukuk devleti olgusu çerçevesinde aynı tutumlarla, küreselleştirmenin taşeronluğu rolünün biçildiği bir hukuka yine felsefeyle karşı durmak gereksinimi duyulur olmuştur. Çünkü bu yeni aşamada karşı taraf da kendi silahlarının meşruluk kılıflarını felsefeye sipariş vermekle meşguldür.

Görülüyor ki, hukuka yeniden felsefe düşünüldüğü, her kesimin yeni bir felsefe arayışı içerisine girdiği bir yüzyıldayız. Hukukun yeniden felsefeyle düşünüldüğü bu aşama yeni doğum sancılarının yaşandığı bir siyasal-toplumsal gerçekliğin zorunluluklarına bakmamızı emrediyor. Yargıcın işi zorlaşıyor. O yeniden özgürlüğe mahkum ediliyor. Memur olmanın cennetinden yeniden kovuluyor.

Aslında kalıplar değişmiyor. Tahakkümün mantığı, tutkusu ve düzeneğiyle, karşı koymanın ruhu ve yazgısı bildik bir çarkın gerçekliğini asla unutturmuyorlar...

Hukuka felsefe düşünmek, başka toplulukların giriştiği ve filozofların

(1) Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Araştırma ve Uygulama Merkezi 24 Haziran 2009'da İstanbul'da "Hukuk Felsefesini Yeniden Düşünmek: Hukuk Teorileri, İnsan Hakları ve Anayasalar" konulu seminerde sunulan bildirinin tam metnidir.

(2) Prof. Dr. Hayrettin Ökçesiz Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesidir.

hukukun niteliğine ilişkin düşündüklerinden ve düşünmelerinden farklı bir arayışı dile getiriyor. Bu topluluklar siyasetçiler, yargıçlar, diğer uygulamacılar, dogmatik hukuk bilimcileri, bunlara benzer başkaca "*eylem-kurgu*" aktörleridir. Bunların yaptıkları, aradıkları felsefe, güdülenme bakımından, kendilerinden yoğun biçimde yararlanmalarına rağmen, daima filozoflarınkinden başka bir şey olmuştur. Bu, kuramsal ilgiyle düşünülenlerin, eylemsel bir kaygıyla gözden geçirilmesidir.

Bu anlamda hukuka felsefe hep düşünülmüştür. "*Hukuk*" aslında çıplak bir olgudur. Toplumsal yaşamı biçimlendirir, yönlendirir, iktidar kalıplarını kurar, kurgular. Sayısız örnekleriyle, kimilerinin karşısında ve gözünde asar, keser, kırar, döker... Nihayetinde "*herkese hakkını verir*" (*suum cuique*). O bir olgudur. "Hukuk" olup olmadığını biz tartışır dururuz. Bu olgunun egemenleri güçlerini pekiştirmek için bu tartışmaya müdahale etmeyi konumlarının önemli bir yönü olarak görürler. Hukuka felsefe düşünürler. Oysa biz bu hukukun ne denli adil ya da hukuk olduğunu tartışırken, onlar adaletin ve hukukun kendi koydukları şey olduğunu dikte etmenin tüm sosyal-siyasal, sosyopsikolojik araç-gereçlerini başarıyla kullanmaya bakarlar. Böyle bakıldığında, Habermas'ın tahakkümden ari ideal diskursu bir safdillik olarak görünür. Yanlış değil, ama gerçekten ideal bir tartışma ortamı... Tartışmanın kendisinden ve kendisinin sürekliliğini sağlayan hakikat değerinden gayri bir ideali olabilir mi gerçekten? Tartışmayacağız; ya da tartışmak istiyorsak, bunun başka bir anlamının ve amacının olması olanaksız, demek geliyor akla. Demek ki, tartışmayacaksak, o zaman düşünülenin bir tahakküm aracı olmasına uygunluğuyla ilgileneceğiz.

Hukuka felsefe düşünmek ona yeniden bir felsefe düşünmekse, bu; önceki felsefenin işlevsiz kaldığı; onu gözden geçirmek gerektiği, eski anlam örgüsüyle tahakküme yeterince hizmet edemediği gibi kaygılarla yeniden bir zihinsel-kültürel etkinliğe girişmek niyetini içerebilir. Bu bir onarma, geliştirme olabileceği gibi hukuka yeni bir felsefe düşünmek de olabilir. Bu son durumda, tahakkümün yeni aktörlerinin tarih sahnesinde belirdiklerini ve kalıcılıklarının yeni anlamlara gereksinim duyduğunu, ancak yeni anlamlarla tahakkümlerinin sürebilmesinin olanaklı bulunduğunu söylemeliyiz.

Bu belki kaderci ve kinik bir yaklaşımdır. Ama, *de facto*'nun bir *de iure*'ye dönüştürülmesi; bununla kalıcı ve egemen kılınması; bu anlamsal gücün aktarılması ve öğretilmesi; kökünden çürütülmesine izin verilmemesi gibi eğilimlerin siyasal yapıyı biçimlendirmesi, kurumlaştırması, kemikleştirmesi de o denli, nahoş, tedirgin edici duygu ve düşüncelerle algılanan bir gerçektir.

Felsefe, baş kaldırmanın da içindedir: Yeni bir hayat düşünüldüğü için başkaldırırken, başkaldırının bir hayati güce dayanmak ihtiyacı vardır. Bunları bazen birbirinden ayırmak zorlaşır. Biri diğerinin yerine geçer durur. İnsan Marks'ın dediği gibi, yaşadığınca düşünmez sadece. O düşündüğünce de yaşar. Yaşamın, eylemin, tüm olup bitenin düşünmeyle, felsefeyle gidiş gelişi böyle bir şey. Marksistler bunu bir, tekyönlü yol olarak görürken, Varoluşçular tersine yürümeyi onurlu bir duruş olarak alkışlıyorlar.

Hukuka felsefe düşünmek'te tüm kaygının, önemli bir yönüyle, meşruluk arayışı olduğunu; bu arayışın tüm ihtirasının tahakkümde düğümlendiğini görüyoruz. Ama yeni bir paylaşım

tasarımıyla başını kaldıranların hukuka düşündükleri yeni felsefe de, düzene dönüştükten sonra, bir başka tahakkümün felsefesi olacağının tohumlarını taşıyacaktır. Ancak bunun kısır bir döngüselliğe saplanma olacağını söyleyemeyiz. İlerleyen bir burgusal devinimin tarihin yasalarından sayılması gerektiğini düşünüyorum.

Hukuku düşünmek ile hukuka felsefe düşünmek arasında; günümüzün yerel-küresel siyasal olayları karşısında, hukuk adına olan bitenlere bakarak bizim ilkiyle birlikte, ikincisini de düşünmek durumunda bulunduğumuzu söylemek gerekiyor: Bir yandan, çıplak gerçekliğe hukuk biçerken; bir başka yandan gerçekliğin bir biçimde normlara sıkıştırıldığı mevzu hukuka meşruluk argümanları kotarmak telaşıyla biz hukukçular "*Hukuk Felsefesi*"nin tezgahlarında mekik dokuyoruz. Amaç-araç şemasında koşullu düşünmelerimizin gereksindirdiği anlam örgülerini, hukuku düşünenlerden ödünç almaya çalışıyoruz. Hukuku düşünmek pür mahiyet ilgisinden daha başka bir şey değildir. Bu ilgiyle söylenenler, sosyal-siyasal hedeflere en uygun taşıyıcılar olabilmektedir. Teorinin pratikle ilişkisi ve pratiğin teoriye olan ilgisi bu yönüyle de hukuku giydirmeye; gerçekliğe normatif kaplar kurgulamaya yönelik çalışmanın zemininde yer almaktadır.

II

Bugünlerde yeniden gündeme getirilen anayasayı değiştirme çabaları ve çalışmaları arasında, kimi taslaklarda, öncekilerde olduğu gibi yenilerinde de, Alman Anayasa'sının birinci maddesinde yer alan bir hükmün ilk tümcesinin anayasamıza ithal edilmek istendiği görülüyor. Bu hüküm Avrupa Birliği anayasa taslağında da yer almıştı. Doğu Bloku'ndan Birliğe geçen devletlerin yeni anayasalarını da süsleyen bu yalın ve çarpıcı tümce şöyledir: "*Die Würde des Menschen ist unantastbar*"– "*İnsan(lık) onuruna dokunulamaz*"...

Bu tümce çevresinde tartışılanları izlediğimizde; bu tümceyle ulaşılmak istenenlerin türlülüğüne ve aralarındaki çelişkilere baktığımızda, buraya kadar söylediklerimin ironik ve kinik hatları daha da belirginleşiyor.

Bu tümcenin istisnasının bulunmadığını biliyoruz. İnsan onuruna hiçbir surette dokunulamaz. Bu normun düşünsel ve olgusal köklerini göz önüne getirdiğimizde bu istisnasızlığı kolaylıkla onaylayacağımızı görebiliriz. Ancak, bu onayımızla birlikte, pek çok ve farklı derecelerde istisnanın, yurttaş olarak, hukukçu ya da felsefeci olarak bizim açık ya da üstü örtülü rızamızla gündelik yaşamı terörize ettiğini kime nasıl açıklayabileceğiz?

Kimin olursa olsun, Söz gücünü inanılmasından alıyor. Söz, gücün sözü de olabilir. Güç, bizi kendi sözüne inandırarak hükmünü sürüyor. Gücün siyasi pratiğiyse, insan onuruna bu dokunulmazlığın mutlak olmadığını, sergilediği pek çok fiiliyle gösteriyor. Güç bu fiillerinin retoriğini başarıyla kurguluyor. Dokunmanın haklılığı alkışlanır oluyor.

Her güç insan onuruna dokunmaya meylediyor. İnsan onurunun koşulsuz dokunulamaz olduğunu savunanlar sözün gücünü kurmakta ikircikli kalıyorlar ve asla yeterli niceliğe ulaşamıyorlar. Bu yüzden anayasalarda böylesine bir karmaşa, boz bulanık bir hal söz konusu oluyor. Fiilen sayısızca ve pervasızca dokunulan İnsan onuruna hukukla ve felsefeyle de dokunulabileceğinin "*hukuka yeniden felsefe düşünmek*" anlamında birkaç örneğini burada zikretmek istiyorum:

İlk örnekte; Hobbes, Rousseau, Fichte ve Kant'a dayanarak, "*düşman-*

dost" kategorilerini kullanmış olan (Nasyonal Sosyalist siyasetin ünlü düşünürü) Carl Schmitt'e uygun biçimde bir "yurttaş ceza hukuku-düşman ceza hukuku" ayrımı tasarlanıyor. Devlet ile sözleşme yapmış bireylerin devlete karşı ileri sürdükleri ve devletin tek meşruluk nedeni olan "*güvenlik hakkı*"nın korunması görüşün temeline yerleştiriliyor: "*Her kim kişisel davranışında yeterli derecede bilişsel güvenlik sunamıyorsa, kişi olarak muamele görmeyi bekleyemeyeceği gibi, devlet de ona asla bir kişi muamelesi yapamaz. Aksi halde, diğer kişilerin güvenlik hakları ihlal edilmiş olur.*" Hukuk Filozofu ve Ceza Hukukçusu Günther Jakobs bu, güvenlik hakkına dayalı "*Feindstrafrecht*" – "*Düşman Ceza Hukuku*" tezini aşağıdaki altı noktada özetliyor:

"*◦ Vatandaş ceza hukukunda cezanın belirgin işlevi karşılık vermedir. Düşman ceza hukukunda ise bir tehlikenin bertaraf edilmesidir. Bu ideal tipler uygulamada katışıksız bir biçimde görünmezler. Her iki tip anlayışı da meşrudur.*

◦ Sözleşme kuramına sıkı sıkıya bağlı bir doğal hukuk anlayışında her suçlu bir düşmandır (Rousseau, Fichte). Normatif beklentiler karşısında muhatabı sürekli var kılabilmek için temelde sapmamış olana yurttaş statüsünü taşımasına izin vermelidir (Hobbes, Kant).

◦ Temelde sapan kimse, kişisel davranış için bir güvence vermemektedir. Bu nedenle yurttaş olarak muamele görmek yerine, bir düşman olarak onunla mücadele edilmelidir. Bu mücadele yurttaşların meşru bir hakkına, yani güvenlik hakkına dayanarak yapılmaktadır. Cezadan farklı olarak, burada düşman dışarıya atılmaktadır.

◦ Maddi hukuktaki karşıt eğilimler - tehlikeyi bertaraf etme - karşılık verme - usul hukukunda da kendi koşutluğunu bulmaktadır.

◦ Ceza hukukunun birtakım düşman ceza hukuku normlarıyla bezenerek bir karışıma gidilmesi karşısında, hatları açıkça belirlenmiş bir düşman ceza hukuku hukuk devleti bakımından daha az tehlikelidir.

◦ İnsan hakları ihlallerinin uluslararası ya da ulusal düzlemde siyasi bir darbeden sonra cezalandırılması düşman ceza hukuku hatları taşımaktadır. Bu cezalandırma ise meşruluk sınırlarının dışına düşmemektedir."[3]

Jakobs teröristlere ve devletin mutlak düşmanlarına karşı böyle bir düşman ceza hukukunu öneriyor. Bu düşman ceza hukukunda düşmanın normal durumda bir kişi olarak taşıyabileceği tüm haklar askıya alınacağı için "*suçsuzluk karinesi*" de kendisine tanınmayacaktır. Hukuk devletinin böylesine önemli bir temel taşının bu olayda güya haklı olarak çekilip alınması sonunda devletin tüm hukuka ve yurttaşlara karşı terörüne yol açacaktır. Bu Devlet Terörü tüm hukuk devletini sonunda bir kaosa sürükleyecektir.

Diğer örneği; yine bir başka Alman hukuk filozofu Winfried Brugger'in işkencenin yasal olabileceği koşullar üzerine yaptığı çalışmalardan vermek istiyorum.[4] Bu kişi yazılarında işken-

(3) Günther Jakobs, HRRS Maerz 2004 (3/2004), s. 95; Jakobs'un yazıları için ayrıca bk., Terör ve Düşman Ceza Hukuku, yayıma hazırlayan: Yener Ünver / Kayıhan İçel, Ankara 2008, s. 489 vd.

(4) Humboldt Forum Recht, 2002, Beitrag 4, "Darf der Staat foltern?" – Eine Podiumsdiskussion, b.y.: http//www.humboldt-forum-recht.de/4-2002/Drucktext.html, 11.12.2005; Ayrıca bk. Hayrettin Ökçesiz, "Düşman Ceza Hukuku" Düşüncesinin Eleştirisi, b.y.: Terör ve Düşman Ceza Hukuku, yayıma hazırlayan: Yener Ünver / Kayıhan İçel, Ankara 2008, s. 557

cenin kendi ülkesinin ve Avrupa'nın hukukuna göre belirli koşullarda nasıl hukuka uygun olacağını göstermeye çalışıyor. Bu eğilimde olanlar "*Rettungsfolter*" –"*Kurtarma İşkencesi*" dedikleri bir takım suç fiillerinin hukuka uygunluğunu ileri sürüyorlar. Bu hukukçu filozofların niyeti, bu niyeti kötüye kullanacak olanlarınkinden daha kötü değil elbette: Onlar kurtarma amacıyla işkence yapan devlet memurunun birkaç yıllığına hapis yatmaması için bu formülleri geliştiriyorlar. Hayatları, şehirleri, maddi, manevi değerleri kurtarmak için işkence yapmayı ahlaki bir görev sayanların bunun karşılığında birkaç yıl hapis yatmaktan birtakım hukuk kurnazlığıyla kurtulmasını istiyorlar. Güya insanlık uğruna haklı görülen durumlarda işkenceye cevaz vermekle yarattıkları tehlikenin, işkence yapmakla savuşturulacak tehlike karşısında taşıdığı azameti belki göremiyorlar. Oysa asıl tehlike, bu kapı aralandıktan sonra ya da bu kapıyı aralayarak ulaşılmak istenen sonuçların hizmete hazırlandığı yeni bir insanlık durumunda çocuklarımızın başına gelecek olanlardır.

Her iki örnek çerçevesinde düşünen bu Alman filozof dostlarımızın kendi ülkelerinin Anayasasındaki bu birinci maddenin ilk tümcesiyle hiçbir sorunlarının bulunmadığını; onunla gurur duyduklarını dahi söyleyebilirim. Terör suçluları ve işkence yasağı bağlamında verdiğim bu iki örnekte algılamış olabileceğimiz tehlikenin belki çok üstünde görülebilecek başkaca insan onuru ihlallerinin pek yaygın biçimde ortaya çıkabileceği bir başka alanı da, yine "*hukuka yeniden felsefe düşünmek*" anlamında, izleyen örnekler arasında zikretmeliyiz: tıp tekniğinin, gen teknolojisinin, nano-biyoteknolojinin bugün ulaştığı noktada talep ettikleri şeyin, Jakobs'un ve Brugger'in öngördükleri ortak yarardan ve yaratacakları siyasal yapıdan pek farkının bulunmadığını evleviyetle söyleyebiliriz.

Anayasamıza alırsak, biz bu "*İnsan onuruna dokunulamaz*" tümcesini nasıl anlayacağız? Bu iktibas bir yenilik olabilecek mi? Yoksa o yalnızca eski bir yenilik mi olacak? Her bir durumda da, hukuka "*anlam verme*"nin bütünüyle iradi ve siyasi olduğunu, hakikatle ilişkisinin koşullu ve göreli bulunduğunu söylemek kalıyor bize. Burada sözünü ettiğim şey siyasilerin meydanları inletirken anlattıklarıdır daha çok. Onlar Hukuku düşünmezler, hukuka anlam düşünürler. Bu onları filozof yapmaz, ama bu anlamı onlarla birlikte düşünen filozofları işbirlikçi yapabilir.

Öyle görünüyor ki, hiç kimse Marks'ın "*Siyasal İktisadın Eleştirisi*"nin hemen girişinde söylediği şu sözün üzerinden sorunsuzca atlayamıyor: "Her üretim tarzı kendi hukuksal ilişkilerini, yönetim biçimini vs. yaratır".[5] Elbette buna hukuk felsefesi de dahildir.

III

İnsan Hakları Felsefesinde de aradığımız her yanıt buradaki bağlamda, vereniyle ve taşıdığı anlamıyla, Tahakküm ilişkisinin bir yanına hizmet edecektir. Burada uzunca sıralayacağım şu sorulara[6] ve sorun alanlarına verebileceğimiz her bir yanıtın nasıl bir yaşam

(5) Oskar Negt, 10 Thesen zur marxistischen Rechtstheorie, b.y.: Probleme der marxistischen Rechtstheorie, hazırlayan: Hubert Rottleuthner, Frankfurt/M 1975, s. 10

(6) S.Gosepath ve G.Lohmann'ın, yayıma hazırladıkları "İnsan Hakları Felsefesi"nde (Frankfurt/M 1998) O. Höffe, E. Tugendhat, P. Koller, A. Wildt, O. O'Neill, E-W. Böckenförde, R. Alexy, A. Wellmer, R. Dworkin, S. M. Okin, H. Shue, ve T. Pogge ile birlikte yanıt aradıkları sorulardan bazılarını (a.g.e. s.7-28) burada sunmak istiyorum. Buradaki alıntılar için bk. Hayrettin Ökçesiz, Hukuk Politikası'ndan, İstanbul 2008, s. 60 vd.

pratiği yaratabileceğini görmekte zorlanmayız.

• İnsan haklarının salt anlam bakımından ne olduğu, bunların devlet üstü ahlaksal haklar olarak hukuksal temel haklardan ayrı tutulmasının gerekip gerekmediği veya yalnızca bir hukuk kavramı olup olmadığı...

• Bu bağlamda 'haklar'dan neyin anlaşılması gerektiği, hakların, ödevlerin, dava ehliyetinin, yaptırımların birbirleriyle olan ilişkisinin nasıl anlaşılacağı... Kavramsal olarak bakıldığında hakların neyi, nasıl koruduğu, bu hakların öznesinin kim olduğu, klasik bireysel insan haklarının yanında kolektif insan haklarının da bulunup bulunmadığı, hakların taşıyıcılığının nasıl tanındığı, buna uygun olarak ödevlerin muhataplarının kim olacağı...

• İnsan haklarının farklı türlerinin bulunduğu dikkate alındığında, bunları insan hakları olarak anlayabilmek için ortak noktalarının neler olduğu... Nihayet "*İnsan*" veya "*insan onuru*" kavrayışına ne anlam verileceği... Bunların arkasında antropolojik veya kültürel bir kavrayışın mı bulunduğu... Cinsiyet farkının bu kavram bakımından bir öneminin bulunup bulunmadığı... Hayvanlardan ayrılmanın zorunlu olup olmadığı...

• İnsan haklarının felsefi kavranışının türlülüğü, temellendirme veya temellendirilebilme sorununda da kendisini göstermektedir. Bunun imkânsızlığını ileri süren, dolayısıyla insan haklarının varlığını reddedenlerden (Bentham, MacIntyre) başlayarak, temellendirilmişliğinden mutlak surette emin olanlara kadar geniş bir bakış yelpazesi bulunmaktadır.

• Temellendirme sorunsalı bakımından genel olarak şu soru önemlidir: İnsan haklarının tamamını bireysel özgürlük hakları olarak mı almalıdır? Ve hangi özgürlük kavramı esas alınacaktır? Veya temelde korunması gereken ihtiyaçlara ve yeteneklere dair antropolojik düşünceler mi yol gösterecektir? Bu açıdan antropoloji, ahlak, hukuk ve politika arasındaki ilişkilere dair sorular sorulmaktadır. Bunlarla sıkı bağlantı içerisinde insan haklarının çevresi, etki mesafesi, hiyerarşik düzeni üzerine görüşler de ileri sürülmektedir. İnsan haklarının içeriksel düzeniyle ilgili sorulardır bunlar. İnsan haklarının klasik ayrımı olan liberal özgürlük hakları, siyasal katılım hakları ve sosyal paylaşım haklarıyla (Jellinek, Marshall) bir hiyerarşik ilişkinin bulunduğu veya yalnızca özgürlük haklarının evrensel geçerlilik taşıdığı, diğerlerinin yalnızca yurttaş hakları olarak anlaşılması gerektiği kanısı uyanmıştır.

• Bununla bağlı ödevlerin de aynı kapsam ve düzeyde karşılık gelip gelmeyeceği, negatif ödevlerin herkese, pozitif ödevlerin yalnızca belirli kişilere yüklenip yüklenmeyeceği de sorulmaktadır. Son olarak, insan hakları kataloğunun hangi argümanlarla genişletilebileceği veya sınırlı tutulması gerektiği, bunun yerinde olup olmadığı da sorulmalıdır. Avrupa İnsan Hakları konvansiyonuyla ardından gelen Afrika, Asya ve İslam konvansiyonları da aynı insan hakları anlayışını mı taşıyorlar? Evrensel insan haklarını tamamlayıp somutlaştırıyorlar mı veya kültür ve din temelli kısmi tasarımlarla ikame mi ediyorlar?

• İnsan Hakları yalnızca bireysel özgürlüklerin korunmasına mı veya aynı zamanda değerlerin ve olanakların toplulukça güvenceye alınmasına da mı hizmet etmelidir? Bu sonuncusu talep hakları veya sosyal haklar olarak adlandırılmaktadır. İnsan haklarının en tartışmalı olan sınıfı budur. Sosyal hakların kapsamı ve etki mesafesiyle,

ifasındaki öncelik, geçerlilik stratejisinin türüne göre nasıl belirlenecektir? Bir görüşe göre sosyal haklar her şeyden önce insanın ana gereksinimlerinin karşılanmasını insan haklarının dünya çapında asgari ve yeterli düzeyde güvenceye alınmasında yaşamsal ve temel karakter olarak görmektedir (Okin, Nussbaum).

• Başka adalet kuramları sosyal hakları, herkesin sosyal adaletli, olduğunca eşitlikçi bir değerler dağılımına olan eşit talep hakkı olarak anlamaktadır. Sosyal insan haklarının sosyal adaletle örtüştürülmesi bizim insan hakları anlayışımızla bağdaşır mı? İnsan haklarından adaletin bütünü değil, yalnızca ve özellikle temel haklar mı anlaşılıyor?

• İlkönce hangi devlet biçiminin insan haklarını pozitifleştirmenin gereklerine uygun düştüğünü sormalıdır. Biçimsel hukuk devleti yeterli midir (Böckenförde)? Veya yüksek düzeyde bir talep için anayasal hukukça denetlenen sosyal hukuk devleti mi gereklidir (Alexy, Habermas)? Sınırlı bir biçimde hukuk devleti olarak nitelenebilen devletlerde insan haklarının ne gibi bir anlamı vardır? Batı demokrasileri insan haklarını korumayı temel haklar olarak güvence altına alıyorlar, fakat demokrasi ilkesiyle demokratik tayin hakkından üstün tutulan insan hakları arasındaki gerilimin nasıl açıklanacağı belirsizdir. İnsan haklarının ahlaken üstünlüğünü savunan liberal görüşlerle halk egemenliğinin üstünlüğünü savunan cumhuriyetçi tutumlar birbirleriyle çatışmaktadır. Bu gerilim her iki ilkenin aynı kaynaktan geldiğinin kabulüyle çözülebilir mi (Habermas)? Veya siyasal katılım haklarının insan haklarının merkezi kesimini oluşturduğu düşünüldüğünde, ahlaken temellendirilmiş bir öncelik temsil edilemez mi (Larmore, Höffe, Dworkin)?

• İnsan hakları demokratik hukuk devletlerinin dış ilişkilerini de baskı altında tutmaktadır. Devletler hukukuyla ulusları aşkın hukuk, insan haklarının normatif önlemlerine mi tabi tutulmalıdır? Bu, karmaşık ve küresel hukuksal gelişmeler karşısında mümkün müdür? Kant'ın Dünya yurttaşlığı ve egemen cumhuriyetlerin milletler topluluğu düşüncesi bunun için yeterli midir? Yoksa, bir çeşit Dünya Devleti mi tasarlanmalıdır? Demokratik ulusal egemenliğin sınırlandırılması nereye kadar uzanabilir?

• Devletlerde insan haklarının ağır ihlalleri karşısında dışarıdan müdahale için hangi argümanlarımız olabilir? Gerçekten barışa dair bir insan hakkı var mıdır? Devletler hukukunun barış ilkesiyle insan haklarının normatif gereklerinden kendi kaderini tayin hakkı arasındaki ilişki nedir?

• Ulusal ve uluslararası çalışan sivil toplum insan hakları örgütleri bu çerçevede nasıl bir rol oynamaktadır?

• Geleneksel anlayışa göre insan hakları koşulsuz ve evrensel bir geçerliliğe sahiptir. Buna karşın kültüre bağımlılık itirazıyla Avrupa-merkezcilik ve emperyalizm suçlamaları da yapılmaktadır. Bu durumda araştırmalar kültürler arası diyalogla kapsamlı bir konsensusa ulaşabilir mi? Antropolojik bir asgari tasarım yardımcı olabilir mi? Veya evrensellik talebinin niçin gerekli olduğuna dair ahlak felsefesine dayalı bir yeniden düşünüş mü gerekmektedir?

İnsan Hakları felsefesinde sorabildiğimiz bu gibi sorulara verilecek yanıtların, aynı zamanda bir hukuk felsefesi olarak da, yalnızca pür bir mahiyet ilgisinden kaynaklanabileceğini söylemek mümkün müdür?

İnsan haklarını temellendirmeyi; gücü insan haklarıyla temellendirmeyi (sınırlamayı) ve gücün kendisini insan

haklarıyla temellendirmesini (genişletmesini) buradaki ayrımla; ilkini hukuku düşünmek, ikincisini ve üçüncüsünü hukuka felsefe düşünmek olarak niteliyorum.

Öyle görünüyor ki, insan hakları bakımından ilkini, diğerlerini dikkate almaksızın başarmak mümkün değildir. Öyleyse, ilk ikisini çok iyi yapmalıyız ve üçüncüsüne izin vermemeliyiz! Şu halde "*İnsan Hakları*" bir muhalefet felsefesi olmak ve öyle kalmakla safiyetini koruyabilecektir. Pozitif hukuk da, "*İnsan Hakları*"na uygun bir hukuk düzenini kurmak çabasıyla sürekli onarılıp geliştirilerek bu muhalefetten meşruluk onayını alabilecektir.

İnsan hakları, düzen kurmak için değil düzenleri yargılamak için bizim üzerinde yoğun ve yaygın biçimde düşünüp eylediğimiz anlam bütünlükleri olarak görülmelidir.

İnsan haklarımızı Tahakküme karşı belki ancak bu bakışla ve duruşla koruyabiliriz. Bildirimin başlığı sonunda, "*Hukuka İnsan Hakları Düşünmek*" olmaktadır.

Toprak, Toplum ve Devlet* (1900)

Friedrich RATZEL**

*Çeviren: Aslı TOPUKÇU****

I. Toprak ve Toplum

Devlet topraksız ve sınırsız düşünülemeyeceğinden hızla bir siyasal coğrafya oluşturuldu. Siyasal bilimlerde alan etkeninin ve konumun çoğunlukla göz ardı edilmesine karşın, devletin hiçbir şekilde topraktan vazgeçemeyeceği görüldü. Devlet teorisinde toprağı soyutlamak geçici olarak başarılı olmaktan öte geçemeyen boş bir girişimdir. Bunun aksine, bütün coğrafi görüşlere tamamen yabancı olan toplum teorileri de bulunmaktadır. Bu teoriler modern sosyolojide çok az yer tutmaktadır ve bunların yer aldığı bir esere rastlamak son derece istisnai bir durumdur. Sosyologların çoğu, insanı toprakla ilişkisini göz ardı ederek, sanki havada oluşmuş gibi incelemişlerdir. Bu görüşün hatası gözden kaçmaktadır; gerçek şu ki, toplumun alt biçimlerinin aşırı basitliği onları devletin ilkel şekillerine benzetmektedir. En basit yapıda devletler kendilerine ait toprakları olmadan var olamıyorlarsa, en basit toplum tiplerinin de var olamayacağı sonucuna ulaşılmaktadır. Bu durumda da; toprağa bağımlılık, insanı ülkeye bağlayan her türlü nedenin sonucudur. Devletin ihtiyacı olan en önemli alanlar nedeniyle

** Makalenin özgün başlığı: Friedrich Ratzel (1844-1904) " Le sol, la société et l'État, " L'année sociologique, 1898-1899, 1900, pp. 1-14. Makalenin Fransızca metnine ulaşmak için bkz: (Çevrimiçi) http://classiques.uqac.ca/classiques/ratzel_friedrich/Sol_Societe_Etat/ratzel_le_sol_societe_Etat.doc*

*** İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.*

****Çevirenin Notu: Friedrich Ratzel, 1844-1904 yılları arasında yaşamış, coğrafya ve etnografyanın gelişmesinde önemli bir role sahip Alman bilim adamıdır. İnsan topluluklarının geliştikleri bölgelerle ilişkili olarak oluşturduğu "yaşam alanı" (Lebenstraum) kavramıyla dikkat çekmiştir. Ratzel'in temelini attığı bu kavram daha sonra Naziler'in yayılmacı politikalarına esas alınmıştır. Devletleri canlı bir organizmaya benzeten ve devletlerin yaşaması için mümkün olduğunca fazla toprağa ihtiyacı olduğuna yönelik tezlerinin de emperyalizmin ve bu bağlamda sömürgeci ve yayılmacı politikaların kuramını oluşturduğu kabul edilmektedir. Bununla birlikte, devletlerin yalnızca çok fazla toprağa sahip olmasının değil, aynı zamanda gerekli diğer kaynaklar bakımından da stratejik noktaları ele geçirmesinin önemine dikkat çekmektedir. Bu bağlamda Ratzel jeopolitiğin kurucularından sayılmaktadır.*

Ratzel'in Fransızca olarak kaleme aldığı 1900 yılına ait "Le sol, La société et l'Etat" (Toprak, Toplum ve Devlet) başlıklı makalesinde de devletin ortaya çıkışının ve gelişiminin, sahip olunan toprakların artması ve bu toprakların niteliğine göre değerlendirildiği görülmektedir. Buna göre, canlı bir organizma olan devletin yayılması ve böylece genişlemesi ilkel ve küçük devletleri istila etmesi yoluyla olur. Ratzel makalede bu istilanın hangi koşullarda ve nasıl gerçekleşeceğini toplumu, aileyi ve beslenme ve barınma alışkanlıklarını inceleyerek ortaya koymaktadır. Ratzel özellikle sınırların gelip geçici olduğunu vurgulamakta, devletin toprağının genişlemesiyle tek bir dünya devletinin mümkün olabileceğini, bunun için de küçük toplulukların ele geçirilerek sömürgeleştirilmesini savunmaktadır. Devletin ekonomik ve ailevi bir gruptan yayılarak onları hakimiyeti altına aldığını ve kuşattığını ifade etmektedir. Ratzel bu durumun, devletin neredeyse kıtaları kaplayan imparatorluklar oluşturacak kadar büyüdüğü anlamına geldiğini ve bu büyümenin en son sınırına henüz ulaşılmadığını ifade etmektedir. Burada kastettiği tek bir dünya devleti idealidir. Devletlerin mümkün olduğunca fazla ve nitelikli toprak elde etmesi, bunu yaparken de küçük toplulukları kendi içinde eriterek onları büyük devlete bağımlı hale getirmesi gerektiğini ifade eden Ratzel'in bu görüşleri günümüzün emperyalist ideolojilerinin ana fikrini oluşturmaktadır.

toprağın rolü, kuşkusuz devletlerin tarihinde, toplumların tarihinde olduğundan daha açık biçimde ortaya çıkmıştır. Ailenin ve toplumun gelişiminde coğrafi evrim yasalarını fark etmek, devletin gelişiminde fark etmekten daha kolaydır; bunun nedeni de toprağa derinlemesine yerleşmeleri ve kolaylıkla değişim gösterememeleridir. Devlet topraktan ayrılsa bile toplumun toprağa bağlı kalma gücü tarihin en önemli olgularından biridir. Roma Devleti yok olduğunda Roma Halkı onu her tipte sosyal gruplar şeklinde devam ettirdi. Halkın devlet içinde ve devlet vasıtasıyla kazandığı malların çoğunluğu bu yolla gelecek kuşaklara aktarıldı.

İnsan gözlemlendiği ortamda tek başına ya da grup olarak (aile, kabile ya da devlet) düşünüldüğünde, ait olduğu gruba ve kişiliğine bağlı olan topraktan bazı parçalar taşır. Devlet söz konusu olduğunda ise, siyasal coğrafya uzun zamandan beri nüfusun yanında ülkenin büyüklüğünü de göz önüne almaya alışkındır. Özerk politik birimler olmayan komün, aile, kabile gibi gruplar dahi toprakla var olabilirler ve gelişmeleri ancak bu toprağa göre anlaşılabilir. Devletin ilerlemesi politik alandaki ilerlemelerle ilişkilendirilmezse anlaşılamaz. Tüm bu koşullarda, toprakla az ya da çok ilişkide olan kurumlarla ve toprakla bu kurumlar arasındaki her çeşit etki ve tepkinin oluşturduğu ilişkiyle karşı karşıyayız. Gelişme aşamasındaki bir toplumda toprağın önemi, gerileme ve çöküş aşamasındaki bir toplumda gözlemlediğimiz kadar açık değildir. Toprağı göz önünde tutmazsak tüm bunları anlamak mümkün değildir. Bir toplum toprak kaybettiği ölçüde geriler. Daha az nüfus barındırabilirse, yaşamının kaynaklarının bulunduğu toprağa yeterince bağlanabilir; ama toprağının azalması genellikle sonun başlangıcıdır.

II. Barınma ve Beslenme

Farklı değişkenlere göre, toplumun toprakla ilişkisi iki zorunlu koşula bağlıdır: barınma ve beslenme. Barınma ihtiyacı, insan ve toprak arasında zaman içerisinde hemen hemen hiç değişmemiş bir ilişkiye dayanmaktadır. Çoğunlukla modern yerleşimler ilkel toplumlarınkine oranla daha yerleşiktir. Büyük şehir sakinleri, genelde taş devri mağaraları kadar geniş olmayan, taştan yapılmış yapay barınaklarda yaşarlar. Aynı şekilde, pek çok zenci ve Polinezya köyü, Avrupa köylerine göre daha konforlu kulübelerden oluşmaktadır. Başkentlerimizdeki yüksek medeniyetin temsilcileri, konutları için Hotanto Kralı'nın fakir halkından daha az yer işgal etmişlerdir. Aralarında büyük fark olan bu yerleşimlerde, bir tarafta kırsal yaşamın devamlı göçe zorladığı son derece hareketli çobanların evleri, diğer tarafta da büyük şehirlerimizin devasa apartmanlarında üst üste yığılmış daireleri bulunmaktadır. Bununla birlikte, göçebelerin toprakla ilişkisi toplumun yerleşik bir hayat sürdüğü yerlerden daha gevşek olmasına rağmen, göçebeler toprağa daha çok bağlıdır. Göçebeler, hareket etmek için daha fazla yere ihtiyaçları olduğu halde periyodik olarak aynı yerleri işgal etmek için geri dönmektedir. Bir yerde birkaç ay kaldıktan sonra, çadırlarını toplayıp bir devenin sırtında başka bir otlağa taşınmaları nedeniyle bile, göçebeler ile blok halinde yerleşik olarak yaşayan diğer toplulukları karşılaştırmaya hakkımız yoktur. Kırsal yaşamın sonucu olan büyük hareketlilik ve yer ihtiyacından doğan bu ayrım önemsizdir.

Aynı şekilde göçebeler; aşağıdaki eski atasözünde olduğu gibi politik

örgütlenmeden tamamen yoksunmuş gibi gösterilmektedirler. "Sacae nomades sunt, civitatem non habent."

Göçebelerin işgal ettikleri toprağa bağlı olup olmadıkları ve sonuç olarak toprağın sınırlarını belirleyip belirlemedikleri araştırıldı. Bugün ise bu konuda hiç kuşku yoktur: Moğolistan toprakları da Arabistan toprakları kadar sınırlandırılmış ve bölünmüştür. Dağlar, zenginlik kaynakları, akarsular ve hatta yapay olarak inşa edilen taş yığınları bile kabilelerin sınırlarını göstermektedir. Sınırları belirlenmeyen en küçük bir bölüm bile yoktur. Devletlerin yaratılmasında göçebe kabilelerin yeteneği konusuna gelince; göçebe kabilelerle çevrili olan yerleşik toplumların tarihinden bu yeteneklerinin ne kadar büyük olduğunu görebiliriz. Bu ilk kurulan devletler yıkıldıklarında, yeni devletlerin oluşması sonucunu doğuran, yeni bir yaşamı getiren komşu göçebe kabilelerdir.

Toprağa bağlılığın minimum düzeyde olması yalnızca göçebe çobanlara özgü değildir; çünkü onlar her zaman aynı otlağa geri dönerler. Asla geri dönmemek üzere darı ve manyok tarlalarını yaklaşık olarak her iki senede bir terk eden Amerika ve Tropikal Afrika'nın çiftçilerinde toprağa bağlılık çok zayıftır. Varlıklarını tehdit eden toplulukların korkusuyla toprağa bağlanmaya cesaret edemeyenlerde toprağa bağlılık daha azdır. Bununla birlikte yüzeysel bir sınıflama, göçebeleri böyle toplumların arasında saymaz. Güçlerine göre toprağı benimseyen topluluklar sınıflanırsa, Güneybatı Asya ve Orta Afrikalı küçük avcı topluluklarını en alt sıraya koymak gerekmektedir. Her tür toplum biçiminde göçebe olarak bulunan bu gruplara (örneğin; Avrupa'nın Bohemyalıları, Japonya'nın Fettahları gibi) belirli bir toprak tahsis edilmemektedir. Avları, kök bitkileri için daima bazı yerler arayan ve av alanlarını sınırlayan Avustralyalılar, Ateş Toprakları'nda yaşayanlar ve Eskimolar daha üst sıralarda yer almaktadır. Tropikal ülkelerin göçebe çiftçileri ise daha da üstlerde bulunmaktadır; bunun ardından ise, asırlardan beri aynı toprakta, Asya'nın çeşitli bölgelerinde bulunan çoban toplulukları gelmektedir. Köylerde oturan yerleşik çiftçiler ve şehrin sembolü olan aynı şekilde yerleşik uygar topluluklar da daha sonra yer almaktadır.

Beslenme topluluk için olduğu gibi bireyler için de en acil ihtiyaçtır. Beslenmenin gruplara olduğu gibi, kişilere dayattığı gereksinimler tüm diğer gereksinimlerin önüne geçmektedir. İnsanlar besinlerini avlanarak, balık tutarak, meyve toplayarak elde etmektedir ve besinlerin niteliği onları üreten toprağın genişliğine ve yerine bağlıdır. Aynı yerdeki yerleşimlerin süresi besin kaynaklarının sürekliliğine ya da bir zaman sonra yok olmasına göre değişir. Meyvelerin toplanması özellikle çocukların ve kadınların işidir, erkekler de avcılık yapmaktadır. Av ve balık tutmak verimli oldukça ve de ev işleri için boş zamanı olan kadınlar ve çocuklar bulundukça, ev sağlam bir şekilde inşa edilir ve uygun olarak yerleşilebilir. Tarım, beslenme ihtiyacını tatmin ettiği müddetçe sınırlı bir çevreye yerleşmek mümkün hale gelir. Beslenmenin temel ve zorunlu bir ihtiyaç olması pek çok sosyal olgunun nedenidir. En ilkel ve en temel kurumlar en acil ihtiyaçlara cevap verenler olduğuna göre; bu durumu açıklamak için Lacombe'un ivedilik teorisine başvurmak gerekli değildir.

Topraktan geçici şekilde yararlanıldığında oraya ancak geçici olarak yerleşilebilir. Barınma ve beslenmenin gerekliliği topluluğu toprağa sıkı sıkıya bağladığından toprağı elde tutma ihtiyacı

zorunludur. Devlet, gücünü bu ihtiyaçtan almaktadır. Toprakla ilgili olarak devletin görevi; devleti zayıflatmayı amaçlayan dış saldırılara karşı toprağı korumaktır. Politik evrimin en yüksek derecesinde devletin tek görevi sınırların korunması değildir. Ticaret, toprağın içerdiği tüm kaynakların geliştirilmesi; kısaca devletin gücünü artıran her şey aynı şekilde devletin görevini gerçekleştirmesine yardımcı olmaktadır. Tüm bu olanaklarla ulaşılmak istenen en son amaç devletin savunulmasıdır. Devletin toprakla ilişkisinin tarihinin ortaya koyduğu en dikkate değer gelişmenin nedeni de aynı şekilde bu savunma ihtiyacıdır. Bu bağlamda devletin topraklarının büyümesinden bahsetmek istiyorum. Barışçı ticaret bu büyümeyi sağlayabilir; çünkü devleti güçlendirmeyi ve komşu devletleri geriletmeyi amaçlar. Küçük ya da büyük toplulukları ele aldığımızda, her şeyden önce, üzerinde yaşadığı ve geçimini sağladığı toprağı tamamen elinde tutmaya çalıştığı görülmektedir; özellikle bu görevi üstlendikçe devlete dönüşmektedir.

Bu ilişkiyi iyi anlamak için toplulukların en basit biçimlerini incelemek gerekir. Devletin var olma nedeni olan toprağı korumanın gerekliliği ile toprakla toplumun ilişkisi yakından incelenirse; bütün sosyal gruplar içinde ilişkinin en kuvvetli olduğu grup, dar bir alanda birleşen, toprağın aynı köşesini paylaşan ve üyelerinin hepsinin birlikte oturduğu ailedir. Aynı nedenlerden dolayı köyde ve şehirde oturanlar da birbirlerine sıkı sıkıya bağlıdırlar. Bu topluluk çeşitleri politik biçimler aldıklarında bile meydana geldikleri aileden bir şeyler taşımaktadırlar. Henüz devletin ortaya çıktığı söylenemez çünkü aileyle devlet karıştırılmaktadır. Topluluğun evcil karakteri politik karaktere bürünmektedir. Aileler bölündükçe, savunma için gerekli düzenlemeler diğer düzenlemelerden ayrıldıkça ve çeşitli aile gruplarından ortaya çıkan kuvvetler toprağı savunma amacıyla düzenlendikçe devletin ortaya çıktığını görüyoruz. Ataların oraya gömülmesinden dolayı toprağın kutsal olduğu düşüncesi sonucunda toprağa bağlanma, devletin oluşumunda bir başlangıç olarak farklı topluluklar arasından bir cemaat (communauté) yaratmaktadır.

II. Toprak ve Aile

Politik açıdan olduğu gibi ekonomik açıdan da bir toplumun toprakla sürdürdüğü en basit ilişkisi monogamik ailede görülen ilişki gibidir. Burada; ortak bir kulübede yaşadıkları zamanlarda, besinlerini sağlamak amacıyla avlanma ya da balık tutmada kullandıkları belirli bir alana yayılan bir çift ve onların çocukları ile torunlarından oluşan grubu kastediyorum. Aile üreme yoluyla genişlerse yaşayabilmek için ihtiyaç olan toprağın da arttığı görülür. Bu büyüme aralıksızdır; yani kullanılan alan ailenin yaşadığı yerin etrafına yayılır. Monogamik aile giderek, Kuzey Amerika ve Okyanusya'daki gibi "klan evinde" aynı çatı altında oturmaya devam eden birleşik aile ya da klan haline gelir. Doğal olarak toprak da Kuzey Amerika'nın bol balıklı nehirlerinin yakınında ya da tarımın gelişmesinin oldukça yüksek bir düzeye ulaştığı bölgelerdeki gibi oldukça verimli bir toprağa dönüşür. Bu şekildeki bir aile ya da klan devletin yerini almaktadır. Toprağın bir kısmı yeni gelenlere verildiğinden aile parçalandığı zaman yeni sakinler ortaya çıkar ve onlardan her biri bu yeni aile topluluğunun merkezidir. Bu noktada toprakların eşitsizliği etkilerini hissettirmeye başlamaktadır; topraklar birbirlerinden uzaklaşmaktadır, aynı konumda ve aynı

verimlilikte değillerdir. Tüm bu farklılıklar ailelerin gelişimine etki etmektedir. Akrabalar birbirlerine karşı ekonomik anlamda kapalı gruplar oluşturabilir; fakat aynı kökenden topluluklar olduklarından dolayı onları birleştiren toprak sürekliliğini korumakta ve birçok yerleşimi, köyleri ve klan evlerini birbirine bağlamaktadır. Böylece devlet doğmaktadır. Politik ve ekonomik birimlerin ayrılması tamamlanmış olmaktadır. Gelişmenin bu evresinde devlet klanla uyuşmaktadır. Aile grubunun işgal ettiği toprağın ötesine geçen daha büyük bir toprak oluşmaktadır. Bu yeni toprak tek hücreli bir organizmadır ve de öyle kalır. Bunun aksine devlet; bu basit organizmaların önemli bir kısmını kendine çeker ve onların tümünü aşar. Böylece bu iki grup arasında derin ve önemli bir büyüme farkı oluşur.

IV. Toprak ve Devlet

Klanın ötesinde, toplumun büyümesi aslında devletin büyümesi anlamına gelmektedir. Eğer birçok klan savunma ve saldırı amaçlı bir ittifak yaparlarsa bu birleşmeyle oluşturdukları birlik henüz bir devlet değildir. Devlet ekonomik ve ailevi bir gruptan yayılarak onları hakimiyeti altına almaktadır ve kuşatmaktadır. Böylece devletin toprak üzerinde devamlı yayılan tek grup olduğu evreye ulaşılmaktadır. Bu durum, devletin neredeyse kıtaları kaplayan imparatorluklar oluşturacak kadar büyüdüğü anlamına gelmektedir ve bu büyümenin en son sınırına henüz ulaşılmamıştır.

Avlanma, balık tutma ve tarım bölgelerine sahip bir yerleşimden oluşan ekonomik gruplar, devletin ilkel şekillerini temsil etmektedir ve bunlar daha sonra bu niteliklerini kaybedecek olan devletin ilk şekilleridir. Ancak bu gruplar farklı bir biçimde aktif olarak gelişmektedir ve ait oldukları devlet yok olursa gerektiğinde hemen eski rollerini almaya hazırdırlar. Bu grupların devletten anladığı toprak ve kişilerdir. Akraba grupları ise, devlet deyince yalnızca kişileri anlamaktadır. Akraba gruplarının toprakta kökleri bulunmamaktadır; devlet klanın sınırlarını aşınca devletle köy arasında yok olup gitmektedirler.

Toprakta yayılma eğilimi devletlerin doğasından kaynaklansa da, özel koşullarda yerleşmiş devletler orada tutunabilmek için yayılmaktan vazgeçmek zorundadırlar. Devletin büyüklüğüne göre sınırlar belirlendiğinde sosyal ve siyasal güçler müdahale etmezlerse nüfus yoğunluğu artmaktadır. Bu müdahale olmazsa toprakla insanlar arasındaki ilişki her yerde değişecektir. Kişi başına düşen toprak oranı azalırken, nüfus artacaktır. Toprağa sıkı sıkıya bağlı, güvenli olduğu izole edilmiş alanından çıkmak istemeyen devlet, topluma karşı mücadele etmek zorundadır. Böylece göçleri sınırlandırarak doğal artışı engellemelidir. İnsanlık barbarlık evresini aşmadıkça kullanılan en basit ve en etkili araçlar bunlardır. Yeni doğan çocukların terk edilmesinden yamyamlığa, kan gütmeye ve savaşa kadar insan sayısını azaltmayı amaçlayan ve toplumun uymak zorunda olduğu gelenekler, bu sonucu elde etmeye yardımcı olurlar. Malthus'un belirttiği gibi; nüfusun azalmasının gerekliliği, doğa tarafından net olarak sınırlanan bir alanı (vahalar ve adalar gibi) toplulukların işgal ettikleri her yerde açıkça görülebilir. İlkel toplulukların küçük devletlerinde bu durum o kadar belirgin değildir. Bunun nedeni doğanın onları dünyanın geri kalanından kesin olarak ayırmamasıdır; ancak bireylerin iradesi bu toplulukları izole etmeye çalışmaktadır. Bilinçli veya bilinçsiz

olarak uygulanan ve nüfusun artmasını engelleyen yöntemlerin sistematik bir şekilde ortaya konulmaması sosyolojinin en önemli eksikliklerinden biridir. Üstün medeniyetlerin halklarıyla ilişkide oldukları zaman toplulukların eriyip yok olmaları birçok incelemeye konu olmuştur. Bununla birlikte bu olgu, insanlık tarihinde sınırlı alanlarda yoğunlaşan ve birbirlerinden izole olan sosyal grupların, binlerce küçük ve büyük topluluğun büyümesine izin veren güçleri gözden çıkarma eğiliminden daha önemli bir rol oynamaktan uzaktır.

İnsanlığın ilerlemesi ancak halkların ilişkisi ve rekabeti sayesinde mümkün olabilir ve ilerleme yukarıdaki uygulamalarla engellenmektedir. Ailenin dar ve homojen bir çevrede özgün kişilik oluşturması ve yenilenmesi mümkün değildir. İlk farklılaşmanın toplumda oluştuğu, ayrıca; ilerleme halinde karşılıklı etkileşim nasıl oluyorsa, farklı topluluklar arasında da ilişkilerin o şekilde kurulduğu varsayılmaktadır. Tüm bunların tek seferde oluşması gerekmez; ancak bunlar tekrarlanır. Comte da bu düşüncededir; aynı anda ortaya çıkan nüfus artışı, besin ihtiyacı ve bunun sonucu olarak işbölümü ve işbirliğindeki ilerlemeyi hızlandıran ya da geciktiren çevrenin dışında bir gücün var olduğunu söylemektedir. Eğer Comte tamamen coğrafi bir anlayışa erişseydi, bu çevre gibi bu gücün de toprağı temel aldığını, toprağın vazgeçilmez olduğunu ve ondan ayrılamayacaklarını anlasaydı, çevre üzerine görüşlerini hem sadeleştirecekti hem de derinleştirecekti.

Devletin toprakla birleşmesine aracılık eden toplumdur. Devlet göz önüne alınırsa, gelişiminin herhangi bir evresinde toplumun toprakla ilişkisinin devletin yapısını etkilediği sonucuna ulaşılır. Ekonomik gelişme az olduğunda, toprak genişlediğinde ve sonuç olarak da devlet kendisinden uzaklaştığında, devletin yapısında dayanıksızlık ve istikrarsızlık ortaya çıkar. Çok fazla alana ihtiyacı olan dağınık bir nüfus; sınırları net olarak belirlenmiş bir çevrede kapalı kaldığında, az nüfusuyla geniş alana yayılmış topraklarını savunma ihtiyacı duyar. Bunun sonucunda karakteristik özelliği kuvvetli bir askeri güce sahip olmak olan göçebe devletleri oluşturur. Tarım yapılırken toplum toprağa sıkı sıkıya bağlıysa, aileler arasında toprakların paylaşılmasından dolayı ortaya çıkan tüm özellikler devlete de yansır. Önce, savunma için nüfusun çok olduğu; ancak kaynakların çeşitliliği için nüfusun seyrek olduğu bir toprakta sağlam bir devlet kurulur. Ayrıca, devletin gücü yalnızca toprağın genişliğine göre değerlendirilmemelidir, en iyi ölçüt toplumun toprakla sürdürdüğü ilişkidir. Dahası, aynı ilişki devletin iç yapısı üzerinde de etkili olmaktadır. Toprak eşit olarak paylaşıldığında toplum homojenleşir ve demokrasiye yönelir. Aksine; eşitsiz bir paylaşım, mal sahibi olmayanlara siyasal bir üstünlük veren ve sonuç olarak oligarşinin her türüne karşı olan tüm sosyal örgütlenmelere engel oluşturmaktadır. Bu durumun en fazla geliştiği toplumlar, temelinde mülkü olmayan ve hemen hemen hiçbir hakka sahip olmayan bir köle nüfusu barındıran toplumlardır.

İşte iki devlet biçimi arasındaki büyük farklılık da buradan gelmektedir. Birinci tür devlette toplum yalnızca yerleştiği topraktan geçinmektedir (tarımla, hayvancılıkla veya hangi yolla olursa olsun) ve her kabilenin, her komünün, her ailenin toprağı devlet içinde bir devlet oluşturma eğilimindedir. İkinci tür devlette ise, bireyler yerleştikleri topraklardan çok uzak ve farklı topraklardan faydalanmak zorundadırlar. Nüfus yoğunluğunun en üst

noktaya ulaştığı yerlerde sadece topraktan beslenen çok az bir nüfus vardır; çoğunluk, yaşamak için gerekli giyecek ve yiyeceklerini yabancı bir devletten temin etmeye çalışır. Kalabalık sanayi bölgelerinde işçilerin büyük bir bölümü çalıştıkları yerden uzakta otururlar; bu bölgelerde, onlara sunulan çalışma imkanlarına göre oraya buraya giden, değişken bir nüfus bulunmaktadır. İşgal ettikleri topraktan beslenmeyenler, doğal olarak başka topraklarla ilişki kurmak zorundadırlar ve bu durum ticaret yapılmasını sağlar. Doğabilecek karışıklıklardan korunmak için bu ilişkileri kurmak, devletin üzerine düşen bir görevdir. Bu durumda, devletin koloniler, gümrük birlikleri ve biraz olsun politik karakteri olan yayılma hareketi vasıtasıyla faaliyet alanını genişlettiği görülmektedir. O halde; oturmak ve beslenmek için toprağı kullanan toplum ve elinde toplanan güçlerle onu koruyan devlet arasındaki işbölümünün aynısına sosyal evrimin en gelişmiş safhalarında bile rastlanmaktadır.

Bu anlayış, halkın -özellikle bireyin- ve onun entellektüel niteliklerinin değerini düşürdüğünden bize itiraz edilecektir; çünkü bu anlayış bir halkın var olabilmesi için gereken toprağın hesaba katılmasını gerektirir. Ama gerçek de gerçek olmaktan çıkar. Bireyin siyasal davranışının bağlı olduğu koşullar bilinmezse politikada insan unsurunun rolü tam olarak değerlendirilemez. "Bir toplumun düzeni toprağının ve konumunun niteliğine sıkı sıkıya bağlıdır; ülkenin fiziki durumunun, avantajlarının ve engellerinin bilinmesi ülkenin politik tarihiyle ilgilidir." Tarih bize toprağın hangi noktada politikanın gerçek temeli olduğunu tarihçiden daha anlaşılır biçimde göstermektedir. Gerçekte uygulanabilir bir politikanın coğrafyada her zaman bir çıkış noktası vardır. Tarihte olduğu gibi, politikada da toprağı hesaba katmayan teori, belirtileri nedenler zannetmektedir. Bununla beraber; zaferin kazanıldığı, daha önce bulundukları devlette hemen hemen her şeylerini bıraktıkları, politik gücün tek kazanç olduğu savaşın boşuna olduğu nasıl anlaşılmaz? Devletlerin her birinin durumuna uygun olarak, bu gücü bölüştürmeye etkili olmayan antlaşmalar süresiz diplomatik çarelerden ibaret değildir. Tam tersine, yeni bir toprak kazanımı, yeni işlere girişen halkları zorlayarak, ufuklarını genişleterek onlar üzerinde gerçekten kurtarıcı bir etki yapar. Başarılı bir savaştan sonra galibiyetlerinin mükafatı olarak yeni ülkelerle zenginleşen halkların dirilişini gösteren budur. Mommsen gibi köklü tarihçilerin politik genişlemeye dayandırdığı yenileştirme ve gençleştirme etkisi de buradan gelmektedir. Haçlı Seferleri sırasında Batı Avrupa'nın destek verdiği çatışmalarda Rusya gücünü artırdı. Ama bu noktada, doğduğu toprakta hareket eden tarihle yabancı ülkelerdeki uzak seferlerde dağılan tarih arasındaki büyük farklılık patlak verdi. Haçlı Seferleri'nin başka yerde boşuna yaratmaya çalıştığı Büyük Doğu Hıristiyan İmparatorluğu'nun kurulduğu yer Rusya'dır; ama bütün topraklarından vazgeçerek. Burada yeniden kazanılan topraktan kuvvetlerini çeken bir devletin durmaksızın geliştiği görülür, diğerinde ulusal yaşamın kaynaklarından çok uzak olunmasına bağlı hızlı bir başarısızlığa tanık olunur.

Kırım Savaşı, 1856 Paris Antlaşması ve 1871'de bu antlaşmanın bozulması aynı olgunun başka örnekleridir; coğrafi şartlar burada da aynı rolü oynamışlardır.

Mevcut yaşamın bütün alanlarındaki gibi, tarihin tüm evreleri arasında ortaya çıkan toprağın önemli etkisinde

ruhu sıkıntıya sokan gizemli bir şeyler var; çünkü bireyin sözde özgürlüğü ortadan kalkmış gibi gözüküyor. Gerçekten de toprakta köleliğin kaynağını görüyoruz. Her zaman aynı yerde kurulan ve aynı olan toprak, insanların tabiatına ve değişken isteklerine sağlam bir destek olarak hizmet eder. Onlara bu desteği unutturmayı başardığında etkisini hissettirir ve devletin bütün yaşamının toprakta kökleri olduğunu ciddi uyarılarla hatırlatır. Halkların kaderini körü körüne bir hoyratlıkla düzenler. Bir halk kendisine düşmüş olan topraklarda yaşamalıdır, bu topraklarda ölmelidir ve bu toprakların yasalarına uymak zorundadır. Sonuç olarak, toprakları yaşamın temel amacı yapan siyasal egoizm de topraklardan beslenir. Gerçekten de, ulusal toprakları her durumda ve her zaman korumak ve bu topraklardan sadece üstünde yaşayanların yararlanması önemlidir; ancak kan bağları, etnik yakınlıklar yürekleri sınırların ötesindeki insanlara ve şeylere doğru iter.

V. Toprak ve İlerleme

Tarih felsefesinin tarihi olayların coğrafi temelini araştırmayı tercih etmesi son derece doğaldır. Tercihen genel ve sürekli nedenleri araştırma eğilimiyle diğer tarihi disiplinlerden ayrılan, gelişmiş bilim niteliğindeki tarih felsefesi; kendisiyle benzer olan toprakta tarihin değişken olaylarına değişmez bir temel bulmaktadır. Aynı şekilde, toprak üzerinde yaşayan canlıların tarihi olan biyoloji de, daima bu canlıların doğdukları, hareket ettikleri ve savaştıkları toprağı göz önüne alır. Tarih felsefesi, tarihi karşılaştırmalardan ileri gelen ve böylece bizzat toprağın önemini anlamaya yarayan sosyolojiden üstündür; çünkü hayat belirtilerinin durmadan değiştiği ortamda sabit bir kriterdir. İşte bu nedenden dolayı filozoflar, toprağın tarihteki rolünü tarihçilerden daha erken anlamaya başlamışlardır. Montesquieu ve Herder, bağlı oldukları topraklarla devletlerin ve halkların karşılıklı ilişkilerini incelediklerinde sosyolojik ve coğrafi problemleri çözmeyi önermiyorlar; ama insanın rolünü ve yazgısını anlamak için Herder ve Ritter'in düşündüğü gibi, yaratıcının planına uygun olarak gelişecek şekilde, onun için yaratılan ve etkinliğine sahne olan bu toprakta onu canlandırma ihtiyacını hissediyorlar.

Burada çarpıcı olan, tarihin ilerlemesiyle ilgili düşüncelerde bunların çok az göz önüne alınmasıdır. Doğru çizgide yükselen, iniş çıkışlı ya da sarmal bir hareketle insanlığın gelişimini bize gösteren bu teoriler ne kadar da önemsiz! Bu fantezileri bırakalım, her zaman ayaklarımızın altındaki sağlam toprağı hissederek gerçekle yetinelim. Öyleyse, gözlerimizin önünde sürekli genişleyen sosyal ve politik bir evrim meydana geldiğini görüyoruz. Bundan dolayı değişimin her zaman daha da artacağı belli. Çünkü coğrafi görüş, astronomiden, derinlemesine gelişen ve en yüksek derecesine ulaşan sosyolojiye kadar tüm bilimlere yayılıyor. Devletlerin toprağı önem kazandıkça; yalnızca artan kilometrekareleri değil, aynı zamanda ortak kuvvetleri, zenginlikleri, iktidarları ve sonuç olarak süreleri önemlidir. Bu topraklarda insanlığın evrimiyle katedilen yollar uzadıkça insanlık ruhu zenginleştiğinden, gelişimin; tahmini olarak parlaklığı artan, yükselen bir sarmalla meydana geldiği düşünülebilir. Fakat hayal, faydadan yoksun olduğundan gerçekten de oldukça uzaktır. Bu nedenle devletlerin toprağının artarak yayılmasının esas niteliğini ve aynı zamanda da tarihi ilerlemenin gücünü göstermek yeterli görülebilir.

Felsefe, Kant ve Karar Alma Sistemi

Victor SHREIBER*

*Çeviren: Ülker YÜKSELBABA***

ÖZET

Kültür alanında felsefenin en önemli işlevini belirlemek için bazı seçenekler tartışılacaktır. Her işlevsel parçanın belli bir düzeyde içsel bütünlüğe sahip olması gerektiği için, felsefi bilgi içinde üzerinde oybirliği olan ana görüşleri izleyerek ve karşıt varyantların, konu (güçlü bir değişke) ile yöntem (zayıf bir değişke) arasındaki çok bilinen karşıtlığa indirgenebileceğini göstermeye çalışacağım. Ayrıca felsefi konuyu somut evrensel varlık olarak tanımlayan güçlü versiyonlardan en azından birinin, metafiziğin sadece bir bölümünü yakalayabildiğini göstereceğim. Sonuç olarak, güçlü ve zayıf versiyonlar arasındaki sınır çizgisi aşınıyor ve güçlü versiyon zayıf olana yaklaşıyor. Nihayet, temel felsefi konuların Kant'ın ünlü üç sorusu temelinde birleştirilebileceğini iddia edeceğim: Ne bilebilirim? Ne umabilirim? Ne yapmalıyım? Modaliteler arasındaki farklılık, bu soruların özet olarak yorumlanmasının aksi yönde bir kanıt oluşturur. Dahası bu sorular, karar verme durumunun üç ana parçası ile yakından ilişkilidir. Böyle bir durum, olası alternatifler yelpazesi ve istenen değişkenin seçimi için bir tercih kriterleri sistemi veya toplamı içerir. Bu iki bileşen, mantıksal olarak, amacın saptanmasından önce gelir. Açıkça, arzu edilen amaca ulaşmak için, başarı için gerekli adımları belirlemek gerekir. Daha da açık olarak, bu adımlar, bir eylemin yapısı içinde nelerin yapılması gerektiğini temsil ederler. O halde, felsefenin özgün kültürel misyonu, Weltanschauung'un tasarımında ve haklılaştırılmasında ortaya çıkar.

GİRİŞ

Bir anı ile başlamak istiyorum. Ağustos 1998'deki Boston'u düşünün. XX. Dünya Felsefe Kongresi'nin ikinci veya üçüncü günü. Benim bildirimi sunacağım topluluk küçük, samimi ve karışıktı: ABD'den ve Kanada'dan birkaç kişi, İsveçli bir çift, Macar bir kadın, bir Çek, birkaç Polonyalı ve Ukraynalı, iki Hintli ve Güneydoğu Asya'dan bazı kişiler. Bunların yanısıra Latin Amerika'dan birkaç katılımcı ve biz Ruslar. Tek kelimeyle bizler, şimdilerde moda olan kültürel çoğulculuğun gerçek cisimleşmesiydik. Herkes kendi adına ve kendi tarzında konuştu. Her şey her zaman olduğu gibi gitti. Latin

* *Rusya Chelyabinsk'teki Chelyabinsk Devlet Üniversitesi, Felsefe Kürsüsü Doçenti. Güney Kore'nin başkenti Seul'deki Seul National University'de 30 Temmuz - 5 Ağustos tarihleri arasında toplanan XXII. Dünya Felsefe Kongresi'nde "Philosophy, Kant and Scheme of Decision-Making" başlığıyla sunulan bildirinin yeniden yazılmış versiyonudur. Yazarın E-mail adresi: E-mail: shreiber@csu.ru*

** *Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi Araştırma Görevlisi. (Makalenin dipnotlarında bulunan özgün metinde Kiril alfabesiyle yazılmış sözcükleri Latin harflerine dönüştüren Araş. Gör. Mehmet Perinçek'e teşekkür ederim.)*

Amerika'dan bir kişi bozguncu gibi davranmaya başladı. Buenos Aires'ten gibi görünüyordu. Herhangi bir notu olmadan konuşuyordu, fakat aslında hemen hemen hepimizin olduğu gibi İngilizce sorunu olduğu da ortadaydı ve büyük ihtimalle bu yüzden onu çok iyi anladık. Anlattıkları yaklaşık olarak şunlardı:

"*Bizler oturmuş ve burada evrimsel aksiyoloji, kimlik ve otonomi, antropolojik ve sosyolojik yaklaşımlar, axiosphere kavramı ve bunun gibi bazı "yüce konular" hakkında akıl yürütüyoruz. Bu arada öğrencilerimiz tamamen başka şeylerle ilgileniyorlar. Parayla, kızlarla (veya karşılıklı olarak erkeklerle) ve iyi zaman geçirmek olarak adlandırabileceğimiz şeylerle ilgileniyorlar. Perşembe günü geliyorlar ve bütün dersler boyunca gelecek hafta sonu ne yapacaklarını tartışıyorlar. Cuma günü, belirlenmiş olan işin hazırlıklarıyla uğraşarak geçiyor. Pazartesi hafif yorgun bir şekilde derslerin ikinci bölümünde ortaya çıkıyorlar ve bir fincan espresso içilen bir aranın ardından hafta sonu "kim, nerede, kiminle" konusunu değerlendirmeye başlıyorlar. Bir sonraki Çarşamba'dan itibaren döngü yeniden başlar– fakat biz onlara kamu ruhu, erdem, kategorik emperatif ve hayatın anlamı üzerine konuşmak zorundayız. Onları, bunların boş sözler olmadığına nasıl ikna edeceğiz?*"

O anda, dillerimizde, görünüşümüzde, alışkanlıklarımızda ve gelir düzeyimizdeki farklılıklara rağmen, tek bir bütüne ait olduğumuzun farkına vardım: bizler bir birliğiz, tek bir felsefi topluluğuz. Bu duyguda yalnız değildim. Diğerleri, -açık bir şekilde- aynı şeyi hissediyorlardı. Her birimiz dinleyiciler ile karşı karşıya duruyor ve bunu bireysel olarak yapıyor ama hepimizin tek ve genel bir sorunumuz var: bir yabancıyı, felsefenin sadece profesyonel bilgi severler için değil, herkes için pratik var oluşsal bir anlamı olduğuna nasıl ikna edeceğiz. Kültürün gelişiminde pozitivist görüşün güçlü bir şekilde yerleşmesinden beri, bu sorun özellikle vahim bir hal aldı. Comte'un üç aşama kanununa göre, düşüncelerin metafizik aşamadan pozitivist aşamaya geçişi, felsefi meseleleri tamamen anlamsız hale getirir. Şimdi, felsefenin ayırıcı işlevinin, dil ifadelerinin analizinden ibaret olduğu genel kabul görmüş gibi görünmektedir. Ancak, bizim faaliyetlerimize ilişkin bu yorum, ne tatmin edilmiş ihtiyaçları, ne de bunun neden dil bilimcilerin değil de felsefecilerin konusu olması gerektiğini, açıklamamaktadır.

Felsefe ne içindir? Felsefenin ulvi bir tarzdaki ifadesiyle kültürel misyonu, diğer çeşit ve biçimlerdeki zihni faaliyetlerin aksine, nerede bulunmaktadır? Bu faaliyetin, bizi Zeus'un haşin kızının coşkulu bir hayranı yapan, özgün kültürel misyonu nedir? Bizim işimizin tüm yönlerini kapsayabilecek bir çerçeveyi keşfetmek mümkün mü? Bizim Arjantinli meslektaşın ortaya koyduğu ve benim tartışma için önermek istediğim sorun budur.

Bizim entelektüel çalışmamızın spesifik kültürel ürününün dünyanın görünümü olduğu tezlerini savunacağım. Aynı zamanda ve esas olarak yenilik ivmesi bu noktada saklıdır dünya görüşü, karar alma durumuna bir yansıma olarak anlaşılacaktır. Bu tür durumlar bizim hayatımızda sürekli olarak ortaya çıkar çünkü bunlar insan özgürlüğünün tipik formunu oluşturur, insanın özgürlüğü ise, hedef belirleme ve doğal ve toplumsal çevrenin dönüşüm süreci olarak insan varlığının karakteristik özelliğidir.

Karar alma durumunun kendine özgü özellikleri matematik ve ekonomi

bilimlerinde geniş bir şekilde tartışılır. Ancak bilimsel araştırmanın her iki dalı bu durumun bütün bileşenlerini, doğası gereği, kişinin hakkı olarak kabul eder. Ne önerilen alternatiflerin gerçekliği ne de tercih kriterleri hakkındaki düşünceler, özel disiplinlerin görevleri arasında değildir. Buradan anlaşılan şudur ki, örneğin bugünlerdeki dünya bunalımını araştıran bir kişi, gelecekte bir trend veya bir başkasının gerçekleşme şansını belirlemeye çalışabilir ve çalışmalıdır. Bu durumda bile yapılan, örneğin Bacon'ın "*idoller*" ve "*hayaletler*" araştırmasıyla aynı şey değildir. Bağlamlar farklıdır: ekonomistin toplamı ontolojik olmaya devam ederken felsefi sorunun bağlamı esas olarak varoluşsaldır ve nesne bağlantılı bilimin kavrama yeteneğinin ötesindedir.

Benim argümanım üç hamleden oluşuyor: eleştirel, pozitif ve test etmeye ilişkin. Her türlü işlevsel alt sistemin işlevini yerine getirmeye yeterli olacak bir bütünlüğe sahip olması gerektiği nedeniyle, öncelikle felsefi girişimin içsel bütünlüğü için bir miktar düşünüyoruz. Felsefe, bazı işlevlerin atfedilebileceği kadar bütünleşmiş olabilir mi? Postmodern düşüncelerin ışığında bu boş bir soru değildir. İkinci olarak, felsefenin konusunun karar alma planı olarak yorumlanmasının, evrensel gelişim teorisi olarak tanımlanmasından neden daha iyi olduğunu göstermeye çalışacağım. Evrensel gelişim teorisi Marksizm'de hâlâ popülerdir ve kendi yolunda klasik Pozitivizm tarafından da kabul görmüştür. Son olarak, bu makalenin kapanış bölümünde geç dönem Kant'ın savunduğu tezler ile çok bilinen bir ifadesi arasındaki çakışmaya işaret edeceğim. Kant bu ifadesinde metafiziği, bir kişinin neyi bilme imkanı olduğu (can); ne umabileceği (may) ve ne yapması gerektiğine (ought to) indirgemektedir. Okuyucular genellikle bu soruların kipliği arasındaki farkları atlar veya bunları dışsal bir şekilde Kant'ın araştırma ilgisindeki değişim olarak açıklarlar. Ben, felsefenin konusu için önerilen yorumların açıklamaya izin verdiğini ve bunun geleneksel olandan daha ekonomik olduğunu göstermeye çalışacağım.

Felsefede herhangi bir derecede içsel bütünlük olması gerektiğini reddettiğimiz takdirde, felsefenin kültürel misyonu sorusu anlamından çok şey kaybeder. Ancak tartışma konusu bu bütünlüğün düzeyidir. Belli bir bütünlüğün kabul edilmesi sınırları içerisinde, iki konum saptanabilir güçlü ve zayıf versiyonlar.

FELSEFİ BİLGİNİN BÜTÜNLÜĞÜ: ZAYIF VERSİYON

Bu versiyon kendi içinde iki değişkeye sahiptir. Birinci duruşa göre, bütün düşünürleri birleştirebilecek olan bazı genel "*ebedi*" ve ilkesel olarak tartışmaya açık sorunlardır (biliş, varoluş, insanın doğası, hayatın anlamı, tanrı, güzellik ve benzerleri). Bu sorunların yorumları geleneksel olarak farklılıklar gösterir ve bilim insanlarından farklı olarak metafizikçilerin karşılıklı anlaşmaya varmaya başardıkları nadir görülür. En iyi ihtimalle felsefe yapmanın bazı genel özellikleri belirlenebilir: Sorun çözmeye yönelik evrenselci yaklaşım, bu faaliyetin kişisel karakteri, şartsız ve evrensel olarak kabul gören ilkelerin bulunmaması, rasyonel ve sezgisel süreçlerin sıkı bir şekilde iç içe geçmiş olması, vb. Bu bakış açısı postmodernist çevre tarafından geniş bir kabul görmekte ve neo-Kantçılar gibi yandaşları felsefenin özgünlüklerini yöntemin özelliklerine kadar götürmektedirler. Ancak herhangi bir düzenlilik tanımlanabildiği anda bunun nomolojik

hipotezlerle yakalanması da mümkün hale gelir.[1] Böylesi durumda, bu tür bir ilişkiyle ilgili, aslında felsefi önermelerle ilan edilen soru ortaya çıkar. Bu ilişkilerin ontolojik statüsü nedir ve in concreto bunlar hakkında ne düşünülmektedir? O halde, felsefi sorunların özellikleri üzerindeki vurgu, yarı yolda durulmasına yol açmakta ve felsefe yapmanın anlamına ilişkin soruya herhangi bir açık ve ikna edici cevap vermemektedir.

Bilindiği gibi bilişsel süreçlerin etkililiği sadece bilen aktörün öznel niyetlerine değil, aynı zamanda yöntemin kurallarını uygulama yeteneğine de bağlıdır. Bu son bağımlılık, bu versiyonun benim ülkemde yaygın olan diğer bir okumasının ortaya çıkmasına yol açar. Bu okuma, sadece geçen 10 yıla bakılırsa öğrencilerin eleştirel düşünce vasıflarıyla eğitilmesi önerisi olarak sunulabilir. Moskova Devlet Üniversitesi Profesörü Galina Sorina'nın enerjik bir şekilde ve ısrarla belirttiği gibi felsefenin, öğrencileri sorgulayıcı akıl yürütme ve tartışmada gerekli deneyimi kazanmalarına yardımcı olunması çağrısı vardır.[2] Bu, gerçekten iyi bir öneridir. Birçok üniversite mezunu çok sayıda bakış açısıyla çalışırken zorluklarla karşılaşmaktadırlar. Bir seti, mantıksal olarak yeterli bir asgari seviyeye indirgeme yetenekleri yoktur. Eleştirel düşünce, kuşkusuz, bir şeydir; ancak, eleştirel düşünceyi mantıksal kurallar bilgisine ve akıl yürütme deneyimine uygulamak doğru olur mu? Bu önermenin doğru bir değerlendirmesini yapmak için başlangıçta, bunu daha önce uygulamış olan başkalarının deneyimlerine dikkatle bakmak yararlı olacaktır. Bu nedenle, "*eleştirel düşünce*" ve "*enfor-mel akıl yürütme*" hareketinin yaklaşık 20 yıl önce yola koyulduğu Kuzey Amerika üniversitelerine bir göz atalım. Hintikka'ya göre şimdiye kadar "*enformel mantıkçılar*" ile mantık alanında gerçek bir araştırma yapanlar arasında tam bir yabancılaşma gerçekleşmiş durumdadır. "*Enformel mantıkçıların*" mantık alanında neler olup bittiği hakkında fikirleri yoktur, diğerleri ise meslektaşlarının bu boşluğu aşmaları için yardımda bulunmaya niyet göstermemektedirler.[3]

Bunun sonucu olarak, bir kez daha bizim kendi Rusya deneyimimize dönerek mantıkçılarımızın Marksizm'i aşma ve eski Tarihsel materyalizm teorisyenlerine iyi bir sosyal bilimi nasıl kurmuş olmaları gerektiğini gösterme konusunda son zamanlarda gerçekleştirdikleri girişime tekrar bakabiliriz. Maalesef, bu takdire değer çabalar sonuçta taraflı sonuçlar verdi.[4] Öncülerinin, iyi bilinen "*kızartma tavasından ateşe*" atasözünün doğruluğunu kesinlikle deneme eğilimindeki sosyal bilimcilerden oldukça soğuk bir tavırla karşılaştılar. Gerçekten de felsefenin doğru düşünme sanatını öğretmesi gerekir. Ancak, daha az önemli olmayan bir konu, burada mevcut olan imkanları tahmin etmemiz gerektiğidir. Mevcut durumda, öğrencilerimiz sadece basit çıkarsama kurallarına hakim olabilmektedirler. Hinttika'nın haklı olarak belirttiği gibi, kritik nokta, çağdaş sorun-

(1) C. Mantzavinos, Naturalistic Hermeneutics, Cambridge University Press, 2006, p.8.

(2) G. V. Sorina, Prinyatie Reşeniy Kak Intellektualnaya Deyatelnost, M., Gardariki, 2005.

(3) J. Hintikka, "On the Educational Missions of Philosophy," Diogenes, Vol.48, No.4 (2000), pp.64-65.

(4) Moskovalı mantıkçılar A.A. Ivin and D.P. Gorsky'in çalışmalarını kastediyorum: A. A. İvin, Vvedenie v Filosofiyu Istorii, M, Gumanitarnıy izdatelskiy tsentr VLADOS, 1997; D. P. Gorskiy, Uçenie Marksa ob Obşestve. Kritiçeskiy Analiz: Posobie Dlya Prepodavateley Vuzov, M, Nauka, 1994. Gorskyi, Marx'da idealleştirmeler hakkında bir kitap daha bastı: D. P., Gorskiy, Oşibki Geniya Samıe Opasnıe: Razvitie Teorii Marksa i Yeyo Izyanı, M, Nauka, 1995.

ların çoğunluğunun sadece basit değil, aynı zamanda etkili kararlar gerektirdiğidir.

Buna uygun yöntemlerin eğitimi için ne zaman, ne de güç vardır. Ancak muhtemelen konu bu değildir. Hayatımızda ve başka herhangi bir faaliyette, iki tür kural arasında ayrım yapılması gerekir. Oyun teorisine göre bunlar tanımlayıcı ve stratejik kurallar olarak adlandırılır. Örneğin tanımlayıcı kurallar, satrançta piyonların nasıl hareket ettiğini tanımlar. At nasıl hareket eder? Şah matı nasıl değerlendirmeliyiz? Ve benzerleri. Ancak sadece bu kuralları biliyorsanız hiçbir turnuva oyuncusu sizinle oynamaya tenezzül etmez. Çünkü dört başı mamur bir oyun strateji bilgisi, yani hangi hamle dizisinin galibiyet getireceği, rakibin hamlelerine nasıl karşılık verilmesi gerektiği, İngiliz açılışı ve Grünfeld savunmasının ne olduğu ve benzeri konuların anlaşılmasını gerektir. Hintikka'nın vurguladığı gibi stratejik kuralların sadece sezgisel olması gerekmez. Bu tür kuralların oyun hakkında genel bir anlayışı ve görüşü ifade etmeleri gerekir. Felsefede de konu hemen hemen bu şekildedir. Eleştirel düşüncedeki çıkarsama kuralları, tanımlama kurallarıdır, bu alanın stratejik kuralları değildirler. Düşünme kurallarına hakim olmak ancak bir araç olabilir, bir amaç değil. Doğru düşünme örnekleri dışında felsefecinin Hintikka'nın da söyleyeceği gibi doğru görüşü biçimlendirmeye de katkıda bulunması gerekir!

Hintikka'nın bu pozisyonu ile Frankfurt Okulu'nun önemli isimlerinden Horkheimer'ın görüşleri arasındaki benzerliklere dikkat ediniz. Felsefe ile sosyal bilimler arasındaki ilişkiyi yansıtan Max Horkheimer eleştirel sosyal sorgulamanın üç fonksiyonuna işaret eder: etiyolojik veya açıklayıcı, uygulamalı ve normatif, hepsi aynı anda. Bu türden her sorgulamanın, sosyal bastırma ve kontrol mekanizmalarını keşfetmesi, pratik durumun mevcut şartları değiştirmek için en iyi imkanları sağladığı dönüştürücü ajanları tanımlaması ve üçüncü olarak onlara eleştiri için açık kriterler ve sosyal dönüşüm için ulaşılabilir pratik hedefler sağlaması gerekir. Geçerli bir eleştirel toplum teorisinin Horkheimer'ın ifadesiyle - "*nesnesi, kendi tarihi yaşam biçimlerinin üreticisi olarak insanlardır*"[5]. O halde, eleştirel düşünce mantık yasalarına ve akıl yürütme vasıflarına hakim olmaktan çok daha fazlası anlamına gelir. Eleştirel düşüncenin esas özelliğinin temel dayanağı belli bir sağlam "*doğru*" - ontolojidedir. Eleştirel ontoloji, insan öznelliğini, insanın ötekiyle birlikte yaşamasını ve aktif insanın evrene karşı tutumunu dikkate almalıdır. Dünya ve toplumumuz hakkında genel bir anlayış sunmalıdır.

Bu sonuç, felsefenin bütünlüğü hakkındaki güçlü yorumların analizine geçişte avantajlı çizgiye yerleşmemizi sağlıyor.

GÜÇLÜ VERSİYON VEYA SOMUT EVRENSEL OLAN

"*Doğru*" (right) sıfatının bu bağlamda ne anlama gelebileceğini aydınlatarak başlayalım. Bu sıfat, hangi fenomeni belirtmektedir? Doğru görüş olarak neyi anlamalıyız? Ayrıca, bu neyle ilgilidir?

Cevaplar konusunda tam bir anlaşma yoktur. Bazı teorisyenlere göre "*doğru*", "*bilimsel*" kavramına dönüştürülmüş bir sözcük olabilir. Bu Engels'in bakış açısıydı. Geç dönem eserlerinde

(5) M. Horkheimer, Between Philosophy and Social Science, Cambridge: MIT Press, 1993, p.21.

Engels sürekli olarak şunu ifade etti: "*her özel bilimin, şeylerin ve bizim şeyler hakkındaki bilgimizin büyük toplamı içerisindeki konumunu netleştirmesi gerektiği andan itibaren, bu toplam ile ilgilenen özel bir bilim gereksizdir*".[6] Sonradan Engels'ın düşüncelerinin Auguste Comte ile paralel bir yol izlediği görüldü. Birincinin materyalist olmasına ve ikincinin ruhların varlığını reddetme eğilimine rağmen, her iki düşünür doğal felsefenin döneminin sona erdiğini ve metafiziğin yerini şeylerin bilimsel açıklamasına bırakması gerektiğini ortaya koyuyorlar. Yukarıdaki cümlenin ardından gelen cümlede, Engels bütünsel bakış açısından gerçek felsefenin ardında "*hayatta kalan*" tek şeyin, "*düşünce bilimi ve bunun yasaları formel mantık ve diyalektik*" olacağını kabul eder.[7] Buradaki boşluk kısmen bilindiği gibi "*insanın bilme yetisinin formel ve genel teorisini*" yaratmayı bir sorun olarak belirlemişler olan sonraki (second) pozitivistler tarafından doldurulmuştur. Ancak ampiriyokritisitler, her şeyden öte görüngücülükleri yüzünden tatmin edici bir karar verememişlerdir. Bu engel, "*öznel diyalektikte*", özellikle bilimsel bilginin gelişimi sorununda ortaya çıkmıştır.

Sovyet sonrası Rusya'da, diyalektik materyalizm konusundaki Perm okulu (Batı Urallar) bilimsel felsefenin çağdaş taraftarları arasında özellikle kayda değirdir.[8] Bu okulun besleme çocuklarının yayınları, tutarlı bir şekilde sadece "*diyalektik materyalizmin, gelişme sürecinde nesnel gerçeklik olarak en geniş anlamdaki dünya algısıyla*" dünyayı, "*herhangi bir dışsal büyütme olmaksızın, olduğu gibi*" gördüğü fikrini izliyor. Doğru görüş, doğası gereği bir diyalektiktir, başka bir deyişle, evrensel evrim ve genel karşılıklı bağımlılığın bir algılanma biçimidir: diyalektik yasaları, "*doğa ve insan toplumunun yanı sıra düşüncenin kendisinin de en genel yasalarıdır*". Okulun lideri kabul edilen Vyacheslav Orlov "*birleşik düzenli dünya süreci*"nin "*bilimsel felsefe*"nin bugünkü versiyonunun ana gövdesini oluşturduğunu belirtiyor. Orlov, bunun yanında, bu teorinin yöntemsel kılavuz hattı olarak kullanabileceği tek şeyin, her evrimin evrensel, özel ve tek olanın etkileşiminden ortaya çıktığı şeklindeki Hegelci bir ilke olduğunu iddia ediyor.

Bu konum, burada sadece belirtmekle yetineceğim zorluklarla karşı karşıyadır.

Birinci [zorluk], teorisyeni bilimsel ilerleme ile felsefi bilginin gelişmesi arasındaki farkı görmekten alıkoymaktadır. Bilim değişimlere eğilimlidir: modellerini ve algılama biçimlerini sürekli olarak yeniden şekillendirir ve yeniden kurar, burada ve şimdi mutlak bir doğru gibi görünen bir şey, başka bir yer ve zamanda bu niteliğini kaybedecektir. Siddhartha Gautama'nın evrenin düzenlemeleriyle ilgili yargılar ile körlerin fil tarifindeki tartışmaları arasında ısrarla benzerlik kurması kesinlikle tesadüf değildir. Marksist gelenek için alışılmış bir şekilde, en genel yasaların birliğine yönelik çağrı, gerçeğin hem en yüksek epistemik değer, hem de felsefe yapmanın nihai amacı olarak statüsünü korumaktadır ve bu nedenle felsefi bilgiyi belirtilen eğilimin etkisinden kurtarmamakta, ancak sadece yavaşlatmaktadır. Bu başlangıcın ardından Engels, materyalizmin her temel bilimsel buluşla birlikte şekil değiştirdiğini belirtmiştir. Genel anlamda, Orlov bu karakterizasyonu doğal kabul ediyor, çünkü kendisinin bilimsel felsefenin modern versiyonundan söz ettiğini belirtiyor.

Bu şartlar altında felsefe, mutlak ve göreceli gerçeğin etkileşimine girmek zorundadır. Bu, doğa bilimlerinde işler ve bu alanı tamamlayıcı yasalara, görecelilik fikrine ve konvansiyonelleştirmeye tabi kılar. Gerçekten, bilimsel bilginin gelişmesi, bilgi ve teorilerin düz bir şekilde birikmesi değildir, birbirinin yerine geçer ve bazı durumlarda karşılaştırılamaz hale gelir. Ancak ortak ölçülemezlik ile ortak ölçülemezlik uyumsuz olabilir. Felsefede, görüşlerin çoğulculuğu bozulmamış bir şekilde sürmektedir ve yeni önemli durumlar, arkaik (insanın arkaik olduğunu düşüneceği gibi) bakış açılarını ortadan kaldırmakla kalmıyor, yaratıcılarının kendilerinin bunlarda görmediği bazı şeyleri görmeye imkan sağlıyor. Bu düşünce şekli için ikinci zorluk, Varoluşçuluk veya yaşam felsefesi gibi evrensel yasaları araştırmayı amaçlamayan düşünümsel formların varlığını sürdürmesi ve etkisi nedeniyle ortaya çıkıyor. Ancak henüz kimsenin aklına, Sartre'ı veya Nietzsche'yi bu nedenle felsefeden dışlamak fikri gelmemiş gibi görünüyor. Dolayısıyla, bilimsel felsefe savunucularının hayalini gördüğü somut evrenselin ardında, "*Anti-Duhring*"in bugünkü yorumcularının varsayma eğiliminde olduğu gibi, sadece evrensel evrim teorisi bulunmamaktadır.

Kazan Devlet Üniversitesi'nden Profesör V. Komarov, tam da bu düşünceyi çok canlı bir şekilde ifade etmiştir. Komarov, felsefe ile bilim arasındaki farkların temelleri İsa'nın bir ifadesinde saklı olduğuna dikkat çekmiştir: "*İnsanoğlu sadece ekmekle tatmin olmaz*". İnsanlara "*günlük ekmeğin*" temin edilmesi bilimlerin nihai amacıdır. Bir insana, "*günlük ekmek*" dışında neye ihtiyacı olduğunu belirlemekte yardımcı olmak, din ve felsefenin çağrısıdır. Dört başı mamur bir hayat için insanların ihtiyacı sadece tam bir doğru değil, aynı zamanda "*açık (resmiyete sahip) doğru*"dur, yani bir yanda İyi'nin bir yanda ise Güzellik'in eşlik ettiği bir doğrudur. Bununla birlikte, tam da bu refakatçiler bilimsel bilginin özellikle ilgilenmediği konulardır.[9]

Felsefe'nin birçok misyonları ve işlevleri vardır: eleştirel, ontolojik, yöntemsel ve bağlama göre benzerleri. İnsanın eşsizliği fenomenine kesinlikle ilgisiz değildir. Bütün bunlar doğrudur. Ancak bu sadece bir vaka ise somut gerçek yerine özeti, yani özetleyici temalar ve yaklaşımlar toplamı geçmiştir ve buna mukabil olarak güçlü versiyon zayıf olana yakın olmaktadır. Dahası, bütün bu tema ve yaklaşımlar ayrı ayrı ele alındığında birçok kültürel zihne ait faaliyetin konusu olabilir. Felsefenin spesifik kültürel misyonunu kavramak için yeni bir kavramsal modele ihtiyacımız olmasının sebebi budur. Böyle bir model, yukarıda belirtilen yönlerin hepsini tek ve uyumlu bir bütünlük içinde bir araya getirecektir.

(6) F. Engels, Anti-Dühring, Marks, K., Engels F. Soç. t.20, p. 25.

(7) Ibid.

(8) Bu kalıp genellikle Vyacheslav Orlov'un adıyla bilinen, Diyalektik materyalizm konusundaki, Perm Okulu'nun (Batı Urallar) karakteristik özelliğini biçimlendirir. Perm Devlet Üniversitesi düzenli olarak bu konuya hasredilmiş konferanslar düzenler. Hemen hemen yirmi yıllık süre boyunca, Rusya'nın birçok bölgesinden bilim adamları, 1992'den beri aralıksız olarak basılan "Felsefede yeni düşünceler" koleksiyonun sayfalarında kendi görüşlerini sergileme şansı buldular.

(9) V. N. Komarov, "Metod Filosofii Kak Kriteriy Yeyo Nauçnosti (Nenauçnosti)," Novıe Idei v Filosofii, Perm, izd-vo Permskogo Gosudarstvennogo Universiteta, 2001, p. 18.

KARAR ALMA MEKANİZMASI OLARAK FELSEFE

İnanıyorum ki bu tutarlılık geç Kant'taki dört bildik soru sonrası ortaya konabilir ve değerlendirmemin son bölümü bu tezin temellendirilmesine ayrılacaktır.

Bunlardan üçü ilk olarak Critique of Pure Reason (Saf Aklın Eleştirisi) ve Logic'te (Mantık) görülür ve Karl St_udlin'e mektupta (4 Mayıs 1793) Kant dördüncü soruyu ekler: İnsan nedir? Benim acınacak performansımı tam olarak aktardıkları için, ilk üç kalemi hatırlatmama izin verin: Neyi bilebilirim? Ne yapmalıyım? Ne umabilirim?[10] İlk bakışta bu, Postmodernistler ve tek ve uyumlu bir bütünlük olarak felsefenin diğer eleştirmenlerinin etkisiyle şimdilerde popüler olan aynı sinopsisten başka bir şey değil. Düşünürün kendisi, kaleme aldığı üzere ilk soruyu metafizikle dikkate alır, ikincisi doğası gereği ahlakla ilgilidir ve üçüncüsü dini konudur yazarak bu izlenimi güçlendirmektedir. Ancak, Wittgenstein'ın söyleyeceği gibi, onların "*hepsinin bildiği bir şey olup olmadığına, bakalım ve görelim*". Bir durumda "*-ebilmek, -abilmek*" (can), diğerinde – "*-meli, -malı*" (ought) ve "*-ebilmek, -abilmek*" (may) kiplikleri son soru için seçilmiştir. Önemli nokta, kipliklerin farklı olması! Dikkatsiz bir okuyucu genellikle bunu, değerlendirmesini yapamamaktadır. Fakat Kant, bilindiği gibi, kullanılan kelimelerin tam anlamında [kullanılmasında] hassastır. Bundan dolayı, bu farkın belirli bir düzeni veya diğer bir ifadeyle, bir bütünsel yapıyı gizlediğini düşünmek abartılı olmayacaktır.

Bu nasıl bir yapıya sahiptir?

Cevabım, tam da bu yapının karar verme mekanizması olduğudur ve tam olarak bu tasarım, bu tasarımın anlaşılması ve gerekçelendirilmesi, genel olarak Weltanschauung'un kültürel işlevini ve özel olarak ise felsefenin ayırıcı kültürel işlevini oluşturur. Konuşmamın kalan bölümünde buna bazı açıklamalar getireceğim ve bu varsayım için bazı gerekçeler sunacağım.

Evvela, karar vermenin formel teorisinin genel olarak bilindiğini kaydetmek gerekiyor. Matematikçiler tarafından çalışılıyor ve sosyolojide ve özellikle ekonomide yaygın olarak kullanılıyor. Araştırmacılar bunu bazen, rasyonel karar verme teorisi olarak adlandırırlar. Bu teoriyi, "*heuristic*" kelimesinin anlamında olduğu gibi, provokatif analojinin bir çeşidi olarak ele alacağım. O halde, hangi durumda karar vermek durumunda olacağımızı nasıl anlayacağız? Bu karar ne zaman insanlık için çok önemli olacaktır? Ve karar almak için insanın neye ihtiyacı vardır?

Bu tip durumlar çok çeşitlidir ve çok yönlüdür, fakat her benzer durum üç bileşen veya üç modül içerir.

İlk olarak, bir karar vericinin hayatının akışında bir dizi olasılığa, olası durumlara veya gelişimin olası değişkelerine sahip olduğu kabul edilir. Er ya da geç hepimiz kendimizi böyle durumlarda buluruz. Hatta bir seçim yapmayı reddetmek bile aslında bir seçimdir. Eğer durum buysa, avantajlarınız ve başarınızın, bütün gerçek olasılıkları ve mevcut seçenekleri bilmenize bağlı olduğu oldukça açıktır. Bir belediye otobüsü ile otele nasıl döneceğinizi bilmiyorsanız veya metronun nerede olduğu konusunda bir fikriniz yoksa, taksi için beş kat fazla ödemek zorunda kalırsınız. Empirik ekonominin modern destekçilerinin söyleyeceği gibi, bilgi paradır ve Bacon'un söylediği gibi bilgi güçtür. Bu dünyada neyin olanaklı olduğuna dair bu fikirler setini, dünyanın bir resmi olarak adlandıralım. Bu bağlamda "*-ebilme*" (can) kipliğine başvurmanın, en doğrusu olduğu açıktır. Yine de olası alternatifler hakkındaki bilginin, karar vermek için yeterli bir koşul olmadığı açıktır. Gerçekte ihtiyacınız olan, seçme kriteridir.

Karar verme durumunun ikinci bileşeni, bir değişkeyi veya diğerini benimsemek için bir kriter veya ayırıcı özelliktir. Otele, otobüsle, metroyla veya havaalanı limuzini yardımıyla dönmek için nereye gitmeniz gerektiğini biliyor olabilirsiniz. Hangi seçeneği tercih edeceksiniz? Bu sizin tercihlerinize bağlı: hızı, konforu ve düşük ücreti tercih edebilirsiniz. Kural olarak, belirli sayıda ayırıcı özellik ve bir dizi kriterlere sahibiz. Biyolojik davranış çerçevesinde, bu kriterler çoğunlukla genetiktir. Bazen hayvanlar bunun üstesinden taklit yoluyla ve koşullu refleks ile gelmektedirler. İnsan seçimi için kriterler, kültürle biçimlendirilmiş bazı standartlar, eğilimler ve seçimler şeklinde ortaya çıkar. Özel literatürde, bu kriterler değerler adını almıştır. Bu standartların ve ideallerinin sosyal doğasına rağmen, her insanın kafasındaki bunların somut düzeni kişinin bireysel deneyimine uygun olarak inşa edilir. Bir adım daha atarak, bunun Kant'ın dördüncü sorusunda kullanılan kiplik formunu açıkladığını söyleyebiliriz.

İkinci soru için, değerler seçilmiş hedeflerimizi zorladığı ve bizim bireysel istemlerimizin ifadesi olduğu ölçüde, bu görüş açısından fiili "*cesaret etmek*" (dare) şekline ve sözcük bileşimini "*umut edebilmek*"e dönüştürmek oldukça makuldür. Buna, değerlendirme kriterlerimizin bazen açık olmaktan uzak olduğunu eklemeliyim. Bu özellikle sosyal değerlerle ilgilidir. Bunların haklı gerekçelerinin bulunması gerekir. Bazen, geleneğe veya otoriteye atıfta bulunulması gerekir, fakat karmaşık durumlarda, bu süreç çok hassas bir hale gelebilir.

Şimdi, düşüncemizi geliştirme ve bir adım ileri gitme şansı veren bir noktaya ulaştık. Durumla ilgili düşüncelerimizden ortaya çıkan talep ve tercihlerimizin düzeyini belirlediğimizde, üçüncü soruya yönelebiliriz: Ne yapmalıyız. Gerçekten, tercih edilecek kriteri belirlediğiniz takdirde, en iyi değişkeyi seçebilirsiniz ve daha ileri etkinliğimiz için bir amaç oluşturmaya çalışabilirsiniz.

Bu adımdan sonra, mekanizmamızın dördüncü modülüne devam edelim, çünkü herhangi bir amaç –eğer bir amaç ise- uygulama gerektirir. Bunun için, bir eylem yapmak zorundasınız; –bedensel veya ruhsal- bazı hareketler gereklidir. Aksi halde, hiçbir fayda sağlayamazsınız. Çok bilinen bir atasözü vardır "*Cehennemin yolu iyi niyet taşlarıyla örülüdür*". Bu nedenle tartışılan üçüncü durumla ilgili ilkemizi benimsemeli veya uygulamalıyız. Bu üçüncü bileşen arzulanan hedefe, arzulanan amaca ulaşmak için gerekli hareketlerin tanımlanmasıdır. Bu tanımlama mükemmele yaklaşırsa, asgari çabayla en iyisini yapmış olursunuz.

(10) Bakınız: I. Kant, Critique of Pure Reason. Indianapolis. 1996, p.735. Burada, başlangıçta, sinopsisin aralarında özsel bağlar olmayan konu ve yaklaşımların özet bir değerlendirmesi olduğunu hatırlatmak isterim. Diğer bir uyarı, Kant'ın İngilizce'ye çevirisini temel olarak aldığımdır. Critique of Pure Reason'un N.O. Losskyi tarafından Rusça'ya yapılan çevirisi, 1964 ve 1994 yıllarındaki akademik baskılara esas kabul edilmiştir ancak yetersiz olduğu ortaya çıkmıştır. Losskyi birinci ve üçüncü sorulardaki yardımcı fiiller arasındaki farkı göstermiyor ancak Kant'ın Critique'inin daha sonraki sayfalarındaki açıklamaları bu ayrıştırmanın gerekli olduğunu göstermektedir. Bakınız: I Kant. Kritika Çistogo Razuma, M, Mısl, 1994, pp. 471-472. Rus çevirmen, "umabilir" (may hope) (smeyu nadeyatsya) ifadesini Kant'ın St_udlin'e mektubunun çevirisinde kullanıyor. Bakınız: I. Kant. Traktı i Pisma, M.. Nauka, 1980, p. 589.

Yaşama geçirilebilen bir durumu hedefiniz olarak kabul edip etmeyeceğiniz sizin kişisel ve özel işinizdir. Yurtdışına birçok seyahat yapmayı gerektiren prestijli bir firmada çalışma fırsatı olan herkes bu seçeneği kabul etmeyecektir. Bazıları kendini yaratıcı bir şekilde gerçekleştirme fırsatını tercih eder, bazıları ise evin istikrarlı sıcaklık ve konforunu seçebilir. Aynı fırsat ve şartlar verildiğinde, hedef ve amaçlar kişinin taleplerinin düzeyine göre değişebilir. Ancak, herhangi bir seçeneği tercih ettiğinizde ve bunu amacınız olarak belirlediğinizde herkesin bildiği işler doğrultusunda baskı oluşmaya başlar. Bir kural gibi zorunluluk kazanır. Bu nedenle Kant tarafından belirtilen sorulardan ikincisinin neden emperatif kipinde formüle edilmiş olduğunu anlamak kolaydır. Olması gereken (oughtness) ile ahlak arasındaki karşılıklı ilişkiye itiraz etmiyorum. Sadece Kant'ta emperatiflerle aynı miktarda maksimlerin olduğunu hatırlatmak istiyorum ve kategorik emperatif dışında, akademisyenler teknik ve ihtiyat emperatiflerini ayrıştırmışlardır.

Şimdi "*doğru görüş açısı*"nın içeriği ve kültürel işlevi hakkındaki ana sorumuza dönebiliriz. Hinttikka oldukça haklıdır: stratejik kurallar heuristik olana indirgenemezler. Bu kuralların oyun hakkında genel bir anlayış ve görüş açısı ifade etmesi gerekir. Genel olarak felsefede ve yaşamda, bu konu yaklaşık olarak aynıdır. Yaşam durumumuzun genel kavranışı the Weltanschauung (dünya görüşü) üç parçadan oluşur. Bu yapının ilk parçası, yaşam dünyamızın genel temsilini gösteren dünyanın bir resmidir, bir tür ontolojidir. İkinci ve üçüncü bilenşenler değerlerdir (bazen kendinde değerler şeklinde ifade edilir) ve buna paralel olarak davranış programlarıdır (tercih edilen seçeneğin gerçekleştirilmesi için gerekli hareketlerin tanımlanması).

SONUÇ

Bu makalenin öncelikli amacı felsefi düşüncenin anlamı hakkındaki bütün diğer kavrayışlara saldırmak değildir. Bunun yerine, felsefi konular, problemler ve yaklaşımlar için mümkün olduğunca geniş kavramsal birleştirme kaynaklarını araştırmayı hedeflenmiştir. Böyle bir bütünleşmenin temel koşulu felsefi işlevlerin paralel birlikte varoluşu ilkesini reddetmek ve onları -önde gelen- bir kültürel misyon çatısı altında birleştirmektir. Bu nedenle, bütünleşme zemini olarak dünya görünümün işlevini değerlendirmeyi önerdik. Aynı zamanda, dünya görüşünün, karar vermenin genelleştirilmiş bir modeli olarak okunması önerildi. Bu model ile geç Kant'ın üç sorusu ile ifade ettiği felsefenin görevleri anlayışı arasındaki daha sonra gelen karşılaştırma bizim okumamız ile Kant'ın kafasında en azından gizlenmiş bir önerme olarak dolaşan felsefe yapma imajı arasındaki olumlu çakışmayı açığa çıkardı.

Yazarın pozisyonunu, evrimsel sürecin daha iyi kavranması açısından tekil ile evrensel diyalektiğinin anlamını kabul etmeyi reddetmek olarak görmek, küçük bir hata olmayacaktır. "*Bilimsel felsefe*"nin problemi sadece somut evrenseli vurgulamaktan ibaret değildir. Temel problem daha ziyade, felsefenin iradesiz bir şekilde olarak ontolojiye, dünyanın felsefi resmine indirgenmesidir. Ne zaman, birisi daha genel yasaların keşfedilmesi hakkında konuşmaya başlasa bilişsel düşünme, soyutluluğun bir üst derecesine yükselir. Sonuç olarak, daha önceki ve yeni bilgi arasındaki ilişki hiyerarşik zeminde veya diğer bir ifadeyle, piramit prensibine uygun

olarak biçimlenmeye başlar. Bu nedenle, kendisi için gayriresmi "*bilimlerin kraliçesi*" konumunu nolens volens (ister istemez) korur ve felsefe ve bilim arasındaki radikal yaklaşımın aktivistleri, daha önce belirtilen bazı zorluklarla karşı karşıyadırlar. Ancak çok karmaşık bir bağlantı ve etkileşim ağı burada saklıdır. Ve yazar, bunun tatmin edici bir açıklamasını yapar gibi görünmeye çalışmak iddiasında değildir.

Bununla birlikte, felsefe yapmanın özgüllüğünün önerilen yorumu, metafiziğin bir yandan yargılarının en yüksek noktadaki evrenselliğine bir çağrı ile diğer yandan felsefi söylemin derin bir şekilde kişisel değerlere dayanan doğasını nasıl birleştirdiğini görmeye imkân verir. Bu, antik Yunanlıların felsefeyi "*pratik bilgi*" olarak adlandırmalarının sebebinin anlaşılmasını da sağlar. Felsefi tartışma pratik anlamını burada bulur ve bu nedenle bu tartışmanın yerine başka hiçbir entelektüel çalışma geçemez. Bunun yanında, umarım bu yorum, felsefe okumanın gerekliliğine öğrencilerimizi ikna etmek gerektiğinde iyi bir sunum olabilir. Son olarak ifade etmekle birlikte bu yaklaşımın önemsiz olmayan bir erdemi, Weltanschauung'un tarihsel tiplerinin karşılaştırılmalı analizi için sahip olduğu sezgisel potansiyeli ile bağlantılı olduğunu belirtmek gerekiyor. Bu tipler üç kriter esas alınarak analitik olarak ayrıştırılabilir: dünya resminde benimsenen açıklama modeli, değerlerin gerekçelendirilme şekli ve aktöre bir davranış programı sağlayan özgürlük düzeyi. Bu üç nokta, mitolojik, dini ve felsefi dünya görünümlerinin belirli niteliklerine yeni bir ışık tutmamıza yardımcı olur. Ancak bu ayrı bir konudur ve özel olarak incelenmesi gerekmektedir.

Nesnel Gerekçe Anlayışı ve Bu Anlayışı Tasfiyeye Eğilimli Yargısal Deneyimler

Hilmi ŞEKER*

Son söz veya sözün sonu; içinde fazlaca bir iddiayı barındırmakla kalmaz, aynı zamanda sert, keskin, net ve ödünsüzlüğü de çağrıştırır. Son söz anılanları yaparken çoğu kez kendisini besleyen gerekçeye yaslanır. İddianın şımarıklığı, biraz da inançtan uzaklaşma ve hükme yaklaşmaktan kaynaklanır. Durduğu yerden ahkâm keserek, bir şeyi diğerine bağlama kararlılığındadır. Bilimsel disiplinden geçenler, son sözün ne anlama geldiğini, düşüncenin söze, sözün sonsöze nasıl dönüştüğünü iyi bilirler. Kuralları vardır. Kafadan çıkan her ses, ağızdan çıkan her söz, son söz olarak addedilemez. Disipline bağlılık ve marifet, sıradan olanın son söz olmasına izin vermez.

Bu farkındalık içimizden geldiği gibi konuşmayı, inançlarımızı hükme dönüştürmeyi, analitik düşünme kurallarından ayrık bir çizgide eylemeyi önlemektedir. Bu kurallar yazarken sorumlu olmayı, açıklama ve kanıtlamayı anımsatırken bildiklerimizi, gördüklerimizi ve yaşadıklarımızı soluk soluğa ve içimizden geldiği gibi satırlara dökerek, tüketicilerin yararına sunmayı önlememektedir. Sözün sonu, söylemimize anılanlardan ötürü biçimsel değer katmaktan öte bir anlam yüklemektedir. Düşüncenin kavramsallaşarak hükme dönüşmesi, hükme dönüşen tezlerin dikkate alınarak değerlendirilecek olması, söyleyeni daha çok sorumlu olmaya çağırmaktadır.

Hukukun kaynaklarının hareketliliğine koşut olarak gerekçe anlayışı da nefes nefese yol almaktadır. Dar alanlara ve kalıplara sığdırılmış gerekçe, zaman ve koşulların itkisiyle, kendisini aşmayı denemektedir. Jenerik bakış açısı üzerine kurulu gerekçe anlamı, yerini irtifa kazanan ve detay gören yetenekleri sayesinde, her geçen gün yenilenen bir gerekçe anlayışına bırakmaktadır. Bilinen gerekçe anlayışı, yerini yenisine bırakırken yeni olan, jenerik kökleriyle olan ilişkisini koparmayı kesinlikle yoksamaktadır. Eskisi, bildiklerini ve yaşadıklarını, kendisini yenileyenin tekâmül edilmesine amade ederken, yeni gerekçe algısı ise köklerini var eden düşünsel arka planın farkındadır. O kökleriyle yaşamanın, onunla yüzleşerek kendisini aşmanın ne anlama geldiğini bilmektedir. Emekli olmayı reddeden jenerik gerekçe, zamanı önüne katarak yaşadıklarını paylaşacak, bilim insanları, yargıçlar avukatlar, öğrenciler ile nice ilgililerin kendisine gelecekleri günü dört gözle beklemektedir.

Gerekçe, bundan 218 yıl evvelki gerekçe değildir. Zamana direnmenin imkânsızlığını her şey gibi o da yaşadı. Biçim ve içerik olarak, zaman ve mekâna karşı koyamayan gerekçe, ayakta kalabilmeyi kendini uyarlayarak sağlayabildi. Kamu otoritelerinin keyfiliği, ibralaşmama inadı, hesapsızlık ve pervasızlığın var ettiği erken gerekçe, kendisini ikmal etmeye devam etmektedir. Zamanla barışık yaşayan gerekçe, egemenlik alanına, idare, yargı ve yasamayı katarak hemen herkesi, yaptıklarının hesabını orta yerde vermeye zorladı.

* Yargıç/İstanbul

Mükemmel olmak gerekçenin idealleri arasındadır. Mükemmel olmaklığın cazibesiyle onun getireceği durağanlık arasındaki seçimin güçlüğünü yaşıyoruz. Bir yandan tamamlanmaya yaklaşmak, mükemmelleşmek diğer yandan mükemmel olmaklıkla başlayacak dinginlik, suskunluk, durağanlık ve başka amaçlara hizmet etmekle başlayacak düşüş ve bozulma. Cangızbay'ın mükemmel olmaklık için çizdiği yazgıyı gerekçenin de yaşayabileceğini düşünerek, gerekçenin bozulmaya direnebilmesinin gerçekliği hukuka, hukuku adalete eviren yaşamı içselleştirmesiyle mümkün olacağını düşünüyoruz. Tekâmül etmenin neden olacağı kendini tekrarlama ve başka ereklere hizmet etme riskini önlemek ancak, uyumayı reddeden bir gerekçe bilincinin varkılınmasıyla mümkün olur. Dolayısıyla gerekçe, her geçen gün oylumu derinleşerek genişleyen ereklerinin peşinde koşarak tekâmül etmekten kaynaklanan tembelleşme riskini bertaraf etmelidir.

Kamu kendi adına hareket edenleri şeffaf ve hesap bilir ve verir olarak görmeyi istemektedir. Bireysel adaletin, toplumsal adalet üzerinden kamusal adalete doğru uzun ve meşakkatli yürüyüşünün, mutlu bir biçimde sonlanması, verilebilecek hesapların açıkta tutulmasıyla olanaklıdır.

Kuşkuyu yenmek hukukun idealidir. Hukuk, varını yoğunu bu özel idenin gerçekleşmesi için harcamaktadır. Kuşkunun yenilmesi, kuşkuyu mayalayacak ortamın kurutulmasıyla mümkün olur. Kuşku, en çok kapalı, gizli ve karanlık olmak ve hesap vermemek olgusuyla bir arada yaşamayı seçer. Derinlik, bulanıklık, belirsizlik, sis ve gölgenin bir tek ereği olabilir, o da kendisi üzerinden var olan hesap kaçınlığını kutsamaktır. Bireye ve topluma hesap vermekten kaçınmak, kendisini besleyen gerçekliği sırra dönüştürerek varlığını korumaktır. Hukuk ömrünü giz ile mücadeleye adamıştır. Açıklık ve gizlilik arasında oluşan gerilimde, hukuk tercihini ekseriyetle ve olabildiğince açık olmaktan yana kullanmış, gizliden yana tavır takınmak zorunda kaldığı ayrıksı durumlarda ise gizin yaratacağı olumsuz etkilerin harekete geçişini, açıklığı sağlayacak almaşık araçlarla bloke etmiştir. Açıklık, hukukun iksiridir. Hukuk kendisini pekiştirmek için karşıtını yaratmıştır. Bu karşıtlık gizliliktir. Hukukun giz ile ilişkisi ayrıksıdır. Hukuku ereği ile buluşturacak olanları, açıklık ile gizliliğin karşıtlık temelindeki bu ilişkisinin etki alanının dışında tutmak mümkün değildir. Açıklık şeffaflık hesap verilebilirlik veya ibralaşmanın kavramsallaşması, yargıç ve diğerlerinin çabaları realize olur ya da onlar aracılığıyla gerçekliğe dönüşür. Giz ile hukuk arasındaki saldırmazlık paktı istisnaidir ve istisna her zaman iyi, doğru ve gerçeğin habercisi değildir. Temellendirme etkinliğinin ayrıksı olanla örselenmesi, sahici bir istisna değildir. Yapılan iş gerekçe ihtiyacının onu ikame eden önlemlerle bertaraf edilmesi ya da gerekçe ihtiyacının yok edecek önlemler alınmasıdır. Sırrın çekilmesiyle oluşan boşluk, gerekçe ve onu ikame edecek almaşıklarla doldurulmadıkça, gerekçeye olan gereksinim yoluna devam edecektir.

Yeni gerekçe anlayışı, eskisinden izler taşımakla birlikte, içerik ve şekil bakımından daha zengin, kapsayıcı ve çoğulcu bir kimlikle hukuk sistemimize merhaba demektedir. Doğa eskiyen ve aşınanı yenisiyle değiştirmektedir. Bu doğal bir işleyiş kuraldır ve yaşanması kaçınılmazdır. Hukuk yaşayan bir varlıktır. Yazgısı insanın ve doğanın yazgısı ile özdeştir. Değişen koşullar, yazgısı kendisine bağlı olan her şeyi

değiştirmektedir. Değişen ilişkiler ve bu ilişkiyi tetikleyen olgulara bağlı olarak, hukuk da bu değişimden payına düşeni almakta, uyarlanmış yapısıyla önüne konulan bu yaşam tarzını yeniden kucaklamaktadır. Yeniden kurgulanan ilişkilerin gerisinde kalmak, gerçekle olan bağı koparmak etkisiz kalmaktır. Etkisiz kalmak, aralarında gerekçe hakkının da bulunduğu birçok değişene, olup bitenlere boş gözlerle bakmak eli kolu bağlı durmak demektir. Direnen hukuk, esnekliğini yitirir. Uyarlanan hukuk bireye yeni yaşam ve olanaklar sağlar.

Gerekçe, her canlının yazgısını yaşar. Gerçeklikle bağını koparmadığı sürece yaşama tutunur. Yaşamın hızını yakalayarak, birey ve toplum için bitmeyen bilgilenme ihtiyacının peşinden koşar. Karanlık ve kapalılıkla mücadeleye girişir. Yaşamın gerçekliği karşısında karanlıkla baş etmenin araç ve yöntemlerinde değişiklik yaparak, keyfiliği alt etmenin almaşıklarını yaratır. Gerekçeye yüklenen yeni anlamları keşfeder. Gerekçe kutsal değildir. Esnekliği benimseyen yapısı, onu dokunulur kılmaktadır. Gerçeklikten beslenenin, kutsal olması olanaklı değildir. Gerekçe, modern ve post modern hukuk anlayışının bir parçası olarak, oluşan bu tartışmalar arasında yolunu bulmaya, yönünü tayin etmeye ve kendi yararına olana tutunmanın çabası içindedir. Hukukun, başkasına ait olan hukukun hiç kimsenin hukukuna dönüşmesi, giderek anonimleşen hukukun nesnel olmayı deneyerek, ulusal sınırları tuz buz etmesinden gerekçe de payına düşeni almaktadır. Hukukun, sınır tanımazlığı onun nesnelleşmesiyle doğru ilişkilidir. Benimsemek, nesnelleşme ölçüsündedir. Nesnel olduğuna inanılanın yerel olan tarafından benimsenmesi kolaylaşmaktadır. Benimsenerek, yerelleşen hukuk yereli etkisine alarak, küreselleşmektedir.

Gerekçenin ihtiyaç olmaktan taviz vermeyen yapısı, tüm bu olup bitenlerden nasibini almaktadır. Kuşkulu olmaklık ve gizli kalmaklık ve bunların yarattıkları patojenlerle bir ömür mücadele eden gerekçenin küresel hukuk tarafından bazı alanlarda etkisiz bırakılmaya veya geri adım atmaya zorlanarak klasik rolünü oynaması önlenebilmektedir. Gelişen ticari yaşam ve çağın seçtiği ekonomi politik, uluslar arası kaynaklı ya da yabancı unsurlu ekonomik, mali ve ticari ilişkilerden kaynaklanan kararların, temellendirilmesi ihtiyacını yok etmektedir. Uluslar arası sermayenin serbest dolaşımına verilen onay, bu onayın işlerliğini sağlamak için aralarında gerekçenin de bulunduğu araçların bertaraf edilebilmektedir. Yabancı unsurlu ilişkinin taraflarının anlaşmalarıyla, yabancı bir hakem veya mahkeme kararının, ulusal eşiği aşarak iç hukukta etki ve sonuç doğuracak günler yaklaşmaktadır. Bu durum, politik tercihlerde değişiklik yaratılarak, yerel kamu düzeni algısına eşik düşürülmesi manasına gelmektedir. Yasamanın politik tercihe onay vermesi, onun işlerliği için yeterlidir. (benimsemede birci sistem) Sınırların ötesinde alınan ticari nitelikli bir ilamın veya hakem kararının, gerekçe eşiğinin irtifa kaybetmesinden ötürü açılan serbest geçiş koridorundan elini kolunu sallayarak girmesi, burada ilişkilere egemen olması iki manaya gelir. Politik seçim, böyle bir kararın yerel sınırlar içinde etki ve sonuç doğurmasını ulusal ve kamusal çıkarlarla bağdaşır bulmaktadır. İkincisi böyle bir kararın sıfır gerekçeli olması, kamu yararı, kamu çıkarı veya düzenini tehdit eder olmaktan çıkmıştır. Böylece, bireysel olanla kamusal olanın yararları, özdeşleşerek bireysel olan gerekçe algısını tayin eden olmuştur. Gerekçe algısında değişmeye yol açan bu durum

onun klasik işleviyle uyumlu ve pozitif bir değişiklik olarak algılanamaz. Gerekçeden umarları olanlardan sadece tanımlı yanların yararlarını ve tercihlerini referans alan bu yaklaşım tarzı, kamunun kendisini gerekçesiz bir kararda karakterize eden bir hükmün, yerel sınırlar içinde egemen olmasını, denetleme isteği bertaraf etmektedir. Oysa gerekçe bir hükmün demokratik denetimini gerçekleştirmekle kalmamakta bu gerekçesizliğin içine saklı olan ve kamunun çıkarlarıyla bağdaşmayan sözleşme, kalkan baskı nedeniyle kendini realize edebilmektedir. Gerekçe politik tercihlerin, kamusal çıkarları korumayı erek edinen gerekçenin, bireylerin karşılıklı oydaşmalarıyla kendisini pratize etmesine onay vermesi, küreselleşen hukuk anlayışının gereği olarak addedilmesi, gerekçeye olan ihtiyacı ortadan kaldırmamaktadır. Werner/Avusturya kararıyla, demokratik toplumla gerekçe arsındaki ilişkiyi, "güven" kavramı üzerinden kuran, AİHM, böyle bir geçişe onay vermesi mümkün değildir. İç hukukun gerekçeye yüklediği anlam, gerekçesiz veya dinlenme hakkı bertaraf edilerek oluşan, ihlalleri teknik açıdan yaratılan bir hesapsızlık biçimi olarak düşünmektedir. Moral değerler, kamu yabancı unsurlu bir sözleşmenin satıraralarına gizlenmiş ve kamunun çıkarlarıyla bağdaşmayan bir olgunun, iç hukukta etki doğurmasını soğuk karşılamaktadır. Kendisini kamu düzeni üzerinden hukukileştiren bu değer, iç hukukun gerekçeyle özdeşleşen kamu düzeni kavramının var ettiği gerekçe testini geçemeyen bir hükmün, egemen olmasına izin vermez. Yargıçların, öğretide tartışılarak kendisini görüşler aracılığıyla sisteme katmaya çalışan ve gerekçesizliği meşrulaştırma hazırlığında olan bu yeni ancak gizi kutsayan gerekçe algısına karşı, bilinçlerini açık tutmaları gerekir.

AİHS'in gerekçe yaklaşımı, şimdilik kaydıyla bir sözleşmenin bireysel oydaşmayla gerekçe bariyerini aşmasına izin vermeyen yapısı, yabancı unsurlu sözleşmelerin, gerekçe vizesi almaksızın efektif ve etkin olmalarına onay vermemektedir. AİHM, gerekçesizliği koşulsuz olarak bir adil yargılanma engeli olarak betimlemektedir. Gerekçeden ödün vermekten kaçınan Sözleşme, onun almaşıklarıyla ikame edilmesine veya onu ihtiyaç olmaktan çıkaran olgularla birlikte yaşamayı yoksamamıştır. Evrak üzerinde yargılamalarda gerekçeye duyulan özlem ve ihtiyaç hükmün açık tefhimi ve klasik gerekçe kurallarının gerekleriyle giderilerek, gerekçe anlayışı açıklığı sağlayan diğer (açık duruşma ve hükmün açık tefhimi) alternatifleri de kapsamına alarak kendisini derinleştirmektedir. Bilgilenme de güveni doğruluğu ve gerçekliği tehdit eden bilumum riskler gerekçe engeli varsayılarak bunlarla uyumlu veya bağdaşır eylem biçimleri gerekçe hakkının destekleri ve tamamlayıcıları olarak tanımlanmaktadır. Tanımlanan gerekçe anlayışı salt bilgilenmeyi uğraş ve erek edinen büzülmüş bir anlayışla var olmayı reddetmektedir. Gerekçe bugün sadece savunma hakkı ile kanun yolunun etkin ve verimli olarak kullanılması ile yetinmemekte toplumun demokratik denetim ihtiyacı adalet ve gerçeklik beklentilerini de gerçekleştirmektedir. Gerekçenin gerekçelerinin genleşen yapısı bu kurumun klasik gerekçeleri aşarak, var kılınmasını zorunlu kılmaktadır. İşin içine toplum ve kamunun beklentilerinin girmesi, gerekçenin bireysel hedeflerin ötesine geçmesi sonucunu doğurur. Bu durum en çok kendisini gerekçesizliğin bireysel tercihlerle tolere edilmemesi noktasında gösterir. Özetle işin içine toplumun kamu

otoritelerinin eylem işlem ve kararlarını denetleme ihtiyacı veya mahkemelerin demokratik açıdan denetlenme ihtiyacı girdiğinde, birey veya diğer yargılama süjelerinin sıradan bir iradeyle koyulaşan bu ihtiyacı bertaraf etmeleri mümkün olmamalıdır. Bu bakış açısı ve gelinen aşama gerekçeye olan gereksinim konusunda şekilci olmayı dışlayarak, şeklin gerekçeye olan ihtiyacın karşılanma engeli olmasını şiddetle önlemektedir. Anılan yaklaşım, gerekçenin dokunulmazlığını istisnaya uğratmamış, klasik enforme tekniklerinde çakılı kalmayı reddederek, alternatif temellendirme biçimlerini sıcak karşılayarak, ezberleri bozmayı denemiştir. Bu bir ödün değildir. Aksine, gerekçenin işlerliğini pekiştirerek, enformasyonun bilinen gerekçe şablonuyla sınırlandırılmasını dolayısıyla şeklin esası belirleyerek işlevsiz kılmasını önlemiştir. İstisnalar, yerel hukuklara kendi özgünlüklerini yaşama fırsatı vermektedir. Böylece AHİM'in önerdiği gerekçe anlamı referans alınarak, benimsenen anlamın yumuşak gerekçe dokusuyla inşa edilmesine olanak tanınmıştır. Yereli teşvik eden bu bakış, son derece akıllıca bir seçimle, yargıçların birey ve toplumla yerel dil aracılığıyla ibralaşma olanağı tanımıştır. Bu Bölgesel hukukun yerel hukukla yaptığı işbirliği veya çalışma arkadaşlığıdır. Yerel hukukun, kendi gerekçe anlayışı bu şema içinde yoksanmamakta aksine efektif olabilmesinin olanakları verilen marjlarla, artırılmaktadır. Burada kat noktası, yerelin gerekçe konusundaki bölgesel önerilere sadık kalarak, yargılayanların hesap vermelerini önleyen aşkınlıklara kalkış-malarını önleyerek, ahde vefa beklentilerini boşa çıkaran deneyimlerden kaçınmaktır. Kendisine her ihtiyaç duyulduğunda ortaya çıkan gerekçe, kendisine olan ihtiyacın ikame eden aracılığıyla ortadan kalkması veya bu gereksinimin alternatif olanla karşılanması halinde, komplekslerinden arınarak kenara çekilmeyi öğrenmiştir.

Gerekçe salt AİHM'in içtihatları ile var olmuş bir uluslar arası kavram ve denetim aracı değildir. İnsan hakları ile ilgilenen pek çok kurum ve sivil toplum kuruluşu bireyi bu kavram aracılığıyla güvencede tutmayı ihmal etmemişlerdir. Onu, salt Avrupa Hukuku'na özdeşleştirmek haksızlıktır. Temel hak ve özgürlüklerin realize edilmesini misyon edinen hukuki metinler, gerekçeyi, adil bir yargı için korunması zorunlu bir güvence olarak görmektedirler. Yazılı gerekçe kil tabletleri, gerekçe ihtiyacı bilinçle yaşıttır. Tarihi ilerleyişi kronolojik kesintiye uğraması, onun zamanı yakalayarak hukukların gözdesi, birey ve toplumun güvencesi olmasını önleyememiştir. Gerekçe, meraktan, doğal ve insani olandan beslenir. Doğal bu ihtiyaç sürdükçe ya da gizlilik, belirsizlik ve hesapsızlık var oldukça gerekçe kendisini bu ihtiyaç ve karşıtlık temelinde var kılmaya devam edecektir.

Gerekçenin yazgısı gücün hapsedilmesini erek edinen hukukun yazgısını izler. Kuzeye doğru gidildikçe birey ve toplumun gerekçeye olan gereksinimi ortadan kalkmamakta, ancak gerekçe ihtiyacı irtifa kaybederek bu olgu kendisini, bazı kararların gerekçesiz olarak verilmesi şeklinde realize etmektedir. Yargıca duyulan güven, hukukun toplumdan beslenmesi, gücün hukuka saygılı bir yaşamı tercih etmesi, temel hak ve özgürlüklerin kurumsallaşması, çoğulcu demokratik toplumun isterleri, gerekçeye duyulan ihtiyacın debisinde düşüş yaratabilmiştir. Güneye Kara Avrupa'sına doğru inildikçe, otonom devletin sabıkalı geçmişi, gücün aşkınlıklarının kontrol altında tutulma gereksinimi, gerekçeye olan ihtiyacın

şiddetinde Kuzey'e oranla artışa neden olmuştur. Kuzey ve güney olarak ayrıştırdığımız bu anlayış ve bu çizgide yukarıdan dikey konumlanan gerekçe anlayışları, gerekçesizliği bir hukuka aykırılık biçimi olarak algılamakla birlikte onunla mücadelede izledikleri politik tercihlerden kaynaklanan farklılıkların olduğunu ifade edebiliriz. Yerel bakış, kendisine Kara Avrupası gerekçe anlayışını benimseyerek, kendisini bu model üzerine inşa etmiştir. Gerekçesizlik hiçbir zaman iç hukukun ilgi alanı dışında kalmamıştır. Kurucu İrade, gerekçeyi benimseyen ve onunla mücadele etmeyi benimseyen anlayış, kendisini var edecek ilk tohumları, yargılama hukuku aracılığıyla sisteme serpmiştir. Sistemin bu yaklaşımı içselleştirmekte akim kalması parlamentonun anayasal tepkisiyle karşılaşmıştır. Kendisini yeşertmeyi 1961 Anayasası üzerinden gerçekleştirmeyi düşünen gerekçe kuralı, hiyerarşik üst olmanın gücüyle kendisini pekiştirmeyi sürdürmektedir.

Bundan yaklaşık elli yıl önce Anayasal bir kimlikle tanışan gerekçe buradaki soyut varlığını giderek güçlendirmektedir. Teorik bakımdan bizim gerekçeden bir şikâyetimiz olmamıştır. Normlar hiyerarşisindeki sıralı kodlarla ardılları istisnalara hariç, şeffaf olmaklığı teşvik eden ya da zorlayan bir anlayış üzerine inşa edilmiştir. Dolayısıyla bu uzamda, gerekçesizliği bertaraf eden olağanüstü bir boşluk veya düzenlemeden söz etmek doğru değildir. Yapılanma içinde, karşı oyu dışlayan veya onu önemsemeyerek gözden düşüren bir bakış açısı bir istisna hariç herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerekçesizlikle mücadele ederek, savunma hakkı ile kanun yolunu etkin kılan birden çok hüküm bulunmaktadır. Olanlara AİHS'inde eklenmesiyle birey ve kamunun bilgilenme hakkını güvenceye alan strateji etkili bir araca daha kavuşmuştur. Sözleşme'nin amaçlarını geniş bir alanda gerçekleştirmek için kollarını sıvayan AİHM gerekçe konusundaki deneyimlerini ve Sözleşme yasanın hakkaniyete uygun yargılanma isterini, İç yargı şeması içinde konumlanan yargı otoriteleriyle paylaşmaya dünden razıdır ve bunun için özel bir çaba sarf etmektedir.

Meydana gelen tüm bu çabaların adresi veya uğrak yeri kesinlikle aynıdır. Birleşmenin adresi, bireysel hak ve özgürlükleri korumak, hukukun üstünlüğünü tesis etmek, çoğulcu demokrasiyi işler kılmak ve hakça paylaşımı gerçekleştirmek, devleti hukukla sınırlamak ve üstün bir hukuku egemen kılan bir yaşam modeli tasarlamak ve onda sebat etmektir. Hepsinden önemlisi, bu idealin realize edilmesini mümkün kılacak, riskleri duyumsayan kolay bükülmeyen bir bilinç inşa etmektir. AİHS' in hedeflerinin, Anayasa'nın söylemiyle ayrıştığını ifade etmek mümkün değildir. Hesap verilebilirlik, saydamlığın sağlanması, her iki hukuk anlayışın ortaklaşa hedefidir.

AİHS Avrupa Birliği'ne girme etkinliklerinin duygusal ortamında değerlendirilmemesi gerekir. Avrupa topluluğuna girme ile bu sözleşme hükümlerinin uygulanması ayrışan hedeflerdir. Burada kırılma noktası, Sözleşme'yle hedeflenenlerin yerel hedeflerle uyumunun sağlanmasıdır. 18. yüzyıldan bu yana devlet, yüzünü batıdaki moderniteden ayırmamaktadır. Batıdaki bu kavram ve kurumlar üzerinden hedefleriyle buluşmak istemektedir. Bu hedefe erişme iradesi, bazen örtülü ve pasif kimi zaman da açık ve aktif bir dirençle karşılaşsa da yaşamına kast eden olumsuzluklara inat kendisini canlı tutmaya devam etmektedir. Politik tercih nettir. Ülke AİHS'in iç hukukta

etki ve sonuç doğurmasına onay vermiştir. Dolayısıyla hukukun üstünlüğü, demokratik bir toplum inşa etmek, temel hak ve özgürlükleri ve dolayısıyla hakça bölüşümü sağlama gerçeğinin, başka amaçlara hizmet edecek şekilde kullanılmasından imtina edilmesi gerekmektedir. Politik düşmanlıklar duygusal nedenler bireyin hakları ve özgürlükleri başta olmak üzere daha nice hedeften vazgeçmek yasaların kaynaklarını politik karşıt ilan ederek tüm iyi olan şeyleri ilan edilen bu mücadelenin parçası haline getirmek istemediğimiz bir durumdur. Bu bağlamda içinde gerekçe dâhil bizden çok şey olan ve meşruluk sorununu onayla aşan, AİHS'in gerekçe deneyimlerinden yararlanılmasını önleyen hiçbir engel bulunmamaktadır.

Bu çalışma ile aynı hedefe doğru birlikte yol almayı taahhüt eden bu iki anlayışın gerekçe adına neler yapılabileceğidir. Gerekçe hakkı iç hukuk tarafından büyük ölçüde güvence altındadır. Gerekçe hakkının temin etmek istediği ereğin yeterince anlaşılamaması, savunma hakkının ihlali mantıki ve hukuki kabul edilebilirliği riske eden kusurlarla, bildirim, erişememe gibi hukuka aykırılıklardan ötürü teorik güvencelerin, kendilerini pratize etmeleri sorun oluşturmaktadır. Meydana gelen ihlaller kategorik bir tasnife tabi olmasa dahi iç hukuk gerekçesizlik motifleri bakımından azımsanmayacak bir rezerve sahiptir. Bu durum birkaç nedene bağlı olarak açıklanabilir. Bunlardan ilki gerekçesizliklerle mücadele için gerekli olan bilincin istenen düzeyde olmamasıdır. İkincisi bu bilinci var edecek ve uyanık tutacak bir gerekçe kuramından yoksunluktur. Üçüncüsü ise üst mahkemelerin şu ya da bu şekilde, klasik işlevlerinden saparak, zamanlarını gerçeklik yargısındaki aykırılıklarla mücadeleye ayırmaları sonuncusu ise, hukuka aykırılıklarla mücadelede temyiz eşiğinin düşük tutulması ve her uyuşmazlığın bu koridoru kullanarak denetlenme isteği olarak ifade etmek yanlış olmayacaktır. Gerçeklik yargısı için tüketilen zaman, sağlıklı bir gerekçe denetimini önlemiştir. Yargıtay'ın ille de yerel mahkemelerin olgu yargısını değerlendirme isteği O'nun iki temel işlevinden birinin istenilen düzeyde seyretmesini önlemiştir. Hukuki denetimin gerekçe boyutu diğer işleve oranla aksak kalmıştır. Olağanüstü kanun yolunun, gerekçe konusunda etkin kullanılmaması disiplin sisteminin kurumsallaşması önündeki bir başka engel olarak düşünülebilir. Sistemin gerekçeli karar alma hakkıyla tanıştığı tarihten bu yana geçen sürede, kurucu iradenin aradaki müdahaleleri de gözetildiğinde, yargısal deneyimlerin sağlıklı, sistematik, kurumsal ve sınırların ötesindeki emsallerden yararlanmayı tercih etmeyen bir gerekçe anlayışı üzerine sürdürüldüğünü göstermektedir. Sistemi bir bütün olarak değerlendirdiğimizde teorik kanadı kusursuza yakın olmasına rağmen, yargısal deneyimlerin açığa çıkardığı, gerekçe savunma ve kanun yolu üçlüsü arasındaki, koordinasyon bozukluğuyla oluşan sapmaların eriştiği potansiyel, gerekçe hakkını güvenceye alan iradenin, doğru bir çizgide realize olma şansını tam olarak kullanmadığına karine oluşturmaktadır.

Yasama gerekçe bağlamında kendi payına düşeni bir iki istisna dışında gerçekleştirmiştir. Kurumsallaşmanın diğer ayağı ve önemlisi yargı otoritelerinin bu iradeye yaşam şansı tanıyan paradigmasıdır. Yasamanın iradesiyle uyumlu bir gerekçe anlayışı inşa etmek misyonu gerekçede disiplini sağlamakla ödevli olan üst derece mahkemelerine ait asli ödevdir. Üst mahkemelerin varlık nedenlerinden

birisi olağan ve olağanüstü denetim koridorunu kullanarak, denetlenmeye gelen yargı kararlarındaki, gerekçesizlikleri ayıklayarak disipline etmek, ayıklanan oluşukların yeniden sisteme girerek hakları tehdit etmelerini önlemek için, her türlü önlemi almaktır. Üst derece mahkemelerinin, gerekçesizlik sapmalarını tasnif edecek, sistematik bir çalışmadan yoksun olmaları, ayıklanan kusurlu yapının birkaç başlık altında toplanması aynılaştırılarak benzeştirmeleri burada derinlemesine bir çalışmanın noksanlığına kanıt oluşturmaktadır. Sağlıklı bir gerekçe anlayışının oluşması, gerekçe hakkının kurumsallaşmasına bağlıdır. Kurumsallaşma ise yasa ve deneyimlerin konsensüsüyle oluşmuş bir gerekçe kuramıyla kendisini realize eder. Sıradan ve sığ bir gerekçe anlayışı, muhatap portföyü giderek zenginleşen ve rolü derinleşerek ivme kazanan günümüz gerekçe anlayışının beklentilere yanıt vermesine imkân tanımamaktadır. Gerekçe, bugün itibarıyla sadece bireysel umarları karşılamanın aracı olmaktan çıkmıştır. Ağırlık merkezini kamusal denetim aracı olmaklık oluşturmaktadır. Yargının demokratik yoldan denetimi, gerekçesizliklerin bireysel rızayla bertaraf edilmesine kuşkuyla yaklaşmaktadır. Bireysel olanın göreceliliği, sınırların ötesinden gelen gerekçesiz ilamların sisteme dâhil olma çabası, klasik bir sorguyu kaçınılmaz kılmaktadır. Bireysel örneklerle toplumsal umarların yara almasına çareler aranmaktadır. Bu tartışmalara üst yargı mercilerinin kesin, sağlıklı ve gerçeklikle bağını canlı tutan bir gerekçe anlayışının önerisiyle yanıt verilebilir. Ara mahkemelerin oluşmamış olması, üst mahkemelerin bu sorumluluğunu bertaraf etmemektedir. Yasamanın 1961, 1972 yıllarındaki iki ayrı tepkisine rağmen, gerekçeye olan ilgi ne yazık ki istenen düzeyde değildir. Sınırların ötesindeki gerekçe anlayışına yabancılaşan yargı, içe dönük riski tanımı, kaynaklar, oluşma süreci, riskleri önleyen konsept ve mücadele yöntemlerinden oluşan yapılanmayı benimsemiştir. Ortada gerekçe sapmalarına yol açan bir risk haritası bulunmamaktadır. Sistemi tehdit eden patojenlerin yapısal ve fiziksel özellikleri, kaynakları ve kendilerini var etme yöntemleri hakkında sistematik bir bilgiden yoksun olmak, onlarla mücadelede başarılı olma şansını yok eder. Sayıları parmakla gösterilecek ve teşekkür borçlu olduğumuz birkaç pratisyen dışında, gerekçesizlik biçimleri ve onun yaratacağı etki ve sonuçları, sağlıklı olarak analiz edecek bir kurumsallaşmadan yoksunluk, temellendirme kusurlarıyla mücadelenin deneyim ayağında yürüme güçlüklerine yol açar.

Üst mahkemelerin, gerekçede denetim ve disiplin işlevlerini gerçekleştirme konusunda bir çaba harcadıkları muhakkak ve muhakkak olanın yadsınması olanaksızdır. Sorun, sistematik ve donanımlı mücadele anlayışının kendisini işler kalmakta akim bırakmasıdır. Mücadele etmede ayrıntılı bir yol haritasından yoksunluk, zahiri nedenlerle ittifak ettiğinde umarları dışlayan bir anlayışı egemen kılmaktadır. Sorun teşkil eden, karşılaştırmalı deneyim ve bilimsel olanla bağın gevşek tutulması veya koparılarak deneyimler dünyasında bir başına eylemekten kaynaklanmaktadır. Bilimle bağın koparılması yaşamla ilişkinin bitirilmesine denk gelir. Gerekçe hatalarını saptayarak sistemi temizlemek onu sağaltmakla ödevli olanların, tüm eleştirilere rağmen kendisini "delillerin takdirinde isabetsizlik yoktur" ve "usul ve yasaya uygun mahkeme kararının onanmasına" şeklinde formüle edilen yüzlerce karara imza atmak, yargı şemasının üst sıralarında

konuşlananların bilinen rolüyle bağdaşmamaktadır. Denetleyenlerin, kamuoyu açısından değerlendirilecek özne olmaları, şablon gerekçelerle denetim yetkisini bertaraf etmekle, kamuoyunun demokratik isterleri ıskalanmaktadır.

Üst Mahkemelerin klasik işlevlerinden biri, hukuki denetim aracılığıyla yasaların bekçiliğini yapmak, ikincisi gerekçesizlikleri kontrol altında tutarak disipline etmek, üçüncüsü ise hukukun ülke genelinde eşit uygulanmasını sağlayarak, hukuku üstün ve egemen kılmaktadır. Ancak temyiz ve içtihat oluşturmada izlenen politik yol, Mahkeme'nin, olağanüstü bir iş yığınının altında kalarak onu gerçeğinden uzaklaştırmaktadır. Mahkeme, fırsat bulduğu her yerde bu durumun kendisini işlevsiz bıraktığını dermeyan etmektedir. Yargı-tay'a yağan dava dosyalarının, bu yönelişlerinin üst mahkemelerle bidayet mahkemeleri arasında, absorbe yeteneğine sahip bir otoritenin yokluğuyla açıklamak fotoğrafın istenen açıdan görülmesi manasına gelir. Üst mahkemelerin ilk yargının egemenlik sahasında her istenildiğinde girilmesi ve burada fazla durulması, zamanın iyi idare edilmesini önlemiştir. Yargıtay'ın bu isteri, İstinaf Mahkeme'sinin şemaya dâhil edilmesiyle karşılanmıştır. Ara Mahkeme, Yargıtay'a hücum eden uyuşmazlıkları bu yönelişlerini bloke edecek şekilde konuşlandırılmıştır. Şimdi üst mahkemenin yakınmasına neden olan olgular, büyük ölçüde konusuz bırakılmıştır. Yargıtay, aslına dönmek ve zamanının tümünü kendisine verilen eski rolünün icrası için kullanma fırsatını yakalamıştır. Yargı uygulaması kendisine içtihatlar ve birikimleri üzerinden rehberlik edecek Mahkemenin, bu konuda atacağı adımları dört gözle beklemektedir. Gerekçe hukuku, kendisini kurumsallaştıracak ikinci ayağın, potansiyelini harekete geçirmesini bekleyen nesneler arasındadır.

Emsal oluşturma veya gerekçeyi disipline edebilmek için gerekli olanaklara kavuşma, yoğunluğu oluşturarak onu hedefleriyle uyumsuz hale getiren politik seçimlerdir. Dolayısıyla yapılması gereken, iş yükünün emsal oluşturma ve hukuki denetime imkân verecek bir süzgü sistemini tercih etmesiyle olanaklıdır. Seçilecek denetim tekniği veya izlenecek politik yol, her uyuşmazlığın bu eşikten geçerek, denetlenme ve emsal olma imkânını sınırlamaktadır. Bu durum kimi hukuka aykırılıkların, emsal olma ve denetlenme fırsatını ortadan kaldırmaktadır. Eşikten geçemeyenler için denetlenme olanağının bertaraf edilmesi ve Yargıtay'ın dilediği uyuşmazlığı seçerek, onu denetleme yetkisinden yoksun olmasıyla ittifak etmesi, gerekçeli karar alma hakkına zarar verme eğilimindeki risk grubunun, sisteme karışmalarını önleyecek almaşıkların harekete geçmesini zorunlu kılmaktadır. Olağanüstü kanun yolunun yapısal özellikleri ve hedefleri onları, gerekçesizlik motifleriyle mücadelenin alternatif bir almaşığına dönüştürmektedir. Yargıtay'ın olağan kanun yoluyla, denetleme imkânı bulamadığı gerekçesiz kararları, alternatif bu mekanizmanın, aktivitesinde debi artışını zorunlu kılmaktadır. Olağanüstü ayıklama departmanlarının, gerekçe konusunda duyarlı bir cihaza dönüşebilmeleri, Kurmay Sınıfı'nın takdir marjını yöneten paradigmanın onayına bağlıdır. Yasal olanaklar veya soyut korunakların eylemliliği bu gücü pratize edecek düşüncenin somutu mücadele edilecek bir aykırılık olarak yorumlamasına bağlıdır. Çokça söylediğimiz kurumsallaşma da bu yapılanmanın önemli bir lojistik tedarik edeceğini unutmamak gerekir. Beklentiler, bundan böyle

gerekçe bağlamlı hukuka aykırılıkların ayıklanmasında bu enstrümanların daha efektif ve sık kullanılmasını gerektirmektedir.

İşlerlik ve efektif olmaklık takdir marjına istikamet verenlerin önceliğindedir. Aralarında gerekçenin de bulunduğu hukuka aykırılık biçimlerinin, ayıklanabilmesi almaşık mekanizmaların işlerliğinin özendirilmesine ya da tanımlı kurum ve kimselerin bu aracı kullanabilmeleri için teşvik edilmelerine bağlıdır. Gerekçe kusurlarının disipline edilmesinde yedek konumundaki bu filtre kendisini efektif ve işlevsel kılacak bir strateji üzerine inşa etmelidir. Soyut kullanılabilirlik bu stratejinin hedefleriyle buluşması için yeterli olan desteği sunmaz. Realize olmaklık, suni bariyerlerin temizlenmesi, geçişi güçleştiren yasal ve meşru olmayan yükseltilerin yok edilmesiyle mümkün olur. Böylece seçici olamamaktan kaynaklanan riskler yedek mekanizmaların işler kılınmasıyla sorun olmaktan çıkarılmış olunacaktır. Teorik hedeflerin realize olabilmesi, uygulamanın hedeflerle uyumlu eylemesine bağlıdır. Kurumların gerekçe denetimini minimize düzeyde tutarak, gerekçesizliklerin sistemle barışık yaşamasına onay verilmesi, gerekçe hakkını güvenceye alan kuralların, eylemli olarak yoksanması manasına gelir. Gerekçenin bu yoldan denetlenmesine onay vermeyen düşünceler veya gerekçenin almaşık teknikler aracılığıyla denetlenme isterlerinin soğuk karşılanması, komuta eden iradenin teşviki reddeden yaklaşımının özeleştirisini zorunlu kılar.

Gerekçenin kamu düzeni ve çıkarıyla kurulan ilişkisi, onun olağan kanun yolu veya almaşık diğer koruyucu tekniklerin koydukları engelleri rahatlıkla aşma ve kendiliğinden denetlenme fırsatı bulmasına imkân vermektedir. Gerekçeye biçilen "kamu çıkarını ve düzenini koruma" rolü, onun fiili engellerle karşılaşmadığı sürece, teorik projeden aldığı onayla her kararın bu açıdan disipline edilmesini sağlayacak olması, gerekçesizliklerle mücadelede atılmış önemli bir adımdır. Soyut bu projenin kendini gerçekleşmesine Yargıtay'a biçilen yeni rolünü oynaması veya klasik rolüne dönebilmesi için gerekli zamanı vermektedir. Bu demektir ki üst mahkeme bundan sonra gerekçe denetimini ziyadesiyle yapma imkânına kavuşmuştur. Eski alışkanlıkların sürdürülmesi veya bilinen rolün etkin kılınması, Yargıtay'ın istinaf yargısının işlerliğinden sonraki rolünü elinin tersiyle bir kenara iterek, anlamsız kılabilir. Bu anlamsızlığın, hayal kırıklığına neden olmaması, Mahkeme'nin gerçeklik yargısı üzerinde sınırsız tasarruf hakkı iddiasından vazgeçmesine bağlıdır. Gerekçenin olgu yargısını temellendiren bölümündeki mantıki ve hukuki tutarsızlıklar ayrık olmak koşuluyla burada tek söz sahibi olma anlamına gelecek, açık veya örtülü her türlü girişim, yasamanın açık iradesini bertaraf eden aşkınlığa tekabül edecektir. Bu üst mahkemenin, kendi varlığını sabote etmekle kalmayacak, bidayet mahkemeleri üzerinde bir vesayet ilişkisinin temellerini atacaktır. Gerçeklik yargısı ile arasına mesafe koymayı başaran Mahkeme, rolünü özge ve özgün bir şekilde kullanarak, ilk mahkemeleri yön levhaları doğrultusunda makul bir şekilde eylemeleri için asist edecektir. Aksi halde oluşturulan politikalar eylemli olanla yer değiştirerek işlemez hale gelecektir.

Hemen ifade etmek gerekir ki biz anlatılarımızla muazzam bir gerekçe kültü yaratmayı hedeflemiyor sadece birey, toplum kamu ve sınırların ötesindeki hukuk anlayışların her birinin kendileri için gerekli gördükleri kadar

gerekçe ihtiyaçlarıyla donatılmaları için neler yapılabileceğini hedefliyoruz. Hukuki, mantıki ve felsefi kabul edilebilirliklerin hepsinin yolu temellendirmeden geçer. Hükmün hedefleriyle buluşabilmesi, onun dar tutulan gerekçe geçidinden geçmesini zorunlu kılar. Geçişi mümkün kılan veya kolaylaştıran makul ve meşru bir temellendirme veya onun yerine ikame edecek nesnelerdir. Gözlerini gerekçeye diken tüketicileri başka türlü ikna etmenin yolu bulunmamaktadır. Bu bakış açısı, yazımız boyunca peşimizi bırakmamakta ısrar etti. Amacımız bir gerekçe kültü etrafında ayin yapmak, gerekçesizliğin kişiliğinde yargı otoritelerini eleştirmek değildir. Yapıcılık, sorunları işaret etmek, mütevazı önerilerde bulunarak, sistemin emsallerine göre daha verimli ve etkin olmasını sağlama düşüncesi, bizi harekete geçiren yegâne erektir.

Ara mahkemenin işlerliğiyle stresten kurtulacak Yargıtay'ın, kendisinden önceki Mahkemenin, gerekçe ile ilgili ilk filtre işlevini yerine getirecek olması onun, gerekçesizlik konusunda son sözü söyleme fırsatını ziyadesiyle artıracaktır. Yargıtay, İstinaf Yargısı'nın start almasıyla kazanılacak zamanda özüne dönme ve rolünü geliştirme olanağını ziyadesiyle bulacaktır. Hukukun ülke çapında yeknesak uygulanmasını sağlama işlevinin ivme kazanmasından, kuşkusuz gerekçe de kendi payına düşeni alacaktır. İçtihatların eski görkemli günlerini yakalayacağı günlerin yakın olmasını umut ediyor ve bekliyoruz.

İstinaf mekanizması, kendisini isteyenler ile istemeyenlerin tartışmaları arasında, yürürlüğe gireceği günü beklemektedir. Mahkemenin eylemli olarak çalışmasıyla birlikte, artık ilk derece yargı yerlerinin gerekçesiz kararları bir başka gözle filtre edilme olanağını yakalayacaktır. İlk derece mahkemeleri, İstinaf Yargısı'nın gerekçe konusundaki birikimi ve gerekçede disiplini sağlamayı hedefleyen kararlarında saklı nüveler sayesinde kendi deneyimlerine içerik ve biçim açısından yapılandırma imkânı bulacaklardır. İstinaf sistemi geniş yapısıyla aralarında gerekçesizliklerin de bulunduğu birçok hukuka aykırılık modeliyle baş edecek kapasiteyle donatılmıştır. Kamu düzenine aykırılık söz konusu olduğunda kendiliğinden harekete geçecek şekilde kurgulanması, gerekçesiz de olsa bir hükmün gerekçe denetimine tabi olmasına olanak tanımaktadır. Oluşturulan sistem aşamalı olarak hem ön inceleme, hem usulden hem de esasa girilerek duruşmalı ya da duruşmasız olarak, bir kararın gerekçe denetimine tutulmasına imkân vermektedir. Sıralı ve almaşığı bol bu mekanizma gerekçesiz bir kararın veya savunma hakkının etkili kullanımını önleyen bir hükmün, sıkı korunan bu koridordan geçmesine onay vermekten kaçınmaktadır. Teorik bu projenin iyi işletilmesi halinde, gerekçeden umarı ve beklentisi olanların, bu beklentilerinin realize edilmesi olasıdır. Sistemin yanlış yorumlanarak, işletme hatası yapılması oluşan beklentileri boşa çıkarır. Bu çalışmanın savunma hakkı, kanun yolunun etkin kılınarak gizlilikten kaynaklanan ve hakları kemiren patojenlerin dizgeden kovulmaları güçleşecektir. Muhtemel bir hayal kırıklığıyla karşılaşılmaması, Üst Mahkeme'nin içtihatları aracılığıyla sistemin doğru yorumlarla işletilmesi için hazırlıklı olmasını gerektirir.

Yerel Mahkemelerin gerekçenin yeni anlamı konusunda ciddi bir rehberlik etkinliğine ihtiyacı vardır. Ara kararlarının her çeşidinin gerekçe bakımından sorunlara davetiye çıkardığı veya gerekçe yoksunu oldukları izahtan vareste bir olgudur. Özgürlüğü bağlayıcı

bir önlemin, aramayı olanaklı kılan bir kararın, dinlemeye geçit veren bir kararın, sıradan bir gerekçeyle tedavüle çıkması, birey üzerinden toplumsal adaleti tehdit eder. Ceza yargısı, bu konuda mükemmel bir sınav vermekten uzaktır. Elimizde yapılmış bir istatistikî veri olmamakla birlikte, sıfır gerekçeli veya şablon gerekçelerle verilmiş binlerce tutuklama kararına ulaşmak için karar kartonlarının ilk sayfalarını çevirmek meraklısı için yeterli bir çabadır. İş yoğunluğu ve kadro azlığı, altyapı noksanları gibi özürler yargı pratiğimizin öteden beri bildikleri açmazlardır. Karar vericiler, aralarında gerekçenin de bulunduğu birçok hukuka aykırılığın müsebbibi bu patojenin, yargının yakasına yapışmasını bertaraf edecek önlemleri almakla ödevlidirler. Kütlenin artması ile hız arasında ters orantılı bir ilişki vardır. Ters bu ilişki, yargının makul olması gereken hıza erişimini önlemektedir. Makul hız ile kütle arasındaki gerilimi azaltmak isteyen yargıya, geride bir tek seçenek bırakılmaktadır. Kalite, malzeme ve işçilikten kısma. Standartlar, yargıyı işlemez kılan mali, ekonomik yetersizliklerin, ülkemiz gibileri için mazeret olmaktan çıkarmaktadır. Politika oluşturanlar, yargısal etkinliklerin peşini bırakmayan bu uğursuzlukları bilmek ve onları bertaraf edecek önlemleri almak zorundadırlar. Yargıda gerekçe üzerinden kalite artırmak için izlenecek metodolojiyi tarif edecek onlarca proje üretilmiştir. Karar vericiler, yurttaşla yargıçlarını duruşma salonlarında karşı karşıya getiren bu kusurları ortadan kaldıracak bir politik tercihte bulunmaları ilk iş olmalıdır. Sözleşme'nin ihlal edilmesiyle yurttaşın cebinden çıkan para miktarı bu çalışma hazırlanırken 73 milyon YTL olarak açıklandı. Bu kaynağı yeniden yargılama veya yargılanmakla sarf edilmiş kaynaklar ile uzantıları eklendiğinde, adil yargılanma hakkının bedelinin azımsanmayacak bir niceliğe ulaştığı anlaşılacaktır. Her cepheden ve her öznenin ittifakıyla oluşan hukuka aykırılığın günahına gerekçenin de ortak olmaması için yargıçlara çok büyük fedakârlıklar düşmektedir. Bireyin özgürlüğüne malına ve etkinliklerine hükmederken ona bu hükmün arkasındaki olguları makul bir şekilde anlatmak zorunludur. Anayasa yargısı, bir parlamento başkanının gerekçeli karara erişme isteğini dile getiren olguya yol açmaması gerekir. Yüce Divan sıfatıyla verilen hükümlerin gerekçesiz yayımlanarak birey hakkında infaza başlanması, ülkemizin çıkarına değildir. Azınlıkta kalan yargıcın oyunu görmezden gelen bir anlayış, günümüz yargısının diyalektik köklerden beslenmesini yadsıyarak, oyları tarttığı manasına gelir. Karşı oyu dışlamak kararın canlılığını yok etmek onun moral etkilerini görmezden gelmektir. Gerekçesizlik biçimleri bu ve benzeri ciddi kusurlarla yoluna devam edemez. Yargıçlar kurulundan azınlıkta kalanın gerekçesini görmezden gelmek gerekçenin birey ve toplum için sır olmasına neden olacak her eylem ve karardan kaçınmakta kamusal çıkarlar vardır.

Gerekçeli karar alma hakkı bilgilenme hakkı ile başlayan uygulama ile sona eren oldukça geniş ve derinliği olan bir güvencedir. Hukuki dinlenilme hakkı artık bize sağlıklı ve güvenli enformatik bir bilgi alınmadan hukukun mesafe kat etmeyeceğini bildirmektedir. Dolayısıyla gerekçe eskiden olduğu gibi salt bireysel tatminlerle sınırlandırılamaz. İşin içine toplumun demokratik isterleri de girmiştir. Kamusal hüviyet gerekçesizliğin sadece "yetersiz, çelişkili, yasal olmayan gerekçe ve yetki aşımı suretiyle gerekçe ve ona erişimi önleyen bir

anlayışla" sınırlandırılmasına ve onun uygulayanların egemenliğine terk edilmesine karşı çıkmaktadır. Yargı pratiğinin gerekçesizlik sapmalarını genellikle yetersiz gerekçe, yasal olmayan gerekçe, çelişkili gerekçe, bireyin kişilik haklarını zedeleyen, yargılarken küçülten, dinlenme hakkını ihlal eden, gerekçeye erişimi önleyen veya sınırlayan gerekçe anlayışı son derece isabetli ve gerekçe adına olumlu bir yaklaşımı haber vermekle birlikte, mükemmel bir gerekçe anlayışı için yeterli olmaktan uzaktır. Yargı pratiğinin en çok eleştiri alan gerekçe anlayışı ona erişimi zorlaştıran, yargılarken aynılaştıran benzeştiren, alıntılayan, gönderen içselleştiren, yetersiz, çelişkili, masumiyeti çiğneyen, yetki aşımı suretiyle gerekçe sapmaları ve bu sapmaların yarattığı etki ve sonuçları enine boyuna ölçmeyen veya yeknesak çözüm sunmakta geciken açmazıdır. Dairelerin sıfır bir gerekçe ve gerekçe sapması konusuna verdikleri tepkinin yeknesak olmaması ve belli bir noktadan sonra beklentilerden ötürü tolere edilememesi gerekçesizliğe hukuk teorisi ve pratiğinin vereceği tepkinin yeterince net ve etkin olmadığına karine oluşturmaktadır.

Sistem yargıyı hedefleyen her istemin kendisini temellendirmesini zorunlu gören bir anlayıştan yana seçimini yapmıştır. Bu bakış açısı öne sürülen her isteğin kendisini gerekçelendirmesini buyurmaktadır. İddia, savunma ve mütalaaların hiçbiri bu buyruktan istisna değildir. Hukuk bu yaklaşımıyla felsefenin epistemolojik anlayışından esinlenmiştir. Bu esinlenme, olumlu veya olumsuz her kuşkunun kendisini temellendirmesini, inancın gerçekliğin bilgisine dayanarak düşünceye, düşüncenin kendisini kavramsallaştırarak hükme dönüştürmesini zorunlu görmektedir. Yanların iddialarının bireysel inançtan ötede bir anlam kazanmaları, bu düşüncenin kendisini makul ölçülerde temellendirmesiyle olanaklıdır. Pozitif hukuk, bu konuda isabetli bir güzergâh seçmiştir. Yargılama hukuklarının bu konuda örtüşen bir konsepte sahip olduklarını söylemek güçtür. Gerekçesizliğin bir uyuşmazlığın görülebilme nedeni olması onu kabul edilebilirlik koşuluna dönüştürmektedir. Kamu düzenine aykırılık söz konusu olduğunda yasamanın bu buyruğunu geri çektiğini yeri geldiğinde okuyucularla paylaştık. Burada üzerinde ısrarla durmak istediğimiz husus, yargı kararlarını ve otoritelerini hedefleyen her isteğin kendisini temellendirmekten kaçınmaması gerektiğine dair beklentinin şiddetini koruduğunun gözden kaçmamasıdır. Gerekçeli karar alma hakkının efektif olmaklığı, aşama kaydedebilmesi mikro veya öznel gerekçe olarak tanımladığımız, tartışanlara veya hükümden etkilenecek olanlara ait gerekçelerin varlığına ihtiyaç duymaktadır. Kimi yargı yolunda istemin gerekçesiz olmasının istemin red nedeni sayılmaması, başka bir muhakeme amacına hizmet eder yoksa istemlerin gerekçesiz olarak sunulması ödevini bertaraf etmeyi hedeflemez. Bu yaklaşımla temin edilmek istenen gerekçelendirmeyi teşvik ederek, mikro gerekçelerden nesnel bir gerekçe dünyası inşa etmektir yoksa gerekçesizliği yargı otoritelerinin gerekçe bağlamlı ödevlerinden kaçınma nedeni saymak değildir. Talebin gerekçelendirilmesi, mahkemenin genel gerekçede bu istekleri dikkate alarak değerlendirmesine katkı sunmakla kalmaz, denetleyenlerin dayanılan gerekçeler doğrultusunda analiz yapmaları değerlendirmeyi derinleştirerek yaygınlaştırmalarına olanak sağlar. Hem yerel hem denetim otoritelerinin gerekçelerini, bu mikro gerekçeler üzerinde inşa etme-

sine imkân verirken öznel gerek-çelerin de hükme veya nesnel gerekçeye dönüşmesine yol açar. Yargı pratiğinin bu cephesinde işlerin yolunda gittiğini ifade etmek zordur. Genel gerekçe anlayışı olumsuz etkilerini bu alanda da göstermekten geri kalmamıştır. Dava dilekçeleri ve temyiz dilekçelerinin soyut bu düzenlemeyle tamamen uyumlu bir görüntü verdiğini söylemek zordur. Gerekçeli karar alma hakkından yararlanmayı istemek bu hakkın gerçekliğe dönüşebilmesi için kendi payına düşeni eksiksiz gerçekleştirmekle mümkün olur. Bu hakkın gelişebilmesi ve bireysel özgürlüklerin koruyucu bir kimliğe dönüşebilmesi, bu cepheden gelecek katkıları beklemektedir. Kamu düzeni algısının düşük olan eşiğinin gerekçesiz istemlerin görülmesine imkân vermesi, erişim hakkının bertaraf edilmesini önlemek ve kamu çıkarına aykırı oluşukların sızma girişimlerin önleme kaygısından kaynaklanmaktadır. Bu kaygıları önlemek için oluşturulan olanakları kötüye kullanmak, dikey ve yatay iyi niyet kurallarıyla bağdaşmadığı gibi, yanların gerekçe hakkına ilişkin ödevlerine aykırılık oluşturur. Yasa yapıcı öznel gerekçeleri kimi zaman özendirici kimi zaman da zorlayıcı olarak kurgulamıştır. Her iki kurgunun ortak yanı, öznel gerekçeye duyulan ihtiyacın kaçınılmazlığıdır. Öznelin göreli gerçeklik olması, ondan yararlanma düşüncesini bertaraf etmez, aksine yarışanıyla girdiği ilişkide nesnelin gerçekliğe dönüşmesine katkı sunar.

Yanların kendilerini sağlıklı bir şekilde temellendirmeleri veya temellendirmenin yatay ve dikey anlamlarının gerçeklik şansını yakalamaları veya ereklerle uyumu yakalayacak denli pratize olmaları, yanların kendi aralarında veya mahkemeyle kurdukları ilişkinin yargılama dilini bilmeyenlerle bilenlerin empatisini sağlayacak bir zemin üzerinden sağlanmasına veya işlerliğine bağlıdır. Gerekçeli karar alma hakkı bu iletişimin doğru ve anlaşılabilir ya da amaca hizmet edecek yatay dil üzerinden gerçekleştirilmesinden başka yatay dili dahi kullanma veya onu anlama imkânından yoksun yurttaşla bu iletişim kodunu bertaraf edecek çözümlerden yana cömert davranmayı salık vermektedir. Yargılama dilinin herkes tarafından bilinmediği ülkenin yalın gerçeğidir. Yargıç hukuku adalete çevirirken bu toplumsal gerçeği gözetmek, olup bitenlerin anlaşılabilmesini veya yazgısını tayin eden hükmün dilinden anlamayanların veya yargılama dilini bilmeyenlerin karşı karşıya oldukları bu dezavantajı ortadan kaldıracak bir yargılama stratejisi geliştirmek zorundadır. Yargı dilini bilmeyenlerin aynı masa etrafında bir araya gelerek kuşkuyu yenmeleri veya bu etkinliğe içtenlikle katılmaları ya da yekdiğeriyle sağlıklı iletişim kurmalarını beklemek, gerçeği açığa çıkarmak iddiasında olan bir yargı yönetiminin hedefleriyle bağdaşmaz. Diyalektik süreç sahici bir dianın gerçekliğini erek edinir. Yanlardan birinin yargılama dilini bilmemesinden kaynaklanan bir gerekçeyle kendisini temellendirmeden mahrum bırakılması yargılama dilini bilmeyen veya ona egemen olmayanın masanın dışına itilmesi manasına gelir. Eylemli olarak konuşma olanağından yoksun bireyin kendisini ifade etmesini beklemek veya aynı dili konuşmayanların tartıştırmakta sebat etmek, çağdaş hukuk anlayışı veya özgürlükler hukukunun bir arada bulunmayı reddettiği bir

(1)Tekman Asliye Ceza Mahkemesinin 1997/35 esas sayılı dosyasında adliye hizmetlisinin, 1996/19 esas sayılı dosyasında ise adliye çalışanlarından birinin, duruşma dilini yeterince anlamayan ve konuşamayan sanıkla adli iletişim kurmak amacıyla resen yeminli tercüman olarak atandığı anlaşılmaktadır.

muhakeme anlayışıdır. Yaşamla bağını sıcak tutan bir hukuk yaklaşımı, yargılama dilini bilmeyen ve bu dil üzerinden kendisini kolaylıkla ifade etmekte güçlük çekenlere iletişimi kuracak ve sürdürecek optimum çözümler bulmakla ödevlidir. Ülkemiz dil konusunda homojen bir özellik arz etmekten uzaktır. Okuma yazma bilmek veya yargılama diliyle eğitim görmek bu dilin etkin kullanıldığı veya kullanılacağı anlamına gelmemektedir. Heterojen olmaklık, yargılama dilinin herkes tarafından bilinememesi gerçeğinin kavranarak, yargılama dili üzerinden arzulanan ve önerilen iletişimin kurulabilmesi için yargılama dilini bilmeyenler için pozitif ayırımcılık yapmayı gerektiren tedbirler alınmasını zorunlu kılmaktadır. Gerekçeli karar alma hakkının dil boyutundan gelmesi muhtemel risklere karşı dik durabilmesi, anlaşılmayı kolaylaştıracak önerileri uygulayacak duyarlı ve toplumun gerçeğiyle bir arada yaşayan bir uygulama pratiğine ihtiyaç duymaktadır. Mübaşirlerin veya kâtiplerin tercümanlık yapmak zorunda kaldıkları bir hukuk sisteminde[1] bireyin gerekçe hakkı aracılığıyla adil yargılanma beklentisinin karşılandığını benimsemek, gerçeklere sırtını dönmek demektir. Gerçekleri görmezden gelmek veya sahici olmaklıkla bir arada olmayı yadsımak modern hukuk anlayışının isteri olamaz. Yargı pratiği kendisine erişimi sağlayacak en sağlıklı ve güvenli yolu bulmak veya kendisine erişimi isteyen seslere duyarlı kalarak, gerekçelendirme hakkının pratize edilmesinin önündeki suni bariyer ve kasisleri temizlemelidir. Böylece birey, toplum ve ile yüz yüze gelerek doğrudan ve yalın bir iletişimle gelecekte gerçekleşme riski olan ihlalleri tercüme ve çeviri olanakları ve kolaylıklarıyla bertaraf etmelidir.

Kurumsallaşmanın değirmenine oluk oluk kaynak akıtacak olan Akademidir. Akademiyi bu sürecin dışında tutmak olanaksızdır. Sağlıklı ve gerçekçi bir gerekçe anlamın tohumları burada ekilir. Gerekçenin düşünsel arka planına bilim insanları kaynaklık eder. Bilimden soyut bir gerekçe anlamı, patinaj yapmaya ve bir müddet sonra emekliye ayrılmaya mahkûmdur. Temel olanın esnekliği onun bu mekânlarla bağını koparmaması koşuluna bağlıdır. Gerekçenin yaşamını, gerçekliğini ve geleceğini bu mekânlara borçlu olması, mekâna ev sahipliği yapanların yükünü ve sorumluluğunu artırmaktadır. Ulaşabildiğimiz kaynaklar gerekçe hakkının, akademiden yeteri desteği alamadığına karine oluşturmaktadır. Gerekçe üzerine bağımsız bir eserin olmaması bu alanın bakir olmaklığının derecesi hakkında yeteri fikri vermektedir. Bu çalışma gerekçeyi sistematik olarak analiz eden bir çalışma yerine sayıları son derece sınırlı bilgi kümeleri ve makalelerin satır aralarındaki bilgilerden ve onun kırıntılarından yararlanılarak var edildi. Gerekçeye dair bilgi arayışının bizi zengin bir kataloğa götürememesi, bu mekânda da istisnalar hariç, konunun henüz bilimsel ilgiye mahzar olmadığı manasına gelmektedir. Kaynak, kanıt ve referans gösterdiğimiz ve teşekkür etmeyi borç bildiğimiz bir avuç akademisyen dışında, yerel literatürün bu konuda sıradan bir performans gösterdiğini söylemek güçleşmektedir. Toplum, birey ve yargıçların gözü bu mekânlardan gelecek sağlıklı habere çevrilmiştir. Gözlerin buraya odaklanmasını yasa yapıcının kendisini TMK 1. maddesinde karakterize eden hükmü emretmektedir. Gerekçesizlik ile kusurlu gerekçeye yasanın göstereceği tepkinin ne olacağı konusunda ayrıntılı ve doyurucu bir tartışma bulunmamaktadır.

Akademi, gerekçe konusunu masaya yatırmak ve onu ilintili olduğu komşu güvencelerle birlikte analiz etmek durumundadır. Gerekçenin, durulan her yerden bakana yeni anlamlar sunması, ilgi duyanlara sayısız olanaklar sunmaktadır. Bu zenginlik kaynağına ulaşmak ve bu zenginliği çözünür kılmak üniversitenin işidir. Yaşam yoğunluklu veya canlı bir gerekçe anlamı sağlıklı olanıdır. Sağlıklı olanı bulup insanlığa armağan etmek ilkin bilim insanlarının görevidir. AİHM kararlarının şu veya bu nedenle tamamının yargı diline çevrilmemesi, bu konuya ilgi duyanları orta yerde bırakmaktadır. İçtihatların birkaç akademisyenin veya kurumun sistematik çabalarına ve fedakârlığına bırakılması haksızlıktır. Hem ihlalle karşılaşmamak hem çevirileri yapmaktan imtina etmek doğru değildir. Uygulamanın yönünü bulması, kararların yargı diline çevrilerek vektör olmaklığına bağlıdır. Karar çevirilerinin, özetleriyle veya hüküm kısımlarıyla yetinmek, onların özüne ulaşarak burada gizli hak nüvelerine ulaşmayı önlemektedir. Akademik çevrelerin zenginlik vaad eden bu derin kaynakları ve kararları, onları büyüteç altına alarak incelemelerini zorunlu kılar. İnceleme sonuçlarının düzenli olarak yayımlanması, kataloglanması Türk Yargı'sına bu cenahtan verilebilecek en değerli armağandır. Rehber olma tekeli, sadece üst yargı yerlerine ait değildir. Emsal ülkelerde yargı şeması içinde yer alan her kurum ve kişinin diğeriyle ilişkiye girerek vektör kararlar oluşturması, karar incelemesi üzerinden bilimsel içtihat üretmesi olanaklıdır. Karşılaştırmalı hukuktan yararlanmak, bilim insanlarının karşılaştırılacak olan hakkındaki en az bilgiyi servis etmesi koşuluna bağlıdır. Sınırların ötesinde gerekçe adına kimin ne yaptığını bilmek, yargıcın geleceğini planlaması açısından yaşamsaldır. Gerekçeli karar alma hakkının adil yargılanma hakkı bağlamında irtibatlı olduğu hakların sayısı net değildir. Bu konuda kesin konuşmaya ihlallerin farklılığı izin vermemektedir. Hemen ifade etmek gerekirse gerekçe hakkı; delillerin kabul edilebilirliği, savunma hakkı, bilirkişilik, yansızlık, silahların eşitliği vs gibi haklarla yakın ve yoğun bir ilişki yaşamaktadır. Gerekçenin bu haklar üzerinden ihlal edilmesi, bu ihlalin kendisini çoğu kere gizlemesine veya uyarlamasına neden olmaktadır. Gerekçesizliklerin format değiştirme, kisveye bürünmesi ve kendisini bulunduğu yere adapte etmesinden ötürü teşhiste çekilen güçlükler, gerekçesizliğin bu kavramlar üzerinden yeniden ve dikkatlice okunmasını gerektirmektedir.

Bilim yuvaları, toplumun yüz yüze kaldığı enformasyon kaynaklı risklere kendi perspektiflerinden ışık tutmak zorundadırlar. Entelektüel bilim insanlarının, yargı kararları aracılığıyla bilgilenme ve bu bilgiyi analiz ederek ondan dilediğince yararlanmayı önleyen fiili ve hukuki riskleri içerir bir risk tanımı veya haritası oluşturmalarını bekliyoruz. Kaynak ve olanakların kısıtlılığına rağmen gerekçeli karar alma hakkı, bilimsel katta yüz ve ilgi bulmayı ziyadesiyle hak etmektedir. Demokratik yargı çoğulcu yargıdır. Gerçekliği hükümden etkilenen herkesin katılımına açan, açık saydam ve dileyene anında hesap veren meşruluğunu tabanını geniş tutan ve saydam olmaklığından alan yargıdır. Kamusal saydamlık, yargısal saydamlıktan bağımsız değildir. Demokratik denetim, yargının şeffaf olmasını hedefler. Akademi yargının hesap verilebilirliğinin enstrümanları ve teknikleri üzerinde kafa yorarak, kamunun ihtiyaçlarını karşılayacak sağlıklı saydamlık bilgisi ve bunu gerçekleştirecek vasıtaları uygulayıcıya servis etmelidir. Gerekçeli karar alma hakkı bu hesapsızlığın bitimlenmesine çağrının bir versiyonudur. Bilim adamları, yargıda gerekçe konusuna önem vererek, hukuki dinlenilme hakkı ile savunma hakkı bağlamında bu konuyu yeniden açımlamak durumundadırlar. Teori ile pratiğin onları var edenler üzerinden birleşmeleri ve gerekçe adına neler yapmaları gerektiğini "kamu kaynaklarıyla finanse edilen bilgi şölenleri" aracılığıyla konuşmaları ve paylaşmaları gerekmektedir. Hükmün temellendirmenin, tanımlı kimseler, toplum, kamu, üniversiteler, baskı grupları, yargıçlar, avukatlar ve uluslar arası odakların her biri açısından ne anlama geleceğine dair yanıtlar burada biçimlenmelidir. Kamu kaynaklarından beslenmek, nesnel bilgiye veya bilimsel olana ulaşmak, yargıcın öznel ve nesnel yansızlığının gerekçeyle olan ilgisinin doğru bir temel üzerine kurularak sürdürülmesi bakımından yaşamsal olana işaret eder. Önemine vurgu yapılan gerekçe bilinci kendisini erkenden bilimsel olanla ve burada şekillendirmelidir. Yargıçların başka bir yerden gelmemeleri veya gökten indikleri iddia edilmeyeceğine göre tutuklama konusunda yaşanan gerekçe karmaşasında hukuk eğitimine ve eğiticilerine düşen hissenin ayrılması ve bunun üzerinde çokça tartışılması adaletin selameti toplumun yarınları için zorunludur. Uyumayı reddeden saydamlık, toplumla bilgi aracılığıyla hesaplaşma anlayışı, gizlerle mücadele, şeffaf olanla uyumlu bir deneyim anlayışı burada uç verir. Üniversiteler yargıya kaynak sağlayan ocaklardır. Onların müçtehitliğine olan içten inancımız gözlerimizin buradan ayrılmasına izin vermemektedir. Doğru ve gerçek olan küresel bilgi veya hukuk en çok burada yerli olana dönüşür ya da yerelle kaynaşır. Gerçeklik burada kavramsallaşarak bilgiye dönüşür. Her gerçeklik gibi gerekçe de buraya odaklanmaktadır. Kurumsallaşma eğitimle başlar. Eğitim kurumsallaşmanın sıfır noktasıdır. Eğitmek ve öğretme sorumluluğu bu çevreye aittir. Yargıdaki gerekçe anlayışının toplumsal ve kamusal gerekçe anlayışıyla olan yoğun ilişkisini de unutmamak gerekir. Gerekçe konusunda meydana gelen her olumsuzluk veya noksanın yegâne adresi olarak yargı pratiğini işaret etmek sağlıklı ve gerçekçi bir çözüm üretmeyi engellemekle kalmaz suçlu ile sorumlu arasındaki çoğu kez gözden kaçan farkın yitirilmesine de yol açar.

Bizim akademisyenlerden beklentimiz fazladır. Gözümüz bir pratisyen olarak buradan gelecek haberi veya gelişmeyi beklemektedir. Hukuk bir bilimdir ve bilim yuvalarından özgülükler adına gelecek bir ses, bizleri ve kamu gücünü kullanan diğer otoriteleri mutlu etmektedir. Bilim adamlarının yargıçları mutlu etmek gibi bir ödevleri bulunmadığının farkındayız. Muradımız, duygusal bir ihtiyacın karşılanması değildir. Hukuk teorik gücünü ve kaynağını en çok bu merkezlerden almaktadır. Temel hak ve özgürlükler, çoğulcu demokratik toplum, hukukun üstünlüğü, hakça bölüşüm, yargıcın yansızlığı gibi referans kavram ve idealler en çok burada biçimlenmekte veya zenginleşmektedirler. Yorum ve hakkaniyete uygun yargılama ihtiyacı, gözleri bu kavramların nesnel yorumunu yapacak bu mekânlara çevirmektedir. Gerekçenin jenerik anlamının katettiği mesafe ve aldığı nesnel mana burada biçimlenmektedir. Bu beklenti yenilemek gerekirse, bilim insanlarının yükünü ve mesaisini artırmaktadır. Bu mesai kendisini, insan haklarına ilişkin bir kataloga dönüştürülerek kamuoyu, yasama, yürütme ve yargı organlarınca paylaşılarak, her bir

otoritenin kendi çalışma alanıyla ilgili politikalar oluşturmasına katkı sunmasına, bilimsel olanın yaşamı etkisine almasına izin verilmelidir.

Anayasa Yargısı, Yüce Divan yargılamalarını, işleyiş yasasının 35. Maddesine istinaden, genetiğiyle uyumlu diğer muhakeme hukuku ve maddi hukuk hükümleri aracılığıyla gerçekleştirmektedir. Bu durum, Yüce Divan Yargılaması'nın kendi yapısıyla uyumlu bir muhakeme hukuku aracılığıyla yargılamasına engel olmamalıdır. Anayasa yargısında, karşı oyların gerekçeden yoksun yayınlanmasına onay veren hükümlerin gerekçe hukukuyla bağdaştığını söylemek olanaksızdır. Karşı oyu gerekçeli kararın bileşeni olmasını örtülü olarak reddeden bu yaklaşım tarzı, kararı çoğun görüşüne indirgemektedir. Bu bakış tarzı varsayımsal doğru ile karar arasındaki farkı algılamaktan yoksundur. Bir kararın var kılınması ile onun etki ve sonuç doğurması farklı kavram ve olgulardır. Karşı oy hükmün değil, kararın kurucusu ve paydaşıdır. Ondan yoksunluk kararın yokluğu manasına gelir. Karşı oyun etkisiz olması, onun kurucu öğe olma rolünü bertaraf etmemektedir. Gerekçesiz bir karşı oy, temelsiz olduğundan ötürü yok hükmündedir. Olmayan bir ögeden yoksun kararın, anayasa yargısı bakımından etki ve sonuç doğurması olanaksızdır. Anayasa yargısı gerekçeli karar bakımından sorun oluşturacak bu konuyu yakın zamanda tartışmak ve aşmak durumundadır. Hükmün gerekçesiz yayımlanmasına onay verilmesi, infazın gerekçeli karar hakkında en az bilgiye ulaşmadan başlatılması demektir. Mahkeme kararının kesin olması, gerekçenin moral değerinden ve kamuoyunun bu mahkemeyi denetleme isterini ihtiyaç olmaktan çıkarmamaktadır. Gerekçeli kararın, yargılamayan raportörler tarafından kaleme alınması, bu kararların yargıçların onayına sunulması, yoğunluk ilkesiyle çelişmektedir. Kararların zamanında yazılmaması, temellendirmenin kararın geneli içindeki payının düşüklüğü, kararların makul oylumu aşması, yüzlerce sayfayı bulması, bu alanda gerekçe hakkını tehdit eden sapmaların potansiyel risk olmaktan çıkararak gerçekliğe dönüştürmüştür. Mahkeme kararlarının gerekçeleri bağlayıcı ve belirleyicidir. Bağlayıcılık, yasama işlemlerini dışarıdan çevreleyen özelliğinden ötürü, olumsuz yasayıcılığa denk gelecek bir role kalkışmaktadır. Yasamanın bu kararla bağlı olması, yeni işlemin bu kararın içeriğiyle uyumlu olmasını zorunlu kılar. Bu durum, yargıcı iptal edilen işlemin anayasaya neden ve nasıl aykırı olduğu konusunu makul debide izah etmeye zorlar. Bu konuda olası bir sapma, yasamayı işlevsiz hale getirmekle kalmaz, aynı uyuşmazlığın yeniden anayasa yargısına dönüşüne kapıları aralayarak, bir başka uyuşmazlığa veya uyuşmazlığın yinelenmesine yol açar. Yasama ve yürütmenin yargı kararıyla uyuşan veya onunla bağdaşmaz bir etkinlikte bulunabilmesi, gerekçenin bağlayan içeriğinin her türlü kuşkudan uzak, saydam yalın ve anlaşılır, makul haklı doğru hukuki ve doyurucu olmaktan başka okunmayı kolaylaştıran nicelikte olmasını gerektirir. Yüzlerce sayfadan oluşan kararlar içerisinde uygulamanın referans alacağı yoğunluğu veya nüveyi bulup ondan yararlanmak gerekçe hakkının ilgi alanında olan bir temellendirme sorunudur. Yasama kararların geç yazılmasından ötürü, iptal edilenin yerine yenisini koymakta güçlük çekmektedir. Ülke çıkarını ilgilendiren demokratik işleyiş için can alıcı önemde olan kimi yasaların gerekçelendirilmesinde geç kalınması, sadece düzenleme yapıl-masını önle-

memekte, bu sapma üzerinden olmadık spekülasyonlara da neden olmaktadır. Anayasa Yargısı, anayasal düzenin bekçisidir. Yurttaş, politik kişi ve kurumlar, yasama ile bu kararlar üzerinden iletişim kurmaktadır. Kamuoyu bir dakika olsa bile buradan gözlerini ayırmaktan imtina etmektedir. Bakışların odaklandığı bu kurumun eylemleri aracılığıyla yıpranmaması, gerekçeli karar alma hakkı bağlamında sorunlara yol açacak bu risklerle mücadele edecek bir tartışmaya ev sahipliği yapmalıdır. Eleştiri kurumsal varlığı pekiştirir. Gerekçenin yeni anlamı, Anayasa yargısının kendisini büyüteç altına almasını kendisine bir de buradan bakarak değerlendirilmesini zorunlu kılmaktadır.

İdari Yargılama Hukuku, gerekçeli karar alma hakkını tehdit eden önemli risklerle karşı karşıyadır. Gerekçeye erişimi olanaklı kılan ve yargıcı makul sürede gerekçeli kararını yazmaya icbar eden bir düzenlemeden yoksunluk, gerekçe adına ciddi bir eksikliktir. Bu alanın mümkün olan en kısa sürede kurumsal bir kimliğe kavuşması gerekmektedir. Yargılamaların duruşmasız yapılması tutanak ve görüşme metinlerinin kanıt olma ve aksettirme işlevini öne çıkarmaktadır. Kamuya açık olmamaktan kaynaklanan risklerin gerçekliğe dönüşmesini önleme, tutanak ve görüşme metinlerinin ayrıntılı olarak kaleme alınmalarını zorunlu kılar. Gerekçeli kararı beslemeleri, kanıt ve kaynak olma özellikleri, onları gerekçenin alternatifi haline dönüştürmektedir. İdari yargı kararlarının, yasada belirtilen formatla tamamen uyumlu olduğunu ifade etmek güçtür. Gerekçe ile hüküm arasında çizginin belirsizliği, ansızın hükme geçiş hüküm ile gerekçe farkını ortadan kaldırmaktadır. Hükümde gerekçeye ait bir bilginin yer alması yasağı, gerekçenin bağlayıcılığı, yargısal emrin taşıyıcısı ve uygulamada referans alınma özelliği, hükmün gerekçeden kesin bir hatla ayrılmasını zorunlu kılar. İdari yargılama hukukunda gerekçesiz istemlerin davalaşmayı önleyen niteliği, erişim hakkı ile görünen adalet arasında aşılması güç bir strese yol açmaktadır. Erişimin gerekçeyle önlenmesi, istemin kendisini davalaştırma hayallerini işin başında sönümlemektedir. Gerekçe hakkı bireyi güvenceye alan bir oluşumun adıdır. Bu oluşumun bireyin erişim hakkının engelleyen bariyerine dönüşmesi ciddi bir tehlikeye işaret etmektedir. Gerekçenin erişimi önleyici karakterinin, teşvik eden bir paradigmayla yer değiştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Böyle bir bakış açısı bir istemin gerekçesiz olması halini davanın usulden görülebilme engeli olmasını önleyerek, istemi ciddiye alma ve sınama şansını artıran yanını öne çıkararak, yanları kendilerini temellendirmeye icbar edecektir. Akıncı' nın saha verileriyle desteklediği bilgiler, idare mahkemeleri ve üst mahkemenin gerekçelendirme konusunda beklentilerin altında bir deneyime sahip olduklarına vurgu yapmaktadır. Danıştay'ın denetlerken şablon veya format gerekçelerle denetlediği karara atıfta bulunması veya buradaki gerekçeyi ziyadesiyle sahiplenerek, birçok temyiz nedenini karşılamayarak açıkta bırakarak, onama kararlarına imza atması önemli bir sapmaya tanıklık etmektedir.

Sırrın gerekçeyle ilişki kurması karşıtlık temelindedir. Sırrın gerekçeyle aynı yolu yürümesi olanaksızdır. Yargılama ile sırrın karşılaşmalarına tüm usul hükümleri onay vermektedirler. Demokratik devletlerde karşıtların bir arada bulunmalarına, gerekli ve ölçülü olmak kaydıyla olanak tanınmaktadır. Sır olana ilişmezlik, sır olanın diyalektik

tartışma dışında bırakılmasını gerektirmektedir. Sır olanın tartışılmaması onun gerekçe için materyal olmaktan çıkarılması, hükmün ilişilemeyen materyal kadar gerekçeden yoksun kalması manasına gelmektedir. Bu denli önemli olan ve dikkatli olunmadığı takdirde riske dönüşebilen bu kurumun, her yargı yolu tarafından farklı algılanması, yasamanın bu ciddi risk bakımından kurumsallaşmış bir politik tercihinin olmadığı manasına gelmektedir. Yasama gerekçeli karar alma hakkını savunma üzerinden tehdit eden bu riski tek bir yasa aracılığıyla disipline etmek durumundadır. Neyin sır olduğuna karar vermek ve yargıçla sırrın paylaşılıp paylaşılmayacağına karar vermek yargı politikasını belirleyenlerin tekelindedir. Demokratik ülkelerde sırrın yargıçtan saklanmasının yaratacağı risklerin statik hesabı doğru yapılmıştır. Bu hesap, sır olanın yargıçla paylaşılmasını, bireysel hakların güvencesi olarak algılanmaktadır. Sırrın çekilmesiyle oluşan savunma boşluğunun doldurulması konusunda yasa suskundur. Bu suskunluğun devam ediyor olması temel haklar ve özgürlükler için iyi olmayan geleceğin habercisidir. Yasama sır olanı güvenceye alırken oluşan strateji boşluğunun nasıl ve ne şekilde kullanılması gerektiğini açık bir şekilde güvenceye bağlamak zorundadır. AİHM içtihatları, sır ile savunma ve gerekçe hakkı arasında oluşan gerilimin nasıl aşılması gerektiğine ilişkin deneyimlerinin olası bir yasa çalışmasının omurgasını oluşturacak niteliktedir. Yasama bu içtihatlardan yola çıkarak, savunma hakkı ile sırların karşılaşmasında savunmayı eksen alan bir yasayı oluşturmayı deneyerek, gerekçeli karar alma hakkını tehdit eden bu olguyu kontrol etmelidir.

Bilirkişi görüşü sistemlerin gerçeğe ulaşmak için benimsedikleri bir kanıtlama materyalidir. Bu materyalin hükme esas alınabilmesi onun hukuki ve mantıki kabul edilebilirliğine bağlıdır. Gerekçesiz bilirkişi görüşlerinin bir harfine dahi dokunmadan doğruluğu ve gerçekliği sınanmadan hükme dönüştürülmesi, bilirkişinin yargıçla rol değiştirmesi manasına gelmektedir. Bilirkişinin yargıçlaşması gıdasını, gerekçesizlik sapmalarından almaktadır. Yargıcın bağlayıcı gücü ve niteliği olmayan bu kanıtı süzmeden veya mantıki ve hukuki makullüğünü sınamaksızın benimsemesi toplumda yargıya olan güveni örselemektedir. Oysa yargıç yetkilerini kendisi dışındakilerle paylaşması konusunda kıskanç davranmak zorundadır. Yargı kendi varlığına son verecek veya kendisini içten içe ve hissettirmeden kemiren bu olguya karşı ivedi önlemleri almakla ödevlidir. Yasa alınacak önlemlerin ne olması gerektiğini olabildiğince yalın ve açık bir dille ifade etmektedir. Bundan imtina edilmesi, gerekçesizlik modelleri üzerinden yargıcın yerini ve rolünü bilirkişiye kendi elleriyle sunması manasına gelir.

Karşı oy, azınlık veya muhalefet oyu, toplu mahkemelerde önemli bir sorun olmayı sürdürmektedir. Yasal düzenleme karşı oyun karar içindeki rolü ve işlevini kesin bir söylemle belirlemekle yetinmemeli, karşı oydan yoksun bir kararın yazgısını açıklayarak bu konudaki duraksamaları sönümlemelidir. Karşı oyun çoğun eklentisi, mütemmim cüzü çoğa yönelen bir karşıt irade, ayrılıkçı yarıcı bir karakter değil, yargıçlar katındaki diyaloğun bir parçası gerçeğin açığa çıkmasına çaba harcayan temellendirilmiş bir düşünce, hükmü canlandıran bir yarışan olduğu anlaşılmalıdır. Yargıda gerekçe, klasik muhalefet anlayışından bağımsız değildir. Yargısal muhalefet klasik muhalefet anlayışıyla aynı yazgıyı paylaşmaktadır. Yasama ve yargı pratiği, gerekçe ve hukuk tüketicileri için önemli bir moral kaynak ve materyal olan bu nesnenin kaynağında boğulmasını önleyecek ciddi önlemler almak zorundadırlar. İstatistik şemalarında muhalefet oylarının kendilerine yer bulmaması, onların bakışın bir başka açıdan görünüm biçimini yansıtmaktadır. Toplu mahkemelerde başkan egemen bir yargı anlayışı, karşı oy üzerinden gerekçe hakkını tehdit etmektedir. Diğer yargıçları sıradan kamu görevlisine dönüştüren bu yaklaşım tarzının, kendisini tekrarlayarak pekiştirmesi yasalarla önlenmelidir. Duruşmayı yönetme ve yürütme dışında diğer yargıçlarla arasında herhangi bir fark bulunmayan başkanın, idari görevler üzerinden yapılan okumalarla, hiyerarşik üste dönüştürülmesi, hakikate erişimin önünde eylemli bir bariyerdir. Beccaria'nın 18. yüzyılda bireysel ve toplumsal güvenceyi artırdığına inanarak önerdiği bu yapılanma tarzının kendisini varkılan bu düşünsel ardalanla ne denli bağdaşır olduğunun, adaletin selameti için sorgulanması gerekir.

Savunma hakkı, yargıcın yansızlığı, hukuki dinlenilme hakkı gibi temel değerler daha çok gerekçe üzerinden veya gerekçe aracılığıyla ihlale uğramaktadırlar. Sürpriz karar verme yasağı da bunlar arasındadır. Bir yargı kararının gerekçesiz olması o kararı tehlikeye açık bir nesne durumuna getirmektedir. Oluşan ihlallerin yaratacağı etki ve sonuçların, hukukun sunduğu imkânlarla bertaraf edilmesi bireysel umarları karşılamaya yetmesi, kamu gücünün yetkin olmayan ellerde olmasından kaynaklanan sanrıların toplumsal beklentileri içten içe kemirmekte akim kalacaktır. Hatanın hukukla sınırlanması gözünü kamu otoritelerine çevirenleri psikolojik olarak rahatlatmaktan tamamen uzaktır. Kamusal adalet, toplum adına eyleyenlerin hukukun içinde kalmalarıyla pekişebilir. Gücün aşkınlıklarını eski hale getirme, bireysel adaletten beslenen kamusal adaletin güçlenmesini geciktirir.

Gerekçeli karar alma hakkı, kural olarak hükme etkili argümanların gerekçeli kararda gösterilmesini öngörmektedir. Dolayısıyla olup biten her şeyin, sarf edilen bütün söz ve davranışların gerekçeli kararda yer alması nesnel amacın dışında kalmaktadır. Nesnel amaç yargılamanın niteliği, yargılanan şeyin özellikleri ve yargılayanların niteliği kim oldukları gerekçede gözetilmesi gereken diğer doneleri gerekçe kapsamında görmektedir. Yargı pratiği gerekçenin kapsamını belirlemede tam bir başarı kaydetmekten uzaktır. İdeal bir gerekçe veya gerekçeli bir kararın prototipini yaratmaya, uyuşmazlığın niteliği, yargıçların birikimi, gerekçeye yaklaşımları gibi öznel nedenlerle öznel bu dünyayı dışarıdan sarmalayan nesnel nedenlerin ittifakı engel olmaktadır. Uygulamanın sağlıklı bir gerekçe pratiği sergilemekten uzak olmasının faturası çokça dillendirildiği gibi alt yapı noksanı ve organizasyon gibi parametrelere kesmek, kafaları kuma gömerek bilinen yolda ilerlemeye devam etmek demektir. Gerekçe konusundaki kafa karışıklıklarının giderilmesi ve ülke genelinde kendisini gerekçenin kişiliğinde gerçekleştirecek bir uygulama birliğine ihtiyaç vardır. Herkes kendi payına düşecek olanları yüklenmekle gerekçe konusundaki bu açlığı yatıştırmaya katkı vermek durumundadır. Bireyin sıfır gerekçeyle kapalı kapıların ardına gönderilmesine günümüz gerekçe anlayışı şiddetle karşı çıkmaktadır. Bu anlayış kararın edebi bir metin, tarihe düşülen bir not veya politik bir sunuya dönüştürülerek başka amaçlara hizmet etmeyi, gerekçe hak-

kıyla yollarını ayıran bir aşkınlık olarak telakki etmektedir. Başka bir ifadeyle yasanın hukuku kuşatmasına, ideolojinin hukuka dönüştürülmesine, düşünsel birlikteliğin gerekçeler üzerinden kurulmasına, inancın hükme dönüştürülmesine, gerçeklerin hukukla peçelenmesine, milliyetçiliğin hukukla ilişki kurmasına ve bireyin hukuk üzerinden aşağılanmasına bugünkü gerekçe anlayışı onay vermekten kaçınmaktadır. Amaç kuşkuya dair düşünceyi temellendirerek inançtan ve düşünceden oluşan gerçeği adalet olarak servis ederek, hukuka olan inancı pekiştirmektir. Gerekçeyi demokratik isterlerin ve değerlerin emrine amade etmektir. Bu amaca hizmet eden veya bu yolda yürümeyi sağlayacak taşlar ve nirengiler mevcuttur. İsterimiz yargının bu donelere tutunarak yolunu bulmasıdır. Bu günkü rehber ilkeler, bu yolda güvenli ve makul olan bir hızla mesafe almayı önlemektedir. Teknolojinin sunduğu olanakları kullanarak, gerekçeyi temellendirmeyi kendisini "kes-yapıştır" olarak lanse eden bir gerekçe anlayışına indirgeyemez. Yurttaş tutanakların hükme dönüşmesini, atasözleri, tarih, politik ve sosyolojik olanın kendisine adalet olarak sunulmasını, kişilik haklarının ihlal edilmesini ve başka amaçlara hizmet edeni hukuk veya adalet olarak sunulmasını şiddetle reddetmekte, yargılanan özne ve nesneyle sınırlı gerçeğin adalete adalet olanın ise geleceğin hukukuna dönüştürülmesinde ısrar etmektedir.

AİHM, gerekçe için herhangi bir format önermekten kaçınarak biçimde tekçi olmayı reddetmiştir. Mahkemenin iradesi özde birliği tesise yöneliktir. İç hukuk, takdir marjı kapsamında kalan bu yetkiyi, temel prensiplerle uyumlu bir şekilde kullanma özerkliğine sahiptir. Yargıç çizilen bu sınırlar içinde hükmünü gerekçelendirmede takdir payına sahiptir. Bu bağlamda ilkeler üzerinden ve bunlarla olan bağ koparılmadan her bir yargıcın, kendi tarzı ile birey ve kamuya hükmünün hesabını vermekte tamamen özgürdür. Korunan sınırlar, yargıcın gerekçelendirmede gidebileceği son noktayı belirlemektedir. İşin içine savunma hakkı, kamu düzeni, hakkın özüne dokunma vs gibi riskler girdiğinde, bu özgürlük geriye çekilebilmektedir. Gerekçe dışarıdan çevrilidir. Onu dışarıdan sınırlayan onu var eden gerçekliktir. Gerekçe sırtını, varlığını borçlu olduğu gerçeklere dönemez. Bu gerçekler, kendisini hukukta gerekçe yasağı biçiminde karakterize ederler. Yargıç, gerekçeyi var eden öznel ve nesnel nedenlerle bağlıdır. İçeriden uyuşmazlığın öznelliğinin dayattıklarını gözetmek durumunda olan yargıç, dışarıdan ise temel özgürlüklerle ilgili umarlar, toplumun adalet beklentileri, doğruya ve gerçek olana ulaşma isteği, savunma hakkı adil yargılanma gibi verilerle çevrilidir. Gerekçe kendisini var eden bu gerçeklerle bir arada ve yan yana yürümek, aynı sofradan yemek zorundadır. Bu parametrelerin reddettiği bir gerekçe anlayışının kendisini hukuk ve adalet olarak sunması meşru değildir. Meşruluğun reddi, çok geçmeden kendisini en sevimsiz ve en tehlikeli bir gerekçe biçimi olarak göstermekten sakınmaz. Yasal olmaklık her zaman meşru olanla bir kaptan yemez. Toplumsal kabul görmeyen yasallık, meşru olanla yollarını ayırır. Yargı pratiği meşru olanla, yasal olanı aynı şeritte ve bir arada yürütmek mecburiyetindedir. Olumsuz yasama etkinliği, yasaldır onun meşru olanla bir araya gelerek toplumsal olanı karşılaması, meşruluğun pekişmesi ve doğru bir amaca katkı sunması demektir. Yargı meşru ve yasal olanı aynı çatı altında ve bir arada yürütmekte, tam bir isabet kaydetmekten yoksundur. Bu

yetisini gerekçeler üzerinden geliştirmek ve kendisini aşmak zorundadır. Yasalar yargıca hukuk yaratma izni vermiştir. İstisnai bu yetki nadidedir. Nadide olmaklık, onunla müsemma bir şekilde eylemeyi ve yasamaya olabildiğince yaklaşmayı öznellerden tamamen soyut yaşamayı zorunlu kılar. Yargının hukuk yaratmasının biricik aracı gerekçedir. Hukukun aracı olan gerekçe, soyutlaşan adalet aracılığıyla hukuka dönüşmektedir. Gerekçenin hukuka dönüşmesi yargıcın yetkinliğine bağlıdır. Yargıç kendisini tanımak, ne iş yaptığını bilmek ve ona göre konuşlanmak zorundadır. Onun nerede durduğuna, neye ve kime hizmet ettiğine tanıklık edecek olan gerekçedir.

Yerel hukuk, sınırlı sayıdaki koşulların gerçekleşmesi ile kendi gerekçe anlayışını egemen kılma yetkisi saklıdır. Umarımız gerekçenin kendisinden beklenen sıçramayı sorumluluğu olanların desteğini alarak yapmasına imkân vermektir. Bu bağlamda standart bir gerekçelendirme deneyimi tamamen bir seraptır. Gerçekleşmesi asla mümkün değildir. Bunun mümkün olmadığını bilen sözleşme ulusal otoritelere bu konuda fazla ısrarcı olmadığını ilan etmiştir. Sınırların ötesindeki mahkemenin iç hukukla ilgisi ortak hukukun önerdikleriyle sınırlıdır. Avrupa kamu düzeni gerekçe konusundaki yaklaşımının çerçevesini çizmiştir. Önemsenen ve beklenen bu sınırların koyduğu çizgileri aşmamaktır. Gerekçenin kırmızı çizgileri savunma ve kanun yolunun hükümden düşürülerek demokratik toplumun beklentilerini boşa çıkaran olgularda vücut bulur. Sözleşmenin yumuşak karnı olarak da adlandırabileceğimiz bu kısımlara dokunmamak koşuluyla yerel yargıç geleneklerine toplumsal duyarlılığıyla uyumlu bir yaklaşımı benimsemesine sözleşme onay vermektedir. Sözleşmenin bilinen pratiğinin yerelle çeliştiğini ifade etmek olanaksızdır. Sözleşme, yerelden çelişmemekte yerelin gerekçe perspektifini genişletecek önerilerde bulunmaktadır. Yerel gerekçe anlayışı önerilen rol model alarak, gerekçenin toplumsal umarlarla ilişkisini sağlam bir temel üzerine inşa ederek özgürlüklerin yolunu açmalıdır. Bu rol model baki kalmak koşuluyla yerel yargıç hükmünü temellendirmede dilediğince özgürdür.

Geldiğimiz bu aşamada artık herkesin verdiği katkı ve destekle neyin gerekçe neyin gerekçesizlik olduğu konusunda az çok bilgi sahibiyiz. Bu bağlamda kesinleşen bir bilgiden söz edebiliriz. O da gerekçeli karar alma hakkının yargıca bir takım ödevler yüklediğidir. Ödev, zorunlu olanları ya da yasa ile öngörülenleri yapma zorunluluğunu içerir. Sözleşmenin parlamentonun onayını alarak politik bir seçime dönüştüğünü unutmamak gerekir. Onanarak Sözleşme/yasaya dönüşen sözleşme yargıç için uygulanması gereken bir buyruktur. Sözleşme/ Yasa'nın henüz yargıcın uzanabileceği bir mesafede masa üzerinde veya kişisel kütüphanelerde beklenen yerini almamış olması adil yargılama beklentisinin bir bahar daha beklemesi manasına gelmektedir. Yerel kararlarda sözleşmenin zikredilmemesi veya hak ettiği ilgiyle karşılaşmaması, özgürlüklerin önemli bir mevziden yoksun kaldıkları manasına gelir. Yasaya politik nedenlerle uzak kalmak veya özgürlüklerle yasa/sözleşmenin arasına girmek yargıcın tanımlanmış ödevleriyle bağdaşmaz. Adil yargılanma ve sözleş-menin gerekçe algısı, başka amaçlar uğruna bir başka zamana ertelenemez. Erteleme politik irade ve onu onayan parlamentonun iradesini kesin bir söylemle dışlamak demektir. Hukukun yerelle yetinmeyen kişiliği onun sınır-ların ötesinde özgürlükler

yararına mütemadiyen bir şeyler aramak zorunda bırakır. Politik tercihlerden arî olarak aramak ve menşeine bakmadan gerekçe için optimum olanı bulmak ve uygulamak yargıcın günlük uğraşıdır.

Yargıç gelinen bu noktada yol ayırımındadır. Bir yandan kendisine fazlasıyla dönük karşılaştırmalı hukuktan yeterince nemalanmayan bir hukuk anlayışı, öte yandan sınırların ötesinden temel hak ve özgürlükler demokratik çoğulcu toplum yaşamı ve hukukun üstünlüğü için yerele katkı sunmak isteyen çoğulcu bir hukuk yaratısı. Bu durum pratiğin krizine işaret etmektedir. Çoğulcu hukuk, hukukun salt yereli referans alan sanal tekel anlayışını mütemadiyen zorlamaktadır. Her geçen gün hukuk kendisini ticari, ekonomik ve politik birçok sözleşme aracılığıyla yerelleştirmektedir. Sınırların ötesindeki hukuk, kendisini ticari bir sözleşmenin satır arasında, iç hukukun sınırlarından politik tercihin açtığı koridoru kullanarak içeriye girmektedir. Yasama, yerelin tekelci konumuna, uygulanacak mevzuat kapsamına sözleşmeyi de katarak uygulamanın salt yerelden ibaret olmadığına dair iradesini pekiştirmiştir. Bunun pratik karşılığı özetle şudur; Hukuk artık tek bir yerden değil, Akaya'nın ifadesiyle adeta her yerden fışkırmaktadır. Bu kaynaklar benimsenmiş ise yetki paylaşılmış ve paylaşılan yetkinin ürünü sözleşme yasa da hiçbir duraksamayla karşılaşmadan uygulanacak demektir.

Bu bağlamda AİHS iç hukukun bir parçasıdır. Bunun işaret ettiği ilkeler gerektiği kadar uygulanacaktır. AİHS mahkeme olmanın ölçütlerini belirlemiştir. Bu ölçütlere göre tahkim organları mahkeme statüsündedir. Dolayısıyla bu mahkeme tarafından verilen kararlar da tıpkı diğer mahkemeler gibi gerekçeli olmak durumundadır. Bu kesinlikle kuraldır. Ancak ticari alanda yanların yanlardan hesap sormak istememeleri mümkündür. Ancak böyle bir istemin yargıcın gerekçelendirme ödevini sonlandırıp sonlandırmayacağı tartışma konusudur. Yerel unsurlu hakem kararlarının gerekçeli olması konusunda herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Yerel olan açısından stres yaratacak yegâne konu, hakemin sır saklama ödevidir. Sırrın korunması ticari yaşam için kaçınılmazdır. Ticari olanın sırrı ile gerekçenin açıklık tercihi arasında muhtemel bir krizin nasıl çözüleceği muammadır. Akademinin, sır ile gerekçe arasındaki gerilimini her açıdan gören, karşılaştırmalı hukuktan beslenen ve sözleşmeden destek alan bir tartışma ve pratiğinden bir haberiz. Sırrı kutsayan bir yaklaşımdan söz edilmesi sadece ticari bilginin korunmasını hedefler. Ticari sırrın korunması zorunluluktur. Ancak olası bir uyuşmazlıkta yargıcın bu sırrı öğrenmesi kaçınılmazdır. Başkaları için sır olanın yargıç için yargılanacak nesne olması, sırın deşifresini zorunlu kılar. Hakem kararının denetlenmesi, sırrın gerekçenin konusu olması başka bir ifadeyle yargılanması demektir. Sırrın hakem tarafından saklanması, hakem kararının sır kadar büzülmesi anlamına gelir. Başlangıçta sorun oluşturmayan sırrın gerekçe denetimi sırasında deşifre olması olasıdır. Bu durum gerekçe için sırrın geri çekilmesi manasına gelir. Yabancı unsurlu hakem ve mahkeme kararlarının savunma hakkı ile kanun yolunun bertaraf edilmesinin eseri olması halinde, iç hukukta tanınması veya tenfiz edilebilmesi, olanaksızdır. Yanların iç hukukun gerekçe anlayışını görmezden gelmesi veya kamu düzenini çiğneyerek etki doğurmasına onay verilmesi mümkün değildir. Sınırların ötesinde uluslararası bir platformda yabancı unsurlu bir sözleş-

meye iç hukukta etki ve sonuç doğurmasına onay vermek, bireysel çıkarların hiçbir kamusal bariyer ve çekince tanımadan elini kolunu sallayarak sınırları aşması demektir. Bireysel adaletin sağlanması kuraldır. Hukuk bireyin özgürlüklerini temin ederek kamusal özgürlükleri pekiştirmeyi hedefler. Burada sorun bireysel olanın giz olarak korunarak toplumsal için bir zarara dönüşmesini önlemektir.

Gerekçe üzerine sınırlar ötesinde konuşulanları da eklediğimizde; gerekçe salt bireylerin meşru taleplerini karşılamak amacıyla kaleme alınan bir buyruk değildir. Gerekçe meşru ilgililerin isteklerinden tamamen bağımsız kuralları olan ve bu ilkeler üzerinden yaşamını idame ettiren bir kavramdır. Bu açıdan izin verilmiş bir hesapsızlığı bir parça geride bırakan onu duymayan red eden bir bakış açısına sahiptir.Toplumun ve kamuoyunun kendilerine emanet edilen kamu gücünü denetleme isteği, meşru ilgililerin iradeleriyle karşılaştığında izlenmesi gereken yol konusunda kesin ve net olmaklıktan söz etmek güçleşmektedir. Bu konudaki bulanıklığı dağıtmak, kamusal ihtiyaçtan yana bir tavırla mümkündür. Aksi halde, gerekçenin toplumsal, kamusal adalet ve onun görünen adalet anlamını büyük ölçüde yitireceğini, toplumsal, kamusal ve bireysel olanın salt bireysel olana indirgenerek sarf edilenlerin sahiplerine iade edilmesi gerekmektedir. Kamusal düzeni koruma anlayışı korunduğu ve sürdürüldüğü sürece bu söylem varlığını idame ettirecektir. Biz kamu düzeni anlayışını hesap vermezliğin tutunacağı bir can simidi olarak algılamıyoruz. Ya da gerekçede içine düşülen açmazda başvurulacak bir torba anlayış olarak algılamamaktayız. Bu kavrama yüklediğimiz anlam bireysel ile toplumsalın çatışmasında, gerekçe söz konusu olduğunda, kamunun denetçiliğini bir adım öne çıkararak zahiri adaletin kendisini maskeleyerek, toplumsal umarları ekarte etmesini önlemektir.

Bu bağlamda netleşmesi gereken bir diğer konu da kararın tamamlanması ya da hangi ögelerden oluştuğu ve bu ögelerin hukuki değeri konusundaki sisleri aralamaktır. Pratisyenler ile öğretinin gerek kendi aralarında veya dışında bir oydaşmaya vardığını söylemek mümkün değildir. Gerekçenin kararın ögesi olduğunu benimseyen anlayış, sıra gerekçenin bağlayıcılığına geldiğinde aynı kararlılığı gösterememektedir. Gerekçenin bağlayıcı olmaması gerekçeye yüklenen anlam veya misyonu tamamen hiçleştirmektedir. Hüküm ve gerekçe arasındaki çekişmeyi doğuran nedenlerin başında hükmün uygulamacılar ile öğretinin yardımıyla bir adım öne çıkarılmasından kaynaklanmaktadır. Kararı var eden yasama onun hangi öge veya bileşenlerle var olacağını, duraksamaya meydan vermeden belirlemiştir. Aynı yasama kararı hükme indirgeyen bir söylemden hasreten kaçınmıştır. Yasama, hükmü yargısal bir emir olarak telakki ederken, gerekçeyi hükmü ayakta tutan ve sırtlayan bir dayanak olarak yapılandırmıştır. Birinin diğerine tercih edilmesine, bu bileşenlere yüklenen misyon veya onlara tevdi edilen rol engel olmaktadır. Hükmün temellendirilmiş gerçeklik olması, bu iki unsur arasındaki farklılık, çelişki, ayrılık ve bağdaşmazlığı kati surette önlemektedir. Kaçınılmaz olan bu uyumluluk veya hedefte birlik, onların işlevinden kaynaklanan farklılığı ortadan kaldırmaktadır. Betimlemeye çalıştığımız bu bakış açısı, hükümle gerekçe arasında yaratılan aşırı farklılığı ya da gerekçeyi ötekileştiren anlayışı yoksamaktadır. Kararı oluşturan temel ögelerden hüküm ile gerekçenin aynı sona doğru koşmalarına rağmen,

birinin diğerinin gölgesinde bir ömür tüketmesine izin verilmesi, hükümle gerekçe arasındaki kıskançlığı pekiştirecektir. Biz hüküm ile gerekçe arasındaki bu anlamsız çekişmenin Anayasa ve İdari Yargı alanındaki tartışmaların ışığında anlamını yitirdiğini düşünüyoruz. İdari ve Anayasa yargısında gerekçeye atfedilen değerin sıra hukuk yargısına geldiğinde yok olmasını, izlenen yöntem farkı veya elde edilmek istenen maksatla açıklamak sağlıklı bir yargı için yeterli değildir. Gerekçeyi hükmün partneri olarak algılamayan onun önemli bir destek olduğunu benimsemeyen, birlikteliği sadece hükmün uygulanma açmazlarıyla sınırlayan bakış açısının, kendisini haklı makul ve güçlü delillerle ortaya koymasını bekliyoruz.

Hukuk yargısında hüküm uygulamanın yegâne egemeni ilan edilmiştir. Hüküm, kendisini var eden köklerinden ayrı eylemeyi, onunla koşulsuz olarak egemenliğini paylaşmayı reddetmektedir. Kesinleşmekle kendisini yargısal emir olarak karakterize eden hüküm, sıra uygulamaya gelince ilan ettiği otoritesini kimi zaman korumakta güçlük çekmektedir. Bu gibi zamanlarda gerekçe her nedense kararın bileşeni ve kendisini ayakta tutan hatta kendisine dönüşebilen bir obje olarak benimsemekte, ondan tabiri caiz ise medet umulmaktadır. Teknik bir ifade ile bağlayıcılığı istisnai olan gerekçe ancak bu koşulların tahakkuku halinde, salt hükmün anlaşılır olması ve uygulanabilmesi için hatırlanmaktadır. Egemen ve bağlayıcı olmaklığı, sınırlı sayıdaki olguların tahakkukuna bağlanmış gerekçenin işlerliği, bu kez gerekçe-hükmün doğasında var olan üç sebebin varlığıyla indirgenmektedir. Sınırlı koşulların gerçekleşmesine bağlı olsa da gerekçeye kendini ifade etme şansının tanınmış olması bir bakıma gerekçenin de bağlayıcı olduğunun düşük bir perdeden seslendirilmesidir. Gerekçenin bağlayıcılığını temin eden koşullar esasında gerekçenin, günün birinde koşulsuz olarak hüküm gibi bağlayıcı olabileceğinin ipuçlarını vermektedir.

Yargılama yöntemlerinin amaçları arasında temelde bir farklılık bulunmamaktadır. Hepsi ile temin edilmek istenen adalete giden yolu güvenilir kılmaktır. Temelde aynı olan bu yöntemlerin, hükümlerin uygulanmasında sert ya da keskin ayrılıklar gösterdiklerini savlamanın güçlü argümanlara gereksinimi vardır. Bağlayıcılığın istisnai koşullara bağlanmasını yeterli bulmuyoruz. Akademisyenler ile pratisyenlerin yargılama yöntemleri arasında gerekçe bağlamında meydana gelen ayrışmayı tetikleyen nedenleri, köklerine inerek yeniden tartışmaları gerekmektedir.

Hükmün gerekçesiz de olsa itibar görebileceğine dair kabul, tartışılan konuların ağırlık merkezine oturmaktadır. Biz hükmün ancak gerekçe ile var olabileceğini düşünüyoruz. Bu birçok öğreti mensubunun belirttiği gibi yasamanın nesnel ve öznel iradesi ile uyumlu bir bakış açısıdır. Gerekçeyi kararın üvey evladı ya da tali bileşeni olarak benimseyen yaklaşım, kısa sürede bireysel adaleti sağlasa da gerekçenin diğer işlevlerini ve geleceğini bireysel olanla sınırlayacaktır. Gerekçeyi öge kabul eden ancak sıra bağlayıcılığa geldiğinde bağlayıcılığı red eden anlayış, kamunun denetimi, hükmün uygulama sorunları, geleceğin hukuku, toplumun tasarımı ve içtihat birliği gibi can alıcı sorunları nasıl aşacaktır?

Klasik kuvvetler ayırımı bu konuyu çözmede referans alınabilir. Veya bu konuda geçici bir çözüm sunabilir. Ancak biz yargının hedefleri arasında insanlara güvenli bir gelecek bırakmanın bulunduğuna inanıyoruz. Yargı, bireysel

adalet aracılığıyla toplumsal adaleti sağlamada pay sahibidir. Yargı kendine kuvvetler ayrılığını bahane ederek veya bu kuralın sıkı bir takipçisi ve uygulayanı olduğunu söyleyerek katı formalist bir yaklaşımla geleceğin kurulmasından ve atideki adaletin gerçekleşmesinden kaçınamaz. Yasama, yargı ve yürütme farklı kulvarlarda aynı parkuru koşan ve finişi insan hakları, özgürlükler, hukuk devleti demokratik toplum vs olan yarışanlardır. Erklerin yekdiğerinin ayağına basarak ortak hedefe koşmaları olanaksızdır. Amaçta birlik karşıtlık değil, yarışmanın nedeni olabilir.

Hukuku adalete dönüştürmeyi, sadece yarışanlardan birinin mutlak egemenliğine terk etmek yargının doğasına aykırıdır. Demokratik hukuk devleti anlayışı, yargının adaletin selameti ve gerçekleşmesi için gerektiği kadar yasamaya yaklaşmasına onay vermektedir. Yasama kendi yetkisini, bazı idealler uğruna yargıç ile paylaşmayı benimseyerek, ideallerin ben merkezli bir kamu anlayışının girdabında boğulmasını önlemiştir. İşte izin verilen bu alan içinde hukuk kuralı oluşturmak klasik anlamda olmasa da bir dolaylı yasama etkinliğidir. İstisnai yasama etkinliğinin biricik adresi gerekçedir. Hükmü, yasamaya yaklaştıran gerekçedir. Hüküm soyut norma yaklaştıkça, gerekçe de soyutu destekleyen temele dönüşecektir. İsterimiz, gerekçe hüküm üzerinde meydana gelen ve dar alanda süren tartışmaları daha geniş bir alana kaydırarak, bu kavramlara ve onların çevresindeki sorunlara solunum yaptırmaktır.

Yargıçların insan hakları hukuk devleti ve demokrasi gibi değerlere sıra geldiğinde kuvvetler ayrılığı ilkesini, devinimsiz ve sessizliğin kalkanı veya bariyeri olarak kullanmaları veya kendilerini ve etkinliklerini bu ilkenin sınırlarına hapsetmeleri bilinen davranış biçimidir. Adaleti sağlamak veya adaleti yoksamanın mazereti bu ödünsüz ve sert yaklaşım olmamalıdır. Yapılması gereken çok şeyin olduğunu öne sürüyoruz. Yargı hukuku adalete ve gerçeklikten hukuk yaratmak için önemli bir araca sahiptir. Üst mahkemeler doğası gereği ilk derece mahkemeleri için birer rol model oluşturmaktadırlar. Onları rol model yapan kendileri değil hukukun adalete adaletten hukuk yaratan doğalarıdır. İBK'lar neredeyse yasa gücündedir. Anılan özellikleriyle yargıyı yasamaya yaklaştıran istisnai etkinliklerdir. Onları yasamaya yaklaştıran olabildiğince soyut ve genel çözümler önermeleridir. Üst mahkemelerin hukukun üstünlüğünü sağlamaları yerel ve daireler arasındaki parçalı uygulamayı kristalize etmeleriyle olanaklıdır. Üst mahkemelere hukukun ülke çapında ve eşit olarak uygulanmasını sağlamak için verilen etkili bu aygıttan olabildiğince optimum yararlanmak zorundadır. Hiç kimseye nasip olmayacak kadar yetkiyle donatılan üst mahkemelerin, kurumsal bir gerekçe anlayışı inşa ettiği söylemek güçtür. Gerekçenin özgürlüklerle ve çoğulcu demokratik toplum ve hukukun üstünlüğü üçlüsüyle ilişkisini sağlayacak ve sürdürecek etkin bir deneyimleri zincirinden söz etmek zordur. Mevcut deneyimlerin kurumsallaşmayı karşılamaktan yoksun olacak denli yaşlanmaları, içtihatların, soluk soluğa yaşananların gerisinde kaldığına karine oluşturmaktadır.

Yüksek Yargının işe kendisini sorgulamaktan başlayarak, temel metinler aracılığıyla yüklenen ödevin koordinatlarını ve içeriğini yeniden gözden geçirmesini bekliyoruz. Doğmaya çağrı potansiyeli taşıyan, literatürden kopuk ve biçimi tekleştirmede aşkın bir gerekçe anlayışı yargının gerekçe bağlamındaki amacını tasfiyeye yöneliktir. Aşkınlık,

vesayete yaslandığında içtihadın yenilikçi karakteri, yerini gelenekçiliğe terk eder. Yargı, özgürlükleri ve haklar için boğucu etki yaratan aşırı gelenekçilikle bir arada olmayı yeğlemez. Yargı yetkisinin, ona yüklenen misyonla eş değer bir sorumlulukla kullanılmasını beklemek yurttaşların hakkıdır. Yargıç bu yükümünü, koşulsuz olarak gerçekleştirmekle ödevlidir. Bu hakkın bireye yüklenen ödevlerle sınırlanmasına veya yok edilmesine demokratik hukuk anlayışı onay vermekten kaçınmaktadır.

Yargının biricik kararı hüküm değildir. Hükme varıncaya değin geçen zaman aralığında yine hüküm uğruna irili ufaklı işlemler yapmaktadır. Usul işlemleri başlığı altında özetlenen bu işlerin her biri kim yahut kimlerden gelirse gelsin gerekçeli olmak durumundadır. Birey öne sürülen bir talebinin hangi nedencelerle red veya kabul edildiğini hemen oracıkta araya zaman girmeden öğrenme hakkına sahiptir. Bu talebin karşılıksız bırakılması veya uzunca bir zamana yayılması adaletin görünen yüzü bakımından ciddi sorunlara çağrı anlamına gelmektedir. Bir kararın gerekçesini öğrenmek için on yıl beklemek ya da hüküm kurulmasını beklemek sabır işidir. Yargı sabrın denendiği bir platform değildir. Bir mahkûmiyet hükmüne ilişkin gerekçenin infazdan on ya da iki yıl sonra öğrenilmesi hukukun işi olarak lanse edilemez. Üstelik insanların veya bireylerin sabırlarını test etmek ise ayrı bir ihlaldir.

Biz mevcut deneyimlerin yoğunluğunda özgün ve özge bir gerekçe anlayışının oluşturulmasını öneriyoruz bu yeni gerekçe anlayışı özge olduğu için kendi yerelliğini temsil edecek ve oradan beslenecektir. Özge olduğu için de yabancıyı dıştalamayacak onlarla kendi arasına mesafe koymayacaktır. Böyle bir gerekçe anlayışı kendi kurumsal çerçevesini yeniden inşa ederek kendisini yepyeni bir dil üzerinde ifade edecektir. Bu dil kendisi dışındakileri ötekileştirmeyecek, onlarla hiyerarşik bir ilişkiyi kurma fikrini kafasından çıkaracaktır. Başka köklerden beslenen gerekçe anlamlarıyla saygı temelinde kurulan ilişki, anılan gerekçe anlayışlarıyla yan yana yürümeyi zorunlu kılacaktır. Bu onun aşağılık duygusunu aşındıracak oryantalist eğilimlerini frenleyecektir. Kıskanan değil, beraber yaşamayı öneren bir anlayışı egemen kılacaktır. Yarışma ve paylaşma temelinde oluşturulun ilişki biçimi yerel ile bölgesel gerekçe anlayışlarının "insanın olanaklarını geliştirmeleri" için işbirliğine girmelerini kolaylaştıracaktır. Özge olmaklık, onların ortak payda için bir araya gelip eylemelerinin yolunu açacaktır. Mevcut yolu genişletecek yürüme ve buluşmayı insanlığın yüksek yararları için gerekli bulacaktır. Bu bağlamda inşa edilecek gerekçe anlayışı, hem yerel yargı organlarının arasında hem de uluslar arası yargı yerleri arasında gerekçe üzerinden sıralı ilişki kurmayı önleyecektir. Bu durum etkisini en çok iç hukukta gösterecek, yerel mahkemelerle üst dereceli otoritelerin gerekçeli karar alma hakkı bağlamındaki ilişkileri, heterenom olmaktan çıkarak otonom ağırlıklı bir seyir izleyecektir.

Gerekçeli karar verme yargı şemasındaki her basamaktaki otoritenin sorumluluğu içinde yer alan bir ödevdir. Hesap vermezlik aşkın anlayışla aynı kaptan yemeyi reddetmektedir. Devlet egemen anlayışın, gerekçeli karar alma hakkı üzerindeki negatif etkisi, gerekçenin üstün erekleriyle birlikte olmayı reddetmektedir. Bu anlayışın

(2)Tekçi görüşü benimsemiş devletler için, bir andlaşmanın iç hukuk düzenine dâhil olması için, ayrıca ulusal bir işlemin yapılması böylelikle andlaşmanın ulusal bir kimlik kazanması veya uluslar arası hukuk

pozitif hukuka yansıması kendisini otoritelerin hesap vermekten kaçınması biçiminde lanse eder. Biz binlerce yıllık geleneği olan bu anlayışı kıran düşünce ve deneyimlerin, sosyolojik çözümlemelerin kavramsal yol göstericiliğinde hukuk sistemini terk edeceğine inanıyoruz. Hukuk sistemimiz, batı hukukunun kurumlarını ithal etmek, bu hukuk anlayışı ile yoluna devam etmek konusunda kararlıdır. Bu kararını yaptığı politik tercihlerle pekiştirmektedir. Uyum yasaları bu politik düşünüşün hukuktaki uzantısıdır. Sözleşme hukuku bu yaklaşımın ürünüdür. Adil yargılanma hakkı pozitif hukuka sosyolojik bu anlayışlar üzerinden girmektedir. Sivil toplum anlayışının egemen olması veya politik erkleri kaynağına hapsetmesi anlayışı kendisini hukuki söyleme dönüştürmektedir. Yargının demokratik denetimi ve bireysel haklar özgün tablo içinde şekillenmektedir. Gerekçeli karar alma hakkını bu tablo ile birlikte okumak gerekir. Kamu gücünü kullananların hesap vermesi, benimsenen bu anlayışın etki ve sonuçlarındandır. Devletin sivil toplum tarafından denetlenmesi ve dengelenmesi anlayışının efektif olmaklığı, kamu gücünün otomatik olarak veya her istenildiğinde hesap verilebilirliğiyle mümkündür. Yargının demokratik kullanılmasını böyle okumak gerekir. Yargı otoritelerinin birbirleriyle ilişkileri meşru ilgililerle hukuku konuşması gerekçe aracılığıyladır. Gerekçe bu yönüyle nasıl konuşulduğunu nasıl düşünüldüğü ve neden yapıldığını şekillendiren epistemolojik bir olgudur.

Gerekçe aşkınlığı denetleyen analitik bir araçtır. Bu karakteriyle yargılama sürecine şeklini verir. Otonom heterenom kararlar alınmasına imkân verir. Güdüsel eylemeyi dışlar yasaklar. Monistlik yerine çokluğu, otonom olmaklık yerine heterenomluğu, hiyerarşi yerine eşitlik ve özerkliği, dıştalayıcı olmaklık yerine kapsayıcı ve kucaklayıcı olmaklığı yeğler. Kucaklayıcı olmaklık gerekçenin hukuki dinlenilme hakkının gerçekliğine olanak sağlar. Savunma ile savın yarışmasına imkân verir. Yargılamayı tartışma zeminini hazırlar. Yanların hukuki görüşlerinin bir başka görüşle çürütülmesine fırsat verir. Birciliği reddederek ötekine de kendisini ifade etme şansı ve fırsatı verir. Karara birden çok kimsenin hukuki değer katmasına anlam vermesine olanak tanıyarak kararın geniş bir taban tarafın-dan kabul edilmesine olanak tanır. Hükmün tabanının büzülmesi meşruluk yitimine yol açar.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, İç hukuktaki normlar hiyerarşisinde kanun olarak değerini bulmuştur. Dolayısıyla sözleşme normları, başkaca ritüele gerek duyulmaksızın ulusal normlar ile "Hak ve özgürlükler" temelinde bir birliktelik kurarak İç Hukuk Ailesinin (pozitif hukuk ailesinin)

kuralının iç hukuk kuralına dönüştürülmesi zorunluluğu yoktur. Azınlıkta olan ülkelerin benimsediği ikici (düalist) anlayışta ise uluslar arası hukuk kuralının ulusal hukuka girebilmesi için, bir yasa ya da idari bir işlem haline getirilmesi gerektiği vurgulandığı. Başka bir anlatımla ulusal hukuk yönünden sözkonusu olan andlaşma değil, iç hukuk işlemidir. Andlaşma yürürlüğü son bulsa bile iç hukuk işleminin yürürlüğü sürecek demektir. Ama tekçi yaklaşım, ulusal hukuk organlarının onayı ile andlaşmanın iç hukukun bir parçası olacağını içerir.... Özetle tekçi anlayışı benimsemiş anayasalar andlaşmanın anayasa ile saptanmış formüllerle yapılıp onaylanınca ayrı bir işleme gerek olmadan iç hukuk kuralına dönüşürler ve anayasa kuralı herkesi bağlayacağına göre andlaşma doğrudan uygulanma düzeyine ulaşacaktır. Emin Memiş, "İnsan Hakları Avrupa Standardı ve İç Hukuk Etkileşimleri Analizler" www.anayasa.gov.tr/eskisite/anayargi/memis.pdf. İbrahim Şahbaz, "AHİM Kararlarının Bağlayıcılığı ve İç hukuktaki Uygulanması", www.yargitaycb.gov.tr; Kemal Başlar, "Uluslar arası antlaşmaların Onaylanması, Üstünlüğü ve Anayasal Denetimi Üzerine www.anayasa.gen.tr/baslar-90nciMadde.pdf.

bireyi olmuştur. Sözleşmenin birinci maddesi ile Yüksek Sözleşmeci Yanlara, yetki alanları içindeki yurttaş olsun olmasın "Herkese" hak ve özgürlükler konusunda olanaklar sağlamaları ödev olarak yüklenmiştir. Ancak bu yükümlülüklerin yerine getirilmesinde izlenecek yöntemler sözleşmenin ruhuna aykırı olmamak koşulu ile yanlara bırakılmıştır. Yan devletler, bu yükümlülüklerini ya sözleşme normlarının iç hukukun bir parçası (birci yöntem)[2] olarak ya da doğrudan doğruya (ikici yöntem) uygulamak suretiyle gerçekleştirmektedirler. Ülkemiz seçimini birci yöntemden yana kullanmıştır. Araya giren parlamento iradesi politik tercihi onayarak onun iç hukukta etki ve sonuç doğurmasını benimsemiştir. Anayasa adil yargılanma hakkının etkinliği ve efektif olmaklığı konusundaki duraksamaları, oluşturduğu ek referanslarla 36 ve 40. Madde aracılığıyla bertaraf etmiştir. Bir bütün olarak adil yargılanma hakkının işlerliğinin sağlanması önünde pozitif hukuk dizgesinde hiçbir engel görünmemektedir. Tartışmalar konunun kurumsallaşması bakımından gerekli olmakla birlikte, varlığına ihtiyaç duyulan insan hakları bağlamlı iradenin teknik yanı ağır basan tartışmaların gölgesinde yok olmasına veya prematüre kalmasına izin verilmemesi, özgürlüklerin izleyeceği rota ve gelecek açısından zorunludur. Konu gayet yalın ve nettir. Sorun peşinde olunan ve insanın olanaklarını geliştirecek hakların bulundukları yerden bir adım öteye taşınması için var edilen yaklaşım veya irade pratize edilecek midir? Yoksa önümüzdeki proje bu tartışmaların sonlanmasına değin ertelenecek mi yoksa bu tartışmaların neden olacağı patinajlarla tazminat miktarlarını her geçen gün artıracak bir çizgi de ısrar mı edileceği noktasında odaklanmaktadır. Bize göre izlenecek rota ve bu rotaya ruh veren bakış açısı belirlenmiştir. Konu iç hukuk ile andlaşmalar arasındaki özgürlükler ve haklar demokrasi hukukun üstünlüğü bağlamında oluşan aleyhe kod farkını ortadan kaldırmaktır. Uygulayıcı temel hak ve özgürlüklerden yana bu paradigmayı pratize ederek oluşturduğu bu bakış açısı üzerinde yükselmeyi denemelidir. Pratik bu bakış açısıyla uyumsuz deneyimleri ayıklama kudretine haizdir. Yasama iradesinin doğru anlaşılması veya yasayla onaylanan antlaşmanın paradigması her türlü tereddüdü aşar yalınlıktadır. Hedef bu iradenin birey yararına gerçekliğe dönüştürülmesini önleyecek bariyerlerin bertaraf edilmesidir. Dolayısıyla bireyler uluslararası hukuktan doğan haklarını yetkili ulusal yargı organları önünde başvuruya konu yapabilecekleri gibi ulusal yargı organları da uluslararası sözleşmeyi uygulamak ile sorumlu olacaklardır. Ancak ulusal mercilerin sözleşme hükümlerini doğrudan doğruya uygulayabilmeleri ulusal düzeyde ek düzenlemelerin gerçekleştirilmesine gerek bulunmaması koşuluna bağlıdır.

Buradan hareketle denilebilir ki; Sözleşmeden kaynaklanan taahhütlerin yerine getirilmesi ancak sözleşme ruhuna uygun ve uygulanabilir düzenlemelerin gerçekleştirilmesi ile birlikte etkin bir uygulama pratiğine bağlıdır. Yargıçlar Sözleşmenin bütününde olduğu gibi gerekçe uygulamasında da insan hakları eksenli ortak bir " Avrupa Hukuku" ile "Korunma Düzeneği"ni gerçekleştirmeyi hedefleyen " anlayış ve algılamaları" ve bunların gerçekleş-

(3) H.Ökçesiz, HFSA, S.8,İB,İst.2003,s.120

(4) Bu deyim, Sami Selçuk'un hatırlanamayan bir konuşmasından alınmıştır.

(5) Orijinali "argumente non sunt numeranda sed ponderanda-Argümanları saymamalı, tartmalıdır "olan bu deyiş, insanlığa ait 2000 yıllık ortak hukuk kültürünün bir kuralı olup, Ökçesiz'den alınmıştır.

mesinde etkinliği tartışmadan ayrık Avrupa Mahkemesi'nin insan hakları ve temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi amacına dayalı, ortak bir Avrupa Hukuk kültürü ve anlayışının temel alan paradigmasını belirleme, adlandırma, nitelendirmede ölçüt almak zorundadırlar. Ancak bağlayıcılıktan kaynaklanan bu ödev, Avrupa Mahkemesi içtihatlarının kaba bir uygulaması yahut doğrudan emsal alınması şeklinde algı ve yorumlanması yerine, bu içtihatların içeriğindeki " temel ilkeler " ve bununla "ulaşılmak istenen amacın" saptanması ile uyumlu bir pratik biçiminde kendisini var etmelidir. Böyle bir deneyim anlayışı körü körüne bağlanmayı veya yerel yorum ve denetim anlayışını bertaraf eden bakış açısının erimesini önlemekle kalmayacak, mahkemenin muhtemel sapmalarını da deşifre etme olanağını yakalayarak onun emsal olma niteliğinin yeniden tartışılmasına katkı sunacaktır. Böylece mahkemenin zaman içinde tekâmül etmekten kaynaklanan bozulma riski veya uygulama sapmaları yerel otoritelerin uyanık kalan bilincine takılarak kazanıma dönüşecektir. Bağlayıcı olmaklık, hukuki ve mantıki kabul edilebilirliği tamamen tartışmayı önlememekte aksine içtihadın kendi doğası dışında işlerlik şansının masaya yatırılarak tartışılmasına onay vermektedir. Yöresel Yargı organları; Demokratik bir Siyasal Rejim ve Hukuk'un üstünlüğünün yöneldiği barış ve adalet idesinin yargılama alanında gerçekleşmesinin her şeyden evvel "Doğru Hukukun Bilgisi"[3] yanında "Hukukun Kültürü" dayalı bir etkinlik olduğunun farkında olarak, davranmaları gerekmektedir.

Ancak, bunun adına ister "istenç" ister "paradigma" densin mutlaka bir uygulama iradesine gereksinim vardır. Uygulama iradesi ise özellikle ve öncelikle bir özeleştirinin varlığını gerektirir. Özeleştiri ise, Yargıçların 'duruşma anlayışından yargılama anlayışına'[4] geçişi sağlayacak ve haklara erişmeyi kolaylaştıracak, güvence altına alacak, bilgi temelli etkinliklerini artırmaları, iddia makamının ise gerek kendisi gerekse adına görev yapan kişi ve kurumlar aracılığı ile -argüman çokluğundan ziyade argüman ağırlığını esas alan'[5] hızlı, etkili ve sonuç alıcı delil elde etme yöntemini geliştirmeleri, yargının bağımsız öğesi olan savunmanın ise savunma tekelinin vermiş olduğu yetki ve sorumluluk bilinci ile 'sürece özenli aktif bir savunma konsepti' ile katkıda bulunmaları ile olanaklıdır.

Söz konusu anlayışın benimsenip yerleşmesi adil ve güvenli yargılanma hakkı ile amaçlananların gerçekleşmesine sayısız katkı sunacaktır. Dolayısı ile yargılama sürecinde her birinin farklı ancak inkâr edilemeyecek katkısı olan bu dinamiklerin somut uyuşmazlığı, Strasbourg Yargı Kararlarının norm ve olaya ilişkin yorumları ile bu yorumun özündeki ilkelerden yararlanarak gidermeyi amaç edinmeleri, adaletin kolektif bir çabanın ürünü olduğu savının gereği olacaktır. Bu amacın gerçekleşmesi, büyük ölçüde yargıç ve diğerlerinin öncelikle, nitelikli bir hukuk eğitimi yanında uygulamaya dönük ve makul süreli bir mesleki hazırlık dönemi geçirmelerine bağlı görünmektedir.

Bu bağlamda, hukuku mayalandıran ve tatlandıranın, hukukun felsefe, sosyolojisi ile yorum bilimi olduğu anımsanarak bu bilimlerin yeniden kürsülerde hak ettikleri konuma kavuşturulmaları sağlanarak, felsefe ve sosyolojiye yönelik ikincil ve ilgisiz tutumun terk edilmesi gerekmektedir. Hukuk eğitiminin değişik aşamalarında ve özellikle yargıç eğitiminde bu eksikliğin giderilmesi yargıçların felsefe ve sosyolojik kavram, kurum ve terimlere olan ihti-

yacının dolaylı karşılanmasına hizmet edecektir. Hukuk pratiği ile yorum öğretisi arasındaki yoğun ilişki akılda tutularak, yorum öğretisinden fazlasıyla yararlanılmasının kapıları mutlaka açık tutulmalıdır. Yorum metodolojisi anlamlandırma ve nitelendirmede kaçınılmaz bir değere sahiptir. Kararlardaki hukuksal kavramların açık ya da gizlenen anlamları ve normatif düzenleme ile hedeflenen nihai amacın belirlenmesi yargıcın yorum metodolojisini bilip etkili kullanımıyla olanaklıdır. Anlam kazısı hukukun terk etmeyi aklından geçirmediği bir uğraşıdır.

Bu bağlamda, yorum metodolojisi Genelde Strasbourg, özelde de Türk Yargısının geleceğin hukukunun tasarlanmasında sık sık başvurduğu anlama, algılama, betimleme, tanımlama, nitelendirme ve değerlendirme araçlarındandır. Geçmişten günümüze insan hak ve özgürlüklerinin henüz tekâmül etmedikleri gözetildiğinde, başvurulan genişletici ve amaçsal yorum yöntemlerinin anılan gelişimin tamamlanmasında katılımcı ve kurucu bir işlev üstlenecekleri kesindir. Bu anlamda gerekçe de anılan misyonun üstlenilmesinde insan hakları alanındaki katkıların bileşeni olarak önemsenmeli bu önem, Strasbourg Mahkemesi'nin temel içtihatlarının referans alınmasında kendini bulmalıdır. Gerek öğreti ve gerekse yargının ayrıksı pratiklerinin uzun soluklu ve kurumsal çözümler sunmaktan uzak olması Avrupa Mahkemesi'nin temel içtihatları ve insan hakları söyleminin ithal edilerek karşılıklı etkileşimin kanalları açık tutulmasını zorunlu kılmaktadır. İnsan haklarının gelişimi, kurumsallaşması ve gelecek vaadetmesi karşılıklı soluk alışları kolaylaştıran, bu kanalın açık tutulmasıyla ivme kazanacaktır.

Yargıçların bir yönüyle hukuk uygulayıcısı öteki yüzü ile bir sosyal /hukuk tasarımcı kimliği taşıdıkları, gelecekteki sosyal düzen ve bu düzenin dayandığı normatif alanın, odağına insanın değer olarak oturtulması, bu kimlik sayesinde olacaktır. Hukuk bu kimlikte adalete dönüşecektir! Gerekçeli karar alma hakkı koruyucu düzeneğinin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, Anayasa ve yargılama yöntemine ilişkin yasalar, öğreti ile bunların pratiğinden oluştuğu, bu mekanizmanın niteliği itibarı ile hakkın kullanımını kolaylaştıracak, koruyacak ve geliştirecek konsepte sahip olduğu, bu anlamda Türk Yargısı'nın yeterli donanım ve argümana sahip olduğu söylenebilir ise de, ilk seviye yargı yerleri, hazırlık tahkikatı makam ve uzantıları ile yargılamanın diğer öğesi savunma kurumunun bu konseptle tamamen uyumlu bir uygulama pratiğine sahip olmadığı, paylaşmaya çalıştığımız sapma biçimleri ve devlet aleyhine açılan ve sona eren mahkûmiyet rakamlarıyla sabittir.

Anılan durumdan kurtulabilmek şimdiye dek anlatılanların yanında uygulayıcıların (dinamiklerin) kimi ve neyi temsil ettiklerinin bilincine vararak, insan haklarını geleceğe taşıyanların safında yer almalarına bağlıdır. Birlikte ve aynı yazgıyı paylaşan benzer ideal ve amaçlar peşinde koşan her iki otoritenin ilkin felsefe ve sosyoloji ile tatlandırılan, zamanı ve mekânı gerisinde bırakabilen bilimsel bir gerekçe modeli yaratmaları, sonra da bu soyut modeli referans alarak; alışkanlıkların tetiklediği ve usta çırak ilişkisi içinde biçimlenen gerekçe sapmalarını belirleyip sistemden ayıklanmaları için birlikte ortaklaşa bir çaba göstermeleri gerekir. Sunulan olanakların yetkin ellerde sonuna kadar ve ustalıkla kullanılması pusu atmış riskleri birer tehlike olmaktan çıkaracağı gibi

adil yargılanma hakkıyla ulaşılmak istenen hedefleri de yakınlaştırmış olacaktır.

Gerekçe çoğulcu demokratik bir toplumu, insan hak ve özgürlüklerini, hukukun üstünlüğünü egemen kılacak bir flora oluşturmanın vasıtasıdır. Bu rol, işlev ve niteliği ile kamu iktidarından hak ettiği payı alabilmeli adıyla müsemma bir güce ulaşmalıdır. Yargıç kaynağı her ne olursa olsun hukuku, bilimsel olanın rehberliğinde hak ve özgürlüklerle buluşturmanın bir aracı haline getirmelidir. Hukukun gerekçe üzerinden bilimle buluşması, geleceğin idari işlemlerinin bilimsel zemine oturtulması idarenin aşkınlıklarının bilimsel olanla törpülenmesi demektir.

Gerekçenin hüküm ile eş zamanlı olarak bildirimi kuraldır. Zorunlu hallerde gerekçenin hükmüden sonra bildirilmesi istisnadır. İstisnanın suni nedenlerle kural olanı rafa kaldırması gerekçe üzerine titreyen bu yüzden kendisini iki kez revize eden (1975 ve 1982) anlayışla bağdaşmamaktadır. Geç yazımdan kaynaklanan risklerin uygulama kaynaklı süre tutum refleksi ile bloke edilmesi, bu iradeyle uyumsuz pratiğe yanların aynı ağızla verdiği tepkidir. Dolayısıyla bilgi hakkı engellenen bireyin, kendisini uygulama kaynaklı yöntemlerle güvenceye alması, meşrudur. Onu meşru kılan sözleşmenin görünen adalet hakkına ilişkin yaklaşımıdır.

Anayasa yapıcı, kararların gerekçeli olması gerektiğine ilişkin bu ödünsüz tavrını, uyum yasaları çerçevesinde anayasa kapsamına aldığı adil yargılanma hakkına ilişkin 36. madde ile pekiştirmiştir. Bununla yetinmeyen yasa yapıcının sonradan onayladığı ve yürürlüğe giren 7'nolu protokol ile bozma mahkemesinin ceza uyuşmazlıklarına ilişkin kararlarını da gerekçe garantisi kapsamına alarak bu konudaki iradesini güçlendirmeyi sürdürmüştür. Kaldı ki AHİS sözleşmenin uygulanması bakımından yargılama sürecini bir bütün olarak dikkate alıp değerlendirmekle sadece bir periyoda ihlalin bertaraf edilmesini adil yargılamanın erekleriyle bağdaşır bulmaktan kaçınmaktadır. Sonuç itibarıyla Sözleşme/Yasa, Anayasa ve yasa ile uzantıları tüm mahkeme kararlarının gerekçeli olması gerektiğine ilişkin emredici kuralı koyarak gerekçesizlik ve denetimsizliğe ne denli tahammülsüz olduğuna ilkin iradesini açık ve yalın bir üslupla ortaya koymuştur.

Geleneklere uymada ısrar veya onların emrine amade olmak gerekçesizlikle mücadelenin başka bir engeli olarak ortaya çıkmaktadır. Uygulama bilimden kopan çehresiyle ürettiği çözüme giderek inanması, gerekçenin gelecek vaad etmesi önünde ciddi bir bariyerdir. Deneyimlerin bir önceki deneyimi referans alması veya bir başka pratikle hiyerarşik ilişki kurması, soyut ve gerçekten gıdasını alan gerekçe için sükûtu hayale denk gelir. Yargının uygulama ve teori arasında yapay faylar oluşturması, uygulamayı olur olmaz soyutun özdeşi veya eşiti olarak algılaması, pratisyenlerin yabancısı olmadığı bir yaşam biçimidir. Neyin uygulama olduğu ve olması gerektiğini belirlemek sıradan bir eylem değildir. Yargı pratiğinin, literatüre ve uygulamaya atfettiği anlam ve değerin yeniden büyüteç altına alınması ve analiz edilmesi elzemdir. Sadece bir akademisyen veya emsali literatür veya içtihat olarak telakki etmek, gerekçenin şahsında yarınlar için kaygı vericidir. Özgürlüklerin sadece bir görüşün inisiyatifine terk etmek, benimseyeni yoksayandan mahrum bırakmak, bu yüzyılın gerekçe anlayışıyla kati surette bağdaşmaz. Onu bağdaşmaz kılan görüşleri çatıştırmaktan, görüşler katındaki diyalektiği bertaraf ederek gerçeğin oluşmasını önlemesindendir.

Ceza Hukuku Felsefesi Perspektifinde İnternetin Temel Problemleri

İlker TEPE[1]

Giriş

Günümüzde modern toplum denildiği zaman bilgi toplumu akla gelmektedir. Bilgi toplumu, 1950 ve 1960'lı yıllarda A.B.D., Japonya, Batı Avrupa ülkeleri gibi gelişmiş ülkelerde bilgi teknolojilerinin giderek artan bir şekilde kullanımıyla ortaya çıkmış bir sürecin neticesi olarak kabul edilmektedir.[2] Bilgi toplumu, bilginin sermaye, hammadde, enerji ve insan gücü gibi üretim unsurlarından biri haline dönüştüğü, ekonomide hammadde ve ürün olarak kullanıldığı, herkes tarafından paylaşıldığı ve toplum içerisinde kültürel bir değer olarak kabul edildiği ve bilgi-iletişim teknolojisinin her alanda kullanılmaya başladığı toplum yapısı olarak tanımlanabilir.[3] Gelişmiş ülkelerde şekillenen bu toplum tipinin en önemli özelliği, bilginin ve bilgi teknolojilerinin tarım, sanayi, hizmet sektörleriyle birlikte eğitim, sağlık, iletişim gibi alanlarda da kullanılabilir olmasıdır. Bu nedenle, bilgi toplumundaki gelişmeler yeni teknolojik, ekonomik, sosyal ve kültürel gelişmeleri de beraberinde getirmektedir. Bu yönüyle bazı yazarlar bilgi toplumu olarak adlandırılan bu olgunun, aslında Endüstri Toplumu'nun bir ileri aşamasını olduğunu ifade eder.[4]

Gelişim süreci ne olursa olsun üzerinde hemfikir olunan nokta, bilgi toplumunun temel dinamiğinin bilimsel ve teknolojik gelişmelerle ortaya çıkan bilgi ve bu bilginin hayatın tüm alanlarında etkili olarak kullanılmasıdır. Son yarım yüzyılda özellikle genetik, atom, enerji ve bilgi – iletişim teknolojileri gibi doğrudan toplumsal yapıları etkileyecek bilgi alanlarında meydana gelen gelişmeler sosyal, siyasal ve ekonomik ilişkileri ciddi bir dönüşüme uğratmıştır. Bu dönüşüm dinamik bir toplumsal değişim sürecine sebebiyet vermiştir. Çünkü bilim- teknoloji alanında hemen her gün bir yeniliğe tanık olunmakta ve meydana gelen her yenilik bir önceki aşamayı demode kılmakta, böylece devre dışı bırakmaktadır. Toplumsal yaşamın sürekli değişip gelişmesi, teknolojik ve bilimsel alanda bireyin gerek toplumsal gerek bireysel yaşamında daha çok etken olması, bireye

1 Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

2 KÖKSAL, Aydın, Bilişim Devrimi, Küreselleşme ve Uygarlıklar Çatışması Ortamında Kimliğini Arayan Türkiye, http://www.bilisim-ltd.com.tr/akoksal/yayinlar/2003/Bilisim_Devrimi_Kuresel_Uygar_Catismasi.html (Erişim Tarihi: 18.09.2007, Saat:20:05).

3 Bilgi Toplumuna ilişkin daha detaylı bilgi için bkz. ERKAN, Hüsnü, Bilgi Toplumu ve Ekonomik Gelişme, Ankara, 1993, sh: 96-101; ÇOBAN, Hasan, Bilgi Toplumuna Planlı Geçiş: Gelecekten Kaçılmaz: Bilgi Toplumuna Planlı Geçiş İçin Stratejik Planlama ve Yönetim Bilgi Sistemi Uygulamaları, İstanbul, 1997, sh: 12; TEKELİ, Hasan, Bilgi Çağı: Bilgi Çağının Sosyal, Kültürel, Ekonomik Etkileri, İstanbul, 1994, sh: 10 v.d.

4 SEZAL, İhsan, "Enformasyon Toplumu ve Demokrasi", Sosyoloji Konuşmaları (Der: Saadettin Elibol), Ankara, 1991, s: 29 – 30; AVCI, Nabi , Kitle Kültürü ve Enformatik Cehalet, Genişletilmiş 3. Baskı, Ankara, 1990, s: 71 vd.

bir taraftan büyük kolaylıklar sağlarken diğer yandan kaçınılmaz olarak sayısız zarar ve tehlike neticelerine de yol açmaktadır. Çünkü genel anlamda bilgi, kullanana ve kullanım amacına bağlı olarak farklı sonuçlara ortaya çıkarmaktadır. Hatta kimi durumlarda dışarıdan hiçbir müdahale gerçekleşmemesine rağmen bizatihi kullanılan bilgi veya teknolojinin kendisi bir takım risk ve tehlikeler içerebilir.

Bu durumda toplumsal yaşam, bilimsel ve teknolojik gelişmelere bağlı olarak ortaya çıkan, yaşam koşullarını iyileştirici nitelikteki neticelerin güvencesi ile bu gelişmelerin barındırdığı risk ve tehlikeleri bir arada bulundurmaktadır. İşte tam bu noktada modern toplumun yani bilgi toplumunun aktarılmaya çalışılan anatomisi içinde bilgi – iletişim teknolojileri, bilhassa internet teknolojisi diğer alanlara oranla bir adım önde yer almaktadır ve bir bakıma bünyesinde tüm bu denklemleri içermektedir. Çünkü örnek olması anlamında atom, enerji, genetik teknolojileri gibi bilgi alanlarındaki gelişmeler konunun uzmanları tarafından bir takım bilimsel – teknik süreçlerden sonra toplumsal yaşama sadece neticelerin aktarıldığı alanlar olup bu durum bilişim- iletişim, özellikle de internet teknolojisi için farklılık arz etmektedir. Başka bir anlatımla bu teknoloji alanına toplumun her kesiminden insanlar kolaylıkla erişebilmekte ve kullanabilmekte, dolayısıyla da etkileri çok daha geniş, açık ve doğrudan hissedilmektedir.

Modern toplumu şekillendiren bu çıkar-risk dengesi özellikle 1980'li yıllardan sonra bilim ve teknolojideki gelişmelerin hız kazanmasıyla daha çok tartışılır olmuştur. Bu tartışmalar son yıllarda çevreye verilen farklı nitelikte zararlar, atık maddelerin hayvan ve bitkilere verdiği zarar, atmosfer felaketleri, canlıların genetik yapısına yapılan müdahalelerle ortaya çıkan problemler, aslında bilgi üretim ve kullanım alanları olarak modern teknolojilerin potansiyel riskler içerdiği, toplumun bu riskler karşısında korunması gerektiği yönünde eğilimleri beraberinde getirmiştir.[5] 1986 yılında Çernobil Nükleer Reaktöründe meydana gelen patlamanın onlarca ülkede milyonlarca insanın yaşamına mal olması yada yaşamlarının tehlike altında kalması, 1995 yılında Dolly adlı bir koyunun kopyalanmasının ardından genetik kodlar üzerinde oynama yapılarak 1997 yılında insan kopyalandığının iddia edilmesi, 2000 yılında Filipinler kaynaklı olan ve bir öğrenci tarafından kullanılan "I Lowe You" adlı bir bilgisayar virüsü ile dünya çapında çok büyük finansal zararlara neden olması[6] gibi vakalar neticesinde, modern toplumda bilgiye ulaşım ve bilginin kullanımının kontrol edilemeyen riskler barındırdığı gerçeği kendini en açık bir biçimde ortaya koymuştur. Böylece modern toplum aynı zamanda "Risk Toplumu" olarak da kabul görmeye başlamıştır.[7]

"Risk Toplumu" kavramı ilk kez Alman sosyolog Ulrich Beck tarafından kullanılmış olup, söz konusu toplum tasarımını modernitenin evrim sürecinin

5 ÜNVER, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, sh: 943.

6 "I Love You" adlı virüsün Microsoft Outlook üzerinden dünyanın birçok yerine yayılması verdiği zararlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. HILGENDORF, Eric, Die Neuen Medien und das Strafrecht, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Heft 4, Berlin/Newyork, 2001, sh:651.

7 HONG, Seung- Hee, Flexisibilisieungtendenzen des modernen Strafrechts und das Computerstrafrecht (Diss.), http://w3.ub.uni-konstanz.de/v13/volltexte/2003/954//pdf/Hong.pdf (Erişim Tarihi : 17.09.2007, Saat: 20:08), sh: 39 v.d.

bir neticesi olarak görülmüştür. Bu evrimin en önemli noktasını küreselleşme olgusu teşkil etmektedir.[8] Çünkü bilginin sınır tanımaksızın dünyanın her yerindeki insanlar tarafından erişilebilir kılınması ile bu bilginin kullanımı hususunda kontrol imkanları oldukça azalmakta dolayısıyla da bilgi özünde potansiyel bir risk unsuruna dönüşmektedir. Beck bu süreci "ikinci modernite" süreci olarak görmektedir. Yazara göre birinci modernite ulusal devletleri bilgiyi kullanma ve bilgi kaynağına sahip olmaları sürecinde hakim unsur olarak görürken, "ikinci modernite" sürecinde küreselleşme ile birlikte bilginin kaynağının ve bizatihi kendisinin ulusal sınırlar ötesinde anonimleşmiş ve kontrol imkanlarındaki eksiklik dolayısıyla bir belirsizlik ortaya çıkmıştır.[9] Bu neticeden hareketle bilgi ve kaynakları üzerindeki söz konusu belirsizlik ortamının risk unsurunu tetiklediği, böylece "ikinci modernite" olarak kabul ettiği sürecin "Risk Toplumu" tasarımının genel gerekçesi olarak görmektedir.

"Risk Toplumu" tasarımı özünde küreselleşmenin somut anlamda ilk neticelerinin alındığı bilgi – iletişim teknolojilerindeki özellikle de internet teknolojisindeki gelişmeye bağlı olarak olgunlaşmış bir tasarımdır. Çünkü yukarıda da ifade edildiği üzere temel problem bilgi ve kaynaklarının gerek erişim gerekse kullanım imkanları bakımından kontrol altında tutulamaması ile bunların amacı dışında kullanılarak hem bireyler hem de topluma zarar verme riskini doğurmasıdır. Böyle bir yaklaşım da doğal olarak gittikçe artan bir güvenlik ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Hiç şüphe yok ki bu güvenlik ihtiyacının karşılanacağı yegane sistem de hukuk ve özellikle de ceza hukukudur. Keza ceza hukukunun yöneldiği hedef insanların toplum içinde ve barış halinde birlikte yaşamalarının korunmasıdır.[10] Buna bağlı olarak ceza hukukunun bireylerin istenç özgürlüklerine getirdiği sınırlandırmalar ve bu sınırlandırmaların aşılması durumunda öngördüğü müeyyideler diğer hukuk disiplinleri ve toplumsal kontrol mekanizmaları açısından da bir güvence fonksiyonu içermektedir. Bu nedenle modern toplumun karşı karşıya kaldığı bu süreç, modern toplumun ceza hukukunun algılanışı ve ana konu olan internet suçluluğuna bakışın teorik temelleriyle kavranması bakımından hayati önem taşımaktadır. Çünkü bilinmektedir ki, modern ceza hukukunun amacı toplumsal açıdan önemli, değer taşıyan yaralların yani insanların toplum içinde birlikte yaşamalarının koşullarını koruyarak bireylerin güvenli, barışçıl, sağlıklı, özgür ve demokratik bir ortamda yaşayabilmelerini sağlamaktır.[11]

Modern kavramı M.S. 5. y.y.'da Latince "tam, şimdi, bugüne ait" anlamına gelen "modo" kelimesinden türetilmiş ve ilk aşamada Hıristiyanlığı benimseyen toplumun eski pagan kültüründen koptuğunu ve yeni bir kültürün doğduğunu anlatmak için kullanılmıştır.[12] Modern kelimesinden türetilen "modernite" ise batı merkezli ortaya çıkan ve birbiriyle bağlantılı

8) YALÇINKAYA, Mehmet/ ÖZSOY, Esat Risk Toplumu: Bilgi Toplumunun Evriminde Yeni Boyut, http://www.tkgm.gov.tr/turkce/dosyalar/diger%5Cicerikdetaydh342.doc (Erişim Tarihi: 18.09.2007, Saat:20:12)

9) HONG, Flexisibilisieungtendenzen..., sh: 40.

10) İÇEL, Kayıhan/DONAY, Süheyl, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku – Genel Kısım - , 4. Baskı, İstanbul, 2005, sh: 4; ÖZTÜRK, Bahri/ERDEM, Mustafa Ruhan, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 9. Baskı, Ankara, 2006, sh:32-33; WESSELS, Johannes, Strafrecht Allgemeiner Teil, 28. Auflage, Münster, 1996, sh:2; GROPP, Walter, Strafrecht Allgemeiner Teil, Leibzig, 1997, sh: 5 vd.

11) ÜNVER, Hukuksal Değer ... sh: 442.

12) BERİŞ, Hamit Erhan, Moderniteden Postmoderniteye, Siyaset (Der: Mümtaz'er TÜRKÖNE), 2. Baskı, Ankara, 2005, sh: 484.

bütün alanları kapsayan yeni bir algılama ve anlamlandırma biçimidir. Kelimenin terminolojisine uygun olarak geleneksel olandan köklü bir kopuşu ifade eden modernite çok yönlü bir değişim ve dönüşüm sürecine tekabül etmektedir. Bu bağlamda modernite sosyal, kültürel, ekonomik, estetik ve siyasal alanlarda yaşanan dönüşümü ifade etmektedir.[13] Bu değişim ve dönüşüm sürecinden içinde sosyal, siyasal, ekonomik ve kültürel yaşamı düzenleyen ve dengeleyen bir sistem olan hukuk ve bilhassa ceza hukuku da etkilenmektedir. İşte bu çerçevede anlam kazanan "modern" kavramının ceza hukuku perspektifinden nasıl göründüğü önem arz etmektedir.

Özellikle 19.y.y. başlarından itibaren dünya sosyal, ekonomik ve siyasi ilişkilerin dönüşüme uğraması, ülkeler arasındaki ilişkilerin yoğunluk kazanması, bilim ve teknolojideki gelişmelerin toplumu doğrudan ve birinci derecede etkilemeye başlaması ve buna bağlı olarak da toplumsal yapılanmanın endüstri devrimiyle şekillenen içeriğinin yeniden anlamlandırılmaya çalışılması ile bir dönüşüm süreci içerisine girmiştir. Bu süreç toplumsal yaşamın tüm yapılarını etkilediği gibi toplumsal bütünlüğün ve sürekliliğin kaynağı / güvencesi olan hukuku, bilhassa da ceza hukukunu yakından etkilemesi doğaldır. Çünkü bilindiği gibi ceza hukuku temel olarak "hukuksal değer" kavramı etrafında şekillenmekte ve toplumsal yaşamda gerçekleşen bu gibi köklü değişiklikler de yeni hukuksal değerlerin ortaya çıkmasına vesile olmaktadır.[14]

Modern Ceza Hukuku Anlayışına Bakış

Farklı bir anlatımla sosyo-ekonomik gelişim çizgisinin tarihsel süreç içindeki seyri dikkate alındığında (ilkel toplumdan tarım toplumuna, tarım toplumundan endüstri toplumuna, günümüzde ise endüstri toplumundan bilgi toplumuna geçiş) her toplum modelinin, içinde bulundukları dönemin niteliklerine bağlı olarak (tarım devrimi tarım toplumunu, endüstri devrimi endüstri toplumunu ve nihayet bilgi -bilişim devrimi bilgi- bilişim toplumunu şekillendirdiği gibi) şekillendikleri görülmektedir. Bu da, her toplum tipinin aynı dönemin devrim olarak nitelendirilen köklü değişikliklerine paralel olarak o toplumda, başta hukuksal değer tercihleri olmak üzere, temel dinamiklerinin yeni anlam içerikleriyle zenginleşmesine sebebiyet verecektir[15]. Bu çerçevede endüstri devriminin ve toplu-

13 YÜKSEL, Mehmet, Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik, HFSA- 17 (Der: Hayrettin ÖKÇESİZ) içinde, İstanbul, 2007, sh: 97.

14 Hukuksal değerlerin üretimi ve oluşumu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. ÜNVER, Hukuksal Değer..., sh: 470 vd. ; ÜNVER, Yener, TCK ve CK Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFM, C:LIX, S:1-2, 2001, sh: 56- 57.

15 Sieber bu gelişim ve dönüşüm sürecinin, bizim de katıldığımız gibi, ceza hukukuna etkisini tartışırken özellikle toplumsal yapının özelliklerine dikkat etmiştir. Sieber'e göre günümüzde "dünya toplumu", "bilgi toplumu" ve risk toplumu" sosyal açıdan büyük bir hızla değişmektedir. Bu değişiklikler, suçluluğun artmasına ceza hukukunda ve suç siyaseti alanında ağır sonuçlar doğmasına ve şimdi, ceza hukuku alanındaki " önleme düşüncelerinin ön plana çıkmasından da anlaşılacağı gibi, temel ilkelerin değişmesine yol açmaktadır. Bu değişiklik, günümüzde sadece Avrupa Ceza Hukuku ve Devletler Ceza Hukuku alanında, uluslar arası adli yardımlaşmada yeni yapılanmaya gidilmesi ve devletler üstü bir ceza hukuku oluşması şeklinde değildir. Daha köklü değişiklikler, terörle mücadele açısından klasik yaklaşımı yansıtan siyasi ve hukuki yöntemlerin terk edilmesi biçiminde görülmektedir; bunun gibi, eskiden beri yapılmış olan iç ve dış güvenlik, savaş ve suç, istihbarat teşkilatları ve polis, polis ve asker ile, savaş ve barış kavramlarının içi yeniden oluşturulmaktadır. Ayrıntılı değerlendirme için bkz. SIEBER, Ulrich, Ceza Hukukunun Sınırları (Çev: Feridun YENİSEY), Alman Ceza Hukukuna Giriş (Derleyen Feridun YENİSEY), İstanbul, 2007, sh: 173-174.

munun düşünsel ve sosyo-ekonomik alt yapısı ile şekillenen, bu alt yapının ceza hukuku yansıması olan klasik ceza hukuku anlayışı bugünün bilişim devrimi ve bilgi toplumunun değer sistemiyle örtüşmemekte, yeni hukuksal değerlerin korunması bakımından güvence fonksiyonunda zafiyetler ortaya çıkmakta ve böylece klasik ceza hukukunda, tabiri caizse, bir evrimleşme süreci yaşanması kaçınılmaz olmaktadır.

Özellikle Risk Toplumu ve Risk Ceza Hukuku üzerine çok yoğun çalışmaları bulunan Cornelius Prittwitz modern ceza hukukunu risk toplumunun sistematik yapısını esas almak suretiyle değerlendirmektedir. Bu yüzden ona göre modern ceza hukukunu risk ceza hukuku olarak kabul etmek mümkündür. Tarihsel süreç içerisinde ceza hukuku düşüncesinin geçirdiği evrim üzerinde duran Prittwitz şu andaki ceza hukukunu endüstri toplumunun önleyici ceza hukukundan risk toplumunun yönlendirici ceza hukukuna dönüştüğü görüşünü savunmaktadır. Bu noktada Prittwitz'in risk toplumunu da tehlike toplumu, güvenlik toplumu ve güvenlikten arındırılan toplum olmak üzere üç modelde ele aldığı da belirtilmelidir.[16] Yazar bunlardan tehlike toplumunu endüstriyel gelişimin bir ürünü olarak ortaya çıkan belirsiz, yeni ve insanlığı tehdit eden tehlikelerin şekillendirdiği toplum olarak niteleyen Prittwitz, güvenlik toplumunu da endüstriyelleşme ve modernleşme ile bağlantılı tehlikelerin kontrol altına alınabildiği toplum tipi olarak görmektedir.

Hassamer ise hukuksal değerlerin korunmasını modern ceza hukukunun en bariz karakteristiği olarak görmektedir. Ancak buradaki karakteristik özellik modern ceza hukukundaki hukuksal değer korumasının hangi bağlamda klasik ceza hukukundan ayrıldığı noktasında kendini göstermektedir. Her şeyden önce şunu dile getirmek gerekir ki, Hassamer de hukuksal değerlerin korunması teorisini Aydınlanma dönemi düşünce dünyasının bir ürünü olarak kabul ederken bu teoriyi devletin cezalandırma yetkisinin meşruiyet düzlemi olarak görmektedir. Buradan da anlaşılacağı gibi Hassamer hukuksal değerlerin korunması yaklaşımının klasik ceza hukuku anlayışında da var olduğu kanaatindedir ancak klasik ceza hukukundan modern ceza hukukuna geçişte bu teorinin bir dönüşüme uğradığını düşünmektedir.[17]

Modern ceza hukuku bireysel nitelikli hukuksal değerlerin korunması ekseninden ayrılarak evrensel hukuksal değerlere yönelmiştir. Bu anlamda modern ceza hukukunda artık kurumların korunmasına yönelik bir hukuksal değer korumasından bahsedilmektedir. Yazar bu yaklaşımın doğal sonucu olarak da evrensel hukuksal değerlerin henüz net olarak kavramlaştırılamamasının bir muğlaklığa neden olduğunu, bunun da ceza hukukun büyük ölçüde genişlemesine ve soyut tehlike suçlarının somut tehlike veya zarar suçlarına oranla artış göstermesine neden olduğunu savunmaktadır.[18] Bunu da ceza hukukunun hukuk devleti geleneğinden uzaklaşması anlamına geleceğini ifade etmektedir. Bu durum tespitinin ardından soyut tehlike suçlarının modern ceza hukukunun yapısına ve amaçlarına uygun olduğu üzerinde duran Hassamer soyut tehlike

16 PRITTWITZ, Cornelius, Risiken des Risikostrafrechts, Konstruktion der Wirklichkeit durch kriminalität und Strafe (Derleyen: Detlev FREHSEE, Gabi LÖSPER, Gerlinda SMAUS) içinde, Baden – Baden, 1994, sh: 52.

17 HONG, Flexisibilisieungtendenzen..., sh: 61.

18 HONG, Flexisibilisieungtendenzen..., sh: 62.

suçlarını "modernitenin suç şekli" olarak kabul etmektedir.[19]

Modern ceza hukukunun önleme fonksiyonunu ön plana çıkartması Hassamer tarafında modern ceza hukukunun bir diğer karakteristik özelliği olarak kabul edilmiştir. Keza hukuksal değerlerin korunması teorisine ilişkin değerlendirmelerinde sürekli ceza hukukunun artık sadece "ultima ratio" değil "prima veya sola ratio" olduğu tespitine gönderme yapması modern ceza hukukunun morfolojik yapısında önleme fonksiyonunun ne denli önemli bir yere sahip olduğunun bir göstergesi olarak yorumlanmalıdır.[20]

Ünver ise özellikle ceza hukukunun ödevi ile hukuksal değerlerin korunması öğretisi arasında bir ilişki kurmuş ve ceza hukukunun temel ödevinin hukuksal değerlerin tehlikeye ve zarara sokulmasının önlenmesi olduğunu ifade etmiştir. Bu ilişki de beraberinde hukuksal değerlerin korunması öğretisinin kanun koyucuya yönlendirdiği bir eleştirisel fonksiyonunun mevcudiyetini ortaya koymaktadır. Bu noktada Ünver, modern ceza hukuku ile klasik ceza hukuku arasındaki ilişkiye bu eleştirisel fonksiyonunun anlaşılma tarzları penceresinden bakmaktadır[21]. Buna göre klasik ceza hukukunda hukuksal değerlerin korunması öğretisinin yüklendiği eleştirisel fonksiyonun suç olmaktan çıkartma yönünde bir eğilim gösterirken, modern ceza hukukunda bu eğilimin değişikliğe uğradığı ve kanun koyucuya suç haline getirme bakımından yükümlülük yükleme yönünde olduğu görülmektedir. Bu yönelimin nedeni üzerinde tartışan yazar, toplumsal gelişim süreci içerisinde birey- toplum-devlet ilişkisinin gün geçtikçe değişime uğraması ve bu değişimin yeni bir takım hukuksal değerlerin oluşumuna etki gösterdiği üzerinde durmuştur. Ortaya çıkan her yeni hukuksal değer çoğunlukla beraberinde ceza hukuku korumasını da getirmektedir. Ancak artan sayıda risk ve tehlikelere bağlı olarak hukuksal değer ihlallerin kapsamı ile birlikte cezalandırılabilirlik alanı genişlemekte, buna bağlı olarak cezalandırılabilir hareket sayısı artarak tüm ihlal teşkil eden eylemleri suç haline getirme yönelimi kendini hissettirmektedir. Bunun en önemli göstergelerinden biri olarak soyut tehlike suçlarındaki artışı göstermektedir.[22]

Değerlendirme

Modern toplumun bilgi toplumu olarak telakki edildiği günümüzde bilişim- iletişim teknolojilerindeki gelişmeler toplumsal hayatın sistemli bir şekilde devamlılığı hususunda çok önemli bir yere sahiptir. Özellikle yaygınlaşan bilgisayar ağları ve veri transferi imkanıyla dünyanın herhangi bir noktasında herhangi başka bir noktasına ulaşım çok hızlı ve az maliyetli olarak mümkün hale gelmiştir. Bu bağlamda bilişim – iletişim teknolojileri arasında en etkin rolü hiç şüphe yok ki internet üstlenmektedir. Öyle ki artık internetin oluşturduğu sanal dünya, gerçek dünyanın sunduğu tüm olanakları barındırmakta ve bu dünyanın sakinleri yani internet kullanıcılarını "net citizen

19 HONG, Flexisibilisieungtendenzen..., sh: 62.

20 HASSAMER, Winfried, Absehbare Entwicklungen in Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, Strafrechtprobleme an der Jahrtausendwende (Hrsg: Cornelius PRITTWITZ, Ioannis MANELOKADIS) içinde, Baden – Baden, 2000, sh:19.

21 ÜNVER, TCK ve Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi..., sh: 54.

22 ÜNVER, Hukuksal Değer..., sh:958-959.

veya netizen" kimliği altında bir araya getirmektedir.

İnternet modern toplumun temel unsuru olan bilgiye erişim ve kullanım alanında hiçbir iletişim aracının ulaşamadığı bir etkinliliğe sahip olmuştur. İnternet kullanıcıları artık arama motorları vasıtasıyla edinmek istedikleri verilere dünyanın neresinde olursa olsun saniyeler hatta saliseler içinde erişebilmektedir. Bunun dışında günlük hayatta çok zaman alan işler internet aracılığıyla sağlanan hizmetlerle aynı şekilde çok kısa zamanda tamamlanmaktadır. Klasik iletişim araçları olarak nitelendirilebilecek olan telgraf, telefon, mektup artık internet sayesinde çok sık kullanılmaz olmuş, bunların yerini e- posta, eş zamanlı görüntülü ve/veya sesli iletişim imkanı veren programlar almaktadır. Artık basın kuruluşları yatırımlarını kullanıcının isteği ve beklentisi doğrultusunda gazete, dergi v.b. kitle haberleşme araçlarına değil internete yapmaktadırlar. Çünkü bilgi toplumunda bilgiye erişim hızı çok önem arz etmektedir. Örneğin gazeteler internet ortamında hazırladıkları web siteleri aracılığıyla gelişmeleri anında kamuoyu ile paylaşabilir hale gelmişlerdir. Hatta üçüncü bölümde ayrıntılarıyla açıklanacağı gibi günümüzde sanal sınıf ve dershanelerle dersler ve sınavlar dahi internet ortamında icra edilebilmekte, öğrenciler evlerinden bir internet bağlantısı ile öğretmen ve diğer öğrencilerle birlikte eğitim ve öğretim faaliyetine katılabilmektedirler. İnternetin toplum yaşantısına etkileri tek tek saymakla bitirilemez. Ancak şunu söylemek pekâlâ mümkündür ki, internet bilgi toplumunun en önemli yapısal dinamiği haline gelmeye başlamıştır.

Bu denli büyük imkânlar sunan internet hiç şüphe yok ki bir o kadar da riskli bir yapılanmadır. Çünkü internet, ağların ağı olması hasebiyle küresel bir bütünlük arz ettiği için mutlak kontrolü çok zor ve hatta imkânsızdır. Bunun dışında tüm teknolojik sistemler gibi internet de düzenleme boşlukları olan ve bu boşluklar dolayısıyla büyük zarar olasılıklarını bünyesinde barındıran bir sistemdir. Bu riskler her geçen gün kendini o kadar derinden hissettirmektedir ki, artık internet sunduğu imkânlardan çok, neden olduğu riskler dolayısıyla bir tedirginlik kaynağı haline gelmiştir. Ancak burada bir modern toplum paradoksu ile karşılaşılmaktadır. Yani günümüzde internet aracılığıyla banka hesapları boşaltılabilmekte, tüm haberleşme olanakları takip edilebilir hale getirilerek mahremiyet olgusu ortadan kaldırılabilmekte, internet aracılığıyla gönderilen casus ve kötücül yazılımlarla tüm bilişim sistemlerinin devre dışı bırakılması, verilerin tahrip edilmesi, sosyal, kültürel, ahlaki değerin hiçe sayılması, illegal yapılanmaların yeniden canlanması veya rahatça organize olmaları mümkün olabilmektedir. Dolayısıyla internet başlı başına bir risk odağı görünümündedir. Ancak buna rağmen internet modern toplumu öylesine sarmalayan bir ağa dönüşmüştür ki, günümüzde internet bunca risklerine karşın vazgeçilmez bir değere sahip olmuştur. Bu ilişki sadece internet için geçerli olmayıp modern toplumun diğer unsurları için de geçerli olmaktadır. Şu halde modern toplumun sistemli bir şekilde devamlılığı risk kaynaklarını ortadan kaldırmakla mümkün olamayacağına göre - örneğin tüm dünyada internet bağlantısını kesmek, nükleer santralleri kapatmak, tıbbi araştırmaları durdurmak...v.b. -yapılması gereken şey toplumu bu riskler karşında korumak için risk kaynaklarını olabildiğince kontrol altında tutmaya çalışmaktır. İşte bu nedenledir ki bilgi toplumu olarak kabul

edilen modern toplum aynı zamanda bir risk toplumudur.

Modern toplumda risk kaynaklarını kontrol altında tutmak için kullanılan araçlardan biri de hukuk, bilhassa da ceza hukukudur. Çünkü ceza hukuku, Prittwizt'in de ifade ettiği gibi, toplumsal bir alt sistemdir ve toplum işleyişini doğrudan yönlendirir. Bunun temelinde de özgürlük alanlarına doğrudan ve en etkili müdahalenin ceza hukuku düzenlemeleriyle gerçekleşmesi yatmaktadır. İnternetin de önemli bir risk kaynağı olarak hukuksal alana taşınması süreci dikkatle incelenecek olursa özellikle ceza hukukunda gerçekleştirilen düzenlemelerin ağırlığı kendini hissettirmektedir. Kanaatimizce interneti modern toplumunun temel dinamiklerinden biri olarak kabul ettikten sonra ceza hukukundaki görünümünü belirlemek için modern ceza hukukunun temel eğilimlerinin göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Keza modern ceza hukuku anlayışının, klasik ceza hukuku anlayışına özgü yapılarda bir değişim ve dönüşüm anlamına gelecek olan özellikleri ayrıntılı bir şekilde doktrinden görüşlerle birlikte ortaya konulmuştur. Bu değerlendirmede dikkati çeken husus her geçen gün artış gösteren risklere karşı kendini daha da güçlü hissettiren güvenlik ihtiyacıdır. Bu ihtiyacın karşılanması için özgürlük kullanımından fedakârlık edilmesi, güvenlik içinde özgürlüğün anlamlandırılması olağandır. Özellikle klasik ceza hukuku anlayışının liberal yönelimleri ile birlikte Belirlilik, Kanunilik, Kusur, Ultima Ratio ve Şüpheden Sanık/Özgürlük Yaralanır (in dubio pro reo / libertate) prensiplerinin özgürlük ve güvenlik arasında hassas bir denge oluşturduğu ifade edilebilir. Ancak modern ceza hukukunda Arnold'un ifadesiyle sarkaç hareketliliği güvenlikten yana gerçekleşmekte, başka bir ifade ile dengenin özgürlük aleyhine güvenlik lehine bozulduğu veya en azından bozulmaya elverişli hale geldiği gözlemlenebilmektedir[23]. Bunun en önemli kanıtları arasında Ünver'in deyimiyle kanun koyucunun, hukuksal değer korunmasının eleştirisel fonksiyonunu suç olmaktan çıkartmak olarak değil aksine suç haline getirme şeklinde yorumlaması, Sieber'in deyimiyle cezalandırılabilir alanın öne çekilmesi, Hassamer'in deyimiyle de soyut tehlike suçlarının artışı gösterilebilir.

Günümüzde bu sürecin en bariz tespit edilebildiği iki alandan bahsedilmektedir. Bunlardan biri terörle mücadele ikinci ise internet suçluluğudur. İnternet ortamında risk barındıran her hareketin potansiyel güvenlik tehdidi olarak algılanması, her geçen gün internet ortamında işlenen hareketlerin suç haline getirilmeye çalışılması veya mevcut düzenlemelerin sınırlarının interneti de kapsayacak şekilde genişletilmesi, internet ortamındaki her türlü içeriğin kontrole tabi tutulmaya çalışılması, kontrol imkanının zorlaştığı noktada doğrudan internet erişiminin engellenmesi gibi örnekler internetin modern toplumunun ve dolayısıyla da modern ceza hukukunun öncelikli risk kaynaklarından biri olduğu tezini güçlendirmektedir. Örneğin Sınır Tanımayan Gazeteciler Örgütü'nün yaptığı araştırmaya göre; Belarus, Çin, İran, Kuzey Kore, Küba, Mısır, Myanmar, Özbekistan, Suriye, Suudi Arabistan, Tunus, Türkmenistan ve Vietnam dünya üzerinde internet kullanımını sınırlayan ve sansüre tabi tutan ülkelerdir[24].Bu

23 ARNOLD, Jörg, Beş Tezde Düşman Ceza Hukukunun Gelişim Süreçleri (Çev: İlker TEPE), in: Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi (KGCHS) /8, Ankara, 2008, sh 537.

24 İnternete kullanım sınırlaması getiren ülkelerle ilgili ayrıntılı tespit ve değerlendirmeler için bkz.

ülkelerin sosyal, siyasal ve ekonomik alt yapıları dikkatle incelendiğinde internetin ceza hukuku anlamında bir özgürlükler problemi olarak da algılanması gerektiği sonucu ortaya çıkmaktadır. Kanaatimizce bu noktada modern ceza hukuku perspektifinden internete bakıldığında iki noktada oluşturulacak değerlendirmenin gerek yasa koyucu gerekse uygulama inisiyatifi açısından temel hareket noktalarını netleştireceği düşünülebilir. Birincisi güvenliğin ancak özgürlükten ödün vererek mi gerçekleşeceği sorunu ikincisi ise her hukuksal değer ihlalini veya ihlal tehlikesini ceza hukuku yaptırımlarına tabi tutmanın yerindeliği sorunudur.

Birinci sorun açısından internetin gerçekten bir takım riskleri bünyesinde barındırması hasebiyle bireysel ve toplumsal güvenliği tehdit edebilecek yönlerinin bulunduğu yukarıda da ifade edilmiştir. Bu da hiç şüphe yok ki bir güvenlik ihtiyacı hissettirmektedir. Ancak güvenliğin tesisi için özgürlüklerin feda edilmesi gerekmez. Bu konuda, tarafımızca da isabetli görülen, Ökçesiz'in özgürlük ve güvenlik ilişkisi dikkate değerdir[25]. Şöyle ki; Ökçesiz'e göre tehlike, "güvenlik" kavramının içeriğinin özgürlüğü yadsıyıcı biçimde doldurulmasından doğmaktadır. Bu durumda özgürlük de güvenliğin yadsıyıcısı olarak anlaşılmaktadır. Ancak esasında güvenlik ve özgürlük birbirinin yadsıyıcısı değil de destekleyicisi olarak görülse o zaman ceza hukukunca da kullanılabilecek bir konsensüse ulaşmak mümkün olabilecektir. Yazar özgürlük ve güvenlik arasındaki bu ilişkiyi şöyle bir tanımla ortaya koymayı tercih etmiştir;

"Güvenlik, sürekli kılınmış eşit ve daha çok özgürlüktür."[26]

Gerçekten de güvenliğin, özgürlüklerin sürekli kılınmasını mümkün kılacak tedbirler olarak düşünüldüğünde, ancak bir özgürlük kullanımının sürekliliğini engelleyecek nitelikte hukuksal değer ihlallerinin cezai yaptırıma tabi tutulması gerektiği sonucuna ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla özgürlük, güvenliğin tehdidi veya yadsıyıcısı değil bilakis kaynağıdır. Bu bağlamda internette var olan risklerin ceza hukuku anlamında bir güvenlik kaygısını ortaya koymasının temel şartı eşit ve daha çok özgürlüğü sürekli kılacak imkanların engellenmesi veya ortadan kaldırılması olmalıdır. Yani güvenliği korumak adına var olan özgürlük alanları da ihlal edilemez. Örneğin, bir paylaşım sitesinde yer alan ve kamu düzeni aleyhine olduğuna kanaat getirilen bir görüntüye erişimi engellemek için ilgili web sitesinin tümünün erişiminin engellenmesi bu anlamda korunmak istenen değerle koruma aracı arasında bir orantısızlık doğurmaktadır. Güvenliğin amacı daha çok özgürlüğe ulaşımı kolaylaştırmak ve bu özgürlükleri sürekli kılmak olmalıdır. Zaten sürekli kılınmış eşit özgürlükler ortamı da, modern ceza hukukunun korumayı hedeflediği toplumsal düzenden başka bir şey değildir.

Bu değerlendirmeye paralel olarak ikinci soruna değinilecek olursa; özellikle görüşleri ortaya konan yazarlardan Ünver ve Prittwizt'te her hukuksal değer ihlalinin ceza hukuku kapsamına alınmaması gerektiği, aksi taktirde modern dünyada risk kaynaklarının çokluğu nedeniyle her davranışın bir hukuksal

WIELAND, Kornad, Meinungsfreiheit im Internet, sh: 15 v.d. (http://www.law.tuwien.ac.at/bakk_arbeit_wieland.pdf, Erişim Tarihi: 10.01.2009, Saat:10:10)

25 ÖKÇESİZ, Hayrettin, "Düşman Ceza Hukuku" Düşüncesinin Eleştirisi, in: KGCHS/8, sh: 557 v.d.

26 ÖKÇESİZ, Eleştiri, sh: 558.

değeri ihlal edeceği veya etme tehlikesini barındıracağından hareketle, toplumsal yaşamın dinamik yapısının bundan olumsuz etkileneceği açıkça ortaya konulmuştur. Netice itibariyle, her davranışın cezalandırılabilirliğinden bahsetmek ceza hukuku normlarının ultima ratio prensinin, Hassamer'in deyimiyle, prima ratio'ya dönüşmesi anlamına gelecektir. Her ne kadar modern ceza hukuku eğilimi bu yönde dahi olsa, yukarıda ortaya konan güvenlik kabulü çerçevesinde ancak özgürlüklerin sürekli kılınmasını engelleyecek veya yok edecek ağırlıkta eylemlerin cezai yaptırıma tabi tutulması gerekmektedir. İşte Ünver ve Prittwizt bu düşünceyi "izin verilen risk" yaklaşımı içerisinde değerlendirmektedirler. İnterneti riskli bir işletme olarak kabul ettiğimiz takdirde, internet ortamında gerçekleştirilecek her türlü eylemin ortaya koyduğu tehlike ve zarar ceza hukuku yaptırımına tabi tutulmaya çalışılırsa, toplumsal dinamizm engellenir ve sağlıklı bir toplumsal gelişimin var oluş imkanları elinden alınır. Netice itibariyle toplumsal yaşamın statik bir hale getirilmemesi ve sürekli gelişiminin sağlanabilmesi için bireylerin kişiliklerini geliştirebilecekleri güvenli bir hareket serbestisine ihtiyaçları vardır. Bu hareket serbestisi güvenlik kaygısıyla ölçüsüz olarak kısıtlanırsa ceza hukukunun tesis etmeyi amaçladığı toplum düzenine ulaşılamaz. Burada güvenlik kaygısının ön plana çıkarılmasıyla gerçekleştirilecek özgürlük kısıtlamalarının ölçüsü de, aktüel veya potansiyel ihlal modelinin korunması amaçlanan hukuksal değeri ne ölçüde zedeleyeceği değerlendirmesidir.

Bu noktada Ünver sorunu iki olay grubu içinde değerlendirmektedir[27]. Birincisi "fiilin toplumsal uygunluğu" olarak tanımlanan olaylardır. Bu olaylar genellikle önemsiz, az ağırlıkta olan ve suç teşkil eden eylemin neticesinin belirli bir ağırlığa adlandırılabilen önemsiz olaydır. Ancak yazar böyle bir teorik sınıflandırmanın elzem olmadığını, ilgili suç tipine ilişkin normun ratio legisine göre yapılacak bir yorumun aynı neticeyi ortaya koyacağını düşünmektedir[28]. İkinci grupta ise gerçek anlamda izin verilen risk teşkil eden olaylar vardır. Bu grupta söz konusu eylem ile bir hukuksal değer ihlali gerçekleşmekte ise, eylemin gerçekleştirilmesindeki değer ile ihlal edilen değer karşılaştırılarak aralarında bir tartma işlemi gerçekleştirilip risk teşkil eden eylemin bir özgürlük kullanımı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine karar verilecektir[29]. Burada önemli olan izin verilen riskin aktüel veya potansiyel olarak ihlale yöneldiği değer karşında tolore edilebilecek düzeyde kalmasıdır. Şayet ihlal yöneldiği değerin korunması anlamında tolore edilebilecek düzeyin üstünde bir netice ortaya koymaktaysa artık burada izin vermeyi meşru kılan bir sebep olmayacaktır.

İşte internet günümüzde her geçen gün daha da risk potansiyeli yüksek bir yapılanma olmaya devam ederken, yeni ihlal modellerine ve imkanlarına elverişli hale gelirken dahi bu risk potansiyelinin veya ihlal modellerinin modern toplumun dinamikleri içerisinde ne ölçüde tolore edilebilir olduğunun tespiti yapılmak zorundadır. Bu tespit de ceza hukuku perspektifinden temel hak ve özgürlükleri doğru anlama sorumluluğunu da beraberinde getirmektedir. Aksi takdirde her risk veya hareket cezalandırılmaya kalkılırsa ceza hukuku

27 ÜNVER, İzin Verilen Risk, sh: 356.

28 ÜNVER, İzin Verilen Risk, sh: 356.

29 ÜNVER, İzin Verilen Risk, sh: 357.

özgürlüklerin güvencesi olmak özelliğini yitire "riskiyle" karşı karşıya kalacaktır. Bu çerçevede Erman'ın şu ifadelerini oldukça anlamlı bulmaktayız.

"Ceza silahına sarılmanın bir bedeli vardır ve bu bedel de ceza hukuku prensiplerinin bu silahtan medet uman hukuk dalında da egemen olmasını önceden kabul etmektir; hem ceza müeyyidesinden yararlanmak istemek, hem de bu prensiplere ters düşen hükümlere yer vermek hatadır."[30]

Bu değerlendirmelere Türk Ceza Hukukunun seyri açısından bakılacak olursa, özellikle son 20 senelik sürecin genel olarak bilişim suçları özelinde de internet aracılığıyla işlenebilen suçlar bakımından sorunlu olduğu gözler önüne serilmektedir.

Her şeyden önce Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi, kürselleşen dünyanın en önemli problemlerinden biri olan internet suçluluğu ile mücadele konusunda uluslar üstü standartları belirleme ve uygulamaya yöneltme bakımından çok büyük önemi haizdir. Türkiye bu Sözleşmeye imza koymasına rağmen henüz onaylamamış, dolayısıyla da uygulama alanına yansıtamamıştır. Sözleşmenin henüz onay safhasından geçememiş olmasında, sözleşme hükümleri ve düzeni konusundaki bir takım çekinceler önemli rol oynamaktadır. Bu çekincelerin en önemlisi bu sözleşme ve bu sözleşmeyle birlikte ya da paralelinde kabul edilen ek protokollerin gerektirdiği teknik ve bilgisel alt yapının hazırlanamamış olması ile Avrupa Birliğince belirlenen standartlarının yakalanmasında yaşanan güçlükler gösterilmektedir. Ancak bilişim teknolojilerinin her geçen gün gelişerek yenilenmeleri ve doğalarından kaynaklanan süreçsellikleri dolayısıyla tüm hazırlıkların veya koşulların tamamlanmış olmasını beklemek isabetli görülmemektedir.

Dolayısıyla kanaatimizce çok önemli kazanımları beraberinde getirecek bu sözleşmenin gecikmeksizin onaylanması ve aktüel ya da potansiyel eksikliklerin bu süreç içerisinde giderilmesine çalışılması gerekmektedir. Çünkü niteliği itibariyle tüm ülkeler için geçerli bilişim sorunlarını düzenleyen ve hatta yukarıda da ifade edildiği gibi öncelikle Avrupa Birliği üyesi ülkeleri kapsamasına rağmen sonrasında Avrupa Birliği üyesi olmayan önemli devletlerin de taraf olmayı elzem gördükleri bu sözleşme etrafında dinamik bir de bilişim hukuku hassasiyeti oluşturmuş, ek protokollerle bu hassasiyet desteklenmiş ve hali hazırda üye devletlerin aktif katılımlarıyla yeni sorunlara kollektif bir çözüm getirme bilinci oluşmuştur. Türkiye Cumhuriyeti Devletinin de bu bilince ortak olması sadece normatif bir düzenleme olmanın ötesinde bir hassasiyet odağı oluşturan bu sözleşmenin getireceği dinamizmden faydalanmalıdır.

Bir diğer sancılı süreç ise Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısının yıllardır kanunlaşamamış olmasıdır. İnternet teknolojisinin gelişim yönü itibariyle en çok koruma görmesi gereken alan kişisel verilere ilişkin alanlardır. Özellikle devletsel uygulamaların dahi artık internet ortamına taşınmaya başlaması, kişisel verilerin güvenliği konusunda ciddi tedbirlerin alınması gerekliliğini bir kez daha gözler önüne sermektedir[31]. Bu kadar önemli ve acil çözüm getirilmesi gerekilen bir konuda

30 ÜNVER, TCK ve Ceza Kanunu Tasarısının Değerlendirilmesi..., sh:61'den naklen.

31 "Bir kişinin Türkiye Cumhuriyeti kimlik numarasını kullanarak, lise diploma notundan ne kadar maaş

yıllardır bir adım atılamamış olması çok ciddi çelişkileri hissettirmektedir. Çünkü bir taraftan özellikle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Hakkında Kanun'un yürürlüğe girmesiyle artış gösteren internet erişimlerinin engellenmesi vakalarıyla güvenlik gerekçesiyle sadece bir verinin- ki bu veri görsel ya da işitsel olabilir – erişimini engellemek için tüm bir web sitesini erişilmez kılmak gibi ölçülülüğü tartışmalı uygulamalar gidilirken, diğer taraftan daha çok yasal koruma öngören ve daha ölçülü olacağından hiç şüphe duyulmayacak uygulama ve tedbirlerin konu edildiği bir yasanın gündeme dahi alınmaması

aldığına, su ve telefon borcundan ÖSS'de aldığı puana kadar pek çok bilgiye ulaşılabiliyor. AA muhabirinin yazılım uzmanlarından aldığı bilgilere göre, "e-devlet" uygulaması sayesinde pek çok bilgiye ulaşılması mümkün hale geldi. Vatandaşların ya da iş dünyasının devlet kurumlarıyla olan ilişki ve işlemlerinin elektronik ortamda gerçekleştirilmesi olarak tanımlanan e-devlet uygulaması, internetin yaşamımızda daha etkin rol üstlenmesiyle kamu hizmetlerini, vatandaşın daha kolay ulaşabileceği bir konuma getirdi. Devleti vatandaşına yakınlaştırmada önemli bir fırsat sunan internet, aynı zamanda kişisel ve özel bilgilere de ulaşılabilmesine olanak sağlıyor. Bir kişinin internet ortamında sadece TC kimlik numarasını kullanarak o kişiyle ilgili yüzlerce bilgiye ulaşılabiliyor. Örneğin bir kurumun internet sitesinin ilgili kısmına yazılacak TC Kimlik numarası ile o kişinin adı, soyadı, doğum tarihi gibi bilgilere erişilebiliyor. Doğum tarihi ve ad soyad bilgilerini bir başka kurumun internet sitesinde kullanarak bu kez o kişinin ikametgah adresi elde ediliyor. Adres bilgileriyle bir başka kurumun internet sitesinden nüfus cüzdanı bilgilerine, vergi numarasına, SSK veya Bağ-Kur numarası gibi bilgilere ulaşılabiliyor. Bunun gibi "zincirleme şeklinde" elde edilen her yeni bilgi ile bir başka kurumun internet sitesinden öteki kişisel bilgilere ulaşılabiliyor. Elde edilen bu bilgilerle de söz konusu kişinin telefon numarasından, aldığı maaşın miktarına, maaşına ne oranda zam yapıldığına, kaç yıldır çalıştığına, Bağ-Kur maaşını hangi bankanın şubesinden çektiğine, diploma notunun kaç olduğuna, su, elektrik ve telefon faturalarına ve ÖSS'den aldığı puana kadar pek çok bilgiye ulaşmak mümkün hale geliyor. Örneğin Sosyal Güvenlik Kurumu'nun "www.sgk.gov.tr" adresinden, kişinin sosyal güvencesinin olup olmadığı, adı, soyadı, doğum tarihi, kızlık soyadı, işe giriş tarihi, aldığı maaş ve zam oranları, kaç yıldır sigortalı olarak çalıştığı, ilgili aylar içinde kaç gün işe gittiği, ne kadar devamsızlık yaptığı, kaç değişik iş yerinde çalıştığı, prim ödeme gün sayısı, SSK sicil numarası gibi bilgilere kolayca ulaşmak mümkün. Buradan alınan bilgiler ışığında, SSK sicil numarası ya da TC kimlik numarası ile Emlak Konut Gayrimenkul Yatırım Ortaklığı A.Ş'ye ait "www.keyodemeleri.com" adresine girilerek kişinin ne kadar Konut Edindirme Yardımı aldığı da bulunabiliyor. Aynı şekilde, TC kimlik numarası kullanılarak Sosyal Sigortalar Kurumunun internet sitesinden anne ve baba adı ile gün ay yıl olarak doğum tarihi bilgileri elde edilebiliyor. Kişinin anne ve baba adı bilgileri ile Nüfus ve Vatandaşlık İşleri Genel Müdürlüğünün internet sitesindeki kimlik numarası sorgulama sayfasından nüfus cüzdanında yer alan aile sıra no, cilt no, birey sıra no, mahalle ve köy bilgilerine de erişilebiliyor. TC kimlik numarası ile kişinin Bağ-Kur Genel Müdürlüğünün web sayfasından Bağ-Kur'lu olup olmadığını da öğrenmek mümkün. Bağ-Kur'lu ise mesleğe kabul tarihi, emekli olup olmadığı, Bağ-Kur'a olan borcu, kaç gün hizmet verdiği, Bağ-Kur aylığını hangi bankanın hangi şubesinden aldığı, en son maaşını hangi tarihte aldığı, mesleğini hangi ilde icra ettiği, vergi numarası, Bağ-Kur sağlık hizmetinden yararlanıp yararlanmadığı, sağlık priminin kesilip kesilmediği de ortaya çıkıyor. Elde edilen bilgilerle Gelir İdaresi Başkanlığının internet sitesinden söz konusu kişinin evinin bulunduğu cadde, sokak, kapı numarası gibi açık adresine ulaşılabiliyor. Buradaki adres bilgileri kullanılarak ise Türk Telekom'un internet sitesinden kişinin telefon numarası varsa mail adresi, fatura borcu ve faturanın son ödeme tarihi öğrenilebiliyor. İnternetten edinilen bilgilerle, kişinin okul hayatında başarılı olup olmadığı da ortaya çıkıyor. Öğrenci Seçme ve Yerleştirme Merkezinin internet sitesinde TC kimlik numarası girilerek kişinin lise diploma notu, ÖSS'den aldığı puanı, LES ve KPSS öğrenim süresince burs alıp almadığı, mezun olduğu okulu ve bölümü öğrenilebiliyor. Bazı şehirlerin su ve kanalizasyon idarelerinin internet sitelerinde ise ilgili kısıma sadece ad ve soyad yazarak su borcu olup olmadığına, kullanılan su miktarına erişilebiliyor.

Yazılım Geliştirme Uzmanı Yusuf Çakır, AA muhabirine yaptığı açıklamada, e-devlet uygulamasını desteklediğini ancak, kişisel ve özel bilgilere bu kadar kolay ulaşılabilmesinin çok sakıncalı olduğunu söyledi. Vatandaşların kişisel bilgilerinin parça parça değişik kurumların internet sitelerinde bulunduğunu anlatan Çakır,bir bilgiye ulaşmaya çalışan kişi, x kurumundan bulamasa da y kurumundan o bilgiyi buluyor. Yani kişinin elimizde sadece birkaç bilgisi varken adı soyadı, yaşı gibi, o bilgilerden yola çıkıp kişinin yüzlerce bilgisine ulaşılıyor" diye konuştu. Kişisel bilgilerin kötü niyetli insanlar tarafından farklı amaçlarla kullanılabileceğine işaret eden Çakır, şunları söyledi: "İnternetten elde edilen bu bilgilerle sahte nüfus cüzdanı yapılabilir. Bir bankaya telefon açıp 'kredi kartımı kaybettim adresime yeni gönderin' dediğim zaman bana sorulacak sorular belli. Adı, soyadı, annenizin kızlık soyadı, adresi vs. Bu bilgilerin hepsine ulaşabiliyorsunuz. Kötü niyetli olan bir kişi, vatandaşlık numarasını öğrendiği kişilerin tüm özel bilgilerine ulaşabilir ve illegal işlerde kullanabilir. Bu bilgilerle kredi kartı

ulaşılmak istenen hedef konusunda bir takım yanılgılara sebebiyet vermektedir[32].

Bu noktada 5651 sayılı Kanunda düzenlenen erişimin engellenmesi düzenlemesi üzerinde durmak faydalı olacaktır. Her şeyden önce ifade etmek gerekir ki ilgili Kanun md. 8 çerçevesinde iki değişik erişimin engellenmesi uygulamasına rastlanmaktadır. Bunlardan birincisi koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi bir diğeri ise idari yaptırım olarak erişimin engellenmesidir. Bir koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesinde öncelikle suç teşkil eden içeriğin md. 8/1-a ve b'de sayılan suçlardan biri olması gerekmektedir. Kanun koyucu burada sınırlı sayıda suç tipinden ibaret olan bir katalog oluşturmuştur. Buna göre erişim engellenmesi kararı verilebilmesi için 5237 sayılı TCK'de düzenlenen intihara yönlendirme, çocukların cinsel istismarı, uyuşturucu ve uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma, sağlık için tehlikeli madde temini, müstehcenlik, fuhuş, kumar oynanması için yer ve imkan sağlama suçları ile birlikte 25.07.1951 tarihli ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanunda yer alan suçlar söz konusu olmalıdır. Ancak bir içeriğe erişimin engellenmesi için anılan suçların işlenmiş olması gerekmemekte, bu suçların işlendiğine yönelik yeterli şüphenin varlığı aranmaktadır. Bir koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi açısından sadece yeterli şüphenin varlığının aranmasının isabetsiz olduğu ve CMK'de düzenlenen koruma tedbirlerinde olduğu gibi "kuvvetli şüphe" kriteri üzerinden hareket etmenin daha isabetli olduğu yönünde doktrinde görüşler mevcuttur[33].

Bir koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi kararının veriliş sürecine bakılacak olursa; 5651 sayılı Kanunun 8. maddesi 2. fıkrasına göre erişimin engellenmesi kararı, soruşturma evresinde hâkim, kovuşturma evresinde ise mahkeme tarafından verilir. Soruşturma evresinde, gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet Savcısı tarafından da erişimin engellenmesine karar verilebilir. Maddenin 4. fıkrasına göre ise içeriği birinci fıkrada belirtilen suçları oluşturan yayınların içerik veya yer sağlayıcısının yurt dışında bulunması halinde veya içerik veya yer sağlayıcısı yurt içinde bulunsa bile, içeriği çocukların cinsel istismarı (TCK m. 103 f. 1) ve müstehcenlik (TCK m. 226) suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesi kararının re'sen Başkanlık tarafından verileceği hükme bağlanmıştır. Şu hale göre Kanunun 8. maddesinde sayılan katalog suçlardan ötürü, erişimin engellenmesi kararı ya bir hakim veya savcı ya da İletişim Başkanlığı tarafından verilebilmektedir[34].

Genel hatlarıyla ikinci erişimi engelleme imkanı olan idari tedbir olarak erişimin engellenmesine dikkat edilecek olursa; içeriği md. 8'de belirtilen suçları oluşturan yayınlarda, içerik sağlayıcını veya yer sağlayıcının yurt dışında bulunması halinde veya içerik sağlayıcı veya

sahteceliği de dahil birçok yasa dışı iş yapılabilir." Çakır, bütün bu riskleri ortadan kaldırmak için elektronik imza uygulamasına geçilmesi gerektiğini ve kişisel bilgilerin tek bir noktada toplanması gerektiğini belirtti." Kaynak: http://www.milliyet.com.tr/Ekonomi/SonDakika.aspx?aType=SonDakika&Kategori=ekonomi&ArticleID=1048956 &Date=19.01.2009&b=e-devletin zararlari&ver=13 (Erişim Tarihi: 19.01.2009, Saat: 13:00)

32 DÜLGER, Murat Volkan, İnternet Erişiminin Engellenmesi, in: İBD, C:2007/4, İstanbul, 2007, sh: 1507.

33 TAŞKIN, Bilişim Suçları, sh: 156.

34 BOZEL, Savaş, 5651 Sayılı Kanuna İstinaden Bazı İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi Tedbirlerine Eleştirel Bir Yaklaşım, Kaynak: http://www.e-akademi.org/makaleler/sbozer-5.htm (Erişim Tarihi: 22.06.2008, Saat: 13:00)

yer sağlayıcı yurt içinde bulunsa bile, içeriği TCK md. 103/1'de düzenlenen çocukların cinsel istismarı veya md. 226 düzenlenen müstehcenlik suçlarını oluşturan yayınlara ilişkin olarak erişimin engellenmesine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca re'sen karar verileceği belirtilmiştir.

Kısaca açıklanan bu iki uygulama özellikle son zamanlarda Türkiye'de internet ortamında hareket özgürlüğünü çok ciddi bir biçimde kısıtlayan özellikleriyle ön plana çıkmıştır. Örneğin bir paylaşım sitesine yüklenen ve katalog suçlardan herhangi birini içeren bir yazı veya görüntünün erişimini engellemek için sıklıkla tüm paylaşım sitesinin erişiminin engellenmesi bir koruma tedbiri olarak erişimin engellenmesi durumunda, söz konusu koruma tedbirinin uygulanması bakımından ölçülülük ilkesinin ciddi bir biçimde ihlal edildiği tartışmalarını gündeme getirmektedir[35]. Yine Ceza Muhakemesi Hukuku prensipleri doğrultusunda değerlendirildiğinde, bir koruma tedbirinin ceza gibi uygulanmaması ve bu tedbire başvurulmasındaki temel amacın ceza muhakemesi süreçlerinin sağlıklı işlemesine yardımcı olmak olmalıdır. Ancak yukarıda ayrıntılarıyla aktarıldığı üzere, internetin bir suçluluk alanı olarak konum değiştirmesi ve modern ceza hukuku eğilimlerinin de interneti ciddi bir risk algısıyla çevrelemesi sonucu, internet aracılığıyla kullanılan özgürleri ikinci plana atarcasına erişimin engellenmesi kararlarına sıklıkla başvurulması kanaatimizce internetin modern ceza hukuku anlayışı içindeki yerini de kolaylıkla ortaya koyması bakımından önemli bir örnek teşkil etmektedir. Esasında daha ciddi bir sorun erişimin engellenmesi uygulamasının bir koruma tedbiri olarak yargı makamları tarafından kararlaştırılması değil bir idari tedbir olarak Telekomünikasyon İletişim Başkanlığınca re'sen uygulanmasında yatmaktadır. Çünkü bu durumlarda 5651 sayılı Kanun ile yargı işlevi görmeyen bir makama "yeterli suç şüphesi" değerlendirmesi yapma yetkisi verilmekte ve şartları oluştuğuna kanaat getirdiği noktada re'sen erişimin engellenmesi kararı verip uygulamaya geçirmektedir. Her ne kadar müdahale alanının bir suç katalogu düzenlemek suretiyle kısıtlanması düşünülse de, internette kullanılan bir özgürlüğün idari bir makamın değerlendirmesine açık bir şekilde risk altına sokulması düşünülemez[36].

Unutulmamalıdır ki, kanunların anayasal çizgide doldurmadıkları boşluklar hiç şüphe yok ki egemen güç tarafından güvenlik kaygısıyla veya bahanesiyle fiili uygulamalarla doldurulacaktır ki bu uygulamaları önleyecek bir mekanizmanın olmayışı, uygulamaların denetlenmesinde de büyük zorlukların yaşanmasına sebebiyet verecektir.

35 DÜLGER, İnternet Erişiminin Engellenmesi, sh: 1514.

36 BOZEL, Erişimin Engellenmesi, , Kaynak: http://www.e-akademi.org/makaleler/sbozer-5.htm (Erişim Tarihi: 22.06.2008, Saat: 13:00)