

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Prof. Dr. Adnan GÜRİZ

Anısına

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" Sempozyum

İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler / 1

(13-17 Eylül 2010, İstanbul)

25. KİTAP

Hazırlayanlar

Hayrettin ÖKÇESİZ • Gülriz UYGUR • Saim ÜYE



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul 2012

Genel Yayın Sıra No: 219

2012/21

ISBN: 978-605-5316-38-9

Yayıncı Sertifika No: 12457

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.

*

Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır.

Kasım 2012

Tasarım / Baskı



egeBASIM

www.egebasim.com.tr

Tel: 0216 470 44 70

SUNUŞ

HFSA'nın bu üç kitabı 13-17 Eylül 2010 tarihinde İstanbul'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde yapılan ve HFSA ve İstanbul Barosu işbirliğinde düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - V" sempozyumunun yüzün üzerinde bildirisinden oluşmaktadır.

Bu sempozyum bildirilerinin yayımını (23. - 25. kitapları), bizim ve birçok HFSA yazarının öğrencisi olduğu ve 6 Haziran 2011 tarihinde kaybettiğimiz Hocamız Profesör Doktor Adnan Güriz'in anısına sunuyoruz. Hocamız, HFSA çevresine her zaman destek vermiş, sağlığı imkan verdiği sürece HFSA'nın toplantılarına katılma nezaketini göstermiş,engin bilgisi ve bilge tavrıyla her zaman önümüze ışık tutmuştur. Hocamızı bize tuttuğu bu ışık içerisinde sevgiyle anıyor ve hatırası önünde saygıyla eğiliyoruz.

HFSA'nın 25. sayısı Eskişehir Toplantısı yazılarını da içermektedir. Eskişehir Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde "Yargı: Kurallar, Kurumlar, Kararlar Kolokyumı, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi" başlığı altında 30 Nisan - 2 Mayıs 2009 tarihlerinde yapılan bu toplantıya katılanların sunmuş olduğu birçok bildiriye de bu şekilde yayınlama fırsatını bulduk.

HFSA'nın gerek sempozyumunun düzenlenmesinde gerekse kitaplarının basılmasında her zaman desteğini gördüğümüz İstanbul Barosu'na, üç kitabın bildirilerinin toplanmasında yardım eden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Nadire Özdemir'e, son düzeltmelerin yapılmasında yardımcı olan, Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma görevlileri Kübra Yılmaz'a, Murat Elbay'a ve Hasan Suntur'a ve Ege Basım Matbaası'nda yayıma hazırlama ve basım sırasında emeği geçen herkese teşekkür ederiz.

İÇİNDEKİLER

1. Hukuk ve Modernlik Üstüne Bazı Notlar - <i>Engin Topuzkanamış</i>	7
2. Hukukun Gerçekleşmesinde Yargıcın Rolü - <i>Mehmet Akif Tutumlu</i>	13
3. Anayasa Hukukunda “Yalancı”: Alf Ross Paradoksu - <i>Mehmet Turhan</i>	29
4. İslam Aklının Eleştirisi - <i>Mevlüt Uyanık</i>	55
5. Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi - <i>Ertuğrul Uzun</i>	72
6. Hukuk ve İnsanın Etik Olma Hakkı - <i>Oğün Ürek</i>	97
7. Felsefi Bağlamda “İyi Biri Olma”nın Bazı Yolları - <i>Nusrettin Yılmaz</i>	102
8. Modern Kültürde Hukuk ve Ahlak - <i>Mehmet Yüksel</i>	113

ESKİŞEHİR TOPLANTISI

1. Açış Konuşması - <i>Nüvit Gerek</i>	131
2. Açış Konuşması - <i>Hayrettin Ökçesiz</i>	132
3. İnsan Haklarının Liberal Yorumu - <i>F. Ceren Akçabay</i>	134
4. Adalet Tanrı(ça)ları-Themis ve Diğerleri - <i>Harun Bodur</i>	143
5. Luhman’ın Sisteminde Mahkemelerin Rolü - <i>Gökçe Çataloluk</i>	168
6. Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hakimin Fonksiyonu - <i>Abdullah Dinçkol</i>	172
7. Uyuşmazlık Çözümünde Yargı Alternatifleri - <i>Şule Şahin Ceylan</i>	188
8. Kurumsallaşmış Bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri - <i>Halit Uyanık</i>	197
9. Türk Yargı Sistemi “Yapısal Analiz ve Sorunlar” - <i>Mustafa T. Yücel</i>	211

Hukuk ve Modernlik Üstüne Bazı Notlar

Engin TOPUZKANAMIŞ*

Modern hukuk düzeninin işleyebilmesi, modern bireyin varlığına bağlıdır. Bireysellik, özgürlük ve kısıtlama ile oluşur. Kişinin kendi üstünde kurduğu denetim, özgürleşmenin anahtarıdır. Liberal teoride bir ön kabul olarak alınan *herkesin özgür olduğu* varsayımındaki *herkes* tabiri, hiçbir şekilde herkesi kapsamaz. Özgürlük, denetimi gerekli kılar çünkü ancak kendi benliği ve bedeni üstünde denetim kurabilmiş kişi toplum düzeni içinde özgür ve o düzenin bir parçası olarak yaşayabilir.

Modern hukuk, toplumsallaşma, eğitim ve sosyal psikoloji mekanizmaları üzerinde ya da bunlar sayesinde işleyebilen bir sistemdir. Geleneksel toplumlarda hukuk, din ve ahlâk birbirinden ayrılmadığı için orada durum farklıdır. Bu itibarla hukuk ve modernliğin kesiştiği nokta bireyselleşme olarak karşımıza çıkar.

Aşağıda özellikle Georg Simmel'in "Özgürlük ve Birey" adlı makalesinden esinlenerek bireyselleşme üstüne bazı notlar aktarmaya çalışacağım. A. Giddens'in modernlik ve T. Hobbes'un insan tabiatı üstüne söyledikleri bu notların çerçevesini çizmektedir.

I. Modernlik ve Birey

Giddens modernliğin kurumsal boyutlarını bir şema ile şu şekilde ortaya koymaktadır¹:

1. **Kapitalizm:** Rekabetçi ürün pazarları, ekonominin siyasetten yalıtılması ve başlı başına bir varlık kazanması.

2. **Gözetleme:** Gözetleme ulus-devletlerin temelinde vardır. Vatandaşlık olarak

adlandırılan bağ ile hukukî ve toplumsal düzenin kurulmasında kilit bir öneme sahiptir.

3. **Askerî iktidar:** Şiddet araçlarının kontrolü. Suçluların ve sapkınların kontrolü.

4. **Endüstriyalizm:** Tabiatın biçimlendirilmesi ve insanın tabiatla olan ilişkilerinde endüstri birincil önemdedir. Askerî gücün sağlanması. Savaşın endüstrileşmesi.

Bu dört unsur, modern bireyin yaşadığı çevreyi ve elbette bireyin kendisini belirler: kapitalist ekonomik yapı içinde görece özgür ve yalnız, geleneksel bağlardan kopmuş. Şiddet tekelinin devlete geçmesine rıza göstermiş olması (bu rıza teorik olarak sosyal sözleşmeye dayanır), bireyin devlet tarafından sürekli denetim altında tutulabilmesini de kolaylaştırmıştır. Bu sistem içinde siyasî yapı, toplumsal rızaya dayanır ve toplumsal rıza, Althusser'in deyimiyle Devletin İdeolojik Aygıtları eliyle üretilir.

Simmel "Özgürlük ve Birey"² adlı yazısında bireyselliğin İtalyan Rönesansı ile ortaya çıktığını söylüyor ve devam ediyor:

"Bununla [bireysellik ile –ben yazdım], bireyin ortaçağdaki ortaklık biçimlerinden, yani hayatının, faaliyetlerinin ve temel itki-lerinin örüntüsünü homojenleştirici gruplar içinde kısıtlamış olan biçimlerden içsel ve dışsal olarak kurtulmuş olması kastedilir. Söz konusu biçimler bireyin sınırlarının bulanıklaşmasına yol açmış, kişisel özgürlüğün, bünyevî biricikliğin ve kişinin

* DEÜ Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi.

1 Anthony Giddens, *Ulus Devlet ve Şiddet*, Kalkedon Yay., İstanbul 2008, s. 12.

2 Georg Simmel, "Özgürlük ve Birey", *Bireysellik ve Kültür*, (çev: Tuncay Birkan), İstanbul, 2009, s. 211-218.

kendine duyduğu sorumluluk hissinin gelişmesini kitlemiştir adeta.”³

Geleneksel toplum yapısı bilindiği gibi Tönnies’in meşhur cemaat-cemiyet ikilisi içinde cemaat kategorisini teşkil eder. Cemaat burada, Simmel’in grup dediği kavrama tekabül eder. Simmel’in işaret ettiği kısıtlanma, geleneksel toplumda ve modern toplumda farklı anlamlara gelir. Geleneksel toplumda kısıtlanma dendiğinde, seçeneklerin sınırlılığı ve grup içinde erimişlik kastedilir. Bu bir bakıma *haberdar* olamamakla ilgili bir durumdur. Çevrenin darlığı, fizikî ortamdaki darlık, iletişimdeki darlık... Kısıtlanma, seçeneksizlik ve imkânsızlıkla ilişkilidir. İhtiyaçlar çok sınırlıdır ve bireye özgü değildir. Bireyin *özgünlüğe* ihtiyacı yoktur. Onu belli bir şey kılan kendi özgünlüğü değildir; aksine bir şey olabilmesi için özgün olmaması, toplumun/cemaatin üyesi kalması, orada erimiş olması gerekir.

Kısıtların kaynağında bireyin kendisinden çok geleneğin imâl ettiği kalıplar vardır. Ancak iyi bilindiği üzere bu kalıplar aynı zamanda güven üretirler. Tehlike daha ziyade dışarıya ait bir unsurdur; *yabancı* ile ilgilidir. Giddens’in modern bireylere attığı ve “soyut sistemlerin işleyişine olan güven” şeklinde açıkladığı, gündelik hayatın rutinini sağlayan güven⁴ ile geleneksel toplumdaki bireyin, içine doğduğu gelenek tarafından kuşatılmış olmasının verdiği güven birbirinden farklıdır. Shinner modern ve geleneksel toplumların özelliklerini bir şema ile göstermiştir⁵:

Geleneksel	Modern
Yönetime katılımın düşük olması	Yüksek seviyede katılım
Benzer rol dağılımı	Farklılaşmış yapı
Kutsal normlarla yayılan kültür	Yüksek seviyede sekülerleşmiş veya rasyonelleşmiş kültür
Akrabalık ilişkisi temelli ve görece ufak toplumlar	Ulus Devlet
İç ve dış etkileşimlerden büyük ölçüde uzak ve kapalı	İç ve dış etkileşime son derece açık

Modernlik içindeki *birey söz konusu* olduğunda ise kısıtlama karmaşık ve içselleştirilmiş bir dizi davranış ve tutuma tekabül eder. Bireyin bu şekilde oluşması yine karmaşık bir dizi toplumsal sürece tabidir. Elias buna nefis kontrolü (self-control) demektedir. Buna duyguların, öfkenin ve Goffman’ın *uygar ilgisizlik*⁶ dediği rutin gündelik karşılaşmalardaki tavırların kontrolü dâhildir. Foucault’ya göre bunun sağlanmasındaki temel güç, iktidarın disipline edici teknikleridir. Dolayısıyla geleneksel toplumdaki itaate dayalı kısıtlamaya mukabil, modern birey esas itibarıyla uymaya dayalı eğitimsel bir kısıtlamayı temellük etmiştir. Bu eğitim sayesinde kendi bedeni üstünde hâkimiyet kurarak karmaşık modern sistem içinde yaşayabilir. Aynı za-

3 Simmel, s. 211. Aynı görüş Fromm’da da var; FROMM Erich, *Özgürlük Korkusu*, Doruk Yay., (Çev. Selma Koçak), İstanbul, 2003, s. 41 ve 48.

4 Anthony Giddens, *Modernliğin Sonuçları*, (Çev. Ersin Kuşdil), İstanbul, 1994, s. 33 vd.

5 L. E., Shiner “Tradition/Modernity: An Ideal Type Gone Astray”, *Comparative Studies in Society and History*, Vol. 17, No. 2 (Apr., 1975), s. 249 (<http://www.jstor.org/stable/178008> Erişim 13.01.2010)

6 Giddens, s. 76 vd.

manda sistemin işleyebilmesi de buna bağlıdır. Özgür olarak kontrollü ya da kontrol-lü olarak özgür...

Simmel'e göre Rönesans insanının bireyselliğini vurgulayan şey özgürlüktür. Özgürlük farklılaşma ile belirir. Göze çarpma isteği, geleneksel biçim ve tarzlardan olabildiğince kopma arzusu. Simmel bu arzunun 18. yüzyılda özgürlük talebi halinde ifade edilmeye başlandığını söylüyor. Ona göre özgürlük talebinin esası, 18. yüzyıl insanının hırsını, kendini ortaya koyma gayretini ve "*toplum aleyhindeki çeşit çeşit garezi*" örtme çabası idi. Demek ki bireyselliğin ortaya çıkışında, geleneksel toplumun kısıtlarıyla⁷, artan bireysel talepler arasındaki gerilimin payı yüksektir. Ayrıca insanın ahlâkileştirme ya da başka bir ifade ile meşrulaştırma çabası/mecburiyeti, bu taleplerin özgürlük üzerinden ortaya konulmasına yol açmıştır. Çünkü kutsallaştırılan kavramlar üzerinden üretilen talepler, karşı düşünceleri daha ayaklanmadan bastırmakta elverişlidir.

Bireysel taleplerin (*bireysellik taleplerinin*) artışının temelinde yatan nedir? Ya da birey, bu özgürlüğü/özgünlüğü korumak ve kullanmak için talepte bulunmaya nasıl başladı? Elias'tan esinlenerek temel unsurun kapitalist üretim biçiminin yaygınlaşması ve üretimin küreselleşmesi sonucu iletişim ve görece tüketim imkânlarındaki artış olduğunu ileri sürebiliriz. Haberdar olmak, yeni problemleri beraberinde getirdiği gibi kişilik oluşumunda da yeni alanlar açmaktadır. Yani bireyselleşmenin temel bir sebebi de budur: iletişimin ve görgü-

nün⁸ artması. Bu, o insanın davranış bakımından daha kontrollü olmasını zorunlu kılarken, karar alma süreçlerinde daha bağımsız hareket etmesini sağlıyor. Bu sürecin varacağı yer şüphesiz daha fazla alan ve özgürlük talebidir ve aynı zamanda kısıtlanma ve disiplindir.

Peki, bireyin özgür(n)leşmesinden homojen kitleye (*kitleselleşmeye*) giden yol nasıl oluştu?

"Bu şekilde gerçeklik kazanmaya çalışan bireycilik, bireylerin doğal eşitliği kavramına, demin bahsedilen bütün kısıtlamaların yapay olarak üretilmiş eşitsizlikler olduğu ve bütün o tarihsel rastlantısallıkları, adaletsizlikleri ve insanların üzerinde yük oluşturan ağırlıklarıyla birlikte bunlardan bir kez kurtulduğunda kusursuz insanın ortaya çıkacağı anlayışına dayanıyordu. O insanın da ahlâk, güzellik ve mutluluk bakımından kusursuz olduğu için farklılık göstermesi mümkün olmayacaktı."⁹

"İnsan bütünüyle kendisi olmayan her şeyden kurtulduğunda, varlığının filli cevheri olarak geriye kalan genel insandır, onda ve başka herkeste yaşayan insanlıktır, sadece ampirik- tarihsel nedenlerle gizlenmiş, azalmış ve çarpıtılmış olsa da hep özdeş kalan temel özdür."¹⁰

Tabii hukukun temel varsayımları bu açıklamaları destekler. İnsanın özünde var olan adalet duygusu ve akıl, onu diğerleriyle eşit –en azından denk kılar. Evrensel insanlık normları bu düşünceden neşet eder. Simmel'in açıkladığı gibi bireyin mükemmelleşmesi aynı zamanda sıradanlaşması

7 "Bu kısıtlayıcı biçimler arasında şunlar sayılabilir: Yüksek zümrelerin imtiyazları ve ticaret üzerindeki despotik denetim; lonca sisteminin hâlâ güçlü olan kalıntıları ve kilisenin hoşgöründen yoksun baskıcılığı; köylü nüfustan yerine getirmesi beklenen angaryalar ve devlet idaresindeki paternalizmle yerel yönetimlere dayalı kısıtlamalar." Simmel, s. 212.

8 Burada görgü kavramında yine Elias'tan yararlanıyorum. Bu haliyle görgü kavramı, gündelik hayatımızın yüksek seviyede bir kontrol altında tutulduğunu gösterir. İçselleştirilmiş davranış kalıpları yoluyla gündelik ilişkilerimizde kabul görür ve özgür olabiliriz.

9 Simmel, s. 212-213.

10 Simmel, s. 213.

ve benzeşmesi anlamına gelir. Çünkü herkes, kendisini çevreleyen fazlalıkları attığında geriye saf insan kalacaktır. Özgünlük ve özgürlük arayışının geldiği teorik nokta budur: aynılaşmak. Ancak herkesi aynılaştırmak noktasına getiren bu teorik durum değildir. Modern toplum ve onun işleyişini belirleyen kapitalist yapı, devlet ve gözetleme, rıza üretimi ve propaganda kitleselleşmenin motoru konumundadır.

Simmel'in buraya kadar söylediklerinden bazı basit çıkarımlar yapılabilir:

◆ *İnsanlar doğal olarak eşittirler:*

◆ *Bütün eşitsizlikler sonradan yapay olarak üretilmiştir.*

◆ *Eşitsizliklerden kurtulmak demek kusursuz olan asıla ulaşmak anlamına gelir:*

◆ *Ki bu aynı zamanda (sonradan ortaya çıkmış ve yapay olan) farklılıkların yok olması anlamına gelir.*

Bu varsayımlar silsilesi en başından itibaren insanın tabiatının değiştirilebilir, daha ziyade de *bozulabilir olduğu* önermesini zımnen içermektedir. Modern öncesi geleneksel toplum insanı, dar bir çevrede, belli geleneksel üretim ve yaşayış kalıpları içinde yaşayan eşitsiz bir insandır. Rönesans, Aydınlanma düşünceleri ve bunların içindeki tabii hukuk, evrensel bir aklın tüm insanlarda nüve halinde mevcut olduğunu, tarihsel şartların insanları eşitsizliğe sürüklediğini (Rousseau), bu şartlardan ve eklentilerden kurtulunursa gerçek insana ulaşılacağı varsayımına dayanmaktaydı. Bence buradaki kilit çıkarım, insan tabiatının *bozulabilir ve temizlenebilir/düzeltilenebilir bir şey olmasıdır. Çünkü bu aynı zamanda insan tabiatının kurgulanabilir ya da değişebilir olduğunu da ima eder.*

Bu varsayımlar bize Hobbes'u hatırlatıyor. Hobbes'a göre de bütün insanlar doğal olarak eşittirler¹¹. Fazlalıklarımızın olmadığı dönem doğa dönemidir. İnsanların farklılaşması başka deyişle –ki insan zoon politikon değildir- boş olan özlerinin dolması tecrübeye ve bir arada yaşamaya bağlıdır. Toplumsallaşma süreçleri ile insan adları öğrenir veya adları öğrenerek toplumsallaşır. Doğru-yanlış ve adalet kurmaca değerlerdir. *Hakikat da*, toplum da, dil de kurmaca/uzlaşımсалdır¹². Başka deyişle insan dışında hakikat yoktur ve insan da dil ve toplum yoluyla, tabiat halinden tabii olmayan bir hale geçer.

İnsan, Hobbes'a göre *zoon politikon değildir demiştik. De Cive*'de Hobbes bunu daha da netleştirir:

“Çocuklar ve eğitimsizler kuvvetleri konusunda cahildirler ve toplumun yokluğunda nelerin kaybolacağını bilmeyenler onun yararlılığından da habersizdir¹³. Bundan dolayı, birinciler topluma katılamazlar, çünkü onun ne olduğunu bilmezler ve ikinciler ise bunu umursamaz çünkü onun yaptığı iyilikleri bilmezler. Dolayısıyla, tüm insanların (hepsi de bir bebek olarak dünyaya geldiğine göre) toplum için uygun doğmadıkları âşikârdır; ve çoğu da (belki çoğunluğu) zihinsel hastalıklar veya eğitim eksikliği yüzünden hayatları boyunca öyle kalırlar. Yine de bir çocuk ve yetişkin olarak insan doğasına sahiptirler. Bu nedenle, insan topluma doğa yoluyla değil ama **disiplin/egitim** yoluyla uygun hale getirilir.”¹⁴

Şimdi, modernliği mümkün kılan bireyselleşmenin nasıl sağlandığını anlamak üzere Hobbes'tan çıkardığımız verileri birleştirelim.

11 “Doğal durum, tek tek, özgür ve eşit bir ‘yığın’ gücün birbiriyle savaştığı bir eşitlik durumudur. Evet, doğa, insanları eşit yaratmıştır.” Solmaz Zelyut Hünler, Dört Adalı, Paradigma Yay., İstanbul, 2003, s. 21.

12 Hünler, s. 18.

13 Thomas Hobbes, *De Cive*, Çev. Deniz Zarakolu, İstanbul, 2007, s. 25.

14 David Burchell, *Disciplined Citizen: Thomas Hobbes, Neostoicism and the Critique of Classical Citizenship*, *Australian Journal of Politics and History*, C. 45, S. 4, 1999, s. 509.

- ◆ *İnsanın toplumsallığı yapay (artificial) dır. (İnsan toplumsal bir hayvan değildir, toplumsallığı öğrenen bir hayvandır.)*
- ◆ *İnsan adlar aracılığıyla hakikati üretir ve biraradalık tabii değildir.*
- ◆ *İnsan tekleri bunu eğitim yoluyla öğrenirler.*

Demek ki toplumsal düzene geçiş ile birlikte, insanın tabii yapısı bozuldu ve insan kurmaca ve yapay bir düzenin içinde şekillenmeye başladı. Düzen, insanın mutlak/tabii özgürlüğünü kısıtladığı gibi kişiliğini de tabiatın dışına çıkarmıştır. Bu durum modern ya da geleneksel, küçük ya da büyük her tür toplum için geçerlidir. Toplumsal düzen içine giren insan belli kısıtlar altına girer, iktidar ilişkilerine tâbi olur. Buna mukabil, toplumun birikimi ve dayanışma ile karmaşık sistemleri bile anlayabilecek ve bu sistemlerde yaşayabilecek kapasite artışına sahip olur. Modernlik, geleneksel toplumlardaki daha tabii ve daha kendiliğinden oluşmuş, kendi başına her hangi bir anlamı ve kimliği olmayan insanı, eğitim ve endüstri yoluyla dönüştürmüştür. Teorik olarak modern toplumdaki birey, her hangi bir topluluğa, cemaate, cemiyete vs. ait olmakla değerli olmaz. Onu değerli ve anlamlı kılan, bizatihi olduğu şey yani insan olmasıdır. Kendi kimliğini belirleyen yine kendi tercihleridir.

Modernlik denilen dönüşümün görünür kısmı teknoloji, ulus-devlet ve endüstri olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak tüm bu mekanizmanın işlemlerini sağlayan ana unsur insanın kapasitesindeki artıştır. Bir benzetme yaparsak işlemci ve ram belleğin yükselmesi. İnsanın bilgi ve becerisindeki birikimin çok daha küçük yaşlarda edinilmesi, bütün o devasa karmaşıklıkta toplumsal sistemlerin işleyişini sağlıyor.

Modernlik, insan tabiatının manipüle edilebileceğinin fark edilmesi ile asıl mecrasını bulmuştur. Şüphesiz bu yeni bir bilgi değil, ancak bireyin bir ulus devlet içinde

ve hukuka konu kılınarak ayrıntılı biçimde ortaya konması bakımından yepyeni bir şekilde kullanılan bir bilgidir. Bu bilginin üretimi de ayrı bir iktidar ilişkileri ağının parçasıdır.

Son bir not olarak şu söylenebilir: Ulus-devlet sürecinde birey özgürlük ve özerklik üzerinden tanımlandı ve kurgulandı. Ancak sonraları “post modern” olarak adlandırılan zamanlarda, bireyin yine kimlikler ve aidiyetler üzerinden tanımlanmaya başlandığını görüyoruz. Dolayısıyla bir bakıma evrensel bireyden yine yerel, cemaat içinde ve cemaat içinde olmakla anlam kazanan bireye bir geri dönüş var gözlemliyoruz.

II. Hukuk ve Modernlik

Geleneksel hukuktan bahsettiğimizde esasen ahlâk, din ve hukuk kurallarının ayrışmadığını görüyoruz. Yine kapitalizmin bir sonucu olarak özel hukukun dallarındaki çoğalma da bu dönemde yoktur. Kamu hukuku anlayışı, hukuk devleti öncesi yapıyı yansıtır.

Kapitalizmin, toplumun varlığını çıkar üstünden tanımladığını biliyoruz. Teoriye göre bireylerin kendi çıkarlarını gözetmeleri, toplamda bütün toplumun menfaatini sağlar. Modern hukuk, toplumdaki çıkar çatışmalarının dengeye ulaştığı ve bir iktidarın olduğu noktada ortaya çıkar. Dolayısıyla geleneksel yaklaşımın aksine adil olan, çatışma sonrası ulaşılan denge durumuyla belirlenir. Geleneksel yaklaşımda adil olan bellidir; çatışmanın sonucu bunu değiştirmez. Hâlbuki hukuk hiçbir vakit toplumun bütününe yayılan bir uzlaşmanın sonucu olmadı. Hele ki modernleşmeyi hedef edinen toplumlarda, hukukun mühendislik yönü çok daha baskındır.

Foucault’yu hatırlarsak normalleştirme süreçlerinin hukukla yakından ilgili olduğu görülebilir. Modern hukukun uygulanma kabiliyeti ya da başarısı diyelim, bireyle-

rin özgür, özerk olmalarıyla ve anlama ve algılama kapasiteleriyle doğrudan ilgilidir. Bu iki yönlü değerlendirilebilir. Bu kapasite artışının sağlanması yoğun bir eğitim ve inşa faaliyetine bağlı. Bireylerin uslu (docile) ve itaatkâr olmaları ulus-devletin birey üretmedeki başarısını gösterdiği gibi, ulus devletin şiddetine ve ceberutluğuna delil olarak da okunabilir.

Postmodern olarak anılan yaklaşım bireyin özgürlüğüne ve farklılığına vurgu ya-

par gibi görünse de aslında cemaatleşmeyi destekler görünüyor. Eğer postmodern hukuk diye bir şey varsa, bu kültürel atomlara bölünmüş gruplara, bu grupların taleplerine göre uygulanan bir hukuk olarak görülüyor. Ancak dünya hâlâ ulus-devlet sistemi üzerinden işlemektedir ve bu sistem devam ettiği sürece ulusal sınırları kapsayan modern hukuktan başka yol görünmemektedir.

Hukukun Gerçekleşmesinde Yargıcın Rolü

Mehmet Akif TUTUMLU*

I- GİRİŞ

Asla mahkemelere başvurulmayacak.¹

Camus'nün uygulamalı ahlak projesinin ilk maddesini oluşturan bu önermeye kim katılmaz.² Ancak insan tekinin ötekiyle ilişkisini biçimlendirme gücüne sahip tahakküm epistemolojisi³ ve ampirik veriler açısından bu önermeye yaklaştığımızda bunun öyle pek de kolay gerçekleşmeyecek bir düşünüm ifadesi olduğunu -bir kez daha- anlarız.⁴ Çıkartı ve iktidarı için acımasız davranabilen insanın bu davranışının yol açtığı tahribatın giderilmesini amaçlayan prosedürel süreçte bir zavallıya dönüşmesini, *Luigi Pirandello* "Meslek Belgesi" adlı oyununda ana karakterlerden Yargıç D'Andrea'ya şöyle söyletir: Büro-suna getirdiği kafesteki saka kuşuna -ki annesinden kendisine kalan tek canlı hatıradır-hitaben, "...Şimdi sessiz ol, beni rahat bırak da bu zavallı acımasız insancıklara adalet dağıtma görevini yerine getireyim."⁵

Demek ki mahkemelere başvurma⁶ ihtiyacı henüz sürmekte. Tabii buna bağlı olarak yargıcılık mesleği de tarihe karışmaktan kurtuluyor.

Mahkemelerin ve yargılamanın merkezi öznesi ise, *Yargıç*: Büyük ölçüde, hukukun gerçekleştiricisi.

Bu bildiride amacım, hukukun gerçekleştirilmesinde yargıcın rolünü pozitif hukukun tüm ayrıntıları ile vererek adeta bir hukuk dogmatikliği çalışması yapmak değil, konu üzerinde problem odaklı felsefi bir düşünme denemesinde bulunmaktır.

II- DRAMATİK FİĞÜR: YARGIÇ

Yargı ya da eski deyiimiyle *muhakeme*, sosyal dünyanın yapısal bir özelliği olan çatışmaların⁷ simgesel olarak yaşantılandığı bir *resmi platformu* ifade eder. Burada karşıt çıkarları taşıyan tezler dramatik bir kurgu içinde sunulur ve merkezi figürü oluşturan *Yargıcın sonul (nihai) kararına* kadar dramatik gerilim devam eder.

Davacı, davalı, katılan, sanık, mağdur gibi temel karakterlerin; tanık, bilirkişi gibi kişilerin yan karakter olarak rol aldığı yargı dramasında temel figür, kuşkusuz yargıçtır.

* *Yargıç*, Ankara.

1 *Albert Camus, Defterler C.3, Çev. Ümit Moran Altan, İstanbul 2003, s.60.*

2 *Nitekim Brecht'in Üç Kuruşluk Opera'sında bu özlem -umutsuzca -şöyle ifade edilir: "Yalan dünya, kötü insan!! Dünya cennet olsun kim istemez! Bakalım koşullar elverir mi?" (Elizabeth Wright, Postmodern Brecht, Çev. Ayşegül Bahçıvan, Ankara 1998, s.46).*

3 *"İnsan neyle yaşar?/Ezmektir işi/İnsanı vurup, soyup, dövüp gırtlaklamak!" (Brecht'in aynı oyunu, age, s.47).*

4 *Freud, Pfister'e gönderdiği 9 Ekim 1918 tarihli mektupta insanlar hakkındaki (karamsar) görüşünü şöyle dile getirir : " Genel olarak insanlar hakkında ' iyi' olan çok az şey buldum. Benim deneyimlerime göre çoğu çöplük." Peter L. Rudnytsky. Psikanalizi Okumak, çev. Beyza Sumer Aydaş, Ankara 2010, s.215, dn. 48. Bu öznel değerlendirme tarzını fazla genellemeci bulsak da, gerek çıkarlar arasındaki çatışma olgusu, gerekse insan tekinin ve toplumun otoriteye bağlılık ilişkisi (Halklar otoriteye tapar, diyor Baudelaire), bu ilişkiyi inşa eden psikodinamiklerin ortadan kolay kaldırılmazlığı (Bkz.: Gerard Mendel, Bir Otorite Tarihi, Süreklilikler ve Değişiklikler, Çev. Işık Ergüden, İstanbul 2005, s.78 vd.) gibi olgular mahkemelere başvurma ihtiyacını yeniden üreten fenomenler olarak karşımıza çıkmaktadır.*

5 *Vurgulama benim, M.A.T.*

6 *Hakime danışma, diyor halk türkülerimiz -bazen- bu başvuruya.*

7 *Bourdieu, Pirre : Hukukun Gücü, Yasal Alanın Sosyolojisine Doğru, Sibel Demir, Ankara 2005, s.40.*

Rahiplik kadar eski bir meslek adamı.

Bu klasik statüsüne karşın yaşadığımız çağda, özellikle hukuk devleti idealine henüz çok uzak olan ülkelerde gündemden düşmeyen bir karakter konumundadır yargıç.

Yargıç kimdir? Sorusuna bugünkü mevzuatımızda net bir yanıt bulamıyoruz.

Bunun için eskilere, 1860'lı yılların sonunda kabul edilen bir kodifikasyon metnine, *Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye*'ye gitmeliyiz. Mecelle'nin 1785. maddesinde Yargıç (Hâkim); insanlar arasında meydana gelen dava ve uyuşmazlıkları meşru kurallara (hükümlere) uygun şekilde çözmek için hükümdar (Sultan) tarafından atanmış kişi olarak tanımlanmıştır.⁸

Günümüzde de devlet (siyasi otorite) tarafından atanmaktadır yargıç.⁹

Bu bağlamda yargı sadece hukuki değil, siyasi bir kurum olarak da değerlendirilir. Zira uyuşmazlıklar bir siyasi otorite (devlet) adına ve onun verdiği yetkiye (güce) dayanılarak *Yargı Organı tarafından* çözüme bağlanmakta, böylece devlet otoritesinin yeniden üretilerek sürdürülmesine katkıda bulunmaktadır.¹⁰

Demek ki siyasi bir işlevi de var yargıcın. Sanıldığı kadar tarafsız bir konumu yok en azından sosyolojik açıdan.

Peki kimin dünyasına aittir Yargıç? İyilerin dünyasına mı, kötülerin dünyasına mı?¹¹

Canetti'ye göre Yargıç, kendisini iyilerin dünyasına ait hisseder; hem de doğuştan iyilere aitmiş gibi; iyilerin dünyasına duyduğu sarsılmaz sadakatle.¹²

Aslında bu ironik saptamanın sentaksında – majör dilin gövdesinde yer alan karşıt ikiliğin epistemolojik statüsünü sorgulamak belki daha ufuk açıcıdır: *İyi-kötü*, varoluşu aşkın değerlere yükleyen geleneksel metafizik bir ahlaki zihniyet algısının karşıt kavramlarıdır. Oysa *Spinoza* felsefesindeki düşünümü temel alırsak, davranışların aşkınsal bir iyiliği ya da kötülüğü yoktur. İyi-kötü, ahlaki bir sorun olmanın ötesinde tekil somut yaşantılarla deneyimleyip tanımladığımız kavramlardır. Bu bağlamda İnsan bedenini parçalayan, uyumunu bozan, kederlendiren şeyi *kötü*; beden parçaları arasında uyumu sağlayan, sevinci yaratan şeyi de *iyi* olarak adlandırabiliriz.¹³

Aslında mesleki habitusun da her yargılama ilişkisinde yeniden ürettiği *kendini* iyilerin dünyasına ait sanma duygusunun erozyona uğradığı sınır durumlar yok değil: Yeni taşındığı evin duvar kâğıdının nasıl yapıştırılması gerektiğini duvar ustasına göstermek için çıktığı merdivenden düşmesiyle işlemeye başlayan dramatik süreçte *Yargıç İvan İlyiç*, bu olayla ortaya çıkan ölümcül hastalığı üzerinden bütün bir geçmişini sorgulamaya başlar. Onu *ötekilerin* üstünde bir yere yerleştirmiş olan kimliğinden *soyunmaya* başlar yavaş

8 Özgün metin şöyle: " Hâkim beyn-en-nâs vuku'bulan da'va ve muhasamayı ahkâm-ı meşruasına göre tev-fikan fasl ve hasm için taraf-ı sultaniden nasb ve ta'yin buyrulan zattır." (BERKİ, Ali Himmet Metni ve açıklamaları kontrol eden): Açıklamalı Mecelle (Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye) İstanbul 1982,s.407).

9 Adalet Bakanlığınca açılan sınavın kazanılması,HSYK'nın kabul kararı gibi prosedürlerle.

10 HEYWOOD, Andrew: Siyaset (Çev. Bekir Berat Özipek ve ark.), Ankara 2006, s.437; ERDOĞAN, Mustafa: Mahkemeler, Hukuk ve Siyaset (Star, Açık Görüş, 11.07.2010, s.7).

11 İnsan yavrusunun henüz üç dört aylıkken düştüğü paranoid-sizoid konum bağlamında memeyi (dolayısıyla) bir nesne olarak dünyayı iyi/kötü ikiliğiyle bölmesi hakkında bkz. KLEİN, Melaine: Haset ve Şükran (Çev. Orhan Koçak/Yavuz Erten), İstanbul 1999, s.34-35.

12 CANETTİ, Elias: Kitle ve İktidar (Çev. Gülşat Aygen), 3.Baskı, İstanbul 2006,s.300.

13 KILIÇ, Sinan: Geleneksel ve Ahlaki Bir Yargının Ötesinde Spinoza'nın İyi-Kötü ve Nedensellik Problemlerini İrdeleyişi (Kaygı, Uludağ Üniv. Felsefe Dergisi, 2007, Sayı: 9, s.163-173), s.172.

yavaş: *İnsani* olanın yersiz- yurtsuzluğuna aday bir kişidir artık. Doktordan hastalığının tehlikeli olup olmadığını sormaya bile çekinir, doktoru ona bakarken şöyle bir söylem imgesi geçer aklından: “*Sanık, bir daha size sorulan sorulara yanıt vermenin dışında bir şey söyleyecek olursanız, sizi duruşma salonundan attırarak zorunda kalacağım.*”¹⁴ İvan İlyiç, ölümcül hastalığını öğrendikten sonra eşine, yakın çevresine önceki zihinsel şemalarla değil, gerçeğin gözüyle bakmaya, yüreğinin sesiyle söylenenleri dinlemeye başlar. Ancak kendisine ait (ölümcül hastalık) gerçeğin ısrarla kendisinden saklanmasını, kendisine karşı sürekli sahte davranışlar sergilenmesini içi kaldırmaz. Daha da kötüsü; Benzer davranışların, ilişki biçimlerinin mesleki - özel yaşamının önceki devrelerinde de yaşanmış olduğunu anımsaması, oğünleri şimdi yeniden tuhaf bir aldatılmışlık, boşunalık duygusuyla hissedilmesidir. Şimdiden geçmişe akan bir *yalan*. Doğru, iyi yaşandığı sanılan bir yaşamın yanlış yaşanmış olduğunun hayli gecikmiş farkındalığı.

Demek ki asıl sorun, aşkın kategorilerin yaşam dışılığını, gerçek dışılığını, iş sınır deneyime gelmeden önce *yaşarken kavramak*.

O halde yargıç ne iyilerin dünyasına ait, ne de kötülerin. Varsa böyle bir dünya, hepimiz gibi her ikisine de aittir.

İnsanoğlunun otoriteyi yüceltme, kutlama eğilimi yargıç kimliği için de geçerli dir kuşkusuz.

Yargıcın *Adalet* metafiziğinin *faili* olarak konumlandırılması ahlaki bir yüceltme-yi de imliyor.

Bu algılama biçiminin verilen kararların otoritesini güçlendirdiği, onların ikna

gücünü artırdığı düşünülse bile, yargıca gerçeğin, hukuki rasyonalitenin içinden bakılmasının, Yargıcı ve onun evrenini anlamak bakımından daha işlevsel olduğu açıktır.

Hukukun uygulayıcısı ve gerçekleştircisi olan yargıca iktisadi analiz açısından yaklaşma deneyimi de modernitenin epistemolojik perspektifine daha uygundur.

Yargıç kimdir sorusunun yanıtlanmasında akla gelen diğer bir soru *Yargıcın işlevi nedir, ne olmalıdır?* şeklindedir.

Aslında işlev konusuna negatif bir soruyla da başlamak mümkün: Yargıcın işlevleri arasında olmayan temel edim nedir? gibi. Bu soruya, *politik bir söylem ve davranış sergilemek, politik alana müdahale etmek* şeklinde yanıt vermek gerektiğini düşünüyorum. Vurgulamak gerekir ki, Yargısal edimin devletin politik gücünden pay alıyor olması, Yargıcı *politik* bir özne kılmaz. Her ne kadar Yargı, askeri ve sivil bürokrasi gibi politik sistemdeki tarafsız ve bağımsız konumuyla politik birliği sağlar gibi görünüyor ise de, bu Yargıcın siyasal alanı belirleyen pozitif bir güç-kurum olduğunu göstermez. Öte yandan, sadece kendisine başvurulduğunda harekete geçebilen bir güç (organ) olan Yargıcın, politik alanı gerektiği gibi takip edebilen işlevsel bir kurum olduğu söylenemez.¹⁵ Burada şu hususu özellikle belirtmek gerekir: Yargıç da elbet bir *Homo Politicus*¹⁶ olarak kamusal alana politik olarak müdahale edebilen, katkı sağlayabilen, bu anlamda egemen söyleme koşut - mevcut sistemi onaylayan veyahut ona karşıt (muhalif) tekil bir söylemi ifade edebilen bir yurttaş statüsündedir. Ancak yargıç bu haklarını, *Kant’ın* kategorik ayrımıyla söylersek, *aklın kamusal*

14 Lev Tolstoy, *İvan İlyiç’in Ölümü*, Çev. Ergin Altay, 3. Baskı, İstanbul 2009, s.48. Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafaası*, İstanbul 2006, s.75.

15 Bünyamin Bezci, *Carl Schmitt’in Politik Felsefesi, Modern Devletin Müdafaası*, İstanbul 2006, s.75.

16 Ahmet Özalp, *Homo Politicusun Ontolojisi*, Ankara 2009, s.185.

kullanımı bağlamında ve bir yurttaş sıfatı ile kullanabilir; yargıç olarak değil.¹⁷ Bu bağlamda hangi niyet ve amaçla¹⁸ olursa olsun Yargıcın hukuku gerçekleştirmek dışında kendisine özel bir rol biçmesi kabul edilemez.¹⁹ Ülkenin siyasal koşullarının olumsuzluğu gerekçesiyle²⁰ Yargıcın kamusal politikaları etkileyici bir tutum²¹ içine girmesi için de aynı şey söylenmelidir. Unutmamak gerekir ki siyasi yanlışlığın pathosu yargıçtan beklenen ruh dinginliğini ortadan kaldırır.²² Bundan başka, gerçek siyasi kararların yasa koyucudan alınıp mahkemelere verilmesi halinde, Yargıçları

değil yasa koyucuları seçen bireylerin politik güçleri zayıflayacağı gibi, böyle bir durumun toplumun adalet anlayışına uygun düşeceği de söylenemez.²³ Ancak zaman zaman yargıçlara (mahkemelere) yöneltilen” politik kararlar veriliyor” şeklindeki suçlayıcı tümceleri kamuoyunda seslendirmeden önce, Dworkin’in şu incelikli ayrımını göz önünde bulundurmakta yarar var: Bireylerin siyasî haklarına ilişkin tartışmalı davalarda, mahkemelerin kararlarını siyaset ilkeleri tezlerine dayandırmaları başka şey, siyasî tutum tezlerine dayandırmaları ise başka şeydir.²⁴ Bana göre ilk

17 Immanuel Kant, Seçilmiş Yazılar, Çev:Nejat Bozkurt, İstanbul 1984,s.216-217.

18 "Yargıçlar kişisel güzellik veya iyilik ideali peşinde dolaşan gezginci şövalyeler değillerdir."(ABD Yüksek Mahkemesi yargıçlarından Cordozo'ya atfen, Yavuz Atar, Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak (Star, 23.06.2008) .

19 Özel rol (misyon) algısı konusunda, ülkemiz bağlamında, yapılan şu saptamalar dikkat çekicidir: "Türkiye'de yargının bağımsızlığı kadar belki de ondan daha önemli olan yargının devletten bağımsızlığı bir başka deyişle yansızlığı sorunu bulunmaktadır. Türkiye'de yargı, asker ve sivil bürokratlar gibi kendisine siyaset üzerinde vesayetçi bir rol biçmiştir ve yargı kendini devletin sahipleri arasında görmektedir. Devletin çıkarlarıyla bireyin çıkarları birbiriyle çatıştığında mahkemeler hemen her zaman devlete öncelik vermektedir.Türkiye'de yargıçlar halk adına yetki kullanan bağımsız otoriteler olarak davranmamakta, tam tersine kendilerini yerleşik kurumsal yapı içinde devletin ve bu devletin ideolojisinin bekçileri olarak görmektedirler." (Mehmet Turhan, Anayasa'nın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, Mehmet Turhan/Nur Uluşahin, Anayasa Hukukuna Liberal Bakışlar, Ankara 2009, s.117, vurgulamalar benim, MAT). Ergun Özbudun'nun değerlendirmesi: "Genel olarak devlet elitlerinde, özel olarak da yargıda; devletin kendi algıladıkları menfaatlerini koruma adına bir misyon sahibi oldukları düşüncesi hakim. Aslında yargıyı siyasallaştıran ve ideolojik kılan budur." (Sivil Anayasa Forumu, Taraf, 18.05.2008). Serap Yazıcı'nın saptamaları: "Çeşitli kararlar Yargının tarafsız olmadığını gösteriyor: Üstelik bu yeni bir olgu da değil. 1961Anayasası'ndan beri Türkiye böyle bir sorunla karşı karşıya. Mesala Anayasa Mahkemesi de görevini 1961'den beri hep vesayet zihniyetiyle yaptı. Anayasa değişikliklerini şekil yönünden denetliyorum gerekçesiyle aslında hep esas yönünden denetledi. (Bu,Yargıçlar Devleti Kurulması Süreci, Neşe Düzel ile Söyleşi, Taraf, 26.5.2008); Yavuz Atar'ın görüşleri: "Demokratik dünyada yargının kendini sınırlaması gerektiğini savunan yargıçlar, yargısal aktivizm taraftarlarından çok daha fazladır. Ülkemizde ise durum oldukça vahimdir. Yargıçlarımız hükümetlerin ekonomik politikalarına müdahale etmeyi yargısal bir yetki gibi görmektedirler. Daha da kötüsü genel bir eğilim olarak yüksek yargıçlarımıza devletçi, ideolojik olarak taraflı, bireysellik ve özgürlük karşıtı bir felsefe egemendir." (Yavuz Atar, Star Açık Görüş, 7.03.2010, s.4-5). Aynı doruktadaki diğer görüşler için bkz.: Fazıl Hüsnü Erdem, Türkiye'de 'İdeolojik Devlet' Gölgesinde Yargı Bağımsızlığı Sorunu (Demokrasi Platformu, 2005,Yıl :1, Sayı:2, s.53 vd); Yavuz Atar, Anayasayı Mahkemeden Kurtarmak (Star, 23.06.2008); Yusuf Şevki Hakyemez, Hukuk ve Siyaset Eksekinde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı,Ankara 2009, s.440-441;Hatem Ete, Erklər Ayrılığı ve Yargı Diktası (Star, Açık Görüş, 14.03.2010, s.2); Mustafa Erdoğan, İdeolojik Devletten Kurtuluşun Reçetesi! (Zaman, 16.7.2007). Özgürlük/otorite çatışmasında dikotominin ikincisinden yana tavır alışı zihniyet yapısının bir sonucu olduğuna dair bir ampirik araştırma için bkz.: Yargıda Algı ve Zihniyet Kalıpları, Türkiye Ekonomik ve Sosyal Etüdler Vakfınca Mithat Sancar ve Eylem Ümit'e yaptırılan araştırma raporu, 2007, s. 8-9.

20 Meltem DİKMEN CANIKLIOĞLU, Anayasal Devlette Meşruiyet, Ankara 2010, s.282.

21 Yargısal aktivizm.

22 "Yan tutmak, savaşmak, tutkuya kapılmak siyaset adamının özellikleridir."(Max Weber, Meslek Olarak Siyaset, Türkçesi: Afşar Timuçin/Mehmet Sert, İstanbul 2006, s.57).

23 Ronald Dworkin, Siyasî Yargıçlar ve Hukuk Devleti, Çev. Kerem Altıparmak (Ali Rıza Çoban/Bilal Canatanı/Adnan Küçük (ed.): Hukuk Devleti, Hukukî Bir İlke, Siyasî Bir İdeal, Ankara 2008, s.315).

24 Dworkin, s. 298.

kategoride zengin düşünce evreninden do-
layımlanan bir karar; ikincisinde, gündelik
siyasetin sığ konum alışlarından -daha çok
kutupsallığından- kotarılan bir karar türü
söz konusudur.

Bu negatif belirlemeden sonra yukarı-
daki pozitif soruyu şöyle yanıtlayabiliriz:
*Yargıcın işlevi, Anayasa tarafından kendi-
sine tanınan yetkiye dayanarak, önüne ge-
tirilen uyuşmazlığı hukuk kurallarına göre
çözümüne (karara) bağlamaktır.*

III- HUKUKUN

GERÇEKLEŞTİRİLMESİ²⁵

*A- Davaya Bakma ve Uyuşmazlığı Ka-
rara Bağlama Yükümlülüğü*

Anayasa, yargıcın görevi yetkisi dahi-
linde olan bir davadan kaçınmayacağını
hüküm altına almıştır.²⁶ Demek ki yargıç,
ne önüne gelen tarafları, ne de uyuşmazlı-
ğın türünü seçme hakkına sahiptir. Bunların
belirlenmesi, daha doğrusu kişi-uyuşmazlık
mahkeme eşleştirmesi, davadan önce, genel
iradenin bir ifadesi olan *Yasa*'ya aittir.

Dolayısıyla, Yasanın bakmakla zorunlu
kıldığı bir davayı görmek istemeyen yargı-
cın yapacağı tek şey, bu kamusal dramadan
çekilmektir.

Hem oyunu oynamayı istememek hem
de oyundaki sıfatı taşımaya çalışmak cezaî

ve hukukî yaptırımı gerektiren bir eylem²⁷
niteliğindedir.²⁸

*B- Yargılamanın Temel Edimlerini Ye-
rine Getirme Yükümlülüğü*

a) Olayı ve Çekişmenin Özünü Kavramak

Mecelle, yargıcın *fehim* olmasını yani
kavrayışlı olmasını öngörüyor. O halde
yargıcın henüz hukuku uygulamadan, yani
altlama edimine geçmeden önce yapacağı
şey, taraflar arasındaki çekişmenin, yani
mahkemeye taşınan *çatışmalı* dünya ola-
yının olgusunun (vakıanın) *ne* olduğunu
saptamak.²⁹

Bu çabanın başarıya ulaşmasında şu iki
unsur dikkate alınmalı:

*Tarafların sözlü veya yazılı olarak dile
getirdikleri olay anlatılarını ve taleplerini
kavramak.* Anlatının veya talebin anlam-
landırılmasında kullanılan sözcüklerden
çok, tarafların gerçek iradelerine, gerçek
amaçlarına odaklanmak³⁰ ve ilişkinin bütü-
nünden anlamı süzmek.

Yargıç bunu bizzat yapmalıdır, bu işi
bilirkişiye yaptırmaması hukuka aykırı bulun-
maktadır.³¹

*Yargıç, tarafların sav ve savunmalarını
kanıtlamalarına yönelik hukuksal olanak-
ları silahların eşitliği ilkesi çerçevesinde
taraflara sağlamak durumundadır.*³²

25 Bu bölümde hukukun tüm dalları değil, özel hukuk uyuşmazlarına ilişkin yargılama yöntemleri/normları somutlaştırma eksenine alınmıştır.

26 Anayasa m.36/II.

27 Bkz.: TCK.m.257; HUMK m.573/6.

28 Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin 29.03.2004 tarih ve 210/2476 sayılı kararından: "Hâkim önündeki davayı sonuçlandırmak zorundadır. Anayasa'nın 36/2. fıkrası uyarınca hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan ve bir hakim de önündeki uyuşmazlığı çözmekten kaçınamaz. Aksi hâlde sorumlu olur (HUMK 576/ 6,7).

29 "Hâkim deyim yerinde ise arif kişidir. Hâkim, tarafların davada ne istediklerini, hangi hukuki yararlarını korumak istediklerini, neyi amaçladıklarını saptamak, uyuşmazlığın niteliğini ve türünü belirlemekle yükümlüdür." (Yargıtay 7.HD 20.06.2006- 2017/2017, vurgulama benim, M.A.T.).

30 Yargıtay 4.HD 26.10.1978-13113/12134.

31 Bkz.: Yargıtay 19.HD 18.04.2005-8054/4169; 15.HD 18.05.2000-157/2444.

32 "Taraflar veya vekillerinin dinlenmesinden sonra aralarında uyuşmazlığın aydınlanması halinde hakime, iki tarafa HUMK'un 217/2. maddesi gereğince delillerini göstermeleri için süre verilebileceğini hükme bağlamıştır. Bu bağlamda hakimin hangi çekişmeli vakıaların ispatı için delil gösterilebileceği, gösterile-

Bu bağlamda somut uyuşmazlık konusu *vakıaların* gerçekleştiğini ispat yükünün³³, delil ikame yükünün hangi tarafa ait olduğunu, bunların ne tür delille kanıtlanabileceğini, delilin hangi süre içinde sunulması gerektiğini, tüm bu hususlara uyulmamasının ne gibi hukuksal riskler doğuracağını yargıcın *anlaşılabilir bir üslupla* taraflara bildirmesi gerekir.

Şunu da vurgulamalı: Yargıç, çekişmeye konu olay-olgu (vakıa) hakkında kişisel bilgi sahibi olabilir; ama bu kişisel bilgisini davada kullanamayacağı gibi kuracağı hükme de temel alamaz³⁴ Yargıç, çekişmeli olgular hakkındaki kabullerini (yargılarını), dosyayı okuyan herkes tarafından anlaşılıp denetlenebilecek (dosyadaki) nesnel kanıtlara dayandırmalıdır. Aksi halde yargıcın tarafsızlığından, adil bir yargılamanın varlığından söz edilemez.

b) Hukuku Kendiliğinden (re'sen) Uygulamak

Eski Yunan hukuk yargılama sisteminde de çağdaş hukuk sistemlerinde olduğu gibi (medeni yargıda), yargılama organının faaliyete geçmesi için bireylerin başvuru- da bulunmaları gerekirdi, yani bir *davanın* açılması gerekirdi. Bu başvurunun -davanın- kabul edilmesinden sonra, bir *soruş-*

turma (tahkikat) günü tayin edilir ve her iki taraf bildirilirdi. Soruşturma günü, taraflar ellerinde bulunan tüm kanıtları (sözleşme, senet, tanık listesi vb.) ile uygulanmasını istedikleri *yasa metinlerini* soruşturma yapan organa sunmak zorunda idiler.

Bu aşamadan sonra tüm dava malzemesi ve uygulanması istenen yasa metinleri hakeme verilir, uzlaşma olasılığı üzerinde durulurdu.

Uzlaşma sağlanamadığında, *mahkemedeki* yargılama başlardı. Taraflara söz verilerek sav ve savunmalarını dile getirmelerine olanak tanınır, ardından sunulan *yasa metinleri okunurdu*. Bu ritüelin bitmesinden sonra da yargıç aynı gün dava hakkındaki kararını açıklardı.³⁵

Uygulanması istenen (gerekten) yasa metinlerini bulup getirme yükünü davanın taraflarına yükleyen bu sistemin ilk yasa derlemelerinin (kodifikasyon) görüldüğü Roma Hukukunda benimsenmediği anlaşılmaktadır³⁶; Bu sistemde anılan edim yargıca yüklenmiştir. Nitekim Latince *İura Novit Curia* sözcükleriyle ifade edilen ve hukukumuzda da geçerli olan bu kurala göre *Yargıç, davada uygulanması gereken hukuk kuralını kendiliğinden (re'sen) araştırıp uygulamak durumundadır*.³⁷

cek delillerin neler olduğunu taraflara açıkça açıklaması gerekir. Somut olayda mahkemenin verdiği ara kararında bunun sınır ve kapsamı açıklanmamış davalının hangi hususu ispat etmek zorunda olduğu ve getirmesi gereken delillerin neler olduğu da ara kararında belirtilmemiştir. Bu unsurları taşımayan ara kararına rağmen davalının usul yasaının 244. maddesi gereğince yeni delil ikame edebileceğinin de gözden irak tutulmaması gerekir. Kesin mehil davanın en az masrafla ve sürüncemede bırakılmadan bir an evvel sonuçlanmasını temin için hakime tanınan yasal takdir yetkisidir. Hakimin bu takdir yetkisini kullanırken az yukarıda açıklanan hususlara gerekli özeni göstermesi gerekir." (Yargıtay 13.HD 08.03.2002-12918/2272).

33 TMK.m.6.

34 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 29.4.1983 tarih ve 2-711/458 sayılı kararından : " Hâkim, Yargıtay'ın kontrol ve denetimine imkân bulunmayan bir vakıa hakkındaki özel bilgisini hükme dayanak yapamaz." Yargıtay 14.HD'nin 28.6.1983-3357/4987 tarih ve sayılı kararı: "Özellikle hâkimin kişisel bilgisine istinaden hüküm kurulamayacağı konusundaki kural göz önünde tutulmadan tesis olunan hükmün bozulması gerekmektedir."(Mehmet Akif Tutumlu, Hukuk Yargılamasında Hüküm ve Gerekeçli Karar, Ankara 2007, s.101); aynı doğrultuda: Yargıtay 3.HD 04.03.2004- 1437/1686; 11.HD 24.03.2003-10575/2752; 11.HD 14.06.1999-3271/5256; 21.HD 23.12.2003-9375/10792.

35 Recai Galip Okandan, *Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adli Teşkilât ve Muhakeme Usulü* (İstanbul Hukuk Fakültesi Mecmuasının 1951 Yılı 3-4 Sayısından Ayrı Bası, İstanbul 1951, s.28-29).

36 Bülent Tahiröğlu/Belgin Erdoğan, *Roma Usul Hukuku*, İstanbul 1997, s.60.

37 HUMK.m 76/birinci tümece: " Hâkim re'sen Türk kanunları mucibince hüküm verir.",

Kurala göre, taraflar (özellikle davacı) dilekçelerinde hiç bir hukuki sebep veya hut dayanak bir hukuk kuralı *göstermemiş* olsalar bile yargıcın belirtilen yükümlülüğü devam eder.

Aynı kural, tarafların *hatalı (davada uygulanma olanağı bulunmayan) hukuk kurallarına dayanmış olmaları* durumu için de geçerlidir.³⁸

Belirtelim ki anılan kuralın içerimi, üstlendiği rol nedeniyle yargıcın *hukuku bildiği varsayımına, bilmesi gerektiği -içkin önermesine-* dayanmaktadır. Bu varsayım ve beklentinin, günümüzün onlarca alt birimi ve binlerce mevzuat hükmüyle gittikçe genişleyen, karmaşıklaşan hukuk evreni gerçeğine uygun düşmediği anlaşıyor. Hukuksal konularda bilirkişi görüşüne gitmeyi yasaklayan norma³⁹ karşın, uygulamada hukuksal konularda bilirkişi görüşüne *genellikle* başvuruluyor olması bunun kanıtıdır.

Bu bağlamda milletlerarası özel hukuk uyuşmazlıklarında yasakoyucunun daha gerçekçi bir düzenlemeye gittiği belirtilmelidir. Bu alandaki yasa hükmüne⁴⁰ göre, yargıç, yasalar çatışması (Kanunlar ihtilafı) kurallarına göre yetkili olan yabancı hukuku kendiliğinden uygulamak durumunda olmakla birlikte, bu konuda⁴¹ taraflardan yardım isteyebilecektir.

Ancak yabancı hukukun olaya ilişkin hükümlerinin *tüm araştırmalara rağmen*

saptanamaması hâlinde Türk hukuku uygulanırlık kazanır.

aa) Norm Yokluğu (Yasa Boşluğu)

Yasa boşluğundan amaç; bir davada uyuşmazlığı yöneten ve çözüme bağlayan bir kuralın mevcut olmayışıdır.

Bu tanım akla şu soruyu getiriyor: Temel özelliği dinamizm ve değişim olan insan ve toplum yaşamında her gün meydana gelen sayısız (her bir) olay için yasakoyucu kural oluşturmak zorunda mı, böyle birşey olanaklı mı?

İkinci sorunun yanıtı tabii ki *hayır*. İlk soruya gelince: Anglo Amerikan hukukunda bu soruya verilen karşılık olumsuzdur, zira bu hukuk sisteminde asıl olan, hukukun pozitif bir bütünlük içinde, yasakoyucu tarafından düzenlenmesi değil, *mahkemeler* tarafından oluşturulmasıdır.

Ülkemizin de içinde bulunduğu Kara Avrupası hukukunda ise durum tersidir: Kodlama geleneğinden günümüze kadar gelen ve halen süren anlayış ve uygulama, toplumsal alan ve ilişkilerin neredeyse eksiksiz bir bütünlükle *pozitif hukuk* tarafından kuşatılmasıdır. Dolayısıyla bizim sistemimizde yasa boşluğundan sözede bilmek için, öncelikle, sistemin eksik olduğunun saptanması, başka bir anlatımla; davaya konu uyuşmazlık hakkında bir yasal düzenleme olması gerektiği yönünde bir *kanaatin oluşması*⁴² gerekmektedir.

38 "Hukuk Genel Kurulu'nun 19.1.1974 gün, 1972/2-584, 1974/14 sayılı kararında da vurgulandığı üzere, HUMK'un 74, 75 ve 76. maddelerinden çıkan anlam ve sonuca göre hâkim, davacının bildirdiği maddi olay ve netice-i taleple bağlı ise de, cereyan eden maddi olayda hangi hukukî sebebe göre hüküm verileceği veya hangi hukukî sebebin nazara alınacağını tayin ve takdir etmek durumundadır. O kadar ki, hukuki sebep yanlış gösterilmiş veya hiç gösterilmemiş olsa bile mahkemece, uygun hukuki sebep bulunarak, ona göre bir karar verilecektir." (Yargıtay HGK 11.4.1990-1/152-236, Timuçin Muşul, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat, İstanbul 1999, s.155).

39 HUMK m.275/ikinci tümce.

40 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun, m.2.

41 Yabancı hukukun/normun içeriğinin saptanmasında.

42 İdris Hakan Furtun, Vergi Hukukunda Makemelerin Hukuk Yaratma-Kanun Boşluğu Doldurma Yetkileri, Ankara 2009, s.59.

Dava konusu uyumsuzluğu çözecek bir hukuk kuralının bulunmaması, elbet davanın yüzüstü bırakılmasını gerektirmez: Yargıcın statüsü burada sorunu çözmeye yarayacak bir hukuk normunu *inşa etmek* konumuna yükselmektedir.

İlkin *örf ve âdet* hukukuna⁴³ başvurulup da bu alanda da uyumsuzluğu çözmeye elverişli bir kuralın saptanamaması hâlinde, yargıç kural yaratma rolünü üstlenecektir:

Minör yasakoyuculuk.

Bu bağlamda yargıç, kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar vermek durumundadır.⁴⁴

Yargıç karar verirken -hukuk yaratırken- yargısal içtihatlardan ve bilimsel görüşlerden yararlanabilecektir.⁴⁵

*Felsefe yapmasaydım der Deleuze, hukukla uğraşardım, ama tabii ki insan hakları değil içtihat yapardım...Yaratım, hukukta, içtihat demektir ve içtihattan başka bir şey yoktur.*⁴⁶

Filozofumuzun içtihadı yüklediği bu yüksek değeri, felsefi düşüncesinin odağına aldığı *oluş felsefesiyle, problematik perspektifle* açıklamak mümkün.

Hukukumuz açısından yargıcın hukuk kaynağı olarak referans alabileceği içtihat kavramından yüksek mahkemelerin *salt somut bir uyumsuzluk bağlamında verdikleri* olaysal karar niteliğindeki içtihatları değil, *bir hukuk normunun anlam ve kapsamını tanımlayan, tayin eden ilke niteliğindeki kararları* anlamak gerekir. Ancak bu kararları bile yargıç otoriteye itaat anlayışıyla değil, eleştirel bir perspektifle değerlendirmelidir.⁴⁷ İctihadı Birleştirme Kararlarının *benzer hukukî konularda bağlayıcı olması* durumu ise yasa gereği olduğundan yargıç bu tür kararlara uygun hüküm oluşturmak zorundadır.⁴⁸

Bilimsel görüşe gelince: Yasa bilimsel görüşü de bir *hukuk kaynağı* olarak kabul etmiştir.⁴⁹ Burada bilimsel görüş ifadesinin kapsamını belirlemekte yarar var. Öğretide kendisinden yararlanılması düşünülen bi-

43 Toplumsal yaşamın temel düzenleyici kodları olan din, ahlâk, örf-adet ve hukuk normalarının ilkel yaşamın sürdürüldüğü dönemlerde iç içe olduğu, zamanla ayrıştığı ve hukukun özerkleştiği anlaşılmaktadır; bkz.: Yasemin Işıktaç, *Hukukun Kaynağı Olarak Örf ve Adet Hukuku*, İstanbul 1997, s.5.

44 Türk Medenî Kanunu, m.1/II. Bu hükmün uygulanmasıyla ilgili olarak Yargıtay 10.HD'nin 29.03.2004 tarih ve 210/2476 sayılı kararında şöyle denmektedir: " Hukukun görevi toplumsal yaşamı düzenlemek ve ilişkilerden doğacak sorunları çözümlenektir. O nedenle, herhangi bir olay, hakkında kural yoktur diye çözümsüz bırakılmaz. Bu gibi hukukî boşluğun bulunduğu durumlarda; hâkim bizzat yasa koyucu gibi davranarak, olayı çözümlmek üzere Medenî Kanunun 1. maddesi hükmünce olaya uygulanacak kuralı bulmak ve uygulamakla yükümlüdür (Yargıtay İBK. 18.11.1964- 2/41). Bu, hâkim için aynı zamanda bir görevdir(...) Hâkimin, hukuk yaratma alanına girebilmesi için, çözümünü gereken olaya uygulanabilir yasa hükmü veya örf ve adet kuralının bulunmaması yeterlidir. Hâkimin yasal boşluğu doldururken takip edeceği yol; Medenî Kanunun 1. maddesinde açıklandığı üzere, yasa koyucu gibi ha reket etmekten ibarettir. Bu aşamada hâkim, yasa koyucunun yapacağı gibi, tarafların karşılıklı menfaatlerini tespit ederek, bunları adalet süzgecinden geçirip ; hayat ihtiyaçlarını karşılayan ve aynı zamanda mevcut hukuk düzeni ve hukukî güvenlikle bağdaşan bir kural bulmalıdır."

45 Türk Medenî Kanunu, m.1/III.

46 Gilles Deleuze, *İnsan Hakları Üzerine*, Çev. P.Burcu Yalın, Tesmeralsekdiz, Toplumsal Araştırmalar ve Sanat Şebekesi, Bahar 2009, Yıl :3, Sayı :4, s.117-118 (Vurgulamalar benim, MAT).

47 Şener Akyol, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul 1995, s. 311-312; 323.

48 2797 Sayılı Yargıtay Kanunu, m.45/V.

49 Türk Medenî Kanunu m.1/III (başlık: Hukukun uygulanması ve kaynakları). Kaynak kavramının İsviçre Medenî Kanunu'nun 1900 ve 1904 tasarılarındaki konumu ve tarihsel gelişimi için bkz.: Mustafa Dural/ Suat Sarı, *Türk Özel Hukuku C.I, Temel Kavramlar ve Medenî Kanunun Başlangıç Hükümleri*, İstanbul 2004, s.117.

limsel görüşün *teyit edilmiş, kabul edilmiş görüş niteliğinde* olması gerektiği ileri sürülmüş⁵⁰ ise de, yasada öngörülme- yen bir daraltıcı perspektifin yorumla kabul edilemeyeceğini düşünüyorum. Yargıç egemen fikir dahil hiçbir görüşle bağlı tutulamaz; önemli olan görüş açıklayanların sayısı değil, açıklanan görüşün *ağırlığı* dır.⁵¹ Hatta benimsenen görüşün bir akademisyen tarafından dile getirilmiş olması da şart değildir: “*Düşünsel bir saptamanın değeri konuşmacının kimliğiyle ya da diplomalarıyla değil içeriğiyle belirlenir.*”⁵²

bb) Normun Mevcudiyeti

aaa) Normun Epistemolojisi

Bir hukuk kuralı en az iki unsurdan meydana gelir: *Varsayılan bir hayat olayı, olgusu*⁵³ ve buna bağlanan *hukuksal sonuç*. Boşanmaya ilişkin genel düzenlemeyi⁵⁴ örnek alırsak: Evlilik birliğinin katlanılamayacak derecede temelinden sarsılması (*Olay-olgu- koşul*) koşul unsuru; boşanma kararı (*hukuksal sonuç*).

Belirtmek gerekir ki hukuk normları bilgi önermeleri içermezler, başka bir anlamla somut bilgi sunmazlar. Dış dünyaya

gönderme yaptıkları *bağımsız bir nesneleri* yoktur.

Bu bakımdan hukuksal önermelerin *doğru/yanlış* gibi değerlere tâbi tutulmaları mümkün değildir.⁵⁵

Yine toplumsal yaşamı biçimlendirmek, insanlarda bir bilinç yaratmak ve nihayet belli davranış örüntüleri (ölçüleri) oluşturmak bakımından da bütüncül, rasyonel normatif düzen, bir *hukuk ideolojisi* olarak karşımıza çıkar.⁵⁶

Kaynağa gelince: Hukuk normları hem *insan değerinin bilgisinden*, hem de *kültürel normlardan* türetilmektedirler.⁵⁷

bbb) Normlar Hiyerarşisi

Yargıç somut olaya hukuk normunu uygularken normlar hiyerarşisini gözetmek durumundadır. Bu bağlamda yasanın veya kanun hükmünde kararnamenin anayasaya aykırı düşmesi halinde *somut norm denetimi* prosedürünü işletmek⁵⁸; yasaya aykırı olan tüzük, yönetmelik gibi düzenleyici işlemleri (normları) somut olaya uygulamaktan kaçınarak bunların yerine *yasayı* uygulamaktır.⁵⁹

50 Dural/Sarı, s.118

51 Akyol, s.311.

52 Alan Sokal/Jean Bricmont, *Son Moda Saçmalar; Postmodern Aydınların Bilimi Kötüye Kullanmaları*, İstanbul 2002, s.30.

53 Buna koşul unsur da denilmektedir.

54 Türk Medenî Kanunu m.166/I.

55 İonna Kuçuradi, *Etik İlkeler ve Hukuk (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 8.Kitap, İstanbul 2003, s.8).*

56 Ali Şafak Balı, *İdeolojilerin Hukuku mu? Hukuk İdeolojisi mi (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19. Kitap, İstanbul 2010, s.154; Kasım Akbaş, İdeoloji Olarak Hukuk (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 15.Kitap, İstanbul 2006, s.91: "...Hukukun kendisinin bir ideoloji olabileceği gerçeğini vurgulayan başka bir nokta da, gerçeklik dünyasının, hukuksal kavramlar tarafından yeniden üretilerek gizlenmesidir. Zira ideoloji, 'insanın varabildiği reel dünyayı açıklamayı değil mistifiye etmeyi amaçlayan bir ussalşma' olarak da işlev kazanabilmektedir."* (Vurgulama yazarın).

57 Jale Karakaş, *İnsan hakları ve Hukuk Normlarının Epistemolojik Özellikleri, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2002, s.79.. Normların bilimsel temellendirilebilirliği konusu için bkz.: İonna Kuçuradi, Çağın Olayları Arasında, 3.Baskı, Ankara 2009, s.175-182.*

58 Anayasa m.152.

59 "Bir yasanın açık buyruğuna aykırı olan veya orada yasaklanmayan fakat yasanın buyruğundakinin aksine olan tüzük ve yönetmelik hükümleri geçerli değildir (...). Mahkeme bu durumda geçersiz olan tüzük yerine Anayasa'nın (1961 Anayasası, MAT) 132. maddesinin buyruğuna uyarak düzenleyici hukuk işleminde ge-

Anayasa'nın m.90/V hükmü uyarınca yöntemine uygun şekilde yürürlüğe girmiş olan milletlerarası andlaşmalar yasa hükmünde olduğundan bunların da iç hukuk normları gibi ilişkin olduğu uyumsuzluklara *doğrudan uygulanması* gerekmektedir. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşma ile iç hukuk kuralının (aynı konuda) çatışması halinde, *anlaşma hükmü esas alınmalıdır*.

Bu bağlamda ülkemizin tarafı olduğu *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin* hukukumuzdaki etkileri konusuna değinmekte yarar var. Öncelikle AİHM'in somut başvuru hakkındaki kararına uyma ve bunun gereğini yerine getirme bakımından Devletin sözleşmesel yükümlülüğü bulunduğu açıktır.

Burada sorun, AİHM kararlarının hukuk uygulamamız açısından *emsal karar niteliğinde* bulunup bulunmadığıdır. Başka bir soru(n): AİHM'in emsal kararına aykırı bir iç hukuk normunun uygulanıp uygulanmayacağı konusudur.

Yüksek mahkemelerimizin temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalara yollama yapan birçok kararı ve gittikçe yaygınlaşan pratik uygulamaları bulunmakla⁶⁰ birlikte⁶¹, AİHM kararlarına *emsal atfı yapan kararları* için böyle bir pratikten söz etmek güç. Yargıtay 12. Hu-

kuk Dairesi, Anayasa Mahkemesi'nce iptal edilmeden⁶² ve 6009 Sayılı Yasa⁶³ ile yeni düzenleme yapılmadan önce yürürlükte bulunan Harçlar Yasasının "*Karar ve ilâm harcı ödenmedikçe ilgiliye ilâm verilmez*" hükmünün AİHM 'nin 26.06.2007 tarih ve 25321/02 başvuru nolu kararına aykırı bulunduğunu ve bu nedenle (şikayet davasında) uygulanamayacağına ilişkin yerel mahkeme kararını bozmuştur. Yüksek Mahkeme kararında şöyle denmektedir:

"AİHM'nin yukarıda belirtilen kararının, bu karara konu olan dava için bağlayıcılığı söz konusudur. İşbu karar doğrultusunda yasama organınca bir düzenleme yapılmadığı sürece anılan kararın bu ihtilafta uygulanma olanağı bulunmamaktadır."⁶⁴

Görüldüğü gibi kararda, AİHM emsal kararı/iç hukuk normu çatışmasında yasa hükmünde bulunmayan içtihadın yasa normuna tercih edilemeyeceği kabul edilmiştir. Bu yorumun Anayasa m.90/V hükmüne uygun olduğu söylenebilir.⁶⁵ Ancak şunu vurgulamak gerekir ki, içinde bulunduğumuz Avrupa insan hakları koruma sistemini salt sözleşme ve ek protokol hükümleri ile sınırlı bir şekilde algılamak gerekir.

AİHM kararları, koruma sistemini zenginleştiren, iç hukukumuz açısından da vazgeçilmez bir yorum kaynağı olarak kabul edilmelidir.⁶⁶

çerli olan üstün kuralı Borçlar Yasası'nın 100. maddesini uygulamakla yükümlüdür (...), Davayı durdurarak tüzük veya yönetmelik kurallarının yasaya aykırı bölümünün iptali için yanların idare mahkemesinde dava açmasını isteyemez." (Yargıtay 4.HD 1.11.1976-6024/9292, Yargıtay Kararları Dergisi Cilt: IV, sayı: 4,s.533-537). Ayrıca bkz.:Recai Seçkin, *Hukuk Kurallarının Uygulamada Hukuk ve Ticaret Mahkemeleri'nin Anayasa'ya Dayanan Kural Belirtme Yetkileri ve Geçerli Olmayan Tüzük Gibi İdari Düzenleyici İşlemler Yerine Daha Üstün Olan Kuralı Uygulama Ödevleri* (İmran Ökten'e Armağan, Ankara 1970, s.47-95), s.93.

60 Bkz.: M.Semih Gemalmaz, *Ulusal Yüksek Yargı Yerleri Kararlarında Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku ve Belgelerinin Kavranışı ve Kullanılışı* (Fazıl Sağlam'a 65.Yaş Armağanı, Ankara 2006, s.117-183.

61 Son bir örnek için bkz.Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 27.01.2010 tarih ve 19-49/10 Sayılı Kararı.

62 Anayasa Mahkemesinin 14.01.2010 tarih ve 27/9 sayılı iptal kararı (RG 17.03.2010-27524)

63 Bkz.RG 01.08.2010-27659.

64 Yargıtay 12.HD 13.11.2008-15602/19983.

65 Zira hükmünde iç yasa/milletlerarası andlaşma arasındaki çatışmadan söz edilmekte.

66 Ece Göztepe, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İç Hukuka Etkisi Sorunu: Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin İki Kararının Bir Değerlendirilmesi* (Erdoğan Teziç'e Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayını, Armağan Serisi: 5, s.417-429),s.429.

ccc) Normun Yorumu

Yorum İhtiyacı

Hukuk normları genel ve soyut nite-likteki söylem ifadeleri olduğundan me- tinlerin anlamları ve uygulanabilecekleri durumları hakkında *belirsizlik, açıklık* ta- şırlar. Bu belirsizlik *metnin çaresiz kaldığı iki durumdan* kaynaklanır: Birincisi, yasa koyucunun, yaşamın akışıyla meydana ge- len tüm değişimleri, hayat olaylarını önce- den tek tek belirleyip kurala bağlamasının imkânsız oluşu; diğeri, *dilin doğasından* kaynaklanan *belirsizliktir*. *İfade* ile *olay* arasındaki bu mesafeden, açıklıktan dolayı hukuk metinleri *Hart* tarafından *açık me- tinler*⁶⁷ olarak betimlenmiştir.

Somut olaya uygulanıncaya kadar me- tin *dilsizdir*, konuşmaz. Metinler bizimle, yargıyla ancak *sorularımız, sorunlarımız* olduğunda konuşmaya başlarlar.⁶⁸

Konuşma ve diyalog yoluyla metin cansız bir varlık olmaktan kurtulur, *bağ- lamsal gerçekliğin içine* -yargıç tarafın- dan- yerleştirilerek *hayat ve anlam bulur*.⁶⁹ Bağlamsal gerçek içine metni yerleştirmek ise *yorum* sayesinde mümkün olur. Bu bağ- lamda, yazılı olsun olmasın bütün yasa- ların yorumlanmaya ihtiyacı olduğunu söy- leyen *Hobbes*'e hak vermemek mümkün değildir.⁷⁰

Hukuk uygulamasında bağlamsal ger- çek hiç kuşkusuz *davadır*. Yargıç yasanın anlamını *mevcut davadan hareketle* ve bu *dava adına* ortaya çıkarmaya çalışır.⁷¹

Zira hukuk normu hazır, verili içeriğe sahip bir yapı değil, gelecekteki belirsiz olayları düzenlemeye yönelik bir modalite- dir. Bu bakımdan hukuku bir bilim olmak- tan çok, *olasının sanatı* şeklinde tanımla- mak da mümkündür.⁷²

Yorumun Ontolojisi

Yorum, mevcudiyet metafiziğine da- yanmaz, başka bir anlatımla yorum, metnin içinde saklı bulunan *donmuş, mutlak* bir anlamın ortaya çıkarılması faaliyeti de- ğildir. Zira geleneksel hermeneutik anlayışın tersine modern anlayış, anlamın uygulama aşamasında inşa edileceğini kabul eder. Bu anlamda yorum *betimleyici* değil, *kurucu*- dur. Buna bağlı olarak da mahkeme kararı, normu basitçe açıklayan bir metin değil, kurucu bir metindir.⁷³

Bu öncüllerden çıkan sonuç, yorumun *hukuk yaratmak* anlamına geldiğidir. Nite- kim Roma'dan gelen ünlü ifadede bu kav- rayış dile getirilmektedir: *Yorum kime ait se, hukuku yaratmak da ona aittir*.⁷⁴

Yorumun Kimyası

Yasayı yapan otoritedir, hakikat değil, der Carl Schmitt, *Laviathan'a* gönderme

67 Zeynep İspir Toprak, *HLA Hart'ta Açık Metin Kavramı*, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2008, s.123; ayrıca bkz.: Mustafa Erdoğan, *Hukuk ve Yargı* (Star, 18.09.2008).

68 Mustafa Duman, Heidegger, Nietzsche, Nihilizm (Kutadgu Bilig, Felsefe-Bilim Araştırmaları, Ekim 2009, Sayı: 16, s.9-45), s.40. Ayrıca bkz.: Yasemin Işıktaç, *Hukuk Yazıları*, Ankara 2004, s.32.

69 Ricoeur'e göre yazı ve metinler, okur ve eleştirmenler tarafından bağlamsal gerçekliğin içine alınana kadar bir askı durumu içinde varolurlar (Anan: Edward Said, *Dünya, Metin ve Eleştirmen*, Kış Ruhu, Haz./çev. Tuncay Birkan, 2.Basım, İstanbul 2006 içinde, s.123).

70 Thomas Hobbes, *Leviathan*, Çev. Semih Lim, 4.Baskı, İstanbul 2004, s.196.

71 Hans-Georg Gadamer, *Hakikat ve Yöntem*, C.II, Çev. H.Arslan-İ.Yavuzcan, İstanbul 2009, s.89.

72 Philippe Raynaud/Stephane Rials (yayına haz.) *Siyaset Felsefesi Sözlüğü* (Çev. İ.Yerguz- N.K.Sevil), İstan- bul, 2003, s.977.

73 Noberto Bobbio, *Kelsen ve Hukukun Kaynakları*, Çev. Bige Açımız (Cemal Bali Akal-Der-, Devlet Kuramı, Ankara 2000, s.459-469), s.465.

74 *Eius est interpretari, cuius est iura condere*. (J. Gaudemet, *Eski Çağ Dünyasında Kanunların ve Hukuki Muamelelerin Yorumu*, Çev. Dr. Bülent Tahiroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1971, C.XXXVI, Sayı: 1-4, s.495-508, s.495.

yaptığı bir yazısında.⁷⁵ O halde bir dava bağlamında hukuksal gerçekliği üreten özne, yasakoyucu değil, *Yargıçı*tır. Çeşitli anlam ve yorum seçenekleri arasında yargıcın tercih ettiği anlamla içeriği, kapsamı belirleyen her yasa, *yargıç ürünü hukuktur*.⁷⁶

Yasa ise, hukukun *gerçekliği değil, sadece imkânıdır*.⁷⁷

Bu nedenle yorum, yasa metnini *aşan* bir eylemselliği ifade eder. Bu durum bir bakıma yasanın yapısal özelliğinden kaynaklanır. Zira gerçeğin anlamı bütünüyle yasa metninde ya da sunumlarında saklı değildir, onu insani amaçlarda aramak gerekir. Sonuçta yasa da bir insan ürünü olduğundan, metnin anlamı, metinden taşan ve insan zihnine yayılan bir yorumlar skalası içinden yakalanır.⁷⁸

Nietzsche, metin ile yorum arasındaki ilişkinin düşünümsel olmadığını, yorumun fetih ve savaşın krallığına ait olduğunu

-güç istenci kuramı çerçevesinde- ifade etmişti.⁷⁹ Gerçekten genel hermeneutikte olduğu gibi hukuk yorumbiliminde de çeşitli yorum yöntemlerinin, kuram ve ilkelerinin varlığına⁸⁰ karşın, yorumu yapan öznenin (yargıcın) tekil algı ve zihniyet dünyasının yorumu yansımaları *engellenecek bir yöntem henüz keşfedilmiş değildir*. Bu anlamda yorumun, yorumcu öznenin *olgusal, sezgisel veya duyusal* yollarla ulaştığı sonuçları temellendirmek için de kullanabildiği bir *araç* niteliğinde olduğu ileri sürülmüştür.⁸¹

Yorum amaçlar imparatorluğunda gerçekleşir, der Dworkin.⁸²

Hukuksal pozitivizm kuramının aslı savunucusu *Kelsen*'e göre de, yargı organınca hukuk kuralının çeşitli anlamları arasında yapılan seçim, bir hukuk kuralına dayanmadığından, *politik bir faaliyet niteliğindedir*. Bu nedenle gerçek yani *yargısal*

75 Carl Schmitt, *Siyasi İlahiyat, Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm*, Çev. Emre Zeybekoğlu, 2.Basım, Ankara 38.

76 Heywood, *Siyaset*, s.440.

77 Kaufmann'a atfen, Mithat Sancar, *Temel Hakların Yorumu*, Yayınlanmamış Doktora tezi, Ankara 1995, s.74.

78 Alain Supoît, *Homo Juridicus, Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme*, Çev. Bige Açımız Ünal, Ankara 2008, s.129.

79 Hüseyin Subhi Erdem, *Nietzsche, Perspektivizm, Anlam ve Yorum*, Van 2007, s.273.

80 Yorum çeşitleri, kuram ve ilkeleri için bkz.: Ali Nazım Özer, *Hukukta Yöntembilim*, İzmir 2008, s.21 vd.; Yasemin Işıktaç, *Dil, Yorumlama ve Hukuk İlişkisi* (Ankara Barosu Dergisi, 2001, Yıl: 58, Sayı: 1, s.23-35 ; Kemal Gözler, *Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı* (Anayasa Yargısı, 15, Ankara 1998, s.207-249); Sevtap Metin, *Hukuk Normunun Yorumu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2002, s.138-217; Rüstem Karabatak, *Hukukun Anlam Bakımından Uygulanması* (Yorum ve Nitelendirme), Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1996, s.33-51; Yüksel Metin, *Anayasa'nın Yorumlanması*, Ankara 2008, s.15-87.

81 Esser ve Schroth'a atfen Sancar, *Temel Hakların Yorumu*, s.57. "...Yargıçlar aslında davaları kendi siyasi ve ahlaki zevklerine göre karara bağlarlar ve ardından rasyonelleştirmek için bir hukuk kuralı seçerler." Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P. Mass, 1977, s.3 (Ahmet Ulvi Türkbağ, *Hâkimin Takdir Yetkisinin Teori ve Pratiği*, Hukuki Perspektifler Dergisi, Aralık 2006, Sayı:9, s.16, dn.1). Dworkin'nin bu saptamasının karar süreci ve yorum pratiği ile ilgili gerçekliğin tümünü kavrayacak güçte olmadığını belirtelim. Gerçekten yargıçların her dava için izledikleri yöntem farklıdır. Esasen karar verme sürecinin tek bir perspektifle, yalınlat bir kuramlaştırma çabasıyla kavranması güçtür. Zira karar sürecini; davanın niteliği (olgusal yapısı, hukuksal epistemolojisi) tarafların aktivist ya da edilgen tutumları, davanın ürettiği minör sosyoloji, yargıcın psikodinamiği, davaya yaptığı ruhsal yatırım ya da davaya yönelik prestij algısı gibi birçok etken belirlemektedir. Dolayısıyla karar sürecinin doyurucu bir çözümlemesinin çoğul bir okumayla mümkün olabileceğini düşünüyorum.

82 Ronald Dworkin, *Şüpheli Ölümcül Olursa*, Çev. Altan Heper (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 18.Kitap, İstanbul 2008, s.242-246), s.246.

yorum, bilimsel olmayan ve *hukuk yaratma* biçiminde ortaya çıkan *politik bir faaliyet*dir.⁸³

Tüm bu söylenenlere karşın *yorumu*, yargıcın salt öznel, keyfi bir zihinsel tasarufu olarak da algılamamak gerekir. Her şeyden önce *yorumun tarihselliği* gerçeği gözden ırak tutulmamalıdır. Bu, ufukların karşılaşması anlamına gelir: Metnin anlam ufkuyla yorumcunun (yargıcın) anlam ufku.⁸⁴ *Gadamer'e* göre hermeneutiğin çağdaş anlayışında yorumcu, geleneğin getirdiği herşeye karşı ne önyargılı bir ret tavrı içine girmeli ne de geçmişten kopup gelen sesi *sofuca* dinlemelidir. Doğru tavır, geçmişten gelen anlamlandırıcı pratikle *sorgulayıcı*⁸⁵ bir ilişki içine girerek, metnin şimdiki anlamını *zenginleştirmenin* yolunu bulmaktır.⁸⁶

Bu bağlamda yargıç bir davanın çözümünde uygulama aşamasında olduğu hukuk normunu yorumlarken, önceki bilimsel görüşleri, içtihadi yorumları *somut olayın koşullarında gerçeklik testine tâbi tutmalıdır*.⁸⁷ Önceki görüşleri (yorumları) benimseyip benimsememek ayrı bir konudur. Ancak *geleneğin anlam deposuna*⁸⁸ bakmadan hemen bir görüşe saplanmak incelikli ve derin düşünen bir hukukçunun harcı olmasa gerek. Öte yandan hiçbir ku-

ramsal düşünüm tarzı ile desteklenmemiş, içtihadi görüşle değerlendirci bir ilişkiye girmemiş bir yoruma bir *meşruiyet zemini* sağlamak da kolay değildir.

Öte yandan, yasanın sözlerini aşan ya da sözlerine aykırı bir sonucu imleyen yorum *bağımsız bir sav (tez)* niteliğindedir, bu nedenle bu savın *temellendirilmesi*, çıkarımsal *öncüllerinin* gösterilmesi gerekir.

Bu durumu, yani yargıcın *ufukların karşılaştırılması* ve yorumunu *temellendirme* çabasından kaçınarak salt kendi (öznel) düşüncesine göre metni yorumlamasını, ben *kör yorum* olarak nitelendiriyorum.

Yargıcın tarihsel bilgi birikimiyle *sorgulayıcı ve düşünmeyi zenginleştirici* bir tarzda ilişki içine girerek hukuk normuna anlamsal bir biçim vermesini ise *aydınlanmış yorum* olarak adlandırıyorum.

Yorumun ilkeleri sayılabilecek *yargısal pratiğe* ait algılamaları şöyle belirtmek mümkün⁸⁹:

-Yorum yapma yetkisi bizzat *yargıca aittir*. Bu yargılama hakkından kaynaklanan bir yetkidir. Bu nedenle yargıç yorum sürecinde *diyalektik etkileşim* gereğince, tarafların yorumuna kulak verse de *yasanın davadaki nihai anlamını belirleme yetkisi-*

83 Hans Kelsen, *Science and Politics*, *The Am. pol. sci. rev.* 1951, s.625 (S. Keyman, *Hukuki Pozitivizm*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1978, C.XXXV, Sayı: 1-4, s.52'den nak.).

84 Muharrem Kılıç, *Hukuksal ve Teolojik Metinleri Anlama Sorunu: Felsefi Hermenötik Bağlamında Bir Analiz* (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 12. Kitap, İstanbul 2005, s.90-101), s.99.

85 Hans- Georg Gadamer, *Tarih Bilinci Sorunu* (Paul Rabinow/William Sullivan - Der. -Toplum Bilimlerinde Yorumcu Yaklaşım, Çev. Taha Parla, İstanbul 1990, s.79-106), s.84.

86 Orhan Gökçe, *İçerik Çözümlemesi, Sosyal Bilimlerde Bir Araştırma Yöntemi*, 2. Baskı, Konya 1995, s.60 vd.

87 Burada bazı hukukçuların hatalı tutumlarına değinmek gerekir: Somut bir davada uygulanacak norm hakkında 30-40 yıl önce yazılmış bir kuramsal yapıttaki görüşlere otoriteyle kanıtlama amacıyla referans yapılıyor. Oysa burada hukuk metninin donmuş bir bilgi uzamı, bir vesika değil, devingen bir roman metni gibi yazılmakta olduğu, metnin işlediği gerçeği gözardı ediliyor. Bir de şu sorunun ihmali var: Yazar somut olay bağlamında normu yeniden anlamlandırabilse idi aynı sonuca varır mıydı?

88 "Yorum, hem kendi üretildiği dönemde hem de başka tarihsel dönemlerde yaşayanlardan gizli kalmış olan (potansiyel) anlam depolarını kullanıma açıyor. Yeni bağlamlarda, anlamın farklı boyutları ortaya çıkıyor; yorumlanan şey, yeni biçimlerde konuşuyor." (Brian Fay, *Çağdaş Sosyal Bilimler Felsefesi*, Çev. İsmail Türkmen, İstanbul 2001, s.201).

89 Dava ve olay türüne göre yüksek mahkemelerin yorum anlayışlarını kazuistik bir yöntemle serimlemek oldukça hacimli ve bağımsız bir çalışmanın konusu oluşturduğundan burada, bir bildiri çerçevesinde, daha çok belli başlı yorum anlayışlarına yer verilecektir.

ni taraflara veyahut üçüncü (bilirkişi vb.) kişilere devredemez.⁹⁰

-Yorum denilen düşünsel araştırma işlemi, ortak hukuki değerlerin sistematik bütünü olarak parça/bütün karşılaştırmasına tâbi tutulmalıdır.⁹¹ Yani dava anındaki yorumun *hukuk düzeni* ile uyum kapasitesi göz önünde tutulması gerekir.

- Yasa kuralları, bağlayıcı ve üstün hukuk normu niteliğinde olan *Anayasa hükümleriyle birlikte ve onlarla çelişmeyecek biçimde* yorumlanmalıdır.⁹² Bu husus Federal Alman Anayasa Mahkemesinin 29.Juli 2004-1 BvR 737/00 sayılı kararında şöyle ifade edilmiştir: Bir normun farklı farklı yorumu söz konusu ise bunlardan *Anayasaya en uygun olanına, yani Anayasa'nın değerlerine en yakın olana öncelik verilmelidir.*⁹³

- Davada belirsizliğin tam olarak giderilmediği, yani kanıtların hüküm kurmaya yeterli olmadığı durumlarda, sosyal koruma normunun uygulanabilirliği de gözetilerek, *zayıf taraf yararına yorum* (Contra stipulatorem fort, in dubio minus) ilkesi uygulanmalıdır.⁹⁴

- Yine yukarıdaki ilkenin bir versiyonu olarak: Bireylerin devletle olan ilişkileri bakımından, bir yasa hükmünün çeşitli yorum tercihlerine olanak tanınması halinde, *yurttaş hak veren yorum tarzına* öncelik vermek gerekir.⁹⁵

- Sadece maddi hukuk hükümleri değil *yargılama hukukuna ilişkin hukuk kurallarının da* yorumu mümkündür ve bu kural-lara ilişkin yorum tarzı da maddi hukuktan farklı tutulmamalıdır.⁹⁶

- Yorum *adil* olmalı; *hak ve nesafet* kurallarına uygun bulunmalıdır. Yasa hükümleri, haksızlığa vasıta olacak şekilde yorumlanıp uygulanmamalıdır. *Adil sonuçlara ulaştırılan yorum biçimleri* tercih edilmelidir.⁹⁷

- Yorumda yasanın *sözleriyle* beliren anlama uygunluk gösteren bir sonuca ulaşmaya *özen* gösterilmelidir.⁹⁸

- Yorum, *yasakoyucunun amacı* ile de uyumlu olmalıdır.⁹⁹

- Taraflarca sunulan sözleşmeler ile diğer belgelerin yorumunda da tarafların kullandıkları sözlere değil, bu sözleşmele-

90 Yargıtay 15. Hukuk Dairesi 26.12.1996-6445/6985 (Yasa Hukuk İçtihat ve Mevzuat Dergisi Cilt: XVI Sayı:192/11, Aralık 1997, s.1575-1576).

91 Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.03.2004-1-46/78 (Yargıtay Kararları Dergisi, Mayıs 2004, Cilt:30, Sayı:5, s. 773).

92 Bu ilke için bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 26.01.2000- 18/1052-10 (Ankara Barosu Dergisi 2000, Sayı:2, s.260-268). Buna Anayasaya uygun yorum ilkesi de diyebiliriz. Alman Federal Anayasa Mahkemesine göre; Anayasa, iç hukukta en üstün hukuk kuralı olarak normun geçerliğinde ve Anayasaya uygun yorumlanmasında ölçüt norm konumundadır; bu bakımdan norma bağlılık ilkesinden değil, anayasaya bağlılık ilkesinden söz edilir (Yüksel Metin Anayasa'nın Yorumlanması, Ankara 2008, s.74).

93 Bkz. Yasa Hukuk Dergisi, Eylül-Ekim 2004, s.247.

94 Yargıtay 9.HD'nin 13.04.2000 tarih ve 1676/5561 sayılı kararında bu yorum tarzı iş hukukunda işçi lehine yorum ilkesi olarak adlandırılmaktadır. Yine Anayasa Mahkemesi'nin 04.05.2005 tarih ve 54/24 sayılı kararında, sosyal devletin unsuru olarak ifade edilen güçsüzleri güçlülere ezdirmemek ilkesi de, sözünü ettiğimiz yorum ilkesinin temellendirilebileceği bir düşünüm tarzını yansıtmaktadır (Karar metni için bkz.: RG 26.11.2005-26005).

95 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2004 tarih ve 13-664/719 sayılı kararı. Kararda bu ilke ifade edilirken Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin (tarih ve sayısı belirtilmeyen) bir kararına gönderme yapılmaktadır.

96 Yargıtay 1. Hukuk Dairesi'nin 19.04.1951 tarih ve 499/2163 sayılı kararı (Adalet Dergisi, Kasım 1951 , Sayı:11, s.1861-1862).

97 Bkz.yuk.dn.92'deki HGK kararı ; ayrıca bkz.: yuk.dn.91'deki CGK kararı.

98 Bkz.yuk.dn. 92'deki HGK kararı.

99 Bkz.yuk.dn. 92'deki HGK kararı.

ri-belgeleri düzenlerlerken güttükleri *ama-
ca* bakılmalıdır.¹⁰⁰

Yorum Yöntemleri

Hukuk öğretisinde; *sözel (lafzî-gramatik), sistematik, amaçsal (gai-teleolojik), tarihsel, anayasaya uygunluk* gibi birçok yorum yöntemi bulunmaktadır.¹⁰¹ Yargıcın yorumda tek bir yöntemle yetinip yetinemeyeceği, birden çok yöntemle baş-
vurması halinde bunlar arasında hiyerarşik bir sıra bulunup bulunmadığı tartışmalıdır.

Ancak ekonomik olması bakımından şu sıranın izlenmesinde yarar var¹⁰²: Önce-
likle *yasanın sözlerine* bakılmalı, bunların gramer kurallarına göre anlamlandırılmasıyla makul bir sonuca varılıyorsa yorum sona erer. *Makul sonuca ulaşılmaması* halinde *kuralın yasadaki yerine* (sistematîğine) bakılmalı; sonuç olumsuzsa *yasakoyu-
cunun amacı* araştırılmalı, bunun da makul sonuç doğurmaması durumunda *kuralın tarihsel arkaplanı* araştırılmalıdır.¹⁰³ Bu edimden de makul bir sonuç alınamıyorsa, son olarak yasa kuralının Anayasa uygun olup olmadığı sorgulanmalıdır.

Anayasa Mahkemesi'nin kararlarına baktığımızda, her somut dava bağlamında farklı yorum anlayış ve yöntemlerinin benimsenmiş olduğu görülmektedir. Sözgelimi:

Hukuki görüşlerin (mahkeme kararlarında kabul edilen) dondurulup edebileştirmemesi gerektiği.¹⁰⁴

Yasaların yorumlanmasında yasakoyucunun *ereğine göre* bir yorum tarzının benimsenmesi.¹⁰⁵

Herhangi bir hukuk kuralının *tek başına değil*, içinde bulunduğu metnin *tümü* göz önünde tutularak yorumlanması gerektiği.¹⁰⁶

Hukukun asli ve genel ilkelerinden biri de, işlemlerde kullanılan *sözcükler yerine*, bunlar aracılığıyla ulaşılmak istenen *amacın esas alınmasıdır*. Yargı yerinin, istemin şekliyle değil, *içeriğiyle* bağlı olduğu¹⁰⁷

Diğer sosyal kurallar gibi hukukun da amacı *sosyal mutluluğu* sağlamak olduğundan , halkın onayını kazanmayan ve onun hak duygusunu tatmin etmeyen bir yorum tarzının benimsenmesi gerektiği.¹⁰⁸

c) Hukukun Gerçekleşmesi

Davaların çoğu tipik özellikler gösterir; yoruma pek de ihtiyaç bırakmayan yasa normundaki koşulların yerine getirilmesiyle hüküm kendiliğinden ortaya çıkar.¹⁰⁹ Sözgelimi eylemli ayrılık nedenine dayandırılan bir boşanma davasında yargıcın bakacağı şey, retle sonuçlanan ilk davadan eldeki davanın tarihine kadar üç yıllık bir sürenin geçip geçmediği, bu sürede eşlerin bir araya gelip gelmedikleridir.

Böyle bir durumda yargıcın herhangi bir takdir veya olgu değerlendirme yetkisi bulunmamaktadır. Zira yasa koyucu be-

100 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 24.01.1970 tarih ve 1-677/55 sayılı kararı (Ankara Barosu Dergisi, 1970, Sayı:4, s.629-630); Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 20.04.2005 tarih ve 41/2439 sayılı kararı.

101 Ayrıntılı bilgi için bkz. Ali Nazım Sözer, *Hukukta Yöntembilim*, İzmir 2008, s.33-96.

102 Sözer, s.88.

103 Hakkı Demirel, *Kanunun Manasının Kanun Metni Dışındaki Unsurların Yardımı İle Araştırılması* (Türkiye Noterler Birliği Dergisi Mayıs 1977, Sayı: 14, s.44-53).

104 *Anayasa Mahkemesi* 28.06.1966- 1963/132-1966/29 (RG 27.06.1967-12632).

105 *Anayasa Mahkemesi* 18.11.1969- 1969/30-1969/65 (RG 29.11.1970-13682).

106 *Anayasa Mahkemesi* 12.01.1971- 1969/31-1971/3 (RG 26.03.1971-13790).

107 *Anayasa Mahkemesi* 06.05.1982- 1981/8- 1982/3 (RG 30.11.1983-18237).

108 Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 30.06.1993- 2/121/492.

109 Bu yaygın rutin uygulama bir ABD Yargıtay üyesinin şu saptamasını akla getiriyor: "...Hukukun geniş bir bölümü bir avuç büyük hakim tarafından değil, büyük çoğunluğu oluşturan sıradan hakimler tarafından oluşturulmaktadır." (Richard A. Posner, *Yargıçlar Neyi Maksimize Eder? Herkes Neyi Maksimize Ediyorsa Onu*, Çev. Mustafa Acar Demokrasi Platformu, Bahar 2005, Yıl: 1, Sayı: 2, s.158).

lirlen biçimsel koşulların gerçekleşmesi durumunda, evlilik birliğinin *temelden sarsıldığını* varsaymıştır.¹¹⁰ Yargıcın yapacağı tek şey, boşanma kararı vermekten ibarettir.

Bir de yargıca *takdir yetkisi* tanıyan kural düzenlemelerine değinmeli: Zarar ve ziyanın karşılanması, manevi zararın takdiri gibi¹¹¹ Burada yargıcın somut olayın koşullarını göz önünde tutarak *hukuka ve hakkaniyete göre* karar vermesi öngörülmüştür. Roma hukukunda *Aequatis* sözcüğü ile karşılanan *hakkaniyet*, kısaca somut olay adaleti olarak tanımlanmaktadır.¹¹² Hakkaniyete göre karar vermek, hukukun adalet düşüncesine göre gerçekleştirilmesidir.¹¹³ Burada da yargıcın *hakkın inşaa*ı bakımından rolü *kurucu* niteliktedir.

İçerik olarak zor olan ya da çözümünde hukukî belirsizlik bulunan davalarda da tüm makale boyunca anlatılmaya çalışılan süreçlerin yargıç tarafından yerine getirilmesi gereklidir. Bu tür davalarda da yargıcın rolü *belirleyicidir*. Ancak yargıç hukuksal rasyonaliteye, toplumsal vicda-

na, adalet duygusuna göre karar vermek durumunda.Bu, üstlendiği *kamusal rolün* gereği.¹¹⁴ Yargıç kendi adına değil, *toplum adına* hareket ettiği gerçeğini gözardı etmemeli. Ne ki *rol* *şeyleşmesinden* kaçınmasını da bilmeli. Yani kendi kişisel kimliği ile mesleki kimliği arasındaki mesafeyi koruyabilmeli. *Ne yapalım mevuzat böyle* klişesinde bu mesafenin eridiği görülüyor. Yargıç maddi gerçeği *adli gerçeğe feda etme* eğiliminden kaçınmalıdır.¹¹⁵

Ayrıca rol algısına, *toplumun konjektürel kör tepkilerini, bilinçsiz, evrensel insani değerleri dışlayan yargılayıcı tutumunu* dahil etmemeli. Çünkü yargıç sadece belli bir topluma değil, *kendisine ve insanlığa* da ait bir varlık.

Yargıca gitmek adalete gitmektir, diyor *Aristoteles*. Yargıcın temel rolü, hukuku uygulamaktan öte onu *gerçekleştirmektir*. Bunun öyküsünü ise ancak yetkin bir *gerçekçe* anlatabilir bize. Gerçekçe ve kararın başarısı ise, *yargı dramasının sonunda* bizde *adalet duygusu yaratma kapasitesine* bağlı.

110 TMK.m.166/son.

111 Bkz.: BK.m.43; TMK.m.4.

112 Kadir Gürten, Roma Hukuku'nda Hakkaniyet, Ankara 2008, s.137.

113 "Hâkimin hak ve nesafetle hüküm vermesi de, hukuk biliminden yararlanarak genel olarak Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısını, özellikle de tarafların gerçek durumlarının gerektirdiği hak ve adalete uygun sonucu bulması demektir. Çünkü takdir hakkı objektif esaslara dayandığı takdirde ancak kamu oyununda ve sosyal viddanda hak ettiği güven ve inancı yaratır." (Yargıtay 4.HD 16.6.1977-9690/7016, Yargıtay Kararları Dergisi Haziran 1978, Cilt: IV, Sayı: 6, s.915-17).

114 Yargıtay 13. HD 08.07.2005-7131/11799: "Hukuk kuralları, gerçek hayata uygun olduğu, toplumun adalet ihtiyacına cevap verebildiği sürece hayatîyetini devam ettirip saygınlık sağlar ve hukuk kuralı olma özelliğini korur. O nedenle hukuk kuralları, görevli organlarca değiştirilinceye, bu konuda yeni düzenlemeler yapıncaya kadar zedelenmeden gerçek hayata, çağın gereklerine uygun olarak yorumlanıp uygulanmalıdır. Bu görevin yargıya ait olduğunda duraksamaya yer yoktur." (vurgulama benim, MAT).

115 Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 02.07.2003-21-425/441 (Manisa Barosu Dergisi, 2004/1, Sayı: 88, s.136-143).

Anayasa Hukukunda "Yalancı": Alf Ross Paradoksu

Mehmet TURHAN*

ÖZET: Felsefi veya mantıksal paradokslara verilebilecek en iyi örneklerden biri “Yalancı Paradoksu”dur. “Yalancı Paradoksu”nda, “Bu cümle yanlıştır” ifadesi şaşırtıcıdır; çünkü eğer cümle yanlışsa doğru, doğruysa yanlış olmaktadır. Bu tür cümleler rasyonel çözümlemelere direnen ifadelerdir. Alf Ross’a göre kendine atıfta bulunan normlar anlamsızdır; bunun nedeni kendine atıfta bulunan cümlelerin anlamsız olmasıdır. Bazı hukuk kuralları başka hukuk kurallarının nasıl değiştirileceğini düzenler. Ama bu “değiştirmekle ilgili kurallar” da çoğunlukla daha üstte yer alan ve bu kuralların nasıl değiştirileceğini düzenleyen kurallar tarafından değiştirilebilir. Anayasa değişikliğini düzenleyen kural gibi, değişikliği düzenleyen kural, kendi sistemi içinde en üstte yer alıyorsa, bu kural sadece bu kuralın getirdiği usule uyularak değiştirilebilecektir. Alf Ross paradoksu, anayasada anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisi, bu hükmün değiştirilmesinde kullanıldığında ortaya çıkmaktadır. Ross’a göre anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisinin değiştirilmesi kavramsal ve mantıksal güçlüklerle dolu olduğundan, bu paradoksun çözümü için değiştirilemeyen ve yazılı olmayan temel bir normun varlığının varsayılması gerekmektedir. Bu yazıda Alf Ross’un paradoksu incelenmiş ve bulunduğu çözüm eleştirilmiştir. Peter Suber’in doğrudan kabul teorisi bize hiçbir kuralın mutlak olarak değiştirilemez olmayacağını göstermektedir. Gerekli kabul sağlandıktan sonra halk her türlü yasayı değiştirebilir.

ANAHTAR KELİMELE: paradokslar, Yalancı Paradoksu, kendine atıfta bulunan ifadeler, anayasa değişikliği,

temel normların geçerliği, değiştirilemez hükümler

THE LIAR IN CONSTITUTIONAL LAW: ALF ROSS’S PARADOX

ABSTRACT: One of the best examples, we may give for philosophical or logical paradoxes is the liar’s paradox. In liar’s paradox the statement, “This sentence is false” is puzzling; because if it is false, then it is true; if it is true then it is false. The liar’s sentence resists rational solution. Alf Ross argued that self-referring norms had to be meaningless since self-referring sentences are meaningless. Some legal rules govern the change of other legal rules. But even these “rules of change” are changeable, usually by higher level rules of change. When a rule of change is supreme within its own system as a constitutional rule of change, then it is changeable, if at all, only under its own authority. The paradox of self-amendment, in other words Alf Ross’s paradox arises when a rule is used as the authority for its own amendment. For Ross, amendments to the amending clause present conceptual difficulties that can be solved only by supposition of an unwritten basic norm that cannot be amended. Here I analyze Ross’s paradox and reject Ross’s own solution. I show that Peter Suber’s direct acceptance theory implies that no rule is absolutely immutable. With the requisite acceptance, the people can repeal any law.

KEY WORDS: paradoxes, liar paradox, self-referring sentences, amendment, validity of basic norms, immutable norms

* Prof.Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Öğretim Üyesi.

No law inherited from our ancestors is immutable; if unjust laws persist, we are responsible for them.

Peter Suber, “Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law”

I- PARADOKSLAR¹

Felsefi paradokslara verilecek en iyi örneklerden biri “Yalancı Paradoksu”dur: Yalancı “şimdi yalan söylüyorum” dediğinde, söylenen acaba doğru mudur yalan mıdır? Eğer yalancının söylediği doğrudur, bu durumda yalancı yalan söylemektedir ve bu nedenle söylediği doğru değildir. Eğer yalancının söylediği yalansa, yalan söylemiyor demektir, o halde yalancının söylediği doğrudur; ama bu yalan söylediğinin doğru olduğu demektir. O halde yalancının söylediği doğru mudur yalan mıdır? Yalancı paradoksunun bir başka

şekli olan “bu cümle yanlıştır” ifadesi de şaşırtıcıdır. Eğer bu ifade yanlıştır doğru; doğru ise yanlış olduğu sonucuna varmak durumunda kalmaktayız.² Bu ifadeler kendilerine atıfta bulunmaktadır ve bu nedenle de bunlar rasyonel çözümlemelere direnen ifadelerdir.³

Anayasa hukukunda çeşitli paradokslara rastlanmaktadır. Her şeyden önce anayasal devletin liberal anlaşılışı paradoksaldır. Liberal değerler sistemi egemen devleti hukuka bağlı tutarak iktidarını sınırlandırmak ister. Bunun yanında anayasacılığın liberal vizyonu ideal demokrasiye verdiği belirli biçim nedeniyle devleti hukukun kaynağı olarak da kabul eder. Devleti hukukun kaynağı olarak görmek ve devleti hukukla sınırlandırmak birbiriyle çelişkilidir. Bu iki vaat liberal anayasacılığı paradoks bir kavram haline dönüştürmektedir.⁴ Anayasa hukuku ve siyaset felsefesiyle ilgili önemli

- 1 Güncel Türkçe Sözlükte “paradoks” sözcüğünün tanımı şöyle yapılmaktadır: “1. Aykırı düşünce: “Başından beri çevremizde bize karşı bir kalabalık, gerçek dışı bir grup olarak kaldık, toplumsal bir paradoks olarak.” -A. İlhan. 2. Çelişki. 3. fel. Düşünceler arasında tartışmaya açık, kesin bir yargı içermeyen karşılık.” Bizi ilgilendiren felsefi paradokslardır. Felsefede paradoks düşünceler arasında tartışmayı, açık karşıtlığı, çelişkiyi veya çatışkıyı ifade etmektedir.
- 2 Şu tür paradokslar da “yalancı paradoksu”nun aynısıdır: “Bu cümleyi okumayın!” “Bu cümledeki harf sayısı otuz yedi değildir” (37 harf var). Epimenides ilk çağ filozoflarından; Günün birinde “bütün Giritliler yalancıdır” der. Epimenides de Giritlidir ve “ben yalan söylüyorum” der. Peki, Epimenides doğruyu söylüyormu? Hayır, çünkü Giritlidir, o halde yalancıdır; ama ya “yalan söylüyorum” derken yalan söylüyorsa? Yalancı paradoksu şöyle de açıklanabilir: Kral ülkenin yalancıları arasında bir yarışma açar. “İşte bu yalan,” diyebileceği bir yalan uydurana bir küp altın vaat eder. Yalancılar akın akın saraya gelip yalanlarını söylerler; fakat yalanlar ne kadar akıl almaz olursa olsun kral hep, “olabilir; niye olmasın ...” gibi cevaplar verir. Böylece kral hem eğlenmektedir hem de bir küp altından olmamaktadır. Derken kahramanımız elinde boş bir küple huzura çıkar ve konuşur: “-Rahmetli dedeniz bir savaşta çıkacaktı, ancak o günlerde hazinede yeterli para yoktu. Dedeniz dedemden bu küple bir küp altın borç aldı ve ‘bu borcumu torunum torununa ödeyecektir,’ diye söz verdi. Ben de dedenizin borcunu bana ödemeniz için buraya geldim.” Kral, “işte bu kuyruklu bir yalan!” deyince adam, “o halde ödülümü alayım,” dediğinde Kral, “hum şey doğru da olabilir” demek zorunda kalır. Bunun üzerine adam, “o halde borcunuzu ödeyin” der.
- 3 Felsefi paradokslar konusunda bakınız: Peter Cave, *This Sentence is False: An Introduction to Philosophical Paradoxes* (London: Continuum, 2009); Michael Clark, *Paradoxes From A to Z*, İkinci Baskı (London: Routledge, 2007). Felsefede ve mantıkta paradokslar önemli bir yere sahiptir. Çok çeşitli felsefi paradokslar söz konusudur. Bu felsefi paradokslardan birini aktarmak istiyorum: Plutark’ın aktardığı Yunan efsanesine göre, Girit’ten muzaffer dönen Theseus’un gemisi Atina’da hatıra olarak uzun süre muhafaza edilir. Zamanın geminin tahatları çürüdükçe yenileriyle değiştirilir. Öyle ki, bir gün geminin değiştirilmedik hiçbir parçası kalmaz. Bu durumda gemi hala Theseus’un gemisi sayılır mı, yoksa başka bir gemi haline mi dönüşmüştür? Gemi, antik filozoflar için tartışma konusu olur. Paradoksun çözümü için çeşitli öneriler ortaya atılmıştır. Bunu hukuka uygulayabiliriz. Örneğin bir Anayasa’nın maddelerinin büyük bir çoğunluğu değiştirildiğinde bu anayasa yeni bir anayasa mıdır?
- 4 Oren Perez, “Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 20.

bir paradoks da Richard Wollheim'in demokrasi paradoksudur. Wollheim bu paradoksu şöyle açıklamaktadır:

“Şimdi demokratik makinenin değerlendirmeler anlamında siyasal seçeneklerle beslendiğini kabul edelim. Değerlendirmeler daha önce belirlenmiş bir kurala göre bir araya getirilmekte ve bunun sonucunda makine kendi seçimini yapmaktadır. Bu durumda demokrasiyi kabul eden herkes makinenin belirleyeceği seçeneği kabul etmekle yükümlüdür.

Ama hemen bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bir vatandaşın demokratik makineye sunulmak üzere A'yı veya B karşısında A'yı tercih ettiğini düşünelim. Yapılan yoruma göre bu durumda vatandaşın, A'nın tercih edilmesi gerektiği konusunda düşüncesini ifade ettiği söylenebilir. Ve şimdi de bu ve diğer yapılan tercihlerle beslenen makinenin kendi seçimiyle ortaya çıktığını ve makinenin seçiminin B olduğunu varsayalım. Örneğimizdeki vatandaş, daha önce belirttiğimiz gibi açıkladığı düşüncesi A'nın kabul edilmesi gerektiği yolundayken; nasıl olur da, B'nin kabul edilmesi gerektiği biçiminde bir düşünmeyi gerektiren makinenin tercihinin kabul edecektir?”⁵

Ülkemizde 12 Eylül 2010 günlü yapılan anayasa değişiklikleri ile ilgili halk oylamasında anayasa değişikliklerini doğru bulmayan bir vatandaş düşünelim. Bilindiği gibi, halkoyuna sunulan anayasa değişikliklerine ilişkin kanunların yürürlüğe girebilmesi için halk oylamasında kullanılan geçerli oyların yarısından çoğunun kabul oyu olması gerekmektedir. Halk oylaması sonucunda anayasa değişikliğine “evet” diyenler kazandığında, değişikliklere “ha-

yır” kişi birbiriyle uyuşmayan iki düşünceye sahip olmaktadır. Yani hem anayasa değişikliğinin reddedilmesini hem de halk oylamasında “evet” sonucu çıktığı için kabul edilmesini istemektedir.

Hiç kuşkusuz, anayasa hukukunda paradokslara verilecek en önemli ve en ünlü örneklerden biri de İngiltere'deki parlamento egemenliğidir. Ünlü anayasa hukukçusu A. V. Dicey İngiliz Anayasasına göre parlamento egemenliği ilkesini parlamentonun istediği her türlü yasayı yapmak veya yapmamak hakkı ve bunun yanında da hiç kimsenin ve organın parlamentonun çıkardığı yasaları geçersiz kılmak veya iptal etmek yetkisinin olmaması olarak tanımlamıştır. Parlamentonun egemenliği kuralı şöyle ifade edilebilir: “Parlamento istediği her türlü yasayı yapmak ve yapmamak yetkisine sahiptir.”⁶ İngilizler parlamentonun egemenliğini esprili bir biçimde bazen şöyle ifade etmektedirler: İngiltere'de parlamento kadını erkek ve erkeği kadın yapmak dışında her şeyi yapabilir. Parlamentonun egemenliği ilkesinin şu üç hususu kapsadığı ileri sürülmektedir: 1) Parlamento her konuda yasa yapabilir veya yapmayabilir. 2) Parlamentonun kabul ettiği yasalar mahkemelerce herhangi bir nedenle iptal edilemez. 3) Hiçbir parlamento gelecek parlamentoları bağlayıcı yasa yapamaz.⁷ Ancak nasıl olur da egemen olan parlamento gelecek parlamentoları bağlayıcı yasalar yapamaz? Tartışma, “parlamento istediği her türlü yasayı yapmak veya yapmamak yetkisine” sahip olduğu kuralının, parlamentonun kendisine atıfta bulunamayacağı; çünkü kendine atıf yapan cümlelerin mantıksal olarak anlamsız olduğu noktasında ortaya çıkmaktadır.⁸

5 Richard Wollheim, “A Paradox in the Theory of Democracy”, *Philosophy, Politics and Society*, derleyenler Peter Laslett ve W. G. Runciman (Oxford: Oxford University Press, 1962), s. 78.

6 A. V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, with introduction by E. C. S. Wade (London: Macmillan & Co Ltd, 1959), s. 39-40. Bu kitabın ilk baskısı 1885 yılında yapılmıştır. Ayrıca bakınız: H. W. R. Wade, “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, 13, (1955), s. 172-197.

7 Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, s. 76-84.

8 Patrick Fitzgerald, “The ‘Paradox’ of Parliamentary Sovereignty”, *The Irish Jurist* (1972), s. 38.

Demek ki ortada, anayasalarda yer alan anayasaların nasıl değiştirileceğini düzenleyen hükümlerin değiştirilmesinde olduğu gibi, paradoksal bir durum vardır.

Bir başka soruyla bu konuya devam edelim. Egemen otorite nasıl anlaşılacaktır? Egemen otoritenin anlaşılması çok kolaydır. Siyasal sistemde en üstte yer alan otoritenin altında yer otoriteler, daha altta yer alan otoriteler üzerinde iktidara sahiptirler, ama kendileri üzerinde iktidarları yoktur; çünkü bu otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite daha üstte yer alır. Böylece en üstte yer alan otoritenin altında yer alan otoritelerin kendileri üzerinde iktidara sahip olmadıklarını söyleyebiliriz. En üst otorite veya egemen otorite ise kendileri üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite olacaktır. O halde egemen otorite şöyle tanımlanabilir: Sadece kendileri üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite egemen otoritedir.⁹

Böyle bir otorite olamaz; çünkü yukarıda tanımlandığı biçimde bir otorite “Russell Paradoksu”nu içermektedir. Russell paradoksu şöyle açıklanabilir. “Kendi kendisinin üyesi olmayan tüm kümelerin kümesi, kendisinin bir üyesi midir?” Eğer “üyesidir” dersek, tüm kümelerin kümesinin bu kümede işi ne? Çünkü bu küme sadece kendisinin üyesi olmayan kümelerin kümesidir. Eğer “üyesi değildir” diyorsak, bu kez de tüm kümelerin kümesi kendine üye olmayan bir küme olur, o zaman da tüm kümelerin kümesini bu kümeye dâhil etmemiz gerekir, ama bu durumda da bu küme kendine üye olabilen bir küme olur. Yani ortaya bir kısır döngü çıkmaktadır.

Demek ki Russell paradoksunda yanıtımız ister evet ister hayır olsun, çelişkiye

düşmekten kurtulamayız. Bunu biraz daha açıklayalım. Siz bu makalenin okuyucususunuz. Bu nedenle bu makalenin okuyucularının oluşturduğu kümeye dâhil olabilirsiniz. Bu makalenin okuyucularının oluşturduğu küme geniş veya büyük de olabilir dar veya küçük de. Sizin okuyucu olmanız yanında birçok başka özellikleriniz de söz konusu olabilir. Ama bu makalenin okuyucularından oluşan küme bu makalenin okuyucusu olamaz. Çünkü küme makale okuyamaz. Küme aynen sayılar gibi soyut bir kavramdır. Okuyucular kümesinin öğelerinin bu kümenin üyesi olabilmeleri için gereken özelliği okuyucu olmalarıdır. Bireyin herhangi bir özelliği o kümeyi belirleyebilir. Kuzular kümesinin özelliği öğelerinin kuzu olmasıdır. Ama kuzular kümesinin kendisi kuzu değildir. Böylece ortaya “kendisinin üyesi olmadığı” küme kavramı çıkmaktadır. Kendi kendilerine üye olmayan kümelere “normal kümeler” denebilir. Kendilerinin üyesi olmama özelliğine sahip bireysel kümeler bir araya gelebilir ve bir küme oluşturabilir. Böylece kendisinin üyesi olmayan küme kavramı ortaya çıkar. Kümelerin çoğu kendilerinin üyesi değildir. Ancak bazı kümeler kendilerinin üyesidir. Çay içmeyenlerin oluşturduğu kümeyi düşünün. Bu küme bazı insanları, birçok başka yarattığı, ağaçları, sayıları ve kümeleri içerecektir. Böyle olduğunda çay içmeyenlerin kümesi kendini de kapsayacaktır; çünkü kendi kendisine üye olabilecektir. Kendi kendisine üye olabilen kümelere de “anormal kümeler” denebilir. Russell’ın kümesi tüm normal kümeleri içine alan kümedir. Russell’ın kümesinin temel özelliği “kendisinin üyesi olmayan” kümelerden oluşmasıdır. Böylece Russell’ın kümesi hayvanlar kümesini, teneke kutuları kümesini, inşaatçıların kümesi gibi kendi

9 Bakınız: J.C. Hicks “The Liar Paradox in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 29 (2) (Nov. 1971), s. 281-283. Laurence Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 38 (2), (Nov. 1979), s. 377-378.

kendilerine üye olamayan kümeleri kapsayacaktır. Bu kümelerin kendisi hayvan, teneke kutu ve inşaatçı değildir. Kuşkusuz Russell'ın kümesi çay içmeyenler kümesi olamaz; çünkü bu kümenin kendisi kümenin üyesidir. Şimdi kaçınılmaz soruyla karşılaşlıyoruz: Russell'ın kümesinin kendisi nedir? Bu küme kendisinin üyesi midir? Russell'ın kümesinin kendisinin kümesinin üyesi olduğunu varsayalım. Bu durumda bu küme kendisine üye olabildiğinden kendisinin üyesi olamayacaktır. Şimdi de bu kümenin kendisinin üyesi olmadığını düşünelim. Bu durumda kendisinin üyesi olmayan öğelerin oluşturduğu kümenin üyesi olabilecektir. Ortaya kısır döngü çıkmaktadır. Demek ki Russell'ın kümesi gibi bir küme olamaz; çünkü ortada bir çelişki ve belirsizlik vardır.¹⁰

Russell paradoksunun daha anlaşılabilir şekli berber paradoksudur. Berber paradoksu da şöyledir: Bir berber, bulunduğu köydeki erkeklerden, yalnızca kendi kendini tıraş etmeyen erkekleri tıraş etmektedir. Bu durumda berberi kim tıraş edecektir? Kendini tıraş etmezse, kendini tıraş etmeyen herkesi tıraş ettiğinden, kendini tıraş etmeli. Kendini tıraş ederse, kendini

tıraş edenleri tıraş etmediğinden, kendini tıraş etmemelidir.¹¹

“Egemen otorite sadece kendileri üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olan otorite” olarak tanımlanacak olursa, böyle bir egemen otoritenin olamayacağı söylenebilecektir. Egemen otorite sadece ve sadece kendi üzerinde iktidara sahip olmayan otoriteler üzerinde iktidara sahip olduğuna göre, egemen olarak nitelediğimiz bu otorite kendi üzerinde de iktidara sahip olamayacaktır. O halde bu otorite egemen otorite değildir; çünkü her şeyi yapabilecek bir iktidara sahip olmadığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Bu ise bir paradokstur.¹²

Her şeyi yapabilen parlamentonun gelecekteki parlamentoları bağlayıcı yasa yapamaması bir paradokstur. Hemen anlaşılacağı gibi bu paradoks Tanrı paradoksunun benzeridir. Tanrı paradoksu şöyle ifade edilebilir: Her şeye gücü yeten Tanrı, kaldıramayacağı ağırlıkta bir kaya yaratabilir mi?¹³

HLA Hart İngiltere’de parlamentonun egemenliği dendiğinde, egemenliğin diğer nitelikleri yanında, parlamentonun gelecek

10 Bakınız: Peter Cave, *This Sentence is False: An Introduction to Philosophical Paradoxes* (London: Continuum, 2009), s. 48-49; Cemal Yıldırım, *Matematiksel Düşünme, Altıncı Basım* (İstanbul: Remzi Kitapevi, 2010), s. 82-83. Russell'ın paradoksunun matematiksel olarak açıklanışı için bakınız: Ali Nesin, *Matematik ve Korku* (İstanbul: Nesin Matematik Köyü Yayınları, 2008), s. 205-209.

11 İlk bakışta berber paradoksu yalancı paradoksuna benzemektedir: “Bu cümle yanlıştır.” Bu cümle eğer yanlırsa doğru, doğruysa yanlıştır. Ancak berber ve yalancı paradoksları arasında önemli bir fark vardır. Berber paradoksundaki çelişkiden tanımlandığı bir biçimde berber olamaz diyerek kurulabiliriz. Bu paradokstaki çelişki bu tanımlandığı biçimde bir berber olmasından kaynaklanmaktadır. Ancak yalancı paradoksunda bu şekilde reddedebileceğimiz bir varsayım bulunmamaktadır.

12 Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, s. 379. Egemenlik tanımı yukarıdaki gibi yapılmadığında paradoks da ortaya çıkmayacaktır. Russell, berber ve egemenlik paradokslarının içerikleri değil, biçimleri birbirine benzemektedir. Parlamento egemenliğinin tanımı yapıldıkça şu anki parlamentonun gelecek parlamentoların iktidarlarını sınırlandırabilmesi istenirken; aynı zamanda da gelecek parlamentoların şu anki parlamentonun sınırsız egemenliğinin aynısına sahip olması istenmektedir.

13 Tanrı paradoksu anayasayı değiştirme iktidarı gibi her şeye gücü yeten hukuksal iktidarlara da uygulanabilir. Nasıl olur da her şeye gücü yeten iktidar değiştirilemez bir biçimde kendini sınırlandırabilecektir? Mackie Tanrı paradoksunu basitçe şöyle ifade etmektedir: “Tanrının Gücü her şeye yeter; “Tanrı bütünüyle iyidir”; ama “kötülük de vardır”. Bu üç önerme arasında bazı çelişkiler vardır. Eğer bu üç önermeden herhangi bir biçimde ikisi doğruysa üçüncüsü yanlış olmak durumundadır. Bakınız: J. L. Mackie, “Evil and Omnipotence” *Mind*, 64 (April 1955), s. 200.

parlamentoları bağlayıcı yasa yapamaya-çağı biçiminde anlaşıldığını belirttikten sonra, ortaya çıkan paradoksun şöyle aşılabileceğini belirtmektedir:

“Ancak böyle bir Parlamentonun olması gerektiği yolunda ne mantıksal ne de doğal bir gereklilik bulunmaktadır. Söz konusu bu durum hukuksal geçerlilik kısıtası olarak kabul edebileceğimiz akla gelebilecek düzenlemelerden sadece biridir. Bu diğerleri arasında bir başka ilke vardır ki, aynı biçimde belki de daha iyi bir biçimde ‘egemenlik’ adını hak etmektedir. Bu ilke, Parlamentonun geri alınamaz bir biçimde gelecekteki yasama yetkisini sınırlandırma iktidarına sahip olmamasının yerine, geniş anlamda bu kendini sınırlandırma iktidarına da sahip olması gerektiğini söylemektedir. Böylece Parlamento en azından tarihinde bir kez şu anki doktrinin kabul ettiğinden daha geniş bir yasama yetkisi kullanabilecektir. Her ne olursa olsun, Parlamentonun varlığının her anında kendi koydukları dâhil olmak üzere her türlü hukuksal sınırlandırmalardan bağımsız olacağı, hukuksal olarak her şeye gücü yetme gibi müphem bir düşüncenin sadece bir yorumudur. İşin aslında gelecekteki Parlamentoların yasama yetkilerini etkilemeyen her türlü konuda *devam eden* (sürekli) egemenlik ile kullanılması sadece bir kez mümkün olabilen sınırsız ama *kendini kapsayan* egemenlik arasında bir seçim yapılmaktır. Her şeye gücü yetmenin bu iki türlü anlaşılışı, iki türlü her şeye kadir Tanrı anlayışıyla paralellik göstermektedir. Bir yanda varlığının her anında aynı güçleri kullanan ve bu nedenle bu güçlerini azaltamayan Tanrı ile gelecekte her şeye gücü yetmeyi yok edebilecek güçlere sahip Tanrı anlayışı söz konusudur.

Parlamentomuzun hangi tür egemenliğe – devam eden veya kendini kapsayan- sahip olduğu sorusu hukuku tanımlamada en son ölçüt olarak kabul edilen kuralın biçimiyle bağlantılı ampirik bir sorudur. Bu hukuk sisteminin temelinde yatan kural ile ilgili bir soru olsa bile, yine de bu sorunun herhangi bir zamanda, en azından bazı noktalar açısından, oldukça belirli bir yanıtı söz konusu olabilir. Böylece şu an kabul edilen kuralın açıkça bir çeşit devam eden egemenlik anlayışı olduğu söylenebilir; bu nedenle şu anki Parlamento yaptığı yasaların gelecekteki Parlamentolar tarafından kaldırılmasını engelleyemez.”¹⁴

Tanrı ve egemenlik paradoksu çok gizemli değildir. Kendi iktidarını sınırlandıran bir parlamento veya kaldıramayacağı ağırlıkta bir taş yaratan Tanrı, böyle bir olaydan sonra da kendisinden daha üstün iktidara sahip olmama anlamında, yine en üstün iktidara sahip olacaktır. Ama her şeyi yapabilme iktidarına sahip olmayacaktır. Goldstein şöyle bir örnek vermektedir: Herhangi bir yerde en üstün otoriteye sahip bir diktatör düşünelim. Bu diktatörün ülkede kendisi dışında kendi kendini sakatlamayı yasakladığını varsayalım. Eğer diktatör kendi kendini sakatlayacak olursa, kuşkusuz bu sakatlığı oranında iktidarından kaybedecektir. Ancak bu tür bir iktidar kaybı diktatörün en üstün otorite olduğu olgusunu değiştirmeyebilir.¹⁵

İncelemeye çalışacağımız paradoks şöyle açıklanabilir: Bilindiği gibi bazı hukuk kuralları başka birtakım hukuk kurallarının nasıl değiştirileceklerini düzenler ve kural olarak değişiklikleri düzenleyen kuralların kendisi de değiştirilebilir. Genellikle bu değişiklikler daha üstte yer alan ve yapılacak değişikliği düzenleyen kural-

14 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 1994) 149-150. Bu yapıtın ilk baskısı 1961 yılında yapılmıştır. Hart bu düşüncüyü J. L. Mackie’den esinlenerek geliştirmiştir. Bakınız: J. L. Mackie, “Evil and Omnipotence” *Mind*, 64 (April 1955). s. 211-212.

15 Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, s. 379-380.

lar tarafından gerekçeleştirilir. Değişikliği düzenleyen kural hukuk sisteminde en üstte yer olan kural ise, bu kural bu kuralın getirdiği usule uyularak değiştirilebilir. Paradoks, değişikliği düzenleyen kuralın kendisi, daha doğru bir söyleyişle, bu kuralın getirdiği usul kullanılarak değiştirildiğinde ortaya çıkmaktadır. Değişikliği düzenleyen kural anayasa gibi en üstte yer alan bir kural ise paradoks daha göze batır bir hale gelmektedir. Eğer anayasada yapılan değişiklik orijinalinden farklıysa veya orijinal kuralla çelişiyorsa veya yapılan değişiklik anayasa bir daha değiştirilemez bir duruma geliyor veya anayasa değişiklikleri yasaların değişiklikleriyle aynı düzeye getiriliyor ise paradoks en üst düzeyde olacaktır. Üzerinde durmak istediğimiz konu anayasalarda yer alan Anayasa'nın nasıl değiştirileceğiyle ilgili hükmün kendisinin değiştirilmesidir (self-amendment).

II- ALF ROSS PARADOKSU

Hukuka içten baktığımızda hukukun kendi kendini yaşatan, yaratan, değiştiren ve meşrulaştıran ve kendi kendine referansla bulunan kapalı bir sistem olduğu görülecektir. Yani modern hukuk kendine referans yapan, kendine başvuran bir sistemdir. Bu içsel perspektif açısından hukuk sadece kendi otoritesi altında değiştirilebilir veya meşrulaştırılabilir. Bu kapalı sistem paradokslar yaratır; çünkü bu, kendine referans yapan bir sistemdir. Bu sistemde hukuk kuralı kendi meşruluğu ve değişikliği için bir otorite olarak kullanılmaktadır. Hukuk filozofları bu tür bir sistemde ortaya çıkan çelişkiler, tutarsızlıklar ve çözümsüzlükler karşısında çok kez şaşkına dönmüşlerdir. İşte bu paradokslardan biri de “yalancı paradoksu”yla çok yakın akrabalığı olan Alf Ross paradoksudur. Anayasalarda Anayasa'nın kendisinin nasıl değişikliğini düzenleyen hüküm, yalancı paradoksunda

olduğu gibi, kendinden söz eden ve bu nedenle de çelişki yaratan bir hükümdür.

Sorun özet olarak şudur: Eğer bir anayasada anayasa değişikliği ile ilgili bir hüküm varsa, bu hükmün kendisi bu hükmün değiştirilmesinde kullanılabilir mi? Ortada paradoksal (çelişkili) bir durum var mıdır ve varsa bu yasal olabilir mi? Eğer bu durum yasal kabul ediliyorsa hukukun mantığı ne kadar mantıksal olmalıdır?¹⁶ Bu soruların yanıtlarını bulmaya çalışalım. Ancak bu sorulara yanıt bulmadan önce Alf Ross'un paradoksu açıklayışını inceleyelim.

Alf Ross'a göre kurallar yetki (yetkilendirme) kurallarına (rules of competence) uygun olarak çıkarılır. Yetki kuralı yasalastırmanın geçerli olacağı yeterli ve zorunlu koşulları belirler. Her türlü yetki kuralı bir otorite (authority) oluşturur. Bir başka deyişle, her yetkilendirme kuralı yasa yapma sürecini belirleyen koşulların bütününi gösteren bir otorite oluşturur. Yetki kuralının kendisi bir başka otorite tarafından yasalastırılmış yazılı bir hukuk kuralı olabilir. Böyle bir otorite de bir başka otorite tarafından yaratılabilir. Öncekinin geçerliliği sonrakinden kaynaklandığından, sonrakinin hukuk sisteminde daha üstte yer aldığı kabul edilmelidir. Bu durum sonsuza kadar gidemeyeceğinden varlığı bir başka otoriteden kaynaklanmayan en üstte yer alan bir otoritenin olması gerekir. Bu durum Alf Ross tarafından şöyle gösterilmektedir (O otorite ve Y yetki kuralı olmaktadır):

O1 Y1 tarafından oluşturulur; Y1 O2 tarafından çıkarılır;

O2 Y2 tarafından oluşturulur; Y2 O3 tarafından çıkarılır;

O3 Y3 tarafından oluşturulur; Y3 bir başka otorite tarafından çıkarılmamıştır.

16 Nir Kedar, “The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 101.

Ross’a göre sistemdeki en üst otorite O3’dür ve Y3 bu otoritenin temel normudur. Ancak nasıl oluyor da Y3 bir başka otorite tarafından çıkarılmamaktadır? Ross’un sorusu ve paradoksun kaynağı Y3’ün hukuksal varlığıdır. Ross’a göre bu sorunun iki olası yanıtı vardır:

(1) Y3 hukuksal olarak bir yasadır; yani bir pozitif hukuk kuralıdır. Bu yetki kuralı bir başka otorite tarafından çıkarılmadığından O3 tarafından çıkarılmış demektir.

(2) Y3 bir pozitif hukuk kuralı değildir. Yani Y3’ün hukuksal geçerliliği bir başka normun geçerliğinden kaynaklanmamaktadır. Y3 olgusal bir gerçektir veya sistemdeki herhangi bir kuralın geçerliği için bir önvarsayımdır.¹⁷

Alf Ross bu her iki sonucun da kabul edilemeyeceğini belirttikten sonra bu söylenenleri anayasa hukukuna şöyle aktarmaktadır: Ross’a göre her Anayasa’nın temel görevi yasama yetkisini belirlemektir. Eğer biz bunu yukarıda verilen örnekteki O2 olarak tanımlarsak anayasa yasa koyucunun yetkisini belirleyen kuralları (Y2) içerir. Eğer anayasada anayasayı değiştirme ile ilgili bir kural varsa bu kural (Y3) bir başka yasa-yapma sürecini saptar ve daha üstte yer alan otoriteyi ortaya çıkarır (O3). Buna anayasa hukukunda kurucu iktidar veya kurucu otorite denir. Eğer bir anayasa kendi koyduğu anayasayı değiştirme usulü dışında bir başka anayasayı değiştirme usulü ve otoritesi tanıımıyorsa, bu durumda O3 sistem içindeki en üst otoritedir ve Y3 de bu otoritenin temel normudur. Ross bu söylediklerine 1953 tarihli Danimarka Anayasasını örnek olarak vermektedir. Biz bu anlatılanları ülkemize uyarlırsak, 1982 Anayasasına göre, 175. maddede tanımlanan anayasayı değiştirme usulüne uygun olarak ortaya çıkan iktidar Türkiye’deki en

üst hukuksal otoritedir. Anayasa’nın 175. maddesi de Türk hukuk düzeninin temel normudur.

Temel sorun şudur: 1982 Anayasası’nın 175. maddesi, yani en yüksek otoriteyi (O3) oluşturan Y3 nasıl değiştirilebilecektir? Ross’a göre Y3’ün hukuksal varlığı sorusuna verilebilecek iki yanıt olabilir:

(1) 175. maddede yer alan usule uyularak, yani 175. maddenin ortaya çıkardığı kurucu iktidar (O3) tarafından değiştirilebilir veya

(2) Bu maddeyi değiştirmede kullanılacak herhangi bir hukuksal usul yoktur; çünkü 175. maddenin geçerliliği olgusal bir gerçekliktir ve hukuksal geçerliliğini bir başka normdan almaz. Bu söylenenler bu maddenin değiştirilemez olduğu anlamına gelmez. Nasıl ki bir hukuksal örf ve adet kuralının yerini bir başka örf ve adet kuralı alabiliyorsa; bir temel normun yerini bir başka temel norm alabilir. Ancak her iki durumda da bu geçiş hukuksal bir süreç veya usul içinde gerçekleşmemiş olacaktır. Bu bir olgudur. Yani bir başka örf ve adet kuralının veya hukuksal düzenin temel taşı olarak bir başka temel normun kabul edilmesi sosyo-psikolojik bir olgudur.¹⁸

Ross bu her iki yanıtın da kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. İlk yanıt –temel normun en üstte yer alan otorite tarafından çıkarıldığı veya bir başka deyişle, temel normun kendi koyduğu kurallara göre değiştirildiği- kabul edilemez; çünkü bu “kendi kendine atf yapan cümle” veya “kendinden söz eden cümle” (özgöndergesel cümle) olmaktadır. Kendine atf yapan cümleler felsefede (mantıkta) anlamsız olarak kabul edilmektedir; çünkü bu tür cümleler çelişki yaratmaktadır. Bu nedenle temel normun kendi koyduğu kurallara

17 Alf Ross, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* (January, 1969), s. 2-3.

18 *Ibid.*, s. 4.

göre değiştirilebileceği varsayımı çelişkiler içermektedir.

1982 Anayasası'na göre hukuksal sistemde en üstte yer alan otorite Anayasa'nın 175. ve 4. maddelerinde belirlenen anayasayı değiştirme iktidarındır ve bu maddeler Türkiye'deki hukuksal sistemin temel normudur. Temel normla belirlenen otorite bu otoritesini başkasına terk edemez; çünkü Ross'a göre bu mantıksal açıdan anlamsız olacaktır. Şöyle bir örnekle bu durumu açıklamaya çalışalım:

- Madde 175: Anayasa'nın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının beşte üç çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderebilir. Meclis, geri gönderilen Kanunu, üye tamsayısının üçte iki çoğunluğu ile aynen kabul ederse Cumhurbaşkanı bu Kanunu halkoyuna sunabilir. Anayasa'nın 4. maddesine göre de, Anayasa'nın 1. maddesindeki Devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile 2. maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri ve 3. maddesi hükümleri değiştirilemez ve değiştirilmesi teklif edilemez.¹⁹

- Yeni 175. madde, 175. maddedeki usule uyularak değiştirilmiştir. Madde şu şekle bürünmüştür: Anayasa'nın değiştirilmesi Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az üçte biri tarafından yazıyla teklif edilebilir. Anayasa'nın değiştirilmesi hakkındaki teklifler Genel Kurulda iki defa görüşülür. Değiştirme teklifinin kabulü Meclisin üye tamsayısının salt çoğunluğunun gizli oyuyla mümkündür. Cumhurbaşkanı Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları, bir daha görüşülmek üzere Türkiye Büyük Millet Meclisine geri gönderemez. Anayasa'nın 4. maddesi de yürürlükten kaldırılmıştır.

- Sonuç: Yeni 175. madde geçerlidir ve 4. madde de kaldırılmıştır. Yani Anayasa değişiklikleri bundan böyle Meclis üye tamsayısının salt çoğunluğuyla değiştirilebileceği gibi ilk üç maddede de değişiklikler yapılabilecektir.

Varılan bu sonuç ilk bakışta doğru gibi gözükmeyle birlikte, Ross bunun mantıksal olarak mümkün olamayacağını ileri sürmektedir; çünkü bu çıkarımda ortaya çıkan sonuç önermelerden biriyle (ilk öncülle) çelişmektedir. Bu durum mantıksal olarak anlamsızlık demektir; çünkü ortaya çıkan yeni 175. madde ilk öncülle çelişmektedir.²⁰

19 *Anayasa Mahkemesi E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı ve 5 Haziran 2008 günlü kararında şöyle demektedir: "Yürürlükteki Anayasamızın öngördüğü düzen, anayasal normlar bütünü ve bu bütünü somutlaştıran ilk üç maddede ortaya çıkan bir anayasal düzendir. Kurucu iktidarın siyasal düzene ilişkin temel tercihi Anayasa'nın ilk üç maddesinde, bunun somut yansımaları ise diğer maddelerde ortaya çıkmaktadır. 4. madde ise ilk üç maddenin güvencesi olma niteliği itibarıyla doğal olarak değiştirilmezlik özelliğine sahiptir. Bu durumda Anayasa'nın 4. maddesi dâhil olmak üzere her bir maddede yapılacak değişikliklerin siyasal düzende değişikliklere ve kurucu iktidarın yarattığı anayasal düzende dönüşümlere yol açması mümkündür. O halde Anayasa'nın diğer maddelerinde yapılacak değişikliklerle Anayasa'nın 4. maddesinin yasama organı için çizdiği sınırların aşılma olasılığı göz ardı edilemez."*

20 Alf Ross, "On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law", *Mind* (January, 1969), s. 5. Herhangi bir kuralın belirli bir otorite tarafından geçerli olarak yasalaştırıldığını söylediğimizde yapılan mantıksal çıkarsamada ilk öncül yetki kuralına uygun olarak geçerli bir normun nasıl oluşturulacağını belirlemekte; ikincil öncül bu koşulların yerine getirildiğini göstermekte ve sonuç da geçerli bir normun yaratıldığını ortaya koymaktadır. Örneğin: C1, C2 ve C3 koşullarına uygun olarak ortaya çıkmış bir norm geçerlidir. N normu C1, C2 ve C3 koşullarına uyularak çıkarılmıştır. O halde N normu geçerlidir.

Ross'un verdiği daha az karmaşık bir örnekle bu konu daha iyi açıklanabilir. Eğer mutlak bir monarşide hükümdar ülkesine özgürlükçü ve demokratik bir anayasa yapacak olursa, bu hukuksal açıdan iki şekilde yorumlanabilir. Bu yeni Anayasa'nın hükümdarın sahip olduğu mutlak iktidar nedeniyle geçerlilik kazandığı ve bu nedenle de hükümdarın en üst otorite olmaya devam ettiği söylenebilir. Bu durumda hukuk sisteminde eski temel norm geçerli olmaya devam eder ve bu yeni düzen her an bu düzeni yaratan mutlak iktidar tarafından geri alınabilir. Sistemin arkasında yatan önvarsayım veya temel ideoloji değişmemiştir. Ya da yeni Anayasa'nın hükümdar tarafından bir daha geri alınamayacak bir biçimde yapıldığı düşünülebilir. Bu durumda bu Anayasa'nın hükümdarın mutlak iktidarından kaynaklandığı söylenemez. Mantıkta temel dayanaklarla çelişen bir sonuca ulaşmak mümkün değildir. Hükümdarın kendi elleriyle egemenliği elle tutulan bir obje gibi halka verebileceği düşüncesi tümüyle sihirli bir egemenlik düşüncesine dayanır. Sonuç olarak yeni anayasa ya eskisinden (eski temel normdan) kaynaklanmaktadır ve eğer durum böyleyse gerçekte yeni bir anayasa yok demektir ve hükümdarın mutlak iktidarı değişmeden sürmektedir. Veya yeni anayasa eskisinin yerine geçmiştir. Durum böyleyse bu yeni anayasa eskisinden kaynaklanamaz.²¹

Ross bu konuda başka bir örnek daha vermektedir: Anne-baba otoritesinin temel normunun şöyle olduğunu düşünelim: Ço-

cuklar (S) her açıdan mutlak bir biçimde babalarının (F'nin) iradesine uymak zorundadır. Eğer F, S'ye benim emirlerime artık uyma derse, bu serbest bırakma bu temel normdan kaynaklanamaz; çünkü sonuç (serbest bırakma) ilk öncülle (ebeveyn otoritesiyle ilgili temel normla) çelişmektedir. Bir başka deyişle, eğer S babası F böyle söylediği için babasının emirlerinden bağımsız olarak hareket edecek olsa dahi hâlâ ebeveyn otoritesini kabul etmektedir ve gerçek anlamda özgür olamamıştır; çünkü babasının vereceği yeni bir emirle bu özgürlüğü sonlanabilir. Benzer bir biçimde bir ülkede temel normun meclisteki milletvekillerinin yüzde 60'nın oylarıyla anayasa değiştirilebileceğini kurallastırdığını varsayalım. Eğer bu çoğunluk gelecekte anayasa değişikliği için milletvekillerinin yüzde 70'nin çoğunluğunun oyunun gerekli olduğuna karar verecek olursa, bu yeni temel norm eskisinden kaynaklanamaz.²²

Ross'a göre ikinci yanıt da (yani temel normun (175. maddenin) pozitif bir hukuk kuralı olmadığı ve bu nedenle herhangi bir biçimde hukuksal bir süreçle değiştirilemeyeceği) sağlam değildir; çünkü anayasa değişikliğini düzenleyen kuralın kendi koyduğu kurallara uyularak değiştirilebileceği şeklinde toplumda var olan çok yaygın görüşle çelişmektedir. Anayasa'nın 175. maddesinin bu maddede yer almayan bir başka usulle değiştirilmesi halk, politikacılar ve mahkemeler tarafından yasal bulunmayacaktır.²³ Ancak Ross'a göre eğer halkın anlayışı rasyonel terimlerle ifade

21 Alf Ross, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons Limited, 1958), s. 82-83.

22 Ross, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* (January, 1969), s. 5.

23 17/5/1987 günlü, 3361 sayılı “7/11/1982 Tarih ve 2709 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 67, 75, 175. Maddelerinin Değiştirilmesi ve Geçici 4. Maddesinin Yürürlükten Kaldırılması Hakkında Kanun'un 4. maddesinin ikinci fıkrası hükmünün Anayasa'nın 104, 175. ve geçici 9. maddelerine aykırılığı nedeniyle iptali istenmiştir. Dava dilekçesinde iptal istemine gerekçe olarak, özetle; Anayasa'nın geçici 4. maddesinin yürürlükten kaldırılmasını öngören 3301 sayılı Kanunun 4. maddesi, Anayasası'nın değiştirilme usulünü saptayan, işbu değişiklikten önceki 175. maddenin öngördüğü teklif ve kabul çoğunluklarına uyularak konulmuş olduğuna ve Cumhurbaşkanlığı tarafından da geri gönderilmediğine göre, Resmi Gazete'de yayımlandığı gün yürürlüğe girmesi gerekirken, söz konusu maddenin “Bu hükmün onaylanarak yürürlüğe gire-

bilmesi için halkoyuna sunulması zorunlu olup halk oylaması, Anayasa'nın 175. maddesinin bu Kanunla değişik hükümlerine göre yapılır." biçimindeki ikinci fıkrası hükmü ile, maddenin yürürlüğe girebilmesi, halk oylaması sonucunda onaylanmış bulunması koşuluna bağlanmıştır. Bu hususun Anayasa'nın değişikliğinden önceki, 175. Cumhurbaşkanına Anayasa değişikliklerine ilişkin kanunları gerekli gördüğü takdirde halkoyuna sunmak yetkisini veren 104. ve keza Cumhurbaşkanı'na, elli süre içerisinde yapılması olan Anayasa değişikliklerini TBMM'ne geri gönderme yetkisi veren Geçici 9. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür. Anayasa Mahkemesi şöyle bir karar vermiştir: "Anayasa Mahkemesi'nin görev ve yetkilerini belirleyen Anayasa'nın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerine ilişkin yasaların esas yönünden denetimine yer verilmediği gibi, bunların biçim yönünden denetimleri de, teklif ve oylama çoğunluğuna ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlı tutulmuştur. İptali istenen bu sınırlı sebeplerden herhangi birine ilişkin bulunmadığı sürece davanın dinlenmesi olanağı yoktur. Dava dilekçesinde ileri sürülen hususlar Anayasa'nın 148. ve Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 21. Maddelerinde sayılı ve sınırlı olarak belirlenen şekil bozukluklarından değildir. Bu itibarla işin esasına girilmeden yetkisizlik nedeniyle davanın reddine karar verilmesi gerekir." E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 18.6.1987. Yekta Güngör Özden bu karara yazdığı karşı oy yazısında şöyle demektedir: "Anayasa değişiklikleri, 1982 Anayasası'nın bu konuya özgün 175. Maddesine uygun biçimde yapılır ve ayrıca, ilk altı yılda, Geçici 9. Madde'nin öngördüğü yöntemle uygun gerçekleştirilir. Daha açık ve yalın bir anlatımla, yürürlükteki 175. Maddeye aykırı bir değişiklik geçerli olmaz. 175. Madde değiştirilmeden, değiştirilebilecek sürekli ya da geçici öbür maddeler bu maddeye aykırı içerikte değiştirilemezler. Değiştirme ancak yürürlükteki kaynak dayanak -özel maddeye uygun biçimde yapılabilir. Ancak; Anayasada bulunmaması gereken bu yasakları düzenleyen Geçici 4 maddenin yukarıda özetlediğim 175. ve Geçici 9. Maddelere göre değiştirilmesi açık -seçik bir anayasal zorunluluktur. Bu maddelere aykırı değişiklikler, kanunca, "yok" sayılmalıdır. Olayda, Anayasa'nın Geçici 4. Maddesi, "Anayasa'nın değiştirilmesi" başlıklı Anayasa'nın 175. maddesi değişikliği yürürlüğe girmeden, onunla birlikte değiştirilmiştir. Değişiklikleri içeren 17/5/1987 günlü, 3361 no'lu Yasa'nın 3. maddesi Anayasa'nın 175. maddesini değiştirmekte, 4. maddesi de Anayasa'nın Geçici 4. Maddesini kaldırmaktadır (Birinci fıkrada), Yasa, böylece, 18 Mayıs 1987 günlü, mükerrer 19464 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Daha sonra, 23/5/1987 günlü, 3376 no. lu "Anayasa Değişikliklerinin Halk Oylamasına Sunulması Hakkında Kanun" 23/5/1987 ile yürürlüğe konulmuştur. 175. madde, tüm Anayasa değişikliklerinin özel maddesi olduğundan içeriği yasama organınca 4. madde gözetilerek istenildiği gibi değiştirilip daha önce yürürlüğe konulsa idi, ona uygun değiştirilmesi zorunlu Geçici 4. madde de şimdiki gibi değiştirilir ve bir aykırılık oluşmazdı. Şimdi ise, iptali istenen yasanın 4. maddesinin birinci fıkrasının Geçici 4. madde'yi kaldırmasına karşın, ikinci fıkrası bu hükmün "onaylanarak yürürlüğe girebilmesi"ni önceden bulunmayan zorunlu halk oylaması koşuluna bağlamıştır. Böyle "zorunlu" bir halk oylaması koşulu ve kendisine dayanılması zorunlu Anayasa'nın önceki 175. maddesinde, ne yeni 175. maddede, ne de Geçici 9. maddede vardır. Dayanaklarda olmayan koşul, bunlara uygun biçimde yasalaşması zorunlu 4. maddede hiç olmaz. Olursa, Anayasa'ya aykırılık oluşur; incelenen 4. madde önceden olmayan sonra da öngörülme zorunlu halk oylaması koşulunu yapıpında taşıdığına, kendisi böyle yeni bir ögeyi getirdiğine göre bu aykırılık nasıl getirilmiştir, getirilmesi özlemi, biçimle mi ilgilidir, biçimle ilgili ise Anayasa'nın 148. maddesinin ikinci fıkrasıyla sınırlanmış üç koşuldan birisi ya da ikisi kapsamında mıdır? Sorunun çözümü bu irdelemeyle olanaklıdır. 175. maddeye göre değişiklikler, kabul oyuyla tamamlanmaktadır. Cumhurbaşkanı isterse halkoyuna sunacaktır. Tutanaklar teklif çoğunluğu olduğunu, ivedilikle görüşülemeyeceği koşuluna uyulduğunu ve zorunlu bulunan üye tamsayısının üçte iki çoğunluğunu çok aşan 376 oyla kabul edildiğini göstermektedir. Bir yasanın yasama organında kabulü ile yasalaşma evresi tamamlanır. Yasama organı, yürürlüğünü de belirler. Cumhurbaşkanı'nın yayımlama (Anayasa mad. 89/1) işlemi kalır ki bunlar biçimsel gereklerdir. Geri gönderilmedikçe yasalaşmanın doğal sonuçlarıdır. O halde, Anayasa'nın Geçici 4. maddesini kaldırarak, incelenen 4. madde yeterli koşullarına uygun biçimde kabul edilmekle yasalaşması tamamlanmış olmalıdır. Oysa, zorunlu halk oylaması yolu açılarak yasalaşma ona bırakılmıştır. Bu, olağan bir "onama" değildir. Öyle olsa, olumsuz biçimi bulunmazdı. Anayasa'nın 87. maddesiyle TBMM'ne tanınmayan, temsili sisteme, katılımcı, çoğulcu demokrasiye ters düşen, salt hukuksal, teknik konularda halkı bir ceza yargıci yerine koyarak kimi yurttaşların en doğal hakları konusunda gereksiz bir karar vermeye zorlayan, 175. ve Geçici 9. maddelerde yer almayan zorunlu halk oylaması hükmü yasalaşmayı TBMM dışına çıkarıp bir ek koşula bağlamakla kalmamış, yasama organının kabul oyuyla Halk oylamasına değin askıya alarak geçerli ya da geçersiz olmasını, yürürlüğünü halk oylaması'nın olumlu sonucuna ertelemiştir. Böylece yasama organının kabul oyu, varlığını, etkinliğini yitirmiştir. Kabul oyu yasalaşmayı tamamlayıcı, bitirici öge olmaktan çıkarılmaktadır. Bu durum. Anayasa değişiklikleri için Anayasa'nın 148. maddesinin inceleme-denetleme yetkisini tanıdığı "oylama çoğunluğu"yla doğrudan ilgilidir. Oylama çoğunluğunu değiştiren, erteleyen, kaldıran, TBMM dışı yeni ve gereksiz bir yöntemle bağlayan, Anayasa'nın 175. ve Geçici 9. maddesine aykırı hüküm kesinkes sakattır. Bu saptama, biçim yönünden iptali gerektirir."

edilemiyorsa çelişki ortadan kalkmış değildir. Böylece Ross ilk yanıtın mantıksal olarak imkânsız olduğunu ve ikinci yanıtın ise kimse tarafından savunulmadığını ispatladığını ileri sürerek paradoksun bu yanıtlarla çözülemeyeceğini belirtmektedir.

III- ALF ROSS'A GÖRE PARADOKSUN ÇÖZÜMÜ

Ross paradoksun çözümünü, çözüm için önerilen ilk yanıtı değiştirerek gerçekleştirmeye çalışmıştır. Ross bu konuda şunları belirtmektedir:

“Çözüm için her türlü girişimin bir normun geçerliliğinden temel normla *N ile çelişen başka* bir normun geçerliliğini sağlamanın imkânsız olduğu ilkesini terk etmemesi gerekir. Bu nedenle, bir hukuk sisteminin temel normu herhangi bir hukuksal usulle değiştirilememelidir. Eğer bir sistemin temel normu gerçekte değiştirildiyse, bu değişiklik sistemde yer alan herhangi bir yetki kuralından (anayasa değişikliğini düzenleyen hükümden) kaynaklanamaz. Bu görüş çıkarsamayla ilgili teorilerle tam bir uyum içinde olduğundan çok olağanüstü bir görüş olarak düşünülemez. Nedenler ve kanıtlar zinciri bir yerde durmak zorundadır; bütün çıkarımların en son temelini oluşturan bazı aksiyomlar (temeller) olmalıdır ve bu nedenle bunların kendisi sistem içinde gösterilemez.

Eğer yetki normundan bu norma aykırı hiçbir normun elde edilemeyeceği kabul edilecek olursa, bu yetki kullanılarak *yetkinin terk edilmesi düşüncesinin kendisi* de sakattır. Temel norm en üst otoriteye sınırsız yetki verse dahi, bu durumda en üst otoriteye iktidarını bir başka otoriteye terk etme veya genel olarak yetkisini sınırlandırma iktidarlara verilmiş olmaz. Eğer bu anlaşılmadıysa, herkesin çok iyi bildiği her

şeye gücü yetme paradoksuna başvurabiliriz: Tanrı kaldıramayacağı ağırlıkta taş yaratabilir mi?”²⁴

Bu söylenenler şöyle basitleştirilebilir: Ross iki öncül geliştirmiştir: (a) Bir normun geçerliliği kendisiyle çelişen normdan kaynaklanamaz (bu bize yukarıda belirtilen öncüllerle sonuçların arasındaki çelişkilerin çözümünü bize açıklamaktadır). (b) (a) öncülü nedeniyle sistemin temel normu hangi anayasa değişikliği yöntemi kullanılırsa kullanılsın aynı kalacaktır.²⁵

Yukarda belirlenen koşullara uyulduğunda, Ross, çözümün Danimarka Anayasasının 88. maddesinin –yani, genel olarak belirtilecek olursa, en üst otoriteyi oluşturan ve bu durumda kurucu otorite olan norm- sistemin temel normu olmadığı düşüncesine dayanması gerektiğini belirtmektedir. Her ne kadar, anayasa değişikliği usulünü belirleyen daha yüksek bir norm yoksa da (eğer olsaydı bu en üst otoriteyi ortaya çıkarırdı); yine de 88. maddeye koşullu geçerlilik veren ve daha üstte yer alan bir norm daha vardır. Bu norm sistemin değiştirilemeyen temel normudur.²⁶

Ross’a göre hem bu öncüllere uyum hem de Anayasa’nın 175.maddesini değiştirebilmek için şu çözüme başvurmak gerekmektedir: Yapılacak ilk şey Anayasa’nın 175. maddesini Türk hukuk sisteminin temel normu olarak kabul etmemek olacaktır. Ross’a göre ancak böyle düşünüldüğünde, 175. madde mantıksal sorunlarla karşılaşmadan değiştirilebilir.

Ross bunu anne-baba otoritesi örneği vererek açıklamaktadır. Anne-baba otoritesi gibi mikro bir sistemde temel Norm (No) şöyle olacaktır: “Ebeveynlerine itaat et”. Daha önce gördüğümüz gibi, Ross ebeveynlerin bu otoritelerini veya yetkile-

24 Ross, 1969, s. 21.

25 Virgilio Afonso da Silva, “A Fossilised Constitution?”, *Ratio Juris*, Vol. 127 No 4 (December 2004), s. 464.

26 Ross, 1969, s. 22.

rini başkalarına devredemeyeceklerini düşünmektedir. Ancak bu onların bu konuda başkalarına yetki veremeyecekleri anlamına gelmez. Yani ebeveynler yetki verebilir (delegation) ama yetkilerini devredemezler (transfer). Ebeveynler şu tür kurallar koyabilirler: (N1) “Yokluğumuzda A’ya itaat edin” veya (N2) “yokluğumuzda A’ya itaat edin; eğer A bir başka yere giderse biz gelene kadar B’ye itaat edin.” Sonuç olarak şu normu kabul etmek mümkündür: “Bizim yokluğumuzda A, B’yi halefi olarak belirleyene kadar A’ya; B halefini belirleyene kadar B’ye itaat edeceksiniz.” Bu böyle sürüp gidebilir. Bu ortaya çıkan normlar geçerlidir; çünkü bu normların geçerliliği temel normdan (No) kaynaklanmaktadır ve bu normlar temel normla da çelişmemektedir. Ebeveynler yetkilerini terk etmeyip, sadece yetki verdikleri için temel norma (No) aykırılık söz konusu değildir. (No) temel norm olarak kalmaktadır. Bir başka deyişle, N1 ve N2 geçerlidir; çünkü temel normdan (No) kaynaklanmaktadır.²⁷

Alf Ross’a göre paradoks eğer biz yukarıda verdiğimiz örnekteki gibi anayasa hukukunda da anayasa değişikliği ile ilgili kuralları içeren hukuk düzeninin geçerliğinin en son temeli olan bir temel normun varlığını varsayarsak çözülecektir. O halde Türk hukuk sisteminin temel normu Ross’a göre şöyle olmalıdır:

No: 175. maddede oluşturulan otoriteye bu otorite halefini (ardılını) *yani yerine geçen otoriteyi belirleyene kadar ve ondan sonra da bu otorite yeni halefini belirleyene kadar ve buna benzer biçimde süresiz olarak devam etmek üzere itaat edin.*

Böyle olduğunda Anayasa’nın 175. maddesindeki biçim kurallarına uyularak Anayasa’nın değiştirilebilmesi ve bu değişikliğin 175. madde nedeniyle değil, temel

norm (No) nedeniyle geçerli olduğu anlaşılmaktadır. Anayasa değişikliğinin nasıl yapılması gerektiğini hükme bağlayan 175. maddenin değiştirilmesi sistemin temel normunu değiştirmemektedir. No’nun kendisi hukuksal olarak sistemin değiştirilemez temel normudur. Bu hipotez sayesinde anayasayı değiştirmeyi düzenleyen kurallar konusunda yaptığımız yorumlar herhangi bir düşünülülük (reflexivity), yani hükmün kendinden söz etmesi durumunu içermemekte ve bu nedenle yeni 175. maddenin eski 175. maddeden kaynaklanması da bir çelişki oluşturmamaktadır.²⁸

Böylece Ross bize hukuk sisteminin Kelsenci *grundnormu* gerektirdiğini ve *grundnormun* bu hukuk sistemini bir arada tuttuğunu söylemektedir. Ross önemli bir sorunu, temel normların geçerliliği sorununu ortaya çıkarmaktadır. Ross’un bulduğu çözüm kabul edildiğinde *grundnorm dışında yer alan bütün hukuksal normlar değiştirilebilecektir.*

IV- ALF ROSS PARADOKSUNUN VE ÇÖZÜMÜNÜN ELEŞTİRİSİ

Baştan şunu belirtmek gerekir ki, Peter Suber’in belirttiği gibi, mantıksal olarak imkânsız olanın hukuksal olarak da imkânsız olacağını söylemek felsefi olarak küstahça bir tavır olacaktır. Ayrıca böyle bir sav hukuk tarihini bilmemek demektir; çünkü anayasa değişikliklerini düzenleyen hükümler bu hükümlerin getirdiği usullere uyularak değiştirilmişlerdir. Bugün de anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün bu hükmün getirdiği usule uyularak değiştirilmesine karşı çıkılmamaktadır. Bu nedenle Alf Ross’un düşünceleri teorik kalmaktadır. Bu söylenenlerin yanında, Suber’in belirttiği gibi, mantıksız olanın hukuksal olarak da geçersiz olması gerektiği görüşü, değişik ve yeni bir doğal hukuk görüşüdür.

²⁷ *Ibid.*, s. 22-23.

²⁸ *Ibid.*, 1969, s. 24.

Bu görüşe göre insanların yaptığı yasaların ahlak yasalarına uygunluğu değil, mantık yasalarına uygunluğu aranmaktadır. Bu nedenle geleneksel doğal hukuk görüşüne yapılan itirazlar bu yeni doğal hukuk görüşü için de geçerlidir. Eğer insanların yaptığı yasalar ahlak kurallarına aykırı olmalarına rağmen, hukuksal olarak geçerli kabul edilebiliyorsa, mantık kurallarına aykırı olduklarında da hukuksal olarak geçerli kabul edilebilmelidir. Aşkın veya üstün bir ahlak veya mantık testinin hukuk testlerinin yerini aldığı ve yasa olup olmamanın bu teste göre belirlenmesi durumunda ise hukuk ahlak veya mantık haline gelmiş olacaktır. Kuşkusuz hukuk her zaman mantıksal ve ahlaksal eleştirilere açıktır. Mantık kuralları veya ahlak kuralları göz önüne alınarak hukuk eleştirilebilir. Ancak hukuk mantık veya ahlak da değildir.²⁹

Alf Ross’un görüşlerine yapılan eleştiriler genellikle iki noktada toplanmıştır. Bunlardan ilki kendinden söz eden cümlelerin her zaman anlam yoksunluğuna neden olmayacağı,³⁰ ikincisi de usa vurmada ortaya çıkan sonucun öncüllerden biriyle çelişmesinin mutlaka varılan sonucun yanlış olduğunu göstermediği şeklinde olmuştur.³¹ Yapılan eleştirilerin tümünün incelenmesi mümkün değildir. Biz burada bu eleştirilerden bazılarını aktarmaya çalışacağız.

Profesör Ross önermelerin veya cümlelerin kendilerine atıfta bulunmamaları gerektiği yolundaki mantıksal doktrinin genel olarak mantıkçılarca kabul edildiği-

ni söylemektedir. Bu iddiaya iki türlü karşı gelinebilir. Her şeyden önce yasaların ve anayasaların dil bilgisindeki cümleler olmadıkları ve bu nedenle bu kuralın yasalara uygulanmasının kabul edilemeyeceği iddia edilebilir. Kendine başvurmanın mantıkçılarca toptan reddi de söz konusu değildir. Bazı kendine başvurma biçimleri, örneğin “Bu cümle Türkçedir”, “Bu cümleyi fısıldayarak söylüyorum”, “Bu cümlede beş sözcük vardır” veya “Bu cümle 30 Haziran 2010 günü yazılmıştır” ifadeleri mantıksal olarak sakıncalı değildir. Karl Popper bize mantıksal olarak herhangi bir sakınca taşımayan birçok örnek cümlelere vermekte ve ünlü matematikçi ve mantıkçı Kurt Gödel’in modern zamanların en önemli mantıksal keşiflerini kanıtlarken kendine başvuran bir önerme olan, “Bu ifade iyi oluşturulmuş bir formüldür” biçimindeki cümleyi kullandığını hatırlatmaktadır.³²

Laurence Goldstein, Alf Ross’un görüşlerini eleştirmektedir. Yukarıda açıklandığı gibi, Profesör Ross Anayasa değişikliğini düzenleyen 1953 tarihli Danimarka Anayasasının 88. maddesinin Danimarka hukuk düzeninin temel normu olduğunu söylemektedir. Ross, Danimarka Anayasasının 88. maddesinin geçerliliğinin nasıl sağlandığı veya 88. maddenin nasıl değiştirileceği sorulup da bunlara yanıt bulunmaya çalışıldığında paradoksun ortaya çıktığını iddia etmektedir.

Madde 88: Anayasa C1, C2 ve C3 koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirilebilir.

29 Peter Suber, “Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law”, s. 2. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: Stanford Literature Review, 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın “The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change” (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özetidir.

30 Joseph Raz, “Professor A. Ross and Some Legal Puzzles”, Mind 81 (1972), s. 415-421.

31 Norbert Hoerster, “On Alf Ross’s Puzzle in Constitutional Law”, Mind Vol. 81, No. 323 (Jul., 1972), s. 422.

32 Karl Popper, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, Karl Popper, Conjectures and Refutations (London: Routledge, 2002), s. 409-418. Bu yazı ilk olarak şu dergide yayımlanmıştır: Karl Popper, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, Mind, 63 (1954) s. 162-169. Ayrıca bakınız: Patrick Fitzgerald, “The ‘Paradox’ of Parliamentary Sovereignty”, The Irish Jurist (1972), s. 38-39.

Madde bu biçimde kısaltıldığında bu cümlelerin süjesi (konusu) 88. maddenin bir parçası olduğu anayasa olduğundan cümle kendine başvuran (referans yapan veya işaret eden) cümle olmaktadır ve bu da söz konusu paradoksu yaratmaktadır. Goldstein kendine başvuran cümle söz konusu olduğunda iki tür paradoksun ortaya çıktığını belirtmektedir. Güçlü paradoksal durumda karşıtlık, zıtlık veya çelişki söz konusudur. Örneğin, “Bu cümle yanlıştır” ifadesinde güçlü bir paradoksal durum söz konusudur. Oysa “Bu cümle doğrudur” ifadesinde ise bu denli bir karşıtlık veya çelişki yoktur; ama hâlâ anlamsızlık söz konusudur. Yani bu cümlede zayıf bir paradoksal durum vardır. Goldstein kendine başvuran cümlelerin mutlaka çelişkili olacağını söylemeyeceğini iddia etmektedir. Goldstein bu durumun Alf Ross tarafından da kabul edildiğini ve yazarın “gerçek kendine başvurma” ile “sahte kendine başvurma” arasında ayırım yaptığını belirtmektedir. “Bu cümle yanlıştır.” ifadesi gerçek anlamda kendine başvurmaz; çünkü bu durumda kişi aynı cümlelerin anlamına başvurarak, o cümlelerin anlamını ifade etmeye çalışmaktadır. Alf Ross’a göre “sahte kendine başvurma” zararsızdır ve bir paradoks ortaya çıkarmaz. Ama Ross Danimarka Anayasasının 88. maddenin paradoksal bir durum ortaya çıkardığını iddia etmektedir.³³

Goldstein Alf Ross’un söylediklerini eleştirmek için şöyle bir örnek vermektedir:

C Bu makaledeki herhangi bir cümle sadece yayımcının izniyle yazarı tarafından değiştirilebilir.

C bu makaledeki cümlelerden biri olduğu için C kendine başvurmaktadır. C kendisinin de değiştirilebileceğini söylemektedir. C bilgi veren bir cümledir. Yani C hangi değişikliklerin hangi usulle yapıla-

cağını açıklamaktadır. Danimarka Anayasasının 88. maddesi de, C gibi kendi kurallarına göre Anayasa’nın ve kendisinin nasıl değiştirilebileceğini bize göstermektedir.³⁴

Alf Ross bizden 88. maddenin içerdiği kurallara göre değiştirildiğini ve içeriği farklı yeni 88. maddenin de kabul edildiğini varsaymamızı istemektedir. Böyle bir varsayım yazara göre mantıksal anlamsızlığa yol açacağından reddedilmelidir. Yeni 88. maddenin geçerliliği aşağıdaki gibi sağlıksız bir çıkarıma veya usa vurmaya dayanmaktadır.

Madde 88: Anayasa sadece C1, C2 ve C3 koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirilebilir.

Yeni Madde 88: (Anayasa sadece C1’, C2’ ve C3’ koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirileceği belirtilecek) C1, C2 ve C3 koşullarına uygun olarak anayasa değişikliği sonucunda bu kural ortaya çıkmıştır.

Sonuç:

Yeni Madde 88 geçerlidir; yani anayasa sadece C1’, C2’ ve C3’ koşullarına uygun bir usulle ve sadece bu usulle değiştirilebilir.

Alf Ross’a göre Danimarka Anayasasının 88. maddesi *sadece anayasadaki usule uygun olarak değiştirilebileceğini gösterdiğine göre, sonuç öncüllerden biriyle çelişmektedir. Bu durum mantıksal olarak anlamsızdır ve kabul edilemez.*

Goldstein’a göre bu çıkarımdaki yanlışlama anayasa ile kuralları arasındaki ilişkiyle ilgili yanlış bir görüşten kaynaklanmaktadır. Biz anayasa şu kuralları içerir dediğimizde dikkatsiz bir kişi aynen paraların içinde bulunduğu cüzdan gibi, Anayasa’nın da kurallardan bağımsız bir varlık olduğunu düşünebilir. Oysa anayasa, kuralları tara-

33 Laurence Goldstein, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 38 (2), (Nov. 1979), s. 374-375.

34 *Ibid.*, s. 375.

findan belirlenir veya oluşur. Farklı anayasal kurallar farklı anayasaları oluşturur. Eğer biz 88. maddenin bir parçası olduğu ANAYASA ve Yeni 88. maddenin bir parçası olduğu Yeni ANAYASA dediğimizde çıkarımdaki sonuç öncüllerle çelişmeyecektir; çünkü sonuç ve ilk öncül karşıt şeyleri; ama farklı objelerle ilgili karşıt şeyleri belirlemektedir. Danimarka Anayasasının 88. maddesindeki kurala göre anayasa değiştirildiğinde, yeni 88. maddenin de bir parçasını oluşturduğu yeni bir anayasa yaratılmış olmaktadır.³⁵

Alf Ross’a yöneltile eleştirilerden biri de şöyledir: Bilindiği gibi Alf Ross bize sunduğu paradoks için oldukça basit bir çözüm önermektedir. Ross’a göre Danimarka Anayasası’nın 88. maddesi sistemin temel normu olması nedeniyle Anayasa’nın diğer maddeleri gibi bu maddede düzenlenen usulle değiştirilemeyeceğinden, bu maddeyi sistemin temel normu olarak kabul etmemek gerekir ve bu nedenle bu tür değişikliklere izin verecek ve süresiz bir biçimde kullanılabilecek hipotetik bir temel norma başvurulmalıdır. Bu çözümün birçok zayıf yanı bulunmaktadır. Her şeyden önce Ross bu temel normu (No) gerekçelendirememektedir. Böyle bir temel norma başvurmak sonsuz olasılıklara kapı açar. Örneğin, da Silva’ya göre şöyle bir temel norm düşünme olasılığı da mümkündür:

No: Madde 88. tarafından oluşturulan otoriteye itaat edin; eğer bu otorite kendine bir halef belirlerse her vatandaşın buna direnmeye hakkı vardır.³⁶

Alf Ross’un paradoksun çözümü için bulduğu yol Norbert Hoerster tarafından da eleştirilmiştir. Hoerster, Ross’un paradoksu çözmek için bulduğu temel norma “ıssız ada örneği” vererek bir başka eleştiri

getirmektedir. Hoerster böyle ıssız adaya bir topluluğun geldiğini, bir anayasa yaptıklarını ve No’yu hukuk siteminin değiştirilemez normu olarak kabul ettiklerini söylemektedir. Yazar 100 kuşağın geçtiğini ve her bir kuşağın No’ya uygun olarak yeni bir otorite (Danimarka Anayasası’nın 88. maddesi anlamında olmak üzere) ortaya çıkardığını varsaymaktadır. Yani 88. maddedeki kural 99 kez değiştirilmiştir. Hoerster bundan sonra 101 kuşağın No’yu hâlâ anayasayı değiştirmede temel norm olarak kabul edip etmeyeceklerini sormaktadır. Yazara göre bunun yanıtı olumsuz olmak zorundadır. Çünkü bu topluluğun anayasal ve siyasal evrimindeki herhangi bir belirsizlik No’nun içeriğini tam olarak bilmeyi imkânsız bir hale getirebilir ve bu nedenle de anayasal değişikliklerin geçerliliği denetlenemez. Günümüzdeki siyasal toplulukların hemen hepsinde durum böyledir; çünkü bu toplulukları yaratan “orijinal olguyu” tam olarak belirlemek güçtür. Hoerster topluluğun anayasal gelişimini ve bu yolla da No’nun içeriğini tam olarak bilmek mümkün olsa dahi verilecek yanıtın yine de olumsuz olması gerektiğini söylemektedir. Çünkü yazara göre hipotetik temel normun içeriği, konuyla bütünüyle ilgisiz olarak görülebilir. Hoerster’a göre önemli olan 88. maddenin 100. şeklinin topluluk tarafından kabul edilip edilmemesidir.³⁷

Peter Suber de, Ross’un çözüm çabası sonucunda ortaya çıkan kuralın *ad hoc*, *uydurma* ve *gereksiz olduğunu* söylemektedir. Suber’e göre kuşkusuz zaman zaman anayasa değişikliği hükmünü değiştiren düzenlemeyi savunmada yargıçlar zorda kaldıklarında böyle bir kural icat edebileceklerdir; ancak yazara göre Ross’un üstü örtülü kuralın, yani bulduğu çözüm anayasa değişikliğini düzenleyen maddenin de-

³⁵ *Ibid.*, s. 376.

³⁶ da Silva, 2004, s. 467.

³⁷ Norbert Hoerster, “On Alf Ross’s Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* Vol. 81, No. 323 (Jul., 1972), s. 426.

ğiştirilmesindeki çelişkiyi ortadan kaldırmamaktadır. Ross'un bulduğu çözüm anayasa değişikliğini düzenleyen maddenin değiştirilmesinden tümüyle kaçınmakta ve anayasa değişikliğini düzenleyen hükümlerin değiştirilmesini sağlayacak başka bir yol bulmaktadır. Anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesini gereksiz bir duruma sokmak demek, mutlak olarak değiştirilemez bir kural yaratmak demektir. Ross'a göre biri dışında her türlü değişikliği düzenleyen hüküm değiştirilebilir. Değiştirilmesi mümkün olmayan ise en üstte yer alan değişiklik hükmüdür. Bunun nedeni, bu hükmün değiştirilmesine izin veren daha üstte yer alan bir değişiklik ile ilgili bir hükmünün olmamasıdır. Bu sonuç Alf Ross'un bütün yasal değişikliklerin hiyerarşik olarak daha üstte yer alan ve daha önce çıkarılmış olan değişikliği düzenleyen kural tarafından yetkilendirilmesi yolundaki görüşünün bir sonucudur. Ross'un çözümü yani bütün normların üstünde yer alan No normu hukuk sistemini bir arada tutmaktadır. Ancak Suber'e göre bu bir arada tutmanın maliyeti biraz pahalı olmaktadır; çünkü hukuk sisteminde değiştirilemez bir hüküm ortaya çıkmaktadır.³⁸

Kanımca Ross'un temel hatası No normunu sosyolojik değil mantıksal bir norm olarak kabul etmesidir. Bu durum biraz ironiktir de çünkü Alf Ross hukuki realistler arasında yer almaktadır. Ross'un bu tutumunu anlamak güçtür. H.L.A. Hart'ın bir sosyal kural olarak tanıma kuralıyla ilgili yaptığı çözümlemeler, hukuksal sistemde hukuksal sistemin geçerliliğini *a priori* olarak biçimsel ve mantıksal bir kuraldan

elde etme çabalarının bir kenara konmasını gerektirmektedir. No yani *grundnorm* ne ölçüde hukuksal bir kural ise, aynı zamanda o ölçüde de sosyal bir kuraldır.³⁹

V- ALF ROSS'UN ÇÖZÜMÜNÜN H.L.A. HART TARAFINDAN ELEŞTİRİSİ

Çıkarımsal model olarak adlandırılabilir olan Ross'un modeline göre, her yeni kural daha önce çıkarılmış ve daha üstte yer alan bir kural tarafından yetkilendirilmelidir. Bu modelde hiçbir kural kendi kendini yetkilendiremez. Bu görüş bizi hukuk kurallarının sonsuz bir silsileye sahip olması gerektiği sonucuna götürecektir. Böyle bir sonsuzluk olamayacağına göre hukuk kuralları geçerli bir biçimde ortaya çıkamayacaktır. Çıkarımsal model hukuk sistemlerinin hukuksal kökenlerini açıklayamadığı gibi, devrimci rejimlerin de yasal rejimlere dönüşmesine imkân tanımamaktadır. Bunların olabilmesi zaman zaman istisnai olarak kendi kendini yetkilendiren bir kurala izin verilmesini gerektirmektedir.

HLA Hart, Alf Ross'un görüşleriyle ilgili eleştirisine Hans Kelsen'in *General Theory of Law & State* (Hukukun ve Devletin Genel Kuramı) adlı ünlü yapıtında yer alan "Hiç Bitmeyen Yaptırımlar Serisi" başlıklı bölümü anlatarak başlamaktadır. Kelsen, N. S. Timasheff'e dayanarak şöyle bir açıklama yapmaktadır: Timasheff'e göre eğer belirli bir davranışı emreden bir norm bunun etkililiğini bu norma uyulmaması durumunda bir başka normun belirleyeceği yaptırımla güvence altına almak durumundaysa, ortaya hiç bitmeyen yap-

38 Peter Suber, "Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law", s. 9. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: *Stanford Literature Review*; 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın "The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change" (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özeti'dir.

39 Hamner Hill, "Self-Reference, Self-Amendment, Self-Empowerment and the Validity of Basic Norms", *Pluralism and Law: Proceedings of the 20th IVR World Congress Amsterdam, Arend Soeteman (editor), (München: Franz Steiner Verlag, 2004), s. 96-103.*

tırımlar serisi, *regressus ad infinitum*, *çıkacaktır*. Çünkü “inci” derecedeki kuralın etkililiğini garanti altına almak için n+1 aşamasında yer alan bir kural gereklidir. Hukuk düzeni sadece belirli sayıda kurallardan oluşabileceğine göre, yaptırımları belirleyen normlar yaptırımları öngör-meyen normları varsayar. Bu nedenle de Timasheff’e göre zorlama hukukun zorun-lu değil, ama sadece olası bir unsurdur.⁴⁰

Hans Kelsen bu akıl yürütmenin doğru olduğunu; ancak hukuk kurallarının mutlaka yaptırım getiren bir başka kural tarafından etkililiği sağlanan kurallar olmadığını belirtmiştir. Kelsen’e göre bir kural yaptırım getiren bir başka kural tarafından etkililiği sağlandığı için bir hukuk kuralı haline gelmez. Bir kural yaptırım getirdiği için hukuk kuralıdır. Zorlama (yaptırım, cebri) kuralların etkililiğini sağlama sorunu değildir; kuralların içeriğinin sorunudur. Bir hukuk düzeninde bütün kuralların etkililiğinin yaptırımlar getiren kurallarca sağlanabilmesinin imkânsızlığı gerçeği, sadece yaptırım koyan kuralların hukuk kuralları olarak kabul edilmesi olasılığını ortadan kaldırmaz. Hukuk düzeninin bütün normları cebri normlardır. Yani hukuk normları yaptırım getiren normlardır; ama bu normlar arasında etkililiği diğer cebri normlar tarafından sağlanmayan normlar da vardır. Bir norm *n* şöyle bir hüküm getirmektedir: *Eğer bir kişi hırsızlık yaparsa, toplumun bir organı, bir başka kişi, onu cezalandırır*. Bu normun etkililiği n+1 normu tarafından güvence altına alınmıştır. Eğer mahkeme hırsız cezalandırmaz ise, bir başka organ hırsız cezalandırmayarak görevini yapmayan bu organı cezalandıracaktır.

Norm n+1’in etkililiğini sağlayan n+2 normu yoktur. Ama yine de hukuk düzeninin normlarının hepsi cebri normlardır.⁴¹

H.L.A. Hart, Kelsen’in *sonsuz gerileme* (*infinite regress*) görüşünü doğru olarak kabul etmesine katılmakta ve yine Kelsen’in zorlamanın veya cebirin hukukun temel bir unsuru olduğu yolunda yaptığı açıklamaların bu tartışmadan etkilenmediğini söylemesini de doğru bulmaktadır. Ama Hart’a göre bu sorunu sonlandırılmaktadır. Hart’a göre, John Austin veya bir başka filozof ihlal edilmesi durumunda bir yaptırım gerektirmeyen kuralın hukuk kuralı olmadığı noktasında ısrarlı olmak istediklerinde, bu gerekliliği sonsuz gerilemeyi işe karıştırmayacak bir biçimde ifade edebilir. Bir kuralın ihlalini yaptırıma bağlayan bir başka kural bulunması gerekliliği şart değildir. Bir kuralın hem başka kuralların hem de kendinin ihlalini yaptırıma bağlamaması için hiçbir neden yoktur.⁴²

Hart bu önerinin ilk bakışta garipsenebileceğini; ancak Austin’in kuramı gibi bir kuramı anlamsız bularak reddetmeden önce, bu söylenenlerin dikkate alınması gerektiğini, böyle kuramsal bir olasılık olduğunu belirtmektedir. Hart, Kelsen’in örneğinden hareketle şu şemayı çizmektedir:

1. Kural- Hırsızlık yasaktır.

2. Kural- Toplumun organı (yargıç) bu kural dâhil herhangi bir yasayı ihlal edeni cezalandırır.

Sorulması gereken 2. Kuralın içeriğinin ne olduğudur. Bu soru en iyi biçimde söz konusu kuralda ortaya çıkabilecek olası görevler serisinin öncül öğeleri sergilene-rek yanıtlanabilir.

40 Bakınız: Kelsen bu gözlemi Timasheff’in *An Introduction to the Sociology of Law* (1939) adlı yapıtının 264. sayfasından aktarmaktadır. Bakınız: Hans Kelsen, *General Theory of Law & State* (New Jersey: Transaction Publishers, 2006), s. 28-29. Bu yapıt ilk olarak 1945’de Harvard Üniversitesi Yayınları tarafından yayımlanmıştır.

41 Hans Kelsen, *General Theory of Law & State* (New Jersey: Transaction Publishers, 2006), s.29.

42 H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983), s. 171-172.

1. Örnek- Hırsızlık yapan herkesi yargıç cezalandırmalıdır.

2.Örnek- Hırsızlık yapan kişiyi cezalandırmayan yargıcı bir başka yargıç cezalandırmalıdır.

3. Örnek- Yargıç hırsızlık yapan kişiyi cezalandırmayan bir yargıcı cezalandırmayan bir yargıcı bir başka yargıç cezalandırmalıdır.

Ve bu böyle devam eder.

Kuşkusuz bu sonu gelmeyen bir seridir; ama bu görevler ve verilen görevlerin ihlal edilmesi serisi olup, kuralın ihlali değildir. 2. Kural okunduğunda bu kuralın her birinin ihlalinin (birinci dışında) serideki öncekilerin ihlalinin varsayan sonsuz ödevler serisine atıf yaptığı görülecektir. Bu durumda her hukuk kuralının bir başka hukuk kuralı tarafından yaptırıma bağlanması gereğinden farklı olarak, ortaya kuralların habisi bir biçimde sonsuz gerilemesi çıkmamaktadır. Bir kuralın uygulanmasının bu biçimde birbiriyle ilişkilendirildiği sonsuz örnekler serisine atıfta bulunmasının mantıksal olarak yanlış bir yanı bulunmamaktadır. Mantık söz konusu olduğunda neden doğal sayılar serisinde herhangi biri tarafından yazılmış en büyük sayının takipçisini yazmayı yasaklayan bir kural olmasın. Bu kuralın her ihlalinde bu kuralın bir başka biçimde ihlal edilebilmesi olası hale gelecektir ve 2. Kuralda olduğu gibi bu kuralın her ihlal edilişi ilki dışında kuralın daha önceki ihlallerini varsayacaktır.⁴³

Hart'a göre 2. Kuralın bir özelliğine dikkat edilmelidir. Bu kural kendine atıf yapmakla birlikte, sadece kendine atıfta bulunmamakta; aynı zamanda kendisiyle birlikte bir yasalar sınıfına da atıfta bulunmaktadır. Hart'a göre mantıksal açıdan sorunlu olan sadece kendine atıf yapan kural-

dır. Yani yaptırım konusunda sadece kendine yollama yapan kural mantıksal olarak eksik bir kuraldır. Bunu 2. Kuralı saf bir biçimde kendine atıf yapan bir kural haline getirdiğimizde rahatlıkla görürüz.

2. Kural A- Bu kuralı ihlal eden herkesi yargıç cezalandırır.

Saf bir biçimde kendine atıfta bulunan bu formülde ortaya çıkabilecek olası ödevler ve bu ödevlerin ihlalinin gösterme olasılığı yoktur. 2. Kural ile 2. Kural A arasındaki bu farklılığın nedeni kendine atıf konusundaki anlaşılması zor mantıksal doktrinde bulunmamaktadır. Bunun açık yanıtı, verdiğimiz bu örnekte (2. Kural A) bir kuralın ihlalinin cezalandırılması olgusunun esas olarak eksik kalmasıdır. Bu eksikliğin nedeni ise, bu kuralın sadece ceza getirmesi ama hangi davranışın cezalandırılacağını belirtmemesidir. Bu şu anlama gelir: Cezalandırmadaki başarısızlık serisi için cezalandırma serisi getirmek doğrudur da, en sonda yer alacak başka bir şey için cezalandırmaya da referans yapmak gerekir. Bu Hart'a göre kopya kavramının kopya olmayan bir başka düşünce olmadan güdükl kalacağıyla karşılaştırılabilir. Kopyaların kopyalarının kopyalarını isteyebiliriz. Ama bunun olabilmesi için serinin orijinalinin kopyasıyla işe başlanması gerekir.⁴⁴

HLA Hart anayasa hukukunda kendine atıf yapan kuralların bulunabileceğini belirtmektedir. Anayasalarda bazı hükümlerin değiştirilmesini önlemek veya güçleştirmek için bu hükümlerin ya değiştirilemeyeceklerini ya da daha zor bir yöntemle değiştirilebileceklerini hükme bağlamak gerekebilmektedir. Eğer anayasada değişiklik yapmayı yasaklayan veya güçleştiren hükmün kendisi değiştirilebilecek olursa, korumanın bir anlamı da kalmayacaktır. Bu nedenle zaman zaman

⁴³ *Ibid.*, s. 172.

⁴⁴ *Ibid.*, s. 173.

koruma getiren hükmün kendisi de koruma altına alınabilmektedir. Böylece bu hüküm hem kendisini hem de anayasadaki bazı hükümleri güvence altına almış olur. Hart 1909 tarihli Güney Afrika Yasası’nın 152. maddesini örnek olarak vermektedir. Britanya Parlamentosu Güney Afrika Yasası ile Güney Afrika için bir anayasa yapmıştı. Bu metinde madde (35. ve 137. maddeler) ırk ve renk temeline dayanan ayrımcılığı engellemek ve İngilizce ve Flemenkçe dillerinin eşit statüsünü gerçekleştirmek amacıyla konmuştu. Bu nedenle de bu hükümlerin normal yasama süreciyle değiştirilmeleri önlenmek istenmekteydi. Bu güvence altına alma, Anayasa’nın 152. maddeyle gerekçeleştiriliyordu ve 152. madde aynı zamanda kendini de koruma altına almaktaydı. Profesör Hart’a göre bu kendini koruma biçimi, kendini yaptırıma bağlayan kural gibi, hem kendine hem de diğer maddelere atıfta bulunduğu için bu mümkün olabilmektedir. Ancak bütünüyle kendine atıf yapan kural, yani sadece kendinin değiştirilmesini engelleyen kural, aynen sadece kendini yaptırımla koruyan hüküm gibi, aynı nedenlerle mantıksal olarak eksik veya yetersizdir.⁴⁵

Alf Ross ne yasaların ne de anayasaların nasıl değiştirileceklerini düzenleyen hükmünün, bu hükmün getirdiği usule uyarak değiştirilemeyeceğini iddia etmektedir. Ross’a göre bu tür bir “düşünümlülük” mantıksal olarak imkânsızdır ve bu nedenle kendisi dâhil Anayasa’nın değiştirilmesini düzenleyen Amerika Birleşik Devletleri Anayasası’nın V. Maddesi bu maddedeki usule uygun olarak değiştirilemez.⁴⁶ Ancak Alf Ross kendine atıfta bulunan yasaların anlamsız olduğunu da iddia etmemektedir. Hatta kendine atıfta bulunan yasaların

anamlı olabileceklerini de söylemektedir. Bütün politikacıların V. Maddedeki usule uyularak bu maddenin de değiştirilebileceği varsayımından hareket ettiklerini de kabul etmektedir. Fakat Ross’a göre bu sadece “sosyal ve psikolojik bir gerçekliktir”. Anayasa’nın V. Maddesinin bu maddedeki usule uyularak değiştirilebileceği dışında, bir başka türlü düşünmenin mümkün olmayacağı yolundaki düşünceyi, Alf Ross *sihirli bir formül* olarak ifade edilebilecek düşüncelerin egemenliğine bağlamaktadır. Anayasa’nın V. Maddesinde belirlenen usul bu maddenin kendisi tarafından oluşturulan ilişkiyi çözebilecek *sihirli bir formül* olmaktadır.

Hart, Ross’un Amerikan Anayasası’nın V. Maddesinde öngörülen usul dışında bir başka usulle bu maddenin değiştirilmesinin düşünülemeyeceğini, bunun politikacılar tarafından da böyle kabul edildiğini belirttikten sonra, mahkemelerin böyle düşüneceğini eklemektedir. Hart mahkemelerin, V. Maddedeki usule uyularak, V. Maddede yapılan değişiklikler ile bu usul dışında bir başka usule yapılan değişiklikleri birbirinden ayırıp, bunlardan birincisini hukuken geçerli ve diğerlerini ise geçersiz kabul edeceklerini ileri sürmektedir. Bu nedenle de, Hart’a göre bu durum sadece olgusal bir durum, yani sosyal ve psikolojik bir değişiklik olarak kabul edilmez.⁴⁷

Alf Ross yukarıda aktardıklarımız dışında, bir başka görüş daha ortaya koymaktadır. Ross, eğer V. Maddenin kendisi kendi getirdiği şekle ve yöntemle uygun olarak değiştirilecek olursa, yeni V. Maddenin eskisinden kaynaklandığını veya eskisinden kaynaklandığı için geçerli olacağını kabul edemeyiz demektedir. Böyle bir kaynak-

45 *Ibid.*, s. 173-175.

46 Bakınız: John Ferejohn, “The Politics of Imperfection: The Amendment of the Constitutions”, *Law and Social Inquiry*, American Bar Foundation (1997), s. 510.

47 H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983), s. 175.

lanma, Ross'a göre, daha üstte yer alan normun geçerliliğini varsayar; dolayısıyla üstte yer alan normun varlığının devamı gerekir ve kaynaklanma kaynaklanmanın kaynağıyla çelişen yeni bir normun ortaya çıkmasına neden olamaz. Bunun nedeni de mantıkta bir cümlenin veya bir ifadenin kendine atıfta bulunamaması kuralıdır.

Hart, Ross'un ileri sürdüğü bu tezde iki hususun tartışılabilceğini söylemektedir. Bunlardan ilki yeni normun elde edilmesinin sadece üst normun geçerliliğini değil; aynı zamanda yeni norm ortaya çıktıktan sonra da varlığının devamını ileri sürmesidir. İkincisi eğer V. Madde kendi koyduğu usule uygun olarak değiştirilecek olursa bu şekilde ortaya çıkan yeni normun elde edilme biçiminin kaynağı ile çelişecek olması yolundaki iddiadır. Hart'a göre Ross bu her iki savda da şu noktayı göz önüne almamaktadır. Eğer V. Madde kendi değişikliğini de gerçekleştiren bir hüküm olarak yorumlanıyorsa, bunun etkisi belirli bir usulün bu usul eski usulle getirilen yeni usul kabul edilene kadar kullanılmasını öngörüyor demektir. Hart'a göre kuşkusuz biz bunu geçerli bir değişiklik olarak kabul ederiz. Bazı durumlarda ortaya çıkan yeni normun kaynağı ile çelişmesi durumunda ortaya çıkamayacağı veya yeni normun bu yolla elde edilemeyeceği doğrudur. Ama eğer V. Madde kendi kurallarına göre değiştirilecek olursa çelişki yok demektir. Orijinal V. Madde ve değiştirilmiş madde zamanın değişik dönemlerine aittir. Orijinal usul yenisiyle değiştirilene kadar ve yeni usul de bundan sonra anayasa değişikliklerinde kullanılacak demektir.⁴⁸

Bilindiği gibi Alf Ross bu konuda bir başka örnek daha vermektedir. Bu mutlak bir hükümdarın kendi yaptığı yeni bir anayasayla yetkilerini sınırlandırması ve bu

sınırlandırmanın da bir daha değiştirilemez olması örneğidir. Profesör Ross'a göre bu durumun hükümdarın mutlak iktidarından kaynaklanması mümkün değildir. Ross'un bunu söylemesinin nedeni geçerli bir tüm-dengelim çıkarımının sonucunda ortaya çıkan sonucun tüm-dengelim öncülleriyle çelişki içinde olmaması biçimindeki mantık kuralıdır. Hart Ross'un bu düşüncesine yasama yetkisinin yeni normlar çıkarmak için kullanılmasının mantıksal bir tüm-dengelim çıkarımı olmadığını ve bu mantıksal ilkenin yasama işlemlerine nasıl uygulanacağına da müphem olduğunu söyleyerek itiraz etmektedir. Hart bu eleştiriden vazgeçilip, bu söylenenlerin hiçbir normun çelişki içinde bulunduğu normdan kaynaklanamayacağı biçimindeki eski sav olarak düşünüldüğünde bile hiçbir çelişkinin ortaya çıkmayacağını belirtmektedir. Hart'a göre bir hükümdarın yetkilerini sınırlandıran kadar sınırsız yetkilere sahip olduğu biçimindeki söylemin, hükümdarın kendi yetkilerini sınırlandırdıktan sonra yetkilerinin sınırlandığı ifadesiyle uyum içinde olduğu söylenebilir.⁴⁹

Hart'a göre bu söylenenler mutlak monarşinin nasıl anlaşıldığına bağlıdır. Eğer mutlak monarşi hükümdarın varlığının *devam eden (süren) her anında kendi yetkilerini sınırlandırmak dışında*, istediği her konuda düzenleme yapabilmesi biçiminde anlaşılacak olursa, hükümdarın geri dönüşlemez bir biçimde iktidarını sınırlandırmayacağı kabul edilmek zorundadır. Ama mutlak iktidarın kendini kapsayıcı biçimde anlamlandırılması da olasıdır ve böyle anlaşıldığında, hükümdarın kendi yetkilerini geri alınamaz biçimde sınırlandırabilmesi dâhil, her konu üzerinde yasal düzenlemeler yapabileceği kabul edilecek demektir. Anayasal bakımdan mutlak iktidarın bu al-

48 *Ibid.*, s. 176-177.

49 *Ibid.*, s. 177.

ternatif iki biçimi, *devam eden* ve *kendini kapsayan iktidar anlayışları*, anlaşılabilir düzenlemelerdir.⁵⁰

Ross önermelerin kendi kendilerine yollama veya atıf yapamamaları gerektiği biçimindeki kuralın mantıkçılar tarafından genellikle kabul edildiğini söylemektedir. Hart ise bu söylenenlerin yasalar için geçerli olamayacağını; çünkü yasalarda yer alan ifadelerin mantıkta yer alan önermeler olmadığını ileri sürmektedir. Ayrıca Hart’a göre kendine atıf yapan yasalar çoğunlukla V. Madde olduğu gibi başka hükümlere de yollamada bulunmaktadır. Kendine atıfta bulunmanın mantıkçılar tarafından bütünüyle de reddedilmediğini söyleyen Hart, Karl Popper’in ünlü makalesinden hareketle çok çeşitli kendine atıf biçimleri olduğu ve bunların ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini iddia etmektedir. “Bu cümle Türkçedir” veya “Bu açıklamamı fısıldayarak söylüyorum” örneklerinde yapılan kendine atıfta mantıksal bir bozukluk bulunmamaktadır. Kuşkusuz bunlar karşısında, “Bu yanlıştır” önermesi boş, anlamsız ve eksiktir. Yine “Bu doğrudur” önermesi de hem boş hem eksiktir. Ancak Hart’a göre Güney Afrika Yasasının 152. maddesi ve Amerikan Anayasasının V. Maddesi ne bir çelişkiye yol açmamakta ne de anlam bakımından eksik kalmaktadır.⁵¹

Vurgulanması gereken önemli bir husus da mantıksal olarak imkânsız olanın hukuksal olarak da imkânsız olması gerektiğini ileri sürmenin, felsefi bakımdan küstahça olduğu ve gerçeklere uymadığıdır. Bu görüşün yeni doğal hukuk görüşü olduğu söylenebilir. İnsanların yaptığı hukukun geçerliliğinin ezeli ve ebedi olarak geçerli

olduğu düşünülen bir ahlak kuralına bağlamak yerine, bu kez insanların yaptığı hukuk kuralları ezeli ve ebedi olarak geçerli olan mantık kurallarına bağlanmaktadır. Geleneksel doğal hukuk görüşüne yapılan eleştiri bu yeni biçimine de yapılabilir. Hukuk kuralları ahlak kurallarına aykırı olmalarına rağmen geçerliliklerini sürdürebildiklerine göre, mantık kurallarına uymamasına rağmen de hukuk kuralları varlıklarını sürdürebilir. Hukukun ne olduğu konusunda hukukun kendi testleri vardır ve bu testler çok sayıda ahlak veya mantık kurallarına aykırı kuralları hukuk kuralı olarak kabul etmemize neden olmaktadır. Bir takım soyut ahlaksal ve mantıksal testlerin hukuksal testleri ortadan kaldırdığı ve hukuksal testlere göre hukuk kuralı kabul edilenleri geçersiz kılabildiği kabul edilecek olursa hukuk, ahlak veya mantığa dönüşecektir.⁵²

VI- PETER SUBER’İN KABUL TEORİSİ

H. L. A. Hart, *The Concept of Law (Hukuk Kavramı) adlı yapıtında* hukukun birincil (primary) ve ikincil (secondary) kurallar olmak üzere iki tür kuraldan oluştuğunu ve birincil kuralların kişilerin davranışlarıyla ilgili ödev ve yükümlülükler getiren kurallardan oluştuğunu söylemektedir. Ancak bir hukuk sistemi sadece birincil kurallardan oluşamaz; çünkü bu durumda hangi kuralların hukuk kuralları olduğunu belirlemek mümkün değildir. Bu nedenle Hart, hukukun birincil kurallar yanında ikincil kuralları da içermesi gerektiğini belirtmektedir. Hart’ın sisteminde en önemli ikincil kural tanıma kuralıdır (rule of recognition). Hart’a göre, tanıma kura-

50 *Ibid.*, s. 177.

51 *Ibid.*, s. 178.

52 Bakınız: Peter Suber, *Paradox of Self-Amendment*. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm> Bu kitap Peter Lang Publishing, tarafından 1990 yılında basılmıştır. Şu an bu kitabın baskısı tükenmiştir. Yazar bu önemli kitabını İnternete koyarak araştırmacılara büyük bir iyilikte bulunmuştur. Bu nedenle kendisine teşekkür ederim.

lı ve birincil kurallar, bir hukuk sisteminin varlığı için asgari koşullardır. Hart'ın hukuk sistemindeki en üstte yer alan ve tek olan tanıma kuralı, diğer hukuk kurallarından farklı özellikler taşımaktadır. İlk olarak, tanıma kuralının varlığı *sosyal olgu* konusudur; bir başka deyişle, *sosyal kabule dayanır*. Diğer kurallar ise, tanıma kuralındaki ölçüte göre, geçerli veya geçersizdirler. İkinci olarak, tanıma kuralı, hukuk sistemindeki diğer kurallarla ilişkilidir. Bu ilişki çerçevesinde ise, hukuk sistemindeki diğer kuralların, tanıma kuralı altında tanındıkları için var oldukları belirtilebilir. Diğer bir ifadeyle tanıma kuralı, kurallar hakkındaki kural olma özelliğini taşımaktadır. Hart, birincil kurallardan oluşan bir rejimin hukuk kurallarındaki belirsizliğini önlemek için tanıma kuralının ortaya çıktığını ileri sürmektedir.⁵³

Peter Suber, Hart'ın teorisinden yola çıkarak Alf Ross Paradoksunu çözümlemeye çalışmıştır. Suber, Hart'ın tanıma kuralının sosyal kabule dayandığını bizlere anımsatmakta ve Hart'ı yorumlayanların sadece temel kural olan tanıma kuralının sosyal kabul ile yetkilendirildiğini ve bundan sonra tanıma kuralının sistemdeki diğer bütün kuralları koyduğu ölçüte göre onayladığını bizlere söylediklerini aktarmaktadır. Bu yorumculara göre, tanıma kuralı ile sistemin diğer kuralları arasındaki ilişki hiyerarşik ve biçimsel bir ilişkidir. Peter Suber, Hart'ı böyle anlamadığını, belirli bazı kuralların ve bazı hükümlerin mantıksal veya hukuksal olarak tanıma kuralıyla belirlenmeden doğrudan sosyal kabul ile belirlenebileceğini belirtmiştir. Yapılan bu yorum sonunda Suber, tanıma kuralı dışında bazı

kuralların da doğrudan sosyal kabul yoluyla yetkilendirilebileceği ve sosyal kabulün her zaman tanıma kuralının geçersiz kıldığını geçerli veya geçerli kıldığını ise geçersiz bir duruma getirebileceği sonucuna varmaktadır. Bu görüşüne doğrudan *kabul teorisi adını veren yazar*, bu teorisinin kuralları hiyerarşisini ve üstteki kuralın alttaki kuralı yetkilendirdiği görüşünü reddetmediğini söylemektedir. Ancak bu durum bu teoriye göre kabul koşuluna bağlıdır. Suber çoğu kuralın çoğu zaman üstte yer alan kural tarafından yetkilendirildiğini, sosyal kabulün ise nadiren araya girdiğini belirtmektedir.⁵⁴

Doğrudan kabul teorisine göre Alf Ross paradoksunun iki çözümü vardır. Bu çözümlerden ilki, anayasada anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisinin değiştirilmesinde çelişki olmasına rağmen, bu yolla yapılan değişikliklerin kabul edilmesidir. Suber'e göre çelişkinin çözümlenebilir çözümlenememesi önemli değildir; çünkü sosyal kabulün biçimsel mantıkla bir bağlantısı yoktur. Eğer halk ve resmi görevliler bu tür değişikliği çelişkilerine rağmen kabul ederlerse, ortaya çıkan değişiklik yasal kabul edilmelidir. İkinci çözüm, anayasa değişikliğinin nasıl yapılacağını düzenleyen yeni hüküm eski anayasa değişikliğini düzenleyen hüküm kullanılarak ortaya çıkmış olsa bile, otoritesini ve geçerliliğini doğrudan sosyal kabulden aldığını söylemektedir. Yeni anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün otoritesini doğrudan sosyal kabulden kaynaklandırmak, anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesindeki çelişkiyi inkâr etmek demektir. Bir başka deyişle, çelişki

53 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, İkinci baskı (Oxford: Oxford University Press, 1997), s. 94-99. Gülriz Uygur, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 148-149.

54 Peter Suber, "Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law", s. 11. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: *Stanford Literature Review*, 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın "The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change" (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özettir.

bu çözümlemeyle “bypass” edilmektedir. İlk yöntemde anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesindeki çelişkiye izin verilmekte ve süreçteki çelişki dikkate alınmamakta veya bu durum “mazur” görülmektedir. İkinci yöntemde ise, anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün değiştirilmesindeki çelişki asılsız ve aldatıcı görülmekte ve eski anayasayı değiştirme hükmündeki yöntem ve usul izlense bile, yeni hükmün otoritesini gerçekte sosyal kabulden aldığı söylenmektedir.⁵⁵

Peter Suber’e göre ikinci çözüm, klasik terimlerle ifade edilirse, daha akla yakın değilse de, daha saygın bir çözüm olarak düşünülebilir. Anayasa değişikliğini düzenleyen hükmü karşılayan veya bu hükme paralel olarak kabul edilebilecek özel hukuktaki sözleşmeler, herhangi bir paradoks söz konusu olmadan, sözleşmenin taraflarınca değiştirilebiliyor ve sözleşmeye konan yeni hükümler geçerliliklerini tarafların anlaşmasından alıyorsa, anayasa değişikliğini düzenleyen hükümler de, eğer anayasayı değiştirme süreci sözleşmenin taraflarının bir işlemi olarak yorumlanacak olursa, herhangi bir çelişki olmadan değiştirilebilir. İşin aslında sosyal kabul teorisi klasik rıza veya sözleşme teorisinin değişik bir biçimidir. Sosyal kabul teorisi halkın kararlarının her türlü yasanın üstünde olduğu anlamına da gelmektedir. Sosyal kabul teorisi hukuksal otoriteyi sözleşme kavramının içine yerleştirmemekte; bunun yerine hukuksal otoriteyi daha az açık, daha az kural-benzeri, daha belirsiz, daha değişken ve daha çok sosyal pratiğin duyarlı bir aracı haline getirmektedir.⁵⁶

Doğrudan kabul teorisi bize hiçbir kuralın mutlak olarak değiştirilemez nitelikte olamayacağını söylemektedir. Bundan

her türlü anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün ve hatta kabulün kendisinin devam eden bir tür her şeye *gücü yetme özelliğine* sahip olduğu sonucu çıkmaktadır. Herhangi bir kural değiştirilmezlik özelliği taşıyor olsa dahi, eğer gereken kabul elde edilirse değiştirilebilecektir. Bu değiştirilemez kuralın değiştirilebilir kurala dönüşümü demektir. “Değiştirilemez hükümler” ile bağlı olduğu düşünülen gelecek kuşaklar değiştirilmezlikle bağlı olmayacaklarına karar verebilirler ve değiştirilemez olduğuna inanılan kuralı veya kuralları ortadan kaldırabilirler. Bu değiştirilemez olma amacında olan kuralların değiştirilme olasılığının olduğu anlamına gelmektedir. Gerekli kabul ile halk her türlü kuralı değiştirebilir veya ortadan kaldırabilir. Değişiklik için gerekli kabulün elde edilebilip edilemeyeceği ise tarihsel koşullara bağlıdır. Bazı değiştirilemez kurallar değiştirme veya ortadan kaldırma konusunda kabul olasılığının veya koşullarının ortaya çıkmadığı için değiştirilemezler. Ama hiçbir kural bütünüyle değiştirilemez de değildir. Değişiklik veya ilga olasılığı sürekli vardır.⁵⁷

Peter Suber’in bu söylediklerinin doğruluğunu kanıtlamak için ülkemizden bir örnek verebiliriz. 1982 Anayasası’nın 4. maddesi 1982 Anayasası’nın ilk üç maddesindeki hükümlerin değiştirilemeyeceğini ve değiştirilmesinin teklif edilemeyeceğini ifade etmiştir. Anayasa’nın 2. maddesi, Cumhuriyetin niteliği olarak başlangıçta belirtilen temel ilkelere de gönderme yapmaktadır. Yani başlangıçta belirtilen temel ilkeler de değiştirilemez niteliktedir. Ancak başlangıcın ilk iki paragrafı dolayısıyla bu iki paragrafta yer alan ilkeler, 23 Temmuz 1995 tarih ve 4121 sayılı kanunla Anayasadan çıkarılmıştır. Bu değişiklik toplumda genel olarak kabul gördüğü için

⁵⁵ *Ibid.*, s. 11-12.

⁵⁶ *Ibid.*, s. 12.

⁵⁷ *Ibid.*, s. 14.

kimse bu konuyu tartışmamıştır ve böylece değiştirilemez olarak kabul edilen bazı ilkeler ilga edilmiştir.

Eğer koşullu olarak her şeye gücü yetme devam eden her şeye gücü yetme anlamına geliyorsa, bu aynı zamanda kendini kapsayan her şeye gücü yetme anlamına da gelir. Koşullu olarak her şeye gücü yeten anayasa değişikliğini düzenleyen hüküm, yapıldığı zaman değiştirilemez olarak düşünülen sınırlamalar dâhil, kendi kendini her zaman sınırlandırabilir; ama aynı zamanda da değiştirilemez olarak kabul edilen her türlü sınırlandırmayı da istediği zaman kaldırabilir.⁵⁸

Peter Suber'in görüşleri demokratik kuram ile de uyumludur. Demokrasilerde halkın yasa yapma hakkı kategorik olarak sınırlandırılmaz veya ortadan kaldırılamaz. Bunun nedeni halkın egemenliğini terk edememesidir (*delegata potestas non potest delegari*). **İşin aslında egemenlik, koşullu olarak devredilebilir; ama devretme koşullu olarak** geri de alınabilir. Gelecek kuşakların eşit egemenliği ve yasalarını yapma ve değiştirmedeki eşit hakları yine koşullu olarak kutsaldır. Eğer bizler gelecek kuşakların yasa yapma veya değiştirme haklarını ihlâl edecek olursak, onlar da bu haklarını her zaman geri alabilir. Hiçbir kuşak kategorik olarak değiştirilemez kurallar ile kendinden sonra gelenleri bağlayamaz.⁵⁹

Doğrudan kabul teorisi hukuk kurallarının koşullu değiştirilmezlik ve anayasayı değiştirmeyi düzenleyen kuralların da koşullu her şeye gücü yetme özelliğine sahip olduğuna işaret etmektedir. Bu bizi iki zorlu ikilemden kurtarmaktadır. Bunlardan ilki çelişki (paradoks) ile değiştirilemezlik arasında seçim yapmaktır. İkincisi de devam eden, yani sürekli her şeye gücü yetme

ile kendini kapsayan her şeye gücü yetme arasındaki tercihtir. Bu teori anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisinin değiştirilebilmesini Alf Ross'un "uyduruk" sayılabilecek doğrusal bir operasyona başvurmadan açıklayabilmektedir. Yine bu teori anayasa değişikliğini düzenleyen hükmün kendisinin de değiştirilmesini açıklayarak, yasaların nasıl sayısız soyağacına başvurmadan geçerli ve yasal olabileceklerini ve böylece de meşruluğun nasıl var olabileceğini gösterebilmektedir. Son olarak bu teori bize kötü yasaların yapılmasını engelleyemeyeceğimizi ve iyi yasaların önüne de değiştirilemez engeller koyamayacağımızı hatırlatmaktadır. Hukuk çok kısa bir süre için bizi kendimizden kurtarmada ve engellemede yeterli olabilirse de, kötü eğilimlerimizi durdurmada ve başarılarımızı korumada son söz bizim irademizdedir.⁶⁰

KAYNAKÇA

- Cave, Peter, *This Sentence is False: An Introduction to Philosophical Paradoxes* (London: Continuum, 2009).
- Clark, Michael, *Paradoxes From A to Z*, İkinci Baskı (London: Routledge, 2007).
- da Silva, Virgilio Afonso, "A Fossilised Constitution?", *Ratio Juris*, Vol. 127 No 4 (December 2004), s. 454-473.
- Dicey, A. V., *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, with introduction by E. C. S. Wade (London: Macmillan & Co Ltd, 1959).
- Ferejohn, John, "The Politics of Imperfection: The Amendment of the Constitutions", *Law and Social Inquiry*, American Bar Foundation (1997), s. 501-530.

58 *Ibid.*, s. 15.

59 *Ibid.*

60 *Ibid.*, s. 16.

- Fitzgerald, Patrick, “The ‘Paradox’ of Parliamentary Sovereignty”, *The Irish Jurist* (1972), s. 28-48
- Goldstein, Laurence, “Four Alleged Paradoxes in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 38 (2), (Nov. 1979), s. 373-391.
- Hart, H. L. A., *The Concept of Law*, İkinci baskı (Oxford: Oxford University Press, 1997).
- Hart, H. L. A., *Essays in Jurisprudence and Philosophy* (Oxford: Oxford University Press, 1983).
- Hicks, J.C., “The Liar Paradox in Legal Reasoning”, *Cambridge Law Journal* 29 (2) (Nov. 1971), s. 275-291.
- Hill, Hamner, “Self-Reference, Self-Amendment, Self-Empowerment and the Validity of Basic Norms”, *Pluralism and Law: Proceedings of the 20th IVR World Congress Amsterdam*, Arend Soeteman (derleyen), (München: Franz Steiner Verlag, 2004), s. 96-103.
- Hoerster, Norbert, “On Alf Ross’s Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* Vol. 81, No. 323 (Jul., 1972), s. 422-426.
- Kedar, Nir, “The Political Origins of the Modern Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler: Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 101-117.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law & State* (New Jersey: Transaction Publishers, 2006).
- Mackie, J. L., “Evil and Omnipotence” *Mind*, 64 (April 1955), s. 200-212.
- Nesin, Ali, *Matematik ve Korku (İstanbul: Nesin Matematik Köyü Yayınları, 2008)*.
- Perez, Oren, “Law in the Air: A Prologue to the World of Legal Paradoxes”, *Paradoxes and Inconsistencies in the Law*, derleyenler: Oren Perez ve Gunther Teubner (Oregon: Hart Publishing, 2006), s. 3-38.
- Popper, Karl, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, Karl Popper, *Conjectures and Refutations* (London: Routledge, 2002), s. 409-418. Bu yazı ilk olarak şu dergide yayımlanmıştır: Karl Popper, “Self-Reference and Meaning in Ordinary Language”, *Mind*, 63 (1954), s. 162-169.
- Raz, Joseph, “Professor A. Ross and Some Legal Puzzles”, *Mind* 81 (1972), s. 415-421.
- Ross, Alf, “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* (January, 1969), s. 1-24.
- Ross, Alf, *On Law and Justice* (London: Stevens & Sons Limited, 1958).
- Suber, Peter, “The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change” (Peter Lang Publishing, 1990).
- Suber, Peter, “Paradox of Self-Amendment in Constitutional Law”, s. 11. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psaessay.htm> Bu yazı ilk olarak şu dergide yer almıştır: *Stanford Literature Review*, 7, 1-2 (Spring-Fall 1990) 53-78. Bu makale yazarın “The Paradox of Self-Amendment: A Study of Logic, Law, Omnipotence and Change” (Peter Lang Publishing, 1990) adlı kitabının özettir.
- Suber, Peter *Paradox of Self-Amendment*. <http://www.earlham.edu/~peters/writing/psa/index.htm>
- Wade, H. W. R., “The Basis of Legal Sovereignty”, *The Cambridge Law Journal*, 13, (1955), s. 172-197.
- Wollheim, Richard “A Paradox in the Theory of Democracy”, *Philosophy, Politics and Society*, derleyenler Peter Laslett ve W. G. Runciman (Oxford: Oxford University Press, 1962), s. 71-87.
- Uygur, Gülriz, “Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü mü?”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2003, Cilt 52, Sayı 3, s. 145-176.
- Yıldırım, Cemal, *Matematiksel Düşünme, Altıncı Basım (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2010)*.

İslam Aklının Eleştirisi

Mevlüt UYANIK*

—Mesele, tarihi olgulara ve dini hakikatlere nasıl ulaşabileceğimiz, efsanelerden uzak, keşf ve eleştiri yöntemini kullanarak, geçmiş ve bugün arasındaki bağlantıyı nasıl yenileyeceğimizdir.

Muhammed Arkun**

Özet:

Günümüz İslam dünyasındaki hareketlerin (Liberal, laik, kavmiyetçi, selefi, radikal) ıslahat üst başlığı altında eleştirel tahlillerini yapmak gerekiyor. Bu konuya çalışmalarını hasreden düşün adamlarından birisi de Muhammed Arkun'dur. İctihat kavramını merkeze alarak İslam aklının bir nevi eleştirisini yapmayı deneyen Arkun, klasik İslami metinlerin ve kültürel araştırmaların ortaya koyduğu bin beş yüz yıllık birikime dair klasik okumalardan haberdar olmanın yanı sıra oryantalist filolojik okumanın yöntemlerini de aşan bir okuma yapmayı denemektedir. Tarihsel gerçeğin eleştirisini yapmayı deneyen Arkun, tarih üstü vahiy an'ı ile reel olgular, siyasi ve akidevi karışıklıklar, örfler, adetler etkiyle üretilen yorumlar zamanları arasında ayırım yapılmasını ister, böylece vahyi reel durumun karmaşası ve tortularından yani hurafelerinden, bidatlarından uzak tutmayı hedefler.

Böylece ilahi vahiy an'ı ile fakih ve müfessirlerin dönemlerinin örf, adet ve geleneklerinin, siyasi baskıların sonucunda

ürettikleri yorumlara işaret eden “salt beşeri olan zaman” arasında ayırım yapılacaktır. Bunun sonucunda yüzyıllarca Müslüman bilincini tahakküm altına alan kutsallaştırılmış, aşkınlaştırılmış bu yorumların perdesi aralanacak ve zihinler rahatlayacaktır.

Giriş:

Miladi yedinci asırda insanlık tarihine yeni bir uygulama, yöntem (şariat) ile müdahale eden Hz. Muhammed ve takipçileri kısa süre içinde mevcut din ve medeniyet anlayışları karşısında kendi özgün ve özgül düşüncesi sistemini kurdu. Çin, Hint, Bizans ve Pars/Sasani medeniyetleri ve bunları oluşturan düşünce yapılarıyla bir hesaplaşma sürecine girerek, İslam medeniyetinin nazari ve ameli hususlarını oluşturdu ve meydan okumalarına karşı bir meydan okuma ile cevap verdi.¹ Fakat 17. asırdan itibaren yaşanan siyasi-iktisadi ve coğrafi gelişmeler karşısında İslam dünyası kademeli bir şekilde düşüşe geçti. Siyasal ve kültürel hâkimiyetini kaybetti. 1699

* Prof.Dr. Hitit Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Öğretim Üyesi.

** Arkun'un Haşim Salih'in "Cecle fi Fikri M.Arkun") Marife Dergisi, yıl, 4, Sayı 18, 1980, s.64) adlı makaleye yazdığı önsöz. İstanbul Barosu ve Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA) tarafından 13-17 Eylül 2010 tarihinde İstanbul'da düzenlenen Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar V. Sempozyumu'nun 19. nolu oturumunda sunulmuştur.

1 Zaten medeniyet oluşturma ve büyümenin özü, meydan okumayla karşı karşıya kalan tarafı, başlangıçta etkili olmuş bir tepkinin eş dengesinden aşırarak bir denge fazlalığına getiren ve böylece yeni bir meydan okumayla karşı karşıya bırakan atılımdır. Bkz. Toynbee, Arnold, Tarih Bilinci, (A Study of History) Bates yay, İstanbul. 1978, cilt.2, s.242

Karlofça antlaşmasıyla Osmanlı'da başlayan çözülme² Napolyon'un Mısır'ı hem askeri hem de bilimsel açıdan istilasıyla (1798) hızlandı, Hollandalılar Hindistan'ı ele geçirdi. Portekiz, İspanya, İngiltere ve Fransa'nın istilalarıyla İslam dünyasının önemli bir kesimi sömürgeleşti. 1498 yılında Vasco de Gama'nın Ümit Burnu'nu keşfiyle Avrupalılar, İslam dünyasının doğu bölgelerinde doğrudan ticarete başladı, ama bir süre sonra bunu sürekli kılmak için siyasi hakimiyetini kurmaya başladı.³

İç Asya ve Çin'in Batı'ya başlayan ve Müslümanların (önemli kısmı da Osmanlıların) elinde bulunan Medeniyet mihveri olan İpek yolu önemini kaybetti. Batı; Uzak Doğu, Afrika ve Ortadoğu'nun madde kaynaklarını ülkelerine aktardı. Teknoloji alanında hızla ilerleme sağladı. Ekonomik büyüme toplumları kurumsal ve kültürel bir değişim sürecine sokarak etkileri dünya çapında görülen yeni bir hayat tarzı ve sosyal örgütlenme biçimi yarattı. Modernleşme diye sunulan bu yeni örgütlenme biçiminin fikri temelleri Aydınlanmaya kadar gider,⁴ çünkü insanlığı içine düştüğü olumsuz durumdan ancak aklın ilkeleri kurtarabilirdi. Modernleşme ile akıl insan ilişkilerine ve kurumsal yapıya yön veren biricik klavuz haline geldi.⁵

Türkiye dışındaki İslam dünyasında yaklaşık 150 yıl süren siyasi ve fiili sömür-

geye karşı savaş (1954-1962) Cezayir'in başarıyla ulaşmasıyla sonuçlandı. Akabinde kültürel açıdan diriliş (en-Nahda) başladı Uyanış ve diriliş özelde Arap aydınının modernleşme sürecini tanımlamak için kullandığı bir terim olup aniden çıkmadığını, Batı'nın sömürgeye dönüştürme politikasına; yani bütün alanlardaki zehirlenmelerine (sosyal, siyasi, iktisadi) karşı direniştir. Bunun teorik yapısını güçlü kılmak gerekir, zira batılı güçler daima herhangi bir İslam ülkesine daima reform, modernizm, demokrasi ve medeniyet adına geldiğini söylemektedir.⁶ Maalesef Irak'ın istilası kültürel ve ekonomik sömürgeci yanı sıra fiili sömürgeci de yeniden başladığını göstermektedir. O halde fiili, siyasi ve iktisadi sömürgeye karşı "Atalarımızın tarih, hukuk ve kültür alanlarına yaptıkları özgün katkısı benzer bir şekilde günümüzde yeniden yapmamız" gerekir. Bunu ilk Müslüman nesiller nasıl yaptı ve kısa sürede mevcut medeniyet modellerinin meydan okumalarına karşı onların bazı kavramlarını ödünç alıp, yeniden yorumlayıp, bazılarını da reddederek yeni kavramlar ihdas ederek kendi özgün ve özgül tasarımlarını hayata geçirdilerse aynı işlemi yeniden yapabiliriz.⁷

Tecdid, teceddüd, İslami modernizm, çağdaşlaşma, diriliş, nahda gibi kavramlarla ifade edilen bu çabayı içeren genel

2 İslam dünyasının önemli bir kesimini elinde bulunduran Osmanlı'nın ilk çözülme emaresi gösterdiği ve Batı medeniyetine yönelişin tarihidir. Halil İnalcık "Türkiye ve Avrupa: Dün-Bugün, Doğu Batı Dergisi, yıl.1, sayı.2, Ankara. 1998, s.21 vd

3 Watt, Montgormery, *İslâmî Tetkikler, İslâm Felsefesi ve Kelâmı*, çev. S. Ateş. A.Ü.İ.F.Yay. Ankara, 1968, s.155

4 Nitekim Batı'da modernizm Hristiyan bir hareketi, özellikle Katolik dini düşüncesinde din ile bilimi uzlaştırma çabasını ve inancı tarihsel bir tenkide tabii tutulmasını ifade eder. Modernizme ile ilgili birden fazla felsefi düşünce vardır. Aydınlanma da geleneğe karşı isyan (Kant), yasallık, meşruiyet fikri (Blumenberg); teknolojinin yükselişi (Heidegger) ilerleme (Rousseau), ekonomik organizasyonun yeni bir formu (M.Weber) gibi. Bkz. Harrison Paul, 3.Dünyanın Batılılaştırılması. çev. C.Cerit, İstanbul. 1990, s.224

5 Sarıbay, Ali Yaşar, "Post modernite ve Kültür Olarak İslam" 1. İslam Düşüncesi Sempozyumu, (Trabzon.1993) Beyan yay. İstanbul.1995, s.93

6 Hisham Bashir SHarabi, Arab intellectuals and the West, The Formative Yeras:1875-1914. London.1970, s.ix,46; Hammadi er-Redisi, "el-Hitabu'l-İslami Havle'l-Hadese" el-Fikru'l-Arabi el-Musari. Sayı.92-93, 1992, s.34vd

7 Fazlur Rahman, "Legacy and Contemporary Challenge" Islamic Studies, c.19.no:4, sayı.14, s.242 vd

terim “İslahat”tır. Bu metinde, Batının fikri kökenleri Aydınlanmaya kadar giden yeni bir akıl ve hayatı kavrayış modeli diye sunduğu modernizmin meydan okumalarına karşı durabilmek için yeni bir tutum ve kavrayış modeli geliştirmeyi hedefleyen bir İslam modernizmi tasvir edilecektir.

(Arkun örneğinde görüldüğü üzere) bu modernite anlayışı, tarihsel bir olgu ve olayı ya da bir sorunu çözmede kullanılan (dini/siyasi/iktisadi) verileri, yani geleneksel mirası yeni bir kavrayışla tanımlamak ve yeni şartlara, yaşanan sorunlara uygulamaya çalıştı. Burada sömürge karşıtlığı üzerine kurulan ve ilerlemeci bir ideoloji olarak sunulan İslam modernizmi ile Osmanlıdan bağımsızlaşmayı öngören gene ilerlemeci bir ideoloji olan Arap milliyetçiliği gibi ikili bir faktör bulunmaktadır.⁸

“Çağdaş İslam Düşüncesi” adı altında incelenecek bu çabaya katkıda bulunan birçok “Müslüman Düşünür” vardır. 18. yüzyıldan itibaren ivme kazanan bu ıslahat çabaları Hind-Pakistan ve Ortadoğu bölgesi ile Osmanlı İslahat çalışmaları şeklinde kategorize edilerek incelenmektedir.⁹

İçtihat Kavramı:

Sorunlara üretilen çözüm önerilerinde ortak nedeni veya illeti düşünerek kullanma çabasının teknik/hukuki adı, içtihatdır. Tecdid ve yenilenmenin zorunlu şartı içtihatdır. İşin özünü kavramak ve Garaudy’nin deyişiyle “taklidin gecesinden çıkmak”tır. Dinamik bir dünya görüşü ortaya koymak isteniliyorsa Batı’nın ve geçmişin taklitten kaçınılması gerekir.¹⁰

Burada geçmiş/mazi/tarih kavramına bir açıklık getirmek gerekir. Bundan kasıt, kanımca geleneği/geçmişinden müstağni olmayı değil, müstakil olmayı denemektir. Eğer Müslümanların mevcut realitesiyle ilgili, ilerleme, değişim, dönüşüm, kalkınma ve gelişme problemleriyle irtibatlı ve uygulanabilir müstakil bir okuma/ictihad yapılacaksa, kültürel mirasımızı/geleneğimizi salt fikri ve teorik açıdan okumakla ya da eskinin tekrarı mahiyetinde olan yorumlarla yapı(a)maz.¹¹ Mevcut geleneği bilgi birikiminden müstağni kalmadan müstakil ve uygulanabilir güncel yorumlar üretmek, işte temel mesele budur.

8 Tibi, Bassam, *The Crisis of Modern Islam*, translated by, Judith Von Siver, Salt Lake City.1988, s.40, Si b Sad, el-İdeolocıyya ve'l-Hadese, Beyrut. 1987, s.87

9 Bkz. Mevlüt Uyanık, *Bilginin İslamileştirilmesi ve Çağdaş İslam Düşüncesi*, Ankara.1999, s.13-63, 99 vd; -İsmail Raci Faruki” *Çağdaş İslam Düşünürleri*, ed.Cağfer Karadaş, Ensar yay. İstanbul. 2007, s.131-133; -Günümüüz İslam Düşüncesinde İslahat Kavramı, *İslami Araştırmalar Dergisi*, 4/2, 9-16 (1990); *İslam Sıfızmi ve Modernizm*, (İslam ve Modernizm: Fazlur Rahman Tecrübesi, 22-23 Şubat.1997 tarihli Uluslararası Sempozyum Bildirileri, İstanbul. (200-219), 1997. yeni baskı. Bilge Adamlar, yıl 5, sayı.18, 20008, s.28-38; *İslam ve Demokrasi ilişkisinin Mahiyeti -Muhammed Abid Cabiri’den Hareketle Bir Okuma*, *Türkiye Günlüğü*,sayı 51, (1998) s. 39-60 (1998); *İslami Hareketler İfadesinin Anlamlılığı Üzerine Bir Deneme*” *EKEV Akademik Dergisi*, 1/1..9-16(1998); *Türkiye’deki Kavramsal Kargaşanın Temel Terimleri:“Din” “Millet” ve “Şeriat”*. *Yeni Türkiye, Cumhuriyet Özel Sayısı*, 23-24. 2618 2629, (1998);-*Osmanlı İslahatlarının Nihai İfadesi Olarak Üç Tarz-ı Siyaset ve Türkiye Cumhuriyeti’ne Etkisi*, *Türkler*, *Yeni Türkiye Yayınları*, Ankara.2002, c.14, s.790-800; -*Türkiye’nin Uluslaşma/Yeni Kimliğini Oluşturma Sürecinde Osmanlı Kültürünün Yeri*”, *Dini Araştırmalar Dergisi Osmanlı Düşüncesi Özel Sayısı*, c.2/5.(1999); *Osmanlı Düşünce Tarihinde Parlamenter Sistem Arayışları: İslamiyetin Belirleyiciliği Üzerine Değerlendirmeler*, *Çorum İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2002/2, s.47-60 -*Osmanlı Düşünce Tarihinde Toplumsal Bir Muhalefet Olarak Şeyh Bedreddin ve Hareketinin Tahlili*, *Belleten*, LV/ 213, 341-149,(1991); *Osmanlı Düşünce Tarihinde Karşıt Fikir Kavramı-Şeyh Bedreddin Örneği- Türkiye Günlüğü*, 39,58-68.(1996); *Kur’an’ın Tarihsel ve Evrensel Okunuşu*, *Telif ve Tercüme makalelerden derleme K. Hamdi Okur ile beraber*, Fecr. Yay. Ankara. 1997

10 Garaudy, Roger; 20. Yüzyıl Biyografisi, Fecr. Ankara. 1998, s.261 vd

11 Abdullah Abdullahvi, *et-Turasu ve'l-hadesetu ve'l-Menhcceciyyetu fi'l-fikri'l-Arabi-el Muasır” el-Mecelletu'l-Felsefesiyyetu'l-Arabiyye*, c2 sayı, 2.Ocak.1993, s.15 vd

İslamiyet, özelde Hz. Muhammed'e (as) indirilmiş ve ilettiği mesaja inanan insanların dünyada refah, ahirette felahlarını temin edecek ilkelerin ismidir. Genelde ise İslamiyet, ilk Peygamber Hz. Adem'den itibaren gönderilen ve yatay ilişkilerde bozulmalar olduğu zaman dikey müdahalelerde bulunan nebi ve resullere gönderilen ilkelerin ortak ve nihai şeklidir. Son Peygamber Hz. Muhammed'e vahyedilen hususlar farklı zaman ve mekânlarda farklı dillerde Hz. Nuh, İbrahim, Musa ve İsa peygamberlere de indirilmiştir.¹² O halde Müslümanlara düşen Hz. Âdem'den itibaren gönderilen mesajların nihai ismi olan ve Hz. Muhammed vasıtasıyla gönderilen "Din"i dosdoğru tutup, ayrılığa düşmemeye çalışmaktır.¹³ Artık kırılma anlarında ya da ortaya çıkacak sorunlar karşısında ilahi müdahale olmayacağı gerçeği Müslümanların sürekli tecdit/ıslah çabalarında bulunmasını ve diğer beşeri birimlere¹⁴ bunu sunmalarını zorunlu kılmaktadır.

1. Sorun:

İnsanlar çağdaşlaşma, değişim ve dönüşüm kavramları çerçevesinde din ve dini değerlerini anlamaya, uygulamaya, kimlik-

lerine olan etkisini araştırmaya çalışmaktadır. İlahi mesajlar açısından söyleyecek olursak herkes kendi pratiği bağlamında evrensellik iddiasından vazgeçmemektedir. Müslümanların ilahi mesajların hepsini içeren nihai söyleme sahip olduklarını söylemeleri İsevi, Musevi şeraitin evrensellik sunumlarına engel olmamakta, hatta son zamanlardaki medeniyetler arası savaş tezlerinin teorik alt yapısını bile oluşturmaktadır. Bunun ortaya çıkardığı riski gidermek için medeniyetler arası diyalog çalışmaları başlatılmıştır. Bu doğaldır, ¹⁵ zira temel dünya görüşleri farklı hayat türlerinden ötürü varlıklarını sürdürürler. Nedeni, her birinin sayısız ince bağlarla hayatın benimsenen yöntem ve dünya görüşünü "uygun ve yaşanabilir" kılan bir görüntüsüne veya görüntüler toplamına bağlı olmasıdır.

Burada ortaya çıkan soru(n) şudur: Tarihin belirli bir döneminde indirilmiş, o dönemin sorunlarını ve çözümleri merkeze alarak çözümleyen bir pratik(ler)i üstelik müntesiplerinin kendi "değer"i ve "değerlendirmesini" evrensel saydığı çoğulcu bir ortamda nasıl "oku"yabilir, yorumlayabilir ve uygulama imkanı bulabiliriz? Ya da or-

12 Bkz. Mevlüt Uyanık, *İslam'ın inanç İlkeleri*, Ankara. 1997. s.9 vd ;Tanrı konuşur, bu nedenle O, tıpkı insan konuşucunun yaptığı gibi özgürlüğünü ifşa eder. Dinleyicisini cevap verme tutumunun içerdiği bir özgürlüğe çağırır: Tanrı kişiye sözleriyle emir verir ve onu diyalog tarzında konuşmaya çağırır. Dinleyici de konuşarak özgürlüğünü savunur: Ellul Jacques, *Sözün Düşüşü*, çev. Hüsamettin Arslan. İstanbul. 1998, 81-82

13 Artık "Allah katında din, İslam'dır" (3/Al-i İmran.19)

14 "Kim İslam'dan başka bir din seçerse bu ondan kabul edilmeyecektir" (3/Al-i İmran.85) ayetinde görüldüğü üzere Allah'ın inanlara öngördüğü dinin İslam olması, bunun dışındaki dinlerin; yani insanların hayatlarında takip edeceği başka temel yol, hayat tarzları olabileceğinin kabul edildiği görülmektedir. Şinasi Gindüz, (ed) *Yaşayan Dünya Dinleri*, DİB, Ankara.2007. Giriş, s.19. Önceki ilahi mesajları içeren nihai risaletin yorumunun bunlara sunulması/tebliği şarttır.

15 Kendi dışında herhangi bir şey kavramını devre dışı bırakan evrensellik aslında kavramsal ve öznel bir iddiadır, zira nesnel açıdan bakılınca dünyanın hiçbir yerinde hiçbir devlet, kürenin bütün yüzeyine yayılmak anlamında gerçekten evrensel ol(a)mamıştır. Evrensellik iddialarından kasıt, kendi rejimleri altında yaşayanlara dünya çapında olduklarını söylemeleridir. Toynbee, age, s.296; Kıyamete kadar hak ile batılın mücadelesi süreceğine göre, önceki pratikler-şeriatler de evrensellik iddialarından vazgeçmeyeceklerdir. Hatta Hristiyanlık içinde Katolik (evrensel inanç), Ortodoks (biricik sahih öğreti) mezheplerinin her birinin müstakil bir din gibi sunuldukları unutulmamalıdır. Bu da gösteriyor ki, evrensellüğün kavramsal bir egemenlik iddiası olarak ileri sürülmekte, aslında yanılısıma olduğudur ya da devletlerin hayallerini tutsak eden ve siyasal egemenlik için araç olarak kullanılan unsurlardan birisidir. Örneğin Ukrayna devlet başkanının Hristiyanlığa geçişlerinin 1020 yılı münasebetiyle törene İstanbul patriğini davet etmesi Rusya ile devlet krizine sebep olmuş, Moskova patrikhanesi buna şiddetle karşı çıkmıştır. Milliyet. 29.Temmuz.2008

tak bir yorumun sınırları üzerinde konuşabilir miyiz? ¹⁶

Tikel uygulamaları tekil bir isimle tümelleştirme güncelleştirme/çağdaşlaştırma çabalarına dair bireysel okumalarımıza¹⁷ daha metodik ve eleştirel bir çaba içinde olan Muhammed Arkun'un Kantvari bir üslupla nitelendirdiği "İslam Aklının Eleştirisi" ile devam etmek istiyoruz.

Fazlur Rahman'dan Arkun'a kadar bir çok düşünürce savunulan modernist öğreti, inançta aklın rolünden, siyasette demokrasi, haklar, kadının eğitimi gibi birçok alanı içeren sorunlar üzerinde durur. İslam kültürel mirasını yeniden değerlendirip ele alan ve bazı anahtar kavramları Batı kurumlarına adapte eden, bunları İslam ile bütünleştiren, seküler Batı'ya karşı yaşayabilir, uygulanabilir alternatif bir İslam anlayışının başarılı olmasını hedefler.¹⁸ "Muhafazakâr ve köktencilere (fundamentalist) bunu beceremez, ancak İslam modernistleri yapar", diyen Fazlur Rahman ile Arkun arasında bu anlamda bir gaye birliği vardır.

2. Niçin Muhammed Arkun?

Günümüzde İctihat etkinliğinde bulunabilmek için bin beş yüz yıllık İslami biri-

kimi en iyi şekilde sindirmek yetmez, aynı zamanda oryantalist okumaların, özellikle filolojik yöntemin açmazlarına düşmeden bunu başarabilmek önemlidir. Bunu gerçekleştirebilmek, genelde toplumsal ve beşeri bilimlerde en son elde edilen verileri ve gittikçe artan sosyolojik gerçekleri, efsaneleri veyahut da özlenen, tahayyül edilen kavramları açıkça eleştiriye tabii tutmak demektir.

Bu nedenle, "Akıl eleştirisi her yeniden yapılanma projesinin öncelikli ve ayrılmaz parçasıdır. Aklın işleyiş biçimi, kavramları, hayata bakışı ve genel tasavvurları kapsamlı bir şekilde yeniden ele alınmamış bir akılla diriliş (Rönesans) yapmak mümkün müdür?" ¹⁹

İşte bu sorunun cevabını Arkun "İslam Aklının Eleştirisi" adlı eserinde arar. Diğer çalışmaları ve buna yönelik eleştiriler ile konuyu dağıtmadan²⁰ buradaki yöntemini ve İslam düşüncesindeki kırılma noktalarına işaret etmekle yetineceğiz. Örneğin Arkun, (C.Levi Straus, Jean-Pierre Frenad, George Blondel, George Duby, Robert Mandreau, Pierr Badiot gibi alimlerin kullandığı) mevcut oryantalist yöntemin

16 Bu da dini ya da felsefi farklılıklardan ne anladığımıza bağlıdır. Herhangi bir entelektüel gelenek içinde yer almak, bir grup insan tarafından karşılıklı iş birliği üzerinde çalışmak, herhangi bir kültürle kurumsallaşmak gerekir. Bu takdirde, bilgiye ilişkin herhangi bir temel yorum, bir açıklığa kavuşturma, eleştirme ve ihmal edilen olayları da hesaba katma süreci sonunda daha kapsayıcı olmaya ve bu kültürün tüm hayatını daha uyum ve daha doğru bir biçimde ifade etmeye yönelir. Böyle yeni bir güçlü etki çıkmadığı takdirde bu kültür içindeki farklı gelenekler, tarihinde gösterdiği üzere birbirlerine yaklaşırlar. Bu bazen tüm bir çağın bütün ana entelektüel ilgilerini yorumlayabilecek kadar geniş bir felsefenin ortaya çıkmasıyla sonuçlanır. Randal, John-Herman, Buchler, Justus Jr. Felsefeye Giriş, çev. A. Arslan, İzmir: 1989, s.19.

17 Bkz. Mevlüt Uyanık, Tarihsel Bir olgu ve Olayı Anlama ve Anlamlandırma Sorunu -Tarih Felsefesinde Yöntem Arayışları, Kur'an Dil-Dilbilim ve Hermeneutik Sempozyumu, 18-20 Mayıs 2001 Van;Değişme ve Dönüşme Tartışmalarında Sosyal Kimlikler Meselesi, Din, Kültür ve Çağdaşlık (Kutlu Doğum 2004) Ankara. 2007, s.63-76;- İlahi Dinlerin Evrensellik Tasarımının Teorik Sunumu Üzerine, Avrupa Birliği Sürecinde Türkiye'de Din Eğitimi ve Sorunları Sempozyumu, Sakarya Türk Ocakları ve İlahiyat fak. 24-26 Mayıs 2001. s.149-170; Bir "Değer" Olarak "Çoğulculuk, Değerler ve Eğitimi - Uluslar arası Sempozyum-26-28 Kasım 2004. İstanbul, ed. R.Kaymakcan, S.Kenan, H.Hökeli, Ş.Arslan, M.Zengin, İstanbul.2007, DEM, s.433-444

18 Bu anlamda Batı'dan çok istifade eder, ama bu Hristiyanlık ile İslamiyeti eş görmek anlamına gelmez. İslami bir tavırla Müslümanlara demokratik bir sistemin ilkelerini verir, aksi takdirde otokratik bir yönetime dönüşme riskinden bahseder: Fazlur Rahman, "Legacy and Contemporary Challenge" s.242-243

19 Cabiri, M. Abid, Arap Aklının Oluşumu, (Tekvinu'l-Akli'l-Arabi) çev. İ. Akbaba, İstanbul. 1997, s.7

20 Bkz. Fethi Ahmet Polat, " Muhammed Arkun", Çağdaş İslam Düşünürleri, ed.Cağfer Karadağ, Ensar yay. İstanbul.2007, s.157-182

maddi olgulara önem vererek, insanların hayallerini, zihni tavırlarını hiç dikkate almadığını, oysa insanların bilinçlerini harekete geçiren unsurların bunlar olduğunu söyler.

Üstelik vahyi; kelami, insani ve mantıki (Theo-anthropo-logie de la Revelation) bir şekilde inceleme, İbrahimi dinlerin üçünde de olmalı, tarihsel ve manevi deneyimlerinin incelenmesi karşılaştırılmalı bir şekilde yapılmalıdır. Bununla kast edilen, bu üç kitaplı din de Allah, insan ve mantık kavramlarına yüklenen anlamların teşkili ve tecellisi açısından ne gibi ayrılık ve bağlılıklar olduğunu, bunlar arasındaki birleşmenin ne anlama geldiğini hem fikri; hem de dilsel açıdan anlamak gerekir. Ancak bu sayede yüzyıllardır hâkimiyetini sürdüren “kapalı dogmatik örgü” içine hapsedilmiş zihinler özgürlüğüne kavuşabilir, skolastik teoloji aşılabilir. Diğer bir ifadeyle müfessir ve fakihlerin “Allah diyor ki” diye başlayan açıklamaları ve yorumlamaların ne derecede doğru olduğu, Allah kelamı ile uygun ya da uygunsuzluğunu epistemolojik açıdan bile sorgulamayı imkânsız kılan yapı aşılabilir.²¹

Arkun’un İslamcı hareketlerin oluşturduğu ideolojik ortamın dinin manevi/ruhi ve lahuti boyutlarını ıskalayarak iman meselesini bütün ilintilerinden soyutlayıp geçici çıkarılara göre yorumlanması sonucunda ortaya çıkan düşüncesizliğin had safhaya ulaştığı; buna bir de resmi âlimlerin Weberci²² bir tarzda din işlerini düzenleme adı altında araştırmalarının baskı altına alma ve yönlendirme çabalarının yoğun olduğu bir dönemde, oldukça riskli ve yanlış anlamalara da açık olduğunu söyleyerek eleştirel okumayı yapması²³ bile başlı başına incelemeye değerdir. Çünkü belirli bir siyasi amacı gerçekleştirmeyi hedefleyen toplumsal baskı ve tahakkümün yanı sıra aynı zamanda resmi âlimlerinden değişim ve araştırma hürriyetini bütün güçleriyle engellemeye, baskı altına almaya çalıştığını da unutmamak gerekir, diyen Arkun’a göre bu âlimlerin görevi toplumda din ve kutsallık işlerini düzenlemek ve kolaylaştırmak şeklinde sunulmaktadır.

Bunlar toplumda neyin mukaddes; neyin kutsal dışı olduğunu belirleme hakkını tekellerinde bulundurmakta ve yorumlarını bir nevi gufran ve rahmete ulaşma vesilesi adı altında insanlara sunmaktadır.²⁴

- 21 Muhammed Arkun, *Min’ el-İctihad ila Nakdi’ l-akli’ l-İslami, Arapça çeviri . Hasim Salih, es-Saki Yayınevi, Beyrut, 1991, s.99-101, Mütercimim Önsözü, s. 5-6. Salih, bundan kastın insan aklının ayetlerin anlamlarına ve makasıdullahı tam olarak ulaşmasının mümkün olmadığını, yani lahuti-teolojik kapasitesinin yeterli olmadığını bilip, verilen anlamların, ortaya konulan fıkhi hükümlerin, yasaların bir dil içine hapsedmek olduğunun bilinmesi gerekir. Oysa Kur’ani söylemin sembolik ve mecazi yönü vardır; sonsuz anlam ve delaletlere açık olduğu gözden kaçıyor. Taberi gibi alimler, kendi yorumlarını Allah diyor ki ile başlayarak kelimullahı lafzi ve tam bir anlam verdiğine inanıyordu. Aynı eser, sayf. 97. dipnot.*
- 22 Bundan kasıt, Protestan ahlak ile İslam yenilikçisi arasında paralellik kurmak, yani ayinselcilik ve mistizmin karşıtımlarından bağımsızlaşan bir ilkelere bütünü için temel kutsal kitaplara dönmektir. Çilecilik, kalvinizm ve sorumluluk gibi güdüler ön plana çıkartılır ama yüzeysellikten kurtulamaz, zira bunlar yapısal açıklamalardan ziyade bireysel zühd motivasyon (Protestan ahlakı bağlamında) kuramlarını kullanır. Bu anlamda yenilenmiş İslam, geleneksel olanla yeninin garip bir karışımıdır. Bkz. Brayn Turner, Max Weber ve İslam, çev. Y.Aktay, İstanbul. 1991, s.98, 194-195
- 23 Arkun, *age*, s. 25-26. Cemil Kasım, İslam ve İslamcılık arasındaki ilişkiyi incelerken bu husus üzerinde durarak, “Dini bir olgu olarak İslam diğer tevhide dinlerin güzel ve son örneği olup, hicri 1.asrın ortalarında gerek din gerekse yöntem, usul-i fıkıh açısından olsun temel kuralları sistematize olmuş ve çerçevesi belirlenmiştir. H.3 asırdan itibaren fakihlerce kanunlar haline dönüştürülmesiyle birlikte bir nevi içtihat kapısı kapanmıştır.” der ve Arkun’un dini modernleşmenin mümkün olmasının yeni bir kelim ilmi vasıtasıyla fıkıh-kanuni tıkanıklığın aşılabileceğini, böylece modernizme takvanın gireceğini söylemesini önemsemediğini vurgular. Cemil Kasım, *İslam ve’ l-islameviyye (İslamcılık), el-Fikru’ l-Arabiyyu’ l-Muasir*, yıl.1992, sayı.98-99, s.58-64

- 24 Arkun, *age*, s. 27

Arap dünyasında diriliş/nahda hareketinin ilk dönemlerinde (1820-1952) liberal aydınlar etkiliydi diyen Arkun'a göre, ikinci dönemde (1952-1970) ihtilalciler (es-Sevriyyin), üçüncü kısımda (1979 ve sonrası) siyasi liberalizasyonu da kabul etmeyen "öze dönüş" sloganıyla meşruiyeti sağlanan ihtilalciler/radikal İslamcılar etkili hale geldi. Her siyasal grup İslamı temsil ettiğini söyledi, oysa doğası gereği isyancı olduğu için kitleselleş(e)mez. Kitleselleştirecek bir siyasal program ortaya koyamadıkları için İslami bir alternatif yerine protesto öne çıkıyor, daha doğrusu protesto için İslam'ın kullanışı söz konusu oluyor.²⁵ E. Said'in deyişiyle "işî karmaşıklaştıran da budur."²⁶ Dolayısıyla her dönemde dinin bir nevi açık artırmayla insanlara sunulması vardı diyen Arkun, düşünce taksimatlarına yönelik karşı mücadelenin İbn Rüşd gibi büyük düşünürler tarafından da yapıldığını; kendine bu gibi düşünürleri örnek aldığını söyler.²⁷

3. Arkun'un Aşmaya Çalıştığı Açmaz:

Arkun, hem Batı'nın filolojik yönteminin açmazından haberdar; hem de kadim, klasik İslam kültüründen; yani Ulum-u Dahiliye'den (bunlara olumsuz ve cidali bir anlam verilerek, düşünceye sonradan eklemelendiğini söyleyerek felsefi ve akli (rasyonel) bilimlerin değerinin düşürülmeye çalışıldığından) haberdar olunması gerektiğini bilerek İslam Aklını eleştiriye tabii tutmaya çalışmaktadır.

Batı'da St. Thomas Aquinas'ın yaptığını, yani akıl-nakil uzlaşmasını İslam düşüncesinde İbn Rüşd yapmaya çalışmış, felsefi akıl ile ilahi akıl ve lahuti-teolojik akıl arasındaki açık cepheyi kapatmaya çalışıp, burada derinleşmenin gerektiğini söylemiş, ama maalesef Maliki fıkhnın yöntemi içinde hapsoldüğü için devamını getirememiştir. Ama Batı bunu gerçekleştirdiği için bizim modernizm çıkmazı dediğimiz olguyu aşmış, biz ise lahuti-kelami aklın Kur'an'ın yaratılıp yaratılmadığı meselesine takılıp kalmışız.

Eğer akli çağdaş bir eleştiriye tutabilirsek, klasik içtihat anlayışımız ve içtihatla ilgili sınırlı akılcı uygulamaları ve ortaya çıkardığı sorunları aşabiliriz. Çünkü Allah'ın vahyi aşkın bir dildir ve müthiş etkili bir güce sahiptir. İnsanlarca anlaşılması için kendini açıkça takdim eder, bu niteliğinden dolayı insanların reel hayatlarında somutlaşır, yaşanır hale gelir. Önemli olan bu anlamları belirli dilsel (lugavi hitap) söylemlerle, ideolojik ve sloganik okumalarla gölgelememektir.²⁸

Temel hedefi, "Kur'ani an" ile fakih ve müfessirlerin ürettikleri yorumlarının zamanı ve şeriatın billurlaşması an(lar)ı arasında ayırım yapılmasıdır. Çünkü ilki, ilahi vahyin anını gösterirken, ikincisi salt beşeri zamana işaret eden bu ayırım zorunludur. Eğer yapılmazsa, birer insani üretim olan ve dönemin şartları, örfleri, adetlerinden etkilenmesi kadar doğal bir şey olmayan bu yorumlara giydirilen aşkınlık ve kut-

25 Abdülaziz Sebil, "El-Muskakatü'l-Arabi beyne'l-Vucudu'l-ezmeti ve Ezmeti'l-Vucud" *el-Fikru'l-Arabi el-Musarr*. Sayı.90-91, s.58; Collins M, Dunn, "Revivalist Islam and Democracy" *Middle East Policy*, c.1, No:2, 1992, s.17; Tibi, Bassam, "Yarı Modernizm ve Siyasi Aksiyonizm Arasında İslam Köktencililiği" *Avrasya dosyası*, İlk bahar. 1995. c., sayı.1, 111 vd

26 "Edward Saidle İslami Tehdit Üzerine" çev. K. Başçı, *Yeni Dergi*, sayı.7-8, Ankara. 1995, s.101

27 Arkun, age, s. 28. Haşim Salih bu radikal İslamcı hareketlerle beraber resmi din âlimlerinin de din ve dini değerleri suiistimal etmesinin ve bir nevi açık artırmaya çıkarılmasının Abbasiler tarafından Emeviler; Fatımiler tarafından da Abbasilere karşı kullanıldığı zamandan bu yana görüldüğünü belirtmektedir. Age.s.28.dipnot

28 Arkun,age, Önsöz, s. 11-12, 93, 98-100, bkz. İbn Rüşd, *Menahicu'l-Edile fi Akaidi'l-Mille*, Mahmut Kasım baskısı, Kahire. 1964, s.132-133

sallık perdesini aralamamız mümkün ol(a) maz, böyle olunca da Kur'an ile fakih ve müfessirlerin (lûgavi, tarihi ve manevi) yorumları birbirine karışır.²⁹

Bunların sonucunda ortaya çıkan fıkhi ve itikadi mezhepler kutuplaşmalara dönüşür. Küfürle ithamlar, kelami lanetlemeler sertleşir. Geçmişte böyle olmuştu³⁰ ama günümüzde de durum maalesef değişmemiştir. Bugünkü Irak ve Ortadoğu'daki Şii-Sünni ayrımı bunun en iyi göstergesidir. Bu açmazı aşmanın Şii ve Sünni ekoller arasında kuvvetli ve hürleştirici bir diyalog kurmanın yolu Arkun'a göre, ancak her iki tarafın da ilahi-lahuti kelamı yorumladıkları tarihsel şartları yeniden gözden geçirerek bunlardaki ideolojik ve salt beşeri olan yönlerin ortaya çıkarılmasıyla mümkün olur.³¹ Bu aslında İslam'ın içinde İslam'ın ne olduğu sorusuyla ilgili çok enerjik tartışmalar olduğunun göstergesidir.³²

4. İslam Aklının Eleştirisi Ne Değildir?

Arkun'un önerisi, Yeniçağ Felsefesi bünyesinde Kant'ın Saf Aklın Tenkidiyile başladığı ve Pratik Aklın Tenkidi adlı

eseriyle oluşturduğu etki, ya da epistemik devrim gibi çağrıda bulunmak mıdır? Buna okur karar verecek, ama bildiğim, bu okumanın "Bir hanif dini olan İslam'ın manevi-ruhi deneyimlerinin aşındırılması veya yok edilmesi olmadığıdır. Bundan kasıt, manevi-ruhi kamilliğin ilkelerini gözden geçirip, nasıl uygulandığını ele alarak tarihsel gerçekliğin eleştirisini yapmaktır. Üstelik deneyim dediğimiz Sünni, Şii, İbadi, Mutezili, Sufi ve Felsefi geleneklere bağlı olan düşünürlerin eserleriyle somutlaşmıştır. Tarih/geçmiş bu teorik ve pratiklerin, ideallerin aktarımıdır, ama vahiy, tarihi aşar, tarih üstüdür. Ancak ilkelerini reel olgular ve siyasi, akidevi karmaşalar döneminde belirler, sorunları çözer."³³

I. İctihat ve İslam Aklının Eleştirisi

İşte İslam Aklının eleştirisi, reel/gerçek olarak sunulan durumun hakikate tekabül edip etmediğini inceler, yani vahiy reel durumun karmaşasından, yanlışlıklarından temizlemeyi ve kurtarmayı hedefler. Kısacası, İslam'ın muazzam manevi tecrübesini, tarih boyunca ona isnat ve ilave edilen bütün hurafelerden, bidatlerden,

29 Arkun, age, s. 70. dipnot

30 Kelami-itikadi, siyasi isimlendirmeler, çoğu kez bir kimsenin sevmediği bir muarızını, muhalifini umutsuzluğa düşürmek için kullanılır, ama bunun karşı taraf tarafından kabul görmemesi kadar doğal bir şey olamaz. Sahih ve doğru inanca (Sünnilik-ortodoksi) sahip olduğunu söyleyerek "ötekilerini" dışlayan terimlerde bulunmanın ölçüsü nedir? El-Memun tarafından başlatılan Mihne'ye rağmen şahadet veya imanın ikrarını kabul dışında imanın doğruluğunu bir kişinin Müslüman olup olmadığına karar vermek için bir iman ölçütü olmamıştır. İslamiyet'te neyin hak inanç olduğuna yetkili bir biçimde ortaya koyabilen (Hırs-ı tiyanlıkta olan Ruhani Konsey gibi) bir kuruluşa sahip değildir. Watt, İslam Düşüncesinin Teşekkül Devri, çev. E.R. Fığlalı, Ankara. 1981, s.7, 35

31 Arkun, age, s. 105-106. dipnot. Başbakan Erdoğan'ın Irak ziyareti sonrasında "Ben ne Sünniyim, ne Şiiyim, sadece Müslümanım" demesi bu teolojik zorlukları aşmaya çalışan bir siyasetçinin ifadesi olarak görülebilir. 10. Temmuz.2008

32 Bu da sorunun Huntington'un yeni sömürgeleştirmelere meşruiyet sağlamak için ortaya attığı medeniyetler arası savaştan ziyade medeniyet içi ya da İslam tasavvurlarındaki farklılıkların ne boyutlara ulaştığını göstermektedir. Örneğin Mısır'da İslamcılarla mücadele eden Hükümette savaşı Allah adına yaptığını söyler. Bkz. "Edward Saidle İslami Tehdit Üzerine" çev. K. Başçı, Yeni Dergi, sayı.7-8, Ankara. 1995, s.100. güncel acı bir örnek de; Filistin'in kurtuluşu için kurulduğunu söyleyen Hamas ve el-Fetih karşılıklı bombalarla işi Müslüman öldürmeye kadar vardırımlarıdır.. 27.7-2008. Pazar, Sabah gazetesi.

33 Hasim Salih, önsöz, s.7-8. Cabiri, Arap akli kavramıyla tedvin asrında oluşturduğu şekliyle Arap kültüründe istikrar bulun zihin yapısı diye nitelendiriyor. (Cabiri, Arap aklının Oluşumu, s.99)Bu terimi Arkun'un İslam Akli anlayışı ile ayrıca mukayeseli olarak incelemek faydalı olabilir. Burada Cabiri'nin "Arap Akli"

asılsız şeylerden kurtarma çabasıdır. Bu çaba önemli, zira dinin o ilk şöretli ve örnek haline, kutsalın saflığına, aşkınlığına, münezzehliğine ve yüceliğine tarihsel olarak da dönmek mümkün değildir. Nitekim Mevdudi gibi İslamcıların başlatmaya çalıştığı siyasal hareketler, 20.yüzyılın büyük ideolojilerinin ışığında İslam'ı her şeyden önce siyasal bir sistem haline dönüştürmek istemiş ve “öze dönüş” kavramıyla meşruiyetini sağlamaya çalışmışlardır. Ama “öze dönüş” derken kendi öz tarihselliğini reddeden bir hareketin tarihselliği gibi bir ironiyle karşılaştılar. İslamcılık sıradanlaşmaya, genel siyasi manzarayla bütünleşmeye ve totalitarizmin yeni bir boyutu olmaya başladı.³⁴ Ancak İslami teolojik tecrübeyi bütün türleriyle (tefsir, hadis fıkıh, kalam) eleştirel bir analize tabii tutarsak, tarih ile vahiy arasındaki ayrılık noktaları ortaya çıkabilir.

Bu, günümüz toplumlarının karşı karşıya kaldığı meseleleri çözme gücüne sahip olması ve İslam düşüncesinin yenilenmesi için elzemdir. Zira modernleşmiş ve dinamik toplumların bizi bütün sabit yapıları değiştirmeye, tarihçiliği aşmaya hatta yenmeye zorladığını görüyoruz.

“Artık toplumsal sistemi mevcut şartların gerektirdiği ve değişken bir şekilde algılamamız gerekiyor” diyen Arkun, yeni meydan okumalara böyle cevap verileceği kanaatindedir. Bu yapılmalıdır, çünkü artık İslam düşüncesinin içine kapanmasının, eski mutlakçı akıl anlayışı çerçevesine çekilmesinin imkânı yoktur. Kaldı ki, klasik akıl anlayışını Batı’da olduğu gibi ne Kantçı bir tarzda eleştiriye ne de Hegelci diyalektik anlayışına tabi tutulmamıştır.³⁵

Arkun, İçtihat ve İslam Aklının Eleştirisi adlı eserinde miras ile ilgili ayetleri, Taberi tefsiri çerçevesinde Esbabu’n-Nüzul, nasih ve mensuh kavramları çerçevesinde inceliyor. Kur’an’ı yorumlama çabasını bilgi faaliyetlerinin en yüce derecesi ve kıymetlisi olarak gören Arkun, Jurgen Habermas’ın yönteminden mülhem bir şekilde inceleme yapıyor. Mülhemlikten kasıt, kişiler ile beşeriyet arasındaki iletişimin nasıllığı üzerine düşünerek, rasyonalizmin donmuş ve sabit olmadığını, toplumun, tarihin ve olguların değişen verilerine açık ve çoğulcu bir rasyonalizmin mevcut olduğunu söylemektir.³⁶ Biz teknik okumanın ayrıntılarındaki yöntemini ön plana çıkaracağız. Alimlere verilen sivil yetkinin,

kavramı yerine daha kapsamlı ve bütün İslam ümmetinin birikimini içeren “İslam v/ya Müslüman Akli” ifadesinin tercih edilmesi önemlidir. Zira bana göre de, İslam felsefesinin /düşüncesinin kurucu özneleri olarak yerli/Arap ve yabancı/acem karşılığı üzerine kurulu Arap Akli ifadesi tutarlı değildir. Bkz. Uyanık, Mevlüt, Felsefeyi Anadolu’da Yeniden Yurtlandırmak: İslam Felsefesinin Günümüzdeki Anlamı Üzerine Bir Deneme, İslamiyat. C.8.sayı.4. 2005y s.57-78, Bilginin İslamileştirilmesi ve Çağdaş İslam Düşüncesi (Doktora tezi) Ankara Okulu yayınları, Ankara. 2001, s.17-18

34 Bkz. Oliver Roy, *Siyasal İslam’ın İflosu*, çev. Cüneyt Akalın, İstanbul. 1994, s.11-12; Tibi, agm, s.117.

35 Arkun, age, s.95; Haşim Salih, önsöz, s.8-9 ve 95-96 sayfalarındaki dipnot

36 Arkun,age, s.93-95; Yüzyılın en önemli felsefecilerinden olan Habermas’ın iletişimsel eylem denilen “communication action-en Nazariyetü’l-Faaliye et-Tevasuliyye” ve Avusturyalı felsefeci Wittengen’in çalışmalarından mülhem teorisini ileri sürmüştür. Nietzsche’ye hatta post-modernizm felsefesinden beri çok şiddetli tenkitlere maruz kalan rasyonalizm ve hakikat düşüncesine yeni bakış açısı getirmeyi hedefleyen tahlilci bir felsefe ve dilbilim temelleri üzerine kuruludur. Habermas, “söz-logos-kelam” ve iletimde örnek bir ortamın var olduğuna inanır. Buna muhatap olan fertler, bu süreçte hakikate kabule götüren bir iletişime geçeceklerdir. Günlük tartışmalarda olanlar bundan ibarettir. Diyaloğa kurulan iletişim ve karşındakile konuştuğun dil, en düşük derecede bir rasyonelliği ya da rasyonellik imkânlarını içinde bulundurur. Eğer böyle olmasaydı anlaşma ve ittifak gerçekleşmezdi. Arkun, burada Habermas’ın teorisinin klasik İslami tefsiri (aynı zamanda Yahudi ve Hristiyan metnlerinin de) aydınlığı kavuşturmada bize yardımcı olacağını düşünür: Çünkü klasik tefsirler aynı zamanda lugavi (dilbilimsel) çalışmalardır. Böyle incelendiğinde her mezhebi içine alan bir ortak anlayışa (icma’ ya !) gidilebilir. Arkun, age, s. 93-94. Haşim Salih’in dipnotu

bir süre sonra kişinin imanı veya Rabbine olan ibadeti üzerinde bir hakimiyet kurmaya dönüştüğünü görmek açısından bu okuma önemlidir.

1. Skolastik İslami Kültürel Miras

İçtihat denildi mi Ehl-i sünnet akaidi, Usul-i fıkıh ilminin tedvin edildiği sonraki asırlarda ortaya çıktığı şekliyle lahuti-fıkhi büyük mezheplerin kurucuları olan Müçtehit imamlar akla geliyor. 19. yüzyıldan bu yana batı tarafından dayatılan rasyonalizm, modernizm, kültürel ve maddi meydan okumaları karşılayabilmek için içtihat kapısının yeniden açılması gerektiğini söyleyen ilk dönem ıslahatçıları kendilerini doğrudan silahlı eylemler içinde buldular. Teori ve pratik arasında bir karışma oldu ve sorun tam olarak anlaşılamadı.³⁷ Öncelikle karmaşayı açıklamak isteyen Arkun, İslam'ın ilk dönemini (hicri 1-4; miladi 7-10) yenilikçi ve çoğulcu olarak niteler; ardından son on asrı ekoller/mezheplerin öğretisinin hakim olduğu skolastik dönem olarak değerlendirir. Zaten bu terim, ekolcü anlamına gelir, müntesibi olduğu kadim akımın görüşlerini aynen tekrarlamak ve dogmatik bir görüşe sahip olmayı ifade eder. 19 asırdan itibaren İslamcı hareketler siyasal bağımsızlıklarını kazanmaya çalışırken, demografik ve ekonomik/petrol açısından zenginleşme faktörleri de modernleşme, yenileşme çabalarında özellikle incelenmesi gereken hususlardır.³⁸

Örneğin İslamcılığın yeni siyasal biçimler oluşturmaktan yalnızca İslami hukuku, şeriatı yeniden kurmaya çalışan yeni bir fundamentalizme dönüştüğünü söyleyen Roy, neticede İslamcılığı elinden kaçırdığı bir siyasal mantığın paravanı olmaya mahkûm ettiğini belirtir. Bunun da gelip dayandığı sonuç geleneksel ataerkil, kabilevi ve mezhebi bölünmedir, her an meşrulaştırma söylemini değiştirmeye hazır yeni toplumsal kategoriler ve mevcut rejimlerdir. Bu açıdan asr-ı saadeti mihenk taşı almalarına rağmen ideolojileri ve programları modernizmin ifadesi olmaktan kurtulamaz.³⁹ Oysa Allah Resulünün Kur'an'ın bir emri olarak görüp yok etmeye çalıştığı kabilevi nizam değil miydi? Geleneksel Arap otoritesi gelenekler vasıtasıyla kabile Arabının günlük hayatını ve kimliğini düzenlemeye Allah Resulünün mesajına rağmen devam etti. Weber'in "Mukaddes görenekler" dediği adetler, kabileler, aşiretler İslam öncesi Arap otoritesinin en aşikâr sosyal ifadeleri oldular.⁴⁰

2. İctihat Kavramı: Dini verilerin yorumlanması ve günümüz sorunlarına çözüm aranmasında ilke işlevi görmesini ifade eden içtihat kavramı, geçmişte kesinlikle lahuti/teolojik meselelere dair zihinsel temrinler yapmayı sağlayan soyut bir yöntem olarak anlaşılmamıştır. Bireyin, toplumun ve devletin sorunlarına çözüm aramak için Allah kelamı ile beşeri ruhun kesişim noktalarını bularak nihai maksatlara uygun

37 Arkun, Önsöz, s.11-12. Fazlur Rahman'da ilk dönem Müslümanlarının diğer medeniyet modellerinin kavramlarının bazılarını ödünç aldığını ama bunu kendi terimleriyle ifade edip özümlediklerini, sorunlarının uygulanabilir, yaşanabilir bir İslam olduğunu söyler. "Legacy and Contemporary Challenge" s.243

38 Çünkü bu George Gurvitch'in ifade ettiği bilginin toplumsal çerçevesini analiz etmek demektir ve İslam toplumlarında bunu yapmak oldukça zordur. Arkun, önsöz, s. 12-13; krş. UYANIK Mevlüt, İslami Hareketler İfadesinin Anlamlılığı Üzerine Bir Deneme, EKEV Akademi Dergisi, 1/1. s. 9-16(1998) Abdurrahman Mümin, İslam Köktencilliği Üzerine -Basmakalıp Bir İfadenin Soy kütüğü, çeviri M. Uyarık, İslami Araştırmalar Dergisi, cilt. 6, sayı. 3, 1992, s. 165-171

39 Roy, age, s.12, Tibi, agm, s.116

40 Dabaşı Hamid, İslam'da Otorite, çev. S.E. Gündüz. İstanbul. 1995, s.42; Çağrııcı Mustafa, Asabiyyet Kavramı, TDV, İslam Ansiklopedisi, c.3.1991, s.453. Ortadoğu için yapılan gizli anlaşmalar ve ortaya çıkan siyasi yapı için bkz. Sander Oral, Siyasi Tarihi, A.Ü.S.B.F, Ankara.1987, 275 vd

ve doğru bir anlayış sağlamaktır. İctihadı bilgiye doğru yönelmiş teorik düşünce faaliyetini tanımlayan Arkun, şeri hükümlerin sebeplerini, illetlerini araştırarak, gerekçelendirilerek bilgel ve ilahi temelle-ri tahlil etmektedir. Bu anlamda içtihat, vahy edilmiş kitapla yüzyüze kalan müminlerin tamamında ortak olan uygulamayı teşekkül ettirir. Nitekim hicretin ilk üç asrında Müslüman düşünürler bunu düşünce planında canlı tutmuşlar, bilinen kanunu, toplumsal, siyasal sistemi kuran bir bilgi sistemi geliştirmişler, büyük bir kültür mirası ve bir medeniyet kurmaya başlamışlardır.⁴¹ Özel-likle h.5-m.11 tarihleri arasında siyasi ve itikadi oluşumlar kurumsallaştı, Sünnilik İslam coğrafyasının çoğuna hâkim oldu. Mezhepler birbiriyle sert bir şekilde yarışan ortodoksiler çıkardı. Her fıkhi ve itikadi ekol, ulaştığı sonuçları biricik doğru olarak sundu, diğerlerini batıl/heteredoksi olarak ilan etti, kutuplaşmalar arttı.⁴² Bu durum, vaaz, hutbe ve günlük konuşmalarla kökleştirildi: Bireysel ve toplumsal hayat tarzları şekillendirildi.

Bu nedenle içtihat kavramı üzerinde bir çalışma;

- Halkın alışlagelmiş olduğu gerçekle- rin birçoğunun sarsılmasına
- Zihinlere kazınmış olan adetlerin tas- hih edilmesine
- Eski öğretilerin çoğunun yeniden göz- den geçirilmesine yol açacaktır.
- (Çünkü) içtihat bir medeniyet oluşturma faaliyetidir.⁴³

3. Fıkıh ve Hukuk Ayırımı

İctihatlar bilgi sistemleri ve halkın iti- kadi anlayışını ortaya çıkardı. Bunlar vaaz, Cuma hutbeleri ve günlük konuşmalar- la yaygınlaştı, bir süre sonra milyonların Allah, insan ve tarih anlayışını oluşturan büyük gerçekler, fıkhi ve ahlaki kanunlar olarak yerleşti. Fıkıh, Allah kelimini de- rinlemesine anlamak, yani sırlarına nüfuz etmek, hukuk ise bunlardan türetilen so- nuçlar/kanunlardır.⁴⁴

Fıkıh ve hukuk ayrımı işte bu hususun anlaşılmasında önemlidir. Yeni bir olay karşısında Müçtehit, fer'in asl'a kıyasını yapar ve çözüm üretir, ama içtihat'ın bu teknik durumun/zihni kuvvetin ötesinde olduğu gözden kaçmakta, hukukçuların Allah kelamına direk temas etme, yüce gayelerine ulaşmanın sadece kendilerine ait olduğu (fehmi) gururuna kapılmalarına yol açmaktadır. Kendilerini dini kanun ko- yucu ve açıklayıcısı olarak görmek, kişinin (nefsini) ilahlaştırmaya (mühelleh) götür- bilmektedir.⁴⁵ Salih, "mühelleh"ten kastın fakihin daha doğrusu hukukçunun kendine bir kutsallık (et-takdis ve et-Te'liye) görün- tüsü vermesi olduğunu açıklar. Oysa bu ta- mamen beşeridir, ilahi olması imkânsızdır. Şeriatın ilk dönemlerde tamamen sınırlı, belirli tarihsel şartlar dâhilinde insanlar tarafından nasların nasıl yorumlandığını (tefsir ve tevil) biliyoruz.⁴⁶

Bu nedenle bizzat metinde ihtilaf edil- diği, niçin değişik anlama-okuma tarzları olduğu, vahyi kelami, insani ve mantıki

41 Arkun, age, s.106-107

42 O kadar sertti ki, Şii-Sünni çatışmasında İbadiler yok oldular. Arkun, age, s.110, yazarın dipnotu, Hasim salihin dipnotu. S.105-106.

43 Arkun, age, s.107

44 Arkun, Önsöz, s.13-14

45 Arkun, Önsöz, s.15-16

46 Salih, s.16 (dipnot): Delayistyle Atay'ın dediği gibi, her şeyden önce hükmün kaynağına bakıp, şer'i mi yoksa fıkhi mi; yani içtihat sonucunda mı elde edildiğine bakılmalıdır. Hükmün gerekliliği, yani sebebi ve hikmeti araştırılmalı, uygulanma süreci incelenmeli, değerlendirilmeli, yeni hükmün kaynağı, gerekliliği ve sebepleri araştırılmalı, dinin diğer temel kaynakları ile uyumuna bakılmalıdır. Hüseyin Atay, el-İslam fi'z-zaman ve'l-mekan" el-Muslim el-Muasır; c.7, no.28.1981, s.39-40

(Theo-anthropo-logie de la Revelation) bir şekilde okuyarak bunların kendini şiddetle dayatma nedenlerini sorgulamak gereklidir. İşte öncelikli olarak cevabını aradığımız soru bu olmalıdır. Arkun, bu bağlamda yazılı her şeyi, şerhleri, tefsirleri, tevilleri, hükümleri, fıkhi düzenlemeleri eleştiriye tabii tutuyor. Kur'an metnini de okuma farklılığından hareketle incelemeye tabii tutarak bir felsefi söylem oluşturmaya çalışıyor ve burada sorunun cevabını arıyor.⁴⁷

Bu açıdan 1850-1950 yılları arasındaki diriliş (en-Nahda) dönemine ait "liberal" bir deneyim, ortodoksinin zincirlerini kırmaya çalışması açısından önemlidir. Bunu yapmak gereklidir, zira 1950'li yıllardan itibaren gittikçe dozajını artıran bir kuvvetle kendini dayatmaktadır. Sömürgeye karşı mücadele, İsrail'in orta doğudaki baskıları, Batının İslam Arap toplumlarını kontrol altında tutmak için geliştirdikleri yeni stratejiler, İslam toplumlarındaki ırkçı, mace-racı ve zulüm sistemlerinin ortaya çıkışı, demagojik Arapçılık siyaseti, klasik İslam kültürel mirasından köklü kopmalar da bu dayatmayı güçlendiren hususlardır. Bunlar üzerine düşünülme yerine tam tersi oldu, yani ilk dört yüzyıllık birikimin canlılığı yerini ortodoksleri besleyen ve dini ör-

ten "İslami" sanısı-vehmi yüzünden bunun üzerine düşünmek dahi imkânsız hale geldi.⁴⁸ Bu nedenle, ortodoksi-heterodoksi ikileminin her fıkhi, itikadi ekolün meşru-iyeti için kullanıldığını ve örtücü terimler olduğunu unutmamak gerekir.

4. İslam Aklının Eleştirisi

Müctehit mevcut sorunları çözerken bu kültürel birikimden hareket etmelidir deniliyor, ama (teorik) içtihadın fakihlerce kanuni-lahuti-teolojik alana indirgenmesi ve sınırlarının burayla çerçevlendiği bir durum vardır. Günümüz Müslüman aydınının köklü bir sorgulamaya girişerek bu kültürel mirası incelemesi ancak İslam Aklının Eleştirisi ile mümkündür.

"İslam Aklı" ifadesinden kasıt, Müslümanları diğerlerinden ayıran ve ona özel, ayırıcı bir nitelik veren bir akıl değildir. Bütün insanlarda mevcut ortak bir yeti olan aklın İslami olanda gizli olanın araştırılması ve ayrıştırılmasıdır. Diğer bir ifadeyle irademiz dışında nesnel bir durum olarak verili/bahşedilen vahiy (el-vahy el-mu'ti/Le dome revele) ile İslam kültürel mirası üzerinde çalışan aklın niteliklerini ve buna dair deneyimlerini ortaya koyma çabasıdır. Tarihle uğraşan hiç kimse bir ateist/mülhid bile verili vahyi inkâr edemez.⁴⁹ Fakat dinsel refe-

47 Tayyib Tızni, *mine't-Turas ila's-Savra: Havla Nazariyetin Muktarihatın fi'-l-Turas'i'l-Arabi*, Beyrut.1986, c.1; Ali Harb, "Tarikatu't-Taamuli ma'an-Nas el-Felsefi Inde Arkon ve'l-Cabiri" *Fikru'l-Arabi el-Muasir*. Sayı.88-89, Temmuz.1990 s.23'den alıntılanan Abdüllahvi, agm, 15-19; Arkun, age, s.87-89; 87. sayfadaki dipnot

48 Bundan kasıt, İsrail sömürgesi ve İslam dünyası üzerindeki Batılı sömürgeci politikalara karşı ortodoksi bir sığınak vazifesi gördü, hür düşünce, çok özel şartlar ve ortamlar dışında gelişme gösteremedi. Nüfusun hızla artmasıyla ilgisi ise, dini yüzeysel ve yarım yamalak anlayan direnişçi milis ideolojinin yayılmasına yardımcı etken olmasıdır. Asıl önemlisi ilk asırlarda (hicri 4 ve 5 kadar) üretilen kültürden Müslümanların kopmaları ve bu kültürü incelememeleridir. Arkun, age, s.89-90

49 Çünkü dini olan nesnel bir veridir, ama bu pozitif bir tarzda değildir; tarihseldir, fakat tarihsel olduğunu söylemek, iktisadi, içtimai veya siyasi bir tarihe indirgemek anlamına gelmez. Bununla birlikte siyasi, iktisadi ve ictimai etkenler bu dini tecrübenin içinde gizlidir, onda mevcuttur. Bu nedenle dini deneyimler ateist veya gayr-i dini yollara indirgenerek elde edilmeye çalışılmasında başarılı olunma imkânı zayıftır. Bu noktada dini olguyu tarihsel bir yöntemle tahlil etmeyi hedefleyen tarihsicilik (historicite-tarihkiye) ile tarihi anlamada felsefi bir eğilim olan tarihselcilikten (historisme) farklı olduğunu belirtmek gerekir. Cemil Kasım, *İslam ve'l-islameviyye (İslamcılık)*, el-Fikru'l-Arabiyyu'l-Muasir, yıl.1992, sayı.98-99, s.58 vd, krş. Mevlüt Uyanık *Evrenselcilik Ve Tarihselcilik Tartışması Bağlamında Tarihsel Bir Olguyu Anlama Ve Anlamdırma Sorunu Kur'an Dil-Dilbilim ve Hermeneutik Sempozyumu*, 18-20 Mayıs 200; *Felsefi Düşünceye Çağrı*, Elis yayınevi. Ankara.2003, s.15-156

ranstan kopan, dinsel aklı yok saymak isteyen ve insanların hakikatini kurmak isteyen ve bunu da vahyedilmiş üç dinin yüzyıllar boyu kullandığı vahyedilmiş veri olarak değerlendirdiği olguya başvurmadan yapmaya çalışan din dışı bir akıldan söz edilebilir. Tabii buna karşılık, Tanrı tarafından vahyedilmiş bir hakikatin dinsel olumlanması içinde yerleşmiş bir akıl da vardır, bu dinsel aklın somut katkılarını değerlendiren tarihe de dinsel tarih denilir.⁵⁰ Bu tespit, her uygarlığın ardında vahiyle verilmiş bir görünüm, Whitehead'ın ifadesiyle derin bir kozmolojik bakış olduğunu gösterir.⁵¹

İslamiyet açısından söyleyecek olursak, İslami olanda gizli olanı ayırtırmak ancak bu İslam aklıyla olur, yani İslami veya dini tarihteki olgunun ve olayın Kur'an'da geçtiği şekliyle incelenmesi ve analiz edilmesi hedeflenmektedir. Arkun buna vahyi kelami, insani ve mantığı (Theo-anthropo-logie de la Revelation) bir şekilde okuma diyor. Aslında vahyin teolojik, antropolojik ve mantıksal ifadesi üç kitaplı dinde de aynıdır, diyen Arkun, burada antropolojinin, yani insan hakkında bazı tasavvurların gizli veya açıkça var olduğunu söylemekle lahuti (teolojik-kelami) düşüncenin billurlaşması arasında kavramsal ilişkiye dikkat çekmektedir. Teolojik düşünce söyleminin netleşmesi için mantıksal kavramlar kullanılmakta, böylece üç ilim (Teoloji, ant-

ropoloji ve mantık) arasında kavramsal ve çıkarımsal bir ilişki kurulmaktadır. Bunun içtihatlarla sürekli hale gelmesi neticesinde medeniyet modeli oluşur. Arkun'un **medeniyet tecrübesi** dediği budur.⁵²

5. İslam Aklının Eleştirisinin Ön Şartı

Çağdaş Müslüman düşünür oldukça ihtiyatlı davranmalı, klasik anlamıyla içtihat için gerekli teknik şartlara haiz, yöntemlerin, eski/kadim metinlerin bilgisiyle donanmalı ve ilmi açıdan iyi hazırlanmalıdır. Bu donanımı modern ilmin çoğulcu yöntemleriyle birlikte kullandıktan sonra İslami aklın eleştirisi merhalesine geçiş mümkün olabilir. Bunun için karşılıklı anlayış, birbirimizi dinleme, açık fikirlilik içinde sorunların çözüm önerilerini konuşmalıyız.⁵³

Hasım Salih'in ifadesiyle bu çok önemli bir tespit, zira kültürel mirasla birden irtibatı koparmaya çalışan modernist ve ilerici diye nitelendirilenlerin yaptıkları tutarlı değildir. Geçmiş, kültürel mirasla yüzleşmeden hakir görerek veya yok sayarak sorunlara çözüm üretileceğini sanmak bir seraptır. Serap geçici sahra kalıcıdır. Mevcut durumu ele alıp sarsmanın tek yolu, ilklerin kültürel mirasına nasıl hürmet edileceğini ama gerektiğinde ilişkinin nasıl kesileceğini bilmekten geçer, aksi tutumun hiçbir faydası olamaz.⁵⁴ Arkun'un

50 Oliver Abel, Mohammed Arkoun, Şerif Mardin: *Avrupa'da Etik, Din ve Laiklik*, çev. Sosi Dolanoğlu, Metis yay.İstanbul. 1995, s.17-18

51 Toynbee, Arnold, *Tarih Bilinci*, İstanbul. 1978, cilt.1, s.45

52 Arkun, Önsöz, s.17-18, 103; *Antropolojiyi günümüzde kullanılan anlamının ötesinde insanın tevhidi vahyi şekillenmesini tasavvur etmek şeklinde kullandığını unutmamak gerekir. Bu anlamda Kur'anı antropolojinin Budist antropolojiden farklı olduğu açıktır. Kur'an'da belirli bir insan tasavvuru, belirli bir konumu ve değeri vardır, ama bunun Budist öğretilerinden farklı olduğu açıktır. İnsanın Kur'an'da belirtildiği şekliyle tanımlanması ve tasavvur edilmesi önemlidir. Yoksa bugünkü İslam düşüncesinde insanı ele alan teoriler ve insan hakları teorisini kurmak mümkün değildir. Ancak Kur'an'ın insan anlayışından hareketle mevcut modern gerçeklerin gerektirdiklerini karşılayacak yeni durumlara uyum sağlayacak yorumlar üretilebilir. Aksi takdirde insan hakları, günümüzde olduğu gibi, çoğu İslam ülkesinde kağıt üzerinde mürekkep gibi kalmaya devam edecek ve hiçbir işlevi olmayacaktır. Age, s.90-91. dipnot.*

53 Aksi takdirde özellikle kadının konumu, miras durumu gibi hususlarda çalışma yapanlar çok sert eleştiriler ve tekfirle karşılaşabilir. Arkun, Önsöz, s.18-21

54 Hasım Salih, s.20. dipnot

hem muhafazakar, hem de dini olguları tasfiye etmek isteyen Marksist ve ilerici araştırmacılar tarafından eleştirilmesi mevcut paradoksu göstermesi açısından önemlidir. Özellikle ikincilerin çocuksu ve tarihsizci tavırları yüzünden büyük bedeller ödenmiştir.⁵⁵

Arkun, tabiri caizse “araf”ta bir alimdir, zira muhafazakar din önderleri ilmi açıdan ve derin engin İslam fikir tarihine dair bir karşılaşmaya güçleri yetmiyor ve ona makamından dolayı da olsa saygı duyuyorlar, ama aynı zamanda oryantalistlerin bir talebesi olarak nitelendiriyorlar. İslam düşüncesini tecdid/yenilemek için bir şeyler yapma yerine ideolojik ve teolojik dil kullanılarak şikâyet ve şüphelerle ortalığı karıştırmaktadırlar.⁵⁶ Oysa Allah’tan en çok korkanlar olarak nitelendirilen âlimler, araştırma yaparken analizlerinde müminlerin duygularını, şuurlarını göz önünde bulundurmamak, onlara dikkat etmek onlara zarar verecek davranışlarda bulunmamak için gerekli önemleri alırken aynı zamanda bilimsel araştırma ilkelerinden de vazgeçmeyendir. Nitekim oryantalistlerin kullandığı filolojik-tarihsel yöntemin tek başına hangi din ve onun kültürel mirasına uygulanırsa uygulansın “aşkın değerler”i yıpratacağı ve geride enkaz bırakacağı açıktır. Ancak eleştirel düşünce, bilimsel

araştırmanın sonucunda ortaya çıkan yeni çözümler, çeşitli zorluklarıyla beraber fiilen yapıcı ve dayanışmacıdır.⁵⁷

Eğer mantiki, kelami ve antropolojik açıdan vahyi veriler incelenecek olursa, hem İslam’ın aslında gerici bir din olduğunu söyleyemeye çalışan filologların tezleri çürütülecek, hem de İslam içi bu radikal ve muhafazakar grupların lahuti-ilahi-kelami olanı devre dışı bırakacağı, tasfiye edeceği ya da marjinal kılacağı iddiası boşa çıkacaktır. Yani ne İslam’ın ilahi gücü sayesinde laikliğe direneceği ve devre dışı bırakacağı, ne de laikliğin aklı bütün akaidi tasavvurların dışında mutlak bir özgürlüğe götürdüğü iddialarının dışında 3. bir alan açılacaktır.⁵⁸ Örneğin Arkun, bu çerçevede, din ve maneviyatı birbirinden ayıran bir laikliği reddederek, olumlu ve bütün fikirlere açık bir laiklik anlayışının mümkün olduğunu belirtiyor. İslamiyet’in yeni laiklik anlayışının ve ilmi ruhunun olumlu sonuçlarını alarak benimsemesi mümkündür diyen Arkun, aynı zamanda bunun imani ve ruhi boyutlarından soyutlanmasını da reddedebilir. Antropoloji, yani insan ilminin lahuti, yani ıllullahı tasfiye etmesi gerekmiyor. Bu anlamda Arkun, yeni, hür ve taassuptan uzak bir iman anlayışına çağırıyor, 19 ve 20. yüzyıllarda özellikle

55 Hasim Salih, s. 21-22 dipnot

56 Hasim Salih, s. 30 dipnot

57 Arkun, age, s. 30-32; Hasim Salih, *el-kıyemü’l-mütealiye* “aşkın değerler kavramının tırnak içine alındığını, çünkü aslında bunların tarihi ve dünyevi olgular olduğunu ancak geleneksel müminler nazarında aşkın ve kutsal olduğunu söyler. Bu bilinç durumunu yıpratmayacak bir yol izlenmelidir; der. s.33 dipnot

58 Arkun, age, s. 103-104. Bu husus önemli, zira İslam’ın modern hayata cevap veremeyeceğini söyleyen Batı’nın da aynı eleştirel süzgeçten geçmesi gerekiyor. Kadın, şahitlik ve miras meselesini ele alan oryantalistler ahd-i kadim ve ahd-i cedide kadına baktığı incelemelidirler. Kadının kocasının yanında konuşması bile yasaktır. (sefer et-Tekvin, el-ashahı es-Salis, sure16, el-ashahı es-Sani, sure.12. -ashahı es- Salis, sure1de, sefer sırasında her tarafı yakıp yıkmının caiz olduğu söylenince Irak’da yapılanların teolojik meşruiyeti mi diye akla geliyor. Ayrıca Tevrat’ta çocukların başının taşla kırılmasından bahsedildiğini hatırladığımız zaman durum daha ironik bir hal alıyor. Bu noktada Barış araştırmacı Joan Galton’ın “Gerçek kökten-dinciler Beyaz Saray’da oturmaktadır” sözünü hatırlamak gerekir. Bkz. Tibi, agm, s.112. Nitekim E.Said’te İran’da olduğu gibi hazırlıksız yakalanmamak için ABD Ortadoğu ülkelerinde hem bir yandan aşırılık ve köktendinciliği açıkça kınamakta, hem de bu gruplarla çok yakın ilişki içinde olmaktadır, tespitinde bulunmuştur. “Edward Saidle İslami Tehdit Üzerine, s.100

Fransa'da radikal laikliklerin yaptığı türden bir tasfiye veya din ile ruhi boyutları birbirinden ayırmayı reddediyor.⁵⁹

Felsefenin seçenekleri artırmak olduğunu düşününce, insanlara sunulan A ve B şıklarının dışında bir alternatif bulunması önemlidir. Bu da vahyin üç din bazında farklılıkları ortadan kaldıracak tek bir bilgi alanına dâhil edilmesi toplanmasının temini demektir, Arkun'un bundan kastı, aklın toplumda gittikçe işlevselliğini yitiren dini sembollerini inceleme ve sorgulama vazifesini yerine getirmesi ve yeni buluşlarla modern laikliğin kapılarını açmasıdır.⁶⁰

II. İctihat Aşamasından İslam Aklının Eleştirisine Geçiş:

Arkun, İslam aklını eleştiriye tabii tutmak için mevcut durumları aydınlatmak, geçirdiği aşamaları belirlemek, yöntemleri tanımlamak için örnek olgu incelemesi olarak Nisa Suresinin 12. ve 176. ayetleriyle Bakara süresinin 180. 182. ve 240. ayetlerini Taberi'nin yorumuyla ele almaktadır. Burada kıraatlar ve ortaya çıkardığı mevcut durum, İcma ve Ehl-i Sünnet ve ilahi akıl ile beşeri söylemler şeklinde bir kademeli inceleme vardır.

Arkun'a göre İslam dünyasında siyasi ve itikadi otorite haline gelen geleneksel Müslüman âlimler ile Avrupa ve Amerika'da otorite olan filozof müsteşriklerin aslında otoriterlik açısından birbirin-

den farkı yok, bu nedenle bu bakış açılarının dışında bir diriliş geliştirmek gerekir.⁶¹ Bunu yapabilmek için şu sorunun cevabını aramak gerekir: Yazılı kültürü olan (yani toplumlara has makullük sistemi ile kitabi bir akla sahip) ile yazılı kültürü olmayan sistemlerin mantıksal çıkarımları arasında mevcut kültürel, toplumsal, dilbilimsel ve psikolojik uyumsuzluklar meselesini günümüz okuruna nasıl inceleteceğiz? Bu konuda nasıl hassas davranmasını sağlayacağız?

Bu soru bağlamında iki ekolün de birbirinden farkı yok derken, kelimacılar ve fakihler nasslar ve kanunlar üzerinde yoğunlaşarak verili (el-mu'ti) vahyi dışarıdan gelecek bütün fikri ve kültürel saldırılara karşı korumaya çalışmışlardır. Alelacele ve büyük bir gayretle bunları uygulamakla meşgulken, çağdaş filologlar da aynı şekilde manayı üreten şartları göz önünde bulundurmuyorlar, ne yazılı ne de sözlü bağlama dikkat etmiyorlar, dolayısıyla geleneksel âlimlerle benzerlik gösteriyorlar, deniliyor. O kadar ki, yazıya geçirildikten sonra da yani müfessirlerin peygamberimizin hayatını yazan (siret) tarihçilerini ve eski cahiliye şiirini toplayanların kaydettikleri rivayetler, ilk ortaya çıktığı şartlar ve ortam göz önünde bulundurularak incelenmelidir. Yani sözlü aktarımda oynadığı rol ve ortaya çıkış zamanına döndürülerek bu rivayetler incelenmelidir.⁶²

59 Arkun, age, s.104. H.Salih'in dipnotu. İslamiyette dinsel makam ve hiyerarşi olmadığı için kurumsal açıdan İslamda kilise ve ruhban sınıfı yoktur, bu anlamda teokrasi de yoktur. Dolayısıyla İslamiyette siyasetin teokratik olup olmadığı sorusu gerçekçi olmaktan ziyade semantiktir. Bkz. Bernard Lewis, *İslam'ın Siyasal Dili*, çev. Fatih Taşar, Kayseri. 1992, s.50-52

60 Arkun, age, s.105. Fransız ihtilalin sertliğinin nedeni belki şu olabilir: Kendini olağanüstü, mucizevi gören vahiy, ezeli, dogmatik ve ilahi tarzda yönettiğini iddia eden hükümet ve kendini devletten üstün gören Kilisenin hakimiyeti radikal ve sert bir şekilde sarsıldı; ve din artık kurumlardan biri oldu. Kurumlarda insan için, insan kurumlar için değildir; düşüncesi yerleşti. Horace. M. Kalen, "Modernism" *Encyclopedia of Social Sciences*, New York.1953, c.9, s.564

61 Arkun, age, s.57.dipnot.

62 Arkun, age, s.58-59

Bize düşen zor görev, der Arkun, “Allah tarafından bildirildiği şekliyle içerik, cevher ve sabit olan mana ile mantıksal çıkarımlara dayanan açıklamalar ve uygulamalardan doğan anlamın sonuçları, izleri, etkileri arasında ayırım yapmaktır.”⁶³

Bunu yapmak zorundayız, ilgili ayetlerde geçen zira kelale kelimesinde gördüğümüz üzere, bir kavramın anlamını yüceltmek veya dini şuur açısından kutsallık kazandırmak için hikayemsi olaylar etken olmuş,⁶⁴ ya da eleştirel akıl açısından bilinci devre dışı ve işlevsiz bırakmak için bu tür alıntılar kullanılmıştır, diyor Arkun, günümüzde de durumun değişmediği kanaatindeyiz.⁶⁵

Örnek metin incelemeleriyle İslam aklının eleştirisinin gerçekleştirebileceğini söyleyen Arkun’a göre, *Makasid el-Kur’an ile fakihlerin ifadesiyle Makasid eş-Şeria arasındaki ayırma dikkat çekip, mevcut farkı açığa çıkarmak, insanları küfürle itham etmekten çekinmeyen günümüz din adamlarını (ulema) önünün kesilmesine yol açacaktır.*⁶⁶

• Sonuç

Arkun’a göre, kendileri de bir insan olan yasa koyucular yani fakihler miras bilimini oluşturmak için Kur’an ayetleriyle istedikleri gibi oynama hakkını görmektedirler. Yaşadıkları toplumlara has ekonomik ve toplumsal kastlara, baskılara uygunluk arzeden bu grupların çıkarlarını, örflerini, adetlerini göz önünde bulundurarak uygulamalar yaptılar. Nisa suresinin 12. ayetigibi manevi, dilbilimsel oyunlara ilaveten nasih-mensuh ilkesini de soktular. Eğer kelale kelimesinin gerçek anlamına ulaşmak ve kıratlar meselesini kesin olarak

belirtmek zorsa da buna karşılık nasih ve mensuh ayırımını eleştirel bir analize tabii tutarak yeni bir sayfa açılabilir.

Böylece şu sonuçlara ulaşmak mümkündür:

- Fıkıhın ve tabii yargının tam olarak kaynağı Kur’an değildir, tefsir de bu vazifeyi görmektedir. Yani fakihler Kur’an’ı belirli bir tarzda okuyup yorumladılar, hükümlerine ulaştılar, yorumlarında dönemlerindeki baskın-hakim haberleri ve bilinen dil kurallarını kullandılar.

- Buradaki haberden kasıt da nüzul sebepleri ve siyer ve bunlardan hareketle ortaya konanlardır. Bunların eleştirel bir tarih bilinciyle yeniden gözden geçirilmesi gerekiyor, zira Kur’an mevcut Arap miras sisteminin köklü bir değişikliğe ve tadile tabi tutmak istiyordu, oysa ortaya konan yorumlar mevcut yapıyı korumaya yöneliktir.⁶⁷

- O halde tarihsel bir olay ve olguyu ortaya çıkarmak veya yenide keşfetmeye devam ederek, Müslüman bilincinde yer eden hatta hakim olan anlayışları, kutsallıkları eleştirel tarih bilincinin süzgecinden geçirmek gerekir.

- Tarihi aydınlatmak faaliyetinin bizzat Kur’an metnine dokunmadığı tersine Arkun’un makasudu’l-Kur’an diye isimlendirdiği olgu ile Şatibi’den itibaren fakihlerin makasudu’ş-Şeria diye isimlendirdikleri olgu arasındaki farkı ortaya çıkarmaktır. Yorumlar üzerine yapılan bu eleştirel analizler, doğrudan Kur’an metnine yapılmış gibi gösterilip, küfür ile itham edilmeyi de beraberinde getirecektir, ama bunu ayrıca-lıklarını korumak için yaptıklarını unuttuklarıdan⁶⁸ eleştirel okumalara devam etmek gerekir. Çünkü ilk öncü fakih ve usulcüler, va-

63 Arkun, age, s.62

64 Dünya-geçmiş-tarih bize öyküler halinde sunulur. Bunların gerçek dünyaya-geçmişe karşılık gelip gelmediğini bilmek mümkün değildir. Çünkü gerçeklik her zaman bize var olan bu anlatımlarla oluşur. Jenkins, age, s.21

65 Arkun, age, s.62-64; Haşim Salih, Psikoloji ve sosyoloji ilminin verileriyle çalışılınca bu durumda tarihsel süreklilik daha iyi anlaşılır. Özellikle Müslüman bilincin şekillenmesinde ilk dönemlerden itibaren etkili olan psikolojik yapı iyi araştırılmalıdır, der. Age, s.64. dipnot

66 Arkun, age, s.69

67 Arkun, age, s.66-67

hiy metni ile bundan kaynaklanan hükümlerin muhtevası arasında tam bir uyumun varlığını iddia eden kutsal ve idealist şekli iyice yerleştirmek için gayret sarfetmişler ve başarmışlardır. Vahye muhatap olan öncü insanlar, İbn Teymiye'nin de söylediği gibi, dini meselelerde çözümleyici bir akıla ve güçlü bir hafızaya sahiptiler, tefsir ve tevil meselelerinde de aynı çözümleyici basirete sahip olarak hareket ediyorlardı. Biz de bütün sahabe neslinin sahip olduğu yüce akli değerleri belirten bu onurlu yorumlama tarzını benimsemeliyiz.⁶⁹

- Bunu yeniden oluşturmak mümkün diyen Arkun, mensuh diye sunulan ayetlerin Mushaf yazıldıktan sonra kesinlik kazandığını, hicretin 1. yüzyılına mahsus siyasi ve kültürel şartlar çerçevesinde Esbabu'n- Nüzul edebiyatının oluştuğunu, böylece neshin gerekçelendirildiğini (yani nasihin mensuhtan sonra indirildiğini) belirten edebiyatın yeniden bir tarihsel eleştirisinin yapılması gerektiğini belirtir.⁷⁰

- Haşim Salih bu hususa açıklık getirerek, “..(B)ir ayeti sadece belirli bir olaya has kılarırsanız, anlamını sadece ona indirgeyerek verirsiniz, ayeti özelleştirirsiniz ve diğer anlamları yok edersiniz, dolayısıyla genelliği kalmaz, ya da başka bir anlamda Kur'an'ın farklı zaman ve mekanlarda ortaya çıkacak sorunlara çözüm üretme gücünü, yorum zenginliğini engellemiş olursunuz” diyor.⁷¹

- Bu nedenle, Arkun'a göre, klasik tefsir uygulamaları ile ortaya çıkan ve Kur'an ayetlerini birer kıssaya-hikaye-anlatıya dö-

nüştüren Esbabu'n-Nüzul edebiyatı, nasih-mensuh, el-hitabe, ilmu'l-maani gibi ilimlerin zihinleri tasallutundan kurtulacak bir bilgi sistemi araştırmalıyız.⁷² Bu da Kur'an ayetlerinin ve surelerinin gerçekten iniş zamanına göre mi tertip edildiği sorusunu ve icma kavramının gerekçelendirme dönemlerinin araştırılmasını tekrar gündeme getirir.

- Bu hususların araştırılması pozitivist, oryantalist tarihçinin harici ve müteal bir konumdan hareket ederek belirli bir toplumu değerlendirmek, hatta denetlemek veya muhakeme etme çabaları yerine içerden okuyarak anlamaya çalışıp, bunu dini olgularla özdeşleştirme çabasıdır. Böylece *makasidu'l-Kur'an ile fakih ve müfessirlerce belirlenen ve Allahın bildirdiği gerçek-hak ilm ile tam bir uyum içinde olduğu düşünülen* ortodoksiyi ifade eden makasidu's-şeria arasındaki fark netleşecektir.

- Bu kararların fakihlerin içinde bulundukları şartlar çerçevesinde ürettikleri yorumlar olduğu, sonra bunlara kutsallık perdesi geçirildiği, ehl-i kıblenin icması ifade siyle kutsal metinlere dönüştürüldüğünün farkına varılması, Müslüman bilinçleri özgürleştirecektir. Yani hareket ve eyleme **geçmesini** engelleyen, üzerinde bir baskı oluşturan tarihi ve dış baskılardan kurtulan Müslüman kişiliğini bulacak, kutsal diye sunulanlardan neyin tarihi olduğunu, zamanla oluşan tozları nasıl silkeleyeceğini bilecek, 'vahyi an' ile bunlar arasındaki örtüyü kaldıracak, “gerçek görünüş”ü kendisi araştırıcaktır.⁷³

68 Arkun, age, s.70. Benzer bir tespiti onlarca yıl önce ilk İslam filozofu Kindi'nin de yaptığını özellikle vurgulamak gerekir. Kindi'ye göre, amaçları riyaset ve din tacirliği olanlar, düşünmenin-felsefenin- büyük düşmanlarıdır. “Amaçları riyaset ve din tacirliği olanlardaki haset kiri ve düşünce ufuklarını kapayan karanlık, gerçeğin nurunu görmelerini engeller. Saldırgan ve zalim düşman durumunda olan bunlar; haksız yere işgal ettikleri kürsülere korumak için elde edemedikleri ve çok uzağında bulundukları insani erdemlere sahip olanları aşağılarlar. Amaçları din tacirliği ve riyasettir; oysa kendileri dinden yoksundur. Çünkü bir şeyin ticaretini yapan onu satar, sattığı ise artık kendisinin değildir.” Bkz. Kindi, “İlk Felsefe Üzerine” Kindi: Felsefi Risaleler. çev. Mahmut Kaya, iz Yay. İstanbul. t.y. s.4-5, krş. UYANIK Mevlüt, *Din Hegomonik Bir Siyasetin Aracı Olamaz, Siyasi, Tarihi, Dini ve Kültürel Boyutlarıyla İslam ve Şiddet*, edit. Mümtaz'er Türköne, *Ufuk Kitapları* İstanbul. 2007. s.43-63

69 Arkun, age, s.97

70 Arkun, age, s.74

71 Arkun, age, 81.de dipnot

72 Arkun, age, 80..

73 Arkun, age, s.78-79

Yorum Yöntemlerini Bilmek Yorum Yapabilmek İçin Yeterli midir? Hukuk Doktrini, Klasik Yorum Yöntemleri ve Hukuki Argümantasyon Teorisi

Ertuğrul UZUN*

GİRİŞ

Bu tebliğ, Türk hukuk doktrininin yorum anlayışını resmetmeyi ve bu resmi, argümantasyon teorisyenlerinin görüşleri açısından değerlendirmeyi amaçlıyor.

‘Hukuk doktrini’ kavramının genişliği ve bu kavram altına konabilecek literatürün bir tebliğ veya makale sınırları içerisinde incelenmesinin imkansızlığı, kavramı sınırlandırmayı gerektiriyor. Doktrinden kastımız, hukuk dogmatikçilerinin, yani gündelik dildeki kullanımıyla pozitif hukukçuların eserleridir. Bu eserlerin sayısındaki çokluğu dikkate alarak, konuyla ilgili yazılmış makaleler dışında, hukuk dogmatikçilerinin genel eserlerini ele alacağız. Yorum konusunun en geniş işlendiği eserler olması açısından, medeni hukuka giriş veya medeni hukukun temel kavramlarını tanıtır mahiyetteki eserler ile ceza hukukuna giriş veya ceza hukukunun temel kavramlarını tanıtır mahiyetteki eserler inceleneyecektir. Bu eserlerin sahip olduğu genel eğilimin, Türk hukuk doktrininin *genel anlayışını* yansıttığı varsayımı, tebliğin çıkış noktalarından birini oluşturuyor.

Tebliğde görüşlerine başvurulacak argümantasyon teorisyenleri, R. Alexy, A. Aarnio ve A. Peczenik’tir.

Tebliğde, önce bazı yazarların yorum konusuna yaklaşımlarının ana hatları be-

lirtilecek, arkasından bu yaklaşım, anılan argümantasyon teorisyenlerinin görüşleri açısından değerlendirilecektir

TÜRK HUKUK DOKTRİNİNDE YORUM ANLAYIŞI

Doktrinin yorum anlayışını, soracağımız dört soruya doktrinin verdiği cevaplar çerçevesinde ele alabiliriz:

(1) Yorum nedir?

(2) Yorumun amacı / hedefi / gayesi nedir / ne olmalıdır?

(3) Yorum nasıl yapılır / yapılmalıdır?

(4) İyi veya doğru bir yorumun sahip olması gereken özellikler var mıdır, varsa bunlar nelerdir?

1. Yorum nedir?

‘Yorum nedir?’ sorusunun cevabını iki ilave soruya, ‘Yorum ne zaman yapılır?’ ve ‘Yoruma neden ihtiyaç duyulur?’ sorularına verilen cevaplarla birlikte ortaya koymaya çalışacağız.

Turgut AKINTÜRK¹:

Yorum, “kanunun tümüne egemen olan esaslara göre belirli bir kanun hükmünün ifade ettiği **gerçek anlamın ortaya çıkarılması** için yapılan faaliyet”². (s. 70)

* Yard.Doç.Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

1 Turgut AKINTÜRK, *Medenî Hukuk, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Genişletilmiş Onüçüncü* (21.) Bası, İstanbul: Beta, 2008.

2 Ahintılarda yazarların yaptığı vurgular ve atıflar ihmal edilmiştir. İktibaslarda yer alan vurguların tamamı bana aittir.

(1) “[Y]a kanunun sözü (lâfzı), metni, ifadesi, dili açık ve seçik olmayabilir”, (2) “ya da kanunun ifadesinde kullanılan sözcükler dil bakımından açık ve anlaşılır olmakla beraber, bunların hukuk alanında neyi ifade ettikleri, hukuk dilinde ne anlama geldikleri kolaylıkla saptanamayabilir”. (s. 69)

Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS³:

Yorum, “bir kanun hükmünün **anlamının tesbiti[dir]**”. (s. 60) Yazarlar, yorum ne zaman yapılır, yoruma hangi durumda ihtiyaç duyulur sorularına cevap olabilecek bir tespite bulunmazlar. Yaptıkları “lâfzî yorum” ve “ruhen yorum” ayırımından, yorumun her halükarda yapılan bir “anlam tesbiti” olduğunu düşündükleri sonucunu çıkarabiliriz. (s. 95, dn 58a)

Ergun ÖZSUNAY⁴:

Yorum, “[b]ir hukuk kuralının objektif **anlamını bulup çıkarma[ktır]**”. “Yorum, bir kanun metninin **yetersizliği** nedeniyle, bu **metnin altında bulunan düşünce içeriğinin** ortaya konulmasına ilişkin düşünsel bir faaliyettir.” (s. 189)

Yazar, kanunların uygulanmasını “metin bakımından” ve “anlam (ruh) bakımından” olmak üzere ikiye ayırır. Yazar yorum konusunu, “kanunların anlam (ruh) bakımından uygulanması” başlığı altında ele alır. “[B]azen bir hükmün metninin açık olmaması ya da bu metinden yargıcın önündeki somut olaya aynen uygulanabilecek bir sonucun çıkarılamaması mümkündür... Bu bakımdan, kanunun metni ile bir sonuca ulaşamadığı takdirde, yapılacak iş, onun **özünü** (ruh) araştırmaktır.” (s. 188)

Aytekin ATAAY⁵:

Yorum, kanunun anlamının açık olmadığı durumda “kanun metnine verilecek **anlamın saptanması**”dır. (s. 209)

Yazarın, kanunların “söz itibariyle” ve “öz (ruh) itibariyle” uygulanması arasında ayırım yapar. Yazar yorum konusunu “öz itibariyle” uygulama başlığı altında inceler. “Kanunun özü (ruhu), kanunun bütününe baskın olan esaslara ve maddelerin hukuki sisteminin ve kanunun tümü içindeki yerlerine ve birbirleriyle olan bağlantılarına göre taşıdıkları anlam demektir⁶”. (s. 204-5) “Kanunun sözünün (lâfzının) –doğrudan doğruya veya dolayısı ile uygulanması yoluyla bir sonuca ulaşmak mümkün bulunmadığı takdirde, kanunun özüne (ruhuna) başvurulur ve kanun özü (ruhu) itibariyle uygulanır.” (s. 205)

Bülent KÖPRÜLÜ⁷:

Kanunun yorumu, “genel olarak onun **objektif (gerçek) anlamını** bulmaktır”. (s. 99) Yazar yorumu geniş anlamda kullanır, zira “[h]âkim, kanun metnini anlamak için araştırmalar yaparken ve onun ruhuna ait düşünsel faaliyette bulunurken bir anlamda kanunu yorumlamaktadır”. (s. 98) Bununla birlikte yorum teknik bir anlama da sahiptir ki bu anlamıyla “bir kanunun **açık olmayan, anlaşılamayan, gerçek anlamını** tayin ve tesbit etmek için yapılan çalışmalar”dır”. (s. 98)

Aydın ZEVLİLİLER⁸:

Yorum, “[y]argıcın bir hukuk kuralını özü ve sözüyle uygularken ona anlam vermek üzere yani ne anlama geldiğini be-

3 Kemal OĞUZMAN ve Nami BARLAS, *Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar*, İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2008.

4 Ergin ÖZSUNAY, *Medenî Hukuka Giriş*, İstanbul: Güryay Matbaacılık, 1986.

5 Aytekin ATAAY, *Medenî Hukukun Genel Teorisi*, İstanbul: İÜHF Yayını, 1980.

6 Bu tanımın, sistematik yorum adıyla bilinen yorum olduğunu not etmek gerekiyor.

7 Bülent Köprülü, *Meteni Hukuk-Genel Prensipler- Kişinin Hukuku*, İstanbul: İÜHF Yayını, 1984

8 Aydın ZEVLİLİLER, *Medeni Hukuk – Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Üçüncü Basım*, Ankara: Savaş Yayınları, 1992.

lirtmek üzere yaptığı en önemli işlem”dir. “Yorum, bir hukuk kuralının gerçek anlamını ve kapsamını bulmak için yapılan işleme verilen addır.” (s. 79) Yazar her ne kadar yasanın sözüyle ve özüyle uygulanması arasında ayırım yaparsa da, yorumu geniş anlamda kullanarak her iki uygulamada da anlamın bulunmasını yorum olarak isimlendirir. “[S]adece yasa kuralının pek açık yazılmadığı ve değişik anlamlara gelebildiği durumlarda yorumla başvurulacağı sonucuna varılmamalıdır.” (s. 79-80)

Bilge ÖZTAN⁹:

Yazara göre, “[k]anunun yorumu kavramı altında, *kanun koyucunun düşüncesinin içeriğinin açıklanması* anlaşılır. Kanun koyucunun düzenleme ile istediği anlam, yorum yolu ile belirlenir. Kanun koyucu, maddeyi hangi amaçla ve nasıl korumak istemiştir? Burada hareket noktası normun objektif anlamını tespit etmektir”. (s. 125) Yazarın, “objektif anlam”la neyi kastettiği belirsizdir.¹⁰ Yazar yorum hakkındaki literatürde bulunan bilindik kavramları kullanmasına rağmen, aktardığımız tarzdaki ifadesi, çeşitli sorular yöneltmemizi haklı kılmaktadır: (1) Yorumu, kanun koyucunun düşüncesinin içeriğinin açıklanması ve kanun koyucunun düzenleme ile istediği anlamın belirlenmesi olarak tanımladıktan sonra objektif anlama geçiş nasıl mümkün olur? Zira yazar daha sonra, muhtemelen objektif anlama karşılık gelebilecek “objektif-zamana uygun” yorum yönteminde, “maddenin yorumu[nun] doğrudan doğruya günün ihtiyaçlarına uygun düşecek şekilde yapılma[sı]” gerektiğini

belirtirken, anlamın kanun koyucunun iradesiyle olan ilişkisini keser. (s. 129) (2) Kanun koyucunun maddeyi korumak istemesi ne anlama gelir? (3) Objektif anlamın hareket noktası olması ne demektir? Objektif anlam hedef midir, hareket noktası mı?

Tahir TANER¹¹:

Yazara göre yorum, “kanunun *mânasını tayin etme[ktir]*”. (s. 163) Yazarın yorumu dar anlamıyla kullandığı söylenebilir: “[H]iç bir hâkim kanunun bir maddesinin *müphem* olduğundan bahis ile dâvaya bakmaktan kaçınamaz ve bilfarz önce o meddin Teşri kuvvetince yorumlanmasını isteyemez, kendisi iyi kötü maddenin mânasını vererek dâvayı neticelendirmek mecburiyetindedir...” (s. 163)

Timur DEMİRBAŞ¹²:

Yazara göre “[y]orum (tefsir), bir **hukuk kuralının anlam ve kapsamını belirlemek** ve bu şekilde kanunkoyucunun gerçek iradesini ortaya koymak için yapılan zihinsel faaliyettir”. (s. 117) Bunun yanında, “[h]ukuk kuralının yorumlanması, onun **amaca uygun olarak açıklanması[dır]**”. (s. 121)

V. Ö. ÖZBEK, M. N. KANBUR, P. BACAŞIZ, K. DOĞAN ve İ. TEPE¹³:

Yazarlara göre “[y]orum, bir kanun hükmünün ya da hükümde yer alan bir kelimenin anlamını ortaya koymak amacıyla yapılan düşünsel faaliyet[tir]”. (s. 112) Yazarlar yorumu geniş anlamıyla ele almışlardır.

9 Bilge ÖZTAN, *Medenî Hukuk'un Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

10 Belirsizdir, zira daha sonra ele aldığı “objektif-tarihi” ve “objektif-zamana uygun” yorum yöntemleri arasında tercih yapmaz.

11 Tahir TANER, *Ceza Hukuku – Umumî Kısım*, İstanbul: İÜHF Yayını, 1953.

12 Timur DEMİRBAŞ, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, 2009.

13 Veli Özer ÖZBEK, M. Nihat KANBUR, Pınar BACAŞIZ, Koray DOĞAN ve İlker TEPE, *Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2010.

Faruk EREM¹⁴:

Yazara göre “[y]orum bir kanun kaidesinin **hakiki mânasını araştırmak ve bu mânayı tâyin etmektir**”. Bununla birlikte “kanun kaidesine **hakikî mânasını, kanunun iradesi verir**. Kanunun iradesi, vazı kanunun sübjektif iradesi değildir. Yazılı formül içinde ifade edilmiş objektif irade, kanunun iradesini teşkil eder”. (s. 89) Yazar yorumu aynı zamanda şu şekilde tanımlar: “Kanunun yani objektif iradenin müşahhas hâdiselere her tatbikine bir mantık ameliyesi tekaddüm eder, bu ameliye yorumlamadır.” (s. 89) Yazarın üstün tuttuğu hümanist yorum doktrinine göre, “yargıç kanunun **“asıl irade”**sini yorumlayabilmelidir”. Ne var ki yazar “asıl irade” ile neyi kastettiğini açıklamaz. (s. 102) Bunun yanında yazar yargılama yorumunu “[b]ir dâvada ve yalnız o dâvaya münhasır olmak üzere bir mahkemenin kanunun mânasını aramasıdır”. (s. 92) Bu arada yazarın yorumu “öz bakımdan ve genel olarak ele alındığı zaman bir hukuk felsefesi” konusu olarak gördüğünü de not etmek gerekiyor. (s. 90)

Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN¹⁵:

Yazarlara göre yorum, “[h]ukukta kaynak teşkil eden bir **metnin anlam ve kapsamını belirlemek amacı ile kanun koyucunun iradesinin ne olduğunu anlamak** için yapılan fikrî ameliye[dir]”. Yazarların bu tanımını daha geniş anlamak gerekir; zira, “ceza kurallarını kanunları yorumlamadan uygulamaya imkân olmaz. Sonuç olarak yorum hâkim için normal ve her günkü bir faaliyettir.” (s. 171) Yazarlar yorumu geniş anlamda kullanılmalarına daha fazla vurgu yapma ihtiyacı hisseder-

ler: “[K]anunların yorumlanması, sadece kanun koyucunun metinleri açık olarak kalem almış bulunup bulunmaması ile ilgili bir özellik olmayıp, kanunların uygulanmasında tabî ve zorunlu bir fikrî faaliyet gerekmektedir.” (s. 172)

Ayhan ÖNDER¹⁶:

Bir hukuk normunun yorumlanması, yazara göre, “**somut olayın bu çerçeve [yani normun çerçevesi] içine girip girmediğini araştırır**”. (s. 94) Yorum, “soyut suç tipinin somut olaya uyup uymadığını, somut olayın suç tipindeki unsurları ihlâl edip etmediğini araştır[maktır]”. (s. 93) Yorum, hukuk normunda yer alan “kavramların anlamlarının açıklanması[dır]”. (s. 93) “[B]ir normun yorumlanması demek, onun **amacına uygun olarak açıklanması** anlamını taşır”. (s. 97)

Turhan Tüfan YÜCE¹⁷:

Yazar yorumu geniş anlamıyla kullanır: “Yorum (Osmanlıca deymi ile tefsir), bir sözün, bir deyim, bir **kanun hükmünün anlamını ortaya çıkarmaktır**.” Aynı zamanda, “[y]alnız sözlerin değil, bir **kanun hükmünün anlamını ve amacın[ı] doğru anlamak için de** yoruma başvurmak gerekir.” (s. 10)

N. CENTEL, H. ZAFER ve**Ö. ÇAKMUT¹⁸:**

Yazarlara göre “[y]orum, **hukuk kuralının anlamını ve kapsamını ortaya çıkarma faaliyeti**dir”. (s. 85) Yorumun geniş anlamda kullanıldığı izlenimini veren bu ifadenin ardından yazarlar şöyle der: “Soyut hüküm her zaman **kolay anlaşılır nitelikte olmayabilir**. Bu açıdan yorum zorunludur.” (s. 85) Bu ikinci ifade, yoru-

14 Faruk EREM, 25 Hümanist Doktrin Açısından Türk Ceza Hukuku, Ankara: Seçkin Yayınevi, 1995.

15 Sulhi DÖNMEZER ve Sahir ERMAN, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1997.

16 Ayhan ÖNDER, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, C. 1, İstanbul: Beta Basım Yayım, 1991.

17 Turhan Tüfan YÜCE, *Ceza Hukukunun Temel Kavramları*, Ankara: Turhan Kitabevi, 1985.

18 Nur CENTEL, Hamide ZAFER ve Özlem ÇAKMUT, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul: Beta Basım Yayım, 2006.

mu hükmün anlaşılamadığı duruma inhisar ettirir görünümündedir.

İzzet ÖZGENÇ¹⁹:

Yazara göre “[y]orum, bir **kanun hükmünün anlamını, kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarmaya yönelik** bir fikrî faaliyetir”. (s. 117)

2. Yorumun amacı nedir?

Turgut AKINTÜRK:

Yorumun amacı, yorumun ne olduğuy-
la özdeş olarak, “kanunun tümüne egemen
olan esaslara göre belirli bir kanun hük-
münün ifade ettiği **gerçek anlamın orta-
ya çıkarılması[dır]**”. (s. 70) Birkaç sayfa
sonra, mantıksal yorum bahsinde yazar
“**kanun koyucunun iradesinin... ortaya
çıkarılması**”ndan da bahseder. (s. 72)

Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS:

Yorumun amacı, yorumun ne olduğuy-
la özdeş olarak, “**kanun metnine verilebile-
cek anlamların içinde kanunun ruhuna
uygun olanın**” bulunmasıdır. (s. 65)

Ergun ÖZSUNAY:

Yazara göre, “[y]orumun amacı, bir
*hukuk kuralının objektif anlamını bulup çı-
karmaktır*”. (s. 190) Böylece yazar, yorum
tanımını, bizzat kendi ifadesiyle yorumun
amacı olarak dile getirir.

Aytekin ATAAY:

Yorumun amacı, “kanunun anlamının
tesbiti”dir. (s. 211) Bu anlamı, “**kanunun
özü (ruhu), kanunun bütününde bas-
kın olan esaslara ve maddelerin hukuki
sisteminin ve kanunun tümü içindeki
yerlerine ve birbirleriyle olan bağlan-
tılarına göre taşıdıkları anlam**” olarak
düşünmek gerekir. (s. 204-5) Yazar tercih
eder gibi görüldüğü ve “modern yorum
metodu” ismini verdiği metodu anlatırken,
toplumun gelişen ve değişen ihtiyaçlarına

kanunun uydurulabilmesini de, yorumun
amacı olarak belirler. (s. 215)

Bülent KÖPRÜLÜ:

Yazara göre “kanunun birden fazla an-
lamı bulunabilir”, yorumun amacı, “**bun-
ların tamamını ortaya koymak, sonra
bu çözümlerden en iyi, en objektif, ve
en gerekli, kısaca en uygun olanını olaya
uygulamak**”tır. (s. 99)

Aydın ZEVLİLER:

Yazarın, “yorum, **yasanın özünün or-
taya çıkarılmasına hizmet ettiği**nden”
ifadesinden, yorumun amacını ‘yasanın
özünün ortaya çıkarılması’ gibi gördüğü
söylenebilir. Diğer yandan yazar, “**yasa-
koyucunun o kuralı koyarken güttüğü
varsayılan amacın belirle[nmesi]**”nden
de bahsetmektedir. (s. 80)

Bilge ÖZTAN:

Yazarın yorumda dayanılacak unsurlar
bahsinin sonunda, “hangi yorum unsuru-
nun daha ağır basacağı, muhtevaya en uy-
gun ve **en adil çözüm olacağı**” ifadesini
kullanmasından (s. 129), adaleti bir amaç
olarak gördüğünü söylemek mümkün
olabilir. Bunun yanında yorum tanımına
paralel olarak, yazarın “kanunun objektif
anlamı”nı amaç olarak gördüğü de söyle-
nebilir. (s. 125)

Tahir TANER:

Yazara göre ceza hukukunda daraltıcı
ve genişletici yorum uygulanamaz. Yo-
rum, “**beyan ve izhar edici**” olmalıdır.
Bu durumda yorumun amacı, “o maddeyi
veya o ibareyi vazederken **kanun koyucu-
nun maksat ve gayesinin neden ibaret
olduğu[nun] araştırılarak belirtilme[si]**
ve neyi ifade ve beyan etmek istediği[nin]
meydana konma[sıdır]. Demek ki hâkim
kanunun hakikî medlûlünü beyan ve izhar
ile mükelleftir...”. (s. 164)

19 İzzet Özgenç, *Türk Ceza Hukuku – Genel Hükümler*, Ankara: Seçkin, 2008.

Timur DEMİRBAŞ:

Yazara göre “[y]orumda esas **düşünce kanun koyucunun metindeki iradesini ortaya koymaktır**”. Yazar bu amaca bir husus daha ekler: “Yorum yapılırken sırf kanunun yapıldığı zaman değil, **uygulan-dığı zamanki sosyal şartlar** da göz önüne alınmalıdır.” (s. 117) Ne var ki, eğer amaç kanunkoyucunun iradesinin belirlenmesi ise, kanunun uygulandığı zamanki sosyal şartların hangi anlamda “kanun koyucunun iradesi” olarak ele alınacağı bir uyumsuzluk sergiliyor. Yok eğer uygulama anındaki “sosyal şartlar”²⁰ önemli ise, o zaman yorumun amacı neden kanun koyucunun iradesidir, cevaplanması gereken bir sorudur. Üstelik yazar birkaç satır sonra, “[y]orum yaparken, bir hukuk kuralının anlam ve kapsamı belirlenmeye, yani kanunkoyucunun iradesi ortaya konulmaya çalışıldığından başvuru- lar araçların başına, onun sözleri yani lâfzı gelir. Bu bakımdan, sözlerin belirttiği anlam ve kapsamı, hukuk kuralının gerçek amacını yansıttığı kabul edilir” diyerek, bir de ‘hukuk kuralının gerçek amacı’ unsurunu devreye sokuyor. (s. 117) Yazar nihayet yorumun amacını açıkça ifade eder: “[h]ukuk kuralının yorumlanması, onun **amacına uygun olarak açıklanması[dır]**”. (s. 121. ‘Kanunkoyucunun iradesi’, ‘uygulama anındaki sosyal şartlar ve ‘hukuk kuralının gerçek amacı’ ifadelerinin özde mi olduğu, eğer değilse ne gibi bir ilişkiye sahip olduğu açıklanmıyor.

V. Ö. ÖZBEK, M. N. KANBUR,

P. BAKAKSIZ, K.DOĞAN ve İ. TEPE:

Yazarların yorumla ilgili düşüncelerinden, yorumun amacına ilişkin görüşlerini belirlemek çok zor olsa da, yasa hükmünün belirsiz ya da birden fazlama anlama sahip olduğunda yorumun önem kazandığını ve bu durumda **“hükümün asıl anlamını or-**

taya çıkarmak” gerektiğini söylemeleri, yorumun amacını ‘hükümün anlamını veya asıl anlamını ortaya çıkarmak’ olarak gördüklerine işaret ediyor olabilir. (s. 112)

Faruk EREM:

“Kanunun mânasının aranması”nın yanında, (s. 92) yazarın üstün tuttuğu hümanist yorum doktrini, yazara göre, kanunun “mücerret ve umumi” olmasından kaynaklanan kanun-adalet çatışmasının giderilmesini sağlar. “Yargıca kanunun asıl iradesini aramak yetkisi verilirse bu çatışma izale edilebilir... Ormanda kesilmiş bir ağacı çok soğuk bir kış gününde alıp götüren bir kimse hakkında 492. maddedeki (b.7) şiddet sebebinin tatbikini âmir ise de “kanunun hikmeti” veya kanunun vaz’ı sebebi şiddet sebebinin tatbikine cevaz vermez. Şüphesiz yargıç böyle bir yorum yaparsa niçin kanunun lâfzı mânasından ayrıldığını gerekçesiyle göstermelidir. Bu çeşit bir yorumdan korkmamalıdır. Çünkü tatbikatta eğer yargıç o hadise hakkında kanunu çok şiddetli bulacak olursa **“manevi adalet”**i kurtarmak için kanunu tatbik etmemek imkânlarını aramaktadır.” (s. 102) Burada, yazarın bir tür adaleti gerçekleştirme amacı belirlediği görülüyor.

Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN:

Yazarlar yorumun amacını açık bir ifade ile dile getirirler: “Yorumda esas, **kanun koyucunun metinde belirtilmiş olan iradesinin saptanması, bu iradeye göre metnin gerçek ve asıl anlamının tâyinidir**. Demek oluyor ki, yorumda erişilmesi gereken ilk hedef, kanun koyucunun iradesidir.” (s. 176) Yazarlar kanun koyucunun iradesinden, kanunu ilk yaratanların iradesinin anlaşılmasında gerektiğini belirtirler. Objektif irade anlayışı, “kanunun yayımlanmasından sonra geçen zaman içinde toplum hayatında meydana gelen

20 Pek tabii, sosyal şartların neler olduğu ve yoruma nasıl etki edeceği bir muamma.

değişme ve gelişmeleri göze alabilmeyi, yani yorumun geliştirmeci (tekâmülcü) olmasını imkân altına almış bulunur; böylece kanun koyucunun iradesinin, kanun uygulandığı sırada anlaşılması mümkün olur...” (s. 177) Yazarlara göre bu anlayış, “[b]ir çok yazar tarafından da benimsenen ortak doktrin durumunu göstermektedir”. (s. 177)

Ayhan ÖNDER:

Açık bir ifade olmamakla birlikte, yazara göre yorumun amacının “normun ... **amacına uygun olarak açıklanması**” olduğu söylenebilir. Yazar, “normun amacı” ile neyi kastettiğini gösterecek açık bir ifade kullanmaz. Bir taraftan “norm yorumlanırken Ceza Hukukunun amacı göz önünde bulundurulmalı bu amaç doğrultusunda bir norm yorumlanmalıdır” der. (s. 97) Yorum, normun amacına uygun olarak açıklanması ise, yorumlarken Ceza Hukukunun amacının göz önünde bulundurulması ve bu amaca göre yorum yapılması bir karışıklık yaratır. Üstelik “Ceza Hukukunun amacı” ifadesi de belirsizdir. Diğer taraftan yazar, kanunun yaratılmasıyla kanun koyucunun iradesinden bir ölçüye kadar uzaklaştığını ve kendi “müstakil iradesine sahip” olduğunu belirtir. (s. 96) Ancak bu bağlamda kullandığı ‘ratio legis’in ne anlama geldiğini belirtmez.

Turhan Tüfan YÜCE:

Yorumun amacının yazara göre “**anlamı**” veya “**doğru anlamı**” ortaya çıkarmak olduğu söylenebilir. (s. 10, 11)

N. CENTEL, H. ZAFER ve

Ö. ÇAKMUT:

Yorumun amacı, “**kuralın anlamını ortaya çıkarmak[tır]**”. (s. 85) Yazarların anlam ile kastettikleri, amaca göre yorum türünü benimser gördükleri dikka-

te alınırsa, kuralın amacıdır. Ne var ki bu amaç, yasakoyucunun amacı değil, yasanın amacıdır: “Yorumda, yasakoyucunun yasa metnini hazırlarken neyi irade ettiği araştırılmamalı, kuralın anlamı araştırılmalıdır.” (s. 86) Bununla birlikte yazarlar, taraftarı gördükleri genişletici yorumu “yasada kullanılan sözcüklerin anlama göre dar kalması durumunda bu sözcüğü genişleterek **yasa koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarmak**” olarak tanımlarlar. (s.93) Burada en iyi ihtimalle yasakoyucunun gerçek iradesi ile yasanın amacının eş tutulması söz konusudur.

İzzet ÖZGENÇ:

Yazarın yorum tanımına özdeş olarak yorumun amacını “**bir kanun hükmünün anlamını, kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya çıkarma[k]**” olarak gördüğünü söylemek mümkündür. (s. 117) Yine yazar, “kanun hükmünün anlam ve kapsamının tam olarak anlaşılması”ndan bahsetmektedir. (s. 118)

3. Yorum nasıl yapılır?

Yorumun nasıl yapıldığı sorusunun cevabını, aynı zamanda buna ilişkin hukuki bir gönderme olup olmadığına dair ifadeleri de dikkate alarak araştıracağız. Ayrıca, yorum yöntemleri listesini de ekleyeceğiz.

Turgut AKINTÜRK:

“Yorum metotları, hâkime yorumlama yaparken ne gibi yöntem ve araçlardan yararlanması gerektiği konusunda yol gösterirler. Medeni Kanunda yorumlamada uygulanacak metotlar hakkında herhangi bir hüküm yoktur. Bu bakımdan hâkim, yorumlamada uygulayacağı metodu hukuk doktrininden yararlanarak bizzat seçmek durumundadır. Hâkim çeşitli yorum metotlarından sadece birisine bağlı kalmamalı, bütün metotlardan²¹ yararlanmalıdır²².” (s. 71) Yazar, nasıl yorum yapılacağını söyler-

21 Hâkim hem uygulayacağı metodu doktrinden yararlanarak seçecek, hem de sadece birisine bağlı kalmayacak, hepsinden yararlanacak. İlk kısımdaki ‘seçme’ ile ikinci kısımdaki ‘hepsinden yararlanma’ aynı anda aynı şahısta birleşemez.

22 Bu normatif ifadenin gereğinin olmadığı not edilmeli.

miş gibi yaparken, esasında yorum yaparken nelerden yararlanılacağını söylüyor.

Yorum metotları

(1) “Sözel yorum metoduyla kanundaki ifade biçimleri ve sözcükler değerlendirilir ve bunların gerçek anlamları açıklanır. Böylece de kanunun dil bakımından anlamı ortaya çıkarılmış olur.” (s. 71) Yazar bu yorum metoduyla anlamın nasıl ortaya çıkarıldığını söylemiş gibi yapıyor. Ama muhakeme şu: kanundaki ifade biçimleri ve sözcükler değerlendirilir, bunların gerçek anlamları açıklanır, böylece anlam ortaya çıkarılmış olur. Değerlendirmek nedir? Gerçek anlam nedir? Açıklamak ne demektir? Gerçek anlamın açıklanmasının anlamı ortaya çıkarılması, totooloji değil midir?

(2) Mantıksal yorum metodu, “kanunun mantıksal ve sistematik bir eser olduğu ve kendi kendisine yettiği esastan hareket eder...” (s. 72) Yazar, mantıksal yorum metodu ile sistematik yorum metodunu birleştirmiş görünüyor. Bu birleştirme ilerleyen satırlarda başka unsurların da dâhil olduğu bir karıştırma halini alıyor: “Mantıksal yorum metodunda kanun koyucunun iradesinin, bir maddenin kanun içindeki yerinden, kanunun hangi kısım ve bölümünde düzenlenmiş olduğundan, kenar başlıklar arasındaki ayırmadan, maddeler arasındaki mantıksal ilişkilerden, kanunun sistematigi ve planından mantık kuralları yardımıyla ortaya çıkarılabileceği kabul edilir ve kanunun hazırlayıcı malzemesinden geniş ölçüde yararlanılır.” (s. 72) Öncelikle, ‘kanun koyucunun iradesi’ işin içine giriyor, halbuki gerçek anlamın ortaya çıkarılması yorumun amacı olarak belirlenmişti. Belki yazar mantıksal yorumun hususi amacının ‘kanun koyucunun iradesi’nin ortaya çıkarılması olduğunu iddia ediyor olabilir. Ancak bu durumda da, ‘kanun koyucunun iradesi’ kavramının,

yazarın değinmediği başka meşhur yorum metotlarına ait olduğunu hatırlamak gerek. İkinci olarak, kanunun sistematigi ve planından mantık kuralları yardımıyla ‘kanun koyucunun iradesi’nin veya anlamın çıkması bilinen ve anlaşılabilir bir şey değil. Nitekim aşağıda vereceği mantık kuralları da, sistematikten ve plandan anlam çıkaramaz. Üçüncüsü, yazar ‘kanunun hazırlayıcı malzemesi’nden bahsediyor ki, bu ne sistematik, ne plan ne de mantık kurallarıyla ilgilidir. ‘Kanun koyucunun iradesi’ karışıklığı, ‘hazırlayıcı malzemeleri’ çağrıştırmış olmalı.

(2a) Zıt kanıt.²³

(2b) Kanunun evleviyetle uygulanması: Yazara göre evleviyetle uygulama, “belirli bir eylem, davranış veya ilişki hakkındaki kanun hükmünü bunlara çok benzeyen fakat kanunda düzenlenmemiş bulunan (hakkında hüküm bulunmayan) bir eylem, davranış veya ilişkiye uygulamaktır”. (s. 73) Hâlbuki bu tanım, analoji (kıyas) tanımıdır. Üstelik yazar, örneklerini kıyasa değil, gerçekten de evleviyetle uygulamaya yani *argumentum a fortiori*’ye vermektedir. Ancak verdiği ikinci örnekte, başka bir karışıklık söz konusudur: “Medenî Kanunda yakın hısımlar arasında nişanlanmayı yasaklayan bir hüküm yoktur. Oysa Kanun, yakın hısımlardan hangilerinin arasında evlenmenin yasak olduğunu 129. maddesinde açıkça hükme bağlamıştır. Birbirleriyle evlenmeleri yasaklanmış olan hısımların nişanlanmalarının hiç bir anlam ifade etmeyeceği düşüncesiyle evlenmeyi yasaklayan 129. madde hükmünün, evleviyetle (haydihaydi) nişanlanmaya da uygulanması gerekir.” (s. 73) Eğer yazarın söylediği gibi, evlenme yasağı hükümlerinin nişanlanmaya uygulanmasının sebebi, birbirleriyle evlenmeleri yasaklanmış olan hısımların nişanlanmalarının hiçbir anlam ifade etmeyeceği ise, bu evleviyetle

23 Tanım var ancak uygulamayı mümkün kılacak açıklama yok. Verilen bir örnek var.

uygulama değildir. Evleviyetle uygulama, 'fazlasına izin veriliyorsa, azına da izin verilmiş demektir', 'azı/küçüğü yasaklanmışsa fazlası/büyüğü de yasaklanmış demektir' varsayımlarından birine dayanılarak yapılır. Dolayısıyla yazarın verdiği örnekte eğer evleviyet uygulanmışsa ve eğer 'nişanlanma evlenmenin küçüğü/azı olarak düşünülebilir' denirse, çoğu yasaklanmış olanın azı da yasaklanmıştı sonucuna ulaşılmış olur. Ne var ki bu yanlış bir uygulamadır. Zira evleviyet, 'azı/küçüğü yasaklanmışsa fazlası/büyüğü de yasaklanmış demektir' der, 'fazlası/büyüğü yasaklanmışsa azı da/küçüğü de yasaklanmıştır' değil.

(3) **Amaçsal yorum:** Yazara göre metot, kanunun menfaat çatışmalarını düzenlerken güttüğü amacın, 'ratio legis'in araştırılarak, ona uygun yorum yapma metodudur. Ama ratio legis, "toplumun günümüzdeki sosyal gerekleri"²⁴ ve somut olayın özellikleri göz önünde tutularak objektif bir biçimde araştırılır; yani kanuna toplumun zamanla birlikte değişen ihtiyaçlarını en iyi şekilde karşılamaya yarayacak bir anlam verilmeye çalışılır". (s. 73)

Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS:

Yazarlar, "yorumda başvurulacak yöntemler (yorum metotları)" başlığı altında, "kanun hükümlerinin yorumlanmasında ortaya atılmış çeşitli yöntemler"in bulunduğunu söylerler. (s. 61) Bu yöntemleri "en dar olanından en serbest olanına doğru" sıralayarak, "söze göre yorum (lafzi tefsir)", "amaca göre yorum", "objektif tarihî yorum metodu", "zamana göre objektif yorum metodu" ve "serbest yorum" metotlarına değinirler. Bu kısmın başlığı, okuyucuya 'başvurulacak yöntemleri' belli etme vaadinde bulunurken, içerik farklı görüş veya metotların aktarılmasından ibaret kalmaktadır.

Yazarlar bir sonraki başlığı "Medenî Kanunumuzun benimsediği esas ve kanun

hükümlerinin yorumlanmasında dikkate alınacak unsurlar" olarak belirledikten sonra, şu noktalara dikkat çekerler: (1) "Yorumu yapan kişi, özellikle hâkim, yorumda serbest olmayıp, kanunun sözüyle ve özüyle (lâfzıyla ve ruhuyla) bağlıdır. Hâkimin ihtiyaçlar haklı gösteriyor diye **kanunu değiştirme ve kanuna aykırı bir sonucu kanun hükmü imiş gibi kabul etme yetkisi asla yoktur**". (s. 64) (2) "Fakat lâfzî anlamla tespit edilen anlamla yetinilmeyecektir... **Kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir sözel anlam (lâfzî yorum) kabul edilemez**." (s. 64) (3) "Eğer kanunun lâfzî ile ruhunu (sözü ile özünü) bağdaştırmak mümkün olmazsa, bu takdirde ortada bir kanun boşluğu bulunduğu kabul edilmek ve bu boşluk kanunun ruhuna uygun bir çözümle doldurulmak gerekir". "Lâfzî yorumla açık bir sonuca varılamaması halinde de kanunun ruhunun araştırılması ile tespit edilecek anlam esas teşkil edecektir." (s. 65) Bu üç noktayı yeniden yapılandırırsak: 'Hâkim lâfza rağmen karar veremez. Ama lâfız kanunun ruhuna uygun olmalıdır. Eğer lâfızdan çıkarılabilecek anlamlardan biri kanunun ruhuna uygun ise, o tercih edilmelidir. Lâfız ve kanunun ruhu uygun değilse boşluk vardır. Boşluk kanunun ruhuna uygun şekilde doldurulmalıdır.' Bu muhakemenin sonu, başını imkansızlaştırarak tutarsız bir hale geliyor. Başta lâfza ağırlık verilirken, sonra kanunun ruhuna ağırlık veriliyor. Nitekim yazarlar ileride, kanunun "yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve ihtiyaçlar" ile "Anayasaya aykırı düşme[me]" koşullarını getirdikten sonra, "bu imkân[ın] yine bizzat kanun hükmü ile sınırlı" olduğunu **söylerler**. "Kanunu zamanın şartlarına uydurmak gerekçesiyle, kanun **hükmüne** uymayan sonuca, yorum yolu ile varmak kanaatimizce ne mümkün, ne de doğrudur... [K]anun hükmünün yorum yolu ile düzeltilmesi ve böylece kanuna aykırı (contra le-

²⁴ 'Toplumsal sosyal gerekleri' ifadesi anlaşılabilir değildir.

gem) bir yorum yapılması doğru değildir” diyerek, yine başa dönerler. (s. 69-70)

Yazarlar daha sonra, yorumun nasıl yapılacağını esas olarak belirleyebilecek bir konuya, kanunun ruhunun araştırılmasına geçiyorlar. Yazarlara göre “Medenî Kanun, kanunun ruhunun araştırılmasını emretmekte ise de, bunun ne anlama geldiğini, nasıl araştırılacağını belirtmemektedir. Bu yüzden ki, hangi yorum metodunun uygulanacağı tartışma konusu olmaktadır.” (s. 66) Bir tartışma bulunduğunu belirtmekle birlikte tartışmanın nedenlerini ve tartışma hakkındaki görüşlerini belirtmeyen yazarlar, kanunun ruhunun araştırılmasında başvurulacağı “çoğunlukla kabul edilen” beş unsur sayarlar: (1) Kanunun sistemi. (2) Kanunun hazırlık çalışmaları. (3) Hükmün amacı (ratio legis). (4) Yorumun yapıldığı zamandaki koşullar ve ihtiyaçlar. (4) Doktrinindeki açıklamalar ve daha önceki mahkeme içtihatları. Yazarlar, kanunun ruhunun araştırılmasında “başvurulacak unsurlar”ı saymakla, muhtemelen, nasıl yorum yapılacağını da dile getirdiklerini düşünüyorlar.

Ergun ÖZSUNAY:

Yazar, kanunların uygulanmasını “metin bakımından” ve “anlam (ruh) bakımından” olmak üzere ikiye ayırır. Metin bakımından uygulamada, “[y]argıç, önüne getirilen hukukî bir sorunu her şeyden önce, kanunun açık metnini uygulamak suretiyle çözümlemeye mecburdur.” Yargıç bunu yapabilmek için, kenar başlıklarını dikkate alır. (s. 186) Kanun metni ya doğrudan doğruya dedüktif muhakeme ile, ya zıt kavram delilinin kullanılması ile yahut

da öncelik yoluyla (a fortiori)²⁵ uygulanır. (s. 187-8)

Yazar, öncelikle yorumun nasıl yapılmayacağını söyler: “[K]anunumuzun karakteri, düzeni ve yapısı (özellikle bilerek boşluklar bırakılması), önceleri olağan olarak başvuru a priori ve tündengelimci yorum yönteminin kabul edilmediğini göstermektedir.” (s. 191) Ne var ki yazar, bu a priori ve tündengelimci yorum yönteminin ne olduğunu söylemez. Ayrıca “kanunların yorumunda kabul edilemeyen yöntemler” vardır: (1) “[G]erçek kanun koyucunun iradesini” arayıp bulmak isteyen “subjektif tarihsel yorum yöntemi”. (2) “Serbest hukuk yöntemi ile duygulara dayanan hukuk yöntemi”²⁶. (3) “Kanunların yorumlanmasında, sözcüklerin dildeki anlamlarına ağırlık tanıyan sözcük hukukçuluğu yöntemi”.

Yazar, yorumun yapılmasına ilişkin olarak genel bir çerçeveye çizer: “**Yargıç**, hukuku arayıp bulmada olduğu gibi [MK 1’e atıf yapılıyor], **yorumlamada da objektif bir kanun koyucu gibi davranmalıdır**”. (s. 191)

Yazar, iki tane “başlıca yorum yöntemi” bulunduğundan bahseder: (1) “Objektif-tarihsel yorum yöntemi” ve (2) “Objektif-zamana uygun yorum yöntemi”. Ancak bunların “başlıca” olmalarının ne anlama geldiği üzerinde durmaz. (s. 191-2)

Bunun yanında “kanunların yorumunda başlıca yorumlama öğeleri” bulunduğunu söyler. “Bir normun anlamı bulup çıkarabilmek için yargıç çeşitli yorumlama öğelerine başvurabilir. O, şu ya da bu öğe

25 Yazara göre öncelik yoluyla uygulama, “kanunun önceliğinde kalan hususları saptamak suretiyle, kanun metninin uygulanması”dır. Buna ilişkin örnekteki muhakeme aynen şöyledir: “Örneğin, borçlunun hafif ihmalden sorumlu olan, ağır ihmalden öncelikle sorumludur. Ağır ihmaliine ilişkin durumlarda öncelikle uygulanabilir. Zira hafif ihmalden sorumlu olan, ağır ihmalden öncelikle sorumludur.” (s. 188) İlk cümleinin yazarın kastını anlamamızı oldukça zorlaştıran düşüklüğü yanında, verilen örnekte sanki kanun metninin açıkça “hafif ihmalden sorumlu olan[ın] ağır ihmalden öncelikle sorumlu” olduğunu söylediği izlenimi yaratıyor. Yazarın ele aldığı şekliyle kanunun önceliğinde kalan hususun ne olduğu ve buna ilişkin hükmün hangi ölçüde öncelikte kalmayan (?) olaya uygulanacağı anlaşılamıyor.

26 İkinci maddenin yorum yöntemi değil de “hukuk yöntemi” olduğuna da dikkat etmek lazım.

ile bağlı değildir. Somut durumlara göre, yorumlama öğelerinin ağırlığı da değişir.” Yazarın saydığı öğeler şunlardır: (1) Dil-bilgisi öğesi, (2) Sistematik öğe, (3) Teleolojik öğe, yasama politikası öğesi, (4) Sosyolojik öğe, (5) Tarihsel öğe. (s. 193) Yazarın, açık bir ifadeyle yargıcın öğelerden herhangi biri ile bağlı olmadığını belirtmesi ve öğelerin ağırlığının değişebileceğini söylemesi önemle not edilmelidir. Her ne kadar nasıl yorum yapılacağı, ağırlığın değişmesinin ne anlama geldiği söylenmemişse de, çeşitli ağırlıklara sahip argümanların (öğelerin) tartılıp denge-lenmesini işaret ettiğini düşünebiliriz. Bu öğelerin yanında bir de “yorumlamada başvurulacak yardımcı araçlar” vardır. Bunlar, “doğruluğu belli olan”²⁷ öğreti ve mahkeme kararları”, “karşılaştırmalı hukuk”, “hukuk tarihi”, “genel hukuk ilkeleri”, “hukuki özdeyişler”, “eşyanın tabiatına ilişkin ilkeler” ve “kanun değişikliklerine ilişkin tasarılar”dır. (s. 193-4)

Aytekin ATAAY:

Yazar, kanunların “söz itibariyle” ve “öz (ruh) itibariyle” uygulanması arasında ayırım yapar. “Kanunun sözü (lâfzı) demek onun açık ifadesi, yani metni demektir.” (s. 200) “Kanunların söz (lâfız) itibariyle uygulanması, ya doğrudan doğruya, ya da dolayısı ile olur.” Kanunun sözünün doğrudan doğruya uygulanması “basit mantık kurallarına uyularak” yapılır, yani dedüktif muhakeme tarzında. Kanunun sözünün dolayısı ile uygulanmasında “kanundaki hükmün ters anlamı çıkarılır veya bu hükmün önceliğinde kalan hususlar”²⁸ tesbit edilir”. (s. 203)

Yazara göre, “kanunun anlamının tesbiti hususunda çeşitli yorum metodlarından yararlanılmaktadır.” Yazar bunları, “klasik

yorum metodları ve modern yorum metodu” olarak iki grupta inceler.

Yazara göre, “bu metodlardan hangisinin diğerine üstün tutulması gerektiğini önceden kestirmek mümkün bulunmamakla beraber, bu konuda modern yorum metodu diğerlerine göre daha baskın bulunmaktadır. Bununla beraber yerine göre, klasik yorum metodlarından da yararlanılabileceği bir gerçektir. **Sağlam yorumlar yapabilmek yeteneği, zamanla ve tecrübe ile elde edilen bir sanattır.**” (s. 211) Yazar modern yorum metodunun baskın olduğunu söylemekle birlikte, bu baskın oluşun kendi değer yargısından mı yoksa hukukçular cemaatindeki durumdan mı kaynaklandığını ifade etmez. Yine de bunun yazarın kendi görüşü olduğu söylenebilir. Ayrıca yazar, “yerine göre” klasik yorum metodlarından yararlanılabileceğini söylemekle birlikte, nasıl yorum yapılacağıyla ilgili olarak büyük önem taşıyan “yerine göre” koşulunu açıklamaz. Zaten sağlam yorum yapabilmek yeteneğini, zamanla ve tecrübe ile elde edilen bir sanat olarak görür.

Yazar, “klasik yorum metodları” başlığı altında, “lâfzî yorum”, “mantiki yorum”, “tarihi yorum”, “prensiplere göre yorum (sistematik yorum)” metodlarını sayar. Halbuki, bunlardan tarihi yorum dışındakilerinin içeriğini, kanunun “lâfzî itibariyle” uygulanması çerçevesinde de ele almıştı. Bu durumda, “lâfız itibariyle” uygulama ile “ruh itibariyle” uygulama ayrımı bulanıklaşır. Yazarın baskın olduğunu düşündüğü “modern yorum metodu”, toplumun gelişen ve değişen ihtiyaçlarına kanunun uydurulabilmesi için kullanılan “elastik” bir yorum metodudur. Bu yorumda “tatbi-katçı, “kanun koyucunun kanunu koyarken güttüğü amacı değil, fakat kanunun uygu-

27 Sanırım zaten en büyük sorun doğruluğun belli olması meselesi.

28 Kanunun önceliğinde kalan hususların ne anlama geldiği örnekle anlatılmaya çalışılmışsa da, muhakemeyi mümkün kılacak açıklama yapılmamıştır.

lanacağı sıradaki şartlar ve ihtiyaçlar karşısında bulunmuş olması halinde güdeceği amacı araştırarak kanunun ratio legis'ini (konulması sebebini) tesbit edecek"tir. (s. 215)

Bülent KÖPRÜLÜ:

Yazar yorumu asıl olarak geniş anlamıyla kullanarak kanun metnini anlamayı yorum olarak görür. Bununla birlikte teknik bir anlamı olduğundan bahisle, kanunun açık olmayan durumlarda yorumlandığını söyler. Yazara göre, “[k]anun metninin (sözcüklerin) anlaşılması, genel olarak her şeyden önce kullanılan terimlerin hukuki değerlendirilmesi, ona gerçek anlamının verilmesi ile mümkündür. Bu işlem sırasında dil bilgisinin ve mantığın verilerine başvurmak gereklidir. Fakat bu anlam metinden anlaşılıyorsa, veya anlaşılmasına rağmen olaya uygulanması bu metnin objektif (gerçek) anlamına (özüne) (ruhunu) aykırı ise, bu takdirde kanunun ruhu (objektif anlamı) incelenmeli, **koruduğu menfaat ve güttüğü amaç** araştırılmalıdır.” (s. 98) ‘Anlamın metinden anlaşılabilmesi’, anlaşılması zor bir ifade olsa da, kanunun lafzının açık olmaması anlamına gelmesi kuvvetle muhtemeldir ve bu noktada herhangi bir sorun yoktur. Ancak, ‘anlamın anlaşılmasına rağmen olaya uygulanması’ objektif anlama aykırı ise, ‘kanunun ruhu incelenmeli’ diyen yazar, esasında, kanunun lafzının kanunun ruhuna uygunluğunu her daim denetlememiz gerektiğini söylemiş oluyor.

Yazar, kanunun yorumunu onun objektif anlamının bulunması olarak tanımlamanın, “kanun maddesinin tek bir anlamı olduğu esasına” dayandığını söyler. Yazara göre “[e]ğer tek bir anlam aranıyorsa, bu kanunun değişen ve gelişen hayat olaylarına, gereklerine uydurulmasını, sınırları-

nı ve görevini gösterir”. (s. 99) Cümleinin başını acaba nasıl okumak lazım: ‘eğer tek bir anlam olduğu kabul edilecekse’ şeklinde mi, ‘eğer tek bir anlam var ise’ şeklinde mi? Peki cümleinin ikinci kısmının başındaki ‘bu’ neye gönderme yapar? ‘(Tek bir) anlam’a mı, ‘yorum’a mı? Anlam olamaz, çünkü o zaman ‘anlam, bu²⁹ kanunun değişen ve gelişen hayat olaylarına, gereklerine uydurulmasını gösterir’ ifadesi çıkar ki, makul bir anlama sahip olabilmesi için oldukça zorlama bir yorum yapmak gerekecektir. Eğer ‘yorum’ dersek, kanunun tek bir anlamının olduğu düşüncesine dayanarak yapılan yorumun, kanunu değişen ve gelişen hayat olaylarına, gereklerine uydurduğunu veya uydurması gerektiğini söylemek mümkün olur. Yazar anlatımına “kanunun birden fazla anlamı bulunabilir” diye devam eder, bu durumda yorum “bunların tamamını ortaya koymak, sonra bu çözümlerden en iyi, en objektif ve en gerekli, kısaca en uygun olanını olaya” uygulayacaktır. (s. 99) Yazar, nasıl yorum yapılacağını söylemekten çok uzaktır.

Aydın ZEVLİLER:

Yazar, ‘yorum nazariyeleri’ başlığı altında, “yargıç belli bir yasa kuralını yorumlarken, ona anlam verirken, yasakoyucunun o kuralı koyarken güttüğü varsayılan amacı gözden uzak tutmama[sı]” gerektiğini söyler. Ancak bu amacın belirlenmesinde çıkan güçlük açısından ortaya çıkan nazariyeler vardır: (1) “Subjektif (Klasik-Tarihi) Yorum Nazariyesi”; (2) “Objektif (Modern) Yorum Nazariyesi”; (3) “Karma Amaç (Tanınabilir Amaç) Nazariyesi”; (4) “Serbest Yorum Nazariyesi”. (s. 81)

Bu nazariyelerin yanında, “yargıcın yasa kurallarını, hangi yöntem ve araçlardan yararlanarak yorumlayacağını göster-

29 ‘Bu, kanunun’ mu, yoksa ‘bu kanunun’ mu?

ren” yorum yöntemleri bulunmaktadır: (1) “Lâfzî (Gramatikal-Tarihi) Yorum Yöntemi”; (2) “Mantıksal Yorum Yöntemi”³⁰; (3) “Amaca Bağlı (Gai-Sistematiği³¹) Yorum Yöntemi”. (s. 82)

Yazar yorumun nasıl yapılacağını şöyle anlatır: “Bu durumda, Medenî Kanunumuzun kabul ettiği esasa göre yasa yorumlayan yargıç, öncelikle kuralın sözünü (lâfzını) eksiksiz biçimde yorumlayarak anlam kazandıracaktır. Bunu yaparken yargıç, maddenin hazırlık malzemelerini (öntasarı, tasarı, komisyon teklifleri, değişiklik önermeleri, tartışma tutanakları, gerekçe gibi); madde kenar başlıklarını; Medenî Kanunun mehası (kaynağı) olan İsviçre Medenî Kanununu ve onunla ilgili hazırlık malzemesini göz önünde tutmak zorundadır. Yargıç yasa kuralına bu biçimde anlam kazandırırken, yalnızca o maddeyi değil, yasanın öteki maddelerini de birlikte ele almalı ve yasa maddeleri arasındaki mantık bağı ve tümüne egemen olan temel ilkelerin ne olduğunu belirlemelidir. Yargıç, toplumun o andaki gereksinim, çıkar ve değer yargılarına bakarak, yasanın **karşılıklı çatışan çıkarlardan hangisini korumak istediğini** (yasanın ratio legisini) belirlemelidir.” (s. 83) Yazar belirlenecek ve göz önünde tutulacak şeyleri, yorumun nasıl yapılacağını söylemiş gibi yaparak anlatıyor. Üstelik, “[b]u yorum yöntemlerinden hangisinin geçerli olması gerektiği çok tartışmalı bir konu olmakla birlikte, kanımızca, Medenî Kanunumuz bu yorum yöntemlerinin tümünü de benimsemiş, hiç birini ihmal etmek istememiştir.” (s. 83) Yazar yorumun nasıl yapılacağını ayrıca şu ifadelerle de anlatıyor: “Yargıç bulduğu kurala anlam verirken, o kuralın hukukun temel ilkeleriyle, olaydaki çıkarlar denge-

siyle ve özellikle Anayasa kuralları ile ters düşmemesine de dikkat edecektir.” (s. 78) Aynı zamanda “yargıcın hukuku uygulaması işlemi” **“ince bir san’at[tır]”**. (s. 78)

Bilge ÖZTAN:

Yazara göre yorum yapılırken, (1) deyimsel yorum yöntemi, (2) tarihî yorum yöntemi, (3) objektif yorum yöntemi ve (4) objektifleştirilmiş yorum yöntemine başvurulur. Bu yöntemlerle ilgili dikkat çekici bir nokta, yazarın deyimsel yorum yönteminin amacını “metinde kullanılan kelimelerin, terimlerin ortaya koyduğu anlamı tespit etmek” olarak belirtmesi ve bu yöntemin “Türk hukukunda benimsenice bir yöntem” olmadığını söylemesidir. (s. 126) Yazara göre tarihî yorum yöntemi “kanunun yürürlüğe girdiği andaki kanun koyucunun subjektif iradesinin araştırılmasını isteyen yöntemdir”. Objektif yorum yöntemi ise, “kanunun uygulanması anında toplum ihtiyaçlarına ve düzenlenmek istenen yarar ve çıkar uyumsuzluklarına en uygun düşecek bir yorum şekli[ni]” ister. Objektifleştirilmiş yorum yöntemine göre, “kanunun yapıldığı andaki koşullar göz önünde tutularak, kanun koyucunun iradesinin sonucu olan beyanına, bugün ideal bir muhatabın nasıl bir anlam verdiği tespit edilmelidir. Hâkim, kanun koyucunun irade beyanını, ideal bir muhatap olarak yorumlamalı ve kanunun anlamını belirlemelidir”. (s. 126)

Yazar yorum yöntemlerini takiben, yorumda dayandırılacak unsurların bulunduğu, “seçilen yorum yöntemi ne olursa olsun belirtilen unsurların tamamı[nın] yorumda göz önünde tutulma[sı]” gerektiğini söyler. (s. 126) Yazara göre bu unsurlar, (1) kanun metni (gramatik unsur), (2) sistem unsuru (kanunun sistematiği), (3) amaçsal unsur

30 Yazarın mantıksal yorumdan kastı, ‘Sistematiği yorum’ namıyla maruf yöntemidir.

31 Yazarın sistematiğten kastı, yasanın tümüne egemen olan anlam ve temel düşüncenin göz önüne alınması amacıyla yasanın tek tek maddeler halinde değil bir bütün olarak görülmesi gerektiridir.

(kanunun konuluş nedeni) (ratio legis), (4) gerçeğe uygunluk unsuru ve (5) tarihî unsurdur. Bu unsurlardan birkaçını yakından incelememiz gerekiyor.

Yazar, gramatik unsurun “hukukçuların nadiren başvurduğu bir yol” olduğunu söylerken (s. 127), deyimisel yorum yöntemiyle ilgili olumsuz tutumuyla uyumludur. Ancak yazarın muhakemesi çelişik bir görünüm arz eder: “Kanunda kullanılan sözcükler, dil bilgisi analizleri, metnin yorumunda kanun koyucunun düşüncesini aksettiren en önemli unsurlardır. Bir metnin anlamını en basit şekilde, o metinde kullanılan kelimelerin anlamı verir.” Yazar bu satırlarda, gramatik unsura azımsanmayacak bir değer atfeder. “Fakat bu yolla metnin ancak belli bir anlamına ulaşılır. Diğer yorum unsurları ile metnin anlamının tespiti yapıldığında metinden gramatik unsurla elde edilenden farklı bir anlam, daha doğru bir anlam çıkarılabilir.” (s. 127) Öncelikle, ‘çıkarmı?’ yoksa ‘çıkabilir mi?’ sorusunu sormamız gerekiyor. Zira eğer ‘çıkarmı?’ denirse, kanun koyucunun düşüncesini aksettiren en önemli unsur olmayı nasıl izah edeceğiz? Yok ‘çıkabilir’ denirse, bu yolla metnin ancak belli bir anlamına ulaşılabilceği iddiası çürümüş olacaktır. Üstelik yazarın gramatik unsurla ilgili verdiği örnek de ilginçtir: “Nişanın bozulması yüzünden kişilik hakkı saldırıya uğrayan taraf, kusurlu olan diğer taraftan manevî tazminat olarak uygun miktarda bir para ödenmesini isteyebilir. (MK. 121) Gramatik unsur göz önünde tutularak yapılacak yorumla yanlış bir sonuca ulaşılabilir. Çünkü madde kişilik hakkı saldırıya uğrayanın kusurlu olup olmadığı üzerinde durmamaktadır. Bu durumda kişi kusurlu da olsa, diğer kusurlu taraftan manevî tazminat isteyebilir gibi bir sonuç doğurmaktadır. Bu sonuç yanlıştır.” (s. 127) Yazar, gramatik yorumun yanlışlığını, doğruluğu ispatlanmaya muhtaç bir önermeyle göstermeye çalışıyor. Hâlbuki yapması gere-

ken, bu sonucun ‘neden’ yanlış olduğunu veya argümanının neden doğru olduğunu anlatmaktır. Mantıkta bu tür muhakemeye, petitio principii, yani kısır döngü safsatası deniyor.

Yazarın “gerçeğe uygunluk unsuru” olarak dile getirdiği unsurun neye karşılık geldiği belirsizdir. Yazar bu unsuru şöyle açıklar: “Yorum yapılırken gerçekler göz önünde tutulmalıdır. Çünkü, kanun her zaman belli gerçek durumları düzenlemek ister. Her kanun koyucu kendi zamanında mevcut olan ilişkileri düzenler. Bu durumlar maddenin yorumunda gözönünde tutulmalıdır. Yorum gerçekçi olduğu kadar, yorumun sonucu da pratik olmalıdır. Hâkim, kanun koyucunun kanunu koyuş nedenini araştırmalıdır.” (s. 128) Öncelikle, göz önünde tutulması gereken gerçeklerin ne olduğu bu açıklamadan anlaşılmıyor. Üstelik ‘gerçekçi’ kelimesine gündelik dilde verilen anlam, ‘gerçeklerin göz önünde tutulması’ ifadesiyle nasıl ilişkilendirilebilir, belli değildir. Ayrıca, acaba yazarın pratik olmakla kastı, uygulanabilir olmak mıdır? Diğer yandan, bu unsorda yazarın amaçsal unsur olarak ele aldığı kanun koyucunun kanunu koyuş nedeninin araştırılmasını yinelemenin gereği nedir? Yazarın bu unsurla ilgili verdiği örnekler de düşündürücüdür. Yazarın birinci örneği şöyle: “MK. 182. maddesinin 2. fıkrasına göre Çocuk kendisine verilmeyen taraf, gücüne göre onun bakım ve eğitim masraflarına katılmakla yükümlüdür. Bu düzenlemeden çocuk kendisine bırakılan tarafın bakım ve eğitim masraflarına katılmayacağı anlamını çıkarmak, gerçeklik unsuruna ters düşer.” (s. 129) Yazarın gerçeklik unsuru ile neyi kastettiği belli olmadığından, örnekteki gerçeklik unsuruna ters düşmeyi anlamak da mümkün değildir. Üstelik, her ne kadar yazar gramatik unsura soğuk baksa da, yasak oyucunun ‘karşılama’ değil de ‘katılmak’ kelimesini kullanmakla, zaten çocuk kendisine bırakılan tarafın da

masrafları karşılamasını değil masraflara katılmasını istediği sonucuna ulaşmak çok daha kolay değil midir? Yazarın diğer örneği ise şöyledir: “Bir ülkede ağacın azlığı nedeniyle bahçe çitlerinin taştan yapılmasının istenmesine ilişkin bir kuralın varlığı halinde, çitlerin demirden yapılamayacağı anlamını çıkarmak gerçeklik unsuruna ters düşer.” (s. 129) Bu örnekteki durum da kuralın konuluş amacına doğrudan gönderme yaparak çözümlenemez mi?

Yazarın tarihî unsurla ilgili açıklamaları da, açıklayıcı olmaktan çok kafa karıştırıcıdır. Yazarın muhakemesi şöyle: ‘Hazırlık çalışmaları kanun koyucunun sübjektif değerlendirmelerini açıklar ve bağlayıcı değildir. Ancak bu açıklamalar, maddenin objektifleştirilmiş anlamını belirlemede yardımcı olabilir. Hangi menfaate daha fazla ağırlık verildiği, tarihî unsurla belirlenir.’ Demek ki objektifleştirilmiş anlamın peşindeyiz ve objektifleştirilmiş anlam, hangi menfaate ağırlık verildiğiyle ilgili. Halbuki yazar objektifleştirilmiş yorum yönteminde, hâkimin ideal bir muhatap olarak, kanun koyucunun iradesini yorumlaması gerektiğini söylemiş ve menfaatlerle bir ilişki kurmamıştı. Yazar bundan sonra ise birdenbire yorum metodlarına (ve usullerine) geçer. Objektif yorum metodunu, objektif-tarihî ve objektif-zamana uygun olarak iki grupta ele alır. Objektif-tarihî yorum usulünün hâkimi kanun koyucunun değer hükümleriyle, amacı ile bağladığını söyleyen yazara göre, hâkimlerin keyfiliği tehlikesinden kurtulunmuş olunur. Yöntemi sübjektif-tarihî yorum yöntemiyle karşılaştırarak, bu yöntemin aksine objektif-tarihî yorum yönteminde “hukuk kuralı yaratılabildiğini” söyler. Ne var ki sübjektif-tarihî yorum yöntemiyle ilgili hiçbir açıklama yapmadığı gibi (sadece burada hukuk yaratılmadığını anlıyoruz ve belki hâkimlerin keyfiliği de burada söz konusudur, bilemiyoruz), bu yöntemde, yani objektif-tarihî yorum yönteminde hâkimin

hukuk kuralı yaratabilmesi ile keyfiliğin nasıl önüne geçildiği anlaşılamaz. Belki hemen yukarıda değinilen, maddenin yorumu yapılırken sadece günün ihtiyaçlarının esas alınması gerektiği sınırlayıcı olarak görülmüştür. Ne var ki hâkimin belli bir şekilde yorum yapması gerektiğini söyleyen her görüş, zaten hâkimlerin keyfiliği tehlikesini bertaraf etmeye yönelmiş değil midir?

Yazar, objektif-zamana uygun yorum yönteminin “bir maddenin yorumu[nun] doğrudan doğruya günün ihtiyaçlarına uygun düşecek şekilde” yapılması gerektiğini söylediğini belirttikten sonra şu ifadeyle tarihî unsur sonlandırır: “Öğretide ağır basan görüşe göre, eğer maddenin objektif-tarihî yorum yöntemi ile yorumlanması ihtiyaçlara cevap vermede tamamen yetersiz kalıyorsa, objektif-tarihî yorum yöntemi yerine objektif-tarihî-zamana uygun yorum yöntemi seçilebilir.” (s. 129) İfadenin yorumcuya yardımcı olmaktan uzak seçeneçliliğinin ve ‘ihtiyaçlara cevap vermede tamamen yetersiz kalma’nın belirsizliğinin yanında, yazar yeni bir yorum yöntemi ismi sunmuş olur: objektif-tarihî-zamana uygun yorum yöntemi. Acaba bu yeni bir yorum yöntemi midir yoksa daha önce değinilen objektif-zamana uygun yorum yöntemi midir?

Nihayet yazara göre “bir maddenin yorumu yapılırken, bütün yorum unsurları göz önünde tutulmalıdır. Hangi yorum unsurunun daha ağır basacağı, muhtevaya en uygun ve en âdil çözüm olacağı hususlarında, nisbî olarak hâkimin geniş bir takdir alanı söz konusudur.” (s. 129) Gramatik unsurı neredeyse yorumun dışında tutan yazarın, bütün yorum unsurlarının göz önünde tutulmasını istemesi ilginçtir. Bunun yanında muhtevaya uygunluğun ne anlama geldiği belli değildir. Bir hedef veya doğruluk ölçütü gibi sunulan adaletle ilgili ise, hiçbir açıklama ve atıf yapılmamıştır.

Eğer yorumda hâkimin geniş bir takdir alanı varsa, yorum yöntemlerinden bahsetmenin gereği nedir? Esasında yorum öğretisi, hâkimin takdirini daraltmaya, öznelerarası sınanabilir hale getirmeye, rasyonelleştirmeye yönelmiş değil midir? Ve nihayet, takdir alanının nisbî genişliği, neye nispetle genişliktir?

Tahir TANER:

Yazara göre, “kanunun ruh ve maksadını meydana çıkarmak için hâkimin elinde türlü vasıtalar vardır: başta kanun tasarısının hazırlanmasına ait çalışmalar, tasarımı hazırlayan komisyonun müzakere tutanakları, rapor ve lâyiha, tasarı için hükümetçe, eğer bir milletvekili vermiş ise onun tarafından yazılmış gerekçeler (esbabı-mucibe lâyiha), Meclis Komisyonunun gerekçeleri, Meclis Umumî Heyeti müzakere tutanakları, eğer madde bir önerge ile tadil edilmiş bulunuyorsa onun dayandığı gerekçeler, elhasıl yorumlanmak istenen madde katî şeklini alıncaya kadar geçen safhalarda o maddeye ait olarak bulunabilecek malûmat, kanunda daha evvelki veya daha sonraki madde ve fıkralarda mevcut hükümler hâkimi tenvir edebileceği gibi, doktrin ve mahkeme içtihatları da kanunun ruh ve maksadına nüfuz edebilmek için hâkimin baş vurmağa muhtaç olduğu vasıtalar...”. (s. 165) “İşte hâkim bütün bu söylediğimiz ameliyeleri yapmak, vasıtalarından istifade ve **kendi bilgisine de istinat etmek** suretiyle maddenin mânasını mücerred bir surette tayin ettikten sonra, muvakkaten bir tarafa bıraktığı, hâdiseyi tekrar ele alır, bu hâdiseye verdiği mânaya göre kanuna uymakta ise, bilfarz fiilin suç sayılması icap ediyorsa, maddeyi tatbik ile hükmünü verir...” Yazar yapılması gereken ‘ameliyelerden’ bahsetmekle birlikte, ameliyeden ziyade faydalanacağı kaynaklara işaret etmiş olur.

Timur DEMİRBAŞ:

Yazar, yorum yapılırken başvuru araçlarından ve yöntemlerden bahseder. Yazara göre araçların başında kuralın lâfzı gelir. Bunun yanında kanun koyucunun iradesi (veya hukuk kuralının gerçek amacı) ortaya konmaya çalışılırken, gramer ve mantık kuralları, dilin kapsamı³², kanunun hazırlık çalışmaları, gerekçesi, Meclis tutanakları, karşılaştırmalı hukuk ve hukukun genel ilkeleri kendilerinden yararlanılan araçlardır.

Yazar yorum yöntemleri olarak, amaççı yorum, daraltıcı yorum ve genişletici yorumdan bahseder. Daraltıcı ve genişletici yorumun yöntem olarak görülebilmesi, sanırım, pek mümkün değildir. En azından amaççı, daraltıcı ve genişletici yorumu aynı düzeyde almak uygun olmaz. Yazara göre, “[h]ukuk kuralının yorumlanması, onun amacına uygun olarak açıklanması demek olduğundan, **yorumun amaççı olması gerektiği açıktır**; bu nedenle amaca yönelik yorum, belirli bir hukuk kuralının onun meydana getirildiği ana göre değil, uygulandığı zamana göre anlaşılmasını gerektiren yorumdur.” (s. 121) Cümlelerin ikinci kısmı her ne kadar ‘bu nedenle’ diye başlasa da, amaca yönelik yorumun neden kanunun uygulandığı zamana göre anlaşılması gereken bir amaç olduğu belli değildir. Üstelik yazar amaççı yorum başlığı altında, sübjektif, yani yasakoyucunun iradesine gönderme yapan amaç kavramı ile objektif, yani kanunun yaratılmasıyla kendini yaratan iradede bağımsızlaşan varlığına gönderme yapan amaç kavramını sadece açıklamakla yetinmiş, bunlardan ikincisine üstünlük tanıdığını gösteren herhangi bir ifade kullanmamıştır. Hatta karma teoriden de bahseden yazar, genişletici yorumu karma teoriye bağlar. (s. 120) Yazarın amaççı

32 Sanırım bu ifadenin anlamı açık değil.

yorumla ilişkilendirdiği genişletici yorum ise, “[k]anunkoyucunun kullandığı kelimelerin anlatılmak istenen amacı tamamen içerik şeklinde kullanılmadığı durumlarda, kanunda geçen sözcükleri olayları kapsar şekilde anlamaya imkân veren yorum türüdür”. (s. 122) Bunun yanında yazar bir tanım daha yapar: “Bir hukuk kuralında açıkça belirtilmeyen, fakat mantıken ona dahil hususları da kapsama alacak şekilde yapılan yorum, genişletici yorumdur.” (s. 122) Bu yaklaşımla nasıl yorum yapılacağını göstermek mümkün değildir.

**V. Ö. ÖZBEK, M. N. KANBUR,
P. BACAŞIZ, K. DOĞAN ve
İ. TEPE:**

Yazarlar, dört yorum yönteminden ve beş yorum aracından bahsederler. Yorum yöntemleri, (1) gramatik veya sözel yorum yöntemi, (2) sistematik yorum yöntemi, (3) tarihsel yorum yöntemi ve (4) amaçsal (teleolojik) yorum yöntemidir. Yazarlar her bir yorum yöntemini genel hatlarıyla açıklayarak ceza kanunlarında nasıl uygulanabileceğine örnekler verirler. (s. 113-6) Ancak yazarların, bu yorum yöntemlerinden hangisini üstün tuttuğuna, tekinin mi yoksa hepsinin mi kullanılacağına dair görüşünü dayandırabileceğimiz herhangi bir ifadesi yoktur. Yazarlara göre “kullanılan yorum yöntemi ne olursa olsun”, faydalanılacak araçlar şunlardır: Mantık (evleviyet ve karşıt anlam³³), hukuk kuralının tarihçesi, hukukun genel ilkeleri, karşılaştırmalı hukuk, örf ve adet kuralları. (s. 116-7)

Faruk EREM:

Yazar, yorumda kullanılan vasıtaları, (1) lâfzî, (2) fikrî (mantıkî), (3) sistematik, (4) sosyolojik ve (5) tarihî vasıtalar olarak isimlendirir. Bunlardan fikrî vasıta hakkında yazar şunları dile getirir: “Lâfzî vasıta ile elde edilen mânanın, kanunun objektif

ve hakikî iradesine uyup uymadığını araştırmak hususunda müracaat edilen vasıta, fikrî vasıta. Her hükmün yorumunda lâfzî unsur ilk defa nazara alınırsa da, kat’i bir neticeye varmak için fikrî unsuru da kullanmak lâzım gelir. Eğer bir hâdisede ikisinin neticesi birbirinden ayrı ise **fikrî (mantıkî) unsur tercih edilmelidir. Lâfız bir düşünceyi ifade eder. Fakat bunu ifade etmediği sabit olan hallerde lafza bağlı kalmak doğru değildir.**” (s. 104) Burada fikrî unsurun ne olduğu açıklanmamıştır. Üstelik objektif ve hakiki iradenin ne olduğu belli değildir. Ne var ki bu belirsizliğe, lafızdan ayrılma gücü tanınmıştır. ‘Lafzın bir düşünceyi ifade etmesi’, ama bazen bir düşünceyi ifade etmeyebileceği tasavvuru zor bir durum olmakla birlikte, lafzın bir düşünceyi ifade etmediği durumda fikrî unsurun nasıl bulunabileceği çözümü zor bir sorundur. Yazarın anlatımı, nasıl yorum yapılacağına dair fikir vermekten uzaktır.

Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN:

Yazarlar; (1) açıklayıcı, (2) geliştirici, (3) genişletici, (4) düzeltici olmak üzere maddî açıdan dört yorum çeşidi bulunduğunu söylerler. “[B]u yorum şekilleri çok kere birbirleri içine girmektedirler. Yani açıklayıcı (amaçsal) bir yorum aynı zamanda geliştirici veya geriletici de olabilmektedir.” Yapılan ayırım, “pedagogik maksatlar[a]” dayanmaktadır. (s. 183) Yazarlar bu yorum çeşitlerinden düzeltici yorumun –bazı Yargıtay uygulamalarına rağmen- “câiz olmadığını” söylerler. Bundan, diğer yorum çeşitlerini, aralarında hiyerarşi kurmadan kabul ettikleri yahut bu yorum çeşitlerinin, hakkında karar verilen olayın icabına göre yapılan yorumlara karşılık geldiğini düşündükleri sonucuna varmak makuldür.

33 Kavramları uygulamaya geçirmeyi mümkün kılacak açıklamadan ziyade örnek verilmiştir. Evleviyet, eksik bir şekilde “çok, azı da içerir” şeklinde tanımlanmıştır. (s. 116)

Yazarlara göre, yorum çeşitlerinin yanında “kanun koyucunun iradesini anlamak için başvurulacak” çeşitli araçlar vardır. Bu araçlar iki grup altında incelenir. Birinci grubu, (1) dilin kapsamı, (2) gramer ve (3) mantık kuralları oluşturur. İkinci grupta ise, (4) kanunun genel sistem ve tasnifi, (5) kanunun esas fikri (ratio legis) ve (7) kanunun yayını hususundaki vesiledir (occasio legis). Bu yedi araç, yazarlara göre, kanun koyucunun iradesini “doğrudan doğruya metinden” anlamak için kullanılan araçlardır. (s. 187) Bunun yanında bir de “metin dışı araçlar” vardır. (s. 190) Bunlar, (1) hukukun genel ilkeleri, (2) hazırlık çalışmaları, (3) mukayeseli hukuk, (4) tarihçe, (5) siyasi müesseseler ve (6) toplumbilimdir. Metin dışı “araçlarla yapılan yorum halinde anlam, belirtilmek istenen metnin daima göz önünde bulundurulması ve varılan sonuçlardan, metinlerle bağdaşabilen ve ahenkli olanının üstün tutulması gerekir”. (s. 190) Ne var ki yazarlar, yorumun ne zaman metin dışı araçlarla yapılacağını belirtmezler. Yazarların başka bir vesileyle dile getirdikleri “metne bağlı ve ondan çıkarılan özellikler olma” (s. 188) bu ayırımında ancak araçlara ilişkin bir fikir verebilmektedir. Bunun yanında yazarların ‘metinlerle bağdaşma’ ve ‘ahenkli olma’ ifadeleri not edilmelidir.

Ayhan ÖNDER:

Yazar, “modern Ceza Hukukunda yorumda dört yöntem kabul edil[diğini]” söyler: (1) Gramatik yorum, (2) tarihsel yorum, (3) sistematik yorum ve (4) Teolojik³⁴ yorum. Gramatik yorum, “yorum yöntemleri arasında en önemlisi ve en fazla kullanılan bir yöntemdir”. (s. 94) Gramatik yorumda bazı sorunlar ortaya çıkar ve bu yorum “sistematik yorum ile tamamlanma[lıdır]”. (s. 96) Yazar tarihsel yorumdan bahseder-

ken, tarihsel yorum içindeki karma teoriye üstünlük tanıyan tarzda ifadeler kullanır ve “objektif teori esas alınmak suretiyle, kanun koyucunun da bu hükmü sevkederken hangi hukuki yararları koruma altına aldığı belirlenmesi, bunu belirlemeye yönelik kanun koyucunun gerçek iradesi de araştırılmalı, bu gerçek iradeye ters düşmedikçe, yorum bugünkü hukuki yararların korunmasını gerçekleştirebilmelidir”. (s. 96)

Yazar asıl üstünlük tanıdığı amaççı yorumla ilgili olarak ise şu ifadeleri kullanır: “[Y]apılacak ilk iş normun sevk sebebinin tayin ve tesbit etmek olacak, bundan sonra diğer yorum yöntemleri kullanılarak norm yorumlanacaktır. Böyle bir yorum yöntemi, gramatik, tarihi veya sistematik yöntemin uygulanmasının ortaya çıkarılabileceği hataları da önleyecektir... Bir normun yorumunda göz önünde bulundurulması gereken en önemli husus, bu normun uygulandığı zaman[a] uydurulabilmesidir.” (s. 97) “Bir normun ratio legis’i olaya uygun olduğu takdirde, kanunun kullandığı kelimeler dahi birçok halde uygulanabilme imkânını kaybedebilir.” (s. 98)

Turhan Tüfan YÜCE:

Yazar, (1) dilbilimi yorumu, (2) tarihsel yorum, (3) sistematik yorum ve (4) teleolojik yorum olmak üzere dört yorum çeşidi bulunduğunu söyler. Yazar önce sözlerin ve deyimlerin doğru anlamlarının, olmazsa cümlelerin veya anlatımının anlamının araştırılması gerektiğini, eğer “doyurucu” bir sonuç elde edilemezse, diğer yorum çeşitlerinden yararlanılması gerektiğini belirtir. Bu ifadeden, yazarın dil bilimi yorumuna öncelik tanıdığı, ‘doyurucu’ sonuç elde edilemezse diğer yorum çeşitlerini aynı derecede işaret ettiği düşünülebilir. (s. 11-2)

34 Yöntemleri ilk olarak listeleyen yazarın kastı, ‘teleolojik’ olsa gerek. Daha sonra metin içinde ‘amaççı’ kelimesini kullanır.

N. CENTEL, H. ZAFER ve

Ö. ÇAKMUT:

Yazarlara göre üç tür yorum vardır: (1) Amaca göre yorum, (2) genişletici yorum ve (3) daraltıcı yorum. Ne var ki bunların aynı düzeyde yorum türleri olarak ele alınması uygun değildir. Zira yorum, amaca göre daraltıcı olabileceği gibi, amaca göre genişletici de olabilir.

Bunun yanında yazarlar, yorumda başvurulacak araçların bulunduğunu söylerler. (1) Yasa metni, (2) mantık kuralları, (3) yasanın konulma nedeni, (4) yasanın amacı, (5) yasanın sistematigi, (6) kurumların tarihçesi, (7) hukukun genel ilkeleri ve (8) karşılaştırmalı hukuk.

Yazarlara göre “[y]orumu yapan hâkimin görevi, hüküm verilecek somut olayda yasa maddesinin içeriğini, aynı olayda karar verebilecek başka her hakimın anlaması gerektiği gibi anlamaktır”. (s. 86)

Yazarlara göre “[y]orum, yasakoyucunun iradesi gözardı edilmemekle birlikte günün koşulları doğrultusunda yapılmalıdır”. (s. 91)

İzzet ÖZGENÇ:

Yazara göre yorumda başvurulacak araçlar vardır: (1) lâfız, (2) kanunun hazırlık çalışmaları, (3) kanunun sistematigi, (4) kanunla düzenlenen hukuki müessesenin tarihçesi, (5) kanunla düzenlenen müesseseye ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve (6) hukukun genel ilkeleri. (s. 118) Yorumda bunlardan “yararlanmak gerekir”. (s. 118) Yazar, bu araçları listelemenin dışında yorumun nasıl yapılacağına dair herhangi bir görüş belirtmez.

4. Doğru yorumun özellikleri nedir?

Turgut AKINTÜRK:

Doğrudan bir ifade olmamakla birlikte, doğru yorum, “kanunun gerçek anlamını” “kanunun tümüne egemen olan esaslara göre” “ortaya çıkaran” yorumdur. (s. 70)

Kemal OĞUZMAN/Nami BARLAS:

Doğrudan bir ifade olmamakla birlikte, doğru yorum, “lâfzî yorumla tespit edilen anlam[ın] kanunun ruhuna [da] uygun” olduğu yorumdur. (s. 65) Aynı zamanda kanun, “zamanın ihtiyaçlarına ve korunması gereken menfaatlere en uygun şekilde” yorumlanmalıdır. (s. 69) Yine “yorumun yapıldığı tarihte yürürlükte bulunan Anayasaya aykırı düşmeyecek anlam tercih edilmelidir”. (s. 69)

Ergun ÖZSUNAY:

Doğrudan bir ifade olmamakla birlikte, doğru yorum, “kanunun objektif anlamını” “kanunun tümüne egemen olan ilkelere göre” ortaya koyar.

Aytekin ATAAY:

Yazara göre, “sağlam yorumlar yapabilmek yeteneği, zamanla ve tecrübe ile elde edilen bir sanattır.” (s. 211) Sanırım yazara göre doğru (sağlam) yorum, sağlam yorum yapabilmek yeteneğine sahip hukukçuların yaptığı yorumdur.

Bülent KÖPRÜLÜ:

Doğrudan bir ifade olmamakla birlikte, yazara göre doğru yorum birden fazla anlamı bulunan kanunun, bu anlamlardan “en iyi, en objektif, ve en gerekli, kısaca en uygun olanı”dır. (s. 99) Ne var ki bu ifade, ‘en iyi’nin ne olduğunu, ‘objektif’ yorumun nasıl olabileceğini, ne için ‘en gerekli’ olduğunu ve ‘neye uygun’ veya ‘ne açıdan uygun’ olanı arayacağımızı söylemez.

Aydın ZEVLİLİLER:

Doğrudan biri ifade olmamakla birlikte, “hukukun temel ilkelerine ve Anayasaya aykırı” olmamak, bir doğruluk ölçütü olarak zikredilmiş olabilir. (s. 78)

Bilge ÖZTAN:

Açık bir ifade olmamakla birlikte, yazarın “adil çözüm”den bahsetmesi, adaleti yorumun doğruluk ölçütü olarak gördüğüne işaret olabilir. (s. 129)

Tahir TANER:

Yazarın doğru bir yoruma işaret eden kararlar ilgili ifadeleri not edilmeye değer: “Hâkim, kanunu yorumlarken ve onun mânasını tesbit ederek tatbik ederken, kararının gerekçeleri olarak ne yukarıda sözü geçen müzakere tutanaklarından, lâyiha ve raporlardan, ne de ilmî veya kazaî içtihat-lardan, fikrimizce bahsetmemelidir; bunlar kendisini yalnız tenvir eder; hâkim tet-kikleri neticesinde edindiği kanaati, onun sebeplerini, kendi içtihadı olarak muha-kemeli bir surette kararında göstermekle mükelleftir. Böyle etraflı mucip sebepleri havi hükümlerin kıymeti çoktur, bunlar hü-kümde isabet edilip edilmediğini anlama-ğa, okuyanlara da kanaat vermeğe yardım ettikten başka, bir içtihat olmak itibariyle bilhassa hukukçular için, benzer işlerde diğer hâkimler için, değerli birer kaynak teşkil ederler.” (s. 166)

Timur DEMİRBAŞ:

Açık bir ifade olmamakla birlikte ya-zarın iyi bir yorumdan “kanun koyucunun gerçek iradesini ortaya koyan” (s. 117) veya “hukuk kuralını amacına uygun ola-rak açıklayan” (s. 121) yorumu anladığını söylemek mümkündür.

V. Ö. ÖZBEK, M. N. KANBUR,**P. BACAŞIZ, K. DOĞAN ve İ. TEPE:**

Yazarlar her ne kadar amaçsal yorumun genişletici mi yoksa daraltıcı mı olduğu tartışmasında “[ö]nemli olan, doğru bir yo-rumun yapılıp yapılmadığıdır” deseler de (s. 115), doğru bir yorum için herhangi bir tanım veya ölçüt getirmezler.

Faruk EREM:

Yazarın genel itibariyle “asıl iradeyi ortaya çıkaran” yorumu doğru kabul etti-ği varsayılabilir. Bunun yanında hümanist yorum doktrini açısından, kanun adalet ça-tışmasının adalet lehine giderilmesine işa-ret ettiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Nihayet yazarın iki yerde hâkimin yorumu-nun gerekçesini sunması gerektiğine dair ifadelerini not etmek gerekir. (s. 92, 102)

Sulhi DÖNMEZER-Sahir ERMAN:

Yazarların açık bir doğruluk ifadesi bulunmasa da, kanunkoyucunun irade-sine ulaşan yorumu doğru yorum olarak gördükleri söylenebilir. Ancak yazarların ‘metinlerle bağdaşma’ ve ‘ahenkli olma’ ifadeleri not edilmelidir. (s. 188)

Ayhan ÖNDER:

Yazarın, doğru yorum için normun amacının göz önünde bulundurulmasını bir koşul olarak belirlediğini söylemek müm-kündür. (s. 97)

Turhan Tufan YÜCE:

Açık bir ifade bulunmamakla birlikte, yazarın yorumun doyuruculuğundan bah-setmesi not edilmelidir. (s. 11)

N. CENTEL, H. ZAFER ve**Ö. ÇAKMUT:**

Yazarların “[y]orumu yapan hakimın görevi, hüküm verilecek somut olayda yasa maddesinin içeriğini, aynı olayda karar ve-rebilecek başka her hakimın anlaması ge-rektiği gibi anlamaktır” şeklindeki ifadesi önemlidir. (s. 86) Bunun yanında, daraltıcı yorumla ilgili tartışmada³⁵ “ceza hukukun-

35 Dikkat çekici bir noktaya da işaret etmek lazım. Yazarlar, “ceza hukuku kurallarının yorumlanmasında in dubio pro reo (şüpheliye sanığın lehine) ilkesi[nin] geçerli” olmadığını söylerler: “[C]eza hukukunda ha-kimin yorum yaparken ceza yasasında mevcut seçeneklerden sanığın en lehine olanı seçme yükümlülüğü (in dubio mitius, in dubio pro libertate) yoktur.” (s. 86) Ne var ki daraltıcı yorum bahsinde yazarlar şu görüşü savunacaklardır: “[A]nlatı açık olmayan yasa kurallarında, sanığın aleyhine düşünmek doğru olmayacağından, geniş yorumdan kaçınılması önerilebilir.” (s. 93) Bu iki düşüncenin açık bir çelişki, hatta karşılık oluşturmaması için, anlamı açık olan ve olmayan yasaların yorumu arasında ikna edici bir ayırım yapılması gerekmektedir.

da dar değil, doğru yorum yapılmalıdır” diyen yazarlar devamlı, “[y]orumcu, yasanın anlamını mantıklı bir biçimde vermeye çaba sarfetmelidir” diyerek bir anlamda mantıklılığı doğruluk ölçütü olarak getirmektedirler. (s. 93)

İzzet ÖZGENÇ:

Yazarın yorumun doğruluğuyla ilgili bir ifadesi olmamakla birlikte, doğru yorumu kanun hükmünün anlam ve kapsamını tam olarak yansıtan yorum olarak gördüğünü söylemek mümkündür. (s. 118)

DEĞERLENDİRME

1. Doktrinin Sorulara Cevabı

Hukuk doktrinine dört soru sorulmuştu: Yorum nedir? Yorumun amacı nedir? Yorum nasıl yapılır? Doğru yorumun özellikleri nelerdir?

Hukuk doktrininin bu sorulara verdiği cevapları genellersek, şu ifadenin hukuk doktrininin yorum anlayışını yansıttığını söylemek mümkündür:

‘Yorum, hukuk kuralının anlamının ortaya çıkarılmasıdır. Yorumun amacı, hukuk kuralının anlamını ortaya çıkarmaktır. Yorum, hukuk kuralının anlamı ortaya çıkarılmak suretiyle yapılır. Yorum, hukuk kuralının doğru anlamını ortaya çıkarmış ise doğrudur.’

Önceki bölümlerde yazarların tek verdiği cevaplara bakıldığında, ‘gerçek anlam’, ‘hakiki anlam’, ‘objektif anlam’ gibi nitelemeler kullanılsa da, ‘anlam’ın ortaya çıkarılması merkezinde bir muhakeme yürütüldüğü görülür. Anlamın, ‘gerçek olanının’, ‘hakiki olanının’, ‘objektif olanının’ araştırıldığı iddiası, gerçek olmayan, sahte olan, subjektif olan anlamın varlığını ima eder. Hâlbuki doktrin böylesi bir iki karşıtlığın yalnız bir tarafını tercih ettiğini gerekçelendiren herhangi bir açıklama sunmaz.

Doktrin anlam kavramını, ‘yasak oyunun iradesi’, ‘yasak oyuncunun gerçek iradesi’, ‘kanunun günümüzdeki anlaşılışı’ gibi ifadelerle açıklamak istese de, buna dair ne felsefi bir temel, ne de tatmin edici bir açıklama sunar.

Doktrin amacı, yorumun tanımıyla özdeş ifade eder veya amaca ilişkin yorumun tanımından başka bir zemin sunmaz.

Yorumun nasıl yapıldığına ilişkin olarak doktrin, sadece ‘doğru’, ‘hakiki’ vs. anlama işaret eder. Bunun yanında başvurulacak unsurlar veya yararlanılacak araçlar sadece isim olarak zikredilir. Bunlar arasındaki ilişkilerin belirlenmesi, yuvarlak ifadelerle olayın özelliklerine ve yorumcunun maharetine terk edilir.

Çoğu zaman açık bir ifade kullanmakla birlikte doktrin, doğru yorumu, doğru anlamı bulan yorum olarak ifade etmekle birlikte, yapageldiği totolojiyi devam ettirir.

2. Anlam Konusundaki Yüzeysel Anlayış

Hukuk doktrini, ‘anlamın ortaya çıkarılması’, ‘anlamın tespit edilmesi’, ‘gerçek anlam’, ‘doğru anlam’ gibi ifadeler kullanır. Ne var ki doktrin sahip olduğu anlam anlayışının nasıl bir temele dayandığını açıklamaz; yazarlar ‘anlam’ üzerine bir refleksiyon geliştirmez. Öyle görünüyor ki, doktrin oldukça eskimiş ve metafiziksel sayılabilecek bir anlam anlayışına sahiptir: ‘Anlam’ın bir varlığı vardır ve kelimeler o anlama işaret eder. Oysa özellikle 20. yy, dilbilim, göstergebilim, edebiyat, mantık ve felsefe (dil felsefesi, bilim felsefesi, bilgi felsefesi) gibi alanlarda üretilmiş onlarca anlam teorisiyle doludur. Doktrin ne dil felsefesine, ne hermenötiğe ne yapısalcılığa ne post-yapısalcılığa ne de herhangi bir modern anlam yaklaşımına gönderme yapma ihtiyacı hissetmez. Pek tabii ki, gerekçelendirilmek kaydıyla bu tebliğin yazarı tarafından eskimiş ve metafiziksel olarak

nitelenen anlam görüşü de savunulabilir. Ancak doktrin böyle bir gerekçelendirmeyi içermediği gibi, günümüzde söz konusu görüşün savunulması için sonradan ortaya çıkmış anlam yaklaşımlarının da mutlaka ele alınması gerekir.

3. Hukuk Ontolojisi ve Hukukun Kaynakları Hakkındaki Yüzeysel Anlayış

Doktrin, ‘geçerli hukuk’un yorumunu yapar. Yargıçların da ‘geçerli hukuk’u yorumlaması ve uygulaması beklenir. Böyle bir yorum ve uygulama, eğer hukuki muhakemenin belirlilik, güvenlik, öngörülebilirlik, kabul edilebilirlik gibi özelliklere sahip olmasını istiyorsak, ancak geçerli hukuk hakkında yapılmış derin ve tutarlı bir düşünüşle mümkün olabilir. ‘Hukukun ne olduğu’ hakkındaki görüş, hukuki muhakemenin yapısını da etkiler.

‘Hukukun kaynakları’ konusu da, geçerli hukuk düşüncesiyle iç içedir. Hukukun kaynaklarının içeriği, türleri, birbirleriyle olan ilişkileri ve değerleri konusunda ayrıntılı ve derin bir araştırma yapmaksızın ve bu yönde bir görüş edinmeksizin, yorumun desteklenmesi, rasyonelleştirilmesi mümkün değildir. Her ne kadar kesin olmasalar bile, hukukun kaynaklarının yorumda kullanılmasıyla ilgili normlar belirlenmeli, bu normlar doktrinde tartışılmalı ve yorumcular bu normlardan hareketle yorumlarını gerekçelendirmelidir. Argümantasyon teorisinin iki önemli temsilcisi A. Peczenik ve A. Aarnio, eserlerinde yorum ile geçerli hukuk düşüncesi ve hukukun kaynakları teorisinin ilişkisini, teorilerinin asli unsuru olarak ele alır.³⁶

Hukuk doktrini, geçerli hukuk düşüncesini ve hukukun kaynakları teorisini

oldukça yüzeysel bir şekilde ele almakta, yorum sorunuyla ilgisini kurmamaktadır.

4. Yorumun Amacıyla İlgili Belirsizlik

Hukuk doktrini, yapılan yorumlar için anlamı veya doğru yorumu hedeflemiş olmaktan başka bir amaç belirlemez. Hâlbuki yorumun, hukukçular cemaatine mümkün olduğunca müşterek bir anlama sahip bir amacının olması, yorumun içeriğini de yorumda kullanılacak argümanları da yorum teorilerini de etkiler. Sözgelimi A. Aarnio ve A. Peczenik, yorumun amacını, daha doğru bir ifade ile yorum ifadelerinin amacını hukuki belirlilik (öngörülebilirlik) ile ahlaki kabul edilebilirlik arasındaki optimum dengenin sağlanması olarak belirlerler.³⁷ Pek tabii ki öngörülebilirlik ve özellikle de ahlaki kabul edilebilirlik ifadelerinin tartışmaya açık olduğu, değer yüklü olduğu, bu dengenin sağlanması görüşünün arkasında değer yargılarının olduğu söylenebilir. Ancak böyle bir amaç, amaçsızlıktan çok daha iyidir.

5. Argümanların Kullanılmasıyla İlgili Belirsizlik

Hukuk doktrini, bazen yorum yöntemleri, bazen yorum teorileri, bazen de yorumda başvurulacak unsurlar adı altında çeşitli argüman formları zikreder. Ancak bu formların ne yapılacağını, nasıl kullanılacağını söylemez. Kullanımla ilgili sorunu bazen es geçer, bazen de yorumcunun maharetine, san’atına, birikimine, basiretine veya takdirine bırakır. Yorumcunun ‘en uygun’, ‘en doğru’ olanı seçmesi gerektiği söylenir. Halbuki yorum hakkında ortaya atılan görüşler, dile gelmez maharet, san’at, birikim, basiret veya takdirin rasyonelleştirilmesi ve öznelerarası sınanabilir hale getirilmesi amacını taşır. Yorum teori-

36 Bkz. Aleksander PECZENIK, *On Law and Reason*, Dordrecht/Boston/Londra: Kluwer Academic Publishers, 1989, ss. 214-97; Aulis AARNIO, *The Rational as Reasonable-A Treatise on Legal Justification*, Dordrecht/Boston/Lancaster/Tokyo: D.Reidel Publishing Company, 1986, ss. 26-46, 77-106.

37 Bkz. PECZENIK (1989) s. 32-41; AARNIO (1986) s. 8.

si, zaten ‘en doğru’yu, ‘en uygun’u bulmak için vardır.

Doktrinin bu konudaki en büyük sorunu, ‘yorum yöntemi’, daha doğrusu ‘yorum yöntemleri’ kavramıdır. Doktrin ‘yorum yöntemleri’ başlığı altında çeşitli yöntemleri ele alır. Ancak bunlardan herhangi birini önerme konusunda çekimserdir. Listelediği yorum yöntemlerinden birine ağırlık verdiği durumlarda dahi, diğer yorum yöntemlerinin de geçerliliklerini koruduğunu, yorumcunun bu yorum yöntemlerinin hepsini dikkate alması gerektiğini söyler. Halbuki eğer bir yöntem varsa, uygulanır. Eğer başka bir yöntem varsa ve bir şekilde daha değerli görülüyorsa, o uygulanır. Bir eli bisiklette diğer eli motosiklette gitmek mümkün değildir. Eğer bu yöntemler ‘argüman formları’ olarak görülürse, karmaşa bir ölçüde giderilebilir. Zira böylece, yorumcunun aynı anda dikkate alması gereken argüman formlarına sahip olunmuş olur ve birinin tercih edilmesi gerekliliği ortadan kalkar.

Ancak sorun devam eder: Bu argüman formları ne yapılacaktır? Yine argümantasyon teorisyenlerimizin verdiği cevaba bakacak olursak, argümanlar birbirlerine karşı tartılıp dengelenecektir. Bu dengeleme için, daha önce de belirttiğimiz gibi, argümanların dayandığı kaynakların, yani hukuk kaynaklarının yüzeysel olmayan teorisine ihtiyaç vardır. Üstelik argüman formları, sadece doktrinde sayılanlarla sınırlı değildir. Hukuki muhakeme, zorunlu olarak değer yargıları içerir. Değer yargılarının savunulmasının zorluğu, böyle bir konunun ya doktrinde ele alınmamasıyla ya da yorumcunun maharetine terk edilmesiyle sonuçlanır. Hukuki muhakemede argümanların tartılıp dengelenmesi, ahlaki muhakemenin işleyişi hakkında da derin bir bilgiyi gerektirir.³⁸

Yine ‘tartma ve dengeleme’nin belirsizliğinden, zorluğundan veya tartışmalı oluşundan bahsedilebilir. Tartma ve dengeleme konusunda ayrıntılı bir açıklama yapmak bu tebliğin sınırları dışında kalıyor. Burada ancak tartma ve dengeleme konusunda ahlak ve hukuk felsefesinde azımsanmayacak bir literatürün bulunduğunu söylemekle yetinmeliyiz. Ancak ne kadar derinleştirilse ve açıklansa da, tartma ve dengelemenin gerçekten de ‘kesin’ sonuçlar vermeyeceği doğrudur. Bununla birlikte, argümanların kullanılmasını yorumcunun maharetine bırakmaktansa, *daha rasyonel, daha sofistike bir anlayışın takdim edilmesi, daha iyidir.*

6. Mantıkî Kavramlarla İlgili Yetersizlik

Bu tebliğin yazarı açısından şaşırtıcı olsa da, hukuk doktrininin mantıkla ilgili yaklaşımı, kavramları kullanışı ve örneklenişi hem yetersizdir hem de hatalarla doludur. Bazen ‘mantıkî yöntem’ adı altında kanunun sistematığı ele alınırken, bazen de mantıkî muhakeme türleri eksik, yanıltıcı ve yanlış açıklanmaktadır. Bunun yanında doktrin mantıkî muhakemenin sadece iki türünü zikreder: *argumentum a contrario* ve *argumentum a fortiori*. Doktrin, sözgelimi, *argumentum ad absurdum*’a yer vermediği gibi, safsata olarak bilinen mantık hatalarına hiç değinmez.

Değinilen muhakeme türleri de, okuyucunun söz konusu muhakemeyi uygulayabilmesine yardımcı olmayacak derecede kısa, bazen yanıltıcı açıklamalarla sunulur. Üstelik söz konusu muhakeme türlerinin özellikle hukukta kullanılmalarıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek sorunlar, doktrinin ilgi alanına girmez. Kimi zaman da verilen örnekler muhakemeye uymaz. Bunların örneklerine önceki bölümde değinmiştik.

³⁸ Bu konuda mesela bkz. PECZENIK (1989) s. 63-95.

Hukuk öğrencilerinin mantıkî muhakeme hakkındaki bilgileri, lisans öncesinde veya lisans düzeyinde almadıkları ve doktrinin de ilgili yerlerde yeterince bu konuları ele almadığı düşünüldüğünde, faaliyetlerinin büyük bir kısmı argümanları kullanmak olan hukukçuların işinin gerçekten zor olduğu sonucuna varmak mümkündür.

7. Doğruluk Hakkındaki Epistemolojik Yetersizlik

Hukuk doktrini, yorum ifadelerinin doğruluğuna ilişkin belirgin bir görüşe sahip değildir. Yazılanlardan, ‘doğru yorumun hukuk kurallarının anlamını veya doğru anlamını ortaya koyan yorum olduğu’ görüşünün benimsendiğini düşünmek mümkündür. Bu anlayış, öncelikle bir totolojiyi ifade eder. Zaten anlamı ortaya koymaya çalışan ifadenin doğruluğu, anlamı ortaya koymakla belirlenemez. İkincisi, söz konusu anlayış, bazı alanlarda güçlü, ancak hukuk, özellikle de yorum ifadeleri açısından çok anlamı olmayan, sıradan, gündelik yaşamda sahip olduğumuz doğruluk anlayışını, doğruluğun uygunluk teorisini yansıtır. İçinde değer yargılarının da olduğu ve inşai bir faaliyetle oluşturulan yorum ifadelerinin doğruluğu için uygunluk teorisini benimsemek zordur. ‘Doğru anlamın’ bir ontolojisinin olduğu kabul edilse bile, yorum ifadesinin o varlığa uygunluğunu göstermek, en azından bu tebliğin yazarına göre, imkansızdır.

Bilgi ve bilim felsefesi, doğruluk hakkında geniş bir literatür oluşturmuştur. Doktrin, bu literatürde bulunabilecek doğruluk teorilerini görmezden gelmektedir. Bunun yanında, pratik muhakeme alanın-

da oluşturulmuş argümantasyon teorisi ve bu teorinin hukuka uygulanmış hali olan argümantasyon teorisi, yorum ifadelerinin doğruluğuyla ilgili geliştirilmiş birden fazla yorum teorisi içerir. Bu haliyle argümantasyon teorisi, doğru yorumdan değil, düzgün veya makul yorumdan bahseder. Mantıkî muhakeme kurallarına uygunluğu temel rasyonalite koşulu olarak belirleyerek, yorum ifadelerinin ayrıca hukuki tartışma rasyonalitesi koşullarına ve destek rasyonalitesi koşullarına uyması gerektiğini ve nihai doğruluk ölçütü olarak tutarlılığın görülmesi gerektiğini savunur³⁹. Farklı doğruluk teorilerinin ve hukuki argümantasyon teorisinin ayrıntılarıyla ele alınması bu tebliğin konusunu aşmakla birlikte, hukuk doktrininin mevcut halinin epistemolojik açıdan yetersiz olduğu dile getirilmelidir.

8. Felsefe Literatürüne Gösterilen İlgisizlik

Hukuk doktrininde, Türkçe felsefe ve hukuk felsefesi literatürüne karşı ilginç bir ilgisizlik gözlemlenmektedir. Doktrin, yukarıda ele alınan konularla ilgili olarak ya birkaç yabancı esere yahut da kendine (yani başka Türk yazarlara) atıf yapmaktadır. Özellikle son on yılda Türkçe hukuk felsefesinde yorum, gerekçelendirme, geçerli hukuk düşüncesi, argümantasyon teorisi gibi konulardaki yayınlarda gözlemlenen artışa rağmen, doktrin bu eserleri görmezden gelmektedir.

Değerleri ve derinliklerini tartışma konusu yapmaksızın diğer eserleri bir kenara bırakarak, son yıllarda yorum, mantık ve gerekçelendirme konularında Türkçe’de

39 Mesela bkz. PECZENIK (1989) ss. 125-178; Robert ALEXY, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, Almancadan İngilizceye Çev.: Ruth Adler ve Neil McCormick, Oxford: Clarendon Press, 1989; Aulis AARNIO, Robert ALEXY ve Aleksander PECZENIK, *The Foundation of Legal Reasoning, Rechtstheorie*, C. 12, 1981, ss. 133-158, 257-279, 423-448; Robert ALEXY ve Aleksander PECZENIK, *The Concept of Coherence and Its Significance for Discursive Rationality*, *Ratio Juris*, C. 3, S. 1, 1990, ss. 130-47.

yazılmış en önemli üç esere atıf yapıp yapılmadığı, incelenen eserlerden yakın tarihli olanlarına beşinci bir soru olarak yöneltilmiştir. Cevap, doktrinin, Vecdi Aral, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine** (1985), Kemal Gözler, **Hukukun Genel Teorisine**

Giriş (1998) ve Yasemin Işıқтаç ve Sevtap Metin, **Hukuk Metodolojisi** (2003) eserlerine hiçbir atıf yapmadığıdır. Bunun yanında doktrinde, Türkçe felsefe ve hukuk felsefesi eserlerine başka bir atfın olmadığını da⁴⁰ belirtmek gerekir.

⁴⁰ ÖZBEK vd.'de (2010), Orhan Hançerlioğlu'nun Felsefe Sözlüğünden alınan bir mantık tanımı bulunmaktadır. CENTEL vd.'de (2006) bir defa Dinçkol atfı var. Kaynakçada birden fazla Dinçkol bulunduğu için sayın Abdullah DİNÇKOL'un eserleriyle bağlantısı tespit edilemedi.

Hukuk ve İnsanın Etik Olma Hakkı

Ogün ÜREK*

Hukuk, insan, yaşam kavram üçlüsü birbiriyle ilişkisinde bir bütün olarak değerlendirildiğinde, yaşayan varlık olarak insanın diğer insanlarla birlikte yaşamasını olanaklı kılacak düzen ihtiyacını karşılamının tek yolunun hukuk olduğu söylenebilir. Hukuksuz bir yaşam düşünmek, hele böylesi bir yaşamın daha insanca bir yaşam olabileceğini ileri sürmek pek olanaklı görünmemektedir. Bu açıdan düşünüldüğünde “hukuk insanın daha insanca yaşamasının koşullarını hazırlayan, amaca uygun geliştirilip uygulandığında bunu başara-bilen insan kurumlarından biridir” (Tepe 2005:58). Bu anlamda bir insan başarısı olarak hukuk, bir normlar sistemi olduğundan, hukuksal düzenlemeler genel çerçeveyi çizen, genele ilişkin kuralları ortaya koyan belirlemelerdir. Bu da hukukun bir toplumsal sözleşme düşüncesinin ürünü olması nedeniyle. Hukukta her şey baştan sona biçimsel bir düzen aracına indirgenmiştir; yapılabilir şeyler, bir de yapılamaz olan şeyler vardır. Bir düzen aracı olarak hukukun özünü oluşturan ve biçimsel bir yapıda olması zorunlu olan hukuk normunun, içerikli bir yapı olan insan yaşamını, Kantçı bir ifadeyle, nesnel geçerli bir tarzda düzenleme çabası, ontolojik yapı farklılığı olan hukuk ile yaşam arasında gerilime yol açar. Bu gerilimi daha iyi anlama noktasında, 20. yüzyılın ünlü Alman hukukçusu Hans Kelsen’in hukuk normu ile doğa yasaları arasında yaptığı ayırım 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 oluşturduğunu 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...insanın bu gezegende yaratmış olduğu düzenle yaşadığı yaşam arasındaki ilişkinin zorluğu sanki insanın yazgısı olarak karşısında duruyor... (oysa) düzen yaşama yakıştığında, devingenleşiyor, serpiliyor, geliyor, yaratıcı oluyor” (İnam 2005:35). Günümüzdeki hukuk ise nerdeyse yaşamın kükreteye hazır bekçisi konumuna bürünmüştür. Çünkü “hukukun temel amacı dikensiz bir yaşam, patırtısız gürlütsüz bir düzendir” (Timuçin 2005:70). Peki bu durumda hukuktan vaz-

* Yrd. Doç. Dr. Uludağ Üniversitesi Felsefe - Mantık

geçmek 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. Biçimsel bir yapı olan hukukun insanileşmesinin en önemli koşulu ise, hukuk ile ilgili şu noktanın göz ardı edilmemesine bağlı görünmektedir: Nesnel geçerli tarzda düzenleme çabasında olan hukuk normunun sahip olduğu bu özellik nedeniyle ilk bakışta, normun her türden kişiye yönelmiş olduğu gibi bir yanlış anlamaya neden olur. Oysa daha dikkatle bakıldığında, normun aslında en temelde, etik olma sorumluluğu duymayan ve belki de böylesi bir gerekliliğin farkında bile olmayan kişinin eylemlerine yönelik olduğu görülür. Bu nedenle hukuk ile yaşam arasındaki gerilim büyük ölçüde hukuk ile özgür olmayan kişiler arasındaki gerilimdir. Bu gerilim bir anlamda hukuk normunun yapı özelliği nedeniyle de gitgide hukuk tarafından beslenen bir gerilim halini alır. Çünkü “normlar belirli bir grupta bir düzen getirmek için, dolayısıyla kişilerin davranışlarını belirlemek ya da belirli bir grubun üyeleri arasındaki toplumsal ilişkilerin (etik ilişkilerin değil, toplumsal ilişkilerin) nasıl kurulacağını belirlemek için türetilirler. Belirli bir toplumsal rolü üstlenen ya da kendini o rol içinde bulanın, bu rolü oluşturan normlara göre davranması beklenir. Ayrıca da kişilerin, başka kişilerin yaptıklarını bu normlara göre değerlendirmeleri istenir” (Kuçuradi 2007:62-63). Dolayısıyla bunun doğrudan sonucu olarak da hukuk, kendi eliyle kendi varlığının ortadan kaldırılmasına neden olacak ezbere değerlendirmelere olanak sağlayacak, bütün enerjisini bu ezbere değerlendirmelerin yol açtığı ön görülemeyen, önceden hesaplanamayan sonuç-

ların ortaya çıkaracağı sorunları çözmeye harcayacaktır. “Bunun belli başlı (somut) sonuçlarından biri, aynı konuya ilişkin birbirini çelen normların, bu bağdaşmazlıkları görülmeden, aynı anda hukukta geçerli kılınmasıdır. Böylece yüz yüze geldiğimiz sorunlar karşısında arayışlar çoğu zaman kör arayışlar oluyor; öngörülen çözümler de, uygulandığında, çözülmek istenen sorunu çözmediği gibi, yeni sorunlar yaratıyor. Yanlışları başka yanlışlarla düzeltmeye çalışsan bu girişimler ise, sorunları daha da artırıyor” (Kuçuradi 2007:207).

Bu noktada, pozitif hukuk normlarının doğrudan ya da dolaylı olarak türetileceği temel normların insan hakları normları olması, insan haklarının pozitif hukuk öncülerini oluşturması gerektiği, aksi takdirde pozitif hukukun, birbiriyle kaçınılmazcasına çatışan kişisel ve grupsal çıkarları korumak için bir cambazlık zemini olmasının kaçınılmaz olduğu söylenebilir.

Peki ama insan hakları dediklerimiz nelerdir? Kuçuradi’ye göre “insan hakları dediklerimiz, her şeyden önce bir fikirdir, insan aklının ürettiği bir düşünce. Şu düşünce: insanlar insan oldukları için –yediğimiz ekmeği yapmış, her an kullandığımız elektriği bulmuş, bazılarımızın okuduğu Küçük Prensi yazmış, hakkaniyet düşüncesini getirip ombudsman kurumunu kurmuş bir türün üyeleri oldukları için- belirli bir şekilde: insanın bir tür yapısal olanaklarının gerçekleştirilmesini olanaklı kılan bir şekilde muamele görmeli. İnsanlar, böyle olanaklarını gerçekleştirebilecek şekilde muamele görmelidir, çünkü yaşamda insanların çoğu başka insanlara bu şekilde muamele etmiyor...Tek tek insan hakları, etkin ve edilgin anlamda etik ilkelere: insanların görmesi ve başka insanlara gösterilmesi gereken muameleyi dile getirir. Aynı zamanda toplumsal düzenlemeye, hukuka ve siyasete etik talepler getirme girişimidirler. Talep ettikleri şey ise, insanın

belirli olanaklarının gerçekleştirilebilirliğinin genel koşulları sayılan bazı koşulların sürekli gerçekleştirilmesidir” (2007:70-71-72). Bu talepler açısından insan haklarına bakıldığında ise, Kuçuradi’ye göre insan hakları belirli bir tek durumda kişiler haksızlığa uğradıklarını kendi ifadeleriyle de haklarını isterken dile getirdikleri taleplerdir. Dolayısıyla haksızlık ya da “adaletsizlik, insanlara insan olarak borçlu olunanları bulduğumuz yer; ya da borçlu olunanları bugünkü adlarıyla dile getirirsek, temel insan hakları ilkelerinin türetildiği yerdir”(Kuçuradi 2007:31).

“Adalet Kavramı” başlıklı yazısında Kuçuradi adaletsizliği, “mevcut koşulların, kişilerin ya da grupların insansal olanaklarını gerçekleştirilmeye, aynı zamanda insanın bazı olanaklarını gerçekleştirebilmesine elverişsiz olduğu durum ya da doğrudan veya dolaylı olarak engel oluşturduğu durum” olarak tanımlar (1994:30). Bu noktada ona göre şu soru ön plana çıkar: Mevcut belirli koşulların elverişsiz ya da engelleyici koşullar olduğu nasıl bilinebilir? Yani neye dayanarak böyle bir sav ileri sürülebilir? Kuçuradi’ye göre, bu noktada bir karşılaştırma devreye giriyor. “Bu karşılaştırmada bazı insanların belirli tarihsel anda içinde bulundukları koşulları, aynı tarihsel anda başka insanların içinde bulundukları koşullarla, insanlığın o çağda ulaştığı koşullarla, belirli insansal olanakların değerinin bilgisi ışığında karşılaştırıyoruz... bu bilgi, bir insanın ne olabileceğinin bilgisi ve böyle olanakları gerçekleştirebilmiş insanların ortaya koyduğu başarıların insanlık için öneminin bilgisidir” (1994:30). Sözü edilen koşulların, bu bilginin ışığında yapılan karşılaştırılması, başka bir bilgi, insansal olanakların gerçekleşmesini normal olarak imkânsız kılan koşulların bilgisini sağlar.

Kuçuradi’ye göre bu karmaşık bilme etkinliği sırasında şöyle bir şey yapılmış

oluyor: “a) Biraz önce sözü edilen bilgiyle, belirli bir tarihsel anda insanlığa bakıyor ve tür olarak insanın böyle olanaklarının o anda gerçekleşme derecesini (ulaştığı yeri) görüyoruz. Tür olarak insanın o tarihsel anda bu açıdan nereye geldiğini görüyoruz. Bu “üçüncü terim” denilen şey karşılaştırmamızın zeminini oluşturuyor. b) Bu bilgiyle, o anda yaşayan çeşitli insan gruplarına bakıyoruz ve görüyoruz ki bazı gruplarda kişiler, başka gruplardaki kişilere göre daha yüksek derecede böyle olanakları gerçekleştiriyor; yani bazı gruplarda, diğerlerine göre daha çok sayıda kişiler, insanlığın gelişmesine katkıda bulunuyor. c) Bu olguyu açıklama çabasında, bu çeşitli katkılar ile o grupların koşulları arasında bir bağlantı kuruyor ve bu bağlantıda, bazı koşullar, böyle olanakların gerçekleşebilmesine engelleyici ya da elverişsiz görünüyor. d) Bu karşılaştırmada da bazı gruplarda mevcut koşulların tersi olan koşulları, insanın söz konusu olanaklarının gerçekleşebilirliğinin zorunlu koşulları olduğu sonucunu çıkarıyoruz, yani insan hakları dediğimiz talepleri türetiyoruz” (1994:31).

Bu noktada Kuçuradi, aynı karşılaştırmadan hareketle ama daha yalın bir şekilde, adaletsizlik durumuna ilişkin saptamada bulunur. Ona göre, tek tek durumlarda adaletsizliğe bakıldığında, iki farklı şeye bakarak onları üçüncü (orta) bir terim aracılığıyla karşılaştırıyoruz. a) bir kişinin belirli bir anda sahip oldukları şeylere, b) başka birinin, aynı anda yine sahip olduğu şeylere bakıyor ve bunları c) değer verdiğimiz üçüncü bir şey açısından karşılaştırıyoruz. “Birinin sahip olduğu ve durumunu daha “iyi” yapan –diğer kişiye göre olanaklarının daha fazla olmasını sağlayan ve diğer kişinin de sahip olması gerektiğini düşündüğümüz bir şey açısından yapıyoruz bu karşılaştırmayı. Bu diğer kişinin yoksun bırakıldığını düşündüğümüz şeydir –eksikliği, onun birinci kişinin sahip olduğu bazı olanaklardan yoksun kalmasına neden olan şey” (Kuçuradi 1994:29). Bu da Kuçuradi

açısından günlük yaşamda belirli bir şeyin birine verilmesi gerektiği savını türettiğimiz yerdir ya da böyle bir savın temelini oluşturan zemindir.

Bütün bunların ışığında, “Adalet Kavramı” başlıklı yazısında Kuçuradi’nin “adalet nedir?” sorusuna bilgisel bir cevap verme doğrultusunda ön plana çıkardığı adaletsizlik durumuna ilişkin yaptığı saptamasında özellikle şu noktanın belirgin kılınarak yeniden vurgulanması gerekli gibi görünmektedir. Kuçuradi’nin adaletsizlik durumunda yaptığı karşılaştırmada karşılaştırmanın zeminini oluşturduğunu öne sürdüğü, tür olarak insanın o tarihsel anda insansal olanakları gerçekleştirme derecesi bakımından ulaştığı yer açısından bakıldığında, karşılaştırma zemininin nesnesi olan insansal olanakların ontolojik yapı özelliği nedeniyle durağan, sabit nitelikte varolanlar olmadığı, sürekli oluş halinde olan ontolojik yapılar olduğu söylenebilir. Buna dayanarak da Kuçuradi, adaletin talep ettiğinin belirli içerikli ilkelerin etkin kılınmasının olmadığını, biçimsel bir yapıya sahip belirli bir istemenin olduğunu ortaya koyar. Çünkü insansal olanaklar, sahip oldukları ontolojik yapı özelliği nedeniyle biçimsel yapılardır.

Bundan hareketle de iki sonuç çıkarılabilir: ilkin, başlangıçta söylendiği gibi, hukuk sistemi ya da hukuk normunun sahip olduğu ontolojik yapı biçimsel bir yapı olduğundan ancak ve ancak Kuçuradi’nin anladığı anlamda, temelini sürekli oluş halinde olan biçimsel yapılar olarak insansal olanaklarda bulan insan hakları düşüncesiyle hukukun yapısı birbiriyle kesişir. Bu da daha açık bir dille ifade edilirse, ideal bir hukuksal düzen öncüllerini ancak temelini insansal olanaklarda bulan bir insan hakları düşüncesinde aldığında olanaklı olabilir.

İkinci olarak, sürekli oluşum halinde olan insanın olanaklar alanında, bu ya-

pabilirlikler alanının genişlemesi tek tek özgür kişilerin eylemlerinin ürünü olan başarılarla mümkün olur. Bu nedenle de, ideal bir hukuksal düzen öncüllerini her ne kadar insansal olanaklarda temelini bulan bir insan hakları düşüncesinden alsa da, bu yetmez, bununla birlikte sürekli oluşum halindeki içerikli yapı olan yaşamla hukuk arasında derin boşluklar ortaya çıkmaması, hukukun yaşama yakışması için hukuk normlarının türetiminde yasa yapıcının en temel ilgisi tek tek özgür kişilerin eylemlerinde, o eylemlerin arka planındaki istemeyi, eylemin nedenini, niçinini, yapıldığı koşulları ve doğurduğu sonuçları anlama ve yorumlamada olmalıdır. Bu noktada önemli olan, yasa yapıcının aynı zamanda kendi varlığının devamı için de, sürekli oluşum halinde olan olanaklar alanında, bu olanakların gerçekleşme olasılığını hep canlı tutması ya da arttırılmasını sağlamak amacıyla tek tek özgür kişilerin en temelindeki insan hakkı olan bu olanakları gerçekleştirme ve bununla birlikte başkalarının da bu olanakları gerçekleştirmelerine yardımcı olma hakkını, başka bir ifadeyle, etik olma hakkını koruma doğrultusunda yasal düzenlemeler yapmaktır. Bu yapılmadığı takdirde, kimi insan eylemleri belli bir haklılık temeline sahip olmakla birlikte, hukuk alanının dışında kalacak, bu da hukuk ile yaşam arasındaki kopuşun en önemli nedeni olacaktır. Bunun daha ileri bir boyutu, bir yandan bir hukuk sistemi varken, diğer yandan insanlar arasında başka hukukların, adı konmamış başka hukukların ortaya çıkması olacaktır.

Sonuç olarak, Schopenhauer’in ifadesiyle, yaptığını yapmak zorunda olan özgür insanla ilişkisinde hukuk, özgür insanın etik olma sorumluluğunda temelini bulan etik olma hakkını koruyacak düzenlemeler yapma zorunda olduğu ileri sürülebilir. Oysa günümüzde hukuk, nerdeyse bütün enerjisini, özgür olmayan insanın eliyle yapay bir şekilde karmaşılaştırılarak hız-

la sorunlar üreten bir yaşamı düzenlemeye harcamaktadır. Olması gereken, bununla birlikte hukukun, değişmez yapı sergileyen özgür insanın hukuku ilgilendiren özel durumlardaki eylemlerinde onun etik olma hakkını koruyacak düzenlemeler de yapmasıdır. Bu da yasaları yapanların özgür insanlar olmasını zorunlu kılmaktadır.

KAYNAKÇA

- 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
- KUÇURADI, İ. “Adalet Kavramı”, *Adalet Kavramı*, Editör Adnan Güriz, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara 1994
- KUÇURADI, İ. “İnsan Hakları Kavramları ve Sorunları” *Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları*, 2007, Ankara
- 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

Felsefi Bağlamda "İyi Biri Olma"nın Bazı Yolları

Nusrettin YILMAZ*

GİRİŞ

İnsan, aktif yapıp-eden bir varlık olarak eylemlerini gerçekleştirmek için kararlar almak zorundadır, onları rastlantılara bırakamaz. Aynı şekilde akış halindeki hayatın çeşitli durumları karşısında insanın bunlarla hesaplaşması ve eylemlerini belli bir önem sırasına göre düzene koyabilmesi için bir değer organına ihtiyacı vardır. Dolayısıyla insan değer duygusuna sahip ve değerleri hisseden bir varlıktır (Mengü-şoğlu, 1988, s.97). Bu özelliği yüzünden olmalıdır ki insan, gerçekliğin karşısında salt seyirci olarak dur(a)maz. Seyretmekle yetinmeyen insan, aynı zamanda gerçekliği iyi ya da kötü, güzel ya da çirkin, acı ya da tatlı, doğru ya da yanlış, kutlu ya da bereketsiz vb şekilde değerlendirir (Boc-henski, 2005, s.61). Kişinin başka kişileri, olayları, durumları, kendisini ve genellikle tek tek her bir şeyi değerlendirmesi insanın yapısında vardır, bu onun varolma şartıdır (Kuçuradi, 2003, s.7).

Bununla birlikte değer, kişinin diğer kişilerin davranışları ya da nesneler üzerine basit bir projeksiyonundan ibaret değildir. Değerlerin, değeri takdir eden süje yönü kadar, o değeri cisimlendiren obje veya gerçekleştiren kişiyle de ilgili yönleri vardır. Mesela bir değerın objede nasıl var olduğu, bir objenin değerini nasıl kazandığı ya da bir davranışı iyi kılan şeyin ne olduğu da en az önceki kadar önemlidir. Nitekim bir şiir, şarkı ya da resmin güzelliğinin, bunları takdir eden kişiler olarak bize değil de o eserleri veren kişilere (sanatçılara) ait olacağı açıktır (Brehier, 1965,

s.67-70). Bu noktada değer deyiminin, Yunanca axion, bir şeyin değeri olmak ve logie, bilgi, söylem sözcüklerinin birleşmesinden meydana geldiği (Çankı, 1954, I/278)hatırlanmalıdır.

Bu şekilde ahlak değerlerinin başlı başına bir varlık alanı olduğunu kabul edenlerin yanında, bir toplum tarafından “iyi” kabul edilen şeylerin “iyi” olduğunu savunanlar, toplumun “iyi” bulduğu şey “iyi”dir diyenler de vardır. Aslında ahlakı sadece ahlak duygusuna bağlamak yeterli olmaz. Çünkü duygularımız toplum içinde şekillenmektedir. Öte yandan çağlara, toplumlara göre ahlak değerlerinin değiştiği de bir gerçektir. Hatta kimi zaman toplumun değerli olmayan bazı şeyleri değerli saydığı bile görülmektedir (Akarsu, 1970, s.5; Delius, 1990, s.312; Timuçin, 2005, s.157).

Her dönemde olduğu gibi günümüzde de ahlak değerlerinin zaman ve mekana bağlı olarak dönüşümler göstermesi ve bazılarının tehlike altına girmesi, eskiden olduğu gibi kuşak farkı ile açıklanıp geçiştirilecek bir konu olarak algılanmamaktadır. Çağımızda bir çöküntü yaşandığı kaygısı çoğularınca dile getirilmekte; değişim ya da değişimi kavrayamamanın bunun nedenlerinden biri olduğu ileri sürülmektedir. Bunun en belirgin ve önemli göstergesi ise bireyin yaşamla ilişkisini belirleyen anlayış, yani bireyciliktir. Böyle bir anlayışla birlikte insanlar kendi yaşam tarzları ve inançlarını isteklerine göre seçme hakkına kavuşmuş, üstelik bunları demokratik or-

* Yrd. Doç. Dr. Nusrettin YILMAZ, Erzincan Üniversitesi Eğitim Fakültesi, Sınıf Öğretmenliği ABD Öğretim Üyesi.

tamlarla garanti altına almışlardır. Ancak gelinen demokratik noktada insanlar, küçük ve sıradan zevklerin arayışına girmiş, rahatlıkları dışında yaşamdan hiçbir beklentisi kalmayacak kadar kendisine dönmüş ve bireysel yaşamlarına o kadar yoğunlaşmışlardır ki, geniş görüş açılarını yitirmişlerdir (Eren, (1999), s.218-219). Öte yandan özellikle metropolitan kentlerdeki yaşam, toplumun bireysel özgürlüklerine daha fazla sınırlamalar koymayı zorunlu kılmış ve kısıtlamaların sayısı arttıkça, bunların herkese uygulanması zorlaşmıştır (Billington, (1997), s.309). Bu nedenle, genç insanlar için belli bir ahlak eğitimi her zamankinden daha da gerekli duruma gelmiştir. Görüldüğü kadarıyla, insanlar arasındaki anlaşmazlıkların, gerginlik ve şiddetin artmasına paralel olarak, bireysel ve toplumsal açıdan karşılıklı güven, anlayış, yardım, cesaret, ölçülülük vb değerlere duyulan ihtiyaç da o oranda artmıştır. Tıpkı işitme engelli biriyle konuşulduğunda duyma yetisinin bilincine varılması gibi (Gasset, 1995, s.71), bu kıymetlerin değeri de onları kaybetme tehdidiyle karşılaşıldığında daha fazla takdir edilir hale gelmiştir (Brehier, 1965, s.61).

İyiye kötuden, doğruyu yanlıştan ayırt edebilme bilincinde yaşanan bu düşünüş, değer ve davranışlar arasındaki tutarlık ve dengenin bozulduğunun habercisi ve aynı zamanda moral güven kaybının işareti sayılmalıdır. Bunlar nihayetinde “sorumluluktan kaçma”lara yol açabilecek kaygılardır. Sorumluluktan kaçış ise ahlaki bozulmanın en belirgin göstergesidir (Heinemann, 1990, s.349). Dolayısıyla çoğu zaman dile getirildiği (Timuçin,1988,s.10) gibi günümüz için de ahlaki bilincin yeniden “bilenme”sine ihtiyaç vardır. Ahlaki bilinç, bilginin yanında, duygu ve vicdanın oluşturduğu “iç kontrol” sayesinde davranışları ahlaki değerlere göre düzenleyebilmektir (Seyyar, 2003, s.35). Bu, insanın ahlak yaşamının temelini oluşturan vic-

dan dediğimiz şeydir (Heinemann, 1990, s.347).

Vicdan, Tanrı tarafından doğruluk ve eğriliği ayırt etsin diye insanın içine “ekilmiş” bir akıl yargısı, Tanrısal istencin organı, moral aklın kategorisi, bizim eyleyici ve değer koyucu doğamızın sesi, bir görevi yerine getirememekten doğan acı duygusu, iyi ve kötü üzerine bir bilinç olarak çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bu bilinç, yapmayı ya da yapmamayı öğütleyerek, uyarak, suçlayarak, yargılayarak, onaylayarak ve kınayarak kendine özgü biçimde yaşam ve eylemlerimize eşlik eder. Yaşamımızın çalkantıları içinde bize yolumuzu bulma olanağı sağlayan bir ahlaksal pusula görevi yapar (Akarsu, 1984 s.176; Heinemann, 1990, s.346-348; Seyyar, 2003, s.438). Unutmamak gerekiyor ki, insan doğa karşısında ne iyi ne de kötüdür, iyiye ve kötüye giden yollar ona açıktır ve her zaman iyiye götürecek bir kılavuza ihtiyaç duyar (Heinemann, 1990, s.348).

İnsanın sahip olduğu tüm şeyler gibi vicdanı da yetkin değildir. Görevlerimizin ne olduğu konusunda açık ve seçik kararlar veremediğimiz bazı zor durumlarda yanılabilir. Ahlak bakımından sağlıklı toplumlarda vicdanın ahlaksal pusula görevi normal olarak işlevini görse de, hızlı değişimler, kargaşa ve savaş gibi hayatı alt-üst eden bazı durumlarda belirsizlik ve şaşkınlık yaşayabilir. Böyle durumlarda kişisel sorumluluk duygusunu yeniden harekete geçirmek üzere, insana ahlaki görev ve sorumluluğunu anımsatan, benimsenme oranı yüksek ahlaki buyruklardan yararlanılabilir. Mesela, “Aynı durumda başkalarının sana karşı aynı şekilde davranmalarını isteyebilir misin? (Heinemann, 1990, s.348 ve 354) sorusu gerekenin yapılması noktasında bir güdüleme görevi yapabilir.

Vicdani değerlere göre davranışların düzenlenmesi elbette yeni bir şey değildir. Ancak çeşitli çağlarda veya toplumlarda

olduğu gibi bugün de insan-değer çatışmasını aşmak üzere yeni yorumlara ihtiyaç duyulduğu açıktır. Mesela, ahlaki bir öğüt niteliğindeki “alçak gönüllülüğe” dayanarak insanlardan daha fazla ödev kabul etmelerini istemek sıklıkla başvurulmuş bir yoldur. Ancak bunu isteyen ne kadar ahlaki davrandığı tartışmaya açıktır. Belki de, insanların daha fazla hak elde etmiş oldukları bir toplumda ödevlerini artırmalarını onlardan beklemek daha elverişli bir yoldur. Bu nedenle ahlaki bir eylemi değerli ya da değersiz kılan şey nedir? Ahlaki eylemin iyi ya da kötü şeklinde tanımlanması ne anlama gelmektedir? İyi veya kötü nedir? gibi soruların her zaman için yeniden gözden geçirilmesinde faydalı olacaktır.

1. EN YÜKSEK İYİ PROBLEMİ

Felsefe tarihinin ilk dönemlerinden itibaren etikle ilgili kuramlara bakıldığında ortaklaşa üzerinde durulan temel konulardan birinin de “en yüksek iyi” problemi olduğu görülmektedir (Delius, 1990, s.314). İyi nedir? güzel nedir? doğru nedir? faydalı nedir gibi sorular sormak “değerlendirme” etkinliğini belli açılardan problem haline getirmektedir. (Kuçuradi, 2003, s.7). Bununla birlikte iyi nedir sorusuyla özel olarak ilgilenen bir felsefe alanı, bir ahlak felsefesi vardır (Çüçen, 2001, s.252).

Değerlere “değer biçme” yollarından biri olan ahlak alanında (Kuçuradi, 2003, s.40), iyi ya da kötü nitelemeleri bazen dış dünyadaki nesneleri bazen de kişilerin davranışlarını yargılamakta kullanılır. Birincisi olgulara, ikincisi de eylem ve olaylara dönük değerlendirmeler olarak adlandırılabilir (Filiz, 1998, s.116). Buna ilave olarak, çeşitli ahlak öğretilerinin iyiyi tanımlamaları da değişiktir ve ayrıca insanların iyi sözcüğünden anladıkları şeyler de farklı farklıdır. İyi, kimi zaman kendini Tanrı’ya adanmak, kimi zaman doğa ile uyum içinde olmak, kimi zamanda kendi kendine yeterli olmak ve acıdan kaçıp mümkün olabildi-

ğince haz duymaktır. Yine aynı şekilde iyi bazen mutluluk, bazen ödevi yerine getirme ve bazen de doğruluk ve sevgi olarak kendini göstermektedir. Birbirleriyle bağdaşmaz gibi görünen bu “en yüksek iyi” tanımlamalarının hepsi de, ortaklaşa, “en yüksek iyi” olduğuna inanmakta, iyi ve kötünün ne olduğunu bildiklerini savunmaktadır (Akarsu, 1970, s.2-3; Arslan, 1994, s.118; Delius, 1990, s.314-315).

İnsan eylemlerinin iyi-kötü şeklinde ahlaki bir sınıflandırmaya tabi tutan ilk düşünürlerden biri Sokrates (iö.470-399) tir. Ona göre, bilgi en yüksek erdemdir. O der ki, hiç kimse isteyerek kötülük işlemez, eğer kötülük işleniyorsa o ya bilgisizlikten ya da baskı altında olmaktadır. Çünkü kötülük, onu yapan kişiye zarar verir ve hiç kimse kendi kendine isteyerek zarar vermez. Sokrates’le birlikte ahlaklılığın özü “iyi”yi bilmek olarak anlaşılmaya başlamış, artık felsefe herkes için geçerliği olan “iyi”nin yasası üzerine bir düşünce etkinliği haline dönüşmüştür (Gökberk, 1985, s.50; Ferguson, 1989, s.59-60; Arslan, 1994, s.132; Işıktaç, 2004, s.50).

Klasik çağın ahlak anlayışına özellik katan Platon (iö. 427-347) da “iyi”yi “ideaların ideası”, yani her şeyin iyi olmasını sağlayan şey şeklinde tanımlar. Ona göre, büyük bir kısmı erdemlerden oluşan idealar merdivenin en tepe noktasında iyi bulunur. Bir şeyin iyi olması için ölçülü, dengeli, kendi kendine yeterli ve en son amaç olması gerekir. Akıllı olmak iyidir, doğru bilgilere sahip olmak iyidir, erdemli olmak iyidir, ancak en yüksek iyi “bilgi ve hazzın ölçü, güzellik ve doğruluğa göre birleşmiş bir karışımı, bütün bunları içine alan yaşam tarzıdır (Kılıçoğlu, 1988, s. 170; Kuçuradi, 2003, s. 83; Işıktaç, 2004, s.60-61; Hacıcadıroğlu, 1997, s.270).

Aristoteles (iö. 384-322) de hayatın amacının mutluluk olduğunu düşünmektedir. Ona göre insan eylemlerinin amacı,

iyiye yönelerek onu gerçekleştirmektir. Her varlık türünün veya basamağının kendine özgü “en yüksek iyi”si vardır. İnsan da akıl sahibi bir varlık olduğuna göre davranışları ne kadar makul ise o kadar mutlu olacaktır. Değerli faaliyetlerin iki kaynağı vardır; akıl ve fazilet. Fazilet de akli ve ahlaki olarak iki kısma ayrılır. Akli fazilet eğitim sayesinde, ahlaki fazilet ise adet ve alışkanlıklar yoluyla elde edilir. Faziletli insan, iyi, yararlı ve uygun olanı ister, kötü, zararlı ve uygunsuz olandan da uzak durur (Kaya, 1981, s.211-217; Gökberk, 1985, s.87; Ferguson, 1989, s.69; Işıktaç, 2004, s.75).

Aristoteles’de Platon gibi ruhun değerlerinin gerçek değerler olduğunu kabul eder. Her iki filozofa göre de “en yüksek iyi” mutluluktur ve o ancak toplumsal-siyasal bir düzen içerisinde gerçekleşebilir (Arslan, 1994, s.134; Kılıçoğlu, 1988, s.173)

Etik tarihin özellikle ahlak felsefesinin köşe taşlarından biri olan Kant (1724-1804)’ın ahlak teorisinin temelinde “iyi niyet” vardır ve tek iyi, iyi niyet denilen şeydir. İyiliğin tek belirleyicisi olarak alınan iyi niyet nedir?, İyi niyete, başkalarıyla ilişkilerimizde belli bir biçimde davranmaya karar verdiğimizde güdülerimize ve niyetimize bakarak karar verebiliriz. Buna göre “görev duygusu” ile yapılan eylemler iyi niyetle güdülenmiş eylemler olmayı hak eder. Böylece görev, (“Deon”un görev anlamına geldiği ve deontolojinin buradan türediği hatırlanmalıdır) çatışan bütün duyguların ortasında açık bir hat, güdüler karmaşası karşısında bir tutarlılık verir ve sadece bu duygu ile hareket edenler dürist kişiler olarak nitelenebilir. Bu noktada görevlerin çatışması ve devamında da bir şeyin görevimiz olduğundan nasıl emin olabileceğimiz sorunu tartışmalara yol açmaktadır. Kant bu sorunu aşmak için, yapmaya niyet ettiğimiz şeyi evrenselleştire-

bilmemiz gerektiğini düşüncesindedir. O, bu düşüncesini, “yalnızca, aynı zamanda evrensel bir yasa olmasını da isteyebileceğin bir ilkeye göre davran” şeklinde ifade eder (Billington, 1997, s.170-176; Kuçuradi, 1998, s.85). Böylece Kant açısından bir eylemin ahlaksal değeri ortaya koyduğu başarıyla, sonucunda değil, o eylemin arkasında yatan düşünce ile anlam kazanmış olmaktadır (Akarsu, 1994, s.42).

“İyi” konusunda İlk Çağdan günümüze kadar uzanan tartışmaların sürekliliğine rağmen Antik dünya ve Ortaçağ düşüncesi ile modern düşünce arasında bazı farklılıklar vardır. Anlaşıldığı kadarıyla, klasik anlayışta “iyi” başlı başına bir değer olarak görülmüş; olgu-değer birlikteliği; metafizik-etik ilişkisi içinde ele alınmış ve nihayetinde gerçeklikle özdeş sayılmıştır. Oysa modern filozoflar bunu reddetmiş ve bir şeye iyi dendiğinde, insani çıkarları gerçekliğe yansıtmak anlamında veya iyi kavramının sadece özel takdir ve beğeniyi göstermek için kullanıldığını belirtmişlerdir (Cevizci, 2007, s.161). Yine İlk Çağ düşüncesinde etiğin önemli kavramlarından irade özgürlüğü ve sorumluluk duygusu derinliğine işlenmemiş (Hacıcadıroğlu, 1997, s.272) bu kavramlar daha sonraki dönemlerin felsefelerine konu olmuştur. Halbuki ahlaksal yaşamı açıklamaya çalışırken, çeşitli fenomenleri mesela, doğruluğu-yanlışlığı, vicdanı, değer verme veya vermeme duygusunu, pişmanlığı, önyargıları, suçluluğu, eğilimleri bir an için anlamdan yoksun şeyler olarak görmek mümkündür. Çünkü bütün bu fenomenlerin temelinde irade (istenç) özgürlüğü yatmaktadır. Dolayısıyla ahlaki eylemlerin her şeyden önce eylemde bulunan kişinin özgür kararına bağlı olduğu kabul edilmelidir (Delius, 1990, s. 317). Gerçekten de insan ancak özgür ise bir seçim yapabilir ve böylece sorumlu tutulması imkanı doğar. O halde “en yüksek iyi” nedir? araştırılırken öncelikle neyi seçmeliyim? sorusunun cevabı araştırılmalıdır.

Neyi seçmeliyim sorusu en yüksek iyi nedir sorusu ile birlikte, nasıl bir insan olmalıyım ve ne yapmalıyım sorularını da içinde barındıran temel bir sorudur. Bu sorular, ahlaki eylemde bulunmanın yollarını açarlar, uygulamada birinin ötekine ağır bastığı durumlara göre de, karşımıza çeşitli açılardan etik tiplerini çıkarır ve iyi olanı ortaya koymaya çalışırlar (Heinemann, 1990, s.340-341).

Birincisi yani, en yüksek iyi nedir sorusunu içinde barındıran neyi seçmeliyim sorusu bazen **“hedonizm”**, (**haz veren şey iyidir**, Akarsu 1984, s.84; Ülken, 1981, s.219; Cevizci, 1999, s.401; Çüçen, 2001, s.269) bazen de **“utilitarizm”** (yararlı olan iyidir, Akarsu, 1984, s.194; Ülken, 1981, s.219; Güriz, 1963, s.36; Cevizci, 1999, s.917; Çüçen, 2001, s.269-270) olarak karşımıza çıkar.

İkincisi yani, nasıl bir insan olmalıyım, hangi yaşam biçimini seçmeliyim sorusundan kalkılmışsa, bu da kimi zaman özgürlük ve bireyselliği temele alan, insan ne ise o değildir, ne olmuşsa odur felsefesini savunan bir **“varoluş etiği”** bir **“egzistansiyalizm”**e götürür (Jaspers, 2007, s.110; Akarsu, 1984, s.189; Cevizci, 1999, s.889; Marinoff, s.48-49) bazen de bir yetkinlik ve kendini gerçekleştirme etiği, bir **“eudaimonizm”**, **mutluluk (insan eylemlerinin son amacı mutluluktur Akarsu, 1970, s.13; Cevizci, 1999, s.612) etiği** olarak kendini gösterir.

Üçüncüsü yani, neyi istemeliyim? ya da neyi yapmalıyım sorusundan yola çıkılmışsa (Kant, 1724-1804) bu da bir gereklilik, ödev etiği (saf iyi niyet iyi davranışın temelidir, eylem, gerisindeki niyete göre değer kazanır) şeklinde karşımıza çıkar. Ödev ahlakını savunan Kant’a göre, insan değerlerin kaynağı ve aynı zamanda en yüksek değerdir. O ancak kendi kanununu kendisi koyabilirse özgür, dolayısıyla ahlaki bir kişi olur. Onun ahlak öğretisin-

deki temel ilke **“genel bir yasa olmasını isteyebileceğin bir ilkeye göre davran”** (Gökberk, 1985, s.408; Akarsu, 1970, s.11; Arslan, 1994, s.150; Ülken, 1981, s.221; Cevizci, 2007, s.176-177) şeklindedir. Öyle ya, herkesin bize yalan söylediği bir dünyada yaşamak istemiyorsak biz de yalan söylememeliyiz.

Diğer taraftan bu üç sorudan her birinin, kendi içinde diğer iki soruya yanıt vermeye çalıştığı da gözlenmektedir. Bununla birlikte her insan kendini daha çok hangisine yakın hissediyorsa kendine göre bir etik seçme olanağı da var demektir. Teorik açıdan bu bir sorun oluşturmada da, pratikte hangisi veya hangilerinin daha geçerli olacağına karar vermek için bazı belirleyicilerin avantaj sağlayacağı açıktır. Bu noktada felsefi antropolojinin de bazı katkıları olabileceği düşünülmektedir (Heinemann, 1990, s.341).

Şöyle ki, felsefi antropolojinin odağındaki insan nedir sorusu aynı zamanda metafiziğin de sorusudur. İnsan bir evren içinde yaşadığından, **“insanın kosmosdaki yeri”** ya da **“insan varoluşunun anlamı”** gibi metafizik sorular, etik sorularla doğrudan veya dolaylı olarak birbirlerine bağlanırlar. Öbür yandan, gerçekliğin özünde madde veya tin olduğunu ileri süren metafizik savlar, olgusal olmaktan çok **“değersel”** varsayımlar içermektedir. Bu bağlam, özellikle de İlk Çağ, Orta Çağ ve Yeni Çağ karakterize eden metafizik varsayımlar aynı zamanda bu çağların etik; iyi-kötü kavramlarının konumlarını da belirlemiş olurlar (Heinemann, 1990, s.341-342).

2. İYİNİN TEMELLENDİRİLMESİ

Çevremizde bulunan nesneler ve gerçekleşen olayların çeşitli şekillerde nitelendirilmelerini mümkün kılan **“değersel”** yanları vardır (Arslan, 1994, s.108). Neredeyse bütün etiklerce doğal varsayıldığı gibi, insan ilkesel olarak ahlaka yetenekli bir varlıktır (Werner, 2008, s.143). Dolay-

sıyla hemen her insan kendine nispetle bir takım “değerlendirme”lerde bulunmaktan kendini alamaz.

Aslında değerlerin arasında birbiriyle bağlantılı bir “sıralanma düzeni” vardır ve “tercih etme” sırasında bunu açıkça fark etmek olasıdır (Akarsu, 1998, s.109). Dolayısıyla, değerlerin bu hiyerarşik dizilişini ve bazen de aralarındaki göreliliği ifade etmek üzere genellikle, yüklemleri iyi-kötü, güzel-çirkin, doğru-yanlış, faydalı-zararlı, günah-sevap vb olumlu ya da olumsuz sıfatlar olan değer yargıları kurularak değişik açılardan değer biçilebilmektedir. Değerlendirme böyle anlaşıldığında “iyi” ile “kötü” realiteye iki ayrı açıdan değer biçmeye yarayan göreliliği birer nitelendirme sıfatı olmaktadır (Kuçuradi, 2003, s.26 ve 78).

İyi nedir sorusuna, insan nedir sorusundan bağımsız olarak yeterli düzeyde cevap vermek zordur. Çünkü kişi olarak var olmamızın temelinde değer anlayışımız, bunun temelinde ise insan anlayışımız bulunmaktadır (Kuçuradi, 2003, s.5) . Bir yandan toplumda egemen ya da geçerli olan “insan anlayış(ları)” kişinin kendi hakkındaki görüşünü etkilerken öbür yandan da kişinin kendisine ilişkin düşüncesi, diğer alanlardaki görüş ve yaklaşımlarına temel oluşturmaktadır. Bir bakıma insan, kendine attığı değere göre insanları, çevresini ve içinde bulunduğu durumları (çoğu kez değer biçerek) değerlendirmektedir. Aslında bir şeyi doğru değerlendirmek için, onun yapı özelliği olan değerini görmek, yani onu anlamak ve kendi alanındaki yerini bulmak gerekmektedir (Kuçuradi, 2003, s.30).

A. KOSMİK AÇIDAN İYİ

İnsan bir kez içinde yaşadığı evrenin bir “kosmos” olduğuna inandıktan sonra, onun için “iyi” yaşam kosmik düzenle uyum içinde yaşamak anlamına gelir. İnsan bir mikrokosmosdur. O, “makrokos-

mos” yani büyük evrenin hem öğelerini hem de formlarını içinde barındıran küçük evrendir. Böyle olunca, “varlık” ve “değer” birbirleriyle bağlantılı dolayısıyla da evrenin düzeni aynı zamanda varlığın da düzeni haline gelir. Buna göre, doğa yasası potansiyel olarak ahlak yasası olmaktadır (Heinemann, 1990, s.342; Ülken, 1963, II/199). Herakleitos (iö.535-475) mutluluğun dünya düzenine uymakta olduğunu söyler (Hacıkadıroğlu, 1997, s.268). Demokritos (iö.460-370)un ahlak öğretisi de doğa felsefesine dayanır (Gökberk, 1985, s.40). Ona göre mutluluk eudaimonia, euthymia (ruhun en iyi durumda olması), ataraxia (haz ve elemin üstüne yükselme, sarsılmazlık, ruh dinginliği)dir ve bunu sadece doğruluk sağlar. Bu nedenle doğru düşünüp, doğru konuşup ve doğru eylemde bulunmak gerekir (Akarsu, 1970, s.18-21; Ülken, 1981, s.205). Sofistler, “doğadan olan” ve “insanın koymuş olduğu” şeklinde bir ayırım yapmışlar, ahlak kuralları, toplum ve devlet düzeni gibi olguları da bu açıdan değerlendirmişlerdir. Onlara göre de insanların gerçek bağlanacakları kanunlar doğa tarafından konulmuş kanunlardır (Akarsu, 1970, s.24; Gökberk, 1985, s.45). Epikürosçuluk öğretisinde de bilgi ve metafizik sorunlar adeta ahlak felsefesine “giriş” niteliği taşırlar (Gökberk, 1979, s.17). Stoa felsefesinin de baş konusu ahlakıdır. Ahlakın temel ilkesi ise doğa yasalarına uymaktır (Gökberk, 1979, s.19-20; Heinemann, 1990, s.342; Timuçin, 2005, s.168).

B. DİNSEL AÇIDAN İYİ

Yahudi-Hristiyan-Müslüman tek tanrıcı din geleneği, evreni kendi iradesiyle yoktan var etmiş doğa-üstü bir varlık, yani Tanrı anlayışına dayanır. Bu varlık insanı da yaratmış ve onun için bazı ahlaki davranış kuralları koymuştur. Bu şekilde evren ve insanın yaratıcısı olarak Tanrı’yı merkeze alan Orta Çağ insanından yola çıkıldığında, etğin dinsel temeller üzerine

kurulduğu belirlenebilir. Buna göre “iyi”, Tanrı’nın kutsal istenci ile uyum içinde olan, buna karşılık “kötü” ise bu istence aykırı olandır. Daha kısa bir ifadeyle, Tanrının emrettiği iyi, yasakladığı kötüdür. Öte yandan emredilen şey, haddizatında ve gerçekten iyi ve güzel olduğu için mi emredilmiştir, yoksa yapılması emredildiği için mi iyi ve güzel olmuştur? Ya da yasaklanan şey, gerçekten kötü olduğu için mi yasaklanmış, yoksa yasaklandığı için mi kötü olmuştur? Şeklindeki tartışmalarda farklı yaklaşımlarla çeşitli dinler tarafından cevaplandırılmaya çalışılmaktadır. Bununla birlikte burada her üç dinin aralarındaki birtakım ayrılıklara rağmen, “iyi”nin kaynağını Tanrı’ya bağlama konusunda görüş birliği içinde oldukları görülmektedir (Arslan, 1994, s.141; Taftazani,1982, s.204-209); Heinemann, 1990, s.343; Warburton, 2000, s.46). Tanrının istenci kimi zaman buyruklarında, kimi zaman da bir kişilik içinde ortaya konulmaktadır. Birincisi gereklilik ahlakı “öldürmemen gerekir”, ikincisi ise bir varoluş etiği “İsa sizin içinizde yaşıyor” biçimindedir. Bu dinsel temellendirmenin halk ahlakında önemli rolü olmuştur. Özellikle Tanrı cisimsiz bir varlık mesela bir ışık (ki, ışık ilk düşüncelerden beri kutsallığın ve iç aydınlanmanın simgesidir) olarak kavrandı mı, artık Tanrısal ışık ile uyum içinde yaşayan herkes “iyi” olur; kişi kendi ruhuyla bütün karanlıkları kavrar ve onun ruhu Tanrısal ışıkla aydınlanır, öyle ki Tanrı ile özdeşleşir. Böylece bu aydınlanma bir açıdan bir bilgi edinme yolu diğer açıdan da ahlaksal bir varoluştur. İran Zerdüşlüğünde, Neo-Platonizm (Yeni-Platonculuk) felsefesinde, özellikle Plotinos’un düşüncelerinde bu mistik temellendirmenin en iyi örneklerini görmek mümkündür. Aynı şekilde, İslam dünyasında Maktul Şahabeddin Sühreverdi (1115-1191)’nin önderliğini yaptığı İşrakilik (Işıkcılık) de bireysel aydınlanma-

ya dayanan bir felsefi öğretiler ve orada da ışık iyiliği simgelemektedir (Heinemann, 1990, s.343; Şahin-Cihan, 1999, s.125-126; Sühreverdi, 1986, s.III).

C. ANTROPOLOJİK AÇIDAN İYİ

“İyi”nin temellendirilmesinde, Tanrı ya da evren değil de insan merkezi kalkış noktası olarak alındığında felsefi antropoloji karşımıza çıkar. Antropolojik temellendirme, doğal ya da doğal olmayan şeklinde iki formda olabilir. Birinci durumda insanın ne olduğundan yola çıkılır ve ondan, uğruna çaba harcamaya değer bir “iyi”ye ulaşmak için gayret etmesi beklenir. İkincisin de, ahlak yasasını dıştan belirleyen Tanrı ya da doğa gibi faktörler değil, bizzat bir akıl varlığı olarak otonom insana ait bir yasa olacağı vurgulanır. Burada iyi ya da kötüyü ancak insanın kendi kendisine koyacağı ahlak yasası belirlemektedir. Birinci temellendirmede yani insanın ne olduğu sorusunda “en yüksek iyi”ye yönelmek esas iken ikincisinde, yani özgür bir varlık olarak insanın kendi kendisine yasa koyabileceği durumda bu bir “ödev”i yerine getirmek anlamına gelir. Böylece Yeni Çağa egemen olan ve en önemli temsilciliğini Kant’ın yaptığı etik anlayışı ortaya çıkar. Her iki durumda da antropolojik temellendirme tarzı, dıştan konulmuş hiçbir düzeni öngörmediğinden çeşitli çözüm olanaklarına açık bir görüş olarak dikkat çekmektedir (Heinemann, 1990, s.343-345).

3- İYİ BİRİ OLMANIN BAZI YOLLARI

Her alanda olduğu gibi ahlakta da belli amaçlara farklı yollarla gidilebilir. Burada, çeşitli ve çok sayıdaki teorinin doyurucu bir şekilde ele alınması mümkün olmadığından, neyin iyi olduğuna karar verebilmek bağlamında, birbirlerine rakip konumdaki iki teori üzerinde durulacaktır. Bunlardan ilki deontolojik diğeri de teleolojik ahlakıdır.

A. DEONTOLOJİK AHLAK

Deontoloji, Yunanca'daki görev, lazım gelen şey anlamına işaret eden *deon* kelimesinden türetilmiştir. *Eski tabirle ilmi vezaif yani, insana, belli, güzel bir görevi ifa edebilmesi için nasıl hareket etmesi lazım geleceğini bir dereceye kadar öğreten bilgi demektir* (Çankı, 1954, I/559; Hançerlioğlu, 1978, V/8; Marinoff, 2007, s.39). İlk defa İngiliz düşünürü *Jeremy Bentham* (1748-1832) tarafından “vazifeler bilgisi” anlamında ortaya atılan bu kavram, herhangi bir meslektan olan kişilerin birbirleri ve başkaları ile olan ilişkilerinde izlemeleri gereken ahlak ilkeleri ve yerine getirmek zorunda oldukları ödevleri dile getirmek için kullanılmaktadır (Hançerlioğlu, 1978, V/8).

Bir mesleği uygularken uyulması gereken ahlaki değer ve etik kuralları inceleyen bu bilgi dalının en önemli araştırma alanlarından biri de, hekimin hastalarına, meslektaşlarına karşı davranışlarını, ödev ve sorumluluklarını ele alan tıbbi deontolojidir. Hatta deontoloji denilince genellikle bundan tıbbi deontoloji anlaşılmaktadır (Çankı, 1954, I/560; Hançerlioğlu, 1978, V/8; Cevizci, 1999, s.215).

Bir ahlak dalı olarak deontoloji, insanın akıllı ve sorumlu bir varlık olarak yerine getirmek durumunda olduğu bir takım ödevleri bulunduğu düşüncesinden hareketle, ahlakın temeline ödevi yerleştirir. Dolayısıyla deontolojik etikte, ahlaki eylemin sonucu değil, temelindeki niyet, ilke ve gerçekleştirdiği ödev çok daha belirleyicidir (Cevizci, 2007, s.149-150; Warburton, 2000, s.44). Böylece, iyi nedir? ya da ne yapmalıyız? sorularına cevap verebilecek bir mekanizma geliştirmiş olan deontoloji, “iyi biri olma” bağlamında da tavırları düzenleyici bir ilke olarak karşımıza çıkar.

Başka bir deyişle pratikte deontoloji, belirli bir ahlak kuralları kitabına uymayı

öngörür. Kurallar “iyi” olarak tanımlandığından onları uygulamak da “doğrudur”. İnsanların çoğu bu kurallara uyarsa toplumda adalet olur (Marinoff, 2007, s.39). Dinsel bağlamda bu tür kitaplar, Yahudiler, Müslümanlar ve Budistler için geçerlidir. Dünyevi bağlamda ise bazı filozoflar Kant (1724-1804)’ın ‘kategorik imperatif’ (koşulsuz kesin buyruk) olarak bilinen kurallarını uygulayarak ki burada da, “nasıl mutlu olabilirim”den çok, benden istenilen ve beklenilen nedir sorusu temele alınarak, sadece ödev duygusuna bağlı olarak gerçekleştirilen eylemler ahlaki eylem olarak değerlendirilir (Warburton, 2000, s.47).

Yukarıda sözü edilen bütün bu kural kitapları hırsızlığı yasaklar. Yahudiliğin On Emrinden biri “hırsızlık yapmayacaksın” der (Tevrat, Çıkış, 20/15). Budizmde, her Budistin uymak zorunda olduğu temel ahlak prensiplerinden biri başkalarına ait olan şeyi çalmamaktır (Schimmel, 1955, s. 94; Tümer, s.357). Kur’an’da, hırsızlığı ceza verilmesi gereken eylemler arasında sayar (Kur’an, 5/38). Kant sadece herkesin her zaman yapmasını isteyeceğimiz şeyleri yapmamızı söyler. Öyle ya, herkesin hırsızlıkla geçindiği bir dünya istemediğimize göre kendimiz de çalmamalıyız.

Yine de, tüm ahlaki sistemler gibi deontolojinin de kendine özgü güçlü ve zayıf tarafları vardır. En güçlü tarafı ahlaki kuralları net bir biçimde ortaya koymasındır. İnsanların neyin doğru ya da yanlış olduğu konusunda şüpheye düştükleri zamanlar için başvurulacak bir kurallar kitabına sahiptir. En zayıf noktası ise kurallar haricinde meydana gelen istisnalara cevap verememesi (Marinoff, 2007, s.39) ve kurallara göre davranma sırasındaki “niyet”in bilinçaltı oyunlarına ne kadar maruz kaldığının bilinmemesidir. Örneğin çoğu deontolojist görüşe göre “çalmayın” ya da “öldürmeyin” cümlesi bir kural barındırıyor olmakla birlikte, bu kuralların çok

sayıda olası istisnalarının var olduğu da kabul edilmektedir. Mesela, savaşta adam öldürmenin bazen caiz olduğuna inananlar ile “insanları öldürmemelisin” emrinin mutlak ve koşulsuz olduğuna inananlar arasındaki farklılıkların nasıl giderileceği bir problemdir. Ya da daha genel anlamda, Tanrı emrettiği veya takdir ettiği bir eylemi o ahlaken iyi olduğu için mi emreder? Yoksa Tanrı’nın onu emretmesi veya takdir etmesi mi o eylemi ahlaken iyi bir eylem kılar? şeklindeki ikilem içerisinde nasıl çıkılacaktır? (Marinoff, 2007, s.39; Warburton, 2000, s.46) Öte yandan, “niyet”i belirlemenin zorluğu nedeniyle, erdemli davranışlarla, erdemli gibi görünen davranışların ayrıştırılması da yine bir problem oluşturur.

Kant etiğinin de büyük bir bölümü özellikle de -başkalarının çıkarlarına saygı gösterme düşüncesi- açıklıkla anlaşılabilir olmakla birlikte, bazı makul olmayan yönleri vardır. Mesela, delinin biri silah elinde arkadaşımın nerede olduğunu sorduğunda onu korumak adına yalan söylemek bile ahlaksız bir eylem sayılır. Yine mesela, zor durumda, ihtiyaç içindeki birine merhamet hisleri beslemek, bazı bakış açılarına göre övgüye layık olsa bile, Kant açısından bunun ahlaklılıkla hiçbir ilişkisi yoktur. Son olarak da, niyete göre yargılamayı esas alan bu teori, eylemin sonuçlarını hiç hesaba katmadığı için, iyi niyetli ancak bilgisiz bazı budalaların ölümüne sebebiyet veren eylemlerine kılıf olabilir. Mesela, çocuğunuz saçlarını mikrodalga fırında kurutmaya çalışan bir bebek bakıcısı için hislerinizi düşünün (Warburton, 2000, s.52-53).

B. TELEOLOJİK AHLAK

Teleoloji (bir başka ismiyle erekbilim) Yunanca’da ‘amaç’ ya da ‘sonuç’ anlamına gelen *telos’tan gelir. Sözcüğün bütün anlamlarında gayeliğin incelenmesi dile getirilmektedir. Evreni ereklerle araçlar arasında bir ilişkiler dizgesi olarak gören*

bu öğreti, doğa, insan ve toplumun ereklerle belirlenerek yönetildiğini savunur (Çankı, 1954, III/307; Hançerlioğlu, 1978, II/66; Marinoff, 2007, s.40). Ahlak alanında teleoloji, insan yaşamındaki tek ölçütün ödev ve ahlak yasasından çok değer ve iyilik olduğunu iddia eden yaklaşımı tanımlar (Cevizci, 1999, s.836).

Deontolojik etiğin karşısında yer alan teleoloji hiçbir eylemin kendi içinde ya da dışında doğru veya yanlış olmadığını, her eylemin doğruluğunun ya da yanlışlığının doğurduğu sonuçlara bağlı olduğunu ileri sürer. Diğer bir deyişle, eğer iyi sonuç alırsanız ‘doğru’ şeyi yapmışsınızdır. Kötü bir sonuç alırsanız yaptığınız ‘yanlıştır’ (Marinoff, 2007, s.41).

Teleolojinin daha yaygın türlerinden biri eylem amaçlı faydacılıktır. Faydacılık insanın bütün etkinliklerinin en son hedefinin (bir anlamda) mutluluk olduğu kabulüne dayanır. Bir cümle ile özetlemek gerekirse: “En çok sayıda kişiye en büyük iyiliği sağlayacak şekilde davranmak” esastır. Böylece “en yüksek sayıda insanın en büyük mutluluğunu sağlayan şey”, “iyi” olarak tanımlanır (Marinoff, 2007, s.41; Cevizci, 2007, s.149 Warburton, 2000, s.53).

Teleolojinin en güçlü tarafı açık görüşlü oluşudur. Hiçbir davranışı ilk bakışta onaylamaz ya da reddetmez. Yargısını belirtmek için sonucunu bekler. Ama bu aynı zamanda en büyük zayıflıklarındandır: Neredeyse her davranış, ne kadar çirkin olursa olsun, sonuçlarından dolayı haklı çıkarılabilir. Mesela birinden ödünç para alan bir yararcının, ödünç veren kişinin verdiği parayı unutmaması durumunda, zenginliği arttığı için mutlu olmasına hiçbir şey engel olmaz. Hâlbuki ödünç alınan bir paranın iade edilmesini pek çok insan ahlaki açıdan dürüstlük olarak görmektedir. Yine aynı şekilde mesela, eylem amaçlı faydacılık şüpheli suçluların adil mahkemelerce yargılanması yerine linç edilmesini haklı çı-

karabilir. Sonuçta linç edilen kişi memnun olmasa da linç edenler sonuçtan mutludur. Eğer mutluluk iyi bir şeyse, linç etmek ‘en çok sayıda kişiye en büyük iyiliği sağlama-ya’ bir örnektir ve bu yüzden eylem amaçlı faydacılığı haklı çıkarabilir. Ama eylem amaçlı faydacılığı bu şekilde kullanmak, en küçük azınlık tarafından çekilen en büyük sıkıntıları hesaba katmamak olur. Bu da azınlık haklarının çoğunluk tarafından yok sayılması anlamına gelir. Bir grubun hassasiyetleri bir bireyin haklarını çiğnerse, adaletsizlik uzakta sayılmaz (Marinoff, 2007, s.41; Warburton, 2000, s.56).

Teleolojinin bir zayıf tarafı daha vardır. Sonuçların ‘iyiliğini’ ya da ‘kötülüğünü’, sanki bir terazinin kefelerine koyabiliyormuşuz gibi ölçebildiğimizi varsayar. Aslında kimsenin iyi ve kötüyü değerlendirmek konusunda en ufak bir fikri yoktur. Öyleyse, belirli bir sonucun iyi ya da kötü olduğuna dair evrensel bir uzlaşma olmayacağına göre, eyleme konulan davranışın doğruluğu ya da yanlışlığıyla ilgili de bir uzlaşma olamaz. Burada sadece kendi kendini haklı çıkaran ve en zararlı davranışları bile desteklemek için kötüye kullanılabilir bir fikir birliğinden bahsedilebilir (Marinoff, 2007, s.41-42). Bu nedenle yarcılık, belirli bir eylemin kesin sonuçlarını kestirmenin zorluğu nedeniyle olası sonuçlarını dikkate almak durumunda kalır (Warburton, 2000, s.54).

SONUÇ

İnsan, çeşitli eylem ve davranışlarıyla çevresinde ilişki kurduğu bütün canlı türlerini etkileyen bir varlıktır. Bu nedenle o, belli değerlere göre davranmak ve eylemlerinin sorumluluğunu sahiplenmek durumundadır. Yarım bilinçle bunu başarmak mümkün olmadığından, bilinci tamlaştıran (bileyen=açan) her çabaya saygı duymak, özellikle, ahlaksal değerlerle hesaplaşmak önemlidir.

Değerler ait oldukları her bir şeye kendi meziyet ve kıymetlerini vererek onları arzulanabilir duruma getirir. Çeşitli ahlak anlayışları kendi görüşlerini herkes adına uygulamaya koymaya çalışan bir dünya görüşü olma çabası güttüklerinden, insanlar üzerinde bir baskı yaratmakta, dolaylı olarak onları iş birliğine zorlamaktadır. Doğal olarak, içselleştirilmeden benimsetilmeye çalışan ahlak değerlerinin (ki ne kadar değer oldukları tartışılır) yerleşmeleri de zorlaşmaktadır.

Buna göre, ahlaksal değerler “özgür insan”ı gerekli kılmaktadır. Çünkü insan özgür değilse ahlak kuralları benimsemediği (içselleşmediği) değil bir şekilde benimsetilmiştir olur. O halde insanın özgürlüğü aracılığı ile ahlaksal yaşam zenginleştirilebilir. Bu sayede varlık sahasına çıkan ve çoğalan (içselleşen) değerler, insanın kendisi, başkaları, diğer canlı türleri ve nihayetinde bütün varlıklarla duygudaşlığına olanak tanıdıkları sürece var olmaya da devam ederler. Sonuçta bu tür değerlere de açık olmak, doğal olarak farklılıkları kabul etmek, dolayısıyla evrensele ve geleceğe açık olmak demektir.

Hangi ahlak anlayışından yola çıkılırsa çıkılsın, model olarak ayrımları engelleyen bakış açıları daha tercih edilebilir gözükmektedir. Kanımızca, iki uçlu bir nesneyi yerden kaldırmak için birbirini gereksinen iki kişinin birbirlerinin vazgeçilemezliğini fark etmeleri gibi, aynı türden bir bilince ulaştıracak her ahlak anlayışı, içinde barındırdığı “iyi”ler ve bunlar aracılığıyla doğru eylemleri keşfetme ölçüsünde değerli görülmelidir.

KAYNAKÇA

- Akarsu, B. (1970), Ahlak Öğretileri-I Mutluluk Ahlakı (Eudimionism), İÜEF Yay., İstanbul.
- Akarsu, B. (1994), Çağdaş Felsefe Kant’tan Günümüze Felsefe Akımları, İnkılap Kitabevi., İstanbul.
- Akarsu, B. (1984), Felsefe Terimleri Sözlüğü, Savaş Yay., Ankara.
- Akarsu, B. (1998), Kişi Kavramı ve İnsan Olma Sorunu, İnkılap Kitabevi., İstanbul.
- Arslan, A. (1994), Felsefeye Giriş, Vadi Yay., Ankara.
- Billington, R. (1997), Felsefeyi Yaşamak, (Çev. Yılmaz, A.), Ayrıntı Yay., İstanbul.
- Bochenski, J. M. (2005), Felsefeye Düşünmenin Yolları, (Çev. Kurtuluş, D.), Bilim ve Sanat Yay., Ankara.
- Brehier, E. (1965), İnsan İlimlerinin Bugünkü Konuları, (Çev. Evrim, S.), Anıl Yayınevi, İstanbul.
- Cevizci, A. (1999), Paradigma Felsefe Sözlüğü, Paradigma Yay., İstanbul.
- Cevizci, A. (2007), Felsefeye Giriş, Sentez Yay., Bursa.
- Çankı, M. N. (1954), Büyük Felsefe Lügatı (I-III), Cumhuriyet Mat., İstanbul.
- Çüçen, A. K. (2001), Felsefeye Giriş, Asa Kitabevi, İstanbul.
- Delius, H. (1990), Günümüzde Felsefe Disiplinleri, (Çev., Özlem, D.), Ara Yay., İstanbul.
- Eren, I. (1999), “Çağımızda İnsan Problemlerine Yaklaşımlar”, Felsefelogos, Yıl,2, S.6, Bulut Yay., İstanbul.
- Ferguson, J. (1989), Morals and Values in Ancient Greece, Bristol Classical Press, Bristol
- Filiz, Ş. (1998), Ahlakın Akli ve İnsani Temeli, Çizgi Kitabevi Yay., Konya.
- Gasset, O. Y. J. (1995), Sevgi Üstüne, (Çev., Yurdanur, S.), Yapı Kredi Yay., İstanbul.
- Gökberk, M. (1985), Felsefe Tarihi, Remzi Kitabevi, İstanbul.
- Hacıkadıroğlu, V. (1997), İnsan Felsefesi, Umut Mat., İstanbul.
- Hançerlioğlu, O. (1978), Felsefe Ansiklopedisi Kavramlar-Akımlar (I-VII), Remzi Kitabevi, İstanbul.
- Heinemann, F. (1990), Günümüzde Felsefe Disiplinleri, (Çev., Özlem, D.), Ara Yay., İstanbul.
- Işıқтаç, Y. (2004), Hukuk Felsefesi, Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Jaspers, K. (2007), Felsefe Nedir?, (Çev. Eyüpoğlu, İ. Z.), Say Yay., İstanbul
- Kılıçoğlu, İ. (1988), Ahlak-Hukuk İlişkisi, MÜİF Yay., İstanbul.
- Kuçuradi, İ. (2003), İnsan ve Değerleri, Meteksan AŞ., Ankara.
- Marinoff, L. (2007), Felsefe Hayatınızı Nasıl Değiştirir?, (Çev., Erdener, İ.), Pegasus Yay., İstanbul.
- Mengüşoğlu, T. (1988), İnsan Felsefesi, Remzi Kitabevi, İstanbul.
- Seyyar, A. (2003), Ahlak Terimleri Ansiklopedik Sözlüğü, Beta Basım Dağıtım, İstanbul.
- Schimmel, A. (1955), Dinler Tarihine Giriş, AÜİF, Yay., Güven Mat., Ankara..
- Sühreverdi, Ş. (1986), Nur Heykelleri, (Çev. Saffet, Y.), MEB, İstanbul.
- Şahin, H.-Cihan, A. K. (1999), İslam Felsefesi Tarihi Dersleri, EÜİF Yay., Kayseri.
- Taftazani, S. (1982), Kelam İlimi ve İslam Akaidi (Şerh’ü-l-Akaid), (Haz. Uludağ, S.), Dergah Yay., İstanbul.
- Timuçin, A. (2005), Felsefeye Giriş, Bulut Yayınevi, İstanbul.
- Timuçin, A. (1998), “Ahlak Ahlak Dedikleri”, Felsefelogos, Yıl,2, S.5, Bulut Yayınevi, İstanbul.
- Tümer, G. (1992), “Budizm” mad., TDVİA, C.VI., İstanbul.
- Ülken, H. Z. (1981), Aşk Ahlakı, Ülken., Yay., İstanbul.
- Warburton, N. (2000), Felsefeye Giriş, (Çev. Cevizci., A.), Paradigma Yay., İstanbul
- Werner, S. (2008), Felsefeye İhtiyaç Var mı?, (Çev. Gürsel, A.), İkarus Yay., İstanbul

Modern Kültürde Hukuk ve Ahlak

Mehmet YÜKSEL*

Giriş

Günümüzde bitmeyen davalar, suçun çeşitlenip artması, suçların çoğalması, hapisanelerin sayıca artması ve giderek dolup taşar hale gelmesi, yerel ya da küresel, ulusal veya uluslararası düzeyde terör ve şiddet hareketleri, insan kaçakçılığı, uyuşturucu ve silah ticareti, organ ticareti gibi olguların yoğunlaşması, beraberinde “yasa öldü mü”, “hukuk bitti mi”, “ahlaka ne oldu” gibi yakınmaları da getiriyor. Başka bir deyişle, modern dünyamızda ulusal ve uluslararası ölçekte yapılmakta olan bunca düzenlemeye (kanunlara, tüzüklere, yönetmeliklere, sözleşmelere vb.) rağmen hukuk ve adalet konusundaki şikayetlerin, eleştirilerin artması, hukuk düzenine ve adalet örgütüne ilişkin güvensizliklerin daha yüksek sesle dile getirilmesi, “nerede bu devlet”, “nerede adalet” deyişlerinde sembolleşen yakınmalar karşısında ne söylenebileceği, bunun nasıl açıklanabileceği ve anlamlandırılabilceği hususu önümüzde ciddi bir mesele olarak durmaktadır.

Yine modern dünyamızda “sivil itaatsizlik” olgusunun görmekte olduğu ilgi, yasal zorunlu askerli uygulamaları karşısında “vicdani ret” olgusunun belirlenmesi gibi hususlar, “ahlak ile hukuk”, “ahlakilik ile yasallık”, “vicdan ile anayasa”, “hukuk ile adalet” arasında bugüne kadar çizilen sınırlar konusunda ciddi sorunlar bulunduğunu düşündürmekte ve bunları sorgulayıp tartışmamız gerektiğini bize yeterince göstermektedir. Bu durum karşısında, toplumsal düzeni sağlamak bakımından yazılı hukuk kurallarına, formel hu-

kuki prosedürlere ve mekanizmalara atfettiğimiz anlamı, uyuşmazlıkları ve kriminal sorunları çözmek için resmi organizasyonlara verdiğimiz önemi gözden geçirmemizi gerektirmektedir.

Yukarıda zikredilen sorunlara ilişkin bir çalışmanın yolu, söz konusu meselelerin bünyesinde olduğu modern toplum koşullarını ve modern kültürü anlamak ve kavramaktan geçiyor denebilir. Bu çalışmanın amacı, modern kültür çerçevesinde oluşan hukuk-ahlak ilişkisini irdelemeye ve anlamaya katkıda bulunmaktır.

Modern kültürde, ahlak ve hukuk ilişkisini yeterli ve sağlıklı bir şekilde irdeleyip tartışmak, öncelikle ahlak ve hukuk kavramlarını incelemeyi ve bu çalışmada söz konusu kavramların hangi kapsam ve içerikte kullanılacağını belirtmeyi zorunlu kılmaktadır.

Bu çalışmada “ahlak” ve “hukuk”tan söz edildiğinde bu terimler, bir öğretiyi, bir sistemi ya da düzeni anlatmak üzere değil; insan ilişkileri ve etkileşimleriyle yaratılan ve bu ilişki ve etkileşimlere yön veren, bunları düzenleyen değerler, normlar ve yaptırımlar bütününi ifade eder anlam ve kapsamda kullanılacaklardır. Buna göre, “ahlak”tan söz edildiğinde, sistematik bir ilkeler topluluğu ve normatif bir kurallar bütünü olarak “ahlaki öğreti” anlamında değil; toplumsal ve tarihsel bir fenomene, fiilen yaşanan bir oluşuma gönderme anlamında kullanılacaktır. Aynı şekilde “hukuk” da, insan ilişkilerine ve davranışları-

* Prof. Dr. Gazi Üniversitesi İletişim Fakültesi Gazetecilik Bölümü Öğretim Üyesi.

na yön veren, belli bir tarihsel sosyo-kültürel ortamda vücut bulan, nispeten zorlayıcı yaptırımlara sahip örgütlü güçlerce uygulamaya geçirilen değerler ve normlar bütününe işaret edecektir. Kısacası ahlak ve hukuk, tarihsel ve toplumsal bağlamından soyutlanmadan yaşayan olgular olarak ele alınacaktır. Ahlak felsefesi ve hukuk felsefesi kapsamında geliştirilmiş ahlaki ve hukuki öğretiler, çalışmamızın çerçevesi dışında bırakılacaktır.

Ahlak ve hukuk, benzer ve farklı özelliklere sahip toplumsal olgulardır. Gerek ahlak kuralları gerekse hukuk kuralları toplumsal bir ortamda doğup gelişirler, yere ve zamana göre de değişirler. Birer değerler ve normlar bütünü olarak toplumsal düzenin sağlanmasında işlevsel öneme sahiptirler. Bu nitelikleri ile toplumsal yaşama, insan ilişkilerine ve davranışlarına yön verirler. Toplumsal ilişkilere ve etkileşimlere yön veren, çerçeve oluşturan ahlak ve hukuk kuralları, aynı zamanda bu toplumsal ilişkiler ve etkileşim bağlamlarında üretilir ve dönüştürülür.

Ahlak, bir kişinin, bir grubun, bir halkın, bir toplumsal sınıfın, bir ulusun, bir kültür çevresinin vb. belli bir tarihsel dönemde yaşamına giren ve eylemlerini yönlendiren inanç, değer, norm, buyruk, yasak ve tasarımlar topluluğu ve ağı olarak karışımıza çıkar. Bu bakımdan ahlak (moral), her yanda yaşamımızın içindedir; o tarihsel olarak kişisel ve grupsal/toplumsal düzeyde yaşanan bir şeydir; ona her tarihsel dönemde, her insan topluluğunda mutlaka rastlarız (Özlem, 2010:23).

Ahlak kuralları, kişiler üstü ya da gruplar üstü soyut bir bütüne gönderme yapmaz; ahlak kuralları, insan grupları ve topluluklarının ortak yaşam sürecinde yaratmış oldukları değerler, normlar bütünü oldukları kadar, aynı zamanda bireysel iradelerin, seçim ve tercihlerin de yaratımında, gelişimlerinde ve değişimlerinde rol oynadığı oluşumlardır.

Levinas’a göre, ahlakın asal sahnesi, “yüz yüze gelme”, “öteki”yle bir yüz” olarak muazzam bir karşılaşma alanıdır. Başka bir deyişle, Levinas’ta ahlak, “öteki için var olma” anlamına gelir(Bauman, 2005: 216). Bauman’a göre, insanlar ahlaki bakımdan özünde “iyi” olmadıkları gibi “kötü”de değildirler. Aslında insanlar ahlaki olarak müphemdirler. Yani, ahlakın esas harekete geçiricisi “müphemlik”tir. Ahlak, kodlara ya da kurallara, akıl ya da bilgiye, tez ya da kanaate ihtiyaç duymaz. Ahlaki fenomenler, doğaları gereği “gayri rasyonel”dir. Başka bir deyişle ahlaki fenomenler, düzenli, tekrara dayalı, monoton ve öngörülebilir bir niteliğe sahip değildir. Bu niteliğinden dolayı da herhangi bir “etik kod” tarafından kapsanamaz. Ahlak, ahlaki benliğin ya da öznenin özerk sorumluluğunun yerine; dışarıdan, belli bir iktidar odağından dayatılan etik kurallara sığdırılmaz ve bu bağlamda evrenselleştirilemez. Ahlaki sorumluluk, yani “öteki”nin yanında olmak veya “öteki” için olmak bir toplumsal sonuç değil, benliğin bir başlangıç noktasıdır. Dolayısıyla insani iletişim ve etkileşim çerçevesinde “ötekine karşı sorumluluk” bağlamında gelişen “ahlaki sorumluluk”un hiçbir nedeni, başlangıç noktası ve belirleyici etkeni yoktur (Baumann, 1998: 20-26; Bauman, 2005: 216).

Ahlak, tek bir kişinin uygun davranış normları ve kurallarıyla pratik ilişkisi olarak betimlenebilir (Heller, 2006). Ahlak, insanın düşünce, duygu ve eylemlerinin “doğru” ve “yanlış” arasındaki ayrımla ilişkili yani olarak düşünülebilir (Baumann, 1998: 13). Bundan hareketle ahlakın, sadece davranışlarımızı, eylemlerimizi ve ilişkilerimizi ilgilendiren bir olgu olmadığını, aynı zamanda düşünce ve duygu dünyamızla da yakından ilintili olduğunu ifade edebiliriz. Adaletin ve ahlakın, birer akli evrensel soyut ilkeler değil de bir duygu meselesi olduğunu düşünen Solomon’a göre, bizdeki adalet duygusu en genel bi-

çimle “ilgi” ile başlar; kendimize ve dünyadaki yerimize, sevdiğimiz veya yakınlık duyduğumuz kişilere, dünyanın gidişatına ve dünyadaki algı yeteneğine sahip canlıların kaderine gösterdiğimiz ilgiyle. Yani ilgi olmadan adalet de olamaz. Neredeyse tüm duyguları, ahlaki alanın dışında bırakan anlayışın simgesi konumundaki Kant’ın yaklaşımına karşı çıkan Solomon, bu gelecekte adalet ve ahlakın sadece “pratik akıl” ile ilgili bir mesele olarak görüldüğünü, kişisel, özel, akıl dışı olarak nitelenen duyguların ahlak dışına atıldığını belirtir ve bu yaklaşımda “iyi ve adil insan”ın gerçekte doğru kurallara bakıp bunları belli olaylara uygulayan bir tür özel bürokrata dönüştüğünü söyler. Böyle bir anlayışta, “çünkü ona acıdım” biçimindeki doğal yanıtı yer yoktur. Aksine bu tür bir tutum, “ahlak bürokratinin işini yapmadığının göstergesi olarak değerlendirilir” der (2004: 242-244). Bauman’a göre de “etik yasa” koymaya dayalı ahlakın öne çıkarılması, ahlaki sorumluluğu değil daha güçlü olana itaati ve kurala uyma işgüzarlığını besler. Bu bakış, bireyleri, birer ahlaki özne olarak, özerk sorumluluğu bulunan bir kimse olarak görmez. Halbuki, toplumsal değer ve norm üretiminin temelinde etkileşim halindeki insanlar vardır. Söz konusu yaklaşım, ahlaki öznelere, davranışlarını seçme sorumluluğu ile değil, kurala uymalarıyla, otoriteye bağlanmalarıyla tanımlar (2000: 158-159).

Ahlak, ancak bireysel özerkliğin varlığı halinde mümkün olabilir. Bu, toplumda mevcut soyut normlar, değerler ve fikirlerin insan ilişkilerine, tercihlerine ve davranışlarına hiçbir şekilde yön vermediği anlamına gelmez. Kişi, mevcut normları ve kuralları, başka insanların savunduğu, benimsediği normları ve kuralları değiştirebilir, sorgulayabilir. Kişi bunu genellikle başkalarıyla birlikte, diyalog, tartışma ve karşılıklı destek yoluyla, karşıt görüşler ve karşılıklı olarak kendini açıklama atmosferinde geçerli ya da geçersiz kılma sürecine girer. Ahlâk, zihinsel edimler ya da konuşma edimlerinden ziyade eylemlerde ortaya çıkar ve nosyonuna kavuşur. Kısacası ahlak, ahlaki anlamı olan her eylemde oluşturulan, korunan, genişletilen ve savunulan ahlaki özerklikten başka bir şey değildir (Heller, 2006: 84).

Toplumsal Yaşam, Ahlak ve Hukuk

Her çağın toplumsal koşulları, kendilerine denk düşen bir hukuk ve ahlak formunu da meydana getirir; feodal hukuk, kapitalist hukuk, geleneksel hukuk, modern hukuk gibi. Çünkü insan davranışları ve ilişkileri, bir boşlukta veya bir sıfır başlangıç noktasından hareketle oluşmaz. İnsanlar, doğdukları andan itibaren kendi arzu ve isteklerinin dışında bir yapıyla, bir kültürle yüz yüze gelirler. Bundan sonraki gelişme, davranış-yapı, ilişki-etkileşim-kültürel ortam bağlantısıyla şekillenerek devam eder. Yani bireyler, bireysel tercihlerini, davranışlarını ve kararlarını böylesi bir oluşum ve yeniden oluşum çerçevesinde belirlerler. Aynı şekilde insani iletişim, ilişki ve etkileşimin sonucu olarak ortaya çıkan hukuki ve ahlaki değerler ve normlar da mevcut yapı ve kültürün içinde bir kez yaratıldıktan sonra varlıklarını sürdürürler. Bunlar, bir yandan insan ilişkisi ve etkileşiminin ürünü olarak şekillenirken diğer yandan insan ilişkisi ve etkileşiminin ortamını ve çerçevesini oluştururlar. Başka bir deyişle, bir yönüyle toplumsal ortam ve kültür tarafından şekillenirken diğer yönüyle toplumsal ve kültürel yapıyı şekillendirirler. Aynı toplum içinde zaman içinde değişirken ve değiştirilirlerken, zaman içinde de farklı özellikler kazanırlar. Tıpkı, geleneksel toplum-modern toplum, ya da topluluk-toplum soyutlamalarında görüleceği üzere. Örneğin, Durkheim’in yaptığı ikili sınıflandırma çerçevesinde “mekanik dayanışma” tipinin egemen olduğu geleneksel toplum yapısı ile “organik daya-

nışma” tipinin egemen olduğu, işbölümü, uzmanlaşma ve farklılaşmanın arttığı modern toplum yapısı ayırımına tekabül eden cezalandırıcı/bastırıcı – onarıcı/tazmin edici hukuk ayırımında olduğu gibi.

Benzer bir durumu “topluluk”, “toplum” tipleştirmesinde de görebiliriz. Topluluk, üyeleri arasında somut bağlar ve dayanışma bulunan bir kolektif bütünü ifade ederken; toplum, geniş, farklılaşmış ve karmaşık bir bütünü, üyeleri arasındaki ilişkilerin doğal tarzda, iletişimsel nitelikte olmadığı bir yapıyı anlatır. Bir topluluk, üyelerinin her birinin tüm diğer üyelerle ortaklaşa sahip olduklarını düşündükleri veya kabul ettikleri bir şeye dayanır. Bu, ortaklaşa saptanmış bir amaç olabileceği gibi, dilleri, kültürleri, ülkeleri de olabilir. Topluluk mensupları arasındaki bağlar, hukuki, kurumsallaşmış, biçimselleşmiş, kurumsal olarak güvenceye, sözleşmeye bağlanmış ilişkiler değildir. İnsanlar, toplum hayatına ise diğerleriyle kökensel ya da işbirliğine dayalı ortak bir yaşama sahip somut varlıklar olarak değil; kurumsallaşmış, hukuki olarak formelleştirilmiş ve politik olarak bir devlet tarafından güvenceye bağlanan haklarla ve belirlenmiş ödevlerle soyut bir kişi ve “yurttaş” kimliğine sahip varlıklar olarak katılırlar (Gorz, 2001: 160-161). “Topluluk”tan “toplum”a geçişle birlikte, üyelerinin toplumsal yaşama sevgileriyle, coşkularıyla, duygularıyla, akıllarıyla katıldıkları somut insani yaşamın yerini; duygusal, sezgisel yönlerinden soyutlanmış daha ziyade soyut, yazılı, formel hukuk kural ve kurumlarının öne çıktığı bir yaşam biçimi almaya başlar. Bundan böyle toplumsal bütünlük ve kurumlar, sanki bireyin dışında veya üstündeymiş gibi, bir nesnel varlık olarak görülmeğe başlanır. Bu andan itibaren toplumsal sistemde ahlak-hukuk, ahlakilik-yasalılık ayırımı belirgin hale gelir. Hiç kuşkusuz, yaşamın özel-kamusal olarak ayrılmadığı bir “topluluk”taki ahlak ve hukuk anlayı-

şı, toplumsal yaşamın özel-kamusal olarak ayrıldığı bir “toplum”daki hukuk ve ahlak anlayışından farklı olacaktır. Daha önce birbirini tanımayan daha fazla nüfusun bir araya geldiği, nüfus yoğunluğunun, işbölümü, uzmanlaşma, farklılaşma ve karmaşıklaşmanın arttığı modern toplum yapısında, ahlak ve hukuk ilişkisi, bunun sosyal hayattaki yeri ve önemi, geleneksel topluluk yapılarındakinden farklı olacaktır.

Modern toplum koşullarında birey ve grup kimliğinin doğası da değişiyor. Geleneksel toplumdaki bağlanma noktalarını ve hiyerarşik bağlarını yitiren bireyler, daha fazla bireycilik ve bireysel tercih çerçevesinde kişisel doyumlarını ve kendilerini gerçekleştirmelerini ön plana alan bir kültürün oluşumuna katkıda bulunuyorlar. Böyle bir kültürel ortamı şekillendiren ve bu ortamdan etkilenen bireylerin ilişkilerini ve davranışlarını düzenlemek üzere insan eliyle biçimlenmiş yazılı hukuk kuralları ile formel mekanizmalar ve resmi yapılar öne çıkıyor. İnsan, “yurttaş” olarak kodlanan soyut birey anlayışı bakımından eşitlik ilkesi temelinde haklar ve ödevlerle kuşatılan bir varlık haline geliyor. Bu gelişmeyi aşağıdaki alıntı, özlü bir şekilde dile getirmektedir:

... Kitle toplumunun ortaya çıkmasıyla toplumsal alan, yüzlerce yıllık gelişiminin ardından nihayet belli bir toplumun bütün fertlerini eşitler olarak ve eşit bir güçle kucakladığı ve denetimi altına aldığı bir noktaya ulaşmıştır. Toplum, her koşul altında eşitlenir; modern dünyada eşitliğin zaferi, toplumun kamu alanını fethettiği ve ayırım ile farkın bireyin özel meselesi durumuna geldiği gerçeğinin siyasi ve yasal olarak tescilinden başka bir şey değildir (Arendt, 2000: 81).

Modern Kültür, Hukuk ve Ahlak

Kültürü, birbirleriyle uyumlu ve birbirlerini tamamlayan normların oluşturduğu bir sistem olarak kavramlaştırmak,

halen sosyal teoriye hakim olan görüştür denebilir. Bu görüşü kuramsallaştıran Parsons, kültürü özü itibarıyla “işlevsel” olan, örüntüleri koruyan, gerilimleri idare eden, toplumun sürekliliğini sağlayan, örüntülerin içinde ortaya çıktıkları, tekrarlandıkları ve düzenlilik özelliklerini sergiledikleri bir yapı olarak görür. Oysa bugün kültürden söz ettiğimizde, kendi içine kapalı, kendine yeterli, tutarlı ve uyumlu bir bütünden değil; içinde eşgüdümlememiş sayısız kombinasyon ve permütasyonun yer alabildiği, çeşitli olasılıkları barındıran bir imgeyi resmederiz. Verimlilik, coşkunluk, taşkınlık gibi değerler ve duygular da günümüzde kültürün bileşenleri olarak görülür (Bauman, 2000: 160).

Modern kültür, mevcut toplumsal bütünlükten veya yapılardan bağımsız olarak sadece iletişim ve etkileşim halindeki insanlar tarafından yaratılan değerlere, normlara ve müesseselere gönderme yapmaz; aynı zamanda içinde “toplum”, “devlet”, “kurumlar” gibi bütünlüklerin de rol oynadığı bir çerçeve içindeki oluşumu ifade eder. İnsanlar, bir grup veya topluluk oluşturdıklarında, yani bir bütünün parçası haline geldiklerinde “öteki ile yüz yüze gelme”, “ötekine karşı sorumluluk”, iki yanlı bir ilişki tarafı olmaktan çıkarak çok taraflı bir ilişkinin aktörleri, bir bütünün parçaları haline gelirler. Böyle bir durumda insanlar, bütünden kaynaklanan standartlarla, değerlerle, normlarla yüz yüze gelirler. Burada ikili ilişkinin(ben-öteki) kapsamını aşan, içeriğini değiştiren yeni bir oluşum söz konusudur. Böyle yapılar içinde bireyler, artık tek bireyleri, bireysel ilişkileri aşan yasalar, normlar, standartlar çerçevesinde düşünmeye, tutum ve davranışlarını temellendirmeye başlarlar. Bunun, ötekine karşı ahlaki duyarlılık ve sorumluluk duygusu geliştirmeyi zayıflatan bir etkiye sahip olduğu söylenebilir. Başka bir deyişle, modern toplum koşullarında modern hukuk kodlarının gerekliliğine ve

nesnelliğine yapılan vurgunun ahlaki sorumluluklar ve duyarlılıklar üzerinde negatif bir etki yaratabileceği ileri sürülebilir. Modern kültür, bünyesinde çelişkileri, çatışmaları, uyumsuz öğeleri de barındıran bir kültürdür. Bu, bilimsel kuralları, prosedürleri, ortak kurumları ve pratikleri temsil eden bir ortama da işaret eder. Başka bir açıdan da modern kültür, modern devletle birlikte hiyerarşik bürokratik yapıları oluşturan ve bunlar tarafından da etkilenip şekillendirilen bir kültürel ortamı anlatır. Özetle, modernleşme süreci beraberinde yeni bir kültür anlayışını da getirmiştir. Bu anlayış çerçevesinde kültür, insanların modern dünyadaki yaşam ve eylem tarzlarıyla bu dünyayı kavrayış tarzlarını ve kültürünü yaratan bir durum olarak görülür. Kısacası kültür, sadece insan eseri, yeniden yapılabilir, insan eliyle yaratılmış, birtakım amaçlara ve standartlara göre insan tarafından değiştirilmesi mümkün bir olgu olarak değerlendirilir(Markus, 1999: 30). Modern kültür, aklın kurallarına duygularda daha fazla önem veren, irrasyonele karşı rasyonele vurgulayan, verimlilik, üretkenlik, kesinlik, öngörülebilirlik, hesap edilebilirlik gibi değerleri önemseyen bir kültürdür.

Denebilir ki, modern kültür, modernlik, modern toplum, modern düzen ve modern devlet gibi kavramlarla birlikte düşünülmesi gereken bir kavram özelliğine sahiptir.

Modernlik, bilim, teknoloji, endüstriyel üretim ve şehirleşme gibi olgularla; bireycilik, sekülerleşme ve araçsal akılcılık temelinde şekillenen yeni yaşam tarzlarıyla; yabancılaşma, anlamsızlık ve toplumsal çözümlenme hissi gibi sıkıntılarla karakterize bir oluşumu ifade etmek üzere kullanılan bir kavram konumundadır (Taylor, 2006: 11).

Modern toplum, bir anlamda, statüden sözleşmeye, geleneksel statü ve bu statüye bağlı hak ve görevlerden formel-hukuksal hak ve görev düzenlemelerine geçilen, kişilerin birbirlerini artık “size dava açacağım”

diye tehdit ettikleri bir hukuk toplumdur. Modern toplumda geleneksel geniş ailenin, örgütlü dinsel kurumların, yaşama mekanını olarak mahallenin yerini çekirdek aile, özel yaşam alanı, bireysel dinsel tercihler veya bireyselleşen din olgusu almaktadır. Modern topluma hayat veren modernleşme süreci, bir yapısal farklılaşma ve kültürel genelleşme hareketini ifade eder. Toplumsal-yapısal düzlemde modernleşme, sektörlerin giderek artan ölçülerde bir uzmanlaşmasını temsil ederken; kültürel-kurumsal düzlemde değer, norm ve anlamların artan ölçüde genelleşme ve soyutlanma sürecini anlatır. Bu yönüyle modernleşme, işlevsel akıllaşmaya doğru giden bir süreci, özsel akıllaşmanın işlevsel akıllaşmanın gölgesinde kaldığı, işbölümü, uzmanlaşma, farklılaşma ve profesyonelleşmenin geliştiği bir akışa göndermede bulunur (Zijderveld, 2007: 218-222). Modern toplum, aile, eğitim, siyaset, din, ekonomi gibi alanların birbirinden ayrıştığı, modern devletin etkin bir varlık haline geldiği, toplumsal yaşamın hukuk kuralları, mekanizmaları ve müesseseleriyle donatıldığı bir toplumdur.

Modern düzen fikri, toplumu oluşturan bireylerin karşılıklı olarak birbirlerine saygı göstermeleri, hizmet vermeleri ve böylece birbirlerini tamamlamaları esasına dayanır. Bu anlayış çerçevesinde modern düzen, soyut birey/vatandaş ilişkisi bağlamında oluşan, öğeleri birbirleriyle tutarlı yekpare bir bütünü ifade eder (Taylor, 2006: 21-22). Böylesi bir kavrayışta; bireyin kuşku duyulmayan önceliği, bireysel tercihlerin ve hakların ağırlıklı yeri, doğal haklar kuramı temelinde gelişen bir ahlak anlayışı ve modern ahlak düzeni fikri söz konusudur. Bu ahlak anlayışında, hukuki görüşler bağlamında oluşan insan hak ve özgürlükleri önemli bir yer tutmaya başlar ve “hukuki” olan giderek “ahlaki” olanı öncelemeye başlar.

Modern toplum yaşamında işbölümü, uzmanlaşma ve farklılaşma arttıkça, top-

lumsal düzeni sağlama ve toplumsal bütünleşmeyi gerçekleştirme işlevi bulunan değer, norm ve anlamlar, bundan böyle bu işlevlerini, ancak genelleşmeleri ve esnekleşmeleri halinde yerine getirebilirler. Bu ise, ilgili değerlerin, normların ve anlamların somut, belirgin, özgül olmaktan ziyade giderek soyut, belirsiz ve genel bir nitelik kazanma yönünde evrimleşmeleri anlamına gelir. Bu, aynı zamanda toplumsal yapı karmaşılaştıkça sosyal dayanışmanın da daha genel, soyut ve belirsiz bir hale gelmesi anlamına gelir. Böylesine gelişen kültürel genelleşme sürecinde değerler ve normlar, asli toplumsal bağlarından koparak bunların dışında bir geçerlilik ve işlerlik kazanırlar, zamanla bir tür ahlaki enfasyona maruz kalarak yavaş yavaş zorunluluk ifade eden niteliklerini yitirerek bağlayıcı olmaktan çıkarlar (Zijderveld, 2007: 226-230).

Toplumsal dayanışma, bütünleşme ve düzen sağlama işlevleri zayıflayan değer, norm ve anlamların bıraktığı boşluğu doldurmak üzere modern toplumlar, resmi organizasyonlara (modern devlet, modern kurumlar), formel, yazılı soyut, genel kurallara (modern hukuk), yaptırımları uygulayacak örgütsel mekanizmalara (polis, jandarma, mahkeme, icra dairesi, cezaevi vb.) hayat verirler.

Modern gelişmelerle birlikte, insanların hayatının parçalı hale gelmeye başlaması, işlevlerin ve amaçların farklılaşması, birleştirici bir dünya görüşüne olan ihtiyacı ortaya çıkarmıştır. Buna bağlı olarak modern yasa koyucular ve modern düşünürler, insan ve toplum hayatındaki boşlukların bir dizi rasyonel kuralla, birleştirici ve kapsayıcı bir ahlaki kurallar bütünüyle doldurulacağını düşünmüşler ve mümkün olduğu kadar şeffaf, müphemliğe, belirsizliğe yer vermeyen bir ortamın oluşumuna katkıda bulunmak istemişlerdir (Bauman, 1998: 15). Ancak bu çabalar, toplumsal yaşamın dinamikliği, esnekliği, değişkenliği karşı-

sında başarılı olamamıştır. İnsanın bireysel ve toplumsal yaşamının, bazı otoritelere veya kurumlarca vazedilen hukuki ve ahlaki kodlarla düzenlenemeyeceği zaman içinde anlaşılmaya başlamıştır. Çünkü, her kodlama faaliyeti, beraberinde statik, istikrarlı, nispeten değişmeyen bir ortamın varlığını da gerektirir. Oysa insani iletişim ve etkileşimin dinamizmi ve devingenliği, öngörülen kodlara, modellere ve kalıplara sığmaz.

Simmel, modern hayatın simgesi olarak özellikle “metropol”u merkeze alarak metropol hayatı üzerinde odaklaşır. Simmel’e göre, metropollerde yaşanan hayat, kasaba hayatına göre insandan daha farklı bir bilinçlilik talep eder. Metropol koşullarındaki insanın sınırları üzerindeki uyarıcıların yoğunluğu, iç-dış uyarıcıların hızlı, kesintisiz değişimi, insanı duygusalardan ziyade daha bilinçli, daha zihinsel bir duruş göstermeye zorlar. Zaten modern hayatın en derin sorunları, ezici toplumsal güçler, tarihsel miras, dışsal kültür ve hayat tekniği karşısında, bireyin varoluşunun özerkliğini ve bireyselliğini koruma talebinden kaynaklanır (2004: 85-86). Metropol hayat koşullarında bir yandan değişiklik, kesinlik, düzenlilik, genellik, soyutluk gibi değerler öne çıkarken; diğer yandan “kişisel öznelğe” yapılan vurgu artmaya başlar. Metropole özgü bıkınlığın, farklılıklara karşı kayıtsızlığın yanında somut bireye onun haklarına ve özgürlüklerine, kişilik, kimlik ve kültür taleplerine yapılan vurgu da artar. Kalabalık arasında kaybolmaya karşı, kimlik talepleri ve bunlarla bağlantılı hak ve özgürlük talepleri de yoğunlaşır. Bir anlamda modern toplumsal yaşamın örgütlü, gayri şahsi, formel yapılarına ve kurallarına karşı yeni ahlaki duyarlılıklar ve sorumluluklar temelinde gelişen yeni talepler söz konusu olur. Formel, resmi örgütlü kural ve yapıların insan yaşantısının dinamizmini, devingenliğini, değişkenliğini bir ölçüde de olsa sınırlama ya da çerçevelemesi söz konusudur.

Medeni kanunların ve anayasaların, sanat eserleri, din, bilim, teknoloji gibi hayatın kesintisiz akışını ve yaratıcı dinamizmini içlerine alarak hayata form, içerik, ufuk ve düzen kazandıran kültürel ürünler olduğunu belirten Simmel, hayata ifade ve gerçekleştirme formları sunan bu eserlerin bir kez ortaya çıktıktan sonra kendilerine özgü sabit bir forma sahip hale geldiklerini ileri sürer. Kendilerine hayat veren tinsel ya da manevi dinamikten ayrı ve bağımsız bir varlığa sahip hale gelen bu formlar, zamanla katılışp sabitleşmeye başlarlar, hayata yabancı ve hatta düşman hale gelirler (2004: 57-58). Ancak hayat ile hayatın bu ürünleri arasındaki mücadele, gerilim ve çatışma da devam eder. Birer form halini alıp, esnekliklerini yitirerek katılışmaya başlayan hayat ürünleri ve bu arada “hukuk”, hayatın akışkanlığı, dinamikliği ve değişkenliği karşısında hayatın gerisinde kalmaya başlarlar. Toplumsal işbölümü, uzmanlaşma ve farklılaşmanın arttığı, kısa süreli, gayri şahsi, geçici ilişkilerin ön plana çıktığı, geleneksel bağların ve yapıların zayıfladığı bir toplumsal ortamda hayat bulan hukuksal değerler, ilkeler, normlar ve mekanizmalar, toplumsal yaşamın karmaşıklığını düzenlemekte, karmaşık, değişken, devingen insan ilişkisi ve davranışlarına yön vermekte yetersiz kalırlar. Böyle bir durumda sürekli olarak genellik, soyutluk, belirlilik, kesinlik, nesnellik gibi değerleri vurgulayan modern hukuk karşısında yeni ahlaki talepler yükselir ve mevcut hukuk düzeninden yakınmalar giderek yoğunlaşır.

Modern kültür ortamındaki insan, bilgili insanlardan, yani “uzman” ya da “otorite” sayılabilecek kimselerden medet uman, onların kılavuzluğuna umut bağlayan insan haline geliyor (Bauman, 2001: 23). Bu durum, insanı “ahlaki sorumluluk”tan uzaklaştırıcı yönde bir etki yaratabiliyor. Kendisine, kendi yargılarına güvenmeyi bırakan, yanlış yapmaktan korkar hale ge-

len birey, bundan böyle yaşantısını etik ve hukuk kodlarına, uzman tavsiyelerine göre düzenlemeye çalışıyor. Bu da onun “öteki-ne karşı”, “öteki için” ahlaki duyarlılığını zayıflatıcı bir sonuca yol açabiliyor. Böylece yasalara, etik kodlara rehberlik atfetme, Fromm’un deyişiyle “özgürlükten kaçan” bireylere ahlaki sorumluluktan da kaçma olanağı sağlamış oluyor. Bu gelişme, aynı zamanda insanı, kendi öznelliğiyle, özerkliğiyle ve sorumluluklarıyla yüzleşmeye de zorluyor. Fromm’a göre, modern kültürde insanın, bir yandan dış otoritelerden, iktidar odaklarından bağımsız hale gelmesi, diğer yandan giderek artan soyutlanmayla birlikte “bireysel önemsizlik” ve “güçsüzlük” duygusu söz konusudur. Bireyleşme süreci, diyalektik bir süreç olup bu aynı zamanda çocuğun, fiziksel, coşkusallık ve zihinsel alanlarda giderek daha güçlü hale gelmesini, bu alanlar arasında bütünleşen bir yapının ortaya çıkmasını ifade eder. Böylece bir yandan özgürleşip bağımsızlaşan birey diğer yandan giderek artan “yalnızlık duygusu” ve “güvenlik endişesi” yaşar (1995: 35-45).

Modernliğin üç temel sıkıntısının “bireycilik”, “araçsal akıl” ve “siyasal katılımın azalması, özel yaşamın vurgulanması” olduğunu ifade eden Taylor, bundan böyle yaşamımızda geleneksel yapıların ve hiyerarşilerin zayıfladığı, mevcut yapıların büyüünün çözüldüğü bir durumla karşı karşıya kaldığımızı düşünür. Taylor’a göre, artık insanların kendi yaşam tarzlarını saptayabilecekleri, inançlarını, yaşama biçimlerini bilinçli olarak seçebilecekleri ileri sürülüyor ve bu çerçevede önemsenen hakların hukukun ve yargının koruması altında olduğu belirtiliyor. Belirli bir amaca ulaşmak için araçların en ekonomik olarak nasıl kullanılacağını hesaplarken baş vurduğumuz akılcılık türü olan “araçsal akıl”, başarının ölçüsü olarak “maksimum verimlilik” ve “en iyi birim maliyeti” öne çıkarıyor. Özel hayatın vurgulanması, katı-

lının düşmesi ve bireysellik, araçsal aklın siyasal yaşam üzerindeki sonuçları olarak ortaya çıkıyor ve birçok konuda “ciddi ahlaki değerlendirme” yapılmasını anlam-sızlaştırıyor. Bireyciliğe, merkezileşmeye, bürokratikleşmeye, araçsal akla, devlet ve piyasa gibi yapılara vurguda bulunan modern kültür, bir yandan bireye egemen yapıları öne çıkarırken, diğer yandan bireyciliğe ve bireysel tercihlere yaptığı vurguyla göreceli bir ahlak anlayışına da vurgu yapmış olmaktadır (1995: 9-21).

Friedman’a göre, geleneksel yapılardaki ilişkiler, güçlü bir şekilde dikeydi ve bu yapılarda yukarıdan aşağıya doğru açık bir otorite çizgisi vardı. Örneğin, geleneksel aile yapısında babanın tüm aile üzerindeki, annenin ise çocuklar üzerindeki otoritesi gibi. Oysa modern toplumda kimlik ve otorite ilişkileri çok daha “yatay”dır. Böyle bir yapıda insanlar, diğerleriyle ilişkiler kurma serbestisine daha fazla sahiptirler. Artık eski, sıkı, dikey kimliklerin ve ilişkilerin gevşediği, esnediği, daha az zorlayıcı oldukları bir dünyada yaşıyoruz. Başka bir deyişle, giderek dikey kimlikten yatay kimliğe, daha açık bir kimliğe, dikey sosyal yapıdan yatay sosyal yapıya geçiş sürecini yaşamaktayız (2002: 14-16). Eskiden toplumun kutsal zamana dayanan bir dikeyliği olduğunu ve bunun modern toplum koşullarında kaybolduğunu belirten Taylor, “modern yatay toplum ilkesi tamamen farklıdır: Her birimiz merkeze eşit uzaklıktayız, bütüne doğrudan açığız. Doğrudan erişim toplumu dediğimiz şeyin tanımıdır bu. Hiyerarşik bir kişiselleştirilmiş bağlar düzeninden gayri şahsi eşitlikçi bir düzene, dikey bir dolaylı erişim dünyasından yatay, doğrudan erişimli toplumlara geçtik” der (2006: 156).

Modern toplum koşullarında, geçmiş geleneksel yapıların aşiret, kabile ve dinsel bağlarından sıyrılan bireyler, daha büyük gruplara bağlanma yönünde bir

serbestlik kazanırlar. Zaten modernleşme de insan yaşamının küçük moleküler birimlerini daha büyük birimlere bağlama süreci olarak da tanımlanabilir. Ancak bu süreç geliştikçe atomlar ve moleküller arasındaki yapışkanlık da azalır ve bunlar daha gevşek bağlarla bağlı oldukları bir bütünün parçası haline gelirler (Friedman, 2002: 36). Modern devlet ve diğer toplumsal bütünlere erişimin doğrudan bir nitelik kazandığı modern yatay toplum, hiyerarşik aidiyetin heterojenliğini ortadan kaldırarak tek tipleştirir ve eşitler. Birey ile toplumsal bütünlükler arasındaki eski aracı yapıların gerilemesinden dolayı birey, daha bağımsız hale gelir ve birey olarak özbilinci gelişir (Taylor, 2006: 157).

Modernleşme sürecinde özellikle 18. ve 19. yüzyılda yoğunlaşan sosyo-ekonomik gelişmeler, ulaşım ve iletişim teknolojisindeki ilerlemeler, kültürel yapıda ve insanların zihniyet dünyasındaki esaslı değişiklikler ve bireycilik yönündeki eğilimler, yeni bir ahlak ve hukuk anlayışını da zorluyor. Eşitlik ve özgürlük temelinde gelişen bir insan hakları ve özgürlükleri anlayışı, bireysel tercihlerin kutsandığı, özel yaşamın vurgulandığı yeni bir ahlak anlayışı da şekilleniyor. Aynı zamanda, modern yatay toplum koşullarında gerek yerel gerekse küresel ölçekte paylaşılan değer ve düşüncelerin artması ve yaygınlaşması, evrensel çapta da bir değişime zemin oluşturuyor. Böyle bir ortam içinde, geleneksel yapının sağladığı duygusal yakınlığı ve güvenliği kaybeden bireyler, bir yandan kendi bireyselliklerini ve öznelliklerini kutsayan bir ahlak anlayışının gelişmesine hayat verirken, diğer yandan kendilerini baskılayan ve sınırlandıran hiyerarşik bürokratik yapılara karşı tepki geliştirerek ahlaki ve hukuki açıdan evrensel düzeyde sadece yurttaşlık temelinde değil, “insan” olma ortak noktasından hareketle hak ve özgürlükler anlayışının gelişmesine katkıda bulunuyorlar.

Modernleşme sürecinde, tutkular, coşkular, duygular karşısında “akıl”a ve “akılcılık”a yapılan vurgu da ahlaki ve hukuki bakımdan çok önemli sonuçlara yol açmıştır. Hukuk ve ahlak alanında, adeta tutkular ve duygular dışlanmış; hukuk kurallarının genel, soyut, nesnel özelliklere sahip olmaları gerektiği ileri sürülmüş, ahlak alanında ise neredeyse tüm insanlar ve insanlık için yasa haline gelmesi gereken “ahlaki kodlar” geliştirilmeye çalışılmıştır.

Bauman, akıllı, “tutkular ehilileştirildiği ya da söndürüldüğü ve artık bizi harekete geçirmede zaman ne yapacağımızı bize söyleyeceğini umduğumuz şey” olarak tanımlar (2005: 220). Akıllık ve duygu arasında yapılan ayrımı sorunsallaştıran Mestrovic, günümüzün giderek haber yapımcılar tarafından yaratılmış canlı bir haber çağı haline geldiğini, böyle bir yapı içinde kendiliğinden bir duyguya kapılmaya, sahici bir duyguya sahip olmaya yer kalmadığını savunarak “duygu ötecilik”in, duygusal karmaşayı önlemek, duygusal ilişkilerde başıboşluğu engellemek, duygusal hayatın “vahşi” bölgelerini medenileştirmek, toplumsal dünyayı bir makine kadar pürüzsüz işletmek üzere tasarlanmış bir sistem olduğunu belirtir (1999: 278). Böylece, bir yandan duyguların, tutkuların, coşkuların, sezgilerin ve değerlerin içinde yer aldığı “yaşam dünyası” ile diğer yandan akla dayalı olarak gelişen mübadele ilişkilerinin hesaplı dünyası, örgütlü bürokratik hiyerarşik yapılara dayalı “sistem dünyası” birbirinden ayrıştırılmış olunur. Modern toplumdaki insanın giderek örgütlü, hiyerarşik bürokratik yapı (devlet, siyasal partiler, sendikalar, kamu kurumları, kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları vb.) tarafından kuşatılıp sınırlandırılması, akıl temelinde geliştirilen hukuki ve ahlaki kodlarla çerçevelenmesi, bireysel ilişkilerin duygu, tutku, sezgi dolu dünyasını engellemektedir. Başka bir deyişle, sistem dünyanın katı kurallara dayalı statik, baskılayıcı

bürokratik dünyası ile insani duygulardan ve tutkularından beslenen yaşam dünyasının dinamikliği ve esnekliği çatışmaktadır. Bu da günümüzde hukuki kodlar temelinde gelişen hukuk anlayışını, resmi, biçimsel, soyut hukuk sistemini sorgulama yönünde bir çabaya yol açmaktadır.

Modern düşüncede; “özgür” ve “sorumlu” bir varlık olarak bireyin kendi kendisini inşasına pek önem verilmemiş, bunun yerine insan davranışlarını açıklamakta “çıkâr” ya da “hazzın” akılcı bir şekilde izlenmesi, toplumsal yaşamın devamı bakımından gerekli işlevlerin yerine getirilmesi üzerinde durulduğunu ileri süren Touraine’ye göre günümüzde;

Meşruiyet, iyiyle kötünün tanımları artık, laik olsunlar dinsel olsunlar, kurumlardan gelmiyor. Her yerde ve her biçim altında en çok arzulanan, bireylerin ve grupların kendi içlerinde, kurumların ürettiği her türden yasa ve her türden normun ötesinde tanınma ve saygı görme hakkına sahip olduklarının tanınması. Bu gereklilik, genellikle cemaatçi bir biçim alıyor, ama daha genel bir şekilde de bireyin kendi kendini gördüğü gibi, kendi özgürlüğüne ve sorumluluğuna göre var olma hakkını talep ediyor (2008: 15).

Solomon’a göre, adalet duygusu, içinde birçok duygunun, beklentinin ve talebin kaynadığı bir kazandır. Adalet duygumuz, esasında bir ilkeyle değil, “Bu haksızlık!” diyen bir hisle başlar. Ahlakın duygulardan, aklın tutkularından soyutlanması, sonuçta adaletin duygulardan bağımsız ve yansız olduğuna, iş ve işlemlerinde kişisel duyguların yeri olmadığına karar verilerek tüm duygular ve tutkular, sadece kişiyi ilgilendiren hisler konumuna indirgenmiştir (2004: 245-246).

Modernlik, bürokrasi ve iş dünyası olarak iki büyük kuruma hayat verdi. Bunların her ikisi de duyguların öldürülmesine ya da en azından sınırlandırılmasına dayanır.

Rasyonalite ve rasyonelleştirme araçları, duygunun düşmanları olarak yüceltilirler. Temel ilke gayri şahsılıktır. Egemen zihin “yasamacı” zihindir. Esas olan sıkı bir denetim ve katı kurullar eliyle yönetimdir. Buna göre örgütler, kodlanmış bir kural-lar mantığı ile idare edilmelidir. Örgütler, etkin işlemek için örgüte bağlılık ve iş arkadaşlarına bağlılık duymayı, ödevini yapmaya hazır olma duygusunu talep ederler. Kişinin, acı çekene yardıma yönlendirebilen veya acıya neden olmaktan kaçınmasını sağlayabilen duygulardan uzak kalmasını, yani “vicdanının sesi”ni duymamasını isterler (Bauman, 2001: 332-335). Böylesi bir anlayışı içselleştirmiş örgüt çalışanları, yargı sürecinde “verilen emirleri yerine getirdim”, “yasaların emrettiği görevleri yaptım”, “üstlerimin talimatlarına uyudum” şeklinde savunma yapan Alman Naziler gibi bir tutum ve davranış geliştirmeye başlarlar.

Nitekim, Nazi Almanyası’nda Yahudilerin gettolara ve toplama kamplarına naklinden sorumlu Otto Adolf Erchmann, 1960 yılında yakalanmasından sonra İsrail’de gerçekleşen yargılama sürecinde; “yasalara bağlı bir vatandaşın görevleri arasında kabul ettiği şeyleri yaptığını, sadece amirlerinin emirlerine göre hareket ettiğini, yasalar çerçevesinde kalmaya her zaman özen gösterdiğini” söylemiştir. Ayrıca Erchmann’ın anlattıklarında, Führer’in emirlerine olağanüstü bir bağlılık gösterdiği, Führer’in ağzından çıkan her kelimenin “kanun” sayıldığı, bunun dışında Führer’in hiçbir emrinin yazılı olması gerekmediği de anlaşılmaktadır (Arendt, 2009: 154). Böylesi, yaptıklarının “iyi” ya da “kötü” olduğuna bakmaksızın görevlerini yaptıklarını, ahlaki açıdan tarafsız bir konumda kaldıklarını, inanç ve duygularını görevlerine yansıtmadıklarını söyleyeceklerdir. Bunlar için asıl olan, örgüt içinde yapılan işin etkinliği ve verimliliğidir. Böyle bir örgütsel yapı, hiç kuşkusuz çalışanlarını

büyük ölçüde “ötekine karşı sorumluluk” duyan, “öteki için” yaşayan ahlaki öznelere olmaktan çıkarak resmi kurallara ve buyruklara göre hareket eden bir yapının makine benzeri elemanları haline getirecektir.

Örgütün ya da bürokrasinin, insan davranışını, “ideal rasyonellik” koşullarına uydurma gayretinde olduğu ve bu niteliğiyle ahlaki kaygıları, yani “ötekine karşı sorumluluk” duymayı bir kenara bırakmayı gerektirdiğini söyleyen Bauman’a göre;

... Örgütün her üyesinin görevi basit bir seçime indirgenir: Emre itaat etmek ya da etmemek. Bu görev, aynı zamanda bir bütün olarak örgütün gözetlediği bütünsel amacın küçük bir parçasına indirgenir. Öyle ki fail, eyleminin bütün sonuçlarını görmek zorunda değildir. İnsanlar, görmedikleri uğursuz sonuçları alan ve varlıklarından bile haberdar olmadıkları şeyler yapabilirler... En önemlisi, örgüt ahlaki sorumluluk yerine uygun davranışın en üstün kıstası olarak disiplini koyar (“Ben sadece emirleri yerine getirmekteyim”, “yalnızca işimi iyi yapmaya çalıştım” ifadeleri en popüler ve tartışma götürmez özürlere olmaktadır). Örgütün üyesi, üstlerinin kurallarına ve emirlerine sıkı bir biçimde uyduğu müddetçe ahlaki kuşklardan muaf tutulur. Farklı koşullarda düşünülmeceği olan, ahlaki bakımdan kınanması gereken bir eylem, birden bire mümkün ve görece yapılması kolay hale gelir (1998: 146-147).

Elias’a göre de, modern ya da uygar toplumun giderek daha fazla kesin kurallara ve yasalara tabi ya da bağımlı hale gelmesi, insani duyguların dışı vurumunun yavaş yavaş orta çizgiye doğru kayarak ılımlılaşması söz konusudur. Merkeziyetçi yapıların belirginleştiği, işbölümü, uzmanlaşma ve işlevsel farklılaşmanın başat hale geldiği modern toplum yapılarında tekil insan, şiddet tekelinin devlet yapılarına geçişi nedeniyle kendi güvenliğini sağlamak ve savunmasını yapmak durumunda kal-

madığından pasifleşir. Kendini sınırlandırma, tutkularını ve duygularını özdenetim yoluyla bastırma yoluna gider. Bu da tekil insanın davranışını ve duygu dışavurumunu bu yönde şekillendirir (2002: 307-312). Zaten Elias, uygarlaşma sürecini, aynı zamanda insanın duygularını, tutkularını ve coşkularını bastırdığı veya bastırmayı öğrendiği bir süreç olarak düşünür. Böyle bir süreçte insanlar, daha fazla bastırılan, daha fazla özdenetim kazanmış varlıklar halini alırlar. Bundan böyle bireysel yaşantılara ve toplumsal yaşama ilişkin birçok şey, başta devlet olmak üzere örgütsel yapılardan beklenir. Toplumsal hayat içinde sergilenen tutum ve davranışların sonuçları da devlete ve bürokrasi gibi örgütlü yapılara atfedilerek ahlaki sorumluluklardan kaçınılır. Çünkü artık ahlaki duyarlılıkların ve sorumlulukların yerine örgütsel yapıların işlevleri, yetki, görev ve sorumlulukları geçmiştir. Böyle bir durum, giderek daha fazla hukuk, daha çok hukuksallaştırma ve örgütsel yapılanma yönünde bir eğilimi güçlendirir. Sonuç olarak denebilir ki, bireysel duyguların, taleplerin, istek ve arzuların hem dıştan bastırıldığı, hem de bizzat birey tarafından giderek artan özdenetim yoluyla kontrol altında tutulduğu modern kültür ortamında “ahlaki duyarlılıklar ve sorumlulukların” gelişmesi bakımından zayıflatıcı veya engelleyici olumsuz bir durumun varlığı söz konusudur.

Modern kültürde, giderek toplumsal yaşamın tüm alanlarını kapsamaya başlayan bütünlük ve genelleşmiş bir hukuk ortaya çıkmaktadır. Modern kültürde yasalara “özerk” veya “otonom” bir gerçeklik muamelesi yapılmakta olduğunu belirten Neocleous’a göre, “Yasal fetişizmin bu kadar yaygın olmasının nedenlerinden birisi de birçok kişinin hukukun adaletin temeli olduğuna dair liberal mite boyun eğmiş olmasıdır. Bu nedenle kanun hakimiyetine dayanan herhangi bir düzen adil olarak sunulmaktadır (2006: 196). Günümüzde gide-

rek daha çok duyar hale geldiğimiz “kanun hakimiyeti”, “kanuni yönetim”, “kanun adamı” deyişlerinin temelinde de bu gelişmelerin yattığını söyleyebiliriz. Modern toplum hayatının yarattığı düzensizlik, emniyetsizlik, güvenlik kaygı ve koşulları, “kanun”a, “hukuk”a yapılan vurguyu öne çıkarmakta ve “kanun”lu, “hukuk”lu deyimlerin yaygınlığını artırmaktadır.

Küresel Kültür, Hukuk ve Ahlak

Günümüzde ahlaki değerlere ve normlara hayat veren, bunları aktaran sosyal ilişki ve etkileşim ortamları, sadece yerel ya da ulusal sınırlar çerçevesine dahil edilemez bir kapsama ulaşmıştır. Siyasal, ekonomik, kültürel, ticari ve askeri açıdan giderek genişleyen ve yoğunlaşan toplumlar ya da kültürler arası iletişim ve etkileşimler, potansiyel olarak tüm insanlığı kuşatacak bir nitelik taşımaktadır. Bu çerçevede giderek dünya çapında gerçekleşmekte olan ilişkiler, alınan kararlar, sergilenen tutum ve davranışlar, başkalarını veya ötekilerini derinden etkileme gücüne ulaşmaktadır. Böyle bir durum, hiç kuşkusuz beraberinde küresel düzeyde hukuk ve ahlak tartışmasını da zorlamaktadır. Örneğin, bugün daha ziyade ulus-devlet sınırları ve egemenliği bağlamında düzenlenen vatandaşlık ilkele-ri, hakları ve görevleri çerçevesinde oluşan hukuk, yaşamın tüm karmaşıklığını, çeşitliliğini, dinamizmini kavramakta ve karşılamakta yetersiz kalmaktadır. Her şeyden önce, insani ve toplumsal yaşamın günümüzde giderek kazandığı küresel boyut karşısında insan ilişkilerini ve davranışlarını yalnızca hukuki kodlarla çerçeveleme, bunlara hukuki kurallarla yön verme çabaları yetersiz kalmaktadır. Diğer yandan içinde yaşadığımız dönemin koşullarında artan ölçüde karmaşılaşan, çeşitlenen ve hareketlenen insanlar arası etkileşimleri; kültürler, toplumlar ve ülkeler arası ilişkileri sadece hukuki kurallarla düzenlemek mümkün olamamaktadır.

Nitekim, uluslarötesi veya uluslararası düzeyde başta Birleşmiş Milletler Örgütü olmak üzere Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, NATO, Dünya Bankası, Dünya Ticaret Örgütü ve Uluslararası Para Fonu gibi bugün sayıları giderek artan organizasyonlar bünyesinde ve aracılığında gerçekleştirilen hukuki kodlar oluşturma yönündeki çabalar, büyük bir kapsam ve içeriğe ulaşmış bulunmaktadır. Ancak, tüm bunlara rağmen siyasal, ticari, askeri vb. yönlerden ülkeler arasında ortaya çıkan sorunlar, küresel ölçekteki çevre, ekolojik denge, yoksulluk, savaş ve salgın hastalıklar gibi meseleler olanca ağırlıkları ile varlıklarını sürdürmektedirler. Bütün bu gelişmeler, beraberinde küresel ölçekte adalet ve ahlak tartışmalarını da getirmektedir. Çünkü, görünen odur ki, insanlığın temel sorunlarına sadece ulusal ya da yerel düzeye kapılarak, yalnızca hukuki alanda kalınarak herhangi bir çözüm getirilememektedir.

Bugün ulusötesi göçlerden, mültecilerden, sığınmacılardan, çatışmalardan ve savaşlardan kaynaklanan olgular, modern toplum koşullarındaki ahlak-hukuk çelişkisinin küresel boyuttaki önemli alanlarını ve örneklerini oluşturmaktadır. İçinde yaşadığımız şu dönemdeki mevcut hukuki düzenlemeler, halen mevcut “vatandaşlık statüsü”nü aşamazken birçok mesele ahlaki açıdan giderek daha fazla insanın kabülüne mazhar olmaktadır.

Gerek mekan, gerekse zaman bakımından mesafelerin teknolojik, ekonomik ve siyasal bakımdan ortadan kaldırılmasının insanlık durumlarını yükseltecek yerde kutuplaşma eğilimini güçlendirdiğini belirten Bauman şöyle devam eder:

Bazı insanları bölgesel kısıtlamalardan özgürleştirir ve topluluktan kaynaklanan belirli anlamları ülkelerüstü hale getirir; bu arada, öteki insanların kapalı kalmaya devam ettikleri bölgeyi anlamından ve kimlik oluşturma kapasitesinden soyar.

Bazı insanlar için bu, fiziksel engellerden görülmemiş bir özgürlüğe ve iştirilmemiş bir hareket etme ve uzaklarda eyleme yeteneğine işaret eder. Ötekiler için, başka yere hareket etme özgürlüğü konusunda pek az şansa sahip oldukları yerelliği edinmelerinin ve oraya yerleşmelerinin imkansızlığını işaret eder. Artık fazla anlam taşımayan mesafeler ya da her durumda mesafelerle ayrılmayan yerellikler de anlamlarının çoğunu kaybetmişlerdir (2005: 232).

Günümüzde insanlar, bir yandan giderek artan ölçülerde çok uzak mesafede bulunan ötekilerini etkileyebilmekte, diğer yandan onların karar, davranış, fikir ve eylemlerinden etkilenebilmektedirler. Başka deyişle bazı kimselerin ve aktörlerin fikir, karar ve eylemleri çok uzaklarda ve farklı dünyalarda yaşayan insanları etkileyebilen ahlaki sonuçlar doğurmaktadır.

Yerel aktörlerin, kuruluşların ve kurumların anlam ve değer yaratma, sorunları müzakere etme kapasiteleri zayıflamakta, anlam ve değer üretimine hayat veren insani faaliyetlerin mekanı yurt ya da yer ötesi bir nitelik kazanmaktadır. Modern kültürün başat değerleri olan belirlilik, kesinlik ve düzenliliğin yerini küresel ölçekte belirsizlikler, düzensizlikler, kararsızlıklar ve müphemlikler almaktadır. Müphemiyetin, belirsizliğin arttığı günümüz koşullarında toplumsal düzeni sağlamak, toplumsal ilişkileri ve etkileşimleri çerçevelemek bakımından hukuki kural ve yaptırımlar yetersiz kalmaktadır. Aynı şekilde modern hukuk ile birlikte modern devlet yapıları da aşınmaktadır.

Devletin egemenliğinin üç temel boyutu olan iktisadi, askeri ve kültürel boyut, bundan böyle küreselleşme şartlarında parçalanmıştır. Başka deyişle devletler, ekonomilerini düzenleme, savunmalarını gerçekleştirme, kimlik oluşturma kapasitelerini kaybetmektedirler. Küresel finans, ticaret ve bilişim endüstrisindeki gelişme-

ler, giderek parçalı ve zayıf siyasi birimlere yol açmaktadır. Mevcut modern devlet yapıları, yukarıda zikredilen unsurların hareket serbestileri ve amaçlarına ulaşmak yönünde sahip oldukları özgürlükler karşısında yetersiz kalmaktadır (Bauman, 2005: 236). Böyle bir ortamda yerel veya ulusal düzeydeki özgürlük, eşitlik, adalet, kamusal iyilik, kamusal fayda gibi değerler anlamlarını kaybetmektedir.

Küresel kültür şartlarında bireycilik, bireysel, özel hayata odaklanma, küçük grup kimliklerine yönelme, ulaşım ve iletişim teknolojilerindeki gelişmelerle, imalat, ticaret, turizm ve spor gibi birçok alanda gerçekleşen işbirliği ve rekabetlerle bir arada bulunmaktadır. Bütün bunlar, gerek hukuk gerekse ahlak alanında önemli sonuçlar yaratmaktadır.

Sonuç

Modern düşünce, düzenliliği, kesinliği, belirginliği, hesap edilebilirliği, öngörülebilirliği vurgulayan bir düşüncedir denebilir. Modern düşüncenin öne çıkardığı bu ve benzeri değerlerin, modern toplum hayatında ve modern kültürde birebir karşılığının olması gerekmez. Modernleşme sürecinde ev ile işyerinin ayrılması, kamusal alan-özel alan yarışmasının belirginleşmesi, iktisat ve siyasetin ayrı bilim dalları olarak şekillenmesi, bilim, felsefe, sanat, hukuk ve ahlak alanlarının birbirinden ayrılması vb. olgular, modern kültürde düzensizliğe, müphemliğe, muğlaklığa, tesadüfiliğe yer kalmadığı anlamına gelmez. Toplumsal yaşamın değişkenliği, dinamizmi, canlılığı ve karmaşıklığı gibi faktörler, modern düşüncenin kesinliğe, belirginliğe, netliğe, düzenliliğe yaptığı vurguyu tartışılır kılar.

Modern toplum koşullarında, pozitif hukukun, pozitif hukuk biliminin, hukukun üstünlüğünün ve bağlayıcılığının yoğun bir şekilde vurgulanmasının, hukukun, arkasında devletin örgütlü gücü bulunan

maddi yaptırım, ağırlıklı olarak soyut, genel, objektif ve yazılı kurallar bütünü olarak değerlendirilmesinin temelinde modern düşüncenin yukarıda zikredilen özelliklerinin bulunduğu söylenebilir.

Belirsizliğin, muğlaklığın, rastlantısallığın kaçınılması gereken değerler olarak görüldüğü modern düşüncede; her şeye kadir, her yerde hazır ve nazır, neredeyse toplumsal yaşamın bütün alanlarına ve ayrıntılarına nüfuz eden modern devlet anlayışının ve bu anlayışla birlikte, insan eliyle yaratılmış, planlanmış ve öngörülmüş yazılı, formel hukuk kurallarına ve mekanizmalarına, örgütlü hukuki yapılara önem ve öncelik veren bir yaklaşımın niçin bu denli kabul gördüğüne şaşmamak gerekir.

Oysa modern kültürde, tıpkı modern öncesi kültürlerde rastlandığı şekilde insan yaşamının bütünüyle kapsadığı bir toplumsal ilişkiler ve etkileşimler ortamından söz edilemez. Modern kültür ortamında belirli bir topluluk veya cemaatin, kendi mensuplarının tümünün yaşamını ve ilişkilerini belirleme kapasitesinde olduğundan bahsetmek güçtür. Böyle bir kültürde birey, iletişim, ilişki ve etkileşimlerini belirleyen, kuşatıp sarmalayan referans çerçevelerinden, ilişki ve davranışlarına kılavuzluk yapacak nispeten kalıcı değer ve normlardan yoksun kalmaya başlar. Böyle bir ortamda, yaygın sosyalleşmeyle kazanılan ve diğer sosyal düzen kuralları olarak da adlandırılan din, ahlak gibi alanlardaki değer ve normların, gelenek ve göreneklerin bırakmakta olduğu boşluğu doldurmak üzere insan eliyle yaratılan, “yasa koyucu” otoriteler olarak adlandırılan makamlarca vazedilen hukuki kurallar, formel resmi uyumsuzluk çözme mekanizmaları ve müesseseleri modern toplum hayatındaki yerini alır.

Statü ve rollerin hukuk yoluyla ayrıntılı olarak belirlendiği, görev ve sorumlulukların şekillendirildiği, kesinlik, yazınlık, istikrar, düzenlilik, gayri şahsilik gibi de-

ğerlerin vurgulandığı, bürokratik hiyerarşik örgütlenmenin kutsandığı modern kültür ortamında; doğal olarak duyguya karşı akıl, şahsi olana karşı gayri şahsilik, tutku ve sezgiye karşı rasyonel olan, hukuki olarak nitelenen önem ve önceliğe sahip olacaktır.

Böylesi bir kültürel ortamda; ahlaki değerler ve normlar nasıl ve ne kadar üretilebilir, adalet duygusu ne denli gelişebilir sorusunu sormak ve bu sorulara cevap aramak büyük bir öneme haiz olacaktır.

Biliyoruz ki, “ötekine karşı” veya “öteki için” sorumluluk temelinde gelişebilen ahlaki duygu, değer ve normlar, modern düşüncenin ve modern kültürün öne çıkardığı ilkeler ve esaslar bağlamında yeterince oluşma imkanı bulamayacaktır. Çünkü ahlaki ilkeler, insani ilişkilerin kısıtlandığı, formel bürokratik prosedürlere bağımlı kılındığı, gayri şahsiliğin ön plana çıkarıldığı bir ortamda gelişemez. Ahlaki değer ve norm yaratımının sınırlandığı modern toplum hayatında, sürekli iletişim ve etkileşim halinde olan insan ilişkilerine ve davranışlarına sadece soyut, standart, yazılı, formel hukuk kuralları ve mekanizmalarıyla yön verilemez. Çünkü gerek insan yaşamı gerekse toplumsal yaşam, büyük ölçüde kararsız, dinamik, karmaşık bir yapı arz eder. Böyle bir yapı içinde sadece akla değil, aynı zamanda tutkulara, sezgilere, duygulara ve coşuklara, inançlara da yer vardır. Böylesi zengin ve karmaşık yanları bünyesinde barındıran bireysel yaşamın ve toplumsal hayatın, yalnızca modern düşüncenin vurguladığı akıl yoluyla, insan eliyle ve muhakemesiyle yaratılan hukuki kural ve müesseselerle kapsanması ve çerçevelenmesi mümkün olamaz. Bir kez daha vurgulamak gerekir ki, insan ilişki ve davranışları, sadece akıl, bilgi ve bilme temelinde gerçekleşen durumlar değil; aynı zamanda duygu, düşünce, değer, sezgi, alışkanlık ve güdü gibi unsurlar bağlamında gerçekleşebilen ilişki ve davranışlardır. Ayrıca insan

ilişkilerine ve davranışlarına yön verebilen akıl, duygu, sezgi ve güdü gibi etkenler arasında kesin bir ayırım da yapmak mümkün değildir.

Modern hukukun, soyut, genel ve objektif olduğu vurgulanan kurallarıyla, akılcı temelde gerekli organlar eliyle yaratılan standart prosedür ve mekanizmalarıyla bireysel ve toplumsal yaşamın çeşitliliğini, çoğulluğunu ve farklılığını kavrayabilmesi düşünülemez. Ayrıca sürekli olarak standartlaşmaya, düzenliliğe, öngörülebilirliğe, kesinliğe verilen önem, tekdüzeleşmeyi veya tek tipleşirmeyi teşvik eder. Böyle bir kültürde bireyler, her şeyi veya bir çok şeyi modern hukuktan ve modern devletin bürokratik organizasyonlarından bekleme eğilimi geliştirirler. Birey, kendi ahlaki sorumluluğunu, kusurlarını ve eksikliklerini, modern devlet kurumlarına ve modern hukuk kurallarına ve mekanizmalarına atfetme yoluna gidebilir. Böyle bir tutumun, ahlaki duyarlılıkların ve sorumlulukların gelişip serpilmesini engelleyici ya da zayıflatıcı bir sonuç yaratabileceğini görmek zor alması gerek.

Günümüzde hukuk, modernleşme sürecinde şekillenen yapısıyla, dışarıda ya da kenarda kalanı, dışlanmış olanı veya marjinal olanı kapsamakta zorlanıyor. Çoğulluğun, farklılığın ve çeşitliliğin önemsenen değerler haline geldiği bir kültürel ortamda modern hukuk anlayışı yetersiz kalmaktadır.

Belki de bundan böyle, bütün insan ilişkisi ve davranışlarına çerçeve oluşturabilecek hukuki ve etik kodlar oluşturma arayışından vazgeçmemiz; bireysel ve toplumsal yaşamın, zamandan ve toplumsal bağlamından koparılmış tarih dışı kodlarla düzenlenemeyeceğini kabul etmemiz gerekiyor. Bu kabul çerçevesinde; günümüzün modern toplum koşullarında, hukuk ve hukuki mekanizma ve organizasyonları, her türlü derde derman olarak görmek yerine, içinde siyasetin, iktisadın, kültürün, insan

ilişkisi ve etkileşimlerinin bütün canlılığı, çoğulluğu, çeşitliliği ve farklılığı bağlamında yaşandığı bir toplumsal ortamın oluşumuna katkıda bulunabilecek temel faktörlerden biri olarak görmek uygun olacaktır denebilir.

KAYNAKÇA

- Arendt, Hannah (2000), İnsanlık Durumu, Çev., Bahadır Sina Şener, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Arendt, Hannah (2009), Kötülüğün Sıradanlığı, Çev., Özge Çelik, İstanbul: Metis Yayınları.
- Bauman Zygmunt (2000), Postmodernlik ve Hoşnutsuzlukları, Çev., İsmail Türkmen, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (1997), Modernite ve Holacoust, Çev., Süha Sethabiboğlu, İstanbul: Sarmal Yayınevi.
- Bauman, Zygmunt (1998), Postmodern Etik, Çev., Alev Türker, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (1998), Sosyolojik Düşünmek, Çev., Abdullah Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (1999), Küreselleşme, Çev., Abdullah Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (2000), Siyaset Arayışı, Çev., Tuncay Birkan, İstanbul: Metis Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (2001), Parçalanmış Hayat: Postmodern Ahlak Denemeleri, Çev., İsmail Türkmen, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (2003), Modernlik ve Müphemlik, Çev., İsmail Türkmen, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Bauman, Zygmunt (2005), Bireyselleşmiş Toplum, Çev., Yavuz Alogan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

- Benhabib, Şeyla (2006), Ötekilerin Hakları: Yabancılar, Yerliler, Vatandaşlar, Çev., Berna Akkıyal, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Elias, Norbert, Uygarlık Süreci Cilt 2, Çev., Erol Özbek, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Friedman, Lawrence M. (2002), Yatay Toplum, Çev., Ahmet Fethi, İstanbul: Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları.
- Fromm, Erich (1995), Özgürlükten Kaçış, Çev., Şemsa Yeğin, İstanbul: Payel Yayınları.
- Gorz, Andre (2001), Yaşadığımız Sefalet, Çev., Nilgün Tural, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Heller, Agnes (2006), Bir Ahlak Kuramı, Çev., A. Yılmaz-K. Tütüncü-E. Demirel, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- MacIntyre, Alasdair (2001), Erdem Peşinde: Ahlak Teorisi Üzerine Bir Çalışma, Çev., Muttalip Özcan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları
- Markus, Gyorgy (1999), “Kültür Toplumu: Modernliğin Kuruluşu”, G. Robinson ve J. Rundell (der.), Tahayyül Gücünü Yeniden Düşünmek, Çev., Ertuğrul Başer, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 29-50.
- Mestrovic, Stjepan (1999), Duyguötesi Toplum, Çev., Abdullah Yılmaz, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Neocleous, Mark (2006), Toplumsal Düzenin İnşası: Polis Erkinin Eleştirel Teorisi, Çev., Mehmet Belmen, İstanbul: Boğaziçi Üniversitesi Yayinevi.
- Özlem, Doğan (2010), Etik-Ahlak Felsefesi, İstanbul: Say Yayınları.
- Simmel, Georg (2004), Modern Kültürde Çatışma, Çev. T. Bora – H. Kalaycı – E. Gen, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Simmel, Georg (2009), Bireysellik ve Kültür, Çev., Tuncay Birkan, İstanbul: Metis Yayınları.
- Solomon, Robert C. (2004), Adalet Tutkusunu, Çev., Ertuğrul Altınay, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Taylor, Charles (1995), Modernliğin Sıkıntıları, Çev., Uğur Canbilen, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Touraine, Alain (2008), Başka Türlü Düşünmek, Çev., Mehmet Morali, İstanbul: Kırmızı Yayınları.
- Zijderveld, Anton C. Sahnelik Toplum, Çev., Kadir Canatan, İstanbul: Pınar Yayınları.

ESKİŞEHİR TOPLANTISI

AÇIŞ KONUŞMASI

Nüvit GEREK*

Sayın Katılımcılar, Değerli Konuklar, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Camiasının Değerli Mensupları;

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanlığı'nda düzenlenen “Yargı: Kurallar, Kurumlar, Kararlar” kolokyumuna katılımınızla bizleri onurlandırdığınız için hepinize çok teşekkür ediyorum. Üç gün sürecek kolokyum programının hem ülkemizdeki Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi literatürüne hem de kolokyumun konusunu oluşturan yargı dünyamıza katkı sunması dileklerimi ifade etmek isterim.

Değerli Konuklar,

Güvenceli bir yaşamı borçlu olduğumuz hukuk kavramı, yüzyıllardır, farklı filozof ve düşünürlerin anlayışları, farklı devlet ve siyaset adamlarının şekillendirmeleri ve farklı toplumların yön vermeleri ile bugünkü evrensel düzeyine ulaşmıştır. Bu gözle bakıldığında hukuk, hem aynı toplum içerisinde yaşayan bireyler hem de farklı toplumlar için ortak bir değer olma anlamını taşımaktadır. Bu değerın oluşumuna her birimizin katkısının olması bir yana, hukuk, halihazırda tamamlanmış ve mutlak anlamına erişmiş bir değer de değildir. Hepimizin katkıları ile günbegün yenilenmekte, yenden değerlendirilmekte ve mutlaka ki, daha iyiye doğru yol almaktadır.

Yargı ise toplumsal yaşam için önemli bir değer olan hukukun tecellisi olarak çıkmaktadır karşımıza. Tabiri caizse hukuk, yargı aracılığıyla ete kemiğe bürünmekte, gözle görünür hale tutulur hale gelmektedir. Böylece yargı, hukukun olmazsa olmaz bir unsuru olarak kabul edilmelidir. Öte yan-

dan yargı aynı zamanda, hukuki değeri var eden de bir süreçtir. Hukuk kuralı ya da daha teknik ifadesi ile hukuk normu, yasa koyucu tarafından bir kere yürürlüğe konmakla artık yasa koyucudan ve siyasetten bağımsızlaşmakta ve bu bağımsızlık da anlamını yargılama süreci içerisinde kazanmaktadır. Öyleyse yargı bağımsızlığı aslında hukuk normunun yasa koyucunun keyfiyetinden bağımsızlaşması anlamına gelir. Bu nedenle, yasa koyucu normu yaratırken ne denli özgür ise yargı da normu uygularken o denli bağımsız olmalıdır. Fakat açık ki bu bağımsızlık, bir keyfiyet içermez. Yine aynı kalıpla ifade edecek olursak, yargı normu uygularken yasa koyucudan ne denli bağımsız ise, usule de o denli bağımlıdır.

Yargının taşıdığı bu anlam ve yargılamanın yürütülmesi sırasında ortaya çıkan ikilemler hatta açmazlar, onun hukuk felsefecileri ve sosyologları tarafından, her yönüyle incelenmesini gerekli kılmaktadır.

Anadolu Üniversitesi olarak, böyle bir toplantıya ev sahipliği yapıyor olmaktan kıvanç duyuyoruz.

Sayın Katılımcılar, Değerli Konuklar,

“Yargı: Kurallar, Kurumlar, Kararlar” kolokyumunun başarı ile sürdürülmesi temennilerim ile hepinize saygı ve sevgilerimi sunarım.

30/Nisan/2009

* Prof.Dr. Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

ACIŞ KONUŞMASI*

Hayrettin ÖKÇESİZ**

Sayın Rektör, Sayın Dekan, Saygıdeğer Hocalarım, Değerli Meslektaşlarım,

Sayın Rektör Prof. Dr. Fevzi Sürmeli'ye, Anadolu Üniversitesi'nin, HFSA Çevresi için çok değerli bu misafirperverliğinden ve kendilerinin buradaki ilgisiyle bizi onurlandırmasından dolayı gönülden teşekkür ederim.

Hukuk Felsefesinin ve Sosyolojisinin gelecek perspektifi için çok anlamlı bulduğum bu yetkin programın gerçekleşmesine olanak sağladıkları için Hukuk Fakültesi Dekanı Sayın Prof. Dr. Nüvit Gerek'e bir şükran borcumuz daima olacaktır.

Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanı Sayın Yrd. Doç. Dr. Ahmet Haluk Atalay'ı ve öğretim elemanları Sayın Yrd. Doç. Dr. Ertuğrul Uzun'u ve Sayın Arş. Gör. Kasım Akbaş'ı bu üstün gayretlerinden ve başarılarından dolayı gönülden kutluyorum.

HFSA Çevresinin etkinliklerini onurlandırarak bizi cesaretlendiren, teşvik eden, güven aşılayan çok değerli duayan hocalarımızın zihnimizde ve kalbimizde çok müstesna bir yerlerinin bulunduğunu derin minnet ve şükran duygularıyla dile getirmek istiyorum. Onlar hep bizimle olmasaydı; bize, olmak gerektiğimiz gibi davranmasalardı, biz şimdi bir kez daha, burada bu güzel buluşmada olamazdık.

Dileğim şudur: Dergisiyle, sempozyumuyla, kolokyumuyla HFSA Çevresi kazandığı bu ivmeyi yitirmemeli; önünde çok daha güzel, daha ilginç ve verimli et-

kinlik ve yaratı alanlarının ve konularının bulunduğunu hatırdan çıkarmamalı; bunlara yönelmeyi bir tutkuyla istemelidir. Genç meslektaşlarımızın heyecanının kaynağı bu hedefler olmalıdır. Bizim heyecanımızın kaynağı da onların bu heyecanı olacaktır.

İlkini geçen yıl Konya Selçuk Üniversitesi'nde, değerli meslektaşım Sayın Doç. Dr. Ali Şafak Balı'nın inisiyatifi, gayreti ve başarısı ile gerçekleştirdiğimiz bu kolokyum zincirinin gelecek halkalarını ülkemizin diğer üniversite şehirlerinde her yıl yinelemenin, yelkenlerimizi ne denli taze ve güçlü rüzgarlarla dolduracağını, hep yeniden şevk ve heyecan vereceğini, bizim verebileceklerimizin niteliğini ve niceliğini ne denli arttıracağını kolaylıkla ve sevinçle görebiliyorum.

Bu açış konuşması, özellikle benim de bir teşekkür konuşmamdır tüm hocalarıma, kardeşlerime... Geriye dönüp baktığımda, ülkemde mesleğe başladığım 1984 yılından bu yana, görüyorum ki; acısıyla tatlısıyla, bugüne, buraya, bu buluşmaya gelebilmek için uzaktaki, yakında demeksizin birlikte duyup, düşünmüşüz, birlikte çalışmışız. Böyle bir dayanışma duygusuyla, bu güzel duygular için ben de kendi adıma tarifsiz bir teşekkür borcumu içtenlikle ifade etmek istiyorum.

Programı incelediğimde ve her bir bilirdi konusunun derinliğini görmeye çalıştığımda, biraz önce sözünü ettiğim yetkinliğin kanıtlarını da gördüm. Eskişehir'de sürükleyici bir çalışmanın içerisinde buluyoruz kendimizi.

* Yargı: Kurallar, Kurumlar, Kararlar Kolokyumu, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Toplantısı / 30 Nisan- 2 Mayıs 2009 / Anadolu Üniversitesi Yunus Emre Kampüsü / Kongre Merkezi Kırmızı Salon / Eskişehir

** Akdeniz Üni. Hukuk Fak. Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Prof. Dr.

Yargı bağlamında bu iki gün içerisinde de bu bildirilerle önümüzde açılacak geniş ufukta ben de şimdiden, yaşanılacak bir dünyanın, özgür yargıcın, özerk bireyin ve egemen bir halkın gerçekliği ölçüsünde olanaklı bulunduğunu görüyorum. Bunların serap olmadığını, bunlara cesaretimizin bulunması gerektiğini düşünüyorum. Bu öznelerin bu yetenekleriyle yetkin etkileşimlerinin olanaklı kılınmasının sonuçlarının yaratacağı siyasal-toplumsal yaşamı doğrusu merak ediyorum. Bu yaşamın şimdilik epeyce uzağında bulunduğumuzu biliyorum.

Ne yargıç özgür, ne birey özerk, ne de halk egemen. Ne devlet hukuk devleti, ne siyasal işleyiş demokratik... Küresel görünümün karartılan bu yanını en azından ülkemiz için aydınlatmak gerekiyor. Yargının kurallarının, kurumlarının, kararlarının; öznelerinin bu sıfatlarının sahilliği açısından da sorgulanması, yanıtlarının buradaki bildirilerde verilebilmesi umundayım.

Başarılı bir kolokyum dileğiyle, ilginiz ve katılımınız için HFSA Çevresi adına tekrar teşekkür ediyorum.

İnsan Haklarının Liberal Yorumu

F. Ceren AKÇABAY*

I. Giriş

İnsan hakları günümüzde devletler tarafından tanınarak kendisine uluslararası sözleşme ve bildirgeler ile ulusal düzlemde anayasalarda büyük ölçüde yer bulmuştur. Yine de insan hakları hala pozitif hukukun dışında ve üstünde bir anlam taşımaktadır. İnsan hakları belli bir zaman ve yerde insanlara tanınan hak ve özgürlüklerden ibaret olmayıp, pozitif hukuku peşinden sürükleyen insanlığın ulaşmaya çalıştığı ideal ilkeler toplamıdır. Bu açıdan değerlendirildiğinde insan haklarının yorumu, pozitif hukuk kurallarının yorumundan farklı bir nitelik taşımaktadır. İnsan haklarının yorumu konusunda insan hakları kavramının açıklanması ve temellendirilmesi sorunları öne çıkmaktadır¹. İnsan hakları konusunda anlamlı bir tartışma sürdürmek ise bu konudaki farklı felsefi anlayışların doğru şekilde kavranması ile mümkündür².

Çalışmamızda önce liberal düşünce içinde insan haklarına ilişkin yaklaşımlar genel olarak ele alınarak, özellikle faydacı düşüncenin bu konudaki etkisi tartışılacaktır. Faydacı yaklaşımın ahlak anlayışı ortaya konulmaya çalışıldıktan sonra, faydacılığa Kantçı gelenek üzerinden verilen cevap, çağımızın iki önemli felsefecisi Rawls ve Dworkin'in bakış açıları ekseninde tartışılacaktır. Elbette liberal bir insan hakları için yapılmakta olan tartışma bundan ibaret olarak algılanamaz. Konunun genişliği ve derinliği göz önüne alındığında çalışma

sadece tartışmanın kilit noktalarına değinilecek şekilde örülmeye çalışmıştır.

II. Genel Olarak Liberal Düşünce Geleneği ve Faydacılığın İnsan Hakları Yaklaşımı

Liberal bir hukuk ve adalet anlayışı çerçevesinde insan haklarının anlamı çağdaş hukuk ve siyaset felsefesinin en önemli tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Özellikle insan haklarının liberal kavranışına ilişkin geniş bir literatür oluşmuş bulunmaktadır. Bilindiği gibi liberal düşünce geleneği adı altında anılan görüşlerin ortak ilke ve doktrinleri paylaştığını söylemek zordur. Bu duruma sebep olarak kendisini liberal olarak adlandıran çok sayıda düşünürün terminoloji üzerinde mutlak bir kontrole sahip olmaması ya da bu teorinin bilinçli bir şekilde baştan sona geliştirilmemiş olması gösterilebilir³. Liberalizm üzerine yapılan çalışmalarda liberal düşüncenin özgürlük, bireycilik, akıl, eşitlik, hoşgörü, rıza ve sınırlı devlet gibi kavramlar üzerinden şekillendiği belirtilmektedir⁴. Bunun yanında liberalizmin kurucusu kabul edilen John Locke'un hak kavramına verdiği önem, hak ve liberalizmi beraber anılır hale getirmiştir. Buna rağmen liberal bir insan hakları anlayışı konusunda yapılacak bir inceleme, liberal düşünce geleneğinde bu konuda uzlaşma bulunmadığını gözler önüne sereceği gibi,

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Araştırma Görevlisi.

1 Sancar, Mithat, *Temel Hakların Yorumu*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Ankara, 1995, s. 3-5.

2 Shestack J J, "The Philosophic Foundations of Human Rights", *Human Rights Quarterly*, Vol.20, No. 2 (May 1998) s. 201-202.

3 Mahoney, Jon, "Liberalism and Moral Basis for Human Rights", *Law and Philosophy*, 2008:20, s.152

4 Yayla, Atilla, "Liberalizm ve Türkiye", *Liberal Bakışlar, Liberte Yayınları*, Ankara, 2000, s.159

hak tartışmasının özgürlük, eşitlik, akıl gibi temel kabul edilen kavramlardan bağımsız olmadığını da gösterecektir.

Liberal düşünce içinde yer alan insan hakları anlayışları kurucu ve kurucu olmayan insan hakları anlayışları olarak ikiye ayrılabilir. Kurucu liberal insan hakları anlayışları ahlaki, politik veya hukuki bir temelde insan haklarını normatif olarak gerekçelendirir. Kurucu olmayan liberal insan hakları anlayışları ise normatif bir gerekçelendirmeye başvurmamak yerine insan haklarını pragmatik olarak ele alır. Kurucu anlayış belli bir takım ilke ve kavramlardan bir insan hakları ideali çıkarmaya çalışırken, kurucu olmayan ya da pragmatik anlayış insan haklarını politik hedeflere ulaşmada bir araç olarak görür.

Pragmatik anlayış insan haklarını ahlaki ideallerle ilişkilendirmez ve insan haklarına politik hedefler karşısında üstünlük tanımaz. Bu anlayışa göre insan hakları adalet ya da ahlak bağlamında değil, uyumsuzluk çözümü ve uyumsuzluktan kaçınma bağlamında önem taşır. Ahlaki, hukuki ve politik herhangi bir temellendirmeyi reddetmek, insan hakları üzerinde konsensus sağlamayı kolaylaştırır, çoğulculuk ve kültürel farklılıklar sorun olmaktan çıkar. İnsan haklarının üzerinde hemfikir olmak için ortak bir ahlaki bir zeminde yer almaya gerek yoktur. Fakat pragmatik bakış kabul edildiğinde politik ve hukuki uygulamaları eleştirmemizi ve iktidarı sınırlamamızı sağlayan insan hakları idealinden de yoksun kalınır.

İnsan haklarına yönelik bu pragmatist bakış açısı bizi faydacı düşünce tarafından şekillendirilen fayda-zarar analizine götürür. İnsan hakları araçsal olarak ele alındığında insan haklarının korunması için

öncelikle politik amaçlara ulaşmak için bunun gerekli olup olmadığı hesap edilecektir⁵.

Modern liberal insan hakları anlayışı gerçekten de faydacı düşüncenin önemli ölçüde tesiri altındadır. Faydacı düşünce ortaya çıktığı dönemde siyasi liberalizme doğal hukuk ve doğal hak anlayışı nedeniyle önemli eleştiriler getirmekle birlikte ekonomiye devlet müdahalesine karşı tutum da alarak ekonomik liberalizmi desteklemiştir⁶. İnsan haklarının pozitif hukuka geçmeye başlamasının ardından insan haklarının temeline dair tartışmaların geri plana atılması özellikle insan haklarının uygulamasında faydacı düşüncenin tesirini artırmıştır.

Faydacı düşüncenin liberal insan hakları üzerindeki etkisini anlayabilmek için öncelikle genel olarak bu düşüncenin temel özelliklerine değinmek gerekmektedir. Faydacılık toplumda ortalama mutluluğun maksimize edilmesini amaçlar. Faydacı anlayışa göre her eylem sonucunda kişinin mutluluğunu artırıp artırmadığı gözetilerek değerlendirilmelidir. Bu tanımlamadan da anlaşılacağı gibi faydacılık teleolojik yani sonuççu bir ahlak anlayışına sahiptir. Faydacı düşüncenin kurucusu Bentham'a göre insanların hayatları boyunca tüm isteği ve amacı acıdan kaçmak ve hazzı erişmektir. İnsanlar haz ve acı tarafından yönlendirilmektedir. En büyük hazzı veren veya mutluluğu sağlayan hareket fayda ilkesine uygun hareketlerdir.

Fayda yalnız kişisel değil aynı zamanda sosyaldır. Kişinin faydasına olan hareket toplumun da faydasına sonuç doğurur. Bentham toplumu kişilerin birleşimden ibaret görmektedir. Bu nedenle devlet de fayda ilkesine uygun hareket etmeli, men-

5 Mahoney, s. 156-161.

6 Adnan Güriz, *Faydacı Teoriye Göre Ahlâk ve Hukuk*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1963, s.57, 114, 152.

faat farklılıklarını bu ilkeye uygun şekilde çözmelidir. İktidarın meşruluğu hakların gözetilmesiyle değil en çok sayıda insanın en fazla mutluluğunun sağlanması ile mümkün olacaktır⁷. Devlete itaatin gerçek sebebi devletin sunmuş olduğu hizmetlerden elde edilen faydadır. Bu bağlamda iyi düzen de en çok sayıda insana en fazla mutluluğu sağlayan düzendir.⁸ Toplumsal sözleşme tamamen kurgusaldır. İktidarın başarısı faydacı bir hesapla sınırlıdır. Fayda ilkesine uygun hareket edildikten sonra tek tek insanların ne kadar mutlu oldukları basit toplama ile toplanır. Faydacı hesapta herkes en az bir ve en fazla bir kez sayılır ve sonuçta elde edilen toplam mutluluk bir önceki durumdan daha yüksek bir sonucu gösteriyorsa eylem başarılı kabul edilir⁹.

Faydacılık hazcılığı ele alışı itibariyle bireyci, bütün insanları oldukları gibi değerlendirişi itibariyle özgürlükçü, kral ya da dilenci olmasına bakmaksızın toplumdaki her insanın acı ve mutluluklarını eşit şekilde hesaba katması itibariyle eşitlikçi bir düşünce sistemi olarak nitelendirilmiştir¹⁰. Ondokuncu yüzyıl boyunca önemli şekilde kabul gören bu anlayış yirminci yüzyılda da takipçiler bulmaya devam etmiş pratik kabul edilerek özellikle ekonomik açıdan toplumsal refahın ölçümünde kullanılmıştır.

1970'li yıllara gelindiğinde ise faydacılığa ilişkin kuvvetli inanç sorgulanmaya başlanmış, ahlak, politika ve hukuk felsefesinin buluşma noktası olan haklar teorisi bu sayede büyük bir değişim geçirmiştir. Faydacı düşüncenin insan hakları açısın-

dan barındırdığı riskler pek çok modern düşünürün faydacılık karşıtı bir zeminde birleşmesine neden olmuştur¹¹.

İnsan hakları açısından faydacılığa yöneltelen eleştiriler dört başlık halinde toplanabilir:

1) Faydacı anlayışta bireye özel önem atfedilmez. Bireyler toplam mutluluğun artışı sağlayan kanallardan ibrettir. Toplam fayda artış sağlandığı sürece tek tek bireylerin mutluluğundan vazgeçilebilir.

2) Faydacı anlayış sanıldığı gibi aksine eşitlikçi bir düşünce değildir. Toplam mutluluğun hesaplanmasında din, ırk, cinsiyet farkı gözetmeksizin her bir insanın acısı ve hazzı aynı ölçüde ele alınır. Ancak faydacılık bireyi araçsal bir anlayışla ele aldığı için uygulamada eşitsizlik doğurmaktadır. Eşitlikçi bir bölüşüm aranmaksızın çoğunluğun sefaleti, azınlığın büyük mutluluğu sayesinde görmezden gelinebilmektedir.

3) Toplam mutluluğun artırılmasından başka herhangi bir ahlaki amaç tanınmamaktadır. Oysa ki toplam mutluluk gerçeklikten yoksundur ve bireylerin deneyimleyebildiği bir şey değildir.

4) Faydacı anlayış yanlış bir analogi üzerine inşa edilmiştir. Tek tek bireylerin daha büyük bir mutluluk için mevcut bir mutluktan vazgeçmesi akılcı kabul edilebilirse de, bu durum bütün topluma uyarlanamaz. Çünkü bu kez ihtiyatlılığın gereği olarak vazgeçilen mutluluk herhangi bir kişinin mutluluğudur. Toplumdaki insanlar arasındaki fark, bir kişinin önceki ve sonraki mutlulukları hesap edilirken gözetilen zaman farkı ile bir ve aynı kabul edilir.

7 Güriz, s.61-62, 68-73.

8 Güriz, s.68-67.

9 Kymlica, Will, *Çağdaş Siyaset Felsefesine Giriş*, Çev. Ebru Kılıç, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2002, s.14

10 Waldron'a göre bu bağlamda ele alındığında faydacılık liberal bir düşünce sistemi olarak ele alınabilir. Waldron, Jeremy, "Theoretical Foundations of Liberalism", *Philosophical Quarterly*, Vol.37, Issue 47 (April 1987) s. 143-444.

11 Shestack, s.214-215.

Faydacı düşünceye yöneltilen eleştiriler en genel anlamda bireyin özerkliğini tanınamaması ve hakları ciddiye almaması olarak özetlenirse aslında bu eleştirilerin insanların kendi kendilerinin amacı olduğu şeklindeki Kantçı prensipten yola çıktıkları görülecektir¹². Kant’a göre birey akıl sahibi olması itibarıyla üstün bir varlık, kendi başına bir son bir amaçtır. Birey asla bir araç olarak görülemez. Bütün eylem ve düşüncelerin bireyin amaçlılığından doğması gerekir¹³. Kant insanların başka insanların mutluluk ve isteklerinin aracı olarak kullanılmasını reddeder. Ona göre bütün diğer insan haklarına vucüt veren özgürlük hakkı faydacı hesaplardan değil, insanın kendi başına amaç olmasından kaynaklanır¹⁴.

Faydacı düşünce ile Kant’ın düşünceleri arasındaki fark ahlak felsefelerindeki farktan kaynaklanmaktadır. Faydacılık teleolojik yani sonuççu ahlak anlayışını, Kant deontolojik ahlak anlayışını benimsemiştir. Kant’a göre davranışın doğru olup olmadığına davranışın sonucuna değil, davranışın kendisine bakılarak karar verilir. Sonuç davranışı doğru kılmaz, davranışın kendisinin doğru olması şarttır. Bu iyi davranışın ne olduğunu sonuçlara değil, davranışın “kendisine” bakarak çıkarmak anlamına gelir. Bir davranış, sonuçları ile doğrulaşmaz, ancak “kendisi” doğruysa doğrudur¹⁵.

III. Eşitlikçi Liberal İnsan Hakları Anlayışı

Günümüzde faydacı düşünceye Kantçı deontolojik ahlak anlayışı çerçevesinden yöneltilen iki önemli eleştiri kurucu liberal insan hakları anlayışını önemli ölçüde

belirlemiştir. Bu açıdan iki önemli örnek eşitlikçi liberal bir insan hakları anlayışı üzerinde uyuşan John Rawls’in adalet dayalı hak anlayışı ve Ronald Dworkin’in eşit ilgi ve saygıya dayalı hak anlayışıdır.

A. Adalet Dayalı Hak Anlayışı

Kant’tan sonra en fazla adalet, eşitlik ve haklar üzerinde duran düşünür olarak değerlendirilen Rawls’in amacı faydacı düşünceye alternatif olarak geleneksel sosyal sözleşme doktrinine dayanan bir adalet teorisi ortaya koymaktır.¹⁶ Rawls’a göre faydacılık insanlar arasındaki farklılıkları önemsememektedir. Faydacı anlayışın ahlak anlayışının geçersizliğine dair pek çok çürütücü örneğe ve vicdani itiraza rağmen faydacılığın gücünü korumasının sebebi ise onun yerine geçebilecek bütünlüklü bir adalet anlayışının oluşturulamamasıdır. Rawls’a göre kendi adalet teorisi yepyeni bir teori olmayıp, Kant’ın deontolojik teorisinin sistematize edilmesinden ibarettir.¹⁷

Rawls’a göre her bireyin toplumun yararına olsa dahi çiğnenmemesi gereken bir dokunulmazlığı vardır. Rawls’a göre toplumun genel yararı için bireyin hak ve özgürlüklerinin çiğnenmesi veya bireyden bu yönde bir feragatte bulunması istenemez¹⁸. İnsanın biricikliğine ve özerkliğine vurgu yapan Rawls her insanın farklı istek ve talepleri ile kendi iyi anlayışının olabileceğini belirtir. Oysa faydacı düşünce toplumun genel yararı uğruna tüm bu bireysel farklılıkları göz ardı eder. Rawls’a göre her hangi bir eylem, davranış ya da kural haklı değilse iyi de olamaz.¹⁹

12 Hart, H.L.A., “Between Utility and Rights”, *Columbia Law Review*, Vol.79, No. (Jun., 1979) s.829-831

13 Kant, *Immanuel, Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi*, Hacettepe Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1982 s.45

14 Güriz, *Hukuk Felsefesi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Felsefesi Yayınları, Ankara, 1985, s.221.

15 Harel, Alon, “Theories of Rights”, *Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, ed. Martin P. Golding and William A. Edmundson, Blackwell Publishing, 2006, s.198.

16 Uygur, Gülriz “John Rawls’ın Ardından” *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, İstanbul Barosu Yayınları, 2008, s.7-8.

17 Rawls, John, *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1999(Revised Edition), s. viii.

18 Rawls, s.3-4.

Rawls teorisinin temeline adaleti yerleştirmiştir. Buna göre siyasal ve toplumsal alana yönelik bütün kararlar adalet ilkelerine dayanmalı ve adalet ilkeleri çerçevesinde oluşturulmalıdır. Rawls'da adalet toplumsal işbirliğinin getirdiği hak ve ödevlere ilişkin bölüşüm ve dağıtım süreçlerine dairdir. Toplum halinde bir arada yaşama malların, refahın, hak ve özgürlüklerin dağıtımına ilişkin problemleri beraberinde getirir. Bu sorunların çözümü toplumda belli adalet ilkelerinin varlığına bağlıdır²⁰.

Rawls 1971 yılında yayımlanan "Theory of Justice" adlı yapıtında adalet anlayışının temelindeki düzenleyici ilkelere ulaşmak için toplum sözleşmesinin özgün bir uyarlamasını önerir. Başlangıç durumunda özel çıkar ve güç ilişkileri dışarda bırakılarak rasyonel müzakere yoluyla adil ilkeler tespit edilecektir. Başlangıç durumu toplumsal sözleşme kuramlarındaki doğa durumu ile benzerlik gösterir. Ancak başlangıç durumu toplum öncesi bir aşama değildir. Rawls'a göre bu, tamamen varsayımsaldır ve daha üst bir soyutlama düzeyini ifade eder. Başlangıç durumu devlet ya da iktidarın kaynağına değil adalet ilkelerine ilişkin bir meşrulaştırma sağlar²¹.

Başlangıç durumundaki kişiler eşit, özgür, rasyonel ve ahlaki kişilerdir. Fakat Rawls adalet ilkelerinin seçiminde nesnellik sağlamak için bu kişilerin kalın bir bilgisizlik örtüsünün altında olduğunu varsayar. Başlangıç durumundaki kişiler sadece insan psikolojisi, bilim, siyaset ve toplumsal yaşamla ilgili bazı bilgilere sahip olup, ileride hangi toplumsal sınıf içinde yer alacaklarını ve toplumun hangi gelişme aşamasına ulaşacağı konusunda bilgiye sahip

değildirler.²² Bilgisizlik örtüsü Rawls'ın adalet teorisinde eşit vatandaşlık anlayışına da kaynaklık etmektedir. Rawls'a göre eşit vatandaşlık, kişilerin bireysel niteliklerine bakılmaksızın herkese tanınır.

Kendilerine ve topluma dair her türlü tikel bilgiden yoksun fakat, toplumsal yaşam, ekonomi, siyaset gibi alanlarda genel bilgilere sahip başlangıç durumundaki kişiler mensup olacakları toplumu düzenleyecek adalet ilkelerini oybirliği ile belirlerler. Bu belirleme sürecinde onlara yol gösteren tek şey "rasyonel kişisel çıkar"dır. Adalet ilkeleri bireylerin özel çıkarları dikate alınmadan oluşturulduğu için objektif biçimde adildir.²³

Rawls başlangıç durumunda temel yapıya ilişkin iki adalet ilkesine ulaşılacağını söyler:

1. Her kişi, herkes için en geniş hak ve özgürlükler dizgesini sağlayan bütünsel bir sistem içinde eşit temel özgürlüklere sahip olmalıdır (Özgürlük ilkesi);

2. Sosyal ve ekonomik eşitsizlikler; (a) herkesin yararına olacak (b) toplumsal mevki ve pozisyonların herkese açık kalacak şekilde düzenlenmelidir (Fark ilkesi).

Rawls özgürlük kavramını her şeyin üstünde tutarak birinci önceliği özgürlüğe vermektedir. Rawls'a göre özgürlük ancak özgürlük adına kısıtlanabilir. Rawls herkes için eşit olması gerektiğini savunduğu özgürlükleri şöyle sıralar: siyasal özgürlükler (oy verme, seçme, seçilme hakkı), ifade ve toplanma özgürlüğü, mülkiyet edinme hakkı ve hukukun üstünlüğü kavramında tanımlandığı gibi keyfi tutuklanmama ve yakalanmama hakkı . Rawls'a göre özgür-

19 Rawls, s. 15-16

20 Rawls, s. 6-7.

21 Rawls, s. 118

22 Rawls, s. 118-123.

23 Savaş, V.E., "John Rawls'ın 'Bölüşürücü Adalet' ine Takdim", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, sayı 7, 2003, s.16-17.

lükler bir bütündür ve hepsi bütünsel bir yapı içinde düşünülmelidir²⁴.

Özgürlüklerin alanı geniş olmalıdır ama bu özgürlüklerin tamamen sınırsız olması anlamına gelmemektedir. Sınırlama olmaması durumunda özgürlüklerin birbiri ile çatışması söz konusu olur. Toplumsal koşulların temel hak ve özgürlüklerin tam olarak benimsenmesine imkan tanımadığı durumlarda belirli sınırlamalar söz konusu olabilir. Ancak sınırlamanın bazı ölçütleri söz konusudur. Özgürlük ancak özgürlük adına kısıtlanabilir. Özgürlüğün kısıtlanması için bu kısıtlamanın, herkes tarafından paylaşılan toplam özgürlük sistemini güçlendirmesi ve kısıtlamanın daha az özgürlüğe sahip olanlar tarafından kabul edilebilir olması gerekmektedir.

İlk ilke özgürlüğün önceliğine ilişkindir. İkinci ilke ise toplumda en az avantajlı toplumda olanların durumunu güvenceye alacaktır. Bu ilkeler arasında öncelik sıralaması söz konusudur. Birinci ilke ikinciye göre önceldir. Bu, birinci ilkenin her durumda ikinci ilkeden önce gerçekleştirileceği anlamına gelir²⁵. Yine de “fark ilkesi” olarak da adlandırılan ikinci ilke oldukça eşitlikçi bir yapıdadır. Rawls insanların yoksuluk ya da cehalet gibi sebeplerle haklarını kullanmaktan mahrum kalabileceğinin farkındadır. İnsanların kendi sınırlarını zorlayarak amaçlarına ulaşması ancak sistemin çizdiği sınırlar dahilinde mümkündür. Temel hak ve özgürlükler herkes için eşit olmalıdır. Ama iktidar ve zenginliğin dağılımdaki eşitsizlik hak ve özgürlüklere de yansır. Rawls bu durumu fark ilkesi ile aşmaya çalışarak özgürlük ve eşitliği uyumlu hale getirmek için adalet ilkelerini iki aşamalı olarak düzenlemiştir.²⁶

Rawls adaletli bir toplumsal düzen için sırasıyla dört aşamadan geçileceğini düşünmektedir. Birinci aşama başlangıç durumudur. Bu aşamada yukarıda açıklanan adalet ilkeleri benimsenir. İkinci aşama anayasa oluşturma aşamasıdır. Bu aşamada bilgisizlik örtüsü kısmen aralanmıştır. Kendi kişisel statülerinin bilgisinden yoksun fakat hangi topluma ait olduklarını bilen kişiler adalet ilkelerini, oy çokluğu kurallarını ve hakça fırsat eşitliğini içeren bir anayasa yaparlar. Üçüncü aşama yasa yapma aşamasıdır. Bu aşamada kendi kişisel konumlarından haberdar olmayan yasa koyucular anayasaya uygun yasalar koyar. Dördüncü aşama ise yargı aşamasıdır. Bu aşamada artık bilgisizlik örtüsü tamamen kalkmıştır. Yargıçlar ve kanun koyucular koyulan yasaları uygular. Bu aşama kuramsal düzeyde ideal olarak konmuş ilkelerin gerçek hayattaki uygulamasını ifade eder²⁷.

Rawls 1993 yılında yayımlanan “Political Liberalism” adlı kitabında rasyonel bir evrensel adalet kuramı oluşturmak amacı yerine liberal demokrasilerde uygulamaya konulabilecek bir kuram üzerinde çalışır. Rawls bu yapıtında da başlangıç durumuna yer vermekle beraber konsensus sağlayabilecek bir adalet düşüncesi üzerinde yoğunlaşır. Rawls’a göre ortak adalet ilkeleri belirlemek için aynı ahlaki zeminde uyuşmak zorunlu değildir. Kişisel çıkarlar bir tarafta bırakıldığı sürece pek çok farklı ahlaki değerden hareket edilebilir. Bütün toplumsal alanların tek bir ahlaki ideale göre düzenlenmesi yerine kamusal alan dışında bireylerin liberal olmasa da makul bir iyi anlayışına göre davranması liberal hoşgörünün bir gereği olarak güvence altı-

24 Rawls, s.52-54.

25 Rawls, 53-54, 130-131.

26 Shestack, s. 220.

27 Rawls, s.171-176.

na alınmalıdır. Meşru politik normların uygulanlığı tartışma götürmeyen hakkaniyet kavramına bağlanmıştır. Rawls böylelikle çoğulculuğu ahlaki yapı ile birleştirmiştir. Böylelikle insan hakları konusunda pragmatik bir yaklaşıma başvurulmadan kurucu bir liberal yaklaşımla dini ve kültürel çeşitlilik gibi pek çok güncel soruna cevap aranabilecektir.²⁸

B. Eşit İlgi ve Saygıya Dayalı Hak Anlayışı

Dworkin'e göre haklar faydacı hesaplamalar karşısında koz görevi görmelidir.²⁹ Dworkin'in hak anlayışı ilkeler, kurallar ve politikalar arasında öngördüğü ayrımın bir sonucudur. Bu açıdan Dworkin'in kuramının bütününe bir haklar tezi olarak da görmek mümkündür.³⁰

Dworkin'e göre yargıçlar ortaya çıkan uyuşmazlıkları ilke ve kurallar çerçevesinde karara bağlamalıdır.³¹ Çetrefilli bir konu ile karşılaşan bir yargıç onu en iyi doğrulayan ilkeleri tespit için geçmiş hukuku yorumlamalı ve bu ilkelerin yeni durumda neyi gerektirdiğine karar vermelidir.³² Dworkin'e göre geçmişteki tüm yasa ve yargı kararları hukukun neyi gerektirdiğine dair en iyi kuramın oluşturulmasını sağlayacak yoruma hazırlayıcı verilerdir. Geçmiş hukukun yorumuna ilişkin olarak yapılacak olan tercih hangi yorumun hukuk sistemini daha ahlaki gösterdiği gözetilerek belirlenir. Dworkin'e göre hukukun ne olduğunun belirlenmesi ahlaki ya da değerlendirmesi sorunların dikkate alınmasıyla

mümkündür. Dworkin'in yaklaşımı kurucu yorum olarak nitelendirilmektedir. Kurucu yorumdan kasıt bir nesne ve uygulamaya biçim ve türünün en iyi örneğini verebilmek için amaç yüklemektir.³³

Dworkin'in teorisinde ilke, arzu edildiği düşünülen ekonomik siyasi ya da sosyal bir durumu artırdığı ya da koruduğu için değil de adalet, hakkaniyet ya da diğer ahlaki boyutların gereksiniminden ötürü uyulan standartlardır. Dworkin'e göre hukuk kurallara bağlı olduğu kadar ilkelere de bağlıdır. Kuralların herhangi bir şeyi emretmediği çetrefilli durumlarda yargıç ilkelerle bağlanmıştır ve takdir yetkisine sahip değildir.³⁴

Dworkin kurallarla ilkeler arasında yaptığı ayrımın yanında ilkelerle politikalar olarak adlandırdığı diğer standartlar arasında da bir ayrıma gider. Politika, genellikle toplumun ekonomik, politik ya da sosyal gelişimi gibi ulaşılmaya çalışan amaçları düzenleyen standartlardır. Dworkin ilkelerin bireysel hakların, politikaların ise sosyal amaçların tespitini sağlayan argümanlar olduğunu belirtir. Dworkin'e göre en çok sayıda insanın en büyük mutluluğunu sağlamak gibi faydacı bir yaklaşım politikalar ile ilkeler arasındaki farkı yok sayar. Oysa ahlaki boyuta sahip ilkeler hayati öneme sahiptir ve politikakardan üstündür. İlkelerin politikalara karşı üstünlüğü haklar ve kolektif amaçlar arasında bir ilişki söz konusu olduğunda hakların kolektif amaçlar üzerinde birer koz görevi

28 Mahoney, s.162-165.

29 Shestack, s. 215.

30 Türkbağ, Ahmet Ulvi, Kanıtlanamayanı Kanıtlamak, Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı, Derin Yayınları, İstanbul, 2003, s.65.

31 Özkök, Gülriz, "Ronald Dworkin'de Adalet ve Haklar", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, s.104

32 Dworkin, Ronald, "Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 24, No.1, 2004, s.1-2.

33 Bix, Brian, "Doğal Hukuk: Modern Gelenek", Çev. Ertuğrul Uzun, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 2, 2004, s.322

34 Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously, Gerald Duckworth & Co. Ltd, London, 1977 s. 33-34.

görmesini sağlar.³⁵ Buna göre bir hak ile kolektif bir amacın çatıştığı her durumda üstünlük hakka aittir. Dworkin'e göre bireysel haklar kişilerin ellerinde tuttukları birer kozdur. Dworkin'e göre hukuki ya da politik herhangi bir kararda bir hak ile politika zıt yönleri gösteriyorsa, haklara öncelik verilmeli ve hakların işaret ettiği sonuç seçilmelidir. Elbette bazı istisnalar söz konusu olabilir. Örneğin bir savaş halinde politikalar ve sosyal amaçların haklara karşı üstünlüğü kabul edilebilir. Fakat buna benzer istisnai durumlar dışında hakka öncelik verilmelidir.³⁶

Dworkin politikalara karşı hak kavramının üstünlüğünü savunarak bireylerin faydacı anlayış ile ezilmesinin önüne geçmek ister. Dworkin faydacıların karar sürecinde merkeze yerleştirdiği politikalara hakların üstünlüğünü vurgulayarak hakların ciddiye alınmasını sağlamaya çalışmaktadır. En büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu için olsa bile az sayıda insan mutsuz edilmemelidir.³⁷

Dworkin'in hakkın yanında önemseddiği diğer kavramlar eşitlik ve özgürlüktür. Genelde özgürlük ve eşitlik değerlerinin çatıştığı düşünülmektedir.³⁸ Dworkin'in felsefesinin temel yaklaşımına göre özgürlük ve eşitlik birbirinden farklı çatışma halindeki politik değerler değildir. Bu Dworkin'in geniş çaplı ahlak ve siyaset felsefesinin bir yönüdür ve siyasi ahlakın bu

önemli kavramlarının birbirinin ışığında anlamlandırılması gerektiği düşüncesine dayanır.³⁹

Dworkin, Rawls gibi eşitlik ve özgürlüğün dengelenmesi konusunda uğraş vermektedir.⁴⁰ Dworkin özgürlüğün insanların hayatları için çok önemli olduğunu belirtir. Politik adalet de özgürlüğün sağlanmasını gerektirmektedir. Bireylerin özgürlüğünü korumayan bir toplum, üyelerine eşit ilgi ile davranmış olmaz.⁴¹ Dworkin'e göre genel bir özgürlük hakkı anlamlı olamayacak kadar belirsizdir. Özgürlükler ona göre özgürlüğe dayalı genel bir hak yerine her insanın sahip olduğu eşit muamele görme hakkından yani eşit ilgi ve saygı hakkından kaynaklanır. İfade özgürlüğü, inanç özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğü gibi belirli hak ve özgürlükler devlet müdahalesine karşı korunmaya muhtaçtır. Çünkü faydacı bir ölçüme tabi tutulduklarından genel fayda uğruna kolaylıkla sınırlandırılabilirler.

Özgürlük değeri bir kişinin mümkün olan her şeyi yapabilmesi olarak değil, önemli ya da temel özgürlükleri ifa edebilmesi olarak anlaşılmalıdır. Çünkü her gün pek çok farklı şekilde sınırlanan özgürlükler söz konusudur. Yine de biz bu nedenle bu özgürlüklere hakkımız olduğunu ya da sınırlandırıldığımızı düşünmeyiz. Örneğin bir ana yol tek yön haline getirildiğinde, o caddede çift yönlü olarak araba kullanmamız engellenmiş olur.⁴²

35 Dworkin s. 22-24.

36 Türkbağ, s.66.

37 Türkbağ, 67-69.

38 Dworkin'e göre eşitlik sadece Isaiah Berlin geleneği içindeki özgürlük yorumuyla ve onun negatif özgürlük anlayışıyla çelişir görünmektedir. Bu gelenekte özgürlüğün bireylerin belli bir davranışının engellenmesi ile azalacağı kabul edilmektedir. Negatif özgürlük bir kişi konuşmaktan, yürümekten, ibaret etmekten alıkonduğu zaman sınırlanmaktadır. Fakat aynı zamanda adam öldürmekten, başkalarına hakaret etmekten, Mars'a gitmekten ve kaynaklardan eşit şekilde yararlanmamaktan alıkonduğunda da sınırlanmaktadır. Bkz. George, Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Human Rights*, Oxford University Press, 2007, s. 99-120.

39 Letsas, George, *A Theory of Interpretation of the European Human Rights*, Oxford University Press, 2007, s.99-100

40 Shestack , s.227.

Dworkin'e göre bir takım amaçlar uğruna önemli özgürlükler de kısıtlanabilir. Dworkin'e göre zaten pek çok önemli amaç için önemli özgürlükler sınırlandırılmaktadır ve çok az insan bu sınırlamalara itiraz etmektedir. Örneğin kargaşa ve paniğin önlenmesi için konuşma özgürlüğünün sınırlandırılmasına kimse itiraz etmez. Ancak eşitlik önemli özgürlüklerin sınırlandırılmasını gerektirecek amaçlar arasında sayılmamaktadır. Bu da insanlar için eşitliğine kadar önemsiz olduğunu gösterir.⁴³ Fakat eşitliğe karşı görünenlerin çoğu gerçekte eşitliği önemser, sadece verilen durumlarda ne kadar önemli olduğu ve gerçek olup olmadığı konusunda problemleri vardır.⁴⁴ Dworkin'e göre özgürlük ve eşitlik arasındaki herhangi bir yarışmayı özgürlük kaybetmek zorundadır. Yönetimler insanların hayatlarını daha iyi hale getirmek için çalışmalıdır. Aksi vatandaşlara eşit ilgi göstermemek anlamına gelecektir. İnsanlara karşı farklı ilgi göstermek ahlaka da aykırıdır.⁴⁵

Dworkin'in hak teorisi, hakları koz olarak nitelendirip politik amaçların önüne sınır olarak koyması itibariyle özde Kançı bir ahlak anlayışına dayanan deontolojik bir içerik taşımaktadır.⁴⁶ Dworkin kendisi de adalet teorilerini ele alırken teolojik ve deontolojik ahlak anlayışı ayrımından yararlanır. Ona göre kendi ahlak anlayışı hak temelli liberal bir ahlak anlayışdır ve deontolojik ahlak anlayışı sınıfına girer. Yine de Dworkin'in ortaya koyduğu teorinin ahlaki temeli teoride tartışma konu-

surdur.⁴⁷ Kanımızca Dworkin'in hukukta yoruma yüklediği görevin ahlaki yönü düşünüldüğünde teorisinin ahlaki temeli açıktır. Dworkin'e göre hukuk ancak ahlaki sorunların dikkate alınmasıyla belirlenebilir.⁴⁸ Bunun yanında Dworkin de Rawls gibi belli bir ahlak anlayışının hukuk adına dayatılmasına karşıdır.⁴⁹

IV. Sonuç

Günümüzde insan haklarının liberal anlayışı konusunda yapılan hiçbir tartışmada Rawls ve Dworkin'in görüşleri anılmadan geçilemez. Faydacı anlayışa ilişkin olarak getirdikleri eleştiriler insan hakları alanında birey merkezli ahlaki standartların ve insanlar arasındaki farklılığın yeniden vurgulanmasını sağlamıştır. Hukuki metinlerde " kamu yararı", "ortak iyilik", "toplumun yararı" gibi kavramlara bürünen faydacı anlayışın birey hak ve özgürlüklere getirdiği sınırlamaların ahlaki bir düzlem üzerinden tartışılabilmesi kuşkusuz insan haklarının gelişimi açısından çok önemlidir.

Bu iki önemli düşünürün insan hakları anlayışına genel de olsa göz atıldığında faydacılığa ilişkin eleştiriler ahlaki bir zemin aradıkları ölçüde özgürlük ve eşitlik arasındaki dengeyi de sağlamaya çalıştıkları görülecektir. Üstelik her iki düşünür de liberal bir insan hakları anlayışı oluştururken belli bir ahlaki tercihi dayatmaktan kaçınarak çoğulcu teoriler ortaya koymaya çalışmışlardır.

41 Dworkin, Ronald, *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, 2000, s. 133

42 Letsas, s.101vd.

43 Dworkin, *Sovereign Virtue* s.121-125

44 Dworkin, *Sovereign Virtue*, s. 124-125.

45 Dworkin, *Sovereign Virtue*, s. 128-130.

46 Özkök, 101-102.

47 Harel, s.197-201.

48 Bix, s.322.

49 Kylimka, s. 137.

Adalet Tanrı(ça)ları: Themis ve Diğerleri

Harun BODUR*

“Birçok yerde karşıma çıkıyordu adalet tanrıçası... Resimlerde, heykellerde, özellikle adliye saraylarının önündeki heykellerde (dünya üzerinde doğudan batıya birçok ülkenin adliye saraylarında vardır), hukuk fakültelerinin amblemlerinde, hukukçuların odalarında, masalarında ve hatta hâkimlik sınavı hazırlık kitabının ismi olarak... Bunca yaygın kullanım karşısında, kendi kendime peki adalet tanrıçası kimdir, neleri ifade etmektedir sorusunu sordum ve buna doyurucu yanıtlar aradım. İşte bu çalışma, zihnimdeki bu ve benzeri soru işaretlerine yanıtlar arama çabası olarak kaleme alınmıştır.”

Çalışmanın yol haritası ise kabaca şu şekilde: Öncelikle adalet tanrıçaları üzerinde çeşitli bağlamlar ile beraber- duruldu, daha sonra ise adalet tanrıçasının simgesel olarak neleri ifade ettiği irdelenmeye çalışıldı.

Adalet tanrıçası Themis üzerinde durmadan önce, Themis’in mitolojide nasıl konumlandığını açığa kavuşturmamız gerekiyor. Bunu yapmak için de evrenin yaratılışı ve tanrıların doğuşu konularını ele alarak yola koyulabiliriz.

Yaratılış konusunda öncelikle belirtmek gerekir ki, Eski Yunanlılar, evreni tanrıların yarattığına inanmazlardı. Onlara göre evren, tanrıları yaratmıştı¹. Bu bağlamda, tanrıçalar ve tanrıların adlarına verdiğimiz karşılıklar, bize onları anlatmaktan çok bize yine kendimizi anlatan karşılıklardır². Diğer yandan Grekler, tek tanrılı dinlerden

farklı olarak, önce Tanrı’nın varoluşunu koyup daha sonra da örneğin “Tanrı adildir, adalettir” veya “Tanrı aşktır” demezler. Yani ilâhi olanın varoluşunu öne koyup sonradan da O’nun yüklemelerini saymaya geçmezler. Tam tersine Grekler, örneğin “adalet, Tanrıcadır” veya “aşk, Tanrıdır” derler³. Ayrıca mitolojiye ve mitosa dayanmakta olan Yunan dini, bir inançlar ve inaklar dizgesi olmaktan çok bir kılğı, davranış biçimi, bir içsel tutumdur⁴. Bu tespitlerin ardından Hesiodos’un Theogonia (Tanrıların Doğuşu) eserini kısaca ele alalım.

M.Ö. VIII. yüzyılın ortalarında⁵ Boiotia’da yaşadığı ve yine orada öldüğü tahmin edilen Hesiodos; Antik Yunan edebiyatı ve düşünce dünyasında, Homeros’tan sonraki en önemli kişi sayılabilir⁶. Çiftçilikle de uğraşan Hesiodos’un

* Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı, Araştırma Görevlisi.

1 Edith Hamilton, *Mitologya*, Çev.: Ülkü Tamer, 15. b., İstanbul, Varlık Yayınları, 2008, s. 11.

2 Solmaz Zelyut Hünler, “Adaletin Muadili Nedir?”, *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA.)*-9, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 68. 1

3 *Ibid.*, s. 69.

4 Jean-Pierre Vernant, *Eski Yunan’da Söylen ve Toplum*, Yay. Haz.: Tansu Açıık, Çev.: Mehmet Emin Özcan, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 1996, s. 90.

5 Bazı kaynaklara göre ise Hesiodos M. Ö. 7. yy. civarında yaşamıştır. Michelle M. Houle, *Gods and Goddesses in Greek Mythology*, Enslow Publishers, 2001, p. 13; Calotte Estin-Helene Laporte, *Yunan ve Roma Mitolojisi*, Çev.: Musa Eran, 25. b., Ankara, Tübitak Yayınları, 2008, s. 82.

iki eseri mevcuttur: Theogonia- Tanrıların Doğuşu ile İşler ve Günler⁷.

Hesiodos'un Theogonia⁸'sı mitolojinin en eski kaynaklarından. Bu eserde, Tanrılarının nereden çıktıkları, onların belli başlı maceraları ve evrenin nasıl yaratıldığı anlatılmaktadır⁹. Böyle olunca bu eser hem theogonia (tanrılarının doğuşu) hem de kozmogoni (evrenin doğumu) olarak görülebilir¹⁰. Ayrıca Hesiodos'un evrenin oluşumuyla ve tanrılarının soyağacıyla ilgili görüşleri dünyadaki fenomenlerin ilk kez olarak tanrısal terimlerle belirtilmesi ve mitolojik kavrayışta ussal arayışın doğuşunu göstermesi açısından önemlidir¹¹.

Hesiodos'a göre başlangıçta Khaos vardı. Sonsuz bir boşluktu, uçurumdu Khaos. Bu boşluktan Gaia (Toprak Ana) doğdu ilkin; sonra ölüler ülkesinin en derin yeri Tartaros; sonra Eros (Aşk); sonra yer altı karanlığı Erebos'la yeryüzü karanlığı Nyks (Gece) doğdu. Erebos ve Nyks birleşerek Aither (Esir), yani dünyayı saran hava tabakasının üstündeki arı ve ışıklı Gök'ü ve Hemera'yı (Gün) meydana getirdiler¹².

Gaia (Toprak Ana) tek başına Uranos'u (Gök), Pontos'u (Deniz) ve Dağlar'ı yarattı. Peşinden, oğulları Uranos ve Pontos'la birleşerek, artık yaratılmış olan evreni tanrısal varlıklarla doldurdu¹³.

- 6 Hesiodos'un işlediği konular nedeniyle üslubu, Homeros'un üslubundan farklı olmaktadır. Hesiodos ahlaksal sorunlarla ve de dinsel mitlerle ilgilenmesinden dolayı; Homeros'un şiirlerindeki destansı (epik) biçim yerine, öğretici (didaktik) bir biçim kullanmaktadır. Hesiodos, öğretici (didaktik) şiir biçiminin de yaratıcısı olarak; Yunan düşünce ve edebiyat dünyasında bir yeniliktir. Hesiodos eserlerinde kendi hayatından da örnekler vermesi, bir başka yenilik olarak sunulmaktadır. Burcu Biber, "Mitos'tan Logos'a Geçiş Sürecinde Tragedya'nın Yeri ve Önemi", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, 2006), s. 42; Aristoteles Metafizik eserinin birinci kısmında, Homeros ve Hesiodos'u doğayı konu alan ve nedenleri kanıtlayıcı biçimde sergileyen insanlar olarak niteler ve onları "ilk teologlar" arasında sayar. Bkz., Ahmet Arslan, İlkçağ Felsefe Tarihi 1- Sokrates Öncesi Yunan Felsefesi, 2. b., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008, s. 75; Macit Gökberk, Felsefe Tarihi, 7. b., İstanbul, Remzi Kitabevi, 1994, s. 19; Walther Kranz, Antik Felsefe-Metinler ve Açıklamalar, Çev.: Suat Y. Baydur, 2. b., İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1994, s. 11; Frank Thilly, Felsefenin Öyküsü-I Yunan ve Ortaçağ Felsefesi, Yay. Haz.: Ledger Wood, Çev.: İbrahim Şener, İstanbul, İzdüşüm Yayınları, 2007, s. 24.
- 7 Hesiodos, Eseri ve Kaynakları, Çev.: Sabahattin Eyuboğlu-Azra Erhat, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1977.
- 8 Theogonia konusunda bir parantez açıp Veyne'e kulak verelim: "Bu (Theogonia'daki) soyağaçlarının çoğu alegoridir ve anlaşılan o ki Hesiodos kendi kavramsal tanrılarını Olymposlulardan daha çok ciddiye alır. Ancak, bunca açıklayıcı bilgiyi ve adı nasıl biliyor? Tüm bu eski kozmogonyaların hakiki birer roman olması nereden ileri geliyor? Elbette ki bu, bilgiyi başkalarının inancı üzerinden belirginleştiren bakışmıslıktan ileri geliyor; Hesiodos, söylediklerinden dolayı kendisine inanılacağı biliyor, kendi kendini başkalarının kendini göreceği gibi görüyor: Çünkü kafasından geçen tüm şeylere ilk inancak kişi kendisidir. İnsan önemli sorunlar hakkındaki hakikatı kendi kendine bulamayınca ve herhangi bir tanrının bu konuda açıklamaları olmayınca, der Phaidon, bu konuda söylenenlerden en iyisini kabul etmekten ya da bilen birisinden öğrenmekten başka çare kalmıyor. Bu durumda mitin 'deniliyor ki' vurgusu anlam değiştirir; mit, artık havada kalan bir bilgi, yalnızca daha şanslı ya da kurnaz olanların kullandığı doğal bir kaynak değil, bilgileri dilden dile dolaşan âlimlerin bir ayrıcalığıdır." Paul Veyne, Yunanlılar Mitlerine İnanmışlar Mıydı?, Çev.: Mehmet Alkan, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2003, s. 47.
- 9 Şefik Can, Klasik Yunan Mitolojisi, 6. b., İstanbul, İnkılâp Kitabevi Yayınları, t. y., s. 5.
- 10 Bkz., Ibid.; Arslan, Op. cit., s. 78
- 11 Thilly, Op. cit., s. 23; Afşar Timuçin, Düşünce Tarihi-I -Gerçekçi Düşüncenin Kaynakları, 5. b., İstanbul, Bulut Yayınları, 2004, s. 159.
- 12 Bedrettin Cömert, Mitoloji ve İkonografi, Ankara, Ayraç Yayınları, 1999, s. 17.
- 13 Ibid.

Gaia'nın Uranos'la birleşmesinden, altısı erkek altısı dişi olmak üzere on iki tane Titan üç Kyklop¹⁴, üç tane de dev (Hekatonkheir Centimanes yüz kollu) doğdu¹⁵. Titan dev anlamına gelir. Hesiodos Titan sözcüğünde çifte bir etimoloji gösterir¹⁶: uzatmak, germek, yayılmak anlamına gelen "titainein" ve öç anlamına gelen "tisis" ama Titanlar Kykloplar ve Hekatonkheirler gibi doğa dışı, azman yaratıklar değildir¹⁷. Tanrıların oluşum tarihinde Titanlar yaratıcı evrensel güçle tanrılar arasında bir geçiş yeri oluştururlar. Yaşlı Tanrılar diye anılan Titanlar¹⁸ eski tanrılardır, iri ve güçlü varlıklardır¹⁹. Bunlar tanrısal varlıklardır, ama aynı zamanda, bazıları, neredeyse, yalnızca natüralist özelliklerini

sonuna kadar korumuş olan temel güçlerdir de²⁰. Okeanos (okyanus yani dünyayı kuşattığı ileri sürülen ırmak), Koios, Krios, Hyperion (yukarıda giden, yani dünyanın üstünde dolaşan anlamına gelmektedir, güneşin, ayın, şafağın babası), İapetos (dikkati simgelemektedir ve Atlas'ın ve Prometheus'un babasıdır) ve Kronos (en önemli Titan olarak gösterilir. Latincesi: Saturnus) erkek Titanlardı. Titanides denilen dişi titanlar ise şunlardı: Theia (görüntü), Rheia (cinsel bereket), Themis (adalet tanrıçası), Phoibe, Mnemosyne (hafıza) ve Tethys²¹. Bu on iki Titan, Zeus'la birleşen Themis ve Mnemosyne dışında, öbür Titanlar ve Titanidler aralarında evlendiler ve bunun sonucunda birçok çocuk (Tanrı-

14 İsimleri Brontes, Steropes, Arges'tir.

15 Ibid.

16 Hesiodos bu iki sözcüğü bir arada kullanarak kelime oyunu yapar: "Uranos kızıp oğullarına Titan adını verdi onlara: Fazla yükseğe el uzatmakla çılgınca Korkunç bir suç işlemişlerdi çünkü, Gelecek zaman öç alacaktı onlardan." Hesiodos, *Op. cit.*, s. 111.

17 Azra Erhat, *Mitoloji Sözlüğü*, 16. b., İstanbul, Remzi Kitabevi, 2008, s. 286-287; Derman Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü- Klasik Mitologyada Tanrılar-Olaylar-Kahramanlar*, İstanbul, Say Yayınları, 2005, s. 491.

18 Titanlar farklı anlamlarda ve biçimlerde de kullanılmıştır. Titanlar'ı Platon Yasalar adlı eserinin bir yerinde (701-c) çok farklı anlamda kullanmıştır. Halkın, üstün yetke tarafından kabul edilmiş yasalara karşı gelmesine neden olan başıbozuk-kötü karakter kaynağı olarak kullanmayı tercih etmiştir. Platon, aşırı özgür bir yaşamın gelişmesini başından beri izleyebilmemiz için, her şeyden önce o zamanki müzik yasalarından söz etmek gerektiğinden bahsetmiş ve eskiden müziğin kendine özgü tür ve figürlere göre ayrıldığını ve bunların belirli kurallara ve düzene göre icra edildiğinden bahsetmektedir. Daha sonraları ise müziğin doğru kuralını bilmeyen, sanattan uzak ve kural tanımayan ozanların çıktığından ve bunların halka kural tanımazlığı ve yapabilirlermiş gibi karar verme cüretini aşıladıklarından bahsetmektedir. Bu bakış açısıyla; demokrasinin bozulduğu konusunu da bağlantı kurar Platon: "Böylece, seyirci sanatta güzel olanla olmayı anlar gibi, tiyatrolar sessizlik içindeyken gürültüye boğuldu ve bu sanattaki yönetimde "aristokrasi" yerini "seyirci egemenliği" (theatrokratia) bıraktı. Eğer özgür insanların demokrasisi bununla kalsaydı sonuç bu kadar kötü olmazdı. Ama şimdi müziğin ardından herkesin her şeyi bildiği sanısı ve kural tanımazlığı aldı yürüdü, sonra da başıbozukluk geldi. Çünkü her şeyi biliyoruz diye küstahlaştılar, bu da arsızlığı doğurdu.(701-b)" Devamında ise konuyla ilgili olarak Titanları en başta işaret ettiğimiz anlamda kullanıyor: "Bu başıboşluktan sonra yöneticilere boyun eğmeye karşı isteksizlik doğacaktır, bundan sonra ana-babanın ve büyüklerin baskısını ve uyarılarını dinlemeyecek, sonuna doğru yasalara bağımlı olmamaya çabalayacak en sonunda da edilen yeminlere, verilen sözlere ve tanrılara hiç aldırmayacak, Titanların o anlatılan eski karakterlerini taklit edip ortaya koyarak, yeniden o duruma gelecek ve başından felaket eksik olmadan acı bir hayat sürecektir. (701-c)" Bkz., Katherine J. Bailes, "The Themis Principle: Mystery and Irrationality in The U.S. Legal System", (A Dissertation to Pasifica Graduate Institute in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Mythological Studies with emphasis in Depth Psychology, 2002), p. 60-63; Platon, *Yasalar*, Çev.: Candan Şentuna-Saffet Babür, 3. b., İstanbul, Kalcı Yayınevi, 2007, s. 153-155.

19 Timuçin, *Loc. cit.*; Hamilton, *Loc. cit.*

20 Pierre Grimal, *Yunan Mitolojisi*, Çev.: Nihan Özyıldırım, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2005, s. 27.

21 Bkz., Cömert, *Op.cit.*, s. 17; Hamilton, *Op.cit.*, s. 11; Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 490; Erhat, *Op.cit.*, s. 286-287; Can, *Op.cit.*, s. 6.

Tanrıça-yaratıklar) doğurdular. Hesiodos da bunları uzun uzadıya anlatmaktadır. Titanlar, babası Uranus'u tahttan atan Kronos tarafından yönetilmiştir. Titanlar, "Titanomakhia" (Titanlar Savaşı) adı verilen, evren egemenliğini ele geçirmek için Olymposlu tanrılarla Titanlar arasında yapılan ve on yıl süren savaş sonucu tahttan indirilmiştir. Bu savaşta Themis, Okeanos, Hyperion, Mnemosyne Zeus'un tarafını tutmuşlardır²², ötekiler ise Kronos'un. Sonuçta savaştan Zeus ve Olymposlu Tanrılar (on iki büyük Olymposlular²³) galip çıktı ve egemenliği ele geçirdiler²⁴. Hesiodos, Themis'in adını Titanlar arasında saydıktan sonra, uzun süre ondan söz etmez, ta ki az önce bahsettiğimiz Olympos tanrıları Titanları yensin ve Zeus, Kronos'tan doğma öbür kardeşleriyle egemenliği paylaşıp yeni düzeni kursunlar. Ondan sonra da Zeus ve diğer tanrıların birleşmeleri ve üremeleri devam eder²⁵.

Themis'in mitolojide kim olduğuna ve neleri simgelediğine bakalım şimdi de. Themis adı, koymak, yerleştirmek, oturtmak, sağlamlaştırmak, saptamak anlamına gelen bir kökten (tithemi) türemiştir ve adil, adalet gibi anlamları taşımaktadır²⁶.

Grekçede themis kelimesi, yapılan veya yapılagelen "gelenek-örf" anlamında da kullanılmıştır. Themis kavramı, insanlar tarafından öğrenilmiş olan hüküm, emir veya kurallara kademeli olarak uygulanmıştır²⁷. Ayrıca themis kelimesi köken olarak İngilizcedeki "theme", "thesis" ve "doom" kelimeleri ile ortak bir konumda bulunmaktadır²⁸.

Themis, doğada, mevsimlerin, yılların ve sanatların düzenini sağlayan bir Tanrıça üçlüsüyle canlı varlıklar arasında yaşamla ölüm dengesini kuran bir Tanrıça, bir Tanrısal varlıktır. Themis, yasadır, kuraldır. Ama gelip geçici bir yasa değil, Tanrılar dünyasında da insanlar dünyasında da değişmez evrensel ve ölümsüz doğa yasasıdır. Tanrısal yasadır, onun karşıtı insansal yasa ise Nomos'tur²⁹. Themis, Olympos'ta yaşar, Zeus'un hemen yanı başında oturur ve Zeus'un vereceği bütün kararlarda ona hikmet ve adalet tavsiye ederdi³⁰. Tanrılara verdiği öğütlerle bir çeşit danışmanlık görevi de yapardı³¹. Özellikle Homeros'ta Themis'in iki işlevi vardır: Tanrıları toplantıya çağırıp bir araya getirir ve toplantıları sona erdirirdi, ikinci olarak da bu toplantılara başkanlık ederdi³². Olympos'taki

22 Bazı kaynaklara göre ise Zeus'un tarafını tutan Titanlar Themis ve Mnemosyne'dir. Cathleen Burnett, "Justice: Myth and Symbol", *Legal Studies Forum*, Vol. XI, Number 1, 1987, p. 79.

23 On iki Olymposlu şunlardır: Zeus, Poseidon, Hades, Hestia, Hera, Ares, Hephaistos, Athena, Apollon, Aphrodite, Hermes, Artemis. Bu konuda Bkz., Mark P. O. Morford- Robert J. Lenardon, *Classical Mythology*, New York&London, Longman, 1985, pp. 68-81.

24 Cömert, *Op.cit.*, s. 19.

25 Erhat, *Op.cit.*, s. 282.

26 Adrian Room, *Who is Who in Classical Mythology*, New York, Gramercy Books, 1997, p. 291.

27 Answer of 'Who is the goddess of justice, depicted usually as blindfolded with scales and a sword?', *Law Library Journal*, Vol. 52, 1959, p. 234.

28 Jane Ellen Harrison, *Themis: A Study of the Social Origins of Greek Religion*, Cambridge, Cambridge University Press, 1912, p. 483; Room, *Loc. cit.*

29 Erhat, *Op.cit.*, s. 282.

30 Can, *Op.cit.*, s. 22; Nurullah Ata (Nakleden), *Mitoloji*, İstanbul, Kanaat Kütüphanesi, 1932, s. 47.

31 Bkz., John Ferguson, *Moral Values in the Ancient World*, London, Methuen, 1958, p. 15.

32 Jane Ellen Harrison, *Op.cit.*, p. 482. Örneğin şöyle söyleniyor İlyada'da (XX. Bölüm, 5-16) : Zeus çok yarlı Olympos'un doruğundan buyurdu, tanrıları toplantıya çağırın dedi Themis'e. O da dört bir yana gidip buyurdu tanrılara, gelin, Zeus'un evinde toplanın, dedi. Okeanos'tan başka hiçbir ırmak gelmemelik etmedi, gelmemelik etmedi hiçbir nympe, ne güzel korularda, ne dere kaynaklarında oturanlar, ne de yeşeren çayırarda oturanlar. Hepsi geldi bulut devşiren Zeus'un evine. Oturdular cılalı kemerlerin altında, bu kemerleri Zeus Baba için Hephaistos yapmıştı. Tanrılar toplanadursun Zeus'un çevresinde, yeri sarsan

düzeni o korurdu. Themis cismani düzenden ziyade sosyal düzenin tanrıçasıdır³³. Her yerde her zaman vardır. Themis'ten çok söz edilmez, efsanesi, öyküsü yoktur, yalnızca birkaç yerde geçer³⁴. Ürettiği, tanrısal varlıklarla sürdürür etkisini, bu varlıklar da Tanrılardan daha güçlü oldukları için ehramın tepesinde oturur gibidir Themis³⁵. Kendisi öfkeli veya cezalandırıcı değildir. Ona yeteri kadar saygı gösterilmediğinde veya adaletsizlik yapıldığında, o sessiz kalır ve onun yerine Nemesis gerekli karşılığı, cezayı verirdi. Themis, aynı zamanda kâhindir, kehânet gücü vardır, kehânet yeri olan Delphi tapınağını o inşa etmiştir. Örneğin, Thetis'le evlenmek isteyen Zeus'a bu evlilikten doğacak çocuğun babasından daha güçlü olacağını söylemiş, Zeus da bu evlilikten vazgeçmiştir³⁶.

Hesiodos'a göre Zeus'un birçok evliliği vardır³⁷. İlk evliliği Metis'ledir (bu evli-

likten Athena dünyaya geldi). İkinci evliliği ise, Themis'ledir³⁸. Themis bu evlilikten Moiralar'ı, Horalar'ı ve (bazılarına göre) Astraia'yı doğurdu³⁹.

Moiralar (ya da Moirai, Parka'lar da deniyor⁴⁰) Zeus'un Themis'le evliliğinden doğan üç kız kardeşler. "Yazgı" tanrıçalarıdır. Moira sözcüğü pay ya da pay veren anlamına gelmektedir. Başlangıçta, her insanın ayrı bir "moira"sı vardı ve bu, onun bu dünyadaki payı, nasibi (ömür, mutluluk, mutsuzluk, vs...) anlamına geliyordu ve bu soyutlama, giderek hızla bir tanrısal varlık halini almıştır⁴¹. Moira denince, çokluk ecel, ölüm de akla gelir, onun içindir ki Homeros destanlarında *kader diye çevrilen Moira uğursuz ve zorlu olarak nitele-* *nir. Homeros Moiralar'dan söz eder ama onların adlarını belirtmez*⁴². Hesiodos ise adlarını verir bu tanrıçaların. Birincisinin adı Klotho'dur. Bu sözcük fiil olarak "ya-

tanrı bile duydu Themis'in sesini, geldi denizin dibinden karıştı tanrılara, oturdu ortalarına, sordu Zeus'un niyetini: "Ne diye çağırдың tanrıları toplantıya, ak yıldırım!" İlyada'da bir başka yerde ise Here şöyle sesleniyor Themis'e (XV. Bölüm, 95) : Aç bakalım sen tanrıların eşit pay aldığı şöleni Odysseia'da ise şöyle bir kısım var (X. Bölüm, 68-69) : Yalvarırım Olymposlu Zeus adına, Themis adına, insan derneklerini toplayıp dağıtan, Themis adına. (...) Homeros, İlyada, Çev.: Azra Erhat-A. Kadir, 24. b., İstanbul, Can Yayınları, 2008, s. 439, 343; Homeros, Odysseia, Çev.: Azra Erhat-A. Kadir, 20. b., İstanbul, Can Yayınları, 2007, s. 58.

33 Answer of 'Who is the goddess of justice, depicted usually as blindfolded with scales and a sword?', *Law Library Journal*, Vol. 52, 1959, p. 234.

34 Themis'in geçtiği hikayeler için Bkz., *Can, Op.cit.*, s. 17, 53, 131; Nüzhet Haşim Sinanoğlu, *Grek ve Romen Mitolojisi*, 2. b., İstanbul, Kaynak Yayınları, 1999, s. 32; Pierre Grimal, *Mitoloji Sözlüğü- Yunan ve Roma*, Çev.: Sevgi Tamgüç, Redaksiyon: Cenap Karakaya, İstanbul, 1997, Sosyal Yayınlar, 1997, s. 784.

35 Erhat, *Loc. cit.*

36 Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 482.

37 Homeros, Zeus'un tek geçerli karısı olarak Hera'yı tanır. Oysa Hesiodos, Zeus'un birden çok evliliği bulunduğunu anlatır. Cömert, *Op.cit.*, s. 19. Ayrıca Bkz., Erhat, *Op.cit.*, s. 328 (Tablo: 9).

38 Hesiodos bu birleşmeyi şöyle ifade ediyor (Theog. 901 vd.) : " Sonra Themis'le evlendi Zeus, Işık saçan Yasalar tanrıçasıyla. Bu tanrıçadan doğdu Hora'lar: Eunomia, en iyi yasaların tanrıçası, Dike, en haklı yargılar veren tanrıça, Eirene, o bereketli barış tanrıçası Ki korur insanların ekip biçtiklerini. Ve Moira'lar, yaşama paylarımızı düzenleyenler: Klotho, Lakhesis, Atropos tanrıçalar Ki bilge büyük üstünlük vermiştir onlara, Ki onlar verir yalnız insanlara Mutlu ya da mutsuz yaşama paylarını" Hesiodos, *Op.cit.*, s. 135.

39 Themis'in çocukları konusunda Bkz., Bailes, *Op.cit.*, p. 74-81. Ayrıca belirtmek gerekir ki Euripides'e göre Themis Prometheus'un da annesiydi. Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 482.

40 Bkz., Nurullah Ata (Nakleden), *Op.cit.*, s. 12.

41 Grimal, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 513.

42 Bkz., Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 350; Erhat, *Op.cit.*, s. 207; Robin Hard, *The Routledge Handbook of Greek Mythology*, London&New York, Routledge, 2004, p. 27-28; William Smith (Ed. By.), *A Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology Vol. II*, Boston, Little, Brown, And Company, 1867, p. 1109-1110.

şam ipliğini eğirmek” anlamına gelir. İkinci Kız kardeş Lakhesis’tir. Anlamı ise “yazgı”dır. Üçüncüsünün adı Atropos’dur, “geri adım atmaz, bildiğinden şaşmaz, bükülmez” anlamlarını içerir⁴³. Klotho elinde örekesiyle, her bir ölümünün, doğduğu andan itibaren, ölümüne dek ömür ipliğini eğirir; bundan dolayı işaretli masuradır. Lakhesis, ömrün uzunluğunu belirler; işareti ise kâğıt tomarı veya küredir. Atropos ise, ömür ipliğine kaçınılmaz darbeyi indirir; bu nedenle makas, terazi veya güneş saati taşır⁴⁴. Her üçü de Zeus’un kızıdır, ama onların verdiği kararı değiştirmeye babalarının bile gücü yetmez. Bu tanrıçalar ölüm-lülerin alinyazılarını kararlaştırdıkları gibi, gök kürenin hareketine ve dünyanın düzene de göz kulak olurlar. İnsanların yazgıları, bu tanrıçaların yaşadıkları sarayda demir ve tunç üzerinde kazılmıştır. Hiçbir şey silemezmiş onları⁴⁵. Belirtilen görevler dışında insanların doğumlarını yöneten de Moiralar’dır yine. Hades’e geçici olarak giren kahramanları oradan gün ışığına çıkaranlar da Moiralar’dır. Hesiodos’un tanıtımından anlaşıldığına göre Moiralar insanlara yalnızca mutsuzluk değil, mutlu yaşama paylarını da veriyorlarmış⁴⁶.

Ayrıca Moiraların efsaneleri yoktur; onlar yarı dinsel, yarı filozofik bir görüşün canlandırılmış imgeleridir⁴⁷. Keza, Platon, Devlet’in son bölümünde, yeniden yeryüzüne çıkacak olan ruhların Moiralara başvurduğunu anlatmaktadır⁴⁸.

Themis ile Zeus’un diğer çocukları ise Hora’lardır. Hora’lar doğada düzeni simgeleyen üç tanrıçadır⁴⁹. Homeros bu tanrısal kızları “Gök’ün Kapıcıları” diye adlandırır. Olympos’un kapılarını açıp kapama görevini onlar yerine getirmiş⁵⁰. Hora sözcüğü, doğal zaman parçası, yıl, gün, saat, yaşama değişikliği, iklim gibi anlamlara gelir ve ölçüyü, ölçmeyi, değişenin bir düzen içinde belirlenmesi düşüncesini içerir⁵¹. Hora, Yunanca ve Latince de hem “mevsim” hem de “saat” anlamına gelmektedir. Latince saat anlamına gelen “hora” ile bir tutulduğu için adları “Saatler” diye de çevrilir. Bu çeviri hem doğru, hem yanlıştır, çünkü bu tanrısal varlıklar bir ölçü, bir düzeni yansıtmakla zaman ölçülerini de içerirler, ama etkileri bu insan-sal kavramları çok aşar⁵².

Horalar üç tanedir: Eunomia, Eirene ve Dike. Hora’ların teker teker adlarını ele

43 Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 350.

44 Cömert, *Op.cit.*, s. 58; Can, *Op.cit.*, s. 22; Sinanoğlu, *Op.cit.*, s. 22-23; William Smith, *The Wordsworth Classical Dictionary, Wordsworth Reference*, 1996, p. 270-271.

45 Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 350.

46 Ibid.

47 Erhat, *Op.cit.*, s. 207.

48 “Bütün ruhlar hayatlarını geçtikten sonra gene o sırayla Lakhesis’e yaklaşımlar. Lakhesis her birine kendi perisini vermiş; bu peri hayatı boyunca ona hizmet edecek, seçtiği kadere göre yaşatacağını onu. Bu peri ilkin ruhu Klotho’ya götürüp onun eli altından ve döndürdüğü kirmenden geçiyormuş; böylece ruh seçtiği kadere bağlanıyormuş. Ondan sonra Airopos, Klotho’nun eğirdiği kaderi ölçülmez hale sokuyor, sonunda ruh hiç arkasına dönmeden Kader’in tahtı önüne gelip duruyor, sonra öte yanına geçiyormuş.” (Devlet. X, 620 d-e) Bkz., Platon, Devlet, Çev.: Sabahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz, 7. b., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2003, 279-280, 277.

49 Derman Bayladı, *Tanrıların Öyküsü*, 5. b., İstanbul, Say Yayınları, 2007, s. 294.

50 Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 222-223; Hard, *Op.cit.*, p. 209.

51 Ahmet İnam, “Tehhne Kavramı Üstüne Bir Araştırma”, *Teknoloji Benim Neyim Oluyor?*, 3. b., Ankara, ODTÜ Yayıncılık, 2005, s. 88-89.

52 Erhat, *Op.cit.*, s. 146.

alacak olursak⁵³, simgeledikleri varlıkları da daha iyi anlamış oluruz: Birincisi Euno-mia düzeni, iyi yasalarla kurulmuş bir toplum düzenini simgeler. Eirene ise insanlara bereket ve mutluluk sağlayan barıştır. Dike hak ve adalet anlamına gelir, Themis'in kızları arasında ister yazında, ister yaşamda adı en çok geçen tanrıça odur. Bu tanrıçalar doğal ve insansal toplulukların can damarı, denge ve sürekliliğin başlıca etkenleridir⁵⁴. Horalar'a baktığımızda, belki de bazı Avrupa dillerinde adaletle ilgili di-şil kavramlar/sözcükler ile bu dişillik ara-sında bir bağ kurulabilir (örneğin Almanca die Justiz (adalet) ve die Gerechtigkeit (doğruluk, hakçalık), Fransızca la justice (adalet) ve la justesse (doğruluk) ⁵⁵.

Horalar'ı kimi zaman Aphrodite'nin alayında Kharit'lerle birlikte, kimi zaman da Dionysos alayında, ya da Persephone'nin oyun arkadaşları arasında görürüz nihayet, ormanlar ve sürüler tanrısı Pan, onlarla birlikte olmaktan haz duyar-dı⁵⁶. Helios'un (Güneş) ateş soluyan atlarını güneş arabasına koşan da yine Hora'lar-mış. Aynı şekilde Horalar Hera'nın atlarını da hazırlarlar. Onların yetiştirilmesiyle de görevlidirler. Adonis'i Ölümler ülkesinden alıp getirme görevi de yine Horalar'ın üze-rindedir⁵⁷.

Horalar saçları örgülü, etekleri topuk-larına kadar inen uzun entarili, başları taçlı üç genç kız olarak tasarlanırdı. Mevsim-leri de temsil ettikleri için de ellerinde bir buğday başağı, bir üzüm salkımı ya da bir çiçek tutarlardı. Ama onlar, daha çok soyut kavramlar olarak tasarlanır ve efsanelerde rol almazlardı⁵⁸.

Konumuz açısından büyük önem taşı-yan Dike'yi ele alalım. Dike yukarıda bah-settiğimiz gibi Horalar'dan biridir. Dike sözcüğü; hak, yol, adet, örf, töre, düzen, nizam, yasa, hak; hüküm; yasaya veya tö-reye uygun eylem, dava, mahkeme, yargı-lama, hâkimin hükmettiği bedel, tazminat ya da ceza gibi anlamlara gelmektedir⁵⁹. Ancak belirtmek gerekir ki Dike'nin anla-mı ve etimolojisi bir hayli muğlâk ve karı-şık görünüyor⁶⁰. İddiaya göre Dike, 'yol', 'patika' gibi bir kök anlama sahip. Böyle olunca Dike kelimesinin negatifi olan Adi-kia, yolsuz olmaklığı, yoldan çıkmışlı-ğı bildiriyor olsa gerek; ama Adikia, hep 'adaletsizlik' diye çevrilegelmiş; yani Dike adalet (justice) olunca Adikia adaletsizlik (injustice) olur, denmiş⁶¹. Ayrıca adalet denen Dike, olağan olana, adet olana, nor-mal olana da gönderir. İşte buna, yani adete uyana, tanzim edilmiş olana, 'yol'a sadık kalana, Grekler, Dike köklü bir kelime ile

53 *Düzen, barış ve adalet anlamları yanında Atinalılar onlara, Thallo, Aukso ve Karpo (bitkilerin yerden çık-ması, boy atması ve meyve vermesi fikirlerini çağrıştıran üç isim) da diyorlardı. Grimal, Mitoloji Sözlüğü, s. 298.*

54 *Erhat, Loc. cit.*

55 *Erdoğan Yıldırım- Hasan Ünal Nalbantoğlu, "Adaletin Kurgu Sökümü Yapılabilir mi? Derrida'nın Bir Savı Üzerine Çeşitlemeler", HFSA.-9, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, s. 98.*

56 *Erhat, Loc. cit.; Grimal, Mitoloji Sözlüğü, s. 298.*

57 *Bayladı, Mitoloji Sözlüğü, s. 222.*

58 *Bayladı, Mitoloji Sözlüğü, s. 223; Erhat, Loc. cit.; Grimal, Mitoloji Sözlüğü, s. 298.*

59 *Francis E. Peters, Antik Yunan Terimleri Sözlüğü, Çev. ve Hazırlayan: Hakkı Hünler, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2004, s. 71.*

60 *Bkz., Matthew W. Dickie, "Dike as a Moral Term in Homer and Hesiod", Classical Philology, Vol.: 73, No. 2 (Apr., 1978), p.91-101; Michael Gagarin, "Dike in Archaic Greek Thought", Classical Philology, Vol.: 69, No. 3 (Jul. 1974), p. 186-197.*

61 *Hünler, Op.cit., s. 69.*

seslenirler; dikaioş derler ve bizler onu, genellikle adil veya adaletli diye çeviririz⁶² (dikaioşune-adalet). Bunun dışında Dike sözcüğü, adaletin uygulandığı mahkeme için ve mahkemede verilen hüküm için de kullanılır; “diken didonai” deyimiye ceza görmek anlamına gelir⁶³. Vurgulamak gerekir ki, Dike sözcüğü içerdiği birçok anlamın arasında özellikle Doğruluk, Hak ve Adalet kavramlarını öne çıkartıyor ve tanrısal bir varlık olarak kişiselleştiriyor bu kavramları⁶⁴. İşte Dike, geçerahlak ve hatta evren düzeni ihlal edildiğinde amansızlığı, kör öcalış temsil eden ve sayıları hep değişen erylis’lerden farklı olarak, insan düzeninde adalet, hak ve doğruluğun temsilcisidir⁶⁵. Zaten Dike, evrensel düzenin, başka bir deyişle tanrısal Yasa’nın (Themis) insan toplumu içinde somut tezahüründen başka bir şey değildir⁶⁶.

Dike insanlar arasında yaşardı, onun içindir ki, şiirde de düzyazıda da çok adı geçmektedir. Dike kavramından Yunanlıların ne anladığını iyice kavramak için Hesiodos ve tragedya yazarlarına genel olarak değinelim.

Hesiodos’un ikinci büyük eseri İşler ve Günler’e konumuz ekseninde yakından bakmaya çalışalım. Heksameton nazım ölçüsüyle yazılmış bu eser tamamıyla ahlakal bir yol tutmuştur: kendi başına gelerek yaşadığı haksızlıktan hız alarak hak ve adaletin halk ile birey için olan önemi üzerine ders veriyor ve insanların gittikçe soysuzlaşması karşısında duyduğu kaygıların yükü altında ezilmesine rağmen doğru ve hakça çalışmanın getireceği uğur ve bereketi zihinlere yerleştirmeye çalışıyor⁶⁷. Hesiodos’un bu yapının başlangıcında Dike’ye vurgu yapılmaktadır⁶⁸. Ayrıca, Dike için 180 dizeye yakın uzun bir bölüm ayrılmıştır⁶⁹. Bu bölüm Hesiodos’un bütün hayat felsefesini verir. Yalnız Hesiodos’u tanımak bakımından değil de, orta halli bir insanın toplum içinde Dike tanrısal kavramını nasıl görüp nereye yerleştirdiği açısından inceleyebiliriz bu parçayı⁷⁰. Bölüm bir hayvan masalıyla başlar⁷¹; “krallara” yani yargıçlara seslenen şair, hayvanlar dünyasında kaba kuvvetin hüküm sürdüğünü, ama insanlar dünyasında öyle olmadığını söyler. İnsanlar arasında Dike vardır. Dike tanrı Zeus’tan gelir, Dike yani doğru-

62 Ibid.

63 Erhat, *Op.cit.*, s. 90.

64 Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 128.

65 Yıldırım-Nalbantoğlu, *Loc. cit.*

66 Mircea Eliade, *Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi Cilt 1: Taş Devrinden Eleusis Mysteria’larına*, Çev: Ali Berktaş, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2003, s. 319.

67 Kranz, *Op.cit.*, s. 19.

68 SESLENİŞ: Ey dillere destan Pierre Musa’ları, Sözüünü etmeye gelin Zeus’un, Övmeye gelin babanız! Odur ünlü kılan, ünsüz bırakan insanları. Zeus diledi mi şanslısın, dilemedi mi şanssız. Gücsüze güç verir, güçlüye ezer, Eğiverir mağrur başları, yüceltir alçak gönülleri, Kamburu dimdik eder, dimdiki kambur: Yücelerde oturan, göklerden seslenen Zeus. Beni dinle, gör beni, işit beni, Dike’den yana gitsin yargıların, Ben Perses’e gerçekleri söylerken. (İşler ve Günler, 1-10) Hesiodos, *Op.cit.*, s. 143.

69 Bkz., Hesiodos, *Op.cit.*, s. 149 vd.

70 Erhat, *Op.cit.*, s. 90.

71 Adalet: Şimdi krallara bir sözüm var, Ne kadar söz bilir kişiler olsa da krallar. Atmacanın biri alaca boynulu bülbüle demiş, Bülbülü sıkarken yaman pençelerinde, Zavalcılık inlerken keskin tırnaklar gövdesinde, Şöyle demiş atmaca bizimkine hışmıyla: “Ne bağıryorsun be, pis ufaklık? Senden daha güçlü birinin elindedir. Ne kadar güzel türkü söylersen söyle, Seni ben götüreceğim istediğim yere, Orada ya yiyeceğim seni kütür kütür, Ya da, dilersem, koyuvereceğim seni. Kendinden güçlüsüne ayak direyen zırdelidir; Acı çeker, kepaze olur boşuna.” Böyle demiş yel kanatlı atmaca, Yüce göklere uçan kuş. (İşler ve Günler, 205-210) Hesiodos, *Op.cit.*, s. 149.

luk, toplulukların varlığını ve mutluluğunu sağlar. Hesiodos burada tanrıça Dike'ye uzun bir övgü yazar⁷². Kardeşi Perses'ten haksızlık gören ve yargıçlarca korunmayıp hakkını alamayan Hesiodos'un Dike'ye bu övgüsü patetik olmakla kalmaz, kendilerine yargıç deyip de rüşvet alarak eğrilik yoluna sapan krallara da etkin bir derstir⁷³. Krallar gibi, tüm insanların da adaletle, doğrulukla ve haklılıkla yaşaması, hareket etmesi öğütlenmektedir burada⁷⁴.

Soylar mythos'u dünyayı bir cehennem çevirmekle bitmişti. Yoksulluk, umutsuzluk sarmıştı ortalığı, insan Pandora'nın işlediği (ki buna da suç denmez ya, bir ted-

birsizlikti sadece) yüzünden ne kadar kötülük varsa, hepsini başlarına bela etmişlerdi. Bundan kurtuluşu adalete güvenle, Dike'yi insanların arasına almak, onu her işte uygulamakla görmek ve salık vermek, Hesiodos'un Yunan düşüncesine en büyük katkısıdır⁷⁵. Kratos'la Bia'yı kendine başlıca yardımcı eden Zeus burada bir zorba olmaktan çıkıyor, insanlığa yarar ve iyilik getiren tanrı, gerçek bir tanrı oluveriyor. Yeryüzü de yeni baştan bir altın çağa, bir cennete dönüşüyor. Doğruluk üzerine kurulu bir insan cenneti...⁷⁶

Hesiodos'ta yeni oluşan yapının, sistemin farklı toplum katmanları arasındaki

72 *İşler ve Günler*'de yukarıda hayvan masalıyla başlangıcına yer verilen "Adalet" başlıklı bölümün devamı şöyledir: Ama sen Perses, doğruluktan yana ol, Aşırılığa kaptırma kendini. Biz zavallılara iyi gelmez aşırılık, Büyükleri bile yıpratır azgınlık, Başlarına bela geldi mi, ezilir altında. Doğru işlerden yana gidenler güzel yol, Haklı kazanır önünde sonunda, Çeke çeke aklı başına gelir budalanın. Yeminler gelir eğri yargıların ardından Ve Hak yükseltir o zaman sesini Rüşvetle hak yiyenlere karşı Ve düşer ağılayarak arduuna insanların, O insanların ki sürmüşlerdir Hak'ı haksızca Evlerinden, yurtlarından dışarı. Ama onlar ki yerliye yabancıya karşı Doğru yoldan, doğru yargılardan ayrılmazlar, Onların yurtları uygarlığa kavuşur, Mutlu kişiler yaşar kentlerinde, Delikanlıları besleyen barış gelir ülkelerine Ve engin bakışlı Zeus, yüce Tanrı, Acı savaşıardan korur onları. Bu haklardan yana gidenler düşmez hiçbir zaman Açlık, kıtlık gibi belalara, Bol bol meyvelerini yerler şölenlerde özene bezene işledikleri bahçelerinin. Toprak bereketli bir hayat sunar onlara, Dağda meşenin tepesi palamut dolar, Gövdesi cıvı cıvı arı, Koyunlar taşıyamaz olur yünlerini, Babalarının benzer çocuklar doğurur analar, Bolluk içinde yaşar giderler. Uzak denizlere açılmazlar geçinmek için, Bırakıp kendi bereketli yurtlarını. Ölüyü kaçırın, kötü yola sapan kişileriye, Cezalandırır engin bakışlı Zeus, Bütün bir kent yıkılır bazen Bir tek kişinin işlediği suç yüzünden. Bela, veba, kıtlık iner göklerden, Erkekler üretmez, kadınlar doğuramaz olur, Evler yıkılır gider o zaman, Kronosoğlu Zeus duvarları yerle bir eder. Koca orduları bozguna uğratar, Ya da darmadağın eder donanmaları. Ey krallar, siz de düşünün bu haklı düzen üzerine: Yanı başınızda insanlarla sarmaş dolaş ölümsüzler vardır, Hep gözetler dururlar o insanları ki Haksız yargılarla insanı insana ezdirirler Ve korkmazlar yukarıdan bakan tanrılara. Otuz bine varır sayısı, ölümlülere gözetlemek üzere Zeus'un bizi besleyen topraklara yolladığı ölümsüzlerin. Bunlar sisler içinde dolaşırlar dünyayı, Kollarlar insanların iyi kötü işlerini. Bir kız vardır, Zeus'un kızı, Adı Dike, Olympos'lu tanrılar sayarlar, severler onu. Biri saygısızlık etmesin ona haksızlık edip, Hemen gider oturur dizleri dibine. Babası Zeus'un, Kronosoğlunun, Ve dert yanar ona, insanların haksızlığından. Ne yazık ki bütün halk çeker cezasını Kötü karar veren yolsuz kralların. Bunları görür de doğru yargılar verin ey krallar, Siz ki hep rüşvet yer, haksızlık edersiniz. Başkasına haksızlık etmek kendine kötülük etmektir. Kötü düşünce düşüneni yakar herkesten önce. Her şeyi bilen Zeus'un her şeyi gören gözü Bunu da görür, görmek dilerse, Haklı haksız ne varsa kentte gözünden kaçmaz. Ben de oğlum da vazgeçeriz hemen bugün doğruluktan, Eğer Hak hoş görürse haksızlığı. Ama bir türlü inanmam İşini bilen Zeus'un Böyle işlere meydan vereceğini. Ey Perses, beni can kulağıyla dinle, Haktan yana ol, zorbalığı sil kafandan. Budur buyruğu Kronosoğlunun insanlara. Madem hak nedir bilmezler, Kemiredursunlar birbirlerini Balıklar, yırtıcı hayvanlar, kanatlı kuşlar. (İşler ve Günler, 210-275) Hesiodos, *Op.cit.*, s. 149-151.

73 Erhat, *Op.cit.*, s. 90.

74 Biber, *Op.cit.*, s. 51.

75 Erhat, *Loc. cit.*

76 Ibid.

77 Biber, *Loc. cit.*

dengeyi sağlayan bir kavram olarak, adalet temeli üzerine oturtulması söz konusu olmaktadır⁷⁷. Vernant'a göre; sitenin içinde ve Hesiodos'un dünyasında *dike*, yerle gök arasında ayrılmış gibi iki planda rol oynuyor: "*Küçük ve kaba çiftçi için dike bu dünyada 'armağanların yiyicisi' kralların keyfiliğine bağlı bir karardır; gökte ise, uzak ve yanına varılamayan yüce bir tanrısalıktır. Oysa yazının ona verdiği tanıtma olanağı ile dike tersine, ideal bir değer gibi sürekli ortada görünür; salt insan planında canlanır, herkes için bir kural olan, ama herkesin üstündeki yasada gerçekleşir; usa uygun bir ölçüdür, tartışmalara uğrar, kararnameyle değiştirilir ama kutsal bir buyruk gibi dile getirilmekten de geri kalmaz.*"⁷⁸ Ayrıca Hesiodos, yaşadığı dönemin geçiş sürecindeki tüm olumsuzlukların ve kötülüklerin bilincindedir ve *Dike* (Adalet) bu noktada devreye girerek insanlar arasındaki dengeyi ve eşitliği sağlayan bir norm olarak sunulmaktadır⁷⁹. Böylece Hesiodos, *Dike*'yi insanlar arasına katarak, Eski Yunanistan'daki çatışmalar ve çekişmelerle dolu kargaşalı yaşamı düzene koyacaktır⁸⁰. *Dike* (Adalet), insanların

görevlerini, işlevlerini ve toplum içindeki konumlarını da belirlemekte ve bireylerle toplumsal yapıyı oluşturan bölümler arasında görevlerin, onurların, erkin paylaşımını sağlamaktadır. Böylece *Dike*, bir ve aynı topluluğu, birleşmiş siteyi kurmak için, bu öğeleri uyumlu hale getirmektedir⁸¹.

Hesiodos'un bu görüşünü tragedya yazarları da benimser, bunların başında da Aiskhylos gelir. Aiskhylos'un tragedi-alarında *Dike*, bütün oluşların temel kuvvetlerinden biri diye gösterilir⁸². Ahlakı her şeyden üstün tutan bu şair, doğruların ocaklarında mutluluğun ürünlerinin bulunduğunu söyler (Agam. 750 vd.); Sophokles de Elektra tragedyasında işlenen suçun hemen peşinden *Dike*'nin, üç tanrıçaları⁸³ Erinys'lerle birlikte geldiğini ileri sürer (Elekt., 472 vd.)⁸⁴.

Öte yandan, Tanrıça *Dike*, kâinat nizamını ve zaman ile düzeni temsil etmekteydi. Zaten kâinat (kosmos), bir nizamdır, denge ve düzen demektir⁸⁵. Söz konusu nizam, sadece göklerin düzeni (mevsimler, yıldız ve gezegenler vs.) değil, aynı zamanda ve özellikle dünyevi düzen, yani toplumsal ve

78 Jean-Pierre Vernant, *Yunan Düşüncesinin Kaynakları*, Çev.: Hüseyin Portakal, İstanbul, Cem Yayınevi, 2002, s. 50

79 Biber, *Op.cit.*, s. 52.

80 İnam, *Op.cit.*, s. 89.

81 Vernant, *Yunan Düşüncesinin Kaynakları*, s. 70.

82 Behçet Necatigil, *Mitologya Sözlüğü*, İstanbul, Sel Yayıncılık, 2006, s. 42.

83 Erinys'ler kimi zaman bir, kimi zaman birçok kimi zaman da üç (Alektö, Tisiphone, Megaira) olarak gösterilen üç alma tanrıçalarıdır. Onlar, suç işleyen özellikle de cinayet işleyenlerin peşine düşerlerdi. Cinayetle oluşan kan kokusunu alarak suçlunun hemen peşine düşerler ve suçluyu sonsuza dek kovalarlardı. Erinys'lerin en çok rol oynadıkları şiir eseri Aiskhylos'un "Agamemnon", "Khoephoroi" ve "Eumenides" trilogia'sıdır. Romalılarda ise bu tanrıçanın adı "Furiae" (Furiler; Öfke) idi. Bayladı 151-152. Erhat, 104-106 Diğer bir üç tanrıçası Nemesis'tir. Nemesis hem soyut bir kavramı simgeler, hem de tanrısal bir varlık olarak canlandırılır. Hesiodos'a göre Gece tanrıça Nyks'in kızıdır. Kavram olarak Nemesis tanrısal öcü simgeler, kimi zaman Erinyslere karışır, ama çokluk insanlarda ölçüsüzlüğü, kendine ve talihine aşırı güveni (hybris) cezalandıran varlık olarak gösterilir. Sonraları suçu önleyici nitelikleri olan bir tanrıça olarak da gösterilmiştir. Erhat, *Op.cit.*, s. 104-106, 215; Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 151-152, 362; H. Argun Bozkurt, *Hukukun Öyküsü*, Ankara, (Eser Sahibinin Kendi Yayını), 2006, s. 19.

84 Erhat, *Op.cit.*, s. 90.

85 Kaan H. Ökten, "Nikomakhos'a Etik Beşinci Kitapta 'Adalet' ve 'Adaletsizlik' Kavramları", *HFSA-13*, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 146-147.

siyasal yaşamdaki düzen olarak anlaşılmalıdır. Bu denge ve düzen, Dike kavramıyla ifade ediliyordu⁸⁶. Bu bağlamda, Dike olarak adalet, kozmik düzen ve kısaca düzen anlamına geldiğine göre, bu düzeni adikia'ya, kaotik olana, düzensizliğe verilen karşılık olarak okumak mümkündür – hatta Heidegger tarafından Anaksimandros fragmanı üzerinden böyle bir okuma, muhtemelen bir okuma yapılmıştır. Dike (fug) olarak adalette ‘vermek’, karşılık verme hali olarak; kendisinden önce gelen adikia'ya (unfug) karşılık verme olarak, böyle⁸⁷. Öte yandan Heidegger, Dike ile Tekhne arasındaki karşıtlığı, Sophokles’in Antigone’sinde insanın en aşırı ve en tekinsiz varlık (deinotaton) olarak nitelenişiyile bağlayarak tartıştığı “Metafizığe Giriş” dersinde öne çıkarır⁸⁸. Heidegger en üstgücün uyarlayıcılığı (überwältigende Fug; düzen=kosmos) saydığı Dike ile tanımı gereği zanaat değil, şiddet de içeren ‘bilgi’ niteliğiyle tekhne arasındaki çatışmayı öne çıkarmaktadır⁸⁹. Heidegger’e göre, eğer Dike yasal veya ahlaki anlamda modern soyut bir kavram olarak “adalet” diye alınırsa, sözcüğün antik Yunan dünyasındaki orijinal metafizik anlamı yiter⁹⁰. Dike kural [norm] olarak yorumlandığında da aynı şey geçerlidir. Hüküm sürdüğü tüm alanlarda bu en üst güç bir uygun düzendir [Fug]. Varlık [Das Sein], yani phûsis’in gücü esas ve kökte olandır; logos ise yöneten uygun-düzen [fügender Fug], yani Dike’dır⁹¹.

Diğer bir nokta, Dike kavramı açısından zaman ve yordam ayrı bir öneme sahip olmaktadır. Buna göre zaman, her şeyin uygun bir zamanının olduğuna işaret eder; mevsimlerin, bitkilerin, yaşamın ve ölümün tam ve uygun zamanı söz konusudur⁹². Öte yandan yordamın (bir başka deyişle edim ve davranışların) da uygunluğu ve düzenliliği söz konusudur: Yapıp etmeler, uygun biçimde yapılıp edilmelidir. Bu noktada dike; toplumsal huzur, düzen ve adaletin teminatçısı olarak görülmektedir. Burada iyi bir kentdevlet yönetiminin dike’yi muntazam biçimde temsil ettiği düşünülmektedir. Dolayısıyla eşyanın temel nizamına uygun olmak, Dike sahibi olmak demektir (dikaos), bu da adalettir⁹³.

Dike kavramının arkeolojisi açısından önemli olan bazı hususları özetleyerek sunabiliriz:

- En eski devirlerde Dike, bir hak ihlalinin müeyyidesi, tazminat gibi bir anlamı sahipti. Daha sonraları (yani kentdevlet düzenine geçişte), soyut bir kavram haline gelerek hak ve hukukun sınırlarını tayin eden ilke haline dönüştü⁹⁴.

- Terimin felsefi anlamda ilk kullanımına Anaksimandros’ta rastlanmaktadır. Anaksimandros’la ilgili elde tek bir fragman bulunmakta olup (Diels 12 B 1) burada Dike, oluş ve yok oluş süreci içinde temel öğelerin karşılıklı alışverişi ve eksik-

86 Ibid., s. 147.

87 Hünler, *Op.cit.*, s. 72.

88 Yıldırım-Nalbantoğlu, *Op.cit.*, s. 98.

89 Ibid.

90 Dona Marie Giancola, “Justice and the Face of the Great Mother (East and West)”, *Comparative Philosophy, Twentieth World Congress of Philosophy, in Boston, Massachusetts from August 10-15, 1998*, (<http://www.bu.edu/wcp/Papers/Comp/CompGian.htm> Erişim tarihi: 3.3.2009), p. ; Bkz., Martin Heidegger, *An Introduction to Metaphysics*, trans. Ralph Manheim (New Haven: Yale University Press, 1959), p. 160; Yıldırım-Nalbantoğlu, *Loc. cit.*

91 Yıldırım-Nalbantoğlu, *Loc. cit.*

92 Ökten, *Op.cit.*, s. 147.

93 Ibid.

94 Ibid.

lik veya fazlalıkların giderilmesi anlamında konu edilmektedir⁹⁵. Anaksimandros'a göre "varolan şeylerin ilkesi (başlangıcı) apeiron'dur. Şeyler ondan meydana gelir ve yine zorunlu olarak onda ortadan kalırlar; çünkü onlar zamanın sırasına uygun olarak birbirlerine karşı işlemiş oldukları haksızlıkların cezasını öderler. (Diels 12 B 1)"⁹⁶ Görüldüğü gibi Anaksimandros ana maddenin, arkhenein, ilkenin veya tözün; hiçbir duyusal maddeyle özdeş olmayan belirsiz bir varlık, soyut bir ilke, sınırı olmayan anlamında *apeiron olduğunu belirtmiştir*⁹⁷. Anaksimandros varolan her şeyin, nicelik bakımından sınırsız ya da sonsuz, nitelik bakımından belirsiz, ölümsüz ve ezeli-ebedi ve ilk ilkesi ya da nedeni olan apeirondan bitimsiz bir varlığa geliş süreci içinde önce karşıtların, sonra da tüm diğer varlıkların doğduğunu öne sürmüştür⁹⁸. Apeiron bu anlamda, bir varlık deposu, ex nihilo'yu sağlama bağlayan bir nesne ve nitelikler dağırıcısıdır⁹⁹. Varlıkların ana formları ile ilgili olmanın yanı sıra bireysel varlıklar düzeyinde de geçerli olan bu durum; ne olursa olsun, evrende varlıkların meydana gelmesi ve ortadan kalkması, bir varlık formunun hâkim duruma geçmesi ve yerini daha sonra bir başka varlık formuna bırakması, onun tarafından ortadan kaldırılması¹⁰⁰, bir yasaya veya zorunluluğa göre cereyan etmektedir¹⁰¹. Bu yasanın

bugün anladığımız anlamda bir doğa yasası olmadığı açıktır. Bu daha çok ahlaki bir yasa, hatta hukuki bir yasa gibidir ama bu yasa kendisini aynı zamanda bir doğa yasası olarak göstermektedir¹⁰². Burada zorunluluktan kastedilen de doğa yasası anlamında bir zorunluluk değil, ahlak yasası, hukuk yasası veya toplum yasasının taşıdığı veya sahip olduğu anlamda bir zorunluluktur¹⁰³. Anaksimandros'un evrende bir nedensellik ilişkisinin varlığını gördüğü kesindir; ama bu nedensellik bir *suç-ceza nedenselliğidir: yani onda suçun sonucu veya eseri cezadır, cezanınki ise suçtur*. Toplum veya hukuk yasasının anlamı, haksızlıkları gidermektir¹⁰⁴. Herakleitos'a kısaca baktığımızda ise, ona göre (fragman 80) karşıtlıkların gerilimi, varoluşsal bir hakikat olduğundan kusursuz bir tanzim konusu olamaz¹⁰⁵.

- Demokritos'la birlikte Dike kavramının etik bir mesele olarak alındığı görülmektedir (fragman 45 ile 174). Sofistlerce yeğlenen nispi ve anlaşmasal yasa anlayışına karşılık etik anlamda temellenmiş, değişmez bir kozmik yasanın savunucusudur bu¹⁰⁶.

- Sokrates'le birlikte, Sofistlere karşı öne sürülen argümanların "erdemler" tartışması içine çekildiği görülmektedir. Ancak Sokrates'in tutumu (özellikle de

95 *Ibid.*, s. 147-148.

96 Arslan, *Op.cit.*, s. 98; Kranz, *Op.cit.*, s. 32.

97 Ahmet Cevizci, *Felsefe Sözlüğü*, 6. b., İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2005, s. 104; Gökberk, *Op.cit.*, s. 22; Arslan, *Loc. cit.*

98 Cevizci, *Loc. cit.*

99 Arda Denk, *Düşünceler ve Gereçekler-Felsefe Yazıları-1*, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, İstanbul, Göçebe Yayınları, 1997, s. 115.

100 Her belirli olan, dolayısıyla sonlu ve sınırlı olan şey, meydana gelmiş olan bir şeydir –sıcak soğuktan, sıvı katıdan oluşur- ve yeniden karşıtına döner. Böylece birbirinin karşıtı olan şeylerden biri öteki karşısında zaman zaman ağır basar; bu da, bunların içinden çıktıkları sonsuz ana madde içinde yeniden arınmalarına kadar sürer. Gökberk, *Loc. cit.*

101 Arslan, *Op.cit.*, s. 108.

102 *Ibid.*, s. 109.

103 *Ibid.*

104 *Ibid.*

105 Ökten, *Op.cit.*, s. 148.

106 *Ibid.*

Krito'da) halen anlaşmasal öğeler içermektedir¹⁰⁷.

- Sokrates'i geliştiren Platon'un, Devlet'te kentdevlet ile dike/dikaiousune ilişkisini çok daha soyut ve ruhsal terimlerle yürüttüğü anlaşılmaktadır. Örneğin Platon'a göre adil olan kişiler, gerek bu dünyada yaşarken gerekse öldükten sonra, Hades'te bu doğruluklarının karşılığını ödül olarak görürler¹⁰⁸. İyi ve adaletili olan kişilerin sonraki yaşamında nasıl ödüllendirileceğini Er Söylencesi mitosu ile açıklar Platon¹⁰⁹.

- Platon'un soyut tartışmasını son derece somut bir biçime dönüştüren Aristoteles ise, dikaiousune açısından oldukça güncel çözümlemelerde bulunmuştur. Ancak o da, adaletin konvansiyonalist (anlaşmasal) olmadığını ve bazı temel edimlerin doğaları gereği adil ve haklı olduğunu savunmaktadır¹¹⁰. Aristoteles'e göre ayrıca kentdevlet, kâinat nizamının suretidir ve kâinat nizamının temeli ise hak, yani Dike'dir.

Zaten onun "erdem" tanımlaması da söz konusu kainat nizamını betimlemektedir: "Oysa gerektiği zaman, gereken şeylere, gereken kişilere karşı, gerektiği için, gerektiği gibi bunları (erdemleri) yapmak orta olandır ve en iyidir, bu da erdeme özgüdür" (1106 b 21-23)¹¹¹. Dolayısıyla erdem sahibi olmak, dikaaios olmak demektir. Bu da dikaiousune'ye, yani adalete sahip olmak anlamına gelir¹¹². Bu bağlamda tüm erdemler, bir bakıma, adaletin suretleri olmaktadır. Ayrıca Aristoteles'in vurgusu, adaletin iki ayrı biçimde tezahür ettiğinedir: Birincisi genel ya da evrensel adalet ki bu bir erdemdir. İkincisiyse tikel ya da özel adalet, o da kendi özel sahasına sahiptir¹¹³. Dolayısıyla Aristoteles'e göre, karakter erdemlerini tam ve kusursuz olarak, icra ettiğimizde haklı ve adil bir edimde bulunmuş oluruz. Bu, dike kavramından çıkarılmaktadır¹¹⁴.

- Son olarak Stoacılar, dikaiousune'yi dört temel erdemden biri olarak kabul etmektedirler (Krusippos). Öte yandan

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ Nesrin Kale, "Antik Felsefe ve Edebiyatta Mitosun İşlevi", Vehbi Hacıcadıroğlu Armağanı-Felsefe Tartışmaları, Hazırlayanlar: Doğan Özlem-Hayrettin Ökçesiz-Şükrü Argın, İstanbul, Everest Yayınları, 2002, s. 288-289; Platon, Devlet, s. 274-275 (X. Kitap, 613-b,c,d,e)

¹⁰⁹ Mitosa göre bir savaşta ölen Er'in ölüsünü on gün sonra bulup evine götürürler. Ceset yakılacağı sırada dirilir ve öteki dünyada gördüklerini anlatmaya başlar; can bedeninden çıkar çıkmaz birçoklarıyla birlikte yola koyulmuş ve görülmedik güzel bir yere gelmişler. Orada bir çift kapı göğe, bir çift kapı yere açılıyormuş. Orada duran yargıçlar, herkesi yargıladıktan sonra, doğrulara göğe açılan yolu gösteriyor, suçluları da aşağı inen yola sokuyorlarmış. Yer altı kapılarından birine suçlular girerken öteki kapıdan yerin altından gelen perişan, bitkin ruhlar çıkıyormuş. Göğe açılan iki kapıdan gelen ruhlar ise, pırıl pırıl ve çok sevinçli imiş. Bunlar, göklerin tadına doyumaz nimetlerinden, sonsuz güzelliklerinden söz ediyormuş. Yeraltından gelenler ise, bin yıl süren yolculuklarında başlarına gelenleri, çektikleri işkenceleri anlatıyormuş. Kötüler yaptıklarını birer birer ve on katı ile ödüyormuş. İnsanlara iyilik etmiş, doğruluktan ayrılmamış olanların gördüğü karşılık da aynı ölçüde artıyor; güzelleşiyormuş. Böylece bu ruhlar, bir rahibin dağıttığı kurallara göre sırayla çeşitli hayat örneklerinden birini seçiyorlar, sonra Moiralar tarafından da bu seçtikleri kaderlere çözülmez bir biçimde bağlanıyorlarmış. Ruhlar, dünyaya gelmeden önce hangi hayatı yaşayacaklarını kendileri seçmektedirler. İşte Platon'a göre en zor olan bu seçme anıdır, çünkü önemli olan, en iyi hayatı seçmektir. Yaşarken de, öldükten sonra da, iyi ve kötü hayatları ayırt edip, en fazla iyiliğin görüleceği hayatı seçmek için de bilgi gerekir. Kale, Op.cit., s. 289-290; Platon, Devlet, s. 275-280 (X. Kitap, 614b-621d)

¹¹⁰ Ökten, Op.cit., s. 148.

¹¹¹ Aristoteles, Nikomakhos' a Etik, Çev.: Saffet Babür, Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2007, s. 37.

¹¹² Ökten, Loc. cit.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ Ibid.

Kuşkucular'ın, konvansiyonalist yaklaşıma geri döndükleri gözlemlenmektedir¹¹⁵ (Karneades).

Adalet tanrıçasının (veya tanrısının) diğer mitolojilerdeki görünümüne bakabiliriz. Roma mitolojisinde adalet tanrıçası ve adaletin simgesi olarak karşımıza İustitia (Justitia) çıkmaktadır. İustitia'nın Yunanlı Themis'in muadili değil de, Altın Çağ efsanesinde rol oynayan Dike ve Astraia'nın muadili olduğu belirtilmektedir.¹¹⁶ İustitia'nın Jupiterle (Zeus) Themis'in kızı Astraia¹¹⁷ olduğu da ileri sürülmektedir. İustitia Altın Çağda insanlar arasında bulunurken (Soylar Efsanesi), insanların gitgide daha çok suç işlemesi ve birbirlerine karşı saygı ve sevgilerinin kalmaması üzerine o da yeryüzünde barınmaz olmuş ve göğe çıkarak Bakire (Başak) burcuna dönüşmüştür.¹¹⁸

Mısır mitolojisinde ise adalet ve doğruluk tanrıçası Maat (Ma'at)'dır. Mısır kozmolojisi ve etiğinin temel fikri, başında bir devekuşu tüyü bulunan tanrıça Maat ile temsil edilmekteydi. Maat sözcüğü, hakikat, adalet, doğruluk, düzen, denge ve kozmik hukuk gibi anlamlara gelmektedir.¹¹⁹ Troth'un karısı ve Güneş Tanrısı Ra'nın kızı olan Maat, kozmik düzenin ahengini temsil etmekteydi¹²⁰. Simgesi olan devekuşu tüyü saf iyiliği, hakikati ve doğruluğu temsil ederdi. O bir hukuk tanrıçasıydı ve onun, adalet dağıtmak için Hakikat Evi'nde oturduğuna ve Osiris'in mahkemesinde insanların kalplerini kendisinin doğruluk tüyüyle tarttığına inanılırdı. Bö-

lece ölen kişinin iyi ve kötü ruhlu olduğu anlaşıldı.¹²¹ Mircea Eliade bu noktada şunları belirtmektedir: "Firavun 'gerçek' (Hakikat) olarak da çevrilen, ama genel anlamı 'iyi bir düzen', dolayısıyla 'hukuk', 'adalet' olan ma'at teriminin kişileşmiş halidir. Ma'at, ilk yaratılışa aittir: Bu nedenle altın çağın mükemmelliğini yansıtır. Ma'at evrenin ve hayatın temelini oluşturduğu için, ayrı ayrı her bir birey tarafından da bilinebilir. İlk metinlerde ve sonraki çağlara ait metinlerde şöyle açıklamalara rastlanır: 'Kalbini ma'at'ı bilmeye teşvik et;' 'Kalbinde ma'at'ın olan şeyi bilesin, senin için doğru olanı yapabilesin diye böyle davranıyorum' veya 'Ben ma'at'ı seven ve günahtan nefret eden bir adamdım; çünkü (günahın) Tanrıdan nefret etmek olduğunu biliyordum'.¹²²

Öte yandan, inanışa göre, zamanın başlangıcında dünya yaratılırken ortaya çıkan kaos Ma'at'ın koyduğu kurallar ile ortadan kalkmıştır. Bu nedenle firavunların bu kurallardan uzaklaşması durumunda kaosun geri gelip Mısır ve dünyayı yok edeceğine inanılır. Maat evrensel düzenin sağlayıcısı konumundadır aynı zamanda. Ayrıca Maat'ın görevleri arasında, güneş tanrısı Ra'ya gökyüzündeki seyahatlerinde rehberlik etmek de vardır. Her gün gökyüzünde onu taşıyan geminin rotasını belirler. Bazı inanışlara göre, gemide onunla beraber yön göstermek için yolculuk da eder¹²³.

Antik Yunanda ve Mısırlılarda kadın olarak betimlenen adalet tanrıçaları, Sümerlilerde erkektir. Sümerlilerin adalet

¹¹⁵ Ibid.

¹¹⁶ Grimal, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 349.

¹¹⁷ Daha çok Latin yazarlarında geçer.

¹¹⁸ Erhat, *Op.cit.*, s. 63, 164; Bayladı, *Mitoloji Sözlüğü*, s. 87, 253.

¹¹⁹ Geraldine Pinch, *Handbook of Egyptian Mythology, Abc-Clio*, 2002, p. 159.

¹²⁰ Michael Jordan, *Dictionary of Gods and Goddesses, Secon Edition, Facts On File*, 2004, p. 180.

¹²¹ Ökten, *Op.cit.*, s. 147; Şinasi Gündüz, *Din ve İnanç Sözlüğü*, Ankara, Vadi Yayınları, 1998, s. 241; Pinch, *Op.cit.*, p. 160.

¹²² Eliade, *Op.cit.*, s. 118.

¹²³ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ma'at> (Erişim tarihi: 19.04.2009)

mitolojisi tanrı Utu ile oluşturulmuştur¹²⁴. Utu, Ay Tanrısı Nanna ile Tanrıça Ninlil'in çocuğudur. Utu'nun kardeşleri ise Iskur ve İnanna'dır¹²⁵. Utu, Adalet Tanrısı olduğu gibi aynı zamanda o dönemde en büyük güç olan Güneş Tanrısı'dır. Tüm egemenlik, iyilik ve kötülük her şey O'na bağlıdır ve diğer tanrılar da Utu'ya bağlıdır¹²⁶. Genel bir bakışla görülmektedir ki, Sümerler yazılı kurallara, yargıçlara, adalete büyük önem vermektedir¹²⁷. Adaleti önemsedikleri içindir ki, en büyük tanrının aynı zamanda Adalet Tanrısı olması gerektiğine inanmışlardır.

Hititlerin adalet tanrısı ise Şamaş'tır¹²⁸. Şamaş¹²⁹ aynı zamanda güneş tanrısıdır yani en büyük tanrıdır. Şamaş, babası Ay tanrısı Sin (Sümer dilinde Nanna) ve Venüs gezegeniyle ilişkili ikiz kız kardeşi Tanrıça İştar'la (Sümer dilinde İnanna) birlikte üç yıldız tanrısını oluşturur¹³⁰. Güneş Tanrısı olarak karanlığa ve kötülüğe karşı ışığın gücünü temsil eder. Bu yüzden aynı zamanda adalet ve eşitlik tanrısı, hem tanrıların, hem de insanların yargıcidir. Ef-

saneye göre Babil hükümdarı Hammurabi yasalarını ondan almıştır. Geceleri Şamaş yer altı dünyasının yargıçlığını yapar. Yalnızca adalet tanrısı değil, aynı zamanda bütün evrenin yöneticisidir¹³¹. Genellikle bir tahta oturmuş durumda ve elinde adalet ve doğruluğu simgeleyen asa ve yüzükle birlikte betimlenmiştir. Simgelerinden biri de çentikli hançerdir ve çoğu zaman, güneşli temsil eden bir disk Şamaş'ı sembolize eder¹³².

Mitolojilerde adalet tanrı(ça)larına yer verdikten sonra şimdi de Themis üzerine değerlendirmeler yapan iki düşünürü kısaca ele alalım. Karşımıza ilk olarak Sir. Henry J. Sumner Maine çıkmaktadır. Maine, özellikle aileden kaynaklanan verili hak ve yükümlülükleri tanımlamak için ve "sözleşme"nin zıddı olarak "statü" terimini kullanmaktadır. Kısaca ifade edersek, Maine'e göre erken toplumları belirleyen ilke statü ilişkileri, modern toplumlar sözleşme ilişkileriyle karakterize olmaktadır: *Toplumların devininin statüden sözleşmeye doğru olduğunu söyleyebiliriz*¹³³.

124 Bozkurt, *Op.cit.*, s. 33.

125 Jordan, *Op.cit.*, p. 331.

126 Bozkurt, *Loc. cit.*

127 Örneğin Ludingirra şöyle demektedir: "Urnammu (Sümer Kralı)'nın 16 yıllık krallığı süresince yaptığı en önemli işlerden biri de ülkemizde yazılı olarak bir kanun çıkarması olmuş. O tarihten sonra Sümer'in bütün mahkeme kararları bu kanuna göre uygulanmaktadır. Urnammu'nun bu kanunu büyük bir taş üzerine yazdırarak güneş tanrımız Utu'nun tapınağına koydurduğu söyleniyor; ama Ur'a saldıran düşmanlar onu parçalamış olmalı ki, şimdi ortada yok. Bizim güneş Tanrımız adaletin koruyucusudur. 'Doğruluğun gemisi rüzgârda gider, Tanrı Utu ona bir liman bulur. Fenalığın gemisi de rüzgârda gider, fakat o kıyılara sürüklenir.' atasözümüz onu çok güzel açıklar. Bu yüzden Güneş Tanrımızın tapınağına konması doğal. Fakat Urnammu onu yalnız taşla yazdırmakla kalmamış, ayrıca kil üzerine de yazdırarak, yönetimi altında olan şehirlere, yargıçları ona göre karar versinler diye göndermiş. Daha sonra okul kitaplarına da, onun kopyaları konulmuş." Muazzez İlmiye Çığ, *Sümerli Ludingirra- Geçmişe Dönük Bilimkurgu*, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2000, s. 71-72.

128 Şamaş Sümer mitolojisindeki Utu'nun karşılığıdır.

129 Şamaş Arapça'ya Şems olarak geçmiştir. Şems güneş demektir. Abdulşems, güneşin kulu anlamında güneşe tapanların aldıkları bir isimdir. Şamaş'ın batı dillerindeki değişmiş şekli Sun (İngilizce), Sonne (Almanca)'dır. <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eama%C5%9F> (Erişim tarihi: 19.04.2009)

130 Bozkurt, *Op.cit.*, s. 34.

131 Ibid.

132 Ibid.

133 Sibel Özbudun- Balkı Şafak- N. Serpil Altuntek, *Antropoloji- Kuramlar/Kuramcılar*, 2. b., Ankara, Dipnot Yayınları, 2007, s. 37; Bkz., Hamide Topçuoğlu, *TOPÇUOĞLU Hamide, Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk) C. I- Konu-Problemler- Öncüler*, 3. b., İstanbul: AÜHFY., 1969, s. 457-467.

Maine hukuktaki evrimleşmeye ilişkin ise yargılamaya değinmiştir ve yazılı tarih öncesinde Kahramanlık Çağı Yunanlıları'nda yargılamanın bulunduğunu ifade etmiştir¹³⁴. Maine ilk toplumlardaki hukuk hakkında söylediklerini, felsefi etkilerin dışında kalmış güvenilir bir kaynak olarak gördüğü, Homeros'un İlyada'sına dayandırmaktadır. Homeros'un rehberliğinde hukuk, ilk başta ataerkil toplumun bir sonucu olarak ailedeki en yaşlı erkeğin ağzından çıkan sözcüklerden ibarettir. Tanrısız olduğu düşünülen otoritenin emirleri düzeni belirlerdi¹³⁵. Daha sonraları hukuk, rahiplere benzer din görevlileri ve kanun koyucular olarak Homeros şiirlerindeki gibi kahraman krallar tarafından; ihtiyaç doğduğunda da anlık yargılar olan *themistes'*lerle belirlenmiştir¹³⁶. Themis, Yunan Pantheon'unda adalet tanrıçası olarak yer alması öncesinde, Themistes biçimindeki çoğul kullanımıyla, Zeus adına yargılama yapan krallar ve şeflerin ünvanıdır¹³⁷.

Themis üzerine değerlendirmede bulunan diğer bir isim de Nietzsche'dir. Nietzsche geç dönem notlarında adalet konusuna değindiğinde şunları söylemekten geri kalmıyor: "Hak denen şey sözleşme olduğu yerden kaynaklanır, ama sözleşme

olması için de belirli bir güçler dengesi olmalıdır... Adaleti kadının elinde bir terazi olarak temsil etmek kabul edilemez, çünkü yanıltıcıdır; doğru alegori adaleti terazi kefelerinin tam ortasına öyle bir yerleştirmek olmalıydı ki, kefeleri dengede tutabilsin. Ama adalet doğru temsil edilmediği gibi ona yanlış sözcükler söylletiriliyor. Adalet 'herkese payını ver.' demez; o her zaman ve yalnızca şunu söyler: 'kısasa kısas.'¹³⁸

Şimdi de adalet tanrıçasının, alegorik-simgesel olarak neler ifade ettiğini ve bu zeminde nelerin ortaya koyulduğuna göz atalım. Adalet ve düzeni temsil eden adalet tanrıçası figürü, bir elinde terazi öteki elinde kılıç tutan, (bazılarında) gözleri bağlı bir kadın olarak simgeleştirilmiştir.

Adalet tanrıçası figüründe ilk dikkati çeken göz¹³⁹ simgesidir. Buradaki göz ister kapalı olsun ister açık olsun sonuçta "adaletin gözü" dür. Keza, Eski Yunan'da çok eski bir geçmişi olduğu anlaşılan "adaletin gözü" (dikes ophtalmós) timsali MS 4. yüzyılda Ammianus Marcellinus tarafından adaletin ebediyen gözeten gözü (Quia vigilavit Justitiae oculus sempiternus) şeklinde adaletli hâkimler ya da onların adil kararları için kullanılmıştır ama en genel anlamıyla (dünyevi) adaletin gözünden

134 Mehmet Tevfik Özcan, *İlkel Topumlarda Toplumsal Kontrol*, İstanbul, Özne Yayınları, 1998, s. 40.

135 Fehmiye Ceren Acabey, " "Statüden Sözleşmeye": Henry Maine'in Evrimci Hukuk Anlayışı", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007), s. 105.

136 Ibid.; Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, London, John Murray, Albemarle Street, 1908, p. 3-5

137 Özcan, Loc. cit.; Maine, Op.cit., p. 4.

138 Nietzsche'den aktaran: Yıldırım-Nalbantoğlu, Op.cit., s. 98-99.

139 Göz metaforuna genel olarak bakarsak, karşımıza şaşırtıcı renklilikte ampirik, normatif, dini, mistik, felsefi ya da bilimsel bağlamlardaki bir metafor yapısı çıkmaktadır. Örneğin 18. ve 19. yüzyıl felsefesinden şu örnekler verilebilir: "İç göz" (Locke), "ruhun gözü" ve "inanç gözü" (Hume), "eleştirel göz" (Kant), yüce ve hakim aklın gözü" (Kant), "zihin gözü" (Jakobi, Schelling, Schleiermacher), "hükümdarın gözü", "alelade göz" (Herder), "dini göz", "ebedi göz", "ampirik göz", "sadece içsel algılamamanın gözü", "beden gözü" (Fichte), gözün doğası semavidir", "Bu yüzden insan bu dünyada ancak gözüyle yükselebilir; bu nedenle de her kuram göğe bakmakla başlar." (Ludwig Feuerbach), "araştırmamanın gözü", "bilimin gözü" (Georg Büchner). Michael Stolleis, *Yasanın Gözü- Bir Metaforun Tarihi*, Çev.: Arif Çağlar, İstanbul, Kitap Yayınevi, 2010, s. 17, 58. Çeşitli bağlamlarda daha birçok örnek verilebilir.

140 Ibid., s. 17.

hiçbir şey kaçmaz ya da diğer bir deyişle devlet ve toplum adaleti “gözbebeği gibi korumalıdır” anlamına gelmektedir¹⁴⁰. Adaletin gözü (Justitiae oculus) ifadesi Roma hukuk diline ise büyük ihtimalle Yunan kültürü etkisiyle girmiştir. Eski Çağ literatürünü çok iyi bilen Rotterdamlı Erasmus Eskilerin Deyim ve Özdeyişleri adlı derlemesini oluştururken “Dikes ophthalmos i. e. Justitiae oculus (Dikes’in Gözü ya da Adaletin Gözü)” başlığı altında ciddi ve satın alınamayan hâkimin ya da adil bir yargının bu şekilde anıldığını yazmıştır¹⁴¹. Erasmus bunun kaynağı olarak Suidas’ı, Aulus Gellius’ta Krisippos’a ait bir alıntıyı gösterir. Bu alıntıda adaletin gözü ileriye doğru sert bakışlı ve hareketsiz olarak tasvir edilmiştir. Çünkü doğru hüküm vermekle yükümlü olana, namuslu kişinin doğru yolundan, doğru bakışından şu ya da bu şekilde sapmış olmak yakışmaz¹⁴². Adalet her şeyden önce meselenin aslına dikkat etme erdemidir ve karar vermede düzgünlük ve satın alınamaz olmak erdemi ancak bundan sonra gelir. Bu nedenle de daha sonraları Justitia (adalet) açık ve her şeyi gören gözlerle ama aynı zamanda bir gözbağıyla tasvir edilmiştir. Bu tasvirde Justitia dikkatini “kişiden bağımsız” olarak davacı ve davalının tezlerini tartmaya yoğunlaştırmaktadır. Gözü bağlı Justitia çok

sonraları ne yapacağı belli olmayan “kör” adliye olarak ortaya çıkacaktır¹⁴³. Körlüğün ya da bir gözü kapalı olmanın bu değişik eleştirilerden çok daha fazla dikkat edilmesi gereken şey adaletin gözünün doğrudan doğruya her şeyi gören tanrıların gözünden türetilmiş olmasıdır. Hâkim adilse tıpkı bir tanrı gibi vereceği kararla ilgili olayın “gerçekte nasıl olduğunu” belirleyecek ve tıpkı bir tanrı gibi bundan doğru sonuçlar çıkararak doğru yargıya varacaktır¹⁴⁴.

Şimdi de adalet tanrıçası figüründeki diğer simgelere bakabiliriz. Kılıç ve terazi birlikte olmalıdır ve birbirini dengelemelidir, çünkü terazi olmadan kılıç kaba kuvvet, kılıcsız terazi ise hukukun aczi demektir¹⁴⁵. Elindeki terazi adaleti ve bunun(ve hakkın) dengeli şekilde dağıtılmasını, tartılmasını ifade etmektedir¹⁴⁶. Zaten adalet tanrıçası figürüne adalet terazisini adaletin uygulandığı kişileri görmeksizin kullanan gözü bağlı tanrıça olarak baktığımızda; bunun denkleştirici adaletin simgesi olduğu söylenebilir¹⁴⁷. Terazinin Eski Mısır mitolojisinden geldiği düşünülebilir. Osiris’in hüküm salonundaki terazi ilk kez burada bir adalet aracı olarak yer almıştır. Osiris, öteki dünyada bu terazi sayesinde ölen kişiyi yargıladı. Themis (geniş anlamda adalet tanrıçası figürü) de bu terazi ile

141 Ibid., s. 19-20.

142 Ibid., s. 20. Bu konuda sevilen altı duraklı bir mısra da şöyledir: “*Est oculus aequitatis omnia igntuens (adaletin gözü her şeyi dikkate alır)*” Ibid.

143 Ibid. Burada karşımıza Schiller çıkmakta ve 1784 yılına ait Haydutlar adlı oyununda “alçak herifin biri adaletin gözünü gümüşle kaplamaktadır” (2. Perde 2. Sahne). Aynı oyunun başka bir yerindeyse adaletin gözü “kimi zaman altınla kör olmakta”dır. Buna benzer şekilde bazı başka alegorik tasvirlerde de “taraf tutan” bir gözü kapalı yargı, bu durum karşısında dehşete kapılmış gerçek adaletin önünü kesmektedir.

144 Ibid., s. 20-21.

145 Bkz., Rudolph Von Jhering, *The Struggle For Law*, Second Ed., Union, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1997, p. 2.

146 Bkz., Bozkurt, Op.cit., s. 18; Answer of “What are the “scales of justice?” What do they represent? How has this image been used historically? Where can one find a Picture of “scales of justice?””, *Law Library Journal*, Vol.: 73, 1980, p. 744; Answer of “Who is the goddess of justice, depicted usually as blindfolded with scales and a sword?””, *Law Library Journal*, Vol.: 52, 1959, p. 234

147 Adnan Güriz, *Hukuk Felsefesi*, 5. b., Ankara, Siyasal Kitabevi, 1999, s. 175; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 80.

hakları tartmakta ve hakkı sahibine teslim etmektedir¹⁴⁸. Diğer elindeki kılıç ise adaletin keskinliğini ve adaletin verdiği cezaların caydırıcılığını ve gücünü simgelemektedir. Kadın olması bağımsızlığı ifade eder. Bazı betimlemelerde gözlerinin bağlı olmasının tarafsızlığı simgelediği söylenmektedir. Themis (ve adalet tanrıçaları) insanların özlem duyduğu ve olmasını istediği bağımsız, tarafsız, adaletin dengeli şekilde dağıttığı, caydırıcılığı olan hukuk düzeninin ifadesidir.

Adalet tanrıçası görüldüğü gibi ilk zamanlarda gözleri bağlı olarak ve hatta kılıç

ve terazi ile betimlenmemiştir¹⁴⁹. Bu simgelerle daha çok Iustitia resmedilmiştir¹⁵⁰. Adalet tanrıçası tasvirleri ülkeden ülkeye, çağdan çağa veyahut da farklı sanatçıların bakış açılarıyla değişiklik göstermektedir¹⁵¹. Ancak “adaletin terazisi” sembolü, “adaletin” kişileşmiş hali ve alegorisi olarak adalet tanrıçası, Batı dünyasının yanı sıra Mısır, Hindistan, Tibet, Uzakdoğu gibi birçok yerde kullanılan –ortak- bir motif olarak göze çarpmaktadır¹⁵². Dünyanın dört bir tarafında adaleti simgeleyen tanrıça figürü; kültürel, dönemsel farklılıklara rağmen evrensel bir simge görünümündedir¹⁵³.

148 Bozkurt, Loc. cit.

149 Bkz., George W. Johnson, “The Feminine Origins of Justice and Law”, *Psychological Perspectives*, Issue 40, 2000, p. 53-56; Answer of “What is the origin of the ubiquitous and somewhat abused symbol of the blindfolded statue of justice holding the scales?”, *Law Library Journal*, Vol.: 64, 1971, p. 250.

150 Bkz., Bennett Capers, “On Justitia Race, Gender and Blindness”, *Michigan Journal of Race&Law*, Vol.: 12, 2006-2007, p. 203-233.

151 Bkz., *Images of the Goddess of Justice*, <http://mdean.tripod.com/justice.html> (Erişim tarihi: 23.04.2009); Johnson, Loc. cit.; Answer of “What are the “scales of justice?” What do they represent? How has this image been used historically? Where can one find a Picture of “scales of justice?””, *Law Library Journal*, Vol.: 73, 1980, p. 744-746; “What is the origin of the ubiquitous and somewhat abused symbol of the blindfolded statue of justice holding the scales?”, *Law Library Journal*, Vol.: 64, 1971, p. 250; Dennis E. Curtis- Judith Resnik, “Images of Justice”, *The Yale Law Journal*, Vol.: 96, 1987, 1727-1772; Judith Resnik- Dennis E. Curtis, “Representing Justice: From Renaissance Iconography to Twenty-First-Century Courthouses”, *Proceedings of American Philosophical Society*, Vol. 151, No. 2, June 2007, 139-183.

152 Answer of “What are the “scales of justice?” What do they represent? How has this image been used historically? Where can one find a Picture of “scales of justice?””, *Law Library Journal*, Vol.: 73, 1980, p. 745.

153 Bkz., *Images of the Goddess of Justice*, <http://mdean.tripod.com/justice.html> (Erişim tarihi: 23.04.2009)

154 Sembol dediğimiz şey nedir? Sembolün tanımı, çoğunlukla “Başka bir şeyin yerinde duran, onun yerini alan, onu temsil eden” olarak yapılmaktadır. Sembollerin bir tecrübenin, bir duygunun ya da bir düşüncenin yerine geçtiğini varsayabiliriz. Yeni bir soru daha sorabiliriz: “Acaba sembolün kendisi ile sembolize ettiği şey arasında ne gibi bir ilişki vardır? Bu soruyu yanıtlayabilmek için sembollerin üç türe ayrıldığını bilmemiz gerekmektedir. Bunlar sırasıyla; geleneksel, rastlantısal ve evrensel sembollerdir. Semboller arasında kullandığımız en yaygın ve tanınmış olan tür, geleneksel sembollerdir. Geleneksel sembolere verilecek en yaygın örnek, kelimelerdir. “Masa” kelimesini duyduğumuzda veya okuduğumuzda, M-A-S-A harfleri, başka bir şeyin yerinde duran, onun yerini alan ve onu temsil eden birer semboldürler. Geleneksel sembolleri, yalnızca kelimelerle sınırlı tutamayız. Bazen resimler de geleneksel sembolere bir örnek olabilirler. Rastlantısal sembollerle, geleneksel semboller tek bir noktada benzerlik gösterirler: burada, sembol ile temsil edilen şey arasında içsel bir bağlantıya rastlamak mümkün olmaz. Rastlantısal sembollerde, sembol ile sembolize edilen şey arasındaki ilişki bütünüyle rastlantısaldir ve kişilerin kendilerine özgü sembollerdir. Rastlantısal bir sembolün çevremizdeki insanlar tarafından anlaşılabilmesi için, onu açıklamamız gerekmektedir. Örneğin, bir kişinin herhangi bir şehirde, üçüncü bir olayla karşılaşmış olduğunu düşünelim. Bu kişi daha sonraları, o şehrin adını duyduğunda, buruk bir duyguya kapılacaktır. Burada kişisel bir ilişkilendirme sonucu, sözü geçen şehir bir sembol biçimini almıştır. Rastlantısal sembollere mitoslarda, masallarda ya da sanat eserlerinde rastlamak hemen hemen imkânsızdır. Evrensel sembol, sembolize eden ile sembolize edilen arasındaki doğrudan, sürekli ve rastlantısal olmayan bir ilişki kavrayabilen tek semboldür. Evrensel semboller, bedenimizin, duygularımızın ve ruhumuzun özellikleriyle ilgilidirler. Evrensel sembollerde bunları açıklarken kullanılan semboller tüm insanlar tarafından ortak olarak kullanıldığı için, bunları evrensel olarak niteleyebiliriz. Tüm bu anlatılanların ardından gördüğümüz gibi semboller, tüm insanlar için geliştirilmiştir. Tarih boyunca (ilkel bir uygarlıktan, gelişmiş Mısır ve Yunan uygarlıklarına dek) mitoslar ve rüyalar, her zaman sembol dili ile anlatılmışlardır. Bunun da ötesinde, çok farklı uygarlıklarda bile, bazı ortak sembolere rastlanmaktadır. Bkz., Erich Fromm, *Rüyalar, Masallar, Mitoslar*; Çev.: Aydın Arutan-Kaan H. Ökten, İstanbul, Arutan Yayınevi 1997, s. 30-39

Ayrıca yüzyıllar geçmesine karşın küçük değişiklikler olsa da süregiden adalet tanrıçası simgesi(sembolü)¹⁵⁴ ilgi çekicidir. Bu tespitler bize bir ismi çağırmaktadır: Carl Gustav Jung. Jung'un dile getirdikleriyle adalet tanrıçası figürüyle ilintili tespitlerimizi beraber değerlendirmek, bağlantılar kurmak ufuk açıcı olabilir¹⁵⁵.

Jung'a göre düşünme, hissetme, duyu ve sezgi şeklinde sıralanan zihin işlevlerini yerine getiren "bilinç" in yanı sıra kişilik kısımlarının derinliklerinde olup onları besleyen çok önemli bir kişilik kısmı da "bilinçdışı"dır¹⁵⁶. Jung bilinçdışının "bireysel bilinçdışı" ve "kolektif (ortak) bilinçdışı"ndan oluştuğunu söylemektedir. Egonun geri çevirdiği yaşantılar psişenin içinde yok olmazlar, çünkü yaşanmış olan hiçbir şey varlığını yitirmez. Bunlar, Jung'un bireyin kendine özgü olan ve "bireysel bilinçdışı" diye adlandırdığı kişilik düzeyinde birikirler¹⁵⁷. Bireysel bilinçdışında, unutulmuş anılar, eşikaltı algılamalar, yani bilinç yüzeyine çıkacak gücü bulamamış duyu algılamaları, en sonra da, bilinç için henüz olgunlaşmamış içerikler vardır¹⁵⁸.

Kolektif bilindışı, Jung'un başlangıçta *ilk imgeler diye adlandırdığı, saklı imgeler hazinesidir*¹⁵⁹. Daha sonraları ise Jung, bilinç ve bilinçdışı yönlerinin her ikisini de kapsar biçimde, geniş anlamda *arketipler terimini kullanmıştır*¹⁶⁰. İşte, kolektif bilinçdışı, bireysel bilinçdışının çok daha derinlerinde bulunan ve kişisel olarak elde edilmemiş olup, insanlığın ortak mirası olarak nesilden nesile intikal eden ruhsal işlev ürünlerinin biriktiği kısımdır¹⁶¹. Kolektif bilinçdışı arketipler'den oluşmaktadır. Arketip, ilk örnektir ve prototip sözcüğü ile eş anlamlıdır¹⁶². Jung yaşamının son kırk yılının büyük bölümünde arketipleri araştırmaya yönelmiştir¹⁶³. Jung özellikle bazı arketipleri öne çıkarmıştır: persona (maske), anima ve animus (dişil ve eril ruh), gölge, özben, mandala, yaşlı bilge adam¹⁶⁴. Tanımını yaptığı arketipler arasında; doğum, yeniden dünyaya geliş, ölüm, güçlülük, sihir, kahraman, çocuk, üçkâğıtçı, akıllı ihtiyar, toprak ana, dev gibi imgeler; ağaçlar, güneş, ay, rüzgâr, ırmak, ateş ve hayvanlar gibi doğal objeler; yüzük ve silah gibi insan yapısı objeler ve mitolojik ifadeler, semboller de sayılabilir¹⁶⁵.

155 "Hukukun –varsa- bir arketipi o da adalet tanrıçası'dır, diyebilir miyiz? ya da "arketip olarak adalet tanrıçası nasıl düşünülebilir?" şeklinde sorular sorulabilir. Sorular çoğaltılabilir; önemli olan mitolojide ve simge, alegori olarak adalet tanrıçası ile Jung'un bu kuramı arasında ne gibi bağlantılar kurulabileceği üzerine düşündürmektir.

156 Bkz., Engin Geçtan, *Psikanaliz ve Sonrası*, 13. b., İstanbul, Metis Yayınları, 2008, s. 161; Kriton Dinçmen, *Psykhiatria ve Mythos*, 4. b., İstanbul, Pan Yayıncılık, 2006, s. 16.

157 Bkz., Frieda Fordham, *Jung Psikolojisinin Ana Hatları*, Çev.: Aslan Yalçınar, 6. b., İstanbul, Say Yayınları, 2004, s. 24; Calvin S. Hall-Vernon J. Nordby, *Jung Psikolojisinin Ana Çizgileri*, Çev.: Ender Gürol, İstanbul, Cem Yayınevi, 2006, s. 31-32; Geçtan, *Op.cit.*, s. 163.

158 Carl Gustav Jung, *Analitik Psikoloji*, Çev.: Ender Gürol, 2. b., İstanbul, Payel Yayınları, 2006, s. 145.

159 Hall-Nordby, *Op.cit.*, s. 36.

160 Fordham, *Op.cit.*, s. 27.

161 Dinçmen, *Loc. cit.*

162 Hall-Nordby, *Op.cit.*, s. 38.

163 Geçtan, *Op.cit.*, s. 166.

164 Bkz. ve Karş., Anthony Stor (Der.), *Jung'dan Seçme Yazılar*, Çev.: Levent Özşar, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2006, s. 75-110; Jolande Jakobi, C. G. Jung Psikolojisi, Çev.: Mehmet Arap, İstanbul, İlyan Yayınevi, 2002, s. 148-187; Anthony Stevens, *Jung*, Çev.: Ayda Çayır, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 1999, s. 61-73; E. A. Bennet, *Jung Aslında Ne Dedi?*, Çev.: İşıl Çobanlı, İstanbul, Say Yayınları, 2006, s. 118-138; Salih Gebel, "Psikoloji-Din İlişkisi ve Jung", (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı Felsefe ve Dinbilimleri Bilim Dalı, İstanbul, 2003), s. 40-52. Hall-Nordby, *Op.cit.*, s. 38-50; Geçtan, *Op.cit.*, s. 166-171; Fordham, *Op.cit.*, s. 59-84.

165 Geçtan, *Op.cit.*, s. 166; Hall-Nordby, *Op.cit.*, s. 38.

Görüldüğü üzere, arketiplerin en belirgin ifadeleri, insan topluluklarının yaratmış olduğu mitoslardaki sembolik ifadelerdir¹⁶⁶. Jung, mitleri incelemek için oldukça zaman harcamıştır; çünkü onları insan doğasının en temel açıklanış biçimleri olarak kabul etmektedir¹⁶⁷. Mitler kolektif bilinçdışının doğrudan bir anlatım biçimi olduklarından, benzer biçimlerde, bütün insanlar arasında ve bütün çağlarda bulunurlar çünkü insan mit yaratma gücünü kaybettiği zaman varlığının yaratıcı güçleriyle olan ilişkisini yitirir. Bir mit olduğu ve sözcüklerle dile getirildiği zaman onu biçimlendirenin bilinç olduğu doğrudur. Fakat mitin ruhu, yani onun temsil ettiği yaratıcı dürtü, ifade ettiği ve uyandırdığı duygular, hatta büyük ölçüde onun ana fikri, bilinçdışından gelmektedir¹⁶⁸. Jung, mitolojinin belirli karakterleri, belirli konuları işlese de arka planında daha öte anlamları barındırdığı sonucuna ulaşmıştır¹⁶⁹. İşte, Jung'un çeşitli uygarlıkların sanatsal ve mistik ürünlerine yönelik yoğun araştırmaları, bu uygarlıkların hepsi için, hatta doğrudan etkinin mümkün olmadığı zaman ve mekân olarak geniş bir alana yayılmış kültürler için dahi, ortak sembollerin keşfedilmesiyle sonuçlanmıştır¹⁷⁰.

Adalet tanrı(ça)larını mitoloji ve diğer bazı zeminlerde ele aldıktan sonra, adalet tanrıçası ve onun simgesel olarak ifade ettikleri üzerine yapılmış bazı değerlendirmelere göz atalım. Örneğin Mustafa Erdoğan yargıcın tarafsızlığı için Justitia'yı (yani gözleri bantlı adalet tanrıçası figürünü) destekliyor. 28.04.2006'da Radikal gazetesinde yayınlanan görüşleri şu şekilde:

"Kör değil de gözü bağlı olduğuna göre, Justitia istese görebilecek olduğu şeyleri bilinçli olarak görmemeyi tercih ediyor demektir. Gözü bağlı yargıç yargılama esnasında herkese eşit nazarla bakacak ve hukuku sadece vicdanına göre belirleyecektir. Gözbağı sembolünün işaret ettiği ilkeler özellikle yargıcın egemenle olan ilişkileri bakımından önemlidir. Hâkimler kurulu bir egemenlik yapısı içinde hareket ediyor olsa da, adalet dağıtırken iktidardan bağımsız olmaları ve ona karşı eleştirel bir mesafeyi korumaları gerekir.

Bir ülkede hukukun ve adaletin egemen olması, her şeyden önce, adalet mekanizmasının, burada belirtilen anlamda 'gözünün bağlı' olmasına bağlıdır. Gözün bağlı olması, elbette, yargıcın kendisini dış dünyaya büsbütün kapatması, içinde yaşadığı toplumdaki soyutlanması gerektiği anlamına gelmiyor. Ne var ki, gözbağı çözülmüş bir yargıcın kamu otoritesinin -özellikle de çıplak gücün- taraf olduğu bir davada adil karar vermesi hiç de kolay değildir."¹⁷¹

Sami Selçuk ise eski Adalet Tanrıçası'nın gözünün, yargıcın gözünün açık olması gerektiğini şöyle savunuyor:

"Günümüzde Adalet Tanrıçasının gözünde bağ yoktur, olamaz da. Kişilik tanınmadan adil yargılama yapılamaz. Yargıdığı suçluyla görmeden yargılayan bir yargıç, asla doğru hüküm kuramaz. Ama bizde kurar. Sözgelimi, başka yerde savunma yapan kişi hakkında cezanın bireyselleştirilmesiyle ilgili yasal hükümleri uygular

166 Dinçmen, *Op.cit.*, s. 18.

167 Fordham, *Op.cit.*, s. 29-30;

168 *Ibid.*, s. 30.

169 Gebel, *Op.cit.*, s. 39.

170 Duane P. Schultz- Sydney Ellen Schultz, *Modern Psikoloji Tarihi*, Çev.: Yasemin Aslay, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 2007, s. 646.

171 <http://www.stargazete.com/politika/star-yazari-iki-bilim-adami-tartisiyor-tanricanin-gozuyle-adalet-haber-62493.htm> (Erişim tarihi: 04.05.2009)

172 <http://www.stargazete.com/politika/star-yazari-iki-bilim-adami-tartisiyor-tanricanin-gozuyle-adalet-haber-62493.htm> (Erişim tarihi: 04.05.2009)

ya da uygulamaz. Çünkü yargıcın gözünde bant vardır. Ama Türk yargıcının doğaüstü yeteneklerine hep inanılmıştır. Doğaötesi dönemden kalma bir inançtır bu, belki de. İşte bu anlayışı yansıtır biçimde olsa gerek, Yargıtay'ın bulvara bakan kapısındaki tanrıçanın gözleri kapalıdır. Neden? Çünkü, biz kulaktan dolma bilgiyle yetiniriz ve bilgimizden hiç kuşulanmayız. 1999'da Yargıtay Başkanlığı görevini üstlendiğimde ilk işim bu çağ dışı durumu düzeltmek oldu. Dünya çapındaki ünlü Fransız oyma resim (gravür) ustası Jacques de Bie'nin Cesare Ripa'nın 1643 yılında yayımlanan 'Iconologie' adlı kitabındaki Adalet Tanrıçasının resmini yaptırdım ve Genel Kurul salonunun girişine astırdım.

Tanrıçanın bir elinde terazi, bir elinde çekül vardı. Hafiften kıvrılmış vücudu ve çevresini araştıran gözleriyle katı ve soyut adaletin yerini artık yumuşak ve somut adaletin aldığını simgeliyordu. İzin alınarak Kurul kapısının alnacına asılan bu resim benden sonra kaldırıldı. Galiba ilk en önemli icraat da bu idi. Yerine ne kondu? Gözleri kapalı ve Çağ dışı uydurma bir kadın resmi. Kanımca, doğaötesi çağda metafizik yargıçlar, dinsel çağda teolojik yargıçlar, bilimsel çağda laik ve bilimden yana yargıçlar adalet dağıtmışlardır. Peki, biz hangi çağı yaşıyoruz?"¹⁷²

"Adalet Tanrıçası Themis Figürü Üzerine Bir Deneme"¹⁷³ başlıklı çalışmaya adalet tanrıçası ve onun alegorik çerçevesi üzerine yapılmış diğer bir örnek olarak yer verebiliriz. Yazar öncelikle "niyetinin yaygın adalet anlayışının simgeleştirildiği Adalet Tanrıçası Themis figüründen hareketle "adalet sorunu" üzerine birtakım sorular sormak ve cevaplar aramak"¹⁷⁴ olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda yazar,

Themis üzerinden bazı sorular sormakta ve bunlara ilişkin açıklamalar yapmaktadır. Araya girmeden bazı noktaları aktarabiliriz, yazar şunları söylemekte:

"Themis'le ilgili tartışılacak ilk soru adaletin niçin bir tanrıça ile temsil edildiğidir. Adalet dağıtıcısının metafizik bir varlıkta cisimleştirilmesi, adaletin ve adalet dağıtıcısının kutsallaştırılması olarak yorumlanabilir. Kutsallaştırma, değere ve öneme ilişkin bir anlam ve pratik sağlar-ken, aynı zamanda adalet ve adalet dağıtımını üzerinde tartışmayı imkânsız ya da en azından tehlikeli kılmaktadır. Bir toplumda kutsal kabul edilenler üzerine tartışma herkesin malumu olduğu üzere oldukça sıkıntılıdır. Kutsallaştırma, beraberinde güçlü bir yabancılaşma da getirmektedir. Bir tanrıça olarak Themis adalet dağıtanın metafizik dünyasıyla, adalet dağıtılanın maddi dünyasına dayanan bir ikilik yaratıyor ve maddi olanı metafizik olana tabi kılıyor. Bu tür bir idealizm adaletin hiçbir zaman gerçekleşmeyecek olmasını da beraberinde getiriyor. Themis bir tanrıça olarak ayrıca adaletin, bir güç sorunu olduğunu da ifade ediyor. Adaleti ancak sonsuz bir gücü tartışmamız açısından bir tanrıça-sağlayabileceği iddiası, onu ortalama bir insanın gerçekliğinden koparıyor."¹⁷⁵

"Themis bir tanrıça, bir kadın. Adaletin niçin bir kadında cisimleştirildiği diğer temel sorumuz. Bu soruyu anlamlandırmak için Eski Yunan toplumuna başvurmamız gerekiyor. Bilindiği üzere Eski Yunan toplumunda kadın, bir yurttaş ve özgür bir insan olmadığı gibi kölelerinkine benzetilebilecek bir hayata sahiptir. Hayatı, önce babasının ve sonra da kocasının çizdiği sınırlar içerisinde gerçekleşir. Buradan hareketle kadının hiçbir hakka sahip olmadığı söyle-

173 Ali Çuvacı, "Adalet Tanrıçası Themis Figürü Üzerine Bir Deneme", Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 9, Şubat 2006, s. 1-4.

174 Ibid., s. 1.

175 Ibid.

nebilir. Kadın hak sahibi olmamakla birlikte evin düzeninden sorumludur. Hiçbir hak sahibi olmayan fakat ödevlerle yüklenmiş bir konumu olan kadının kendisini dışlayan toplumsal yapı tarafından adalet dağıtıcısı olarak görevlendirilmesi gerçek bir çelişki değil midir?”¹⁷⁶

“Themis elinde bir terazi tutuyor. Terazinin adalet dağıtımında niçin bir simge olarak kullanıldığı üçüncü temel sorumuz? Bu soruyu araştırırken adaletin ölçülüp ölçülemeyeceğini bir başlangıç noktası olarak alabiliriz. Aslında bu soru mevcut yaygın adalet anlayışı tarafından cevaplanmaktadır. Adalet ölçülebilir niceliklerle ifade edilebilmekte ya da en azından ölçülebilir niceliklere indirgenebilmektedir. Mevcut adalet anlayışı örneğin bir suçluyu bir yıl altı ay üç gün hapis cezasıyla cezalandırmayı adaletin bir gereği sayarken Themis’in terazisini kullanıyor olsa gerek. Adalet bu tip niceliklerin toplamı olarak ölçüm hataları ve hileleri ihmal edilirse- düşünülebilir. Fakat ölçüm her şeyden önce ölçülebilir bir şeyi gerektirir. Burada sorun ölçüm için nelerin tercih edileceğidir. Bu tercih durumunun farklı boyutları tartışılmayı hak ediyor. Tercihler adalet anlayışı kadar adalet pratiğini de belirleyecektir.”¹⁷⁷

“Themis’in gözleri bağlıdır. Adalet dağıtımında göz bağının nasıl bir işlevi olduğu başka bir sorumuz? Adalet dağıtıcısının taraflara mesafeli olması, onlardan etkilenmemesi temel bir kuraldır. Zira adaletin gerçekleşmesi her tür etkiden uzak olmasına bağlıdır. Buradan hareketle Themis’in gözlerindeki bağ, adalet dağıtıcısının etkilene ihtimalini engellemeyi amaçlamak-

tadır. Taraflar arasında bu tip bir eşitlik kurmak iki açıdan sakıncalı gözükmedir. Birincisi, görünüşün etkisi üzerine inşa edilmiş bir adalet anlayışı yüzeyselliğe mahkûmdur. Adalet dağıtıcısının izolasyonunu görünüşün etkisine indirgemek diğer etkileme biçimlerine de açık bir kapı bırakır. İkincisi olarak tarafları eşit kabul etmek pek çok durum için kabul edilebilir değildir. İnsanlar arasında pek çok farklı biçim ve boyutta eşitsizliğin var olduğu bir dünyada adalet dağıtıcısının tarafları eşit kabul etmesi ve adaleti bunun üzerine inşa etmesi sadece adaletsizlik üretebilir.”¹⁷⁸

Yazarların tartıştığı adalet sembolü için şair Sunay Akın ise “Beyaz Adam” isimli şiirinde şu dizeleri yazmış: “Beyaz adam / özgürlük gibi adaleti de / bir kadın heykeliyle simgeledi / ama elinde terazi tutan / zavallı kadın / gözleri bağlı olduğu için/ kendisine tecavüz edenin/ kim olduğunu göremedi.”¹⁷⁹

Mitolojide Themis’ten yola çıkarak birçok adalet tanrı(ça)sına ve adaletin tanrıça ile alegorik olarak ifade edilişi konusundaki bazı tartışmalara yer verdikten sonra Kafka’dan şu küçük öyküyle çalışmamızı sonlandıralım:

“Alegorilerin söylemek istedikleri tek şey, anlaşılmaz olanın anlaşılmaz olduğudur. Bunu da zaten biliriz. Oysa her gün baş etmeye uğraştığımız sorunlar bambaşka bir iştir. Bu konu hakkında adamın biri bir zamanlar, “Bu inadın nedeni nedir! “ diye sormuş. “Yalnızca alegorileri izlediyseniz, siz kendiniz de alegori olursunuz ve böylelikle tüm günlük sorunlarınızı çözersiniz.”

¹⁷⁶ Ibid., s. 2.

¹⁷⁷ Ibid., s. 2-3

¹⁷⁸ Ibid., s. 4.

¹⁷⁹ http://www.antoloji.com/siir/siir/siir_SQL.asp?siir_id=96679 (Erişim tarihi: 11.05.2009)

¹⁸⁰ Kafka’dan aktaran: Alberto Manguel, *Okumanın Tarihi*, Çev.: Füsun Elioğlu, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001, s. 107.

Bir diğeri, “İddiasına varım ki, bu da bir alegori” demiş.

İlk adam, “Kazandın” yanıtını vermiş.

İkincisi, “Ama maalesef, alegorik olarak” demiş.

İlk adam, “Hayır, gerçek hayatta, “ demiş. “Alegorik olarak, kaybettin.”¹⁸⁰

KAYNAKÇA

- Acabey, Fehmiye Ceren. “ “Statüden Sözleşmeye”: Henry Maine’in Evrimci Hukuk Anlayışı”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, Ankara, 2007).
- Answer of ‘Who is the goddess of justice, depicted usually as blindfolded with scales and a sword?’, Law Library Journal, Vol. 52, 1959, p. 233-234.
- Answer of “What are the “scales of justice?” What do they represent? How has this image been used historically? Where can one find a Picture of “scales of justice?”, Law Library Journal, Vol.: 73, 1980, pp. 744-746.
- Answer of “What is the origin of the ubiquitous and somewhat abused symbol of the blindfolded statue of justice holding the scales?”, Law Library Journal, Vol.: 64, 1971, pp. 249-250.
- Aristoteles, Nikomakhos’a Etik, Çev.: Safet Babür, Ankara, Bilgesu Yayıncılık, 2007.
- Arslan, Ahmet. İlkçağ Felsefe Tarihi 1-Sokrates Öncesi Yunan Felsefesi, 2. b., İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2008.
- Ata, Nurullah (Nakleden). Mitoloji, İstanbul, Kanaat Kütüphanesi, 1932.
- Bailes, Katherine J., “The Themis Principle: Mystery and Irrationality in The U.S. Legal System”, (A Dissertation to Pasifica Graduate Institute in partial fulfillment of the requirements for the degree of Doctor of Philosophy in Mythological Studies with emphasis in Depth Psychology, 2002).
- Bayladı, Derman. Mitoloji Sözlüğü- Klasik Mitolojyada Tanrılar-Olaylar-Kahramanlar, İstanbul, Say Yayınları, 2005.
- Bayladı, Derman. Tanrıların Öyküsü, 5. b., İstanbul, Say Yayınları, 2007.
- Bennett Capers, “On Justitia Race, Gender and Blindness”, Michigan Journal of Race&Law, Vol.: 12, 2006-2007, p. 203-233.
- Biber, Burcu. “Mitos’tan Logos’a Geçiş Sürecinde Tragedya’nın Yeri ve Önemi”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Felsefe Anabilim Dalı, 2006).
- Bozkurt, H. Argun. Hukukun Öyküsü, Ankara, (Eser Sahibinin Kendi Yayını), 2006.
- Burnett, Cathleen. “Justice: Myth and Symbol”, Legal Studies Forum, Vol. XI, Number 1, 1987, pp. 79-94.
- Can, Şefik. Klasik Yunan Mitolojisi, 6. b., İstanbul, İnkılâp Kitabevi Yayınları, t. y.
- Cevizci, Ahmet. Felsefe Sözlüğü, 6. b., İstanbul, Paradigma Yayıncılık, 2005.
- Cömert, Bedrettin. Mitoloji ve İkonografi, Ankara, Ayraç Yayınları, 1999.
- Çuvalcı, Ali. “Adalet Tanrıçası Themis Figürü Üzerine Bir Deneme”, Eskişehir Barosu Dergisi, Sayı: 9, Şubat 2006, ss. 1-4.
- Denkelt Arda, Düşünceler ve Gereklçeler-Felsefe Yazıları-1, Ed.: Ahmet Halûk Atalay, İstanbul, Göçebe Yayınları, 1997.
- Dinçmen, Kriton. Psykhiaatria ve Mythos, 4. b., İstanbul, Pan Yayıncılık, 2006.
- Eliade, Mircea. Dinsel İnançlar ve Düşünceler Tarihi Cilt 1: Taş Devrinden Eleusis Mysteria’larına, Çev.: Ali Berktaş, İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2003.
- Erhat, Azra. Mitoloji Sözlüğü, 16. b., İstanbul, Remzi Kitabevi, 2008.
- Estin, Calotte – Laporte, Helene. Yunan ve Roma Mitolojisi, Çev.: Musa Eran, 25. b., Ankara, Tübitak Yayınları, 2008.
- Ferguson John, Moral Values in the Ancient World, London, Methuen, 1958.

- Fordham, Frieda. Jung Psikolojisinin Ana Hatları, Çev.: Aslan Yalçın, 6. b., İstanbul, Say Yayınları, 2004.
- Fromm, Erich. Rüyalar, Masallar, Mitoslar, Çev.: Aydın Arıtan-Kaan H. Ökten, İstanbul, Arıtan Yayınevi 1997.
- Gebel, Salih. “Psikoloji-Din İlişkisi ve Jung”, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü İlahiyat Anabilim Dalı Felsefe ve Dinbilimleri Bilim Dalı, İstanbul, 2003).
- Geçtan, Engin. Psikanaliz ve Sonrası, 13. b., İstanbul, Metis Yayınları, 2008.
- Giancola, Dona Marie. “Justice and the Face of the Great Mother (East and West)”, **Comparative Philosophy**, Twentieth World Congress of Philosophy, in Boston, Massachusetts from August 10-15, 1998, (<http://www.bu.edu/wcp/Papers/Comp/CompGian.htm> Erişim tarihi: 3.3.2009).
- Gökberk, Macit. Felsefe Tarihi, 7. b., İstanbul, Remzi Kitabevi, 1994.
- Grimal, Pierre. Mitoloji Sözlüğü- Yunan ve Roma, Çev.: Sevgi Tamgüç, Redaksiyon: Cenap Karakaya, İstanbul, 1997, Sosyal Yayınlar, 1997.
- Grimal, Pierre. Yunan Mitolojisi, Çev.: Nihan Özyıldırım, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2005.
- Gündüz, Şinasi. Din ve İnanç Sözlüğü, Ankara, Vadi Yayınları, 1998.
- Güriz, Adnan. Hukuk Felsefesi, 5. b., Ankara, Siyasal Kitabevi, 1999.
- Hall, Calvin S. - Nordby, Vernon J., Jung Psikolojisinin Ana Çizgileri, Çev.: Ender Gürol, İstanbul, Cem Yayınevi, 2006.
- Hamilton, Edith. Mitologya, Çev.: Ülkü Tamer, 15. b., İstanbul, Varlık Yayınları, 2008.
- Hard, Robin. The Routledge Handbook of Greek Mythology, London&New York, Routledge, 2004.
- Harrison, Jane Ellen. Themis: A Study of the Social Origins of Greek Religion, Cambridge, Cambridge University Press, 1912.
- Hesiodos, Eseri ve Kaynakları, Çev.: Sabahattin Eyuboğlu-Azra Erhat, Ankara, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 1977.
- Homeros, İlyada, Çev.: Azra Erhat-A. Kadir, 24. b., İstanbul, Can Yayınları, 2008.
- Homeros, Odysseia, Çev.: Azra Erhat-A. Kadir, 20. b., İstanbul, Can Yayınları, 2007.
- Houle, Michelle M., Gods and Goddesses in Greek Mythology, Enslow Publishers, 2001.
- Hünler, Solmaz Zelyut. “Adaletin Muadili Nedir?”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA.)-9, Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, ss. 67-72.
- Işıқтаç, Yasemin. Hukuk Felsefesi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- İlmiye Çiğ, Muazzez. Sümerli Ludingirra-Geçmişe Dönük Bilimkurgu, İstanbul, Kaynak Yayınları, 2000.
- İnam, Ahmet. “Tehnnê Kavramı Üstüne Bir Araştırma”, Teknoloji Benim Neyim Oluyor?, 3. b., Ankara, ODTÜ Yayıncılık, 2005.
- Jhering, Rudolph Von. The Struggle For Law, Second Ed., Union, New Jersey, The Lawbook Exchange, 1997.
- Johnson, George W., “The Feminine Origins of Justice and Law”, Psychological Perspectives, Issue 40, 2000, pp. 52-69.
- Jordan, Michael. Dictionary of Gods and Goddesses, Second Edition, Facts On File, 2004.
- Jung, Carl Gustav. Analitik Psikoloji, Çev.: Ender Gürol, 2. b., İstanbul, Payel Yayınları, 2006.
- Kale, Nesrin. “Antik Felsefe ve Edebiyatta Mitosun İşlevi”, Vehbi Hacıcadıroğlu Armağanı-Felsefe Tartışmaları, Hazırlayanlar: Doğan Özlem-Hayrettin Ökçesiz-Şükrü Argın, İstanbul, Everest Yayınları, 2002, ss. 271-299.
- Kranz, Walther. Antik Felsefe-Metinler ve Açıklamalar, Çev.: Suat Y. Baydur, 2. b., İstanbul, Sosyal Yayınlar, 1994.
- Maine, Henry Sumner. Ancient Law, London, John Murray, Albemarle Street, 1908.

- Manguel, Alberto. Okumanın Tarihi, Çev.: Füsün Elioğlu, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2001.
- Morford, Mark P. O. – Lenardon, Robert J., Classical Mythology, New York&London, Longman, 1985.
- Necatigil, Behçet. Mitologya Sözlüğü, İstanbul, Sel Yayıncılık, 2006.
- Ökten, Kaan H., “Nikomakhos’a Etik Beşinci Kitapta ‘Adalet’ ve ‘Adaletsizlik’ Kavramları”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA.)-13, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, ss. 144-149.
- Özbudun Sibel- Şafak Balkı- Altuntek N. Serpil, Antropoloji- Kuramlar/Kuramcılar, 2. b., Ankara, Dipnot Yayınları, 2007.
- Özcan, Mehmet Tevfik. İlkel Toplumlarda Toplumsal Kontrol, İstanbul, Özne Yayınları, 1998.
- Peters, Francis E., Antik Yunan Terimleri Sözlüğü, Çev. ve Hazırlayan: Hakkı Hünler, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2004.
- Pinch, Geraldine. Handbook of Egyptian Mythology, Abc-Clio, 2002.
- Platon, Devlet, Çev.: Sabahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz, 7. b., İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2003.
- Platon, Yasalar, Çev.: Candan Şentuna-Saffet Babür, 3. b., İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2007.
- Room, Adrian. Who is Who in Classical Mythology, New York, Gramercy Books, 1997.
- Schultz Duane P - Schultz Sydney Ellen, Modern Psikoloji Tarihi, Çev.: Yasemin Aslay, İstanbul, Kaknüs Yayınları, 2007.
- Sinanoğlu, Nüzhet Haşim. Grek ve Romen Mitolojisi, 2. b., İstanbul, Kaynak Yayınları, 1999.
- Smith, William (Ed. By.). A Dictionary of Greek and Roman Biography and Mythology Vol. II, Boston, Little, Brown, And Company, 1867.
- Smith, William. The Wordsworth Classical Dictionary, Wordsworth Reference, 1996.
- Stolleis, Michael. Yasanın Gözü- Bir Metaforun Tarihi, Çev.: Arif Çağlar, İstanbul, Kitap Yayınevi, 2010.
- Thilly, Frank. Felsefenin Öyküsü-I Yunan ve Ortaçağ Felsefesi, Yay. Haz.: Ledger Wood, Çev.: İbrahim Şener, İstanbul, İzdüşüm Yayınları, 2007
- Timuçin, Afşar. Düşünce Tarihi-1 -Gerçekçi Düşüncenin Kaynakları, 5. b., İstanbul, Bulut Yayınları, 2004.
- Vernant, Jean-Pierre. Eski Yunan’da Söylen ve Toplum, Yay. Haz.: Tansu Açık, Çev.: Mehmet Emin Özcan, Ankara, İmge Kitabevi Yayınları, 1996.
- Vernant, Jean-Pierre. Yunan Düşüncesinin Kaynakları, Çev.: Hüseyin Portakal, İstanbul, Cem Yayınevi, 2002.
- Veyne, Paul. Yunanlılar Mitlerine İnanmışlar Mıydı?, Çev.: Mehmet Alkan, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2003.
- Yıldırım, Erdoğan - Nalbantoğlu, Hasan Ünal. “Adaletin Kurgu Sökümü Yapılabilir mi? Derrida’nın Bir Savı Üzerine Çeşitlemeler”, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi (HFSA.)-9, Haz.: Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, İstanbul Barosu Yayınları, 2004, ss. 96-113.
- <http://mdean.tripod.com/justice.html> Images of the Goddess of Justice (Erişim tarihi: 23.04.2009).
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/%C5%9Eama%C5%9F> (Erişim tarihi: 19.04.2009).
- <http://tr.wikipedia.org/wiki/Ma%27at> (Erişim tarihi: 19.04.2009).
- http://www.antoloji.com/siir/siir/siir_SQL.asp?siir_id=96679 (Erişim tarihi: 11.05.2009).
- <http://www.stargazete.com/politika/star-yazari-iki-bilim-adami-tartisiyor-tanricanin-gozuyle-adalet-haber-62493.htm> (Erişim tarihi: 04.05.2009).

Luhmann'ın Sistem Kuramında Mahkemelerin Rolü

Gökçe ÇATALOLUK*

Sibernetik ve yapısalcılıkla beslenerek toplumu analiz etmeye çalışan sistem kuramı, *autopoiesis kavramı* üzerinde temellenir. *Autopoiesis*, yaşam formlarında ortak olan bir özellik olarak kendi kendini yaratma, sistemin kendisini yaratacak olan öğeleri yaratması anlamına gelir. Fakat bu kadarla kalmaz; anlamında, bu öğelerin sistem tarafından yaratılmasını da içerir.¹ Bu biyolojik görünüşü, sosyal sistemlere de uygulanmış, bu arada hukuk sistemi de kendi öğelerini kendisi yaratan ve öğelerinden yeniden yaratılan bir sosyal sistem olarak ele alınmıştır. Bu kuramı geliştiren, Alman sosyolog hukukçu Niklas Luhmann'dır.

Bu tebliğin konusunu, Luhmann'ın, mahkemelerin hukuk sisteminde üstlendikleri role ilişkin değerlendirmeleri oluşturur. Sosyal sistemlerin toplum içindeki konumunu ve bunların birbirleriyle olan ilişkilerini burada ele almayacağım. Ancak, konunun anlaşılabilirliği açısından birkaç ön açıklama yapmak gereklidir:

Sistem kuramsal bakış açısına göre, genelde sistemler, özelde toplum sistemleri, birbirleriyle yapısal birliktelikler gösterebilen ama öz olarak *autopoietik yapılardır*. Toplum içerisinde ekonomi, hukuk, din, bilim, sanat gibi çeşitli sistemler ve bunların fonksiyonel alt sistemleri bulunur.

Bu sistemler kısmi özerkliklerini, tarihsel farklılaşmalarla ve evrimle kazanırlar. Söz konusu özerklik kısımdır, tam bir otonomiden söz etmek mümkün değildir; çünkü birbirlerini çevre olarak gören sistemler, çevreleriyle yarı geçirgen bir ilişki halindedir. Söz gelimi ekonomi ve din, hukuk açısından çevresel unsurlardır.² Ancak bu sistemler belli bazı iletişimlerde birliktelik gösterirler. Sistem kuramı terminolojisine daha uygun bir ifadeyle sistem-çevre arasındaki ayrım aynı zamanda bu ikisini içeren bir birlik olarak okunmalıdır; çünkü sistemler ancak ve ancak çevrelerine adapte olarak hareket edebilirler ve bu nedenle çevreden bağımsız düşünülemezler. Sistem-çevre arasında doğrudan bir ilişki yoktur, ama çevreye uyum sağlayamayan sistemler de yok olur. Bu anlamda, ancak sistemin tolere edebileceği düzeyde bir “ilişki” mümkün sayılır.

Luhmanncı kuramın ilginç bir yönü, insanı psikolojik sistem olarak tasnif etmesi ve toplum sistemlerinin dışına çıkarmasıdır. Temelde, insanlar, bir başka ifadeyle psikolojik sistemler, aynı sosyal sistemler gibi, sistem kavramının altında tasnif edilir. Yaşam sistemlerinden farklı olarak bu iki tür sistem “anlam” aracısını³ kullanır: psikolojik sistemler anlamlı düşünce üre-

* Yard. Doç. Dr. Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Öğretim Üyesi.

1 Humberto R. Maturana, Francisco J. Varela, ‘Autopoiesis- The Organization of Living’, *Autopoiesis and Cognition – The Realization of Living*, Boston Studies in the Philosophy of Science, D. Reidel Publishing Company, Amsterdam, 1980 p.73.

2 Tor Herbes, Torre Bakken; “Implications of Self- Reference: Niklas Luhmann's Autopoiesis and Organization Theory”, *Organization Studies*, 24, 2003, p.1512.

3 “Psikolojik ve sosyal sistemler birlikte evrilmiştir. Birbirleri olmaksızın var olmaya devam edemezler. Bu ortak evrim, iki sistemin de ona göre düzenlendiği bir kazanım ortaya çıkartır. [İki tür sistemin de] karmaşıklıkları ve öz-dönüşlülükleri nedeniyle “anlam” ikisi için de bağlayıcıdır . Niklas Luhmann, *Soziale Systeme- Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Suhrkamp, Frankfurt, 2006, p. 92.

tirken, sosyal sistemler anlamlı iletişimler üretirler ve söz konusu sistemlerin öğelerini bu ikinci söylenilenler oluşturur. İki tür sistem birbirlerinden farklı kategoriler oldukları için birbirlerine göre çevre sayılırlar.⁴ Bu nedenle söz gelimi hukuk sistemi (sosyal sistem) içinde bireyler (psikolojik sistem) yer almaz. İletişimler ancak iletişim üretebilirken, düşünceler de ancak düşünce üretirler. Hal böyleyken, kuram tabii ki “insansızlık” yönünden eleştirilmiştir.

Buna mukabil, bireylerin içinde bulunduğu hukuksal iletişim ve bunlardan çıkan anlam hukuk sistemini kurar ve sınırlarını belirler. Bu demektir ki, o sosyal sisteme ait iletişimlerin başladığı yerde, o sosyal sistem vardır ve sistemin sınırları da o iletişimin kullanıldığı son yerde çizilir.⁵ Sistemler devingen olduklarından, söz gelimi hukuk sisteminin iletişim birimi olan hukuka uygun/ hukuka aykırı ikilisi mahkemelerde olduğu kadar sözleşme akdedilen her yerde de kullanıldığından, sosyal sistemlerin maddi sınırları bulunmadığı, dinamik bir genişleme ve daralma içinde bulundukları söylenebilir. Sosyal sistemin dışına çıkıldığında artık o sistemin iletişimi kullanılmıyor olacaktır.

Sosyal sistemler, *autopoietik* nitelik gösterdikleri için kendi öğelerini içlerinde üretirler ve aynı zamanda o öğelerden üretilirler. Ancak bu sistemler de bazı durumlarda çevrelerindeki diğer sistemlerle eşleşebilirler. Söz gelimi Anayasa söz konusu olduğunda hukuk sistemine ilişkin bir

iletişim, pekâlâ siyaset sistemi tarafından da kullanılabilir ve bu, söz konusu sistemlerin komşuluk doğası gereği böyledir.⁶ Luhmann, kabaca tasvir ettiği bu olguya “yapısal eşleşme” adını verir.⁷

Konuyu yeniden hukuka getirip toparlayacak olursak; hukuk, hukuki iletişimlerle sınırları çizilmiş, diğer toplum sistemleriyle zaman zaman yapısal birliktelikler kursa da normatif anlamda içine kapalı, ama bilişsel açıdan çevreye uyarlanabilen ve onunla hareket zorunluluğu bulunan bir sistemdir.⁸ Ve mahkemeler de bu sistemin bir bileşeni olarak iş görürler.

Günther Teubner gibi başka sistem kuramcıları da ele almış olsa da mahkemelerin kuram içerisinde kilit bir rolü olduğunu öne süren yine Luhmann’dır. Luhmann’a göre hukuk sistemi, diğer bütün sistemlerde olduğu gibi, bir merkez ve bir kıyıda oluşur.⁹ Merkezde, sadece ve sadece o sistem tarafından yerine getirilebilecek, özgül işlevler icra edilirken, kıyıdaki işlemler, başka sistemlerle yapısal eşleşme kurula- bilecek işlemlerdir. Bu ayrım içerisinde mahkemeler, hukuk sisteminin merkezi unsurunu oluşturur.¹⁰

Luhmann’a, mahkemeleri sistemin merkezine oturtan temel sebep, aslında bir paradokstur. Modern hukuk sistemleri, mahkemelerin, önlerine gelen bütün uyumsuzlukları bir sonuca bağlamalarını öngörür. Bir başka deyişle, yargıcın önüne gelen uyumsuzluğu hukuka uygun ya da hukuka aykırı olarak nitelendirmesi gerekir.

4 Frank Becker, Elke Reinhardt- Becker, *Systemtheorie. Eine Einführung für die Geschichts- und Kulturwissenschaften*. Campus Verlag, Frankfurt, 2001, p. 48.

5 Niklas Luhmann, *Soziale Systeme*, p. 221.

6 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1995, p. 476.

7 Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Suhrkamp, Frankfurt, 1997, p. 100.

8 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, p. 77.

9 Kıyı kelimesi, burada periphery yerine kullanılmıştır. Periphery’yi çevre diye karşılamak adettendir. Fakat çevre, Almanca *umwelt* terimini tam olarak karşıladığı ve kuramın temel kavramlarından biri olduğu için, bir karışıklığa mahal vermemek amacıyla periphery’e “kıyı” karşılığı uygun görülmüştür. Kuramın başat sistemi/çevre ayrımı dışında sistemin merkez /kıyı ayrımı ancak bu şekilde aktarılabilir.

10 Niklas Luhmann, *op. cit.*, p.313.

Ancak bilindiği gibi bazı durumlarda (Kıta Avrupası hukukunda yasada boşluk bulunduğu, *common law* da ise çetin davalarda¹¹) uyumsuzluğa yürürlükteki hukukun işaret ettiği bir çözüm bulunamaz. Ancak yargıç, bu durumlarda dahi davayı çözmekle yükümlüdür. Bu demektir ki, paradoksal bir biçimde, karar verilemez olan hakkında bir karar vermesi gerekmektedir.¹² Yargıcın bunu nasıl yapacağına ilişkin doktrin tartışmalarını buraya taşımak konuyu dağıtmaya yol açabilir. Fakat Kıta Avrupası'nda boşluk doldurma, *common law*'da hukuk üretme yoluyla bir çözüm bulunacağı genel kabul gören seçimlerdir. Bu paradoksal işlemleri nedeniyle merkezde bulunan mahkemeler, hukuk üretmektedir ve Luhmann'a göre karar, hukukun bulunması yoluyla değil yaratılması yoluyla verilmektedir. Bu da hukukun *autopoietik yapısının temelini oluşturur ve yasamanın yargıdan bağımsızlaşmasının bir sonucudur*.

Merkezdeki karar verme zorunluluğu, gerekçe konusundaki özgürlükle bir bütün olarak ele alınmalıdır.¹³ Anayasamızın da 141. maddede öngördüğü üzere bütün mahkemelerin her türlü kararı gerekçeli olarak yazılır. Gerekçelendirme konusunda ise yargıç özgürdür¹⁴. Kararını hukuk sistemi içerisinde oynayabildiği en uzak noktalara kadar giderek gerekçelendirebilir. Ama yürürlükteki hukuki düzenlemelerden ne kadar uzaklaşırsa, gerekçesinin o kadar ayrıntılandırılması gerekir. Bu an-

lamda Luhmann'a göre, yasama yargıdan ne kadar bağımsızlaşırsa bağımsızlaşsın, yasamanın salt sözünün kararı gerekçelendirmeye yeteceği gerçeği, iki erk arasındaki ilişkinin hiyerarşik değil karşılıklı, bir başka deyişle dairesel olduğunu gösterir.¹⁵

Yargı kararı söz konusu olduğunda, bu zorunluluk- özgürlük ikilemi üçüncü bir unsurla tamamlanır. Bir karar verilmek zorundadır ve bu kararın “doğru” karar olması gerekir. Hukukta doğru karar, “adil” karardır. Bu anlamda, zorunluluktan özgürlüğe geçiş, adalet kısıtına tabidir, denilebilir. Burada adaletten anlaşılması gereken, birbirine benzer davalarda birbirine benzer sonuçlar çıkarmaktır.¹⁶ Sistem kuramında adalet, doğal hukuk anlayışındaki gibi değer anlamında içeriklendirilmiş değildir; sistemin kıyısında, ekonomi ya da siyaset gibi diğer sistemlerin referanslarıyla ilişki içinde bulunan bir postülatır.

Adaletin de yer aldığı “sistemin kıyısı”nda bulunan diğer ögelere örnek olarak sözleşmeler ya da yasa koyucu sayılabilir.¹⁷ Bu unsurların ortak özelliği, hukuk sisteminin diğer sistemlerle ilişkisini kurmalarıdır. Yani sistemin çekirdeğe gittikçe tamamen *autopoietik özellik kazandı*ğını söyleyebiliriz.

Zorunluluk paradoksunu özgürlük fikri ile dolanan hukuk sistemi, asıl kimliğine adalet sınırlamasını da içine aldığı anda kavuşur¹⁸. Mahkemelerin hukuk sisteminin merkezinde yer alıyor olması, kıyıdaki di-

11 Ronald Dworkin, *Hakları Ciddiye Almak*, çev. Ahmet Ulvi Türkbağ, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2007, s.114-5.

12 Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 315.

13 Thomas Huber, *Systemtheory des Rechts- die Rechtstheorie* Niklas Luhmanns, Nomos, 2007, p. 164.

14 Yasemin Işıktaç, *Sevta Metin, Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s. 169-170.

15 Niklas Luhmann, *op. cit.*, p. 306.

16 Thomas Huber, *op. cit.*, p. 164, Hayrettin Ökçesiz, *Niklas Luhmann'ın Sistem Kuramında Adalet Kavramı, Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri*, ed. Hayrettin Ökçesiz, İstanbul, Alkım, 1997, s. 430-1

17 Sözgelimi avukatlar, meseleleri çevreden alıp mahkemeye sunulacak kıvama getirirler. Bu anlamda avukatlık mesleği kıyıdadır. V. Thomas Hubert, *op. cit.*, p. 77.

18 Thomas Huber, *op. cit.*, p.164.

ğer öğelerden temel farkları nedeniyledir. Parlamentolar yasa çıkarmak zorunda değildir, sözleşmelerin yerine getirilmesi gibi bir zorunluluk yoktur; ama mahkemelerin karar vermesi gerekir.¹⁹ Mahkemeler en karar verilemez olaylarda dahi karar verme (paradoksal) zorunluluğunu kuşanarak hukuk sisteminin en özellikli ögesi durumuna gelirler ve sistemin kendi içinden cevap üretme zorunluluğunu da ortaya koyarlar. Burada, Luhmann'ın "sistemin tapınağıdır" dediği paradoksallık, hem mahkemelerin merkezde konumlanmalarına karşılık ödeyecekleri bedeldir, hem de bir ayrıcalıktır.

Mahkemeler zorunluluğu özgürlüğe çevirme gibi kendilerinden başka hiçbir organın yapamayacağı bir iş üstlenmişlerdir.²⁰

Karar verme zorunluluğunun, önce mahkemeler sonra hukuk sistemi açısından kilit önemde oluşu, onu nihayetinde birey hukuk ilişkisini belirlemeye götürür. Mahkemelerin karar verme zorunlulukları, gerekçe özgürlüğü ve sınırlamasıyla birlikte hukuk sisteminin ona tabii olanlar açısından güvenilir ve istikrarlı olmasını sağlar. Zira hukuk sistemine giren her türlü uyumsuzluğun belli temel ölçütler içerisinde çözüme ulaştırılacağı ve ortaya çıkan sonucun "doğru" olacağı –en azından herkese aynı şekilde uygulanacağı- beklentisini üretirler. Sistem kuramsal bir ifadeyle, bu, normatif davranış beklentilerini istikrarlılaştırma anlamına gelir ve hukuk sisteminin toplumda yerine getirdiği işlevdir.

19 Luhmann, "Berichte und Kritik- Die Stellung der Gerichte im Rechtssystem", *Rechtstheorie* 21, 1990, p. 467.

20 *Ibid*, p. 470.

Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması ve Hâkimin Fonksiyonu

Abdullah DİNÇKOL*

I. Karar Verme Süreci İçinde Hükümün Oluşması¹

A. Hüküm Verme Olgusu

Ruh olaylarını inceleyen ve onların bağlı oldukları kanunları bulmaya çalışan psikoloji bilimine göre *hüküm*, iki kavram arasında ilişki kurmak veya kurmamaktır. İki kavram arasındaki ilişki önce kavranır, sonra bu ilişkinin varlığına veya yokluğuna inanılır²; böylece bir hüküm meydana çıkar³.

Psikolojik yönden insan zekâsının bir faaliyeti olan *hüküm*, esas olarak olumlu veya olumsuz bir iddiayı ifade eder⁴; *gerçeklik hakkında bir iddia niteliğinde bir düşünme edimidir. Gerçeklik*, varolan somut veya soyut nesneler demektir. Hüküm

önerme ile dile getirilir. Bir hüküm veya onu dile getiren önermenin doğru olması, hüküm veya önermenin ortaya koyduğu iddianın ilgili gerçekliğe uygun olması, yanlış olması ise iddianın gerçekliğe uygun olmaması demektir⁵. Bir düşünce içinde birbirinden ayrılabilen ne kadar iddia varsa, o kadar da hüküm vardır demektir.

Karar verme, en yalın biçimde, çeşitli alternatifler arasından seçim ve tercih yapmaktır. Daha doğrusu, etken olan eylemin seçimidir. Karar verilecek konuya ilişkin farklılık gösteren alternatifler arasında kar-

* Prof. Dr. Doğuş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

- 1 Tebliğin hazırlanmasında; Abdullah Dinçkol, "Hakimin Karar Verme Sürecinde Temel İlkeler", HFSA (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi), 2. Kitap, Haz. Hayrettin Ökçesiz, Afa Yayınları, Şubat 1995, s.159-187'den yararlanılmıştır.
- 2 Locke'a göre, "Zihnin doğruluk ya da yanlışlığı belirlemeye yönelik iki yetisi vardır: İlki zihnin ideleri arasındaki uyum ya da uyumsuzluğu kesin olarak algılamasını ve bundan kesinlikle emin olmasını sağlayan bilgi; ikincisi de, idelerin uyum ya da uyumsuzluğunun (yani doğruluk ya da yanlışlığının) algılanmadığı ancak varsayıldığı durumda, bu idelerin zihinde birleştirilmesi ya da birbirinden ayrılması, yani sözcükten de anlaşılacağı üzere, kesin olarak ortaya çıkmayan bir şeyin var kabul edilmesi olan (hüküm) yargıdır. Zihin onları, gerçeğe uygun olarak birleştirir ya da ayırırsa, bu doğru yargı (hüküm) olur." John Locke, *İnsanın Anlama Yetisi Üzerine Bir Deneme*, III-IV Kitap, Çev. M. Delikara Topçu, 2. Basım, Öteki Yayınevi, Ankara 2000, s.381.
- 3 Nurullah Kunter, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, İstanbul 1986, s.29; Nurullah Kunter/Feridun Yenisey/Ayşe Nuhoglu, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 16. Bası, Beta, İstanbul 2008, s.51.
- 4 Edmond Goblot, *Traité de logique*, Paris 1947, s.43'ten nakleden: Selahattin Keyman, *Ceza Muhakemesinde (Asıl Ceza Muhakemesinde) Savcılık*, Ankara 1970, s.20. Ayrıca bk. M. P. Fabreguettes, *Adalet Mantığı ve Hüküm Verme Sanatı*, Ankara 1945, s.474 vd. Erem de, *hükümün bir mantık ve zihin ameliyesi olduğunu* söylemektedir. Faruk Erem, *Diyalettik Açısından Ceza Yargılaması Hukuku*, Altıncı bası, Ankara 1986, s.43-49; Kunter ise, *hükümlerin sadece bir mantık ameliyesi mahsulü olmadığını, sezîşlerin, hislerin ve iradenin de hükümde rolü olduğunu* psikologların çoktan kabul ettiklerini, bu hususun son zamanlarda hukukçular tarafından da kabul edilmeye başlandığını belirtmektedir. Kunter, s.30. Bk. David Fellman, "Domestic Adjudication", *International Encyclopedia of the Social Sciences*, Macmillan, New York 1967, Volume 1, s.43-49; Gordana Susuleska, "Yargılama Psikolojisi", Ankara Barosu Hukuk Kurultayı, 03-07 Ocak 2006, Cilt-IV, Ankara 2006, s.356-366.
- 5 Aristoteles'e göre "var olmayanın var olmadığını veya var olanın var olduğunu söylemek doğru, buna karşılık var olanın var olmadığını veya var olmayanın var olduğunu söylemek yanlıştır." Aristoteles, *Metafizik*, IV. Kitap, 7. Bölüm, 10 11^b, s.25-27; Teo Grünberg, *Felsefe ve Felsefi Mantık yazıları*, YKY, İstanbul 2005, s.368, 373/dn1.

şılaştırma yapıldıktan sonra, seçim işlemini yerine getirmek, karar verme sorununu oluşturur. Kuşkusuz karar verme, bir sorunu çözme işlemidir. Karar verme, çok yönlü bir olay içinde bulunup seçim yapmayı ifade etmektedir⁶.

Karar verme süreci ise çeşitli şeyler arasından seçim ve tercih yapmakla ilgili bedensel ve zihinsel çabaların toplamıdır. Karar sürecini meydana getiren çalışmalar esas olarak düşünseldir. Konuyla ilgili fiziksel çalışmalar ise karar verilmesine yardımcı olacak bilgilerin toplanması ve işlenmesine ilişkin çabalar⁷.

Pratik bir bakış açısından bakıldığında insanoğlunun en önemli yeteneklerinden birinin karar vermek (yargıya varma ve seçim yapma) olduğunu görürüz. Yargıda bulunma ve karar verme süreci, bizlerin maddi ya da şekli olsun gerçeği tespit edebilme yetisini görebilmemizi sağlayan bir süreçtir. Bu süreçte hâkimin, bir hareket önderi olarak esas olan şeyi seçebilmesi, doğru olanı doğru olmayandan ayırt edebilmesi ve hareketin konusunun sentezini yapabilmesi söz konusudur⁸.

Maddi gerçeğe hâkim, hükümde ifade ettiği doğru psikolojik yargıyla ulaşmaktır. Yargı/hüküm, vakaların ve hukukun doğru değerlendirilmesine uygun olmalıdır. Hâkimler hükme varırken, kendi doğru inançlarını ve kendi hukuk bilgilerini

temel alırlar. İnançlar da fiili gerçekler ve katılan tarafların dile getirdiği savların mevzuatın tetkikiyle doğrulanmasını temel alır. Karar verme sürecinin nihai sonucu olan hüküm, gerçeklik ve hukuki yönleri açısından doğru olmalıdır ve muhakeme usulünün düzenli yönetilmesinden doğmalıdır. Bu süreç, muhakeme aşamasındaki eylemler ve ilişkiler sistemi ve bununla beraber muhakemenin son çıktısı bağlamında doğru hükme ulaşma için yol göstereceği varsayılan psikolojik süreçler aracılığıyla yürütülür⁹.

1. Hükümün İçeriği

Hüküm kuşkudan kesinliğe doğru uzanan bir yol izler. Hükümden önce bir kuşku vardır. “Kuşku, kendimizi bundan kurtarmak için uğraştığımız huzursuzluk ve hoşnutsuzluk veren bir durumdur (ve) ... bu etki yok oluncaya dek onu sorgulamamız için bizi güdüler.”¹⁰ Düşünce kesinleşmeden evvel, “evet” ve “hayır” arasında tereddüt eder. Hüküm bu tereddüt ve kuşkuyu yener. Kuşku devam ediyorsa, henüz bir hüküm verilmemiş demektir. Kuşkunun yenilmesi, yerini inanışa terketmesi demektir. Bu inanış, varılan hükmün doğruluğuna, hakikat oluşuna inanıştır¹¹. Gerçekten de, hakikat bir kuşkudan doğar. Yani düşünce ancak analiz vasıtası ile bir senteze varabilir. “Mücadele kuşkuyla başlar ve kuşkun sona ermesiyle de biter.”¹²

6 Abdurrahim Emhan, “Karar verme Süreci ve Bu Süreçte Bilişim Sistemlerinin Kullanılması”, *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, Yaz-2007, C.6, S.21, s.214 (<http://www.e-sosder.com/dergi/21212-224.pdf>); M. Hulusi Demir/Şevkinaz Gümmüşoğlu, *Yönetmelik Karar Verme*, İzmir 1988, s.3

7 Kemal TOSUN, *İşletme Yönetimi, Savaş Yayınları*, Ankara 1992, s.308; Emhan, s.214.

8 Susuleska, s.357-359.

9 *Ibid.*, s.364, 365.

10 Charles Sanders Peirce, *Mantık Üzerine Yazılar*, Çev. Halit Yıldız, Öteki Yayınevi, Ankara 2004, s.156.

11 Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.51.

12 Peirce, s.157.

13 Keyman (1970), s.19-21; Kunter, s.29. Kuşku, Descartes'ta bilgiye yönelişin ilk ve zorunlu adımıdır. O, “kişi, doğruyu incelemek için, yaşamında bir kere herşeyden kuşkulunmalıdır” demektedir. Çünkü kuşku, doğrunun aranışında gereklidir. Kuşku bize doğru bilginin yolunu açar; varoluşumuzun kesin fikrini verir bize. Bk. Afşar Timuçin, *Descartes*, İstanbul 1976, s.84-94. Ayrıca bk. Alfred Jules Ayer, *The Problem of Knowledge*, Penguin Books, Great Britain, Reprinted 1974, s.44-46; Richard H. Popkin/Avrum Stroll/A. V. Kelly, *Philosophy, Made Simple*, W.H.Allen, London 1969, s.183-192.

Hakikate ulaşmak isteniyorsa –*ki, bu kuşkunun saf dışı bırakılması değil de yenilmesi anlamına gelir*– bir tez ve antitezin varlığı gereklidir. Hüküm de, bu ikisinin hakikati ifade eden bir sentez içinde birleşmesinden başka bir şey değildir. Öyle ise, tez, antitez ve sentezden oluşan hüküm, kavram olarak birbirinin zıddı ya da birbirinden farklı olan düşünceleri “birleştirici” bir özelliğe sahiptir¹³.

Kuşku nasıl bir sebeple ortaya çıkarsa çıksın, akli, yavaş ya da enerjik, sakın ya da şiddetli bir eyleme güdüler. Bilinçlilik durumu boyunca, imgeler, hızla göz önünden geçer, birbirlerinin içerisinde durmaksızın erirler; hepsi bittiğinde ise –saniye-den daha kısa bir sürede, ya da bir saatte veya uzun zaman sonunda– tereddüde neden olan bu tür koşullar altında nasıl karar vereceği belirlenir. Diğer bir deyişle inanca (hükme) ulaşılmıştır¹⁴.

2. Hükümün Düşünceleri Birleştirme Özelliği

Hüküm ile düşünce arasında sadece kendi “yalnızlığı” içinde ve tek başına incelenememesi anlamında bir benzerlik kurmak mümkün olabilir. Nitekim düşünülen şeyin dışında ve bundan tamamen bağımsız bir “düşünce” yoktur ve olamaz. Konusu olmayan yani kendi vasıtasıyla bir şey düşünülmeyen saf bir “düşünce” tasavvur edilemez. Hiçbir şey düşünmeyen düşünce, kavram olarak “hiçlik”ten başka birşey ifade edemez. Buna benzer olarak, sadece şekil veya hakkında muhakeme yürütülen objenin içine yerleştirildiği kaba benzeyen bir hüküm varlığına inanmak, ancak hayal mahsulü olabilir. “Hüküm” ve “hakkında muhakeme yürütülen konu”, her ikisi de aynı şeylerdir¹⁵.

O halde hükümün, hakkında muhakeme yürütülen konunun dışında bulunamayacağını, bileşik bir kavram olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Nitekim üzerinde muhakeme yürütülen konu ile hükümün karşılaştırılması bakımından “hüküm” bir hipotezin “hakikat” haline gelmesi sonucunu doğurmaktadır. Şöyle ki, hipotez, bir anlamda hakikattir, yani bir şeyin hakikat olduğunun düşünülmesidir. Fakat bu haliyle, doğru ya da yanlış olabileceği gibi; yanlış ya da doğru da olmayabilir. Çünkü hipotezin doğru olmaması, yanlış olduğu anlamına gelmez. Sadece hakikatten farklı olduğunu gösterir. Öyle ise hipotez, yüzlerinden biri “kuşku” olan iki yüzlü bir kavramdır. Yani hipotezin hakikat olduğu hakkında bir kuşku mevcuttur. Öte yandan hakikat, kendisi ile en ufak şekilde çelişen bir düşünce ile dahi bağdaşamayan bir düşüncedir ve bu hali ile de, mutlak olarak tek ve birleştiricidir¹⁶.

Bütün bunlar göstermektedir ki, “kuşku” zaten kuşku olduğu için hakikatin bir alternatifidir, yani başka ve farklı bir hakikatin mevcut olma ihtimali vardır. Hakikat ise, ancak “tek” olabileceğine göre, kuşkunun kesinliğe, yani hakikate ve tekliğe dönüşmesi olan “hüküm” de, sonuçta bir birleştirme ameliyesi olmaktadır. Kuşkunun yenilerek kesinlik haline gelmesi, yani teklik ve birliğe kavuşması, çeşitli ve farklı düşüncelerin tekrar düşünülmesi ile mümkün olabilmektedir. İşte çeşitli hipotezlerin bir araya gelmesinden ve bunların aynı, bir tek düşünce içinde birleşmelerinden “hüküm” doğmaktadır¹⁷.

B. Karar Verme Süreci Çerçevesinde Hüküm Verme

Bilindiği gibi “karar verme süreci”, bir sorunun yargılama makamlarının önü-

¹⁴ Peirce, s.54.

¹⁵ Keyman (1970), s.21.

¹⁶ Ibid., s.21-22.

¹⁷ Ibid., s.22. Ayrıca bu konuda bk. Kunter, s.32-33.

ne gelişinden, bir hükmün şekillenmesine kadar yapılan bütün faaliyetleri ifade eder.

Her muhakeme bir kuşku ile başlamaktadır. Kesin ve hakikat olduğu bilinmeyen bir iddia veya istem, muhakeme sürecini başlatmakta ve sonuçta da bu kuşku, savunmanın da katkısı ve yargılamanın koordinasyonu ile yenilmekte, elbirliği ile bir hüküm verilmektedir. O halde “muhakemenin görevi kolektif hüküm verme olmaktadır” diyebiliriz¹⁸.

Karar verme sürecinin sonunda verilen hüküm de -ki buna hukuksal hüküm diyebiliriz- aslında genel anlamda bir hüküm olduğu için, onun bütün özelliklerine sahip olacağı doğaldır. Yani bu da diğeri gibi kuşkuyu yenen, bir tez ve antitezin varlığını gerektiren, bu sebeple de birleştirici olan bir kavramdır¹⁹.

Ancak “genel olarak hüküm” bir tek bireyin düşünce alanı içinde var olurken ve söz konusu tez ve antitez bir tek bireyin zihnin çalışması sonucu senteze dönüşürken, yani kuşku bir tek birey tarafından yenilip hakikate ulaşırlarken; karar verme süreci sonunda verilen hükümde tez ve antitez, değişik süjeler tarafından ifade edilmektedir. Bu sebeple de birleştirici mahiyet arzeden hükme (senteze) kolektif bir çalışma sonucu varılmaktadır²⁰. Yani karar verme süreci sonunda hâkimin verdiği hüküm, bir anlamda tarafların da katılımı ile gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Hâkim sadece hukuk normlarının uygulanmasını göz önünde bulundurmakla kalmayıp, aynı zamanda tarafların isteklerini dikkate alarak anlaşmazlığı çözecek hükmü oluşturmaktadır. Hükmü oluşturma çabasındaki hâkim, etkinlikleriyle sürece katılan tarafların “heterojen istemleri ara-

sında bir uzlaşma sağlaması yoluyla bir birlik sağlamaktadır.”²¹

Kaldı ki, taraflardan birinin sürece katılmaması halinde hükmün daha değişik çıkma olasılığı da bulunmaktadır. Bu açıdan tarafların katılımı hükmün oluşumunu sağlamaktadır.

Karar verme süreci sonunda verilen hüküm, her ne kadar hâkimin hükmü ise de, aslında bir karma etkinliktir.

Yargılama faaliyetini üstlenen hâkim, iddia ve savunma makamlarının görüşlerinin bir sentezini yaparak maddi gerçeğe ulaşmakta ve hüküm kurmaktadır. Bu anlamda hüküm, ortak bir çalışmanın ürünüdür²². Hâkim muhakeme etkinliğindeki yargısal rolü çerçevesinde hüküm vermektedir

1. Hükmün Kolektifliği

Karar verme sürecinde hâkimin oluşturduğu hükmün özelliği onun kolektif verilmişidir. Gerçekten de bir bireye ait hüküm, onun herhangi bir konudaki kuşkusuna ilişkin düşüncesinin kendi içinde ve ona karşıt bir diğer düşünce yaratması ve bu iki düşüncenin değerlendirilerek, tek bir düşünce halini alması ile ortaya çıkarken; karar verme sürecinde oluşturulan hüküm, çeşitli süjelere ait düşüncelerin birleşmesi halinde mümkün olabilmektedir.

Ancak, hâkimin kararının oluşma sürecinde, süjelerden birinin kendi hükmünü, kanaatını tek taraflı olarak diğerlerine kabul ettirmesi söz konusu değildir. Bilakis, herkesin kendi görüşünü ortaya koyması, bunu münakaşa etmesi ve hakikatın muhakeme ile araştırılarak ortaya çıkarılması, yani hakikat konusundaki hükmün kolektif olması gerekmektedir. Nitekim bir muhakeme hukuku süjesinin düşüncelerinin,

18 Bu konuda bk. Kunter, s.31. Keyman (1970), s.23.

19 Keyman (1970), s.23, 24.

20 Bk.Y.2.HD., 29.1.1976, 1976/203 E., 1976/633 K. (YKD., 1976, S.4, s.451-454).

21 Susuleska, s.362.

diğer süjelerin düşünceleri ile karşılaştırılma olanağı bulunmadığı takdirde karar verme sürecinin sağlıklı işlediğini söyleyemeyiz. Bu şekilde bir muhakeme yapılmış olsa bile, hakikatin ortaya çıkarılması anlamında bir muhakeme olmayıp, süjelerden birinin hakikat diye kabul ettiği kanaatin, tek taraflı olarak diğerlerine kabul ettirilmesi söz konusu olur. Oysaki hakikatin en önemli özelliği, dışarıdan zorla kabul ettirilememesidir. Muayyen bir süje tarafından verilip de, hakikatin kendisi olarak kabul ettirilmek istenen hüküm, farklı düşünmeye devam ettikleri müddetçe, diğer süjeler bakımından hakikati ifade edemeyecektir²³.

Öte yandan hükümün kolektif olarak oluşturulması sürecinde, süjelerden birinin hakikat diye kabul²⁴ ettiği kanaatin doğru-

luğunun ifade edilmesi yeterli olmaz; onun temellendirilmesi ve kanıtlanması gerekir. Zira bilginin, “*kabul veya inanma*”, “*belgeleme*” ve “*doğruluk*” şeklinde üç faktörü bulunduğunu görüyoruz²⁵. İddialar ancak belgelendirildiği²⁶ ve gerekçelendirildiği sürece tatmin edici olacaktır. Gerekçe, psikolojik anlamdaki hükümün “*sonuç*” öğesinin mantıksal dayanağıdır ve hükümler gerekçeleri ölçüsünde inandırıcıdır²⁷. “Gerekçelendirmek ortaya ikna edici sebepler koymaktır.”²⁸ Bir önermeyi, iddiayı kabul etme, yani bu önermenin, iddianın doğruluğuna inanma, rastlantı, alışkanlık, beğeni, önyargı gibi çeşitli öznel veya akıl dışı²⁹ nedenlere bağlı olabilir³⁰. Buna karşılık belgeleme, herkesçe geçerli sayılabilecek, yani öznel-arası görüş birliğini sağlayabilecek, sağlam ve yeterli belgeler, kanıtlar, gerekçelere dayanmalıdır³¹. Çünkü

22 Nur Centel/Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 6. Bası, Beta, İstanbul 2008, s.3.

23 Foschini, *Giudicare.*, s.9-10 ve Foschini, *Sistema.*, C.I, s.174’ten nakleden: Keyman (1970), s.25; Kunter/Yeniseyl/Nuhoğlu, s.54.

24 “Kabul” terimi “inanma” anlamında kullanılmaktadır. Ancak “kabul”ün “inanma”dan daha zayıf olduğu da söylenebilir. Her inanma bir kabuldür, ama her kabul bir inanma değildir. Bk. Grünberg, s.204.

25 “Bunlardan birincisi “bilgi teorisi” (bilgi felsefesi)nin değil, bilgi psikolojisi veya sosyolojisinin konusuna girer. Buna karşılık “belgeleme” de “doğruluk” da bilgi teorisinin (dolayısı ile bilgi teorisinin bir bölümü saydığımız “bilim felsefesi”nin) temel kavramları arasında yer alırlar.” , s.204.

26 Bir iddianın, bir önermenin belgelenmiş olması bu önermenin kabul edilmesi için yeterlidir, ama önermenin belgelenmiş olması genellikle doğru olmasını gerektirmez. Örneğin bilimde, bilim adamları belgelenmemiş olan hiçbir önermeyi kabul etmezler, ama kabul ettikleri önermeler arasında sonradan yanlış çıkanlar olduğu da bilinmektedir. Ibid., s.204.

27 Mustafa T. Yücel, *Adalet psikolojisi*, 5. Bası, Ankara 2004, s.122.

28 Alan Musgrave, *Sağduyu, Bilim ve Kuşkuculuk*, Çev. Pelin Uzay, Göçebe Yayınları, İstanbul 1997, s.18.

29 İnançlarımızın oluşumunda her zaman belli kanıtlama standartlarına uyulması gereğini kabul etmemize karşın, buna her zaman uymayız. Başka deyimle her zaman akılcı değiliz. Çünkü akılcı olmak ancak, iç-tutarlı bir güvenilir yöntemi bütün inançlarımızın oluşumunda kullanmakla olur. Bir akılcı inancı, şu anda güvenilir gördüğümüz yöntemlerden doğan bir inanç diye tanımlarız. Akılcılığın salt bir standardı yoktur, tıpkı sağlanlığı güvenceye bağlanmış varsayımlar kurmanın bir yöntemi olmadığı gibi, Çağdaş bilimin yöntemlerine inanırız, çünkü bunlar pratikte başarılı olmuştur. Eğer ileride değişik yöntemler kabul edersek, şimdi akılcı olan inançlar o yeni yöntemler açısından akıldışı olabilirler. Fakat böyle bir şeyin olabilirliği olgusu, bu inançların şimdi akılcı oluşu olgusunu etkilemez. Alfred Jules Ayer, *Dil, Doğruluk ve Mantık*, çev. Vehbi Hacıcadıroğlu, Metis, ikinci basım, İstanbul 1998, s.77

30 Çoğunlukla insanlar, tembellik ve genel bir dalgınlıkla (...) her türlü ciddi düşünceden uzak dururlar. Bazıları da, yansız bir araştırmanın kendi önyargıları, yaşantıları ve hedeflerine en uygun görüşleri desteklemeyeceği korkusuyla, uygun ve geçerli gördüklerine sorgulamadan güvenmeyi yeterli bulurlar. Bunun tersini yapan insanlar da dahil büyük çoğunluk, akılcı bir onay vermekten uzak, inanmaları için gözlerini şöyle bir çevirmeleri yetecek kadar yakınlarında olan, aslında bilmek istedikleri olasılıklardan habersiz yaşayıp giderler. Locke, s.467-468.

31 Grünberg, s.277. Öte yandan bir önermenin doğru olup olmadığını bilmek için onu belgelemekten başka bir yolumuz yoktur. Dolayısıyla belgeleme kesin bir güvence olmamakla birlikte gene de mümkün olan en iyi güvencedir. Ibid., s.278.

gerçeklik hakkında doğru bilgi, bir hüküm veya önermenin doğruluğunun güvenilir ve yeterli belgeler, kanıtlar veya gerekçelere dayanarak saptanması demektir³². Gerekçesi yetersiz veya gerekçesiz kararların özellikle davayı kaybeden tarafta kuşku ve güvensizliğe neden olacağı açıktır³³.

Gerekçe, kararı inceleyenleri tatmin etmesi bakımından olduğu kadar, karara varan kişinin olayı daha iyi kavramasında da yardımcı olur. Hem temel yasalarımız, hem de yöntemle ilgili yasalarımız, mahkeme kararlarının gerekçeli olmasını öngörmüştür. Bu yöndeki hükümler bir emir niteliğindedir³⁴.

Gerekçe, sözcük kökeni bakımından bir “neden”dir, yani kararın nedenidir. Bir söz yığınının ibaret değildir. Suç ya da dava öğelerinin açıklanması ve suçlu ile olay veya taraflar arasındaki ilgiyi veya ilgisizliği belirtmektedir. Sağlıklı ve geçerli bir kararda hâkim, hükme ne şekilde ulaştığını izah etmektedir. Yoksa hâkim, hiç bir gerekçe göstermeden olumlu veya olumsuz bir hüküm koyamaz. Adalet duygusunun yerleşmesi, verilen kararın doğruluğuna, sağlıklı ve geçerli oluşuna ne denli bağlı ise, tarafların onun nedenini benimsemelerine de o denli bağlıdır. Kararda ilgililerin düşünce alanlarına girebilecek her türlü olasılığı hesaplayıp, haklı ve haksız yönlerini tartışmak gereklidir ki; tarafların hak ve karşı hak durumunu kabullenecekleri bir ortam hâkimin kararı aracılığı ile oluşsun. Kısacası, bu yönden gerekçe, kararın, yasa ve “(...) hakkaniyete uygun olup olmadığını incelemek için bütün ilgililerin yararlanabilecekleri vazgeçilmez bir kaynaktır. Kararın mantıkî ve etik doğruluğu ancak gerekçeden anlaşılabilir (...)”³⁵.

İşte karardaki adaleti vurgulamak ve kaybeden tarafa kararın, zulmedici ve keyfî bir karar olmak yerine, mantıksal/diyalektik sürecin kaçınılmaz sonucu olduğunu göstermek üzere gerekçeye yer verilmektedir³⁶. Gerekçe bir başka bakımdan da gereklidir. Bu gereklilik, hâkimin kararlarının üst yargı mercileri tarafından denetlenmesi içindir. Bir hukuki hükümde gerekçe bulunmaması, hükmü denetlemekle görevli yargılama yüksek makamlarının, hükmün doğru olup olmadığını kontrol olanağını da ortadan kaldıracaktır.

İyi bir muhakeme yapabilmek için daima iki taraflı düşünmek gerekmektedir; aksi takdirde “kuşku”nun ortadan kalktığı söylenemez. Şu halde hüküm, farklı ve çelişik düşüncelerin bir tek düşüncede birleştirilmesidir. Bunun içindir ki, insan tek başına hüküm verirken dahi müspet-menfi iki çelişik ihtimali de hesaba katmak zorunda olacaktır. Hüküm vermek ve kuşkuyu yenmek isteyen kimse, karşısında hasım varmış gibi hareket eder ve bir çelişme yaparak sonunda hükmünü verir. Kollektif faaliyet olan muhakemede, taraflar hâkimin bu işini kolaylaştırır. Özellikle ceza muhakemesinde tarafların kabulünün sebebi budur. Zira çelişme olmayan bir muhakeme, muhakeme kabul edilemeyeceği gibi, verilen hüküm de yargılama hükmü kabul edilemez. Ancak kollektif olarak verilen hüküm, ona iştirak edenler nazarında bir hakikat meydana getirecek; sentezi oluşturulan hüküm tez ve antitezi mantıken cevaplandırarak ve tarafları tatmin edecektir³⁷.

2. Kollektif Hükümün Verilme Şekli

Karar verme süreci çerçevesinde hüküm oluşmasının veya kısaca muhakeme

32 Ibid., s.368.

33 Yasemin Işıktaç/Sevtaç Metin, *Hukuk Metodolojisi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2003, s.171.

34 Anayasa m.141/3; CMK., m.230, 232; HUMK., m.388.

35 Yaşar Karayalçın, *Hukukda Öğretim - Kaynaklar - Metod*, (Problem Çözme), 3.baskı, Ankara 1986, s.102.

36 Mustafa Tören Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, Ankara 2004, s.183.

37 Kunter, s.32; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.54.

yapmanın metodu, hükümün oluşması faaliyetine katılacakların düşüncelerini karşılıklı olarak bildirebilmelerinin sağlanmasıdır. Böylece bütün süjeler birbirlerinin fikirlerini öğrenebilecekler, hep birlikte düşüneceklerdir. Bu olanağı sağlayan sisteme “çelişme” denmektedir. Çelişme çok defa sanıldığının aksine, bir çekişme, bir mücadele değil, bir fikir alışverişidir, bir kolokyumdur³⁸. En basit anlamı ile de, muhakeme süjelerinden her birisinin, kendi düşüncesini, tekrar düşünölmek üzere diğer süje veya süjeler önüne arz etmesi demektir. Bir düşünce alışverişine tekabül eden çelişme, süjelerden birisinin zihninde aynı zamanda antitezin de yaşamasını, tezle bir arada bulunmasını ve sonuçta da bireysel hükümlerden kollektif hükümün doğmasını olanaklı kılmaktadır. Bu şekilde anlaşılan çelişme, muhakeme hukukunda, iddia (savcı) veya davacı; itham edilen (sanık) veya davalı ve hâkim arasında yaşamakta, süjelerin karşılıklı olarak kendilerini ve birbirlerini muhakeme etmek suretiyle hakikate, yani hükme varılmaktadır³⁹.

Böylece ortaya çıkan kollektif hükümün, genel anlamdaki hüküm gibi, bir takım hükümlerin sentezinden oluşan bileşik bir nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Yani muhakemenin tarafların katılması bakımından kollektif oluşu demek olan “çelişme”; “davacının hükmü”, “davalının hükmü” ve “hâkimin hükmü” şeklindeki üç hüküm gerektirmektedir. Söz konusu üç hükümün sentezi muhakeme görevi olarak verilen kollektif hükmü ortaya çıkarmaktadır.

Ancak hükümün oluşması sonunda karar verme görevi sadece hâkime aittir⁴⁰. Her uyuşmazlığın bir yerde kesin olarak çözöme kavuşturulması gereğı, bunu zorunlu kılmaktadır. Hâkimin hükmü sonunda taraflardan birisi ya da her ikisi kuşklarını sürdürebilirler, kendi kabullerine ters görünen kanıtlar karşısında inançlarını ayakta tutabilirler. Bu kuşklar da muhakeme sürecinde “temyiz” denilen başvuru ile yeni bir karar verme sürecini başlatabilir.

Devletin belli makamlarının, taraflara da mütalaalarını da bildirme olanağını sağlayarak ve devletin egemenliğine dayanarak, hukuk normlarına uygun bir şekilde, kesin, yerine getirilebilir ve göz önünde tutulabilir bir “yargı” ile somut olayda uygulanacak hukuk normunu belirterek çözmesi suretiyle, bir olayın hukuk normları karşısındaki durumu konusunda çıkan bir uyuşmazlığa son vermesi faaliyeti olan yargılama, iddia ve savunma ile birlikte kollektif muhakeme denilen etkinlikteki üç önemli görevden biri ve en önemlisidir⁴¹.

II. Karar Verme Sürecinde Hâkimin Fonksiyonu

Çözöme kavuşturulmak üzere, hâkimin önüne gelen bir sorunda, uygulayacağı hukukun şekillenmiş görüntüleri vardır. Yani bunlar, “(...) belli bir toplumda ve belli bir zamanda yürürlükte bulunan pozitif hukuk (...)”⁴² içinde yer alan hükümlerdir. Her makul hukukçu gibi hâkim önce bunlara başvuracaktır⁴³.

38 Kunter, s.33; Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.55.

39 Keyman (1970), s.26.

40 Her ne kadar nihai karara hüküm denilse de, muhakeme süreci çok sayıda hüküm içermektedir. “Hazırlayıcı hüküm” olarak da ifade edilen çok sayıda hüküm, muhakeme boyunca verilmektedir. Bir tanığın dinlenmesi, keşif yapılması v.s. kararları, son hükmün hazırlık hükümleridir. Kunter/Yenisey/Nuhoğlu, s.53.

41 Kunter, s.110 vd.

42 Vecdi Aral, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, üçüncü bası, İstanbul 1979, s.156. Ayrıca bk. Orhan Münir Çağıl, Hukuk Metodolojisi Dersleri, İstanbul 1952, s.143-144.

43 “(...)Bir olayı «hukuk» bakımından tetkik etmek gerekirse, bu hadiseyi zaman ve yer itibarıyla belli bir hukuk düzenine bağlamak ve bu hukuk nizamında yürürlükte olan kurallara göre incelemek lazımdır (...). Karar vermeden, hadiseye uygulanacak hukuku zaman ve yer bakımından araştırınız!” . Ernest Hırş, Pratik Hukukta Metod, 3.baskı, Genişletip değiştirerek işleyen: Volf Çernis, Ankara 1978, s.13 vd.

Ancak toplumsal yaşam, en güçlü yasa koyucudan daha çok yaratıcıdır. Her yasa, zamanla hissedilen ihtiyaçları karşılamak için düzenlenir. Fakat son derece açık ve genel olmasına rağmen, bir yasa maddesinin, hiç bir zaman olayların karşısına çıkabileceği ihtimalleri önceden görmesine olanak yoktur. Bu itibarlardır ki, yürürlükteki bir yasayı uygulamakla yükümlü olan hukukçu ve doğallıkla en önemli süje olan hâkim, sadece dünyanın zaruretlerini değil, bugünün ihtiyaçlarını da hesaba katmak ve kararını ona göre vermek zorunda kalır. Yasada bir açıklık bulunmaması halinde hâkimin hüküm vermekten kaçınabileceğini kabul ve destekleyen hiç bir hukuksal rejim yoktur.

Öte yandan, toplum değişip geliştikçe, sosyal ilişkiler daha girift hale girer. Çünkü her tatmin edilen ihtiyaç yeni bir ihtiyacın doğumuna neden olur ve erişilen her gaye, ufukta beliren yeni bir gayenin basamağını oluşturur ve sosyal değişim, genellikle hukuksal düzenleme tarafından geriden izlenir. Bu durumlarda, şekillenmiş hukuk çözüm getirmeyebilir. Bu boşluk ve uyumsuzluk çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir:

- *Problemi çözümleyecek bir hukuk normu yoktur.*

- *Probleme dokunan hukuk normu vardır ancak, somut olaya bu normun uygulanması için tefsir ve yorum kurallarına göre, kanunun ruhunun anlaşılabilmesi işleminin yapılması gerekmektedir.*

- *Problemlerle ilgili görülen hukuk normu, tefsir ve yorum kuralları ile de genişletilse, çatışma uyumsuzluk ve uyumsuzluk giderilemeyecektir⁴⁴.*

Hâkimin bu üç noktada dile getirilen toplumsal hayatın gerisinde yürüyen hukuku, günündeki anlayışa göre uyumlaştırılması işlevinde uygulayacağı ilkelerle, bu uygulamanın yöntemi birbirine girmiş bir durum gösterirler. Hukukta ilkelerle yöntem arasındaki zorunlu ilişki, bu iki yön arasında tam bir sınır çizmeyi engeller. Toplumda oluşan ve yaşayan hukuk ile metinlere aktarılmış hukuk arasında bir sorun ve bunalım yaratacak uçurumun var olup olmadığının saptanması ve ondan sonra bu uçurumun kapatılmasının sağlanması gerekir. Bu işlemlerde başvurulacak ilkeler ise şöyle belirlenebilir⁴⁵:

- * Hukukla gerçek arasındaki diyalektik çatışmayı iyi çözümleyip dengelemek. Bu denge sayesinde kuralı gerçeğe, gerçeği de kurala feda etmemek, böylece yasaların yeni ve özgün biçimde yorumlanmasını gerçekleştirmek⁴⁶. Yasa koyucu, bir hukuk kuralını sevk ederken, göz önüne getirdiği muhtemel bir uyumsuzluktan hareket eder ve bu ihtilaf için kendi görüşüne göre adalete en uygun hal çaresini bulur. Fakat bu çözüm, mutlak değildir yani her yerde ve her zaman adil sayılmayabilir; yasa koyucunun subjektif görüşüne göre çeşitli çıkarlara verdiği değere bağlıdır. Hâkimin, karar sürecinde, yasa koyucunun iradesinin belirlediği norm ile davada ortaya çıkan gerçek arasındaki dengeyi dikkate alması gerekir.

- * Sosyal ve hukuksal kurumların oluşumunu, gelişimini, geçirdiği aşamalarını ve bugünkü yapısını inceleyip araştırmak; *böylece yasaların kaynağına inmek*. Bir yasa koyucunun iradesine etkili saikler, genel kaynak olarak, başta bir ulusun geçir-

44 Ömer Faruk Karacabey, "Yargıç ve Sosyal Gerçek", *Yargıtay Dergisi*, C.1, Ocak 1975, s.97.

45 *Ibid.*, s.97-98; Ömer Faruk Karacabey, *Uygulamalı Hukukta Yöntem ve Araştırma*, Ankara 1976, s.57-58.

46 Gerhard Leibholz, "Anayasa Hukuku ve Anayasal Gerçek", çev. Tuncer Karamustafaoğlu, *AÜHFD*, C.XXX, S.1-4, 1973, s.5.

miş olduğu “(...)istihale ve devrimler, kabul ve riayet ettiği umdeler(den) gelir. Bu umdelerin bir bölümü Anayasada bir araya toplanmıştır(...)”; diğerlerini ulusal kültürden çıkarmak olanaklıdır⁴⁷. İlke olarak bir ülkenin tarihi ve geleneği göz ardı edilerek yeni kurallar vazedilemez. Aynı derecede halkın zihniyeti, yaşam biçimi, kültürü ve eğitim seviyesi de göz önünde bulundurulmalıdır⁴⁸. Eğer hukukun çok hızlı değiştiği bir süreç de yaşanıyorsa, tutarsızlık ve çatışmalar ortaya çıkabilir. Bireyler hukuka uyum süreci yaşayabilirler ve kişinin kendine uygulanacak hukuku önceden bilebilmesi ve uyum sağlayabilmesi anlamına gelen hukuk güvenliği ortadan kalkabilir. Böyle durumlarda da hâkim, değişim sürecini çok iyi inceleyip izlemelidir.

* Toplumun siyasal, ekonomik, kültürel ve diğer üst yapılarını tanımak, ayrıca o ulusun yaşantısına yön veren genel olay ve eylemleri bilmek. Bunlar aynı zamanda hukukun değişmesinde ve yeniden yapılmasında rol oynayan etkenlerdir⁴⁹.

* Grup ve sınıf çıkarlarını ölçmek, çıkarlar arasında dengelyi oluşturacak düzenlemelerin ne olduğunu saptamak. Toplumsal yapı içinde, birbirine benzeyen toplumsal grup, toplumsal tabaka ve toplumsal sınıflar vardır⁵⁰. Bu kurumların çıkarlarının⁵¹ çatışması yanında, genel güvenlik ve kişilerin sosyal güvenliği ile genel ahlak ve adapla, sosyal kaynakların korunması ile

genel değerler ve kabul edişle, kişi hayatı ile ilgili çıkarların çatışmaları da vardır⁵². Hukuk yaratılırken veya kanundaki boşluk doldurulurken, karşı karşıya bulunan çatışan çıkarların ne olduğunu saptamak ve tartışmak gerekir. Bir muhakeme sürecinde muhakemeye katılan taraflar, karar verme sürecini etkileme yoluyla kişisel çıkarlarını ve amaçlarını gerçekleştirmeye çalışmaktadırlar. Bu çıkarlar sadece o davada taraf olanların çıkarı olarak değil, çatışan ve çarpışan genel çıkarlar olarak düşünülerek tartışılmalı ve soyut bir kural bulunmaya çalışılmalıdır.

Her yasa kuralı demokrasilerde yasa koyan parlamentonun, çarpışan ve çatışan çıkarlara biçtiği değer bir ifadesidir. Yasa koyucu çıkarları korumak ister, kişilerin birbirleriyle çatışan çıkarlarını dengelemeyi amaçlar. Ancak ortaya çıkabilecek olası anlaşmazlıkların çokluğu karşısında yasa koyucu, bunların tümünü öngöremeyeceğini ve her özel duruma uygun düşecek bir davranış biçiminin, mantıksal bir belirlemeyle saptanamayacağını da bilmelidir. Bireylerin gereksinimlerinin karşılanabilmesi ve yasa koyucunun bu yoldaki iradesinin gerçekleşebilmesi, ancak hâkimin basit bir dağıtıcı alet olmaktan çıkmasıyla olanaklıdır⁵³.

Şu halde, hâkimin yasaya bağlı olduğu ve ancak yasaya uygun olarak hüküm vereceği yolundaki kural, hâkimin, yasanın sö-

47 Hırş., *Pratik.*, s.107 vd. *Hukuk olgusunun oluşumuna neden olan toplumsal olayların incelenmesi ve hukuka nedensel etkisi ile; hukuk kurallarının tarihsel akış içinde oluşum ve gelişimini incelemek hukuk sosyolojisinin konu alanı içindedir. Bk. Niyazi Öktem, Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi, 4. Bastı, İstanbul 1988, s.210. Hâkimin, hukuk sosyolojisinin sağlayacağı bu verilerden yararlanması çok sağlıklı olacaktır.*

48 Yücel, *Hukuk Sosyolojisi*, s.204.

49 Ancak bu etkenlerin tümü hukuk değişmelerinin üzerinde aynı güçte rol oynamazlar. Bazen biri, bazen birkaçı daha etkin olabilirler. Denebilir ki, bir toplumda hangi tür sosyal olaylar ya da olgular diğerlerinden daha çabuk gelişmişse, diğerleri için “değiştirici etken” konumuna geçerler. Ülker Gürkan, *Hukuk Sosyolojisine Giriş*, Ankara 1994, s.74.

50 İbrahim Yasa, *Türkiye’nin Toplumsal Yapısı ve Temel sorunları*, TODAİE yayını, Ankara 1972, s.20. *Toplumsal farklılaşmanın oluşturduğu bu yapılanma için bk. Abdullah Dinçkol, “Sosyolojik Verilerin Sosyal Güvenlik Politikaları ve Sistemlerine Etkileri”, Facultatis Decima Anniversaria, 10. Yıl Armağanı, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, İstanbul 1993, s.218-224.*

züne bağlı olması demek değildir. Bunun anlamı şudur: “Hâkim, çarpışan çıkarların sosyal değeri hakkında, yasa koyucunun- kinden farklı bir hüküm veremez”. Ne var ki, hâkim bu kurala, ancak yasa koyucunun ilgili madde ile düzenlemek istediği çıkarlar durumunu göz önünde tuttuğu ve çarpışan çıkarlar hakkında biçtiği değeri hatırladığı takdirde riayet etmiş olur. Demek oluyor ki yorumda, yalnız bu bakımdan yasa koyucunun iradesi; daha doğrusu, onun yasa müzakere edilirken etkisi altında kaldığı saikler göz önüne alınacaktır⁵⁴.

* Hukukta kullanılan terim ve kavramlar, esasen başka bir disiplinin malı olabilir. Bu terim ve kavramlara anlam verirken, ilgili bilim dalında kabul edilen anlamının ne olduğunun saptanması gerekir. Bu hususta Hart, bir tanım yaparken, kelimeler aracılığı ile olguları daha keskin bir biçimde idrak etme çabası içine gireriz demektedir⁵⁵. Gerçekten de, bir kavramın anlamının saptanabilmesi, onun tanımlanabilmesi için, belli bir bilim dalı içinde nasıl anlaşılması gerektiğini sormak ve buna bir cevap aramak zorunluluğu vardır⁵⁶.

Kaldı ki, bir çok sözcüğün anlamına eşlik eden güçlükler bulunmaktadır ve bu durumlarda sözcüklerde bir yetersizlik söz konusudur⁵⁷.

Öte yandan, insanlar çoğu zaman sözcüklerinin konuştukları diğer insanların zihinlerinde yer alan idelerin de işaretleri olduklarını varsayarlar, kendileri ve konuştukları insanların zihinlerindeki idele- rin aynı olup olmadığını irdelemeye pek uğraşmazlar; yalnızca konuştukları dilin ortak içeriğine uygun düştüğünü sandıkları biçimde bu sözcükleri kullanmayı yeterli görürler. Bu çerçevede sözcükle dile getirdikleri idenin, kendi ülkelerinin düşün- nen insanlarınca belli bir adla adlandırılan ideyle tamamen aynı olduğunu varsayarlar⁵⁸. Bu davranış kalıbını dikkate alması gereken hâkim, karar verme süreci boyunca kullanılan sözcüklerin gerçek anlam- larını araştırmak ve hükmüne yansıtma- k zorundadır.

Ancak yine de sonsuz çeşitlilikte dü- şünceye oranla sözcük dağarcığı o kadar dardır ki, kendi kesin kavramlarına uygun terimlerden yoksun olduklarından insan-

51 İnsanların kurdukları topluluklara, örgütlere, derneklere, ortaklıklara, uluslara, devletlere ilişkin bir niteleme olarak kullanılan “çıkâr” kavramı, biyolojik köklerden türemekle birlikte, sosyal bir nitelemedir artık; bu sözün en geniş bildiriminde, toplumsal bütünlerin varlıkça korunup serpilmesine zararlı olmayan her şeyi kapsar. Nermi Uygur, *Kuram-Eylem Bağlamı*, YKY, İstanbul 1996, s.62.

52 Bu konuda bk. Manfred Rehinder, “Menfaatler Takdirinin Prensipleri”, çev:Turgut Kalpsüz, AÜHFD, 1969, C.XXVI, s.271; Taraf çıkarlarının bir arada değerlendirilmesi hususunda bk. Işıktaç/Metin, s.70 vd.

53 Cahit Can, *Hukuk Sosyolojisi ve Tarih Açısından Resepsiyon*, (basılı olmayan doçentlik tezi), Ankara 1982, s.31-32; Işıktaç/Metin, s.71

54 Hirş, *Pratik.*, s.107 vd.

55 Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon, 1961, s.14.

56 Herman Kantorowicz, *The Definition of Law*, edited by: A. H. Campbell, Cambridge 1958, s.5. Hukukçu ve tabii ki hâkim, (“...” mutlaka iyi Türkçe bilmeli, kelimeler üzerinde ırkçı ayırımlar yapmadan sözcük dağarcığını sürekli genişletmelidir. İster iddia, ister savunma, ister karar, hüküm biçiminde olsun, hukuk uygulamasında yer alan metinler, dünyanın her yerinde yazıldığı dilin güzel örneklerini teşkil ederler(...)). Sulhi Dönmezer, “Hukukçunun ‘Ethos’ u”, *Hukuk Araştırmaları*, MÜHF Yayını, Eylül-Aralık 1987, C.2, S.3, s.6.

57 Locke’a göre “1- Sözcüklerin yerini aldıkları ideler çok karmaşık ve çok sayıda idenin derlenmesi ile kurulmuş iseler; 2- Temsil etikleri idelerin doğada belli bağıntıları yok ve dolayısıyla kendilerini sınavı- p ayarlamak için doğada yerleşik hiçbir ölçüt bulunmuyorsa; 3- Sözcüğün anlamının bir ölçüte dayandırılıp da bu ölçütün kolayca bilinemez olduğu durumda; 4- Sözcüğün anlamı ile şeyin gerçek özü tamamıyla aynı değilse,” sözcüklerin yerine geçtiği idenin öğrenilmeleri ve zihinde saklanmaları çok zordur. Locke, s.114.

58 *Ibid.*, s.18.

lar aynı sözcüğü sıklıkla farklı anlamlarda kullanmak zorunda kalırlar⁵⁹. Bir hukuksal hükümde, hâkimin bir terimin anlamını değişik biçimde kullandığı durumlarda, hükümün içeriği tarafları doğru anlama götürebilir; ancak taraflara yol gösterir yeterlilikte bir söylem yoksa, orada hâkimin ne demek istediğini açıklaması ve terimi hangi anlamda kullandığını belirtmesi gerekir.

* Toplumun kendine has, “ulusal özellik”, “ulusal duygu” gibi terimlerle ifade olunan özelliklerini tanımak gerekir. Bu ilke bilhassa başka ülkelerden alınmış yasaların boşluklarının doldurulmasında ve yorumunda göz önüne alınmalıdır⁶⁰. Bir hukuk kuralının çıkarlar dengesine göre yorumlanması, ulusal özellikler göz önünde tutulmaksızın olanaklı değildir, ancak bu özellikler dikkate alındığında hukuk kuralları gerçek anlamını bulmuş olur⁶¹. Hâkim, gerek karar verme süreci öncesi, gerek karar verme sürecinde toplumsal yapının bir aktörü de olduğundan, ulusal değerleri iyi tanımalıdır. Yalnız “ulusal değerler” sözünden, bütün bireylerin aynı değerleri paylaştığı sonucu da çıkarılmamalıdır.

* Çözümenecek olayın temelinde yatan nedenin, o nedeni inceleyen bilim dalının hangisi olduğunu saptamak gerekir.

Bu davranış aynı zamanda davada çözümlenecek olayın tanımlanması⁶² anlamına da gelmektedir ve iyi bir tanım, karar verme sürecinde etkili bir başlangıçtır.

Hâkim, karar verme sürecinde bir yandan taraflar tarafından sunulan veri ve tahminlerle, öte yandan kendisini dava sırasında ortaya çıkmış bulunan çeşitli sorunlarla uğraşmaya zorlayan baskılarla karşı karşıyadır. Çözümenecek olayın temelinde yatan gerçek nedenin saptanması, aynı zamanda ortaya çıkan birden fazla alternatif arasından en uygun olanını seçme olanağı sağlayabilir⁶³.

Hâkim her şeyden evvel, somut olayı kavramalıdır. Hâkimin olayı tam olarak anlayabilmesi, psikolojik ve idari bir olgunluğa ulaşması ile olanaklıdır⁶⁴. Karar verebilmek için, durumu iyi bir hukuksal süzgeçten geçirmek ve hukuk mantığı ile çatışmaması için, iyi bir şekilde muhakeme edilmek suretiyle sonuca ulaşmak icap eder⁶⁵. Örneğin bir dava dosyasının en son sayfasından değil, kaynağından başlayarak yapılacak bir inceleme, gerçeğin daha sağlıklı bir şekilde ortaya çıkmasını sağlar. Zira dava dosyasının en son sayfasından başlayarak yapılan bir inceleme bizi daima yanıltabilir ve yanlış yönlendirebilir. Olay

59 *Ibid*, s.174.

60 “Yabancı hukukun alımı” ile ilgili bk., *Can, passim*.

61 *Hırş, Pratik.*, s.107 vd.

62 *Emhan*, s.216; *William H. Newhman, Karar Vermenin Temel Evreleri*, çev. Kenan Sürgit, TODAİE Yayınları, No.186, Ankara 1979, s.121–122.

63 Sorun açıklıkla ortaya konduktan, uygun alternatifler tanımlandıktan ve her alternatifin olası sonuçları olanaklar ölçüsünde iyi biçimde tahmin edildikten sonra, son seçimin yani hükmün, belli olmasa bile kolay olacağı sanılabilir. Durum böyle değildir, genellikle, her alternatif bir dizi sonuçlar ortaya çıkaracaktır ve bu sonuçlar, çeşitli zamanlarda, çeşitli derecelerde ve her derecede değişik olasılıklar bulunacak biçimde görünebilir. Bu çeşitli sonuç dizileri arasından bir seçim yapmak için karmaşık bir değerler sistemine gereksinme vardır: *Emhan*, s.218; *Newhman*, s.133-134.

64 *Faruk Erem, Adalet Psikolojisi*, yedinci baskı, Ankara 1977, s.272.

65 “Ehil bir hukukçunun ana vasfı, hukuk zihniyet sahibi olması, hukukî düşünme yeteneğini elde etmiş bulunmasıdır. (...) Hukukî zihniyet, hukukî düşünme yeteneği, herşeyden önce hukuka, hukukun üstünlüğüne inanmayı, ülkede hukukun egemen olması gereğine, adaletin gerçekleştirilmesini hiç bir mülahaza ve yararın engelleyemeyeceğine, adaletin mülkün temeli olduğuna iman etmiş bulunmayı da ifade eder. (...) Hukukî zihniyetin temelinde, hukuk kurallarına saygılı olmak, itaat etmek ve ettirmek vardır; ama bu, hukuk kurallarını eleştirmemek anlamına gelmez.” *Dönmezer*, s.7.

hakkında ilk defa okunarak elde edilecek bilgi, insanı etki altında bırakabilir⁶⁶.

Hâkimin kararının oluşabilmesi için, incelenen olayla ilgili olupda, bilinen bütün bilgilerin toplanması vazgeçilmeyecek bir kuraldır. Karara konu olan somut olayda, “hiç bir delilin savsanmaması”⁶⁷, olaydaki, kişiye ilişkin hiç bir belge ve bilginin gözden ırak tutulmaması gerekir. Bu bilgi ve belgelerin toplanması sırasında “(...) bilimsel esaslardan ve bilimsel araçlardan yararlanmak da zorunludur (...)”⁶⁸. Bütün bu bilgi edinmeler, hâkimin somut olayın gerçeğini tam olarak kavramasına yardım edecektir. Gerçeği tam olarak kavrayan hâkim ise arzu edilen sonuca yani, makûl bir karara ulaşabilir.

Sonuca ulaşmak aynı zamanda, toplanan bütün delillerin değerlendirilmesini yapmak, incelenen olayın oluşmasında rol oynamış nedenleri bulup çıkarmak ve bunlara göre de, uygulanacak hukuk kuralının hangisi olduğunu belli etmek ve soyut hukuk kuralının somut olaya uygulanmasının yaratacağı sertliği gidermeye çalışmaktır. Bu aşamanın niteliğine göre, bütün karar verme sürecinin en önemli evrelerinden birisi olduğu açıktır. Bu evrede yapılabilecek ufak bir yanlışlık, bütün evrelerde gösterilen çabaları boşa çıkarabilir. “Hâkim, öncülleri (hukuk kurallarını) (...) doğru seçmesini, öncülleri olaya uygulamasını, doğru sonuç çıkarmasını iyi bilen kişidir”⁶⁹.

Öte yandan, bu sonuca ulaşacak hâkim, önemli özellik değişimleri sözkonusu olmadıkça benzer olaylarda da benimsenebilecek bir uygulama yapmalıdır. Ancak temel düşüncesi diğer olaylara da uygulanabilecek ölçüde genelleştirilebilen bir karar adaletli olabilir. Böyle bir genelleştirme de, sözkonusu karara olayın yalnızca tipik özelliklerinin temel yapılmasını gerektirir⁷⁰.

* Kişilerin tutkularına ve davranışlarına etki eden faktörleri bilmek. Gerçekten bir ihtilafı çözümlemek durumunda olan hâkimin çok iyi bir psikolog gibi ve titizlikle hareket etmesi gerekmektedir. Örneğin, günümüzde yargılama aşamasında “yalancı şahit” bulmak oldukça yaygın bir hale gelmiştir. *Tamamen şahit ifadelerine dayanan bir davada, hâkimin, bireylerin bu davranışlarını saptayabilmesi için, psikolojik faktörleri iyi bilmesinin önemi ortadadır*⁷¹.

Kaldı ki, hukuk mesleğinin bir bakımdan fonksiyonu, toplum içindeki gerilimleri, kaygıları, baskıları gidermektir. Bu itibarla hukukçunun ve doğallıkla hâkimin, gerek grup yaşamı içinde, gerekse bireysel temaslarda tedavi edici bir psikolog, bir psikanalist rolünü oynaması da icap etmektedir. “(...) Hâkim, hukuk kurallarının, çatışan yararları dengeleştirici fonksiyonunu daima göz önünde bulundurarak, toplumsal ahengi sağlayan bütünleştirici kararlarıyla bu fonksiyonun gereği gibi yerine getirilmesinde katkı yapmalıdır.”⁷²

66 Alman muhakeme hukuku doktrinde, “meslekten olmayan hâkimlerin duruşmadan önce dosyadan bilgi edinmelerinin tarafsızlıklarını etkileyeceği” konusunda görüşler bulunmaktadır. Nur Centel, *Ceza Muhakemesi Hukukunda Hâkimin Tarafsızlığı*, İstanbul 1996, s.29, dn.87.

67 İBK., 6.5.1968, 15/9 (Resmî Kararlar Dergisi, Mayıs-Haziran 1968, S.5-6, s.18 vd.).

68 4.HD., 18.2.1966, 2534/2168 (İKİD., Y.6, Temmuz 1966, S.67, s.4664).

69 Karayalçın, s.83.

70 Vecdi Aral, *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları*, İstanbul 1984, s.135.

71 Kaldı ki, hukuksal düzenlemeler de, “(...) toplumu meydana getiren insanın biyolojik ve psikolojik yapısını göz önünde bulundurmamak zorundadır. Çünkü toplumsal yaşamın biçim ve çeşitleri en sıkı bir biçimde onu meydana getiren bireylerin bedensel ve ruhsal özellikleriyle ilgilidir (...). Bir hukuk düzeninin uzun zaman yürürlüğünü sürdürebilmesi o toplumdaki insanların psikolojik durumuyla yakından ilgilidir”. Vecdi Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam, “Sorumluluk ve Kişiliğin Kazanılması”*, İstanbul 1988, s.25.

* Bilimsellik ve objektifliğin sınırları içinde kalmak, keyfilik ve sübjektiflikten uzak durarak, bilimsel yöntemler uygulamak şarttır. Öncelikle şunu belirtmek yerinde olacaktır ki, hâkimin kararında “keyfî davranış”ın yeri yoktur. Anayasamızın 138. maddesinin birinci fıkrasındaki⁷³ sıraya göre de, “(...) vicdan kanısı etkeni, en sonunda anılmıştır. Bu, ilke olarak, Anayasa, yasa ve hukuk kuralları çerçevesinde edinilecek vicdan kanısının yargıya temel tutulacağını göstermektedir. İmdi, hâkimin Anayasaya, Yasaya ve hukuk kurallarına uymayan bir vicdan kanısından (...) sözedilemez.”⁷⁴ Demek oluyor ki, yasalara uygunluk ilkesi, hâkimin karar verme sürecinde keyfî davranmamasını sağlayacak öğelerden birisi olacaktır. Herhangi bir kişi veya makamın, kendi kişisel görüşlerine, arzularına göre, hiç bir kayıt ve şarta bağlı olmadan hareket etmesi demek olan keyfilik, hukuk devleti prensipleri ile bağdaşmaz. Esasen, büyük küçük her gücün, her iktidarın, her yetkinin, şu veya bu şekilde kullanılması; o gücü, iktidarı, yetkiyi kullanmak durumunda olan kişinin “(...) ruh ve ahlâkının yükseklik ve düşkünlüğüne, irade ve seciyesinin kuvvet ve zaafına, bir kelime ile insanlığına bağlıdır.”⁷⁵ İşte bu insanlık kavramının ifade ettiği yüksek meziyetleri şahsında toplayamayan bir hâkim, keyfî davranışıyla ve görünmeyen suinyetiyle, yasaı sözü ile uygular gibi görünerek, istediği tarafa çekebilir. “Bu suretle, zavallı hakkaniyet ve adalet gizli maksatlarla görünmeyen şekilde belki ayaklar altına alınmış olur.”⁷⁶

Keyfî davranmama ilkesi, hâkimin kararını belli rasyonel ilkelere bağlayarak, hukuk devletinin özünü oluşturan hukuka bağlılık, kanunla sınırlama ve güven duygusunu güçlendirici bir fonksiyon yerine getirmektedir. Bu açıdan hukuk devleti olgusunun, hâkimin karar verme süreci içinde, “keyfî davranmama ilkesi” şeklinde, somutlaştığını söyleyebiliriz. Kaldı ki, karar verme süreci içinde hâkimin keyfî davranıp davranmadığının denetlenmesi, üst yargı organları tarafından gerçekleştirilmektedir.

Öte yandan bilimselliğin ve objektifliğin sınırları içinde kalmakla hâkim, önyargılarından kurtulmuş, tarafsız bir karar süreci aktörü haline dönüşecektir.

Bizim varoluşumuzun biçimlerinden, kurucu öğelerinden biri de önyargılarıdır. Önyargılarımızla varoluruz⁷⁷. Hepimizin önceden verilmiş kararlarımız, bazı inançlarımız vardır. Bunlar kazanılmış veya intikal edegelmiş düşüncelerdir. Önceden hüküm verme anlamına gelen önyargı, o hükme ait objektif vakıaların meydana çıkmasından daha önce oluşmuş inançlara sahiptir ve bu inançların kuvveti, yeni düşünce ve kavramaları da önceden tayin eder. Fakat olayın mahiyeti icabı, bütün inançlarda bir dereceye kadar önyargı payı vardır. Başka türlü olmasına da olanak yoktur. Olayları yaşadığımız zaman, bunlar hemen anlamlı bir bütün içinde organize edilmiş olarak kavranılırlar. Bir defa böyle bir organizasyon meydana gelince, her yeni kavramanın özellikleri de önceden

72 Dönmezer, s.9.

73 “Hâkimler, görevlerinde bağımsızdırlar; Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre hüküm verirler...” (ANY, 138/1).

74 AMK., 12.6.1969, 1968/38 E., 1969/34 K. (AMKD., S.7, ikinci baskı, Ankara 1978, s.331 vd.).

75 Kemaleddin Birsen, “Medeni Kanunu Lafzile Tatbikte Hâkimin Takdir Salahiyeti ve Hukukî Mesuliyetine Dair Düşünceler”, Medeni Kanunun XV.Yıldönümü İçin, İstanbul 1944, s.107.

76 Birsen, s.107. “Hâkimin ölçümü keyfîliğin at oynatacağı bir meydan (Tummelplatz) değildir”. T. Tufan Yüce, Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1985, s.142.

77 Aydın Uğur, “Hermeneutik: Eski Bir Yorum Yönteminin Yeniden Gündeme Gelişi ve Hukuk Alanında Uygulanması”, SBFD, C.XXXVIII, 1983, N.1-4, s.183.

tain edilmiş olacaktır⁷⁸. Şu gayet doğaldır ki, konusu üzerinde herhangi bir hükme vardığımız her yeni görüşe karşı biz savunucu ve reddedici bir durum alırız. Çünkü o görüş, kanaatlerimizin tamamlanmış sistemini zorlar, bu suretle erişilmiş olan “imani” sarsar, bizden yeni gayretler bekler ve eskinin kaybolduğunu anlatır. Doğru bir hüküm verme için de en büyük tehlike önyargıdır⁷⁹.

Karar verme durumunda olan hâkim, kişisel heveslerinin ve kendine özgü eğilimlerin etkisinden kurtulmalıdır. İnançlar, psikolojik sahalarımızın derin ve ayrılmaz birer parçası oldukları için, bunların incelenmesinde mantıksal bir başlangıç noktası bulmak güçtür. Ancak mümkünse, bunları yeniden incelemek, kaynaklarını ve varlık sebeplerini araştırmak lazımdır. Örneğin, “(...) suçlar ekseriya bir heyecan ve ihtiras tesiri altında işlendiğine göre, aynı heyecan veya ihtirası teessür hayatında hatırlayan bir yargıç kararlarında daha az sert olacaktır. Bu olay psikolojide “sempati” kanununa dayanır. Sanığın tavır ve hareketi, ahlakî veya siyasî meseleler hakkında sarfettiği bir söz, giyiniş tarzı, hatta bazen sesi yargıç ile sanık arasında bir ruhî tezat doğurur ve yargıcı kararlarında daha sert olmaya sevk edebilir. Bu hadise de psikolojide “antipati” kanununa dayanır. Aynı psikolojik şartlar içinde bulunmaktan veya bulunmuş olmaktan doğan sempati ile yar-

gıcın hafızasında yer almış ve onda nefrete yaklaşan bir duygu tevhit etmiş kimsele-re psikolojik ve şuura intikal etmeyen bir benzetmeye dayanan antipati, yargıcın ruhî sahada tarafsızlığını ihlal eden tesirlerdir. Bu tesirlerin menşeiini aramak ihtiyacı-nı duyan yargıç kendi üzerinde yapacağı tahlillerle kendini bu tesirlerden kurtarabilir(...)”⁸⁰. Zira “(...) evvelce takarrür etmiş ve tahkik edilmeden kabul olunmuş bir fikir (...)” “boş inançtır”⁸¹.

Ekseri yanlış hükümler ve takdirler, hâkimin önyargılarından oluşmaktadır. Hâkimlik mesleğinin yıllarca süren ifası, onda ister istemez bazı önyargılar meydana getirir. Bu önyargılar da, kendisinin bile farkına varamayacağı bir şekilde kararını etkiler. “Hata” ve “otorite”nin oluşturduğu önyargılardan⁸² bir hâkim ancak yöntemli çalışmak sayesinde kurtulabilir. Bunun güçlüğü ortadadır ancak sağlıklı bir kararın oluşması böyle gerektirir.

Hâkimin önyargılardan kurtulmasının bir başka şekli tarafsızlığıdır. Tarafsızlık, sadece davanın tarafları arasında yan tutulmamasından ileri gelmez. Hâkimin taraflar arasında yan tutmaması, nötr olması zaten görevinin gereğidir. Örneğin sanığın suçu-nun sabit oluncaya kadar suçsuz sayılması genel hukuk prensiplerindendir. Hâkimin bir davada sanığı mahkûm gibi telakki ederek davranması, duruşmayı bu yolla idare

78 David Krech / Richard S. Crutchfield, *Sosyal Psikoloji, Nazariye ve Problemler*, çev. Erol Güngör, İstanbul 1965, s.185. “(...) Hakikat aramada yenilmesi gereken zorlukların en ağırı, önceden zihinde takarrür etmiş iddiaların etkisidir. Belli bir konu üzerine, ekseri ne olduğu bilinmeden, şu veya bu fikir edinilmiş bulunur; zıt kanaatler bu ilk inancı iptale kalkınca zihin içgüdüleriyle isyan eder, yönelişini değiştirmek, hatasını tanımak istemez. Halbuki Descartes’ın pek doğru olarak dediği gibi, eğer edinilmiş bilinçsiz fikirlerin hepsinden vazgeçmek için önce kesin bir karar alınmamış ise, ilmi araştırmaya yanaşmak beyhudedir”. Henri Le Chatelier, *Tecrübi İlimlerde Metoda Dair*, çev. Avni Yakalıoğlu, İstanbul 1955, s.23.

79 Bu açıdan, hâkimce kararının oluşturulması, “(...) önyargı, sempati ve antipatilerine kapılmadan, duygusal davranışlara düşmeden, objektif değer ölçülerinden ayrılmadan yerine getirilmelidir. Hâkimin kendi dünya görüşü, değer yargıları, kişisel eğilimleri ölçümünü etkileyebilir. Bu etkiler hâkimi toplumun objektif ölçülerinden, rasyonel değerlendirmelerinden ayırmamalıdır”. Yüce, s.140.

80 Erem, *Adalet Psikolojisi*, s.273.

81 Fabreguettes, s.420.

82 Uğur, s.184.

etmesi ve delilleri toplaması onun tarafsızlık sıfatı ile bağdaşmaz. Yine taraflardan birisine kişisel yakınlık veya tam tersi kişisel kızgınlık, hâkimin tarafsızlık sıfatını zedeleyecektir.

Ancak gerçek anlamda tarafsız olarak nitelendirebileceğimiz hâkim, “duygularına, çıkarlarına, kişisel eğilimlerine kapılmayan, özgür” kişidir. Bir diğer deyişle, kararlarını çıkarlara, bağlantılara, amaçlara, düşmanlıklara, duygulara göre vermez. Eğer aynı davada taraflar başka kişiler ya da hâkim başka hâkim olsa da, yine aynı karar verilebilecekse, tarafsızlık söz konusu demektir⁸³.

Hâkimin tarafsızlığının başta gelen şartı objektifliktir. O, hiç bir zaman kendi kişisel değer tasavvurlarını veya mensup olduğu sosyal grubun değer tasavvurlarını kararına dayanak yapmamalıdır. “Objektiflik, gerçeği her türlü duygu ve ihtirastan uzak olarak incelemek isteği ve yeteneğidir. (...) Ancak belirtilen nitelikte bir objektifliği uygulamanın çok güç olduğunu gözden uzak tutmamak gerekir.”⁸⁴ Bir davada, “belli olgular ya da hâkimin şahsından kaynaklanan belli haller, verilecek hükümün objektifliğinden kuşku duyulmasına neden olacak yoğunluğa ulaşırsa, artık hâkimin tarafsızlığından söz edilemez. Bu gibi hallerde yasa koyucu, üç kurum önererek, tarafsız olacağından kuşku duyulan hâkimin yerine, tarafsız hâkimin yargılama yapmasını sağlamak istemiştir. Söz konusu kurumlar, hâkimin görev yapmaktan yasaklanması ile reddi ve çekinmesidir.

Avrupa İnsan Hakları Divanı, tarafsızlığı, önyargı sahibi olmamak biçiminde tanımlamaktadır. Tarafsızlığın, Divana göre, objektif ve subjektif olmak üzere iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan subjektif tarafsızlık, mahkeme üyesi hâkimin birey olarak tarafsız olmasıdır. Objektif tarafsızlık ise, mahkemenin kurum olarak kişide bıraktığı güven verici izlenim ve tarafsız görünümüdür⁸⁵.

2003/43 sayılı Birleşmiş Milletler Bangalor Yargı Etiği İlkeleri⁸⁶, “tarafsızlık” değerinin ilkesini şöyle ifade etmektedir: “Tarafsızlık, yargı görevinin tam ve doğru bir şekilde yerine getirilmesinin esasıdır. Bu prensip, sadece bizâtihi karar için değil aynı zamanda kararın oluşturulduğu süreç açısından da geçerlidir.”

Bu bilgiler ışığında şunu belirtmek yerindedir ki, iyi bir yargılama yapabilmesi ve arzu edilir bir karar verebilmesi için hâkimin öncelikle yeterli bilgi ile donatılması gerekmektedir⁸⁷. Salt normatif hukuk bilgisi, kuru bir yasa uygulayıcısı yaratmaktan başka bir şey vermez. Diğer sosyal bilim dallarının yardımıyla sosyal gerçek ancak anlaşılabilir. Farklı bilim dallarının yardımından yararlanan hâkim, bilgi toplama teknikleri ile karar araçlarını geliştirdiği takdirde kötü ve hatalı kararlardan kaçınabilir. Şu rapor, hâlâ güncelliğini kaybetmeyen güzel bir örnektir: “(...) Kaza faaliyetinin en güç ve vicdanen ve kanunen en büyük mesuliyetli işin(in), hâkimlik vazifesi olduğu şüphesizdir. Adaletle karşı beslenen itimad, hâkimlerin haiz olmaları lazımdır.

83 Centel, s.29.

84 Sulhi Dönmezer, *Sosyoloji*, 10. Bası, İstanbul 1990, s.27.

85 Centel, s.30.

86 Bangalor İlkeleri, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 23 Nisan 2003 tarihli oturumunda 2003/43 sayı ile kabul edilmiştir. Bk. http://www.yayin.adalet.gov.tr/20_sayi.htm (çevrimiçi: 01.05.2009).

87 “Bir kere sağlam bir hukuk bilgisi temel şarttır. Fakülteden mezun olan bir genç bir kısım temel bilgileri elde etmiş olur ama bunların yıllar sürecektir ve hiç bir zaman bitmeyecek bir çalışma ve gayret içerisinde durmadan ikmal, değiştirilmesi gerekecektir. Bu itibarla iyi bir hukukçu için yeni bilgiler elde etmek, bilgisini yenilemek üzere sürekli çalışmak zorunludur. Sürekli bilgi elde etmek için çaba göstermeyen bir hukukçu, bir süre sonra hiç bir hukukî ihtilaflı çözümleyemez hale ve duruma gelir.” Dönmezer, s.6.

len vasıflar meydana getirir. İktisadî şartların gittikçe karışması, mevzuatın hergün yeni bir ihtiyaca cevap vermek endişesiyle çoğalması, modern hayatın ilerlemesi ile muvazi olarak artan muhataralar, adalet kapılarına yapılan müracaatları gün geçtikçe arttıracaktır. Doğru bir adalet fikrine

sahip olmayan; anlayış ve sezişi kuvvetli, geniş bir kavrayış ve bilgiye malik bulunmayan hâkim, vatandaşlar arasındaki ihtilafları nasıl halle muktedir olabilir? Yapılmış olan hukukî bir muamelenin iktisadî ve sosyal faidesinin ne olduğunu takdir edecek olan hâkimdir.”⁸⁸

88 2556 sayılı Hâkimler Kanunu’nun 62. maddesinin tefsiri hakkındaki TBMM Adliye Encümeni Tetkik ve Müzakere raporu, Esas: 4/148, Karar: 14, 27.12.1955, Adalet Dergisi, 1956, S.1, s.9.

Uyuşmazlık Çözümlerinde Yargı Alternatifleri

Şule Şahin CEYLAN*

Uyuşmazlık olgusuna, tarihin ilk çağlarından beri en az iki kişinin bulunduğu tüm koşullarda rastlanmakta; konusu, tanımlanma biçimi, tarafları, nedenleri, sonuçları ya da çözüm yolları zamana ve mekana bağlı olarak çeşitlilik göstermektedir. Farklı dönem ve toplumlarda farklı yöntemler geliştirilmekte, bunlardan bazıları yerleşik ritüellere dönüşüp kurumsallaşırken, bazıları tamamen terk edilmektedir. Modern toplumda resmi devlet yargılamasının birincil çözüm mekanizması sayılması, ilkinde; bilinen en eski yöntem olan şiddetin, sistemin dışına itilmesi, ikincisine örnek verilebilir.

Benimsenme düzeylerini bir tarafa bırakarak, herhangi bir toplumda uyuşmazlıkların çözümünü hedefleyen birden çok mekanizma bulunduğunu rahatlıkla söyleyebiliriz. Bunlardan bir kısmı toplumsal yaşam içerisinde kendiliğinden doğup gelişmekte, diğerleri devlet tarafından düzenlenmektedir. Geleneksel yöntemler de diyebileceğimiz ilk gruptakilerin varlığı ve uygulanması, herhangi bir kararlaştırma veya bilinçli bir tercihe bağlı değildir. Uyuşmazlığın sona erdirilmesine ihtiyaç duyulması, daha etkili ve erişilebilir bir başka yöntemin bulunmaması yeterlidir. Kaçınma, arabuluculuk veya müzakerenin örnek verilebileceği bu yöntemleri devlet eliyle yürütülen diğerleriyle birleştiren ortak amaç, uyuşmazlıkların çözülmesi zorunluluğudur. Bunun dışında, ortaya çıkma, varlığını sürdürme, uygulanma ve sona erme koşulları oldukça farklıdır. Devlet, uyuşmazlık çözme işlevini, ağırlıklı olarak mahkemeler ve kimi durumlarda idari makamlar aracılığıyla yerine getirmekte-

dir. İkincileri bir yana bırakırsak, mahkemelerdeki resmi yargılama faaliyetini modern toplumun temel çözüm mekanizması olarak nitelendirebiliriz. Mahkemelerde izlenen usul, memurların görevleri ve verilen kararın sınırları, hukuk düzenince çizilmektedir; her aşamada hukuk kuralları egemendir. Böyle bir çerçeve, geleneksel yöntemlerin yoksun olduğu resmiyet, merkezilik, genellik, bürokrasi ve tekelleştirilmiş şiddet kullanımını da içermektedir.

Hukuk kurallarının egemen olduğu bir toplumda, hangi çatışmaların uyuşmazlık olarak tanımlanacağı, bunların hangi usullerle ve hangi makamlar tarafından çözüleceği yine hukuk tarafından belirlenir. Buna rağmen hukuk sisteminin açık veya örtülü onay vermediği, hatta yasakladığı yöntemlerin uygulanmasına devam edilmesi mümkündür. Hukuk düzenince desteklenen veya engellenen herhangi bir çözüm yönteminin diğerlerine tercih edilme nedenini, öznel ve nesnel koşullar birlikte biçimlendirir. Uyuşmazlığı sona erdirmeye umuduyla karşı tarafla ilişkilerin en aza indirgenmesi, öznel; mevcut hukuk kültüründe kan davasının yasaklanmış olması, nesnel bir koşulu yansıtmaktadır. Bunlardan birinin diğerine ağır basması veya verilen kararı aynı oranda etkilemeleri mümkündür. Her iki durumda da kişinin, aralarından birini seçebileceği farklı alternatifleri vardır ve yaptığı tercihle çözüm sürecini başlatmış olmaktadır.

Bu noktada geleneksel yöntemler ve resmi devlet yargılaması dışında üçüncü bir seçenek daha gündeme gelmektedir. İlk kez Amerika'da 1976 yılında düzenlenen

* Dr. Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

bir konferansta¹ kullanılan ‘alternatif uyuşmazlık çözümü’, her ikisinin de karşısında yer alan alternatif bir yolu simgelemektedir. Amerika Barolar Birliği’nin ve Adalet Bakanlığı’nın girişimiyle düzenlenen bu konferansta, mahkemelerin iş yükünü hafifletmek, zaman ve masraf kaybını önlemek adına, bir takım yöntemlerin uygulanması gündeme getirilmiştir². Alternatif uyuşmazlık çözümü, uyuşmazlık çözümünde kullanılan, devlet tarafından düzenlenen ve varlığına izin verilen, yargı dışı ve kurumsallaştırılmış bir dizi yöntem olarak tanımlanabilir. Bu yöntemlerin hukuk literatürüne getirdiği yenilik, uyuşmazlık çözümünde yargı dışı yöntemlerden yararlanılması değil, bunların devlet denetiminde ve hukuk kurallarıyla oluşturulmasıdır. Böylece devlet, hem hukuk düzeniyle çelişmeyecek hem de (hiç değilse işleyiş bakımından) hukuk sisteminin dışında yer alacak bir takım alternatif kurumlar yaratmış olmaktadır³. Bu çalışmada resmi devlet yargılaması bir yana bırakılarak geleneksel yöntemlere ve alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine genel özellikleriyle yer verilmiştir.

Geleneksel Yöntemler

a. Çıkış ya da Kaçınma: Bu yöntem, taraflardan birinin çatışma yaratan durumdan kendini geri çekmesi anlamına gelir⁴.

Kaçınan kişi uyuşmazlığın diğer tarafıyla ilişkisini sınırlayarak, uyuşmazlığı daha fazla dikkat çekmeyecek hale getirmektedir. İlişkilerin yeni bir forma dönüşmesi zorunlu değildir⁵. Rahatsızlık verici durumdan uzaklaşmak, ayrılmak, iş değiştirmek gibi yollarla iletişimin azaltılması veya sonlandırılması söz konusudur. Birçok anlaşmazlıkta sıklıkla kullanılan ve kendi içsel yaptırımını üretebilen elverişli bir çare olmasına rağmen, ilişkiler sürdüğü için tam anlamıyla bağımsız bir alternatif sayılamaz⁶. Yerleşim yerinin değiştirilmesinin daha kolay olduğu toplumlarda taraflardan biri, daha büyük sorunların çıkma ihtimalinden ve eylemlerinin sonuçlarından kaçınmak için başka bir yere gidebilir. Sonrasında, uyuşmazlığın öneminin ve duygusal sonuçlarının azalması, çözümün kolaylaşması veya suçlanan tarafın davranışlarını düzelterek önceki eylemlerini unutturması mümkündür. Ancak uyuşmazlığın çözümünün mutlaka karşı tarafın tepkisine bağlı olduğu koşullarda, kaçınma tek başına yeterli bir yöntem sayılmayacaktır⁷.

b. Dile Getirme: Dile getirme seçeneği, uyuşmazlığın duyurulması ve açıkça vurgulanması anlamına gelir. Üçüncü kişiye başvuru da geniş yorumlanarak bu kapsamda değerlendirilebilir. Uyuşmazlık

- 1 National Conference on the Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice.
- 2 Joseph A. Scimecca, “Conflict Resolution in the United States: The Emergence of a Profession? ”, Kevin Avruch - Peter W. Black - Joseph A. Scimecca (Edt.), *Conflict Resolution, Cross-Cultural Perspectives* içinde (19-40), Westport, CT: Greenwood Press, 1991, s. 30.
- 3 Richard L. Abel, “Delegalization, A Critical Review of Its Ideology, Manifestations, and Social Consequences”, *Alternative Rechtsformen und Alternativen zum Recht (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie)* içinde (27-47), 1980, Band 6, s. 31.
- 4 Klaus-Friedrich Koch - John A. Sodergren - Susan Campbell, “Political and Psychological Correlates of Conflict Management: A Cross Cultural Study”, *Law and Society Review*, 10:3 (1976:Spring), s. 443.
- 5 William L.F. Felstiner, “Influences of Social Organization on Dispute Processing”, *Law and Society Review*, 9:1 (1974:Fall), s. 70.
- 6 Laura Nader - Harry F. Todd, Jr, “Introduction: The Disputing Process”, Laura Nader - Harry F. Todd, Jr (Edt.), *The Disputing Process- Law in Ten Societies* içinde (1-40), New York: Columbia University Press, 1978, s. 8.
- 7 P.H. Gulliver, *Dispute and Negotiations, A Cross-Cultural Perspective (Studies on Law and Social Control Series)*, New York: Academic Press, 1979, S.2

tarafının ‘çıkış’ ve ‘dile getirme’ seçeneklerini birleştirmesi de mümkündür⁸. Rahatsızlığa neden olan kişiden uzaklaşılırken, bir başkasıyla dedikodu yapılması örnek verilebilir.

c. Sadakat veya Tahammül Etme:

Başka biçimde davranmanın bedelinin ağır olabileceği durumlarda, anlaşmazlık haline göz yummayı ifade eder⁹. Zarar gören kişinin şikayetini veya talebini bastırması söz konusudur. Sorunun kaynağı yok sayılarak, suçlanan tarafla ilişkiler sürdürülmektedir. Bu yola genelde hukuk bilgisinden ya da erişim imkanından yoksun olan veya kazancının kaybına göre daha az olacağını düşünen şikayetçiler başvurmaktadır. Kaçınma, taraflar arasındaki toplumsal ilişkilerde zayıflama veya kopmayı gerektirirken; tahammül etme durumunda taraflardan biri güçsüzlük hissi, çözüm aramanın toplumsal, ekonomik ya da psikolojik güçlükleri gibi nedenlerle uyuşmazlığı yok saymaktadır¹⁰.

d. Uyuşmazlığın Sembolik ve Doğüstü

Kavramlara Dönüştürülmesi: Uyuşmazlık, etkili ve pratik araçların yetersiz ya da elverişsiz olduğu veya kullanımlarının hoşgörülemez karmaşıklıklar doğurabileceği durumlarda, sembolik ve doğüstü kavramlara dönüştürülmektedir. Cadılık suçlaması, atalara tapınma törenleri, spor müsabakaları v.s örnek verilebilir. Kaçınmayla ortak noktası, uyuşmazlığın yönünün değişmesi; farkı, ilişkilerin yenilenmesinin ve grup birliğinin vurgulanmasının başarılı olduğu koşullarda etkili olabilmesidir¹¹.

e. Zorlama: Zorlama, taraflardan birinin güç kullanma tehdidinde bulunarak veya gerçekten kullanarak, uyuşmazlığın lehine sonuçlanmasını sağlamasıdır. Bu yöntemle kendi verdiği kararı, tek taraflı bir eylemle diğerine dayatmaktadır¹².

f. Kendine Yardım: Kendine yardım, çatışmayla mücadele etmenin masraflı bir yoludur. Yarışma ilişkisini sona erdirmek, yanlış bir davranışa karşılık vermek ya da diğer tarafı isteklerine boyun eğdirmek amacıyla, doğrudan fiziksel saldırıda bulunmak anlamına gelir. Bir yönüyle kaçınma veya konuşmanın zıttı gibi görünse de kavgaya etme ile konuşma, hukuk ile savaş arasında yapılan ayırım yanıltıcıdır. Bir çözüm yöntemi olarak kabul gördüğü toplumlarda kendine yardım, geleneksel, sınırlanmış ve hatta törensel bir biçime bürünebilmektedir. Avrupa’da düello, Yeni Gine kabilelerinde ağır kurallarla düzenlenen çarpışmalar örnek verilebilir. Eskimolarda şiddetin, kafa atma veya dövüşme yarışmalarına ya da şarkı düelloları gibi daha törensel biçimlere dönüştürüldüğü gözlenmektedir. Hatta eşyaların törensel ve yarışmacı bir şekilde sunumu bile kavganın yerine geçebilmektedir¹³.

g. Müzakere: Tarafların, sürece müdahalede bulunan üçüncü bir kişinin yardımı olmaksızın, anlaşmazlığın temelinde yatan sorunu kendi aralarında tartışıp uzlaştıkları ve birbirlerini ikna etmeye çalıştıkları ikili bir yöntemdir. Ulaşılan sonuç, tarafların mevcut durumları ve ilişkileriyle uyumlu, yeni kuralların ürünüdür¹⁴. Müzakerenin sorun çözme ve kural koyma olmak üzere

8 Roman Tomic, *The Sociology of Law*, London: Sage Publications Ltd., 1985, s. 60.

9 Tomic, s. 60.

10 Nader - Todd, s. 8.

11 Gulliver, *Dispute and Negotiations A Cross-Cultural Perspective*, s. 2.

12 Koch - Sodergren - Campbell, s. 443.

13 Michael Palmer - Simon Roberts, *Dispute Processes- ADR and the Primary Forms of Decision Making*, United Kingdom: Butterworths, 1998, s. 15.

14 Nader - Todd, s. 10.

iki temel işlevi vardır¹⁵. Tarafların uyuşmazlık konusunun ne olduğu hususunda bir anlaşmaya varmaları zorunludur. Örneğin bir alacaklının borcunun ödenmesini talep etmesi durumunda uyuşmazlık konusu, gerçekte göreceli toplumsal konuma veya taraflar arasındaki bazı başka haklara dayanabilir. Ciddi bir müzakerenin yürütülebilmesi için taraflar asıl sorun ve uyuşmazlık konusunda anlaşmış olmalıdır. Pratikte, herkesin kendi lehindeki tanım ve kuralları devreye sokmasına daha sık rastlanmaktadır¹⁶. Verimli bir müzakere sürecinin yürütülebilmesi için uyuşmazlık konusunun belirlenmesinden başka, tarafların bir çözüme ulaşmayı istemeleri veya en azından girişimde bulunmaları, bu girişimin yapılacağı uygun bir mücadele alanının varlığı, uygun norm ve kuralların tespit edilmesi, bir pazarlık sürecinin ve iki tarafça da kabul edilen bir çözümün varlığı, bunun tanınması ve uygulanması gerekir¹⁷.

h. Arabuluculuk: Arabuluculukta toplumda saygın bir yeri olan, üstlendiği rol taraflarca benimsenen ve çözümü kolaylaştıran üçüncü kişi uyuşmazlık sürecine dahil olmaktadır. Geleneksel toplumlarda, ilişkiler sıkı ve grup bilinci baskın olduğu için arabulucunun tavsiyelerine önem verilmektedir. Arabuluculuk üçüncü kişinin rol aldığı diğer yöntemlerden oldukça farklıdır. Arabulucu, karar vermek veya doğrudan yönlendirmede bulunmak yerine anlaşmayı kolaylaştırmaya çalışmaktadır¹⁸.

ı. Tahkim: Tahkimde tarafsız üçüncü kişi, uyuşmazlığın çözülmesi için yardımda bulunur. Tarafların tahkim sonunda verilecek kararı kabul edecekleri konusunda önceden anlaşmaları gerekir. Bir görüşme veya keşif yapılacağını ve sonuçta bir 'karar' verileceğini kabul ederlerse hakem süreci başlatır. Arabuluculuktan farkı, üçüncü kişinin sadece tavsiyede bulunmakla yetinmeyip bir yargıya ulaşmasıdır. Kararın bağlayıcılığı, duruma göre değişmektedir¹⁹.

Alternatif Uyuşmazlık Çözüm Yöntemleri

a. Müzakere: Müzakere, herhangi bir uyuşmazlık nedeniyle karşı karşıya gelen tarafların bunu çözmek için yürüttükleri stratejik iletişimi ifade eder. Tarafların düşünce ve taleplerini açık biçimde yansıtmaları ve uyuşmazlığın çözümünde etkin bir rol oynaması önemlidir²⁰. Uyuşmazlığın daha ileri ve geri dönülmesi güç bir safhaya taşınmadan çözülmesi amaçlanmaktadır. Hem geleneksel kökenleri hem de uygulanma kolaylığı dikkate alındığında, oldukça sık ve etkin kullanılan bir alternatif uyuşmazlık çözüm yolu olduğu rahatlıkla söylenebilir. Aralarındaki uyuşmazlığı rızai bir anlaşmayla çözmeye çalışan taraflara süreci ve sonucu denetleme imkanı vermektedir²¹.

Müzakere, herhangi bir konuda anlaşmazlığa düşen tarafların, karşılıklı görüş-

15 Melvin Aron Eisenberg, "Private Ordering Through Negotiation: Dispute - Settlement and Rulemaking", *Harvard Law Review*, Volume 89, February 1976, Number 4, s. 638-681.

16 P.H.Gulliver, "Negotiations as a Mode of Dispute Settlement: Towards a General Model", *Law and Society Review*, 7/4 (1973: Summer), s. 676.

17 Gulliver, *Negotiations as a Mode of Dispute Settlement: Towards a General Model*, s. 670.

18 Mustafa Özbek, *Alternatif Uyuşmazlık Çözümü*, Ankara: Yaklaşım Yayınları, 2004, s. 226-227.

19 Nader - Todd, s. 11.

20 Kermit L. Hall (editor in chief), David S.Clark - James W.Ely Jr - Joel Grossman - N.E.H. Hull (Edt.), *The Oxford Companion to American Law*, New York: Oxford University Press, 2002, s. 588.

21 George P. Fletcher - Steve Sheppard, *American Law in a Global Context The Basics*, USA: Oxford University Press, 2005, s. 522.

22 Leonard L. Riskin-James E. Westbrook, *Dispute Resolution and Lawyers (Amerikan Casebook Series)*, St. Paul, Minnesota: West Publishing co., 1987, s. 4, 113, 115, 116.

meler yoluyla bunu çözmeleri veya anlaşmazlıklara ilişkin genel bir sözleşme hazırlamaları amacına dayanır. Söz konusu sözleşmenin, akla uygun ve gerekçeli olması gerekir. Bu anlamda iki tip müzakereden bahsedilebilir: İlki, daha önce gerçekleşmiş olan uyuşmazlıkların konu edildiği; diğeri, gelecekte yapılacak olan sözleşme ve sözleşmenin hükümleriyle ilgili müzakeredir. Literatürde daha çok ilkinin, yani uyuşmazlık çözümüne ilişkin olan müzakereye yer verilmektedir²².

b. Arabuluculuk: Arabuluculuk, üçüncü bir kişinin uyuşmazlık çözümünde veya sözleşme hazırlanmasında taraflara yardım ettiği ancak çözüm önermediği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Taraflar, zorunlu arabuluculuk istisna olmak üzere, çoğunlukla gönüllü arabuluculuğa başvurmakta ve arabulucuyu kendileri seçebilmektedir²³. Arabuluculukta tahkim ve resmi yargılamadan farklı olarak, üçüncü kişinin karar verme yetkisi yoktur. Hakem, hakim ya da arabulucu konumundaki kişinin tarafsızlık iddiası, diğer iki usulle keşme noktasıdır. Arabulucunun rolü, tarafların uyuşmazlığı kendi aralarında çözmelerini kolaylaştırmak, istek ve ihtiyaçlarını dikkate alarak uzlaşmaya teşvik etmek ve bu yönde yardımda bulunmaktır²⁴.

Arabuluculuğu diğer alternatif yöntemlerden ayıran en önemli özellik, arabulucunun konumudur. Arabulucu, tarafları birbirleriyle müzakerede bulunmaya yönlendiren, sonuçla ilgili herhangi bir menfaati bulunmayan, karar vermesi gerekmeyen, kendi yargısını taraflara dayatmayan

ve kolaylaştırıcı bir rol üstlenen tarafsız kişidir. Böylece tarafların, şimdiye dek ne olduğunu ve bundan sonra ne olabileceğini düşünmelerine, farklı sonuçları göz önüne alarak başlangıçta öngördüklerinden farklı ihtimalleri değerlendirmelerine, menfaat ve isteklerinin nedenlerini ve sonuçlarını ayırt etmelerine yardımcı olur. Bunları yapabilmesi, kendi görüşünü ve olası en iyi sonucu zorla kabul ettirmeksizin tarafsızlığını koruyabilmesine bağlıdır. Kolaylaştırıcı rolüyle arabulucu, taraflara kendi görüşlerini geliştirmelerinin ve tüm olasılıkları göz önünde bulundurmalarının faydalarını göstererek süreci idare eder²⁵.

Arabuluculuk genelde tarafların müzakere yoluyla sorunu çözmek isteyip de bir sonuca ulaşamadıkları²⁶, herhangi bir keşfe gerek duyulmayan erken dönemde uygulanır. Ancak keşif yapılmaksızın çözümün mümkün olmadığı durumlarda, arabulucuya gerekli bilgiler edinildikten sonra başvurulur. Eğer arabuluculuk faaliyeti başladıktan sonra böyle bir gereksinim ortaya çıkmışsa, oturum yeterli bilginin toplandığı ve tarafların zarar görmeyeceği aşamaya dek ertelenebilir. Arabuluculuktan yararlanmak isteyen kişiler, sözleşmelere arabuluculuğa ilişkin bir hüküm koyarak olası uyuşmazlıkların bu yolla çözüleceğini önceden kararlaştırabilirler. Diğer ihtimal (arbuluculuk uygulamasına hukukunda yer veren bir ülkede) mahkemelerin arabuluculuğu önermesi veya tarafların yönlendirme talebinde bulunmalarıdır. Müzakere yolunu kullanıp bir sonuca ulaşamayan ya da üçüncü kişinin sürece dahil olmasının

23 Riskin - Westbrook, s. 4.

24 Michael A Hallet, *Convergence and Struggle in Alternative Dispute Resolution: A Stakeholder-based Analysis of Legal Ideology*, (U-M-I Dissertation Services), Michigan: Arizona State University, (Ph.D), 1993, s. 13.

25 Marsha Lynn Merrill, "Mediation", Amy L. Greenspan (Edt.), *Handbook of Alternative Dispute Resolution içinde* (37-55), 2. edition, Austin, Texas: State Bar of Texas, 1990, s. 41, 43.

26 Riskin - Westbrook, s. 4.

27 Merrill, s. 40.

daha iyi olacağını düşünen kişiler de bir arabulucuya ya da arabuluculuk faaliyeti veren bir şirkete başvurabilirler²⁷.

c. Tahkim: Arabuluculuktan resmi delil ve belgelerin bulunması, tarafsız üçüncü kişinin hüküm kurma veya karar verme yetkisiyle donatılmış bir makamı temsil etmesi bakımından ayrılmaktadır. Tahkimde taraflar uyuşmazlığı bu konuda altyapısı, bilgisi ve deneyimi bulunan, kendi seçtikleri üçüncü kişiye yani hakeme götürme konusunda uzlaşırlar²⁸. Resmi dava yolundan daha hızlı, ucuz ve menfaatlerin karşılanması bakımından uygun olması, kişilere çözüme muhtaç konular arasında tercih yapma ve bazılarını öne çıkarma imkanı vermesi²⁹, uyuşmazlık konusunda uzman hakemlerin varlığı, tahkim yerinin taraflarca belirlenebilmesi, verilen kararların yabancı ülkelerde tanınip uygulanmasının mahkeme kararlarından kolay olması³⁰ nedeniyle bir çok ülkenin yasal sisteminde sıklıkla başvurulmuş bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemi olarak yerini almıştır.

Tahkime hazırlık aşamasında süreç boyunca gereksinim duyulabilecek belgeler hazırlanır, karşı tarafa ve hakeme birer nüsha verilir. Taraflar mahkeme sürecinde olduğu gibi delillerini sunabilir, tanık dinlenmesini talep edebilirler. Hakem bu delillerin kabul edilebilirliğini değerlendirip, hangisine ne ölçüde ağırlık vereceğini kararlaştırır. Tanıklara konumları ve kendilerinden beklenenler hatırlatılır, gerekli görüldüğü hallerde tahkim öncesinde veya sırasında keşif yapılabilir. Resmi delil kullarının uygulanması zorunlu olmadığı

için hakemlerin yargılama sürecini değiştirme ve sunulan delillerden hangilerine ağırlık vereceğine karar verme yetkisi vardır. Yargılama sonrasında hakemlere, karar vermeleri için belirli bir süre tanınır. Tarafların, yargılamanın ve kararın gizliliğini talep etme hakkı vardır. Tahkime başvuran kişiler, hakem kararının nihai ve bağlayıcı olmasını ya da olmamasını kararlaştırabilirler. İlk durumda hakem kararının temyizi veya daha üst bir mercii önünde tartışılması mümkün değildir. Tarafların uyuşmazlık halinde tahkime gitmeyi önceden yazılı olarak kararlaştırdıkları ‘sözleşmeye dayanan tahkim’ ve yasal düzenlemelerle tanınan ‘mahkeme katımlı tahkim’ olmak üzere iki görünümü vardır³¹.

d. Ombudsman: “İdareyi denetlemekle görevli, herhangi bir siyasi parti mensubu olmayan parlamento üyesi; kamunun, adaletsiz ve kötü yönetime ilişkin belirli şikayetlerini gidermekle yükümlü kişi; idari eylemin aksine olmamak kaydıyla araştırma, eleştirme, bildirme yetkileri bulunan kişi” olarak tanımlanan ombudsman, özellikle vatandaşlar ve devlet görevlileri arasında çıkan uyuşmazlıklarda etkilidir³². Görevleri, uyuşmazlığı araştırmak ve çözmek, buna neden olan idari işlem veya eylemi saptamak, idarenin işleyişindeki sakıncalı durumları bertaraf etmek, idareyi uyarmak ve kamuoyuna açıklama yapmak, vatandaşların memurlara ilişkin şikayetlerini incelemektir³³. Ombudsmanın bu görevlere atanması yasayla yapılır³⁴. Genel olarak şikayetleri dinler, araştırır ve görüşünü bildirir. Hukuka veya düzen-

28 Riskin - Westbrook, s. 3.

29 Riskin-Westbrook, s. 3.

30 Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 10. basım, Ankara: Siyasal Kitabevi, 2005, s. 154.

31 Helmut O. Wolff, “Arbitration”, Amy L. Greenspan (Edt.), *Handbook of Alternative Dispute Resolution içinde* (57-73), 2. edition, Austin, Texas: State Bar of Texas, 1990, s. 57, 58, 62, 64, 66.

32 Black’s Law Dictionary, Bryan A. Garner (editor in chief), 7.edition, Minnesota: West Group, 1999, s. 1115.

33 İbrahim Uğur Esgün, “Ombudsman Kurumunun Türkiye İçin Gerekliği Üzerine Bir Değerlendirme”, *AÜHFD*, Cilt 45, Sayı 1-4, 1996, s. 262.

34 Riskin - Westbrook, s. 4.

lemelere aykırı, gerekçesiz, açık olmayan olguların aydınlatılmasını sağlar. Keyfi, dolaylı ve yetersiz biçimde açıklanan veya etkisizce uygulanan eylemleri tespit eder. İyi bir ombudsmanın bağımsız, tarafsız ve uyuşmazlık konusunda bilgili olması gerekir. Yetkisi araştırma ve görüş bildirmekle sınırlandığı için, tarafların uyuşmazlık çözümündeki fikirlerinden faydalanmak istemeleri, uyuşmazlık konusuyla ilgili donanımının varlığına bağlıdır³⁵.

e. Özel Yargılama (Private Tribunals-Private Judging): Bu yöntem bazen ‘bir yargıç kirala’ (rent a judge) da denilmektedir. Yasaların veya mahkeme kurallarının, özellikle seçilmiş ve ödeme yapılmış tarafsız bir yargıca (üçüncü kişi), davaları yürütme izni verdiği hallerde uygulanabilir. Özel yargıcın kararı mahkeme hükmü yerine geçmektedir. Bu nedenle hakemden farklı olarak özel yargıç kararlarının temyizi mümkündür. Taraflar, gecikmeyi önlemek ve süreci özelleştirmek amacıyla bu tip yargılamalara gönüllü rıza gösterirler³⁶.

f. İlmli Çözüm Konferansı (Moderated Settlement Conference): İlmli çözüm koferansı davanın taraflar, tarafların avukatları, en az bir yıllık dava tecrübesi olan, deneyimli ve tarafsız üç avukatın katıldığı bir toplantıda görüşüldüğü, tartışıldığı, objektif olarak değerlendirildiği bir alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemidir. Birçok ihtiyaç ve probleme uyarlanabildiği için her tip davada kullanılabilir. Tamamen dava konusuna odaklanan bir yöntemdir. Bu nedenle toplantı üyeleri, eylemlerin ne-

denlerini, savunmaları veya tarafların sergilediği stratejileri değerlendiremezler. Hatta davayı yürütürken kullanılabilecek ek ve alternatif yolları önermeleri yasaktır³⁷.

Bu yöntem geliştikçe, moderatör denilen bir yöneticiye gereksinim duyulmuştur. Genel prosedürün izlenmesini, dava özetlerinin sunulmasını, süreye uyulmasını sağlamak gibi biçimsel bir rolü vardır. Katılımcıların hiçbirinin görüşüne ağırlık vererek değerlendirme yapamaz. İlmli çözüm konferansına davanın her aşamasında başvurulabilmekle beraber, moderatörlerin olguları ve uyuşmazlık konusunu değerlendirebilecekleri kadar bilginin toplanmış olmasında fayda vardır. Oldukça esnek bir yol olduğu için kolaylıkla tüm dava tiplerine ve diğer alternatif yöntemlere uyarlanabilir³⁸.

g.Uzlaştırma: Uzlaştırma kavramı kimi zaman arabuluculuk ile karıştırılarak kullanılsa da, çoğunlukla daha az resmi bir sürece veya daha az etkin rol alan üçüncü kişiye atıfta bulunmaktadır³⁹. Tarafsız üçüncü kişinin rolü, taraflar arasındaki gerilimi azaltmak, iletişim sağlamak, sorunları yorumlamak, olası çözümler üretmek ve üzerinde anlaşılmış bir sonuca ulaşmak için çaba harcamaktır⁴⁰.

h. Arabuluculuk: Tahkim (Med-Arb): Bazı durumlarda tek bir alternatif uyuşmazlık çözüm yönteminin kullanımı sonuç vermemekte ve birden fazlası harmanlanarak yeni bir yöntem elde edilmektedir. Arabuluculuk-tahkim uygulaması da bunlardandır. Arabuluculuk yoluyla sonuca

35 *Alternative Dispute Resolution Mechanisms for Prisoner Grievances, A Reference Manual for Averting Litigation, National Institute of Corrections, U.S. Department of Justice; New Haven, Connecticut, 1984, s. 40-42.*

36 *Riskin - Westbrook, s. 4.*

37 *Kimberlee K. Kovach, “Moderated Settlement Conference” , Amy L. Greenspan (Edt.), Handbook of Alternative Dispute Resolution içinde (57-73), 2. edition, Austin, Texas: State Bar of Texas, 1990, s. 101, 104.*

38 *Kovach, s. 104-105, 115.*

39 *Riskin - Westbrook, s. 5.*

40 *Scimecca, s. 29. Black’s Law Dictionary, s. 284.*

ulaşılamayan bir takım uyuşmazlıkların, aynı kişinin hakem rolünü üstlendiği başka bir süreçte tahkim yöntemiyle çözülmesi esastır⁴¹. Taraflar uyuşmazlığın, çözülmediği takdirde hakeme dönüşebilecek bir arabulucu nezdinde görüşülmesini kararlaştırırlar. Arabulucu tartışmalı olan konularda hakem rolünü üstlenerek bağlayıcı bir karar verir. Avantajı, uyuşmazlığın anlaşmayla veya zorla mutlaka çözülmesidir⁴². Arabuluculuk-tahkimin bir başka çeşidi, bağlayıcı tahkimle devam eden arabuluculuktur. İlkinden farklı olarak her iki sürecin de ayırıcı özelliklerini kapsar. Önce uyuşmazlığın bütününe arabuluculuk uygulanır. Başarı sağlanamazsa arabulucu, tarafların ikincil konularda anlaşmalarına yardımcı olarak tahkim kararı verir. Klasik arabuluculuk-tahkimden farkı, tahkim sürecindeki tarafsız üçüncü kişinin başlangıçtakinden farklı biri olmasıdır⁴³.

1. Kısa Duruşma (Mini-trial/Structured Settlement Negotiation): Alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemleri içinde en yaratıcısı olan kısa duruşma, tahkim, müzakere ve arabuluculuğa ilişkin unsurları bünyesinde barındırır⁴⁴. Katılanların gereksinimlerine göre uyarlanabilen, özel tasarlanmış bir süreçtir. Çoğunlukla başka koşullarda sürüncemeli bir davaya konu olabilecek uyuşmazlıklarda uygulanır⁴⁵. Tanıkların ve mahkeme heyetinin bulunmadığı bir ortamda taraflara kendi güçlü ve zayıf yanlarının gösterilmesi, her ikisini de tatmin edecek etkin bir çözüme kısa

sürede ulaşılmaması amaçlanmaktadır. Kısa duruşmada taraflara davalarının umdukları gibi sonuçlanmama ihtimalinin bulunduğu gerçeklik testiyle gösterilmekte ve uyuşmazlığın barışçıl yollarla çözümü teşvik edilmektedir. En göze çarpan özelliği, avukatların dava özetlerini bir yargıca, hakeme, jüriye ya da bağlayıcı karar verebilecek herhangi bir üçüncü kişiye değil müvekkillerine sunmalarıdır⁴⁶.

Her iki tarafın avukatına, davalarının özünü anlatmaları için kısa bir zaman verilir. Sunumdan sonra taraflar uzlaşmaya çalışırlar⁴⁷. Yargılama toplantısında taraflar, uyuşmazlığı sonlandırma yetkisi bulunan taraf temsilcileri, eğer taraflardan biri şirketse yetkili organında görev alan temsilciler ve çoğunlukla tarafsız üçüncü kişi yer alır. Üçüncü kişi, ileride görülecek davanın nasıl sonuçlanacağına ilişkin tavsiye niteliğinde görüş bildirebilir⁴⁸. Kısa duruşmanın çok çeşitli uygulamaları vardır. Bazen avukatlar davayı tarafsız üçüncü kişinin (bu kişi genelde o konuda uzmanlaşmış bir başka avukattır) düzenlediği toplantıda kısaltılmış haliyle sunarlar. Üçüncü kişi, sorun yargıya taşınıyorsa ne olabileceği konusunda görüş bildirir. Bundan sonra taraflar ya da yetkilileri, üçüncü kişinin bulunduğu veya bulunmadığı bir süreçte uyuşmazlığı sonuçlandırmak için müzakereye girerler. Bazı kısa duruşmalarda üçüncü kişi sadece müvekkillerin anlaşamadığı durumlarda sürece dahil olur. Tarafların üçüncü kişinin fikrinin bağlayıcı olacağını kararlaştırma-

41 Stephen B. Goldberg-Eric D. Green-Frank E. A. Sander, *Dispute Resolution, Canada: Little, Brown and Company*, 1985, s. 12.

42 Jeffrey H. Abrams, "Combined Processes", Amy L. Greenspan (Edt.), *Handbook of Alternative Dispute Resolution içinde* (133-138), 2. edition, Austin, Texas: State Bar of Texas, 1990, s. 134.

43 Abrams, s. 135.

44 E. Janice Summer, "Mini Trial", Amy L. Greenspan (Edt.), *Handbook of Alternative Dispute Resolution içinde* (83-100), 2. edition, Austin, Texas: State Bar of Texas, 1990, s. 87.

45 Riskin - Westbrook, s. 5.

46 Summer, s. 83, 84, 87.

47 Goldberg - Green - Sander, s. 12.

48 Black's Law Dictionary, s.1011.

ları mümkündür. Bu durumda süreç gerçek bir yargılamadır. Diğerlerinde tarafsız tavsiyeci görüşünü bildirdikten sonra bir uzlaştırıcı olarak davranır ve süreç arabuluculuk olarak devam eder⁴⁹.

i. Özet Jüri Duruşması (Summary Jury Trial): Bu, kimi kısa duruşma kavramlarının uyarlandığı bir süreçtir. Avukatlar, davalarına ilişkin kısa sunumlarını yetkisi olmayan ancak gerçek anlamda jüriyi temsil edebilecek kişilerin önünde yaparlar. Anlaşma ve rızayla yapıldığı hallerde bulunmakla beraber, çoğunlukla mahkeme isteğiyledir⁵⁰. Tarafsız üçüncü kişinin rolü-

nü üstlenen farazi jüri olasılıkları gösterecek, tarafların uyuşmazlıklarının niteliğini ve bulundukları durumu gözden geçirmelerine yardımcı olur. Bağlayıcı değildir ve kişileri uyuşmaya teşvik eder⁵¹.

Alternatif uyuşmazlık çözümü adı altında uygulanan yöntemler, şüphesiz yurtdışı yer verdiklerimizle sınırlı değildir. Ayrıca vakıların saptanması (fact finding), tarafsız ön değerlendirme (early neutral evaluation), itiraf pazarlığı (plea bargaining) gibi bazı başka kolaylaştırıcı usuller de kullanılmaktadır.

⁴⁹ Riskin - Westbrook, s. 5.

⁵⁰ Riskin-Westbrook, s. 5.

⁵¹ Black's Law Dictionary, s. 1511.

Kurumsallaşmış Bir Normatif Sistem Olarak Hukuk ve İkincil Eylem Sebepleri

Halit UYANIK*

Hukuk felsefesinin üç boyutu vardır: *Betimleyici boyut*, *normatif boyut* ve *kurumsal boyut*¹. Betimleyici boyut, hukukun ve hukuk sisteminin varlığı ve içeriğinin ne olduğu, nasıl belirlenmesi ve tanımlanması gerektiği sorularını yanıtlamaya çalışır. Normatif boyut, hukukun ve hukuk sistemlerinin öznelere ne yapmaları gerektiği sorusunu yanıtlamaya çalışır. Hukukun normatiflik karakteri dolayısıyla hukuk felsefesi, hukuk norm ve kurallarını bir meşruluk temelinde analiz etmektedir. Böylece normatif boyut kapsamında hukuk–ahlâk ilişkisindeki adalet gibi vazgeçilemez ahlâk ilkelerine yer verilmesi sorunu tartışılmaktadır. Kurumsal boyut, hukuk norm

ve kurallarının öznelere ne davranışlarının neticesinin değerlendirilmesinde hangi yorum ve ilkelerden yararlanılması gerektiği ve hukuki muhakemenin unsurlarının neler olduğu sorularını yanıtlamaya çalışır. Bu boyutta hukuk kurumları, hukuk görevlileri ve yargılama faaliyetine ilişkin yorum ve ilkeler tartışılmaktadır.

Hukuk felsefesinin ayrı ve özerk bir disiplin olarak ele alınmasını modern felsefenin bir ürünü olarak kabul edebiliriz. Hukuk felsefesinin özerk bir disiplin olarak ele alınmasıyla birbirinden farklı hukuk felsefesi kuramlarının ortaya çıktığını gözlemlemekteyiz². Hukuk felsefesinin yukarıda belirtilen üç boyutu dikkate alın-

* İstanbul Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı.

- 1 Yapılan bu kategorizde esinlenilen eserler için bkz. Joseph Raz, *The Authority of Law: Essays on Law and Morality*, Oxford, New York, Clarendon Press, 2002, pp. 37–52, 103–121; Joseph Raz, “The Problem about the Nature of Law”, *Ethics in the Public Domain: Essays in the Morality of Law and Politics*, Revised edition, Ed. by. Joseph Raz, Oxford, New York, Oxford UP, 1996, pp. 195–209; Joseph Raz, “Can There Be a Theory of Law?”, *The Blackwell Guide to the Philosophy of Law and Legal Theory*, Ed. by. Martin P. Golding, William A. Edmundson, Oxford, Blackwell Publisher Ltd., 2005, pp. 324–342. Raz’ın yaptığı sınıflandırmayı ise, yapılan bu yukarıdaki sınıflandırmaya benzer bir şekilde, şöyle sıralayabiliriz: 1– Hukukun varlığına ve içeriğinin belirlenmesine yönelik sosyal tez, 2– Hukukun ahlâki değerine yönelik ahlâki tez ve 3– Hukuk kapsamında ele alınabilecek temel terimlerin anlamına yönelik dilsel/teorik tez. Genel olarak, hukuk felsefesinin konusunu hukuk ve hukukun doğası sorunlarının oluşturduğundan bahisle yukarıda yapılan bu sınıflandırma ile hukukun fonksiyonları üzerine geliştirilen sınıflandırmaları birbiri ile karıştırmamak gerekir. Hukukun fonksiyonlarına yönelik yapılan sınıflandırmalar, hukuk felsefesinin betimleyici/yorumlayıcı boyutunun temel problematiği içerisinde olup “Hukuk nedir?” gibi hukuk felsefesindeki temel betimleyici sorulara verilen yanıtlar sonucunda oluşmaktadır. Hukuk felsefesinin bu üç boyutuna benzer şekilde hukukun da üç temel fonksiyonundan bahsedilebilir: Norm boyutu, sosyal yarar boyutu ve aksiyolojik boyut. Hukukun fonksiyonlarının birbiri ile ilişkisi ve hukuk–ahlâk ilişkisinin hukukun fonksiyonları çerçevesinde değerlendirilmesi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Vecdi Aral, *Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2001, s. 15–50; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 9–28; A. Halûk Atalay, “Sadece Hukuk Felsefesi”, *Çağdaş Hukuk Felsefesine Giriş*, Ed. by. Ahmet Halûk Atalay, İstanbul, Teknik Yayıncılık, 2004, s. 7–9; Yasemin Işıktaç, *Seytap Metin, Hukuk Metodolojisi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2003, s. 40–54; Yasemin Işıktaç, *Hukuk Yazıları*, Ankara, Yetkin Yayınları, 2004, s. 40–41.
- 2 Antik Yunandan başlayan felsefî gelenek içerisinde, hukuk felsefesi kuramlarına göre bir sınıflamanın yapılması da modern felsefî geleneğin bir ürünü olarak kabul edilebilir. Yani Aristo’nun doğal hukukçuluğunun tartışılması günümüz için bir anlam taşıırken Aristo’nun yaşadığı dönemde herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Öyle ki Aristo ve Platon’un hukukun varlık koşulları hakkındaki belirlemelerinde pozitivist hukuk felsefesi ekolünün argümanlarına rastlamak mümkünken, hukukun uygulanmasında ahlâka ve ahlâki ilkelere yaptıkları vurgu ile doğal hukukçu felsefe ekolünün izlerini görebiliriz.

dığında, modern öncesi felsefe geleneğinde bu üç boyutun birlikte ya da en azından birbirini ile doğrudan ilişki içerisinde hukuk felsefesi inceleme konuları için de ele alınmaktadır. Hukuk normlarının meşruluğunun ve geçerliliğinin hukuka özgü bir ilke ve metotlara göre sorgulanması ile birlikte, ortaya çıkan hukuk felsefesi kuramları, hukuk felsefesinin bu üç boyutundan birisini merkeze alarak kendi kuramlarının temelini oluşturmuşlardır. Meşruluk sorununun gündeme alınması ile birlikte var olan hukuk kurallarının nasıl uygulanması gerektiği ve bu kurallara nasıl uyulması gerektiği sorunu, yeterli bir sorun olmaktan çıkmış, bizatihi hukuk kurallarının bir temele oturtulması problemi temel bir sorun haline gelmiştir³. Yani modern düşünceyle birlikte “Bunlar Tanrının veya kralın emirleridir, bunlara uygun eylemde bulunulması gerekir” veya “Bunlar aşkın ve evrensel ahlâk ilkelerine dayanır, bunlara uygun hareket edilmesi gerekir” tarzındaki doğal hukukçu tümdengelim yönteminin kabulü felsefi açıdan sorun haline gelmiştir. Böylece tarihsel açıdan bakıldığında hukuki pozitivizmin modernizmin bir ürünü olduğunu söyleyebiliriz.

Felsefenin varlığına, yapılması gereken şeye ve bunların her ikisi için de geçerli olabilecek bilginin nasıl mümkün olduğu

sorularına yöneldiğinden hareket edilince, hukuk felsefesi bakımından da aynı soruların geçerli olduğu söylenebilir⁴. Yukarıda belirtilen hukuk felsefesinin üç boyutundan hareketle hukuk felsefesinin temel uğraş alanının hukukun doğası hakkında akıl yürütme olduğu sonucuna varılır⁵. Hukuk ve hukuk sisteminin doğasına ilişkin yapılan muhakeme, hukuk felsefesinin üç boyutunu da kapsayıcı bir zeminden hareket edilmedikçe kapsayıcı bir hukuk felsefesi ne temel oluşturamaz. O halde kapsayıcı bir hukuk felsefesinin ortaya konulması, bu üç boyut hakkında yeterli ve tutarlı muhakemeleri içeren bir yapıya sahip olmalıdır.

Öyle ki çağdaş hukuk ekolleri hukuk felsefesinin bu üç boyutunu da birlikte ele alan muhakeme oluşturmaktan ziyade, ya betimsel boyuta ağırlık vererek hukukun sadece kavramsal analizini yapmakta, ya normatif boyutuna ağırlık vererek hukuku pratik akıl nosyonundan hareketle tanımlama içerisine girmekte ya da hukukun uygulanması ve yargılama sürecine ilişkin temel unsurlara ağırlık vererek hukuka hâkim olan yorum, ilke ve standartlarını merkeze alarak analiz yapmaktadır⁶. Bununla birlikte, İngilizce konuşulan dünyada, H. L. A. Hart ile birlikte hukukun bu üç boyutu birlikte aynı kuram çerçevesinde ele alınmaya başlanmıştır⁷. Hart da aynı bağlam-

3 Oysa hukuk felsefesinin yukarıdaki üç boyutu dikkate alındığında, meşruluk sorunun her üç boyut için de ayrı ayrı önem taşıdığı görülecektir. Meşruluk sorununun ayrı bir hukuk felsefesi sorunu olarak gören araştırmalar için bkz. Robert Alexy, “The Nature of Legal Philosophy”, *Ratio Juris*, Vol. 17, No. 2, June 2004, pp. 156–167; Robert Alexy, “The Nature of Arguments about the Nature of Law”. *Rights, Culture, and the Law: Themes from the Legal and Political Philosophy of Joseph Raz*, Ed. by. Lukas H. Meyer, Stanley L. Paulson, Thomas W. Pogge, Oxford, Oxford UP, 2003, pp. 3–16.

4 Özellikle hukukun ontolojik, epistemolojik ve aksiyolojik boyutu olmak üzere üç boyutunun varlığı sonucu açısından ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yasemin Işıktaç, *Hukuk Felsefesi*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, 435–523.

5 Hukuk ve hukuk sisteminin doğasına ilişkin yapılan usulama, hukuki akıl yürütmeyi de kapsayıcı bir şekilde yorumlanmalıdır. Çünkü hukukun doğası hakkında yapılan akıl yürütme, hukuk ve hukuki usulama üzerine muhakeme yapma anlamında refleksif bir yapıya sahiptir.

6 Hukuk felsefesi ekollerinden hukuki pozitivizm, genel olarak hukukun betimsel olarak analiz edilmesine ağırlık vermekte; doğal hukuk kuramı, hukukun davranış standardı koymada pratik akıl nosyonunu önele-yerek hukuk–ahlâk ilişkisinin gerekliliğine vurgu yapmakta iken realist hukuk okulları, hukukun yargılama faaliyetindeki işlevine ağırlık verdiği görülmektedir.

7 P. M. S. Hacker, “Hart’s Philosophy of Law”, *Law, Morality, and Society: Essays in Honour of H. L. A. Hart*, Ed. by. P. M. S. Hacker, Joseph Raz, Oxford, Oxford UP, 1977, pp. 1–25.

da, hukukun vazgeçilmez üç sorunu (*persistent questions*) olarak isimlendirdiği, üç boyuttan bahseder: 1– Hukuk ve hukuki yükümlülükler tehdit içeren buyruklarla nasıl bir ilişki içerisindedir? 2– Hukuk ve hukuki yükümlülükler ahlâkın gereklilikleri ile nasıl bir ilişki içerisindedir? ve 3– Hukuk kuralı nedir ve hukukta kural koyma ve kural uygulamanın rolü nedir?⁸ Hart, bir hukuk kuramının bu üç soruya yanıt verecek bir niteliğe sahip olması gerektiğini ifade etmektedir. Hart'ın hukuk kuramlarına yüklediği bu işlev, başta Joseph Raz olmak üzere diğer öğrencileri olan John Finnis, Ronald Dworkin, ve Jules Coleman'ı etkilemiştir. Bu düşünürlerin hemen hepsi, hukuk felsefesi tartışmalarında benzer sorulara yanıt vermeye çalışmışlar ve birbirinden çok farklı sonuçlara ulaşmalarına rağmen, hukukta kapsayıcı bir kuramın özelliklerini saptamak istemişlerdir.

Metodolojik olarak bütün felsefi disiplinler, kendi felsefi araştırma alanlarına ilişkin temel konuları araştırmaktadır. Bundan dolayı hukuk felsefesinin temel inceleme alanı da hukukun ve/veya hukukun doğasının ne olduğunu soruşturmaktadır⁹. Hukuk ve hukukun doğasının ne olduğuna ilişkin yapılan incelemede, hukuk felsefesinin her üç boyutunu da kapsayan bir analiz yapmak mümkündür. Hukukun doğasındaki her üç boyut dikkate alındığında,

hukuk felsefesinin temel inceleme konusunun belli bir toplum üzerinden gerçekleştirildiği gözlenecektir. Böyle bir netice hukukun sosyal yanının önemini göstermektedir. Ancak hukukun doğasına ilişkin bütün hukuk sistemleri için geçerli olabilecek bir gerçeklikten bahsetmenin mümkün olup olmadığı, hukuk felsefesi argümanlarına ilişkin evresellik tartışmalarını gündeme getirecektir. Özellikle hukukun varlığını ve içeriğini sosyal olgulara bağlayan pozitivist hukuk kuramı için hukukta evrensellik tartışmaları çok önemli bir yere sahiptir. Öyle ki sosyal olgulara bağlılıkta en temel özellik toplumsal formlara atfedileceğinden, her toplumun kendine özgü bir takım sosyal formlarının varlığı göz önüne alındığında hukuk felsefesi yapmanın imkânı sorgulanabilecektir.

Raz'ın teorileri dikkate alındığında, onun genel olarak pratik akıl nosyonundan hareketle sadece bir hukuk sisteminin yapısı, içeriği, kimliği ve fonksiyonlarını değil, aynı zamanda ahlâk ve siyaset felsefesi kuramını da anlama imkânı sağlayan özgün bir modern genel hukuk sistemi modelini kurgulamaya çalıştığı görülür. Raz'ın bu çabası, hukukun doğasına ilişkin bütün hukuk sistemleri için geçerli olabilecek bir takım gerçekliklerin varlığını kabul ettiğini gösterir¹⁰. Raz, tam bu noktada hukukun doğasında meşru otorite iddiasının bu-

8 H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, (with a Postscript) Ed. by. Penelope A. Bulloch, Joseph Raz, 2. bs., Oxford, New York, Oxford UP, 1994, pp. 6–13; H. L. A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Oxford UP, 2001, pp. 88–120.

9 Raz hukuk felsefesinin temel inceleme alanının hukukun doğası olduğunu ifade ederken, hukukun ne olduğuna ilişkin bir inceleme alanı belirtmemektedir. Oysa Hart, hukuk felsefesinin temel inceleme alanlarını belirlerken, hem hukukun ne olduğunun hem de hukukun doğasının ne olduğunun soruşturulmasını birbiri ile ilişkili kullanmıştır. Özellikle hukukun ne olduğunun araştırılması durumunda, hukukun içeriğini de kapsar tarzda cevaplar üretileceğinden, sosyal olgulara dayanmakla bütün hukuk sistemleri için geçerli olabilecek bir neticenin bulunması mümkün olamayacaktır. Bu sebepten Raz, hukukun doğası ile hukuk kavramı arasında bir ayrım yapılması gerektiğini belirtmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Raz, "The Problem about the Nature of Law", p. 195; Raz, "Can There Be a Theory of Law?", pp. 324–342; Hart, *The Concept of Law*, pp. 6–7.

10 Raz'ın bu çabası metodolojik olarak kavramsal analiz olarak isimlendirilse de sadece betimsel bir analiz değildir. Raz, hukuk felsefesinin üç boyutunu da içine alan sonuçlar üretmeye çabalamaktadır.

lunduğu sonucuna ulaşmaktadır. Öyle ki, Raz'a göre bütün hukuk sistemleri ya otorite sahibidir ya da otorite sahipliğini iddia etmektedir¹¹. Otorite iddiası, hukukun doğasının en temel unsurunu yansıtmaktadır. Bu durumda otorite sahipliği iddia etmeyen hukuk sistemlerinin bir hukuk sistemi olarak varlığı söz konusu olamaz. Raz'ın bütün hukuk sistemlerinin otorite iddia etmesini hukukun doğası sorununa bağlaması, otorite tezi olarak isimlendirilmektedir¹². Raz'ın otorite tezi ile ortaya koymak istediği temel sav, bütün hukuk sistemleri için geçerli olabilecek, kapsayıcı ve tutarlı bir kuram geliştirmektir. Raz'a göre hukukun doğası hakkındaki tezlerin kapsayıcılığı ve tutarlılığı, otorite tezine uygunluğuna bakılarak anlaşılabilir¹³.

Otorite ve Sebep

Raz'a göre kapsamlı ve tam bir otorite analizinin yapılabilmesi öncelikle otoriteye ilişkin kavramsal bir analizin yapılmasına bağlıdır. Bununla birlikte Raz, otoriteyi hem kavramsal olarak hem de normatif olarak analiz etmeye çalışmaktadır. Her şey-

den önce Raz, otoriteyi pratik bir kavram olarak ele almakta ve sebeplere referansla tanımlama girişiminde bulunmaktadır¹⁴. Raz'ın sebep temelli bir otorite analizini tercih etmesi, sebeplerin bütün pratik kavramların nihai açıklaması için gerekli olan zemine sahip olduğuna ilişkin inancından kaynaklanmaktadır. Çünkü Raz'a göre, bütün pratik kavramlar pratik neticelerle olan ilişkisi gösterilerek açıklanmalıdır¹⁵. Oysa otoriteyi, hak gibi kavramlara başvurarak dolaylı bir yolla tanımlama girişiminden ziyade, sebep–temelli otorite açıklamalarını tercih etmek pratik muhakemede otorite ifadelerinin rolünü doğrudan doğruya göstermek bakımından analiz etme açısından daha kapsayıcı bir etkiye sahip olacaktır¹⁶. Bu durumda bir kişinin pratik otoritesinin varlığı, onun otorite ifadelerinin eylem sebebi olmasına bağlıdır. Otorite eylem sebeplerine referansla tanımlandığında, hem Wolff'un 'otorite, yönetime hakkıdır' şeklindeki otorite tanımı hem de otonomi ile otorite arasındaki paradoksun çözümü için uygun bir zemin sağlanacaktır. Yani

11 Joseph Raz, "Authority, Law, and Morality", *Ethics in the Public Domain*, Ed. by. Joseph Raz, Oxford, New York, Oxford UP, 1994, pp. 214–217.

12 Ibid., pp. 210–238.

13 Ibid., pp. 210–212.

14 Ancak Raz'ın otoriteyi sebeplere referansla tanımlama girişimi, otoritenin sadece sebepler aracılığıyla açıklanabileceğini iddia ettiği anlamına gelmeyip, otoriteye ilişkin tam bir analizin yapılması için sebeplere referansın önemini vurgulamaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. Raz, *The Authority of Law*, pp. 12–13.

15 Raz, *Practical Reason and Norms*, ch. 1. Raz, bu kitabın birinci bölümünde temel olarak bu iddiayı ispatlamak için çok ayrıntılı ve karmaşık bir sebep açıklaması yapmaktadır. Raz'ın özellikle pratik neticelere yaptığı vurgu dolayısıyla sonuççu bir ahlâk teorisi benimsediği ve burada ortaya koyduğu otorite tanımı arasında bir uyumun bulunduğu bahsedilebilir.

16 Özellikle, Robert Paul Wolff'un otorite tanımı dikkat çekicidir. Ona göre 'otorite, emretme ve buna mukabil otorite itaat edilme hakkıdır'. Bkz. Wolff, "The Conflict between Authority and Autonomy", pp. 20–21. Elbette ki, böyle bir tanımın geçerli bir tanım olmakla birlikte kapsayıcı ve açık bir tanım olmadığını söylemek mümkündür. Çünkü otoriteyi sadece emretme hakkına hasrettiğinden dolayı kapsayıcı değildir. Otorite aynı zamanda söz verme, tavsiyelerde bulunma, yargılama ve kural koyma haklarını da kapsayıcı bir niteliğe sahip olabilir. Yine otoriteyi kendisinden daha muğlak ve tartışmalı bir kavram olan hak kavramı ile tanımlama girişimi metodolojik olarak kabul edilmesi mümkün olmayan bir yaklaşımdır. Bkz. Raz, *The Authority of Law*, p. 11. Raz, burada John Lucas tarafından yapılan otorite tanımını sebeplere yaptığı vurgu dolayısıyla da kapsayıcı ve açık bir tanım olarak nitelemektedir. Lucas, otoriteyi "bir kişi veya kişi grubu, 'X yapılınsın' dediğinde 'X'in yapılması gerektiği' neticesi çıkıyorsa otorite sahibidir" şeklinde belirleme yoluyla tanımlamaya çalışmaktadır. Lucas'ın bu tanımında otorite, bir eylemi gerçekleştirme kabiliyetini ifade etmektedir. Yani otorite sahipliği kişiye normatif durumları değiştirme yetkisi bahsetmektedir. O halde, 'Hadi X yapılınsın' denildiğinde, X'in yapılması için bir sebep var demektir ve bu sebeple X yapılmak zorundadır.

*Raz'ın kavrayışına göre, buyruk ve emirler gibi otoriter ifadeler, içerik-bağımsız sebepler (content-independent reasons) olarak isimlendirilebilir. İçerik-bağımsız sebepler, sadece söz vermeler ve otoriter buyruklar aracılığıyla gerekçelendirilebilmeleri dolayısıyla tam eylem sebebi (complete reason for action) statüsüne sahip olan birincil sebeplerdir*¹⁷.

Ancak Raz'a göre, otoriteyi sadece sebep–temelli olarak tanımlamak yeterli değildir. Çünkü otoriteyi geçerli ve bağlayıcı sebep yaratma kabiliyeti olarak tanımladığımızda, otoritenin önceden tasarlanmış uygulamaları ile kasıtlı olmayan uygulamalarına ilişkin yeterli bir farklılık zemini bulunamaz ve bir otoriteye sahip olma ile bir otoritenin kendisi olma arasındaki farka önem verilemez¹⁸. Yine otoriteyi sadece ve basit bir şekilde eylem sebepleri yaratma olarak tanımladığımızda, insanlar üzerinde otorite olma ile belli eylemleri gerçekleştirmek için otorite olma arasındaki ayrım da net olarak ortaya konulamamaktadır.

Raz'ın eylem sebeplerine ilişkin getirmeye çalıştığı sınıflandırma, otorite analizlerinde temel belirleyici karaktere sahiptir. Bunun yanında normatif iktidar kavramı ile otorite arasındaki ilişkinin de ortaya konulmasında önemli bir temel oluşturur. Raz, bir eylemin doğrudan doğruya

herhangi bir sebebe dayanarak gerçekleştirilmesi durumuna birincil eylem sebepleri, bir eylemin gerçekleştirilmesinde bir sebebe göre davranma veya davranmama sebeplerinin etkin olması durumuna ikincil eylem sebepleri ismini vermektedir¹⁹. Bu ikincil eylem sebeplerinden bir sebebe dayanarak bir eylemi gerçekleştirme sebebi söz konusu ise bu pozitif ikincil eylem sebebi olarak isimlendirilmektedir. Bir sebebe dayanarak bir eylemi gerçekleştirilmeme sebebi söz konusu ise buna negatif ikincil eylem sebebi (dışlayıcı sebepler - exclusionary reasons) denilmektedir. Raz'ın otorite analizlerinin merkezinde dışlayıcı sebeplerin yer aldığını rahatlıkla söyleyebiliriz. Özellikle emirler, talepler ve tavsiyeler arasındaki farklılığın ortaya konulmasında dışlayıcı sebep kavramının büyük rolü vardır. Hukuk kuralları dikkate alındığında, bir yanıyla doğrudan birincil eylem sebebi oluştururken diğer yanıyla oluşturulan bu sebepler haricindeki bütün sebepleri dışlamaktadır. Böyle bir nitelendirme, talep ve tavsiyeler için çok istisnai olarak mümkündür.

Bir otorite, pratik otorite, teorik otorite ve etkin otorite (*influential authority*) formlarında ortaya çıkabilir. *Pratik otoritenin genel özelliği öznelinin normatif pozisyonlarını değiştirme kabiliyetini bünyesinde barındırması olduğundan ya meşru otorite olabilir ya da etkili otorite*

17 Raz, *The Morality of Freedom*, pp. 35–37; H. L. A. Hart, “Commands and Authoritative Legal Reasons”, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Ed. by H. L. A. Hart, Oxford, New York, Oxford UP, 2001, pp. 243, 254–263. Tam eylem sebepleri hakkında ayrıntılı bilgi bu çalışmanın ikinci bölümünde yer almaktadır.

18 Bu noktada tam ve kısmi sebepler ayrımından hareketle otoriteyi tam sebepler açısından analiz etme girişimi, Raz'ın üzerinde durduğu önemli noktalardan birini oluşturmaktadır. Bu ayrıma ilişkin ayrıntılı bilgi için bu çalışmanın ikinci bölümüne ve Raz'ın *Practical Reason and Norms* isimli kitabının birinci bölümüne bakınız.

19 Bu konuda bu çalışmanın ikinci bölümünde ayrıntılı bir şekilde durulmuştur. Ayrıca bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*, ch. 1. Raz'ın bu sebep sınıflandırmasının Hart'ın kural sınıflandırması ile benzer özelliklere sahip olduğunu söylemek mümkündür. Hart'ın sınıflandırması için bkz. Hart, *The Concept of Law*, ch. III and V. Bu benzerliğin özellikle iktidar hakkındaki açılımlar açısından göz önünde bulundurulması yararlı neticeler doğuracaktır. İktidar hakkındaki benzerlikler için bkz. H. L. A. Hart, “Legal Powers”, *Essays on Bentham: Studies in Jurisprudence and Political Theory*, Ed. by H. L. A. Hart, Oxford, Clarendon Press, 2001, pp. 194–220; Raz, *Practical Reason and Norms*, ch. 3, pp. 85–107.

olarak ortaya çıkabilir. Oysa teorik otoriteler, öznelere inanç için sebep sağlayarak onların normatif pozisyonlarını değiştirmeyip, belki de öznelere sadece yeni ve diğerleri ile yarışan bir eylem sebebi sunar. Raz, bu otorite anlayışını farklı olarak isimlendirmektedir. Yani teorik otoriteler, öznelere nasıl davranması gerektiğine ilişkin bir farklılık yaratmamaktadır. Böyle bir teorik otorite modelinde, otoriter ifadeler bir tavsiye olarak işlev görmektedir. Etkili otorite modelinde ise otoriter ifadeler bir taleptir ve bu taleple öznelere bir şeyi yapmak için sebep sunulmuş olur. Etkin otoritelerin genel ifade formlarının talep şeklinde ortaya çıkması hallerinde öznelere bir şeyi otorite böyle talep etti diye yapmasında eylem sebebi oluşturmaktadır. Böyle bir eylem sebebi ne ikincil bir eylem sebebi ne de korunmuş bir sebeptir; bu sebepler sadece sebepler dengesinde yer alan ve diğer sebeplerle yarışan yeni bir eylem sebebi niteliğine sahiptir. Yani etkin otoritelerin sağladığı yeni sebepler, önceden bulunan sebepler dengesine ek olarak katılır ve imkân dâhilinde onlar üzerinde etkili olur. Etkin otoritelerin sağladığı yeni sebepler, öznelere nasıl davranması gerektiğini belirlemekle teorik otoritelerin zıddına, öznelere nasıl davranması gerektiğine ilişkin pratik bir farklılık (*make a practical difference*) oluşturmaktadır.

Pratik otorite modelinde, meşru otoritelerin öznelere bazı yükümlülükler getirme hakkına sahip olması dolayısıyla, otoriter ifadeler bir tavsiye veya talep değil, emir olarak yorumlanmaktadır²⁰. Pratik otoriteler öznelere korunmuş sebepler sağlamakla otoriter buyruklarını zorunlu buyruklar haline getirmektedir. Pratik otoritelerin ifadeleri aracılığı ile oluşturulan bu korunmuş eylem sebepleri hem birincil içerik-bağımsız eylem sebeplerine hem de dışlayıcı sebep karakterine sahiptir. Etkili otorite ile pratik otorite arasındaki fark, etkin otoritenin sadece yeni birincil eylem sebebi (içerik bağımsız eylem sebebi) yaratmasına karşın, pratik otoritenin bu içerik bağımsız eylem sebeplerinin yanında dışlayıcı sebepleri de yaratmasıdır.

Bazı durumlarda bir kişinin hem bir eylemi gerçekleştirmek için ve hem de aynı eylemi gerçekleştirmemek için sebebi bulunabilir. Böyle bir durumda bu eylemi gerçekleştirmemek için var olan birincil sebebin yanında, o eylem için dışlayıcı (ikincil) bir sebebin de bulunması durumunu Raz, korunmuş eylem sebebi (*protected reasons for action*) olarak isimlendirmektedir²¹. Raz, bu korunmuş sebep sınıflandırması ile hukuk felsefesinin en tartışmalı konularından birisi olan normatif iktidar kavrayışına yeni bir açılım getirmeye çalışmaktadır²². Buna göre normatif iktidar, korunmuş eylem sebepleri yaratma veya onları değiştirme kabiliyeti olarak

20 Ancak bütün otoriter ifadelerin birer emir olarak yorumlanması mümkün değildir.

21 Raz, *Practical Reason and Norms*, ch. 3, pp. 85–107, 190–199; Raz, *The Authority of Law*, p. 18, 21–23.

22 Hukuk felsefesinde normatif iktidar konusundaki tartışmalar bakımından geliştirilen yaklaşımlar için bkz. Jeremy Bentham, *Of Laws in General*, Ed. by H. L. A. Hart, New York, The Athlone Press, 1970, pp. 81–93; Hart, *Essays on Bentham*, pp. 169–170, 194–219 (*Legal Powers*); Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conception: An Applied in Judicial Reasoning*, New Haven, Yale University Press, 1919, pp. 50–59. Raz'ın ortaya koymaya çalıştığı normatif iktidar kavrayışında ikincil sebep kategorisinin büyük önem taşımasından dolayı, bu yaklaşım hukuk felsefesinde geliştirilen yeni bir yaklaşım olarak isimlendirilebilir.

tanımlanmaktadır²³. Yani normatif iktidar, insanların sahip olduğu eylemler üzerindeki dışlayıcı sebepleri etkileme/değiştirme kabiliyetidir. Raz, normatif iktidar sahiplerinin korunmuş eylem sebeplerini değiştirebilmesinin üç yolunun bulunduğundan bahsetmektedir²⁴:

- Normatif iktidarın dışlayıcı talimatlar yayımlayarak kullanımı mümkündür²⁵.

- Normatif iktidarın, şimdiye kadar dışlayıcı bir sebep aracılığıyla yasaklanmış bir eylemi gerçekleştirmek için müsaade veren iktidar-ifadeleri yayımlayarak kullanımı mümkündür²⁶.

- Normatif iktidar kullanımının üçüncü şekli, bir kişiye iktidar bahşetmekle de meydana gelebilmektedir²⁷.

Raz'ın normatif iktidara yüklediği bu anlam ve normatif iktidarın korunmuş se-

beplerle olan ilişkisi, normatif iktidar ile otorite arasındaki yakın ilişkiyi çok net bir biçimde ortaya koymaktadır. Özellikle otoriteyi, en basit ifadeyle, sebepleri değiştirme kabiliyeti olarak tanımladığımızda otoritenin iktidar ile olan ilişkisi net bir biçimde ortaya çıkmaktadır²⁸. İktidar kavramının korunmuş sebepleri değiştirme kabiliyeti olarak taşıdığı anlamın otorite kavramında olduğu kadar geniş içerikli olamaması nedeniyle, 'iktidar, otoritenin özel bir şeklidir'²⁹ şeklinde bir ifadenin kullanılması uygun olacaktır.

Bütün bu açıklamalardan sonra Raz, otorite-iktidar bağlantısını üç farklı anlamda kullanmıştır. Otorite:

- Yasaklanmış olan bir şeyi yapmak için izin sahipliği,

- Böyle bir izni verme hakkı sahipliği,

23 *Hohfeld'in hukuki iktidarı 'hak ve imtiyazların hukuki ilişkisini değiştirme kabiliyeti' olarak tanımlaması Raz'ın normatif iktidar analizine benzetilmektedir. Hohfeld'in bu analizi, Raz'ın iktidar teorisi için bir temel oluşturur niteliktedir. Ayrıca Hohfeld, hukuki iktidarın fiziki iktidardan farklı olarak hukukun sorumluluk alanıyla doğrudan bir orantı içerisinde iken hukukun yetersizliği ile ters orantı içerisinde olduğunu belirtmektedir. Raz'ın Hohfeld'in hukuki iktidar tanımından yararlanmasında hukuki iktidar konusunda Hohfeld gibi düşündüğünü göstermez. Raz, Hohfeld ile iktidarı hukuki bir hak olarak görmeme noktasında farklılaşmaktadır. Bkz. Hohfeld, *Fundamental Legal Conception*, p. 50. Ancak Raz normatif iktidarın, hukuki iktidara benzer bir şekilde tanımlanmasını yeterli görmemektedir. Hukuki iktidar, bir hukuki değişiklik yapma kabiliyeti olarak tanımlanmakta ve hukuki değişiklikler de hak ve görevlerdeki değişiklik olarak tanımlanmaktadır. Buna karşılık Raz, normatif iktidarın eylem sebeplerindeki değişiklik yapma kabiliyeti olarak tanımlanmasını yeterli görmemektedir. Çünkü böyle bir tanımın bir eylemin gerçekleştirilmesi ile bir iktidarın kullanımı arasındaki farkı ve normatif iktidar ile insanların eylem sebeplerini etkileme iktidarı arasındaki farkı ortaya koymada başarısız olduğu söylenebilir. Böylece söz verme edimini ve hukuki otoritenin buyruklarını, normatif iktidar kullanımları olarak örneklendirmek mümkündür.*

24 Raz, *The Authority of Law*, p. 18.

25 Yani bu şekildeki normatif iktidar, bir kişiye Q'yu yapmasını söyleme iktidarını kullanarak gerçekleştirilebilir; bunu söyleme iktidarı, o kişi için Q'yu yapma sebebi olmakla beraber Q'yu yapmamak için var olan diğer bütün sebeplere göre davranmamak için de bir sebep teşkil etmektedir.

26 Raz, bu tür müsaadeleri, dışlayıcı sebepleri sona erdirmesinden dolayı 'sona erdirici müsaadeler' (canceling Permissions) olarak isimlendirmektedir.

27 Normatif iktidarın bu kullanım şeklinde, korunmuş sebepler diğerlerindeki gibi kendiliğinden değiştirilmiyip, onları değiştirmek için bir kişiye yetki verilmektedir.

28 Bu durumda iktidar kavramının, belli bazı sebepleri (korunmuş sebepleri) değiştirme kabiliyeti olarak tanımlanması söz konusudur.

29 Raz, *The Authority of Law*, pp. 18–19. Özellikle buyrukların ve hukuk kurallarının aynı zamanda korunmuş eylem sebepleri oluşturması sebebiyle hem iktidarı hem de otoriteyi gösterdiği söylenebilir. Ancak bir otoritenin sadece kural ve buyruk yayımlaması ile otorite sahipliğini açıklamak yeterli değildir.

- Belli bir bilginin güvenilirliğini teyit eden bir uzman olma³⁰, anlamlarını ifade etmektedir. Ancak normatif iktidar ile otorite arasındaki ilişkide otorite sahipliği bakımından da bir sınıflandırma yapmak mümkündür. Bunlar bir otorite olma ile bir otoriteye sahip olma ve belli eylemleri gerçekleştirme otoritesi ile insanlar üzerindeki otoritedir³¹. Raz'a göre, bu sınıflandırmadan özellikle insanlar üzerindeki otorite, normatif iktidarın bir türünü ifade etmektedir. Yani, iktidarın korunmuş eylem sebeplerini değiştirme kabiliyeti olduğu ve eylem sebeplerinin insanlar için birer sebep teşkil ettiği göz önüne alındığında, iktidarı kişinin kendisi üzerindeki iktidarı ve başkaları üzerindeki iktidarı şeklinde bir ayrıma tâbi tutabiliriz. Kişinin kendisi üzerindeki iktidarı gönüllü yükümlülükler (*voluntary obligations*) üstlenme gücünü, başkaları üzerindeki iktidarı da otoritesini ifade eder³². Emir, talep ve tavsiye arasındaki ilişki göz önüne alındığında, emirler muhataplarının onları korunmuş eylem sebepleri olarak dikkate almalarını gerek-

tirecek bir biçimde verilir. Bu bakımdan emretmek için hak sahipliği ancak, emre muhatap olanlar üzerinde otorite sahipliği varsa söz konusu olabilir³³. Bu yüzden emirler, talep ve tavsiyelere nazaran, eğer emir verme otoritesi varsa, geçerli birincil ve dışlayıcı sebep (korunmuş sebep) niteliğine sahiptir. Netice olarak bu açıklamalarla, otoriter talimatların sadece eylem sebepleri olduğu düşüncesinin yanlışlığı da ortaya koyulmaktadır.

Raz'a göre otorite, özneliyle eylem sebeplerini buluşturmamak noktasında işlev görmekle öznelere hizmet etmektedir. Böylece otorite, bir kişinin ne zaman ve hangi şartlar altında diğer bir kişi veya kurumun buyruklarına boyun eğmesi gerektiği problemine odaklanmaktadır. Raz, otoritenin tanımında ikincil sebeplere (özellikle dışlayıcı sebeplere) yaptığı vurgu sayesinde otorite ile otonomi arasındaki çatışmaya bir çözüm getirmeyi ve anarşist eylem kuramlarını çürütmeyi amaçlamıştır³⁴. Böylece otorite ile ahlâk ve rasyonel-lik prensipleri arasında bulunduğu varsa-

30 Otoritenin bu üç farklı kullanımından üçüncüsü teorik otorite diğer ikisi pratik otorite şekilleridir. Bkz. Raz, "Introduction", Authority, p. 2. Siyasi otoritenin bu sınıflandırmadan hangisine tekabül ettiğini düşündüğümüzde, hiç birisine tekabül etmediğini söyleyebiliriz. Çünkü siyasi otoriteyi kural koyma hakkı olarak ele aldığımızda, bu yasa yapma, normatif düzenlemeler koyma, belli davranış standartlarını gerçekleştirmede hata yapanları yargılama ve cezalandırma yapmayı da kapsayan bir yetkiyi ifade etmektedir. Bu sebepten Raz'ın yaptığı bu sınıflandırmanın sadece otorite-iktidar ilişkisi açısından bir anlam ifade ettiğini gözden kaçırmamak gerekir.

31 Raz, "Introduction", Authority, p. 2-3; Raz, The Authority of Law, p. 21. Bu sınıflandırmada altı çizilmesi gereken önemli bir nokta, otorite olan herkesin insanlar üzerindeki otorite sahipliği söz konusu olurken, otorite sahibi olanların ise böyle bir otoritesinden bahsetmenin mümkün olmadığıdır. Yani bir kişi, ancak insanlar üzerinde kalıcı ve kapsamlı bir otoriteye sahipse, otoritedir. Raz'ın yaptığı bu ayrımın doğru anlaşılması otorite iktidar ilişkisi ve dolayısıyla iyi bir otorite analizinin yapılması açısından çok büyük öneme sahiptir. Bir kişinin bir eylemi gerçekleştirme otoritesi, yetkili ve iktidar sahibi kişi tarafından böyle bir eylemi gerçekleştirme izninin veya gücünün verilmesi durumunda söz konusu olabilir. Örneğin bir kişinin hocasının e-postasını açmak iznine sahip olması hocası üzerinde bir otoritesinin bulunduğu anlamına gelmeyip sadece bu e-postayı açma otoritesinin bulunduğu anlamını taşımaktadır. Çünkü kişi e-posta adresini açmak için yetkilendirilince e-posta adresi sahibinin normatif statüsünde bir değişiklik yapmak yetkisini kazanmış olmaz. Bu örneğin tersten de okunması mümkündür. Hocanın e-posta adresini açmak için bana izin vermesi benim üzerinde bir otoritesinin bulunduğu anlamına gelmez. Çünkü otorite emretme yetkisiyle orantılı bir içeriğe sahiptir.

32 Raz, The Authority of Law, p. 19.

33 Bir emrin çatışan sebepler bakımından geçerli bir dışlayıcı sebep rolü oynamaması durumunda birincil eylem sebebi olması da söz konusunu olabilir.

34 Özellikle bu sayede otoriter buyrukların ve emirlerin ikincil eylem sebeplerine dayanması ve bir olgu niteliği ile, doğal şartların (hava gibi) insanların davranışları üzerinde birincil eylem sebebi niteliğine sahip olduğunu varsaymaktadır.

yılan doğal çelişkiye ilişkin de bir çözüm yolu sunmuş olmaktadır.

Sistematik Kurumlar ve Hukukun Otoritesi

Bütünlükçü bir toplumsal düzen olarak hukukun fonksiyonlarını gerçekleştiren yapılar toplamına sistematik kurumlar denilmektedir. Hukukun temel iddiası, sistematik kurumlar sayesinde bir toplumdaki insanlar arası olası ilişkileri organize etmektir. Birçok hukuk felsefecisine göre hukukun yürürlüğü, kabulü veya yaratılması sosyal gerçeklikte (hukuki kurumlarda) aranmalıdır³⁵. Yasama kurumu ve mahkemeler gibi hukuki kurumlar hukuk standartlarını yaratırlar ve/veya uygulatırlar. Bu hukuk kurumları hukuk kurallarının birbiri ile olan ilişkisini belirleyen bir sistem içerisinde şekillendirilirler. Yani bu kurumların hukuk yaratma ve uygulama hakkına sahip olmaları tanıma kuralları ve ahlâki sorumluluk gibi sistematik kurumlar aracılığıyla gerçekleşmektedir. Örneğin günümüzde anayasalar sistem içerisindeki kurumların görev tanımlarını yapıcı bir fonksiyon gerçekleştirerek sistematik kurum görevi görmektedir. Bu ve benzeri kurumlar, kendi amaçlarını yerine getirebilecekleri bazı araçların bulunduğu bir sisteme sahiptirler.

Austin'in sistematik bir kurum olarak egemene (*sovereign*) yaptığı vurgu, hukukun otoritesinde baskı merkezli yorum anlayışını ifade etmektedir. Austin, hukuku **egemenin** genel buyruğu (*general command*) olarak betimler. Buradaki egemen,

*buyruklarına birçok kişi tarafından alıngılagelmiş olarak itaat edilen, ama kendisinin hiç kimseye itaat etmediği kişi veya gruptur*³⁶. Hukuki bir kurum olarak egemen Austin'in sisteminin merkezinde yer alır. Buna göre bir hukuk sistemi, sadece ve bütünüyle egemen tarafından veya egemeninin yetkilendirdiği kişi ve kurumlar aracılığıyla konulmuş olan yasalardan oluşur. Öyle ki bir hukuk sisteminin varlığı, sistemin kurallarını koyan veya kural koyanları yetkilendiren bir egemenin varlığına bağlıdır. Bir devlet içerisindeki örf ve adet kuralları kanun koyucular ve yargıçlar gibi yetkililer tarafından düzenlenmediği müddetçe hukuk kuralı olamayacaklardır. Böylece kanun koyucular ve diğer yetkililer egemenin temsili gücünü temsil etmiş olmaktadır³⁷. Bu tip düzenlemelerin dışında kalan bütün diğer davranış standartlarının neticesini egemenin politik üstünlüğü belirleyecektir. Buna göre salt baskıya dayalı hukukun otoritesi modeli hiyerarşi ve hâkimiyet unsurlarına göre anlaşılması gereken bir hukuk sistemi öngörür.

Hukukun otoritesinin sistematik sosyal kurumlar açısından değerlendirilmesinde uzlaşımçı yorum, birincil yükümlülük getiren kurallar ile ikincil düzenleme, değiştirme ve yargılama kurallarının birliği olarak³⁸, Hart'ın hukuk anlayışı aracılığıyla açıklandığında daha anlaşılır olacaktır. Birincil yükümlülük kuralları (*primary rules of obligation*) hakları, görevleri ve hukuk görevlilerinin hukuki gücünü temin eden kurallardır. Birincil yükümlülük ku-

35 Örneğin Raz'a göre hukukun en önemli betimleyici özelliklerinden birisi kurumsallaşmış bir normatif sistemin varlığıdır. Bkz. Raz, *The Authority of Law*, p. 105. Hart'a göre, bir hukuk sisteminin varlığı hukuk görevlileri tarafından kabul edilmiş (veya onaylanmış) tanıma, değiştirme ve onaylama kurallarının varlığına bağlıdır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, pp. 112–17. Finnis'e göre, hukuk kurallarının geçerliliğini gösteren hukuki metot, yetkili kurumların (mahkemeler gibi) uygulamalarına bakmaktır. Bkz. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 268.

36 John Austin, *Lectures on Jurisprudence: or the Philosophy of Positive Law, (with an Introduction)* Ed. by. Robert Campbell, London, John Murray, 1913, p. 82.

37 *Ibid.*, p. 18.

38 Hart, *The Concept of Law*, pp. 78–100.

rallarının toplumsal yapı için gerekliliği, (kurumsallaşmış) yasa koyucusu, mahkemeleri veya hukukçuları olmayan bir toplum düşünmemize engel değildir³⁹. Ancak böyle bir toplumda sosyal kontrolün sağlanması yerleşmiş alışkanlıklar aracılığı ile mümkün olabileceğinden, değerlendirmelerin rasyonel olarak belirlenmesi mümkün olmayacaktır. Yine böyle bir toplumda sosyal yapı geleneklere dayalı olarak açıklanır. Fakat geleneksel kurallar çok eskidir ve sosyal baskı unsuru bakımından diğer kurallardan daha az bir etkiye sahiptir. Bu açıdan toplumsal kontrolde birincil yükümlülük kurallarının vazgeçilemez bir öneminden bahsedilebilecektir⁴⁰.

Öyle ki, bir toplum böyle birincil kurallar aracılığıyla birlikte yaşamak anlamına geliyorsa, o zaman, insan doğası ve içinde yaşanılan dünya hakkında herkesçe kabul edilen ve şüpheye yer bırakmayan temel hakikatleri garanti eden belli bazı şartların bulunması söz konusu olacaktır⁴¹. Ancak, bir toplumda sadece birincil kuralların bulunması kendi başına yeterli olmamaktadır. Her şeyden önce yalnızca birincil kurallar aracılığıyla temin edilen bir sosyal yapı (kurgusu) *belirsizdir*. Bu belirsizlik birincil kuralın başka bir otoriter kişi veya kurala olan gereksiniminin bir sonucudur. İkinci yetersizlik, birincil kuralların *statik karakteri nedeniyle ortaya çıkmaktadır*. Bu kuralların değişmesinin belli bazı kriterlere tâbi olmaması halinde statik bir yapıya bürünmeleri söz konusu olacaktır ki bu durum, farklı ve değişen toplumsal durumlar için eski kuralların uyarlanması ve yeni kuralların yaratılması gereğine engel oluşturacaktır. Bu bakımdan birincil

yükümlülük kurallarından başka bir takım kuralların varlığı toplumun sürekliliği açısından hayati bir öneme sahiptir. Sosyal yaşamın sadece birinci kurallar aracılığıyla düzenlendiği varsayımının yetersiz kaldığını gösteren üçüncü bir hal de sosyal baskının verimsizliğidir. Bu kuralları uygulayacak olan görevlilerin yetkililik durumlarına ilişkin başkaca bir otoriter etki sahibi kuralların bulunmaması halinde, birincil kurallar toplumsal baskı aracı olmaktan çıkacaktır⁴². Çünkü toplum gözünde birincil yükümlülük kuralları kendi meşruluklarını kendileri sağlayamamaktadır.

Hart'ın tanımında ikincil kurallar en basit haliyle bir sosyal yapı içerisindeki birincil kurallar hakkında olan kurallardır⁴³. Öyle ki toplumsal yapı bakımından bu ikincil kuralların değeri hukuk öncesi bir dünyadan hukuki bir dünyaya geçişi temsil etmesinde, hukukun kapsam alanını genişletmesinde ve toplumsal düzeni kurmasında ve sürekliliğini sağlamadaki otoriter etkisinde aranmalıdır. Bu ikincil kurallar bir sistemin yasalarını yapmada, yasa koyucu ve yasaları yorumlayıp uygulayıcı kurumlarını yetkilendirmedeki temel kriterleri koymaktadır. Bu açıdan yaklaşıldığında bir hukuk sisteminin (toplumsal düzenin) can damarını birincil kuralların belirsizliği etkisini ortadan kaldıran tanıma kuralları oluşturmaktadır. Hart'ın hukuk sistemi düşüncesinde, tanıma kuralları (ve bunlar aracılığıyla belirlenmiş bulunan bütün yasalar) sonuç olarak bir sosyal uzlaşımaya dayanmaktadır. Ancak Hart'ın hukuku birincil ve ikincil kuralların oluşturduğu bir bütün olarak düşünmesi ve ikincil kuralları sosyal uzlaşımaya dayandırması, hukuk sis-

39 *Ibid.*, p. 91.

40 *Ibid.* Birincil yükümlülük kuralları özellikle, modern bağımsız politik toplum düzeni için vazgeçilmez bir öneme sahiptir.

41 Ayrıntılı bilgi için bkz. Hart, *The Concept of Law*, pp. 91 vd.

42 *Ibid.*, pp. 91-94.

43 *Ibid.*, p. 94.

teminin normatif karaktere sahip olmasını dışlamaması gerekçesiyle ahlâki yorumla ilişkilendirilerek de ele alınabilir.

Aquinas'ın hukuku topluma dayanan bir otorite aracılığıyla konulmuş olan akıl düzeni olarak düşünmesi⁴⁴ hukuka ve hukukun otoritesine ahlâki yaklaşımın temel özelliklerini bünyesinde barındırmaktadır. Benzer şekilde Finnis'de de hukukun en temel özelliği, düzenleyici hukuki kurallara göre etkin ve belli bir otorite aracılığıyla konulmuş kurallar olmasıdır⁴⁵. Ancak Finnis'in otorite ile kastettiği, hukuki kurallar aracılığıyla bir kurum olarak tanımlanmış ve oluşturulmuş bir otoritedir. Buna göre Finnis'in terminolojisinde otoritenin en temel özelliği, meşruluk ve sorumluluk-tur. Buna göre bir hukuk sisteminin belirleyici kriteri, kanun yapan otoritelerin ahlâki bir sorumluluk olan ortak iyiyi teşvik etme sorumluluğuna dayanmaktadır⁴⁶.

Sonuç olarak bir otorite olarak hukukun temel fonksiyonlarından olan sistematik kurumlar, hukuk sistemi içerisinde pratik muhakemenin merkezi önemini ortaya koymaktadır. Böylece hukuk sistemlerini, yasa yapan egemen, bir tanıma kuralı ve ahlâki sorumluluk aracılığıyla bütünleştirmek mümkündür.

Hukuk Sistemi

Raz, hukuk sistemini kurumsallaşmış normatif sistemlerin tipik ve mantıken en önemli örneği olarak ele almaktadır⁴⁷. Ancak hukuk sistemlerini diğer kurumsallaşmış normatif sistemlerden ayıran en önemli özellik, hukuk sistemlerinin insan davranışlarını düzenleyen ve düzenlediği (ve normlar tarafından düzenlenebilen) bütün

edimler üzerinde düzenleme otoritesi iddia eden en iyi araç olmasıdır. Ancak Raz'ın hukuku ve hukuk sistemlerini insanların aktivitelerini düzenleyen en iyi araç olma iddiası batı modern hukuk devleti toplumları için geçerli olan bir iddiadır. Yani Raz, pratik akıl nosyonundan hareketle normatif sistemleri karakterize ederek evrensel ve bütün zamanlar için geçerli olan bir teori geliştirme iddiasında değildir.

Raz, hukuk sistemi analizini temellendirmek için öncelikle 'sebeup' kavramını ele almış ve bu kavramı çok ayrıntılı ve sistematik olarak açıklamıştır. Sebeup sınıflandırmasında eylem sebeplerine pratik felsefe açısından merkezi bir konum atfederek olgu-sebeup ilişkisini ortaya koymuştur. Pratik felsefede eylem sebeplerinin bu konumlandırmasından hareketle özneler üzerinde kesin eylem sebebi oluşturan norm kavramını analiz ederek çeşitli norm sınıflandırmaları yapmış ve bu sınıflandırmadan hareketle çeşitli normatif sistem kategorilerinin varlığından ve bunların özelliklerinden bahsetmiştir. Bu normatif sistemlerden kurumsallaşmış normatif sistemlere geçmiş ve kurumsallaşmış normatif sistemleri norm-yaratan ve norm-uygulayan sistemler olarak ayırmış ve bunların özelliklerini belirtmiştir.

Raz'a göre, hukuk sistemi teorilerinin hukuk felsefesi içerisindeki önemi, hukuk sistemi kuramlarının hukukun doğasının daha iyi anlaşılmasını sağlaması dolayısıyladır. Yasalar ancak Alman, İngiliz, Roma gibi belli bir hukuk sisteminin parçası ise hukuk yasalarıdır⁴⁸. Hukuk sistemi, belli bölge ve kültürlerle göre şekillendiğinden bir ölçüde hukuk tarihi araştırmaları aracı-

44 Aquinas, *The Summa Theologica: Treatise on Law*, Q. 90, Art. 4.

45 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, p. 276.

46 Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, pp. 154-156..

47 Raz'ın pratik aklıdan hareketle normatif sistem analizine geçmesi hakkında bkz. Raz, *Practical Reason and Norms*.

48 Raz, *The Authority of Law*, p. 79; Raz, *The Concept of A Legal System*, p. 1.

lığıyla incelenmektedir. Hukuk sistemlerinin topluma ve kültüre bağlı olarak şekillenmesi, aynı anda birden çok hukuk sisteminin doğru ve adil olduğunun kabulünü gerektirmektedir. Böyle bir netice, analitik hukuk düşüncesinin bir ürünüdür⁴⁹. Analitik hukuk felsefesi yaklaşımından hareketle kapsayıcı bir hukuk sistemi kuramı, şu sorunlara getirilen çözüm arayışlarından ibarettir⁵⁰:

- **Varlık problemi:** Bir hukuk sistemi ni var eden ve sona erdiren kriterlerin ne olduğu sorunudur. Türk hukuk sisteminin Türkiye’de olması ve günümüzdeki Türk hukuk sisteminin Cumhuriyet dönemi ile başladığına ilişkin önermelerin doğruluğu veya yanlışlığı hukuk sistemi kuramının varlık problemi çerçevesinde incelenen sorunlardır⁵¹.

- **Kimlik problemi:** Hangi yasaların bir hukuk sistemini şekillendirdiği ve bir

hukuk sistemine ait olduğu sorununu çözümlenmektedir⁵².

- **Yapı problemi:** Bütün hukuk sistemleri için veya bir hukuk sistemi için ortak bir yapının var olup olmadığı sorununu çözümlenmektedir. Ayrıca bütün hukuk sistemlerinde yinelenen ve bir hukuk sistemi ni diğerinden ayıran yasalar arasında ortak özelliklerin bulunup bulunmadığı sorununu incelemektedir⁵³.

- **İçerik problemi:** Bütün hukuk sistemlerinde veya aynı yapıya sahip olan hukuk sistemlerinde yinelenen yasaların bulunup bulunmadığı ve bütün hukuk sistemlerine özgü sistemi niteleyen bir içeriğin var olup olmadığı sorununu çözümlenmektedir⁵⁴.

Hukuk sistemi teorilerinin, bir teori olabilmesi için bu problemlerden ilk ikisine ilişkin bir çözüm yolu sunması gerekir. Çünkü ilk iki problem bir tanım yapmanın zorun-

49 Raz, *The Concept of A Legal System*, p. 1.

50 Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 1–2.

51 Varlık problemine karşı; Austin’in getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 9–33; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 11–18; Kelsen’in getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, pp. 3–24; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 93–95; Hart’ın getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Hart, *The Concept of Law*, pp. 100–124; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 203–209.

52 Kimlik problemine karşı; Austin’in getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 191–290; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 18–22; Kelsen’in getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Kelsen, *Pure Theory of Law*, pp. 193–221; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 95–109; Hart’ın getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Hart, *The Concept of Law*, pp. 79–100; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 187–203.

53 Yapı problemine karşı; Austin’in getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined*, pp. 363–394; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 22–26; Kelsen’in getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Kelsen, *General Theory of Law and State*, pp. 123–162; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 109–114; Hart’ın getirdiği yaklaşım ve bu yaklaşımının değerlendirilmesi için bkz. Hart, *The Concept of Law*, pp. 82–91, 167–180, 200–212; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 147–155.

54 İçerik problemine ilişkin ne Bentham’ın, ne Austin’in ve ne de Kelsen’in yeterli açıklama getirdiğini söylemek mümkün değildir. Bu düşünürlerin hukuk kurallarını sadece ödev–yükleyen kurallar olarak göz önüne aldığını ifade edebiliriz. Fakat bir hukuk sisteminde bulunması gereken iktidar–bahşeden kurallar hakkında yeterli açıklama getirmediklerini söyleyebiliriz. Bu bakımdan bu düşünürlerle göre hukuk sisteminin bütün normları imperatif normlardır. Oysa Hart, hukuk normlarını hem iktidar–bahşeden hem de ödev–yükleyen prescriptif normlar olarak ele almaktadır. Böylece Hart’ın analizine göre, hukuk normları, insan davranışlarını imperatif normları gibi yönlendiren fakat imperatif olmak zorunda kalmayan prescriptif normlardan oluşmaktadır. Bkz. Hart, *The Concept of Law*, pp. 26–49; Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 156–167.

luluk kriterlerini oluşturmaktadır. Hart'tan başka, Austin ve Kelsen gibi analitik hukuk felsefecileri, ilk üç problemi çözümlerken içerik problemine gereken önemi vermediklerinden dolayı kapsayıcı bir hukuk sistemi kuramı geliştirememişlerdir⁵⁵.

Hukukun en temel ve en önemli özellikleri olan normatiflik (hukuk insan davranışlarını yönlendirme görevi yaptığından normatiftir), kurumsallaşmış olma (hukukun uygulanması ve değiştirilmesi genellikle kurumlar aracılığıyla gerçekleştirildiği için, hukuk kurumsaldır) ve zorlayıcı olma (hukuka uyma ve hukuku uygulama, eninde sonunda güç kullanımı aracılığıyla garanti edilmektedir. Bu sebeple hukuk zorlayıcıdır.) bütün hukuk sistemi kuramları için doğrulanabilirlik kriteri oluşturmaktadır. Yani bir hukuk sistemi kuramı hukukun bu özellikleri ile uyumluluğuna göre doğruluk niteliğine sahip olabilecektir⁵⁶.

Raz'a göre bir hukuk sisteminin varlığını ve kimliğini belirleyen temel kriterler: Etkililik, kurumsallık ve kaynaklardır⁵⁷. Raz'ın bu kriterlere dayanmasının neticesi olarak hukuku, sosyal olgu tezine uygun

olan bir kurum olarak tanımlamak mümkündür⁵⁸. Etkinlik kriterine göre, bir hukuk sisteminin varlığı, uygulamada belli bir toplum tarafından kabul edilen ve itaat edilen yasaların varlığına bağlıdır. Kurumsallık kriterine göre, bir normlar sisteminin hukuk sistemi olarak değerlendirilmesi, sistemin normlarının uygulanması ile ilgili olarak ortaya çıkan tartışmaları düzenlemekle görevli yargısal kurumlar bulunmadıkça, mümkün değildir. Böyle bir normatif sistemin (eğer bu normatif sistem otorite iddia ediyorsa ve toplumda insan davranışlarını düzenleme konusunda diğer sosyal kurumları meşrulaştırma veya yasallaştırma hakkı iddia etme gibi üst bir konuma sahipse) hukuk sistemi olduğu konusunda genel bir kabul vardır⁵⁹. Etkinlik ve kurumsallık kriterleri, hukukun ancak ve ancak toplum temelli olduğunun düşünülmesi şartının bir neticesi olarak ortaya çıkabilir⁶⁰.

Hukuk sistemlerini diğer kurumsallaşmış normatif sistemlerden ayıran en önemli özellik, hukuk sistemlerinin insan davranışlarını düzenleyen ve düzenlediği bütün edimler üzerinde düzenleme otorite-

⁵⁵ Raz, *The Concept of A Legal System*, p. 2.

⁵⁶ Bir hukuk sistemi kuramı için hukukun bu temel özelliklerine vurgu yapılması gerekliliğini ileri sürmekle Raz, Kelsen ve Hart ile ortak zeminde yer olmaktadır. Bu üç analitik hukuk kuramcısının belki de en temel ortak noktalarını bu özellik oluşturmaktadır. Aynı şekilde bu üç hukuk kuramcısını birbirinden ayıran en temel nokta, hukukun bu üç özelliğinin yorumu ve karşılıklı ilişkisi hakkında farklı yaklaşım ve çıkarım getirmiş olmalarındadır. Bkz. Raz, *The Concept of A Legal System*, pp. 2-3.

⁵⁷ Raz, *The Authority of Law*, p. 42. Raz'a göre, bir hukuk sisteminin kimlik ve varlık kriterlerine ilişkin böyle bir sonuç, hukukun varlığının ve içeriğinin belirlenmesine yönelik pozitivist görüşü yansıtan sosyal olgu tezinin bir neticesidir. Hukukun varlık ve içeriğinin belirlenmesinde semantik tez kurumsallık unsurunu, ahlâkîlik tezi ise kaynaklar kriterini yadsımaktadır.

⁵⁸ *Ibid.*

⁵⁹ Raz, *The Authority of Law*, pp. 43-45. Genel olarak doğal hukuk kuramları hukukun kurumsal doğasının verilerini iki sebepten hareketle kabul etmemektedir: 1- Hukukun kurumsallaşmış bir normatif sistem olarak düşünülmesi hukukun düzenleme alanının sınırlı olduğu neticesini doğurur. Buna göre, hukuk sistemi kurumsallaşmış olmanın taşıdığı anlamdan dolayı, ancak belli yargılama faaliyetleri ile bağlantılı olan standartları kapsar. Yani hukuk bütün doğrulayıcı standartları kapsamaz; ahlâk veya diğer sosyal kurallarla zorunlu bir ilişki içerisinde değildir. 2- Hukukun kurumsallaşmış bir sistem olarak düşünülmesi, bir sistemin veya kuralın hukuki olarak dikkate alınması şartlarının ahlâkî niteliklere bağlanmasına engeldir.

⁶⁰ Raz, etkinlik ve kurumsallık kriterlerini, zayıf sosyal tez olarak isimlendirmektedir. Bkz. Raz, *The Authority of Law*, p. 45.

si iddia eden en iyi araç olmalarıdır. Hukuk sistemlerinin bu özelliği üç unsuru barındırmaktadır⁶¹:

- Hukuk sistemleri bütün davranış formları üzerinde düzenleme otoritesinin bulunduğu iddiasında bulunmakta ve bu düzenleme alanında herhangi bir sınırlama kabul etmemektedir.

- Hukuk sistemlerinin bu otorite iddiası bir toplumun bütün otoriter kurumlarının üzerinde bulunan bir otorite iddiasıdır. Hukukun otoritesi en üstün otorite olarak, bütün normatif organizasyonların kurumlarını ve işleyiş şartlarını kapsayan yasak-

lama, izin verme ve emretme yetkilerini kapsar.

- Hukuk sistemlerinin en üstün otorite olmaları açık sistem olmalarına engel değildir.

Bu özellikler sayesinde Raz, kendi hukuk sistemi kuramının kapsayıcı bir hukuk felsefesi analizine izin verdiğini düşünmektedir. Bu özellikler, hukukun topluma bağlı olarak kurgulanmasının bir neticesi olarak etkinlik ve kurumsallık kriterlerini bünyesinde barındırmaktadır. Raz, böylece kaynak temelli bir hukuk sistemi analizi yapmaktadır.

61 Raz, *Practical Reason and Norms*, pp. 149–154.

Türk Yargı Sistemi

“Yapısal Analiz ve Sorunlar”

(Temisiyatry)

Mustafa T. YÜCEL*

Yargı reformunda önemli olan yargıya erişimin demokratikleştirilmesi ve sonuçta üretilen tikel ve genelde kümülatif adaletin kalitesini sağlamak olduğundan temel sorular şöyle sıralanabilir:

- Herkes adalete erişebiliyor mu?
- Zor/çetin davaların (*hard cases*) üstesinden gelebilecek yeterince nitelikli hukukçu var mıdır?
- Üretilen adalet kalitesi nedir?
- Adalet aktörleri ürün kalitesinden memnun mudurlar?
- Aktörlerin insan hakları-güvenlik ikilemi karşısındaki tutumları nedir?
- Adalet kalitesi belli ölçerlere, endeks değerlere, göre değerlendirilemez mi?

İşte “Yapısal Analiz ve Sorunları” başlıklı tebliğimi hazırlarken tüm bu sorular ekseninde oluşan yargı profilini irdelemeye ve çözümler sunmağa çaba gösterdim.

Keşke bu sorulara bir fotoğraf sanatçısı olarak yaklaşıp, adliye, aktörler ve tüketici insanların yüzünü/ ruhunu resimlerle yansıtabilseydim. Buradan fotoğraf sanatçılarına bir duyuru ola! Şimdi realist bir yaklaşımla, yılların emekçisi olarak algıladıklarımı rakamların dili ve evrensel değerler ışığında sunacağım. Yalnız başlangıçta şunu bir kere yinelemek istiyorum: Yargı reformu yasal düzenlemeler sorunu olmaktan çok sosyolojik temelli kültürel bir sorun olup; aktörlerde yeni davranış kodları ve refleksleri edindirilmesi sorunudur. Hukuk öğreniminde¹ bu yan ihmal edildikçe

* Doç. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Sosyolojisi ve Felsefesi Ana Bilim Dalı Başkanı. Temisiyatry terimin müellifi Prof. Dr. Ahmet İnam’dır.

1 Hukuk öğrenimindeki ülkeye özgü temel sorunlar şunlardır: 1) Nitelikli hukukçu bağlamında 21.yüzyıl hukukçusunun bilmesi gerekenler nelerdir? Becerileri ne olmalıdır? Öğrenciler hangi meslek alanları için hangi beceriler dizisini edinmelidirler? Genel kültür olarak kazanımları neler olmalıdır? 2) Hukuk meslek etiği (ulusal / evrensel ilkeler ile disiplin soruşturma / kovuşturmaları göz önüne alınarak) programda yer almalı mıdır? 3) Derslerden hangileri temel/zorunlu, hangileri isteğe bağlı olmalıdır? Şablon ders programından vazgeçilemez mi? Diğer bir deyişle, Mission/vision odaklı bir eğitim programı oluşturulamaz mı? 4) Özel ve kamu hukuku alanında okutulan dersler bakımından bir dengesizlik var mı? Okutulan dersler özel çıkarlar bağlamında mı yoksa kamu yararı ekseninde mi ele alınmaktadır? 5) Zorunlu dersler (örneğin Roma Hukuku) ve ders saatlerinde bir azalmaya gidilebilir mi? 6) Sınava kilitlenmiş öğrencinin ezber bilgiden zihinsel süreçlere yoğunlaşması/odaklanması nasıl gerçekleştirilecektir? 7) Bilmek öğretmek için yeterli olmadığına göre, eğiticilerin eğitim ihtiyacı nasıl karşılanacaktır? 8) Öğrencilerin işitsel, görsel ve bedensel öğrenme yetileri göz önüne alınarak, bunlara eşit oranda yoğunlaşma nasıl gerçekleştirilecektir? 9) Temel dersler/teorik bilgilerle mücehhez öğrencilerin son yıl medeni hukuk ve kamu hukuku olmak üzere iki alanda problem çözmeğe odaklanması ve sınavların çok girift dava sorularını çözmek şeklinde kurgulanması daha işlevsel olamaz mı?

sanal anlamda reform girişimlerine tanık olunmak ötesinde fazla bir şey yapılabileceğini umut edemiyorum.

Yargıda her ülkeye özgü sorunların başında “aşırı iş yükü” gelmektedir. Bu iş matematiksel bir olay, arz-talep denge sorunu olduğundan iş yükünün üstesinden gelinebilir düzeyde olması sağlanmalıdır. Dengeyi sağlayamadığınız zaman ülkedeki cari açık olayında olduğu gibi, birtakım irrasyonel rüzgarların adalet sarayı pencerelerinden girmesine çok müsait bir zemin hazırlarsınız. Bu irrasyonel rüzgarlar, adliyenin çok iyi tasarlanmasına karşın, her halükârda açık pencereler bulup, girecektir. Bu pencereler nedeniyle Hukuk Usulü 28 kez, Ceza Usulü de 28 kez tadilat görmüştür.² Ceza usulü bakımından bu tadilatlar yeterli görülmeyerek yeni bir *CMK 1 Haziran 2005 tarihinde yürürlüğe konulmuştur*.³ Sıra Hukuk Usulüne geldi. Yalnız, tüm düzenlemelerde kimse aktörlerin davranışına bakmıyordu. Diğer bir anlatımla, *Legisprudence* gerekleri yasa koyucuyu ilgilendirmiyordu.

İş yükü denildiği zaman, gerçekten de iş yükü var mı, yok mu sorusu gündeme gelmektedir. Hukuk davaları bakımından yargıda gerçekten iş var mı? Türkiye’de gerçekten yoğun hukuk düşüncesini gerektiren türde ve yoğunlukta iş var mı (*hard cases*), hukuk davası var mı diye düşünmekten kendimi alamıyorum. İşte, % 50’ye varan bir oranda verasetle başlayıp borçlanma, alacak, tazminatla devam eden davaları zorlu işler (*hard cases*) olarak kabul edecek miyiz? Benim yanıtlım “hayır” olacaktır.

Hukuk Davaları Dağılımı (2006)

İnsan Hakları Mahkemesinde Bekleyen Davalar

Ülke	Dava Sayısı	%
Rusya	29.000	27.9
Türkiye	11.200	10.8
Romanya	9.400	9.0
Ukranya	9.050	8.7
Diğerleri		4.8 ve aşağısı
Toplam	104.100	100

İş yükü artışı her sisteme özgü bir olgudur. Nitekim, İş yükü artışı AİH Mahkemesini de etkileyerek gecikmelere tanık olunmaktadır. AİHM’inde İş yükü 2009 yılında 104.100’e ulaşarak kritik bir eveye gelindi.

Kuşkusuz, hiçbir ülke insan hakları bakımından mükemmel bir karneye sahip değilse de, geçen yıl mahkeme nezdinde karnesi iyi olmayan iki ülke Rusya ve Türkiye’dir. Mahkemedeki iş yüküne idari bir çözüm sağlama amacıyla hazırlanan 14 nolu Ek Protokolü Rusya dışında 46 ülke imzalamış durumdadır. Oybirliği gerektirilen Rusya’nın imzasına gerek bulunmaktadır. Rusya’da bu ek protokolün yalnızca işlerin % 20’sinde etkili olabileceği iddiasındadır. İkinci bir haber Dünya Gazeteciler Birliği’nin İsveç Göteborg’daki yıllık (2008) toplantısında sunulan durum

Eğitim sürecinde, İbn-Haldun’un Mukaddime’sinde, “basitten mürekkebe gidilmelidir” önermesinin temel bir norm olarak benimsenmesi ise hep göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca bkz. Hukuk Öğrenimi ve Hukukçunun Eğitimi, TBB, Nisan 2004.

2 Kanun’un 435 maddesinden 244’ü (%56’sı) defalarca değişikliğe uğramıştır. Bu değişikliklerin hedefi akrep ve yelkovanın doğru çalışmasından ziyade hızlı çalıştırılması olmuştur.

3 Kritiği için bk. M.T.Yücel. “Yeni CMK ve Sosyal Çıkmazlar” TBD Mart-Nisan 2005; S.Selçuk. “Adalet Reformundan Önce Uygulama İyileştirilmelidir” Yargıtay Dergisi C.28, S.1-2, 2002, ss.5-38.

raporunda Türkiye Myanmar ve Rusya gibi ülkelerle birlikte kırmızı noktalı bir ülke olarak belirdi. Bu bulgular makro düzeyde neyi göstermektedirler?

Ceza davalarına bakıldığında, Yargıtay 6. Ceza Dairesindeki mala karşı suçlar ağırlıklı bir oran (%38.3) oluşturmaktadır. Yalnız, mala karşı suçlar dünyanın her tarafında en fazla işlenen suç türlerindendir. Mala karşı suçlardan karanlıkta kalan (dark numbers) suç miktarının % 70-80 oranında olduğu göz önüne alınarak tüm suçluların yakalanmaması ceza adaleti sistemi için bir artı olarak değerlendirilmelidir.

Türkiye ötesinde evrensel bir olgu olan “dark number” her ülke için en azından %50’likler civarındadır.⁴ İyi ki sistem tüm suçluları yakalamıyor. Sistem tüm suçluları yakalamış olsa, bu sefer tümüyle baş edemeyeceğinden, daha olumsuz sonuçlara gebe olunacaktır. Halk nezdinde sistemin etkinliği inancı var olduğundan, var sayın ki, sistem hepsini yakalıyor! Ne var ki, sisteme girenlerin çoğu zamanaşımıyla buharlaşmakta/erimektedir (attrition). Her ülke ceza yargılamasında tanık olunan bu olgunun ülkemizde yüksek oranda gerçekleştiğine tanık olunmaktadır. Bu olguya karşın ceza adaleti sistemi giderleri kabarıklık bir sistemdir. Sistem giderleri, tüm suçluların neden olduğu zararların %40-50’sini oluşturmaktadır. Geçen 30 yıllık sürede sistemler ortalama %95; gelişmekte/ekonomileri değişmekte olan ülkelerde % 75; gelişmiş ülkelerde ise % 50 oranında büyümüştür. Son 30 yıl içinde sistem giderleri suç oranları ile birlikte artmıştır (Ayrıca bkz. Wagner Yasası).

Sistemde işlem gören suç türleri mala karşı suçlar, yaralama suçu, hürriyete karşı suçlar olarak belirlemekte ve toplam kamu davasında cinsel suç sayısı 14.311’i bulmaktadır. Cinsel suçlarda özellikle

çocuklara cinsel saldırı/ensest, tecavüz olaylarında (özellikle pedofili vakalarında) mağdurlar açısından soruşturma/kovuşturma evrelerinde yaşanan travma mağdur haklarının ne derece önemli olduğuna işaret etmektedir.

Ceza davaları bakımından görülen tabloda; özel yasalar egemenliği yıllardır süregelmekte iken, yeni TCK ve CMK ile bu oran biraz azaldı ise de, TCK, temel bir yasa olmasına karşın *de facto* temel yasa olarak gözükmemektedir. Kamu düzenini sağlamak bakımından özel yasalar ön planda olduğundan TCK’nin temel bir yasa olması sanallık ötesi bir şey değildir.

Yargılama sisteminde, can alıcı nokta “iş yükü çok fazla, basınç fazla olmasına karşılık enerji az geldiğinde, sigortaların zaman zaman atmasıdır.” Bunu önlemek üzere ağırlık, suçların önlenmesi ve sistem girdilerini ayıklamaya yönelerek; sistem girdilerini alternatiflerle, diversion yöntemi ile olabildiğince azaltmak olmalıdır. Ne var ki, önleme açısından bazı suçlarda, örneğin çevre suçlarında, evrensel boyutta olmasına karşılık yerel boyutta yeterince mücadele bilincinin oluşmadığı görülmektedir.

İş artışının her zaman sistemin diğer öğelerinde zorunlu bir artış gerektirdiği bilinmelidir. Ceza sisteminde seçenek yaptırımlara yer verilen Finlandiya ve Japonya’da suçlarda artış görülmesine karşılık cezaevi nüfus oranı azalmaktadır: 100.000 nüfustaki mahpus sayısı 60’dır. Diğer ülkelerdeki orana aşağıda yer verilmiştir:

4 Bkz. M.T. Yücel. *Türk Ceza Siyaseti ve Kriminolojisi*, TBB, Ank., 2007.

2004/2005	Sayı
ABD	726
Rusya	550
Doğu Avrupa	182
Batı Avrupa	109
İskandinavya	72
Türkiye	135 (2008)

(Bu sayılar 100.000 genel nüfustaki mahpus sayısını göstermektedir.)

İş yükü miktarında beliren yoğunluğa karşın ilginç olan bir şey de, Avrupa’da genel mahkeme sayısının (2.508 olarak) en fazla olduğu ülke Türkiye’dir: Almanya’da 828, Avusturya’da 162, Fransa’da 657, İspanya’da 2.249’dur. Yalnız mahkeme/nüfusa oranlaması bakımından, Türkiye’de 27.980 nüfusa bir genel mahkeme düşerken, Almanya’da 99 bin kişiye bir genel mahkeme düşmektedir. Mahkeme sayısının yüksekliğine karşın 100.000 kişiye düşen hâkim sayısı bakımından Avrupa Ülkeleri arasında Türkiye 7,5 ile geride kalmaktadır.

Gittikçe çoğalan ihtisas mahkemelerinde uzmanlaşma niteliği olmadığına yalnızca etiket olarak ihtisas mahkemesi kalacaktır. Sayısal durum Türkiye’de yine abartılı olup, 1.440’ı bulmaktadır. 1 milyon nüfusa böldüğünüzde(% 56,26) mahkeme sayısı 56’dır. Buradaki orana baktığınızda, İspanya’yla beraber aynı vaziyetteyiz. Ama Almanya’ya baktığınız zaman(% 13) 1 milyon nüfusa düşen mahkeme sayısı 13’tür. Almanya’da o sistem çok iyi çalışıyor, Almanya’da da iş yükü fazla olmasına karşılık sistemin orada çok iyi çalışır olması karşılaştırmalı yapısal analizle belirlemektedir. Hiç kuşkusuz, karşılaştırmalı hukuk sürprizlerle dolu bir alandır. Bu alanda norm çeşitliliği arasında genelde ilkeler ve ideolojiler açısından benzerlik-

ler bulunmasına karşın *de facto* uygulamada farklılıklara tanık olunmaktadır. Bu bağlamda yapısal analiz çalışmaları önem kazanmaktadır.

Türkiye’de 2006 yılı verilerine göre, genel ve ihtisas mahkemelerinin toplamı 5.940’dır. Bir milyona nüfusa düşen mahkeme sayısı 84 olarak fazlaca abartılıdır. Çok basit bir hesap meselesi olarak stratejide⁵ bir yanlışlık var. Zaman zaman istatistik yöntemi ile hazırlanan tablolar hatalara gebe olabilirse de, iyisi üretilmediği sürece, yorumcuların eldeki verilere bakıp, yarar “sebe-sonuç” çıkarımları yapma mecburiyeti vardır. Bazı ceza hukukçularının bu çıkarımı yadsıyarak beraat oranını dile getirmemesini/küçümsemesini fazlaca normatif olmalarına bağlıyorum. Mühendislikte bir düstur vardır: “iki kere ölçüp, bir kere biçeceksiniz”. Ölçmeden biçildiğinde, nesnenin biçilemez hale geldiği göz ardı edilmektedir.

Yargıda reform(mahkeme yönetimi ve adaletin kalitesini geliştirme) salt hukukçu kafasıyla gerçekleştirilecek bir olgu olmak yerine multi-disipliner bir süreçtir. Biz hukukçular, bir saplantı içerisinde, yargıda “her şeyi hukukçunun çözümleyeceği düşüncesindedir.” Yalnız, bilinmelidir ki, mesleğin bizatihi kendisi multi-disipliner bir nitelik sergilemektedir. Bir ceza davası özel hukuk ile idare hukuku ile ilişkilendirildiğinden hukukçu kişinin çok yönlü olması veya ötekilerden yararlanması gerekmektedir.

1999 yılında, 2010 yılı için yaptığımız bir tahminle, İstanbul, Ankara ve İzmir adliyelerinde Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu iş yükü standardına göre olması ihtiyaç duyulan birim sayısı ne olmalıdır sorusuna yanıt aradık. Ankara’da 131 olan hukuk birim sayısının 158; ceza mahkemeleri bakımından 106 olan birim sayısının

5 Adalet Bakanlığı, Yargı Reformu Stratejisi Taslağı 2009; CEPEJ.European Judicial Systems-Edition 2006.

319 olması gerekiyor. Aradaki fark oldukça kabarıktı. Genelde standartlara uyarlı mahkeme birim sayısı bakımından 2010 yılında fazlaca birime gereksinme duyulmaktadır. İzmir ve İstanbul için de durum aciliğini korumaktadır.

Metropol adliyelerinde saptanan birim sayısı azlığına karşın Türkiye genelinde mahkeme sayısı ile iş yükü arasında orantılı bir dağılımın olmadığı görülmektedir. Türkiye genelinde orantılı bir iş dağılımı gerçekleştirildiğinde gerçekten fazla iş yükü olmayacağı da kayda değer bir saptama olarak göz önüne alınmalıdır. Bu anlayış doğrultusunda, iş yükü yeterince olmayan ilçe adliyelerinden 136'sının kapatılması bu doğrultuda atılmış önemli bir adımdır (T.C. Resmi Gazete, 17/06/2004-25495). Bu süreç sonrası, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü'nce yapılan bir saptamaya göre, anılan ilçeler sakinleri tarafından açılan dava sayısında da görülür bir azalma olmuştur.

Güven duygusu bakımından mahkeme bilinci ve deneyimi önemlidir. Rahmetli Hocam Prof. Faruk Erem'in "Mahkemeye gittiğinde, savcı ve hâkim bulamayan vatandaş karşısında adalet çok şeyden yoksun kalır, çok şeyler kaybeder" deyişini hatırlatmakta yarar var. Eskiden günün her saatinde Kadıya ulaşabilme imkanı vardı. Çağımızın iletişim olanakları da göz önüne alınarak hâkimlerin de onayı alınarak yeni çalışma saatleri ve koşulları düzenlenerek kişilerin adalete erişimleri (erişimin demokratikleştirilmesi) kolaylaştırılmalıdır. Ne var ki, bizim öz tarihimizden alacağımız ve güncelleştireceğimiz dersleri yabancılar almakta ve bizler de onlardan aktarmaktayız. Osmanlı kurumu olan gün para cezasını (day-fine system) Finlandiya, İsveç, arkasından Avusturya, Almanya be-

nimsedi. Yeni TCK'da yer alan gün para cezası Alman Ceza Kanunu'ndan sisteme ithal edildi.

Mahkeme bilincini saptama için yapılan araştırmada,⁶ % 38'i "tamamen habersizim" diyor. Adam habersiz, zorla nasıl haberli kılınacak? Vatandaş ancak adliye-ye giderek, şu veya bu şekilde haberdar olacak. %47'si de "az bilgim var." diyor. İkisini topladığınız zaman, toplumun bu konuda bilgisi olmadığı görülmektedir. Bilgi edinmesi için TV objektifinin mahkemelere girmesi önemli bir gelişme iken, hâkimlerin de bu konuda duyarlılık göstermesine – televizyonculara ses çıkarmamasına- karşın "silah icat edildi mertlik bozulması" gibi adliye-ye TV objektifinin girmesi sonucu kalitesi sorgulanır hale geldiğinden, adliyeler TV'lere kapatıldı. Mahkeme bilinci yaratma açısından TBMM'nin halka açılması gibi, mahkemelerin de televizyonlara açılması düşünülebilir. Amerika'da bazı eyalet mahkemeleri kamuya, TV'lere açıktır. Amerika'da bazı cezaevlerini de 24 saat Internetten izleyebilmek imkânınız var. Yani saydamlık deyince, belki çok aşırı uca da gidebiliyorsa da, hiç olmazsa mahkeme bilinci yaratma yanında önleme amaçlı olarak, bazı davalara özgü olmak üzere halka açılmakta yarar görülebilir. Bazı TV kanallarında yapmacık duruşmalara yer verilmesi de yararlı görülmektedir. Tüm sorun hak ve mahkeme bilincini yaratmak olduğundan etkili olabilecek alternatif yöntemler için (örneğin adli yıl haftası kutlamaları gibi) arayışa gidilmelidir.

Avukatın rolü meselesine gelince, soru şu olmaktadır: "Mahkemede haklarınızın korunacağına inanıyor musunuz?" Büyük bir ekseriyet (%56) "katılmıyorum" diyor. Bu yüksek oran, hak bilinci, avukatın rolü

6 Kalem, S., Jahic, G. ve Elveriş, İ. Adalet Barometresi: Vatandaşların Mahkemeler Hakkındaki Görüşleri ve Değerlendirmeleri. İst., Bilgi Üniv.Yayını, İst., Şubat 2008.

konusunu sorgulamaktadır. Bu bağlamda avukatların da kendini sorgulaması lazımdır. Yalnız adli yardım konusunda çoğu baroların özellikle İstanbul, Ankara, İzmir ve Adana Baroları övgüye değer çalışmaları yürütmektedirler. Bu bağlamda, ülke genelinde standart bir uygulamaya kavuşmasının kültürel bir süreç olduğu unutulmamalıdır. Bu doğrultuda Türkiye Barolar Birliği’nin özgün yeni projelere eğilmesi oldukça umut verici olmuştur. Yinelerek uygulama bilinci, sembolik etkileşim sonucu oluşan uzun soluklu bir sosyolojik olgu olduğu ve zamanlamasının önceden kestirilemeyeceği bilinmelidir. Benim adli sektörde şahsen gerçekleştirmeğe çalıştığım projelerin zaman süresi en az on yıl almıştır:

- “115 Alo Polis imdat” örneğini vermek istiyorum. Başlangıçta 055 sonra 155 olan bu telefon hattı için tam on yıl uğraştım ve 1987 yılında Emniyet Genel Müdürü Sayın Bedük’le gerçekleştirdim.

- Rahmetli Ahmet Çoşar Yargıtay Başkanı olduğu sırada, kendisine Japonya örneğinde olduğu Yargıtay onursal üyelerinden oluşan bir danışma biriminin teşkilattaki yargı mensupları için kurulmasını önerdim. Önerim emekli üyeler için bir “bekleme/ziyaretçi odası” olarak gerçekleşti. Projemi yıllarca yenilememe karşın sonuç, enerji ve bilgi birikim kaybı olarak devam etmektedir. Bu değerli onursal üyeler, nitelikli kararların oluşmasına katkıda bulunabilirlerdi.

- Üçüncü bir örnek olarak mahkeme dosyasını vermek istiyorum. Mahkeme dosyasının zarftan tek telli dosyaya geçişi 1937 yılında olmuştur. Bu dosya formatını kullanım açısından yararlı hale getirmek üzere, geliştirme ve uygulama evresinde, Adalet Bakanlığında Strateji Geliştirme Daire Başkanı olarak iki yıl uğraş verdim. Rize Başsavcısı Mustafa Güven, Rize adliyesinde pilot uygulamasını yaparak Bakanlığa 1994 yılında(on dört yıl önce) sunduğu bir istemle bu dosya şeklinin tüm

teşkilatta uygulanmasını önerdi. Öneri halen bekleme odasında sırasını beklemektedir(!?).

Kalite ve reform girişimlerinin uzun soluklu bir süreç olduğu göz önüne alınarak, siyasi iklimin elverişli olmadığına bakılmaksızın yeni projeler ve alternatifler üretilmelidir. İklimi iyileştirmek konusunda katkıda bulunmak da akademisyenlerin görevidir. Soyut irdeleme ve eleştirilerle zaman kaybına bu ülkenin artık tahammülü yoktur. Bu yaklaşımda pragmatik olduğu kadar projelerin ekonomik yanı da irdelenmelidir. Tüm bu konulara TBB Yayınları arasında yer alan “Türkiye’nin Yargı Etkinliği” adlı eserimle katkıda bulunmak istedim.

Avukatlar yargı reformunun vazgeçilmez aktörleri olduğundan onların katkı ve katılımları gereklidir. Avukatlık hizmetine verilen değer ölçüsü bakımından bakıldığında, vatandaş “pahalı olduğunu düşünüyorum” diyor.

Reform yaklaşımında tüm sorunun kaynağı “müşteri velinimetimidir” felsefesi ve anlayışında saklı bulunmaktadır. Sistemdeki aktörler “niçin varız” diye kendilerini sorgulamalıdır. Durkheim türü bir yaklaşımla “iyi ki ihtilaflar, davalar var da, bizler, kolluk, savcılar, hâkimler, avukatlar, bilirkişiler olarak etmek yemekteyiz.” Bu konuda, suç olgusunun yarattığı faaliyet ve kazanç türlerini düşünmeniz yeterlidir. Özel güvenlik görevlileri sayısı 200.000 bulmuştur. İşte yargı sektöründe stratejiler saptanırken müşteriye, tüketiciye odaklanılmalıdır. Öte yandan “adalet” bir üretim olarak ele alındığında da etkinliği üzerinde durulması; değerlerin optimize edilmesine hedeflenilmelidir. “Yargıyı endüstri olarak ele alamazsın.” söylevini de abartılı buluyorum. Yargı adalet ürettiğine göre işletme olmayacak da ne olacaktır? Bazı akademisyenler “*efendim, reform ölümsüz bir mit*” diyerek reforma da kayıtsız bir tavır sergilemektedirler. Zaten ölümsüz olduğu için mit olmuştur. Ada-

let kavramı da o türden olmasaydı, 2.500 yıldır adalet hakkında konuşulmasaydı bu kadar gelişme olur muydu?

Çok önemli bir sorun da yargılamanın hızıdır. Bu hız, Porsche veya Murat 131'in hızı meselesi olmayıp, AİHS bağlamında sözü edilen, asgari bir limit olarak, "makul süre"de davaların sonuçlandırılmasıdır. Eşyanın tabiatına uyarlı bir hız söz konusudur. Saatin çalışması gibidir. Saatin normal çalışma hızına müdahale ederseniz, siz saati hızlandırmaya çalışırsanız o zaman hata yaparsınız. Bakın, hata olmaması için en son "atom bazlı saatler de devreye sokuldu." Önemli olan, sonuçta tikel adaletin tüketici vatandaşlarda adaletsizlik hissi yaratmamasıdır.

2006 yılında sistem süreçlerinde gün olarak bekleme/yargılama süreleri şöyledir:

- Cumhuriyet Savcılıklarında ortalama süre 333 gün,
- Ceza Mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 326 gün,
- Yargıtay C. Başsavcılığındaki görülme süresi 232 gün, ve
- Yargıtay Ceza Dairelerindeki bozma oranı %61; yıl içinde dairelere özgü ortalama görülme süresi 345 gün olduğu göz önüne alındığında 64.392 dosyanın Yargıtay'a yeniden gelmesi göz önüne alınarak kamu davasının açılması ile hükmün kesinleşmesi arasında geçen ortalama sürenin 1.236 gün (3.3 yıl); bozulan davalar bakımından ise, 1.981 (5.2 yıl) gün olacağı belirmektedir

Amaç yargılama sürecinin, gereksiz talikler/gecikmeler olmaksızın, zamanlıca gerçekleşmesi olmalıdır. Bu doğrultuda yargılamanın zamanlıca (optimum süre) yapıldığının saptanması için mahkemeler ile siyaset yapımcılarının, siyasetler ve uygulamaların yargılamanın zamanlıca gerçekleştirilmesi genel amacı ile işlevsel ve tutarlılık içinde olup olmadığını saptamak

üzere gecikmeleri nicelendirmeye, ölçmeye ihtiyaçları vardır. Bu doğrultuda makul süre kavramı yerine *optimum ve öngörülebilir zamanlar kavramı ikame edilmiştir*.

Zamanlamalar, optimum dava süreçleri için ölçülebilir hedefler ve uygulamalara özgü örgütler arası ve işlemsel aletlerdir.

Yargılama süresi farklı aktörler (hâkimler, yardımcı personel, avukat, bilirkişi savcılar, kolluk v.s) arasındaki ilişkiler sonucu belirdiğinden, zamanlamalar bunların tümü tarafından paylaşılan ve takip edilen hedefler olmalıdır. Anılan aktörlerin katılımı en azından üç nedenle gereklidir: 1) Aktörler arasında bilinç ve benimseme duygusu yaratılmasına yardımcı olması; 2) Yenilikçi siyasetlerin yeşermesi için uygun bir ortam hazırlaması; 3) Yargılamanın zamanlıca bitirilmesi sorumluluğu yalnızca mahkemelerin işlemlerinde olmayıp; diğer aktörleri ve öncelikle avukatları da içermektedir. Bu açıklamalar, sorunun, süreçlerin süresine ilişkin olduğunu gösterdiğinden yargılamanın zamanlıca yürütülmesi yerine davanın zamanlıca yürütülmesinden söz etmek daha yerinde olacaktır. İşlemsel aletler ise, her mahkemenin ne ölçüde ve daha genel olarak adalet yönetiminin AİHS'nde belirtilen makul süre içinde adil yargılanma ilkesini gerçekleştirerek dava yönetiminin zamanlıca olmasını karşıladığını ölçmek için hedeflere işaret etmektedir. Bu bağlamda şu parametrelerin belirlenmesi ve izlenmesi gerekli görülmektedir:

- (1) Gerçekçi ve ölçülebilir zamanlamaların belirlenmesi,
- (2) Zamanlamanın takibi,
- (3) Verilerin izlenmesi ve paylaşımı,
- (4) Usul ve dava yönetim siyasetleri ve uygulamaları ve
- (5) Dava yükü ve iş yükü siyasetleri.

İşte yargılamada gereksiz geçikmelerin giderilerek makul süre içinde sonuca varılması ülkede adaletle güven duygusu

sunun yerleşmesi açısından gereklidir. Tüketicileri açısından belli ölçüde sabır/direnç gösterme olgusu olan yargılama zamanında gerçekleştirilmediğinde adaletsizlik olabileceği gibi aceleye getirilmesi de adaletsizlik olarak algılanabilir. Süreç uzaması yoksul tüketicileri hak aramaktan çekinmeye; potansiyel hak ihlalcilerini de cesaretlendirmeye itecektir. Bu durumda yargılama sisteminin yoksul yerine varsıla hizmet eder bir kurum haline dönüşme riski oluşacak; toplumsal dayanışma duygusu zedelenecektir.

2006 yılında sistem süreçlerinde gün olarak bekleme/yargılama süreleri şöyledir.

- Cumhuriyet Savcılıklarında ortalama süre 333 gün,
- Ceza Mahkemelerinde ortalama yargılama süresi 326 gün,
- Yargıtay C. Başsavcılığındaki görülmeme süresi 232 gün, ve
- Yargıtay Ceza Dairelerindeki bozma oranı % 61; yıl içinde dairelere özgü ortalama görülmeme süresi 345 gün olduğu göz önüne alındığında 64.392 dosyanın Yargıtay’a yeniden gelmesi göz önüne alınarak kamu davasının açılması ile hükmün kesinleşmesi arasında geçen ortalama sürenin 1.236 gün(3.3 yıl); bozulan davalar bakımından ise, 1.981 (5.2 yıl) gün olacağı belirmektedir.

Aşağıdaki tabloda görüleceği üzere, 2006 yılında karar bağlanan davalardan mahkemeler itibarıyla % 3.1’i 5 yıl veya daha ötesi sürmüş, hiç az değil; 48.625 dava beş yıl veya daha fazla sürmüş olup; bu evreye genelde Yargıtay’daki bekleme süresi dahil değildir.

Ceza Mahkemelerinde 2006 Yılı İçinde Karara Bağlanan Davaların Açıldıkları Yıllara Göre Dağılımı

(*) 2002 yılı ve öncesi

Makul süre, yargıda çok ciddi bir sorun olarak ülkemizde güncelliğini korumaktadır. Yinelensek, Yargıtay tarafından

bozulan davalarda (1/3’ü), bu süre 5.2 yıl sürüyor. Bunun dışında ilk derece mahkemelerine özgü sergilediğim ortalama süreler de (M) oldukça düşündürücüdür. Şimdi siz kendinizi bu davalara konu olan suçların(örneğin cinsel suç) mağduru yerine koyarak, 5.2 yıllık sürenin psiko-dramatik etkilerini düşünün!

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin üzerinde çok durduğu bir sorun da adil/dürüst yargılanmadır. Rahmetli Hocam S. Dönmezer’in adillik yerine *dürüstlük kavramını ikame etmesine* ben de katılıyorum. Sonuçta adil olabilirsiniz ama, dürüst olmayabilirsiniz. Önemli olan adil bir bağlamda dürüst olunmasıdır. Dürüst yargılanma süreci yalnızca yargılama sürecini değil, süreçler kompleksini içermekte; suçlunun yakalandığı andan itibaren başlamaktadır. Öte yandan, dürüst olmak yetmez, aynı derece de dürüst görülmek de çok önemlidir. Örneğin avukatların etik kurallara uyduğunun, etiği içselleştirdiğinin görülmesi gerekmektedir. İşte tüketici açısından görmek, algılamak çok önemlidir. Bu konuda tüketicilere özgü geribildirimler (olumlu/olumsuz) görgül araştırmalarla saptanmalıdır. 2007 yılı verilerine göre, 15 milyon tüketicinin adalet sisteminde işlem gördüğü göz önüne alındığında kulaktan kulağa (*with a word of mouth*) oluşan kamuoyu etkisiyle adalet gemisinin ne derece güvenli olduğu nitel anketlerle irdelenmelidir. Anadolu Üniversitesi’nin Eskişehir’e Etkileri ve Şehrin Üniversiteyi Algılayışı üzerine yapılan bir araştırmanın adalet üzerine de yapılması önerimi yenilemek isterim.

Tüketici odaklı yaklaşımda adliyelerin mimari tasarımı da o derece önemlidir. Bu konuda 11. yüzyıl hükümet konağının restoresi ile kazanılan Kütahya adliyesi güzel bir örnek olurken Ankara Adliyesi kötü bir örnek olarak algılanmalıdır. Teknolojik ve bilişim alanındaki gelişmeler karşısında adliye mimari tasarımları yeniden kurgulanmalı; vatandaşları rahatlatıcı mekanlar

oluşturulmalı; mağdurlar ve tanıklar için hizmet birimleri tasarlanmalıdır. Karşılaştırma açısından yabancı adliye projeleri göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim, Japon Anayasa Mahkemesi inşası sürecinde proje mimari, 12 ülke anayasa mahkeme binasını inceledikten sonra işe koyulmuştur. Binayı inşa etmekte yetmiyor; binanın işlevselliğini ve vatandaş memnuniyetini izlemek ve denetlemek gerekmektedir. Bu konuda ülke genelinde standartlar oluşturulması ve bunların denetlenmesi öncelik arz etmektedir.⁷ Bu standardı sadece koymak önemli değil, etik kuralların içselleştirilmesi de aynı derecede önemlidir. Tüm sorun bu sosyal etkileşim sürecinde yatmaktadır.

Yargıda kalite sorgulaması ve yargıdaki çarpıklığı halkla paylaşmak üzere *Greenpeace* türü bir yapılanma yanında *Barolar* nezdindeki etik kurul bağlamında *İşkence Sözleşmesi* örneğinde olduğu gibi (avukatlar ile emekli hâkimlerin üyesi olduğu) dava izleme kurulu oluşturulması projesi uygulamaya konulabilir. Bu doğrultuda, *Yargıçlar ve Savcılar Birliği*(YARSAV) çekirdek bir kurum olarak işlevsellik kazanabilir. Bu kuruma karşı tepkili davranmak yerine onunla etkileşim içine girmek daha sağlıklı olacaktır. Başlangıçta bu kuruma yönelen tepkiler olumsuz geribildirim bulguları ve teorisi karşısında normal karşılanmalıdır. Kurumsal egoyu koruma ve güçlendirme güdüsü karşısında kimsenin eleştirilmekten hoşlanmayacağı bilinmelidir. Tıpkı *Greenpeace*'e sahip çıkılması dünyanın yaşanılır bir yer olması için gerekli ise YARSAV'ın desteklenmesi de sonuçta yargıda kalite, etkinlik ve tarafsızlık sağlamak adına ülke için yararlı olacaktır.

Makul süre bakımından çok önemli bir nokta da kırtasiyecilik olgusudur. Düşünün, ceza davalarında % 7, hukukta % 7 yetkisizlik ve görevsizlik kararlarına tanık olunmakta ve toplam 180.000 iş, mahkeme trafiğini işgal etmektedir. Bu kırtasiyecili-

ğin makul süreye etkisi küçümsenmeyecek ölçüdedir. Aynı olguya Yargıtay'da aidiyeti cihetiyle "ilgili daireye gönderme" ile de tanık olunmaktadır.

Yargıtay Hukuk Daireleri

Yıllar İtibariyle İlgili

Daireye Gönderilen İş Oranı

(1986-2003/2006)

Türkiye Genelinde Yetkisizlik / Görevsizlik Kararları

Sayısal Değerleri ve Genel Toplamdaki (%) Oranları

Bu konuda yirmi yıldır uğraş vermeme, iki sınıf arkadaşım Yargıtay Başkanı olmasına karşılık Yargıtay Başkanlığına bağlı basit bir ayrıma birimi ile çözüm getiremedik. Bu konuda Strateji Geliştirme Daire Başkanırken hazırladığım Yargıtay Kılavuzu taslağı Başkan M. Utku zamanında benimsenerek çıkartıldı ise de, güncelleştirilmesi ve ciddi olarak izlenmesi yapılmadığından istenilen sonucu veremedi. Bu durumda 5-6 daireyi dolaşan bir dosya için zamanaşımı da devreye girdiğinde (iflas mühendisleri gibi zamanaşımı mühendisleri var!) adalet çok şey kaybetmektedir.

Kırtasiyeciliğin bir başka boyutu, Yargıtay'a gelen dosyaların geri çevrilmesidir. 1995 yılında % 6 olan oran, 2006 yılında % 7'ye yükselmiş, yani 17.000 işten 22.000'e yükseldiği görülmüştür. Adli enerji bir yandan yetersiz gelirirken, beraat, yetkisizlik, görevsizlik kararları, aidiyet nedeniyle ilgili daireye gönderme ve dosyaları geri çevirmenin yarattığı israf küçümsenmeyecek ölçüdedir.

Adli dürüstlük ve yargı reformu, ben- ce tüm reformların en temeli(kaynak so- run) olduğu bilinmelidir. Eğer Türkiye'de yolsuzluk varsa, yargının kaliteli olmayışından, etkin olmayışından geliyor, bu iki kere iki dörtlüdür: Fazlaca kanıtı ihtiyaç yok-

7 Bkz. S. Kalem., G.Jahic, ve İ. Elveriş. Adliye Gözlemleri-İstanbul Mahkemeleri, İst., Bilgi Üniv. Yayını, Mart 2008.

tur. Ama ne var ki, tüm bu söylediklerim, sosyolojik, psikolojik ve sosyal psikoloji ayağı olan şeylerdir. İşin ilginç yanı ise, sosyal psikolojinin babası Muzaffer Şerif iken sosyal psikoloji kavramlarını işlevsel-leştirmede en geri kalan ülke de Türkiye olmuştur. Nitekim Yargı Reformu Stratejisi Belgesi (2009) de yasallık zeminine oturmuştur. Yasa yapmak çok kolay ise de, yasa ile uygulama arasında da boşluk (*gap teorisi*) fazla olduğu ve ülke genelinde aynı tutarlılık ve ciddiyetle benimsenip uygulanmadığında (*standart uygulama*) *genelde hukuka saygının yara alacağı göz ardı edilmektedir*.⁸

Yinelersek, makro düzeyde gölge sorunlar yerine kaynak soruna odaklanılmaktadır. Kaynak sorun ise, yargının ötesinde makro düzeyde anayasal düzenlemelere, sosyo-ekonomik bağlamlara ilişkin bulunmaktadır. Bu ülkede herkes hırsızlık yapıyor; en namusluym diyen adam, en namussuz çıkıyor. Hırsızlık herkese özgü bir suç haline dönüşmüş; 13 milyon elektrik abonesi denetlenmiş, 645.000 elektrik hırsız yakalanmıştır. Hırsızlık insanın doğasında var. Adam Smith’in belirttiği gibi insan tabiatı değişmez. Aşağıdaki neden-sonuç dağılımına yer verilen hırsızlık olgusu yaklaşık olarak evrensel bir nitelik sergilemektedir.

Hırsızlığın Nedenleri

Boğaz köprüsünden plakasını kapatarak geçen üçkağıtçılara bakıldığında Türkiye’deki oranın az olduğu, dünyadaki oran % 2 iken, bizde % 1.7’dir. Ekonomik kriz dönemlerinde mala karşı suçlar ve dolandırıcılıklar daha da artacaktır. İşte beklenen iş yükü nedeniyle yargının hiçbir projeksiyonunu beklemeden çok iyi donanımlı hale gelmesi için acil eylem planı hazırlanmalıdır.

Mikro düzeye gelindiğinde mevcut yaklaşım şöyle özetlenebilir: Konuya epi-

demiolojik yöntemde egemen olan “davranış = sonuç” formülü hiç göz önüne alınmadığından, çoğulcu değişkenleri bulmak amaçlı görgül araştırmalar ve analizlere gidilmemiştir. Kültürel sindirme ve benimsenme olmaksızın sanki değişime duyulan açlığı bastırma dürtüsü ile değişimler toplumun midesine oturmakta; pankreas ve safra yeterli olmadığından hazım sorunları yaşanmakta; düzenlemeler *de jure* vitrinde kalmakta ve reel değişim yaratma gücünden yoksun bulunmaktadır. Konuya salt istatistik analizlerle yaklaşılsaydı, yine döngüsel hızlandırma girişimleri söz konusu olmayacaktı. Anlaşıyor ki, hukukçular ölçmekten pek hoşlanmıyorlar. Etkileri ölçülmeyen varsayımların/teorilerin işlevsiz ve yersiz olacağı bilinmelidir. Bu durumda, karanlık bir dehlizde mum ışığı bile olmaksızın yürümek durumunda kalan yargı erki-soyut varsayım ve teorilerle yetinmek durumunda kalmaktadır. Sonuçta yargılama ekonomisi göz ardı edilmektedir. Bu konuda UYAP’a (Ulusal Yargı Ağı Projesi) göz atılmasında yarar var: Bakanlık Merkez Teşkilatı yanında 134 ağır ceza merkezi, 588 mülhakat adliyesi, 25 bölge idare mahkemesi, ceza infaz kurumları, 83 Adli Tıp birimi olmak üzere yargı teşkilatının tümünde UYAP uygulanmaktadır. Kamuoyu UYAP projesinde şimdiye kadar harcanan bedel(yatırım harcamaları) ile iletişim hatları için yapılan harcamalar konusunda fikir sahibi midir? Yarar-bedel/verimlilik analizi yapılmış mıdır? Proje yatırım maliyeti 160.930 milyon YTL karşılığı adalet üretim standardında elde edilen gelişim ne ölçüde olmuştur? Yazılım ve proje tasarımı/uygulanması akredite olmuş third party bilişim uzmanlarınca irdeleniyor mu? Özetle, kara delik potansiyeli gittikçe artan UYAP projesinin tesis ile idame bedelinin yargıda makul süre tesisindeki etkisi ne olmuştur (!?)

8 Gap teorisi için bkz. M.T. Yücel. *Hukuk Sosyolojisi*, 2004.

Yargı Reformu Strateji Belgesinde sözü edildiği üzere, *Ceza Hukuku ve Usulünde çok köklü değişimler oldu. Bu değişimlerin sonucunu somut bir örnekle sergilemek istiyorum:iki kez ev basıp, serbest bırakılan sanık sevdiği kadının kocasını öldürdü, sonra intihar etti (Vatan, 12/06/2008, s.1,15) İki kez cezaevine giren, adli sicil belgesi oldukça kabarık bir kişi olan sanık bangır bangır psikopat bir suçlu olduğunu haykırıyor; kadının evini basmış, taciz etmiş ise de, her seferinde serbest bırakılmış; sonunda kadıncağız evlenmiş, sanık arkasını bırakmıyor, yolda kısıtıyor, kocasını öldürüyor. Nerede ceza adaleti sisteminden beklenen proaktif işlev? Bu derece tehlikeli bir suçlunun konumu iyi değerlendirilip, iki kez tacizden yargı önüne çıkarıldığında, bırakılmayıp, tutukluluk tedbirine başvurulamaz mı idi? Denetimli serbestlik kurumu ile düzenlenen suçlu sosyal araştırma raporu (SAR) elektronik ortamda hâkimin dikkatine sunulamaz mı idi? Mağdur hakları bu derece göz ardı edilebilir di? Öte yandan, denetimli serbesti kurumundan büyük beklentiler var ise de, bunun yakın bir gelecekte gerçekleşeceğini düşünmek hayaldir. Oldukça zaman ve kaynak gerektiren bu kurumun (103 yıllık Anglo-Sakson kurumu olarak) İngiltere ve Galler'deki uygulaması da yeterlilikten yoksun bulunmaktadır.*

Bu kurum çocuk yargılama hukukuyla *de jure* olarak 30 yıl evvel kuruldu ise de, bir uygulaması olmadı. Bu konuyu 1967 yılında *Adalet Dergisi'nde* yayınlanan bir analiz raporunda değerlendirerek, *denetimli serbestliğin (kullandığım terim gözetimli erteleme idi) ilk önce suçlu çocuklar için uygulamaya konulması; uygulama bilinci ve standartların oluşmasından sonra yetişkin suçluları kapsamına almasını önermişim!*

2008 Mart ayının rakamlarına göre, Türkiye 70 milyon nüfusa göre 100.000 ki-

şideki, cezaevi nüfusu 135; ülke cezaevleri nüfusu korkunç bir artışa tanık olmaktadır. Cezaevlerindeki önemli ve çaplı iyileşmelere karşın cezaevleri bu basınca dayanamayacağından aflar yeniden gündeme gelecektir. Yıllardır infaz edilen medyan ceza süresini azaltmak / affı apolitize etmek için verdiğimiz uğraşlar 2004 yılı ve sonrası yeni ceza siyaseti ile buharlaştı. Yeni Ceza Kanunu'nun getirdiği bir örnekte, beşinci sınıf öğrencisinden, 39 TL çalmış; parayı da ödemiş olan bir çocuk, 10 kez yaptığı için bu işi, gasp'tan 120 yıl, arkasından 40 yıla indiriliyor. Kriminoloji temeli olmayan ceza siyasetinin sonucu "1965 yılı öncesi ağırlaştırılmış ceza uygulaması tekerlür edecektir" (Mülga 647 sayılı Cezaların İnfazı Hakkındaki Kanun öncesi).⁹

Rahmetli Prof. S. Dönmezer ile Prof. T. Demirbaş gibi bazı ceza hukukçuları dışında kalan cezacıların kriminolojik nosyondan yoksunluğu ceza adaleti reform girişimleri için sakıncalı olmuştur. Prof. S. Selçuk da bu tezimi vurgulamak üzere "kriminolojisiz ceza hukukçuluğu olmaz" diyor. İnsanın doğrudan veya dolaylı etkilendiği bir süreçte insan nasıl soyut düşünmekle yetinebilir? Soyut kavramların insanlar üzerindeki etkisi nasıl göz ardı edilebilir? Bu durumu saptadığı için rahmetli hocam Prof. F. Erem; hümanist açıdan ceza hukuku'na vurgu yapıyordu. *Yabancı ülke ceza ve infaz uygulamasına ait gözlemlerini aktaran uzmanların biraz da ülkemiz adliyesi ve/ya cezaevlerinde araştırma amaçlı geçirdiği zamanları kendilerinden duymak istiyoruz. Ne var ki, ülkede cereyan eden kriminolojik olgulardan pek haberleri yok: "ilk önce 4000 kişi olarak düşünülen sonra kapasitesi 10.700 kişi olan "Silivri cezaevleri kampusu" hizmete girdi. Kimsenin bu kompleksi irdelediğine tanık olmadım. Nerede penologlar, nerede infaz bilimcileri? Bu çapta bir cezaevleri kompleksi- nin işlevsel komplikasyonları yeterince*

9 Bkz. T.Demirbaş. *İnfaz Hukuku, Seçkin*, 2008, s.143 vd.

ir delendi mi? Mahpuslarla birlikte personel sayısı göz önüne alındığında yönetim sorunları sanal ortamda analiz edildi. Açılışına ve kapanışına tanık olduğum Balkanların en büyük cezaevi olarak lanse edilen Bayrampaşa(Sağmalcılar) Cezaevi örneğinden yeterince ders alınmadı mı? Kurulduğu tarihte yerleşim yerlerinden uzakta olan bu kurum kısa sürede yerleşim mekanları içinde bir nokta oldu;ve mimari tasarımımda ön görülemeyen nedenlerle “Balkanların en kötü cezaevi” olarak (2008) noktalandı.

İnsan hakları bakımından temiz bir ülke yok ise de, karnemizin iyi olmadığını¹⁰ kabul edelim. ABD ve İngiltere de karnesi iyi olmayan ülkelere dendir. İngiltere, terör zanlılarının gözetim süresi 28 günden 42 güne çıkarttı (2008). Başbakan Gordon Brown, “oyunun kuralları değişti” diyerek bu süre uzatımını haklı göstermeye çalışıyor. Türkiye, Devlet Güvenlik Mahkemesi kapsamındaki suçlar bakımın gözetim süresi için bizim için de oyunun kurallarının değiştiği tezini işleyemedik; arkasında duramadık. ABD bakımından Guantanamo örneği var. Birleşmiş Milletler İşkence Sözleşmesine aykırı olan bu tretmanda, tutuklular Habeas Corpus’tan yoksun bırakıldı. Nihayet, Supreme Court (Yüksek Mahkeme) 5’e karşı 6 oyla, “buna son” verdi (2008). CIA ajanları Guantanamo’-daki tutuklulara waterboarding denilen özel bir işkence uyguluyordu. Bu uygulamaya karşı Mec-listeki İnsan Hakları Komisyonu’ndan hiç ses seda çıkmadı. Öte yandan ABD Dışişleri Bakanlığı raporunda “Türkiye, insan

ticaretinde sınıfta kalmak üzere...” O’nun “Habeas Corpus” gibi hukukun temel ilkesini kaldırdığı bir devirde sesimizin çıkması hayret vericidir!

Şimdi sizlerle yargılamanın karar sürecini irdelemek istiyorum. En son Dr. O. Ergül’ün “Türk Anayasa Mahkemesi ve Demokrasi” adlı eserinde yinelenen “Hâkimlerde şöyle bir şey var: Hukuka ve vicdani kanaatlerine göre karar vermiş”. Sanki mahkeme kararı = olgu X norm eşitliğinden ibaret gibi sergileniyor. Bu eşitlik olsa olsa Mahkeme Kararı = norm X öznel olgu şeklinde olabilir. Tanıkların düşünce süreçlerine etkileri bakımından rasyonel olmayan faktörlerin etkilerine duyarlılık gösteren hâkimler ve avukatlar aynı faktörlerin hâkimlerin düşünce süreçlerine etkisi söz konusu olduğunda sükut etmektedirler. İşte katı bir şekilde sürdürülen hukuk eğitiminde “ideal hâkim” tipi illüzyonundan sıyrılarak, hâkimlerin de yanılabilir yaratıklar olduğunu kabullenmek en rasyonel bir seçenek olacaktır. Bu konuda yargı psikolojisi¹¹ ve yargı sosyolojisi önemli başvuru kaynakları olmalıdır.

İşte bu özneliliğin ne derece çarpıcı olduğunu sergilemek için yargılama psikolojisine nüfuz etmek gereklidir. Ne var ki, hukuk fakültelerinde normatif dersler yanında Adalet Psikolojisi seçimlik ders olarak gölgede kalmaktadır.

Gelelim istinaf mahkemesine; çok enteresan bir şey. Ne diyor? Adalet Bakanlığı Yargı Reformu *Strateji Belgesinde* çok önemli bir cümle var; “Yargının etkinlik ve

10 Ocak 2009 itibarıyla AİHM’de Türkiye aleyhine yapılan başvuru sayısı 11.100’ dur. Karara bağlanan 1939 dava dağılımı ise şöyledir;
İhlal olmadığı saptanan: 37
Dostane çözüm: 204
Yetkisizlik: 22
Mayıs 2004-Nisan 2009 tarihleri arasında (beş yılda) ihlal kararları sonucu hükmedilen tazminat tutarı: 85.738.-TL.

11 Bkz. M.T. Yücel. *Adalet Psikolojisi* Ank., Altıncı Bası, 2007.

verimliliğine büyük katkı yapacağı düşünülen bölge adliye mahkemelerinin, mevcut eksiklikler giderilerek 2010 yılı içerisinde faaliyete geçmesi sağlanacaktır.” Bu hipotez yanlışlar üzerine inşa edilmiş bir hipotezdir. Adalet istatistiklerindeki veriler bir simülasyon programıyla irdelendiğinde istinaf projesinin ne derece yararsız ve isabetsiz olacağı görülecekti. Bunu dizayn edenler göremediler, çünkü onlar da olayı soyut düzlemde ele aldılar. Komisyonadaki bir uzmana, “siz bunu nasıl ele aldınız?” diye sorduğumda, “Ben teknisyenim, Bakanlığın verdiği görevi yaparım.” demesi karşısında hayretimi gizleyemedim. Bu yaklaşım, etik açıdan yanlış bir yaklaşımdır. Nitekim, Saddam Hüseyin, Bağdat’ta 5.000 kişilik cezaevi yapmak istediğinde, İngiliz mimarlık bürosu “5.000 kişilik cezaevi yapılamayacağını” bildirmişti.

Daha önce vurguladığım bir konuyu yinelemek istiyorum: Sistemde yeterince ayıklama işlemine yer verilmemektedir. Yargıtay’a ilk derece mahkemelerinden çok fazla iş akmaktadır. Türkiye’de ilk derece mahkemelerinden çıkan iş yükünün % 21.3’ü temyize gidiyor. Almanya’da istinaf ve temyize giden işler toplamı ise % 10.7i buluyor.

1998 Yılı İçinde Karar Verilen (Hukukve Ceza) İş Sayısı ve Oranı

(a) (b) (c)

(*) 2002 yılı değerleri

(**) Fransa’da istinafa başvuru oranının düşük olması, davaların büyük bir kısmında tarafların ilk derece mahkeme kararını kabul ettiklerini göstermektedir.

Teknisyenler ülkedeki bu çarpıklığı düzeltmek yerine maliyeti yüksek, pragmatik sonuçları kuşkuyla bir projeye (bölge adliye mahkemeleri) yelken açmayı yeğlediler. Bazı uzmanlar, “Yargıtay’ın iş yükü fazla” deseler de, bu tablo bir görüntü olmaktan öteye gitmemektedir. Yargıtay’da

2 ve 3 nolu Ceza Dairelerini kaldırırsanız hiçbir şey olmaz Türkiye’ye. Bu bağlamda Alman yargı profiline bir göz atmakta yarar vardır. Genelde Alman yargı sistemi iyi çalışmaktadır. 2004 yılı verilerine göre mahalli mahkemelerdeki davaların %50’sinden fazlası üç ay içinde, Bölge Mahkemeleri davalarının %35’i üç ay içinde, % 25’i de altı ay içinde sonuçlanmıştır. Yalnız, bu sistemin bir bedeli olduğu da bilinmelidir. Usul reformlarında iş yükünü hafifletmek üzere usulü basitleştirmek ve iş yükünü azaltmak hedeflenmiştir. Bu tür yaklaşım adliye personelinin ihtiyaç altında olduğunu saptayan araştırmalarla da vurgulanmaktadır.

Buna karşılık avukat sayısı son yıllarda oldukça artış göstermiştir. 1996 yılında 78.810 iken, 16 Haziran 2005 tarihinde bu sayı 132.569’a yükselmiştir. Böylece, Türkiye örneğinde olduğu gibi genç avukatlar için profesyonel fırsatlar gittikçe azalmaktadır. Bu sayısal veri ile Almanya, ABD gibi davacı bir halk görüntüsü sergilemektedir.

Personel ve mahkeme sayısı ile nüfus arasındaki ilişkiyi belirlemek üzere mukayeseli tablolara aşağıda yer verilmiştir.

Avrupa’da Hâkim/Yardımcı Personel Sayısı ve Nüfusa Oranı (2002)

Ülkeler İtibariyle İlk Derece Mahkeme Sayısı ve Nüfusa Oranı (2002)

Yargı Bilişim Kurumunun oluşturulması, çok ciddi bir kurum olarak ele alınmalıdır. Bu kuruma ihtiyacı tam 17 yıl evvel söyledim. “İstim arkadan gelir” deyişi adalet sektörü bilişim entegrasyonunda bir kez daha kendini kanıtladı. 2008 yılında Emniyet Genel Müdürlüğü, Asayiş Dairesi Başkanlığında Suç Analizi Programını incelerken bu eksikliği çarpıcı bir biçimde gözledim.

İşte bu düşüncelerle yakın tarihimizde yargı sisteminin (ceza ve hukuk) yapısal

analizi kapsamında yeterli/etkili soruşturma/ön hazırlık¹² olmaksızın açılan duruşmaların sebebiyet verdiği makul süre ötesi gecikmeler; yapay iş yükü ve gıyabı tevkifli dosyalarla bunalan mahkemeler; hukuk davaları ile ceza davaları arasındaki etkileşim, faili meçhul dosyalar, zamanaşımından düşen soruşturmalar/ceza davaları ile yüksek orandaki itham ve beraat gibi sorunlar karşısında bütünsel bir yaklaşımla etkin bir yargılamanın oluşumuna yönelik önlemler paketi oluşturmak üzere istatistik analizleri ve görgül araştırmalar yanında referans olabilecek Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararları¹³ ile Adaletin Etkinliği Avrupa Komisyonu çalışmalarına odaklanılmalıdır. Bu Tavsiye kararlarındaki standartlar ve rehber ilkeler ile uluslar arası sözleşmelere göre bir *Adli Etkinlik Endeksi* belirlenmeli ve her yıl ha-

*zırlanacak Adli Yıl Raporu’nda (AER) bu işaret levhalarına ne derece uyulup uyulmadığı izlenerek raporlanmalıdır.*¹⁴

Sonuç olarak, yargının etkinliği kadar hesap verirliliği de gündeme gelmeli; istikrarlı ve bağımsız bir yargı mekanı yaratmak ve geliştirmek fikri üzerinde devamlı çalışmalı; yasaları uygulayanların hâkimler olduğu; iyi hâkimlerin etkinlik girişimleri ne ivme kazandırabileceği¹⁵; taraflı ve ilgisiz hâkimlerin ise bu girişimleri amacından saptırabileceği;¹⁶ kimin ne zaman sanık, tanık, davacı/davalı olacağı bilinmeyeceğinden, yargıda tüketici herkesin, mümkün olan en iyisi olacak biçimde, saygılı, yetkin ve adil olarak işlem görmesinin “adil yargılanma hakkı” gereği olduğu bilinci yaygınlaştırılmalıdır. “Yapılması gerekeni geciktirmek, düne ayak uydurmaktır.” (André Gide).

12 Adalet Bakanlığı, Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün Soruşturmaların yürütülmesi, soruşturma evrakının düzenlenmesi ve tamamlanmasında dikkat edilecek hususlar hakkındaki 1/01/2006 tarih ve 2 sayılı Genelgesi.

13 <http://www.coe.int>; ayrıca bk. Adalet Akademisi. Mahkemelerin Yönetimi ve Adaletin Kalitesi Semineri (Ed.M.Tiryaki) Ank., 2005, s.381: “adli faaliyetin çeşitli yönleri sistemde ölçülebilir: tarafsızlık ve bağımsızlık, birliktelik, taraflarla kişisel etkileşim, hukuk birliği(unity of law), hız ve süreç zamanlaması.”

14 AB Komisyonu Adalet ve İçişleri Genel Müdürlüğü ile Geliştirmeden Sorumlu Genel Müdürlüğüne hazırlattırılan rapor için bk. Richmond, P. ve Björnberg, K.Türkiye Cumhuriyetinde Yargı Sisteminin İşleyişi (İkinci İstisari Ziyaret Raporu-11-19 Temmuz 2004) Ankara Barosu Avrupa Birliği Merkezi Yayını, s.xviii: “Türkiye’de yargı sisteminin işleyişi mükemmellikten uzak kalmaya devam etmektedir.”; B.Kartal “Türkiye’de Adil Yargılanma Hakkı” Yargutay Dergisi, C.31, Sayı 1-2, Ocak-Nisan 2005,s. 18: “ülkede daha düşük düzeyde bir yargılanma ile yetinilmektedir. Bunun getirdiği olumsuz etki nedeniyle davalar daha da artış göstermektedir.” Bk. Adaletin kalitesi konusunda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Tavsiye Kararları için bkz. M.T. Yücel.Türkiye’de Yargının Etkinliği; Adalet Akademisi,a.g.e; Avrupa Komisyonu Yargının Etkinliği Komisyonu(CEPEJ) 11.Genel Kurulu toplantısında (2-3 Temmuz 2008) kabul edilen Adalet ve Mahkemeler Kalitesini Geliştirme Kontrol Listesi için bkz. <http://www.coe.int/cepej> Bu bağlamda aşağıda yer alan araştırma benzerinin yeni adliye binası ile birlikte Eskişehir’de Mahkemeler ve Eskişehir Halkına özgü gerçekleştirmek planlanmalıdır. Bk. Anadolu Üniversitesi. Anadolu Üniversitesi’nin Eskişehir’e Etkileri ve Şehrin Üniversiteyi Algılayışı Eskişehir, Ekim 2008.

15 Yazarın hâkimlik mesleği sırasında gerçekleştirdiği projelerden bazıları şunlardır: “polis imdat”(055, sonra 155 olan Polis İmdat yazarın on yıl ısrarla çalışarak S.A. Bedük’ün emniyet genel müdürlüğü sırasında (1986) gerçekleştirdiği bir projedir.), “özel hukuk davalarında yurt-dışı tebligat ve istinabe istemlerinin hızlandırılması”, “adli-sicil bilgisayarlaşması ve ülkeye yayılması” ve “yargıda bilgisayarlaşma sürecinde öncü pilot uygulamalar.

16 Bk. B. Öztürk “Türkiye’nin Yeni Savcı Modeli” Sulhi Dönmezer Armağanı Ank., 2008, s.1121.