H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Şefik Taylan Akman • Hukuk-Politika İlişkisinin Niteliği Üzerine
Vecdi Aral • Hukuk Nedir?
Müjdat Avcı • Eğitim ve Yabancılaşma İlişkisi
Duygu Hatipoğlu • *Aydın* Hukuki Çoğulluk ve İktidar
Metin Becermen • Hukuk ve Politika Kıskacında Beden
Sevil Birbilen • Aristoteles'te Etik ve Politika Arasındaki İlişki
Meltem Dikmen Caniklioğlu • Sahte Demokrasiler Çağında Demokrasinin Gerçek Felsefesi
Sabri Çakır • Türkiye'de Evli Kadınlar Ekseninde Evlilik/Aile Algısı ve Boşanma Olgusu
Muzaffer Dülger • Homo Commoditus: Sahip Olmak, Genetik Metalar ve Fikri Mülkiyet
Zeynep Üskül Engin • Toplumsal Ahlak ve Hukukun Kesiştiği Noktada Kadın Sorunsalı
Hatice Nur Erkızan • Demokratik Bir Toplumun Politik Duygusallığının Analizi Üzerine: Nussbaum
Sercan Gürler • Albay Chabert: Hukuk Felsefesi Açısından Bir İnceleme
Koray Güven • Gerald Postema'nın "Ezgi" Modeli ve Hukukta Kıyas Yönteminin Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerinden İncelemesi
H.Serdar Hoş • Hukuki Çoğulluk
Yasemin Işıktaç • İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından "Ben İnşası"
Meriç Seyhan Karaca • Perelman'ın Yeni Retorik'inde Evrensel Dinleyici Kitlesinin Rolü
Yusuf Karakoç • Sosyal Düzen Kurallarının İşlevi
Filiz Kerestecioğlu • Hukuk ve Kibir: Bir Başka Deyişle Hukukçu Kibri
Taşkıner Ketenci • İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ndeki İnsan Kavramının Müphemliği ve Muğlaklığı Üzerine
Muharrem Kılıç • Bilgi-İktidar İlişkisi Bağlamında Yasa Düşüncesi: İktidarın Yasal(l)aşması
Umut Koloş • Foucault ve Hukuk Tartışmalarına Katkı: Dispositif Olarak Hukuk
Thorkild JACOBSEN, Çev.İsmail Kırlı • Antik Mezotopamya'da İlkel Demokrasi
Mustafa Bayram Mısır • Kamu Hukukuna Karşı Devlet: Schmitt'in Siyasi İlahiyat'ı
M.Kayhan Mutlu • Bir Sosyolojik Analiz: Orta Doğu Ülkeleri ve Hukuk-Ekonomi Entegrasyon Problemi
Cengiz Otacı • Hukukta Değişim ve Süreklilik: Töre Saikiyle Öldürme Bağlamında Değerlendirme
Güncel Önkal • Hukuk nasıl düşünür? Sosyal Epistemolojinin Hukuksal Gerçekliğe Bakışı
Nadire Özdemir • Hukuki Çoğulluk Kavramı ve Görünümleri: "Roman Hukuku" ve "Aborijin Hukuku"
Ayşegül Sili • Adalet, Hukuk ve Şiddet Arasında Yasalar
Osman Sümer/Güncel Önkal • Onarıcı Adalet Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi
Elif Tarhan • Hukuk ve Vicdan
Engin Topuzkanamış • Alışkanlık ve Hukuk
Cengiz Mesut Tosun • Toplum Sözleşmelerindeki "Yasacı"
Mehmet Turhan • Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu
Mehmet Akif Tutumlu • Psikolojik, Metafizik ve Hukuki Bir Fenomen Olarak Hak Kavramı
Mehmet Yüksel • Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış

26

Hazırlayanlar: Hayrettin Ökçesiz / Gülriz Uygur / Saim Üye

İSTANBUL BAROSU

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - VI" Sempozyum

İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler

(26-29 Kasım 2012, İstanbul)

26. KİTAP

Hazırlayanlar

Hayrettin ÖKÇESİZ • Gülriz UYGUR • Saim ÜYE

İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstanbul 2014

Genel Yayın Sıra No: 244
2014/10
ISBN No: 978-605-9050-10-4
Yayıncı Sertifika No: 12457

•

HFSA-Hukuk Felsefesi ve Sosyoloji 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
Serdarı Ekrem Cd. No.7 Galata Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0212) 251 63 25 / Faks: (0212) 293 89 60
dergi@istanbulbarosu.org.tr

•

Baskı
Tor Ofset San. Tic. Ltd. Şti.
Hadımköy Yolu Akçaburgaz Mahallesi
4. Bölge 9 Cadde 116. Sokak
No: 2 Esenyurt/İstanbul
Tel: 0 212 886 34 74 (Pbx)
Fax: 0 212 886 34 80
E-Posta: tor@torofset.com.tr
Matbaa Sertifika No: 13137

•

Ekim 2014

•

- Toplantı Notları -

•

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

SUNUŞ

HFSA'nın bu kitabı 26-29 Kasım 2012 tarihinde İstanbul'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde yapılan ve HFSA ve İstanbul Barosu işbirliğinde düzenlenen"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-VI" sempozyumunun bildirilerinden oluşmaktadır.

HFSA'nın gerek sempozyumunun düzenlenmesinde gerekse kitaplarının basılmasında her zaman desteğini gördüğümüz İstanbul Barosuna, bildirilerinin toplanmasında yardım eden Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Nadire Özdemir'e ve Matbaasında yayıma hazırlama ve basım sırasında emeği geçen herkese teşekkür ederiz.

Hayrettin Ökçesiz-Gülriz Uygur-Saim Üye

İçindekiler

1. Hukuk-Politika İlişkisinin Niteliği Üzerine - *Şefik Taylan Akman* *7*
2. Hukuk Nedir? -*Vecdi Aral* *19*
3. Eğitim ve Yabancılaşma İlişkisi - *Müjdat Avcı* *33*
4. Hukuki Çoğulluk ve İktidar - *Duygu Hatipoğlu Aydın* *51*
5. Hukuk ve Politika Kıskacında Beden - *Metin Becermen* *55*
6. Aristoteles'te Etik ve Politika Arasındaki İlişki - *Sevil Birbilen* *63*
7. Sahte Demokrasiler Çağında Demokrasinin Gerçek Felsefesi - *Meltem Dikmen Caniklioğlu* *69*
8. Türkiye'de Evli Kadınlar Ekseninde Evlilik/Aile Algısı ve Boşanma Olgusu - *Sabri Çakır* *75*
9. Homo Commoditus: Sahip Olmak, Genetik Metalar ve Fikri Mülkiyet - *Muzaffer Dülger* *101*
10. Toplumsal Ahlak ve Hukukun Kesiştiği Noktada Kadın Sorunsalı - *Zeynep Üskül Engin* *123*
11. Demokratik Bir Toplumun Politik Duygusallığının Analizi Üzerine: Nussbaum - *Hatice Nur Erkızan* *139*
12. Albay Chabert: Hukuk Felsefesi Açısından Bir İnceleme - *Sercan Gürler* *147*
13. Gerald Postema'nın "Ezgi" Modeli ve Hukukta Kıyas Yönteminin Bir Anayasa Mahkemesi Kararı Üzerinden İncelemesi – *Koray Güven* *165*
14. Hukuki Çoğulluk - *H.Serdar Hoş* *181*
15. İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından "Ben İnşası" - *Yasemin Işıktaç* *193*
16. Perelman'ın Yeni Retorik'inde Evrensel Dinleyici Kitlesinin Rolü - *Meriç Seyhan Karaca* *209*
17. Sosyal Düzen Kurallarının İşlevi - *Yusuf Karakoç* *215*
18. Hukuk ve Kibir: Bir Başka Deyişle Hukukçu Kibri - *Filiz Kerestecioğlu* *219*
19. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ndeki İnsan Kavramının Müphemliği ve Muğlaklığı Üzerine- *Taşkıner Ketenci* *229*
20. Bilgi-İktidar İlişkisi Bağlamında Yasa Düşüncesi: İktidarın Yasal(l)aşması - *Muharrem Kılıç* *239*
21. Foucault ve Hukuk Tartışmalarına Katkı: Dispositif Olarak Hukuk - *Umut Koloş* *257*
22. Antik Mezotopamya'da İlkel Demokrasi - *Thorkild JACOBSEN, Çev.İsmail Kırlı* *265*
23. Kamu Hukukuna Karşı Devlet: Schmitt'in Siyasi İlahiyat'ı - *Mustafa Bayram Mısır* *283*
24. Bir Sosyolojik Analiz: Orta Doğu Ülkeleri ve Hukuk-Ekonomi Entegrasyon Problemi - *M.Kayhan Mutlu* *303*
25. Hukukta Değişim ve Süreklilik: Töre Saikiyle Öldürme Bağlamında Değerlendirme - *Cengiz Otacı* *315*
26. Hukuk nasıl düşünür? Sosyal Epistemolojinin Hukuksal Gerçekliğe Bakışı - *Güncel Önkal* *359*
27. Hukuki Çoğulluk Kavramı ve Görünümleri: "Roman Hukuku" ve "Aborijin Hukuku" - *Nadire Özdemir* *363*
28. Adalet, Hukuk ve Şiddet Arasında Yasalar- *Ayşegül Sili* *375*
29. Onarıcı Adalet Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme İşlevi - *Osman Sümer/Güncel Önkal* *383*
30. Hukuk ve Vicdan – *Elif Tarhan* *405*
31. Alışkanlık ve Hukuk - *Engin Topuzkanamış* *415*
32. Toplum Sözleşmelerindeki "Yasacı" - *Cengiz Mesut Tosun* *423*
33. Anayasanın Yorumlanmasında Felsefi Yaklaşım: Ronald Dworkin'e Göre Anayasanın Ahlaksal Okunuşu - *Mehmet Turhan* *443*
34. Psikolojik, Metafizik ve Hukuki Bir Fenomen Olarak Hak Kavramı - *Mehmet Akif Tutumlu* *481*
35. Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış – *Mehmet Yüksel* *491*

HUKUK – POLİTİKA İLİŞKİSİNİN NİTELİĞİ ÜZERİNE[1]

Şefik Taylan AKMAN[2]

Hukuk – Politika İlişkisi ve Hukuk Düzeni

Hukuk – politika ilişkisinin niteliği ve karakteri konusunun ortaya konabilmesinin ilk ayağını, hukuk düzeninin incelenmesi oluşturur. Bu bağlamda, günümüz liberal ekonomi–politiğine dayanan devlet yapılanması açısından, hukuk düzeninin ne anlama geldiğinin ve etkinliğinin ortaya konulması bir zorunluluktur.

Klasik hukuk yaklaşımlarına göre, insanın sosyal bir varlık olması onu diğer insanlarla bir arada yaşamaya yöneltmiş, fakat bu toplumsallaşma süreci, insan doğasının bencil karakteri dolayısıyla, bir dizi çatışmanın ve anlaşmazlıkların doğumuna sebebiyet vermiş; insanlar da, söz konusu çatışma ve anlaşmazlıkları çözmek ve esasen toplumsal yaşamı bir düzene koyarak emniyet ve adaleti tesis edebilmek için, adına hukuk denilen düzen kurallarını meydana getirmişlerdir[3]. Bu düzen kuralları bir yönüyle yöneticiler ile yönetilenler arasındaki diğer yönüyle toplumsal yaşam içindeki ilişkileri önceden belirlenmiş bir yapı dâhilinde şekillendirmekteydiler. Aynı zamanda söz konusu düzen kuralları bireysel ve toplumsal yaşam üzerinde gösterdikleri doğrudan etkinlik nedeniyle düzenleyici oldukları kadar kendilerine uyulmaması halinde yaptırım gücüne sahip bir meşruiyete de sahiptiler. Bu bağlamda hukuk düzeninin de toplumsal yaşam içinde bizatihi bir belirleyici etken olarak kendini göstermeye ve önem kazanmaya başladığından söz etmek yanlış olmayacaktır.

Hukuk düzeninin kazandığı bu önemin birkaç nedenden ve esasen hukukun toplumsal işlevinden kaynaklandığı söylenebilir. Öncelikle hukuk düzeni ve genel olarak hukuk, mevcut politik, ekonomik sistem ile toplumsal ilişkiler üzerinde bir dizi doğrudan etkiye sahiptir. Bu etkileri hukukun meşrulaştırıcı ve maskeleyici niteliği ile hukukun bilinç üzerindeki etkinliği olarak ele almak mümkündür.

Hukukun meşrulaştırıcı niteliği sorunu gündeme geldiğinde, öncelikle hukukun neyi meşrulaştırdığı sorusuna cevap vermek gerekir. Bu bağlamda hukukun var olan ekonomik-politik sistem üzerinde ve esasen politik iktidarın varlığına yönelik meşrulaştırıcı bir işlev oynadığından bahsedilebilir. Politik iktidar olgusu incelenmeye başlandığında ise, öncelikle söz konusu iktidarın kaynağını ve aynı zamanda meşruiyetini nereden aldığı sorusu ve buna ilişkin tartışmalar başat bir konuma yükselir. Politik iktidarın varlığını ve

---

1 Bu tebliğ metninin hazırlanmasında, yazarın "Hukuk ve Politika İlişkisi – Eleştirel Hukuk Çalışmaları ve Hukukun Politik Karakteri" başlıklı doktora tez çalışmasından temel kaynak olarak yararlanılmıştır.

2 Yar. Doç. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

3 ARAL, Vecdi, **Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine***, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991, s. 18 – 19. Ayrıca bkz. ÇAĞIL, Orhan Münir,* **Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş***, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971, s. 24 – 25.*

sürdürülebilirliğini, doğrudan şiddet tekeline bağlayan görüşler olduğu gibi, normal koşullarda iktidarın, esasen bireylerin ve toplumun genel kabulüne şayan bir meşruiyet zeminine dayandığını, ancak olağanüstü koşullarda şiddet tekelini kullanmasının gündeme geldiğini belirten yaklaşımlar da vardır[4]. Gerçekten iktidarın, sadece sahip olduğu şiddet tekeline dayanarak var olduğunu söylemek zordur; iktidar sürekli olarak bu tekele sahip ise de, bunu ön plana çıkararak açık biçimde kullanmaz. İktidar, daha ziyade toplumsal onaya dayanan bir itaat rejimi kurmaya çalışır. Bunun için en kestirme yol ise, hukuk devleti, insan hak ve özgürlükleri, hukuk düzeni gibi çeşitli adlar altında, hukukun ve normlar sisteminin maskeleyici, aynı zamanda meşruiyet yaratıcı bir biçimde kullanılmasından geçmektedir. Modern devlet açısından bakıldığında Immanuel Wallerstein'ın da belirttiği üzere, örneğin işçi sınıfının denetim altında tutulabilmesi için, devlet mekanizması tarafından açık kuvvet kullanılması gibi hem pahalı hem de istikrarsızlaştırıcı yöntemler çoğunlukla ilk sırada tercih edilesi değildir, aksine işçilerin ya da diğer kitlelerin şu veya bu biçimde ama daha incelikli metotlarla denetim altında tutulabilmesi gerekmektedir[5]. Bunun gerçekleştirilebilmesinde ise iktidarın meşruiyetine dair inancın beslenmesi, ideolojik aygıtlar ve esasen inanç sistemleri aracılığıyla rejime yönelik itaat süreçlerinin olağanlaştırılması gibi farklı tekniklerin kullanımı ön plana çıkmaktadır.

Hukuk düzenin mevcut ekonomik-politik sistem üzerindeki etkisinin ikinci boyutunun insanların bilinçleri üzerinde gösterdiği etkinliği göz önüne alarak değerlendirmek gerekir. Gerçekten hukuk, aynı zamanda bir tür bilinç yaratarak itaat rejimini inşa eder. Bu itaat, hukuk, eğitim sistemi, aile kurumu, din, kültür gibi devletin ideolojik aygıtları vasıtasıyla, salt zora dayanmayan bir çerçevede somutlaştırılır. İnsanların zihninde, hukuk kurallarına uyulması gerektiği yönünde genel bir bilinç oluşturulur. İtaat böylece, olağan koşullarda, devletin şiddet araçlarının zorlayıcı gücüne başvurmaya gerek kalmadan, kendiliğinden, gönüllülüğe dayanan bir süreç aracılığıyla sağlanmış olur. Bu itaat olgusu, aynı zamanda sistemin meşruiyetine katkı sunarak, mevcut politik – ekonomik iktidar süreçlerinin de sürdürülebilirliğini mümkün kılar.

Bu noktada diğer bir sorun, hukukun bağlayıcılığının neye dayandırıldığı ve bunun, o hukukun belirlediği çerçeveye uymakla mükellef kişilerce nasıl onaylanabildiği meselesidir. İnsanların hukuka uymalarının sebeplerini ortaya koymaya dönük, tarihsel arka planı antikiteden günümüz modern zamanlarına uzanan, devasa bir külliyatın ve tartışmanın ol-

4 *DUVERGER, Maurice,* **Siyaset Sosyolojisi**, *(Çev. Şirin Tekeli), Varlık Yayınevi, İstanbul, 1995, s. 123 – 125, KAPANİ, Münci,* **Politika Bilimine Giriş**, *10. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1998, s. 49 – 50. Kapani'ye göre maddi kuvvet ve zor kullanma olarak nitelendirilebilecek kuvvet tekeli siyasal iktidarın her ne kadar çok önemli bir karakteristiği olsa da rıza ve itaat unsurları da son derece belirleyicidir. Gerçekten yönetilenler genellikle hiçbir zorlama olmadan da iktidarın emir ve kararlarına itaat ederler. İktidarın amacına ve yararlılığına inanıldığı ölçüde emir ve kararlara uyma bilinçli olabileceği gibi, bilinçsiz veya mekanik de olabilir. Gelenek, görenek, alışkanlık, çevresel baskı, eğitim, şartlandırma, menfaat beklentisi, cezalandırılma korkusu ve çaresizlik duygusu gibi birçok etmen bu itaatin gerekçesini oluşturabilir. KAPANİ,* **1998**, *s. 49 – 50.*

5 *WALLERSTEIN, Immanuel,* **Tarihsel Materyalizm**, *(Çev. Necmiye Alpay), Metis Yayınları, İstanbul, 1992, s. 47.*

duğu bir gerçektir. Böylesine bir tartışmayı açıklamak, burada mümkün değildir. Dolayısıyla insanların, hukuk düzenine ve var olan politik – ekonomik sisteme nasıl itaat ettikleri, kurallara neden uydukları ve hukukun kendi meşruiyetini hangi araçlarla sağlayabildiği gibi hususlara yoğunlaşmak daha faydalı olacaktır.

Hukuka insanların neden itaat ettiklerine yönelik doğal hukukçu kuramlardan pozitivist kuramlara birbirlerinden oldukça farklılaşan pek çok yaklaşım vardır. Devletin ya da devlet öncesi yapılanmalarda, iktidar sahiplerinin zorlayıcı gücüne atıfta bulunarak, söz konusu itaati maddi koşullara dayandırmak suretiyle açıklamaya yönelmiş görüşler olduğu gibi, hukukun adalete yönelmiş bir toplumsal yaşam biçimine[6] tekabül etmesi gibi gerekçelendirmeleri esas alan ve bu doğrultuda bir takım ahlaki / psikolojik saikalara dayanan görüşler de öne sürülmüştür. Her iki yaklaşımda ortaklaşan unsur ise, mevcut bir olgu olarak insanların ve kitlelerin itaatinin nasıl sağlandığına yönelik bir gerekçelendirme arayışıdır. Bu bağlamda itaatin gerekçelendirilmesinde antikiteden modern topluma sürekli bir değişimin varlığından bahsedilebilir.

Tarihsel süreç içinde hukuk, tanrısal kaynaklara, evrensel bir akla, yöneticinin kişiliğine, ulus, din, ırk gibi toplumsallaştırma biçimlerine ya da salt kendisinin normatif öğelerine atıfta bulunularak iktidara itaatin meşrulaştırılabilmesinin bir aracı haline getirilmeye çalışılmıştır. Günümüz koşulları açısından bakıldığında, hukukun başrolü oynadığı itaat sisteminin nasıl gerekçelendirilebildiğinin keşfi, ancak kitle iletişim araçlarından yabancılaşma olgusuna, devletin ideolojik aygıtlarından bir bilinç mekanizması olarak hukukun kamusal etkinliğine, birbirlerinden farklılaşan ama ortak bir amaca da hizmet eden çok faktörlü bir etkileyenler dizgesinin işlevinin anlaşılmasıyla ortaya konabilir.

Hukuk Düzeni ve Norm Kavramı

Hukuk düzeninin yapıtaşlarının, hukuk normlarından oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Hukuk normunun analizi her ne kadar bu çalışmanın sınırlarını fazlasıyla aşı-

6 *ARAL,* **1991**, *s. 15, IŞIKTAÇ, Yasemin,* **Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması**, *2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 16. Hukuku örf, adet, ahlak gibi kural dizgelerinden ayıran, hukuku hukuk yapan esas faktörün hukukun adalete yönelmiş olmasında, belli bir adalet görüşünü yansıtmasında gören Aral'a göre "Hukuk belli bir davranış için insana, ancak adalet adına buyurabilir ve onu bu davranışa zorlayabilir. Böyle olunca da sosyal bir düzen ancak, bir güç kullanılmasından daha çok bir şey olduğu, zamanının koşulları altında sosyal bakımdan doğru ve adaletli olanı gerçekleştirmeye çaba gösterdiği zaman, hukuk olarak kabul edilebilir. Barış sağlayan her düzen bir hukuk düzeni olamaz. Düzenin, bir hukuk düzeni karakteri kazanabilmesi için akla ve vicdana uygun bulunması gerekir". ARAL,* **1991**, *s. 51 – 52; ayrıca bkz. 76 – 77, IŞIKTAÇ,* **2004**, *s. 100 – 101. Aral'ın bu görüşlerine karşın örf, adet gibi esasen yazılı olmayan ve geleneğe dayanan kuralların bir toplum içinde adalete yönelmediklerini söylemek bilhassa söz konusu kurumların tarihsel süreç içinde konumları düşünüldüğünde tartışmalı bir duruma tekabül eder. Gerçekten de geleneğe dayalı ve toplumsal yaşamı düzenlemeye dönük bu kurumların bilhassa hukukun devlet öncesi kurumsallaşmamış biçimleri olduğu düşünülürse belirli bir adalet anlayışını gerçekleştirmeye yönelmediklerini söylemek güçtür. Keza pek çok ahlak anlayışının ya da öğretisinin, ister dinsel ister seküler kaynaklı olsun evrensel bir adalet idesine yöneldiği ve bu ideyi gerçekleştirmeye çalıştığı da ayrıca göz ardı edilmelidir. Dolayısıyla sadece hukukun bu anlamda salt adalete yönelmiş bir toplumsal yaşam biçimine tekabül ettiği ve bu nedenle örf, adet ve ahlak kurallarından farklılaştığı görüşünün tartışmaya açık noktalarının bulunduğu da bu bağlamda söylenebilir.*

yorsa da, iki konu üzerinde kısaca da olsa durmak gerekmektedir. Bunlardan ilki hukuk normunun formalist niteliğiyle ilgiliyken ikincisi genel olarak hukuk normunun bir tür objektiviteye sahip olduğu iddiasına ilişkindir. Normun formalist niteliği; onun belirliliği, kesinliği, öngörülebilirliği, objektifliği ise; tarafsızlığı, politika dışı oluşu gibi bir anlam dizgesine tekabül etmektedir.

Liberalizmin hukuk anlayışında bir zorunluluk ve ihtiyaç olarak kabul edilen formalizm, hukuk düzeninin her şeyden önce bir biçimlendirme olduğunu, bu biçimlendirmenin ise sağlam bir düzen kurmak, hukuki uygulamada kararlılığı ve güvenliği sağlamak gibi çok önemli ve esasen adaletin gerçekleştirilmesine dönük bir dizi işlevi yerine getirdiği kabulüne dayanmaktadır[7]. Hukuksal formalizmin ayırt edici özelliği, bilhassa normun formal (biçimsel) yapısını ön plana çıkartarak içeriksel anlamını, yani normun var olan sosyo-politik ve ekonomik gerçekliklerle bağlantısını göz ardı ederek bir değerlendirmeye tutulması gerektiğini savunmasıdır. Bu durum, her ne kadar pozitivist hukukçuluğun hukuku politikadan ayrı bir alan olarak nitelendirmeye yönelik çabasının bir sonucu olsa da, aynı zamanda hukuk normunu gerçek dünyadan ve onun gerekliliklerinden de uzaklaştıran bir neticeye sebebiyet vermektedir.

Hukuksal objektivizm ise, hukuk normlarının tarafsız, kesin, belirli öngörülebilir olmaları gibi bir takım kabullerden hareketle hukukun politika, ekonomi gibi alanlardan tamamen ayrı ve nesnel karakterli bir yapı olduğu görüşüne dayanmaktadır. Dolayısıyla da hukuk düzeni, tamamen bağımsız bir alan olarak kendi yöntemleri ve araçları olan bir konuma tahavvül ettirilmektedir. Böylece hukuk, kendi başına bir dünyaya bakış haline gelmektedir. Oysa dünyayı, hukukun yürürlükte bulunduğu sistem içinde var olan sosyo-politik ve ekonomik gerçekliklerin dışında, salt hukuksal bakışla yorumlamanın ve anlamlandırmanın yerindeliği kanımızca son derece şüphelidir.

Görüldüğü üzere gerek formalizm gerek objektivizm, hukukun kendi başına bağımsızlığını göstermek istemektedir. Keza her iki kavram aracılığıyla hukukun tarafsız, kesin, belirli, önceden öngörülebilirliğe sahip bir yapı olduğu, bu nedenle de hukukun politik etkinliğin büyük oranda dışında olacağı varsayılmaktadır.

Hukukun Oluşturulması Aşamasındaki Politik Etkiler

Hukuk politika ilişkisinin bir diğer boyutu, hukukun oluşturulması aşamasındaki politik ve aynı zamanda ekonomik etkinlik meselesidir. Bu bağlamda ele alınması gereken ilk konu da, hukuk ile politika arasında kesin bir ayrım yapılıp yapılamayacağına ilişkindir. Zira 19. yüzyılın klasik hukuk yaklaşımlarının aksine, hukuk ile politika arasında böyle bir ayrım yapmak pek mümkün olmadığı gibi hukuksal muhakeme süreçlerinin de, var olan politik iklimden soyutlanabilmesi geleneksel hukukçuluğun izahtan vareste bir biçimde kabul ettiğinin aksine o derece kolay değildir.

Herhangi bir hukuk düzeninin, içinde var olduğu ekonomik ve politik düzenden ba-

7 *ARAL,* **1991**, *s 19 – 20.*

ğımsız bir varlık kazanabileceğini söylemek son derece zordur, zira hukuk normları aynı zamanda politik, ekonomik hatta ahlaksal normlardır ve politikadan, ideolojiden ya da bir yaşam görüşünden bağımsız olarak ortaya konamazlar[8].

Hukukun politik bir kurum olarak addedilmesinin, olumlu ve olumsuz nitelikte sayılabilecek bir takım sonuçları da beraberinde getirdiği görülür. Olumlu sonuçlar ileride ayrıntılı olarak inceleneceği üzere, daha ziyade hukukun bir mücadele aracı olarak kullanılması suretiyle toplumun zayıf kesimlerinin elde ettiği hak kazanımları özelinde ortaya çıkmaktadır. Olumsuz olarak sınıflandırılabilecek sonuçlar ise, esasen hukukun, devletin, ekonomik sistemin, adaletsiz ve eşitlikten uzak toplumsal ilişkilerin ve mevcut politik iktidarın meşrulaştırılması safhasında oynadığı rol ile ilgilidir. Hukukun bilhassa kapitalist sistemin eşitsizlikçi, sömürücü yüzünün saklanması bağlamında, bir tür maskeleyici işlev gördüğünden bu bağlamda söz edilebilir.

Gerçekten de hukukun görünmeyen veya pek de görünmesi arzu edilmeyen yüzü, düzen işlevi vasıtasıyla ekonomik – politik sistemin bekasının sürdürülmesindeki etkinliği meselesiyle ilgilidir. Zira hukuk, sistem içindeki egemen unsurların çıkarlarının korunmasında, gerek hukuksal gerek ekonomik anlamda mevcut eşitsizliklerin, sömürü koşullarının, ayrımcılıkların sürdürülmesinde hegemon güçler tarafından kolaylıkla araçsallaştırılabilmektedir. Keza hukuk ayrımcılık ve eşitsizliklere karşı yürütülen mücadelelerde, bu mücadelelerin engellenebilmesi özelinde de kullanılabilmektedir. Dolayısıyla hukukun zorlayıcı ve cezalandırmaya dönük fonksiyonunun söz konusu engellemede önemli bir işlev üstlendiğinden bahsedilebilir.

Hukuk – politika ilişkisinin, hukuk düzeni içinde somutlaşmasının ilk biçiminin daha hukukun oluşturulması aşamasında, yani yasama aşamasında başladığını söylemek yanlış olmayacaktır. Gerçekten de yasama organını, yani kanun koyucuyu, politikanın dışında bir yapı olarak değerlendirmek son derece zordur.

Her ne kadar klasik hukukçuluk, kanun koyucuyu tamamen politikadan ari bir konuma yerleştirerek onun iradesini objektifleştirmeye çalışsa da bu iradenin tam da politikanın kalbinde attığını söylemek gerekir. Dolayısıyla doğrudan var olan politik tartışmaların ve çatışmaların merkezinde yer alan kanun koyucunun ruhunun, politik çekişmelerin ne kadar dışında kalarak yasama faaliyetini objektif, tarafsız ve nötr bir çerçevede yürütebileceği belirsizlik arz etmektedir. Keza yasa yapma sürecinde, günlük politik çatışma ve çıkar hesaplarının bir biçimde engellendiği varsayılsa bile, hukukun yürürlükte bulunduğu eko-

8 *ÖZLEM, Doğan,* **Etik –Ahlak Felsefesi–**, *İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2004, s. 211. Hukuksal olanı aynı zaθ manda politik ve ahlaksal olarak nitelendirilen Özlem, sadece toplumsal olgular olarak hukuk, politika, ekonomi ya da ahlak arasında bir bağlantı kurmaz. Aynı zamanda "felsefe" ya da "bilim" olarak da bu alanlar birbirleriyle zorunlu bir ilişki içindedir. Özlem'e göre "hukuk fenomenini ve normatif hukuk sistemlerini ele alan yönüyle hukuk felsefesi ahlâk felsefesinden bağımsız olamayacağı gibi, ekonomi öğretilerinden, devlet ve siyaset felsefelerinden de bağımsız olamaz. Çünkü hukuk, her dönemde, ekonomi, devlet ve siyasetle iç içe ortaya çıkan bir fenomendir. Hukuk felsefesi ekonomi öğretilerinin, devlet ve siyaset felsefelerinin katkı ve sonuçlarından yararlandığı ve yararlanmak zorunda olduğu için, örneğin mantık ve ontoloji gibi asal ve bağımsız bir felsefe disiplini değildir". ÖZLEM,* **2004**, *s. 211.*

nomik ve politik dizgenin dışında ne kadar anlam ifade edebileceği de son derece şüphelidir. Örneğin kapitalist ekonomik sistemin egemen olduğu bir siyasal düzende, yasama organının, özel mülkiyeti yok sayarak ortaklaşa mülkiyeti gözeten bir yasal düzenleme çıkarmasını kimse beklemez.

Yasal düzenlemelerin daima var olan ekonomik – politik dizgeyi takip etme zorunluluğu dahi, genel anlamda hukukun politik olduğuna dair somut bir kanıt olsa gerekir. Keza günümüz mevcut hukuk sisteminin ekonomik – politik sisteme bağlılığının en somut göstergesi, örneğin mülkiyet kavramının, hukuk düzeni içindeki düzenlemelerden çıkarılması halinde geriye o hukuk sisteminden ne kalacağı sorusu ile ilgilidir. Gerçekten mülkiyet kavramı ve mülkiyet kavramıyla bağlantılı tüm unsurlar, var olan hukuk sisteminden çıkarıldığında, sadece özel hukuk düzenlemeleri bağlamında değil, genel olarak kamu hukuku için de, elde yapısal anlamda bütünlük arz eden herhangi bir sistemin kalıp kalmayacağı tartışmalıdır. Bu durum dahi hukukun, ekonomik dizgeye ve üretim ilişkilerine bağlılığının zorunluluğunu göstermesi bakımından yeterlidir. Keza hukukun egemen iktidar yapıları, ekonomik hegemonya grupları için asıl anlam ve işlevinin de bu noktada, mevcut ekonomi-politik sistemin korunması ve sürdürülmesi üzerine kurulu olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.

Hukuk ve Mücadele

Hukukun politikayla olan bu yakın ilişkisine ve sıklıkla politik iktidarın araçsallaştırmasına maruz kalmasına rağmen, aynı zamanda geniş kitleler için hala adaletin sağlanabilmesinin bir simgesi olarak önemini koruduğunu da belirtmek gerekir. Bu bağlamda hukukun, geniş kitleler için, haksızlık ve adaletsizliklerin giderilebilmesi bağlamında bir mücadele aracı olarak kullanılabilirliği gündeme gelmektedir.

Öncelikle hukukun politikadan ayrılamazlığının tek başına bir olumsuzlama olarak değerlendirilmediğini belirtmek gerekir. Zira hukuk, her ne kadar mevcut sistemin sürdürülmesini, egemen ekonomik üretim ilişkilerinin devamını mümkün kılan bir araç olarak mevcut hegemonik iktidar yapılarının çıkarlarının korunması bağlamında önemli bir fonksiyon üstleniyorsa da, diğer taraftan bir mücadele aracı olarak da kullanılabilmektedir.

Gerçekten de hukuk - politika ilişkisinin en önemli boyutlarından biri, mevcut politik - ekonomik sistemin içinde yer alan muhalefet güçlerinin hukuk mücadelesinde ortaya çıkmaktadır. Hukuk bir yönüyle hegemonyanın iktidarını sürdürebilmesinin ve yasal meşruiyetini dayatmasının bir simgesiyse, diğer yönüyle ezilenlerce ve dışlananlarca bir mücadele aracı olarak kendini göstermektedir[9]. Hukukun yapısal karakteri, hukuk normlarının sadece egemen gücün çıkarlarını korumak dışında, egemen güce karşı kullanılabilirliğinin de olanaklarını sağlamaktadır, keza hukukun var oluşunun en önemli meşruiyet gerekçesinin de bu bağlamda, adalet idesiyle de ilişkilendirilmek suretiyle, haksızlıkların giderilebilmesi anlamında bir işlevi yerine getirmek özelinde biçimlendiğini söylemek yanlış

9 *GORDON, Robert W., "Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi", (Çev. Serkan Gölbaşı), İÜHFM, C. LXIV, S. 2, Yıl: 2006, s. 393.*

olmayacaktır.

Genel olarak hukuk normları, her ne kadar kapitalist devletin ve onun sosyo-politik ekonomik sisteminin sürdürülebilirliği için gerekli olan apaçıklığı üreterek eğilimsel olarak belirli pozisyondaki kişileri korumakla biçimlenen bir fonksiyon ifa ediyorsa da, söz konusu normların egemen kapitalist unsurlara karşı kullanılabilmesinin de imkânları daima mevcuttur[10]. Gerçekten de hukuk, egemenliğin sürdürülmesini kolaylaştırmakta ve rutinleştirmektedir, fakat aynı zamanda söz konusu egemenliğin kurallar aracılığıyla kısıtlanabilmesine, ayrıca teori ve pratikte tasarlanan alternatif görüşler, eylem biçimleri aracılığıyla insanların özgürleşebilmelerine de imkân sağlamaktadır[11]. Hukuk doktrininin, ideallerinin ve liberal teorinin ezilen ve dışlananlar lehinde, örneğin Amerika özelinde, bilhassa beyaz olmayan hukukçuların ırkçılıkla mücadelesinde kullanıldığını ve bu sayede birçok kazanımın sağlandığını belirtmek gerekir[12].

Politik mücadeleler aracılığıyla kazanılan hak ve özgürlüklerin pratikte uygulamaya geçirilmesi bağlamında hukuk, bilhassa mahkemelerde yürütülen yargısal mücadeleler içinde somutlaştırılmakta ve ortaya çıkan eşitsizlikçi uygulamaların yarattığı zararlar bir nebze de olsa azaltılabilmektedir. Bunun yanı sıra yargı organları, toplumsal ve politik değişimlerin bir sonucu olarak zaman içinde gelenekselmiş statükocu kararlarından dönebilmektedirler. Bu süreçte yürütülen hukuksal mücadelelerin de sayesinde mahkemeler, yer yer pozitif ayrımcılığı ön plana çıkaran kararlar alarak, toplum içinde zayıf ve ayrımcılığa uğrayanları korumayı tercih etmekteler ve hukukun sosyal niteliği ve işlevi üzerine daha yoğunlukla eğilmektedirler.

Tüm bu bahsedilen durumlar, hukukun her zaman egemen iktidar ilişkileri, liberalizmin ekonomik gereklilikleri ve talepleri doğrultusunda biçimlenenen bir yönde gelişmediğini göstermektedir. Gerçekten de iktidarın politik ve ekonomik yönden egemen unsurları, hukuk aracılığıyla daima kazanmamışlardır; örneğin işçiler örgütlenme, grev, toplu pazarlık, sosyal güvenlik, sekiz saatlik çalışma gibi temel haklarını elde etmişlerdir[13]. Azınlıklar ya da kadınlar ayrımcı düzenleme ve uygulamalara karşı yine bir takım eşitsizliklerin giderilebilmesi yönünde kazanımlara ulaşmışlardır.

Bu durumun en somut örneklerinin Amerika'da siyahlara yönelik ayrımcılığa neden olan yasalara ve uygulamalara dönük hukuk mücadelelerinde somutlaştığından söz edilebilir. Fakat hukuksal mücadeleyi her zaman bir politik mücadelenin öncelediğini de antrparantez belirtmek gerekir. Gerçekten de hukuksal kazanımlar, politik ve toplumsal mücadeleler sonucu oluşturulan siyasal baskı ile kamuoyu baskısının ağırlığının belirleni-

10 *ÖZDEMİR, Ali Murat,* **Sözün Mülkiyeti – Hukukun Ekonomi Politiği***, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008, s. 188 – 189.*

11 *MARTIN, Peter W., ""Of Law and the River" and of Nihilism and Academic Freedom",* **35 J. Legal Educ. 1 1985***, s. 4.*

12 *MATSUDA, Mari J., "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations",* **22 Harv. C.R. – C.L. L. Rev. 323 1987***, s. 338.*

13 *GORDON,* **2006***, s. 393.*

mi altında şekillenmektedir. Siyahlar, öncelikle köleliğin ilgası ve daha sonra kendilerine karşı uygulanan ayrımcı düzenlemelerin kaldırılması yönünde yoğun bir hukuk mücadelesi yürütmüşlerdir. Fakat köleliğin ilgası dışında siyahlara yönelik ayrımcı uygulamaların kaldırılmasına odaklanan mücadelelerin hukuksal sahada başarı sağlaması daha geç bir döneme tekabül etmektedir. Bu bağlamda siyahların yürüttükleri hukuksal mücadelelerin aynı zamanda 1950'lerden itibaren güçlenen siyah politik mücadeleler ile paralel bir gelişim gösterdiğinden de bahsedilebilir. Genel olarak elde edilen hukuksal kazanımları siyah politik ve toplumsal mücadelenin sonuçlarının somutlaşması şeklinde nitelendirmek yanlış olmayacaktır.

1950'li ve 1960'lı yıllarda gerek Yüksek Mahkeme'nin kararları, gerek yerel ve federal düzeyde yapılan hukuki düzenlemeler ile 1900'lü yılların ilk yarısında uygulamada ve yargı kararlarında sıklıkla kendisine atıf yapılan "ayrı fakat eşit" (separate but equal) olarak adlandırılan, siyahlar ile beyazlar arasında açık biçimde ırk ayrımcılığına dayanan ilkeye son verilmiştir. Söz konusu ilkenin daha 1896 gibi erken bir tarihte genel bir prensip olarak yargı kararlarında benimsendiğini belirtmek gerekir[14]. Gerçekten köleliğin kaldırılmasına rağmen siyahlara yönelik ayrımcılığın Yüksek Mahkeme'nin de kararlarına yansıyan bir biçimde sürdürüldüğü dikkat çeker. Bu durumun somut örneklerinden ilki 1896 tarihli Plessy v. Ferguson davasıdır. Dava konusu olay Plessy adlı bir siyahın trende beyazlara ayrılan yere oturması ve ardından bu nedenle ilk derece mahkemesi tarafından para ve hapis cezasına çarptırılması ve bu karara yönelik itirazı ile ilgilidir[15]. Dava sonucunda Yüksek Mahkeme "ayrı fakat eşit" ilkesini kabul etmiş ve bu ilkeyi 1954 yılına kadar uygulamıştır. "Ayrı fakat eşit" ilkesi siyahların kamu hizmetlerinden beyazlarla eşit olarak yararlanabildikleri sürece ayrı yerlerde yararlandırılmalarının Amerikan anayasasına aykırı olmadığını kabul etmektedir[16].

"Ayrı fakat eşit" prensibinin uygulanmasını kamu okullarını da içine alacak biçimde genişleten ve yine 1954 yılına kadar emsal niteliğini koruyan 1899 tarihli Cumming v. Richmond County Board of Edication kararına da bu bağlamda ayrıca değinilmelidir[17]. Yüksek Mahkemenin "ayrı fakat eşit" ilkesinden ayrılması ancak 1954 yılında görülen Brown v. Board of Education kararıyla mümkün olabilmiştir[18]. Bu davada verilen karar ile eyaletlerin siyahlar ile beyazların ayrı okullarda eğitim – öğretim almalarını düzenleyen yasalarının anayasaya aykırı olduğu hüküm altına alınmıştır[19]. Böylece siyahlar ile beyazların ayrı okullara gönderilmesine yönelik bilhassa Güney eyaletlerinde geçerli olan

14 *Plessy v. Ferguson* - **163 U.S. 537** *(1896), http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/ case.html, (E.T: 27.09.2012).*

15 *Plessy v. Ferguson.*

16 *Plessy v. Ferguson.*

17 *Cumming v. Richmond County Board of Education* - **175 U.S. 528** *(1899), http://supreme.justia. com/cases/federal/us/175/528/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*

18 *Brown v. Board of Education of Topeka* - **347 U.S. 483** *(1954), http://supreme.justia.com/ cases/federal/us/347/483/case.html, (E.T. 27.09.2012).*

19 *Brown v. Board of Education of Topeka.*

hukuki düzenlemeler yasallıklarını kaybetmişlerdir[20]. Yüksek Mahkeme'nin oy birliğiyle aldığı bu kararla yaklaşık 60 yıla yakın süredir uygulanmakta olan "ayrı fakat eşit" ilkesi terkedilmiş ve öğrencilerin farklı eğitim kurumlarına gitmek zorunda bırakılmaları eşitsizlik olarak kabul edilmiştir[21]. Siyahlar birçok eyalette ancak bu kararın ardından beyazlarla aynı okullara gidebilme olanağına kavuşabilmişlerdir.

Siyahların kamu hizmetlerinden yararlanmada uğradıkları ayrımcılığın kaldırılmasının yansımaları kısa bir süre içinde toplumsal yaşamın diğer alanlarına da yansımıştır. Bu bağlamda 1964 tarihli Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States davasıyla siyahları oteline almayan işletme sahibinin Anayasal anlamda böyle bir hakkı olmadığı saptanmış, bu tür ayrımcılıkları yasaklayan düzenlemelerin her hangi bir biçimde Anayasaya aykırı olmadığı karar altına alınmıştır[22]. Yüksek Mahkeme'nin devrim niteliğinde sayılabilecek diğer bir kararı 1967 tarihli Loving v. Virginia davasına ilişkindir[23]. Mahkeme bu kararı ile "Racial Integrity Act of 1924" isimli ırkların karışmasını engellemeye dönük olarak çıkarılmış kanunu (Anti-miscegenation laws) Anayasaya aykırı bularak iptal etmiş ve bir siyah ile beyazın evlenmesini mümkün hale getirmiştir[24]. Son olarak çeşitli sosyal, kültürel ve tarihsel şartlar dolayısıyla beyazlarla aynı koşullara sahip olmayan siyahlara yönelik pozitif ayrımcılık öngören düzenlemelerin Anayasaya aykırı olmadığının hükme bağlandığı 1978 tarihli Regents of Univ. of California v. Bakke kararının da siyahların hak mücadeleleri içindeki önemli kazanımlardan biri olduğu belirtilmelidir[25].

1950 ve 1960'lı yıllarda elde edilen bu başarılı kazanımlara toplumsal karakterli politik mücadelelerin eşlik ettiği daha önce belirtilmişti. Bu bağlamda öncülüğünü Martin Luther King'in yaptığı SCLC'nin (Southern Christian Leadership Conference), öğrenci örgütü niteliğindeki SNCC'nin (Students Nonviolent Coordinating Committee), diğer siyah örgütlerle sol hareketlerin birlikte gerçekleştirdikleri eylemler hızla yaygınlaşarak kitlesel bir niteliğe ulaşmıştır. Örneğin 1955 ve 1956 yıllarında Alabama Montgomery'de ayrımcı otobüs sistemine yönelik başlayan boykot, 1960'da güney eyaletlerindeki siyah kolej öğrencilerinin ayrımcı lokanta ve kamu hizmetlerine yönelik gerçekleştirdikleri gir–otur (sit–in) eylemleri, 1963Washington yürüyüşü, 1964 "Missisippi Özgürlük Yazı" kampanyası gibi bir dizi mücadelenin siyahlar ile beyazlar arasında yaşanan ayrımcı uygulamaların kaldırılması yönünde kamu otoriteleri üzerinde yoğun bir baskı yarattığından söz edilebilir[26].

20 *Brown v. Board of Education of Topeka.*

21 *Brown v. Board of Education of Topeka.*

22 *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States* - **379 U.S. 241** *(1964), http://supreme.justia.com/ cases/federal/us/379/241/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*

23 *Loving v. Virginia* - **388 U.S. 1** *(1967), http://supreme.justia.com/cases/federal/us/388/1/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*

24 *Loving v. Virginia.*

25 *Regents of Univ. of California v. Bakke - 438 U.S. 265 (1978), http://supreme.justia.com/ cases/federal/us/438/265/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*

26 **Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi**, *C. 5, İletişim Yayınları, İstanbul, 1988, s. 1508 – 1510.*

Tüm bu eylemler, hukuksal enstrümanların kullanılması suretiyle yasal yoldan kazanımlar sağlanabileceğini gösterdiği gibi, şiddete dayanmayan kitlesel sivil itaatsizliğin bir protesto silahı olarak etkili kullanımını ön plana çıkarmıştır[27].

Politik ve toplumsal mücadelelere eşlik eden hukuksal mücadelenin sağladığı kazanımların salt bunlarla sınırlı olduğu da düşünülmemelidir. Gerçekten siyahların bu mücadeleler neticesinde elde ettikleri kazanımlar kadar, Japonların kendilerine yönelik İkinci Dünya Savaşı sırasında gerçekleştirilen toplama kampı uygulamasına ya da Hispaniklerin yasalar açısından beyaz sayıldıkları halde, beyazlara sağlanan imkânlardan yararlanamamaları nedeniyle uğradıkları ayrımcılığa karşı yürüttükleri mücadeleler neticesinde ulaştıkları kazanımlar da aynı biçimde önem arz etmektedir[28]. Keza işçi sınıfının çalışma koşullarının iyileştirilmesi ve sosyal haklardan yeterli düzeyde kendilerinin de yararlandırılmaları hususlarında veya kadınların cinsiyet ayrımcılığına karşı yürüttükleri mücadeleler de bu bağlamda belirtilmesi gereken diğer önemli örneklerdir.

Yukarıdaki örneklerden de anlaşılacağı üzere hukuksal mücadele, büyük oranda kendisini önceleyen politik ve toplumsal mücadelelere bağlıdır. Söz konusu toplumsal ve politik mücadelelerin sonuçları doğrultusunda anlam kazanmaktadır. Örneğin hukuk, sekiz saatlik çalışma süresinin yasal olarak düzenlenmesi aşamasına gelinceye kadar, doğrudan bir etkileyen değildir. Hatta buna yönelik verilen mücadeleleri gerekirse engellemekte kullanılan bir araç olarak hizmet etmektedir. Fakat verilen politik ve toplumsal mücadeleler neticesinde sekiz saatlik çalışma süresinin hukuk tarafından düzenlenerek bir kural halini almasının ardından, hukuksal mücadelenin asıl görevi başlamaktadır. Artık, hukuk aracılığıyla yürütülecek mücadelelerle, sekiz saatlik iş saatinin, iş yaşamında gerçekten uygulanabilmesine çalışılacaktır. Kurallara uymayan, işçilerini daha fazla çalıştırmaya zorlayan işverenler üzerinde hukuksal baskı kurularak, ondan yasal tedbirleri uygulaması istenecek, böylece politik ve toplumsal kazanımların hukuk aracılığıyla gerçek yaşamda somutlaştırılması gerçekleştirilebilecektir. İşte hukukun rolü, bilhassa sosyal haklar özelinde, farklı mücadeleler neticesinde elde edilen kazanımların korunması, uygulanması, gerçek yaşamda somutlaştırılmaları gibi hususlarda ortaya çıkmaktadır.

Değerlendirme

Dünyayı, salt hukuksal bir bakış açısıyla açıklamaya, anlamlandırmaya çalışmak kendi içinde hem ciddi eksikliklere hem de paradokslara yol açar. Zira hukuk; politika, ekonomi, toplumsal ilişkiler, tarihsel birikim gibi bir dizi gerçeklikten tamamen soyutlanamaz. Düzenlediği konular itibariyle kendi başına anlamlar üreten ve varlığını salt kanun koyucudan

27 **Ibid.**, *s. 1508.*

28 *Bkz. MATSUDA,* **1987***, s. 334 – 340; MARTINEZ, George A., "The Legal Construction of Race: Mexican – Americans and Whiteness",* **Harv. Latino. L. Rev. 321 1997***, s. 324. Bu ve benzeri ayrımcı uygulamaların Amerika özelinde egemen beyaz kültürün dışında bulunan renk, ırk ve dindeki insanlara yönelik hâlâ sıklıkla karşılaşılabilen bir durum olduğu belirtilmelidir. Örneğin Howard McGary, Afrikalı Amerikalıların halen beyaz toplum tarafından gerçek anlamda tanınmadığını ve görmezden gelindiğini belirtmektedir. McGARY, Howard, "Alienation and the African–American Experience",* **Alienation and Social Criticism***, (Edi. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, s. 138.*

alan nötr bir yapı olarak değerlendirilemez. Hukuk, doğrudan mevcut sistemin ekonomik ve politik belirlenimi altındadır. Fakat hukukun bu belirlenmesinin tek yönlü olduğu da düşünülmemelidir.

Başta ekonomi olmak üzere politik ve toplumsal süreçler hukukun üzerinde nasıl bir belirleyicilik vasfına sahiplerse, hukukun da öncelikle toplumsal ve politik süreçlerde olmak üzere ekonomik dizge üzerinde belirli bir etkinlik gücü vardır. Fakat tüm bu olguların ve hukukun politik karakterinin, hukukun olumsuzlanması gibi bir sonucu da zorunlu olarak gerektirmediği söylenmelidir. Gerçekten hukukun politik olması, onun tek başına olumsuzlanması için yeterli bir sebep değildir. Sadece hukukun liberal hukuk sistemlerinin genel kabullerinden ve doğrularından daha farklı bir anlamı olduğunu göstermektedir.

Hukukun politik olması yine de onun bir adalet arayışına tekabül ettiği gerçeğini değiştirmemektedir. Sadece liberalizmin hukuka ilişkin önsel kabulleriyle hukuku anlamlandırmak yerine, yeni yöntemlerin geliştirilmesi ihtiyacını açık biçimde gözler önüne sermektedir. Hukuk, yürürlükte olduğu sistemin ekonomik, politik, toplumsal ve tarihsel gerçekliklerinin bir arada değerlendirilmesi suretiyle anlamlandırılmalıdır. Hukuka ilişkin, liberalizmin geleneksel kabullerinin aksine, yeni yöntemsel perspektifler aranmalıdır. Hukukun politik, ideolojik, tarafgir ya da belirsiz bir karakter arz etmesi hukukun değerini azaltmamakta, sadece liberalizmin ona atfettiğinden daha farklı bir gerçekliğe tekabül ettiğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- *ARAL, Vecdi, Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, 6. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1991.*
- *Brown v. Board of Education of Topeka - 347 U.S. 483 (1954), http://supreme.justia.com/cases/federal/us/347/483/case.html, (E.T. 27.09.2012).*
- *Cumming v. Richmond County Board of Education - 175 U.S. 528 (1899), http://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/528/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*
- *ÇAĞIL, Orhan Münir, Hukuka ve Hukuk İlmine Giriş, Fakülteler Matbaası, İstanbul, 1971.*
- *DUVERGER, Maurice, "Siyaset Sosyolojisi", (Çev. Şirin Tekeli), Varlık Yayınevi, İstanbul, 1995.*
- *GORDON, Robert W., "Bazı Eleştirel Hukuk Teorilerinin Eleştirisi", (Çev. Serkan Gölbaşı), İÜHFM, C. LXIV, S. 2, Yıl: 2006, (s. 387 – 410).*
- *Heart of Atlanta Motel, Inc. v. United States - 379 U.S. 241 (1964), http://supreme.justia.com/ cases/federal/us/379/241/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*
- *IŞIKTAÇ, Yasemin, Hukuk Normunun Mantıksal Analiz ve Uygulaması, 2. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2004.*
- *KAPANİ, Münci, Politika Bilimine Giriş, 10. Baskı, Bilgi Yayınevi, Ankara, 1998.*

- *Loving v. Virginia - 388 U.S. 1 (1967), http://supreme.justia.com/cases/federal/us/ 388/1/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*
- *MARTIN, Peter W., ""Of Law and the River" and of Nihilism and Academic Freedom", 35 J. Legal Educ. 1 1985, (s. 1 – 26).*
- *MARTINEZ, George A., "The Legal Construction of Race: Mexican – Americans and Whiteness", Harv. Latino. L. Rev. 321 1997, (s. 321 – 347).*
- *MATSUDA, Mari J., "Looking to the Bottom: Critical Legal Studies and Reparations", 22 Harv. C.R. – C.L. L. Rev. 323 1987, (s. 323 – 399).*
- *McGARY, Howard, "Alienation and the African–American Experience", Alienation and Social Criticism, (Ed. Richard Schmitt & Thomas E. Moody), Humanities Press, New Jersey, 1994, (s. 132 – 146).*
- *ÖZDEMİR, Ali Murat, Sözün Mülkiyeti – Hukukun Ekonomi Politiği, Dipnot Yayınları, Ankara, 2008.*
- *ÖZLEM, Doğan, Etik –Ahlak Felsefesi–, İnkılâp Kitabevi, İstanbul, 2004.*
- *Plessy v. Ferguson - 163 U.S. 537 (1896), http://supreme.justia.com/cases/federal/us/163/537/ case.html, (E.T: 27.09.2012).*
- *Regents of Univ. of California v. Bakke - 438 U.S. 265 (1978), http://supreme.justia.com/cases/federal/us/438/265/case.html, (E.T. 27.09. 2012).*
- *Sosyalizm ve Toplumsal Mücadeleler Ansiklopedisi, C. 5, İletişim Yayınları, İstanbul, 1988.*
- *WALLERSTEIN, Immanuel, Tarihsel Materyalizm, (Çev. Necmiye Alpay), Metis Yayınları, İstanbul, 1992.*

HUKUK NEDİR?

Vecdi ARAL*

Hukukun Olgu Boyutu

Hukuk, algıladığımız bir olgu, içine doğduğumuz bir ilişkiler gerçeği, bir yaşam biçimidir. Doğanın, doğadaki bütün olayların tümüyle bir takım yasalara tabi olması bu yasalara göre gerçekleşmesi gibi, hukuksal yaşamın da kendine özgü kurallara, yasalara dayandığını görüyor, biliyoruz.

Nedir ki, hukuku oluşturan bu yasalar, doğa yasalarından çok farklı algılanmaktadır. İçinde yaşadığımız doğa yasalarının zorlamasını bir ihtiyaç olarak algılarken, hukuk yasalarını bir gereksinme olarak duyumsuyor, böylece onun dediğini, bizden istediğini bağımsız irademiz ve gücümüzle biz kendimiz gerçekleştiriyoruz. Hukukta her şey bize bırakılmış gibi görünüyor. Gerçekten de hukuk kurallarını, bütünü ile hukuku, biz kendimiz yaratıyor ve biz kendimiz gerçekleştiriyoruz. Ama bu arada aklımıza gelen her davranışı, her ilişki biçimini hukuk diye kabul edemeyeceğimizi de biliyoruz.

Hukuk ile düzenlenip var etmek istediğimiz, toplumsal yaşam ve onun sürekliliğidir. Ne var ki, bir boyutu ile o, doğal zorunluluğun bir sonucu diye de düşünülebilir; çünkü toplum dışında yaşayabilecek hiçbir insan yoktur. İnsan bedensel ve ruhsal olmak üzere, nereden bakılırsa bakılsın, toplumsal bir varlıktır. O, diğer insanlarla bir iş bölümü yapmadan zorunlu ihtiyaçlarını gideremez; üstelik ruhsal sağlığını koruyan da, diğer kimselerle olan birlikteliğidir.

Geceleri bizi sıcak tutan kendi dayanıklılığımız değil, öbür kişilerin bizi sıcak tutmak isteyişlerindeki sevecenliktir (Herold Lyon) (1).

Peki vefa yerine ihanet görmeye, hakikati bulmak yerine iftiraya uğramaya, haksızlığın kurbanı olmaya razıyız. Fakat derdimizi dökecek bir dert ortağı, başımıza gelenlerden şikâyetimizi duyacak bir can kulağı bulunsun (2).

Fakat, insan asıl tinsel (manevî) bakımdan diğer insanlara gereksinim duyar. Çünkü onun, kendisini hayvandan ayıran tinsel bir yanı, sahip olduğu tin ruhu vardır ve bu da varlık ve gelişimini kültürde bulur. Kültür onun içindeki yücelik, etik (aklâk), hakikat ve estetik gibi yüksek değerlerin içerik kazanarak somutlaşması, algılanabilir bir kimliğe, daha doğrusu gerçekliğe kavuşmasıdır. Kültür ise ancak, bir toplum ve tarih içinde oluşur; çünkü o, gerçekleşmiş değerlerin bir birikimidir.

Kültürde ilerleme yıkımı değil, devralınan kültürün zenginleşmesini deyimler (3).

Nedir ki, insanı birlikteliğe zorlayan bu etkenlere karşın insan toplumları, karınca ve arılarda olduğu gibi, kendiliğinden meydana gelmemektedir. Çünkü insanın topluma karşı

* *Prof. Dr.*

olumlu eğilimleri olduğu kadar, toplumsal yaşamı tehlikeye düşürecek olumsuz eğilimleri de vardır. O, özgecil olduğu kadar, aynı zamanda bencildir. Bir çıkarı güncelleştiğinde başkalarına zarar vermekten, daha da ötesi onları yok etmekten geri kalmaz. Bu durumu yaşayıp algılayan insan, aklının sesine kulak vermiş, yaşamını kurallara bağlamanın gereğini duymuştur.

Etrafı ile iyi geçinme, başlıca akıl eseridir (Hz. Muhammed) (4).

İnsan her şeyden vazgeçebilir, ama insanlardan vaz geçemez (L. Borne) (5).

İşte, işe aklın karışması ile meydana gelen hukuk kurallarının, doğa yasalarından ayrılığını belirtmek üzere onlara n o r m ("olması gereken") adını veriyoruz. Onlar doğanın bir görünümü değil, aklın bir görünümü olarak ortaya çıkıyor. Böylece hukukun oluşumunda aklın gereği anlaşılınca onun niteliğine ilişkin değişik teoriler de gecikmeden fikir dünyamızda yerlerini almaya başlıyor.

Bu teoriler başlıca iki gruba ayrılır: Real Görüşler ve İdeal Görüşler. Real Görüşleri temsil eden "Biyolojik Görüş", Ekonomik Görüş", Politik Görüş", Sosyolojist Görüş" ve "Hukuki Pozitivizm" aslında insanın tinsel güçlerini hesaba katmayan genel pozitivist anlayışın somut görünümleridir. Böylece bunlar tek yanlı kalmakla yanılgıya düşmüşler, üstelik kendi aralarında da anlaşıp düşünce birliğine varamamışlardır.

Aynı şey akıl ve duyguya büyük önem veren Akılcı Görüş, Değer Teorisine Dayalı Görüş, Teolojik Görüş gibi İdeal Teoriler için de geçerlidir. Bu kez onlar, ideal güçlerle birlikte hukukun oluşumunda önemli bir rolü olan real güçleri dikkate almamışlar ve ayrıca, keza kendi aralarında da tek bir görüşe ya da uzlaşmaya varmaktan uzak kalmışlardır.

Böylece real ve ideal olmak üzere bütün bu teoriler hukuku açıklamakta yeterli olmamakla sonuçta hepsi yanılgıya düşmüşlerdir.

Gözlemci, eğer bütünü görmeden, objesinin bir yönünü soyutlarsa, incelemekte olduğu o yönünü de yeterince anlayamayacaktır (6).

Asıl önemlisi, sözü geçen bu teorilerin yanılgıları insanların yaşamında büyük tehlikeler yaratmış ve yaratacak niteliktedir. Bu tehlike, toplum yaşamında gerçekleşmek için muhtaç olduğu gücün, güç kullanmanın, hukukun varlık yapısına, onun özüne bağlanıp bağlanamayacağı sorununda, diğer bir anlarımla güç ile hukuk arasındaki ilişkinin nasıl kurulacağı görüşünde ortaya çıkmaktadır.

Real görüşler, hukuku real (doğadan gelen) güçlerin oluşturduğunu söylerken gücü ve güç kullanılmasını hukukun niteliğine sokmuş bulunmaktadırlar. Böylece yönetimi ele geçiren güçlüler, yalancı bir bilimsel açıklama ile, insan ve toplum üzerinde keyfî karar ve davranışlarını meşrulaştırmak olanağını bulmuşlar ve bulacaklardır.

Diğer yandan İdeal Görüşlerin de sonuçta güç teorisine yaklaşıp ona dönüşmek zorunda kaldıkları görülmektedir. Nitekim bunlardan en köklü farklılık içeren ve Normativizm adı altında, hukuku bütün doğa olay ve güçlerinden arındırıp norm karakterini öne çıkarmak kaygısı ile harekete geçen H. KELSEN bile, sonuçta hukuku güç kavramına indirgemek zorunda kalmıştır.

Hukuku, tıpkı kendisi gibi bir norm olan ahlâktan ayırmada KELSEN hiçbir zorluk çekmez, çünkü hemen yine biçimsel bir özelliğe dayanır. Ahlâk normları içerikle ilgili olmak üzere, doğrudan bir davranışı hedef alır ve onu buyurur: "Çalma!", "Öldürme!" gibi. Oysa hukuk normları: "Bir kimse adam öldürürse ya da hırsızlık yaparsa…ile cezalandırılır" diye seslenir.

Fakat hukuku ahlâktan ayırmadaki bu rahatlık KELSEN'i, onu doğadan ayırmadaki ısrarında büyük bir zora koşmuş görünmektedir. Çünkü, hukukta yaptırım ön plana geçirilmekle, bir yandan onun bir norm (bir "olması gereken") karakterinde ısrarlı olunurken diğer yandan, sonuç olarak o, bir "olan"a indirgenmiş olmaktadır; çünkü hukukun yürürlüğü, yaptırımın insan üzerinde yaratacağı korkuya, psikolojik bir doğa olayına bağlanmış olmaktadır.

Bu arada, KELSEN'in sırf mantığa dayalı ve bu yüzden formalist olan hukuk anlayışının dışında, idealist teorilerin içinde en çok etkili olmuş bulunan "Rasyonalist Doğal Hukuk Anlayışı"na özellikle değinilmelidir. Buna göre hukuk yalnızca mantık açısından doğru olmakla kalmamalı, ağırlıkla normlarında ön görülen düzenlemelerinin içerik yönünden akla uygunlukları aranmalıdır.

Fakat bu görüş de yanılgılı ve aynı ölçüde tehlikelidir. Hukukta aklı ön plâna çıkaran bu anlayış haklı olarak aklın üzerimizdeki büyük etkisini düşünmüştür; ancak, hangi ölçüde olursa olsun, bu etki yalnızca teorik yanımızda kalmaya mahkûmdur. Çünkü, sırf akla dayalı bir düzenleme ve buyruğun davranış ilişkilerimizde bağlayıcı bir gücü olamaz. Böyle olunca da, hukukun yürürlüğü ve gerçekleşmesi ister istemez doğal güce bağlanacak, üstün güç sahibine teslim edilmiş olacaktır. Bu ise, yine bir güç teorisine dönüşümü deyimler.

Üstelik aklın tümüyle insanlığa yararlı olduğu, geleceğimizi kesin olarak güvenceye alacağı da aslâ söylenemez; böyle bir iddia gerçeklere aykırıdır ve bu nedenle bir hakikat değeri yoktur. Asıl, onun bizi çok tehlikeli sonuçlara götürdüğü ve götüreceği gerçek yaşamda kanıtlanmıştır. Çünkü akıl, çıkarcıdır; o, her türlü çıkarın peşine düşmeye hazırdır. GOETHE'nin "Faust" adlı yapıtındaki Mefisto'nun Tanrıya karşı söyledikleri hatırdan çıkarılmasa iyi olur. Mefisto şöyle diyor:

Eğer ona göğün ışığından bir zerre vermemiş olsaydın, biraz daha iyi yaşayabilirdi. O, bunu akıl olarak niteliyor ve onu sadece, her hayvandan daha aşağı seviyelerde yaşamak için kullanıyor. İzninizle hemen söyleyeyim; o bana, sürekli uçan, uçarken de o eskimiş türküsünü söyleyen uzun bacaklı Ağustos böceği gibi gelir! Burnunu sokmadığı pislik yoktur (7).

Aklın yarattığı ve yaratacağı, Mefisto'nun deyimi ile bu pisliği bir astro fizikçi bize uyarı niteliğinde açıkça duyuruyor:

Zekâ, diğer canlılarla rekabetin üstesinden gelebilmek için bir yetenek, bir beceri olarak gelişti… Çağlar boyunca, başlangıçta çok faydalı olan bu yetenek zamanla sorun yaratan bşr özellik haline geldi. Onun sayesinde biz insanlar müthiş yetkinlikte teknolojiler geliştirdik. Ama bir yandan örneğin çok etkili ilaçlar yapıyoruz, öte yandan da okyanuslarda hayatı tüketiyoruz, ormanları yok ediyoruz, tarım topraklarını kısırlaştırıyoruz (8).

Gerçekten, insan zekâsının yarattığı teknik bizim için bu büyük zararlara neden olduğunda W. REICH'ın sözlerine özellikle kulak verilmelidir:

Bir keresinde büyük adam, makinelerin belli yasalarla çalıştığını gösterdi sana; kalktın öldürmede kullanılan makineler yaptın; canlıları da makine yerine koydun. Bu yanlışı üç on yıl değil, üç yüz yıl sürdürdün; yanlış kavramlar yüz binlerce bilim işçisinin kafasında kök saldı; dahası yaşamın kendisi ağır hasar gördü; çünkü canlıları makine yerine koyduğun andan sonra -onurunu ya da profesörlüğünü, dinini, bankadaki hesabını ya da kişilik zırhını korumak için- yaşama işlevleri göstermeye başlayan herkesi suçladın, katlettin, şu ya da bu biçimde onlara zarar verdin (9).

Akıl ve tekniğin zamanımızdaki sonuçları ile bu olumsuz gelişiminin aynı zamanda bir çelişkiyi içerdiğini de A. SCHWEITZER'in şu sözlerinden anlamaktayız:

Üstün insan, gücünün artması ile birlikte gerçekte zavallı ve acınacak insan haline gelmiştir. Uzun süredir anlamamız gereken bu gerçeği, şimdi lütfen kabul edelim. Üstün insan olmakla gerçekte, insan dışı bir varlık olduk (10).

İşte bu insan olmaktan çıkma, düşüncelerimizin kesin bir inanç kimliğine girmesinde özellikle belirginleşip görülür. Fanatik diyebileceğimiz bu gibi kimseler, bir ideolojiye taraftar olarak kendisi gibi düşünmeyenleri birer düşman diye görürler ve hakikat düşmanı olarak niteledikleri bu gibi insanları kin ve nefretle izlemekten geri kalmaz, onlardan kurtulmak yolunda hiçbir özveriden kaçınmazlar.

Kabil ile Habil'i bugün öldürmüş değil, ama bugün Kabil Habil'i akıl uğruna öldürüyor ve şeref madalyası istiyor. Çünkü, bunu yapanlar, artık insanların değil, bir düşüncenin adamıdırlar (11).

Bu gibi kimselerin zihinlerindeki hukuk ve adalet anlayışı o denli kesin ve güçlüdür ki, aşağıdaki değim onlar için şaşmaz bir ilkedir:

Adalet gerçekleşsin de, isterse dünya batsın

Fiat justitia pereat mundus (12).

Aslında hukukun salt soyut aklın yarattığı ve yaratacağı bir düzen olmadığını tarih inandırıcı bir biçimde göstermektedir. Hukuk, tarihi gelişim içinde durmadan değişmektedir. Bu değişimin nedeni, teknik ve ekonomik gelişmeler sonucu, toplumda bireyin ihtiyaç ve gereksinmelerinin gelişip değişmesi kadar, akılcı teorinin eninde sonunda "Güç Teorisi"ne dönüşerek, fiilen bu gücü kullanmak zorunluluğundan kurtulamamış olmasıdır.

Oysai hayvandan farklı olarak tinsel bir varlık olan insan bir güç karşısında boyun eğmeğe katlanamaz. Bu nedenle hukukun asıl doğuş nedeni ve anlamı, güç karşısında insan onurunun direnmesi, ona "D U R !" diyerek sınırlandırıp egemenlik altına almasıdır. Hukukun yaptırım gücü, insana sopa çekmek anlamına gelmez, gelemez.

Hukukun kültür boyutu

Hukuk bilimi

Hukuka statik yaklaşım

Hukuk, insan yaşamının temel bir olgusu olmak ve bu yaşamın sürekliliği ve gelişimi için vazgeçilmez bir nitelik taşımakla insanın bilimsel yönden ona dikkatle yaklaşması anlaşılabilir bir şeydi.

Hukuka, onun içerdiği kurallara ontolojik açıdan baktığımızda, onların bir düşünce oluşuğu olduğunu, düşünsel bir varlığa sahip bulunduklarını açıkça görürüz; bütünü ile hukuk, varlığını düşünce dünyasından alır, düşünce dünyasına ilişkin bir varlıktır. Bu özelliği ile o, kendisini istemiş, düşünmüş ya da tasarlamış olan p s i k o l o j i k olaydan bağımsızdır; o, duyu organlarımızla algılayabileceğimiz her türlü olaydan farklı nitelikte bir varlıktır.

Onun maddî bir varlığından ise, aslâ söz edilemez. Hukuk olarak aslâ onun taşıyıcısı olan kâğıttan ibaret yasa kitabı ya da Romalılarda olduğu gibi taşa kazılmış XII Levha Yasası anlaşılamaz. Yasa, kâğıt ya da taş değildir. Yasa ve hukuk dediğimiz şey, kâğıt ya da taş üzerine yazılmış anlamlı bir düşüncedir; onun yeri duyu organları ile algılanan gerçeklik dünyasında değil, zaman-mekân boyutunun dışında, düşünce dünyası dediğimiz anlam dünyasındadır.

Real ve ideal olmak üzere hangi türden olursa olsun, bütünü ile varlığın kavranması, mantıktaki "nedensellik ilkesi"ne göre olur. Bir varlığı ya da bir olayı kavramak demek onu meydana getiren, onun gerçekleşmesine neden olan başka bir varlık ya da olayın bilinmesi demektir. Böylece, zihnimizin yapısı olan mantıktaki nedensellik ilkesi önce "varlık nedeni" ve "oluş nedeni" (kozalite) olarak, duyu organlarımızın algıladığı gerçeklik dünyasına yönelir. Nedensellik ilkesinin bundan sonraki üçüncü görünümü "yeter neden yasası" adını taşır. Bu yalnızca düşüncelere, düşünsel oluşuklara yönelir ve "bilgi nedeni" diye bilinir. Buna göre, her yargı (her hüküm) genel geçerlik kazanabilmek için "yeter bir neden"e indirgenmek durumundadır, aksine davranıldığında bu yargılar herhangi bir anlamdan uzak ve boş sözlerden ibaret kalır (13).

Bu yasaya göre ve ona uyularak, hukukun oluşumu için de "ilk bir neden" bulunmak zorundadır ve aynı zorunlulukla bu neden düşünsel nitelikte olacaktır. Böylece bir ilk kaynak olmakla hukukun kökeni diyebileceğimiz bu "neden", bütün yargı ve kavramları bir arada toplayacak, birleştirici bir işlev görecektir.

Nedir ki, bulunacak bu "neden" tek başına, kendisinden çıkarılan düşüncelere hukukilik karakterini kazandırmada yeterli ve haklı olamaz. Çünkü, mantığa uygun olarak yü-

rütülen düşünce ve çıkarsamaların kesinlikle hakikati temsil etmeleri gerekmez. Mantık bilgilerin sadece biçimsel yönünü dikkate alır; o, doğruluğun peşindedir, hakikatin değil.

Nitekim H. KELSEN "Saf Hukuk Teorisi"nde, ideoloji olarak kabul ettiği her türlü içerikten sakınarak ve kaçarak, hukuka sırf mantık açısından ve dolayısıyla da biçimsel olarak yaklaşmış ve sonuçta, hukuka köken olmak üzere, içi boş bir temel norm (Grundnorm) düşüncesine varmıştır. İçerik olarak sadece, yasa koyucunun kim olacağını belirlemekle yetinen böyle bir ilkenin, hukuku hukuk yapan bağlayıcı gücünü açıklamaktan uzak kalacağı açıktır ve bu nedenle ondan çıkarılacak kuralların hukuk olarak nitelendirilmesi olanaksızdır.

Konuya böyle bir yaklaşım, önceden kabul edilen genel ve çok geniş kapsamlı bir düşünceden sonuçlar çıkarmak biçiminde oluşacak hukuka sentetik değil, sadece analitik yargılar kazandırmakla da herhangi bir yeniliğe olanak sağlamayan statik bir karakter taşıyacaktır.

Hukuka dinamik yaklaşım

Burada önce, konuya açıklık getirmek üzere "hukukun yaratılması" ile "hukukun uygulanması"nın aynı bilimsel etkinlik olduğuna değinilmelidir. Genel bir normdan, aşağı doğru daha somut bir normun elde edilmesi, yukarıdaki norma göre "hukukun uygulanması", fakat daha aşağıda yer alacak norma göre, bir "hukuk yaratma" olarak görülecektir. Nitekim anayasanın yapılması adalet değerine göre bir uygulama, içeriği soyut olan bir kavramın, somut bir içerik kazanması; oysa daha somut bir içerikli olan yasaya göre hukukun yaratılması anlamını taşıyacaktır.

Şimdi burada, önemle belirtilmesi gereke şudur ki, bir bilginin, bir bilimin söz konusu olduğu yerde onu oluşturan yargıların sırf mantığa uygunluğu, mantıken doğruluğu yetmez; o bilgilerin anlam kazanabilmesi için "hakikat" değerinin hizmetinde olmaları gerekir. Bir şeyin anlamı var demek, o şey yüksek bir değerin taşıyıcısı demektir.

"Hakikat"in ne olduğu ise, bilgi teorisinde belirlenmiştir. Buna göre, "hakikat" bilginin konusuna uygunluğudur. Buradan anlıyoruz ki, her bilginin bir konusu vardır ve olmak gerekir. Bilim bir bütün olarak düşünüldüğünde onun tek bir konusu vardır: Tek olan varlık. Bunun içindir ki, tek bir bilim vardır; çünkü varlık tektir. Değişik özel bilimlerin bulunuşu, daha doğrusu özel bilimlerin çokluğu, varlığın çok çeşitli görünümlere, değişik boyutlara sahip olmasından kaynaklanır.

Bu yüzden hukuk biliminin de bir konusu ve tek bir konusu olmak gerekir. Bu konu varlığın bir görünümü, belli bir boyutu olacaktır. Bu boyut, bu konu "adalet" dediğimiz değerdir. Adalet, hukuku varlığa bağlayan, ona bağımsızlık ve birlik kazandıran tek kavramdır. Gerçi onun gerçek (real) bir varlığı yoktur; o, zaman-mekân boyutunda yer alan bir varlık değildir, kimse adaleti ne görmüş ne de elle tutabilmiştir. Buna karşın, yine de o, vardır.

Bilindiği üzere, varlık ontolojik açıdan başlıca iki biçimde görünür: Realite ve idealite.

Varlığın gerçeklik, realite dediğimiz boyutu, kendini bize zaman –mekân boyutunda gösterir; buna karşılık idealite dediğimiz düşünsel boyutu ise zaman-mekân boyutunun dışında bulunur. Bu alanı oluşturan konu mantık, matematik, değerler ve onların kendi içlerindeki ilişkilerdir. İdealite de, aynen realite gibi varlığın temel bir boyutunu oluşturur; üstelik önem ve değer bakımından realiteden daha da üstün görünür. Çünkü varlığa ve yaşama anlam katacak olan ide ve değerler bu alanda bulunur.

İşte, değer olarak düşünsel nitelikte olmakla, varlığın düşünsel boyutunda yer alan adalet, hukukun konusu olmayı ve böylece de ona gerçek bir bilim olma özelliğini kazandırmayı hak eden bir kavramdır.

Adalet dediğimiz salt değer olmaksızın, adalete yönelik bir çaba olmaksızın, hukuk bir gevezelik ya da maskaralıktı (14).

Ancak, adaletin ve adalet dolayısıyla hukukun zamanla ve özellikle ülkeden ülkeye değişiklik göstermesi onun bir bilim olup olmayacağı yolunda zihinlerde kuşkunun doğmasına neden olmuştur. Nitekim, her günkü politik kavgalar, adalet tartışmaları olarak bu kuşkudan kaynaklanmaktadır.

Gerçi bir değer olarak adalet, insanın keyfîliğinden uzak nesnel bir varlığa sahiptir (15). Ancak, adalet hukukta bir içerik kazanma yoluna girdiğinde geniş kapsamından ötürü değişik değer yargılarının doğumuna olanak sağlar. Değer yargılarının bu değişikliğinde insanın değer organının (vicdanının) herkeste aynı ölçüde gelişmemiş olması kadar, genelde bütünü ile insanın her şeyi algılayıp kavramaya gücü yetmeyen sonlu ve sınırlı bir varlık oluşu rol oynar.

Onun varlığın çok sınırlı bir görünümünü bile hakikate uygun olarak kavrayabilmesi çok uzun bir süreçten geçmektedir. Nedir ki, bu süreçte yapılacak yanlışlar ve yanılgılar yine de hakikatle ilgilidir, varılacak hakikatin bir parçasıdır. Bu nedenle onlar hiçbir biçimde savsaklanamaz. Onlar, bizim belli bir hakikate ulaşmamızın umut ve güven kaynağıdır.

Yanılgılar, oluşan hakikatlerdir.

Die Irrtümer sind werdende Wahrheiten (16).

Özdeyiş niteliğindeki bu düşünceye bakarak diyebilirz ki, bize karşıt düşünceler dahi bizimdir, bizim malımızdır ve bize karşıt düşünenler de bizdendir, bizden ayrı kimlikler değildir.

Hukukun değişmesi konusunda, diğer yandan bilinmelidir ki, hukuk bir toplumda oluşurken o toplumun sosyal yapısını, teknik ve ekonomik gelişimini, kültürel düzeyini dikkate almak zorundadır; "pratik amaç" dediğimiz bu işlevi, onun varlık nedenlerinden biridir. Ve işte özellikle bu yüzden de hukuk, bu gelişmelere uyum sağlamak üzere değişmektedir ve her zaman değişime hazır olmalıdır; çünkü değişimin bu etkeni insanın keyfî görüşü değil, sosyal gerçekliğin nesnel etkisidir.

Bu ise, hukukta konuya ilişkin bilgi edinmede, ona yaklaşımın dinamik olmasını zo-

runlu kılar. Böylece "Adalet Bilimi" diye adlandırabileceğimiz hukuka ilişkin bilim, hukuk bilimi, konusuna sırf mantıkî doğruluk açısından değil, asıl ve daha çok hakikat açısından yaklaşıp önce adalet kavramının içeriğini saptamak durumundadır. Bu kavramdan, onun içeriğine uygun olmak üzere somut hukuk normlarını çıkarmaya çalışması ondan sonra gelir.

Adalet ahlâki bir değer olduğuna göre, onun içeriğini temelde ahlâki bir değer anlayışı oluşturur. Bu anlayışta diğer değerlerin hepsinin ön koşulunu oluşturan "saygı", "alçak gönüllülük" ve "sevgi" dediğimiz değerler başta gelir. Bu değerler insana yönelik olduğunda şöyle bir yargıya bağlanabilir: Her kim olursa olsun insana saygı, onun bedensel ve tinsel (manevî) varlığına ve gelişimine hizmet". Bu anlayıştan yola çıkan adalet görüşümüz de bugün "insan hakları" kavramı içinde toplanmaktadır. Bu, çağımız insan ve insanlığının ortak vicdanının adalete ilişkin verdiği bir değer yargısıdır.

İşte hukuk bilimi önce, hukuk normlarını oluşturmak üzere, böyle bir adalet anlayışından yola çıkıp, mantıkî düşünce ile birlikte ve asıl değerlendirici bir düşünce ile bu kurallara içerik kazandırmaya, onları belirlemeye çalışır. Nedir ki, bu saptamada kullanılan değerlendirici düşünce bir değer yargısı vermek anlamına gelmez; değer yargıları kişiseldir ve bu nedenle nesnel olması gereken hukuka bir temel oluşturamaz (17).

Hukuki gerçeklik

Hukuk, adaletin düşünce ve zihniyette somutlaşıp gerçekleşmesi ile oluşan düşünsel bir varlıktır. Düşünsel bir varlık olarak hukukun gerçeklik kazanması önce, düşünce ve zihniyette kendini gösterir. O, konusu olan adalete uygunluk iddiası ile bir hakikati deyimler, böylece zihinlerde genel geçerlik kazanır ve zihinleri bağlar.

Hukuk bu zihinsel bağlayıcılığı ile toplumsal bir gerçekliği oluşturur ki, işte bu bir kültür gerçeğidir. Kültür, yüksek (tinsel) bir değerin gerçekleşmesidir. Buna göre hukuk, daha baştan yüksek bir değer olan hakikati temsil etmekle bir bilim olarak kültür görünümü, kültür gerçeği olduğu gibi üstelik hukuku hakikate bağlayan adalet ahlâk alanında yüksek bir değer olduğu için hukuk bu açıdan da bir kültür gerçeği olmak özelliğini kazanır.

Nedir ki, hukukun adalet açısından bir kültür oluşturması, onun sırf zihinlerde bir gerçeklik oluşturması ile yeterli kalmaz, insan davranışlarında görümesini zorunlu kılar, çünkü adalet ahlâki bir değer olmakla insanın zihniyeti ile birlikte davranışları ile de ilgilidir.

Davranışlarda yansımasıyla hukuk, toplumda bir gerçeklik kazanır ve ancak böylece ahlâki açıdan da hukuk bir kültür gerçeği olur (hak ve hakikatin birliği). Fakat bu, henüz, o toplumu oluşturan bireylerin ahlâki düzeyini gösteremez. Bilindiği üzere ahlâk bireyle onun içten yetkinliği ile ilgili bir olgu, bir kavramdır. Ahlâk toplumun nesnel nitelikte olan kültürü ile ilgili değildir (18). Bu yüzden adalet de ahlâk açısından bireyle ilgilidir.

Nitekim bu anlamda adaletin geçerli tanımı şöyledir: "Herkese, kendisine düşeni vermek yolunda sürekli ve değişmez bir irade". Bu tanımın anlatmak istediği, adaletin kişinin bir zihniyet değeri, onun adalet sevgisi ve böylece bireyin erdemi olduğudur.

Hakka kulak ver artık, zoru unut büsbütün. Şu adeti koydu zira Zeus insanlar için: Balıklar, karadaki hayvanlar, uçan kuşlar yiyecek birbirini, hak yoktur aralarında çünkü, insanlara ise hak yolladı, odur nimetlerin en büyüğü (Hediodos) (19).

Bu arada o kişinin ilişkilerde hangi tutum ve davranışın adaletli olduğunu bilmesi zorunlu değildir.

Nedir ki, adalet ahlâki değerler arasında en yüksek bir değer olarak kabul edilemez; tersine o, ahlâki istemler açısından en azı gösterir. Onun bireylerden beklediği, haksızlık yapmamak, kimseye zarar vermemektir. Onun insanlık için asıl hizmeti, insanların bir düzen içinde birliktelik oluşturarak toplum içinde maddî ve tinsel (manevî) varlıklarını güvenceye alarak dinî, ahlâki, bilimsel ve sanatsal kültürlerinin, hiçbir baskı altında kalmadan serbestçe oluşmasına ve gelişmesine olanak sağlamaktır.

Bunun dışında sevgi, iyilik ve barış sever olmak gibi diğer ahlâki değerlere karşı adalet, düzey olarak aşağıda yer alır. Bu gibi yüksek değerlerin, gerçekleştirilmeleri yolunda sınırsız bir istemleri vardır. Oysa adalet sınırlı bir isteme sahiptir ve böyle olmakla sınırın her olayda saptanmasında bir hesap kitap işi olarak karşımıza çıkar. Herkesin hakkını alarak düzenden yararlanmasını, varlığını korumasını sağlayarak toplumsal yaşamın devamını güvence altına almak; işte onun temel işlevi budur.

Adalet, mülkün temelidir (Türk Atasözü) (20)

Onun işlevi salt bir gerçekleşmek istemi değil, toplumu var etmek iradesidir. Bu nedenle ona uygun olan ve yakışan söz, ancak şu olabilir:

Adalet gerçekleşsin ki, dünya batmasın

Fiat justita, ne pereat mundus (21).

Bu işlevinin dışında adalet, bireyleri ahlâk alanında tamamen serbest bırakır. O, işlevini yerine getirmek üzere hukuk olarak somutlaştığında, nesnel bir nitelik kazanmakla bireyin iç dünyasını dikkat dışı bırakır. Onun isteği, içinden ne düşünürse düşünsün bireyin salt olarak borcunu, yükümlülüğünü yerine getirmesidir; böylece de toplumda barışın sağlanmasıdır.

Nitekim, somut yaşamda dönüşüm geçirerek "hukuk duygusu" kimliğine giren adalet saygınlık, gurur, hak ve mücadele gibi değerlerin etkisine girer. Bu duygu RADBRUCH'un dediği gibi, "ince bir zekâ ile, vicdanın ördüğü zincirlerini koparıp kendi çıkarını ortaya salar" (22). Öyle ki,

Hukuk duygusu belli ölçüde iki yüzlülük ya da kendini aldatma tehlikesi ile karşı karşıyadır: Çıkar, kıskançlık ve çekemezlik, sürekli haklılık iddiası, kavgacılık ve güç arzusu, intikam ateşi ve zarar verme zevki hukuk duygusu ile örtünür (23).

Hak duygusu ile vicdanı dengelemek, ahlâki ödevin yerine getirilmesini hakkın en yüksek ödevi olarak ve hakkı sadece ahlâki ödevlerini yerine getirmek üzere bir hak diye

kavramak ideal bir hedef olarak kalır (24).

Hukukun Güç (Zorlama) Boyutu)

Hukukun öngördüğü düzen, bilindiği üzere, doğa düzeni gibi kendiliğinden gerçekleşen bir düzen değildir; o, biz insanların oluşturduğu ve oluşturacağı, gerçekleştirdiği ve gerçekleştireceği bir düzendir. Bu oluşturmada, her ne denli doğadan gelen bazı motivasyonların etkisi büyük olsa da temelde, bazı hayvan türlerinde görülen topluluklardan farklı olarak, insanın akıl ve iradesi kararlayıcı bir etkendir. Onun içerdiği kurallar "olan"ı değil, yukarıda belirtildiği gibi, bir "olması gereken"i gösterir. Bu demektir ki, onun istemlerinin gerçekleşmemesi olanağı vardır; bir şeyin olmasını istemenin anlamında onun olmayabileceği düşüncesi de mantıken içerilmiştir.

Gerçekte de, toplumsal yaşamda önemli ölçüde hukuka aykırı davranışlara tanık olunmaktadır. Hukukun amacı ve varlık nedeni ise, toplumun kurulu düzenini korumak ve pekiştirmektir. Hukukun bu işlevini yerine getirmek için bir zorlamayı içermesi, buyruklarına uymayanlara zorlayıcı bir güç kullanması gerekli görünmektedir.

Fakat diğer yandan biliyoruz ki, hukuk bir kültür görünümüdür, bir kültür gerçeğidir. Kültür kişilerin özgür iradesi ile oluşur. Dışarıdan bir zorlama ile bilim ve sanat gibi hiçbir kültürel yapıt ve hiçbir kültürel etkinlik gerçekleştirilemez. Bu alanda başarıyı belirleyen dış zorlama değil, tersine içten gelen bir baskıdır. Nitekim R. M. RILKE, "Genç Bir Şaire Mektuplar" adlı yazılarında genç şair Bay KAPPUS'a şöyle seslenir:

İçinize dönünüz. Sizi yazmaya sevk eden sebebi araştırınız… Yazmanız men adildiği takdirde artık yaşayıp yaşamayacağınızı aklınızdan geçiriniz (25).

Asıl önemlisi, adalet ahlâki bir değer olduğu için, adalet dolayısıyla vicdanların dışarıdan zorlanmasının ahlâka aykırı düşeceği düşüncesidir. Buna göre bir yandan, yasasını kendi koymadan, sırf dışarıdan gelen sorlama ile davranan birey kişiliğini kaybetmiş olur ve diğer yandan onu zorlayan da, bir insanı eşya gibi yönetmeye kalkmış olmakla ahlâka aykırı davranmış olur. Ahlâk, ne kendini kendinin dışında dış amaçlara araç olarak kullanmayı ne de başkalarını sırf kendi amaçlarının doğrultusunda kullanmayı kabul edebilir. Ahlâk, hiçbir koşula bağlı olmadan bu davranışları kesin olarak reddeder, bunun aksini buyurur (kategorik emperatif). Böyle olunca da, hukukta zorlamanın yeri olamayacağı sonucuna varmamız gerekmektedir.

Evet! Hukuk adalet değerine dayanmak ve ondan çıkmakla bir norm (bir "olması gereken") niteliğindedir. Eğer onun gerçekleşmesi dışarıdan bir zorlamaya bağlanırsa bu norm olma niteliğini yitirir, bir doğa yasası olur. Adalet ahlâki bir değer olmakla, onun buyrukları bireysel vicdanla algılanıp yine bizzat o bireyin iradesi ile gerçekleştirilmeyi gerektirir; bu, onun kazandırdığı kuralların şaşmaz ve değiştirilemez normatif karakteridir.

Ödev ve güç, birbiriyle kesişmeyen, aslâ karşılaşmayan iki koşuttur. Etkin bir güç, zihniyet ve eylemle ya da herhangi bir biçimde kendisine yönelebileceğim bir ideal de ortaya koyamaz (26).

Ben kendi kendimin ahlâki yasa koyucusuyum, dahası kendi kendimin yargıcıyım ve böylece vicdanım aracılığı ile icra ve yürütüm de bana düşüyor (27).

Şu var ki, adalet, sırf bireyin kendi düzeni ile ilgili bir değer değildir. Onun içeriğinde insana saygı düşüncesi yatar. Bu ise, insanın temel ihtiyacı, insanın insan olmasının ön koşulu olan toplumsal yaşamın bireylere sağlanması ve korunması yolunda ortaya bir irade konulması, bir çaba gösterilmesini gerektirir; çünkü insana saygı, onun fiilî görünümü olan alçak gönüllülük, ahlaın kesin buyruğu olarak insana etkin hizmette bulunmayı gerektirir.

Ama bu hizmetin içeriği bireysel değil, toplumsal, toplumun yaşamı olduğuna göre, herkesin düşünce ve iradesinin düzen kurmak ve içeriğini belirlemek yolunda birleşmesini zorunlu kılar. İşte bunun içindir ki, hukukta ortak bir düşünce ve iradenin oluşmasına, onu temsil edecek dış bir güce gereksinim duyulmaktadır. Bu yüzden, ahlâkın tümüyle otonom olmasına karşılık, hukukun büyük ölçüde heteronom olduğundan söz edilir. Ahlâkta içten bir yasa koyma (iç yasama) ve bu yasanın gerçekleşmesinden bireyin salt kendine karşı sorumluluğu, hukukta ise dışarıdan bir yasa koyma (dış yasama) ve dolayısıyla bireyin dış yasa koyucuya karşı bir sorumluluğu vardır.

Anlaşılıyor ki, hukukun zorlaması adaletin gereği olarak ahlâkın kesin ve koşulsuz gerçekleşme isteminden kaynaklanmaktadır. Bu ise, hukukta zorlamanın bir "olması gereken"i dile getirdiği anlamına gelir ve böylece sırf bu "olması gereken" niteliğini kazanmakla o, bir norm olarak hukukun niteliğine uygun düşer ve onun içinde yer alır.

Bu gereği yerine getirmek, bu "olması gereken"i gerçekleştirmek üzere, güç kullanılmasında, kendi başına güç fizik bir varlık olarak aslâ hukukun niteliğine sokulamaz; sırf bir doğa olayı olarak güç ve onun kullanılması "olan"ı gösterir, böylece de normatif nitelikte olan hukuka tümüyle yabancıdır. Fizik güç ancak adalete dayanmakla ve kesinlikle onun sınırları içinde kalmakla anlamlı bir gerçeklik, bir kültür gerçeği olabilir.

Bir başka anlatımla, hukuk belli bir davranış için bireylere ancak adalet adına buyurabilir ve onları buna zorlayabilir. Onun toplum içindeki bireylerin davranış ve ilişkilerini ayrıntıları ile önceden belirlemek, sonradan sahip olacağı ve kullanacağı fizik ya da fikrî güçle her türlü aykırı davranışları kesin olarak bastırmak, insanları sindirmekle salt bir düzen kurmak değildir. Toplum düzeninin anlamını oluşturan barış, yüksek ahlâki bir değerdir, bireylerde özgürlüğün varlığını gerektirir. Özgürce bir barışa dayanmayan bir düzen, yaşamın değişmesine, gelişip açılmasına izin vermeyen, yaşama düşman, yalnızca böceklere özgü ve yaraşan bir düzen olurdu.

Kısaca ve sonuç olarak diyebiliriz ki, hukuk, sahip olacağı anlamsız, fizik ve doğal nitelikteki bir güçle değil, ancak ve yalnız normatif karakterini bütünü ile, ayrıksız korumakla bir kültür görünümü olabilir ve salt böylece bize insanca bir yaşam sunabilir. Çünkü adaletin sağladığı saygı ile ancak, bireyler güvenlik içinde ve özgürce ahlâk, bilim ve sanat gibi diğer kültür alanlarında bir gelişme gösterebilir; böylece de varlık ve yaşamın evriminde kendini tanıyabilir, kim olduğunu, evrende var olmasının anlamını kavrama fırsatını yakalayabilir.

ATIFLAR

Ruskin, s.94'den.

Hisar, s.111.

Radbruch, Nr.443.

Bir takvim yaprağından.

Oktürk, s.163'den.

Joffroy, s.34.

Goethe, s.13.

Reeves, s.110.

Reich, s.61.

Fromm, s.19'dan.

Camus, s.46.

Radbruch KRB, s.32.

Bkz. Hessen, s.98.

Baumann, s.3.

Bkz. Aral, TAY, s.161.

Hessen, s.264'den.

Bkz. Aral, TBH, s.87.

Bkz. Aral HFT, s.102.

Kranz, s.20'den.

Bir takvim yaprağından.

Radbruch, KRB, s.48'den.

Radbruch, Nr.59.

Radbruch, Nr.60.

Radbruch, Nr.61.

Rilke, s.28.

Löwenstein, s.63.

Löwenstein, s.49.

KAYNAKÇA

- *ARAL, Vecdi – Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2010 (Metinde "Aral HFT" olarak gösterilmiştir).*
- *ARAL, Vecdi – Toplum ve Adaletli Yaşam, Filiz Kitabevi, İstanbul 1982 (Metinde "Aral TAY" olarak gösterilmiştir).*
- *ARAL, Vecdi – Tek ve Bağımsız Hukuk, Beta Basım A.Ş., İstanbul 2011 (Metinde "Aral TBH" olarak gösterilmiştir).*
- *BAUMANN, Jürgen – Einführung in die Rechtswissenschaft, München 1967.*
- *CAMUS, Albert – Denemeler (Çev. S. Eyüboğlu, V. Günyol), Çan Yayınları, İstanbul 1960.*
- *FROMM, Erich – Sahip Olmak ya da Olmak (Çev. Aydın Arıtan), Arıtan Yayınları, 2. bs., İstanbul 1990.*
- *GOETHE, John Wolfgang – Faust (Çev. Aylin Yıldız), Kum Saati Yayınları, İstanbul.*
- *HESSEN, Johannes – Lehrbuch der Philosephie, Erster Band Wissenschaftslehre 2. Auflage, Munchen-Basel 1950.*
- *JOFFROY, T.S. – Felsefe Bahisleri (Çev. R.S. Tur), M.E.G.S.B. Yayınları, İstanbul 1998.*
- *KRANZ, Walther – Antik Felsefe, Metinler ve Açıklamalar (Çev. S.Y. Baydar), Sosyal Yayınlar, İstanbul 1984,*
- *LOEWENSTEIN, Alfred – Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff, München 1915.*
- *OKTÜRK, Şerif – Özlü ve Güzel Sözler, Milliyet Yayınları, İkinci Baskı, 1973.*
- *RADBRUCH, Güstav – Hukukta Bilgelik Dolu Özlü Sözler (Çev. Prof. Dr. Vecdi Aral), XII Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.*
- *RADBRUCH, Güstav – Klaines Rechts-Brevier, von Fritz von Hippel, Göttingen 1962 (Metinde "Radbruch KRB" olarak gösterilmiştir).*
- *REEVES, Hubert - Meraklısına Evren (Çev. Siren İdemen), Y.K.Y. Kitapları 2012.*
- *REICH, Wilhelm – Dinle Küçük Adam (Çev. Şemsa Yeğin), 4. bs., İstanbul 1986.*
- *RILKE, Reiner Maria – Genç Bir Şaire Mektuplar (Çev. Melahat Özgü), Remzi Kitabevi, İstanbul 1944.*
- *RUSKIN, John – Susam ve Zambaklar (Çev. Türkan Turgut), Tur Yayınları, Ankara 1974.*

EĞİTİM VE YABANCILAŞMA İLİŞKİSİ

Müjdat AVCI*

Özet: Bu çalışmada, toplumsal yaşamın temel kurumlarından biri olan eğitim kurumunda öğrenciler düzeyinde görülen yabancılaşmanın nedenleri üzerinde durulmuş ve çocuklarda pek çok olumsuz etkiye sahip olan söz konusu olgunun en aza indirilebilmesi noktasında kurumsal ve bireysel düzeyde alınabilecek önlemlerin neler olduğu belirlenmeye çalışılmıştır.
Anahtar Kelimeler: Eğitim, Okul, Öğrenci, Öğretmen, Yabancılaşma.

The Relation Between Education and Alienation

Abstract: In this study, the reasons of alienation experienced on student level in an educational institution, one of the fundamental institutions of social life, was emphasized, and it was attempted to determine the measures that can be taken in the institutional and individual levels so as to minimize the aforementioned phenomenon which has numerous negative effects on children.
Keywords: Education, School, Student, Teacher, Alienation.

Giriş

Eğitim, insanlık tarihi kadar eski bir olgudur/kurumdur. Tarihsel süreç içerisinde geçmişten günümüze toplumların gelişmişlik düzeylerine ve beklentilerine bağlı olarak değişerek/gelişerek gelmiş olan bu kurum ilerleyen süreçte yine toplumun/insanlığın beklentileri doğrultusunda değişmeye/gelişmeye ve toplumsal hayatın en temel kurumu olarak insanlığa hizmet etmeye devam edecektir. Dünyada gelişmekte olan ya da gelişmiş pek çok toplumun üyelerinin eğitilmesine/yetiştirilmesine yönelik olarak iki temel anlayışa sahip oldukları görülür. Bunlardan ilki insanını yüzlerce belki de binlerce yıllık tarihinden getirdiği değerler sistemine uygun biri olarak yetiştirmek; diğeri ise, yetiştirdiği üyelerinin aynı zamanda evrensel insani değerlere sahip olmalarını sağlamaktır. İnsanın bir yandan toplumun beklentileri diğer yandan ise kendine özgü özelliklerinin geliştirilmesi çerçevesinde belirli bir süreçten geçirilmesi olarak ifade edebileceğimiz eğitim, aynı zamanda bir takım özelliklerle dünyaya gelen insanın toplumsallaşmasından da sorumludur.

Eğitim, insanı diğer canlılardan ayıran en temel süreçlerden birisidir. Toplumsal bir varlık olan ve bazı yeterliliklerle dünyaya gelen insan, yaşadığı toplumun değerlerini, topluma

* *Yrd. Doç. Dr., Erzincan Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi, Sosyoloji Bölümü, mujdatavci@yahoo.com.tr*

uyumunu, hatta hayatını sürdürebilmek için gerekli bilgi ve beceriyi eğitim yoluyla kazanır. Diğer taraftan insan, en uzun çocukluk dönemine sahip bir varlık olarak eğitilebilme yetisi ile donatılmıştır. İnsanın bu yetisini en iyi şekilde kullanabilmesi toplumun kendisine sunacağı olanaklarla ilgilidir. Bu bir yerde doğal insanın toplumun yarattığı kültürden etkilenmesi ve gelişmesini tamamlamak için kültürel ögelere de ihtiyaç duyması anlamına gelmektedir. Başka bir açıdan baktığımızda ise, toplumsal yaşam insanın eğitimini zorunlu kılmaktadır (Oktay, 2007: 2).

İnsanın yeryüzündeki macerasının başlamasıyla birlikte yüzyıllar içerisinde onun eğitimi konusunda çok şeyler söylenip yazılmıştır. Tarihsel süreç içerisinde çeşitli dinler, felsefi akımlar ve ideolojiler, eğitim hakkında bir takım tezler ve görüşler ortaya koymuşlardır. Kuşkusuz dün ve bugün olduğu gibi gelecekte de eğitim konusundaki tartışmalar devam edecektir. Değişen bir dünyada, insanın da bir inşa (oluşum) süreci içerisinde olduğu düşünülürse, insan ve onun eğitimi konusundaki süregelen tartışmalar doğal karşılanabilir. Eğitim, bir bakıma insanın bu sürekli gelişim sürecinde ona yönelik yapılan bir yardım sürecidir. Bu yardımın temel amacı, insanı bulunduğu noktadan daha farklı, daha iyi bir duruma taşımaktır. Bu anlamda eğitim, insanı iyi yönde bir farklılaştırma sürecidir (Şişman, 3 :2006). Tüm toplumlar kendi varlığını devam ettirmenin yollarını aramış ve yeni yetişen bireylerin üyesi oldukları aile ve topluma uyum problemini çözebilmek için var olan bilgi ve becerileri aktarma ihtiyacı duymuştur. Bilgi aktarma sürecinde ise en önemli yeri kültür oluşturmuştur. Toplumların sahip olduğu kültürü, koruma, aktarma ve geliştirmede ise temel kurum eğitim kurumu olmuştur (Çıkılı, 2008: 2). Başka bir ifadeyle, toplumsal bir süreci ifade eden eğitim, okul sistemi içerisinde toplumun miras bıraktığı kaynakları yeni kuşaklara paylaştıran ve onların kendi güçlerini toplumsal amaçlar için kullanan bir kurum olarak belirmiştir (Ratner, 2010: 3).

Tarihte okul sisteminin ilk olarak Sümerlerde ortaya çıktığı bilinmektedir. Sümerlerden bu yana tarih boyunca çeşitli toplumların eğitim anlayışlarına bakıldığında ise, çocukları yabancılaşmaya iten faktörlerin çoğunun günümüzde de varlığını sürdürdüğü görülür. Okul, öğretmen, aile, kitle iletişim araçları, akran grubu ve sınıf ortamı günümüzde çocukların eğitim sürecini etkileyen belli başlı unsurlardır. Dolayısıyla, eğitim-yabancılaşma ilişkisini belirlerken eğitim kurumunun formal ve informal boyutunu oluşturan ve çocukların eğitim faaliyetlerini doğrudan ya da dolaylı olarak etkileme gücüne sahip olan söz konusu unsurları dikkate alarak bir sonuca gitmek çalışmamızın ana eksenini oluşturacaktır.

Bu çalışmamızın amacı, toplumsal yaşamın ve insan gelişiminin temel kurumlarından birisi olan eğitim kurumunda yaşanan bir takım sağlıksız ya da olumsuz süreçlerin çocuklarda meydana getirdiği ve literatürde yabancılaşma kavramıyla ifade edilen okuldan kaçma, okula karşı soğuma, öğrenci ve öğretmenlere karşı norm dışı edimlerde bulunma vb. tutum ve davranışların ortaya çıkış nedenlerini belirlemek ve söz konusu olgunun onların gelişimleri üzerinde oluşturacağı olumsuz etkilerin neler olduğunu tartışarak olguyu azaltma ya da önleme noktasında birey ve kurumların ne tür bir tutum ve uygulama içinde olmaları konusunda bazı önerilerde bulunmaktır.

I. Literatür Taraması

Konuyla ilgili olarak yurt dışı ve yurt içinde yapılmış araştırmalara bakıldığında çalışmamıza katkı sağlayacak dikkat çekici verilerin ortaya konduğu görülmektedir. Örneğin Kuzey Avustralya'da bulunan 520 lise öğrencisi üzerinde yapılan bir çalışmada öğrencilerin cinsiyetlerine göre yabancılaşma düzeylerinin farklılaşmadığı, başarı durumu düşük öğrencilerin, başarı durumu yüksek olan öğrencilere karşı öfke ve kıskançlık duyguları geliştirdikleri saptanmıştır. Yabancılaşma düzeyi yüksek olan öğrencilerin okul, sınıf ve aile ortamlarında kendilerinden bir yetişkin gibi düzenli, uyumlu, anlayışlı ve düşünceli davranışlar beklendiği ancak bu ortamların oluşumunda kendilerine danışılmadığı tespit edilmiştir. Aynı araştırmada öğrencilerin %48'i okulu can sıkıcı, rutin ve ileriki hayatlarında hiçbir işe yaramayacak bir yer olarak görürken, %12'si ise okulun kişisel, toplumsal ve mesleki gelişimleri için önemli bir yere sahip olduğunu belirtmişlerdir (Trent, 2001). Russell'ın lise öğrencileri üzerinde yaptığı ve 22 kişilik (11 kız ve 11 erkek) deney ve 22 kişilik (11 kız ve 11 erkek) kontrol grubundan oluşan çalışmada, geleneksel eğitim uygulak nan öğrencilerin okula yabancılaşma düzeylerinin, yaratıcı eğitim uygulanan öğrencilere göre anlamlı bir şekilde yüksek olduğunu tespit ederken (Russell, 1994), ABD'nde 320 ilköğretim öğrencisi üzerinde yapılan bir başka çalışmada ise, okulda şiddet edimi gösteren öğrencilerin, okula yabancılaşma düzeylerinin şiddet göstermeyenlere göre yüksek olduğu belirlenmiştir (Gibbs, 2004).

Yabancılaşmayla ilgili yurt içinde de pek çok çalışmanın yapıldığı görülmektedir. Bunlardan Sanberk tarafından 525 öğrenci üzerinde yapılan incelemede, öğrencilerin cinsiyetleriyle yabancılaşma düzeyleri arasında anlamlı bir farklılığın olmadığı görülürken, orta ve üst sosyo-ekonomik düzeydeki öğrencilerin alt sosyo-ekonomik düzeydeki öğrencilere göre ve okul türü açısından ise, Anadolu Lisesi öğrencilerinin genel, meslek ve özel okul türündeki öğrencilere göre daha yüksek düzeyde yabancılaşma davranışı gösterdikleri belirlenmiştir (Sanberk, 2003). Bayhan ise, 294'ü erkek, 156'sı kız olmak üzere 450 üniversiteli öğrenci üzerinde "Üniversite Gençliğinde Anomi ve Yabancılaşma" konulu bir çalışma yapmıştır. Araştırmasında öğrencilerle ilgili cinsiyet, aile tipi, toplumsal tabaka, yaşadıkları ortam, öğrenim görülen fakülte, maddî ihtiyaçları karşılama durumu, ailelerinin yaşadığı bölge, dinsel ibadetleri yerine getirme eğilimi vb. bir takım değişkenleri dikkate almış ve toplumsal ve kültürel çevrenin, birey ve üniversite gençliği üzerinde etkisinin önemli olduğu sonucuna ulaşmıştır (Bayhan, 1995). Yine Yapıcı tarafından "Eğitim ve Yabancılaşma" konulu bir başka araştırmada da, okulun, bireyin kendisine ve diğerlerine yabancılaşmasında, çok önemli bir rol oynayan ideolojik bir kurum olduğu tespit edilmiştir (Yapıcı, 2004).

II. Eğitim Kavramı

Eğitim kavramının tanımına geçmeden önce etimolojik anlamlarına bakmak yararlı olacaktır. Kavramın/kelimenin Türkiye Türkçesinde 1950'li yıllardan itibaren kullanıldığı görülmektedir. Kavram Türkçe'de eğmek fiilinden türetilmiş olup, bükmek, uygulamak, öğş retmek, yetiştirmek, geliştirmek, alıştırmak, egemenlik altına almak, yenilgiye uğratmak,

ezmek, kırmak, yönlendirmek gibi anlamlara karşılık gelmektedir. Daha önce bunun yerine, terbiye sözcüğü kullanılmaktaydı. Terbiye, Arapça kökenli bir sözcük olup sözlük anlamında artmak, düzeltmek, ıslah etmek, çocuk yetiştirmek anlamlarına gelmektedir. Sözlük anlamında bir şeyi geliştirmek, yetiştirmek, yetkinleştirmek anlamlarına karşılık gelen kavramın Latincedeki karşılığı 'educere' sözcüğü olup bakım ve yetiştirme anlamlarına gelmektedir. İngilizcedeki karşılığı 'educate' olan kavramın terbiye etmek, yetiştirmek, okutmak gibi anlamlara karşılık geldiği görülür. Education, bilgi, beceri ve karakter geliştirme anlamına gelip Türkçe'de terbiye, tahsil, tedris, maarif, eğitim, yetiştirme, irfan gibi sözcüklerle karşılanır. Bugün Türkçe'de eğitim sözcüğü, yerine göre çeşitli anlamlar yüklenerek kullanılır. İnsanla ilgili olarak ele alındığında ise aklı, becerileri, bedeni, iradeyi, zihni, ruhu geliştirme anlamlarına vurgu vardır (Şişman, 5-4 :2006).

Sosyolojinin temel konularından biri olan eğitim, tarihsel süreç içerisinde pek çok düşün insanı tarafından farklı biçim ve içeriklerde ele alınıp değerlendirilerek tanımlanmıştır. Bunlardan Platon söz konusu olguyu 'insana en iyi olgunluğu vermek', J.J. Rousseau, 'çocukları yetiştirme ve insan yapma sanatı', bir başka önemli düşün insanı Yusuf Has Hacip ise 'olumlu davranışları kazanarak hayata hazırlanma süreci' (Çıkılı, 2008: 4) olarak tanımlamışlardır. Coser ve diğerleri eğitimi, 'bilginin, hünerlerin ve değerlerin bir kişiden ya da bir gruptan bir başka kişi veya gruba bilinçli olarak aktarılması' şeklinde tanımlarken, Theodorson'lar bilginin formel ya da enformel yöntemlerle aktarılması biçiminde bir tanım yapmaktadırlar. Eğitimi toplumsal yönleriyle inceleyen Fransız sosyolog Emile Durkheim, Education and Sociology adlı temel yapıtında eğitimi, 'genç kuşağın yöntemli bir biçimde toplumsallaştırılması' olarak tanımlamaktadır (Kemerlioğlu vd., 1996: 2). Diğer taraftan Türkiye'deki birçok önemli sosyoloğun tanımı ile Durkheim'ın tanımı arasında bir benzerlik olduğu da görülür. Bu sosyologlardan Ziya Gökalp eğitimi, 'toplumdaki yetişkin (olgun) neslin yetişmekte olan nesle fikri, ahlaki ve bedeni halleri aşılaması, geliştirmesi' (Celkan, 1990: 50), süreci olarak tanımlarken, Tatlıdil 'tüm sosyalleşme süreci', Akyüz ise, 'kültürü işleyerek genç insanlara aşılamak suretiyle toplumsal şekillenmelere hizmet eden bir süreç' olarak değerlendirmektedir (Kemerlioğlu vd., 1996: 2-3). Kuşkusuz bu tanımları daha da arttırmak mümkündür. Tüm bu tanımlar dikkate alındığında eğitimi 'bilgi ve becerilerin kuşaktan kuşağa aktarıldığı ve bireyde istendik davranışların yaratıldığı bir süreç' (Bozkurt, 2011: 278) olarak ifade edebiliriz.

III. Yabancılaşma Kavramı ve Olguyla İlgili Yaklaşımlar

Yabancılaşma, Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük'te "belli tarihsel şartlarda insan ve toplum etkinlikleri ürünlerinin, bu etkinliklerden bağımsız ve bunlara egemen olan öğelerin değişik biçimde kavranması" (Türkçe Sözlük, 2009: 2102) olarak tanımlanmaktadır. "Özgün anlamı içinde, bir şeyi ya da kimseyi başka bir şeyden ya da kimseden uzaklaştıran, başka bir şeye ya da kimseye yabancı hale getiren eylem ya da gelişme" (Cevizci, 2000: 994) şeklinde de tanımlanan kavramın önceleri akıl hastalarını ifade etmek için kullanıldığı, Fransızcadaki aliéné ve İspanyolcadaki alienado sözcüklerinin ise eskiden psikozu, yani bütünüyle kendisinden kopmuş insanı tanımladığı (Fromm, 1996: 116) bildirilmektedir.

Basitçe kendi benliğini unutma, farkında olmama veya benimsememe (Şeriati, 1996: 13) anlamına gelen yabancılaşma kavramının ilk kez -yazılı kaynakların bildirdiği kadarıyla- Eski Ahid'de puta tapma eylemi ile ilgili olarak ortaya çıktığı görülmektedir. İnsanın kendini, kendi güçlerinin, kendi zenginliğinin etkin yaratıcısı olarak değil de, dışındaki güçlere bağımlı, canlı özünü bu güçlere yansıtmış, yoksunlaşmış bir 'nesne' olarak algıladığı bu durum (Fromm, 1996: 117-119), insanın yaratıcı gücüyle ortaya koyduğu özelliklerine, sonrasında kayıtsız şartsız boyun eğdiği bir süreçtir.

Yabancılaşma, insanlık tarihi kadar eski bir olgudur. İnsan yaşamı açısından önemli olan bu olguyu anlama ve açıklama konusunda pek çok kuram ya da görüşün ileri sürüldüğünü görüyoruz. Her bir kuram/görüş ise, bu olguyu insanla ilgili farklı bir boyutu dikkate alarak açıklamaya çalışmıştır. Yazılı tarih bağlamında olgunun ele alınış tarzına bakıldığında ilk olarak Helenistik dönem felsefecileriyle karşılaşılır ve kavramın Klasik Antikite sonlarına doğru, Hellenistik çağda 'Bir ve Tek Olan'la bütünleşme anlamında kullanıla dığı görülür. İlerleyen süreçte kavram pagan gizemcilerden Hıristiyan gizemcilere aynı anlamıyla devredilir (Emiroğlu – Aydın, 872 :2003). Kavramı Plotinus'dan devralan ve tüm felsefe tarihinin en büyük idealisti olarak kabul edilen Hegel, felsefi görüşünü Mutlak Ruh/Tin'in yabancılaşması üzerine kurar. Yabancılaşmayı ontolojik bir olgu olarak değerlendiren Hegel, yabancılaşmanın aynı insanın, özne yani kendini gerçekleştirmeye çalışan yaratıcı insan ve nesne, yani başkaları tarafından etkilenip yönlendirilen insan olarak ikiye ayrılışının sonucu meydana geldiğini ve bunun da insanın kendi yaratıları (dil, bilim, sanat vb.) ona yabancı nesneler haline geldiği zaman ortaya çıktığını ileri sürer (Cevizci, 2000: 994). Feuerbach ise, Hegel'in insanın özünü onun dışında olan 'Mutlak Ruh' açısından ele alan ve teoloji ve felsefeyi özdeşleştirerek dünya ve insanın evrensel düşüncenin yansımaları olduğunu ileri süren sistemini tersine çevirir ve 'düşünce'yi dünyanın yansıması olarak ele alan bir görüş ileri sürer. İnsanın kendi özünü, insan olarak kavraması gerektiğini ve bu yolla yabancılaşmanın aşılacağını söyleyen Feuerbach, insanın kendi kendini gerçekleştirmesinin yolunun da (Tolan, 2005: 286) dine ve Tanrı'ya yansıttığı ve hayatını kontrol eden değerlerin (sevgi, iyilik güç vb.) gerçekte kendi değerleri olduğunun farkına vardığında mümkün olacağını söyler. Din kurumuyla ilgili görüşlerinde Feuerbach'dan etkilenen Marx, yabancılaşma konusuna ekonomik, sınıfsal ve tarihi bir yaklaşım getirir. İnsanların ya da toplumların içinde kayboldukları ortak örgütler kurarak kapitalist sistem içerisinde yabancılaştıklarını ve bütün yabancılaşmaların kökünün ekonomik temelli olduğunu ileri süren Marx (Aron, 2010: 131), yabancılaşmayı insanın hastalığı olarak görür (Fromm, 1999: 60). Yabancılaşmanın ortadan kalkmasının ise kapitalist sistemin ortadan kalkmasıyla mümkün olacağını, bu noktada da işçi sınıfına önemli görevler düştüğünü dile getirir. Yabancılaşma olgusunun çağdaş yorumcularından ve Frankfurt Okulu mensuplarından olan Marcuse, One Dimensional Man adlı eserinde, hem Batı kapitalizmini ya da ileri kapitalist toplumları ve hem de komünist toplumları yoğun bir biçimde eleştirir. Üretimin tek amaç olduğu günümüzün totaliter sanayi toplumlarında, çok boyutlu bir varlık olan insanoğlunun, tek boyutluluğa indirgenerek kendisine yabancılaştığını (Cevizci, 2000: 622), söyler. Yabancılaşma sorununun aşılmasında özellikle öğrencilerin, etnik azınlıkların

ve toplum dışı kesimlerin toplumsal değişmedeki önemini vurgular ve ileri sanayi toplumlarında sistemle aşırı ölçüde bütünleşmiş işçilerden bir şey beklemenin ise mümkün olamayacağını söyler (Tolan, 2005: 299–300). Son dönem yorumcuların biri olan Melvin Seeman, yabancılaşmanın tek bir tanımının yapılamayacağını, çünkü söz konusu olgunun toplumsal ve bireysel özelliklerden hareketle ortaya çıkan bir sorun/patoloji olduğunu söyleyerek olguyu/kavramı sosyo-psikolojik bir perspektiften ele alır. Yabancılaşmayı toplumsal doyumsuzluğun neden olduğu düzensiz bir yapı olarak gören Seeman, kavramı, değer yargısından bağımsız bir hale getirmeyi de amaçlar. Kavramla/olguyla ilgili olarak hedefinin, sosyoloji ve sosyal psikoloji literatüründeki doyumsuzluk, güçsüzlük, yalnızlık gibi toplumsal kökenli duygusal sorunlara ilişkin kavramlardan hareketle, bir sınıflandırma yapmak olduğunu söyler. Ve bu bağlamda beş ayrı yabancılaşma kategorisinin varlığına vurgu yapar (Tolan, 2005: 302). Yabancılaşmanın, yaşadığımız toplumsal koşulların bir sonucu olduğunu söyleyen Seeman, söz konusu kavramı/olguyu ölçülebilir boyutlara getirir.

IV. Eğitim ve Yabancılaşma

Eğitim, toplumsal yaşamdan izole bir yapıya sahip olmayan, formal ve informal pek çok faktörün etkide bulunduğu bir kurumdur. Okulun kurumsal ve fiziksel özellikleri, öğretmen, aile, kitle iletişim araçları ve akran grupları gibi faktörler söz konusu kuruma etki ederek öğrencilerin özellikle eğitim sürecinden soğumalarına, uzaklaşmalarına yol açmaktadırlar. Eğitimde yabancılaşma olgusuyla ilgili bir değerlendirme yapmak bir yerde söz konusu faktörlerin irdelenmesiyle mümkündür.

A. Okulun Kurumsal ve Fiziksel Özellikleri

İnsanoğlu, toplumsal yaşamını sürdürebilmek ve bu yapı içerisinde yarattığı maddi ve manevi değerleri belirli bir disiplin ve prosedür çerçevesinde genç kuşaklara aktarabilmek için çeşitli kurumlar geliştirmiştir. Geliştirdiği bu kurumlardan birisi okuldur. Bu kurum, öğretim faaliyetlerinin planlı, programlı bir şekilde uzman kişiler eşliğinde gerçekleştirildiği ve bireyin eğitiminden sorumlu olduğu bir yapıdır. Çocuğun toplumsallaşma sürecini önemli ölçüde etkileyen unsurlardan birisi olan bu kurum, aile ve toplumsal çevrenin veremediği birçok bilgi, tutum ve davranışı ona sunar.

Çağdaş eğitim, bireyin ruhsal ve toplumsal bakımdan gelişmesini, kendisinin ve toplumun yararına beceriler kazanmasını sağlamayı amaçlamaktadır. Bu bağlamda okul, toplumsallaşma sürecinde ilk temel toplumsal kurum olarak belirir. Bir toplumsal kurum olarak okulun toplumsallaştırma sürecinde iki önemli işlevi vardır. Bunlardan birincisi, kendi başına birtakım öğrenme tiplerini gerçekleştirme sorumluluğu; ikincisiyse, diğer toplumsal kurumların boşluğunu doldurma görevidir (Yavuzer, 154-153 :1998). Okulun toplumsallaştırma işlevini herhangi bir nedenle yerine getirememesi, bireyin başarısını, gelişimini, çevresine uyumunu ve ruh sağlığını olumsuz yönde etkiler. İnsancıl, bireyi geliştiren ve yaşama hazırlayan eğitimin etkinliğine ve önemine karşılık, eksik, yetersiz, yanlış eğitim birçok sorunun kaynağı olur. Bazı hallerde okul, çocukların gelişme ve uyum güçlüklerini çözmeye yardım edecek yerde, farkında olmadan güçlüğü artırıcı

etkiler yapabilir (Yavuzer, 162 :1996). Bu ise çocuğun okul ortamından soğumasına, uzaklaşmasına ya da yabancılaşmasına yol açar. Örneğin Aydın tarafından 3'ü köy okulu olan toplam 12 ilköğretim okulunda ve 344 öğrencinin gönüllü katılımıyla gerçekleştirilen öğrencilerin okul ve öğretmenler hakkındaki düşüncelerini ortaya çıkarmak amacıyla yapılan 'İlköğretim Öğrencilerinin Okula İlişkin Ürettikleri Mecazlar ve Okul Doyumuna İlişkin İpuçları' isimli araştırmada ilginç sonuçlar elde edilmiştir. Aydın araştırmasında, öğrencilerin okulları ve öğretmenleri hakkındaki düşüncelerini onları tanımlarken kullandıkları metaforlar/mecazlar üzerinden belirlemeye çalışmıştır. Bu bağlamda öğrencilerin çoğu, okulu kendini güvende hissettiği, bilgi ve davranış öğrendiği bir yaşam alanı olarak evlerine benzetirken, ev-yuva, bina, geometrik şekil metaforuna benzetme oranı %18, okulu hapishane, fabrika, kale gibi disiplin ve ceza ifade eden mecazlarla tanımlayanların oranı ise %6 olarak belirlenmiştir. Ev metaforu, öğrencinin çevre ile ilişkisini geliştirdiği ileri sınıflarda hızlı bir düşüş gösterirken hapishane metaforu aynı oranda artış göstermiştir. Öğrencilerin yüzde 50'si için öğretmen, anne-baba ve bilgi kaynağı olma rolünü sürdürmektedir. Araştırma verileri, sınıf ve yaş seviyesi yükseldikçe öğrencilerin otoriteden rahatsız olduklarını da göstermektedir. 107 sekizinci sınıf öğrencisinin 12'si okulu hapishaneye benzetirken 14'ü öğretmenler için gardiyan ve robot mecazını kullanmaktadır. Yine erken kalkmak, sınavlar, ödevler, sıkıcı dersler öğrencinin okuldan nefret etmesine neden olan unsurlar olarak öne çıkmaktadır. Bu konuda da yukarı sınıflara gidildikçe öğrenci memnuniyetsizliği artmaktadır (http://www.birgun.net/). Bu çalışma ve daha önce yapılan benzer çalışmaların sonuçları göz önüne alındığında okulların mevcut atmosferlerinde sıkıntılar olduğu ancak bunu değiştirmenin de bir o kadar kolay bir iş olmadığı açıktır. Ancak okulu hapishaneye benzeten, sınavları, dersleri sıkıcı gören öğrencilerin mevcudiyeti, eğitim sistemi içerisinde okula yabancılaşan öğrencilerin varlığını göstermektedir. Ayrıca okulda herhangi bir amacı olmayan, ailesinin ya da sistemin zoruyla okula gelen çocukların sayısının az olmadığı da söylenebilir. Bu ise genelde eğitimin özelde ise okul sistemin kendisinden beklenen çıktıları tam anlamıyla gerçekleştiremediğinin göstergesi olarak yorumlanabilir.

Bronfenbrenner, eğitim sisteminin özellikle Avrupa ve Amerika'da bireyi -öğrenciyi- gerçek yaşama hazırlayamadığı ve onun gelişiminde tek taraflı (kendine uygun) bir şekilde konumlandığını belirtir. Sistemin, öğrencileri toplumsal ilişkiler sorumluluğundan izole ettiğini ve okulu toplumun geri kalan kısmından ayırma sürecinin ise toplumsal düzensizlik ile hız kazandığını ileri süren Bronfenbrenner, bunun sonucu olarak Amerikan toplumunda okulların yabancılaşmayı doğuran, ona kaynaklık eden bir potansiyeli içerdiklerini dile getirir. Husen, '80'li Yıllarda Okul' adlı kitabında 'Öğretmenler yabancılaşmışlar mıdır?' gibi temel bir soru üzerinde durur ve çalışmasında, öğretmenlerin (ve okulun) toplumsal konumunu, işlevlerini ve değerlerini, değişim ve dönüşüm sürecindeki toplumsal-kültürel yapı içerisinde ele alır. Endüstride olduğu gibi okulun da yapısal olarak değiştiğini ve nicel büyüme sonucu okullardaki bürokrasinin arttığını ve bu mesleği yürütenlerde iletişim güçlüğünün, nihayetinde de yabancılaşma duygusunun gözlemlendiğini belirtir. Son tahlilde Husen çalışmasında, okulların fiziksel büyüklüğü, okulun örgütsel yapısı ve hedeflerinin

değişmesi, öğretmenlerin sadece branşlarında uzmanlaşmaları gibi etmenlerin okulda yabancılaşmaya kaynaklık ettiğini ileri sürer. Diğer taraftan Mau ise, yaptığı çalışmalarla yabancılaşmanın dört boyutunun -güçsüzlük, anlamsızlık, normsuzluk ve toplumsal uzaklık- okul bağlamına uygulanabilirliğini göstermeye çalışır (Sanberk, 2012: 49):

Güçsüzlük, öğrencinin belli hedeflere çok fazla değer yüklemesini, ama bu hedefleri başarabilme konusunda beklentilerinin az olması durumunu ifade eder. Örneğin yüksek not almaya fazla değer yükleyip, başarı notları zayıf olan öğrenciler güçsüzlük hissederler. Mau, öğrencinin gelecekte yapmak istediği iş ile o gün okulun bunu desteklememesi; daha isabetli bir anlatımla, ders ve ders içeriklerinin gelecekte yapılmak istenen işe hazırlamaması durumunda yaşanan duyguyu ise anlamsızlık olarak tanımlar. Okuldaki faaliyetlerini, gelecekteki faaliyetlerle ilişkilendiremeyen öğrenciler anlamsızlık duygusu yaşar. Normsuzluk, hedeflere ulaşmak için toplum tarafından kabul edilmeyen davranışları ifade eder. Okul bağlamında normsuzluk, öğrencilerin okul idaresinin kendileri yerine karar vermelerine karşı çıkmaları şeklinde gerçekleşir. Bu öğrencilerden çoğu, okul kurallarını takip etmek olan öğrencilik rolleriyle, derslere katılma ve verilen ödevleri yerine getirme gibi kuralları kabul etmemektedir; okul kurallarını önemsiz ve gereksiz olarak görmektedir. Sosyal uzaklaşma, duygusunu yaşayan öğrenciler ise, kendilerini toplumsal açıdan yalıtılmış hissederler, yalnızlığı severler ve okul faaliyetlerine katılmazlar.

Bunun yanında Patterson, okulda ruh sağlığını bozucu koşullar olarak belirttiği ve aynı zamanda öğrencilerin okula yabancılaşmalarına da yol açan etkenler üzerinde durur. Ona göre bu etkenler şunlardır (Kılıççı, 2000: 12–17):

1. Okullardaki çalışma programlarının sınıfta öğrencilerin ilgilerine yanıt veremeyecek kadar ders sürelerini zaman bakımından çok kısıtlı hale getirmesi.
2. Sessiz ve edilgen bir sınıf topluluğunun aktif ve gürültülü bir sınıf topluluğuna yeğlenmesi.
3. Bağımlı öğrenci davranışlarının bağımsız öğrenci davranışlarına tercih edilmesi.
4. Okulda, alışılmışlık ve gelenekselliğin başarı, yaratıcılığın ise başarısızlık olarak nitelenmesi.
5. Zekâ ve yetenek açısından birbirinden farklı öğrencilerin rekabet ortamına sokulmasından dolayı başarısız öğrenciler açısından sınıfın kaygı ve güvensizlik yaratan bir çevre haline getirilmesi.
6. Akademik gizilgüçler ön plana alınırken akademik olmayan güçlerin (spor, resim, müzik ve diğer artistik yeteneklerle ilgili konular) geliştirilmesi ile ilgili yaşantıların ihmal edilmesi.
7. Ayrıntılı olgular üzerinde yoğunlaşan öğretim sürecinde bu konularda genellemelere ulaşmanın ihmal edilmesi.
8. Öğrenme yerine sınıf geçmenin amaç haline gelmesi sonucu öğrencinin kişilik bütünlüğünü bozucu olan ve çoğunlukla pek dürüst sayılmayan yollara başvurması.
9. Öğretimde bilgi kazanmaya önem verilirken bilginin öğrenci için ne anlama geldiğinin üzerinde durulmaması.
10. Okul programlarının ve sınıf etkinliklerinin çocuk hatta insan zihninin psikolojik yapısına göre düzenlenmeyip yetişkin mantığının işleyişine göre düzenlenmesi.
11. Öğretmenlerin çocuklara konuları öğretmekten ziyade kendi benlikleri hakkında olumsuz tutumları öğretmeleri.
12. Duyuşsal nitelikli öğrenmelere gereken önemin verilmemesi.

Patterson'un belirttiği bu eğitim uygulamaları, öğrencilerin ruh sağlığını bozarak onların okul sistemine yabancılaşmasına neden olmakta ve eğitim faaliyetlerinin amacına ulaşmasını da kuşkusuz engellemektedir.

Okulla ilgili üzerinde durulması gereken noktalardan biri de öğrencilerin zamanlarının büyük çoğunluğunu geçirdikleri sınıflardır. Öğrencilerin eğitim öğretim faaliyetlerini gerçekleştirdiği sınıfın yapısı onların okula yönelik tutum ve davranışlarını belirleme özelliğine sahiptir. Nitelikli bir eğitim için birçok etmenin yanı sıra, öğrenme mekânlarının fiziksel ve psikolojik koşulları önemlidir. Eğer nitelikli bir eğitim amaçlanıyorsa, doğru mekânlarda doğru araç ve gereçlerle öğrencilere bilgi sunulmalıdır. Öğrencilerin okulda geçirdikleri süre yaşamlarının oldukça büyük bir bölümünü kapsamaktadır. Okulda geçirilen sürenin de önemli bir bölümü sınıfta geçmektedir. Bu çok önemli zaman diliminin pek çok ergonomik özellik gözetilerek tasarlanmış bir eğitim ortamında ya da sınıfta değerlendirilmesi gerek öğrenci davranışlarına, gerekse öğrenci öğretmen etkileşimine olumlu bir şekilde yansıyacaktır (Çetin - Çetin, 2008: 45). Çünkü sınıfın fiziksel yapısının, yabancılaşmayı etkileyici bir işlevi vardır. Sınıfın büyüklüğü, sıra, masa, boş alanlar, ısı, ışık, gürültü, estetik, yerleşim düzeni gibi özelliklerin ergonomiden uzak oluşu öğretmen ve öğrenciyi fiziksel gerilime ve dolayısıyla yabancılaşmaya iter. Öğretmen ve öğrencilerin sınıfın fiziksel özelliklerinden etkilenmemeleri mümkün olmadığından büyük ölçüde koşulların etkisi altında kalarak diğerlerini rahatsız edici -yabancılaşmış- davranışlar sergileyebilirler.

Okulun fiziksel özellikleriyle ilgili üzerinde durulması gereken diğer bir nokta ise, okulun bulunduğu semt, mahalle ya da bölgenin sosyo-kültürel özellikleridir. Aşırı gürültülü ya da yasa müdahalesini gerektiren edimlerin yoğun olarak görüldüğü bölgelere inşa edilen okullar çeşitli sorunlarla karşı karşıya kalabilirler. Bu sorunlardan en önemlisi ise öğrencilerin söz konusu çevrede sağlıksız tutum ve davranışlara şahit olması ve bu edimleri sergileyen kişi ya da kişilerle temasa geçmesidir. Böylesi bir durum ise, bir zaman sonra çocukların okul ortamından uzaklaşmalarına veya norm dışı davranışların parçası olmalarına yol açacaktır.

B. Öğretmen

Dewey günümüz okul sisteminin ve öğretmen tutumlarının nasıl olması yönünde bazı

düşünceler ileri sürmüştür. Ona göre çocuk, toplumsal yaşamdaki çalışmaları yoluyla kontrol edilmeli ve uyarılmalıdır. Mevcut koşullar altında kontrolün veya uyarımın çok büyük bir kısmı, okulu bir toplumsal hayat formu olarak görmesi fikrinden dolayı, öğretmen tarafından gerçekleştirilmelidir ve öğretmenin okuldaki yeri ve çalışmaları bu temelle yorumlanmalıdır (Ratner, 2010: 4). Birer öğrenme ortamı olan okul ve sınıftaki bütün etkinlik ve süreçlerin merkezinde öğrenme süreci yer alır. Öğretmen, öğrenme-öğretme faaliyetlerinde öğrencilerin öğrenmesi için hangi yolların ve araçların kullanılacağı, öğrenme için uygun çevrenin ne olduğu konusunda karar veren, kılavuzluk eden kişidir. Öğrenmeyi gerçekleştiren bireydir. Öğreticinin günümüzdeki yeni rolü, öğrenmeyi yani 'nasıl öğrenileceğini öğretmek' olarak tanımlanır. Öğrenmeye ilişkin bazı yaklaşımlara dayalı olarak sınıf ortamının ve öğrenme sürecinin düzenlenmesinde kullanılabilecek öğretimle ilgili çeşitli strateji, yöntem ve teknikler geliştirilmiştir (Şişman, 2006: 10). Söz konusu öğrenme-öğretme etkinliklerinin düzenlenmesinde hatalı ya da eksik strateji ve yöntemler uygulandığında ise çocuklar okul ya da eğitim sürecinden soğuyacak veya uzaklaşacaklardır. Literatürde bu durum yabancılaşma (alienation) olarak ifade edilmektedir.

Öğretmen ve öğrenci okulda öğretim sürecinin iki önemli öğesidir. Sınıf içinde en yoğun iletişim öğretmen ile öğrenci arasında yaşanmaktadır. Öğretmenin öğrencilerle kurduğu iletişimin niteliği onların okula yönelik tutum ve düşüncelerini önemli oranda etkileme gücüne sahiptir. Onun öğrencilerle kurduğu sağlıklı iletişim şekli öğrenme bakımından olumlu sonuçlar doğurur. Öğretmenin sınıfta olumlu bir hava yaratması ve öğrenciler ile iyi bir iletişim sağlaması öğrencilerin derse etkin katılımına katkıda bulunur. Öğretmeni ile olumlu iletişim kurabilen, beklediği iletileri ve dönütleri alabilen öğrenciler olumlu davranışlarını artırırlar (Hoşgörür, 2008: 167). Aksi bir öğretmen tutumu ise öğrencilerin öğretmen ve akranlarıyla dolayısıyla okul ortamıyla sorunlar yaşamasına neden olur. Diğer taraftan iyi bir öğretmenin özelliklerinin neler olduğuna yönelik yapılan bir araştırmada öğrenciler bu özelliklerin; anlatım gücü, görev aşkı, otorite, eşit muamele, taraf tutmama ve konuya hâkimiyet (Akyüz, 1991: 259) olduğunu belirtmişlerdir. Bunun ise öğrencilerin başarı ya da başarısızlıklarını, dolayısıyla, okula, sınıf arkadaşlarına ve öğretmenlerine yönelik sempati hissetmesi ya da onlardan soğuması, uzaklaşması şeklinde tutum ve davranışlar oluşturacağı açıktır.

Diğer taraftan yetişkinlerin, çocukların sahip oldukları kapasitelerini formel ve enformel eğitim sürecinde onlara hata yapma, başarısız olma ve yanlış davranma korkusu gibi duygular yaşatarak çocukların zihinsel ve yaratıcı kapasitelerine zarar verdiğini dile getiren Holt, bunun ise, çocukları, risk almaktan, denemekten, zor ve bilinmez olana yaklaşmaktan korkan bireyler haline getirdiğini (Holt, 1997: 176) söyler. Holt bu yaklaşımıyla, genel anlamda eğitim etkinliklerinin hatalarla dolu bir süreç olduğunu ve bunun ise çocukları kendinden ve toplumdan uzaklaşan başka bir deyişle yabancılaşan bireyler haline getirdiğini ifade eder. Burden ise, Holt'ın işaret ettiği ve sınıf ortamına bağlı olarak ortaya çıkan yukarıda belirtilen duyguların, öğretmenlerin öğrencilere karşı devamlı olumsuz ve otoriter olmaları, olaylara aşırı tepki göstermeleri, toplu cezalar vermeleri, öğrencilerin

ilgi ve ihtiyaçlarını dikkate almamaları ve sınıfta sıkıcı bir hava yaratmalarından dolayı meydana geldiğini belirtir (Yalçınkaya - Küçükkaragöz, 2006: 106). Yavuzer, Burden ve Holt'ın işaret ettiği olumsuz öğretmen kaynaklı tutum ve davranışların çocuklarda, özellikle hem çocuğun kendisine hem de öğretmenlere karşı bir takım olumsuz tutum, düşünce ve davranışlar şeklinde belireceğine işaret eder. Bunlar; amaç ve değer eksikliği, aşağılanma sonucu oluşan duygusal örselenme, olgunlaşmamış ilişkiler, kendini ve başkalarını yeterince değerlendirememe, endişe ve huzursuzluk, yetersiz çalışma alışkanlığı, dikkati yoğunlaştıramama, hayal kurma, aşırı hareketlilik, ödevlerini tamamlayamama ve organize olamama gibi tutum ve davranışlardır (Yavuzer, 160 :2003).

Okul sistemi içerisinde öğretmen-öğrenci ilişkisine bakıldığında öğretmenler derslerde çoğu zaman toplumsal yaşamın gerçekliklerinden uzak konularla onların zihinlerini doldurmaya çalışırlar. Yine söz konusu yapı içerisinde öğrencilere çoğunlukla pratiğe dönüştüremeyecekleri konuların aktarıldığı ya da ezberletilmeye çalışıldığı görülür. Tıpkı reçeteye fazla ilaç yazan doktorun toplumda iyi doktor olarak algılanması gibi çocukların işine yarasın veya yaramasın her tür bilgiyi onlara aktaran öğretmenlerin de iyi öğretmen olarak algılanması eğitim sürecinin öğrenci, veli ve öğretmenler açısından nasıl algılandığının güzel bir örneğidir. Kuşkusuz öğrenciye yönelik yapılan bu bilgi bombardımanının ardından onun söz konusu bilgileri günlük hayatında kullanamaması, harcanan onca zamanın, verilen onca emeğin boşa gittiğinin öğrenci tarafından fark edilmesi derslerden soğumasına ve okuldan uzaklaşmasına neden olacaktır.

C. Aile

Eğitimde yabancılaşmaya neden olan bir diğer faktör ise ailedir. Aile, çocuğun, toplumsallaşma süreciyle üyesi olduğu topluma ait tutum, düşünce ve davranışları öğrendiği ve hayata dair en önemli deneyimleri elde ettiği temel toplumsal bir birimdir. Ancak aile içi şiddet, boşanma, anne-babadan herhangi birinin ölmesi, eşlerden birinin evi terk etmesi gibi durumlar toplumsallaşma sürecini kesintiye uğratan etmenlerdir. Bu ise, okul ortamına yansımaya kadar giden bir takım ruhsal travmalara ve çeşitli toplumsal sorunlara, başka bir ifadeyle bazı uyum bozukluklarına (Avcı, 2011: 123), çocuğun okuldan soğumasına kısacası yabancılaşmasına neden olur. Çocuğun aile üyeleriyle olan ilişkileri, onun diğer bireylere, nesnelere ve tüm yaşama olan tutumlarının temelini oluşturur. Çocuğa bir grubun üyesi olduğu bilincini aşılayan aile aynı zamanda toplumsallaşmasının temelini atar (Yavuzer, 1996: 126–127). Çocuğun gelişimine olumlu katkılar sağlayabilirse onun toplumsal çevresiyle ve okul ortamıyla uyumlu ilişkiler kuran biri olmasına yardım etmiş olur.

Aile, çocuğun tüm gelişiminde etkili olduğu kadar, ona ilk gelişim ve deneyim fırsatlarını hazırlaması açısından 'okul başarısı'nda etkili olan önemli bir kurumdur. Aile içi ilişkilerinin dengeli ve düzenli olması, çocuğun başarısını olumlu yönden etkiler. Çocuk, sağlıklı bir aile ortamında yaşıyorsa karşısında anlayışlı, kendine güven veren, sorunlarıyla yakından ilgilenen bir anne ve baba bulur. Bu tür ailelerde çocukla kurulan başarılı iletişim sayesinde onun çalışması desteklenir, başarısızlığı anlayışla karşılanarak mantıklı

çözümler birlikte aranır. Çocuğun eğitimi konusunda anne ve babanın oluşturduğu modelin yanı sıra, ona karşı geliştirdikleri tutumun da önemi büyüktür. Anne ve babanın ilgileri ve çocuğun öğrenim yaşamı için sağlıklı bir model oluşturması, okul başarısını büyük ölçüde etkiler (Yavuzer, 1998: 163–164).

Çocuğun okul başarısında ailedeki iletişim ile anne-babanın iş hayatı, ailenin mensup olduğu toplumsal tabakaya özgü eğitim teknikleri önemlidir. Soruna genel olarak bakıldığında, aile içinde daha çok cezalandırılan ve çok sıkı kontrol edilen, elverişsiz bir eğitim ortamında yaşayan alt tabaka çocukları, diğer tabakalara göre okulda daha başarısızdırlar. U. Oeverman ve arkadaşlarının yaptığı bir araştırma, babanın mesleği ile çocukların zekâsı ve yetenekleri arasında bir bağlantı bulunduğunu belirlemiştir. Teknik mesleklerde çalışan babaların çocukları sözel olmayan yüksek bir teknik zekâya sahip iken, yüksek kültürel faaliyette bulunan babaların çocukları ise daha ziyade iyi bir sözel zekâya sahip olmaktadırlar. Araştırmacılar, aile kültürü (mesela birçok nesil boyunca devam eden bir mesleki faaliyet) ile çocukların zekâsı ve okul başarıları arasında bir bağlantı kurmuşlardır; ailenin mesleki hayatının nesiller boyunca değişmemesi çocukları etkilemektedir. Bu arada, aile ile okul başarısı arasındaki bağlantıyı etkileyen önemli bir faktör de ailelerin, çocukların ders çalışmasına, ev ödevlerini hazırlamasına yardım edip etmemeleri, sordukları sorulara cevap verip vermemeleridir. Burada eğitim ve kültür düzeyi düşük işçi ailelerinin çocuklarına hemen hiç yardım edememeleri ile anne-babası memur, öğretmen ve öğretim üyesi olanların çocuklarının okul çalışmalarına yardım etmeleri, okul başarıları bakımından çocuklar arasında büyük farklar yaratmaktadır (Ergün, 1994: 143–144). Konuyla ilgili olarak başarısız (deney) ve başarılı (kontrol) gruplardan oluşan 335 beşinci sınıf öğrencisi üzerinde yapılan bir çalışmada çoğunluğunu 11 yaşındaki çocukların oluşturduğu deneklerin ailelerinin öğrenim durumunun başarısız deney grubunda %45'inin annesinin, %21'inin ise babasının hiç öğrenim görmediği, buna karşılık, bu oranın başarılı grupta anne için %19, baba için %8 olduğu belirlenmiştir. Yine başarısız grup deneklerinin yüksek öğrenimli baba oranı %4 iken, bu oranın başarılı kontrol grubunda %24'e ulaştığı tespit edilmiştir. Araştırma bulguları, aile içindeki disiplinin önemli bir etken olduğunu da göstermiştir. Başarısız deney grubu çocuklarının % 30'u bedensel cezayla cezalandırılırken, bu oranın başarılı kontrol grubunda %16'ya düştüğü saptanmıştır. Çalışma, aile içindeki ilgi ve sevginin de okul başarısını etkileyen önemli bir faktör olduğunu ortaya koymuştur. Başarısız deney grubu çocukları %51 oranında daha çok kardeşlerinin sevildiğini ileri sürerken, başarılı kontrol grubunda aynı ayırımın %32 oranında deneklerin lehine olduğu görülmüştür. Başarısızlığa neden olan etkenlerden biri de, anne ve babaların çocuklarını yetenekleri üzerinde zorlamalarıdır. Ortaokul ve lise dönemine rastlayan ergenlik döneminde yoğunluk kazanan duygusal nedenler önemli başarısızlık etkenlerinden birisidir. Bu dönemde hızlı gelişim ve değişim sonucu ergenin dikkatinin zayıfladığı, duygusal gerginlik nedeniyle içine çekildiği, ilgilerinin artması ve belirli noktalarda yoğunlaşmasıyla düşünce alanının daraldığı, bütün bunların da çalışma ve başarıyı olumsuz açıdan etkilediği görülmüştür (Yavuzer, 1998: 164). Ailenin tüm bu yapısal özellikleriyle çocuğun gelişiminde ve özellikle de okul başarısında önemli bir etkiye sahip olduğu açıktır. Dolayısıyla, çocuğun gerek toplumsal çevresine gerekse okul/sınıf ortamına yönelik geliştireceği yabancılaşmada önemli bir kurumdur.

D. Kitle İletişim Araçları

Eğitimde yabancılaşmanın nedenlerinden biri de kitle iletişim araçlarıdır. Modern toplumların zihinsel hayatına hükmeden bir konuma gelen bu araçların (Marshall, 1999: 484), insanlar üzerinde yabancılaşma, taklit cinayetler, insanlar arasında hissizlik yaratma, önyargıları pekiştirme (Giddens, 2008: 656) gibi etkiler oluşturduğu ileri sürülmektedir. Radyo, televizyon, internet, video, CD, gazete, dergi vb.'den oluşan kitle iletişim araçları, çocukların gelişimine ve öğrenme sürecine olumlu değerler katan, onlara özgüven aşılayarak eğitici bir işlev gören ürünler olabilecekleri gibi; çocukları toplumsal hayattan izole ederek asosyal bir birey olarak çevresine karşı yabancılaştıran bir araç da olabilmektedirler (Işık, 2008: 140). Kitle iletişim araçlarından en popüler olanları kuşkusuz televizyon ve internettir. Çocukların günümüzde bu ürünlerle çok fazla etkileşimde oldukları bilinen bir durumdur. Bu ürünlerin bilgiye kolay ulaşma, yaşamı kolaylaştırma, farklı kültür ve coğrafyalar hakkında bilgilendirme, günlük yaşamdan haberdar etme gibi pek çok olumlu yanına karşın, yetişkinler de dahil olmak üzere özellikle çocukları etkileyerek onların çevrelerine karşı olumsuz edimler sergilemelerine yol açtıkları yapılan çalışmalarla ortaya konmuştur/konmaktadır. Çocuklar, televizyon ve internette izledikleri karakterlerin tutum ve davranışlarını aile, sokak ve okul ortamında akranlarına ve hatta bazen de yetişkinlere karşı sergileyerek hiç de hoş olmayan olaylara sebep olabilmektedirler. Onların özellikle televizyondaki reklam, dizi ve filmlerde sunulan imajları taklit ederek giyimden, yiyeceğe, selamlaşmadan şaka ve mizah anlayışına kadar pek çok şeyi model almaları aynı zamanda yabancılaşmalarının da bir görüntüsü olarak belirmektedir (Bayhan 1993: 30).

E. Akran Grubu

Akran grubu da eğitimde yabancılaşmaya etki eden önemli bir etmendir. Çocuğun yakın çevresini oluşturan ve onun kişiliğinin oluşumunda önemli rolü olan bu gruplar (Tezcan, 1997: 167), çocukluğun ilk yıllarıyla beraber başlayan ve çocuğun toplumsallaşmasında aileden sonra etkisi en fazla olan birlikteliklerdir. Çocuğun kendisini daha rahat ve özgür hissettiği bir yer olan bu gruplar, onun ailesiyle konuşamadığı pek çok şeyi rahatça tartışabildiği, böylece, bir yandan kendine olan güven duygusu gelişirken, diğer yandan da başka insanların fikirlerine toleranslı olmayı öğrendiği yapılardır. Çocuğun ne tür bir akran grubunun üyesi olacağı onun ailesinin sosyo-ekonomik özellikleriyle ilişkili bir durumdur. Kimi gruplar, çocuğun sosyo-psikolojik gelişimini olumlu yönde etkilerken, kimileri ise onun aileden, toplumsal çevreden ve okuldan uzaklaşmasına yol açan bir özelliğe sahip olabilmektedirler (Avcı, 2008: 63). Akran grubunun çocuğun okul, aile ve diğer toplumsal çevrelerdeki gelişimi noktasında pek çok olumlu işlevleri söz konusudur. Ancak özellikle çocuğun okul ortamından soğumasına ya da yabancılaşmasına yol açan olumsuz işlevleri de vardır. Bunlar şöyle belirtilebilir (Tezcan, 1997: 172-173);

1. Grubun amaçları antisosyal olduğu zaman üyeler de antisosyal davranışları benim-

serler. Örneğin çete (gang) grupları üyelerini sapkın davranışlara yöneltir.

2. Akran gruplarının anti demokratik ve kendini üstün gören davranışları, zayıf üyelerin kişiliklerini zedeler ve gruba uyumlarını zorlaştırır.

3. Kliklere kabul edilmeyen gençler incinebilirler. Bu gençlerin kişilikleri yıpranabilir ve ileriki hayatında olumsuz sonuçlar ortaya çıkabilir. Bu durumdaki gençler aşağılık duygusuna kapılır ve kendilerine güvenleri azalır.

Akran gruplarının işlevleri gözden geçirildiğinde, olumsuz işlevlerindense olumlu işlevlerinin daha ağır bastığı görülür. Anne-babalar ve eğitimciler söz konusu grupların bu yönlerini görebilmeli ve çocukların bu tarz gruplara katılımını teşvik etmelidirler. Fakat bu teşvik, denetimli ve ölçülü olmalıdır. Aksi durumda çocuk ya da gençlerin akran gruplarının olumsuz işlevlerinden daha fazla etkilenmeleri söz konusu olabilir.

V. Sonuç ve Öneriler

Yabancılaşma, insanlığın yeryüzünde başlangıcıyla beraber var olan ve tarih boyunca oluşturulan uygarlığın her aşamasında kendini gösteren ve doğası gereği bundan sonraki süreçte de var olmaya devam edecek olan bir olgudur. İnsanoğlunun yarattığı toplumsal sistem içerisinde farklı yaşam alanlarında farklı boyutlarda görülen söz konusu olgu, insan hayatının tüm toplumsal alanlarında varlığını hissettirmiştir. Tarihsel süreç içerisinde farklı düşün insanları tarafından -paradigmal farklılıklardan dolayı- çeşitli şekillerde yorumlanan söz konusu olgu, yapısının karmaşık ve değişken olmasından dolayı ortak bir anlayış çerçevesine yerleştirilemese de günümüzde, toplumsal hayatın pek çok alanında yaşanan sıkıntıları açıklamak için kullanılmaktadır. Bu alanlardan birisi eğitimdir.

Günümüzde eğitim kurumunda pek çok sorun yaşandığı bilinen bir gerçektir. Bu, özellikle gelişmekte olan ya da geri kalmış toplumlara doğru gidildikçe daha da belirgin bir hal almaktadır. Okul, eğitimle ilgili öngörülen etkinliklerin pratiğe döküldüğü, eğitimin örgütsel yönüdür. Eğitim kurumunun olmazsa olmazıdır. Bu yapı toplumsal çevrede olup bitenlerden etkilendiği gibi, tersi yönde toplumsal yapı da okulda olup bitenlerden daha da doğrusu burada yapılan faaliyetlerden etkilenmektedir. Okul ortamı içerisinde yaşanan yabancılaşma sorunu, sadece bireysel ya da kurumsal düzeyde kalmayıp parçası olduğu bütünsel yapıyı da doğrudan veya dolaylı yoldan etkileme özelliğine sahiptir. Dolayısıyla okulda yaşanan yabancılaşma, okulun yer aldığı fiziksel çevrenin, okuldaki fiziksel olanakların ya da öğretmen tutumlarının öğrenciyi etkilemesi sonucu, onun toplumsal çevresinden koparak içine kapanması, kendisini çaresiz hissetmesi, yalnızlaşması veya uyumsuz davranışlar içine girmesi durumudur.

Okulun tarihsel süreç içerisindeki seyri bir yana, bugün, bu kurumun içsel/örgütsel/mekânsal yapısından, çalışanlarından, toplumsal çevresinden ve öğrencilerden kaynaklanan bazı sorunlarının olduğu ve bu sorunların özellikle öğrenciler nezdinde yabancılaşmaya kaynaklık ettiği bilinen bir durumdur. Bu sorunların tamamıyla ortadan kaldırılmasına yönelik söylemler kuşkusuz çok iddialı ifadeler olacaktır. Dolayısıyla, konuyla ilgili olarak

ancak olgunun ‘en aza indirilebilmesi’ üzerine konuşulabileceğini ve bu noktada bazı uygulamaların yapılabileceğini düşünüyoruz. Bu bağlamda başta devlete, ardından bireylere ve kurumlara bir takım sorumluluklar düşmektedir. Bu konuda yapılabilecek uygulamaları şöyle belirtebiliriz:

- İlk olarak, okul ya da sınıf ortamında görülen öğretmen kaynaklı yabancılaşmanın önüne geçilmelidir. Bu bağlamda, öğretmenlerin mesleki doyumsuzluğunu ortadan kaldırıcı uygulamaların ilgili bakanlık tarafından yürürlüğe konması yerinde bir tavır olacaktır. Bu çerçevede öncelikle öğretmenlerin sosyo-ekonomik düzeylerinde ülkenin ekonomik koşulları dikkate alınarak kayda değer bir iyileştirme yapılmalıdır. Kapitalizme doğru hızla evrilen bir ülkede -her şeyin ama her şeyin ekonomik bedelinin olduğu bir süreçte- öğretmenliğin gönül işi olduğuna yönelik söylemlerin çok da inandırıcı olmadığı bilinmelidir.

- Öğretmenlikle ilgili eğitim süreci yeniden gözden geçirilmelidir. Eğitim süreci 6 yıla çıkarılmalı, bu sürenin 2 yılı pedagojik eğitim, kalan 4 yılı ise branş eğitimi olmalıdır. Maaşı cazip hale getirilmiş, özlük hakları iyileştirilmiş bir mesleğin toplumsal saygınlığı da kuşkusuz artacaktır. Böylesi bir mesleğe sahip olma noktasında ise, gençler, daha en başında tercihte bulunurlarken bu zorlu sürece katlanmayı da göze alacaklardır.

- Eğitim müfredatı öğrencilerin yaşına, ilgilerine ve çağın gereklerine uygun hazırlanmalıdır. Yaşanılan çağa hitap etmeyen bir müfredat öğrenciler açısından sadece bir eziyet olacaktır.

- Ailelerin yabancılaşmayla ilgili olarak bilgilendirilmesi için Milli Eğitim Bakanlığı ya da yerel yönetimlerin desteğinde bilgilendirme toplantıları ya da seminerler düzenlenmelidir.

- Öğretmenler okulda ya da sınıflarında gerginliğin ve şiddetin söz konusu olduğu ailelerden gelen öğrencileri tespit ederek aileleriyle irtibata geçmeli ve gerekirse okulun rehberlik servisinden de bu konuda yardım almalarını sağlamalıdırlar.

- Aileler çocuklarının üyesi oldukları akran grupları hakkında bilgi sahibi olmalıdırlar. Gruptaki arkadaşlarıyla tanışma fırsatı yaratmalı ve böylece ilerleyen süreçte gruptan kaynaklı oluşabilecek bir soruna zamanında müdahale şansı elde edebilmelidirler.

- Televizyon izleme ve internet kullanımıyla ilgili olarak aileler yeterli bilince sahip olmalı gerekirse bu konuda uzman yardımı almalıdırlar. Ayrıca televizyon kanalı sahipleri yayın politikalarını çocukların gelişimine zarar vermeyecek şekilde yeniden düzenlemeli ve devletin ilgili kurumu da internet ve televizyonla ilgili kontrol sürecini tekrar gözden geçirmelidir.

- Okul ya da sınıf ortamı içerisinde yabancılaşma sorunu yaşayan öğrencilerin tes-

piti noktasında öğretmenlerin zorluk yaşamamaları için ilgili bakanlık tarafından yabancılaşma konusunda okul yöneticilerinin ve öğretmenlerin farkındalık düzeyini arttırıcı bilgilendirme seminerleri düzenlenmelidir.

- Okulda oluşturulan programlar ve sınıf etkinlikleri, öğrencilerin algılamalarına uygun ve zihinsel gelişimlerine katkı sağlayacak tarzda hazırlanmalıdır.
- Öğretmenler, öğrencilerin aileleriyle sürekli irtibat halinde olmalıdır. Bu, onlara öğrencilerini daha iyi tanıma fırsatı verecek ve ilerleyen süreçte onların tutum ve davranışlarında yabancılaşmaya yönelik olumsuz bir gelişim söz konusu olduğunda erkenden müdahale şansları olacaktır.
- Eğitim sürecinde öğrencilere sınıf geçmenin değil, öğrenmenin asıl amaç olduğu öğretilmelidir.
- İdareciler okul ortamında, öğretmenler ise sınıf içerisinde demokratik bir atmosfer oluşmasına çaba göstermelidirler.
- Öğretmenler, sınıf içerisinde rekabete dayalı ders işleme tarzını çok fazla kullanma yanlısı olmamalıdırlar.
- Okullarda sınıf mevcudu eğitimin sağlıklı bir şekilde yapılabileceği makul bir sayıya çekilmelidir.
- Çocuklar gerek sınıf içerisinde gerekse de okul ortamında öğretmenleriyle rahat bir diyalog süreci geliştirebilmelidirler. Hem öğretmen hem yetişkin rollerine sahip biriyle etkileşimde bulunmak onların okula karşı duygularını olumlu yönde geliştirirken aynı zamanda özgüvenlerini arttıracaktır.
- Öğretmenler davranışlarının öğrenciler tarafından her an izlendiğinin farkında olmalı ve mesleklerine uygun davranışlar sergilemelidirler.
- İdareci ve öğretmenler, sınıfların büyüklüğü, sıra, masa, ısı, aydınlatma, gürültü, renk ve yerleşim düzeniyle ilgili olumsuzlukları gidermelidirler.
- Okul binaları gürültünün yoğun olduğu ve yasa müdahalesi gerektiren edimlerin yoğun olarak yaşandığı semtlerden/bölgelerden uzağa yapılmalıdır.

Sonuç olarak, insanın kendisine, çevresine uzaklaşması olarak beliren yabancılaşma, eğitim/okul sistemi içerisinde var olmuş, bundan sonra da var olacak bir gerçekliktir. Yapılması gereken yabancılaşmanın olumsuz etkilerinden genç kuşakları olabildiğince uzak tutmaktır. Bunun için öncelikle eğitim sisteminin emekçisi ve baş aktörü olan öğretmenlerin yaşam şartları iyileştirilmelidir. Bir diğer nokta ise, okulların çevresel ve fiziksel mekân açısından ergonomisi her zaman göz önünde bulundurulmalıdır. Aileler yabancılaşma nedenleri ve çözüm yolları hakkında bilgilendirilmeli, yazılı ve görsel medya üstüne düşen sorumlulukları yerine getirmelidir. Kanımızca geleceğe dönük sağlıklı bir nesil yabancılaşma olgusunun göz ardı edilmemesiyle mümkün olacaktır.

KAYNAKÇA

- *Akyüz, H. Eğitim Sosyolojisinin Temel Kavram ve Alanları Üzerine Bir Araştırma. İstanbul: Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları. 1991.*
- *Aron, R. Sosyolojik Düşüncenin Evreleri. (Çev.: K. Alemdar). İstanbul: Kırmızı Yayınları. 2010.*
- *Avcı, M. "Tutuklu Çocuklar Üzerine Bir Araştırma: Çocukların Suça Yönelmesinde Etkili Olan Toplumsal Nedenler ve Çözüm Önerileri". Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. Erzurum: Eser Ofset Matbaacılık. 2008.*
- *Avcı, M. "Yazgının Yokluğunda Suçun Varlığı Meselesi Ya Da Ailenin Parçalanmasının Suçla İlişkisi", Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi. Erzurum: Bizim Büro Basımevi. 2011.*
- *Bayhan, V. Toplum ve Dil. Sayı: 1. Malatya: Logos Dergisi. 1993.*
- *Bayhan, V. "Üniversite Gençliğinde Anomi ve Yabancılaşma". Yayınlanmamış Doktora Tezi. Malatya: İnönü Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 1995.*
- *Bozkurt, V. Değişen Dünyada Sosyoloji. Bursa: Ekin Basım Yayın. 2011.*
- *Celkan, H. Y. Ziya Gökalp'in Eğitim Sosyolojisi. İstanbul: MEB Yayınları. 1990.*
- *Cevizci, A. Felsefe Sözlüğü. İstanbul: Paradigma Yayınları. 2000.*
- *Çetin, F. – Çetin, Ş. Eğitim Mekânlarının Tasarımında Ergonomi. Sınıf Yönetimi. Edt.: Kaya, Z. Ankara: Pegem Akademi. 2008: 43-85.*
- *Çıkılı, Y. Eğitimle İlgili Temel Kavramlar. Eğitim Bilimine Giriş. Edt.: Keskinkılıç, K. Eğitim Bilimine Giriş. Ankara: Sempati Yayınları. 2008: 1-34.*
- *Emiroğlu, K. – Aydın, S. Antropoloji Sözlüğü. Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları. 2003.*
- *Ergün, M. Eğitim Sosyolojine Giriş. Ankara: Ocak Yayınları. 1994.*
- *Fromm, E. Sağlıklı Toplum. (Çev.: Y. Salman - Z. Tanrısever). İstanbul: Payel Yayınevi. 1996.*
- *Fromm, E. Yeni Bir Toplum Yeni Bir İnsan. (Çev.: N. Arat), İstanbul: Say Yayınları. 1999.*
- *Gibbs, J. "Preventing the underlying causes of school violence." Psychological Reports. 2004.*
- *Giddens, A. Sosyoloji. (Çev.: C. Güzel). İstanbul: Kırmızı Yayınları. 2008.*
- *Gökberk, M. Felsefe Tarihi. İstanbul: Remzi Kitabevi. 1990.*
- *Holt, J. Çocuklar Neden Başarısız Olur?. İstanbul: Sistem Yayıncılık. 1997.*
- *Hoşgörür, V. İletişim. Sınıf Yönetimi. Edt.: Kaya, Z. Ankara: Pegem Akademi. 2008: 149-179.*
- *Işık, M. Çocuk, Televizyon ve Eğitim. Medya ve Çocuk Rehberi. Edt.: İnceoğlu, Y. G. – Akıner, N. Konya: Eğitim Kitabevi Yayınları. 2008: 131-141.*
- *Kemerlioğlu, E. vd. Eğitim Sosyolojisi. İzmir: Saray Kitabevleri. 1996.*

- *Kılıççı, Y. Okulda Ruh Sağlığı. Ankara: Anı Yayıncılık. 2000.*
- *Marshall, G. Sosyoloji Sözlüğü. (Çev.: O. Akınhay – D. Kömürcü). Ankara: Bilim ve Sanat Yayınları. 1999.*
- *Oktay, A. Eğitimin Temel Kavramları ve Eğitim Düşüncesinin Tarihsel Gelişimi. Eğitim Bilimine Giriş, Edt.: Oktay, A. Ankara: Pegem A Yayıncılık. 2007: 1-24.*
- *Ratner, J. Günümüzde Eğitim John Dewey. (Çev.: B. Ata – T. Öztürk). Ankara: Pegem Akademi. 2010.*
- *Russell, C.E. "School practices that prevent and contribute to alienating students from school". Handbook of Education. Newyork: The Guilford Press. 1994.*
- *Sanberk, İ. "Öğrenci Yabancılaşma Ölçeği". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi. Adana: Çukurova Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü. 2003.*
- *Sanberk, İ. "Okula Yabancılaşma ve Okul Güvenliği" [Bildiri]. II. Ulusal Okul Sağlığı Sempozyumu. 17–18 Mayıs 2012. Adana: Çukurova Üniversitesi. 2012.*
- *Şeriati, A. Medeniyet ve Modernizm. İstanbul: Birleşik Yayıncılık. 1996.*
- *Şişman, M. Eğitim Bilimine Giriş. Ankara: Pegem A Yayıncılık. 2006.*
- *Tezcan, M. Eğitim Sosyolojisi. Ankara: Anı Yayıncılık. 1997.*
- *Tolan, B. Sosyoloji. Ankara: Gazi Kitabevi. 2005.*
- *Trent, F. "Aliens in the classroom?". Biennial Meeting of the Society for Research in Child Devolopment. 10-15, Washington: ED245153. 2001.*
- *Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlük. Ankara: Türk Dil Kurumu Yayınları. 2009.*
- *Yalçınkaya, M – Küçükkaragöz, H. Sınıfta Disiplin Kuralları Belirleme ve Uygulaması. Sınıf Yönetimi. Edt.: Yılman, M. Ankara: Nobel Yayın Dağıtım. 132-101 :2006.*
- *Yapıcı, M. "Eğitim ve Yabancılaşma." Uluslararası İnsan Bilimleri Dergisi. ISSN: 1303-5134. 2004: 1-9.*
- *Yavuzer, H. Çocuk Eğitimi El Kitabı. İstanbul: Remzi Kitabevi. 2003.*
- *Yavuzer, H. Çocuk Psikolojisi. İstanbul: Remzi Kitabevi. 1998.*
- *Yavuzer, H. Çocuk ve Suç. İstanbul: Remzi Kitabevi. 1996.*
- *http://www.birgun.net/writer_index.php?category_code=1187092012&news_code=13509819 49&year=2012&month=10&day=23#.UIw7Q29mKpc. 25.10.2012.*

HUKUKİ ÇOĞULLUK VE İKTİDAR

Duygu HATİPOĞLU AYDIN[1]

Hukuki çoğulluğa ilişkin literatür oldukça geniştir[2] ama tartışmalarda tek ortak nokta, devlet dışı hukuk anlayışının tipik olarak önceden varsayılmasıdır[3]. Devlet hukuku dışında hukukların varlığını varsaymak, devlet iktidarına dair bir sorgulamayı da içerir. Hukuki çoğulluk, fikir bakımından devlet iktidarını dağıtma ya da ona meydan okuma gibi bir potansiyele sahip görünse de, bu potansiyel ancak mevcut iktidar ilişkilerini analizinden çıkabilecektir. Mevcut iktidar ilişkilerinin analizi ise bu çalışmanın boyunu aşacağından, çalışmanın ancak bir giriş niteliği taşıdığını belirtmek gerekir.

Burada birkaç tespit yapmakta fayda vardır. Birincisi, kapitalizm, eşitsizliğin içkin olduğu olguları ve süreçleri 'eşitmiş' gibi göstermekte oldukça başarılıdır, bunu yaparken de bu olgu ve süreçlerin dış görünümünden hareket eder[4]. Böylece biz hukuki çoğulluk durumunun dış görünümünden hareketle onun sağladığı ortamın daha 'özgürlükçü', 'eşitlikçi' olduğunu iddia edebiliriz. Ama işin iç yüzü biraz farklıdır.

Yine, hukukun 'iyi', 'adaletli' olduğuna dair yaygın bir kanı vardır. Hukuk, doğru ile, kesinlik ile, güç ile ve meşrulukla eş anlamlıymış gibi kullanılma ve anlaşılma eğilimindedir. Hukuki çoğulluğun tesisi ile de mevcut hukuk düzenlerinin daha iyi, daha eşitlikçi ve benzeri olacağına dair bir inanç oluşabilir.

Öncelikle hukuki çoğulluk, çeşitli kimlik gruplarının tanınma talebiyle ortaya çıkar. Burada devlet iktidarına bir sorgulama görmek mümkündür. Ancak tanımanın kendisi, devlet açısından bir strateji, tanınan grup açısından devlet iktidarı benzeri bir iktidar üretmek için zemin yaratabilir.

Birinci durum hukuki çoğulluğun bir devlet stratejisi olarak kullanılabilmesidir[5]. Hukuki çoğulluk, devletler tarafından, topluluklar üzerinde siyasi denetim kullanmak amacıyla desteklenebilir. Teorik olarak devlet hukuku toplumsal eşitçiliği iddia eder ama pratikte, egemen yapıya karşı durabilecek bireyleri ve grupları marjinalize eder. Böylelikle, kendisine yönelik topyekün bir meydan okumadan da korunmuş olacaktır. Buna örnek olarak İsrail'in yapısını gösterebiliriz. Burada Müslümanlar arasında aile hukuku ve benzeri alanlarda şeriat kurallarının uygulanmasına ilişkin ayrı bir yargı yetkisi tanınmıştır. Böylece Müslüman azınlıklar, Yahudi bir cumhuriyet olan İsrail'in meşruiyetine tamamen meydan okumaktan alı konulurlar. Yine, Hindu hegemonyası altında seküler bir devlet olan

1 Araş. Gör. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

2 Üye, *Hukuki Çoğulluk*.

3 Twining, "Normative and Legal Pluralism", s. 515.

4 Çulhaoğlu, "Çoğulluk ve Çoğulculuk".

5 Barzilai, "Beyond Relativism", s. 409.

Hindistan'da bir devlet stratejisi olarak hukuki çoğulluk, merkezi ideolojik ve vatandaşlık durumuna ait olmayan insanlara, mesela göçmenlere karşı tutucu bir sınıflandırma olarak kurulabilir. Hatta bir devlet stratejisi olarak hukuki çoğulluğun, örneğin Osmanlı İmparatorluğunda olduğu gibi, iktidar olmayan topluluklara devlet kontrolünde bazı özerkliklerin bahşedildiği otoriter sistemlerde de kurulduğu söylenebilir. Hukuki çoğulluk başta dini ve kültürel alanlarda olmak üzere, iktidar olmayan topluluklara bazı hukuki haklar sunmayı amaçlarken, öte yandan siyasi rejimin yapısındaki değişiklik taleplerini/isteklerini engeller.

Tanınan kimlik grubu açısından da sıkıntılar yaşanabilir. Devlet hukukuna karşı koyma durumunun yanında, devlet dışı hukuk düzenleri ve bunlarla bağlantılı grupların, topluluk içi siyasi iktidar yaratma potansiyeli de mevcuttur. Devlet iktidarına meydan okuyan devlet dışı bu kaynaklar, aynı anda, grup üyelerine yönelik hegemonik, ulus devlete yönelik karşı-hegemonik olabilirler. Bir yanıyla, bu kimlik grubu, devlet iktidarına benzer bir iktidarı sürdürme eğilimindedir[6].

Burada kimliklerin çakışması durumu bir örnek olabilir. Amerika'da yapılan bir çalışmadan hareket edersek, burada ev içi şiddete maruz kalan kadınlar, kendi toplulukları içinde hem de devlet hukuku bakımından mağdur oldukları gözlemlenmiştir. Bu kadınlar, kadın topluluğu içinde Afro-Amerikan oldukları için, Afro-Amerikan topluluğunda da kadın oldukları için güçsüzdürler. Ya kadın kimliklerini seçecekler ve kendilerine şiddet uygulayan erkekleri polise ihbar edecekler, ki burada polis hakim beyaz sosyal sınıfın temsilcisidir. Ya da etnik kimliklerini seçerler ve kendilerine şiddet uygulayan erkeklerin yakalanmasını önleyebilirler. Bu noktada bireysel ya da topluluksal seviyede kimliklerin çokluğu, hem devlet iktidarına meydan okuyabilir hem de grupların kendi içindeki iktidarlarına bir örnektir[7].

Bir diğer örnek olarak, namus cinayetlerini verebiliriz. Yine İsrail'de, birtakım feminist sivil toplum kuruluşlarının, genellikle bazı Müslüman grupların namus cinayeti sosyal pratiğine karşı bir kamusal mücadelesi söz konusudur, ama Müslüman topluluk içinde önde gelenler, yaşlılar, kadılar ve benzerleri, bu olayların İsrail polisine bildirilmesinin önüne geçerler. Bu örnekte de toplumsal yapının bir unsuru olarak patriyarkanın, kadın üzerinde erkek iktidarının, devlet hukukunda olduğu gibi, devlet dışı hukuklarda da yıkılmadığını, aksine, devlet dışı hukukların, devlet hukukunun öngördüğü bazı görece ilerici düzenlemelerinden kendini koruyabildiğini, bunun da devlet iktidarına karşı koyarken, kendi iç iktidarını sürdürme pratiği olarak işlediğini görebiliriz[8].

Kimlik grupları açısından şunu belirtmek gerekiyor. Değişmez bir gerçeklik gibi sunulan, oysa ideolojik ve tarihsel bir kurgudan ibaret olan etnik, dini vb kimliklerle[9] örtüşen "hukuklar" ya da "normatif düzenler" bireyleri görünmez ya da savunmasız kılabilir. Çünkü gruplar ve onlarla ilişkilendirilen normatif düzenler, devlet hukukundan, iktidardan, toplumsal yapıdan bağımsız değildir. Öte yandan, (özellikle egemen olana karşıtlıkla kurulan) kimlikler ya da içinde bulunulan grupla kurulan aidiyet ilişkisi, genellikle yoğundur ve değişime uzaktır, bireyin ait olduğu gruptan (tek başına ve değiştirici bir unsurun önderliği olmaksızın) kopması genellikle zordur. Bu halde, hukuki çoğulluk durumunda grup tarafından görülmeyen bireyler, grup ilişkilerinden bağımsızlaşarak başka normatif düzenlerden faydalanamazlar; çünkü gruplar da baskıcı iktidar odakları olabilirler, dolaylı olarak devlet iktidarını ya da örneğin patriyarkayı destekleyebilirler.

Küreselleşme süreci de hukuki çoğulluk ve iktidar ilişkileri bağlamında ayrıca değerlendirilmesi gereken bir süreçtir. Küreselleşmeyle birlikte ulus devletlerin küçüldüğü söylense de, küçülme ne anlamda yaşanmaktadır? Devletin küçüldüğü doğrudur; ama küçülen, görece özerklik zemininde karşı sınıfın kazanımlarıyla genişleyen devletin düzenleme alanıdır. Küreselleşme ile, genişleyen düzenleme alanlarından devlet çekilir, bazı kamu hizmetleri özelleştirilir, doğrudan hükümet kontrolünde olan bazı kamu alanlarını (sanayi üretimi, bankacılık, eğitim, elektrik, iletişim, sağlık ve polis hizmetleri) küçültür, bazı alanlar devlet-dışı kurumlara bırakılır, ancak devlet, modern temellerinde tekeline aldığı şiddet yetkisini kullandığı aygıtlarından vazgeçmez. Küreselleşme sürecinde, sermayenin yeri kısmen değişir, üretim ve sermaye araçları bir şekilde maddileştirilir ve uluslararasılaştırılır ama bunlar ulus devletin siyasi iktidarını azaltmaz[10]. Sivil toplumu öylesine bölünür ki, devlete ve onun meşruiyetine meydan okuyamayan bireyler yaratır, liberal meşruiyet ise, yerel nüfusun uluslararası ve ulus aşırı ekonomik güçlerce denetiminin sağlanması için kullanılır. Yerel nüfusun kontrol altına alınma biçimlerinden biri de, kültürel kimliklerle örtüşen normatif düzenlerin siyasi iktidar ya da egemen sınıflar tarafından kullanılmasıdır[11]. Hukuki çoğulluk bugün devlet tarafından tanınma talebiyle ortaya çıktığında, devlet ve grup içi iktidarın güç paylaşımına gittiği görülebilir. Böylece devlet sivil topluma güç verir, gücünü onunla paylaşır gibi görünürken kendi meşruiyetini yeniden üretir.

Bu tanıma ve meşruiyetin yeniden üretimi konusunda şunu da eklemek lazım. Bu süreçte oluşan kimlik gruplarının kendi hukuklarının tanınması talebine devletin verdiği yanıt tanıma olduğunda, bu tanımanın genellikle "özel alan" olarak tariflenen aile hukuku, miras hukuku gibi alanlarda gerçekleştiği görülmektedir. Böylece kendilerine hukuki alanlar tanınarak, devlet iktidarına topyekun bir meydan okumadan alıkonan gruplar oluşturulur. Bu hukuki alanların sınırı sebebiyle, genel anlamda mülkiyet ilişkilerinin sorgulanması zorlaşmaktadır[12]. Özellikle küreselleşme ile, ekonomik ilişkileri düzenleyen kurallar tektipleştirilirken, aile hukuku vb alanlarda çoğulluk sağlanmaktadır[13].

Sonuç olarak, hukuki çoğulluk tartışmasında, devlet iktidarına meydan okuma potansiyelleri sebebiyle, devlet dışı hukukların, devlet hukukuna nazaran "daha özgürlükçü",

6 Ibid., s. 407.
7 Ibid., s. 412–13.
8 Ibid., s. 413.
9 Bayart, *Kimlik Yanılsaması*, s. 89.

10 Barzilai, "Beyond Relativism", s. 409.
11 Barzilai, *Communities and Law*, s. 18–19.
12 Üye, *Hukuki Çoğulluk*, s. 438.
13 Ibid., s. 404.

"daha eşitlikçi" ve benzeri olacağına dair bir inanca kapılmamak gerekir[14]. Zira devlet dışı olmak devlet otoritesinden uzak kalmak anlamına gelse de, her türlü otoriteden bağışık olmak anlamına gelmez. Hukuk normları ve düzenleri, mevcut toplumsal altyapı ilişkilerinden bağımsız değildir. Bu toplumsal yapı içinde ortaya çıkan, tanıma talep eden, devlet iktidarına meydan okuyan hukuk düzenleri de, aynı altyapı ilişkilerinden beslendiğinden, bunların benzer iktidar yapılarını taşımaları olasıdır. Üstelik bu zemin, iktidar ilişkilerinden yalıtık da değildir. Çoklu normatif düzenler aynı sistemin parçalarıdır; belirli bir toplumsal bağlamda ve aynı sosyal mikro-süreçlerde birbirlerine geçerler. Devlet hukuku dışında da olsa, aynı ideolojik zeminde yeşeren hukuk düzenlerinin kendi içlerinde iktidar odağı olarak hareket etmeleri, örneklerine sık rastlanan bir durumdur[15].

Hukuki çoğulluk tartışmasında, devlet hukuku ve diğer normatif düzenlerin devletle ve birbirleriyle ilişkilerinde, özgür ve bağımsız olmadıklarını, devletin hukuk sisteminin normlarının oluşum saiklerinin, bu başka hukuklar için de mevcut olduğunu, çünkü normların, devlet hukukun da, devlet-dışı hukukların da aynı toplumsal yapı içinde oluştuğunu, bu toplumsal yapının kaynaklarıyla beslendiğini gözden kaçırmamak gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- *BARZILAI, Gad. "Beyond Relativism: Where Is Political Power in Legal Pluralism?" Theoretical Inquiries in Law 9, no. 2 (2008): 395–416.*
- *———. Communities and Law: Politics and Cultures of Legal Identities. University of Michigan Press, 2005.*
- *BAYART, Jean-François. Kimlik Yanılsaması. Translated by Mehmet Moralı. İstanbul: Metis Yayınları, 1999.*
- *ÇULHAOĞLU, Metin. "Çoğulluk ve Çoğulculuk." BirGün, Ekim 2010.*
- *TWINING, William. "Normative and Legal Pluralism: A Global Perspective." Duke J. Comp. & Int'l L. 20 (2009): 473.*
- *ÜYE, Saim. Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk. Ankara: Turhan Kitabevi, 2013.*

14 Ibid., s. 415–16.

15 Ibid., s. 424–25.

HUKUK VE POLİTİKA KISKACINDA BEDEN

Metin BECERMEN[1]

Eğer bir tapınak kurulacaksa bir tapınak yıkılmalıdır: Yasadır bu –Tersini gösterecek varsa beri gelsin!... Her defasında, ne kadar çok hakikat yanlış anlaşılmalı, karalanmalı, ne kadar çok yalan kutsallaştırılıp, ne kadar çok vicdan bozulmalı ne kadar çok "Tanrı" kurban edilmeliydi. Biz modern insanlar, bizler binlerce yılın kendine, kendindeki hayvanın işkence etmenin, vicdanı canlı canlı kesip biçmenin mirasçıları: Budur bizim en uzun çabamız, bize özgü sanatçılık belki, ama ne olursa olsun incelmişliğimiz, beğeni şımarıklığımız (Nietzsche 2001: 93).

Beden yüzyıllardır düşünmenin merkezi konusu olmuştur. Politika ve hukuk da –tabi ki bunları birbirinden koparmanın güçlüğü de göz önünde bulundurularak- beden'i hep nesne edinmişlerdir. Yani beden daima politikanın ve hukukun konusu olmuştur. Ancak sadece politika ve hukukun değil felsefenin ve dinsel söylemin de konusu olmuştur. Hayatı anlamaya dönük bütün sorgulamaların ortak nesnesi beden'dir.

Platon Phaidon diyalogunda bedenin ruh için bir hapishane olduğunu ve ruhun "özgürlüğe" kavuşabilmesi için bedenden, bu dünyada, bir an önce kurtulması gerektiğini dile getirir. Bu şekilde bedensel hazlardan kaçınılarak ruhsal hazlara yönelmek gerekir (Phaidon: 64-b). Platon'un bu düşüncesi Aristoteles'te başka bir şekilde etkisini gösterir. Aristoteles haz isteminin ruhun/aklın etkisinin azalması sonucu ortaya çıktığını belirtir (Nikomakhos'a Etik: 1149 b20 - 1153 b9). Haz derken de kast ettiği bedensel hazlardır. Aristoteles için de önemli olan ruhsal/akılsal hazlardır. Ancak Aristoteles'in bireysellik ilkesi olarak gördüğü belirlenmiş madde, yani bu et ve bu kemikten oluşan madde, beden konusunu ele alırken bize bir dayanak noktası olabilir.

Öte yandan, Plotinos ise, kendi varlıksal dizisinde maddesel olana bağlı olarak insan bedenine ilişkin görüşlerini Platon'un çizgisini sürdürerek ortaya koyar. Onda da beden maddi yanı nedeniyle "aşağı" bir yapıya sahiptir (Çotuksöken-Babür 1989: 39). Plotinos'un bu görüşleri Hıristiyan düşüncesinde önemli bir zemin bulur ve Hıristiyanlığın düşüş öğretisi ile örtüşür. Hıristiyan düşüncesinde de beden ve bedensel istemler düşük ve aşağı istemlerdir; haz ve hazza iten şeylerin başında beden gelir. Dolayısıyla, haz bir şekilde denetim altına alınmalı ve ruh –iman aracılığıyla- serbest bırakılmalıdır.

Descartes ile birlikte Ortaçağın Tanrı-özne'sinin yerini İnsan-özne'nin almasıyla modern düşünce doğmaya başlamıştır. Descartes'ın zihin-beden dualizmi modern düşünceye rengini vermiştir. Modern düşünce bu gibi dualizmler üzerinde hareket etmiştir. Modern

1 Doç. Dr. Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü.

dönem boyunca –özellikle Descartes'ın zihin-beden dualizminden dolayı- beden ve bedensel isteklerin göz ardı edilmesine devam edilmiştir. Akla güvenin en yüksek noktasına ulaştığı Aydınlanma döneminde de bunun böyle olduğu görülmektedir. Ancak, Aydınlanma döneminde dinin etkisi bir yönden azalmışken bir başka yönden entelektüel hayatı ve toplumsal yaşantıyı biçimlendirmeye devam etmiştir. Bunun nedenlerinde biri, artık Hıristiyan düşüncesinin felsefi düşünüş içerisinde erimesidir. Öyle ki, her şeyin son yargı mercii olan "akıl", artık tanrısal bir akıl bağlamında ve yaşamın her alanına yayılan bir çerçevede düşünülüp ele alınırken, beden aklın ötekisi olarak görülmüştür. Ama insanın, sadece, "akıl" temelinde açıklanabilecek bir varlık olmadığı; onun bir de doğasından gelen istemlerinin, hem de "oldukça insani olan" istemlerinin var olduğu görülür. Bu istemlerini gerçekleştirirken de, beden, akıldan kopuk bir şekilde ele alınamaz.

Kürtajın, sezaryenle doğumun tartışıldığı günümüzde, beden'in sadece politik ya da hukuki bir temelde ele alınması durumuyla her zaman karşılaşıyoruz. Çoğunlukla hukuksal tartışmaları yönlendiren şey politik, dinsel ya da ahlaksal endişelerdir. Açlık grevleri de soruna başka bir perspektif kazandırıyor. Bunlara hukuki açıdan baktığımızda her düzenleme veya girişimin beden'in düzenlenmesi, biçimlendirilmesi, bir "beden ekonomisi" bağlamında yapılmaya çalışıldığı görülmektedir. Hukuki zemindeki tartışmaların o bedenin "sahibi" olan birey ihmal edilerek yapıldığı görülmektedir. Hukuk dışındaki bütün değerlendirmelerin ya politik ya ahlaksal ya da dinsel bakışla ele alındığı söylenebilir. Gerçi hukuk ile politika arasında doğrudan bir ilişki olduğu da açıktır. Bu bağlamda hukukun ve politikanın birbiriyle iç içe olduğunu söyleyebiliriz –her ne kadar hukukun bağımsız bir alan, bir disiplin olduğu söylense de. Ancak gerek hukuksal gerekse politik bir özne olarak bir "beden ekonomisi" çerçevesinde ele alınması, bireyin yapı bütünlüğüne bir müdahaleyi de beraberinde getirmektedir. Bu noktada sözü felsefeye, Nietzsche ve Foucault gibi iki önemli filozofa –zamanı geldiğinde bu konuya dönmek üzere- bırakalım.

Felsefe tarihinde önemli bir yere sahip olan Nietzsche'nin düşünceleri bizim için ufuk açıcı bir öneme sahiptir. Nietzsche, *Ahlakın Soykütüğü Üstüne* kitabının ikinci bölümünde çeşitli ceza şekillerinden söz eder. Bu ceza şekilleri iktidar merciinin, yani gücü elinde bulunduranların uyguladığı çeşitli ceza yöntemleridir. Amaç, bir şekilde, adaleti sağlamak ve hükümdarın gücünü/iktidarını halka ve diğer uluslara göstermektir. Bu konuda Almanların –elbette ki diğer ulusların da- uyguladığı bazı cezalandırma yöntemleri şunlardır: değirmen taşlarının suçlunun kafasına atıldığı taşlama yöntemi, tekerleğe bağlanıp öldürülme, kazığa oturtma, ata bağlayıp parçalarını ayırma, suçluyu yağda ya da şarapta kaynatma, canlı canlı derinsi yüzme, göğsünü açıp etlerini doğrama ve suçluyu balla sıvayıp kızgın güneşte sineklere terk etme. Nietzsche için, bunlar Almanların, temeldeki kaba içgüdülerine egemen olmak amacıyla, kendilerine bir bellek yaratmak için kullandıkları "korkunç" araçlardır. "Bu çeşit bellek yardımıyla, sonunda "akla" ulaşılır!- Ah, akıl, ciddilik, duygulara egemen olma, derin düşünme denilen bu tüm iç karartıcı şeyler, bütün bu insanlığın ayrıcalığı, seçkin parçaları: Ne de pahalı ödetiyorsunuz bedelinizi! Ne denli çok kan ve zulüm yatıyor, bütün bu "iyi şeyler"in altında!...." (Nietzsche 2001:60-1).

Nietzsche'ye göre, "İnsanlık tarihinin upuzun akışı boyunca, cezalandırma, suç işlemiş kişinin eylemlerinden sorumlu *olması*, böylece de yalnızca suçların cezalandırılması gerektiği düşünden *değil* de: - aksine, anababaların hâlâ çocuklarını zarar ziyan karşısında duydukları, zarar verene yöneltilmiş öfkeden dolayı cezalandırmakta oluşlarından- gerçekleşmiş, böyle bir öfke, her zarar ziyanın bir *bedeli* vardır, suçluya acı verse bile kesinlikle bu bedel ödenmelidir düşüncesiyle denetim altına alınmış, kılık değiştirmiş. –Çok eski, kökü derinlerde, belki de şimdiye dek kökü kazınamayan bu düşünce, gücünü nereden alıyor? Acının, zarar ziyanın bedeli oluşundan mı?" (Nietzsche 2001: 62). Nietzsche, bunun "hukuk insanı" düşüncesi kadar eski, borçlu ile alacaklı arasındaki sözleşme ilişkisinden kaynaklandığını ve bize alım, satım, iflas, alışveriş temel formlarını yeniden gösterdiğini belirtir. "Bu şekilde, borçlu, borcunu ödeyeceğine dair verdiği sözün güvenilir olduğunu göstermek, verdiği söze kutsallık ve ciddilik garantisi sağlamak, borcunu ödemenin bir ödev, bir yükümlülük olduğunu vicdanına telkin etmek için, alacaklısıyla bir sözleşme yapar ve borcunu ödemediğinde, "sahip" olduğu başka bir şeyi onun yerine ödeyeceğine söz verir, üzerinde gücü olduğu bir şeyi, örneğin, bedenini, ya da karısını, özgürlüğünü hatta yaşamını bile…" (Nietzsche 2001: 62-3). Böylece, alacaklı borçlunun bedenine her türlü alçakça şeyi yapabilir, örneğin borcuna uygun olarak borçlunun bedeninden bir parça kesebilir.

Nietzsche'ye göre, alacaklıya, gücünü güçsüz üzerine yöneltebilmenin, yaptığından zevk almak için borçlu olana kötü bir şey yapmanın şehvet dolu sevincinin, yakıp yıkma hazzının verdiği bir gönül rahatlığı sağlanır. Bu haz, alacaklının toplumsal konumu düştükçe büyümeye başlar ve ona çok tatlı bir şey gibi gelebilir. Kendisinin altında olan birini aşağılama ve hırpalama duygusunu tadar. Bu noktada Nietzsche şöyle der: "Başkalarının acı çekişini görmek, mutlu kılar insanı, başkalarına acı vermek daha da mutlu: Bu çetin bir sözdür ama, eski güçlü, insani, çok insani ilkedir, maymunlar bile imza atabilir altına: Bu çok tuhaf zulümleri tasarlamakla insanları önceleldiler, onların "başlangıcı" oldular. Zulümsüz şenlik olmaz: İşte, en uzun, en eski insanlık tarihinin öğrettiği bu –cezada bile şenlikli birçok şey var!-" (Nietzsche 2001: 65).

Nietzsche, adaletin, "Her şeyin bir bedeli vardır, her şeyin bedeli ödenmelidir" denerek başladığını söyler (Nietzsche 2001: 71). Suç ve ceza ilişkisi bağlamında bu bedel ödetilir ve böylece adalet yerini bulur. Öte yandan, Nietzsche, ceza aracılığıyla sadece beden üzerinde bir denetimin sağlanabileceğini, adaletin hiç de gerçekleş(e)meyeceğini dile getirir. Cezalandırma eyleminin sonucunda insanda ve insani yaşam tarzında bir iyileşme sağlanamamıştır. Daha da önemlisi insandaki içgüdü törpülenmiş, insan güdükleştirilmiştir. "İnsan ve hayvanlarda, genel olarak cezayla sağlanan şey, korkunun artması, akıllı tutumun güçlendirilmesi, arzuların denetlenmesi olmuştur: Böylece ceza insanları evcilleştirmiş ama onu "daha iyi" yapmamıştır, -daha da haklı olarak bunun tersi bile söylenebilir" (Nietzsche 2001: 81-2).

Ceza uygulamasında şiddetin rolü üzerinde duran Foucault, modern dönemde bu uygulamanın nasıl bir dönüşüme uğradığını ve insan bedeni üzerinde şiddet uygulayarak kendi-

ni ifade eden iktidarın, zamanla bedeni kapatarak, gözetleyerek ve disipline ederek kendini gösterdiğini belirtir.

Foucault'ya göre kapatma 17. yüzyıla özgü bir kuramsal yaratıdır. Kapatma, daha başlangıç aşamasında Ortaçağda uygulanan hapsetmeyle hiçbir ortak yanı olmayan bir genişliğe ulaşmıştır. Bu kapatmanın ekonomik ve toplumsal tedbir olarak bir icat değeri vardır. Başlangıçta ayırt edilmeden bütün yoksullar, dilenciler ve deliler gibi toplumdan dışlanan bütün insanlar aynı yerlerde tutulurken, zamanla hastane, hapishane, tımarhane gibi yerlere kapatılmıştır. Öte yandan, kapatma, akıl bozukluğu tarihi içinde belirleyici bir ana işaret etmektedir. Bu, deliliğin, fakirliğin, çalışmaya uygun olmamanın, toplumsal yapıyla bütünleşme olanaksızlığının farkına varıldığı; deliliğin toplumun sorunlarıyla bütünleşmeye başladığı andır. "Fakirliğe atfedilen yeni anlamlar, çalışma zorunluluğuna verilen yeni önem ve ona bağlanan bütün ahlaki değerler, deliliğe ilişkin deneyi uzaktan belirlemekte ve onun anlamını saptırmaktadırlar" (Foucault 1995: 123-4).

Foucault, *Hapishanenin Doğuşu* kitabında Damiens adlı bir mahkumun cezasının infazıyla ilgili olarak detaylı bir bilgi vermektedir. Buna göre, "Damiens 2 Mart 1757'de 'Paris kilisesinin cümle kapısının önünde, suçunu herkesin karşısında itiraf etmeye' mahkum edilmişti; buraya 'elinde yanar halde bulunan iki libre ağırlığındaki bir meşaleyi taşıyarak, üzerinde bir gömlekten başka bir şey olmadığı halde, iki tekerlekli bir yük arabasında götürülecekti; sonra aynı yük arabasıyla Grève meydanına götürülecek ve burada kurulmuş olan darağacına çıkartılarak memeleri, kolları, kalçaları, baldırları kızgın kerpetenle çekilecek; babasını öldürdüğü bıçağı sağ elinde tutulacak ve kerpetenle çekilen yerlerine erimiş kurşun, kaynar yağ, kaynar reçine ve birlikte eritilen balmumu ile kükürt dökülecek, sonra da bedeni dört ata çektirilerek parçalanacak ve vücudu ateşte yakılacak, kül haline getirilecek ve bu küller rüzgara savrulacaktır'" (Foucault 1992: 3).

Burada, açıkça görüldüğü üzere, şiddete ve işkenceye maruz kalan insanın "beden"idir. Mahkumun ağzından Tanrıya yakarmaktan başka bir söz duyulmaz. Çünkü o anda hem cezayı infaz edenler hem de bu uygulamayı seyredenler ona yardım edecek durumda değillerdir. İzleyenlerin, kendilerini, seyretmenin zevkine verdikleri bu kanlı gösteride kral, iktidarını beden üzerinde uygulanan şiddet aracılığıyla bütün herkese gösterir/bildirir. İşkence içinde sorguya çekilen beden, suçun uygulama noktasını ve hakikatin çekilip çıkarıldığı yeri meydana getirir (Foucault 1992: 52).

Foucault'ya göre, adli işkenceyi siyasal ve ayinsel çerçeve olarak da anlamak gerekir. İşkence, iktidarın kendini dışa vurduğu törenler arasında yer alır. "Azap çektirme adaleti yerine getirmekteydi, iktidarı yeniden işler kılmaktaydı" (Foucault 1992: 61). Bu törensel uygulamayla, yasaya iktidarını veren güç ilişkisi ortaya çıkar. Foucault, halkın önünde gerçekleştirilen bu infazda iki güçten söz eder. Bunlardan biri zafer diğeri ise mücadeledir. Buradaki törensel uygulamada suçluyla kral arasında sonu önceden belli olan bir savaş sona erdirilir. Hükümdar böylece, güçsüz duruma düşürdükleri üzerinden iktidarını açığa vurur (Foucault 1992: 62). Bunu yapmalıdır, aksi takdirde iktidarını ayakta tutamaz. Burada göze çarpan en önemli şey güçler arasındaki dengesizliktir. Güçlünün güçsüz kıldığı kişinin bedeni üzerindeki mutlak hakimiyeti ve bu beden üzerinde sahip olduğu sonsuz tasarruf hakkı söz konusudur. "Kralın adaleti kendini silahlı bir adalet olarak göstermektedir. Suçluyu cezalandıran kılıç aynı zamanda düşmanları yok eden kılıçtır" (Foucault 1992: 61). Tabii ki, burada kılıçla ifade edilen şey kralın sonsuz iktidarıdır. Bununla birlikte, cezanın uygulayıcısı olan cellat, yalnızca yasayı uygulayan kişi değil, aynı zamanda gücü sergileyen kişidir de. Suçun şiddetine egemen olmak için, mahkuma uygulanan bir şiddetin aktörüdür.

Öte yandan, bu ceza infaz şekline çeşitli itirazlar gelir. Özellikle mahkumların çektikleri acılar izleyenler tarafından büyük bir rahatsızlık unsuru olarak dillendirilir; ve böylece ceza infaz yasasında ciddi düzenlemelere gidilir. Yaklaşık olarak elli yıl kadar sonra, "azap çektirilen, parçalanan, organları kopartılan, yüzüne veya omzuna simgesel damga basılan, canlı veya ölü olarak teşhir edilen, seyirlik unsur haline getirilen beden birkaç on yıl içinde ortadan yok olmuştur. Beden, ceza ile yıldırmanın ana hedefi olmaktan çıkmıştır" (Foucault 1992: 9). Böylece ceza artık bir sahne, bir gösteri olmaktan yavaş yavaş çıkmış, içerdiği seyirlik öğeler bir olumsuzluk belirtisi olarak görülmüştür. Bedene dokunulmamakta ya da her ne olursa olsun mümkün olduğunca az dokunulmaktadır. Bu şekilde yeni bir uygulama ortaya çıkmıştır: Bedene işkence uygulamak yerine onu kapatmak. Foucault'nun da belirttiği gibi, hapsetme, zorla çalıştırma, kürek, ikamet yasağı, sürgün gibi cezaların hepsi tamamen fizikseldir ve doğrudan bedene yöneliktir. Ancak beden burada ya bir araç ya da aracı durumundadır. "… onu kapatarak veya çalıştırarak bedene müdahale ediliyorsa, bunun nedeni bireyi hem bir hak, hem de bir mal varlığı olarak kabul edilen özgürlükten mahrum bırakmaktır" (Foucault 1992: 12). Böylece bedene acı çektirme cezanın oluşturucu öğesi olmaktan çıkmıştır. "Cezalandırma, bu dayanılmaz duygular sanatından, bir askıya alınan haklar ekonomisine geçmiştir. Adaletin mahkumların bedenine müdahale etmesi ve ulaşması hala gerekiyorsa da, bu artık çok daha derli toplu kurallara göre olacak ve daha "yüksek" bir amacı hedefleyecektir" (Foucault 1992: 13). Bu şekilde kurşuna dizme gibi modern infaz törenlerinde seyrin ortadan kaldırılması ve acının iptali görülecektir; artık, infazın bir anda gerçekleştirilmesi söz konusudur.

Böylece, kapatma eylemiyle birlikte yeni bir kurumun ortaya çıktığını görmekteyiz: Hapishane(ler). Modern bir kapatılma kurumu olan hapishanenin gelişimi ise oldukça hızlı olmuştur. Çok çeşitli hapishane modelleri geliştirilmiş ve kapatma oldukça kapsamlı ve programlı bir hal almıştır. Foucault, Ortaçağdaki hücrelerden ve hapishane benzeri kapatma yerlerinden hapishaneyi özenle ayırır. Çünkü hücrelerde ve diğer kapatma yerlerinde mahkum, cezası infaz edilinceye ya da fidyesi ödenip serbest bırakılıncaya kadar kalırken, modern hapishanede daha kapsamlı bir uygulama söz konusudur. Burada mahkumun disipline edilmesi ve ıslahı da görülmektedir. Foucault'ya göre hapishane on dokuzuncu yüzyılın başında keşfedilmiştir. On dokuzuncu yüzyıl başında, hapishane gerçekten bir ceza infaz yeri haline geldiğinde mahkumlara işe yaramaz, iktisadi dolaşımda, dışarıda kullanılamaz işler verilmiş ve işçi sınıfının dışında tutulmuştur. Foucault, bu dönemde,

artık yeni bir bilgi türünün ve buna bağlı olarak yeni bir iktidar biçiminin ortaya çıktığını belirtir. "…-olguların tanıklık yoluyla yeniden fiili kılınması araçlarını elde etmekten ibaret olan, adalete devletin el koyması yoluyla ortaçağın ortasında düzenlenmiş olan- büyük soruşturma biçimine karşıt olarak, tamamen farklı türde yeni bir bilgi, bireylerin yaşamları boyunca denetlenmesi yoluyla norm etrafında düzenlenen bir gözetleme, inceleme bilgisi vardır. Bu, iktidarın temelidir; soruşturma örneğinde olduğu gibi, gözlemenin büyük bilimlerine değil, "insan bilimleri" diye adlandırdığımız şeye –psikiyatri, psikoloji, sosyolojiyer verecek bilgi-iktidar biçimidir" (Foucault 2005b: 225).

Foucault modern hapishane sisteminin geldiği son nokta olarak Bentham'ın Panoptikon'unu gösterir. Ona göre, Bentham'ın düşü olan ve bir kişinin herkesi gözetleyebileceği Panoptikon, özünde, burjuvazinin düşü ya da düşlerinden biridir. Bununla birlikte burjuvazi bu düşü, belki Bentham'ın önerdiği mimari yapı biçiminde değil, ama, gerçekleştirmiştir. Bentham'ın Panoptikon konusunda söylediğini hatırladığımızda, onun (Panoptikon'un), mimari bir biçim olmakla birlikte, özellikle bir yönetim biçimi olduğunu görürüz. Bentham'a göre, Panoptikon, "zihin için zihin üzerinde iktidar uygulama biçimidir. Bentham *Panoptikon*'da iktidarın uygulama biçimlerinin bir tanımını görüyordu" (Foucault 2005a: 135). Öte yandan, Panoptikon'la birlikte tamamen farklı bir şeyin meydana geldiğini görürüz. Artık soruşturmanın yerini, gözetleme ve inceleme almıştır. "Bir olayı yeniden oluşturmak değil; bir şeyi ya da daha ziyade bir kimseyi aralıksız olarak ve tümüyle gözetlemek söz konusudur. Bireyler üzerinde bir iktidar uygulayan ve iktidar uyguladıkça hem gözetleme hem de gözetledikleri üzerinde, onlar hakkında bir bilgi imkanına sahip olan biri –müdür, atölye şefi, doktor, psikiyatr, hapishane müdürü- tarafından bireylerin sürekli gözetimi" (Foucault 2005b: 225). Artık temel özelliği bir şeyin olup olmadığını belirlemek değil; bireyin gerektiği gibi davranıp davranmadığını, kurala uygun olup olmadığını, gelişme gösterip göstermediğini belirlemek olan bir bilgi söz konusudur. "Bu yeni bilgi, "Bu oldu mu? Kim yaptı?" gibi sorular etrafından düzenlenmez artık; mevcudiyet ya da namevcudiyet, varlık ya da yokluk terimleriyle düzenlenmez. Norm etrafında, normal olanla olmayan, doğru olanla olamayan, yapılması gerekenle gerekmeyen terimleriyle düzenlenir" (Foucault 2005b: 225). Foucault'ya göre, Panoptizm, toplumumuzun/çağımızın belirgin özelliklerinden biridir. Günümüzde, kişisel ve sürekli gözetim biçimi; denetim, cezalandırma ve ödüllendirme biçimi ve ıslah biçimi altında -bu demektir ki bireylerin bazı kurallara göre dönüştürülmesi ve şekillendirilmesiyle- bireylere uygulanan bir iktidar biçimidir. Panoptizmin gözetleme, denetim ve ıslah etmeyle toplumumuzda varolan iktidar ilişkilerinin temel ve açık bir boyutu gibi durmaktadır (Foucault 2005b: 237).

Şimdi biz "beden"i hukukun bir öznesi olarak mı göreceğiz yoksa politikanın mı? Bu iki alana sıkıştırmadan beden'i farklı bir temelde ele alamaz mıyız? Beden sorununa farklı bir açıdan bakamaz mıyız? Beden sadece bir "et yığını" ya da bir "hapishane" midir? Yoksa bizim yapı bütünlüğümüzü temsil eden bir şey midir? Biz bir beden varlığı mıyız? Yoksa düşünmenin gerçekleştiği bir temel mi beden? Bu noktada beden zihinsel olanın taşıyıcısı, temeli olan bir yapı olarak ele alındığında, bireyin her şeyden önce "bir beden varlığı"

olduğu görülür. Dolayısıyla beden'in sahibi, bir beden varlığı olan bireyin kendi bedeni üzerinde bir tasarrufundan söz etmek mümkün olabilir mi? Olabilirse nasıl? Öte yandan, benim bedenim üzerinde başkası bir tasarrufa nasıl sahip olabilir?

Gerek iktidarın kendini beden üzerinde ve beden üzerinden hareketle gerçekleştirdiği ceza ediminde, gerekse mahkumun kapatılması sonucu cezalandırılmasında, nesne konumunda olan insanın "beden"idir. İktidar sahipleri kendi meşruiyetlerini beden üzerindeki güçleri, beden üzerindeki hakimiyetleri doğrultusunda sağlamaktadırlar. Hukukun da iktidarla yakından ilgili olduğu düşünüldüğünde bu daha açık olarak görülür. Adalet de beden üzerindeki bu uygulamalar doğrultusunda gerçekleşmektedir. Beden adaletin sağlanması için bir "araç" olmaktadır. Ancak toplumu her ne kadar bir gözetleme toplumu olmuş ve denetim mekanizmaları üst boyutlarda işler hale gelmiş olursa olsun, yine de insan bedeni, adaletin sağlanması ve şiddetin nesnesi olmaya devam etmektedir. Dünyanın çeşitli yerlerindeki uygulamalar bu söylenenleri destekler niteliktedir. İran'da uygulanan infaz törenlerinden önce, mahkumun bedeninin "mağdur" olanların yakınları tarafında kırbaçlanması ve infazın bir şölene dönüştürülmesi; Etyopya'daki recim uygulaması yani kadınların taşlanarak öldürülmesi; Irak'ta Amerikan askerlerinin, bir şölen havasında tutuklulara uyguladıkları şiddet verilebilecek birkaç örnektir. Beden, hala, hukuksal ve politik olana bağlı olarak şiddetin nesnesi olmaya devam etmektedir. Her şeyden önemlisi "beden" hep adaletin sağlanması için bir araç olarak görülmektedir. Suriye'deki olaylar örnek olarak verilebilir.

Öte yandan, "beden ekonomisinin" engellenmesi her ne kadar zor ve imkânsız bir şey gibi görünse de, bu düşünüş biçiminin bize modern dönemden, modern bakış açısından miras kaldığı söylenebilir. Modern söylem bir yandan özgürlüklere vurgu yaparken, diğer yandan insanın kapatılmasını, gözetlenmesini ve disipline edilmesini meşrulaştırmış ve bu düşünme biçimiyle modern özneleri kodlamıştır. İnsanları –bunların içinde geniş bir düşünür ve filozof tayfası da vardır- bunun dışında bir yaşam biçiminin olamayacağı konusunda ikna etmiş görünmektedir. Ancak farklı bir yaşam biçimi, beden'e gereken özenin gösterildiği bir yaşama biçimi neden olmasın ki? Neden insanların birbirleriyle ilişkileri diyalog temelli bir zemine oturtulamasın ki? Bu belki bizi "başkası" sorununu "adam akıllı" irdelemeye götürecektir. Başkası dediğimiz sadece bizim tasarımımızdan ibaret midir? Başkası, kendimizi onun aracılığıyla kurduğunuz bir "aracı" mıdır? Yoksa "başkası" bizden başka olmakla özgün, bağımsız bir yere mi sahiptir? Ben başkasının hem etik hem de ontolojik olarak "ben"den başka bir yerde konumlandığını düşünüyorum. Bu başkalığı görmek, "başkası"nı sadece bir "akıl" varlığı veya bir "beden" varlığı olarak görmenin dışına çıkıp, onu "somut" bir bütün olarak görmek demektir. Bu bakış, bedenin bir nesne olarak görülmesini engelleyecek ve bedeni bir nesne olarak görmekten vazgeçmeye götürecektir. Düşünce dünyasındaki ve insandaki güdükleşme, her şeyi "akıl" zemininde düşünerek "beden"sel istemleri hor görme, insanı hukuksal veya politik bir özne olarak görmenin bir sonucudur. Doğrusu bu konuda filozoflar da "masum" değildir.

KAYNAKÇA

- *Aristoteles. (1997) Nikhomakhos'a Etik, Çev. Saffet Babür, Ankara: Ayraç Yayınevi.*
- *Bluck, R. S. (1991) Plato's Phaidon, A Translation of Plato's Phaedo with Introduction, Notes and Appendices, R. S. Bluck, London: Reprinted by Routledge.*
- *Çotuksöken B.-Babür S. (1989) Ortaçağda Felsefe, İstanbul: Ara Yayıncılık.*
- *Foucault, M. (1992) Hapishanenin Doğuşu, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, Ankara: İmge Kitabevi*
- *Foucault, M. (1995) Deliliğin Tarihi, Çev. Mehmet Ali Kılıçbay, İmge Kitabevi Ankara*
- *Foucault, M. (2005a) "Cezaevine kapatılma hakkında", Çev. Işık Ergüden, Büyük Kapatılma, İstanbul: Ayrıntı Yayınevi.*
- *Foucault, M. (2005b) "Hakikat ve hukuksal biçimler", Çev. Işık Ergüden, Büyük Kapatılma, İstanbul: Ayrıntı Yayınevi.*
- *Nietzsche, F. (2001) Ahlakın Soykütüğü Üstüne, Çev. Ahmet İnam, İstanbul: Yorum Yayınevi.*

ARİSTOTELES'TE ETİK VE POLİTİKA ARASINDAKİ İLİŞKİ

Sevil BİRBİLEN[1]

Antik Yunan felsefesinde etik ve politika öğretilerini sistematik bir şekilde ele alan Aristoteles'te, bu iki alan insan felsefesinin temelini oluşturur. Her ne kadar etik ve politika kavramları birbirinden farklı olarak belirtilse de aslında bu iki alan birçok bakımdan birbirine benzerdir. Etik ve politik üzerine olan soruşturmasında Aristoteles; insan için iyi nedir, en iyi yaşam (mutluluk) nedir, mutluluk nasıl mümkündür gibi benzer sorulara cevap aramıştır. Dolayısıyla, Aristoteles'te insan ve devletin amacı birbiri ile yakından ilgilidir. Bu amaç, en iyi yaşama ve mutluluğa ulaşmadır. Bu bağlamda Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'te insanın amacı olan mutluluğa nasıl ulaşabileceğini gösterirken; *Politika*'da ise en iyi yaşama yani mutluluğa ancak devlet denilen kurumsal birlikte gerçekleşebileceğini belirtir. Dolayısıyla bu makalede insan felsefesinin kurucu alanlarından olan etik ve politika temelinde Aristoteles'in düşünceleri ele alınmaya çalışılacaktır.

"Her sanat ve her araştırmanın, aynı şekilde her eylem ve tercihin de bir iyiyi arzuladığı düşünülür; bu nedenle iyiyi 'her şeyin arzuladığı şey' diye yerinde dile getirdiler."[2]

Aristoteles'in *Nikomakhos'a Etik* adlı yapıtının ilk cümlesinde de belirtildiği üzere her felsefi sorgulama alanında bir iyi düşüncesi vardır. Dolayısıyla etik ve politika gibi insan felsefesinin temelini oluşturan alanlarda iyi düşüncesi araştırılır. Etik insan için iyi nedir, iyi yaşam nasıl gerçekleşir sorunsalını ele alırken; politika ise devlet veya toplum için iyi olanın, iyi yaşamın ne olduğu üzerinde durur. Aristoteles'in her iki eseri olan *Nikomakhos'a Etik* ve *Politika* iyi yaşamın yani mutluluğun ne olduğunu ve nasıl gerçekleşebileceğini ele alır. Dolayısıyla bu iki alan birbirinin devamı niteliğindedir. Bunun en iyi örneği, Aristoteles'in *Nikomakhos'a Etik* eserinin devamı olarak *Politika* adlı eseri göstermesidir.

Aristoteles'te etik tek bir kişi için iyiyi araştırır. Oysa politika, toplumsal açıdan devlet için iyinin araştırılmasıdır. Bu doğrultuda MacIntyre *Ethik'in Kısa Tarihi* adlı yapıtında bununla ilgili olarak şunları ifade eder:

Ethika, mutluluk için hangi hayat formunun ve tarzının zorunlu olduğunu bize gösterir; *Politika* ise, bu hayat formunu mümkün kılmak ve muhafaza etmek için hangi teşkilat (*constitution*) formunun, hangi kurumlar kümesinin zorunlu olduğunu bize gösterir.[3]

Alıntıda da ifade edildiği üzere Aristoteles *Nikomakhos'a Etik* isimli yapıtında insanın nihai amacı olan en yüksek iyiye, mutluluğa nasıl ulaşılabileceğini belirtir. *Politika*'da ise

1 *Muğla Sıtkı Koçman Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Felsefe Anabilim Dalı, Yüksek Lisans Öğrencisi.*

2 *Aristoteles, Nikomakhos'a Etik, Çev. Saffet Babür, Ankara, Kebikeç Yayınları, 2005, s. 9.*

3 *MacIntyre, Alasdair, Ethik'in Kısa Tarihi, Çev. Hakkı Hünler & Solmaz Zelyüt Hünler, İstanbul, Paradigma Yayınları, 2001, s.66.*

toplum, en iyi yaşam tarzı olan mutluluğa devlette ulaşacaktır. Dolayısıyla, Aristoteles'te kurumsal birlik olan devletin ve insanın amacı birbiri ile yakından ilgilidir. Bu amaç, en yüksek iyi ya da mutluluktur.

"Aristoteles'te devlet rastgele bir araya toplanmış bir yığın değildir; kendi kendine yeterli yaşamı amaçlayan bir insan topluluğudur."[4] Benzer bir ifadeyle belirtecek olursak, devlet bir bakıma kendi kendine yeten, yurttaşların toplamıdır. Böylece devlet bireyi içine alıp daha büyük ve kapsamlı olmaktadır. "Aynı şekilde devlet için iyiyi araştıran politika da etik'e göre daha kapsamlı olmaktadır."[5] "Çünkü Aristoteles'e göre, devlet için iyi olanı araştırmak ve sorgulamak önemli ve amaca uygundur. İyi bir tek kişi için de istenen bir şeydir; ama kent/devlet/toplum için istenen iyi ve bunun araştırılması 'daha güzel ve tanrısal bir şeydir.' "[6]

Her ne kadar toplum için iyinin araştırılması daha güzel ve tanrısal bir şey olarak belirtilse bile bu durum birey için iyi olanın bertaraf edildiği anlamına gelmemektedir. Çünkü toplum içi istenen iyi aynı zamanda birey içinde istenmektedir. Yani toplum için istenilen ve amaçlanan iyi her ne ise bu birey için istenen iyiyi içine almaktadır. Aristoteles, bireysel iyiliği göz ardı etmeyip mümkün kıldığı için politika daha çok araştırılması gereken alan olmaktadır. Bu nedenle O, politikaya ayrı bir önem verip ahlakın politikadan sonra geldiğini belirtir. Ancak bu durum politikanın ahlaktan bağımsız olacağı anlamına gelmemektedir. "Tam tersine Aristoteles'te politika ahlaka tabi olmalıdır."[7] "Çünkü politikanın konusu insan için iyi olandır. Dolayısıyla Aristoteles'te insan için iyi olan toplum içinde aynı şey olmaktadır. Yani birey için iyi olanla, site veya devlet için iyiyi meydana getiren bir ve aynı şeydir"[8]

Belirli bir olanağa sahip olan insan doğası gereği ancak devlette kendini gerçekleştirip yeşertebilir. Bu nedenle Aristoteles'te devleti kurma süreci zorunlu değildir, insanların doğal gereksinimleri sonucunda oluşmuştur. "Devlet, herkesin aileleri ve akrabaları içinde iyi yaşamalarını, yani tam ve doyurucu bir yaşam sürmelerini olanaklı kılabilmek içindir. Devletin amacı, yalnızca yaşamayı olanaklı kılmak değil, yaşamaya değer bir yaşamı kurmaktır."[9] O halde Aristoteles'te devlet, insanın mutlu ve yaşamaya değer bir yaşam sürmesini ve kendini mükemmel bir şekilde gerçekleştirmesini sağlayan bir kurumdur. Bu nedenle devletin amacı insan için iyi yaşamayı olanaklı hale getirip yaşamaya değer mutlu bir yaşamı gerçekleştirmek için var olmalıdır. Aristoteles'in böyle düşünmesinin temelinde insanı politik bir hayvan (*zoon politikon*) olarak görmesi yatmaktadır. Bununla ilgili olarak Aristoteles *Politika* adlı yapıtının I. kitabının ikinci bölümünde şunları belirtir:

4 *Aristoteles, Politika, Çev. Mete Tunçay, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2009,s.209-210.*

5 *Arslan, A, İlkçağ Felsefe Tarihi 3: Aristoteles, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 238.*

6 *Aristoteles, Nikomakhos'a Etik, Çev. Saffet Babür, Ankara, Kebikeç Yayınları, 2005, s. 10.*

7 *Arslan, a.g.e, s. 240.*

8 *Aristoteles, a.g.e, s. 10.*

9 *Aristoteles, Politika, Çev. Mete Tunçay, İstanbul, Remzi Kitabevi, 2009,s.83-85.*

"Önümüzdeki, yalnızca bir işbirliği yapıp yapmama sorunu değildir; çünkü besbelli ki, insan arının ya da topluluk içinde (sürü halinde) yaşayan başka herhangi bir hayvanın olmadığı anlamda siyasal (politik) bir hayvandır."[10]

Aristoteles'e göre, toplumsal bir varlık olan insanın toplumdan bağımsız bir biçimde tek başına yaşaması mümkün değildir. İnsan ancak kurumsal birlik olan devlette etkin bir özne olma olanaklılığına sahip olur. Belirli bir amaç doğrultusunda ortak bir iyi çerçevesinde eylemde bulunur. Bu bağlamda Aristoteles'in sosyal varlık olarak belirttiği insan, diğer felsefi öğretilerden farklıdır. Sözgelişi Hobbes'un insan öğretisiyle aynı değildir. Hobbes'a göre insan insanın kurdudur (*homo homini lupus*). Hobbes'un insan öğretisinde, insan kendi çıkarları doğrultusunda hareket eder. Başkalarından çok kendi iyiliğini düşünür. Tam tersine Aristoteles'te politik bir hayvan olarak belirtilen insan, kendi çıkarlarına göre eylemde bulunmaz. İnsan aile içinde var olarak hem kendi iyiliğini hem de başkalarının iyiliğini düşünerek yaşamını sürdürmeyi amaçlar. Toplum içinde var olarak, kendi potansiyelini etkin bir şekilde gerçekleştirir. Bu sayede devlet, birey için var olur. Çünkü bu insanın işlevi için olmazsa olmaz en önemli koşuldur. Bunun için devletin iyi olması gerekir. Çünkü Aristoteles'e göre hem kusurlu bir devlette hem de kötü yasalarla yönetilen toplumda bireyin yaşamı oluşturulamaz. Başka bir ifadeyle belirtecek olursak, "kötü bir devlette insan var olamaz; iyi bir devlette de kötü insanlarla kurulamaz."[11]

Aristoteles'in etik ve politikaya ilişkin öğretileri felsefe tarihinde oldukça önemli bir yere sahip olmuştur. Bu nedenle Aristoteles, etik ve politik çerçevede İlkçağ filozoflarından ayrılarak kendine özgü felsefesini oluşturmuştur. Sözgelişi bu dönemde etkin olan Sokrates ve Platon'un ahlak ve politikaya ilişkin görüşleri Aristoteles'ten farklıdır. Sokrates toplum ve devletle ilgili sorunlarla ilgilenmez. O, daha çok bireyin mutluluğunu temel alır. Platon'un felsefi öğretisinde ise idealar ve duyular dünyası vardır. Dolayısıyla ideal devleti düalist felsefeyle uyumludur. O, duyular dünyasını reddederek idealar dünyasına bağlı kaldığı için devleti de o doğrultuda oluşturur. Toplum ve devletin iyiliği bireyin iyiliğinden üstündür. Bu nedenle tek tek bireylerin mutluluğundan ziyade bütünsel olarak mutluluğun elde edileceğini belirtir. Bununla ilgili olarak Platon şöyle der:

"Biz devletimizi, bütün toplumumuza birden mutluluk sağlasın diye kuruyoruz. Yoksa bir sınıf, ötekilerden daha mutlu olsun diye değil… Şimdiyse biz, bütün yurttaşlara mutluluk sağlayan bir devlet düşünüyoruz. Yoksa yurttan bazı kişileri seçip onları mutlu kılacak değiliz. Yurt baştan başa mutlu olacak."[12]

Platon daha çok toplumun veya devletin iyiliği üzerinde yoğunlaşmıştır. Bu nedenle topluma ilişkin genel geçer düşüncelere bağlı kalmıştır. Aristoteles'in devlet anlayışı ise insanların doğasına uygun bir biçimde, doğal gereksinimleri doğrultusunda oluşmuştur.

10 *Aristoteles, a.g.e, s.9.*

11 *Erkızan, H. N., Felsefe Ansiklopedisi: Aristoteles, (Ed. Ahmet Cevizci), Cilt:1, İstanbul, Etik Yayınları, 2003, s.581.*

12 *Platon, Devlet, Çev. Sabahattin Eyüboğlu-M. Ali Cimcoz, İstanbul, Türkiye İş Bankası Yayınları, 1999, s.99.*

Aristoteles, insanların becerileri, yaşamları, doğaları birbirinden farklı olduğu için devlet biçimlerini de o doğrultuda değiştirir. Öte yandan insanların yaşamlarına bakılarak en iyi yaşam nasıl olmalıdır sorusu üzerinde yoğunlaşır.

Aristoteles'e göre en iyi yaşamın araştırılması aslında insan doğasının araştırılması anlamına gelir. O halde insan doğasının bilinmesi insan için iyi olanın gerçekleştirilmesidir. Bu da ancak devlette mümkündür.

GÜNÜMÜZE İLİŞKİN ARİSTOTELES

Günümüz ve Aristoteles

Günümüzde etkin olan etik ve politika düşüncelerini daha iyi anlayabilmek için felsefe tarihine bakmak gerekir. Çünkü felsefi öğretilerin bilinmesi, günümüze ilişkin düşünceleri daha iyi anlamamıza yardımcı olacaktır. Dolayısıyla bu bölümdeki amacım Aristoteles'in etik ve politik öğretisi ışığında günümüze ilişkin düşünceleri irdelemeye çalışmaktır.

Günümüzde birçok etik anlayışı insan doğasından bağımsız bir biçimde oluşturulmuştur. Günümüz koşullarında iyi bir devlet denilince, devletin çok iyi yasa çıkarması, en iyi hukuk kurallarını oluşturması akla gelir. Ancak buna ilişkin şunu sormak mümkündür: Bireyin doğasının, gereksiniminin göz ardı edilen bir devlet anlayışında bireyin kendini gerçekleştirmesi ne derece mümkündür? Sadece yasa temeline dayalı, akıldışı kurallar koyan devlette bireyin mutluluğu hiçe sayılır.

Politik çerçevede genel geçer hukuk kurallarına bağlı olarak oluşturulan devlet biçimleri insanın kendini yeşertmesine olanak sağlamaz. Bu yüzden devletin asıl amacı bireyin mutluluğunu en iyi şekilde sağlamak olmalıdır. Çünkü en iyi devlet, insan için yaşamaya değer bir yaşamın olanaklılığını gerçekleştiren devlettir. En iyi hayat ise akıldışı temelde despotça (zoraki) hukuk kurallarının dayatılmadığı insanların mutluluğunun sağlandığı hayattır.

Aristoteles'te insanın kendine özgü işlevi vardır. Aristoteles'e göre insanın işlevinin ne olduğunun bilinmesi, insanın en iyi yaşamının ne olduğunun, nasıl gerçekleştirileceğinin bilinmesiyle yakından ilişkilidir. Çünkü insanın işlevi sadece yaşamak değildir, en iyi yaşamı gerçekleştirmektir. Bu da ancak iyi bir devlette mümkündür. Çünkü iyi bir devletin görevi insanların işlevini en iyi şekilde sağlayandır. Bunun için insan için iyi olan nedir bunu araştırmak gerekir. Bu iyi düşüncesi Platon'un belirttiği anlamda idealar temeline dayanan iyi değildir. Bu iyi Aristoteles'in deyimiyle ortak bir iyi çerçevesinde olan iyidir. Aristoteles'te toplum veya devletin iyiliği bireyin iyiliğinden üstündür. Toplum iyiliği olmaksızın bireyin iyiliğini gerçekleştirmek mümkün değildir. Ancak bu durum önceden de belirtildiği üzere bireyin iyiliğinin tamamen göz ardı edildiği anlamına gelmemelidir. "Aristoteles'in bu iyi düşüncesi modern çağda hâkim olan anti-liberal anlayışla karıştırılmamalıdır. Anti- liberal yani toplulukçu öğreti olarak belirtilen anlayışta toplum iyiliği için bireyin iyiliği bertaraf edilir. Oysa Aristoteles'in önemle üzerinde durduğu nokta, bireyin

iyiliği ile toplum iyiliği arasında ayırım gözetmemesidir."[13]

Aristoteles, insan için iyi olan yaşamın ne olduğu sorunsalına bakmak için insan yaşamını bütünsel olarak ele alır. Çünkü insan duyguları olan varlıktır. Dolayısıyla insan, duygulardan bağımsız devletin koyduğu yasalara göre açıklanamaz. Zaten bu yasa temelinde oluşturulan devlette insan mutlu olamaz. Aristoteles için devlet bireyin kendini gerçekleştirmesi için var olmak durumundadır. Bu nedenle insanın mutlu olması için, nitelikli bir yaşamı gerçekleştirmesi için gerekli olan ne varsa ona bakmak gerekir. H.Nur Erkızan bununla ilgili olarak şöyle der:

"İnsan kendi kendine iyi olamaz ve insan kendi iyisini tek başına gerçekleştiremez. O bir toplumu, kültürü, eğitimi, yasaları gerektirir. Ve her kültür buna bir yanıt olarak düşünülebilir. İşte burada yaşamayı (*zen*), birlikte yaşamayı (*suzen*) ve iyi yaşamayı (*eu zen*) birbirinden ayırt etmek gerekir. Aristoteles, insanın iyi yaşamak için devlet kurduğunu söyler, yoksa yaşamak için değil. Devlet eğer bunu gerçekleştirebiliyorsa işte o zaman yönetmelikler, evraklar toplamı olmaktan çıkarak asıl anlamda devlet olur. Tersi bir durumda, o, yalnızca bir isim olarak kâğıttan bir devlettir ve yalnızca bir isim olarak vardır. Öyle ki; o, belki de gizlenmiş bir despotizm, yani efendilerin köleleri üzerindeki egemenliğinden başka bir şey değildir."[14]

13 *Arslan, A, İlkçağ Felsefe Tarihi 3: Aristoteles, İstanbul, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2007, s. 238-240.*

14 *Erkızan, H.N. "Aristotelesçi Sosyal Bilim Anlayışı, Yaşamak (zen), Birlikte Yaşamak (suzen) ve İyi yaşamak (eu zen) " Felsefe ve Sosyal Bilimler (Felsefe ve Sosyal Bilimler Sempozyumu Bildirileri, Muğla Üniversitesi), Ankara, Vadi Yayınları, 2006, s. 69.*

SAHTE DEMOKRASİLER ÇAĞINDA DEMOKRASİNİN GERÇEK FELSEFESİ

Meltem Dikmen CANİKLİOĞLU

I. TANIM VE ANLAM SORUNU

Yaşadığımız ülkede ve dünyada, herkes demokrasiye inandığını iddia ediyor ve herkes demokrat, ama aynı zamanda herkes, kendi ideolojik değerlerinin tek ilaç ve tek kurtuluş reçetesi olduğu yönünde bir algıya sahip ise demokrasiyi yeniden gözden geçirmek bir zorunluluk. Günümüz dünyasında da demokrasi, her siyasal sistemin tacı ise bu taç üzerinde düşünmeliyiz.

Demokrasi hem araç olarak, hem güttüğü amaçlarla hem de dayandığı ilkelerle insanlığın bugüne kadar tecrübe ettiği yönetim modellerinin en iyisi olduğu için vazgeçilmezdir. Ama demokrasiyi pek çok sorunla boğuşan siyasal sistemler için hala vazgeçilmez kılan, araçsal boyutundaki müzakere ve karar alma yöntemleridir.

Demokrasi nedir? Tanımı, görünenlerden hareketle mi yapacağız, özlemlerimizden hareketle mi? Bir teori hiçbir zaman verilerin bir fotoğrafı değildir. Bir soyutlama ve bir genelleme yapmadan bize sunulanlardan hareketle demokrasiyi tanımlamak bizi eksik ya da yanlış bir sonuca götürebilir.

Demokrasi bir karar alma yöntem ve teknikleri bütünüdür. Bu yönüyle araçtır.

Demokrasi iyi bir toplumu belli ilke ve değerler etrafında var etme ve yaşatma sürecidir. Bu yönüyle amaçtır. Demokrasi hukukun evrensel ilkeleri olarak isimlendirdiğimiz, insan onuruna yaraşır her türlü doğru ve meşru kuralı yapmayı ve uygulamayı emreden bir siyaset tarzıdır ki bu yönüyle de ilkesel bir anlam kazanır.

Dolayısıyla demokrasiyi bir kuram olarak, bir siyasi sistem olarak, bir ilkeler değerler ve yöntemler bütünü olarak nasıl gördüğümüz ve nasıl anladığımız demokrasiden ne anladığımız ve demokrasi ile ne yapmak istediğimizin de ipuçlarını verir. Her siyasi sistem gibi demokrasi de kendini açıklayacak bir kuram, uygulayacağı ilkeler ve dayanacağı normatif bir yapıyla anlam kazanır. Demokrasi, siyaseti örgütleyen ve yöneten süreçlerin açıklamasıdır. Demokrasinin tarihine bakarak da demokratik siyasetin ne olduğunu evreler içinde ortaya koymak mümkündür.

Eski Yunan'da Perikles, "Bizim sistemimiz demokrasidir, çünkü azınlığın değil çoğunluğun elindedir. Bütün vatandaşlar sorunlar hakkındaki müzakerelere katılır, oy verir, kamu görevlerine girebilir, siyasi ve hukuki haklara sahip olabilir." der. Perikles'in "bütün vatandaşlar" dediğinin topluluktaki küçük bir azınlık kümesi olduğunu hatırda tutmak kaydıyla bu demokrasi övgüsünü hoş görebiliriz.

17. yüzyılda İngiltere'de demokrasi, sosyal sınıf farklılıklarını ortadan kaldırmak isteyenler tarafından diriltilen bir kavramdır.

18. yüzyıl sonuna kadar Batı'nın seçkin kesimi tarafından benimsenmemiş, hatta şiddetle reddedilmiş bir ideolojidir. Ne Batı Avrupa'nın liberal devrimlerinde ne Amerikan Anayasasının yapılışı öncesi ve sonrasındaki özgürlük söylemleri içinde demokrasinin adı yoktur. Demokrasinin bir düşünce olarak yayılması ve kamu vicdanında benimsenmesi için 19. yüzyılın siyasal ve toplumsal gelişmelerini beklemek gerekmiştir.

Ve bugün; 20. yüzyılın ve henüz başında olduğumuz 21. Yüzyılın demokrasi ihraç eden ülkelerinin yarattığı tablo karşısında, demokrasiyi anlamaya, anladıktan sonra sevmeye her şeyden çok ihtiyacımız var. 20. Yüzyılın bu sihirli kuramı için geliştirilen övücü ve bir o kadar ironik ve hatta yergi dolu söylem vardır.

Hitler'in kendi sistemini "gerçek demokrasi" olarak isimlendirdiği, Mussolini'nin faşizmi "organize, merkezi ve otoriter bir demokrasi" olarak vasıflandırdığı hatırlanırsa demokrasiye yönelen şüphelerin çok da haksız olmadığını söyleyebiliriz.

Çağımızda demokrasi, kendi meşruluk inanç ve iddiasını dünyaya kabul ettirmek isteyenlerin elinde etkili bir silaha dönüşmüştür. Kim bu silahı daha erken çeker ve karşısındakine doğrultursa daha avantajlı bir konum kazanmaktadır. Öyle ki artık dünyanın her yerinde artık demokrat olmanın değil, olmamanın ya da öyle görünmemenin imkânsız olduğu bir konjonktür kökleşti.

B. Russel; "En başarılı demokrat politikacılar demokrasiyi ortadan kaldırmayı başarabilip diktatör olanlardır. Lenin, Mussolini ve Hitler ortaya çıkışlarını demokrasiye borçludurlar" diyor.

Demokrasiyi, siyasetin çatışmacı doğasını değerlerle ve katılımcı yöntemlerle yumuşatan bir yönetim biçimi olarak överken ve tercih ederken bir takım çekinceler koyarak ve kavramın doğasından ve gelişim sürecinde yaşananlardan kaynaklanan çekinceler boyutunu hep göz önünde tutarak konuya yaklaşıyorsak sebebi ne olabilir?

Bu sebebi demokrasinin tanımında arayabiliriz.

Kendini "demokratik" olarak tanımlayan sistemlerin pratiğinde arayabiliriz.

Tanımda güçlüklerle karşılaşıyoruz. Bunun en önemli nedenlerinden biri; "demokrasi nedir?" sorusuna, demokrasinin kavramsal içeriğini dolduran unsurlardan biri veya bir kaçını ön plana çıkaran açıklamalarla cevap vermeye kalkışmamızdır.

Tanımı en az bunun kadar güçleştiren ikinci neden, günümüzde her anayasal sistemin kendisini "demokratik" olarak tanımlamak ısrarı karşısında "ne kadar ve nereye kadar demokrasi" sorusuna vereceğimiz cevabın çok karmaşık olmasıdır.

Örneğin bir yaklaşıma göre demokrasi çoğunluğun yönetimidir. Biraz daha diplomatik bir dille demokrasiye aynı anlama gelecek şekilde "azınlık haklarını dikkate alan bir

çoğunluk yönetimi" demek de mümkündür. Başka bir görüş, demokrasinin tanımında "katılım" boyutunu ön plana çıkarır.

Tanımı bu şekilde bir veya birkaç ölçütle sınırlamak veya vurguyu demokrasiden ne anladığımızı açık edecek bir ideolojiye yapmak, demokrasinin değerler ve ilkeler boyutunu göz ardı etmek, demokrasiyi araçsallaştırmak demektir.

Eşitlik, özgürlük, onay, uzlaşma, müzakere, yarışma, çoğulculuk, anayasal yönetim vs. demokratik siyasal sistemlerin belirleyenleri değil, siyasal sistemin demokratik işleyişinin tatmin edici görünüşleri, demokrasinin ne olduğu ya da olması gerektiği sorusuna verilebilecek cevaplardır. Bir başka deyişle demokrasi kimin yöneteceğinden, nasıl yöneteceğinden öte soruların cevaplarıdır.

Demokrasinin niçin tercih edilmesi gereken bir değerler sistemi, karar alma yöntemi ve bir toplumsal yaşam biçimi olduğuna dair bir açıklamayı Popper yapıyor: "Şiddet yoluna başvurmadan reform yapmaya ve böylelikle siyasal konularda aklı kullanmaya izin veren kuramsal çerçeveyi yalnız demokrasi sağlar." Bu açıklama dahi demokrasinin "kim yönetmeli" ya da "kimin iradesi üstün olmalı"dan daha çetrefil bir tanım ve anlam alanı olduğunu ortaya koyuyor.

II. BAKTIĞIMIZ YERDEN DEMOKRASİ

Biz Cumhuriyet Türkiyesi'nin 2000'li yıllarını süren bahtsız yurttaşları; % 50'nin desteğine kilitlenmiş bir demokrasi ve demokratik meşruiyet iddiası ile yeri göğü inleten bir siyasi iktidarın sınırlarını çizdiği, adını da "ileri demokrasi" koyduğu arenada yaşıyoruz. Hitler'in gerçek demokrasisinden duyduğumuz ürperti, "ileri demokrasi" ikliminde iliğimizi titretiyor. Aslanların önüne atılacağı zamanı bekleyen bir kısım koyunlar ve bir kısım gladyatörler gibiyiz. Sistemimiz Cumhuriyet tarihimizin tek demokrasisi ve en demokrasisi imiş, Siyaset felsefesinde Platon'un yarattığı karışıklığın faturası 21. Yüzyılda Türkiye'ye kesilmiş gibi. Bakalım ödeyebilecek miyiz?

Oysa "kim yönetmeli" sorusuna uygun cevabı ister en iyiler, ister en bilgeler, doğuştan yöneticiler, profesyonel yöneticiler, genel iradenin sahibi halk, işçi sınıfı veya patronlar sınıfı vs. olarak verelim; soruna, demokrasinin anlamına yakışan bir çözüm getirmiş olamayız. "Kim yönetmeli" sorusu, yönetimi demokratik kılmak sorununu çözen değil, yöneticiye meşruiyet sağlamak amacına yönelik bir sorudur. Eğer demokrasi arayışımızda samimi isek, tanımı yapmadan önce soruyu doğru sormalıyız. Soru şu olmalıdır: Siyasal kurumları nasıl örgütleyelim ki, kötü ya da yeteneksiz yöneticilerin çok fazla zarar vermeleri önlenebilsin?" Tekrar edecek olursak, demokrasi; kim buyurmalı? Kapitalin sahibi mi, emeğin sahibi mi? Azınlık mı çoğunluk mu? Zengin mi yoksul mu? Cahil mi eğitimli mi? Sandıkla gelen mi, tepeden düşen mi? sorunundan ibaret değildir. Demokrasi; "kim olursa olsun keyfi buyurmamalı" tercihine odaklanmış ilkeler, yöntemler, teknikler ve kurumlar sistemidir. Aksi kabul edilirse şu sorunun cevabı nasıl verilebilir? "Halkın iradesi kendisinin değil de bir tiranın yönetmesini isterse ne olacak?" (K. Popper, Açık Toplum ve Düaşmanları, Cilt I: Platon, s. 265, dipnot 4)

İster siyaseti; "en iyiyi elde etmek için yaptığımız mücadele", ister "elimizden geldiğince kendimizi en kötüye karşı korumak ve önlem almak amacı ile yaptığımız mücadele" olarak tanımlayalım sonuçta demokrasiyi, bizi kimin yöneteceği sorusu ile değil, "nasıl yönetileceğimiz" sorusu üzerinden tartışıyoruz. Bu yüzden, Yüzyılımızın demokratik siyasal sistemlerini biçimlendiren demokrasi anlayışını ve kurumlarını eksik ve arızalı buluyorum. Çünkü demokrasiyi ararken ve yavaş yavaş geliştirirken belirlediğimiz ve çözümüne odaklandığımız soruların cevabını vermiyorlar. Demokrasiye biçtiğimiz amaçlarla örtüşmüyorlar. Korunup güçlendirilmesi için görevli kılındıkları değerleri zayıflatıyor, çürütüyorlar. Kısaca demokrasi kendini var eden amaçlara ve değerlere saldıran bir canavara dönüştü, ama içi boşaldıkça retoriği öylesine güçlendi ki, insanlığın işi zor. Hitler'in gerçek demokrasisi, Mussolini'nin "otoriter merkeziyetçi demokrasisi" hortladı, "ileri demokrasi" adını aldı ve üzerimize tebelleş oldu. Kısaca, "yönetime ait yetkilerin, güvenlik ve düzen adına ve bu amaçlarla kullanılması" olarak tanımlanıyor. Otoriter demokrasi, yaşayabilmek için çeşitli şekillerde boyun eğdirilmiş bir yurttaşlar topluluğu ve bir şekilde iktidarı ele geçirmiş yönetici eliti gereksiniyormuş (bkz. Benjamin Barber, Güçlü Demokrasi)

B. Barber, "Otoriter sistemde kurumsal eğilim, yürütme gücünden yanadır, zayıf bir yurttaşa dayalıdır, hegemonyaya eğilimli, temsile bağımlıdır, siyasetçinin erdemi siyasetin etkinliğinin yerini almıştır."cümleleriyle, bu demokrasinin özelliklerini de sayıyor ama ne kadar kafamızı zorlarsak zorlayalım bu modeli en zayıf demokrasi kalıbına bile sokamıyoruz. Günümüzde yere göğe koyamadığımız bir model de "çoğulcu demokrasi " olarak ortayla sürüldü. Sisteminizi çoğulcu kılmak için toplumu etnik, mezhepsel, dinsel, kültürel eksenlerde bölüp etiketliyorsunuz, toplumun kaynaşmış olmasından rahatsızlık duyuyor, herkese kimliklerine dair ipuçları vererek yerlerine dağıtıyorsunuz, önce ayrıştırıp sonra çoğulcu demokrasi bayrağı altında birleştirmeyi deniyorsunuz, bunu da demokrasi adına yaptığınızı ileri sürmekle iki kere demokrat oluyorsunuz. Bu model "özgürlük" temalı çalışıyor. Otoriter demokrasiden farklı olarak çoğulcu model, özel çıkarları saldırgan bir şekilde gözeten bireylere, gruplara ve partilere bölünmüş etkin bir yurttaşlar topluluğuna dayanıyor.

Bu model kamusal alanı, kişisel ve grupsal çıkarların çatıştığı ve giderek paylaşıldığı bir pazara dönüştürdüğü için sıkıntılıdır. Temsil ilkesinin demokraside yol açtığı sorunlarla birleştiğinde çoğulcu demokrasiler kamusal hedefi olmayan, kamusal yarar üretmeyen, bireysel çıkarlarına odaklı yurttaşların savaş meydanı olabilirler.

Temsil ilkesi demiş iken; bununla ilgili de konuşulması ve aydınlatılması gereken sorunlar var. Denilir ki; "seçmen yalnız oyunu kullandığı gün özgürdür. Seçme hakkını kullanmak aynı zamanda ondan vazgeçmektir." Temsil özgürlükle bağdaşmaz çünkü siyasi iradeyi başkasına devreder. Rousseau; "Bir halk temsil edilmesine izin verir vermez özgürlüğünü yitirir." der. Özgürlük bireyin değil yurttaşın hakkı olarak düşünülürse, buradan anlamlı sonuçlara ulaşılabilir. Çünkü biri diğerini destekler ve ona hayat verir. Ortak tartışma, ortak karar ve ortak eylem yoluyla ortak yaşamlarını belirleyen siyasal kararların

doğrudan sorumluluğunu almayan insanlar, hangi özgürlüğe sahip olurlarsa olsunlar aslında hiç özgür değillerdir.

Temsil eşitlikle bağdaşmaz. 19. Yüzyıl'da bir Fransız yazar, "Oy verdiğim zaman eşitliğim oyumla birlikte sandığa düşer, birlikte kaybolurlar." demiş. Eşitlik, eğer genel oy ilkesine yansıyan biçimiyle ya da yasal eşitlik olarak ya da doğuştan eşitlik olarak anlaşılıyorsa böyle bir eşitlik, yaşamı biçimlendiren ve insanları gerçek anlamda eşit ya da eşitsiz kılacak olan çok önemli toplumsal ya da ekonomik belirleyicileri gözden kaçırıyor.

Temsil adaletle de bağdaşmaz, çünkü adalet fikrinin kök salabileceği katılımcı bir kamusal alanın gelişimine engel olur.

Özgürlük, eşitlik ve adalet teorik tutarlılıkları ve pratik etkinlikleri yurttaşlığa bağlı olan siyasal değerlerdir. Yurttaşlık bağlamı dışında kavranmaları da uygulanmaları da mümkün değildir.

Bu değerleri dışsal olarak tanımlamak ve siyasal kullanıma tahsis etmek de mümkün değildir. Siyaset tarafından üretilmek zorundadırlar. Özgürlük, adalet ve eşitlik bu yüzden demokratik bir siyasetin hedefidir, demokratik bir siyasal sistemin varlığının da kanıtıdır. Özetle, ne sandık, ne halk, ne sandıktan çıkan yönetici… Demokrasi özgür ve eşit yurttaşların adalet içinde bir arada yaşadığı, hukukun hakemliğinde tartıştığı, çatıştığı, uzlaştığı bir süreçler toplamı, demokratik siyasal sistem bu süreçlerin çatısı, demokratik toplum da bu süreçlerin platformudur.

Oysa demokrasi bugüne kadar kavram ve ilke olarak, toplumsal örgütlenmenin sınırlı katmanlarını ilgilendiren işlevsel boyutu ile ön plana çıkarılmış ve siyasal alanın örgütlenmesi için başvurulan bir teknik olarak algılanmıştır.

Toplumsal hedeflerin gerçekleştirilmesi için kullanılan bir yönetim tekniği ya da bu amaçla uygulanan politikaların meşrulaştırıcı vasıtası olarak ele alındığında içeriğinden boşalan bu kavramı hak ettiği bir felsefi temele yerleştirmek zorunluluğu vardır.

Demokrasi kısmi amaçlara özgülenmiş bir araç değildir. Bir toplumun kendini bilinçli olarak var ederken hedeflediği amaç ve benimsediği kuruluş prensibi, bir başka deyişle amaç, yöntem ve ilkelerin birbirini tamamlayan ve doğrulayan anlamlı birlikteliği" olarak demokrasiyi tanımlarsak, tanım ve eylem alanını daraltmadan kullanabileceğimiz etkili bir kurama dönüşebilir.

SONUÇ

Eğer şunlar varsa demokrasi vardır: Demokrasi iktidarın bir kişide toplanmasını reddeden bir siyasal sistemdir. Bir başka deyişle hiç kimsenin kendini egemen ilân edemeyeceği, hiç kimsenin iktidarı geri alınamaz biçimde kendi adına elinde tutamayacağı bir sistemdir. Demokrasi egemen olmayan yönetenin sorumluluğu ilkesine dayanır. Bu da otokratik bir yönetim anlayışının reddi demektir.Modern batı dünyasında böyle sistemlere anayasal hükümet denmiştir. R. Aron, demokrasinin kesin, belirleyici kriterinin iktidarın anayasaya

dayanılarak kullanılması olduğunu söylüyor. "Bir yanda hükümetçe alınan kararların hemen geçerli olduğu rejimler, öte yanda bu kararların geçerli olabilmesi için kesin kuralların tespit edildiği rejimler. Demokrasiyi çağdaş otoriter rejimlerden ve geçmişteki otokrasilerden ayıran en temel özellik, bu yönetim biçiminde yönetenin sorumluluğuna ve eylem alanındaki yapıp ettiklerine dair kapsamlı kural, kurum ve ilkelerin geliştirilmiş olmasıdır.

Çağdaş yönetimler sorumluluğun zayıflatılması ve fiilen işletilememesine bağlı olarak otokratlaştıkları ölçüde demokrasiden uzaklaşırlar. Bu nedenle demokrasilerde meşruiłyet sorgulaması aynı zamanda demokrasinin otokratik bir rejime evrimle eğilimine karşı bir kontrol vasıtasıdır. Çünkü totaliter hayalet, demokratik rejimlerin kendilerine sunduğu çağdaş teknoloji ve geniş özgürlükler üzerinden sisteme her an çökebilir. Anayasalar veya rejimin demokratik yapısı bu tehlikeyi bertaraf etmekte çoğu kez yeterli olmayabilir.

Karar verme yetkisinin hiç değilse belli süreler için tek bir kişide veya kolektif bir organda toplandığı bir sistemde devlet yapısının ne olduğu sadece bir ayrıntıdır. Böyle bir sistemin anayasası, siyasi iktidar açısından etkili sınırlamalar içeren, batılı anlamda anayasacılık mantığına uygun olarak yapılmış işlevsel bir anayasa değil, rejimi demokratik bir rejim gibi göstermeye yarayan bir maske, toplum düzeni için bir çeşit çerçevedir.

Bu sitemde yasama organı, verilen kararları alkışlayıp ilân eder. Yasama organında kararların alınış sürecinde etkili olmayan sembolik bir muhalefetin varlığı sistemi demokratik kılmaz, sadece sistemin demokratik olduğuna dair şekli bir görüntü yaratır.

Kuşatılmış demokrasi olarak da isimlendirebileceğimiz bu sistem içinde yasama ve yürütme, aynı siyasi çoğunluğun elindedir. Yapılan yasal ve anayasal düzenlemelerle yargı, idari ve bürokratik hiyerarşi hukukun değil, iktidarın denetimi altına alınmıştır. Bu koşullarda ortaya çıkan; görev ve yetki çerçevesini genişletmek kararlılığındaki bir siyasi iktidarın biçimsel demokrasinin kendisine sunduğu imkânları kendi çıkarları için kullanması, çıkardığı bol ve keyfi yasalar yoluyla ürettiği türedi bir hukuk düzeni içinde mutlak egemen konumu kazanmasıdır.

Özetle demokrasi, bize demokratik yönetim olarak sunulan çağdaş sistemlerin hemen tamamının kabaca benzemeye çalıştığı bir model olarak elimizde duruyor. Felsefesi üzerinde düşündükçe kendisini demokratik olarak isimlendiren yönetimlerin uzağına düşüyoruz, mevcut yönetimlerin ruhuna ve kurumlarına alıştıkça demokrasiden uzaklaşıyoruz. Yaman çelişki….

TÜRKİYE'DE EVLİ KADINLAR EKSENİNDE EVLİLİK/ AİLE ALGISI VE BOŞANMA OLGUSU

Sabri ÇAKIR[1]

Konu ve Amaç

Bu sunumda, erkek egemen ve giderek muhafazakârlaşan bir toplum düzeni içinde evli kadınları ve onların evlilik, aile ve boşanma olgularıyla ilgili yaşam deneyimleri ele alınıp analiz edilecektir. Ailede evli kadınların aile içindeki yaşama biçimleri, değer yargıları, evlilik ve aileden ne anladıkları; inanç kaynakları, ibadet ve güncel yaşama dair eğilim ve beklentileri bu sunumun kaynaklandığı daha geniş kapsamlı bir araştırmanın konusudur. Üç yıl gibi bir zaman diliminde tamamlanan bu araştırma, Türkiye'de 35 yerleşim (kent, kasaba, köy vb.) merkezinden, tesadüfi örnekleme tekniği ile seçilmiş 1000 evli kadına uygulanan **görüşme sorularının** sonuçlarına dayanmaktadır. Görüşmelerin yapıldığı, soruların uygulandığı deneklerin belirlenmesinde her katmandan, her inanç grubu ve statüden evli kadınların seçimine özen gösterilmiştir. Örneklem grubunu oluşturan 1000 deneğe, Türk aile yapısı, değerleri, inançları, beklentileri ve sorunlarıyla ilgili 57 soru yöneltilmiştir. Gerek açık uçlu, gerekse kapalı uçlu sorulardan alınan yanıtlar bilgisayar ortamında değerlendirilmiştir.

Bu bildiride ise söz konusu makro düzeydeki bu araştırmamızın sadece evlilik, aile algısı ve boşanma olgusu gibi üç temel kavramı üzerinde durulacaktır. Öncelikle toplumların en temel kurumu ve örgütlenme biçimi olan aile ve onun oluşumunu sağlayan evlilik kavramlarından, sosyolojik anlamda ne anlaşıldığı ve boşanmanın ne olduğu kavramsal boyutlarıyla açıklanacaktır.

Bu çalışmanın birincil amacı şudur: Günümüzdeki evlilik, boşanma olguları ve aile kurumu ile ilgili Anadolu'da yaşam süren köylü-kentli, eğitimli-eğitimsiz, üreten-üretmeyen, çalışan-çalışmayan, meslekli-mesleksiz, çalışan-çalışmayan ev kadınlarının düşünce ve görüşlerini, değer yargılarını, kendilerini ve ailelerini algılama biçimlerini, tutum ve davranışlarını ortaya koymaktır.

İkincil amacı ise, erkek egemenliğinin sürdürüldüğü Türk toplumunda evli kadınların, kocalarının baskısı ve korkusuna kapılmadan evlilik, boşanma ve aile yapısı ile ilgili konularda ne denli bilgi sahibi olduklarını ve bunları nasıl aktardıklarını anlamak ve yorumlamaktır.

Kavramsal Açıklama

Bir sunum/makale kapsamına sığmayacak boyutta olan üç kavramın (evlilik, aile ve boşanma) konunun ve verilen yanıtların anlaşılması için açıklanması, tanımlanması gerek-

1 Prof. Dr. SDÜ Fen-Edebiyat Fakültesi Sosyoloji Bölümü Eski Öğretim üyesi

lidir. Bu kavramlar, olumlu/olumsuz yönleriyle insan ve toplum yaşamının vazgeçilmez en önemli aşamalarını oluşturmaktadırlar. Özellikle de **"aile"** denilen kurumun ön koşulu olan **"evlilik",** insan yaşamının doğum ve ölüm gibi "geçiş"[2] dönemlerinden birini oluşturmaktadır. Evlilik, hem biyolojik hem psikolojik hem de kültürel/toplumsal bir gereksinme olması yönünden çok önemlidir. Toplumsal yapı ve kurumlardaki değişmeler, gelenek ve göreneklerin yaptırım gücünü ve otoritesini yitirmesi, yeni sosyal değerlerin ortaya çıkışı vb. nedenlerle evlilik, aile ve boşanma ile ilgili normlar, bilgiler, ilişkiler, beklentiler de hızla değişmektedir. Bu açıdan burada bu üç kavramın anlam ve içeriklerine göz atmamız gerekir.

A. Evlilik/Evlenme Nedir ?"

Evlilik yalnızca insanlara özgü bir toplumsal kurum olarak kabul edilmektedir. Evliliği, cinsel etkinlikle karıştırmamak gerekir. Çünkü cinsel etkinlik, insanlarla hayvanlar tarafından yaşanan bir doğal gereksinim, evlilikse yalnızca insanlara özgü bir toplumsal davranış kalıbıdır.[3] Yine evliliği/evlenmeyi, aile ile de karıştırmamak gerekir, çünkü ikisi aynı şey değildir. Evlilik/evlenme toplumsal kabul gören cinsel ilişkinin saptanmasıyla ilgili normlar ve kurallardır.[4] "Buna göre ilkel/primitif toplumlarda evlilik deyince anlaşılan şudur: **"Evliliğe atılan ilk adım, iki topluluk arasında yapılan ve karşılıklı olarak çapraz yeğenlerin çiftleşmesini olası kılan anlaşmadır**. Ancak bu evrede, evlilik ortaya çıkmış değildir, çünkü söz konusu çift barınağını değiştirmemekte, ya da bir çatı altında yaşamamakta, erkek de kadın da kendi klan ya da fratrisinin[5] üyesi olma durumunu korumaktadır."[6] **Bu aşamayı antropologlar evliliğin başlangıcı ya da evliliğe atılan ilk adım olarak nitelendirmişlerdir**. Böyle bir anlaşma, her iki tarafın erkeğine de karşı tarafın bölgesine gitme ve eşini rahat rahat arama hakkı tanımaktadır.[7] Demek ki evliliğin gerçekleşmesi için sadece cinsel birleşmenin ya da cinsel etkinliğin olması yeterli değildir; bununla birlikte kadının kendi topluluğundan (klanından) ayrılması, evini/barınağını değiştirmesi, erkekle aynı mekânı paylaşması gerekmektedir.

O halde, bilimsel ve gerçek anlamıyla evlilikten ne anlaşılıyor?

Evlilik sosyal kurumlar arasında yer alan, toplumdan topluma yapı ve işlev farklılıkları gösteren sosyolojik bir olgudur. İnsan hayatının en önemli dönüm noktalarından birisi olan

2 "İnsan hayatının üç önemli 'geçişi' vardır: Doğum, evlenme ve ölüm. Bu üç önemli 'geçiş 'in çevresinde bir sürü adet, ayin,tören,dinsel ve büyüsel işlem kümelenmekte, söz konusu 'geçiş'leri yönetmektedir. Bunların hepsinin amacı insanın yeni durumunu kutlamak ve kutsamak, aynı zamanda da onu, 'geçiş' sırasında yoğunlaştığına inanılan tehlikelerden ve zararlı etkilerden korumaktır."[Sedat Veyis Örnek, ***Anadolu Folklorunda Ölüm,*** A.Ü. Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Yayınları 218,s.11. Ankara-1971

3 Evelyn Reed, ***Kadının Evrimi, Anaerkil Klandan Ataerkil Aile'ye,*** Payel Yayınevi,s.9, İstanbul-1983

4 Nephan Saran, ***Antropoloji,***.İnkılap Kitabevi,s.301, İstanbul-1993

5 Kapalı bir yerleşim alanındaki klanların birleşerek oluşturdukları toplumsal birlik; Jens ile Tribü arasındaki halka. Bu birleşimlerin temelinde çoğu zaman mistik ya da ritüel motifler yatmaktadır.[Sedat Veyis Örnek, **Etnoloji Sözlüğü**, s.91]

6 Evelyn Reed, s.9

7 a.g.e.,s.9

evlenme; biyolojik, ekonomik, sosyal, psikolojik ve kültürel amaçlarla karşı cinsten iki veya daha fazla kişinin yasaların ve kültürün belirlediği yetki ve sorumluluklar çerçevesinde birlikte yaşamaya karar vermelerini sağlayan sosyal bir antlaşmadır.[8]

Evlilik, iki ya da daha fazla insan arasında cinsel birleşmenin sürekliliğinin toplumsal olarak onaylanması ya da kabul edilmesidir.[9] Bir başka söyleyişle evlilik, iki insan (kadın-erkek) arasında cinsel (seksüel) birliğin devamlılığının sosyal olarak onaylanmasıdır. Yani evlilik, toplumsal kabul gören cinsel ilişkinin saptanmasıyla ilgili normlar ve kurallardır ki biz buna kurum diyoruz. Bu birliktelik, genellikle toplum tarafından kabul edilmiş bazı seremoniler (pratikler-uygulamalar)[10] yolu ile resmen başlatılır. Her toplum adet ve gelenekleri, örf ve törelerine göre belirlenen evlilik yollarını kuramsallaştırılmıştır.[11]

Eski Türklerde ve Türk toplumunda evlilik, günümüzde olduğu gibi çok önem verilen ve kutsanan bir süreçti."**Evlenme ve yuva kurma eski Türk toplumu ile Türk devletlerinin temeli idi**. **Aile ise, çekirdeğidir**. Evliliğin sembolü ise "e b" yani, evdir. Evlenmek için de eski Türkler "***evlenmek*** "derlerdi. Evlilikte, aşk ve his(duygu) vardır. Bunun için eski Uygur şiirlerinde evlenmeye,"***kavuşmak***" da denir. Aynı zamanda Anadolu'da evlenme, "ocak kurma" anlamına da gelir. "***Ocak***", Türklerde ev ve yuvanın, tek sembolüdür."[12] Evlenme Türklerde çok eskiden beri, bir "***koşulama***, ***dirlik, derim"*** ve "***tiriglig",*** yani birlikte yaşamadır.[13]

Böyle bir birliktelikten oluşan çocuklar yasal olarak değerlendirilir; çünkü toplum, bu durumda çocukların korunması ve bakımından sorumlu olan belirgin kişiler için, anne ve babanın toplumsal rolünü paylaşabilir. **Evlilik kurumu aracılığı ile biçimlenmemiş olan bir aile içinde doğan çocuklar yasadışı (gayrı meşru-geçerli olmayan) olarak düşünülür; çünkü anneleri bilindiği halde, hiç kimse babanın toplumsal rolünü kabul etmeyebilir.[14]**

B. Aile Nedir?

Gerek tarihsel evrimi, gerek yapısı, gerekse geçirdiği değişim açılarından irdelendiğinde aileyi anlamak o denli kolay bir konu değildir. Üzerinde ne denli çalışılmış, araştırma yapılmış ve ne denli tartışılmış olursa olsun aile her zaman gizemini korumuştur. Karmaşık ve anlaşılması zor bir olgu olarak da günümüze kadar önemini ve işlevini sürdürmüştür. Yapılan araştırmalar göstermiştir ki ister ilkel/gelişmemiş, isterse gelişmiş olsun tüm toplumların

8 Ahmet Maden, Evlenme ve Evlenme Şekilleri, Türk Aile Ansk., Aile Araştırma Kurumu, s., 493, Ankara-1991.

9 Sabri Çakır, ***Üretimden Tüketime İnsan-Kültür ve Toplum Yazıları,*** Fakülte Kitabevi, 2.Baskı, s.379, Isparta-2011

10 Bu seremoniler: Görücülük(kız beğenme/bakma), dünürlük/dünürcülük(kız isteme), söz kesme/söz kesimi/sözlenme, nişan/nişanlanma, nikâh(resmi/dini), düğündür(kına gecesi, damat giydirme, gelin alma vb.).

11 Çakır,a.g.e.,s.379

12 Bahaeddin Ögel, ***Türk Toplumunun Gelişme Çağları,*** Kömen Yayınları 4, 2,Baskı, s.174, Ankara-1979

13 A.g.e.,s. 174

14 Çakır, a.g.e., s.380

temelindeki sosyal kurum ailedir. Tüm örgütlenme biçimlerinin çıkış noktası, kültürlerin beşiği, tüm sosyal bilimlerin ilgi odağı, toplumsal etik ve hukukun kaynağı aile olmuştur. Her kurumdan, her örgütlenme biçiminden daha çok araştırılmış, üzerinde yüzlerce eserin yazıldığı aile, günümüzde de hem sorunsal hem yapısal hem de işlevsel açıdan tartışılan ve üzerinde önemle durulması gereken bir olgusudur.

Öncelikle "aile" kavramından ne anlıyoruz? "Toplumun bir hücresi ve tüm insan örgütlenmelerinin çıkış noktası"[15] olarak kabul edilen "aile" nin tüm insan toplulukları için geçerli bir tanımını yapmak pek olası değildir. Bunda, çeşitli sosyal bilim kollarının aile olgusuna, gerek kuramsal ve gerekse yöntemsel açılardan farklı bakmalarının bir rolü olduğu söylenebilir. Öte yandan, sokaktaki/TV'lerdeki vatandaşın "aile" den ne anladığı ile bilim insanlarının bu kurumu ele alışları, algı düzeyleri arasındaki farklar da konuyu daha da karmaşık ve anlaşılmaz duruma getirmektedir. Örneğin, ülkemizin her yerinde, köyünde- kasabasında, kentinde "ailem" sözü: kadınım, annem, babam, akrabalarım vb. anlamlarda kullanılmaktadır.

Yine, toplum yapısı ve kültürüne göre ailenin kapsamının değişkenliği de bu kavramın genel kabul gören bir tanımının yapılamayacağını göstermektedir. O nedenle de "aile kavramından ne anlıyoruz?" sorusuna yüzlerce farklı yanıt verilmiş, farklı tanımlar yapılmıştır.

Bunları burada yinelemek, konumuzun içeriği açısından olası değildir. Buna karşın her toplumdaki yaşama biçimi, cinsel düzen, üretim, tüketim ve ekonomik düzey ve toplumsal statüler ve ilişkiler ailenin işlevlerine ve yapısına bağlıdır. Bu özellikler ailenin her toplumda, her yerde temel sosyal bir grup ya da kurum olduğunu, evrensel bir nitelik taşıdığını göstermektedir.

Bu bağlamda ancak **"**aile nedir?" sorusuna yanıt verilebilir.

Antropolojik (insanbilimsel) aile düşüncesi, insanbilimin konusunun **"insan, toplum ve kültür**" olması nedeniyle kültürel bir bencillik yönünde eğilim gösterecektir. Çünkü aile, çoğu kez alt ve orta sınıf idealine dayanır ya da bu sınıflarda yaşayanların özlem duyduğu, elde etmek istediği bir toplumsal statüdür. Onlar için aile; belki bir güç kaynağı, toplumda yer almanın, öne çıkmanın bir simgesi; belki evlenme ve cinselliğin önkoşulu, belki de bir toplumsallaşma aracıdır. Bu imgesel biçimiyle sıradan insanlar olarak biz, genellikle aileyi niceliksel bir varlık olarak bir koca, bir kadın ve bunlar arasında toplumca onaylanan cinsel ilişki ve onların bağımlı çocuklarından oluşmuş, ortak bir mekânı ve zamanı paylaşan bir grup olarak düşünürüz. **Gerçekten niceliksel olarak bakıldığında aile bir gruptur, bir birlikteliktir; ortak bir mekânı (alanı) paylaşan, aralarında ekonomik işbölümü bulunan ve toplumsal kabul gören cinsellik (evlilik) ilişkisiyle nitelenen bir kurumdur**. Buna karşın bu ideal ve özel aile örneği, tipik olmaktan uzaktır. Çünkü aile, insanlık tarihinde büyük bir toplumsal evrim geçirerek ve karmaşık bir olgu olarak günümüze gelmiş bir gelişmedir. Ailenin daha doğru bir tanımı, tüm toplumlarda ve kültürlerde var olan birçok farklı aile

15 B. Malinowski, ***İlkel Toplumlarda Cinsellik ve Baskı,*** Kabalcı Yayınları: 1, s.134, İstanbul-1989

biçimini dikkate almakla yapılabilir. O zaman, ailenin özellikleri nelerdir?[16]

- Birincisi, bir dereceye kadar birbiriyle ilişkisi olan insanların bir grubundan oluşur.
- İkincisi, üyeleri uzun zamandır birlikte yaşar ve grup içinde en az bir çift arasında toplumca onaylanan ve sürekli olan cinsel ilişki vardır.
- Üçüncüsü, grup içindeki yetişkinler, herhangi bir çocuğun (kız-erkek) sorumluluğunu kabul ederler.
- Dördüncüsü, ailenin üyeleri-çoğu kez mal ve hizmet üretimi için-bütün görevleri paylaşır ve her zaman- mal ve hizmet tüketimi için- ekonomik bir birimi oluşturur ve biçimlendirirler.

Buna göre aile tanımı şöyle olabilir: **Aile; birlikte yaşayan, ekonomik işbölümü ve üreme süreci ile nitelenen ve yetişkin üyeleri, çocuğun sorumluluğunu kabul eden; soy, evlenme ve evlat edinme yolu ile akraba olan, bir dereceye kadar devamlı bir insan grubu ya da bir kurumdur**.[17] Eğer bu tanım, biraz kullanışsız ve algılanması da biraz zor ise, bunun nedeni, böylesine büyük ve karmaşık bir aile türünü kapsamak zorunda olduğundandır.

Bu bağlamda aile, toplumsal bir grup ya da bir birlik olmanın yanında, kurumsallaşmış davranışların yönettiği ortak yerleşimi (ikametgâhı) ve ortak değerleri temel alan bir kurum, ekonomik iş bölümü ve üreme süreci ile karakterize edilen birincil bir sosyal yapıdır**.**

Çoğumuz, yaşantımızın büyük bir bölümünü iki aile içinde geçiririz: Birincisi, içinde doğup büyüdüğümüz uyum ailesi; ikincisi, kendimizin kurduğu üretim ailesi. Her toplumda ailenin, evlilik yolu ile biçimleneceği beklenir.

Çeşitli evlenme yolları ve biçimleri ile ortaya çıkan aile, toplumun bir hücresi ve tüm insan örgütlenmelerinin çıkış noktası olarak toplumsal kültürün sürekliliğini ve soydan soya aktarımını üstlenen bir kurumdur. Bu kurum, içinde bir takım görevlerin(işlevlerin)[18] yer aldığı belirginleşmiş ve toplum tarafından onaylanmış statü ve rollere bağlı olarak birbiriyle etkileşimde bulunan aile bireyleri ve onları biçimlendiren davranış örüntülerinden oluşur. Bu davranış örüntülerinin(kalıpların) en önemlisi de ilişkileri güçlü kılan "moral değerleri" ve bunları paylaşımdır. O nedenle bir halk ozanımıza[19] "aile nedir?" diye sorduklarında, aile : "***Sevincini büyültür/ Üzüntünü küçültür***" dizeleriyle verdiği yanıt, alenin ne denli önemli ve anlamlı bir dayanışma kurumu olduğunu kanıtlar niteliktedir.

C. Boşanma Nedir?

16 Ian Robertson, ***Sociology***, Worth Publishers, Inc,. s.315, New York–1980

17 Çakır, a.g.e. s.379

18 Ailenin görevleri(İşlevleri) :1) Cinsel davranışı düzenler, 2) Soyun devamını sağlar, 3) Toplumsallaşmayı (sosyalleşme) sağlar, 4) Çocuğun bakım ve korunmasını sağlar, 5) Çocuğa toplumsal konum ve rol kazandırır [Bk.Sabri Çakır, Üretimden Tüketime İnsan-Kültür ve Toplum yazıları, s.386-387, Isparta-2011]

19 Aşık Yoksul Derviş - Şemsettin Kubat, Afyon-Emirdağlı Alevi-Bektaşi Türk Şair ve Halk Ozanı, TV'deki sohbeti(25.12.2005)

Şu ya da bu biçimde evrimleşerek ortaya çıkan ve toplumun ***temel kurumu*** olan *aile*, günümüzde çok değişik nedenlerle artan ***"boşanma/ayrılma"*** olayları ile giderek parçalanmakta ve "evlilik ve aile hukuku" açısından yeni sorunlar toplumu olumsuz yönden etkilemektedir. İnsan yaşamının en önemli aşamalarından biri olarak evrenselliği kabul edilmiş toplumsal bir kurum olan evlenme; birlikteliğin, ilişkilerin sürdürülememesi durumunda ***boşanma/ayrılma*** olayı ile sona ermektedir. Bir başka söyleyişle aile, ***evlilik/evlenme*** aracılığı ile kurulmakta ise, toplumsal açıdan hoş karşılanmayan ***boşanma*** olayı ile de yıkılmaktadır. Eğer evlilik kurumu, zamanla bozuluyor, sorumluluklarını ve işlevlerini yerine getiremiyorsa boşanma/ayrılma kaçınılmaz bir sonuç oluyor.. Bu bozulmalar, aksaklıklar giderilemediğinde ise doğal olarak aile kurumu boşanma sorunu ile karşı karşıya gelmektir. Boşanma sonucunda, evlilik sözleşmesi (resmi nikâh), birlikte yaşam, toplumca onaylanmış cinsel ilişki hakkı, yani evlilik sona ermektedir. Boşanma, evliliğin, aile birliğinin sona erişinin hukuksal anlatımıdır. Bir başka söyleyişle boşanma, evliliğin geçerli yasaca kabul edilen biçimde sona erdirilmesidir. Halil Cin, hukuksal açıdan boşanmayı şöyle tanımlar:

"***Modern hukuk sisteminde boşanma, eşlerin sağlığında, onlardan birinin veya her kişinin istemi üzerine, kanunda tespit edilmiş olan belli sebeplere dayanarak mahkemece verilecek bir karar gereğince elde edilir."***[20]

Boşanma olayı, hukuksal açıdan önemli bir karar olmasına karşın, sosyolojik, psikolojik ve ekonomik açılardan aile bireylerini ve akrabalık ilişkilerini örseleyen, ruhsal bozukluk yaratan toplumsal bir süreç ya da olgu olarak değerlendirilir.

Aile hukukunun en dramatik/acıklı bölümlerinden birisini oluşturan boşanma konusu, yasal yollardan yapılmış ve toplumca onaylanmış bir evlilik (cinsellik) ilişkisinin, yine yasal olarak sonlandırılmasıdır. Boşanma sonunda, boşanan çiftin (kadın ve erkeğin) yeni bir evlilik yapacak şekilde hukuksal ve toplumsal hakları yine Medeni yasa ile düzenlenmektedir. Geleneksel hukukumuzda boşanma, İslam Hukuku ile Medeni Hukuk ayrımına göre farklılaşır.[21] Geleneksel İslam toplumlarında, İslam Hukuku'nun uygulandığı yörelerde boşanma; temel olarak kocaya tanınmış bir hak iken[22], modern hukuk sistemlerini ve Medeni Hukuk kurallarını kabul etmiş toplumlarda eşlerden birinin ya da her ikisinin istemi üzerine, yasada saptanmış olan belli nedenlere dayanarak mahkemece verilecek bir karar gereğince gerçekleşir.[23] Evliliğin sona erdirilmesi, boşanma olgusu ve gerçek nedenleri üzerinde nesnel boyutta ve makro düzeyde ülkemizde araştırmalar yok denecek kadar azdır. Bunun da en önemli nedeni, hukuk ve aile mahkemelerinde sonuçlanan boşanma dosyalarının arşivlerde araştırmacıların yararlanmasına açılmaması, gizli tutulmasıdır. İkinci bir neden ise, boşanan kadın ve erkeğin tesadüfi örneklem teknikleriyle bulunup onlarla görüşülmesinin ve gerçek

20 Halil Cin, ***Eski Hukukumuzda Boşanma,*** Selçuk Üniversitesi Yayınları, 2. Basım, s.15, Konya -1998

21 Mahmut Tezcan, ***Türk Ailesi Antropolojisi,*** İmge Kitabevi Yayınları, s.100.Ankara-2000

22 İslam Hukuku'nda boşanma, ***"talak"*** kavramı ile ifade edilir. Talak, hukukta kocanın tek taraflı iradesiyle hiçbir neden göstermeksizin ve hiçbir resmi makama başvurmaksızın evlenmeye son verme yetkisini ifade eder.

23 Bk.M.Tezcan, a.g.e., s.100

boşanma nedenlerinin öğrenilmesinin zorluğudur. Gerçi Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü'nün 1200 ayrılmış/boşanmış kişi üzerinde 2006 yılında yaptığı "**boşanma nedenleri**"[24] araştırmasında öne çıkan nedenler ekonomik sorunlar, şiddet görme ve aileler arasında uyumsuzluk vb. gösterilmektedir**.**[25] 12 ilde psikolog(?) eşliğinde, 657 si kadın, 543'ü erkek toplam 1200 boşanmış denek üzerinde yapılan bu araştırmanın en önemli bulgusu**, en yüksek boşanma oranının yüzde 40 ile lise ve dengi okul mezunlarında görüldüğü ve boşananların yüzde 90'ının kentlerde yaşıyor olmasıdır**. Boşanma nedenleri arasında da en yüksek oranın yüzde 90 ile "**şiddetli geçimsizlik"** faktörü olduğu saptanmıştır. Ne var ki geçimsizliğe götüren nedenlerin temelinde yer alan psiko-sosyal, ekonomik, kültürel ve toplumsal faktörlerin çok boyutlu olarak ortaya konulamadığı bir gerçektir.[26]Araştırmaya göre öteki boşanma nedenleri de "**terk** ve **zina"** olarak belirlenmiştir. Mahkeme kayıtlarında ise bunlar da (terk, zina) "**geçimsizlik"** olarak gösterilmiştir. Nedeni ise, toplumumuzda eşlerden birinin sadakatsizliği (aldatma, zina) ya da evi terk etmesiyle gerçekleşen boşanmalarda ahlaki normlar, geleneksel değer yargıları ve genel kabuller nedeniyle "**geçimsizlik"** adı altında kayda geçmektedir.[27] **Önem** sırasına göre ikinci bir bulgu ise, **"boşanma nedeni" olarak ailelerin müdahalesidir**. Üçüncü bulgu ise, "**boşananların çoğunluğunun evliliğin ilk beş yılında gerçekleşmiş**" olmasıdır. Bunlardan da anlaşılıyor ki boşanma sorunu/olgusuyla ilgili resmi bulgular, olgusal düzeyde olmadığı gibi, boşanma sorununun da temelinde bulunan gerçek nedenleri yansıtmıyor. Bu nedenlere dayanılarak verilen boşanma kararlarının da eleştiriye açık ve üzerinde sosyolojik olarak durulması, nedenlerinin araştırılması gereken sorunlar olduğu görülmektedir. Yine, aynı kurumun yaptığı '**Türkiye'de Aile Yapısı Araştırması'nda**[28] en dikkat çeken bulgulardan biri de boşanma nedenlerinin sıralamasında olmuştur. Genel kanının aksine boşanmada ilk sıralarda **dayak, aldatma, ekonomik yokluk** yer almıyor. Birinci sırada yüzde 27,3'lük oranla "**eşlerin birbirine ilgisizlik ve sorumsuzluğu"**[29] boşanma nedeni olarak yer almaktadır.

Evliliğin, boşanma olayı ile bitmesine yol açan bu ve benzeri nedenleri genelleştirecek olursak genel olarak şu nedenler sıralanabilir:

1. Aile yapısı ve eşler arasındaki eğitimsel, kültürel farklılık,
2. Töre ve geleneklerden kaynaklanan baskı, şiddet,
3. Yoksulluk ve gelecek endişesi,
4. Eşler arasındaki cinsel uyumsuzluk,

24 Bu araştırma Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırma Genel Müdürlüğü'nce 2006'da yapılmıştır.

25 Milliyet, 27 Şubat 2011

26 Boşanma Nedenleri Araştırması 2006.:12

27 a.g.a.,s.12

28 Bu araştırma Türkiye Genelinde toplam 12 056 hane ile 2011'de yapılan bir anket çalışmasıdır. Bu anket uygulamasında 18 yaş üstü 10362 erkek, 13017 kadın olmak üzere toplam 23379 kişi ile görüşme yapılmıştır. Araştırmanın sonuçları henüz yayımlanmamıştır.

29 Hürriyet Sağlık, 25.04.2012

5. Eşlerin birbirini aldatması, ihanet etmesi,
6. Gelin-kaynana geçimsizliği,
7. Alkol, kumar ve uyuşturucu bağımlılığı,
8. TV programları, sinema ve popüler kültürün olumsuz etkileri,
9. Erkek egemenliği, çokeşli evlilik,
10. Yabancı hayranlığı, yabancılarla evlenme vb. nedenlerdir

3. BULGU VE YORUMLAR

A. Evli Kadınların Genel Nitelikleri

1) Doğum Yeri ve Yaş Grubu

Kendileriyle görüştüğümüz evli kadınların yüzde 43,4'ü köy, yüzde 28,6'sı ilçe merkezi, yüzde 27,7'si de il merkezinde doğmuştur (Tablo 1). Yani evli kadınların çoğunluğunun köy-kasaba ve ilçelerde doğmuş (yüzde72,0) olması, araştırma bulgularının geleneksel yapının değerlerine daha uygun, evlilik, aile ve boşanma gibi olguların ise kentlileşmiş kadınların algı düzeylerinden daha tutucu ve farklı olduğunu göstermektedir. Tesadüfi örneklem tekniği ile Türkiye'nin değişik inançlara ve uygulamalara sahip köy, kasaba, kentlerinde yaşayan 1000 evli kadın, her yerleşim biriminden 30 denek olmak üzere değişik yapıdaki yerleşim alanlarından seçilmiştir.[30]

Tablo 1: Görüşülenlerin Doğum Yeri

		Sayı(N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	İl merkezi	**277**	**27,7**	**27,8**	**27,8**
	İlçe merkezi	**286**	**28,6**	**28,7**	**56,5**
	Köy	**434**	**43,4**	**43,5**	**100,0**
	Toplam	**997**	**99,7**	**100,0**	
Yanıtsız		**3**	**,3**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

30 Deneklerin seçildiği yerleşim birimleri: Kütahya, Mersin/Toros mahallesi), Balıkesir/Bigadiç ilçesi, Malatya/Ören köyü, Adıyaman/Kâhta ilçesi, Manisa/Salihli ilçesi, Samsun/Çarşamba ilçesi-Kestanepınarı köyü; Samsun/Çarşamba ilçesi, Mardin/Midyat ilçesi, Amasya/Gümüşhacıköy ilçesi Çayköy, Trabzon/ merkez ilçe, Giresun/Bulancak Pazarsuyu köyü, Kastamonu/ merkez Şekerköy, Samsun/merkez, Amasya / merkez, Isparta/merkez, Antalya/merkez, Burdur/Bucak, Çorum /Gökçe Doğan köyü, Ankara/Çubuk ilçesi, Kahraman Maraş/Düzbağ kasabası, İzmir/Urla ilçesi, Burdur/Ağlasın Yeşilbaş köy,Uşak/merkez, Kırşehir merkez köyleri, Bursa/Karaman mahallesi, Antalya/merkez, Konya/Kıreli kasabası, Hatay/Samandağ'ı ilçesi, Burdur/merkez Günalan köyü, Burdur/Yeşilova Niyazlar köyü, Mersin/merkez Karaduvar mahallesi.

Deneklerin yaş gruplarına baktığımızda kendisiyle görüşme yapılan evli kadınların en yüksek oranın 25-49 yaş dilimleri arasında olduğu görülür. Tablodan izleneceği gibi orta yaş grubu ve onun üstündeki bir kesim araştırmada kendilerine anket uygulanarak görüşülenlerin çoğunluğunu oluşturmaktadır. Böyle bir örneklem seçiminde herhangi bir ölçüt uygulanmamış, tamamıyla tesadüfi koşullar bunun örnekleme işlemini belirlemiştir.

Tablo 2: Görüşülenlerin Yaş Dağılımı

Yaş Grubu		Sayı (N)	Yüzde %	Geçerli yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	15-19	**7**	**,7**	**,7**	**,7**
	20-24	**68**	**6,8**	**6,8**	**7,5**
	25-29	**137**	**13,7**	**13,7**	**21,3**
	30-34	**139**	**13,9**	**13,9**	**35,2**
	35-39	**151**	**15,1**	**15,1**	**50,4**
	40-44	**144**	**14,4**	**14,4**	**64,8**
	45-49	**129**	**12,9**	**12,9**	**77,7**
	50-54	**92**	**9,2**	**9,2**	**87,0**
	55-59	**58**	**5,8**	**5,8**	**92,8**
	60-64	**71**	**7,1**	**7,1**	**99,9**
	65 ve üzeri	**1**	**,1**	**,1**	**100,0**
	Toplam	**997**	**99,7**	**100,0**	
Yanıtsız		**3**	**,3**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

1) Eğitim/Öğrenim Durumu ve Meslekleri

Tüm canlı varlıklarda bir yaşam gereksinmesi olarak eğitim, yaşamın yenilmesi, sürekliliği, yaşayan organizmanın gereksinimlerini karşılamak için çevreye uyum sağlaması demektir.[31] **Bu anlamda eğitim, insan ve toplum yaşamı için sosyal yaşamın sürdürülme aracıdır.** İlkel kabileler ya da çağdaş kentlerdeki toplulukları oluşturan bireyler dünyaya geldiklerinde; olgunlaşmamış, çaresiz, dil bilmez, inanç ve düşünceden yoksun ve toplum ölçütlerinden habersizdirler.[32] Bir başka anlatımla, yaşamı biçimlendiren kültürden yoksundurlar. Grubunun yaşam deneyimlerini taşıyan her birey ya da topluluk, zamanı gelince göçer, fakat tür yaşamını sürdürür. **Toplumu oluşturan bireylerin doğumu, yaşamı ve ölümü, eğitimin zorunluluğunu ortaya koyan birinci derecede kaçınılmaz olaylardır.[33]**

31 John Dewey, ***Demokrasi ve Eğitim,*** Başarı Yayımcılık, s.9, İstanbul-1996

32 a.g.e.,s.10

33 a.g.e.,s.10

Tablo 3: Görüşülenlerin Öğrenim Durumu

		Sayı(N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	Okur-yazar değil	**124**	**12,4**	**12,4**	**12,4**
	Okur-yazar	**46**	**4,6**	**4,6**	**17,1**
	İlkokul mezunu	**435**	**43,5**	**43,6**	**60,7**
	Ortaokul mezunu	**93**	**9,3**	**9,3**	**70,0**
	Lise ve dengi okul mezunu	**160**	**16,0**	**16,0**	**86,1**
	Yüksekokul /Üniversite mezunu	**131**	**13,1**	**13,1**	**99,2**
	Başka, belirtiniz:....	**8**	**,8**	**,8**	**100,0**
	Toplam	**997**	**99,7**	**100,0**	
Yanıtsız		**3**	**,3**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

Yeni doğan birey ile yetişkin bireyler arasında bilgi, gelenek ve beceri(deneyim) açılarından farklılıklar bulunmamaktadır. Toplumun varlığı, biyolojik yaşamda olduğu gibi, geçiş süreçleri ile devam eder. Bu geçiş süreçleri, duygu ve düşünceler, eylem ve alışkanlıklar ile büyükten küçüğe aktarılır. Eğer bu aktarma işlevi olmasaydı, o toplum varlığını sürdüremezdi. **Demek ki toplumun varlığını sürdürebilmesi için de eğitim yine zorunlu bir çalışmadır.**[34] Yine, insan yavrusu yani bebek o denli güçsüzdür ki, yardım edilmez, yol gösterilmez ve kendi haline bırakılırsa, fiziksel varlığı ve asıl gelişmeler için gerekli olan yetenekleri bile kazanamaz. **Bunun için de eğitim zorunlu bir gereksinmedir**. Böylece insan yavrusunun, sanat, bilim ve ahlak alanlarındaki başarısı için, eğitime ne denli gereksinme duyduğu ortaya çıkar.[35]

Bu kuramsal ve gereksinmeli temelden baktığımızda eğitim ve öğrenmenin işlevlerini kısaca şöyle özetleyebiliriz:

- Çocuğun toplumsallaşmasını/sosyalleşmesini amaçlar.
- Bireyi toplumsal yaşama hazırlar.
- Kültürün geleceğe, soydan soya aktarılması sağlar.
- Toplumun varlığını ve sürekliliğini sağlar…

Bu bağlamda geniş anlamıyla eğitimden anlaşılan şudur:

" Bireylerin içinde doğup büyüdükleri, yaşamlarını sürdürdükleri toplumun değerlerini, bilgi birikimlerini, geliştirdikleri çeşitli becerileri öğrenmeleri ve öğrendiklerini kendilerinden sonra gelen kuşağa aktarmaları sürecini içerir."

34 a.g.e.s.,11

35 a.g.e.,s.11

Dar anlamda ise eğitim, "**Bireyin davranışlarında, kendi yaşantısı[36] yoluyla ve kasıtlı(amaçlı)[37] olarak istendik[38] değişme meydana getirme sürecidir**."[39] Bu anlamda eğitim, öğretim/öğrenme kavramı yerine kullanılmakta olup, insanın teknik ve bilimle ilişkisini kuran bir araçtır. Her iki tabloya, eğitim ve öğretimin açık ve gizli işlevleri açısından baktığımızda deneklerin öğrenim düzeylerinin ve buna bağlı olarak da mesleki statülerinin düşük olduğu anlaşılır. Deneklerin, sözde modernleşmiş ve çağa uygun eğitim ve öğretim yöntemlerinin uygulandığı ve çok tartışmalı dinsel ağırlıklı yeni eğitim modellerinin zorunlu olarak kabul edildiği topluluğumuzda hala kadınların, "okur-yazar" olduğunu beyan edenlerle (%4,6) yüzde 17.00'nin okuma-yazma bilmediği (%12,4), eğitim ve öğretim açısından üzerinde önemle durulması gereken bir sorundur. Buna karşın bölgesel ve toplumsal farklılıklardan kaynaklanan nedenlerle ilkokul mezunlarının oranının yüzde 43,6, lise ve dengi okul bitirmişlerin yüzde 16.00; yüksekokul mezunlarının yüzde 13,1; her nedense ortaokul mezunlarının yüzde 9,3 gibi bir düzeyde bulunması bir yana bırakılırsa, olumlu bir sonuç olarak değerlendirilebilir.

Kadının toplumsal konumu ve aile içi ilişkiler açısından öğrenim düzeyi ne denli önemli ise mesleki statüsü ve buna uygun rolleri de o denli önemlidir. Eğitimin eş seçme, sosyal çevre edinme, toplumsal statü kazandırma, işsizliği önleme vb. gizli işlevleri açısından bakıldığında, deneklerin yüzde 73,8'inin "ev kadını/ev hanımı" statüsünde bulunması, kadından beklenilen "rol beklentisini" olumsuz yönde etkileyen ve "fırsat eşitliğini" zedeleyen bir bulgu olarak görülebilir. Kadınların, istemleri dışında böyle bir statünün oluşması, Türk toplumundaki aile değerleri, erkek egemen bir aile yapısı, cinsiyet ayrımı, dinsel ve töresel baskılar vb. etkenlerden kaynaklanmaktadır

Ev kadını/ev hanımı dışındakilerin (ebe-hemşire, tezgâhtar, temizlik işçisi, hizmetli, emekli memur/öğretmen, kuaför, aşçı, esnaf, büro hizmetçisi, ev kadını-çiftçi, eczacı, terzi, bohçacı, işçi, psikolog, serbest meslek, memur, öğretmen, avukat, ekonomist vb.) çok değişik statülerle değişik iş kollarında çalıştıkları ve mesleki dağılımın yüzde 25,2'sini oluşturdukları tablo 4'ün incelenmesinden anlaşılacaktır. Doğum yerleri dağılımında görüldüğü gibi, çoğunluğun kırsal ya da kasaba kökenli olması, doğrudan doğruya mesleki yapılanmayı da olumsuz yönde etkilemektedir. Ev kadınlığı statüsünün dışında dikkat çeken en önemli meslek ya da statülerin, emekli öğretmen ve memur, öğretmen, ebe-hemşire, çeşitli serbest meslek, psikolog, avukat, eczacı, ekonomist vb. mesleklerin yaygınlaşması, aile ve çalışma yaşamında kadının statüsü ve rollerinde, eğitim-öğrenim düzeyinde önemli ve anlamlı değişmeler olduğunu göstermektedir. Bu değişmelerin de aile içindeki ilişkileri, kadına atfedilen olumsuz bakışları, ailenin yapı ve işlevlerini değiştireceği vurgulanabilir.

36 "**Kendi Yaşantısı Yoluyla"** ifadesi, öğrencinin "**yaparak, yaşayarak öğrenmesi"** anlamındadır.

37 "**Kasıt"** sözcüğü ile, eğitimin planlı değişmeleri içerdiğini ve rastlantılara bırakılmadığı ifade edilmek istenmiştir.

38 "**İstendik"** sözcüğü ile ise, her türlü değişmenin değil, toplumun istek ve beklentileriyle uyumlu düşen davranış değişiklikleri anlatılmak istenmiştir.

39 Mahmut Tezcan, ***Eğitim Sosyolojisi,*** Zirve Ofset, s.3, Ankara-1994

Tablo 4: Görüşülenlerin Mesleği

		Sayı (N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	Ev hanımı/ Ev kadını	**736**	**73,6**	**73,8**	**73,8**
	Ebe-Hemşire	**17**	**1,7**	**1,7**	**75,5**
	Tezgâhtar	**6**	**,6**	**,6**	**76,1**
	Gündelikçi/ Temizlik işçisi	**4**	**,4**	**,4**	**76,5**
	Hizmetli/müstahdem	**2**	**,2**	**,2**	**76,7**
	Emekli/memur/öğretmen	**49**	**4,9**	**4,9**	**81,6**
	Kuaför	**7**	**,7**	**,7**	**82,3**
	Aşçı	**17**	**1,7**	**1,7**	**84,1**
	Esnaf	**14**	**1,4**	**1,4**	**85,5**
	Büro hizmetleri	**10**	**1,0**	**1,0**	**86,5**
	Ev hanımı/Çiftçi/ Rençber	**8**	**,8**	**,8**	**87,3**
	Çocuk Gelişimci	**6**	**,6**	**,6**	**87,9**
	Eczacı	**2**	**,2**	**,2**	**88,1**
	Terzi	**11**	**1,1**	**1,1**	**89,2**
	Bohçacı/Çerçici	**3**	**,3**	**,3**	**89,5**
	Yüksekokul/Üniversite öğrencisi	**2**	**,2**	**,2**	**89,7**
	İşçi	**17**	**1,7**	**1,7**	**91,4**
	Psikolog	**4**	**,4**	**,4**	**91,8**
	Serbest meslek	**13**	**1,3**	**1,3**	**93,1**
	Memur	**27**	**2,7**	**2,7**	**95,8**
	Öğretmen	**36**	**3,6**	**3,6**	**99,4**
	Avukat	**2**	**,2**	**,2**	**99,6**
	Ekonomist/ İşletmeci/insan kaynakları Uzmanı	**1**	**,1**	**,1**	**99,7**
	Öğrenci	**2**	**,2**	**,2**	**99,9**
	Diğer	**1**	**,1**	**,1**	**100,0**
	Toplam	**997**	**99,7**	**100,0**	
Yanıtsız		**3**	**,3**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

Ev kadını/ev hanımı dışındakilerin (ebe-hemşire, tezgâhtar, temizlik işçisi, hizmetli, emekli memur/öğretmen, kuaför, aşçı, esnaf, büro hizmetçisi, ev kadını-çiftçi, eczacı, terzi, bohçacı, işçi, psikolog, serbest meslek, memur, öğretmen, avukat, ekonomist vb.) çok değişik statülerle değişik iş kollarında çalıştıkları ve mesleki dağılımın yüzde 25,2'sini oluşturdukları tablo 4'ün incelenmesinden anlaşılacaktır. Doğum yerleri dağılımında görüldüğü gibi, çoğunluğun kırsal ya da kasaba kökenli olması, doğrudan doğruya mesleki yapılanmayı da olumsuz yönde etkilemektedir. Ev kadınlığı statüsünün dışında dikkat çeken en önemli meslek ya da statülerin, emekli öğretmen ve memur, öğretmen, ebe-hemşire, çeşitli serbest meslek, psikolog, avukat, eczacı, ekonomist vb. mesleklerin yaygınlaşması, aile ve çalışma yaşamında kadının statüsü ve rollerinde, eğitim-öğrenim düzeyinde önemli ve anlamlı değişmeler olduğunu göstermektedir. Bu değişimin de aile içindeki ilişkileri, kadına atfedilen olumsuz bakışları, ailenin yapı ve işlevlerini değiştireceği vurgulanabilir.

2) Evli Kadınların Evlilik ve Aile Algıları

Günlük gazetelerin haberleri ve manşetleri arasında, TV programlarında evlilik, boşanma, kadına uygulanan şiddet, töre cinayetleri, intihar, kadın ve aile katliamları, kadına yapılan tecavüz, çocuk evlilikleri, kürtaj, ensest[40] vb. olaylar o denli çok ki, insan hangisini okuyacağını, hangisini izleyeceğini bilemiyor! Hele de konunun uzmanı olmayan ya da konuya ilgi duymayanların üstesinden gelip anlayabileceği, dikkat edebileceği olaylar değil bunlar! Özellikle de "evlenme/evlilik, aile, boşanma" konuları çok konuşulmakta, TV'lerdeki aile ile ilgili dizilerde, "evlilik/evlendirme" programlarında her gün gündeme getirilmekte ve toplum önünde tartışılmaktadır. Ayrıca, aile, evlik, boşanma gibi sorunları çözmek için giderek yaygınlaşan "Aile Mahkemeleri'nin, aile araştırma kurumlarının, aile danışmanlık merkezlerinin sayısı artmakta, kısa sürede ve oldukça yüksek ücret karşılığında "aile danışmanı" yetiştireceğini vaat eden kurslar düzenlenmektedir. Bu örnekler de " **aile ve evlilik kurumu**"nun Türk toplum yaşamında nedenli önemli olduğunu ve buna karşın da aile yapısı ve değerlerinin bozulduğunu, özellikle evliliğin kökten sarsıldığını, kısa ömürlü olabileceğini kanıtlar niteliktedir.

Evlilik ve aile ile ilgili sorunlar, kurumlar, örgütlenmeler, TV programları, diziler bu denli artış göstermeden birkaç yıl önce bu araştırmaya başlanılmıştır. Aile kurmuş, aile

40 **Ensest: Ensest (fücur) tabusu**; Türkçede çok yaygın olarak bilinip kullanılmayan bu kavram sözlük anlamıyla: " yakın akrabalar, özellikle anne - babalar ile çocuk ve kardeşler arasında cinsel ilişki kurmanın yasaklanması. Yasaklama, genellikle bu asli ilişkiler içine kabul edilen ya da evlilikle gelen kişileri de kapsar ve neden olarak, cinsel ilişkileri çekirdek aile grubu içinde (çatışmalardan kaçınmak amacıyla) tek bir kuşakla sınırlama gerekliliği ve bunun yanı sıra aynı soydan gelenlerin çiftleşmesi korkusu gösterilir." Kavramsal boyutuyla irdelendiğinde, akrabalık sisteminin soydan gelen olumlu birtakım hak ve görevlerine karşılık, soydan gelen olumsuz birtakım görevleri, başka deyimle akrabalık gereği uyulması istenen yasaklar, sınırlamalar mevcuttur. Bu tür yasakların başında fücur (incest) yasağı gelir. Her yerde insanların, yakın akraba arasında **"cinsel ilişki"** biçiminde tanımlanan ve Türkçe bir sözcük olmayan ve Arapçadan kaynaklanan **"fücur"**a karşı duydukları tepki, kuşkusuz içgüdüsel bir olgu değildir. O, öteki sosyal herhangi bir norm gibi sosyalleşme sürecinde öğrenilir[Bk. Sabri ÇAKIR, ***Üretimden Tüketime İnsan-Kültür ve Toplum yazıları,*** s.387,388,389,390, Isparta-2011

yapısı içinde işlevini şu ya da bu şekilde yerine getirmiş evli kadınların, "**evlilikten ne anladıklarını, algı düzeylerini**" anlamak için, kendilerine "**Sizce aile nedir?"** sorusu yöneltilmiş ve alınan yanıtlar tablo 5'te gösterilmiştir. "**Açık uçlu"** olarak sorulan bu soruya, aile algısı tablosunda da görüleceği gibi, çok değişik yanıtlar verilmiş; birbiriyle ortak özellik taşıyan yanıtlar birleştirilerek genelleştirilmiştir. Sosyal bilimler içinde en çok antropolojide uygulanan "emik" yaklaşıma ve soru sorma tekniğine uygun olarak sorulan bu soruya verilen yanıtlar yüzdelik sıralamasına göre şöyledir:

- **Yuva kurmak, aile oluşturmak, mutlu olmak(%33,4)**
- İki hayatı paylaşmak, birleştirmek(%15,8)
- **İki farklı cinsiyetin birleşmesi, bir aile kurması(%5,9)**
- Bir ömrü/ Yaşamı paylaşmak, sorumluluk altına girmek(%5,5)
- **Aileyi oluşturmak, ev kurmak(%4,8)**
- **Kendine bir eş bulmak, bir aile kurmak(%4,6)**
- **Aile kurabilmek için gerekli olan durum, şart(%4,4)**
- Sevdiğine kavuşmak, sevdiğinle yeni bir hayat kurmak(%3,9)
- Sevgimi paylaşmak, mal-mülk sahibi olmak(%3,7)
- Ev, yer edinmek, çocuk sahibi olmak(%3,3)
- Bir erkekle severek hayatını birleştirmek(%3,2)
- Resmi / yasal birliktelik, cinselliğin resmileştirilmesi(%2,9)
- Neslin (soyun) devamını sağlayan kurum.
- **Evlilik bir saçmalıktır, kimsenin yapmaması gerekir**.
- Kadın ve erkeğin bir yastıkta kocaması, birlikte yaşaması
- Allah'ın emri diye çocuk sahibi olmak.
- Allah'ın emri olduğu için kadın-erkeğin birlikte olması
- **Allah'ın emri, Peygamber'in kavli olduğu için birlikte olmak.**
- Geleceğimi güvence altına almak vb.

Tablo 5: Görüşülenlerin Evlilik/Evlenme Algıları

		Sayı(N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	Yuva kurmak/Aile oluşturmak/Mutlu Olmak	322	32,2	33,4	33,4
	Ev, yer edinmek, çocuk sahibi olmak.	32	3,2	3,3	36,8
	Kendine bir eş bulmak/Bir aile kurmak	44	4,4	4,6	41,3
	Aileyi oluşturmak/ Ev kurmak	46	4,6	4,8	46,1
	Allah'ın emri diye çocuk sahibi olmak.	7	,7	,7	46,8
	Allah'ın emri olduğu için kadın-erkeğin birlikte olması	7	,7	,7	47,6
	Allah'ın emri, Peygamber'in kavli olduğu için birlikte olmak.	4	,4	,4	48,0
	Geleceğimi güvence altına almak.	1	,1	,1	48,1
	Sevgimi paylaşmak, mal-mülk sahibi olmak	36	3,6	3,7	51,8
	İki hayatı paylaşmak/birleştirmek	152	15,2	15,8	67,6
	Sevdiğine kavuşmak/Sevdiğinle yeni bir hayat kurmak	38	3,8	3,9	71,5
	İki farklı cinsiyetin birleşmesi/ Bir aile kurması	57	5,7	5,9	77,5
	Bir ömrü/ Yaşamı paylaşmak/ Sorumluluk altına girmek	53	5,3	5,5	83,0
	Evlilik bir saçmalıktır/kimsenin yapmaması gerekir.	17	1,7	1,8	84,7
	Resmi / Yasal birliktelik/Cinselliğin resmileştirilmesi.	28	2,8	2,9	87,6
	Bilmiyor	7	,7	, 7	88,4
	Aile kurabilmek için gerekli olan durum/şart	42	4,2	4,4	92,7
	Bir erkekle severek hayatını birleştirmek	31	3,1	3,2	96,0
	Kadın ve erkeğin bir yastıkta kocaması / Birlikte yaşaması	7	,7	,7	96,7
	Neslin (soyun) devamını sağlayan kurum	21	2,1	2,2	98,9
	Diğer:	11	1,1	1,1	100,0
	Toplam	963	96,3	100,0	
	Yanıtsız	37	3,7		
Genel Toplam		1000	100,0		

Yüzdelikleri(oranları) düşük olanların evlilik algıları da sosyolojik veri açısından dikkate değerdir. Bunlar da şu tanımlardan oluşmaktadır:

- Neslin (soyun) devamını sağlayan kurum.
- **Evlilik bir saçmalıktır, kimsenin yapmaması gerekir**.
- Kadın ve erkeğin bir yastıkta kocaması, birlikte yaşaması
- Allah'ın emri diye çocuk sahibi olmak.
- Allah'ın emri olduğu için kadın-erkeğin birlikte olması
- **Allah'ın emri, Peygamber'in kavli olduğu için birlikte olmak.**
- Geleceğimi güvence altına almak vb.

Deneklerle yapılan görüşmelerin ve sorumuza alınan yanıtların, evlilik konusundaki en önemli algı düzeyini, **yüzde 33,4'le "*yuva kurmak, aile oluşturmak, mutlu olmak*"**, yüzde **15,'8'le** "***iki hayatı paylaşmak, birleştirmek*", yüzde 5,9'la** " **iki farklı cinsiyetin birleşmesi, bir aile kurması**", **yüzde 5,5'le** "**bir ömrü, yaşamı paylaşmak, sorumluluk altına girmek"** vb. oluşturmaktadır. Oransal azlığına karşın evliliği, "**Resmi / yasal birliktelik, cinselliğin resmileştirilmesi"** diye tanımlayanlar, evliliğin yasal boyutuna vurgu yapmaktadırlar. Öte yandan geleneksel Türk toplumunda çok yaygın olduğu sanılan evliliğin, "**Allah'ın emri, Peygamber'in kavli olduğu"** yolundaki gündelik/dinsel bilgi düzeyinin bu araştırmada çok düşük olduğu ortaya çıkmış olmaktadır.

Örneklemimizi oluşturan evli kadınlara, "Sizce evlilik nedir?" sorusunda olduğu gibi, yine açık uçlu olarak sorduğumuz "Sizce aile nedir?" sorusuna verilen yanıtların dağılımı tablo:6'da görülmektedir. Evlilikten ne anladıkları, amaçları, beklentileri, kısaca algıları değişiklik gösteren deneklerin aileden ne anladıkları ve tanımları da o derece farklıdır. Soruya verilen yanıtları sayı ve yüzdelik oranına göre şu şekilde sıralayabiliriz:

- **Anne-baba ve çocuklardan oluşan bir topluluk(% 39,1)**
- Birlikte yaşamak, birliktelik(%10.0)
- Evlenip yuva kurmak, çocuk sahibi olmak (%7,4)
- **Karı/Koca ve çocuklardan oluşan bir topluluk (% 6,8)**
- Mutlu, huzurlu bir birliktelik (%6.0)
- Toplumun en küçük yapısı/kurumu (%4,3)
- **Anne-baba ve çocuklarla birlikte yaşamak (%4,1)**
- **Soyun devamını sağlayan küçük bir topluluk(%3,7)**
- Karşılıklı sevgi ve saygı çerçevesinde oluşan bir bütünlük (%3,6)

Tablo 6: Görüşülenlerin Aile Algıları

AİLE TANIMLARI		Sayı (N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde%	Birikimle Yüzde %
Değer	Anne-baba ve çocuklardan oluşan bir topluluk	**380**	**38,0**	**39,1**	**39,1**
	Soyun devamını sağlayan küçük bir topluluk	**36**	**3,6**	**3,7**	**42,8**
	Karı/Koca ve çocuklardan oluşan bir topluluk	**66**	**6,6**	**6,8**	**49,6**
	Birlikte yaşamak/Birliktelik	**97**	**9,7**	**10,0**	**59,6**
	Evlenip yuva kurmak/ Çocuk sahibi olmak	**72**	**7,2**	**7,4**	**67,0**
	Anne-baba ve çocuklarla birlikte yaşamak	**40**	**4,0**	**4,1**	**71,2**
	Toplumun en küçük yapısı/kurumu	**42**	**4,2**	**4,3**	**75,5**
	Yuva/ocak	**18**	**1,8**	**1,9**	**77,3**
	Eş ve çocukların birlikte yaşadığı kurum	**20**	**2,0**	**2,1**	**79,4**
	Çocuk, eş demek	**7**	**,7**	**,7**	**80,1**
	Birbirlerini karşılıksız seven	**9**	**,9**	**,9**	**81,1**
	Mutlu, huzurlu bir birliktelik	**58**	**5,8**	**6,0**	**87,0**
	Anne-baba ve çocuklardan oluşan ortak yaşam biçimi	**8**	**,8**	**,8**	**87,8**
	Karşılıklı sevgi ve saygı çerçevesinde oluşan bir bütünlük	**35**	**3,5**	**3,6**	**91,5**
	Her şeyi paylaşmak, düzenli bir hayat sürmek	**25**	**2,5**	**2,6**	**94,0**
	Bir çatı altında yaşayan insanlar	**7**	**,7**	**,7**	**94,7**
	Farklı iki cinsin evlenmesinden meydana gelir.	**10**	**1,0**	**1,0**	**95,8**
	Diğer	**26**	**2,6**	**2,7**	**98,5**
	Toplumun temeli/ Direğidir	**11**	**1,1**	**1,1**	**99,6**
	Aralarında kan bağı bulunan, ortak değerleri paylaşan topluluk	**3**	**,3**	**,3**	**99,9**
	Küçük yaşta evlendirildiği için ne olduğunu bilmiyor.	**1**	**,1**	**,1**	**100,0**
	Toplam	**971**	**97,1**	**100,0**	
Yanıtsız		**29**	**2,9**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

Önem ve yüzdelik sırasına göre öteki algıları ya da tanımlamaları şöyledir: ***Her şeyi paylaşmak, düzenli bir hayat sürme; eş ve çocukların birlikte yaşadığı kurum; yuva/ ocak; toplumun temeli/ direğidir ve*** yanıtsızlar oranı ise yüzde 2,9 dur**.**

Aile konusunda hiçbir özel eğitim almamış ve araştırmamızın örneklemini oluşturan evli kadınları algılama düzeylerinden, kalın yazı tipi ile belirlenen maddelerin oranlarının toplamı olan yüzde 53,7 gibi bir çoğunluğun "**çekirdek aile"** vurgusu yaptığı anlaşılmaktadır. Bu da bize, evrensel bir nitelik taşıyan çekirdek ailenin (evlilik ailesi) Türk toplumunda giderek yaygınlaştığını ve "**geniş aile**" nin giderek parçalandığını anlatmaktadır.

3) Boşanma Sorunu ve Sonuçları

1. Boşanma Nedenleri

Aile kurumunun/yapısının bir ucunda, bireye psikolojik anlamda mutluluk veren, erotik anlamda da heyecan yaratan ve toplumca belirgin ritüellerle onaylanan evlilik; öteki ucunda ise bu yapıyı bölen, parçalayan ve toplumca hoş karşılanmayan boşanma olayı bulunmaktadır. Toplumların, kültürlerin ölçütlerine göre farklı açılardan değerlendirilen, kiminin özgürleştirici, kiminin de özgürlükleri kısıtlayıcı bir olgu olarak baktıkları boşanma olayları toplumuzda giderek yaygınlaşmakta, sayısal artış göstermektedir.[41] Bu artışın, resmi bulgulara göre en önemli nedenleri olarak, yakarıda değinildiği gibi "**şiddetli geçimsizlik**" ya da "**eşlerin birbirine ilgisizlik ve sorumsuzluğu"** gösterilmektedir. Bilimsel ölçütlere, sosyolojik araştırma yöntem ve tekniklerine uygun olarak hazırlanan görüşme sorularımıza, devlet korkusu olmaksızın verilen yanıtlara göre de boşanma nedenleri tablo 7'de sıralanmıştır. Burada verilen yanıtlar örneklem grubumuza giren tüm evli kadınlara ait değil, sadece boşanma olayını yaşamışların gerçek deneyimlerinin bir sonucudur.

Buna göre, yine en önemli boşanma nedeni, TUİK'in verileri gibi "**anlaşamama ve şiddetli geçimsizlik**" olarak belirmektedir. Bu genel faktörün altında yatan asıl nedenler, etiksel, toplumsal/dinsel baskılar yüzünden açıklanamamıştır. Ötekilere baktığımızda "**psikolojik geçimsizlik**", "**ekonomik geçimsizlik",** "**şiddet/dayak**", "**içki-kumar, aldatma",** "**çocuğunun olmaması"**, "**eşimin kuma getirmesi**", ve "**eşimin başkasını sevmesi"** gibi nedenler sıralanmaktadır.

41 Türkiye İstatistik Kurumu(TUİK) verilerine göre geçen yıl(2011)çiftlerin sayısı bir önceki(2010) yıla göre yüzde 1,7 artarak 592 775'e yükselirken, boşanan çiftlerin sayısı ise bir önceki yıla göre yüzde 1,3 artarak 120117 olmuştur. Boşanma oranı en yüksek değer olarak yüzde 36,7 ile evlilik süresi 1-5 yıl; yüzde 24.1 ile 16 yıl ve sonrası, yüzde 20,6 ile 6-10 yıl, yüzde 14,8 ile 6-10 yıl olanlarda görülmektedir[Milliyet, 16 Haziran 2012]

Tablo 7: Boşanmış/Ayrı Yaşayanların Boşanma/Ayrılma Nedenleri

		Sayı (N)	Yüzde (N)	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	Ekonomik geçimsizlik	**3**	**,3**	**9,1**	**9,1**
	Anlaşamama/ şiddetli geçimsizlik	**13**	**1,3**	**39,4**	**48,5**
	Psikolojik geçimsizlik	**4**	**,4**	**12,1**	**60,6**
	Çocuğumuzun olmaması	**1**	**,1**	**3,0**	**63,6**
	Eşimin kuma getirmesi	**1**	**,1**	**3,0**	**66,7**
	Eşimin başkasını sevmesi	**1**	**,1**	**3,0**	**69,7**
	Eşimin yurt dışında olması	**2**	**,2**	**6,1**	**75,8**
	Eşimin içki içmesi/kumar oynaması/aldatma	**2**	**,2**	**6,1**	**81,8**
	Şiddet/dayak	**3**	**,3**	**9,1**	**90,9**
	Başka, ...	**2**	**,2**	**6,1**	**97,0**
	Anlatamam..	**1**	**,1**	**3,0**	**100,0**
	Toplam	**33**	**3,3**	**100,0**	
	Yanıtsız	**967**	**96,7**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

2. Boşanmanın Sonuçları

İster anlaşamama, şiddetli geçimsizlik, ister ekonomik yetersizlik, isterse aile içi şiddet, kötü muamele, içki-kumar, aldatma vb. nedenden olsun, boşanmanın yaratacağı sorunlar "boşanma olayı" kadar önemli bir olgudur. Sadece karı-koca, onların çocuklarından oluşan ve "**evlilik bağına**" dayanan çekirdek aile, boşanma sonunda hem işlevsel hem de toplumsal açıdan yeni sorunlarla karşılaşmaktadır. Bunların başında en önemlisi, öteki ruhsal ve ekonomik sorunların da kaynağını oluşturan **"evlilik ailesi**"nin işlevlerini/görevlerini yerine getirmemesidir. Evrensel nitelikte olan bu temel işlevler:[42] **Cinsel gereksinmelerin karşılanması, ekonomik işbirliğinin sağlanması, üreme-çoğalma ortamının yaratılması, çocuk bakımı ve eğitimi yani çocuğun sosyalleşmesi vb.**dir. Bu tür işlevlerin bozulması, yerine getirilememesi, cinsiyet ayrımı ve erkek egemenliğine dayanan geleneksel toplumlarda en çok boşanan kadını olumsuz yönde etkilemektedir. Her şeyden önce kadın, erkeğe göre sosyal konumunu ve özgürlüğünü kaybeder; boşanan erkek ise tüm toplumsal konumunu korur, yeniden bekâr oluverir. Boşanan kadın, her zaman ve her yerde toplumun denetiminde yaşamak zorundadır.

42 Bk. Aygen Erdentuğ (Aktaran), ***Çeşitli İnsan Topluluklarında Aile***, Antropoloji, Sayı 12(1980-1985),s.177, Ankara-1985[George P.Mordock, Social Structure(New York: The Macmillan Company, s.1,194

Tablo 8: Görüşülenlerin Kocasından Boşanması Durumunda Gidecekleri Yer/Mekân

		Sayı (N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	Çocuklarımın yanına giderim	**74**	**7,4**	**8,3**	**8,3**
	Ev tutar, yalnız yaşarım.	**126**	**12,6**	**14,2**	**22,5**
	Sığınma evine giderim	**6**	**,6**	**,7**	**23,2**
	Evimde otururum	**116**	**11,6**	**13,1**	**36,3**
	Babamın/Annemin evine giderim	**406**	**40,6**	**45,7**	**82,0**
	Hiçbir yere gitmem	**79**	**7,9**	**8,9**	**90,9**
	Evlenirim	**7**	**,7**	**,8**	**91,7**
	Bilmiyorum/ Bir yol bulurum herhalde	**19**	**1,9**	**2,1**	**93,8**
	Çalışır ve ayaklarımın üstünde dururum	**29**	**2,9**	**3,3**	**97,1**
	Erkek kardeşimin/ Akrabalarımın yanına giderim.	**25**	**2,5**	**2,8**	**99,9**
	Görümceme giderim	**1**	**,1**	**,1**	**100,0**
	Toplam	**888**	**88,8**	**100,0**	
	Yanıtsız	**112**	**11,2**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

a) Boşanma Durumunda Gidilecek / Sığınılacak Yerler

İşte bu noktada, ister boşanmış, isterse boşanmamış olsun tüm deneklere "Kocanız sizi boşarsa nereye gidersiniz?" açık uçlu soru yöneltilmiş ve boşandıktan sonraki yaşam alanları belirlenmeye çalışılmıştır. Verilen yanıtların dağılım tablo 8'de görülmektedir. Yüzdelik sırasına konulduğunda şu sıralama yapılabilir:

- Babamın, annemin evine giderim(%45,7)
- Evimde otururum, hiçbir yere gitmem(% 22,0)
- Ev tutar, yalnız yaşarım(%14,2)
- Çocuklarımın yanına giderim(% 8,3)
- Çalışır, ayaklarımın üstünde dururum(3,3)
- Erkek kardeşimin/ Akrabalarımın yanına giderim(%2,8)
- Bilmiyorum/ Bir yol bulurum herhalde(%2.1)
- Evlenirim(% 0.8)
- Sığınma evine giderim(% 0.7)

Boşanmaları durumunda evli kadınların yaşamlarını sürdürmek istedikleri mekânlar konusundaki eğilimleri bize, Türk toplumunda en dayanılacak/güvenilecek kurumun aile

ve akrabalık sitemi olduğunu ortaya koymaktadır. "Arkamda kapı gibi ailem var," deyişi de bu yargımızı desteklemektedir. Yine "Evimde otururum, hiçbir yere gitmem", "Ev tutar, yalnız yaşarım", "Çalışır, ayaklarımın üstünde dururum" gibi yanıtlar da Türk toplumunda evli kadınların boşanmaları durumunda ailelerinin yardımına gerek duymaksızın kendi ayaklarının üstünde durma isteğidir. Önceden beri yaptığımız bu tür araştırmalarda da kadınlarımız, aile ve koca bağımlılığından kurtulup ekonomik özgürlüklerini kazanmak ve kendilerine yetebilme becerisine sahip olma isteği ve beklentisi içinde yaşadıklarını sıkça dile getirmişlerdir. Dolayısıyla kadının kendi ayakları üzerinde durma istek ve beklentisi, modernleşen ve değişen toplum yapısının kadınlar üzerindeki olumlu etkisidir.

Tablo 9: Boşanmış/Eşinden Ayrılmış Bir Kadına İyi Gözle Bakılıp Bakılmaması

		Sayı (N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	Evet, bakılır	**520**	**52,0**	**53,9**	**53,9**
	Hayır, bakılmaz	**444**	**44,4**	**46,1**	**100,0**
	Total	**964**	**96,4**	**100,0**	
	Yanıtsız	**36**	**3,6**		
Toplam		**1000**	**100,0**		

b) Boşanmış Bir Kadına Toplumun Bakış Açısı ve Değer Yargıları

Boşanmanın bir başka ve önemli bir sonucu olarak da boşanmış kadına toplumun bakış açısı, yine onların dilinden öğrenilmeye çalışılmıştır. Bunun içinde, "Boşanmış ya da eşinden ayrılmış bir kadına çevrenizde iyi gözle bakılır mı?" sorusu yöneltilmiştir. Verilen yanıtlar da yüzde 53,9'unun "Evet, bakılır" yanıtı, boşanmış kadınlar lehine toplumuzda bu konuda hızlı bir değişmenin olduğunun göstergesidir. Ne var ki deneklerin yüzde 46,1'nin "Hayır, bakılmaz" yanıtı ve soruyu yanıtsız bırakanların (%3.6) olumsuz düşünecekleri varsayılırsa, boşanmanın kadınlara daha çok zarar vereceği ve boşanan erkeklere oranla özgürlüklerinin kısıtlanacağı söylenebilir (Tablo 9).

Bu sorumuza, yani boşanmış kadınlara iyi gözle bakılıp bakılmadığını anlamaya yönelik soruya "hayır" yanıtı verenlerin ileri sürdükleri nedenleri de tablo 10'da görmekteyiz.

Tablo 10: Boşanmış/Eşinden Ayrılmış Kadına Kötü Gözle Bakma Nedenleri

		Sayı(N)	Yüzde %	Geçerli Yüzde %	Birikimli Yüzde %
Değer	Kocasıyla geçinemedi/geçimli bir kadın değil	**38**	**3,8**	**9,5**	**9,5**
	Dedikodu olur, sahip çıkan olmaz.	**27**	**2,7**	**6,7**	**16,2**
	Ayağı dışarı derler	**7**	**,7**	**1,7**	**17,9**
	Suçu olmasa da kadın suçlanır.	**59**	**5,9**	**14,7**	**32,6**
	Dul olduğundan davranışları yanlış anlaşılır	**29**	**2,9**	**7,2**	**39,8**
	Özgür davranamaz, her davranışı hata olur.	**9**	**,9**	**2,2**	**42,0**
	Çevrenin baskısı böyle, herkes kötü gözle bakar.	**52**	**5,2**	**12,9**	**55,0**
	Toplumsal Baskı / Ayıp olduğu için	**33**	**3,3**	**8,2**	**63,2**
	Sahipsiz bir kişi olarak görülür	**18**	**1,8**	**4,5**	**67,7**
	Erkek hâkimiyeti olduğu için kadına söz hakkı verilmez	**8**	**,8**	**2,0**	**69,7**
	Kadınlar suçlu görüldüğü için	**19**	**1,9**	**4,7**	**74,4**
	Gelenek/Görenek	**23**	**2,3**	**5,7**	**80,1**
	Gözü dışarıda/Eşinden şikâyetçi	**2**	**,2**	**,5**	**80,6**
	İyi olsaydı kocasından boşanmazdı	**24**	**2,4**	**6,0**	**86,6**
	Tek başına /korumasız olduğu için güvende değildir..	**11**	**1,1**	**2,7**	**89,3**
	Dul kadın pek sevilmez	**6**	**,6**	**1,5**	**90,8**
	Cehalet/eğitimsizlik	**8**	**,8**	**2,0**	**92,8**
	Kocasız olduğu için lafı çabuk çıkar	**3**	**,3**	**,7**	**93,5**
	Kadına kötü gözle bakılır/ erkekler faydalanmak ister	**16**	**1,6**	**4,0**	**97,5**
	Türk toplumu buna hazır değil!	**3**	**,3**	**,7**	**98,3**
	Toplum gelişmemiş/geri kalmış insanlar	**6**	**,6**	**1,5**	**99,8**
	Yuvasını yıktığı için..	**1**	**,1**	**,2**	**100,0**
	Toplam	**402**	**40,2**	**100,0**	
	Yanıtsız	**598**	**59,8**		
Genel Toplam		**1000**	**100,0**		

Buna göre, boşanmış kadınla ilgili çevresel, toplumsal yargılar, söylentiler ve algılamalar önem sırasına göre şöyledir:

- **Suçu olmasa da kadın suçlanır (% 14.7)**
- **Çevrenin baskısı böyle, herkes kötü gözle bakar (%12.9)**

- **Kocasıyla geçinemedi, geçimli bir kadın değil (%9.5)**
- **Toplumsal baskı, ayıp olduğu için (%8.2)**
- **Dul olduğundan davranışları yanlış anlaşılır (%7.2)**
- Dedikodu olur, sahip çıkan olmaz(%6.7)
- İyi olsaydı kocasından boşanmazdı (%6.0)
- Gelenek/Görenek 8%5.7)
- Kadınlar suçlu görüldüğü için (%4.7)
- Sahipsiz bir kişi olarak görülür (%4.5)
- **Kadına kötü gözle bakılır/ erkekler faydalanmak ister(%4.0)**
- Tek başına /korumasız olduğu için güvende değildir.(%2.7)
- **Özgür davranamaz, her davranışı hata olur.(%2.2)**
- **Cehalet/eğitimsizlik(%2.0)**
- **Ayağı dışarı derler (%1.7)**
- **Dul kadın pek sevilmez (%1.5)**
- **Toplum gelişmemiş/geri kalmış insanlar** (%1.5)

Halk arasında çok yaygın olan ve bugüne dek üzerinde hiç durulmamış olan bu tür ön yangıları, olumsuz bakışları çoğaltabiliriz. Ancak bunlar bile, haklı nedenlerle de olsa boşanan kadının toplum nazarında suçlu bir birey olacağını ve tüm davranışlarının denetleneceğini göstermektedir. Geleneksel toplumun kadına ilişkin normatif, özellikle de dinsel değerleri, kadına boşanma özgürlüğünü, erkekle eşit düzeyde tanımamaktadır. Geleneksel ideolojilere göre "ailenin çöküşü" olarak nitelenen boşanma olayında kadın her zaman haksız konumdadır. Boşansa bile, her an eski kocasının, ailesinin denetimi ve toplumun baskısı altında kapalı bir yaşam sürmek zorundadır. Bunun aksine davrananlar, ülkemizde giderek artan ve çözüm getirilemeyen kadına yönelik şiddet, baskı, namus ve töre cinayetlerine maruz kalmaktadırlar.

Sonuç

Geniş kapsamlı bir araştırmanın yalnızca "evlilik, aile ve boşanma" gibi üç temel sorusuna, örneklemi oluşturan evli kadınların kendi bakış açıları ya da kendi anlam ve değer yargılarına göre verdikleri yanıtlar burada yorumlanmıştır. Yukarıda söylenenleri, algılama biçimlerini, tanımlamaları yinelemekten öte vurgulamak istediğimiz önemli noktaları şöyle özetleyebiliriz:

- Aile, gelişen, değişen bir kurum ya da grup olarak geleneksel anlamını korumakta

ve "toplumun temeli" olarak varlığını ve işlevlerini sürdürmektedir.

- Aile, toplumun temeli olmanın ötesinde, onun en karmaşık ve anlaşılması zor sorunları olan bir ilişkiler düzenine sahiptir.
- Ailenin içyapısını oluşturan bu ilişkiler düzeni, tıpkı jeolojik katmanlar gibi birbiri üzerine yığılmış çok katmanlıdır. Sosyal yapıyı oluşturan hiçbir kurumda böylesine bir katmanlaşma, yoğun ilişkiler, duygu, çatışma ve direnişler bu denli sıkı değildir.
- Aile yapısını oluşturan bu kurumsal ve grupsal ilişkileri anlamak istiyorsak, ailenin içinin açılması gerekmektedir. Bu işlemi, aileye baskı yapmadan, bilimsel ve demokratik ölçütlere göre yapmadığımız sürece aile içinde ve çevresinde oluşan sorunları çözemeyiz.
- Ailenin kurulmasında birincil koşul olan ve deneklerce farklı biçimlerde algılanıp tanımlanan evlilik olayında, toplumsal normlara, bireysel tercihlere ve aile çevresine çok dikkat edilmelidir.
- Ailenin parçalanması, evlilik sözleşmesinin (nikâhın) sona ermesi anlamına gelen boşanma olayı, nedenleri ve sonuçları bakımından çok önemli ve üzerinde dikkatle durulması gereken bir sorundur.
- Bu sorunun çözümünde, dogmatik nitelikli dinsel (teolojik) söylemler yerine evrensel nitelikli hukuksal kurallar uygulanmalıdır.
- Boşanmış kadınların, özgürlüklerini ve toplumsal davranışlarını engelleyen "dul kadın" imajının toplumdan silinmesi ve olumsuz bakışların değiştirilmesi için gereken uygulamalar yapılmalıdır.
- Nasıl ki evlenme toplumsal bir gereksinme, uygar bir davranış ise, boşanma da bireyin demokratik ve yasal bir hakkıdır. Bu haktan ve özgürlükten, çocukların, akrabaların, sosyal çevrenin yararlarına aykırıdır diye, boşanmanın aleyhinde bulunmak, kadına kötü gözle bakmak, onu değersizleştirmek, insan hakları, yasalar ve fırsat eşitliği açılarından bağnaz, tutucu davranışlardır.
- Tüm bunların anlaşılması, yanlış algılamaların, değer yargılarının önlenmesi için de "Aile Sosyolojisi" adı altında bir dersin, örgün ve yaygın eğitim-öğretim kurumlarında zorunlu hale getirilmesi gerekir.
- Bunları yapmadığımız, "erkek iktidarı" anlamına gelen ve kadının egemenliğinin değil, aynı zamanda cinselliğinin, bedeninin ve doğurganlığının denetlendiği, özgürlüklerinin kısıtlandığı feodalite kalıntısı bir siyasal ideolojiden vaz geçmediğimiz sürece; bireysel anlamda suç işleyenin cezasını artırmak, kadını adresi ve kimliği olmayan **"sığınma evleri**" ne hapsedip toplum dışına itmekle aile ve kadın sorunlarına çözüm üretemeyiz.

KAYNAKLAR

- *Balaman***,** *Rıza, **Evlilik Akrabalık Türleri,** Sosyal Antropolojik Yaklaşımla, Birinci Basım, İzmir-1982*
- *Cin, Halil, **Eski Hukukumuzda Boşanma,** Selçuk Üniversitesi Yayınları, 2. Basım, Konya -1998*
- *Çakır, Sabri, **Üretimden Tüketime İnsan-Kültür ve Toplum Yazıları,** Fakülte Kitabevi, 2.Baskı, Isparta-2011*
- *Connel, R.W, **Toplumsal Cinsiyet ve İktidar**, Ayrıntı Yayınları, Birinci Basım, İstanbul-1998*
- *Dewey, John, **Demokrasi ve Eğitim,** Başarı Yayımcılık, İstanbul-1996*
- *Erdentuğ, Aygen, **Çeşitli İnsan Topluluklarında Aile**, Antropoloji, Sayı 12(1980-1985), Ankara-1985*
- *Maden, Ahmet, **Evlenme ve Evlenme Şekilleri,** Türk Aile Ansk., Aile Araştırma Kurumu, Ankara-1991*
- *Malinowski, B, **İlkel Toplumlarda Cinsellik ve Baskı,** Kabalcı Yayınları: 1, İstanbul-1989*
- *Ögel, Bahaeddin, **Türk Toplumunun Gelişme Çağları,** Kömen Yayınları 4, 2,Baskı, Ankara-1979*
- *Örnek, Sedat Veyis, **Anadolu Folklorunda Ölüm**, A.Ü. Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Yayınları 218, Ankara-1971*
- *Örnek, Sedat Veyis* **Etnoloji Sözlüğü**, *AÜ Dil ve Tarih_Coğrafya Fakültesi Yayınları, Ankara-1971*
- *Reed, Evelyn, **Kadının Evrimi, Anaerkil Klandan Ataerkil Aile'ye,** Payel Yayınevi, İstanbul-1983*
- *Robertson, Ian, **Sociology**, Worth Publishers, Inc**,** New York-1980*
- *Saran, Nephan, **Antropoloji,** İnkılap Kitabevi, İstanbul-1993*
- *Tezcan, Mahmut, **Türk Ailesi Antropolojisi,** İmge Kitabevi Yayınları, Ankara-2000*
- *Tezcan, Mahmut, **Eğitim Sosyolojisi,** Zirve Ofset, Ankara-1994*

HOMO COMMODITUS[1]
"Sahip Olmak, Genetik Metalar ve Fikri Mülkiyet"

Muzaffer DÜLGER[2]

"Önce aş, sonra ahlak"[3]

Bertolt Brecht

Giriş

DNA'nın keşfinin ve bilimsel olarak kalıtımsal öğeliğinin tanıtlanmasının 50. Yıl dönümüne denk düşen bir tarihte, 2003 yılında tamamlanan İnsan Genom Projesi (İGP) bilim tarihinin en önemli olaylarından biri, biyoloji biliminin yönetim bilimini öğrenme ve yaşamın mekanizmaları ile yasalarını ortaya çıkarma yönündeki ilk denemesidir[4]. *"Biyoteknoloji Çağı"* olarak da isimlendirilen yeni bir çağa adım atmadaki en önemli geçiş noktası olarak da telakki edilebilecek bu devrim niteliğindeki gelişme, bilim tarihindeki öneminin yanında, başta sosyal, politik, ekonomik ve dolayısıyla hukuki alanlar olmak üzere pek çok alanda köklü değişimlerin de tetikleyicisi olmuştur.

İnsan genomunun[5*] açıklığa kavuşturulması ve bu itibarla ortaya çıkarılan doğal genetik materyaller, genetik mühendislik ürünü materyaller, genetik tedavi yöntemleri, SNP'ler[6**] özellikle sağlık sektöründe önemli birer ekonomik değer oluşturmuştur. Bu yönde yaşanan gelişmeler, söz konusu değerleri sahiplenme çatışmalarını ortaya çıkarmasının yanı sıra bu değerlerin insan kaynaklı olması, insanı odak alan bir *metalaştırma* problemini de tartışma

---

1 Bu çalışma, 29 Kasım 2012 tarihinde, '**VI. Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu**'nda "*Fikri Mülkiyette Güncel Bir Tartışma: Teorik ve Etik Boyutlarıyla Genetik Materyallerin Patentlenmesi*" başlığı ile sunulmuştur. Bu makale, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası'na gönderilmiş ve hakem onayından geçmiş bulunan esas makalenin tekrar elden geçirilmiş, yer yer nitelikli olmayan kısaltmalar yapılmış halidir.

2 Araş. Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı

3 Bertolt Brecht, *"What Keeps Mankind Alive?"* **The Threepenny Opera**, Act 2, sc. 6.

4 Ernest Peter Fischer, **Genler ve Genom**, (Çev: Barış Konukman), İnkılap Yay. 2005, İstanbulsf.28

5 Genom; bir canlının genetik materyalinin, yani genlerinin tamamını ifade eder.

6 SNP (*Single Nucleotide Polymorphism*): Genom Projesi ile insanın gen haritasının çizilmesinin yanında, insanlar arasında çeşitlilik gösteren DNA bölgelerini belirten SNP adı verilen haritalar da oluşturulmuştur. Bunların oluşturulmasının faydası, genetik farklılığa dayalı olarak ilaç kullanımını belirleyecek olması, aynı zamanda insan genom haritasının kullanılmasını basitleştireceğinin düşünülmesidir. Önemli olan, bu SNP'lerin kendi başlarına patente konu olabilme potansiyelleridir. Bu yüzden 1999'da Bayer, Novartis gibi dünya devi 10 ilaç şirketi İngiliz *Wellcome Trust* vakfı ile bir konsorsiyum oluşturmuşlardır. Amaç, bulunan tüm SNP'lerin patentlenmesi ve yayınlanmasıdır. *Bkz.* Begüm Akman & Taner Tuncer, **Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi**, ODTÜ yay. 2009, Ankara, sf. 40,41 ve 95.

sahasına duhul ettirmiştir.

Tarihsel bakıldığında, günceldeki insanın ticari bir obje olarak ortaya çık(arıl)masının evvelinde, insan dışındaki canlı organizmalar üzerinde bir takım ticari hakların tesis edilme koşullarının sağlanabildiği gözükmektedir. Bunlar, yüksek ekonomik değerleri nedeniyle dünya politikasında sürekli bir tartışma ve uğraş konusu olmuş, dolayısıyla birçok yerel ve uluslararası hukuki düzenlemelerin yapılmasına da gereklilik oluşturmuştur. Paylaşıma müsait fakat henüz bir çitleme yapılamamış birçok ekonomik değer sahasında olduğu gibi, paylaşım koşulları sağlanana kadar, öncelikle koşullu bir *ortaklık* alanı oluşturulma imkanları sınanmış ve bu "İnsanlığın Ortak Mirası" (İOM) söylemleri ile yahut ortak veri tabanları vasıtasıyla bilgi paylaşımı sistemleri ile bir somutluk kazanmıştır. İlerleyen süreçte ise, her daim akıbeti sallantıda olan bu ortaklık düşüncelerinin yerini, İOM statüsünden çıkarılmaların, yerli haklarının, ülkesel egemenlik söylemlerinin ve fikri mülkiyet sahasının aldığı görünmektedir[7].

Meselenin ilginç yanı, vardığı noktalardan birinin metalaşma olmasıdır ve bunun, hukuk dogmatiğinin reddettiği biçimde, insani varlıkları da içerisine alanı kapsam içerisine almasıdır. Aslında gerek günümüz için gerekse insanlık tarihine bakıldığında, insanın metalaşma alanına dahil olup olmadığı sorunu pek de şaşkınlığa düşülecek örnekler sunmaz. Kölelik kurumundan, fuhuş ve pornografi sektörüne, kişilerin vücutlarını yahut belirli vücut parçalarını sigortalamasından, yasadışı organ ve doku ticaretine kadar pek çok sorun bu meseleyi tartışılır kılmaktadır. Soruna insan-emek yahut parça-bütün ilişkisi çerçevesinde açıklamalar üretmek ise kendi başlarına problemlidir ve bir şeyin ardındaki manaya vakıf olabilmek için o şeyin parçalarına mı odaklanmanın yoksa çatışma alanına bütünsel olarak mı bakmanın nirengi alınacağı yahut bizi seyirci koltuğuna oturtacağının cevabı çok çeşitli yollardan aranabilir. Bu çalışmada söz konusu sorunsala insani genetik ürünlerin patentlenmesi meselesi üzerinden ve fikri hukuk teorisi içerisinden bakılmaya çalışılmıştır. Bu ilgi çekici sorun ayrıca bazı önemli meselelerin de tartışılır konuma getirilmesine olanak sağlamakta, öncelikle fikri mülkiyete hem piyasa paradigmasında hem de genel olarak mülkiyet teorisi içerisinde belirginlik getirmekte ve bir kimlik kazandırmaktadır. Makalede fikri mülkiyetin bu konumundan şekillenen ve yine bu yapısını şekillendiren liberteryen eğilimler ile bunlara Marksist çizgiden bazı yazarlarca getirilen bir takım eleştiriler genel hatlarıyla zikredilmeye çalışılmıştır. Ayrıca hem meta üretimi-fikri mülkiyet ilişkisi betimlenmeye, hem de bunun üzerinden fikri mülkiyetin genel olarak mülkiyet düşüncesi içerisinde farklı ve yalın bir yoldan konumlandırılmasına girişilmiştir. Genetik ürünlerin patentlenmesi, mülkiyet alanının insani varlıkların bilgisini de içerisine alacak bir biçimde genişletmiş olması sebebiyle genel olarak yukarıdaki sorunu algılanabilir bir konuma getirmiştir. Soruna ahlak üzerinden yaklaşan pek çok çalışma söz konusudur. Ancak burada tercih edilen ilk hareket noktası ahlak değildir. Bunun sebebi sonuç bölümünde açıklanmıştır. Bu bağlam üzerinden meselenin irdelendiğinin belirteci olarak da *"metalaştıran" ve kendisini de bu metalaşma süreci* içerisinde bulan *insan* manasını ifade etme arzusundan doğan fiktif bir tabir olarak *"Homo Commoditus"* kullanılmıştır.

7 Fikri hukuk alanında pek çok ülke mevzuatında önceleri bitki ve hayvan türlerine veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki ve hayvan türlerinin yetiştirilmesi usullerinin patentlenemeyeceği yazılı olmakla birlikte, bitki ve hayvan canlı organizmaları (mikroorganizmalar hariç) ile insan vücudunun yer aldığı "patentlenemez alan"a bakış açısı zamanla, bilimsel ilerleme ile paralel olarak değişmeye başlamıştır. *Bkz.* Ünal Tekinalp, **Fikri Mülkiyet Hukuku**, Arıkan yay. 2005, İstanbul, sf. 737-38 ; Ayrıca *bkz.* Zeynep Kıvılcım, **Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası**, XII Levha yay., 2011, İstanbul, *passim*.

Makalede yer alan temel sav, nihai olarak mevcut fikri mülkiyet kurumlarının, genel olarak mülkiyet düşüncesinin epistemolojik bir tahlilini olanaklı kıldığı noktasına *varır* ve bu noktaya, bizi o noktaya götüren hukuksal gelişmelerin açıklanmasının ardından *"Mülkiyetin Epistemolojik Bir Görünümü"* başlıklı bölümde değinilecektir. Bu itibarla ileri sürülecek olan şudur: süregelmiş mülkiyet düşüncesinin kapsam alanı fikri mülkiyet kurumları vasıtasıyla genişlemiştir ve genişlemektedir. Bu gidişatın gösterdiği, klasik mülkiyet düşüncesince kabul görmeyegelen insan kaynaklı varlıklar alanının da (farklı bir formda, yani bir fikir olarak da olsa) bu kapsama alanına girmiş bulunduğudur[8]. Bu yolla iktisadi alana meta akışı devam etmektedir. Bunun emarelerinden bir tanesi de, makalenin üzerine kurulmuş bulunduğu tartışma konumuz olan, insan kaynaklı genetik çıktıların üzerinde tesis edilmiş patent haklarıdır.

1. 'Kutsal Kase'nin Ele Geçirilmesi

Meselenin mesele olmasını anlayabilmek için meselenin geçmişine dönük bir bakışa çoğunlukla ihtiyaç duyulur. Bu itibarla, konumuz açısından insanoğlunun genetik bilgisinin edinilmesinden kısaca söz etmekte fayda vardır. İnsan genomunun ortaya çıkarılması çalışmalarına 1990 yılında başlanmıştır. 15 yılda bitirilmesi planlanan proje, teknolojik gelişmelerin yanı sıra araştırma çalışmaları sürecinde yaşanan rekabet dolayısıyla tahmin edilenden daha erken bir tarihte, 2003 yılında %99,99 doğruluk oranı ile sonuçlandırılmıştır[9].

Proje sürecindeki gelişmelerin seyri gelecekteki tartışmaları önceden bildirir mahiyettedir. Genetik araştırmalara finansal kaynakların bulunabilmesinin ardından 1988'de *Ulusal İnsan Genomu Araştırma Merkezi* (NCHGR) kurulmuştur. Proje yürütücülerinden Craig Venter, projeden ayrılarak, 1992 yılında özel bir girişim olan "*The Institute Of Genomic Research*"ü (TIGR) kurarak araştırma sürecinde bir rakip olarak ortaya çıkmıştır. Venter genetik bilgilerin –örneğin kanser araştırması yapan enstitülere ya da yeni ilaçlar üretmek için yeni dayanak noktaları arayan eczacılık endüstrisine– satılabileceği düşüncesindeydi.

8 Hukuk uygulamaları da yukarıda açıklanan düşünce paralelinde ortaya çıkmıştır. Örneğin, Türk Medeni Kanunu md. 23'e göre "Yazılı rıza üzerine insan kökenli biyolojik maddelerin alınması, aşılanması ve nakli mümkündür." Bu işlemler başkalarına sağlık kazandırma amacı gibi yüksek bir amaç ile yapıldıklarında kanuna uygun telakki edilir. Buradaki sınır, yukarıdaki paragraf ile benzer şekilde, kişinin topluma ve ailesine karşı borçlarını yerine getirmesini zorlaştırıcı doğal bir yapı değişikliği veya eksikliği yaratmamasıdır. Bu kriter, bilime katkıda bulunma amacı için de geçerlidir. Bu noktada parasal amaçlar kabul görmez ve bu saikle vücut parçalarının tedavüle çıkarılması ahlaka ve adaba aykırı sayılır. Bu normlara aykırılık kişilik haklarının ihlali anlamına gelir. Yani kabul gören (klasik) anlayışa göre, mülkiyet hakkının alanı kişilik hakları sınırında son bulur. *Bkz.* Aytekin Ataay, "*Vücut (Beden) ve Ceset Üzerinde Hak"*, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, C:20, 1996, İstanbul, ss.25-29, sf. 27.

9 Akman &Tuncer, **Yaşamın Şifresi**, sf.101

Bunun için çalışanlarının dizinlediği gen ve gen parçalarını patentlemenin yollarını aramaktaydı[10]. NCHGR'nin başkanlığını yürüten Francis Collins'e göre ise elde edilen bilimsel verilerin böyle ticari amaçlara alet edilmesi korkunç bir şeydi. Collins ve yaklaş şık 50 bilim adamı bu sebepten ötürü 1996'da Bermuda'da bir araya gelmiştir. Venter'in itirazlarına rağmen yapılan görüşmede çoğunluk *Bermuda Prensipleri*'ni kabul etmiş, bu vesileyle uluslararası bir konsorsiyum oluşturulmuştur. Kabul edilen bu prensiplerin en önemli noktası, 1000 baz çiftinden uzun gen parçaları dizinlemeden itibaren 24 saat içinde kamuya açık genel bir veri bankası olan *GenBank* veri tabanına yüklenmek zorunluluğuydu. Bundaki amacı, araştırma ve geliştirme (Ar-Ge) çalışmalarını cesaretlendirme ve patentlemenin önüne geçilebilmesi idi. Japon ve Avrupa ülkelerinden araştırmacıların de katılımıyla Uluslararası bir konsorsiyum halini alan İGP projesine karşı Venter 1998'de yeni şirketi *Celera*'yı kurmuştur. Bu tarihten sonra ise rekabetin ve teknolojik imkanların –özellikle de gen sekanslama işlemi için elzem olan bilgisayar teknolojisinin– artması neticesinde araştırmalar büyük bir ivme kazanmış, 2005'te planlanan proje sonuçlandırılma 2003'te –13. yılda– gerçekleşmiştir. Proje nihayete vardığında ise, A.B.D. Başkanı Clinton iki rakibi barıştırmış, elde edilen neticeler kamuoyu ile paylaşılmış ve uzun süredir devam eden kavgalar –dönemin medyasında lanse edildiği biçimde– kutsal kasenin ya da yaşamın kaynağının barış ortamında ele geçirilmesi ile neticeye varmıştır. Sıra kase içindekinin içilmesine ve kimin ne kadar içeceğine gelmiştir.

Proje sonucu elde edilen bilimsel veriler, hastalıkların kökeninin tespit edilebilmesi, suç araştırmasında genetik verilerin daha kolay kullanılabilmesi gibi pek çok fayda getirmiştir. Ancak insanın kendi özü ile ilgili bu bilgileri öğrenmesi yaşam biçimlerine yönelik birçok probleme de kapı aralamıştır. İş hayatında genetik ayrımcılık, sigorta şirketlerinin genetik bilgileri kendi lehlerine kullanabilme ihtimalleri, genlerin, genetik ürünlerin ve testlerin patentlenebilmesinin bilimsel çalışmalara darbe vurmasının yanında bunun insan onuruna aykırılığı yahut sağlığı iyiden iyiye ticarileştirdiği yönünde ortaya çıkardığı tartışmalar bunlardan sadece bazılarıdır[11]. Proje sürecinde ileriye dönük olarak farkına varılan sosyal, etik ve hukuki etkilerin belirlenmesi için NCHGR ve Bakanlık, ELSI denilen ortak bir çalışma grubu oluşturmuştur.

2. İnsan Geninin Hukuksal Statüsü

Mesele, ilk bakışta insanın objeleş(tiril)mesi söylemini içermesi itibariyle gayet ciddi gözükmektedir. Ahlak ve din[12] üzerinden soruna yönelimler genel olarak itirazlarını insan

10 Fischer, **Genler ve Genom**, sf.31

11 Bu sorunlar ile ilgili olarak detaylı bilgi için *bkz* Sevtap Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, On İki Levha Yay.,2009, İstanbul, sf. 234 vd.

12 Genetik unsurların patentlenmesi sorununa ahlaki ve dini itirazlar gelmiştir. Örneğin 1995'te toplanan dinler arası bir koalisyon hayvanların ve insanların genleri, organları, doku ve organizmaları üzerinde patent kurulmasına itiraz etmiştir. Bu itiraza göre, söz konusu olan canlılığın, yaşamın patentlenmesidir ve *yaşam* aynı anda hem Tanrı'nın yaratımı, hem de insan yaratımı olarak değerlendirilemez.*Bkz.* James Boyle, "*Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us"*, **Ethics, Computing and Genomics** (Ed. Herman T. Tawani), Jones and Bartlett Publishers, 2006, Sandbury- Massachusetts, sf. 258 (dn.7).

onuru, insanın araçsallaştırılamayacağı[13] ve insani kaynakların ticarete konu edilmemesi gerektiği yönündedir. Ancak bu makalede daha önce de dile getirildiği üzere, etik boyuttan değil fikri mülkiyet düşüncesi üzerinden bir açıklama yapılmaya çalışılacaktır. Bunun için ise öncelikle insani bir varlık olarak insan genomunun hukuksal alanda konumlandırılması gelişmelerinden kısaca söz etmekte fayda vardır.

Hukuki ve politik gelişmeler, insan genomunun İnsanlığın Ortak Mirası statüsünden patentlenebilir bir alana doğru gelgitli bir konumda bulunduğunun resmini çizer. Peki insan geninin yahut bütün olarak insan genomunun hukuki statüsü nedir? Ülkesel egemenlik hakkına bağlanan bir devlet sermayesi midir? Özel mülkiyete konu edilemeyecek insanlığın –ortak yahut değil– bir mirası mıdır? Yoksa mahiyeti itibariyle fikri-sınai hukuk alanına dahil edilebilecek patentlenebilir bir *buluş* mudur?

İlkin kısaca, İnsanlığın Ortak Mirası açısından konuyu ele alalım. 11 Kasım 1997 tarihinde kabul edilen ***UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirisi***'nin ilk maddesinde göre;

> *"Madde 1- İnsan genomu insanlık ailesinin tüm üyelerinin temel birimini ve aynı zamanda onların varlığına yerleşik insan onuru/(haysiyeti) ve insan çeşitliliğinin tanınmasını vurgular. Sembolik anlamda insan genomu insanlığın mirasıdır."*[14]

Bildirinin son cümlesi önemlidir. Bilindiği üzere, Uluslararası hukukta –uzay, ay, genetik, denizaltı gibi– henüz yeni gelişen ve keşfedilen, uzak, erişilmesi güç yahut paylaşımı üzerinde henüz anlaşma sağlanılmamış alanlarda *"İnsanlığın Ortak Mirası"* adı altında

13 David Resnik, insana ticari bir obje olarak yaklaşılmasını Kant'ın insana *"kendinde gaye"* olarak yaklaşımı çerçevesinde değerlendirmiştir. Organ nakli veya satımında çokça değinilen Kantçı etik anlayışında, fahişelikten diş satımına kadar insan vücudunun bütününün ve her tür parçasının piyasada bir meta olarak yer alması kınanmaktadır. Bazı yorumculara göre ise Kantçı etik vücudun sadece ana parçalarının ticarileştirilmesine karşıdır. Organ nakli meselesine benzer mahiyette konumuzda işlenen ise yine insanın bir parçası olan minimal birimleri, DNA ve parçalarıdır. Bir DNA parçasının bir hastalığa çare olduğu bulgulandığında ve bu bilginin üzerinde patent hakkı kurulmasında fikri mülkiyetin ontolojik bir problemi olan bilgi-nesne ayrımının ne derece gözetildiği başlı başına bir soru işaretidir. Ayrıca Kantçı etikte mutlak ve mutlak olmayan görev *(perfect/ imperfect duty)* ayrımı yapılmıştır. Adam öldürmeme gibi mutlak görevler, kesinlikle aksi yönde davranılmayacak görevler olmasına rağmen, birine yardım etme gibi ihmal edilebilecek görevler de söz konusudur. Eğer esas vücut parçalarının satımı yahut ticarileştirilmesi intihar ya da kölelik gibi bir durumu ortaya çıkaracaksa mutlak görev bunun yapılmamasına yöneliktir. Eğer vücudun esas olmayan *(non-essential)* parçalarının satımı temel yeteneklerin devamı açısından hatalı ise mutlak olmayan görev de ihmale kapı aralamaz. Ancak söz konusu organların devredilmesi başka bir görevi ifa ile meşrulaştırılabilir. Resnik'e göre, bu görevler başka birinin hayatının kurtarılması yahut bilimsel bir sürece katkı olabilir. *Bkz.* David B. Resnik, **Owning The Genome: A Moral Analysis Of DNA Patenting**, State University Of New York Press, 2004, New York, sf.94-103.

14 Bildirinin diğer maddelerinde de insan genomu ve insani varlıkların ticarileştirilmesi ile alakalı önemli veriler bulunmaktadır. Örneğin md.4 hükmü, "İnsan genomu doğal durumunda mali/(ticari) kazanç aracı yapılamaz." ifadesiyle genetik çalışmaların mali kazanç dürtüsüyle istismar edilmesine karşı bir önlem ana kuralı öngörmüştür. Ayrıca aynı bildirinin 10. maddesi hükmü de şu şekildedir: "Özellikle *biyoloji, genetik ve tıp alanlarında olmak üzere, insan genomuna ilişkin hiçbir araştırma yahut araştırma uygulanması, bireylerin yahut uygulanabilir olan hallerde de insan gruplarının insan haklarına, temel özgürlüklerine ve insan onuruna/(haysiyetine) saygı gösterilmesinin önüne geçmeyecektir." Bkz.* Mehmet Semih Gemalmaz, **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, Legal Yay. 2007, İstanbul, sf. 935-36.

bir sınıflandırma geliştirilmiştir. Bildiride ise insan genomu için *"İnsanlığın Mirası"* tabiri kullanılmış, *"Ortak"* teriminin kullanılmasından ise kaçınılmıştır. Bunun sebebi, kişilerin bireysel genetik mirası ile insan soyunun mirası arasında gerilim yaratmamaktır. *"Sembolik anlamda"* lafzının kullanılması nedeni olarak ise ortak bir sahiplenmeye konu olamayacağının vurgulaması olarak açıklanmıştır[15].

Ancak İnsanlığın Mirası özelliğinin İnsan Genomu üzerinde fikri hakların kurulmasını engellemediğini söylememiz gerekir. *UNESCO Uluslararası Biyoetik Komitesi*'nin görüşü ve İnsan Genomu Bildirgesi Hükümet Uzmanları Komitesi Nihai Raporu'na eklenen açıklama notu bu doğrultudadır[16].Ayrıca Bildirge'nin giriş bölümü de aynı paralelliktedir. Uluslararası fikri mülkiyet sözleşmelerine atıf ile bunların hükümlerine halel getirilmediği belirtilmiştir. Ancak hakkaniyet ve dağıtıcı adalet fikirlerinden hareketle alternatif (patente konu olan gen örneklerini veren *Donör* bireyler düzeyinde[17]) ve kümülatif (ulusal/küresel düzeyde) paylaşım problemi ortaya çıkmıştır.

İkinci olarak, ülkesel egemenlik mevzunun ve devletlerin bu ekonomik değer üzerinde ne tür bir tavır aldıklarının üzerinde kısaca durulmasında fayda vardır. İnsan-dışı genetik kaynaklar üzerinde yaşanan uluslararası sermayeye açılım gelişmeleri, benzer bir dönüşümün insani gen kaynaklarında da yaşanıp yaşanmayacağı sorununu ortaya çıkarmaktadır. Ana sorun, insan genomunun İnsanlığın Mirası olmaktan çıkarılıp bir kaynak olarak devlet egemenlik alanına girip girmeyeceğidir. Zira bazı devletler 90'lı yıllardan itibaren ulusal insani genetik kaynaklarının yönetimi için sistemler kurmaya başlamışlardır. Çin hükümeti, 1998 yılında çıkardığı yasa ile İnsan Genetik Kaynakların Yönetimi Bürosu'nu kurarak bu kaynakların izinsiz ve karşılıksız toplanması, kullanımı ve ihracatının engellenmesini amaçlamıştır. Yine Hindistan'ın küresel biyoteknoloji piyasasına ulusal ekonomik menfaatlerin korunması saikleriyle yapmış olduğu girişin belli ölçülerde korunarak ve belli ölçülerde değişerek devam ettirilmesi söz konusudur[18]. Coğrafi konumu sayesinde arı ve homojen kalmış halkların bu gelişmelerin içerisinde yer aldıkları konum ise dikkat çekicidir. Bu halklar homojen yapılarını büyük ölçüde korumuş olmaları sayesinde kendilerine has önemli genetik hazinelere sahiptirler. İzlanda ve Tonga Adaları halklarının saf dolayısıyla çok değerli olduğu ileri sürülen genetik materyalleri üzerinde devlet kurumları ile özel şirketler arasında münhasır ticari kullanım haklarının tesisi hususunda antlaşmalar yapılmış

15 Kıvılcım, a.g.e.,sf.14

16 *Bkz.* Uluslararası Biyoetik Komitesi 3. Oturum Tutanakları, Eylül 1995, Vol.1, sf. 96; UNESCO, Committee of Governmental Experts for the Finalization of a Declaretion on the Human Genome: Final Report, BIO-97/ CONF.201/9, Paris, 25 July 1997

17 ABD'nde, insan genomu üzerindeki patentlerden sağlanan faydanın genetik materyallerini vererek buluşa doğrudan katkıda bulunan Donör bireylerle bölüşümü meselesi bazı münferit davalara konu olmuştur. Moore v. California University ve Greenberg v. Miami Children's Hospital davalarında yargı mercileri genetik patente konu olan dokuların, alındığı kimselerin vücudundan ayrılmasıyla birlikte o kimselerin mülkiyetinden çıktığı yönünde kararlar üretmişlerdir. Söz konusu dokulardan elde edilen genetik materyallerin işlenmesi ile elde edilen buluşlar üzerinde araştırmacıların patent hakları ise korunmuştur. Bkz. Metin, **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, sf. 245, 246

18 *Bkz.* Rajan, a.g.e., *passim.*

ve bu gelişmeler pek çok tepkiyi de beraberinde getirmiştir[19].

Fikri mülkiyet hukukuna bakıldığında, bu alanda da ülkesel sınırların var olduğunu ve yine fikri mülkiyetin devletler için, şirketlerin dünya ekonomisindeki konumları açısından ciddi derece önem arz ettiği söylenebilir. Bununla beraber, fikri mülkiyet küreselleşme ile en paralel ilerleyen hukuk branşlarından biridir ve devletlerin kenara çekildiği, her biri birer devlet gibi hareket eden ticari oluşumların başat aktör haline geldiği ve buna koşut olarak gelişen uluslararası fikri mülkiyet kurumlarının işler olduğu küresel bir piyasanın varlığı söz konusudur. Dolayısıyla ulusal hukuki düzenlemeler veya uluslararası hukuki oluşumlara katılımlar –bugün için– devletlerin, ülke içi ekonomik koşulları (daha doğrusu yerel ekonomik aktörlerin menfaatlerini) gözeterek hareket ettikleri pratik alanı ifade eder. Peki günümüzde ekonomik değerleri azami boyutlara ulaşmış bu insani varlıkların veya bunlar üzerindeki keşif, buluş yahut tasarımların fikri mülkiyet hukuku olarak zikredilen hukuk branşı içerisindeki konumu ne olmuştur?

ABD ve Japonya gibi ülkelerde bitki, hayvan ve hatta insan genleri üzerinde patent tesisi gelişmeleri Avrupa ülkelerinden daha hızlı bir şekilde gerçekleşmiştir. ABD'de genom projesi kapsamındaki insan genlerine ilişkin ilk başvurular ise 1991 yılında yapılmıştır. Önceleri *buluş* konusunun *yeni* olmaması ve *fayda* getirmemesi sebepleri ile başvurular geri çevrilse de 1997 itibariyle *ABD Patent Ofisi* gen dizisi kısımlarına patent verilebileceği sonucuna varmıştır[20].

Avrupa Patent Sözleşmesi'nde patent verilebilme koşulları belirtilmiştir. Genel patentlenebilirlik koşulları, yenilik (*novelity*), buluş basamağı oluşturma (*intensive step*), sanayiye uygulanabilirlik (*industrial applicability*) ve ifşaya elverişlilik (*enabling disclosure*) zikredilmektedir. Bunların yanında bazı özel patentlenebilirlik şartları da sayılmıştır. Gen patentleri ile ilgili olarak Md. 53 (a) ve (b) bu tip özel şartlar arasında sayılabilir[21]. Madde 53(a)'da, *Kamu düzeni* ve *ahlaka aykırı* buluşların patent korumasından faydalanamayacağı belirtilmiştir. Md. 53(b)'ye göre, *"Bitki ve hayvan türleri veya önemli ölçüde biyolojik esaslara dayanan bitki ve hayvan yetiştirilmesi usulleri"* patent tesisine müsait değildir. Ancak *"bu hüküm, mikrobiyolojik usuller ve bu usuller yoluyla kazanılmış olan ürünlere uygulanamaz*". Sonradan eklenen (c) bendine göre ise, insan veya hayvan vücudu üzerinde denenen insan veya hayvan vücudunun tedavisine dönük cerrahi metotlar veya terapi ve tanı metotları patentlenemez, ancak bu hüküm, söz konusu metotların herhangi birinde kullanılmayan ürünler, özel olarak da madde ve derlemeler (bileşimler) için uygulanmaz. Avrupa Topluluğu'nun "Biyoteknolojik buluşların hukuken korunması hakkında" Yönergesi Madde 3 hükmüne göre ise, (1) Yeni olan, (2) bir buluş basamağı içeren, (3) sanayiye uygulanması mümkün olan buluşlar, biyolojik materyalden

19 Ayrıntılı bilgi için *bkz.* Kıvılcım, a.g.e.,sf. 149-51.

20 Tekinalp, a.g.e., sf.740

21 Gugerell, C.,"Patenting of Human Genes and Living Organisms The Current Practice of the European Patent Office", **Springer Verlag**, Berlin-Heidelberg, 1994, sf.3

oluşsalar[22*], biyolojik materyal içerseler veya biyolojik materyalin çoğaltılmasını (üretilmesini), işlenmesini yahut kullanılmasını sağlayan usul bile olsalar patent alabilirler[23]. Bunun yanında, Madde 5 ile insan vücudu ve gen dizilimi de dahil olmak üzere vücut unsurlarının basit keşfinin patentlenebilir buluşlardan sayılamayacağını belirlemiştir. Zaten basit keşifler genel olarak patente uygun olmama sebeplerinden birisidir.

Avrupa Patent Ofisi (EPO) Başkanı Benoît Battistelli 26 Kasım 2012 tarihli *"Biotechnology and Patents"* başlıklı yazısı ile EPO'nun, sanıldığının ve özellikle bazı hükümet-dışı örgütlerce şikayet edildiğinin aksine, patent başvurularında çok titiz bir inceleme yaptığını (2011 yılı patent onayı oranı %47), söz konusu olan biyoteknolojik ürünler ise bunun çok daha sert olduğunu (patent onayı oranı %27) ifade etmektedir. Buna göre, basit birer parça izolasyonu olmayıp, genetik materyalin doğal durumundan faklı baz kombinasyonlarını içeren *re-engineering* genlerin kanser tedavilerinde kullanılma usulleri üzerinde tesis edilen patentlerde olduğu patent kabulleri aynı eksende devam edecektir. Başkan, bu eksenin gayet titiz bir değerlendirmeye konu olduğunun, Avrupa Adalet Divanı pratiklerininin ve Avrupa Konseyi'nin doğal kaynakların etkin kullanımını ile bu yolda biyoteknolojik gelişmelerin önündeki tıkanıklıkların açılmasını hedef aldığı *Avrupa Biyo-Ekonomi Projesi* çerçevesinde atılan adımların göz önünde tutulacağının altını çizer[24].

3. Fikri Mülkiyet ve İnsan Geni

Sorunun genel çerçevesinin çizilebilmiş olacağı bu noktadan sonra konu üzerinde tartışmanın pratik-ötesi düzlemine geçebiliriz. Bakıldığında, genetik mühendisliğin verdiği endüstriyel çıktıların (ürünler, usuller ve iyileştirmelerin) fikri mülkiyet kurumlarınca korunmaya alındığı görülebilmektedir. Fikri mülkiyet hukuku bilindiği üzere bu çıktıların üzerindeki düşüncenin sahipliğinin bir malvarlığı unsuru olarak tanınmasının yahut bu itibarla entelektüel açıdan fayda üretimine katkıda bulunan mucide bir ödül bahşedilmesinin oluşturduğu hukuki yapıyı ifade eder. Buna rağmen, bazı yazarlarca düşüncenin üzerinde fikri emek üzerinden oluşan veya tanınan bu hakimiyetin oluşturduğu hak bir *ahlaki hak* olarak nitelendirilmektedir[25]. Ancak söz konusu görüşün, fikri mülkiyetin *sui generis* özelliğini göz ardı ettiği ve bunu klasik manada özel mülkiyet düsturu üzerinden okuduğu, bu yüzden de ciddi sorunlar barındırdığı söylenebilir[26]. Söz konusu bakış açısı, modern toplumda *'sahip olma'* meselesine eğilmiş düşünürlerden Erich Fromm'un da üzerinde durduğu biçimde, kapitalist ekonomik düzenin oluşturduğu sosyal karakterin *'sahip olma'*ya bakışını akla getirir. Kısaca bu, doğal ve yaşam gerekliliğinden doğan sahiplikleri kapitalist bir sahiplik olarak addeder; sonuçta ortaya bu sosyal karakterin oluşturduğu ve

22 [*] *Biyoteknolojik materyal;* genetik bilgi içeren ve kendi kendine üreyebilen veya biyolojik bir sistemde üretilebilen materyaldir.

23 Tekinalp, a.g.e., sf.741

24 Benoît Battistelli, "Biotechnology and Patents", http://blog.epo.org/patents/biotechnology-and-patents/, (05.02.2013)

25 Bu düşünceyi dile getiren çoğunluğu liberal olan bu yazarlar arasında örneğin Nigel Ashford gösterilebilir. Bkz. Nigel Ashford, Özgür Toplumun İlkeleri, (Çev. Can Madenci), Liberte Yay., 2009, Ankara, sf.102.

26 *Karş.* Ashford, a.g.e., sf.106.

içinde olageldiği ticari saiklerin hüküm sürdüğü bir toplumsal alan çıkmaktadır[27].

Biyolojik bilgi, bir yandan kendi kaynağı olan biyolojik malzeme ile ilişkilenir, diğer yandan ise ancak ve ancak bu biyolojik malzemeden türetilebilir[28]. Bilimsel gelişimin ardışıklığı da ek bir argüman olarak ortaya konduğunda, bilimsel bilginin salt *"yaratıcı"* etkinlik tasavvurundan doğan bir bilgi olarak ve bu itibarla *"doğal hak"* düsturu üzerinden sahip olunan bir şey olarak kavramsallaştırı-labilmesine teorik bir gerekçelendirme üretebilmek kolay olmayacaktır. Bu yüzden fikri hukukta, bilimsel buluşların patent koruması altına alınmasının felsefi gerekçelendirilmesi, yazın ve sanat eserlerinin üzerinde eser sahibi haklarının tesis edilmesinde olduğu gibi *"Kişilik"* yahut *"Benliğin Yansıması"* teorisi çerçevesinde değil, *"Emek Teorisi"* üzerinden yapılmaya çalışılmaktadır[29] ki bunun da esaslı sorunlara net cevaplar verip vermediği tartışmalıdır. Bunlara aşağıda değinilecektir.

Patent hukukunda geliştirilen buluşun kamuya sunulmasına karşılık, mucit lehine buluş üzerinde inhisari haklar tanınarak, bu buluşun ortaya çıkarılmasındaki bilimsel uğraş ödüllendirilmiş olmaktadır. Bu ödüllendirme, bir yandan yukarıda zikredilen Emek Teorisi'nin diğer yandan ise yararcı bir düşüncenin izlerini taşır. Zira bilimsel emeğin ödüllendirilmes sinin, hem buluşun toplumsal yararlanıma dahil edilmesine verilmiş bir *karşılık*, hem de emeği ödüllendirilen mucidi toplumun kullanımına ve yararına daha fazla buluş sunması için yapılmış bir *teşvik*[30] olduğu yorumlamalarına gidilebilmektedir. Fikri mülkiyet ilkeleri bağlamında esas konumuzun değerlendirilebilmesi özellikle *yarar ilkesi* ve *emek teorisi* bakımından ayrı ayrı irdelenmeyi gerekli kılmaktadır.

3.1. *Emek Teorisi*

Bilindiği üzere emek üzerinden mülkiyetin gerekçelendirilmesi, düşünsel temellerini John Locke'ta bulur.

> "Herkes kendi kişiliği üzerinde mülkiyet hakkına (*property*) sahiptir. Bunun üzerinde kimsenin değil sadece onun hakkı vardır. Onun vücudunun, emeğinin ve ellerinin çalışmasının sadece ona ait olabileceğini söyleyebiliriz. Bundan ötürü, o, doğa durumundan emeğini karıştırma suretiyle her ne ayırır ise bu şeyi kendi mülkiyeti haline getirecektir."[31]

> "…Meyvaları toplamak onları tabiatta bulunan benzerlerinden ayırmak anlamını taşır. Herhangi bir nesneyi, *tabiatta bulunduğu durumdan ayırmak*, ona o zamana kadar kendisinde bulunmayan farklı bir şeyi katmak demektir. Şu halde, tabiatta bulunan bir

27 ErichFromm, **Sahip Olmak ya da Olmak**, (Çev. Aydın Arıtan), Arıtan Yay., 1982, İstanbul, *passim.*

28 Rajan, a.g.e., sf. 63

29 William Fisher,*"Theories of Intellectual Property"*,**New Essays In The Legal And Political Theory Of Property**, (Ed. Stephen R. Munzer), Cambridge University Press, 2001, U.S.A, sf.169.

30 Bu, fikri mülkiyetin tarihsel gelişimindeki *toplumsal yarar* söylemlerinde ve bunların hukuksal metinlere yansımalarında açık bir biçimde izahat bulmaktadır. *Bkz.* Craig A. Nard & A. P. Morriss, "Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia", ***Law And Economics***, Vol.2, Issue 2, 2006, *passim* (*Ayrıca bkz.* **Case Research Paper Series in Legal Studies,** August-2004, http://www.law.case.edu/ssrn)

31 John Locke, "The Second Treatise (II. T.)", **Two Treatises Of Government**, (Ed. by Peter Laslett), Cambridge University Press, 14th Reprint, 2003, United Kingdom sf.287-88 (II. T. -parag.31)

nesneye, örneğin bir elma tanesine katılan emek, o elmayı, emek verenin malı yapmaktadır…"[32]

Yukarıda aktarılan tezleri Locke aslında maddi nesneler ile alakalı olarak ileri sürmüştür ve gayrimaddi varlıklar konusunda Locke kaynaklı bir temellendirmeye ne derece gidilebileceği de ayrıca tartışma konusudur. Buna rağmen birçok yazarca emek teorisinin, fikri emeğin ürünleri üzerinde mülkiyet hakkını meydana getirdiğinin meşrulaştırıcı tarifini sunduğu şeklinde izahatler getirilmiştir. Bu düşünsel çerçeveye girdiği ileri sürülen Robert Nozick, *Anarşi, Devlet ve Ütopya* adlı eserinde Lockeçu mülkiyet edinme prensibini değerlendirdiği bölümde, Locke'un argümanına katılımı sonrası, dikkatini Locke'ta yer bulan ünlü ve muğlak *"proviso"* meselesine çevirir. Bu, yukarıda da aktarıldığı üzere, bir kişinin sadece emeğini *"ortaklıkta tutulan"* kaynaklara karıştırmasıyla mülkiyet haklarını nizami bir şekilde edinebilmesi ve ikinci koşul olarak da iktisap sonrasında *"ortaklıkta diğer kişiler için yeterli ve iyi bir miktarın bırakılması"*nı ifade eder. Locke'un bu edinme teorisine paralel olarak Nozick –genetik materyaller ile ilgili *düşünülebilecek* şekilde– şöyle bir açıklamada bulunmaktadır:

"Sahipsiz ve geliştirilebilecek nesne stoku sınırlı ise, bir nesneyi geliştirmenin ona tam olarak sahip olma hakkını vereceğine dair görüş mantıksız olur. Çünkü bir nesne herhangi birinin sahip olduğu bir şey haline geldiğinde diğer tüm insanların durumunu etkiler…[33]"

Locke'ta yer bulan diğer kimselere yeterli ve iyi bir miktarın bırakılması ilkesine paralel olan bu yoruma göre, salt geliştirmenin bir sonucu olarak sahiplenme ile birlikte daha önceden o nesneyi kullanan insanlar artık kullanamayacaklardır. Locke bu yüzden yukarıda aktarılan diğer kimselere yeterli ve iyi bir miktarın bırakılması sınırlarını öngörmüştür. Ayrıca Nozick'den Locke'a, yüzyılları aşan mülkiyet kuramı yorumunun akabinde ve bununla irtibatlı olarak fikri mülkiyet teorisi içerisinde sorgulama yapmayı olanaklı kılacak bir meseleye, *keşfin sahiplenilmesi* mevzuuna girer Nozick, ki bu aynı zamanda kendisinden yapılmış alıntılardan yansıyanlar ile çelişkili bir görünümü yansıtır;

"…herhangi bir kişi insanların ulaşamayacağı bir yerde yeni bir madde bulur ve bu maddenin bir hastalığı iyileştirdiğini keşfeder ve tümüyle sahiplenir. Bu durumda kimsenin durumu kötüleşmez; Eğer bu maddeye o rastlamamış olsaydı kimse rastlamayacaktı ve diğer insanlar o olmadan idare etmiş olacaklardı.[34]"

Duruma fikri mülkiyet penceresinden bakarsak, ilk alıntıda geliştirmenin sahiplenmeyi gerektirmediği ile burada yer alan salt keşfin diğer insanları etkilemesi noktasında bir çelişiklik söz konusudur. Çünkü keşfedilen nesnenin de stokunun sınırlılığı söz konusu olabilir. Bununla beraber Landes ve Posner gibi yazarların dile getirdiklerinin ekseninde,

32 Adnan Güriz, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, AÜHF yay. ,1969, Ankara, sf. 137

33 Robert Nozick, **Anarşi, Devlet ve Ütopya,** (Haz. Murat Borovalı, Çev. Alişan Oktay) , İstanbul Bilgi Üniversitesi yay. 2006, İstanbul, sf. 232-33.

34 Nozick, a.g.e., sf. 239

söz konusu meseleyi tersten okur isek, yukarıdaki alıntılanan düşünceler arası bulanıklığa zeval getirmemekle beraber, farklı bir neticeye daha varmış oluruz. Bu ise, mucide patent hakkı tahsisi neticesinde Lockeçu *proviso*'nun ihlal edilmeyeceği biçiminde olabilir. Nozick'e de bakıldığında görünen odur ki, diğer insanların icada erişimi patent koruması ile birlikte kuşkusuz sınırlanmıştır ancak mucidin çabalaması olmaksızın icat bütünüyle oluşmuş da olmayacaktır[35]. Söz konusu sınırlama, bir ortadan kaldırılma yahut başkalarını mahrum bırakma da olmayacaktır. Zira Landes ve Posner'in ileri sürdüğü biçimde, fikri üretimlerin çoğunun ayırıcı karakteristiği, kolayca taklit edilebilirlikleri ve bir kişice onlardan yararlanmanın diğer kişilerin yararlanmasını engellememesidir. Ekonomistlerin ifadesi ile fikri ürünler nitelikleri gereği, tüketimlerinde rekabetçi olunmayan ürünlerdir. Söz gelimi, iki kişi aynı anda bir eldiveni takamaz veya aynı diş fırçasını kullanamaz fakat aynı şarkıyı söyleyebilir ve aynı formül üzerinde çalışabilir[36].

Bununla birlikte, Nozick'in okunmasından, bir varlığın sahiplenilmesinin diğer kişilerin bu varlıktan yararlanma olanağını ortadan kaldıracağı biçiminde beliren özel mülkiyet düsturu üzerinden bir yorumlamaya mahal vermediğini çıkarmak güçtür. Fikri hakların başkasının hakları üzerinde (*in re aliena*) haklar olma özelliği ve fikri mülkiyetin başkasının bu fikirden yararlanımını engellemeyeceği fikri ile Nozick'in düşüncesi arasında gerilimli bir durum vardır. Bakıldığında usuller ve sadece izole edilmeleri ile patentlenebilme olanağına kavuşmuş doğal maddelerin kısımlarının fikri mülkiyet korumasına alınmasının *'proviso'*nun ikinci koşulu ile bağdaştırılması mümkün olamayacaktır. Zira, Nozick okunmasında, mülkiyet alanı –emek üzerinden değerlendirilmek suretiyle– keşifleri de içerisine alacak biçimde bir genişleme gösterir; ki bu görüşün de fikri mülkiyet düşüncesi içerisinden, sorun ihtiva etmeyen bir görüş olduğu söylenemez.

İnsani varlıkların ticari obje alanına aktarılması meselesine dönecek olursak, insan kaynaklı mikroorganizmalar üzerinde patent kurulmasına karşı ileri sürülebilecek mülkiyet çerçevesindeki savlar insan vücudunun mülkiyete konu olup olmaması tartışmalarında düğümlenmektedir. İnsan, vücudu üzerinde mutlak bir hakka sahiptir. Ancak ekonomik bir değer oluşturması, bunun *mülkiyet hakkı* gibi telakki edilmesini gerektirmez. Soruya mülkiyet hakkını olumlayan biçimde cevap veren liberteryen düşünceler ekseninde fikri mülkiyet ile alakalı yukarıdaki soru işaretinin giderilmesi de gayet basitleşir. Söz konusu tartışmanın içeriğine girmek ise makalenin sınırlarını ciddi şekilde aşma anlamına gelecektir[37].

35 Fisher, a.g.m., sf.171

36 Fisher, a.g.m., sf.170; William Landes & Richard Posner, "Trademark Law: An Economic Perspective", ***Journal of Law and Economics***, Vol.30, 1987, sf.265.

37 Bazı Liberteryan yaklaşımlar insanın vücudu üzerinde mülkiyet hakkı olduğunu ve devredilebilirlik vasfının bulunduğunu kabul ederler. *Bkz.*N. Stephan Kinsella,"Against Intellectual Property", ***Journal of Libertarian Studies***, Vol. 15, No. 2, Spring-2001, Ludwig von Mises Institute, ss. 1–53, sf.12 vd, http://mises.org/journals/jls/15_2/15_2_1.pdf ; Zeynep Özlem Üskül, **Bireyselciliğe Tarihsel Bakış**, Büke yay., 2003, İstanbul, sf.176 vd.; Bu teoriler kendi vücuduna sahip olma hakkını desteklemektedirler, ancak genel olarak, libertaryanizmin bakış açısı klasik liberal anlayışın özne ve *nesne* arasına sınırlar konmasını dışlamaktadır. Bu ise yukarıda zikredilen mülkiyetin bir piyasa paradigmasından okunmasına koşut bir görünüm sergiler.

Nihayet, emek argümanı üzerinden emeğin nesnesine odaklanarak ele aldığımız gen patentleri ile ilgili şu çıkarımda bulunabiliriz. Doğal halde bulunan genetik dizinden örneğin bir hastalığın çaresi olduğu tespit edilmiş bir gen parçasının bütünden izole edilmesi, doğal olanın doğal bütünden ayrılması olarak yukarıda zikredilen Lockeçu mülkiyet arğ gümanını akla getirir. Ancak bu noktada, söz konusu fikri ürün doğal olanın bir keşfidir ve fikri mülkiyet hukuku bunun bir buluş basamağı oluşturup oluşturmadığı noktasında tıkanmaktadır. Ayrıca bu noktada bir tıkanıklık daha yaşanmaktadır. Bu da, Nozick'in deıyimiyle *'bulan kişi olmasa kimsenin bulamayacak olduğu(!)'* bu genetik maddenin endüstriye uyarlanabilir cismani bir boyutunun ne derece olduğu ve *bilgi* ile *nesne* ayrımının ne derece yapılabileceği hususunda yaşanan tıkanıklıktır. Zira doğada hali hazır bulunan bu maddenin bilgisinin, kendisinden *ayrı* bir biçimde kullanılabilmesi, büyük bir soru işaretini de beraberinde getirir. Yani örneğin kanda bulunan bir maddenin kendisinin endüstride kullanımı fikri hukuk vasıtasıyla himaye edilen bunu bulma yahut geliştirme vs. bilgisinden bağımsızlığı ne derece sağlanacaktır?

Buna karşılık doğal halde bulunan gen dizininden doğal parçaların ayrıştırılıp doğada hali hazırda bulunmadığı bir biçimde bunun sekanslanması sonucu kullanılan genetik materyalden farklı bir dizin üretilmesi halinde, bu doğal nesne üzerinde bir mühendislik faaliyeti sonucu meydana getirilmiş (*re-engineering*) bir ürün olacaktır ve diğer genel patentlenebilirlik koşullarını sağlaması halinde bir buluş olarak patent koruması altına alınabilecektir.

Emek teorisi ile ilgili olarak en başa tekrar dönmek bizi aynı zamanda başka bir ilkeye daha götürür; çünkü fikri mülkiyet bağlamında emek teorisini farklı açıdan okuyanlar teoırinin nihai olarak vardığı noktanın *yarar ilkesi* olduğunu zikretmişlerdir[38].

3.2 Yarar İlkesi

Fikri mülkiyet teorileri -ve özel olarak patent koruması- ağırlıklı olarak, buluşun yahut eserin açıklanarak toplumsal kullanımını sağlamak ve *'ortak iyi'*yi maksimize etmek ile aynı esnada mucide bazı haklar bahşetme suretiyle esere ve buluşa özendirerek yine bu '*toplumsal iyi*'yi sürdürme şeklinde *yararcı* bir anlayış üzerine inşa edilmiştir[39]. İlk patent kanunu olarak kabul edilen 1474 tarihli Venedik kanununun giriş kısmında da toplumda dâhice cihazlar icat edebilecek kişiler bulunduğu; icatların başkaları tarafından kopyalanmasını engelleyen düzenlemelerin, toplumsal bir fayda meydana getiren bu cihazları

38 Fikri mülkiyet teorisi ile ilgili çalışmalarda sıklıkla referansta bulunulan *"Fikri Mülkiyet Felsefesi"* isimli yazısında Justin Hughes, Locke'a göre mülkiyetin temeli addedilen emek sarf etmenin, haz ile değil ancak elem veya cefa (*pain*) ile bağdaştırılabilir olduğunu ifade etmiştir. Bu noktada birbirini içeren iki argüman ortaya konuyor. Hughes'a göre normatif olan birincisi, *kişiler emekleri –yani bu cefaya katlanmaları– dolayısıyla mülkiyet ile ödüllendirilmelidirler.* İkincisi araçsal bir argümandır ve *buna göre o kişiler emek sarf etmeye motive edilmelidir.* Dolayısıyla bu araçsal argüman *faydacı* bir anlayışı da beraberinde getirir, zira emeğin arttırılması hususunda motivasyon sağlanması kamusal menfaati de arttıracaktır. *Bkz.* Justin Hughes, "The Philosophy of Intellectual Property", ***77 Georgetown Law Journal***, 287, December-1988, sf. 303-04.

39 Fisher, a.g.m., sf.169; ancak bu varsayıma da eleştiriler getirilmiştir. *Bkz.* Kinsella, a.g.e., *passim.*

daha fazla kişinin yapmasını sağlayacağı belirtilmiştir[40]. Ulusal ile uluslararası fikri hukuk metinlerinde zikredilen patent verilebilirlik şartları arasında da *faydalı olma* kıstası söz konusudur. Bu, patent haklarının kendi içerisinde bölümlendirilmesi meselesine de bir biçimde yansımıştır[41]. Söz konusu anlayış TRIPS md. 6 ve 7[42] ile 551 sayılı PatKHK md.1'de de[43] görülmektedir. Ayrıca patent korumasının süreyle sınırlı şekilde tanınması da *gelişme* amacını –yani yine bir yararcılığı– ortaya koymaktadır. Ayrıca bu sınırlılık fikri mülkiyetin emek üzerinden ve mülkiyet hakkı bağlamında gerekçelendirilmesine karşı çıkışları da gözler önüne sermektedir. Zira emek üzerinden doğal hukuka yaslanan bu gerekçelendirme süreye bağlı olma nedeniyle itiraza uğramaktadır[44].

İnsanın obje olarak ortaya çıkması ile günümüzde fikri mülkiyetin köklerinden gelen yararcı anlayışın, buluşu topluma mı yoksa aslında özel olarak endüstriye mi sunma eğilimi bulunduğu ve toplum yararına hangi ön kabul gözlüğü ile bakıldığı hususlarının ise sorgulanması icap etmektedir. Bilginin meta değil fakat ödüllendirme alanına dahil edilmesi gerektiği fikri ile paralellik arz eden toplumsal yarar savunusunun, genetik patentlerle ilgili olarak, ortak ve erişime açık veri tabanları oluşturulması önerilerinde yer aldığı gözükmektedir. Özellikle uğraşları ilaç üretimi için genetik bilgi patenti alma ve lisans devri ile bunların üzerinden kâr elde etme olan biyoteknoloji şirketlerine lisans bedeli ödemekten kurtulma maksadını taşıyan ilaç firmaları cephesinden gelen bu önerilerin görünen yüzünün ardında yine bir çeşit piyasa saikinin döndüğü de ifade edilmektedir[45]. Zira ilaç sektörü cephesinin bu prangalardan kurtarılmasının sağlığa erişim hakkı açısından toplum lehine bir getirisinin mi olacağı yoksa var olan artı-değerin artısını mı irileştireceği soruları birer soru işareti olarak kalmaya devam edecektir. Burada tekrar kritik sorunun sorulması icap eder: "Fikri mülkiyette hâkim olan yararcılık kimin yahut neyin yararınadır? Toplum mu

40 Nard & Morriss, a.g.m., sf.8; Aaron Schwabach, **Intellectual Property: A Referance Handbook**, ABC-C-LIO Inc., 2007, Santa Barbara, sf.12.

41 Örneğin Amerikan Patent Hukuku'nda patentler genel olarak üç bölümde sınıflandırılmıştır; bunlar ürün patentleri (*plant patents*), tasarım patentleri (*design patents*) ve fayda patentleridir (*utility patents*). *Bkz.* Alexander I. Poltorak & Paul J. Lerner, **Essentials of Intellectual Property**, John Wiley and Sons Inc., 2002, New York, sf.2

42 "***Amaçlar - Madde 7*: *Fikri mülkiyet haklarının korunması ve uygulamaya konulması teknolojik yeniliklerin ilerlemesine ve teknolojinin transferi ve yayılmasına, teknolojik bilgilerin üreticilerinin ve kullanıcıların karşılıklı çıkarlarına katkıda bulunmalı, sosyal ve ekonomik refaha, keza hak ve yükümlülükler dengesine yardımcı olmalıdır*."

"**İlkeler - Madde 8:** *1. Üyeler, yasa ve yönetmeliklerini formüle eder veya değiştirirken, halk sağlığı ve beslenmesini korumak ve sosyo-ekonomik ve teknolojik gelişmeler* açısından hayati önem taşıyan sektörlere halkın ilgisini artırmak için gerekli önlemleri, söz konusu önlemler bu Anlaşma hükümlerine uygun olmak kaydıyla alırlar.(…/…)"

43 ***"Amaç ve Kapsam - Madde 1:** Bu Kanun Hükmünde Kararnamenin amacı, buluş yapma faaliyetini özendirmek, buluşların sanayiye uygulanması ile teknik, ekonomik ve sosyal ilerlemenin gerçekleştirilmesini sağlamak için buluşlara patent veya faydalı model belgesi vererek korumaktır*."

Bu Kanun Hükmünde Kararname, sınai hakkın tesisine uygun buluşlara patent veya faydalı model belgesi verilerek bunların korunması ile ilgili esasları, kuralları ve şartları kapsar.

44 Catherine Colston, **Principles Of Intellectual Property Law**, Cavendish Publ.,London, 1999, sf.22.

45 Rajan, a.g.e., sf.68 ve 77

yoksa Endüstri mi? Biri diğerini sağlar mı? Özellikle sonuncu soru, bunca soru işaretinin bulunduğu bir alanda, vaziyetin hiç de klasik politik-iktisatçıların kurgularındaki gibi olmadığını göstermektedir. Benzer mahiyette fakat daha genel olarak ekonominin bütünü ile ilgili bu soru sanayi toplumunu değerlendiren pek çok düşünürce sorulmuştur[46].

Mülkiyetin Epistemolojik Görünümü

İnsan genomu üzerinden gen dizimi izolasyonları veya doğal halinde olduğu gibi izole edilmemiş olan gen dizilerinin üzerinde patent tesisinin mümkün olup olmadığı tartışmaları insani varlıkların sınai sahaya girmiş bulunduğunu göstermektedir. Bunların üzerinde sınai hak tesisinin mümkün olması fikri bir hak mı sağlar yoksa bu genel manada bir mülkiyet midir? Tekrar belirtmek gerekir ki, burada üretilen endüstriyel mamul (örneğin bir ilaç) ile ilgilenmemekteyiz. Mesele, nihai ürün olan ilaca götürecek bilginin üzerinde hak tesisidir. Terminolojik olarak *fikri hak-fikri mülkiyet* tartışmalarına[47] odaklanmadan "mülkiyet nedir?" sorusunu sormak, bizim "fikri mülkiyet nedir?" sorusuna cevap vermemize olanak tanıyacaktır. Böylece fikri mülkiyeti mülkiyet düşüncesi içerisinde konumlandırabilir ve insani bir varlık olması itibariyle genetik materyallerin fikri mülkiyet –ve daha da genel olarak mülkiyet- alanının içerisine dahil edilmesinin ardında yatan nedenselliği anlamlandırabiliriz.

Öncelikle altını çizmek gerekir ki, içerisinde konuyu tartıştığımız alan kapitalist piyasa kurallarının tüm yönleriyle işler halde bulunduğu bir alandır ve bu hukuki bir olgu olarak mülkiyete bakışı da belirlemektedir. Mülkiyet, maddi yahut gayrimaddi mal üzerindeki hakimiyettir. Mal, hukuki manada tüm malvarlığı unsurlarını ifade eder ki bu eşya hukukunun cismaniliği koşul koyduğu eşyadan daha geniş bir çerçeveyi gösterir. Yalın ve pratik manada bir varlığın sahibi olmak, onun üzerinde hakimiyeti gerektir. Yani sahipliği hakim olmak sağlar ve mülkiyet kavramının etimolojik olarak verdiği anlam da bu yöndedir[48].

46 Bu konuda yazılan literatürün tamamını zikretmek anlamsızdır. Örneğin Fromm'a göre, kapitalizmin ike tidarını sağlamlaştırması ile birlikte ekonomik sistemin gelişmesini belirleyen "insan için iyi olan nedir?" sorusu, yerini "sistemin gelişmesi için gereken ve iyi olan şey nedir?" sorusuna bırakmıştır. *Bkz.* Fromm, a.g.e., sf.27.

47 Hirsch'in "*Hukuki Bakımdan: Fikri Say (Emek)*"eserinin giriş bölümü bu açıdan önemlidir. Kısaca izah etmek gerekirse, Hirsch, *fikri ve sınai mülkiyet* terimi yerine, haklı olarak bu alanın klasik mülkiyet anlayışı çerçevesinde okunmasının bir çok soruna yol açacağından bahisle, *fikri yahut sınai hak* tabirini önermektedir ki bu tür bir tanımlama pek çok ontolojik sorunun en baştan aşılabilmesine imkan sağlamaktadır. *Bkz.* Hirsch, Ernst E., **Hukuki Bakımdan: Fikri Say**, I. Cilt, (Çev. V. Çernis), İstanbul Üniversitesi Yay., 1942, İstanbul, sf. 2-4.

48 *Mülkiyet* terimi Arapça *mulk* kelimesinden gelir ve bu *m-l-k* kökünden türemiştir. Bu kökten türeyen her kelime (örneğin *malik, melik*) güç, kuvvet ve iktidar gibi anlamları içerir. Keza Yunanca mülkiyet manasını karşılayan *kyriotes* kelimesi de efendi, hakim ve ev sahibi anlamlarına gelen *kyrios*'tan türemiştir. *Bkz.* Güriz, **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, sf. XI.; Benzer biçimde Roma metinlerinde de mülkiyet kavramı yerine kullanılan Latince *mancipium*, *dominium* ve *propertias* terimlerinin her birinde hakimiyet ve egemen olma anlamlarının yüklü olduğu ifade edilmiştir. Tarihsel olarak en eskideki kullanım olduğu düşünülen ve el ile birlikte kralın, magistranın veya aile reisinin kudretini ifade eden *manus* teriminden gelen m*ancipium,* malvarlığından aile bireyleri üzerindeki hakimiyete kadar çok geniş bir hakimiyet alanını ifade ederken, daha sonraki dönemlerde kullanılan *dominium*'un maddi varlıklar üzerindeki mülkiyeti ifade eden daha dar bir anlamı söz konusudur fakat bu anlam mal ile sahibi arasındaki fiili durumu tanımlar, mal üzerindeki

Hakim olmak ise varlığı kontrol altına alıp, devamında o varlığı malik olarak istenilen doğrultuda kontrol edebilmek demektir. Bu, Roma Hukuku'ndan devralınan *usus*, *fructus* ve *abusus* yetkilerini ifade eder. Bunlar için ise, kontrol edilecek varlığın bilgisine önsel olarak sahip olmak icap eder. Bu ise, mülkiyet kurumunun epistemolojik boyutunu gösterir. Zira bilinemeyen bir şeyin üzerinde egemen olmaktan ve bunun hukuksal alana yansıması olan mülkiyetten bahsedilebilmesi mümkün değildir. Örneğin toprak, üzerine basmış olduğumuz, bitkilerin yetiştiği ve yetiştirilebilir olduğu, üzerine barınak inşa edebileceğimiz bilgisini edindiğimiz şeydir. Toprağın bilgisine sahip olmadan toprağın sahiplenilmesi için bir sebep de yoktur ve ancak edinilen bu bilgi neticesinde sahiplik ve hakimiyet konumunun oluşmasının doğal gereksinimler doğrultusunda olduğu söylenebilir[49]. İnsan, gereksinimleri doğrultusunda bilgiyi edinir yahut onu bilgiye götüren gereksinimleridir. Bilgi yahut bir varlıktan edindiğimiz bilgi, insanın ona sahip olması (yahut ondan uzak durması) gerektiği düşüncesini edinmesine gerekçe oluşturur. Bu, sahip olma düşüncesine önseldir. Bu açıdan mevcut mülkiyet düşüncesi içerisinde mülkiyet hakkı koşullarından biri olarak benimsenmiş olan malik olma iradesi de bir bilmeyi ifade eder. Ortak alanda bulunan, yahut başka bir ifade ile herhangi birinin özel alanında tutulma için henüz bir sebebin oluşmadığı (yani bunu gerekli kılan bir bilginin henüz edinilmediği), maddi veya gayrimaddi şeyin hukuki manada mülkiyete konu olmasından ise bahsedilemez.

*'Piyasa mantığı'*nın hakim olduğu alanda ise mülkiyet düşüncesi, piyasanın oluşturduğu epistemik güdümlemelere göre biçimlenmiştir. Çağdaş Marksist yazarlardan Žižek'e göre, günümüzde hayatın ekonomi ile bağlantılı olmayan katmanları kapitalizmin üstbelirlenimine tabi durumdadır. Keza modern teknolojik hakimiyet de mutlak biçimde kapitalizmin sosyal formları ile sarmalanmış haldedir. Bununla irtibatlı olarak ekonomik olmayan (yani Žižek'in kastettiği biçimde*"alternatif"*) sosyal oluşumlar da benzer bir ontolojik meyil gösterirler[50]. Örneklemek gerekirse, piyasa mantığının hüküm sürdüğü dünyada sözü güvenilir kılan, sözün kendisi değil, cayma akçesidir. Bu alan içerisindeki varlıklar ekonomik sistem içerisinde oluşturduğu kıymet ile değerlendirilir. Benzer şekilde, bu paradigmada mülkiyetin ontolojik olarak ekonomik bir değer oluşturma koşuluna bağlı

soyut hak manasını içermez. Daha geç dönem metinlerde karşılaşılan *propertias* kavramının ise *dominium* ile çoğunlukla eşanlamda kullanıldığının altı çizilmiştir. *Propertias* terimi, batı dillerindeki mülkiyeti ifade eden terimlere (*property*, *propriété*, *proprieta*) de kaynaklık etmiştir. *Bkz.* Bülent Tahiroğlu, **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, İÜHF Yay., 1981, İstanbul, sf.1-10. Sonuç olarak, etimolojik yönelim bizi analitik bir önermeye götürür: "Mülkiyet, hakim olmadır."

49 Ayrıca bizim mülkiyete önsel olarak edindiğimiz bilgiyi, doğal gereksinimlerimizin bize bilmemizi gerektirdiği gündelik yahut deneysel bilgiler ile sınırlandıramayız. Hukuki kurumlar üzerinden üretilen bilgilerin de yeniden mübadele değeri olan bir bilgiye çevrilebilmesi olanak dahilindedir.Bu ise mevcut piyasa ve onunla ilişkili gelişen hukuk paradigmasında ekonomik değeri olması halinde malvarlığı alanının içerisine dahil olmaktadır. Örneğin her insan gibi çalışma hakkımızın olduğunu mevcut hukuki yapı vasıtasıyla bilmekteyiz. Bu bilmenin bizi götürdüğü nokta, çalışma hakkımızın engellenmiş olduğu durumda bunun ekonomik bir değer ifade eden bir malvarlığı hakkı olarak hukuki formda güvenceye alınacağıdır. Burada da görülüyor ki, hakim paradigmada ekonomik değer üzerinden yapılan analiz malvarlığı alanını tanımlamaktadır. Bu ise malvarlığı ile mülkiyet özdeşleştirilmesinin birçok soruna yol açacağını tekrar gözler önüne serer.

50 Slavoj Žižek, "The Ongoing 'Soft Revolution'",***Critical Inquiry***, Vol:30, No:2, Winter-2004, *passim* .

kılınması gösterilebilir[51]. Oysa ki, salt *sahip olma* temelli mülkiyet düşüncesinin ekonomik değer kıstası olmasının zorunluluk oluşturmaması icap eder; bu açıdan çakıl taşı da bir şato gibidir. Dolayısıyla, ekonomik değer tali düzeyde bir olgu sayılabilir. Ancak piyasa cephesinden veya gözlüklerinden ve yahut –Foucaultcu kavramsallaştırma ile– onun oluşturduğu *'episteme'*den bakıldığında bir toplu iğne değersizdir ve bunun üzerindeki mülkiyet uyuşmazlığı maddi bir ekonomik değer oluşturmaması neticesinde hukuksal çözümlemenin basit neticeler vermesine imkan tanır. Buradan varılabilecek olan bir nokta, piyasaya elverişli olanın, mülkiyete de elverişli olduğudur. Yahut piyasası olan varlık üzerinde piyasa aktörlerince bir paylaşımda bulunulabilir, bu varlık mübadele edilebilir, yani üzerinde mülkiyet hakkı tesisi mümkündür. Bu, bizim yaşam, politika ve iktisat alanını kavrama yetimizin belirli epistemeler tarafından belirlenmekte olduğunu ifade eder. Bunlar, kurumsal yapılar tarafından desteklenen ve aynı zamanda bu yapıları da besleyen epistemelerdir[52].

Chicago İktisat Okulu'nun metalaşma doktrini bu bakış açısından okunabilir. Gary Becker'in çalışmalarından başlayarak Chicago İktisat Okulu çok basit bir iddiada bulunmaktadır: *piyasada değer biçilebilen ve bu değer suretiyle mübadeleye konabilmiş bulunan her şey zaten bir meta haline gelmiş bulunmaktadır.* Radin ve Sunder'a göre, Chicago ekonomistleri söz konusu -evrensel- metalaşma sürecini doğal ve faydalı, buna engel olarak çıkarılan hükmi kurumları *prima facie* hatalı ve faydasız engellemeler olarak görürler[53]. Söz konusu genişletilmiş *laissez faire* piyasa argümanı münhasır bir kültür savunusu içerisinde temellendirilmiştir: *Chicago Okulu* ekonomistleri bireysel tercihleri piyasaya *dışsal* olarak görme eğilimdedirler ve piyasa bu bireysel tercihlerin maksimizasyonunu sağlayacak yegane –"dengede yahut nötr"- mekanizmadır[54]. Bu çizgide olanlar özel aktörlerin (*private actor*) daha önceden var olan (*pre-existing*) tercihlerinin olduğunu düşünmektedirler ve bu tercihler, arz, talep ve bunların sonucu olarak

51 Liberal düşüncenin hakim olduğu en belirgin sistemin hukuk mekanizmalarından bir örnekleme yapmak gerekirse; Örneğin AİHM, Protokol 1/1 kapsamında mülkiyet hakkı uyuşmazlıklarını değerlendirirken bu protokol korumasının işleyebilmesi için sorun teşkil eden malvarlığının çok düşük bir ekonomik değeri olmaması kıstasını daima göz önünde bulundurur. *Ekonomik Değer Oluşturma Ölçütü* ve Uygulanabilirlik Eşiği olarak *Az Olmama Ölçütü* ile ilgili olarak *Bkz.* Haydar Burak Gemalmaz, **Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı**, Beta Yay., 2009, İstanbul.sf. 179 vd.

52 Rajan, **Biyokapital**, sf.28; Ancak belirtmek gerekir ki Foucault'da Marksist manada üstyapısal ve altyapısal alanlar arasında tek taraflı bir belirlenimin kabul edildiğinden söz edilemez ve bu itibarla lineer bir ilerleme söz konusu değildir. Yani Marksist düşüncenin yapısal belirlenimde temel aldığı ekonomi, bu belirlenimi sağlayan unsurlardan sadece bir tanesidir. Foucault'da episteme kavramı ve belirlenim unsurları için *Bkz.* Umut Koloş, **Michael Foucault'nun İktidar Analizinde Hukukun Yerinin Belirlenmesi**, (yayınlanmamış yüksek lisans tezi), İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, sf. 13 vd., 86 vd.; Bu noktadan yola çıkarak bir yorumlamaya gidersek, yapısal olarak mülkiyet kurumunun belirleniminde sadece ekonomi değil, ahlak ve din gibi pek çok unsurun etkinliğinin bulunduğunu zikredebiliriz. Makalede ele aldığımız meselemiz, tartışma noktalarının yukarıda da izah edildiği gibi pek çok paradigmadan ele alınıp, hukukun da bunlara göre değerlendirilebileceğini göstererek, bu tip bir yorumun olanaklılığını da dolaylı olarak ifade etmektedir. Ama tekrar zikretmek icap eder ki, burada *homo commoditus*'a mümkün olduğunca fikri mülkiyet düşüncesi üzerinden yaklaşılmaya çalışılmıştır.

53 Margaret Jane Radin & Madhavi Sunder, "The Subject And Object Of Commodification", **Stanford Law School –PublicLaw& Legal Theory Working Paper Series –**Research Paper No. 97, sf.4.

54 Radin&Sunder, a.g.m., sf.5.

oluşan değer/fiyat yapısı aracığıyla açığa vurulmaktadır. Bu nedenden ötürü söz konusu tercihleri disipline etmeyi amaçlayan devlet paternalizmi reddedilmektedir. Böylece de piyasa, söz konusu kültür aracılığıyla realize edilmektedir.

Varılabilecek olan nokta, fikri mülkiyet kurumu üzerinde oluşan tartışmalı meseleler üzerinden yansıdığı üzere, mülkiyetin epistemolojik önkoşulunun yani *ilk koşul* olan *varlık bilgisinin*, yani bilginin kendisinin, hem bir metaya, hem de yeniden bilgiye çevrilebilen bir mübadele birimi haline gelmiş olmasıdır[55]. Bu açıdan, somut dünyanın ve ahlaki kriterlerin odak alınageldiği klasik mülkiyet anlayışının kapsama alanının fikri mülkiyet kurumları ve bu kurumların devinim halinde olduğu episteme vasıtasıyla somut düşünceden soyutluklara[56]ve ayrıca klasik sahip olma düşüncesinin uzanamamış olduğu dokunulmayan alanlara doğru genişleme eğiliminde olduğunu söylemek mümkündür. Tehlike olarak zikredilen ise bazı yazarların *domino etkisi*[57], bazılarının ise *kaygan zemin*[58] ile

55 Rajan, a.g.e.,sf. 62

56 Tarihsel veriler somutluktan soyutluğa doğru gelişimi destekler argümanları bizlere sunmaktadır. Buna kavramsal açıdan da pratikler alanından da örnekler getirebilmek mümkündür. Örneğin *dominium* kelimesi fiili bir sahiplik durumunu betimlemektedir. Somut düşünce örneği olan bu halde *dominium*'un intikali şeyin intikalidir. Yani mülkiyete konu olabilecek şeyler yani mallar cismani varlıklar olarak betimlenegelmiştir. Ancak *dominium*'un daha sonraki anlamları bunun cismanilikten ayrıldığını göstermektedir. Örneğin *dominus ususfurctus*'a (intifa hakkı sahibine) zıt olarak *dominus proprietatis*'ten (mülkiyetin sahibinden) bahsedilmektedir. Bkz. Tahiroğlu,. A.g.e., sf.9.; Ayrıca fikri hukuk alanında da kadim düşüncenin, cisim yoksa fikrin de olmayacağı üzerinde ağırlık kazanmış olduğu, sonradan sahip olunabilir alandaki soyutlamanın bilgi ile nesne arasındaki ayrımlamayı meydana getirdiği ifade edilebilir. *Bkz.* Ernest Hirsch, **Fikri ve Sınai Haklar**, Ar Basımevi, 1948, Ankara, sf. 14-17.

57 Radin&Sunder, a.g.m., sf.7; Margaret Jane Radin, "Market-Inalienability", ***Harvard Law Review***, Vol. 100,1987, sf.1914.

58 Resnik'e göre, Batılı Hukuk sistemi içerisinde mülkiyet hakkı yahut sözleşmesel haklar gibi kişinin emeğini para için metalar ile değiştirmesi mümkündür, dolayısıyla *insan* –şimdilik- *"eksik meta" (incomplete commodity)* olarak değerlendirilebilir. Fakat eksik metalar kaygan bir zeminde bulunmaktadır ve bunların *"tam meta"* alanına kayabilme potansiyeli söz konusudur. Resnik buna örnek olarak "spor"u verir. Spor sektörü ve sporcular artık tamamen ticarileşmiş durumdadır. DNA patenti ve insanın konumu da bu riski içerinde barındırmaktadır. *Bkz.* Resnik, **Owning The Genome** , sf. 105.

Resnik bu yorumu ile Margaret Radin'in en başta da belirtildiği üzere objelerin üzerinde kontrol mekanizmalarının geliştirilmesini açıkladığı metalaştırmasürecini tekrarlar. Radin'e göre objeler üzerinde gerçekleştirilen metalaşma süreci meta-dışılıktan (*noncommodity*) tam (ya da tamamlanmış) metalığa (*complete commodity*) doğru seyreder ve bu netice ile beraber obje ayrıştırılmış, yabancılaştırılmış, ticari döngüye elverişli hale getirilmiş ve büyük ölçüde devletin regülasyon alanından özel alana kaydırılmıştır. Bir objenin üzerinde sahiplikten (*ownership*) ise kazanılan yetkiler nispetinde tam ve tamamlanmamış meta (*complete commodity* ve *incomplete commodity*) durumunda söz edilebilirken; meta-dışı objeler için bundan bahsedilemez. Radin, tamamlanmamış metalara hayvanları örnek verir. Bunlar alınıp satılabilir fakat onlara karşı insanlığa sığmayacak muameleler yapılamaz, yani üzerlerinde kullanılabilecek yetkiler sınırlıdır. Resnik burada ileride yanıtını vereceği şu soruyu sorar: "tamamlanmamış metalar ile tamamlanmış metalar arasında kaygan bir zemin (*slippery slope*) var mıdır ve bazı objeler zamanla tamamlanmış metalar sınıfına kayabilir mi?"*Bkz.* Resnik, **Owning The Genome**, sf. 31-32.

Nitekim yapılan bazı istatistiksel çalışmalar göstermiştir ki, 2005 yılı itibariyle, NCBI'nın (*National Center for Biotechnology Information*) veri tabanındaki 23,688 genin 4,328'i, yani insani genlerin yaklaşık %20'si, üzerinde Amerikan patent talebi olmuştur. Söz konusu patentler ağırlıklı olarak kanser gibi ciddi hastalıklar ve atış gösterir biçimde terapi ve tedavi teknolojileri ile ilgili genlere ilişkindir. Ayrıca bu gen patentlerinin %63'ü özel şirketlerce, %28'i ise kamu kurumları tarafından sahiplenilmiş gözükmektedir. Söz konusu özel

betimlediği biçimde, metalaşmanın söz konusu devredilemez ve metalaştırılamaz yaşam alanlarını da (örneğin insan, aşk, cinsellik, özgürlük, velayet hakkı, bebek sahibi olma vs.) içerisine çekmesidir.

Sonuç Yerine

Bu makalede ele alınan genetik materyallerin patentlenmesi meselesi, geldiği nokta itibariyle henüz çözüme kavuşturulmuş bir mesele değildir. Canlı organizmaların kendisinin üzerinde patent tesisi bugün için kabul edilmemektedir. Genetik mühendislik ürünleri doğal olandan farklı ve yararlı olmaları itibariyle patent korumasına elverişli buluş kategorisi içerisinde değerlendirilmekte, izole birimlerin statüsü üzerinde ise tartışmalar devam etmektedir. Bununla birlikte konu bu haliyle birlikte mülkiyetin epistemoe lojik bir tahlilini yani önsel olarak bilgiden yola çıkarak varlığın *sahip olma* düşüncesi çerçevesinde değerlendirilmesine olanak sağlamaktadır. Mülkiyetin ilk koşulu olarak *varlık bilgisi*, çözümlemenin nirengi noktasıdır. Bunun nedeni mülkiyet durumunun, bir bilişselliğin yahut bir zihin durumunun neticesi olan fiili hal ve bunun hukuki soyutlanması -yani *'hak'*laştırılması- olduğudur. Bu sebepten ötürü ilk koşulun *varlık bilgisine* denk düştüğü ifade edilmeye çalışılmaktadır. Dolayısıyla varlık bilgisinin ontolojik önselliğinin, yani varlığın –bilginin önünde ve onu meydana getiren– bir *arkhe* olarak zikredilmesi manasız kalacaktır. Bu zaten doğal bir önselliktir, mülkiyet ise kurumsaldır. Mülkiyet, mevcut hukuk algımız dahilinde de, en basit ifade ile bir mal *varlığını* zaten gerektirir. Bu, hukukun geçmişinin üzerine eğildiği *cismani* bir mal da olabilir ya da bugün geçmişe oranla çok daha yoğun biçimde görülebilen *gayrimaddi* mallar da... Mülkiyetin kurumsallığının felsefi ölçekte vardığı yer ise bir hak olarak mülkiyetin *doğal hak* değil, *hukuki hak* olma hüviyetini yansıtır.

Biyoloji bilimi giderek bir enformasyon bilimi haline gelmiştir[59]. Burada değişim içerisindeki endüstri ile buna göre bir değişim halinde olan Endüstri-Bilim ilişkisinin de önem arz ettiğini belirtmek gerekir. Bu açıdan konu irdelendiğinde görülecektir ki, *Post-Fordizm* olarak ifade edilen endüstriyel dönüşümün bilginin meta olarak piyasadaki öneminin artışı ile arasındaki bağlantısallık ve fikri mülkiyetin küresel yükselişi birbirlerine paralel süreçlerdir[60]. Zira '*Bilgi Çağı*'nda kültürler, bilgiler ve fikirler en gözde metalar haline gelmişlerdir[61]. Tabiatıyla bu, üretim sistemlerinin dönüşümünde de yansımalarını bulmuştur. Bakıldığında endüstride önemli pay sahibi olan şirketlerin malvarlıklarının önemli bir bölümünü fikri-sınai hakların oluşturduğu görülür. Ayrıca sadece fikri alanların tapulanması maksadı doğrultusunda yan-sanayiler oluşmuştur. Mülkiyete bilgiyi temele alan bir bakış ile yaklaşmayı olanaklı hale getiren de zaten fikri mülkiyet hukukunun vardığı noktadır. Ayrıca hakim paradigmanın oluşturduğu ve Fromm'un *sahip olma* tarifi üzerinden anlamlandırılabilecek bu düşünüş ya da eğilim, tabii olarak bilim üzerindeki de etkilerini göstermiştir. Craig Venter hareketi ve devamında gelen, bugün için biyoloji bilimi üzerine öğretim kurumlarındaki sanayiye uygun bilgi üretme üzerine yapılan sertifika programlarından gözlemleyebileceğimiz eğilim Fromm'un ifade ettiği sahip olmayı yansıtır[62]. Kendisinin ifadesiyle;

"Sahip olmak" ile "olmak" arasındaki farklılığın bilmek alanındaki belirmesi, "ben bilgiye sahibim" ile "ben biliyorum" deyişlerinde ortaya çıkar. "Bilgiye sahip olmak", kullanılabilir bilgi (enformasyon) kazanılması ve bunun mülkiyetinin o kişinin elinde olması demektir. "Bilmek" ise fonksiyoneldir ve üretici düşünce sürecinin bir parçasıdır.[63]

Dolayısıyla Fromm'un sanayi toplumunun oluşturduğu sosyal karakter üzerinden insanın sahip olma eğilimini tartıştığı düzlemde, *biliyor olmalar* yani süreçler de aynı bilmenin sağladığı ürünler gibi, doğal sahipliğe zıt bir biçimde, hakim paradigmaya göre sahiplenilmektedir. Yahut en kısa biçimde şöyle ifade edilebilir; *bilme*, kendi başına sahiplenilebilir -iktisadi ve hukuki- bir değerdir. Söz konusu eğilimin fikri mülkiyet terminolojisi üzerinden betimlenen hukuki boyutu bunun en bariz örneklerinden bir tanesini sergiler.

Bu itibarla, genetik materyallerin süreç patenti formunda patente konu edilebilirliği teknolojinin paylaşımı sorununa da kapı aralamıştır. Burada sahipleniciliğin özel bir öznece mi, yoksa kamusal özne tarafından mı söz konusu olabileceği tartışmalı bir mesele halini almış, bu ise fikri mülkiyetin mevcut yapısıyla bu duruma çözüm üretebilip üretemeyeceği sorularının sorulmasına gerekçe olmuştur[64].

Esasında bakıldığında fikri mülkiyetin patent formunda bahşettiği malvarlığı hakkı sınırlı süreliğinedir ve bu süre sonrasında söz konusu patenti almış olan buluş kamu malı (*public domain*) halini alacaktır. Aslında söz konusu buluş kamuya ifşa edildiği zaman kamunun kullanımına zaten aktarılmış olmaktadır. Fakat sınırlı süreliğine mucide söz sahibi olma/kontrol hakkı (yahut hakimiyet olarak mülkiyet) tanınarak toplumsal yararlanımlarında tüketici olunmayan bu fikri ürünlerden yararlanma haklarının üzerinde fikri haklar kurulmuş olmaktadır ve koruma süresi sonunda bunlar sönerek fikrin tamamen

şirketler ise sınırlı sayıdadır, örneğin 2005 yılındaki patentlerin yaklaşık yarısı *Incyte Pharmaceuticals* firmasınca alınmıştır. Bu gibi göstergeler oligopol yapılanma riskini de gözler önüne sermektedir. Bkz. Kyle Jensen & Fiona Murray, "Intellectual Property Landscape of the Human Genome", ***Science***,Vol.310, No. 5746, (2005), ss. 239-40.

59 Rajan, a.g.e., sf.62

60 Endüstriyel üretim sistemleri ilefikri hukuk arasındaki bu bağlantısallık üzerine *Bkz.* Serpil Karlıdağ, "Patenting Nature: The Effects of the TRIPS Agreement on Developing Countries and the Role of the State", ***TODAIE's Review of Public Administration***, Public Andministration Institute for Turkey and the Middle East (TODAIE) Publ., Vol.4, No.1, March-2010, Ankara, ss.143-169, *passim*.

61 Radin&Sunder, a.g.m., sf.3.

62 Ancak bunu salt bilim insanlarına yöneltilmiş bireleştiri olarak algılamamak gerekir. Zira bugün fen bilimleri üzerine çalışan hangi araştırmacıya sorulsa, alanlarına ilişkin araştırma faaliyetlerinin yürütülmesinin yoğun kaynak aktarımını elzem kıldığı ve bu noktada kamusal fonların tek başlarına yeterli olmadığı cevabı ile karşılaşılabilir.

63 Fromm, a.g.e., sf. 72.

64 Bu konuda *Bkz.* Koichi Sumikura, "Intellectual Property Rights Policy for Gene-Related Inventions –Toward Optimum Balance Between Public and Private Ownership", **The Role of Intellectual Property Rights in Biotechnology Innovation,** (ed. David Castle), Edward Elgar Publ., 2009, United Kingdom, ss.73-97.

kamu malı hüviyetine kavuşması ile neticeye varacaktır. Dolayısıyla *emek* üzerinden fikri mülkiyet düşüncesinin üretimi, bunun bir *doğal hak* kisvesinde arz edilen, klasik manada mülkiyet düşüncesi içerisinde konumlandırılmasını gerektirmez. Buna rağmen ve karşıt biçimde, hâkim paradigmada ve hukuk literatüründe ağırlıklı olarak zikredildiği üzere bu alan *fikri mülkiyet* olarak ifade edilmektedir. Bu manada arz olunan mülkiyet ifadesi de doğal olarak piyasa güdümlü olacaktır. Dini, ahlaki ve yahut paylaşım meselesinden doğan iktisadi ve hukuki sorunların esas kaynağı –Hirş'in de dikkat çekmiş olduğu gibi– fikri hakların mülkiyet düşüncesi üzerinden okunmasından kaynaklanmaktadır. Dolayısıyla hukuki metinlerde yer alan ahlaki kayıtların piyasa güdümlü bir sosyo-ekonomik düzlemde ve bundan bağımsız olamayan yargısal alandaki etkinliği tartışılır hale gelmektedir. Çalışmada ahlak üzerinden bir tartışma yapılmamasının temel sebebi budur. Özgürlükçü söylemler üzerinden mevcut formunu kazanan iktisadi düşünce, hukuk metinlerinde yer alan ahlaki kayıtların uygulamaya yansımasında ortaya çıkan boşluğun serbesti olarak okunmasına elverişli bir ortamın teorik altyapısını oluşturmuştur. Dolayısıyla, piyasa güdümlü bu alanlara ilişkin hukuksal yapılardaki ahlaki kayıtların (örneğin, buluşun patente konu edilmesinin ahlaka aykırı olmaması gerektiğinin) etkinliğinin ve işlevinin tartışmalı kaldığı hallerin salt hukuki kayıtlar ile biçimlendirilmesinin gerekliliğini belirtmekten başka bir alternatif kalmamaktadır. Bu, genetik bilgilerin lisans ücreti ödemek istemeyen ilaç şirketlerinin talepleri doğrultusunda bilgi havuzlarına aktarılmasının akabinde, ilaç şirketlerinin düşen maliyetleri üzerinden artı-değer üretememesine –eğer tartışmalı konulardan biri bu ise- formel bir garanti sağlayacaktır. Yoksa ilaç şirketlerinin hâlâ kullanım olanağı olup da sadece lisans gelirleri söndüğü ve kâr marjı düştüğü için bazı ilaçları piyasadan çekmesi, piyasa alanında, ahlak ile ne kadar alakalı görülmüyorsa, benzer bir durumda, artı-değer üretiminin ahlaki kayıtlarla karşılaşması da beklenemez. Ayrıca buradan varılabilecek olan ve makalede işlenmeye çalışıldığı üzere fikri hukuk alanında yaşanan çatışmanın bizlere aksettireceği en geniş değerlendirme, piyasa güdümlerinden belli ölçülerde de olsa bağımsız çalıştırılabilen hukuksal yapılardan bahsedememenin, ekonominin direktiflerine göre çalışan bir hukuktan ve ekonomik değerler ile özdeşleşmiş hukuksal değerlerden bahsetmek manasına gelecek olduğudur.

KAYNAKÇA

- *Akman, Begüm & Tuncer, Taner;* **Yaşamın Şifresi: İnsan Genom Projesi**, *ODTÜ yay. 2009, Ankara*
- *Brownsword, Roger; "Human Dignity, Ethical Pluralism and Modern Biotechnologies",* **New Technologies and Human Rights** *(Ed. Threse Murphy) Oxford University Press, 2009, ss. 19-85*
- *Boyle, James; "Enclosing the Genome: What the Squabbles over Genetic Patents Could Teach Us",* **Ethics, Computing and Genomics,** *(Ed. Herman T. Tawani), Jones and Bartlett Publishers, 2006, Sandbury- Massachusetts*
- *Colston, Catherine;* **Principles Of Intellectual Property Law**, *Cavendish Publ., 1999, London.*
- *Fischer, Ernest Peter;* **Genler ve Genom**, *(Çev: Barış Konukman), İnklap Yay. 2005, İstanbul*
- *Fisher,William; "Theories of Intellectual Property",* **New Essays In The Legal And Political Theory Of Property**, *(Ed. Stephen R. Munzer), Cambridge University Press, 2001, U.S.A*
- *Gemalmaz, Haydar Burak;***Avrupa İnsan Hakları SözleşmesindeMülkiyet Hakkı**, *Beta Yay., 2009, İstanbul.*
- *Gemalmaz, Mehmet Semih;* **Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş**, *Legal Yay. 2007, İstanbul*
- *Güriz, Adnan;* **Teorik Açıdan Mülkiyet Sorunu**, *AÜHF yay. ,1969, Ankara*
- *Gugerell, C.,"Patenting of Human Genesand Living Organisms The Current Practice of the European Patent Office",* ***SpringerVerlag****, Berlin Heidelberg, 1994*
- *Hirsch, Ernst E.,* **Hukuki Bakımdan Fikri Say**, *I. Cilt, (Çev. V. Çernis), İstanbul Üniversitesi Yay., 1942, İstanbul.*
- **Fikri ve Sınai Haklar**, *Ar Basımevi, 1948, Ankara*
- *Hughes, Justin; "The Philosophy of Intellectual Property",* ***77 Georgetown Law Journal****, 287, December-1988, sf.303-04.*
- *Jensen, Kyle & Murray, Fiona; "Intellectual Property Landscape of the Human Genome",* ***Science****, Vol.310, No. 5746, (2005), ss. 239-40*
- *Karlıdağ, Serpil; "Patenting Nature: The Effects of the TRIPS Agreement on Developing Countries and the Role of the State",* ***TODAIE's Review of Public Administration****, Public Andministration Institute for Turkey and the Middle East (TODAIE) Publ., Vol.4, No.1, March-2010, Ankara, ss.143-169*
- *Kinsella, N. Stephan; "Against Intellectual Property",* ***Journal of Libertarian Studies****, Vol. 15, No. 2 (Spring 2001), Ludwig von Mises Institute, ss. 1–53, http://mises.org/journals/jls/15_2/15_2_1.pdf.*
- *Kıvılcım, Zeynep;* **Uluslararası Kamu Hukukunda İnsanlığın Ortak Mirası**, *XII Levha yay., 2011, İstanbul*
- *Koloş, Umut;* **Michael Foucault'nun İktidar Analizinde Hukukun Yerinin Belirlenmesi**, *(Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012*
- *Locke, John;* **TwoTreatises Of Government**, *(Ed. by Peter Laslett), Cambridge University Press, 14th Reprint, 2003, United Kingdom*
- *Metin, Sevtap;* **Biyo-Tıp Etiği ve Hukuk**, *On İki Levha Yay.,2009, İstanbul*

- *Nard, Craig A. & Morriss, Andrew P.; "Constitutionalizing Patents: From Venice to Philadelphia", **Law And Economics**, Vol:2, Issue: 2, 2006, ss.223-321*
- *Nozick, Robert;* **Anarşi, Devlet ve Ütopya,** *(Haz. Murat Borovalı, Çev. Alişan Oktay) , İstanbul Bilgi Üniversitesi yay.2006, İstanbul*
- *Poltorak, Alexander I. & Lerner, Paul J.;* **Essentials of Intellectual Property**, *John Wiley and Sons Inc., 2002, New York*
- *Radin, Margaret Jane & Sunder, Madhavi, "The Subjectand Object of Commodification",* **Stanford Law School –Public Law & Legal Theory Working Paper Series**, *Research Paper No. 97, t.y., http://ssrn.com/abstract=582641 (07/02/2013)*
- *Rajan, Kaushik Sunder;* **Biyokapital: Genom-Sonrası Hayatın Kuruluşu**, *(Çev. Ayşe Deniz Temiz), Metis Yay., 2012, İstanbul*
- *Resnik, David B.;***Owning The Genome: A Moral Analysis Of DNA Patenting**, *State University Of New York Press, 2004, New York*
- *Tahiroğlu, Bülent;* **Roma Hukukunda Mülkiyet Hakkının Sınırları**, *İÜHF Yay., 1981, İstanbul*
- *Tekinalp, Ünal;* **Fikri Mülkiyet Hukuku**, *Arıkan yay. 2005, İstanbul*
- *Žižek, Slavoj,"The Ongoing 'Soft Revolution'",**Critical Inquiry**, Vol:30, No:2, Winter-2004, http://www.lacan.com/zizek-inquiry1.html (09/12/2012)*

TOPLUMSAL AHLAK VE HUKUKUN KESİŞTİĞİ NOKTADA KADIN SORUNSALI

Zeynep ÜSKÜL ENGİN*

Hukuk ile Ahlak Arasındaki İlişki:

Hukuk ile ahlak arasında benzer birçok yön bulunduğu gibi ayrışan birçok nokta da bulunmaktadır. Ahlaki davranış, düşünce, duygu ve eylemde "iyi" ile "kötü" arasındaki ayrımın yapılması olarak tanımlanır. Hukuksal davranış ise "haklı" ve "haksız" arasındaki ayrımı esas alır ve amaç adaletli bir sonuca ulaşmadır. Hukuk insanlar arası ilişkileri adalet ilkesine göre düzenlemeyi hedef alırken insani iyinin sağlanmasının altyapısını da hazırlamaktadır.[1] Hukuk ve ahlak ilişkisinde, hukukun düzeni kurma, toplumsal barışı sağlama ve pratik yarar yanında ve adaleti gerçekleştirme hedefi olarak ortaya çıkışı ahlakla asıl kesişme noktasını oluşturur. Hukukla ahlakın ayrışan yönlerini bir kenara bırakırsak her ikisinin de bir "iyi"yi içerdiği, hukukun ahlakta olduğu gibi belirli bir "iyi" hedefine yöneldiği –ki buna adalet diyoruz- bilinmektedir.[2] Yani hukuk açından da bir "iyi" ve bir "kötü" vardır ve bu nedenle belirli bir değer anlayışının taşıyıcısı olarak karşımıza çıkar. Yasa, yasalara uyan ve onları dayatan topluluğun çoğunluğu tarafından savunulan tutumları, öncelikleri ve değerleri yansıtır ve bunları idealize eder.[3] Bu noktada birçok alanda değer yargılarıyla örülü ahlakın hukuk ile kesiştiğini söylemek mümkündür. Toplumlarda her zaman bireysel iyiler gibi toplumsal iyinin de ne olduğuna ilişkin bir kanaat bulunmuştur. Bu nedenle hukukla ahlak arasında konu ve içerik açısından bir birlik olabildiğini, hukukun ahlak kurallarının gerçekleşmesine olanak sağladığı, diğer yandan ahlakın da hukuku desteklediğini ifade edebiliriz.[4] Ayrıca ahlaka aykırı düşen pozitif bir hukuk kuralı aynı zamanda kamu yararına aykırılık nedeniyle anayasaya aykırılığı iddia edilebileceği gibi, böyle bir girişim olmasa da uzun vadede yürürlükte kalamayacağını söylemek mümkündür.[5]

Her ne kadar ideal kurallar olarak kabul edilseler de hukukla ahlak arasındaki bir başka ortak nokta her ikisinin de statik olmamalarıdır. İlk başlarda değişmez iyiler olarak ortaya çıkmış olsalar ve değer yüklü önermelerin bazılarının ömrü diğerlerinden daha uzun olsa

* *Doç. Dr. Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyesi*

1 *Tepe, Harun; "Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, 2005, s. 58.*

2 *Işıktaç, Yasemin; Hukuk Sosyolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008, s. 125-126.*

3 *Billington, Ray; Felsefeyi Yaşamak, Çev.: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 115.*

4 *Aral, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992, s. 82.*

5 *Dabin, Jean; Théorie Générale du Droit, Bruxelles, Etablissements Emile Bruylant, 1953, s. 294.*

bile ölümsüz oldukları söylenemez. Kültürel normlar olarak adlandırılabilecek normlar[6] bazı doğal ve toplumsal koşullar ile farklı kültürlerin insan anlayışlarıdır; bu nedenle belirli bir coğrafyada, belirli tarihsel dönemde mevcut insan davranışlarının yansımalarıdır. Bu normların işlevi toplumda düzen sağlamak veya mevcut düzeni korumaktır. Bu koşullar devam ettikçe işlevselliklerini korurlar, ancak koşullar değiştiğinde işlevlerini yitirirler ve varlık nedenleri ortadan kalkar. Geleneklere ilişkin normların böyle normlar oldukları açıktır.[7]

Ahlakla hukuk arasındaki ilişkiye dikkat çekerken eklenmesi gereken bir nokta daha vardır: genel geçer olan ve ahlaka dayalı normların hukuk normuna dönüşmesi mutlaka adil sonuçlara ulaşılacağını garanti etmemektedir. Burada sözkonusu olan alışkanlıkların, geleneklerin toplumsal ahlaka uygun ancak insan haklarına aykırı bir durum oluşturmasıdır. Örnek vermek gerekirse A.B.D.'de köleliğin kaldırılmasından sonra dahi Afrika kökenli insanlara karşı alınan tutumlara ayrımcılık denilmemekteydi.

Bir başka sorun ise bu tür kuralları uygulayacak olan yargıcın da kişisel ahlaki yargılarının devreye girme olasılığıdır. 1987'de ülkemizde (Çankırı) bir yargıcın verdiği karar çok çarpıcı bir örnek olarak zihinlere kazınmıştır: Dava konusu olayda kadın kocasından şiddet görmüş, buna dayanarak da boşanma davasını açmıştır. Yargıç (Mustafa Durmuş) ise davacının gösterdiği delilleri görmeye gereksinim duymadan kararında "Kadının sırtını sopasız, karnını sıpasız bırakmayacaksın" diyerek boşanma talebini reddetmiştir.

Ahlaka dayalı her hukuk normunun ideale yöneldiğini peşinen kabul etmek mümkün değildir. Ahlak ile hukuk arasında kurulan bağlantı norma dönüştüğünde bir de bunun insan hakları süzgecinden geçirmek gerekmektedir. Bunun yapılması halinde normun ömrünün daha uzun olacağını ve ideale daha yaklaşacağını belirtmek mümkün olacaktır.

II) Hukuk-Ahlak İlişkisinde Kadının Yeri:

Toplumsal cinsiyet sadece kadının veya erkeğin toplum içindeki rolleri ya da kimlikleri ile ilgili değildir, çünkü insanların algılarını ve iletişimlerini etkilemekle kalmaz, aynı zamanda siyaset, ordu, hukuk, sağlık, eğitim gibi kurumlarla ve bunları üreten iktidar ilişkileriyle doğrudan ilgilidir ve toplumsal yaşamın her anına nüfuz eder[8]. Böyle olduğu içindir ki toplumsal cinsiyet ayrıkotu gibidir, söküp atsanız da yine çıkar, çim ekseniz, çimi kovar, çiçek ekseniz arasından çıkar ve yayılır, bu denli etkin bir kavramdır, mülkiyet gibi toplumsal yaşamın var ettiği kategorilerden biridir.

Aslında dünya tarihi erkeklerin tarihi olarak yansıtılmamış olsaydı, hukukla ahlak arasındaki bağlantıdan bahsederken bir cinsiyet ayrımı yapmaya gerek kalmazdı. Kadınların

6 *Kuçuradi, İoanna; "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", HFSA, No: 13, 2005, s. 40.*

7 *Kuçuradi, İoanna; "Etik İlkeler ve Hukuk", HFSA, No: 8, 2003, s. 9.*

8 *Delice, Serkan, "Osmanlı'yı Bugün Nasıl Tefsir Ediyoruz? Tarih ve Toplumsal Cinsiyet Üzerine Düşünceler", Cinsiyet Halleri, Der.: Nil Mutluer, Varlık Yayınevi, İstanbul, 2008, s. 80.*

"aile kurması", erkeklerin ise "devlet kurması"[9] günümüzde de geçerliğini koruyan bir argümandır. Bu nedenle ahlak alanında da hukuki düzenlemelerde de erkek egemen yapının izleri görülmektedir. Batılı toplumlar bu izleri son yüzelli yıla yayılan bir dönemde kadın hareketinin kazandığı güce paralel olarak silmeye çalışmıştır. Türkiye'de ise kadın hareketi Batı ülkelerindeki gibi gelişmemiştir, ancak Cumhuriyet'in ilanından sonra yapılan resepsiyonlar, Avrupa Birliği'ne girebilmek için atılan adımlar kadınların büyük ölçüde kazanımlar elde etmelerine neden olmuştur. Ancak her ne kadar hukuki sistemimizde kadınla erkek eşitse de yerleşik toplumsal ahlak kuralları nedeniyle kadınlara daha farklı düzenlemeler yapıldığı, hukuki düzenlemelerle eşitlik sağlansa bile uygulamada bu eşitlik fikrinden sapmalar olduğu bir gerçektir. Bu sapmalar bazen erkeklerin kadınlara karşı koruma duygusundan –kadın annedir, kutsaldır gibi fikirlerden hareketle-, bazen da kadının erkeğin namusu olarak değerlendirmesinden, bazen da karşı cins olduğu için ve cinsel bir çağrışımı da bünyesinde barındırdığı için ortaya çıkmaktadır.

Bu bildiri çerçevesinde hukuk sistemimizdeki tüm farklılıklara tek tek değinmek mümkün olmayacaktır. Ancak verilecek bazı örnekler çerçevesinde erkek egemen ahlak anlayışının izlerinin bulunduğu düzenlemeler ele alınacaktır.

1. Anayasal Düzen ve Kadın:

Hukuk sistemimizde tüm insanlar eşittir, dolayısıyla kadınla erkek de eşittir. Bu doğrultuda Anayasanın 10. maddesi yasa önünde kadınla erkek arasındaki eşitlikten bahsetmektedir. Ayrıca devlet bu konuda bir yükümlülük yüklenmiş ve bu eşitliği yaşama geçirmesi gerektiği de yine anayasada belirtilmiştir. Ancak, Anayasanın 41. maddesinde ananın ve çocuğun "korunması" metin içine konulmuştur. Anayasanın 50. maddesindeki "küçükler ve kadınlar ile bedeni ve ruhi yetersizliği olanlar çalışma şartları bakımından özel olarak korunur" ifadesinden şu sonuçlara varabiliriz:

1. Kadınlar sözcüğü daha anayasada başlayan eril bakış açısını ispatlamaktadır.
2. Zayıf, muhtaç, düşkün durumda olanların korunması ahlaki bir ödevdir, nitekim Medeni Kanun da ilgili maddelerinde bu durumda olan yakınlara, akrabalara bakım ödevi de vermiştir (M.K. m. 364). Anayasanın çocuğun korunmasından sözetmesi anlaşılır bir durumdur, çünkü insan yavrusu diğer canlılarla karşılaştırıldığında en geç büyüyen bir türe aittir ve uzun zaman bakım ve korunmaya ihtiyaç duymaktadır. Ancak annenin korunması, çocuk sahibi "kadının" korunması demektir ve çocuk sahibi "erkek" koruma altına alınmazken, kadının neden buna gereksinim duyduğu bir soru işareti olarak belirmektedir. Devlet iyi işleyen bir sosyal devlet olarak çocuk sahibi olan ailelere örneğin kreş olanağı sağlasa, kadınla erkek arasında iş yaşamında kadının aleyhine ortaya çıkan çok önemli bir fark kapanmış olacaktır.

9 *İfade Serpil Sancar'a aittir. Bkz. Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti. Erkekler Devlet, Kadınlar Aile Kurar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.*

3. Anayasanın 50. maddesindeki ifade kadınlar açısından bir kez daha "zayıf", "korunmaya muhtaç" oldukları yönündeki görüşü pekiştirmiş görünmektedir. Burada yine kadının erkekten farklı ele alınması ve onun korunmaya muhtaç olması, her ne kadar bu uğurda gerekenin yapılmaya çalışılması ahlaki bir iyi kavramını kendi içinde içerse de anayasada ifadesini bulan eşitlik ilkesine aykırı düşmektedir. Ancak bu maddede kadınların bedeni ve ruhi dengesizliği olanlarla aynı madde içinde ele alınmaları kanımca çok talihsiz bir yanlışlık olmuş, toplumsal eşitsizlik anayasa eliyle meşruiyet kazanmıştır.

2. Siyasal Yaşam ve Kadın:

Osmanlı döneminde az sayıda okumuş kadının zayıf da olsa bir kadın hareketi başlattığı bilinmektedir. Bu hareket daha çok medeni hakların savunulması merkezinde durmakta, siyasal hakların talebi sözkonusu olduğunda çekingen bir tutum izlenmektedir. Bu dönemde reformist olarak adlandırılabilecek ve kadınlara destek veren erkekler[10] ise kadınların siyasete eşit katılımını pek de akıllarına getirmemişlerdir.[11]

Bugünkü duruma bakarsak bu alanda birçok gelişmenin kaydedildiğini ifade etmek yerinde olacaktır. Ancak kadınların seçme ve seçilme hakkını birçok Batı ülkesinden önce kazanmış olmasına karşın somut duruma bakınca, toplumun yarısını oluşturan kadınların siyasi yaşamda varlıkları sınırlıdır, hiçbir zaman kadın temsilci sayısı meclisin yarısına ulaşmamıştır. Kadınlar siyasi partilerde partiye üye kaydı yapmak, kermes yaparak ekonomik katkıda bulunmak, seçim kampanyalarında mahalle çalışmaları yürütmek gibi tali işleri yürütmüşler, partinin karar alma mekanizmalarında ise varlıklarını gösterememişlerdir[12]. Tüm engelleri aşıp da siyaset sahnesine çıkan bir kadın da, siyaset sahnesinde bir kadın gibi davranmak "kötü", "zayıflık emaresi" olarak kabul gördüğünden kadınsı tüm özelliklerini bir yana bırakarak siyasi travestizmin içine düşmektedir.[13] Ayrıca bu kadınların evli ve belirli bir yaşın üzerinde olmaları, görünümlerinde kadınsı özelliklerinde aşırıya kaçmamaları[14], kadın sorunlarından uzak durmaları, başarılarını tümüyle kendi azimlerine bağlamaları[15] ve bu yolla başaramayan diğer kadınları suçlamaları da bu tezi desteklemektedir.

Kadınlar siyasal alanı yabancılayarak sosyalleştirildiklerinden siyasetle doğrudan ilişki kuramamışlardır. Kadınların seçme hakkını bile kullanırken eşlerinin siyasal tercihleri doğrultusunda hareket ettikleri saptanmıştır. Seçilme hakkı sözkonusu olduğunda siyasal

10 Zihnioğlu Yaprak, Kadınsız İnkılâp, Metis Yayınları, İstanbul, 2003, s. 85-88. Erkoç, Nükhet, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Cariyelik ve Kadın, Postiga, İstanbul, 2010, s. 121.

11 Sancar, a.g.e., s. 154-155.

12 Alkan, Ayten/ Çakır, Serpil; "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Modern Türkiye'ye Cinsiyet Rejimi: Süreklilik ve Kırılmalar", 1920'den Günümüze Türkiye'de Toplumsal Yapı ve Değişim, Der.: Faruk Alpkaya, Bülent Duru, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2012, s. 202.

13 Altındal, Yonca; Kadının Siyasal Katılımı Bağlamında Partilerin Kadın Kollarının Sosyolojik Açıdan Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın, 2007, s. 1, 4.

14 Güneş-Ayata, Ayşe; "Türkiye'de Kadının Siyasete Katılımı", 1980'ler Türkiye'sinde Kadın Bakış Açısından Kadınlar, Der.: Şirin Tekeli, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995, s. 308.

15 Güneş-Ayata, a.g.m., s. 310.

katılımda cinsiyet ayrımının erkekler lehine belirginleştiği fark edilmektedir: Milletvekili olabilmek için önce aday olmak gerekmekte, kadınlar partiler tarafından aday gösterilmemekte[16], bağımsız aday olmak için ise ciddi bir maddi külfeti karşılayabilecek durumda olmak gerekmektedir.[17] Kadının depolitize olmasının nedenlerinin altında kız ve erkek çocuklarının yetiştiriliş tarzında kız çocuklar sözkonusu olduğunda namus kavramının öne çıkması, kızların evişlerine erkek çocukların ise dışarıdaki yaşama hazırlanması, eğitimli olmama, çalışma yaşamının içinde olmama -bu durumda ev ekonomisi de erkekten sorulmaktadır, dolayısıyla ekonomik nedenlerden dolayı seçim yapamamaktadır-, toplumsal statü, aile yapısı, kadınların duygusal/erkeklerin mantıklı ve soğukkanlı davrandıklarına yönelik bir ayrımın yapılması gibi nedenler yatmaktadır.[18] Bu nedenlerin toplumsal ahlakın bir görünümü olduğuna ise hiç kuşku yoktur.

3. Kadın ve Bedeni: Kürtaj

Kürtaj Batı ülkelerinde de ülkemizde olduğu gibi tıbbi, hukuki, ahlaki ve dini yönleriyle dönem dönem tartışılmış ve yasal olarak zor kabul edilmiştir. Kürtajın bir cinayet olduğu gerekçesiyle karşı çıkanlar ceninin potansiyel de olsa bir kişi olduğu görüşünde birleşirler, "öldürmeyeceksin" emrine karşı çıkma anlamına geldiği tezini savunurlar. Ancak korunan değer kadının istemediği bir hamileliği sürdürüp sürdürmeme kararını özgür iradesi ile verebilmesi ise, buna karşı çıkmak kadının kendi bedeni üzerindeki hakimiyetin elinden alınması ve bu konudaki karar verme hakkından yoksun bırakılması anlamına gelir.[19] Burada en çok tartışmayı çıkaran da belki de tecavüz sonucu hamile kalan kadının durumudur. Şimdi vereceğim örnek hem engelli, hem reşit olmayan hem de tecavüz sonucu hamile kalan bir kıza ilişkin olacak: Sözkonusu olay yakın zamanda Edirne'de meydana gelmiştir. Sağır ve dilsiz aynı zamanda 14 yaşında olan bir genç kızın tecavüz sonucu hamile kaldığı anlaşılmış, bu olayda yargı kararıyla kürtaja karar verilmiş, genç kız koruma altına alınmıştır.[20] Bir başka çarpıcı örnek ise Isparta'dan. Tecavüz sonucu hamile kalan kadın, silah zoruyla kendisine tecavüz eden kişiyi öldürmüş, kafasını köy meydanına atmış, bebeği doğurmak istemediğini bildirmiş ancak kürtaj için yasal süre olan 20 hafta geçtiği için zorunlu olarak bebeği doğurmuştur. Mağdure doğacak bebeği istemediğini bildirmiştir, bunun üzerine bebeği devlet koruma altına almıştır.[21]

Her iki olayda da kürtajı isteyen kadının ahlaki yönden değerlendirilmesi ve kürtaj yöntemini istedikleri için eleştirilmeleri mümkündür. Ancak bu görüş kadını her ne olursa olsun doğurmaya zorunlu kılan bir görüştür. Hiç istemediği ve hatta zorla hamile kalan

16 Bilir, Faruk; Siyasi Partilerde Parlemento Adaylarının Belirlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007, s. 232-233.

17 Araslı, Oya; Adaylık Kavramı ve Türkiye'de Milletvekilliği Adaylığı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1972, s. 55.

18 Eser, Hamza Bahadır/ Dinç, Mehmet; "Kadınların Siyasal Katılımını Artırmaya Yönelik Bir Yöntem Olarak Kota Uygulamaları", http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/ demokrasi9pdf (29.10.2011)

19 Billington, a.g.e., s. 29.

20 Bkz. "Tecavüz Sonucu Hamile Kalan Engelli Kız Kürtaj Olacak", www.haberler.com. *(12 Eylül 2012)*

21 "Tecavüz Bebeği Devlet Korumasında", http://haber.mynet.com *(24 Kasım 2012).*

kadınların çocuk sahibi olup olmamalarıyla ilgili karar, kadını birey olarak merkeze koyan görüş açısından bakıldığında kadına bırakılmalıdır.

4. Ölüme Bağlı Tasarruflar ve Ahlak Kuralları

Medeni Kanun bir yönüyle kadın erkek ilişkisinin etraflıca ele alındığı bir metindir. Aile hukukuna ilişkin olduğu gibi miras hukukunda da toplumsal ahlaka ilişkin bazı sınırlamalara rastlanmaktadır. Ölüme bağlı tasarruflarda eklenen şart yasaya veya ahlaka aykırıysa ölüme bağlı tasarruf hükümsüz olmaktadır.

Ölüme bağlı tasarruflarda en sık rastlanan ve sorun çıkaran ahlaka aykırılık örneklerin başında "metres vasiyetnamesi" diye adlandırılan, evli bir erkeğin fiili olarak birlikte olduğu, evlilik dışı ilişkide bulunduğu kişiye miras bırakması yönünde irade beyanında bulunması gelmektedir. [22] Bu medeni hukukçular tarafından tartışılmış bir konu olarak önümüze çıkmaktadır. Burada korunan değer "evli kadın", "aile"dir. Evli bir erkekle fiili bir birliktelik içinde olan kadın her ne kadar gönül bağıyla bir erkeğe bağlanmış dahi olsa, evlilik birliğini sarsacak bir neden olarak ortaya çıkmış olduğundan kendisine miras bırakılması tartışma konusu olmuştur. Ancak son dönemlerde öğretide ve uygulama eskiden geçerli olan bu katı tutum yumuşamaya başlamış, evlilik dışı yaşam süren kişiye yapılan kazandırmanın ahlaka aykırılığı ancak belirli durumda kabul edilmiştir: Bu kazandırma sırf evlilik dışı ilişkiyi sürdürebilmek için yapılmış olmasına ayrıca metresin de bu kazandırmadan haberdar olması şartına bağlı kılınmıştır.[23] Bu da ahlaki değer yargılarının zaman içinde tekrar gözden geçirilmesi anlamına gelen bir değişiklik olabilir, çünkü Batı toplumlarında fiilen birlikte yaşama olgusu büyük bir ivme kazanmıştır.

5. Annenin Evlilik Birliği İçinde Babayı Reddedememesi

Soybağı günlük yaşamın içinde pratik sonuçlara varılmasını sağlar. Soybağıyla hem çocuğun yararı gözetilir, hem de ailenin huzuru sağlanmış olur. Bizim hukuk sistemimizde çocuğu doğuran kişi annedir. Zaten başka ülkelerde kabul edilen taşıyıcı annelik kurumu yasalarımızda düzenlenmediğinden çocuğun annesinin kim olduğuna ilişkin bir hukuki sorun çıkmamaktadır. Evlilik birliği içinde doğan çocuğun babası karine olarak koca olarak kabul edilmiştir. Karineler aksi ispat edilmedikçe geçerliliği kabul edilen durumlara ilişkindir, bu nedenle bu durumda baba eğer gerçek baba değilse, soybağını reddetme en başta çocuğu doğuran kişinin kocasının hakkıdır. Eğer çocukla genetik bir bağlılığı yoksa çocuğun kocaya bağlanmamasında, kocanın menfaati vardır.[24] Yasanın bu düzenlenme tarzında adil bir çözüm bulunduğu anlaşılmaktadır.

Ancak çocuğu doğuran kişinin yani annenin kocasıyla doğurduğu çocuk arasında bir soybağı ilişkisinin bulunmadığını iddia etme hakkı yoktur. Bu hak, Fransa'da ve İtalya'da ancak kocadan boşanıp çocuğun gerçek yani genetik babasıyla evlenme koşuluyla tanınmıştır.[25]

22 *Serozan, Rona/ Engin, Baki İlkay; Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012, s. 252.*

23 *Serozan/ Engin, a.g.e. s. 252.*

24 *Serozan, Rona; Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 187.*

25 *Serozan, a.g.e., s. 190.*

Çocuğun babasının kim olduğu elbette günümüzün teknolojik olanaklarıyla saptanabilir, ancak babanın kim olduğunu teknoloji olmadan da –çok yüksek bir olasılıkla- anne bilir. Annenin bu hakkı kullanmasına imkân tanınmamasının altında yatan ne olabilir? Kadının evli iken bir başkasıyla birlikte olup çocuk doğurması kadının iffeti ile bağdaşmaz bir durum iken bir de üstelik bunu ifşa etmesi kabul edilebilecek bir şey değildir. Burada da toplum içindeki erkeğin zinasının kadınınkiyle karşılaştırılamayacak oranda farklı algılanması –toplumun yakın geçmişinde çok karılığın bulunması erkeklere hoşgörü gösterilmesinde etken olabilir[26]**-**, kadının zina yapması halinde ona karşı daha sert ahlaki kodların devreye girmesi söz konusudur. Ancak burada çocuğun menfaatinin de dikkate alınması gerekmektedir.[27]

6. Seks İşçiliği ve Hukuk:

Devlet kimi zaman kurallarıyla bireyleri nesneleştirebilmekte ve homojen bir nüfusa sahip olarak yönetimi kolaylaştırmayı hedeflemektedir[28]. Devletin çizdiği sınırlarla bazıları istisna olarak tanımlanmakta ve toplum dışına atılmaktadır. Bu onun eril niteliğini daha da ön plana çıkarmaktadır. Seks işçisi olarak çalışan kadınların durumu bunu gösterir niteliktedir.

Devlet, genelev adı verilen ve kadınların erkeklerin cinsel gereksinimlerini görmek üzere seks işçisi olarak çalıştıkları yerlerin varlığına izin vermekte, bu tür iş yeri açanlardan vergi toplamakta, bu yerlerdeki kadınların sağlığını denetim altında tutmak üzere yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Her şeyden önce devletin bu denli mahrem bir alanı düzenlemesi dikkat çekicidir.[29] Bu alanın devlet tarafından düzenleniyor olması namusa ilişkin genel toplumsal yargıların bir uzantısı olarak ortaya çıkmaktadır. Devletin ortaya koyduğu kurallarla kadın bedenini kadına ait olmaktan öte erkeğin hatta toplumun mülkiyetindeymiş gibi kodlandığından, seks işçisi olarak çalışan kadınlar bu kodun dışına çıkmış kabul edilmekte ve herkese ait bedenler olarak algılanmaktadırlar, bu şekilde namusa ilişkin ahlaki sınırlamalar kalkmaktadır[30]. Yakın zamana kadar geçerli olan Ceza Yasasının 438. hükmündeki indirim de bunun bir tercümesi olarak görülmelidir[31].

Bundan başka bir kadının çok sayıda (sayı belirtilmemiş) erkekle beraber olması, onun seks işçisi olduğu şüphesi yaratabilir ve bunun tespiti için habersizce takibe alınabilir. Kadının cinselliği veya cinsel davranışı toplumda görünür olmaya başladığı noktada, bütün yetkili kişiler kadının ait olduğu kategoriyi bulup, onu bu kategoriye sokmak için alarma

26 *Hatemi, a.g.e., s. 374.*

27 *Serozan, a.g.e., s. 191.*

28 *Revel, Judith; "Kimlik, Doğa, Yaşam. Üç Biyopolitik Yapıbozumu, Cogito, S.: 70-71, 2012, s. 11.*

29 *Hatemi devletin genelev işletilmesinin ahlaka aykırı olduğunu söylemektedir. Bu durumda işleten ahlaka aykırı bir faaliyette ise, buradan vergi toplayan devlet de bu duruma eşlik etmektedir. Bkz. Hatemi, Hüseyin; Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976. 261- 262.*

30 *Zengin, Aslı; İktidarın Mahremiyeti, Metis, İstanbul, 2011, s. 32.*

31 *1990 yılında yapılan değişikliğe kadar TCK 438. maddeye göre fahişeye yapılan tecavüzler ceza indirimi uygulanmaktaydı.*

geçeceklerdir[32]. Devletin denetimi bununla kalmamaktadır: Sadece genelevde çalışan kadınlar buraya girebilmekte, başka kadınların bu mekâna girebilmeleri mümkün olamamaktadır, özellikle evli kadınlar buralarda çalıştırılamazlar, buna cinsiyet değiştirmiş erkekler de dahildir[33].

Bu alanda bilimsel bir çalışma yapmak için dahi -araştırmayı yapacak olanın kadın olması da etken olmuştur- geneleve girme izni alınamadığını yayımlanmış bir çalışmadan bilmekteyiz[34]. Devletin bilimsel bir çalışmayı engelleyecek kadar burada sessiz kalmayı tercih eden bir tutum takınması, bu mahrem alanın sadece belirli bir kesim tarafından bilinmesini sağlarken, diğer yandan kadınların istismar edildiği bu alanı kontrol ettiğinin de çok bilinmemesini sağlamakta ve ayrıca kadınları da burada yaşananlara dair bilgiden uzak tutmayı, dolayısıyla "korumayı" amaçlamaktadır[35]. Böylece devlet, korunması gereken vatandaşları fuhuştan uzak tutmaya çalışarak, bir kesimi sınırın içinde tutmakta, diğerlerini ise sınırın dışına çıkarmaktadır[36]. Sınırın dışındakiler ise, aslında bu evlerden çıkamaz hale gelmektedir. Fuhuşla devletin ilişkisi, devletin fuhşa ilişkin gündelik eylemleri, biyo-iktidar ve egemenliğin nasıl işbirliği yaptığının ve cinsel bir işleyiş kazandığının da can alıcı göstergesi olmaktadır. Bu anlamda bu konu da kadın ve ahlak ile hukukun kesişme noktalarını göstermek açısından ilginç bir örnek oluşturmaktadır.

7. Kadının Soyadı:

Anayasa gibi Medeni Kanun da eşitliğe değinmiş ve madde 8'de "Her insanın hak ehliyeti vardır. Buna göre bütün insanlar, hukuk düzeninin sınırları içinde haklara ve borçlara ehil olmada eşittir" denilmiştir. Buradaki eşitliğin başka bir şart aranmaksızın hak sahibi olma yönünden olduğunu bir kere daha vurgularsak aynı kanunun 187. maddesini anlamak zorlaşmaktadır.[37] Bu maddeye göre, "kadın evlenmekle kocasının soyadını alır; ancak evlendirme memuruna veya daha sonra nüfus idaresine yapacağı yazılı başvuruyla kocasının soyadı önünde önceki soyadını kullanabilir. Daha önce iki soyadı kullanan kadın, bu haktan sadece bir soyadı için yararlanabilir". Bu madde Medeni Kanun'un "Haklar ve Yükümlülükler" başlığı altında düzenlenmektedir. Bu maddenin eşlerin ortak hak ve yükümlülüklerinin bir parçası olarak değerlendirmek de toplumsal ahlakın izlerini takip etmek anlamına gelecektir. Buna göre aile soyadı kocanınkidir.

Uluslararası antlaşmaların yasa gücünde olduğu bir kere daha hatırlanırsa Türkiye'nin imza attığı Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesine Dair Sözleşme (CEDAW)'ye göre devlet evliliğe ve aile ilişkilerine ilişkin her türlü konuda kadınlara karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak üzere bütün önlemleri uygulamakla yükümlüdür. Aynı zamanda evlilik süresince ve evliliğin son bulmasında kadınların erkeklerle aynı haklara ve sorumluluklara sahip olmaları ödevi ve soyadı açısından daha önemli olan (g) bendinde ise, bir aile adı seçme hakkı dahil olmak üzere karı kocanın aynı kişisel haklara sahip olmaları ödevi taraf devletlere yüklenmiştir. Eşlerin sadece kocanın soyadını aile adı olarak seçebilmesine imkan tanıyan Yeni Türk Medeni Kanun'unun anılan madde hükümlerine aykırılık oluşturduğu açıktır.

32 Zengin, s. 105.

33 Zengin, s. 33.

34 Zengin, s. 37.

35 Zengin, s. 57.

36 Zengin, s. 78.

37 Çakırca, Seda İrem; "Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. M. 187'nin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s. 716.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlementerler Meclisi de üye ülkeler için kadının soyadı konusunda tavsiye kararlar çıkarmış ve CEDAW'ın uygulanmasını teşvik edici bir tutum almıştır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de sözleşmede soyadına ilişkin bir düzenleme yer almamasına rağmen verdiği kararlarla 8, 12 ve 14. maddeler ışığında kadının soyadı konusuna değinmiş ve ayrımcılık yapan devletleri mahkum etmiştir. Nitekim 16.11.2004 tarihinde "Ünal Tekeli Türkiye'ye Karşı" davasında ülkemiz de mahkum olmuştur.

Davaya konu olan olayda, davacı Ayten Ünal Tekeli avukatlık mesleğine başladığı andan itibaren Ayten Ünal olarak tanınan, ancak evlenmesiyle birlikte eski MK.m.153 uyarınca Ayten Tekeli olarak anılmak zorunda kalan bir Türk vatandaşıdır. Mahkemeye başvuran davacı yerel mahkemelerin yalnızca kızlık soyadını kullanmasına izin vermemelerinin özel hayatını koruma hakkına müdahale teşkil ettiğini iddia etmiştir. Ayrıca, yalnızca evli erkeklerin evlendikten sonra da ailesinin soyadlarını taşıyabilmesinin ayrımcılık olduğunu ileri sürmüştür. Bu bağlamda, tek başına ve 14. maddeyle ilişkili olarak Sözleşme'nin 8. maddesine dayanmaktadır.[38]

Evlenmeden önceki soyadı olan Ünal'ı kullanmak üzere yerel mahkemeye başvuran davacının bu talebi reddedilmiş ve yerel mahkemenin davanın reddine dair kararı Yargıtay tarafından onanmıştır. Bu sırada 1997 tarihinde eski MK. m.153'e eklenen bir fıkra ile evli kadına evlenmeden önceki soyadını kocanın soyadı önünde taşıma imkanı verilmiştir. Ancak davacı sözkonusu değişikliğin kendisinin soyadı olarak yalnızca evlenmeden önceki soyadını kullanabilme yönündeki talebini karşılamadığını düşündüğü için bu olasılıktan yararlanmamayı tercih etmiştir.

Mahkeme, başvuranın, özel çevrelerde ve kültürel ya da siyasi etkinliklerde tanındığı kendi soyadı olan Ünal'ı kullanmasına izin verilmemesinin, mesleki olmayan etkinliklerini de büyük ölçüde etkilemiş olabileceğini dikkate almıştır. Bu sebeplerle mahkeme başvuranın mağdur olduğuna karar vermiştir. AİHM davanın kapsamının 8. maddeye girdiğini belirtirken bu maddenin adlara dair net bir hüküm getirmediğini, ancak yine de kimlik belirleme ve aile bağı aracı olarak insanın adının özel ve aile yaşamını ilgilendirdiğini yinelemiştir. Mahkeme, adların kullanımını düzenlemede kamu menfaatinin bulunması ihtimalinin, kişinin bir dereceye kadar başkalarıyla ilişki kurma hakkını da kapsadığı kabul edilen adını, özel ve aile hayatı alanının dışında bırakmak için yeterli olmadığının altını,

38 AİHM'nin 16.11.2004 tarihli Ünal Tekeli-Türkiye Davası kararının ADBİGM'ce yapılan çevirisidir.

"Burghartz İsviçre'ye Karşı" kararına yaptığı atıfla da çizmiştir.[39]

AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesiyle beraber düşünüldüğünde 14. maddeye uygunluk üzerinde de ayrıntılı olarak durmuştur. Öncelikle tarafların iddiaları incelenmiştir. Başvuran, Türk yasaları tarafından erkeklerin kendi soyadlarını kullanmasına izin verilmesine karşın, yetkililerin evlendikten sonra kızlık soyadını kullanmasına izin vermemesinden şikayet etmiştir. Bunun cinsiyete dayalı bir ayrımcılık olduğunu ve Sözleşme'nin 14. maddesiyle beraber düşünüldüğünde 8. maddeyi ihlal ettiğini öne sürmüştür.

Mahkeme, kararında Türkiye'yi saptadığı ihlallerin sonuçlarını hangi şekilde ortadan kaldıracağına ilişkin serbest bırakmış olsa da, kararda yukarıda açıklanan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisi karar ve tavsiyelerine atıf yapmıştır. Dolayısıyla Türkiye bu karar ve atıflara uygun bir düzenleme yapmalıdır.

Günlük hayatta soyadın değişmesi oldukça sıkıntı yaratan bir durumdur. Kadının iş çevresinde yeni bir soyadıyla tanınmasını gerektirmekte, kredi kartlarından faturalara, nüfus cüzdanından pasaporta kadar birçok değişikliği beraberinde getirmektedir. Bu durum boşanma halinde de sorun olabilmektedir, çünkü kadının boşandığı eşinin soyadını kullanmaya devam etmeyi istemesi kocanın rızasına bağlıdır ve bu rıza verilmediğinde ve özellikle de ortak bir çocuğun bulunduğu hallerde sorun yaratabilmektedir.

8. Namus ve Kadına Yönelen Şiddet:

Kadına yönelik şiddet bir şiddetten sözedilmesi ve kadını bu anlamda koruyacak yasalar konulması aslında toplumsal ahlakla hukukun karşı karşıya kaldığı bir kesişme noktasını ortaya koymaktadır. Toplumsal ahlak kadının şiddetle terbiye edileceğini varsayabilir, bu hakkı erkeğe verebilir ve bunu her ailenin kendi sorunu olarak kabul edebilir. Bu bakış açısı emniyet teşkilatına kadar uzanırsa polis "aile kavgasına" müdahale etmemekte, tutanak düzenlememekte ve kadınlar korunma taleplerinde yalnız kalmaktadırlar.[40] Tüm kadın hareketlerine, çıkarılan yasaya rağmen kadınların bir kısmı hala erkeklerin bazı durumlarda eşlerini dövebileceğine ilişkin bir görüşü korumaktadırlar.[41] Ancak insan haklarına dayanan bir bakış açısıyla kimsenin şiddete, işkenceye maruz kalması mazur görülemez. Bunu engellemek için de getirilecek çözüm hem hukuki düzenlemeler yapmak hem de toplumun şiddeti "kötü" kabul etmesi için gereken toplumsal dönüşümü başlatmak ve her türlü yolu kullanmaktadır (medya, eğitim kurumları gibi).

Türkiye'de de gerek namus adı altında işlenen cinayetlerle, gerek sudan nedenlerle çıkan aile kavgalarında aile içi şiddete uğrayan kadınlar, sıklıkla karşılaşılan bir hukuki ve toplumsal sorundur. Yine de kadınların uğradığı bu şiddetin önlenmesine ilişkin yasa ancak 1998'de çıkarılabilmiştir.

39 Çakırca, a.g.m., s.725.

40 Hablemitoğlu, Şengül; Toplumsal Cinsiyet Yazıları, Kadınlara Dair Birkaç Söz, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 2004, s. 228.

41 Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, http://www.ksgm.gov.tr/tdvaw/belgeler.htm

Ülkemizde uzun zamandan beri her gün kadınların şiddete uğramaları, eski ve hal-i hazırdaki eşleri tarafından dövülmeleri ya da öldürülmeleri gazetelerin üçüncü sayfalarını süslemeye devam etmektedir. 2005 ile 2011 yılları arasında 4190 kadın erkekler tarafından öldürülmüştür.[42] Bu durumda yasayla da kadınların yeteri kadar korunamadığı sonucuna varmak mümkündür. Burada görüldüğü gibi her ne kadar yasa ideal olana yaklaşmak istemişse de toplumsal ahlak buna izin vermemiştir.

9. İş Yaşamı ve Kadın:

Sadece Türkiye'de değil, Batı ülkelerinde de kadının çalışma hayatına katılması ve erkeklerle eşit koşullarda çalışması Sanayi Devrimi'nden bu yana gelen bir sorundur ve çözümlendiği söylenemez.

Türk toplumunda kadınların çalışması Birinci Dünya Savaşı'ndan sonra söz konusu olmuş, erkek nüfusunun eksilmesi kadınların çalışmaları yönünde bir zorunluluğu doğurmuştur. Ancak genel toplumsal beklenti, kadının çalışmaması, evde çocukların ve varsa yaşlıların bakımı ve ev düzeni ile ilgilenmesi yönündedir. Cumhuriyetle birlikte gelen modernleşme ise kadını hemşirelik, öğretmenlik gibi işlere yönlendirmiştir. Kamu refahını sağlamaya yönelik önlemlerin yokluğu ya da zayıflığı, kadınların çocuklar, hastalar, engelliler ve yaşlılarla ilgili olarak yüklendikleri bakıcı rollerinin devam etmesinde etkili olmuştur[43]. Nitekim kadınların evde yaptıklarına benzeyen, bu işlerin uzantısı sayılabilecek işlere yöneltilmeleri de bunu kanıtlar niteliktedir: Örneğin ilk akla gelen doktor olmaları değil, hemşire olmalarıdır çünkü doktorluk uzun ve bilimsel bir eğitim gerektirmekte, oysa hemşirelik kadınların zaten yüzyıllardır yapmakta olageldikleri bakıcılık faaliyetinin bir uzantısı olarak görülmektedir[44].[45]

Türk kamu yönetiminde kadın görevliler üzerine 1978'de yapılan bir araştırmada, katılımcılara kadınların yüksek kademelerde bulunmamasının nedeni ile ilgili dokuz neden

42 İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi, Kadına Yönelik Şiddet Raporu, http://doc-0s-64-docsviewer.googleusercontent.com/viewer/securedownload/10fs1cjlloupn0p6pa9jshl81e4661r4/sqdo65omfuqqjs

43 Kandiyoti, Deniz, "Ataerkil Örüntüler: Türk Toplumunda Erkek Egemenliğinin Çözümlenmesine Dair Yönelik Notlar, Cariyeler Bacılar Yurttaşlar, Metis Yayınları, İstanbul, 1997, s. 171. Ayrıca Bkz. Kadıoğlu, Ayşe; "Cinselliğin İnkârı: Büyük Toplumsal Projelerin Nesnesi Olarak Türk Kadınları", 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, Tarih Vakfı yayınları, İstanbul, 1998, s. 94.

44 Bu konuda daha geniş bilgi için Bkz.Şimşek-Rathke, Leyla; Dünden Kalanlar. Türkiye'de Hemşirelik ve GATA TSK Sağlık Meslek Lisesi Örneği, İletişim Yayınları, İstanbul, 2011.

45 Bu sadece bugünün Türkiye'sinin sınırları içinde değil, başka coğrafyalarda da böyledir. Modernleşmek isteyen birçok ülke işe eğitim ve sağlık kurumlarından başlamakta, bu da doğrudan toplumsal cinsiyete dokunan uygulamalara zemin hazırlamaktadır. 1832'de Mısır'da kurulan ilk devlet okulunun ebelik okulu olması, yine buranın yönetimi tarafından oluşturulmaya çalışılan sağlık politikalarının bir parçası olarak görünmekte ve erkek, kadın, çocuk tüm halkın fiziksel açıdan daha iyi olmasına yarayacak politikalar olarak sunulmaktadır. Kadınlar açısından ortaya çıkan doğrudan sonuç ise doğum yandaşı bir görüşün geliştirilmesi, kadınların üreme kapasitesinin kadınlar tarafından denetlenebileceğinin yadsınması ve devlet denetiminin kadın bedenleri üzerinde artması şeklinde olmuştur. Kadının annelik işlevleri yüceltilirken, özerkliği reddedilmiştir (Hatem, Mervat F., "19. Yüzyıl Mısır'ında Sağlık Mesleği ve Kadın Bedeninin Denetlenmesi", Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları, Ed.: Madeleine C. Zilfi, Çev.: Necmiye Alpay, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2000, s. 64-68).

verilmiş ve bu nedenleri sıralamaları istenmiştir. Araştırma sonucunda kadın görevlilerin çalışma yaşamlarının sürekli olmayışı, evlenen ve çocuk sahibi olan kadınların iş yaşamından ayrılmaları nedeniyle kendilerine üst düzey kademelerde rastlanmadığı yolundaki kanaat baskın çıkmıştır. Katılımcılar, kadınların üst düzey görevlere yükselememelerinin ikinci nedeni olarak geleneksel ve toplumsal tutumlar olduğunu belirtmişlerdir.[46] TÜİK tarafından 2006 yılında yapılan araştırmada ise kadınların asli görevlerinin çocuk bakımı ve ev işi olduğunu söyleyenlerin hemen ardından, kadınların çalışmasının gelenek ve göreneklere aykırı olduğunu dile getiren bir grup bulunmaktadır.[47] Görüldüğü üzere, kadınların çalışma yaşamıyla ilgili veriler son 30 yılda çok fazla bir şey değişmemiştir ve kadınların işe alınmasından yükselmelerine kadar her aşama için cinsiyetçi ve kadın-erkek eşitliğini bozan bir tutum vardır. Ancak bunun yanında yüksek kademelere ulaşacak kalifiye bir kadın nüfusunun olmadığını unutmamak gerekir. Bu neden, ekonominin düşük ücretli kesimlerinde, yarı-zamanlı veya geçici işlerde, sendikalaşmamış küçük atölyelerde ya da ev merkezli, örgütlenmemiş ve sosyal güvenceden yoksun bir şekilde başka faaliyetlerde istihdam edilmeye hazır kadın işçi arzını genişletmiştir[48]. Ekonomik dengeler değişse de kadınların Türkiye'de çalışabilmek için eşlerinden izin almaları zorunluluğu 1992'ye kadar devam etmiştir.

Kadınların çalışmasına yönelik bir başka cinsiyetçi tutum ise, gece çalıştırılan kadın işçilere yöneliktir. Yasal düzenleme anayasaya uygun bir şekilde düzenlenmiş ve kadın işçilerin gece çalışmaları halinde korunup kollanması amacı gözetilmiştir.

Bir işyerinin işçiler için getirilmiş sınırlamalara uymak kaydıyla vardiyalar halinde işçi çalıştırmak suretiyle 24 saat sürekli faaliyette bulunması mümkündür. 1475 sayılı eski İş Kanunu kadınların gece çalıştırılmalarını yasaklamışken, 4857 sayılı yasa ile yasak kaldırılmış ve 18 yaşını doldurmuş kadın işçilerin gece vardiyasında çalıştırılmaları özel bir yönetmelikle düzenlenmiştir.[49] Buna göre kadın işçiler 7.5 saatten fazla çalıştırılamaz, kadın işçilerin ikametgahlarına en yakın merkezden işyerine götürülüp getirilmeleri işverenin yükümlülüğüdür, altı ayda bir tekrarlanmak üzere kadın işçilerin çalıştırılabileceklerine dair sağlık raporu şarttır, kadın işçinin isteği üzerine gece çalıştırılması, kocasının çalıştığı gece postasına rastlamayacak şekilde düzenlenir ve aynı işyerinde çalışan karı kocanın aynı gece postasında çalışma istekleri işverence olanak oranında karşılaşır. Erkek işçiler bakımından işverenin servis sağlaması ve altı ayda bir sağlık raporu alınması yükümlülüğü yoktur. Sağlık raporu kadının erkekten daha zayıf olduğunu ima ederken, servis yükümlülüğü ise "namuslu" kadınların gece vakti sokakta bulunmamaları gerektiğine ilişkin toplumsal bir ahlak kuralına dayanmaktadır. Ayrıca bu düzenleme ile yapılmak istenen

46 Çitçi, Oya; "Türk Kamu Yönetiminde Kadın Görevliler", Türk Toplumunda Kadın, Der.: Nermin Abadan-Unat, Genişletilmiş 2. Bası, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, Ankara, 1982, s. 246.

47 http:// www.tuik. gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=41&ust_id_11

48 Kandiyoti, s. 171. Ayrıca Bkz. Özyeğin, Gül, Başkalarının Kiri-Kapıcılar, Gündelikçiler ve Kadınlık Halleri, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.

49 Bkz. 8.9.2004 tarihli 25548 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Kadın İşçilerin Gece Postalarında Çalıştırılmaları Hakkında Yönetmelik.

çalışmak isteyip de gece çalışmaktan çekinen kadınlar için pozitif ayrımcılık yapmaktır.

Sonuç:

Ahlak da hukuk gibi belirli değer yargılarına yönelmektedir. Hukuk kurallarında olsun ahlak kurallarında olsun, ortaya çıkan kurallar konsensusla oluşmaktadır. Bir norm hakkında konsensüs olması, çoğunluğun görüşünü yansıtıyor olması, her zaman onun demokratik olduğu anlamına gelmediği gibi, epistemolojik ve değersel özellikleri de yansıtmayabilir. Konsensüsle veya oyçokluğuyla oluşturulan bir normun insan haklarına aykırı olması mümkündür.[50] Bu düşünceden hareketle değerlendirilecek normun her şeyden önce cinsiyet farkı da gözetmeksizin adil, eşitliği sağlayan ve insan haklarına uygun olması gerekmektedir. Ahlakla kadınların yüzyıllar boyu sınırlandığı, dört duvar arasına hapsedildiği bilinmektedir. İnsan hakları adına yapılan ve etkisi tartışılmaz olan Fransız Devrimi ve bu devrimin alt yapısını hazırlayan düşünürler dahi kadınların haklarından sözetmemişlerdir. Kadının yeri çocuklarının ve kocasının yanı olmuştur ve bu özel alandan kamusal alana kadının çıkması oldukça zorlu bir süreci işaret etmektedir. Sanayi devrimi, savaşlar toplumsal dengeleri alt-üst edince kadın da toplumda daha fazla görünür olmuştur. "Erk'ekler" erklerini kaybetme tehdidini görünce iki silah yardıma yetişmiştir: Biri ahlak, diğer ise hukuktur, ki norm koyucular erkekler olduğundan bunu yapmak çok da güç olmamıştır.

Bizim hukuk sistemimizde özellikle son onyıllarda kadınla erkeğin arasında ahlak adına yaratılan farklılıkların çok azaldığını, bunların kanunlardan ayıklandığını eklemek gerekir. Eril ahlakın ürünü olan "erkeğin aile reisi olması", "çocuklarla ilgili kararlar almada son sözü söylemesi", "bekaret kontrollerinin yapılmasına cevaz verilmesi", "evlenme vaadiyle kızlık bozma suçu" gibi suçların varlığı, "kadınların pantolon giyme yasağı" artık hukuki sistemden çıkarılmıştır. Bunlarda amaç kadın-erkek eşitliğini sağlanmasıdır ve eğer eşitlik bozulacaksa, bu kadınların pozitif yönde kayırılmaları şeklinde olmalıdır.

KAYNAKÇA

- *Alkan, Ayten/ Çakır, Serpil; "Osmanlı İmparatorluğu'ndan Modern Türkiye'ye Cinsiyet Rejimi: Süreklilik ve Kırılmalar", 1920'den Günümüze Türkiye'de Toplumsal Yapı ve Değişim, Der.: Faruk Alpkaya, Bülent Duru, Phoenix Yayınevi, Ankara, 2012.*
- *Altındal, Yonca; Kadının Siyasal Katılımı Bağlamında Partilerin Kadın Kollarının Sosyolojik Açıdan Değerlendirilmesi, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Aydın, 2007.*
- *Aral, Vecdi; Hukuk ve Hukuk Bilimi Üzerine, Filiz Kitabevi, İstanbul, 1992.*
- *Araslı, Oya; Adaylık Kavramı ve Türkiye'de Milletvekilliği Adaylığı, Ankara Üniversitesi Yayınları, Ankara, 1972.*

50 Kuçuradi, "Etik İlkeler ve Hukuk", s. 8.

- *Berktay, Fatmagül; Tektanrılı Dinler Karşısında Kadın, Metis Kadın Araştırmaları, No: 8, İstanbul, 2000.*
- *Bilir, Faruk; Siyasi Partilerde Parlemento Adaylarının Belirlenmesi, Yetkin Yayınları, Ankara, 2007.*
- *Billington, Ray; Felsefeyi Yaşamak, Çev.: Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011.*
- *Çakırca, Seda İrem; "Kadın Erkek Eşitliği Açısından MK. M. 187'nin Değerlendirilmesi", Prof. Dr. Rona Serozan'a Armağan, Oniki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.*
- *Çitçi, Oya; "Türk Kamu Yönetiminde Kadın Görevliler", Türk Toplumunda Kadın, Der.: Nermin Abadan-Unat, Genişletilmiş 2. Bası, Araştırma, Eğitim, Ekin Yayınları, Ankara, 1982.*
- *Dabin, Jean; Théorie Générale du Droit, Etablissements Emile Bruylant, Bruxelles, 1953.*
- *Erkoç, Nükhet, Osmanlı'dan Cumhuriyet'e Cariyelik ve Kadın, Postiga, İstanbul, 2010.*
- *Eser, Hamza Bahadır/ Dinç, Mehmet; "Kadınların Siyasal Katılımını Artırmaya Yönelik Bir Yöntem Olarak Kota Uygulamaları", http://idc.sdu.edu.tr/tammetinler/demokrasi/ demokrasi9pdf (29.10.2011).*
- *Güneş-Ayata, Ayşe; "Türkiye'de Kadının Siyasete Katılımı", 1980'ler Türkiye'sinde Kadın Bakış Açısından Kadınlar, Der.: Şirin Tekeli, İletişim Yayınları, İstanbul, 1995.*
- *Hablemitoğlu, Şengül; Toplumsal Cinsiyet Yazıları, Kadınlara Dair Birkaç Söz, Toplumsal Dönüşüm Yayınları, İstanbul, 2004.*
- *Hatem, Mervat F., "19. Yüzyıl Mısır'ında Sağlık Mesleği ve Kadın Bedeninin Denetlenmesi", Modernleşmenin Eşiğinde Osmanlı Kadınları, Ed.: Madeleine C. Zilfi, Çev.: Necmiye Alpay, Tarih Vakfı Yurt Yayınları, İstanbul, 2000.*
- *Hatemi, Hüseyin; Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1976.*
- *Kadıoğlu, Ayşe; "Cinselliğin İnkârı: Büyük Toplumsal Projelerin Nesnesi Olarak Türk Kadınları", 75 Yılda Kadınlar ve Erkekler, Tarih Vakfı yayınları, İstanbul, 1998.*
- *Kandiyoti, Deniz, "Ataerkil Örüntüler: Türk Toplumunda Erkek Egemenliğinin Çözümlenmesine Dair Yönelik Notlar, Cariyeler Bacılar Yurttaşlar, Metis Yayınları, İstanbul, 1997.*
- *Kuçuradi, İoanna; "Etik İlkeler ve Hukuk", HFSA, No: 8, 2003.*
- *Kuçuradi, İoanna; "Etik İlkeler ve Hukukun Temel İlkeleri Olarak İnsan Hakları", HFSA, No: 13, 2005.*
- *Öktem, Niyazi; "Antik Yunan Felsefesi", İ.Ü.H.F.M., C.: 39, S.: 1-4, 1974.*
- *Özyeğin, Gül, Başkalarının Kiri-Kapıcılar, Gündelikçiler ve Kadınlık Halleri, İletişim Yayınları, İstanbul, 2005.*
- *Revel, Judith; "Kimlik, Doğa, Yaşam. Üç Biyopolitik Yapıbozumu, Cogito, S.: 70-71, 2012.*
- *Sancar, Serpil; Türk Modernleşmesinin Cinsiyeti. Erkekler Devlet, Kadınlar Aile Kurar, İletişim Yayınları, İstanbul, 2012.*
- *Serozan, Rona; Çocuk Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.*
- *Serozan, Rona/ İlkay, Baki İlkay; Miras Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2012.*
- *Şimşek-Rathke, Leyla; Dünden Kalanlar. Türkiye'de Hemşirelik ve GATA TSK Sağlık Meslek Lisesi Örneği, İletişim Yayınları, İstanbul.*
- *Tepe, Harun; "Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, 2005.*
- *Üskül, Zeynep Özlem; Bireyciliğe Tarihsel Bakış, Büke Yayınevi, 2003.*
- *Işıktaç, Yasemin; Hukuk Sosyolojisi, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2008.*
- *Zengin, Aslı; İktidarın Mahremiyeti, Metis, İstanbul, 2011.*
- *Zihnioğlu Yaprak, Kadınsız İnkılâp, Metis Yayınları, İstanbul, 2003.*

İNTERNET KAYNAKLARI

- *http:// www.tuik. gov.tr/VeriBilgi.do?tb_id=41&ust_id_11 (24.11.2012).*
- *"Tecavüz Bebeği Devlet Korumasına", http://haber.mynet.com (24 Kasım 2012).*
- *"Tecavüz Sonucu Hamile Kalan Engelli Kız Kürtaj Olacak", www.haberler.com. (12 Eylül 2012).*
- *İnsan Hakları Derneği İstanbul Şubesi, Kadına Yönelik Şiddet Raporu, http://doc-0s-64-docsviewer.googleusercontent.com/viewer/securedownload/10fs1cjlloupn0p6pa9jsh-l81e4661r4/sqdo65omfuqqjs.*
- *Türkiye'de Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Araştırması, Kadının Statüsü Genel Müdürlüğü, http://www.ksgm.gov.tr/tdvaw/belgeler.htm*

DEMOKRATİK BİR TOPLUMUN POLİTİK DUYGUSALLIĞININ ANALİZİ ÜZERİNE: NUSSBAUM (I)

Hatice Nur ERKIZAN*

... to love is to feel pleasure but to be loved is not; for being loved is not an activity of the thing loved, whereas loving is an activity (energeia).

Aristoteles

"Şefkat, ortak olarak paylaşılan insanlığı tanımayı gerektirir; şefkat olmadan bizim zayıf ve güçsüz olanlara karşı acımasızca ve tiranca davranmamamız için hiçbir neden yoktur."

M. C. Nussbaum

GİRİŞ VE BAZI BELİRLEMELER

Bu çalışma M. C. Nussbaum'dan hareketle demokratik bir toplumda politik duygusallığı demokratik kültür bağlamında ele alıp incelemeyi amaçlar. Kamusal duygusallığın oluşumunun ve niteliğinin demokrasiyi ayakta tutan iki kolondan biri olan en az akıl kadar önemli olduğunu iddia eder.

M. C. Nussbaum günümüzün en saygın ve en önde gelen filozoflarından, çağdaş Aristotelesçi filozoflarından biridir. Onun pratik felsefesinin başlangıç noktası Aristoteles'in iyi yaşam hakkındaki görüşleri olsa da etik ve duygu üzerine olan çalışmalarının temelinde bir bütün olarak Antik Felsefe üzerine olan derin kavrayışı ve de bilgisi bulunur. Liberalizm, feminizm, Çok-kültürcülük ve uluslararası adalet onun felsefi çalışma alanlarından yalnızca bazılarını oluşturur. Amartya Sen ile birlikte oluşturduğu gelişme politikaları ve de *Olanaklılık Yaklaşımı* hemen her alanda etkili olmuştur. İnsani Gelişmişlik Endeksi'nin geliştirilmesini önemli ölçüde onlara borçluyuz. Nussbaum'ın son zamanlarda üzerinde çalıştığı konuların başında ise dinin toplumdaki önemi ve işlevi gelmektedir.

M.C. Nussbaum'ın en son kitabı *Politik Duygular: Sevgi Neden Adalet İçin Önemlidir*[1] başlığını taşıyor. Kitabın, hayatının en büyük ve en önemli çalışmalarından biri olduğunu söyleyen Nussbaum'ın, bir bakıma akıl ve duygu karşılaşmasını etik ve politik kavrayış içinden ama özgün ve de disiplinler-üstü bir anlayışla ele aldığı söylenebilir. Ancak onun esas kaygısını duyguların politik yaşamdaki önemi ve işlevi oluşturur. Nussbaum sosyal değişmeyi, değişmeyi ve yeşermeyi adaletli bir toplum üzerinden kurma amacına yönelir-

* Prof. Dr. Muğla Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

1 *Political Emotions: Wyh Love Matters For Justice*, Harvard University Press, 2013.

ken ne adaleti ve ne de demokrasiyi salt akılsallık üzerinden ele almaz. Ona göre, adaletli bir toplum ancak ve ancak duyguların yeşermesi ve özgürleşmesi ile kurulabilir. Platon ve Rawls bize hâlihazırda hayal edilmiş/kurgulanmış bir adaletli dünya anlayışı sunarken Nussbaum adaletli bir dünyayı gerçekleştirmenin nasıl ve hangi yollarla mümkün olduğunu göstermeye yönelir.

Adalet zordur; çünkü o, insanın kendisinden adanmışlığın yanı sıra anlamayı da gerektirir. Bu nedenle, adalet duyguları bir tarafa bırakamayacağı gibi onu anlama alanının dışına da çıkaramaz. Adaletli bir toplumda duyguların varlığı hissedilmelidir. Öyle ki; nasıl sevginin varlığı ve yokluğu derinden duyulur ve hissedilirse adaletin varlığı ve yokluğu da aynen duyulmalı ve hissedilmelidir. Nussbaum'ın *Politik Duygular* adlı kitabında altını çizdiği son derece özgün ve de önemli olan mesajın özü budur. O, saygın ve adaletli bir toplumda sevginin vazgeçilmezliğini gösterir bize. Bu ise, daha açık bir ifadeyle, politik alanda sevgi var olmadan adaletin de olmayacağını söylemektir. İnsana saygı ancak ve ancak böyle hayat bulabilir. İnsana saygı düşüncesi sevgi olmadan varlık kazanamaz. Bu bir bakıma Plâtoncu devlet ve adalet anlayışından da çok keskin bir kopuşun ifadesidir. Zaten Nussbaum da "Platon yaşamış olsaydı ortaya koyduğum görüşlerden kesinlikle nefret ederdi" sözleriyle bunu açık bir biçimde ifade eder. Bence bu aynı zamanda 21.yüzyıl Aydınlanmasını da haber verir.[2]

Nussbaum'ın felsefesinin iki *arkhe/*kolon üzerinde yükseldiği dikkate alınacak olursa bunlardan biri var olanı anlamamız için elzem gördüğü duygular ve de onun politik liberal anlayışının temelinde yer alan insani olanaklardır; insanı olanakların yeşermesidir. Ve o bu kitabında ortaya koyduğu görüşleriyle disiplin sınırlamalarının üzerine yükselir. Nussbaum bir filozof, politika kuramcısı, psikolog, edebiyat kuramcısı ve tarihçi olarak karşımıza çıkar ama esas olarak hepsinin üzerinden bakarak konuyu ele alır. Bu da felsefede dar bakışlılığın kırılmasıdır, hiç kuşkusuz.

Burada amaçlanan genel olarak M. C Nussbaum'dan hareketle; demokrasi, akıl ve duygu arasındaki bağıntıyı ele almak ve analiz etmektir. Nussbaum'a göre, demokratik birey kendi var-olmalığını yalnızca rasyonel düzlemde kuramaz. Bundan dolayıdır ki; demokratik birey insan olarak duygusal olanaklarını yitirmiş, hayalgücünü/yaratıcılığını kaybetmiş bir varlık da olamaz. Demokrasi; kavramsal bakımdan, insanın yeşermesine olanak tanıması bakımından etik, politik ve estetik bir değere sahiptir. Ancak şu da bir gerçektir ki; demokrasinin yeşermesinin kökeninde de insanın yeşermesi yer alır. Ve insanın yeşermesi için de onun sahip olduğu aklın, hayalgücünün ve duygusal yanının yeşermesine olanak tanınması gerekir. Bunun olmadığı yerde demokrasi belli bir süre bir yönetim biçimi olarak var olabilir, ama bu, demokratik bireyin var-olma durumuna işaret etmez. Zaten demokratik kültürün olmadığı/gelişmediği yerde demokrasi de varlığını sürdüremez.

2 An Interview With Martha Craven Nussbaum: *Political Emotions: Why Love Matters For Justice,* E. Caminada Universität zu Köln, B. Malmestiti Università Degli Studi Di Milano.

Burada yanıtlanması ve üzerinde durulması gereken esas sorulardan biri saygın bir toplumun demokratik kültürünü ve onun kurumlarını koruyabilmek için nasıl bir duygusal "yeşermenin" (*cultivation*) gerekli olduğudur. Burada da bu sorudan hareketle bazı problemler ele alınacak ve incelenecektir.

İnsan saygı duyulması gereken bir varlıktır. Her insan, insan olması nedeniyle saygı görmeyi hak eder ki bu saygı görmenin kendisi insana yakışan bir yaşam sürmeyi de içerir. İnsan adalet ister; çünkü adalet aslında ve esasında her insanın saygın bir yaşama sahip olmasına ilişkin haklardan başka bir şey değildir. O halde; saygın demokratik bir kültürün temelinde insana saygı ve bu saygıdan doğan haklar ışığında yaşamaya değer insanca bir yaşamı sürdürebilme bulunur. Demokrasi; insanın saygınlığına saygı gösterilmesi ve insanın saygın bir yaşamı sürdürebilmesi gerektiği ilkesi ve talebi üzerinde yükselir. Tersi durumda; demokrasi de insan da çöker!

İnsan olmak tehlikelidir; daha doğrusu, insan olmak birçok tehlikeyi içinde barındırır. İnsan doğasının ne olduğu tartışmanın hiç kuşkusuz merkezindedir ve de burada en azından şu söylenebilir ki; insan olup-bitmiş bir varlık değildir. Zaten demokratik bir toplumda insanların yaşama ilişkin görüşleri insan doğasına ilişkin herhangi bir dinsel ya da ahlaksal kavrayış üzerinde de temellenemez. Empirik psikolojinin sonuçları, hayvanların davranışları üzerine yapılan araştırmalar, insanın gelişmesine ilişkin klinik sonuçlar ve benzeri araştırmalar insanı anlamanın temelinde yer almak durumundadır. Edebiyatın kendisi de insanı ve insani yaşamı anlamada bize ışık tutabilir ama bu her halükarda sekteryan edebiyat olmayacaktır. Bu tür edebi çalışmalar, ister dinsel isterse de laik bir perspektiften yazılsın, insanı anlamadan çok Platon'un *devletçi* edebiyatına benzeyecektir; bu ise ne anlaşılması gerektiği önceden kurgulanmış ve de nasıl işlemesi/neyi hayal etmesi gerektiği önceden hayal edilmiş hayalgücü ve edebiyattır.

Atina demokrasisi yurttaşların eğitimine büyük önem atfediyordu. Bu bakımdan trajedi ve komedi festivalleri/bayramları çok önemliydi. Onların gerçekleştiği zamanlarda kentteki tüm işler neredeyse dururdu. Modern demokrasiler bu bakımdan Atina demokrasisinin oldukça gerisinde sayılırlar. Çünkü trajediler insanın nasıl kırılgan bir varlık olabileceğini gösterirken komediler daha çok insan bedeninin uğrayabileceği olası ve olanaklı durumları anlatırlar. Bu her ikisi ise insanın aşkın, zaman-mekân üstü bir varlık olarak değil de insan olması bakımından ne olduğunu/olabileceğini duyurur bize. Demokratik kültürün yeşermesi tam da buna bağlıdır. İnsanı tanıma/bilme empati/duygudaşlık, sempati ve merhamet/şefkat olmadan olanaklı değildir. Ama bu her üç duygunun yanında sevgi (*philia/love*) en önemli olanıdır. Korkular, kızgınlıklar, çıkar çatışmaları, kıskançlıklar yalnız demokratik olmayan toplumların değil demokratik toplumların da karşılaştığı durumlardır. Aslında; tüm olumsuz duyguların temelinde iğrenme duygusu bulunur ki bu iğrenme duygusunu yenebilecek tek şey sevgidir. Zaten demokratik kültürün yerleştiği toplumlarda iğrenme duygusu bitmemiştir ama önemli ölçüde yenilmiştir. Çünkü böylesi toplumlarda kadın bazı özellikleri nedeniyle "daha aşağı" GÖRÜLMEZ ve de iğrenilmez. Farklı ırka, farklı dine, farklı anlayışa sahip olan kişiler aşağılama ve iğrenme duygusunun nesnesi durumu-

na getirilmezler.[3] Büyük politik liderler de iğrenme, nefret ve kızgınlık duygusu üzerinden yürümezler; örneğin Mustafa Kemal Atatürk, M. Gandhi gibi. Her iki lider de özgürlük ve bağımsızlık savaşı vermelerine karşın savaşı, intikamı ve de acıyı yüceltmezler. Bugün modern demokrasilerin belki de en büyük eksiği kamusal duygusallığın nasıl ve neye dayanarak yeşertilebileceği konusunda bir kavrayış geliştirememiş olmalarıdır. Bu bağlamda bazı girişimler olmuş olmakla birlikte; örneğin sivil din (*civil religion*) veya insanlık dini (*religion of humanity*), yine de özgürlük ve otonomi bakımından duyguların analizinde pek başarılı olunamamıştır.

İnsanın karanlık yanı vardır ve hep olmuştur. İnsan önemli ölçüde hayvan olması bakımından itkilere, tutkulara sahip olmakla birlikte onda hayvanı aşan yan da vardır. Belki insanın trajedisi de komedisi de bundandır. Bir toplum, bir ulus ama özellikle de demokratik bir toplum kendi yurttaşlarının duygularını dikkate almadan amaçlarını gerçekleştiremez. Okul yapımı, çöplerin toplanması, ülke sevgisi, doğal veya doğal olmayan felaketlerin yaralarının sarılması gibi. Çünkü ülke sevgisi olmadan ülke için savaşılmaz; kamus sal onur duygusu olmadan okul yapılmaz, çöpler toplanmaz, çeşitli hastalıklar için bağış toplanmaz. Bu bakımdan kamusal duygusallık ile politik eylemler ve amaçlar arasında çok önemli karşılıklı ilişkiler vardır. Dolayısıyla politik iktidarlar kendi yurttaşlarının duygusal yeşermelerine ve onların doğru amaçlara yönlenmesine gereken önemi vermelidirler. Burada Plâtoncu yanlıştan kaçınmanın çok büyük önemi vardır. Çünkü bu çabanın kendisi kolayca bireyin veya toplumun özgürlüğü ile çatışabilir veya ona zarar verebilir; kolayca totaliterliğin/diktatörlüğün propagandasının asli unsuruna ve aracına dönüşebilir.

Demokratik bir kültür insanın bu yanını aşabilmesini-yok saymasını değil- gerektirir. Tam da bundan dolayıdır ki; demokrasiye uygun politik kültürü yaratmak için insani bilimlerin, edebiyatın, politik retoriğin, festivallerin, anıtların ve de parkların insana saygıyı "göstermesi" GEREKİR. Ancak insana saygı düşüncesine hayat verecek olan da sevgidir. Çünkü insan sevgi olmadan yalnızca "bir kabuktur"…

Sivil din (*civic religion*) veya insanlık dini anlayışları ve arayışları belli ölçüde bu kaygıların ifadesi olarak görülebilir. Ama bilinmesi gerekir ki; duygular ne itkisel ve ne de hayata otomatik olarak verilen yanıtlardır. Bu bakımdan bir duygunun kendisi belli bir politik anlayışın kabulü veya ifadesi olabilir. Dolayısıyla; yönetimler herhangi bir anlayışı dışarıda bırakması ve onu aşağılaması bakımından duyguların kamusal alanda ifade edilmesi konusunda duyarlı olmak durumundadırlar. Daha doğrusu, toplumun belli kesimlerini rencide eden, boyun eğdiren ve onların insani saygınlığına yönelik duygusal ifadelerin çeşitli biçimlerde dile getirilmesinde dikkatli olunmalıdır.

Politik duyguların etkili olabilmesi için onların gerçekten sahiplenilmesi gerekir. Ancak bu sahiplenme dogmatik bir duruşu da kapsamaz. Duygusal sahiplenme kesinlikle bireysel özgürlük ile uyumlu olmalıdır ki bu da duyguların bilişsel bir içeriğe sahip olduğu

3 M. C. Nussbaum, *Political Emotions: Wyh Love Matters For Justice*, Harvard University Press, 2013, s.314-378.

düşüncesinden hareketle aynı zamanda eleştiriye ve değişmeye de uygun olması anlamına gelir. Alay, dalga geçme, gülmece, komedi yoluyla eleştiri vatanseverliği savaş kışkırtıcılığına çevirmemenin en önemli araçlarından biri olabilir. Politik duygulara içkin olan gerilimi gidermenin yollarından biri yönetimlerin sanatçıların özgürlüğünü sınırlamamasıdır ki bu yol ile gerilimler hafifletilebilir. Sanatçılar ilgili konuya farklı yaklaşımları sunmaları nedeniyle aynı zamanda özgürlüğün de var-oluşuna ve kendini devam ettirmesine olanak sağlayabilirler. Bu bakımdan yönetimler farklı politik değerlerin ve onlara denk gelen politik duyguların ifade edilmesini desteklemelidirler. Sanatçıların cesaretlerinin kırılmasını değil bizzat onun yeşermesine alan açmalıdırlar. Platon'dan bu yana filozoflar (Rousseau, Locke, Mill ve Rawls gibi) ahlak duygusunun geliştirilmesine yönelik bu konuda felsefi söylem geliştirme çabası içinde oldular. Bununla birlikte onların pek de başarılı olduğu söylenemez; çünkü rasyonel bir söylem olan felsefe aracılığıyla duygular ancak analizin konusu olabilirler. Oysa duygular müzik, dans, şiir gibi sanatlar aracılığıyla varlık kazanırlar; yeşerirler. Dolayısıyla rasyonel söylem burada bir sınıra çarpar denilebilir; onun yetersiz olduğu söylenebilir; örneğin Comte'un son derece etkili olan insanlık dinine ilişkin anlayışı kamusal duygusallığı eleştirmede yetersizdir. Çünkü onun gerisindeki pozitivizm sanatçının hayalgücünü özgür bir biçimde geliştirmesine teorik olarak izin vermez.[4]

Yaslarımızı tutma biçimlerimiz, kayıplarımıza ağlamamız; kısaca hayata ve ölüme karşı duygusal duruşumuz özünde ahlaki bir duruşu ve duyarlılığı ifade eder. Bunun yanı sıra onlar ahlaki semboller haline gelebildikleri gibi adaletin algılanmasına da doğrudan bir temel oluşturabilirler. Acılarımız, sevinçlerimiz, kayıplarımız ya da kazanımlarımız kendimizi gerçekleştirmemizin biçimleridirler. Bir ülkenin kurucusunun veya demokrat bir liderin kaybından duyduğumuz acının kendisi bizzat demokratik ideallere bağlılığımızın bir ifadesi haline gelebilir.

Nussbaum; Tagore'un Bangladeş'in ulusal marşı olan *Amar Shonar* üzerinde durur; onu örnek olarak verir. O, bir yandan Bangledeş'in güzelliğini anlatırken bir yandan da bizzat Bangledeş'in saldırgan İngiliz emperyalizmine meydan okumasını dile getirir. Çünkü; Tagore'un amacı okuyucularında demokratik ideallere karşı olumlu bir duygu geyliştirmektir. Başka bir ifadeyle; onların demokratik ideallere güzellik duygusu üzerinden yönelmelerini sağlamaktır.[5]

Duygular, duyguya sahip olan birileri tarafından bir şeyin iyi ya da kötü olarak değerlendirilmesidir. Bu nedenle; duygular ile değerler arasında doğrudan bir bağıntı vardır. Çünkü duygular değer içerirler; değer içeriklidirler. Bununla birlikte duygular refleksif olmayabildikleri gibi normatif veya normatif olmayabilirler de. Çünkü normlar belli sosyal değerlerin bütünü anlamına gelebilir. Ayrıca; diyelim ki bir ceylan aslanın elinden kurtulduğunda, ceylanda bir duygu meydana gelebilir. Burada minimal düzeyde de olsa bir duygudan ve hatta değerden bile söz edilebilir; ölümün kötü, yaşamın iyi olması bağlamında.

4 *a.g.e.* s.54 vd.

5 a.g.e., s. 82 ve ilerisi.

Fakat sanırım söz edilemeyecek şey normun varlığıdır; çünkü norma sahip olmak için belli anlamda soyut düşünme yeteneğine sahip olunması gerekir.

Nussbaum duyguların bilişsel yönüne vurgu yapar ve onu *Olanaklılık Kuramı* ile bağıntılar. Ona göre, yukarıda da değinildiği gibi, salt rasyonalite insanı bize vermez. Sosyal felsefe bu her ikisine de gereksinim duyar. Çünkü toplum nereye doğru gitmek istediğine veya gittiğine dair bir haritaya gereksinim duyar. Zaten özgür bir birey ve özgür bir toplum ancak ve ancak kendisine bir amaç/ *telos* koyabilir.

Kendisine saygısı olan bir toplum bu haritadan adaletin yerini oymaz; onu dışarıda bırakmaz; çünkü adalet sosyal amaçları gerçekleştirmenin en önemli araçlarından biridir. Ve onları gerçekleştirebilmek ve korumak için duygular üzerine düşünmek durumundayız. Onların bilişsel içeriğe sahip olduğu daha önce ifade edilmişti. Çünkü duygular toplumun kendi amaçlarını gerçekleştirmesine yardım ederken bazıları da onları engeller.

İnsanın ülkesini, başkalarını, doğayı ve kendini sevmesi gibi korku, utanç, kıskançlık, hayranlık duyguları da çok önemlidir. Duygular eğitim ile de biçimlendirilebilir ve de genişletilebilir. Saygı elbette çok önemli bir kavram ama kendi başına da bize pek bir şey söylemez; suskundur. Onu konuşturacak olan duygulardır. Zaten saygı terimi de politik kavramlar öbeği içinde ele alınmalıdır; yani bütünün bir parçası olarak.

Grek geleneğinde duygusal eğitimin iki paradigması olarak trajedi ve komediyi buluruz. Trajedi insandaki merhamet ve şefkat duygusunu ortaya çıkarır. Ve merhamet ve şefkat ile de insanın kendi varlığına ilişkin kırılganlık duygusu/algısı oluşur. Komedi ise insan bedeninin kırılganlığını ve bunun rehabilite edilmesini amaçlar; bu her iki duygu demokratik bir toplum için temel bir işleve ve öneme sahiptir. Bu bakımdan bir toplumda trajedi festivallerinin düzenlenmesi çok önemlidir; çünkü o, insandaki merhamet ve de şefkat duygusunun oluşmasına, gelişmesine ve de genişlemesine/yeşermesine imkân tanır; onun aracılığı ile insan kendisinin başına gelebilecek talihsizlikler konusunda bir hissedişe ve kavrayışa sahip olur. Komedi festivalleri ise bizi bedenimizle yüzleştirir. Savaşta aç ve susuz kalmanın bize neler yaptırabileceğini ve de başkalarıyla paylaşmaktan utanacağımız gereksinimlerin neler olabileceğini göstererek bedenimizin kırılganlığını bize duyurur. Ve biz bunları medya, politik retorik, kamusal retorik alanına taşıyabiliriz; örneğin ulusal bayramlar, parklar, anıtlar ve kitap okuma kulüpleri gibi.

Demokratik kültürün yeşermesi için insanı biçimleyen duyguların çok büyük bir önemi vardır. Bu bakımdan Platon'un *Devlet*'inin bir başlangıç olduğu söylenebilir- iyi ya da kötü anlamda-Nussbaum temel gereksinimleri hayatta kalmak için gerekli olan en az şeyler ile sınırlamaz. Tam tersine, onun esas kaygısı ve ilgisi saygın bir yaşamı gerçekleştirmek için nelerin gerekli olduğudur. Bundan dolayıdır ki; Nussbaum Platon'un *Devlet*'inden çok, daha doğru bir ifadeyle, esas olarak Aristoteles'in *Politika*'sı ve de *Retorik*'i ile ilgilidir. Zaten kendisi de, daha önce de ifade edildiği gibi, Platon'un neredeyse onun söylediği tüm şeylerden nefret edeceğini açıkça söyler (*Plato would have hated almost everything I say*). Eleştiri ve eleştirel bir kültüre dayalı politik yapılanma Platon için anlamsızdır

ve de zaten imkânsızdır; aynı farklı düşünme, duyma, hissetme ve bireysel deneyimlerin imkansız olduğu gibi. Zaten Nussbaum Aristoteles'in insan tanımına bağlıdır; çünkü o da insanın hayvan ama sosyal bir hayvan olduğunu kabul eder. Çünkü insan büyük sevgi duyma gücüne/yeteneğine sahip bir varlık olmasının yanı sıra kendi türüne karşı korkunç ölçüde nefret duyma yeteneğine de sahiptir ve bu bakımdan hayvan-insan olarak diğer hayvanlardan ayrılır. Bu başka türlerde olmayan bir şeydir. Bu ikili yapının kökeninde ise asıl olarak yalnızlığımız, çaresizliğimiz ve bunlara rağmen her şeyi kontrol etme arzumuz arasındaki çatışma bulunur. Bu iki yan arasındaki gerginlik ve hatta gerginlikten çatışmaya dönüşme hem bireysel ve hem de toplumsal yaşamımızda büyük problemlere neden olmaktadır.

İnsan-olmayan hiçbir hayvanın hayvan olmak istemediğini görmüyoruz. İnsan hayvan olduğunu ve ölümlü olduğunu inkâr ediyor. Herşeyi kontrol etme arzusu ve de kendi sonluluğumuzu aşma ciddi anlamda güçlük yaratıyor. Demokratik duygusal yeşerme ile bunun aşılabileceği umudu ve olanağı üzerinde bu bakımdan düşünülmelidir. Demokratik duygusal haritasında şefkat, merhamet ve sevginin silindiği, olmadığı bir birey demokratik olamayacağı gibi bunları kaybeden bir toplumda da demokrasi var olsa bile varlığını sürdüremez. ***Sonuç olarak; kendileri adına düşünen, kendi aklını izleyen ve tartışan insanlar yaratamadığımız sürece biz hakiki anlamda demokratik bir kültür yaratamayız. Ama aynı zamanda; demokratik kültür kendi adına hayal kurabilen insanları da talep eder ki bu hayallerin en önemlisi sevgi üzerinden kurulabilendir. Demokratik kültür insana saygıyı talep eder;*** İNSANA SAYGIYA DA HAYAT VEREN SEVGİDİR.[6]

6 a.g.e., s. 378-379.

ALBAY CHABERT
(Hukuk Felsefesi Açısından Bir İnceleme)

Sercan GÜRLER[1]

Bilindiği üzere Honoré de Balzac (1799-1850), XIX. yy.'da yaşamış dünyaca ünlü bir edebiyatçıdır. Dante'nin *İlahi Komedyası*'ndan mülhem *İnsanlık Komedyası* ismini verdiği yüz küsür ciltlik dev eserinde XIX. yy. Paris'ini en ucra köşelerine varıncaya kadar anlatmış, âdeta yeni baştan inşa etmiştir. Hatta bununla yetinmemiş bütün Fransa'yı, giderek yeni ortaya çıkan Avrupa kültürünü her yönüyle keşfetmeye, bu yüzyıl insanının röntgenini çekmeye koyulmuştur. Oscar Wilde'ın deyişiyle XIX. yy.'a ait bilgilerimiz büyük oranda Balzac'ın icadıdır[2]. Nitekim kendisinin de ifade ettiği gibi en büyük kahramanı Napolyon'un kılıcıyla başlattığını kalemiyle tamamlaya çalışmıştır[3]. Edebiyat tarihinde eşi benzeri görülmedik bir tutku ve gayretle yazan, hatta belki de "abartmadan ölesiye çalıştığı söylenebilecek"[4] tek yazar olan bu adamın aslında derdi, her yönüyle burjuva sınıfının portresini çizmek, içinde bulunduğu ahlâki bozukluğu tasvir ve tahlil etmektir. Kendisi, katolikliğe ve krallığa sarsılmaz bir inanç beslese de Kilise'nin ve Aristokrasi'nin zamanının geçtiğini söyleyecek kadar da iflah olmaz bir gerçekçidir[5]. Gerçekçiliğe bağlılığını, *İnsanlık Komedyası*'nın Önsözü'nde Fransız toplumunu tarihçi, kendisini ise sadece bu tarihçinin sekreteri gibi gördüğünü söyleyerek daha da vurgulamıştır[6].

Bu makale çerçevesinde Balzac'ın dikkat çeken diğer bir özelliğiyse romanlarının başlıca temaları arasında hukukun da yer almasıdır. Kendisi de hukuk tahsil etmiş, kısa süreliğine bir avukat bürosunda stajyerlik yapmış, ayrıca noter kâtibi olarak da çalışmıştır[7]. Bu süre zarfında edindiği izlenimler, yaptığı gözlemler sonucunda romanlarında sık sık huku-

---

1 *Yard. Doç. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı*

2 *Aktaran Peter Brooks,* **Realist Vision,** *New Haven & London, Yale University Press, 2005, s. 21.*

3 *Aktaran, Stefan Zweig,* **İnsanlık Komedyası'nın Ölümsüz Yazarı Balzac,** *İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2002, s. 112.*

4 *Zweig,* **İnsanlık Komedyası'nın Ölümsüz Yazarı Balzac,** *s. 170.*

5 *Bu gerçekçiliği Balzac'ın, Engels tarafından "gerçekçiliğin zaferi" ifadesiyle nitelendirilmesine yol açmıştır; aktaran Georg Lukacs,* **Avrupa Gerçekçiliği (Balzac-Stendhal-Zola-Tolstoy-Gorki ve Diğerleri),** *2. Basım, çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, Payel Yayınevi, s. 19. Ünlü Macar Marksist edebiyat kuramcısı Georg Lukacs da ideolojik açıdan yakın durduğu ve ilerici kabul ettiği Stendhal'le karşılaştırıldığında Balzac'ın, dönemini yansıtmada daha gerçekçi olduğunu söylemekten kendisini alıkoyamamıştır; Lukacs,* **Avrupa Gerçekçiliği,** *s. 104.*

6 *Aktaran Thomas E. Carbonneau, "Balzacian Legality: A Proposal For Natural Law Juridical Standards of Legitimacy",* **Loyola Law Review,** *Vol. 27, No. 1, 1981, s. 1-39, s. 3.*

7 *Balzac'ın hayatıyla ilgili bu bilgiler için bkz. Zweig,* **İnsanlık Komedyası'nın Ölümsüz Yazarı Balzac***; Andre Billy,* **Balzac'ın Hayatı,** *çev. Fehmi Baldaş, Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1949.*

ka, hukuki terim ve kavramlara, hukukçulara, hatta yürürlükteki kanunlara yer vermiştir. Öyle ki yarattığı yüzlerce karakter arasında 29'u hakim, 40'a yakını avukat, 24'ü noter ve 28'i kâtip olmak üzere toplam 118 hukukçu vardır. Toplamda 1540 erkek karakter olduğu düşünülürse *İnsanlık Komedyası*'ndaki karakterlerinin 1/8'inin hukukla ilişkili olduğu söylenebilir[8].

Nitekim ilk kez 1832'de basılan ve *İnsanlık Komedisi*'nin "Töre İncelemeleri" ismini taşıyan bölümünde, "Özel Yaşamdan Sahneler" başlığının altında yer alan[9] *Albay Chabert*[10] isimli bu romanında Balzac, belki de diğer romanlarından çok daha yoğun bir şekilde hukukla ilgilenmiştir. Romanın konusunu doğrudan bir dava süreci oluşturmaktadır. Belirli somut bir hukuki meseleyi ve ilgili dava sürecini kendisine konu seçerek, Fransız Devrimi'nden sonra yürürlüğe giren hukuk kurallarına ilişkin tarihi ve sosyolojik bilgiler edinmemizi sağlamakta, böylece modern zamanlarda hukukun geçirdiği dönüşümü anlamamızı mümkün kılmaktadır. Ama *Albay Chabert* romanının asıl üzerinde durulması gereken yönü, hukuka ve hukukçulara dair çarpıcı tespitleriyle Balzac'ın aslında bizlere hukukun bizatihi kendisini, yani doğasını, insan için taşıdığı/taşıması gereken anlamı bir kez daha sorgulama imkânı sunmasıdır. Burada Balzac âdeta bizden, kendimizi Albay Chabert'in yerine koymamızı ve hukuk karşısında birey olarak konumumuzu bir kez daha gözden geçirmemizi istemektedir. İşte bu yönüyle roman, aslında "Hukuk nedir?" sorusunu cevaplandırma gayretinden başka bir şey olmayan hukuk felsefesi açısından da incelenmeyi kuşkusuz fazlasıyla hak etmektedir.

8 *John Marshall Gest, "The Law and Lawyers of Honoré de Balzac",* **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register,** *Vol. 60, No. 2, 1911-1912, s. 59-92, s. 67. Hukuka ve hukuki meselelere bu kadar çok yer vermesine rağmen günümüzde "hukuk ve edebiyat" araştırmaları alanındaki çalışmalarda Balzac ismine pek rastlanmaz. Örneğin bu alanın en önemli eserlerinden biri olan Richard Posner'ın Law and Literature'ında Balzac'a yer verilmemiştir; bkz. Richard Posner,* **Law & Literature,** *Third Edition, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2009. Hukuk ve edebiyat araştırmaları alanındaki bu ihmal, makale düzeyinde de görülür. Balzac ile hukuk arasındaki ilişkiye dair yazılan makale sayısı, ne yazarın kendi dilinde, ne de İngilizce'de bir elin parmaklarını geçmez. Hukuk ve edebiyat araştırmalarındaki bu çarpıcı ilgisizlik ve Balzac hakkında yazılan Fransızca ve İngilizce makalelerin listesi için bkz. Daniel J. Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law",* **Pace Law Review,** *Vol. 21, Issue 1, 2000, s. 1-102, s. 7-11. Bu genel ilgisizlik içerisinde Albay Chabert romanının durumu daha da vahimdir. Balzac ve hukuk konusunda yazılan makalelerde daha çok Goriot Baba, Sönmüş Hayaller, César Birotteau ve Cousin Pons gibi nispeten daha bilinen romanlarından bahsedilmekte, Albay Chabert romanına en fazla satır aralarında değinilmektedir. Bu durumun tek istisnası Cathy Caruth'un "The Claims of the Dead: History, Haunted Porperty, and the Law" isimli makalesidir. Bu makalede yazar, hayli ayrıntılı ve özgün bir yaklaşımla doğrudan Albay Chabert romanını hukuki açıdan incelemektedir; bkz. Cathy Caruth, "The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law",* **Law's Madness,** *Austin Sarat, Lawrence Douglas, and Martha Merrill Umphrey (eds.), Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2003, s. 119-145. Ele aldığı tema biraz farklı da olsa söz konusu makaleden bu çalışmada önemli ölçüde faydalanılmıştır.*

9 **Balzac Kitabı,** *Mehmet Rıfat (ed.), İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 1994, s. 85.*

10 *Balzac'ın bu romanının Türkçe'de iki baskısı vardır. İlki Yaşar Nabi Nayır'ın tercümesidir ve 1962'te Milli Eğitim Yayınları Fransız Klasikleri serisinden yayımlanmıştır. Diğeri Naci Kutluk'un tercüme ettiği ve 1974'te Varlık Yayınları tarafından yayımlanan baskısıdır. Roman ayırca 1994'te Fransız yönetmen Yves Angelo tarafından Le Colonel Chabert ismiyle filme de çekilmiştir. Filmde Albay Chabert'i ünlü Fransız aktör Gerard Depardieu canlandırmıştır.*

Peki bize hukuk hakkında felsefi soruşturmalara girişme imkânı sunan, bir hukuk felsefecisini de cezbedebilecek bu romanın konusu nedir?

Albay Chabert, Napolyon'un ordusunda görevli bir süvari subayıdır. Fransa'nın, Ruslar ve Almanlar'la savaştığı 1807 tarihli meşhur Eylau muharebesinde Murat komutasındaki birlikte yer alan bu başarılı asker, savaş alanında atından düşüp ağır bir şekilde yaralanır ve öldü sanılarak bırakılır. Buna rağmen biraz tesadüf eseri, biraz da inanılmaz bir hayatta kalma mücadelesi sonucunda ölümden kurtulur. Uzun bir süre Almanya'da bir hastanede yattıktan sonra kafasındaki derin yara izi dışında sağlığına tekrar kavuşur. Sağlığına kavuşur kavuşmaz da ülkesine geri dönmek, hayatına kaldığı yerden devam etmek ister. Fakat aradan on yıl geçmiştir ve hiçbir şey eskisi gibi değildir. Paris'e, eskiden karısıyla birlikte hayli zengin ve kalburüstü bir hayat yaşadığı şehre geldiğinde kimse kendisini tanımaz. Ne kadar ispat etmeye çalışırsa çalışsın ölmediğine, hâlâ yaşadığına kimseyi ikna edemez. Kapısını çaldığı herkes tarafından terslenir, sahtekârlıkla suçlanır, hatta deli zannedilerek kısa süreliğine tımarhaneye bile kapatılır. Ama hepsinden daha üzücü ve dayanılmaz olanı, karısının da kendisine inanmamasıdır. Kocasının ölüm haberini aldıktan sonra Kont Ferraud'yla evlenen ve iki çocuk doğuran karısı, Albay Chabert'in yazdığı mektuplara cevap vermediği gibi onu önce tanımamazlıktan gelir, ardından evinin kapısından kovar. Bunun üzerine varlığını ispatlamak için her türlü yola başvuran Albay Chabert, Paris'in neredeyse tüm avukatlarına gider, fakat her seferinde geri çevrilerek hayal kırıklığına uğrar.

Nihayet Paris'in en ünlü avukatlarından Mösyö Derville'e çaresizlik içerisinde yardım dilenmeye gelir. Aynı zamanda Kontes Ferraud'nun da avukatlığını üstlenen Mösyö Derville, önce Chabert'in hikâyesine inanmaz fakat daha sonra biraz da kendi mesleki kariyeri açısından ilginç bulduğu için bu davayı almaya karar verir. Mösyö Derville'in Albay Chabert'e önerdiği çözüm, karısıyla uzlaşma yoluna gitmesidir. Gönülsüz de olsa bu öneriyi kabul eden Chabert, karısıyla uzlaşmaya razı olur. Mösyö Derville'in hazırladığı uzlaşma metninde, Albay Chabert'in yaşamı da dahil her türlü mülkiyet, ünvan ve statü haklarından vazgeçeceği, buna karşılık Kontes Ferraud'nun da eski kocasına belirli bir miktar yıllık maaş bağlayacağı, ama bu uzlaşmanın kesinlikle gizli kalacağı kararlaştırılır. Fakat Kontes Ferraud, eski kocasına vereceği maaşın miktarına itiraz edince Albay Chabert ile eski karısı arasında bir pazarlık süreci başlar. Nihayet Albay Chabert, Kontes Ferraud'nun vereceği miktarı kabul eder. Fakat Kontes bununla yetinmez, albaydan, ileride yine benzeri bir hak talebinde bulunmayacağını resmi bir belge ile kabul etmesini ister. Albay Chabert'in, hiçbir maddi yardım talebinde bulunmaksızın eski karısının hayatından temelli çıkmaya razı olduğunu söylemesine rağmen Kontes yine ikna olmaz. Vereceği asgari bir maaş karşılığında Albay Chabert'in aslında hakiki Albay Chabert olmadığını, sırf Kontes'in servetine göz diktiği için bu tür bir oyun oynadığını kabul etmesini ister. Bunun üzerine Albay Chabert hiçbir uzlaşma şekline razı olmaksızın karısıyla bütün ilişkisini keserek ortadan kaybolur ve bir düşkünler evine yerleşir.

Balzac'ın bize anlattığı bu trajik hikâyede, fiilen yaşayan fakat hukuken ölü kabul edilen birinin, kendisine öncelikle yaşamını, daha sonra servetini, ünvanını ve hepsinden

önemlisi karısını geri almasını sağlayacak bir hukuki tanınma talebi söz konusudur. Yani hukuken ölü sayılan birinin, yine hukuk aracılığıyla tekrar hayata gelme talebi ve bu talep karşısında hukukun nasıl bir karşılık verebileceği meselesi konu edilmektedir.

Romanda ilk sahneye çıkış şekli Albay Chabert'in içinde bulunduğu durumu gayet açık gösterir. Mösyö Derville'in avukatlık bürosuna geldiğinde maruz kaldığı ilk muamele hukuk karşısındaki konumunu görmek açısından hayli çarpıcıdır:

" – Vay! Gene bizim köhne pelerin."

" – Bana bak, Simonnin […] herkese takılmasana, yoksa seni kapıdışarı ederim ha! Bir müşteri ne kadar fakir olursa [olsun] gene insandır beyahu!"

" – Madem ki o da insanmış […] ne diye ona köhne pelerin diyorsunuz?"[11]

Derville'in yardımcılarının arasında geçen bu diyalog, Albay Chabert'in hem kimliğinin tespit edilememesini hem de fakirliğini vurgulamak suretiyle hukuki anlamda çifte bir tanınmama durumuyla karşı karşıya kaldığını gösterir[12].

Romanda Albay Chabert ilk kez acınası bir kılıkla karşımıza çıkar. Bırakın eski ve başarılı bir albay olmayı, üstü başı perişan, kendisine insan bile denemeyecek bir hâldedir. Haklarını talep etmekten ziyade henüz insan olarak bile tanınmayan birinin çaresizliği içerisindedir. Dolayısıyla öncelikle yaşadığını, hak sahibi bir insan olarak varlığını ispat etmek zorundadır[13].

Roman boyunca Albay Chabert farklı kıyafetlerle sahneye çıkar. Üstelik bu farklılıklar, insanların Albay Chabert'e nasıl davranacağını da belirler; toplumsal statüsünü gösterir. Albay Chabert'i bize bu şekilde sunmakla Balzac, bir Napolyon dönemi kahramanının Restorasyon döneminde nasıl da kimsenin umursamadığı, modası geçmiş, sıradan bir tip hâline geldiğini anlatmak istemektedir. Üstelik bu vurdumduymazlık, toplumsal olduğu kadar hukukidir de. Albay Chabert kendi döneminde kapalı gişe oynayan romantik oyundan eser kalmamıştır şimdi. Sahnenin dışına itilmiştir; sahnenin dışındakilerdendir. Hakikati dile getirmeye ne kadar çalışırsa çalışsın her seferinde soytarı muamelesi görmekte, alay konusu olmaktadır[14].

Nitekim romanın bu ilk sayfalarında arka planda stajyer avukatların, görülmekte olan bir davaya sunulmak üzere hazırladıkları dilekçe, o dönemde yeni yürürlüğe giren gerçek bir kanuni düzenlemeye işaret etmektedir. Napolyon sonrası Restorasyon Dönemi hukunda aristokratlara eski mal ve statülerinin iade edilmesini düzenleyen bir anayasal bildirge yayınlanmıştır. Balzac, Albay Chabert'in durumuna denk geldiğini düşündüğü bu kanunu, hikâyesine fon yapmıştır. Dolayısıyla hikâyenin arka planını oluşturan bu tarihsel olaylar hakkında bir kaç söz söylemekte fayda vardır.

Fransız Devrimi'nden kısa bir süre sonra iktidara gelen Napolyon ile birlikte, Fransa önce Cumhuriyet, sonrasında da İmparatorluk dönemlerinden geçmiştir. Napolyon'un iktidarı bırakması üzerine XVIII. Louis tahta çıkmış, böylece Bourbon hanedanı tekrar iktidarı ele geçirmiştir. Restorasyon ismi verilen bu dönem Fransa'da Monarşi'nin bir kez daha kurulmasına tanıklık eder. Fakat Monarşi'nin kurulması, Devrim öncesine dönme anlamına gelmemektedir. Kral, 1814'de yayınladığı anayasal nitelikte bir bildirge ile Devrim'in kazanımlarının devam ettirileceğini ilan etmiştir. Bildirge bir yandan Kral'a önemli yetkiler tanımakta, diğer yandan parlamentonun etkisini arttırmakta, böylece anayasal bir monarşiye geçildiği anlamına gelmektedir. Fakat bu bildirgenin konumuz açısından asıl önemli özelliği, bir "geçmişe perde çekme hamlesi" olmasıdır. Bildirge, Devrim sırasında el konulup kamulaştırılan toprakların mülkiyeti de dahil olmak üzere, yerleşik statü ve mülkiyet haklarına saygı duyulacağına dair söz vermektedir. Böylece her geçen gün şiddetlenen halk egemenliği yandaşları ile bütünüyle Eski Rejim'e dönmek isteyenler arasında bir çeşit uzlaşma sağlanabilmiştir[15].

Restorasyon döneminin siyasi önemi, Devrim'in yol açtığı alt üst oluş ve bunun Napolyon dönemindeki sonuçları ile Devrim öncesi düzen arasında bir köprü görevi görmesidir. Fakat bunun yanısıra hukuki önemi de vardır. İmparatorluğu sırasında Napolyon'un hukuki açıdan gerçekleştirdiği en önemli proje, Devrim'le birlikte ilan edilen *İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi*'ndeki temel hak ve özgürlükleri, hazırlattığı Medeni Kanun ile kanunileştirmesi, böylece daha sağlam bir zemine oturtmasıdır. İşte 1814 tarihli bildirge aracılığıyla Restorasyon dönemi de Devrim'in bu hukuki mirasını devam ettirdiğini ilan etmektedir. Hem siyasi hem de hukuki bir "geçmişe perde çekme hamlesi" olan Restorasyon dönemi, aynı zamanda ulusal bir erdem olarak unutuşun, bağışlamanın da öne çıktığı bir dönemdir. Aristokratlara mülkiyet haklarının iadesini öngören bu hukuki süreç dikkate alındığında Albay Chabert'in beklenmedik dönüşü, hukuk karşısında tarihsel hafızanın süreklilik iddiası şeklinde de yorumlanabilir. Bir Napolyon dönemi askeri olan Albay Chabert'in hukuki tanınma talebi, Devrim'in kendi hukuk mirası tarafından baskı altında tutulan tarihin de geri dönüşüdür[16]. Hukuk böyle bir talebi ne kadar karşılayabilir? İşte Balzac'ın bu küçük romanda, Albay Chabert karaterinin kişiliğinde asıl sorguladığı, birey için ölüm kalım meselesi oluşturan böylesine durumlar karşısında hukukun ne yapabileceğidir; sınırları veya imkânlarının ne olduğudur[17].

11 *Honoré de Balzac,* **Albay Chabert,** *2. Baskı, Çev. Yaşar Nabi Nayır, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1962, s. 1, 2. Albay Chabert'in Naci Kutluk'un Varlık yayınlarından çıkan diğer tercümesi, Yaşar Nabi'ninkine göre biraz yenileştirilmişse de çok büyük farklılık taşımamaktadır. Dolayısıyla bu çalışmada Yaşar Nabi'nin tercümesi esas alınmıştır.*

12 *Caruth, "The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law", s. 121.*

13 *Caruth, "The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law", s. 127.*

14 *Graham Good, "Le Colonel Chabert: A Masquerade with Documents",* **The French Review,** *Vol. XLII, No. 6, 1969, s. 846-856, s. 846-847.*

15 *Roger Price,* **Fransa'nın Kısa Tarihi,** *çev. Özkan Akpınar, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2008, s. 175, 191-192.*

16 *Caruth, "The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law", s. 122, 123.*

17 *Bu arada Albay Chabert romanındaki hikâyenin ne kadar tarihsel gerçekleri yansıttığı, romanda konu edilen Eylau muharebesine katılanlar arasında Albay Chabert isimli bir askerin gerçekten bulunup bulunmadığı gibi meseleler için bkz. Caruth, "The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law", s. 138-139, dipnot 5,6.*

Romanın arka planını oluşturan tarihsel olaylar hakkında bu kısa açıklamalardan sonra Balzac'ın bizi hukukla tanıştırdığı ilk satırlara dönülebilir.

Balzac, *Albay Chabert*'in daha ilk sayfalarında o eşsiz gözlem yeteneğini Paris'teki bir avukatlık bürosunu tasvir etmede kullanmak suretiyle bizi hukuk dünyasının ta merkezine çeker; hukuku, doğrudan hayatın içinden, uygulandığı mekânlara bakarak tanımamızı ister. Üstelik hukuk ile birarada hayal bile edilemeyecek yerlerle karşılaştırarak; kumarhane, piyango bürosu ve hatta genelevlerle:

> "Eğer içinde dualaların bakkal malı gibi tartılıp para ile alındığı rutubetli kiliseler, bayramlarımızın varacağı akıbeti bize göstererek hayatın bütün yalancı hayallerini yok eden partalların sallandığı eskici dükkânları, eğer şiirin bu iki çirkef lâğımı mevcut olmasayadı bir dâva işleri dairesi bütün umumi yerlerin en korkuncu olurdu. Lâkin kumarhane, mahkeme, piyango bürosu ve umumi evler de böyledir. Neden mi? Belki bu yerlerde facia insanın içinde oynandığından onu teferruata karşı lâkayt bırakır; bu hal büyük mütefekkirlerin ve büyük ihtiraslar peşinde koşanların sadeliğini de izah eder."[18]

Eleştirilere maruz kalmamak için her ne kadar büyük mütefekkirlerin ve muhterislerin sadeliğine benzetse de hukuk bürolarının aslında ne kadar da duygusuz, kayıtsız ve soğuk yerler olduğunu gözler önüne sermektedir Balzac. Bir hukuk bürosu, tepeden tırnağa müşterisinin kendini âciz hissedeceği şekilde dayanıp döşenir. Kasten fazla sandalye bile konmaz ki müşteri rahat rahat derdini anlatabileceği kadar avukatın yanında uzun kalmasın[19].

Mekâna ait bu duygusuzluk, soğukluk ve kayıtsızlık sanki çalışanlara, yani bizzat hukukçuların kendilerine de sirayet etmiş gibidir. Nitekim, büyük bir çaresizlikle derdini anlatmak için hukuk bürosuna gelen Albay Chabert'in pejmürde kılığına bakarak kimliği hakkında bahse giren stajyer avukatların, müşkül durumdaki bu zavallı yaşlı adamın derdini anlamaktansa bahis konusunun ne olduğuna dair türlü laf cambazlıklarına başvurarak birbirlerine üstün çıkma gayretleri, bir hukuk bürosundaki işlerin olağan seyrini bize göstermesi açısından gayet anlamlıdır[20]. Stajyer avukatların, bahsi kazananın kendilerini götüreceği eğlence yerinin neresi olacağı konusundaki tartışması, ancak mesleki körlükle izah edilebilir.

Hukuk bürolarına ilişkin bu ilk gözlemlere, avukatların karakteri hakkında başka gözlemler de eklenir hemen. Albay Chabert'le ilk karşılaştığında hukuk bürosunun sahibi avukat Derville'in, hiç de inanmamasına karşın gayet sakin ve normal bir şekilde dinlemeye koyulması, avukatlık mesleğinin kazandırdığı bir özelliğin göstergesidir:

> "[Avukatların] cesaret ve pervasızlıkları dikkate lâyıktır. Ya pek çok insan kabul etmek alışkanlığı veya kanunların kendilerine bahşettiği himaye hissi, yahut da vazifelerine

18 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 6.*

19 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 8.*

20 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 9-13.*

> itimat eseri olarak hekimler ve rahipler gibi onlar da hiç korkmadan her yere girerler."[21]

Balzac'ın *Albay Chabert* romanı için Derville gibi bir avukat tipini seçmesi dikkate şayandır. Her ne kadar roman boyunca hukukun çirkin yüzünü gösterse de Derville gibi başarılı ve güvenilir bir avukat tipi yaratarak, Albay Chabert'in hukuk karşısındaki mağduriyetini yine hukuka başvurarak gidermeye çalıştığı söylenebilir. Dolayısıyla tam bu noktada Derville karakterinden hareketle Balzac'ın avukatlara dair genel kanaati üzerinde durmak gerekir.

Avukatlar, Balzac'ın romanlarında önemli yer tutar. Pek çok romanında avukatlar ve avukat büroları en ince ayrıntısına kadar tasvir edilir. Son derece gerçekçi bir bakış açısıyla tahlil ettiği avukat karakterleri, hukuk dünyasını ne kadar yakından bildiğini de gösterir. Hatta bir romanındaki karakterlerinden birinin diğerine söylediği gibi bütün avukatları cebinden çıkaracak[22] kadar yakından tanımaktadır hukuk dünyasını. Tabiri caizse hukuk hakkında "çok şey bilen adamdır"[23] o. Üstelik bu konuda örneğin Shakespeare ve Dickens'a göre daha insaflıdır. Balzac için ne hukukun kendisi her yönüyle eleştirilmesi gereken baştan aşağı olumsuz bir kurumdur ne de avukatlar tamamıyla kötü ve güvenilmez kişilerdir. Hem hukukun olumlu tarafları vardır hem de avukatların arasında iyiler çıkabilir. Dolayısıyla hukukla ilgilenen diğer pek çok yazara nazaran çok daha gerçekçi olan Balzac'a göre avukatlar ana hatlarıyla iki gruba ayrılır: iyi ve kötü avukatlar[24].

İyi avukatların özellikleri arasında yoğun bir çalışma temposu, insan ilişkilerinde üst derece hassasiyet, mesleki beceri ve müvekkillerine yardımı her şeyden önemli görme gibi özellikler yer alır. Bir tek davayı kaybetmek istemeyen, mesleğine âşık, gelişigüzel her işi üzerine almayan, seçici davranan, bütün hayatı mesleğini en iyi şekilde icra etmekle geçen, yani kendini mesleğine adamış[25], cesur ve sözünü esirgemeyen[26] ama duygularını açığa vurmayacak kadar da soğukkanlı davranan[27] bu iyi avukatlar, âdeta "hususi işlerle uğraşan devlet adamları"[28] gibidir[29].

Mösyö Derville'in[30] kişiliğinde bize tanıtılan iyi avukatların karşısında kötü avukatlar

21 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 18.*

22 *Honoré de Balzac,* **Cousin Pons I,** *İkinci Basılış, çev. Vahd Hatay, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1964, s. 218.*

23 *Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law", s. 1.*

24 *Gest, "The Law and Lawyers of Honoré de Balzac", s. 70-71; Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law", s. 38.*

25 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 15-16.*

26 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 18.*

27 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 34.*

28 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 52.*

29 *Balzac'ın iyi avukatları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law", s. 38-42.*

30 *Balzac, ideal avukatı temsil eden Derville karakterinin ismini, ustası kabul ettiği ünlü ABD'li romancı Herman Melville'den (1819-1891) esinlenerek koymuştur (Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law", s. 38).*

yer alır. Bu kez örneğimiz Delbecq'tir. Kanuna karşı bütün hileleri bilen, gereğinden fazla becerikli bu "kurnaz adliye kurdu"nun, avukatlık mesleğini icra ederken tek düşüncesi vardır ki o da ikbal hırsıdır[31]. Diğer romanlarındaki örnekleri de dikkate aldığımızda Balzac'ın çizdiği kötü avukat tipinin, dürüst olmama, dalaverecilik, güvenilmezlik gibi meslek ahlâkına uymayan davranışlar sergileyen, başarı ve para için vicdanını bir kenara bırakmaktan çekinmeyen bir kişi olduğunu görürüz. Ayrıca kötü avukatlar, dış görünüş itibariyle de çirkindir. Dış görünüşleri gibi iç dünyaları da, yani ahlâkları da bozuktur. Bütün bu olumsuz niteliklere rağmen zekâ ve bilgi açısından üstün bazı özellikler de sergilerler[32].

Bilindiği üzere *İnsanlık Komedyası*'nda aynı kişiler birden fazla romanda yer alır. Avukatlar da bu özellikten muaf değildir. Özellikle Mösyö Derville, Balzac'ın bu iyilik timsali avukat karakteri, *Albay Chabert*'in yanısıra *Goriot Baba, Tefeci Gobseck* ve *Cousin Pons* romanlarında da karşımıza çıkar[33]. "Kişilerin yinelenmesi" diyebileceğimiz bu yöntemle Balzac, gittikçe zenginleşen ve çeşitlenen *İnsanlık Komedyası*'na belirli bir iç düzen ve uyum getirmeyi amaçlamıştır. *Töre İncelemeleri, Felsefe İncelemeleri ve Çözümleyici İncelemeler* gibi başlıklara ayrılan *İnsanlık Komedyası* böylece hem konu itibariyle bir iç tutarlılığa hem de biçimsel bir bütünlüğe kavuşmuştur. Derville işte bu bütün içerisinde sık sık sahne alan en önmeli karakterlerden biridir. Derville'in tekrarlanan bu rolü, aynı zamanda avukatlar hakkında genel bir karakter analizi yapma imkânı da sunar bize[34].

Balzac'ın avukatlara dair bu genel yaklaşımını gördükten sonra Mösyö Derville'e tekrar dönebiliriz. Bu romanda portresi çizildiği şekliyle Mösyo Derville, her ne kadar dürüstlüğüyle öne çıksa da kesinlikle idealize edilmiş bir avukat değildir; bir yandan Albay Chabert'in hikâyesine inanan, ona yardım etmek için elinden geleni yapan dolayısıyla gayet merhametli, iyi niyetli, yardımsever bir karaktere sahiptir, diğer yandan Paris'in en meşhur, en başarılı, işini en iyi bilen avukatlarından biridir. Dolayısıyla Albay Chabert'in kendisine başvurmasının sebebi salt bir merhamet beklentisi değil, o güne kadar başvurduğu ve davasını üstlenmeyi reddeden diğer avukatların karşısına en güçlü rakipleriyle çıkmak istemesidir. Keza Derville de salt insani duygularla değil, mesleki kariyerinde hayli ilginç olabilecek, muhtemelen kendisinin ününe ün katacak bir dava olması sebebiyle bu zavallı askerin davasını üstlenmeyi kabul etmişir. Üstelik aynı zamanda Chabert'in karısı Kontes Ferraud'nun da avukatıdır. Dolayısıyla birbirine rakip iki tarafa aynı anda vekalet etmek ve her ikisini de memnun edecek bir çözüm bulmak Derville'e fazlasıyla cazip gelir.

Mösyö Derville'in bürosuna geldiğinde Albay Chabert'in kafasında işte bu düşünceler vardır. Başına gelen olayları anlattığı satırlarda ölümünün *Zaferler ve Fütuhat* isimli resmi

31 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 54.*

32 *Balzac'ın kötü avukatları hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law", s. 42-56.*

33 *Gest, "The Law and Lawyers of Honoré de Balzac", s. 86, 88-90; Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law", s. 40-41.*

34 *İnsanlık Komedyası'nda kişilerin yinelenmesi için bkz. "İnsanlık Komedyası'nda Kişilerin Yinelenmesi", çev. Sinem Sevinçtav,* **Balzac Kitabı,** *s. 123-126.*

savaş kitabında yer aldığından bahseder. Yani tarihe ölü olarak geçmiştir bir kere. Ayrıca usulüne uygun bir şekilde ilan edilmiş, askeri hukuk kayıtlarına da girmiş olan ölümü[35] hem tarihsel, hem hukuki bir olgudur artık. Üstelik belgelerle de kayıt altına alınmıştır.

Roman boyunca Albay Chabert'in belgelerle ilişkisi hiç bitmeyecektir. Nasıl ki öldüğü belgelerden anlaşılmaktadır, yaşadığını da yine belgelerle ispat etmesi gerekecektir. Belgeler, Albay Chabert'in kaderini belirleyecektir. Good'un ifadesiyle âdeta belgeler arasında gerçekleşen maskeli bir baloda gibidir[36]. Varlığını ispat edebilmek için sürekli yeni belgelere ihtiyaç duyacak, belgeler değiştikçe hukuk karşısındaki konumu da değişecektir. Varlığı ile ölümü arasındaki ince çizginin belirlenmesinde belgeler merkezi bir role sahiptir. Hatta belgeler arasına sıkışmış bu hukuki tanınma talebine karşılık bulamaması, Albay Chabert'i kendi varlığını inkâra dahi götürecektir:

> "Doğrusu o zamanlar ve hattâ bazı anlar olur ki bugün de ismim hiç hoşuma gitmez. Âdeta kendim olmak istemiyorum. Haklarımı müdrik olmak hissi beni öldürüyor. Hastalığım eski hayatımın bütün hâtıralarını silmiş olsaydı, mesut olacaktım!"[37]

O güne kadar varlığını ispatlamak için giriştiği tüm çabaların boşa çıkmasından bıkmış, hukuka inancını neredeyse kaybetmiş olmasına karşın Albay Chabert'in yine hukuka başvurması gayet anlamlıdır. Paris'in bu en ünlü avukatının kapısını çaldığında hukukun kendisinden gördüğü muameleyi yine hukukun kendisine dert yanmak suretiyle anlatırken zavallı yaşlı adam umutludur:

> " – Fakat efendim, Kontes Ferraud benim karım değil midir? Kendisinin bana ait olan otuz bin frank iradı var da bana on para vermek istemiyor. Bunları avukatlara, aklı başında adamlara söylediğim zaman, benim gibi bir dilenci, bir kont ya da kontese karşı dâva açmayı teklif ettiği zaman; benim gibi ölmüş bir adam bir ölüm ilmühaberine bir nikâh aktine ve doğum kayıtlarına karşı ayaklandığı zaman, hepsi tabiatlerine göre, ya bir zavallıyı başınızdan savmak için almasını bildiğiniz soğuk nezaket tavriyle, yahut bir entrikacıya veya deliye çattıklarını sanan insanlar gibi kabaca beni istiskal ettiler [küçümsediler]. *Bir zaman ölüler altında gömülmüştüm, ama şimdi canlı insanların, resmî kayıtların, vakıaların beni tekrar toprağa sokmak isteyen bütün cemiyetin altında gömülüyüm!*"[38]

Mesleki yeteneğinin verdiği bir olgunlukla Derville, Chabert'i sabırla ve ilgiyle dinledikten sonra müvekkiline hukuka ilişkin çok temel bir gerçekten bahseder:

> "Derville:
>
> – Albay […] işiniz son derece çapraşıktır.

35 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 19, 20.*

36 *Bkz. Good, "Le Colonel Chabert: A Masquerade with Documents", b.a.*

37 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 25.*

38 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 26 (vurgular bana ait).*

Asker:

– Bana son derece basit görünüyor […] Beni ölmüş sandılar, işte hayattayım! Bana karımı ve servetimi iade ediniz; hakkım olan general rütbesini veriniz. Çünkü Eylau muharebesi arifesinde imparatorluk ordusunda albaylığa terfi etmiştim.

Derville:

– Adalet âleminde işler böyle yürümez […] Beni dinleyin, siz Kont Chabert'siniz, kabul ediyorum, ama mevcudiyetinizi inkâr etmekte menfaatleri olan insanlara bunu kanuni yoldan ispat etmek lâzım."[39]

Evet, hukukta adalet böyle elde edilmez; işler sabık subayın zannettiği kadar basit değildir. Derville'in burada mesleki bir öngörüyle yaptığı konuşma, aslında hukuki söylem ile hukuk dışı söylem arasındaki farkı da gözler önüne serer. Bir askerin hukuka bakışı ile bir hukukçunun bakışı birbirinin aynı olamaz. Zira "hakiki askerde ekseriye bir çocuk ruhu ve çocukta hemen daima bir asker ruhu vardır"[40] ve tıpkı bir çocuk gibi bir asker de hukuku algılayamaz kolay kolay.

Ne kadar bariz olursa olsun hakikat, hukuk karşısında tek başına bir anlam ifade etmez. Hukukun bu hakikati tanıması gerekir. Albay Chabert'in durumundaki gibi siz, varlığınızı hiçbir şüpheye yer vermeyecek şekilde yaşıyor olsanız bile, hukuk açısından bu pek anlamlı değildir; yaşadığınızı ispat etmeniz gerekir. Diğer bir deyişle eğer bir defa hukuk tarafından ölü olarak tanımlanmışsanız, tekrar yaşıyor kabul edilebilmeniz ancak hukukun tanımasına bağlıdır. Üstelik bu tanıma, ancak resmi belgelerle gerçekleştirilmişse geçerlidir. Varlığınızı ispat edecek belgelerin teminiyse hem çok vakit alır hem de hayli masraflıdır:

> "Meselâ vesikalarınız münakaşa edilecek […] Bunlar mütenakız şekilde temyize kadar gidecek ve […] uzadıkça uzıyan bir sürü masraflı dâvalar teşkil edecek […] Haydi en iyisini farz edelim, Albay Chabert olduğunuzun adliyece çarçabuk tanıldığını kabul edelim. Kontes Ferraud'nun, günahı ona ait olmıyan iki kocalı vaziyetinden ortaya çıkan meselenin nasıl mütalâa edileceğini biliyor musunuz?"[41]

Tabi ki sıradan bir insandan bu sorunun cevabını vermesi beklenemez. Ama hukukta işler pek de sıradan insanı dikkate alacak şekilde yürümez. Sıradan insanın en fazla bildiği, içindeki adalet duygusunun tatmini, hakkının verilmesidir. Ancak hukukta adalete de hakka da bu anlamıyla pek yer yoktur:

> "Dâvanızda hakkın tâyini kanunun dışında kalır, bu itibarla da hâkimler tarafından ancak vicdan kanunlariyle muhakeme edilebilir […] İmdi, evlenmenizden çocuğunuz olmamıştı, halbuki Kont Fraaud'nun bu nikâhtan iki çocuğu var; hâkimler rabıtası nispeten daha zayıf olan evlenmeyi, bağları daha kuvvetli olan nikâh lehine feshedebilirler.

39 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 43-44.*

40 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 27.*

41 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 44.*

> Çünkü âkitler arasında hüsnüniyet vardı. Bu yaşınızda ve bulunduğunuz şartlar içinde, artık sizi sevmiyen bir kadına sahibolmak için ayak diremekle ahlâk bakımından iyi bir durumda mı bulunacaksınız? Karşınızda karınız ve kocası, mahkemeler üzerinde tesir yapabilecek iki kuvvetli şahsiyet bulacaksınız. Demek ki mahkeme çok uzamaya müsaittir. Bu esnada en yakıcı kederler içinde ihtiyarlıyacaksınız."[42]

Balzac *Ursule Mirouët* isimli romanında evlilik dışı çocukların hukuki konumunu ele alırken yine hakimlerin kanunun kendisinden çok ruhu ve mantığına başvurmak zorunda kaldığını söyler. Kanun koyucuların dalgınlığı sonucu kanunlarda ortaya çıkan bu boşluklar sebebiyle kişiler, hukuk karşısında bir kez daha mağdur olmaktadır. Balzac'a göre böyle bir durumda avukatlar, hakimlere, söz konusu boşluğu doldururken başvurmaları gereken ahlâk kurallarını göstermelidir[43]. Tıpkı *Ursule Mirouët*'daki gibi burada da hakimlerin kanunlara bakarak karar veremeyeceği bir mesele vardır. Ne kadar başarılı bir avukat olursa olsun Derville bile Albay Chabert'in hakkını alıp alamayacağı konusunda öngörüde bulunamamakta, davanın akibetinin hakimlerin insafına kaldığını belirtmektedir. Tek başına alındığında kanunlar, bir hakkın varlığını tespitte yetersiz kalmaktadır[44].

Bu hukuk gerçeği karşısında zavallı yaşlı albay, hayatına ve karısına tekrar kavuşamayacağını anlar. Tek bir umudu kalmıştır, o da servetidir; en azından servetini geri alıp alamayacağını sorar veli nimetine. Fakat burada da işler hiç zannettiği gibi değildir. Karısı, Albay Chabert'in ölümünden sonra mal varlığını gerçek değerinin çok altında göstermiş, böylece kendisine hak ettiğinden çok daha fazla gelir elde etmiştir. Albayın şu anki mal varlığı eskisine oranla çok daha azdır. Bütün bunlar üzerine albayın söyleyebileceği tek şey vardır:

"– Demek siz buna adalet diyorsunuz? […]

– Tabii değil mi ya…

– Ne mükemmel adalet!

– Adalet böyledir, albaycığım. Görüyorsunuz ki, kolay sandığınız iş hiç de kolay değilmiş."[45]

Böyle bir durumda çare bulması için kendisine gelen müvekkiline hukuk adamının tavsiye edeceği tek şey vardır ki o da uzlaşmadır:

42 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 44.*

43 *Honoré de Balzac,* **Ursule Mirouët,** *çev. Sabiha Rifat-Samih Rifat, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi, No. LIII, 2007, s. 103.*

44 *Kanunlarda ortaya çıkan boşluklar ve bu boşlukların hakimler tarafından nasıl doldurulacağı meselesine dair Balzac'ın geliştirdiği bu yaklaşım, günümüzün en hararetli hukuk metodolojisi tartışmalarında kanundan yana tavır alanlara örnek gösterilebilir. Bu görüş için bkz. Kornstein, "He Knew More: Balzac and the Law", s. 25, dipnot 63.*

45 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 45-46.*

"– Bu şartlar içinde öyle sanıyorum ki, sulh olmak hem sizin için, hem de onun için en mükemmel hal şekli olacak. Bu suretle, hak kazanabileceğinizden daha büyük bir servet elde edebilirsiniz.

– Böyle bir hareket karımı satmak olur.

– Yirmi dört bin frank iratla, şimdiki vaziyetinizde, size eski karınızdan daha

uygun düşecek ve sizi daha fazla mesut edecek bir kadın bulabilirsiniz."[46]

Fakat uzlaşmaya razı olmak da yetmez. Uzlaşma sürecinin sona erebilmesi avukatın ücretinin ödenmesini gerektirir. Yani Albay Chabert, yaşadığını ispat edemediği gibi karşı tarafla uzlaşmaya gidebilmek için de belirli bir ücret ödemek zorunda kalacaktır. Yani başta yaşam hakkı olmak üzere diğer haklarını geri alabilmesi, bu haklarının hukuk tarafından tanınabilmesi için bunları satın almak zorundadır. Diğer bir deyişle Chabert, önce yaşadığını ispat etmek suretiyle kişiliğini geri kazanmak ister, fakat belgelendiremediği için hukuk tarafından bu talebi geri çevrilir. Daha sonra servetini geri almayı düşünür. Bu düşüncesinin de gerçekleşecek gibi gözükmemesi, Albay Chabert'i her türlü uzlaşmaya razı olmaya iter. Bütün bu engellemeler ve zorluklar, hukukun temel özelliğini gösterir bize. Balzac, bir asker olmasına da dikkat çekerek Albay Chabert'in hukuk karşısındaki hislerini şu sözlerle dile getirir:

> "Askeri adalet riyasızdır, hızlıdır, Türk usulünce karar verir ve hükümleri hemen daima yerindedir; Chabert'in bildiği tek adalet buydu. İçine girmek icabeden müşkülât lâbirentini fark edince, orada yolculuk etmek için ne kadar paraya ihtiyaç olduğunu görünce, zavallı asker, insana hâs olan ve irade denilen kudretine bir darbe yedi. Dâvalarla uğraşarak yaşamak ona imkânsız göründü, fakir, dilenci kalmak, kendisini kabul edecek bir alay bulduğu takdirde süvari neferi yazılmak ona bin kere ehven geldi."[47]

Hukukun bu yorucu sürecine katlanmaktansa yoksulluk içerisinde kalmayı bile göze alacak kadar hayal kırıklığına uğrayan Albay Chabert için uzlaşmaya razı olmaktan başka çıkar yol yok gibi gözükmektedir.

Sonuç itibariyle Derville, ikna kuvveti ve mesleki becerisi sayesinde müvekkilini uzlaşmaya razı etmiştir. Uzlaşma ilk bakışta gayet makûl bir yol gibi gözükür. Zira taraflar arasındaki uzlaşmazlığı bitirir. Ama Albay Chabert için bu uzlaşmanın bedeli ağırdır. Albay Chabert'in hiçbir talebi karşılanmamaştır ki. Ne yaşadığını ispat edebilmiş, ne servetini ve ismini geri alabilmiş ne de eski karısına kavuşabilmiştir. Ölmeden yaşamasını sağlayacak bir meblağ ile yetinmek zorunda kalmıştır sadece. Bu durumda davanın, hukuken tanınmayan, hakkını alamayan Albay Chabert'in aleyhine sonuçlandığı rahatlıkla söylenebilir. Buna karşılık Derville için bu sonuç kuşkusuz bir başarıdır. Zira dava sona ermiştir. Derville'in bu davadaki başarısı şöyle ifade edilebilir: *Davacı aleyhine, dava lehine bir karar çıkartmak*.

46 Balzac, **Albay Chabert,** *s. 46.*

47 Balzac, **Albay Chabert,** *s. 48.*

Her ne kadar Derville, Balzac'ın diğer avukatları arasında olumlu nitelikler taşımasıyla ayrılıyor, örneğin yine *Albay Chabert* romanında karşımıza çıkan bir Delbecq'e oranla çok daha dürüst bir portre çiziyorsa da sonuçta bir avukattır ve aslında tek amacı sadece davayı kazanıp başarısını perçinlemektir. Bu amacını gerçekleştirmek için de tutarlı veya ilkeli olmaktansa karşısındakini ikna etmeyi kendisine görev bilmektedir. Nitekim davanın kaderi hakkında Chabert'e söylediklerinin tam tersini Kontes Ferraud'ya söylemekte bir beis görmez:

"– İyi ama mösyö […] Chabert'inizin hayatta olduğunu farz etsek bile çocuklar

yüzünden mahkeme ikinci evlenmemi tanıyacak ve M. Chabert'e iki yüz yirmi beş bir frank vermekle iş bitecektir.

– Madam, sorunun duygusal yönünü mahkemenin hangi tarafta göreceğini bilmeyiz. Bir yanda bir ana ile evlâtları varsa, öte yanda da felâketler altında ezilmiş, sizin yüzünüzden, kendisini reddetmeniz yüzünden ihtiyarlamış bir adam var. Bir kadın bulmasına imkân var mıdır? Hem, hâkimler kanuna karşı gelebilirler mi? Albayla evlenmeniz kanunidir ve ötekine göre önceliği vardır."[48]

Chabert'in karısıyla uzlaşması, bütün haklarından, isminden, ünvanından ve servetinden vazgeçmesini, bunun karşılığındaysa karısı tarafından kendisine yıllık maaş bağlanmasını gerektirmektedir. Fakat eski karısıyla uzlaşma ihtimalinin varlığından ötürü umutlanan Chabert'in bu umutları kısa sürede suya düşecektir. Zira karısı uzlaşmaya yanaşmayacak, daha doğrusu farklı bir uzlaşma şekli önerecektir. Buna göre Chabert yine bütün haklarından vazgeçecek, ama karşılığında daha az bir maaşa razı olacaktır. Görüldüğü üzere fiilen hayatta olan Chabert, ne dava ne de uzlaşma yoluyla varlığını ispat edebilmektedir. Bu durumda diğer haklarına tekrar kavuşabilmesi de mümkün değildir. Sonuça Chabert, karısının mutluluğunu bozmamak amacıyla bütün haklarından vazgeçmeyi kabul eder. Ancak bu kez de karısı, Albay Chabert olarak tüm haklarından vazgeçtiğini resmi bir belgeyle kabul etmesini ister. Aslında böyle bir kabul, Chabert'in bir sahtekâr olduğunu, sırf Madam Ferraud'nun servetinden faydalanmak için bu tür bir yalan uydurduğunu itiraf etmesi anlamına gelir. Böyle bir onursuzluğa katlanmaktansa ölü kalmayı tercih eden Chabert karısına son kez şunu söyler:

> "– Madam […] size lânet etmiyorum, sizden nefret ediyorum. Şimdi, bizi ayırmış olan tesadüfe şükrediyorum. Bir intikam arzusu bile duymuyorum, artık sizi sevmiyorum. Sizden hiçbir şey istemiyorum. Verdiğim söze itimat ederek rahat yaşayınız, bu söz bütün Paris noterlerinin senetlerinden daha sağlamdır. Meşhur etmiş olduğum adı artık asla talep etmiyeceğim. Ben artık, güneşin altında yaşamak hissesinden başka bir şey istemiyen zavallının biriyim. Allaha ısmarladık…"[49]

48 Balzac, **Albay Chabert,** *s. 61-62.*

49 Balzac, **Albay Chabert,** *s. 82-83.*

Bu son sahneden sonra Albay Chabert kayıplara karışır. Aradan belirli bir zaman geçtikten sonra bir vesileyle yolu adliyeye düşen Derville, mahkeme salonlarından birinde Albay Chabert'e rastlar. Romanının ilk satırlarında hukuku, bir avukat bürosu aracılığıyla tanıtan Balzac, şimdi dikkatimizi yine hukukun uygulandığı mekânlardan birine, mahkeme salonuna çeker. Tıpkı avukat bürosu gibi, mahkeme salonu da pek öyle adaletin gerçekleştiği, gerçekleşebileceği bir yer değildir:

> "Bütün mahkeme daireleri gibi, bu oda karanlık ve taaffünlü [kokmuş], duvarları boyunca, bütün içtimai bataklıklardan, istisnasız bu randevuya koşan betbahtlerin gelip geçişinden kararmış tahtadan sıralar dizili bir yerdir. Bir şair bu kadar sefaletin geçtiği *bu müthiş lâğımı* güneşin aydınlatmaktan utandığını söyliyebilirdi! Bu sıralar üstünde bir karış yer yoktur ki, üstünde işlenmiş veya henüz tohum halinde bir cinayet oturmuş olmasın, bir karış yeri yoktur ki, ilk suçuna adaletin vurduğu küçük damgadan dolayı ümitsizliğe düşerek, sonunda giyotinin yükseleceği, veya intihar tabancasının patlıyacağı bir hayata başlamış olan bir adam görmüş bulunmasın. Paris kaldırımlarına düşenlerin hepsi bu sarı duvarlara doğru zıplarlar, kazanç peşinde koşmıyan bir hayırsever, riyakâr muharrirlerin önlemek için küçük bir gayret göstermeden şikâyet ettikleri sayısız intiharların mazeretini bu sarı duvarların üstünde kolayca okuyabilirdi, çünkü bu mazaret, tıpkı Morg veya Grève [idam hükmünün yerine getirildiği meydan] meydanı dramları için yazılmış bir mukaddime gibi bu odaya nakşolunmuştur."[50]

Güneşin bile aydınlatmaktan utandığı bu müthiş lâğım çukurunun karanlığında, sanıklar arasında eski bir asker de vardır. Serserilik suçundan iki ay hapse mahkûm edilen bu askeri Derville hemen tanır. Fakat bu kez Hyacinthe ismiyle çağrılmaktadır. Yine üstü başı perişan, sefil bir hâlde, hareketsiz ve dalgın öylece oturmaktadır. Her ne kadar vakarından ödün vermemeye çalışsa da hukukun kendisine layık gördüğü adaletin izleri yüzünden okunmaktadır. Zira,

> "[…] bir adam adaletin eline düşer düşmez, artık bir mânevi varlıktan, bir hukuk veya hakikat meselesinden başka bir şey değildir, *tıpkı istatistikçilerin nazarında bir rakamdan ibaret olduğu gibi*."[51]

Albay Chabert'in bu sahnede Hyacinthe ismiyle anılması dikkat çekicidir. Roman boyunca Albay Chabert bazen "köhne pelerin", "yabancı", "avanak", "ihtiyar davacı", "kaçık", "zavallı adam", "ihtiyar maskara" ve "ihtiyar asker" gibi kimliğini ve kişiliğini silecek cinsten, hatta hakaretamiz nitelikte sıfat veya lakaplarla çağrılmış bazen de "albay", "Chabert imparatorluk kontu", "Kont Chabert", "Légion d'honneur büyük subayı" gibi toplumun kendisine biçtiği rol ve statüleri ifade eden ünvanlarla anılmıştır. Kendini sürekli başkalarının gözüyle görmeye alışkın, benliğini diğer insanlarla girdiği zorunlu ilişkiler

50 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 85 (vurgular bana ait).*

51 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 84-85 (vurgular bana ait).*

çerçevesinde idrak etmiş olan Albay Chabert, bu sahnede ilk kez gerçek ismiyle karşımıza çıkmaktadır. Bu anlamda Hyacinthe ismi, bütün o geçici kimliklerinden bağımsız, yalın bir şekilde tanımlamaktadır Albay Chabert'i[52].

Albay Chabert, o güne kadar sahip olduğu herşeyini kaybetmiş, bütün haklarından vazgeçmiştir. Buna rağmen eski karısı Madam Ferraud'nun Derville'e vekâlet ücretini ödemediğini öğrenince sahip olduğu tek varlığını, şerefini korumak için son bir teşebbüste bulunur. Sanki o eski aristokrat zamanlarındaymışcasına Madam Ferraud'ya hitaben bir mektup yazarak derhal Derville'in ücretini ödemesini ister. Bu davranış, Albay Chabert'in toplumun diğer üyeleri ile kurduğu son ilişkidir. Zira içinde yaşadığı bu toplumdan hastalık derecesinde nefret etmektedir:

> "Ekseri insanların kıymet verdikleri bu harici hayattan ne derece nefret ettiğimi bilemezsiniz. Birdenbire bir hastalığa tutuldum, insanlıktan iğrenme hastalığı."[53]

Kendisine yaşam da dahil hiçbir hakkı layık görmeyen bu insanlardan herhangi bir talepte bulunmaksızın bir kez daha kayıplara karışan Albay Chabert, romanın sonunda yine ortaya çıkar. Bir düşkünler evindedir. Yarı meczup hâlde düşkünler evinin bahçesinde bir ağaç kütüğünün üzerinde oturmuş kendi kendine askercilik oynamaktadır. Bırakın Albay Chabert olmayı, artık Hyacinthe ismini bile önemsemez görünmektedir. Nitekim kendisine Albay Chabert olarak hitap eden Derville'e ürkekçe, hüzünlü ve bir çocuk gibi bakarak şöyle cevap verir:

> "Chabert demeyin, Chabert demeyin! Benim adım Hyacinthe'tir […] Ben artık bir insan değilim, yedinci koğuşun 164 numarasıyım."[54]

Karşısındaki avukatlardan üç beş kuruş dilenecek kadar düşen bu adam, neredeyse insanlığını bile unutmuştur. Sadece toplum nezdinde değil hukuk karşısında da hiç mertebesindedir artık. Evet belki toplumun ve hukukun oluşturduğu o zoraki bağlardan, yapay

52 *Good, "Le Colonel Chabert: A Masquerade with Documents", s. 847; Eileen B. Sivert, "Who's Who: Non-Characters in Le Colonel Chabert",* **French Forum,** *Vol. 13, No. 2, 1988, s. 217-228, s. 218-219. Sivert, Albay Chabert'in tutarlı ve bütüncül bir kimlik iddiasında bulunup, bunu var gücüyle ne kadar ispat etmeye çalışırsa çalışsın insanlar tarafından hiçbir şekilde özne olarak görülmediğini ileri sürmektedir. Roman kahramanına böyle bir kader çizmesi, Sivert'e göre Balzac'ı genel kabulün aksine katışıksız bir klasik yazar olmaktan çıkarmakta, Albay Chabert romanını da tam anlamıyla modernist diyemesek bile modern romanın habercisi sayabilmemizi mümkün kılmaktadır. Zira bilindiği üzere klasik romanda anlatı, tıpkı insan bedeninin yaşamı gibidir. Belirli bir başlangıcı, ortası ve sonu vardır. Bir hâlden, çoğu zaman tam tersi diğer bir hâle geçişler olağan akışı içerisinde verilir. Hayat ile ölüm arasında bir öncelik-sonralık ilişkisi kurulur. Buna karşılık Albay Chabert'in hem kendi hikâyesinin hem de bedeninin ve ruh hâlinin tasvir edildiği bölümlerde klasik anlatı çöker. Zira birbirine zıt özellikler aynı anda varolur. Üstelik bu biraradalık, salt okuyucunun ilgisini çekme, dikkatini diri tutma amacı taşımaz. Dahası, hikâyenin kurgusunun bir gereği olarak ilerleyen bölümlerde çözüme kavuşturulmayı bekleyen bir mesele de değildir. Yani bilinçli bir stratejinin ürünü olarak görülemez. Zaman zaman birbiriyle çelişse bile bu zıt unsurların her biri, diğerinden bağımsız kendi başına varlığını sürdürmeye devam eder. Balzac hakkındaki bu yorum için bkz. Sivert, "Who's Who: Non-Characters in Le Colonel Chabert", s. 219.*

53 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 87.*

54 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 89.*

kimliklerden kurtulmuş, sıradan bir insanın doğallığına kavuşmuştur. Albay Chabert'in içinde bulunduğu bu son durum, belirli bir açıdan özgürlük gibi görülebilir[55]. Ama nasıl bir özgürlük? Düşkünler evinde yarı meczup, yardımsever birilerinin vereceği üç beş kuruş ekmek parasına muhtaç hâlde yaşamını sürdürmeye mecbur kılan bir özgürlük…

Balzac, Albay Chabert'in bu trajik hikâyesini son sözü hukuka vererek bitirir. Burada hukukun, yegane amacı olan insana hizmeti unutup da kendi başına bir amaçmış gibi haraket etmesini ve insana dair yalın bazı hakikatleri, bir takım şekli ve resmi kurallar adına görmezden gelmesini yine hukukun kendi ağzından, avukat Mösyö Derville'in sözleriyle eleştirmektedir:

> "– Biliyor musunuz, azizim, cemiyetimizde dünyayı tanıyamıyan üç adam var. Papaz, doktor ve adalet adamı. Bu adamlar, belki bütün faziletlerin, bütün serapların matemini tuttukları için, siyahlar giyerler. Üçünün en zavallısı *avoué*'dir [avukattır]. İnsan rahibe, kendisini enteresan kılan ve büyülten nedamet ve vicdan azabı gibi hislerin tesiriyle gelir, bu hisler, işi pek de zevksiz olmıyan papazı teselli eder; o ruhu temizler, tamir eder ve Allahla barıştırır. Fakat biz avukatlar, biz daima ayni fena hislerin tekerrürünü görürüz. Onları hiçbir şey ıslah etmez, bizim dairelerimiz temizlenmesi kabil olımyan lâğımlardır. Vazifemi ifa ederken neler öğrenmedim! Kendilerine kırk bin frank irat temin ettiği iki kızı tarafından terk edilmiş bir baba gördüm ki, meteliksiz, mangırsız, tavan arasında can verdi. Yakılan vasiyetnameler gördüm; evlâtlarını soyan anneler, karılarının servetini çalan kocalar, bir âşıkla rahat yaşamak maksadiyle, çıldırtmak veya ahmaklaştırmak için ilham ettikleri aşkı silâh gibi kullanarak kocalarını öldüren karılar gördüm. Aşk mahsulü olan öteki çocuğunu zenginleştirmek için ilk kocalarından olan evlâdına, onu ölüme sürükliyecek iptilâlar aşılıyan kadınlar gördüm. Size bütün gördüklerimi söylememe imkân yok, cinayetler gördüm ki, adalet onlara karşı âcizdir, *romancıların icadettiklerini sandıkları bütün korkunç şeyler daima hakikattan aşağıdır.* Siz de bu güzel şeyleri öğreneceksiniz; ben karımla birlikte köyde yaşıyacağım. Paris'ten nefret ediyorum."[56]

Dürüst bir parfümcünün ne pahasına olursa olsun adalete uygun yaşamak istemesi sebebiyle başına gelen ve iflasıyla sonuçlanan bir dizi ticari ve hukuki olayı konu aldığı *César Birotteau* romanında Balzac, hukuku bir tiyatro oyununa benzetir. Bu tiyatro oyununun iki yönü vardır. İlki sahneye dönüktür ve seyircilerin izlemesi içindir. Seyircilerin görmediği diğeri ise kulislere bakar. Seyircilerin izlediği ve sahneye dönük olan yön, yapay bir gerçekliğe işaret eder. Demek ki oyunun asıl amacı, kulislere bakan yönde gizlidir[57].

55 *Romanın sonunu yaygın kabulün tersine hiç de olumsuz bulmayan, Albay Chabert'in bu yeni durumunu farklı bir özgürlük türü olarak nitelendiren ve hukukun yetersizliklerini aşabilecek yeni bir imkân gibi sunan özgün bir yaklaşım için bkz. Caruth, "The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law", s. 135-138.*

56 *Balzac,* **Albay Chabert,** *s. 90-91 (vurgular bana ait).*

57 *Honoré de Balzac,* **César Birotteu,** *çev. Cevdet Perin, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1945, s. 318. Ayrıca bkz. Carbonneau, "Balzacian Legality: A Proposal For Natural Law Juridical Standards of Legitimacy", s. 6.*

Balzac'a göre edebiyatçının görevi de işte bu hukuk oyununun gizli kalan yönlerini ortaya çıkarmaktır. Hukukun görünen yüzünün arkasında neyin yer aldığını tespit edip biz okuyuculara göstermekle görevlidir edebiyatçı[58].

Albay Chabert'in son satırlarında Balzac, edebiyat ile gerçekliği karşılaştırır ve romancıların yazdığını gerçeklikten uzak bulur. Fakat yine bizzat kendisi, hukuki gerçekliği en ince detaylarıyla ele alıp incelediği romanlarında bu karşılaştırmayı geçersiz hâle getirir. Hukuk karşısındaki tavrı bakımından hukukçu ile karşılaştırıldığında edebiyatçının, hukuki gerçekliğe dair çok daha isabetli tespitlerde bulunabileceği kabul edilmelidir. Buna karşılık örneğin bir kanun koyucunun, yani hukukun bizzat kendisinin hukuk adı altında bize vaadettiği, Carbonneau'nun da belirttiği gibi çoğu zaman sadece korkunç hikâyelerden ibarettir[59].

KAYNAKÇA

- *Balzac, Honoré de,* **César Birotteu,** *çev. Cevdet Perin, İstanbul, Remzi Kitabevi, 1945.*
- *Balzac, Honoré de,* **Albay Chabert,** *2. Baskı, Çev. Yaşar Nabi Nayır, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1962.*
- *Balzac, Honoré de,* **Albay Chabert,** *çev. Naci Kutluk, İstanbul, Valık Yayınevi, 1974.*
- *Balzac, Honoré de,* **Cousin Pons I,** *İkinci Basılış, çev. Vahd Hatay, İstanbul, Milli Eğitim Basımevi, 1964.*
- *Balzac, Honoré de,* **Ursule Mirouët,** *çev. Sabiha Rifat-Samih Rifat, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları Hasan Âli Yücel Klasikler Dizisi, No. LIII, 2007.*
- *Billy, Andre,* **Balzac'ın Hayatı,** *çev. Fehmi Baldaş, Ankara, Milli Eğitim Basımevi, 1949.*
- *Brooks, Peter,* **Realist Vision,** *New Haven & London, Yale University Press, 2005.*
- *Carbonneau, Thomas E., "Balzacian Legality: A Proposal For Natural Law Juridical Standards of Legitimacy",* **Loyola Law Review,** *Vol. 27, No. 1, 1981, s. 1-39.*
- *Caruth, Cathy, "The Claims of the Dead: History, Haunted Property, and the Law",* **Law's Madness,** *Austin Sarat, Lawrence Douglas, and Martha Merrill Umphrey (eds.), Ann Arbor, The University of Michigan Press, 2003, s. 119-145.*
- *Gest, John Marshall, "The Law and Lawyers of Honoré de Balzac",* **University of Pennsylvania Law Review and American Law Register,** *Vol. 60, No. 2, 1911-1912, s. 59-92.*
- *Good, Graham, "Le Colonel Chabert: A Masquerade with Documents",* **The French Review,** *Vol. XLII, No. 6, 1969, s. 846-856.*

58 *Carbonneau, "Balzacian Legality: A Proposal For Natural Law Juridical Standards of Legitimacy", s. 6.*

59 *Carbonneau, "Balzacian Legality: A Proposal For Natural Law Juridical Standards of Legitimacy", s. 20-21.*

- *Kornstein, Daniel J., "He Knew More: Balzac and the Law",* **Pace Law Review,** *Vol. 21, Issue 1, 2000, s. 1-102.*
- *Lukacs, Georg,* **Avrupa Gerçekçiliği (Balzac-Stendhal-Zola-Tolstoy-Gorki ve Diğerleri),** *2. Basım, çev. Mehmet H. Doğan, İstanbul, Payel Yayınevi.*
- *Posner, Richard,* **Law & Literature,** *Third Edition, Cambridge, Massachusetts, London, Harvard University Press, 2009.*
- *Price, Roger,* **Fransa'nın Kısa Tarihi,** *çev. Özkan Akpınar, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, 2008.*
- *Sivert, Eileen B., "Who's Who: Non-Characters in Le Colonel Chabert",* **French Forum,** *Vol. 13, No. 2, 1988, s. 217-228.*
- *Zweig, Stefan,* **İnsanlık Komedyası'nın Ölümsüz Yazarı Balzac,** *İstanbul, Kabalcı Yayınevi, 2002.*

GERALD POSTEMA'NIN "EZGİ" MODELİ VE HUKUKTA KIYAS YÖNTEMİNİN BİR ANAYASA MAHKEMESİ KARARI ÜZERİNDEN İNCELENMESİ[1]

Koray GÜVEN[2]

Özet: Gerald Postema, özellikle 17. Yüzyıl geleneksel İngiliz hukuk teorisyenlerinin görüşlerinden yararlanarak; Anglo-Amerikan hukuk düşüncesinin teorik temeller yerine uygulamanın bütün olarak tutarlı olması gerekliliğini öne çıkaran yönüne dikkat çeker. Bu düşünceden esintiyle kendi "ezgi" modelini geliştirir. "Ezgi" modelinde, tüm hukuk sujeleri ve özellikle yargıç elindeki hukuki soruna çözüm bulurken, bu sorunun geçmişteki ve gelecekteki muhtemel uygulamayla girdiği etkileşimi dikkate alarak; yaptığı akıl yürütme faaliyetini geçmiş, gelecek ve şimdiki zamandan oluşan bu üç ayaklı temelin özelliklerine göre tekrar tekrar yeniden gözden geçirerek sonuca ulaşır. Hukuk, yalnızca içinde bulunduğumuz zaman diliminde geçerli olan kural ya da ilkeler bütününü kapsayan bir sistem değil; geçmiş, gelecek ve şimdiki zamanla beraber dinamik ağdır. Hukuki soruna çözüm bulma faaliyeti, eldeki sorunu bu hareketli ağ içindeki doğru yere yerleştirmekten ibarettir. Postema'nın bu örnekler ağındaki uyuşmazlıkları çözüme ulaştırmak için önerdiği yöntem ise; genel kabul ya da kurallar üretmenin ve bunlardan yola çıkmanın fazla kuramsal ve yararsız olduğu Anglo-Amerikan hukuk sisteminde; tümdengelim ve tümevarım yerine kıyastır. Bu makalede, Postema'nın kıyasa dayalı düşünmeyi hukuki düşünceye adapte ederek geliştirdiği kıyas kalıbı; geleneksel İngiliz hukuk teorisinin öne çıkardığı özellikleri ve "ezgi" modeli ile birlikte ele alınarak incelenecek ve Anayasa Mahkemesi'nin "İffetsiz kadın" kararı olarak bilinen mülga Türk Ceza Kanunu'nun 438. maddesine ilişkin 12.1.1989 tarihli kararıyla birlikte ele alınacaktır.

Anahtar kavramlar: Anglo-Amerikan hukuk teorisi, **"**ezgi" modeli, kıyasa dayalı düşünme, iffetsiz kadın kararı

A. Giriş

Gerald Postema, etik ya da hukuki herhangi bir genel ilkenin yol göstericiliği olmaksızın, tümdengelimden ve dolayısıyla yargıcın başvurması gereken bir adalet kuramına gereksinim duymaksızın sonuca ulaşılabilecek bir akıl yürütme yöntemi önerir. Kıyas yöntemine dayalı düşünme modelini kurarken, geleneksel "common law" teorisini kendine özgü bir bakışla değerlendirerek içtihat hukukunu "ezgi" adını verdiği bir kalıba oturtur.

1 Bu makalenin yazımında, 17-28 Haziran 2013 tarihleri arasında Koç Üniversitesi ve Türkiye Felsefe Kurumu'nun düzenlediği "Uluslararası Hukuk Felsefesi Yaz Okulu"nda; Beyza Timur(Ankara Üniversitesi), Duygu Çiçek(Koç Üniversitesi), Hande Evsen(Bilkent Üniversitesi) ve Koray Güven(Bilkent Üniversitesi) tarafından hazırlanan sunumdan yola çıkılmış, Gerald Postema'nın 25-26 Haziran tarihlerinde anlattığı iki ders ve makaleleri temel alınmıştır.

2 Bilkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Bu kalıpta içtihat hukuku zaman kavramının farkındalığı(law's mindfulness of time) fikrine göre şekillenir. Yargıç, uygulamadaki deneyimleri yoluyla edindiği yapay akıl yürütme(artificial reason) yeteneği ile geçmişteki mahkeme kararlarını göz önüne alır. Kıyas yoluyla değerlendirir. Kıyas yaparken belirli sınırlar içinde kalarak hangi benzerliklerin ve farklılıkların dikkate alınacağı konusunda kendisine bir yol çizer.

B. Postema'nın Anglo-Amerikan Hukuk Teorisi Üzerine Düşünceleri

I. İngiliz Hukuku'nun Gelişimi

Postema, İngiliz Hukuku'nun yüzyıllar süren gelişimi hakkında pek çok tartışma hukuk tarihçileri arasında sürse de, üzerinde genel kabulün olduğu iki noktaya dikkat çeker: 1) "Common law" gelişiminin ilk evrelerinde usul hukukuna yönelik olarak gelişmiş, maddi hukuka ilişkin standartları jüri tarafından temsil edilen toplumun yargılarına bırakmıştır. Böylece bu standartlar uzun bir gelişim süreci sonunda bir hukuk bütününe(body of law) vücut vermiştir. 2) İçtihat hukuku kesin çizgilerle ortaya konulmuş bir bağlayıcı içtihat(stare decisis) ilkesi yerine hukuku meslek edinenlerin başvurduğu bir ortak bilgi kaynağı olarak görülmüştür.[3]

Böylece, İngiliz Hukuku'nun kökeni incelendiğinde, içtihat hukukunun, maddi hukuku kapsayacak şekilde sistemleştirilmiş bir bütün olmak yerine; mahkemelerdeki sözlü geleneğin kaydedilmesinden ibaret bir görünüş sergilediği görülür. Bu kayıtların her biri bağlayıcı hukuk kaynakları oluşturmak yerine, hukukçuların ortak hafızasını teşkil eder. Tek bir içtihadın ya da içtihatlar dizisinin değil mahkemelerin genel işleyiş şeklinin hukuku oluşturduğunu söylemek, "common law"un kökeni ve bundan yola çıkarak da Anglo-Amerikan hukuk teorisi hakkında fikir yürütmek için Postema'ya göre doğru bir yaklaşım olacaktır. [4]

Tarihsel gelişim içinde, sistem olgunlaştıkça; hukukçular gittikçe artan bir biçimde kararların oluşmasında rol oynamaya başlarlar. Hukuki sorunlar karmaşıklaştıkça, jürilerdense yargıçların maddi hukuka ilişkin konularda karar vermesi yaygınlaşır. Böylece ortak düşünce ve yargılara bırakılan konularda artık hukukçuların karar vermeye başlaması alışıldık bir uygulamaya dönüşür.

Postema İngiliz Hukuku'nun kökeniyle ilgili son olarak yasamanın rolü üzerinde durur. Yasama organı, tarihinin büyük bir kısmı boyunca hukuk düzenindeki bazı bozuklukları düzeltici, iyileştirici ya da hâlihazırda kabul gören ilkeleri açıkça belirten kanunlar yapma yoluna gitmiştir. Mahkemeler ise her ne kadar bu kanunları kabullenmek zorunda olsalar da, bunu "common law"un geleneksel akıl yürütme yöntemlerine tabi tutarlar. Böylece yazılı hukuk kurallarının anlamları ve uzun vadede geçerlilikleri, var olan hukuk düzeni içine tutarlı bir biçimde yerleştirilebilmelerine bağlı olmuştur. [5]

3 *Classical Common Law Jurisprudence(Part 1),Gerald Postema s.160*
4 *a.g.e. s.162*
5 *a.g.e. s.165*

II. 17. Yüzyıl İngiliz Hukuk Kavramı

Postema, 17. Yüzyıldaki baskın hukuk kuramının çerçevesini çizerken, başvurduğu düşünürlerin teorisyenden çok hukuk uygulayıcıları kimlikleri ile ortaya çıkan, pragmatik ve somut fikirler ortaya atan hukukçular olduğunun altını çizer. Başta Coke, Davies, Hale, Selden olmak 17. Yüzyıl İngiltere'sindeki baskın hukuk düşüncesinin kurucularından yas rarlanır.

Geleneksel İngiliz hukukunda yargıçlar, Postema'ya göre kendilerini hukuk yaratıcıları olarak görmezler. Kesin bir biçimde bağlayıcı içtihatların olduğu ilkesi(stare decisis) bu dönemde henüz gelişmemiştir. Yasama organının kaynaklık ettiği yazılı hukuk kuralları için "koymak" ifadesi yerinde olsa da, "common law"u oluşturan kuralların birileri tarafından konulduğundan bahsetmek yanıltıcıdır. Postema yoğunlukla başvurduğu 17. Yüzyıl kuramcılarından bir yüzyıl sonra yaşayan Blackstone'dan da bir alıntı yaparak geleneksel "common law" düşüncesinde hukukun kaynağı sorununa yanıt vermeye çalışır. Blackstone'na göre hukuk, uygulama, danışma ve tartışma faaliyetinde kullanıldığı ve bu faaliyetin içinde yakalandığı ölçüde vardır. Uygulamanın -bu uygulama gelenek, kullanım ve denek yimlerden vücut bulmuştur- oluşturduğu bütün içinde örtülü bir şekilde bulunan kurallar, geleneksel "common law" hukukçularının aklındaki hukuk kavramını karşılar. Buna göre, hukukun varlığı, kullanımı ile kanıtlanır.[6]

Blakstone'un alıntısından yola çıkarak geleneksel İngiliz hukuku düşüncesini bu şekilde açıklayan Postema'nın böylece hukukun kaynağı konusunda Anglo-Amerikan hukukunu günümüzde işgal eden baskın düşünceye yaklaşan bir görüş yakaladığı söylenebilir. H.L.A. Hart'a göre ilkel hukuk düzeninden, gelişmiş bir hukuk düzenine geçişten sonra kuralların geçerliliği ancak bir tanıma kuralına(rule of recognition) uygunluklarına bakılarak belirlenir. Tanıma kuralının geçerliliği ise başka herhangi bir kurala değil ancak bu kuralın hukuk düzeninin uygulayıcıları tarafından benimsenip yürütülmesine bağlıdır. Bir başka deyişle, Postema'nın Blackstone ve ondan önceki geleneksel kuramcıların düşüncelerini özetleyişindeki ifadeye benzer şekilde; kuralın varlığı veya geçerliliği onun kullanılmasına bağlıdır. Burada bahsedilen "kullanma", sadece toplumsal hayatta önceden kestirilebilen davranış kalıpları olarak da anlaşılmamalıdır. Söz konusu kullanma, kamusal alanda gözlenen ve onaylanan "akla yatkın bir kullanma"(reasonable usage)dır. [7]

Bu kullanma biçimlerinin kökeninin salt yerel adetler olduğunu söylemek, "common law"un niteliğini belirlemede yanıltıcı bir sonuca götürebilir. En azından bazı adetlerin, kullanma biçimlerine kaynaklık etmiş olabileceği kabul edilebilirse de, kullanma biçimleri esasında mahkemelerdeki dava faaliyetleri arasından "yakalanan(taken up)" ve yerel değil aksine tüm topluma mal olmuş hukuk düzeniyle bütünleşen kalıplar olarak anlaşılmalıdır.[8] Geleneksel "common law" hukukçularına göre örf ve adetler ile akıl yürütme birbirlerini

6 *a.g.e. s.167*
7 *Concept of Law, HLA Hart s. 105*
8 *Classical Common Law Jurisprudence(Part 1),Gerald Postema s.167*

destekleyen iki kavramdır. Postema'nın yoğunlukla üzerlerinde durduğu Hale ve Selden'e göre "akla yatkın kullama biçimleri" olarak açıklanan kuralların kökenlerinin yalnızca yerel adetler olduğu görüşü, yasama organının eylemlerini görmezden gelmek olur. Hale'e göre, tartışılması gereken, kuralların kökenleri değil, nasıl birleştikleridir(incorporation). Birleşmenin bütünleşme ya da kaynaşma(integration) ve uyuşma(accommodation) olmak üzere iki boyutu vardır. Zaman içinde kurallar, hukuk düzeniyle kaynaşır –veya kaynaşamaz ve geçerliliğini yitirir- ve yumuşayıp toplumun gündelik yaşama biçimine ayak uydurarak düzenle uyuşan bir görünüm alır. Uyuşma iki taraflı bir faaliyettir. Kurallar, toplumun gündelik yaşamına göre şekillenirken; inanç, beklenti ve eğilimler de bu kurallardan etkilenir. Bu tarife göre, kuralların birbirleri ile birleşmelerinde zamanın rolü ortaya çıkar. Kurallar, tarihi bir süreç içinde kaynaşıp uyuşarak bir bütün halini alırken, toplum yaşamı da eşzamanlı olarak bu kurallarla şekillenir. Tarihi bir süreç içinde işleyen bu karşılıklı etkileşimde devamlılık önem taşır. Hangi hukuki çözümlerin geçmişteki uygulama dikkate alındığında devamlılığı sağladığı kadar, sujelerin hangi uygulamayı devamlılığı sağlayıcı gördüğü de dikkate alınır. Geleneksel "common law" düşüncesinin bu yönüyle de modern Anglo-Amerikan hukuk teorisi ile örtüşen yönleri olduğu söylenebilir. Hart 'ın içsel bakış açısı(internal point of law) düşüncesinde de sujelerin kurala bakışları hukuk tanımının belkemiğini oluşturur. İçsel bakış açısıyla hukuk kurallarını inceleyen sujeler, sadece kötülük tehdidi olan cezadan kaçmak için kurallara uymazlar, kurallar onlar için birer sinyal niteliği taşır.[9] Hukuk düzeni tarafından idare edilen bir suje, düzen içinden bu düzenin parçalarını oluşturan kurallara baktığında bunların nedenlerini anlar ve kabullenir. Bu kurallara uymayanların eleştirilmesi ise meşru kabul edilir. Hart'ın hukuk tanımındaki içsel bakış açısında olduğu gibi, geleneksel "common law" düşüncesinde de sujelerin kuralları nasıl gördüklerinin ve kabullenişlerinin önem taşıması, geleneksel ve modern görüşün benzeştiğini ortaya koyması bakımından dikkat çekicidir.[10]

Kuralların hukuk düzeninin parçaları olmaları ancak bu süreçle sağlanabilir. Bu süreçle kuralların birleştirilmesi Coke'a göre görünmez bir gücün eseri değil, yargının sorumluluğudur. Coke bunu hukukun yapay akıl yürütmesi(artificial reason) olarak adlandırır. [11]

III. Yapay Akıl Yürütme

17. yüzyıl "common law" hukukçuları Tanrıyı hukukun kaynağı olarak kabul etmelerine rağmen, Postema'ya göre doğal hukuk, hukuk kuramında pek de esaslı bir unsur teşkil etmemiştir.[12] Doğal hukuk ilkeleri, bu dönemin teorisyenlerine göre onlara başvurup karar verilmesine elvermeyecek derecede soyut ilkelerdir. Kuramcılar doğal hukuk yerine akıl yürütme üzerinden teorilerini anlamlandırma yoluna giderler. Bu akıl yürütme, hukukun sıradan kaynaklarının üzerinde, evrensel bir akıl yürütme değil, deneyimle edinilen bir çeşit mesleki akıl yürütmedir. Bu yüzden her insanın doğuştan gelen yetenekleriyle yapmasının

9 Concept of Law, HLA Hart s. 87,88

10 What is the Internal Point of View?, Scott J. Shapiro s.9

11 Classical Common Law Jurisprudence(Part 1),Gerald Postema s.175

12 a.g.e. s.177

mümkün olduğu "doğal akıl yürütme(natural reason)" den de farklıdır. Ancak yapay akıl yürütmenin, doğal akıl yürütmeden ayrılan tarafı bir meslek grubunun tekelinde olması değildir. Yapay oluş, gündelik yaşamda her bireyin tümdengelim yoluyla akıl yürütmesi olan doğal akıl yürütmeden farkını koyan bir ifadedir. Yapaylıkta, topluma açık niteliği özellikle vurgulanan mahkemelerdeki(public forum) tartışma faaliyeti yoluyla öğrenilen, deneyime bağlı bir akıl yürütme şekli söz konusudur. [13]

Postema'ya göre, geleneksel İngiliz hukukçularının görüşleri incelendiğinde, yapay akıl yürütmenin altı temel özelliği sıralanabilir. -1 Uygulamacı(pragmatic) oluşu, o an elde bulunan soruna bulunan hızlı bir çözümün yanında, benzer diğer sorunlarda başvurulacak bir örnek teşkil etme işlevini de belirtir. -2 Kamusal amaç(public mission), uyuşmazlıklar çözülürken daima adalet ve kamu yararının gözetilmesini ifade eder. -3 Bağlamsal(contextual) nitelik, akıl yürütme becerisinin soyut ilkelerin ve hukukun sistematik bir bütün olarak incelenmesi yerine düzenin ayrıntıları içinde kazanılan bir deneyim olmasını anlatır. Yargıcın faaliyeti genellikle ilgili kuralı bulup uygulamaktan çok daha fazlasıdır. Tümdengelim ya da tümevarıma değil "kıyas yöntemine dayalı(analogical)" bir akıl yürütme söz konusudur. 4- Sistematik olmama(non-systematic) özelliği kesin olarak teorize edilmeme anlamına gelmez. Hukuki sorunların yalnızca tekil biçimde ele alınabileceği ve çözümlerin tek tek sorunlara uygulanabileceği düşüncesi geleneksel İngiliz hukukçuların aklındaki düşünce değildir. Hukuki çözümler kesinlikle tikel olmak zorunda değildir. Ancak sistematik olmamaktan kasıt, çözümlerin tikel olması amaç olmasa da, kesinlikle bütüncül çözümlerin de aranmadığı; evrensel teorik tutarlılıktan çok kısmi tutarlığın hedeflenlendiğidir. Hukuk, uygulamanın kuramsallaştırılması değil, kendisidir. 5- Söylevsel(discoursive) oluş, adli bağlamdaki tartışma ve akıl yürütmeyi belirtir. Söyleve dayalı bir tartışma içine girmek(to engage in discoursive argument) ve akıl yürütme(to reason); Coke'un yazılarında genellikle eşanlamlı olarak kullanılır. Söylevsellik, yine Coke'a göre hukukun meşruiyetini sağlayan bir niteliktir. Yargıç, ancak kamunun yararına ve kamunun denetimine açık olarak yargılama yaptığında hukukun meşruiyeti de sağlanabilir. 6- Ortak ve Paylaşılan (common and shared) olma özelliği, akıl yürütmenin, yalnız başına yürütülen değil mahkemelerde söylevsel biçimde ortaklaşa yürütülen bir mantık süzgeci olma özelliğine dikkat çeker. Postema'ya göre bu anlamda, hukukun kullanımı ve kabulü, tarihsel olarak uygunluk ve mantıklılık konusundaki paylaşılan algılara bağlıdır. Buna göre, her bireyin kuralların mantıklı olduğuna inanması yeterli değildir. Fertler aynı zamanda sahip oldukları bu kuralların mantıklılığı algısının toplumca paylaşıldığı inancıyla hareket etmelidir. Bu anlayış da, daha önce bahsedilen Hart'ın içsel bakış açısı anlayışı ile dikkat çekici benzerlik göstermekte, geleneksel ve modern Anglo-Amerikan hukuk teorisinin benzeştiği alanlardan birini oluşturmaktadır. Böylece, hukuki bir sorunun çözülmesinde karara bağlanacak olan, kişinin eylemde bulunurken bu eylemin toplumun geri kalanı tarafından da mantıklı kabul edileceğine dair inancının sağlam temelleri olup olmadığıdır. [14]

13 Classical Common Law Jurisprudence(Part 2), Gerald Postema s.3

14 a.g.e. s.3,4,5,6,7,8

C. "Ezgi" Modeli

Muhtemelen ilk olarak Coke tarafından telaffuz edilen ve çağdaşları tarafından benimsenen yapay akıl yürütme, yukarıda açıklanan özellikleri ile geleneksel İngiliz hukuk kuramının en önemli kısımlarından birini teşkil eder. Hale'in birleşme(incorporation) düşüncesine geri dönüldüğünde, hukuki uygulama içinde sorunlara kamusal bir tartışma alanı olan mahkemelerde gündelik yaşama uygun çözümler getirilerek kazanılan yapay akıl yürütme biçimi, birleşme süreci içinde doğrudan etkili bir unsurdur. Yasama organının çıkardığı kanunlar ve geçmişteki mahkeme kararları ancak mahkemelerdeki sorun çözme faaliyetinin bir sonucu olarak, hukuk düzeni içinde kaynaşma ve uyuşma yoluyla hukukun kaynakları haline gelebilirler.

Böylece, kuralların hukuk düzenin parçası olma süreçlerinde içinde geçtikleri "zaman" hukukun oluşumunda önemli bir yer üstlenir. Postema'nın alıntı yapıp yorumladığı Yargıç Oliver Wendell Holmes'a göre kuralların birbirleri ile tutarlı bir bütün haline gelebilmeleri zaman içinde ve zamanın ilerlemesiyle mümkün olabilir. "Zaman, …hukukun işleyiş şeklinin ve hukukun kendine özgü normatif yol göstericiliğinin… esasını oluşturur."[15] Hukuk düzeni, kendine özgü normativizmi ile irade sahibi sujelerin akıl yürütme şekillerini ve eylemlerini yönlendirir. Postema'nın "zaman" kavramı ile önerdiği, işte bu özgün hukuki normativizmi açıklayacak bir modeldir.

Postema'nın hukukun normativizmi kavramıyla önerdiği, irade sahibi, mantık yürüterek hareket eden hukuk süjelerine rehberlik etmektir. Güç kullanıp hükmetmek(ruling), hukukla bir tutulamaz. Mantık yürüten süje, eyleminin sonuçlarını anlayıp somut olaylara kuralı uygulayacak yetenektedir. Hukuk sadece insanları doğrudan yönlendiren bir düzen olarak tarif edilemez. Sujeler, birbirleriyle etkileşim içine girerek, topluluk halinde bu mantık sahibi oluş durumunu paylaşırlar. Geçmişi göz önünde bulundurup etkileşim içine girdikleri tüm diğer sujelerin de eylemlerini de hesaba katıp gelecekteki eylemleri tahmin ederler. Hukukun normatif yol göstericiliği de işte bu kolektif zaman farkındalığına rehberlik edişinden kaynaklanır.

Müzik, özellikle ezgi, ilerleyen zaman içinde bir düzenleme ya da sıraya koyma faaliyetidir. Bir ezginin doğru olarak ortaya çıkması, notaların zamanında ve sırasıyla çıkarılmasına bağlıdır. Bu da notaların çıkarılması için zaman kavramı konusunda farkındalık gerektirir. "Bu farkındalık geçmişi, günümüzü ve geleceği birleştirir." Zamanın içinde gerçekleşen, zaman kavramının farkındalığı söz konusudur (awareness of time occuring in time). İçinde bulunulan ana kadar geçen sürede çıkan ezginin farkında olmayı ve sonrasında hangi seslerin bu ezgiyi izleyeceğini tahmin etme faaliyeti ezgiyi oluşturur. [16]

Bilinçli her eylem de zamanla ilişkilidir. Eylem bir proje çerçevesinde gerçekleşir. Böylece eylemin ortasında, kişinin karşısında, hareket ederken göz önünde bulundurması gereken üç etken vardır. Bunlar; plan, şimdiki ana ait koşullar ve başlangıçta yapılan hazırlık

15 Melody and Law's Mindfulness of Time, Gerald Postema s. 205

16 a.g.e. s.208

lardır. Böylece, karar verecek olanın geçmişteki davranışı, o anın ortaya çıkmasında kurucu unsur olarak rol oynar. Kişi devamlı olarak geleceğe bakamaz, geçmiş de artık yürütülen projenin bir parçasıdır. Plan kesin bir biçimde belirlenemez. Şimdiki zamanın koşullarına ve gelecekle ilgili tahminlere göre değiştirilmesi, yeniliğe ayak uydurması sağlanmalıdır. Kişinin bu bilinçli eylemi bireysel değildir. Eylem, toplumun diğer fertlerinin eylemleri ile karşılaşabilir. Bu durumda sadece kendisinin geçmişteki davranışlarını değil, karşılaştığı diğer bireylerin de eylemlerinin projeye ettiği etkiyi de hesaba katmak zorundadır.[17]

Postema'nın geçmiş, şimdi ve geleceği bütünleştirdiği "ezgi" modeli yargıcın içtihada bakarak karar verme sürecine uygulandığında; "geçmiş" unsuru içtihatları temsil eder. Bu modelde, içtihatların karar vermedeki rolü de kendine özgüdür. Örneğin; faydacı özelliği öne çıkan "Hukukun Ekonomik Analizi" okulunun önemli bir figürü olan Posner'in, önceki kararları göz önünde bulundurarak, yargıcın önündeki olay için en uygun kuralı seçmesi olarak açıkladığı akıl yürütme biçimini reddeder. Çünkü mahkemede karar vermek, ezginin gelişimi boyunca ilerde nasıl notalar çıkacağını, başka bir deyişle gelecekte mahkemelerin –ve tüm sujelerin- nasıl akıl yürüteceklerini kestirebilmeyi de içerir.[18]

Geçmiş, şimdiki zaman ve geleceği birbirleriyle etkileşim içinde resmeden Postema; böylece modern Anglo-Amerikan dünyasında kabul gören hukuk kuramlarından ayrılan, "ezgi" metaforuyla belirleyici bir karakteri olan yeni bir hukuk teorisi ortaya atmıştır. Yukarıda, 17. Yüzyıl Anglo-Amerikan hukuk düşüncesi açıklanırken benzerliklerine dikkat çekilen Hart'ın tanıma kuralı da, Postema'nın teorisini tam olarak karşılamaz. Postema'ya göre, Hart, hukuk uygulayıcılarının yaptıklarını şimdiki zaman dilimine ait bir gerçeklik olarak ele alır. Bu gerçeklik devamlı değişir. Oysa bir hukuk sistemini sadece birbirini izleyen geçerli hukuk kuralları bütünleri olarak ele almak, "ezgi"yi birbirini devam eden sesler olarak anlamak kadar eksik ve yanıltıcıdır. Hukuk, irade sahibi, akıl yürüten sujelere rehberlik eder. Bu nedenle, zaman içinde normatif tutarlılık göstermesi, hukukun esas özelliklerinden biridir. Oysa, Hart'ın tanıma kuralı yalnızca belli bir zaman dilimindeki kurallar bütününün geçerliliğini garanti eder. Başka bir deyişle, şimdiki zamana ait hukuk sisteminin geçerliliği yine şimdiki zamana ait diğer sistemlere göndermede bulunarak test edilecektir. Postema'nın "ezgi" ile önerdiği ise, hukuk sisteminin normatif tutarlılığının ancak zaman içindeki tutarlılığı ile test edilebileceğidir. Hâlihazırdaki bir kuralın varlığı; bunun geçmiş, gelecek ve şimdiki zamanla bağlantısı dikkate alınarak; tutarlı bir biçimde hukuk sisteminin bütünü içine yerleşip yerleşemediğine bakılarak test edilecektir.[19]

D. Hukukta Kıyasa Dayalı Düşünme

Postema, hukukta yargıcın karar verme sürecinde kullanması için önerdiği modelini kurarken; özgün bir kıyas biçimi sunar. Tümdengelim ve tümevarımın aksine bir kuraldan yola çıkılmasını veya bir kurala ulaşılmasını önermeden, salt benzetmeler ve karşıtlıklardan

17 a.g.e. s.209,210

18 a.g.e. s.214,215

19 a.g.e. s.223

yola çıkarak kıyaslamalar yapmaya ve bu kıyaslamaların mevcut hukuk düzeniyle tutarlılık taşıyıp taşımadığının test edilmesine dayalı olan bu akıl yürütme modelinde, Postema yine geleneksel Anglo-Amerikan hukuk teorisinde öne çıkarıp desteklediği görüşü terk etmeyerek genel bir ilkenin belirlenip uygulanması gerektiği görüşünü reddeder. Kıyas yapılabilmesi için bir ilkeden yola çıkılarak benzerlik ve karşıtlıkların bulunması gerektiği doğru değildir. Postema'nın kural-rasyonalizm(rule-rationalism) adını verdiği ve takip etmediği bu görüşe göre; iki olgunun birbirlerine benzer ya da karşıt özelliklerinin ortaya çıkarılması ancak yapılan değerlendirmenin çerçevesini çizen bir kuralın varlığıyla sağlanabilir. Oysa Postema'ya göre kıyas faaliyeti sırasında karşılaştırılacak tüm olayların benzer ve karşıt özellikleri, bu olayların çerçevesini çizen genel bir kuralın varlığına bağlanırsa; bu kuralın bu olaylara uygulanmasını da ancak başka bir kuralın varlığı haklı gösterecek ve böylece uygulanacak her kuralın uygulanma gerekçesi başka bir kuralın varlığıyla sağlanacaktır. Bu durum hiçbir kuralın uygulanmasını nihai olarak haklı çıkaramaz. Böylece bir kuralın varlığı, nihai olarak kurallardan bağımsız olarak yapılacak bir sorgulamaya bağlıdır. Bir genel kabulün ya da kuralın varlığının, kıyas yapmayı öncelediği doğru değildir. Diğer bir deyişle aralarında analoji kurulacak olan tek tek olaylarla, genel kurallar arasında bir öncelik sonralık ilişkisi yoktur.[20]

Kıyasa dayalı düşünme modelinin, hukuktaki önemini bu şekilde belirleyen Postema, daha sonra iki aşamalı teorisini kurar. Brirınci aşama olan temel basamak(base level), kıyas sa dayalı akıl yürütmeyi(analogical reasoning) içerirken, ikincisi yani yansıtıcı basamak(ü reflective level) ise kıyaslamanın değerlendirilmesi(analogy assessment) aşaması olarak işlev görür. İki aşama birbirleriyle bağlantılıdır.[21]

1- Temel Basamak:

Temel basamakta analojinin kurulması; Postema'nın "ezgi" metaforundan esintiler taşır. Analojinin kurulduğu bu aşamada, kuralın bir örneğe uygulanması değil, bir parçanın bütün içindeki yerine yerleştirilmesi esastır. Başka bir deyişle, yine kurallar ikinci planda kalmakta, bağlamsal bütün tam anlamıyla ön plana çıkmaktadır. Bu bağlam, çizgisel bir yol izlemez. Tıpkı "ezgi" modelinde anlatıldığı gibi, yeniden yapılandırmalarla, sürekli tekrar eden değişiklerle doludur. Hatta bağlamın sadece bir örnekler bütünü olduğunu söylemek de yanıltıcıdır, bunun yerine birbirleriyle ilişkili örneklerin ve birbirlerini destekleyen, sınırlayan, açıklayan nedenlerin oluşturduğu bir ağ benzetmesi yerinde olacaktır. Böylece, bu bağlam içindeki bir örneğin anlamını sorgularken; bu örneğin hangi genel kabulün örneği olduğu değil; örneğin bağlam içindeki yerinin neresi olduğu araştırılacaktır. Başka bir deyişle, kıyasa dayalı akıl yürütmede, örneklerden yola çıkarak tüme varmak Postema'nın önerdiği modelde herhangi bir önem arz etmez.[22]

Bir hukuki sorunu, hukuki bağlamdaki yerine yerleştirmek, bu meseleyi yani elimizdeki örneği bağlamın özelliklerine göre kodlamakla mümkündür. Bunun için de örneğimizin ilgili bulunduğu hukuk alanının(legal domain) ne olduğu belirlenmelidir. Bu sayede, örneğimizin içinde bulunduğu alandaki diğer hukuki problemler belirlenerek, karşılaştırma yapılacak hukuki sorunların neler olduğu ortaya çıkarılır. Karşılaştırılabilir örneklerin belirlenmesi için karşıtlık ve benzerliklerden yararlanılır. Birçok karşılaştırılabilir ögenin varlığıyla beraber, birbiriyle yarışan analojiler keşfedilir. Kıyas süreci boyunca, elimizdeki örneğe benzer bulunan örnekler, örneğimizden bağlantısız bulunan örnekler ve elimizdeki örneğin kendisi, üç taraftan sürece etki eder. Süreç boyunca, bu üç baskı noktasının etkisiyk le, verilen kararlar ve ve kararları destekleyen nedenler yeniden gözden geçirilebilir. Kıyas bağıntısının kurulması süreci sırasında yapılan yargısal değerlendirmeler sonucu ortaya çıkan kurallar, doğrudan doğruya örneklerin ürünü olduklarından, sonradan yanıltıcı oldukları anlaşıldıkça her zaman değiştirilebilirler.[23]

Kıyasa dayalı akıl yürütme sırasında, karşılaştırılabilir hukuki sorunlar belirlenirken, belirlediğimiz bağlam yargıcı ya da hukuki değerlendirme yapan herhangi bir sujeyi belirli açılardan sınırlar. Postema beş önemli sınırlamayı ön plana çıkarır. 1- Uygulamaya hizmet eder. Kamusal nitelik taşımalı, resmi kararları haklı göstermek için ya da kamu görevlilerinin hatta tüm vatandaşların eylemlerini yönlendirici nitelikte olmalıdır. 2- Tarihidir. Geçmişte verilen kararları dikkate alır. "Ezgi" modelindeki gibi geçmiş ve gelecek bütün olarak dikkate alınır. Geçmişteki örneklerden yola çıkılarak belirlenen örnekler kümesinden, gelecekte nasıl verileceği tahmin edilen kararlara varana dek bir yol çizilir. 3- İşbirliğine dayalıdır ve beraberce gerçekleştirilir. Her ne kadar bireyler kıyasa dayalı akıl yürütme faaliyetini kendi akıllarında gerçekleştirseler de, bir toplumun fertleri olarak hareket ederler. Ayrıca bu kıyas faaliyeti kamusal bir oturumda, yani mahkemede(public forum) gerçekleşir. 4- Tüm hukuk düzeni kadar geniş bir alandansa haksız fiil, sözleşme vs. gibi hukuk düzeninin sadece küçük bir sahasıyla sınırlıdır. 5- Somut bir adalet anlayışıyla yönlendirilir.[24]

Daha sonra yansıtıcı değerlendirme aşamasında da kıyasa dayalı düşünme modeli içinde yer bulacak olan somut adalet anlayışı, Postema'ya göre hukuk devleti ilkesinin bir sonucu olarak hukukta kıyasın vazgeçilmez bir unsurudur. Hukuk devleti, her zaman adaletin yerine geleceğini garanti edemese de, yükümlü olan herkesten hukuku adalete ulaştırmak için çabalamasını bekler. Kıyasın belirlendiği birinci aşamada, benzerliklerin bulunması için yardımcı olan somut adalet anlayışı, kıyasın değerlendirileceği ikinci aşamada ise bu kıyas biçimini izlemenin hukuk ya da etik açısından haklı gösterilip gösterilemeyeceği konusunda yol gösterir.[25]

Adalet anlayışının nasıl belirleneceği sorunu konusunda ise Postema; soyut, her durumda uygulanabilecek bir adalet ilkesinin tarifini vermez. Kıyasa dayalı düşüncede, adalet anlayışını tamamlayıp uygulanmaktansa; tek tek her bir olaydaki belirgin adaletsizlikleri

20 *A Smimilibus ad Similia, Analogical Thinking in Law, Gerald Postema s.114*
21 *a.g.e. s.116,117*
22 *a.g.e. s.120*
23 *a.g.e. s.121,122,123*
24 *a.g.e. s.125,126*
25 *a.g.e. s.127*

belirlemek uygundur. Postema iki adalet anlayışına dikkat çekip ikisini de kendi modeli ile uyuşmaz kabul eder. Herkse aynı şekilde muamele edilmesini, yeknesaklığı öne çıkaran birinci anlayış yalnızca görünürde adaleti tesis eder. Benzer olaylara benzer, farklı olaylara farklı uygulama getirmeyi öngören ikinci adalet anlayışı ise, hangi olayların benzer, hangilerinin farklı olduğunu belirlemek için başka adalet anlayışlarına ihtiyaç olduğundan boş bir ilkedir.[26]

2- Yansıtıcı Değerlendirme:

Kıyasa dayalı düşüncenin ikinci aşaması olan yansıtıcı değerlendirme aşamasında ise hukuk sistemini bir bütün olarak görüp eldeki hukuki sorunu burada doğru yere yerleştirebilmek esastır. Bu aşamaya bu bakımdan, "bütünsel tutarlılık süzgeci(systemic coherence filter)" denilebilir. Yargıç kıyasa dayalı düşünmenin ilk aşamasında geçmişteki örneklerden yola çıkarak bir kalıp belirledikten sonra, bu aşamada eldeki soruna uygun olması muhtemel diğer kalıpları da gözden geçirecek ve hukuk sisteminin bütünlüğünü bozmayacak olan kalıbı seçecektir. Bu noktada hem tek tek içtihatlar seviyesinde hem de genel hukuk ilkelerinin ışığında çalışacaktır.

İlk aşamada seçilen kıyas şeklinin uygun olmadığı sonucuna götürmesi muhtemel olan başka bir ölçüt ise politik etik ya da ahlak(political morality)tir. Akıl yürütme sonucu gidilen yol hukuk sistemi içinde yerleşmiş bazı ilkeler ya da genel etik ilkeler açısından kabul edilmez olabilir. Postema burada, Dworkin'in yorumlayıcı hukuki düşünce modeline atıf yapar. Bu modelde, yargıç bütün hukuk düzeni içinde daha baskın olan genel ilkeyi bulup buna uygun olarak karar ve kuralları yorumlar. Birbiriyle yarışan ve çelişen ilkeler arasında, etik açıdan bakıldığında en uygun olan için bir seçim yapar. [27]

Fakat ilk aşama olan kıyasa dayalı akıl yürütmeden çok daha geniş açıyla sorgulama yapmayı gerekli kılan yansıtıcı değerlendirme aşamasında bile, geleneksel Anglo-Amerikan hukuk teorisine uygun olarak genel etik ilkeler ve kabuller çıkarıp bunlarla uyum içinde hareket etmektense sağlam temeller üzerinde işleyebilmek çok daha önemlidir. Başka bir deyişle, ilk aşamaya çok daha soyut temeller üzerine kurulan bu aşamada bile evrensellik yerine yerellik esastır. Geniş açılı bir teorik tutarlılık yerine hedeflenen uygulamanın tutarlılığıdır.[28]

E. Anayasa Mahkemesi'nin "İffetsiz Kadın" Kararı

1926 tarihli Mülga Türk Ceza Kanunu'nun 438. Maddesine göre:

"Irza geçmek ve kaçırmak fiilleri fuhuşu kendine meslek edinen bir kadın hakkında irtikap olunmuş ise, ait olduğu maddelerde yazılı cezaların üçte ikisine kadarı indirilir."

12.1.1989 tarihinde Anayasa Mahkemesi'nin iptal istemini hükme bağladığı kanun

26 a.g.e. s.127,128
27 a.g.e. s.131
28 a.g.e. s.132

maddesi Antalya 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nin önüne gelen bir olayda uygulama alanı bulmuş, somut olayda mağdurun "fuhuşu meslek edinen bir kadın kadın" olduğunun belirlenmesiyle sanıklar hakkında ceza indirimi yapılması gündeme gelmiştir. Anayasa'ya aykırılık iddiası mahkemece ciddi bulunarak Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldikten ve esasa girildikten sonra oyçokluğu ile iptal istemi reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin çoğunluk görüşünde yaptığı "iffetli kadın-iffetsiz kadın" ayrımından hareketle "iffetsiz kadın" kararı olarak anılan kararın kamuoyunda tepkiyle karşılanmasının ardından, yasama organı iradesiyle kanun maddesi kaldırılmıştır.

İlgili madde, TCK'nın " Eşhasa Karşı Cürümler" başlıklı babında değil, "Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler" başlıklı babında yer almaktatır. Bir başka deyişle, maddenin koruduğu menfaat, kanunda yerleştirildiği kısım dikkate alındığında kişi hakları değil, genel ahlaktır. İptal isteminin gerekçesinde, her ne kadar madde genel ahlaka karşı işlenen suçlarla ilgili kısımda yer alsa da, suçun niteliği gereği doğrudan doğruya kişiye karşı işlenmiş bir suç olduğundan bahsedilmiş, fuhuşu meslek edinen kadının, meslek edinmeyen kadınla eşit derecede hukuki himayeye layık olduğu vurgulanarak, Anayasa'nın kanun önünde eşitliği düzenleyen 10. maddesine ve sırasıyla kişi haklarını, maddi manevi varlığı geliştirme hakkını, kişi hürriyet ve güvenliğini düzenleyen 12/1. 17/1. ve 19/1. maddelerine ve ayrıca hukukun genel ilkeleri ve adalet duygusuna aykırı bir hüküm olduğu savunulmuştur.

Çoğunluk görüşü gerekçesinde, öncelikle kanun maddesinin alındığı İtalyan Ceza Kanunu gerekçesinden hareket edilmiştir. Bu gerekçeye göre, seks işçisinin haysiyeti, uğradığı saldırı sonucu, namuslu bir kadınınki kadar ihlal edilmiş olmaz ve seks işçisinin cinsel saldırı sırasında gösterdği direnç, saldırgan tarafından ciddi sayılmayabilir.

Çoğunluk görüşü; daha sonra iptal isteminde bahsi geçen eşitlik ilkesini açıklamaya girişmiş; "aynı hukuksal durumda olanların aynı kurallara bağlı tutulacağını ifade etmiştir. Buna göre, farklı durum ve konumdakiler için eşitliğin sağlanması, "değişik kuralları ve uygulamaları gerekli kılabilir. Yasama organı bu farklı durumu takdir ederek çeşitli nedenlerle farklı uygulamalar getirebilir. "Cezanın belirlenmesine suçtan zarar görenin kişiliği ve ona verilen zararın azlığı ve çokluğu da etkilidir." Saldırının "…iffetli bir kadına karşı yapılması durumunda onun gördüğü zarar…" seks işçisinin uğradığı zararla bir tutulamaz. Çoğunluk görüşü, zararın derecesini belirlerken kadının "onurunu, toplumdaki ve yaşadığı ortamdaki saygınlığını" dikkate almıştır. "Fahişe, fuhşu… ticari bir iş olarak kabul etmiş olduğundan… kişi ve cinsel özgürlükleri iffetli kadınlarınki kadar bozulmuş sayılamaz."

Yine çoğunluk görüşüne göre, "zorla ırza geçme ve kaçırma eylemleri iffete yönelik suçlardandır. Bu nedenledir ki… bu tür suçlara 'Eşhasa Karşı Cürümler' içerisinde değil, 'Adabı Umumiye ve Nizamı Aile Aleyhinde Cürümler' içerisinde yer verilmiştir." "…eylem, doğrudan doğruya suçtan zarar gören kişinin yasama hakkına ve beden tamlığına karşı olmayıp iffetine yöneliktir." Hukukun genel ilke ve adalet duygusuna aykırılık da iptal sebebi olamaz. Zira "Suç ile ceza arasındaki oranın adalete uygun bulunup bulunmadığını

o suçun toplum yaşamında yarattığı etkiye göre takdir etmek zorunluluğu vardır. Yoksa herhangi bir suç için konulmuş olan bir ceza ile yapılacak bir kıyaslamanın bu oranı belirlemede esas olamayacağı açık bir gerçektir." Böylece çoğunluk görüşüne göre, "iffetli bir kadının" uğradığı saldırı sonucu sanıklara verilecek ceza ile söz konusu olaydaki cezayı kıyaslamak doğru değildir.

Çoğunluk görüşü incelendiğinde, iptal isteminin reddine gerekçe olacak iki temel argümanın ortaya konulduğu gözlenmektedir. Bunlardan birincisi söz konusu cinsel saldırı suçunun, TCK'da kişilere karşı değil, genel ahlaka karşı işlenen suçlar arasında sayılmış olması nedeniyle, mağdurun uğradığı zararın, cezanın tayininde rol oynayamayacağı; ikincisi ise "iffetli bir kadın" ile seks işçisinin cinsel saldırı sonucu uğrayacakları zararın farklı olduğudur. Argümanlardan birincisi mağdurun uğradığı zararı gözardı etme sonucuna götürürken, diğeri tam tersi mağdurların uğradığı zararı kıyaslayarak bir sonuca varmaktadır. Gerekçenin bu çelişkisini, gerekçede imzası bulunan yargıçların görüş farklılıklarına dayandırmak ve bu nedenle iki argümanı birbirinden bağımsız incelemek yerinde olacaktır.

1- Kişilere Karşı Suçlar ile Genel Ahlaka Karşı İşlenen Suçlar Ayrımı:

Postema'nın "ezgi" modeli, zamanın yardımıyla ve zaman içinde gelişip geçmişten günümüze ve geleceğe uzanan bir hukuk düzenini tarif eder. Bu düzen, birbirleriyle etkileşim içinde olan birçok örneği kapsayan bir bütün hatta daha doğru bir ifadeyle bu etkileşimlerin nedenlerini içeren bir ağdır. Bir örnek ya da daha açık bir anlatımla hukuki sorun irdelenip çözüm aranırken, bu sorunun, ağ içinde tutarlı bir şekilde yerleştirilmesine dikkat edilecektir. Bu tutarlılık teorik değil pratik, uygulamanın sağlam biçimde işleyebilmesi için gereken bir tutarlılıktır.

Kararda atıf yapılan kaynak kanun olan İtalyan Ceza Kanunu'nda mağdurun kırılan haysiyeti dikkate alınarak bu düzenlemeye gidildiği belirtilmektedir. Haysiyet her ne kadar toplumsal algıyla yakından ilgili bir kavram olsa da, kanunun gerekçesinden haysiyetin kişiliğe bağlı bir değer olarak korunduğu anlaşılmaktadır. Gerekçe önce "…yasanın koruması herkes içindir." demekte, ardından seks işçisinin neden daha az korumaya layık görüldüğünü, toplumsal değer yargılarına göndermede bulunarak belirlediği haysiyetin kırılması derecesiyle açıklamaktadır. Böylece kanunda korunan haysiyet, aslında toplumsal yargılarla sıkı sıkıya ilişkili, ancak yine de genel ahlakın içine sokulmayacak kadar kişiliğe bağlı bir değerdir.

Cinsel saldırı suçunun, kişilere karşı suçlar arasında değerlendirilmesi gereken bir suç olduğu açıktır. Bu suç kimilerine göre cinsel dokunulmazlığı, kimilerine göre de cinsel özgürlüğü ihlal eden bir suçtur. (Nevzat Toroslu) Ceza Kanunu'nun sistematik bütünlüğü bu noktada bozulmuştur. Postema'ya göre, kuralın, sorunun, örneğin vs. "corpus iuris" içinde, birbirini destekleyen nedenlerin oluşturduğu ağda tutarlılığı bozmayacak bir yer edinmesi öyle önemlidir ki, tutarsızlaşan bir hukuk bütünü sadece kötü bir hukuk sayılmaz, hukuk niteliğini de kaybeder. (Not) Yargıcın en önemli faaliyeti de, önüne gelen olayda, kural ya da sorunu, olabilecek en tutarlı biçimde hukuk düzeni içine oturtmaktır. Postema'nın teorisindeki yargıç, elbette Anglo-Amerikan hukuk düzeninin bir parçası olarak, Kıta Avrupasına oranla hukuk yaratmaya çok daha baskın biçimde katılan bir aktördür. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kanun hükümlerini iptal etme yetkisine sahip olan ve hukuk yaratısına birinci elden katılan bir aktör olarak, daha aktif olması ve yorum faaliyeti sırasında kanunun bozuk sistematiğini takip etmek yerine, hukuk düzenini tutarlılaştırıcı bir yol izlemesi beklenirdi. Buradan hareketle, Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu kural, kanunda kişilere karşı işlenen suçlar içinde düzenlenmiş gibi yorum yapması ve buna göre karara varması doğru olurdur.

2- "İffetli Kadın" ile Seks İşçisi Ayrımı:

Çoğunluk görüşünün çok daha örtülü biçimde ancak yine de kararlılıkla ortaya koyduğu diğer argümanda, eşitlik kavramından yola çıkılmıştır. Anayasa Mahkemesi'nin ortaya koyduğu eşitlik tanımının ana hatlarıyla, aynı durumdakilere aynı biçimde, farklı durumdakilere farklı biçimde muamele edilmesi olduğu söylenebilir. Bu tanımdan yola çıkan çoğunluk, seks işçisinin saldırı sonucu zarara uğrayan saygınlığını, onurunu; "iffetli kadın"ınkiyle kıyaslamış ve iki kadının farklı durumda bulunduğun ve farklı muameleye tabi tutualarak eşitliğin tesis edilebileceğinde karar kılmıştır. Bu farklı durumu dikkate alarak cezalarda ayrıştırmaya giden yasama organının yaptığı, işte bu nedenlerle Anayasa'daki eşitlik ilkesine aykırı bulunmamaıştır.

Postema'nın kıyasa dayalı hukuki düşünme yöntemi, olaya uygulandığında, temel basamak aşamasında ilk olarak elimizdeki mesele, hukuk düzenine göre kodlanacaktır. Bunun için de hukuk düzeni içindeki hangi bağlamda yani hukuk alanında(legal domain) yer aldığı belirlenmelidir. Elimizdeki sorun; bir cinsel saldırı suçunda mağdurun mesleğine göre cezaların ayrıştırmasına gitmenin, eşitlik ilkesiyle bağdaşıp bağdaşmadığıdır. Seks işçisine saldırı, bir cinsel saldırı suçu olarak yukarıda açıklanan nedenlerle bir cinsel saldırı suçu olarak kişilere karşı suçlar alanında incelenmelidir. Daha sonra bu hukuk alanındaki diğer örnekler belirlenecek ve örneğimizle kıyaslanacak, benzerlik ve karşıtlıklardan yararlanılacaktır. Hangi örneklerin karşılaştırılabilir olduğu ve benzerlik mi yoksa karşıtlık mı taşıdığı belirlenirken; belirlenen hukuki alan ve Postema'nın öne çıkardığı diğer dört sınırlamadan yararlanılabilir. Burada, hukuki alan sınırlamasıyla beraber adalet anlayışı sınırlaması dikkate alınacaktır.

Adalet anlayışı belirlenirken Anayasa Mahkemesi'nin verdiği eşitlik tanımı, farklı veya aynı durumdakilerin kimler olduğu belirlenirken farklı ölçütler koymayı gerekli kıldığından, Postema'nın da ifade ettiği gibi tek başına yeterli değildir. Anayasa Mahkemesi bu eşitlik anlayışıyla beraber, "iffetli kadınla" seks işçisini kıyaslarken, seks işçisinin mesleğinden dolayı onur ve saygınlığından yana daha az kaybedecek şeyi olduğu ölçütünü belirlemiş ve iki kadını birbirinden ayrıştırmıştır. Oysa, hukuki alanımızı kişilere karşı suçlar olarak belirledikten sonra, korunan değerin cinsel dokunulmazlık veya cinsel özgürlük olduğu ortaya çıkacaktır. Bu değer, kişiliğe bağlı bir değer olarak; tek başına toplumun mağdura mesleğinden dolayı atfettiği saygınlık veya haysiyetten ibaret değerlendirilemez.

Zarara uğrayan, toplumun saldırıya uğrayan kadına yönelik, ahlaki değer yargılarından ileri gelen duyarlılığı değil, doğrudan doğruya mağdurun kişiliğidir. Kıyas faaliyeti sırasında mahkemenin öne çıkardığı karşıtlık, hukuki alan sınırlamasına takılmaktadır.

Postema'nın genel bir adalet ilkesi vermeden, adaletsizliği bulma yoluyla ifade ettiği somut adalet anlayışı sınırlandırması da "iffetli kadın"-seks işçisi kıyasını haklı çıkaramamaktadır. Somut adalet anlayışı hem temel basamakta hem de, kıyas sonucu ulaşılan sonucun tartıldığı yansıtıcı değerlendirme aşamasında dikkate alınır. Bir genel adalet ilkesi yerine, her olaydaki göze çarpan adaletsizliği bulmaya dayanır. Kıyas faaliyeti sırasında gelinen noktanın adil olup olmadığı araştırılır. Yansıtıcı değerlendirme aşamasında ise, kıyas sonucu ulaşılan sonucun hukuk sisteminin bütünü içinde tutarlı bir yer edinip edinmediği veya Dworkin'in teorisinden ilham alarak, birbiriyle yarışan ilkeler arasından en baskın olanına göre uygun bir seçim yapılıp yapılmadığı araştırılır. Seks işçisine cinsel saldırı sonucu ceza indirimi yapılmasının eşitlik ilkesini benimsemiş bir Anayasa'yla düzenlenen hukuk düzeninde tutarsız görünüp görünmediğini yargıç takdir edecektir. Çoğunluk görüşü, bunun eşitlikle tutarsız bir düzenleme olmadığı kanaatindedir. Başka bir açıdan bakıldığında ise, kişi hak ve özgürlüklerini koruması beklenen cinsel saldırı suçunun kanundaki düzenlenme biçimi sonucu, seks işçisinin daha az hukuki himayeye layık görüldüğü, kıyas sonucu ulaşılan sonuçtur. Öte yandan, seks işçisinin mesleği nedeniyle cinsel saldırı suçuyla çok daha sık karşı karşıya kaldığı göz önüne alındığında, söz konusu düzenlemeyi ne kişi hak ve özgürlüklerini korumanın amaçlarından biri olduğu ceza hukukuyla ne de eşitlik ilkesini temel almış genel hukuk düzeniyle bağdaştırmak mümkündür.

F. Sonuç

Gerald Postema'nın 17. Yüzyıl İngiliz hukuk teorisi analizine göre, Anglo-Amerikan hukuk sistemi, teorik bütünlüğün sağlanması ve genel kabullerin oluşturularak tek tek olaylara uygulanmasındansa, uygulamadaki tutarlılıktan yanadır. Fakat Postema'nın "ezgi" modeline göre bu tutarlılık hedefi bir adım daha ileri götürülerek; geçmiş, günümüz ve geleceği kapsamına alan ve bu üç ayaklı yapının birbiriyle etkileşim içinde olduğu, tüm hukuki sorunların yani bu hukuk düzenini oluşturan örneklerin çeşitli nedenlerle karşılıklı bağımlı oldukları bir ağ düşüncesi ortaya çıkar. Bu ezgisel hukuk bütününün tüm süjeleri ve özellikle önüne gelen olaya çözüm arayan yargıç, elindeki sorunu bu ağda en tutarlı biçimde yerine yerleştirmekle çözüme ulaşır. Bunun için Postema'nın önerdiği yol, genel kabullerden uzak durup tümdengelim ve tümevarımdan bağımsız olarak kıyas yapmaktır. Hukukta kıyas, çeşitli sınırlamaların yol göstericiliğinde, hukuki sorunu diğer hukuki sorunlarla kıyaslayıp benzerlik ve karşıtlıklar bularak ve bu süreçte "ezgi" modeline uyumlu olarak sürekli geçmişin ve geleceğin etkileriyle çözümleri yeniden gözden geçirerek çözüme ulaşmaktır. Daha sonra bu çözümün, hukuk bütününde uyumlu bir yere yerleştirilip yerleştirilmediği, daha geniş açılı bir bakışla ancak yine de teoriden uzak durup uygulamanın tutarlılığına odaklanılarak kontrol edilecektir. Bu tutarlılık, başka bir deyişle ezgisellik hukuki normativizm için o denli önemli bir modeldir ki, tutarlılığın sağlanamadığı hukuk düzeni yalnızca kötü bir hukuk düzeni olmakla kalmaz, "hukuk"

niteliğinden de kaybeder.

Anayasa Mahkemesi'nin ilgili kararı bunların ışığında incelendiğinde, açıklanan nedenlerle "corpus iuris"te tutarlı bir noktaya yerleşemeyen, Anayasal ilkelerle ve hukukun genel ilkeleriyle çatışan bir yasa hükmünün, iptal edilmediği görülmektedir.

Postema'nın aklındaki yargıç, Anglo-Amerikan hukukunun etkisiyle aktif ve hukuk yaratan bir yargıçtır. Bu nedenle, bu yargıç modelinin Kıta Avrupası'na uyarlanması güç gözükebilir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin kanunları iptal etme yetkisi göz önüne alındığında, hukuk yaratmada ciddi bir rol üstlendiği inkâr edilemeyeceğinden; Postema'nın modelinin, Anayasa Mahkemesi kararları incelenirken baştan yabana atılmayacak bir model olduğu söylenmelidir.

KAYNAKÇA

- *Hart, H.L.A. (1961). The Concept of Law. Oxford: University Press.*
- *Postema, Gerald(2002). Classical Common Law Jurisprudence(Part 1). Public Law and Legal Theory Research Paper No. 03-9*
- *Postema, Gerald(2003). Classical Common Law Jurisprudence(Part 2). Public Law and Legal Theory Research Paper No. 03-10*
- *Postema, Gerald(2004). Melody and Law's Mindfulness of Time. Ratio Juris. Vol. 17 No. 2*
- *Postema, Gerald(2008). A Similibus ad Similia, Analogical Thinking in Law. Common Law Theory(Ed. Douglas E. Edlin), Cambridge Studies in Philosophy and Law*
- *Shapiro, Scott J. (2006). What is the Internal Point of View? Fordham Law Review 75*
- *Anayasa Mahkemesi Kararı. Esas Sayısı: 1988/4, Karar Sayısı: 1989/3, Karar Günü: 12.1.1989, R.G. Tarih - Sayı: 10.01.1990 - 20398*

HUKUKİ ÇOĞULLUK

H. Serdar HOŞ*

I. GİRİŞ

Günümüz hukuki anlayışları açısından önemli bir anlayış hukuki çoğulluk** anlayışıdır. Hukuki çoğulluk anlayışı Batı toplumlarının iç dinamikleri açısından yeni tartışılmaya açılan bir olgu olarak kabul edilse de özellikle Batı dışında kalan toplumlar açısından yüzyıllardır var olan sosyal bir olguya işaret etmektedir. Günümüzde hukuki çoğulluk üzerine yapılan tartışmalar, pozitivist anlayışın egemen olduğu toplumlarda gelişen tekçi hukuk anlayışına eleştiri olarak tanımlanabilecek bir akım etrafında cereyan etmektedir. Batı toplumlarının özellikle küreselleşme ile yaşadığı değişim ile birlikte hukuki çoğulluğun Batılı toplumlar açısından ne gibi sonuçlar doğuracağı araştırmalara konu olmuştur. Avrupa'da henüz güçlü olan ulus devletlerde bile hukuki çoğulluk anlayışının ele alınmaya başlanması söz konusu anlayışın meşruiyet zemini yoklaması olarak da değerlendirilebilir. Fakat bu tartışmalar hukuki çoğulluk anlayışının tarihi kökenleri ele alınarak yapılırsa daha gerçekçi bir alana taşınabilecektir. Söz konusu araştırmamda öncelikle hukuki çoğulluk tartışmasının ortaya çıkışını tarihsel kökenleri açısından ele alıp, bu olgunun Batı toplumuna yansımasını incelemeye çalışacağım. Sonuç olarak ise hukuki çoğulluk düşüncesinin Türkiye açısından olumlu ve olumsuz olabileceği yönleri belirtmeye çalışıp çalışmamı sonlandıracağım.

II. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN TARİHSEL GELİŞİM SÜRECİ ve TANIMI

Batı'nın tarihine baktığımızda hukukun, tarihsel süreç boyunca insanların, sosyal grupların ve kurumların davranışlarını yönlendirmek ve düzenlemek için devletin başvurduğu bir araç olarak kabul edildiği görülmektedir. Bu anlayıştan dolayı hukukun yapıcısı ve meydana getiricisi olarak sadece devlet söz sahibidir[1].

Hukuki çoğulluk postmodernizm akımı ve bu çerçevede doğan tartışmaların hukuk alanına yansıması olarak değerlendirilebilir. Hukuki çoğulluk düşüncesi Batı açısından gündeme sömürgecilik ile birlikte gelmiştir. Batılılara teorik ve hukuk dogmatiği açı-

* Ar. Gör. Atılım Üniversitesi Hukuk Fakültesi

** "Legal Pluralizm" genelde Türkçe'ye çevrilirken "Hukuki Çoğulculuk" olarak çevrilmektedir. "Çoğulculuk" kavramına baktığımızda bir kavram hakkında olumlu bir tarafgirlik belirtmektedir. Bu nedenle ben çalışmamda Yrd. Doç. Dr. Saim Üye'nin önerdiği kullanım olan, belirleyici bir nitelik taşıyan ve tarafgirlik belirtmeyen "Çoğulluk" kavramını kullanmayı tercih edeceğim.

1 Sezgin, Yüksel, "A New Theory of Legal Pluralism: The Case of Israeli Religious Courts", *Association for Israel Studies*, 19th Annual Meeting, April 27-29 2003, San Diego, California, Panel IV-C Religion, Ethnicity, and the Courts in Israel, s. 4.'den aktaran, Mehmet Salih Kumaş, "Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukuku'ndaki Yeri", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, yayımlanmamış doktora tezi, Bursa, 2007, s. 96.

sından yabancı olan bu durum, sosyo-politik alanda birden fazla hukuk sisteminin aynı anda uygulanması olgusudur. Sosyal bir gerçeklik olarak hukuki çoğulluk Batılı devletler tarafından sömürge devletleri üzerinde uygulanmıştır. Hukuki çoğulluk kavramı Avrupa devletlerinin sömürge kurduğu ülkelerdeki toplumsal düzeni incelemeleriyle üretilmiş ve sömürge devletin hukuk sistemini yerel-yerli-geleneksel-merkezi hukuk olarak isimlendirerek sosyo-politik alanda birden çok hukukun varlığı ortaya çıkmıştır[2]. Söz konusu çok hukukluluk durumunda sömüren devletin getirdiği hukuk genelde iktidar ilişkileriyle ilgili olarak kamu hukuku düzenlemeleri ile ilgiliyken, sömürülen devletin hukuku özel hukuk bağlamında düzenlemeleri içermektedir. Bu bağlamda hukuki çoğulluk düşüncesi daha çok özel hukuk alanıyla sınırlı olarak, bir toplumda birbirinden farklı ve birden fazla hukuk sisteminin aynı anda bulunması olarak tanımlanabilecektir. Dolayısıyla ortaya çıkacak hukuki uyuşmazlığın birden farklı şekilde çözümüne imkan verilmiş olacaktır. Tarihsel süreçte ve günümüzde birçok örneğine rastladığımız hukuki çoğulluk anlayışının farklı sebeplerden dolayı uygulandığını görmekteyiz. Söz konusu durumun doğal sonucu olarak da hukuki çoğulluğun farklı yapıları ve biçimleri olduğu söylenebilir[3].

Sosyal bir olgu olarak hukuki alana yansıyan bir düşünce olarak idealize edilen hukuki çoğulluk kavramı yeni sayılabilecek bir düşüncedir. Bu anlamıyla hukuki çoğulluk düşüncesinin tartışılmaya açılması John Griffiths'in 1986'da yazdığı ve hukuki çoğulluğu açıklama çabasına giriştiği "What is Legal Pluralism"(Hukuki Çoğulluk nedir?) yazısıyla olmuştur. Griffiths'in bu yazısıyla birlikte hukuki çoğulluk üzerine tartışmalar ivme kazanarak günümüze kadar gelmiştir. Griffiths söz konusu yazısında hukuki çoğulluğu "ampirik bir olgu" ve "politik bir şart" ikiye ayırmıştır. Griffiths ampirik bir olgu olarak hukuki çoğulluğu incelerken daha çok sömürgecilik sürecinde görülen Batı'nın dışında kalan toplumlardaki hukuki yapılara işaret etmektedir. Politik bir şart olarak hukuki çoğulluk ise Batı toplumları için idealize edilen hukuki yapıya işaret etmektedir[4]. Aynı şekilde Sally Engle Merry de 1988'de yazdığı "Legal Pluralism"(Hukuki Çoğulluk) adlı eserinde hukuki çoğulluğu ikiye ayırmaktadır; "klasik hukuki çoğulluk" ve "yeni hukuki çoğulluk". Merry'nin bu ayrımında da Griffiths'in yaptığı ayrıma benzer şekilde, klasik hukuki çoğulluk sömürgecilik sürecinde görülen çok hukukluluğu kapsarken yeni hukuki çoğulluk anlayışı Batı'nın değerleri üzerinden tanımlamalar içermektedir[5].

On sekizinci yüzyılda sömürgeleştirmenin hız kazanmasıyla birlikte başta dönemin başat gücü İngiltere ile birlikte birçok Batılı sömürgeci ülkenin gündemine Griffiths'in ampirik bir olgu olarak tanımladığı hukuki çoğulluk kavramı girmiştir. 1772 yılında East İndia Co.(Doğu Hindistan Şirketi)'nun yönlendirmeleriyle hazırlanan yeni hukuk sistemi toplum katmanları tarafından benimsenmeyince miras ve aile hukuku gibi özel hukuku ilgilendiren

2 Murat Yüksel, Hukuki Plüralizm, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2003, s.76-77.

3 Mehmet Salih Kumaş, "Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış", s.3, http://home.uludag.edu.tr/users/ucmaz/PDF/ilh/2006-15(2)/M13.pdf(13.6.2012)

4 John Griffiths,, "What is Legal Pluralism?", *Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, Sayı. 24, 1986, s. 5-6

5 Sally Engle Merry, **"**Legal Pluralism**",** *Law and Society Review*, cilt. 22, sayı. 5. , 1988, s. 872-874.

alanlarda, toplumun çoğulcu bir sistem içerisinde uyguladıkları kast sisteminin veya Şeriat Hukuku'nun da merkezi hukuk sistemiyle birlikte yürürlükte kalması kabul edilmişti[6]. Bu süreç ile geniş coğrafyalara taşınan ikili hukuk yapısı sömürge ülkelerine yayıldı. Aslında bu ülkelerin hukuki çoğulluğu bünyelerinde taşıdıklarını savunan görüşler de vardır fakat tarihsel sürece biraz daha gerçekçi bir yapıyla bakılacak olursa buradaki hukuki çoğulluk kavramının Batı'nın anladığı ve değer olarak koyduğu kavramlar üzerinden tanımlandığını görebiliriz. Söz konusu gelişmeler ve hukuki çoğulluk üzerine yapılan tartışmalar sonucu sosyal bilimciler, özellikle de hukuk antropologları hukukun, artık devletin farklı organları tarafından yapılan belirli uygulamalar, kurallar, emirler, mahkeme kararları vb. gibi çeşitli argümanlarla sınırlı olmadığını ileri sürmüşlerdir. Hukuk geniş olarak bir köy, etnik grup, kurum veya bir devlet gibi sosyal alanda toplumsal düzeni sağlayacak normatif kuralların oluşması ve devam etmesi olarak anlaşılabilecek bir yapıya bürünmüştür[7]. Bu bağlamda "yarı bağımsız sosyal alan", "hukuki çok merkezcilik" ve "azınlıklar" kavramları hukuki çoğulluk bağlamında ön plana çıkmıştır.

Yukarıdaki kavramlara kısaca bakacak olursak; Merry devletin dışında kalan yani merkezin dışında kalan hukuku karşılayacak bir kavramın olmadığını belirtmektedir. Sosyal hayatın içinde var olan kurallara da hukuk denilip denilmeyeceği konusunda tartışmalar olsa da söz konusu kuralların toplumsal yapıdan bağımsız düşünülemeyeceğini ileri sürmektedir. Bu kavrama karşılık olarak Moore yarı bağımsız sosyal alan belirlemesini yapmaktadır. Moore'a göre hukuk koyucu ile halk arasında sosyal alan normatif bir boşluk içermez. Kuralların iletildiği ve toplumsal alanda uygulandığı sosyal ortam, farklı kaynaklardan beslenen kurallar ve kurumlardır[8]. Bu hukuki yapılar, devlet hukukunun düzenlediği alanların tamamen içinde de olabilir, tamamen dışında da kalabilir, kısmi olarak uygunluk da gösterebilir. Bu düşüncesine örnek olarak da Tanzanya'daki Chagga bölgesindeki uygulamayı göstermiştir. Buna göre Chagga yarı bağımsız bir sosyal alan olarak devlet hukukuna ve yargısına gerek duymaksızın, toplumsal düzenini sağlamış ve bu düzenin devamlılığı için kurallar üretmiştir[9].

Hukuki çok-merkezcilik olgusuysa daha çok Avrupa Birliği hukuku çerçevesinde kullanılan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır. Hukuki çok merkezcilik kavramı bir sosyal yapı içerisindeki farklı hukuk sistemlerine gönderme yapan, yalnızca formel farklılıkları değil, aynı zamanda değer felsefesine ait kavramların farklılıklarını da açıklamak için başvurulan bir kavram olarak karşımıza çıkmaktadır[10]. Bu düşünceye göre devlet etrafında oluşan hukuki merkeziyetçilik ideolojik bir yapıya sahiptir ve kabul edilemez. Hukuki çok merkezcilik hukuki formları yaratmak amacıyla normatif düzenin devlete ait olmayan biçimleri ile

6 Griffiths, a.g.e., s. 6-7.

7 S.F. Sally Moore., "Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study", *Law and Society Review,* Cilt: 7, Sayı: 4 1973,s. 719-730.

8 Moore, a.g.e.,s 722

9 Griffiths, a.g.e., 31-31, Moore, a.g.e.,s. 745.

10 Petersen, Hanne, "Reclaiming 'Juridical Tact'? Observations and Reflections on Customs and Informal Law as (Pluralist) Sources of Polycentric Law" *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism of Law*, Darmouth Publishing, USA, 1995, s. 174.'den aktaran Kumaş, a.g.e., s. 113.

devlet arasındaki ilişkilere gönderme yapar[11].

Son olarak azınlıklar kavramına değinecek olursak, Batılı toplumlarda küreselleşme süreciyle bir değişimin gözlemlendiğini söyleyebiliriz. Bu gözlemlenen olgu çerçevesinde hukuki çoğulluk düşüncesi önem kazanmıştır. Geçmiş dönemde sömürgelerle kurulan bağlar sonucu Batılı devletlerde toplumun bazı kesimlerinde sömürge devletten gelen vatandaşlar bulunmaktadır. Bu bağlamda azınlık statüsü kazanabilecek topluluklar merkezi yönetimden kendi hukuklarını uygulamak üzere taleplerde bulunmaktadırlar. Tanınmadıkları ölçüde de kendi toplulukları açısından kendi kurallarıyla toplumsal ilişkileri düzenlemeye devam etmektedirler. Batılı toplumların artık ayrılmaz bir parçası haline gelen azınlıklar, hem hukukun bölgesel farklılıklar göstermesine hem de bölgesel hukukî mekanizmaların gelişmesine yol açmışlardır. Bu hukukî yapılar zamanla is ilişkileri, sosyal alan, aile ilişkileri, eğitim gibi konularda toplumun tüm kesimlerini de içine alacak şekilde çoğulcu bir anlayışın yerleşmesini sağlamıştır[12]. Bu bağlamda İngiltere örneği önem arz etmektedir. İngiltere'de kurulan Şeriat Mahkemeleri[13*] ve bunlarda uygulanan Şeriat prensipleri bu duruma örnek verilebilir[14].

Hukuki çoğulluk kavramının açık bir biçimde anlaşılmasının önündeki en büyük engel araştırmacıların üzerinde oydaşım sağladığı bir hukuk tanımı yapılamamasıdır. Hukuki çoğulluk üzerine araştırma yapanların çeşitli hukuk tanımları mevcuttur ve genel olarak bu tanımlamalar pozitivist hukuk anlayışının devleti merkeze alan klasik hukuk tanımlamalarından farklılıklar arz etmektedir. Hukuki çoğulluk düşüncesi üzerine düşünceler ortaya koyan araştırmacıların hareket ettiği, en çok üzerinde anlaştıkları tespitlerden biri hukukun devletle sınırlandırılamayacak sosyal bir gerçeklik olduğu düşüncesidir. Bu düşünce bağlamında hukukun devlet merkezli olarak algılanması hukuki merkeziyetçilik anlayışının bir uzantısıdır ve hukuki çoğulcular bu anlayışı reddetmektedirler[15].

Hukuki çoğulluk düşüncesinin aşmak zorunda olduğu iki temel problem çıkmaktadır karşımıza; bunlardan ilki hukukun tanımı, ikinci olarak da yapılacak bu hukuk tanımıyla sosyal hayat kurallarının arasındaki farkın ne olduğudur. Tamahana'nın üzerinde durduğu üzere, hukuki çoğulluk düşüncesinin olumlu bir hukuk anlayışı olduğunu düşünenler hukukun devlete ihtiyaç duymadan, hatta ona rağmen de var olan ve varlığını sürdüren sosyal bir gerçeklik olduğu düşüncesinde birleşirler. Hukuki çoğulluk düşüncesini olumlu bulanlara göre hukuk, din, etnik adetler, ahlaki kurallar, örf ve adetler gibi belirli bir davranış modeli belirleyen her türlü kurallar bütünü olarak tanımlanabilir. Söz konusu tanımın doğal sonucu olarak devlet merkezli hukuk anlayışı hukuku tanımlamada yetersiz kalmaktadır[16].

11 Yüksel, a.g.e., s 77.

12 Kumaş, a.g.e., s. 105.

13 Örnekler için bknz. http://www.islamic-sharia.org/ (13.6.2012)

14 Maria Reiss, "The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should be Non-Binding", *Arizona Journal of İnternational& Comparative Law*, cilt 26, sayı,3 2009, s. 739-740

15 Griffiths, a.g.e., s. 10.

16 Brian Z Tamanaha., "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", *Journal of Law and Society*, cilt 27, sayı. 2, 2000, s. 298-300.

III. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN GÖRÜNÜŞ BİÇİMLERİ VE UYGULAMADAKİ ÖRNEKLERİ

Çoğu toplumda görülen bir sosyal gerçeklik olsa da hukuki çoğulluk farklı şekillerde karşımıza çıkmaktadır. Hukuki çoğulluk düşüncesinde olumlu görüşlere sahip olanların tanım ve sınıflamalarına baktığımızda bu farklılıkların en önemli sebebi hukuki sistemi oluşturan unsurların farklılıklar taşımasıdır. Griffiths devlet dışı hukuki yapıların bir hukuki yapı olarak görülemeyeceğini belirtir ve buna göre hukuki çoğulculuğu oluşturan unsurlar, devlet hukukuyla birlikte var olan toplumsal hukuk kuralları veya kurallar grubu şeklinde görülmektedir[17]. Tamanaha'nın da belirttiği üzere yapılan çeşitli hukuki çoğulluk tanımlarına bakıldığında genellikle normatif çoğullukla eşit olarak kabul edilmektedir. Sonuç olarak hukuki çoğulluğu, hukuki veya normatif kuralların bir sosyo-politik yapı içerisinde çoğulcu ve sistemli bir şekilde bulunması olarak kabul etmek mümkün görünmektedir[18].

Hukuki çoğulluğun tarihsel süreçte göz önünde bulundurarak farklı açılardan sınıflandırılmasını yapacak olursak; ilk olarak "yerli hukuk" ve "transfer hukuk" ayrımına değinmek yerinde olacaktır. Bu ayrım kaynak ve hukuki yapı bakımından en eski ve en belirgin sınıflandırma olarak karşımıza çıkmaktadır. Griffiths'in makalesinde verdiği örnek bu sınıflandırmaya uymaktadır. 1772 yılında Doğu Hindistan Şirketi'nin İngiliz Hukuku'nu temel alarak hazırlanan transfer hukukuyla birlikte özel hukuka giren konularda halkın uyguladığı geleneksel kast sistemine veya Şeriat hukukuna dayalı olarak var olan kuralların da yürürlükte kalmasına izin verilmesi bu sınıflandırmanın temelini oluşturmaktadır[19]. Bu sınıflandırmada asıl olan yerel hukuk ile transfer hukuk arasındaki ilişkidir. Sömürge devlet bünyesinde aynı sosyo-politik alanda gerçekleşen çok hukukluluk genelde sömürgeci devletin dayattığı hukuk ile izin verdiği hukuk arasında belirgin hale gelmektedir.

İkinci olarak değinebileceğimiz sınıflandırma "devlet hukuku" ve "azınlık hukuku" sınıflandırması olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada söz konusu olan durum resmi hukuk ile azınlık hukukunun birlikte uygulanmasıyla karşımıza çıkmaktadır. Bu sınıflandırmadaki hukuki çoğulluk düşüncesinde devletin azınlık olarak kabul ettiği gruplara bazı konularda resmen ayrı hukuk kurallarının uygulanmasını veya azınlık gruplarının kendi içerisinde oluşturduğu hukuki yapıların uygulama alanı bulmasına göz yumulması söz konusudur. Genellikle Uzakdoğu ülkelerinde bu sınıflandırmaya örnek teşkil edebilecek durumlarla karşılaşılmaktadır. Örneğin Hindistan'da azınlıkta olan Müslümanlara Şeriat hukukunun uygulanmasında bu tarz müsamahalar gösterildiği görülmektedir.

Üçüncü tür olarak adlandırabileceğimiz sınıflandırma "geleneksel hukuk" ve "modern hukuk" olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada da söz konusu olan modern devlet yapılarında devletin bir başka devletin baskısı olmaksızın, kendi isteğiyle kabul ettiği ve modern bir hukuk sistemine kavuşmayı amaçlayarak yürürlüğe koyduğu hukuk ile yerleşik geleneksel

17 Griffiths, a.g.e., 13.

18 Tamanaha, a.g.e., s 315-318

19 Griffiths, a.g.e., s. 6.

hukuki yapının bir arada var olması durumudur. Söz konusu sınıflandırma da daha çok Batı dışındaki toplumlarda Batı'nın hukuk sistemlerini modern olarak kabul etme ve uygulamaya geçirmek istemesiyle ortaya çıkmaktadır

Son olarak küreselleşme süreciyle birlikte ortaya çıkan geleneksel hukuk-ulusal hukuk-uluslar üstü hukuk sınıflandırmasıdır. Bu sınıflandırmaya göre ulusal hukuk sistemlerinin karşısına iki ayrı hukuki yapı çıkar. Sosyo-politik alan bağlamında ulusal hukuk açısından dışarıdan uluslar üstü hukuk söz konusuyken içeriden geleneksel hukukun varlığı söz konusudur. Küreselleşmeyle birlikte gittikçe birbirine bağlı hale gelen hukuki yapılar birbirleriyle devamlı bir etkileşim içindedirler. Chiba bu üçlü yapıyı "yerel hukuk", "devlet hukuku" ve "dünya hukuku" olarak adlandırıp incelemektedir[20]. Bu üçlü ayrımda bulunan hukuki yapılar aynı anda uygulanma fırsatı bulabilirken birbirleriyle zaman zaman çatışık durumda olmaları da söz konusu olmaktadır. Bu sınıflandırmaya en uygun örnek kişilerin iki ayrı hukuka da tabi olduğu Avrupa Birliği hukuku verilebilmektedir.

Yukarıda yaptığımız sınıflandırmaların temeli hukuki yapıyı oluşturan unsurların farklılıklarından kaynaklanmaktaydı. Bir başka sınıflandırma ise hukuki unsurların devlet hukuku karşısında aldığı konum ve devlet hukukuyla olan ilişkisi bağlamında yapılabilir. Bu açıdan yaptığımız sınıflandırmayı da "zayıf yapılı" ve "devlet merkezli" hukuki çoğulluk olarak ayırabiliriz. Söz konusu ayrım Griffiths'in yaptığı ve temellendirdiği bir ayrımdır. Buna ayrıma göre devletin dışında kalan hukuki yapıları resmen tanıyarak kendi hukuk sistemine dahi etmesiyle ortaya çıkan bir yapı söz konusudur. Devletin hangi hukuki yapıları dışarıda bırakmayı tercih ettiği ya da hangilerini bünyesine aldığı tartışmasına göre zayıf yapılı veya devlet merkezli hukuki çoğulluğun ortaya çıkacağı şekillenmektedir. Bu tür bir ayrımda mevcut sistem dışında kalan geleneksel kurallardan bazıları hukuki sisteme dahil edilir ve devletin mevcut hukuki sistemiyle uyumlu hale getirilir. Devletin merkeziyetçi anlayışı dışında kalan hukuki yapıların tamamını bünyesine alması durumu da, kendi hukuku ile uyumlu kısımları bünyesine katıp diğer kalan bölümleri dışarıda bırakması durumu da söz konusu olabilir. Bu bağlamda devletin yeterli tanıma veya yetersiz tanıma durumu ortaya çıkmaktadır. Eğer devlet toplumda var olan normların büyük bir kısmını resmi bir tanımayla bünyesine katarsa yeterli tanımadan bahsedebiliriz. Fakat bazı toplumsal kuralları bünyesine katıp homojenleştiriyorsa büyük çoğunluğu hukuki sistem dışında bırakıyorsa yetersiz tanımadan bahsedebiliriz. Bu duruma İsrail'de evlenme ve boşanma gibi daha çok aile hukukunu ilgilendiren alanlarda gerçekleştirilen uygulamalar örnek gösterilebilir. İsrail'de genel olarak Şeriat hukuku resmi olarak kabul görürken Şeriat hukukuna göre çok eşlilik kurumu caiz olmasına rağmen yasaklanmıştır[21]. Griffiths'e göre devletin belli bir sosyal yapının ürettiği ve yaşattığı normatif değerleri tanıyarak, bu değerleri süreç içerisinde kültürel bir kökeni karşılamaktan yoksun olacağını savunarak bu tarz hukuki çoğulluk

20 Masaji Chiba, "Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World", *Ratio Juris.* cilt 11, sayı. 3, Şubat 1998), s. 232-233.

21 Yüksel Sezgin, "Legal Unification and Nation Building in the Post-colonial World: A Comparison of Israel and India", *The Journal of Comparatove Asian Development*, cilt 8, sayı 2, 2009, s. 275.

düşüncesini zayıf yapılı olarak tanımlamaktadır[22]. Güçlü yapılı hukuki çoğulluk düşüncesindeyse devlet, toplumda görülen ve hukuki yapı olarak kabul edilebilecek yapıları hiçbir şekilde tanımaz ve bu hukuki yapılarla mücadele içindedir. Buna rağmen söz konusu hukuki yapılar toplumda kendi kökenlerine sadık kalarak gereksinmeleri karşılamaya devam eder.

Sonuç olarak hukuki çoğulluk düşüncesinin tarihsel gelişim sürecinde sömürgecilik ve küreselleşme evreleri büyük önem taşımaktadır. Bu süreçte devletin yerli- geleneksel hukuku tamamen veya kısmen tanımasının bazı sebepleri vardır. Çoğunlukla hukuki çoğulluk zayıf siyasi merkezi yapının gücünü ve otoritesini meşrulaştırmak için kullanılan bir araç halini almaktadır. Bu bağlamda geleneksel hukuk merkezi hükümet ya da sosyo-politik çevrede güç kazanmak isteyen iktidar iddiası bulunan gruplar tarafından etkili bir araca dönüşmektedir[23]. Özellikle siyasi gücün ulaşamadığı kırsal kesimlerde daha güçlü bir yapı tesis etmek istemesi sonucu güçlü bir yargı hakimiyeti kurmak istemesi doğaldır. Böylelikle merkezi yapıya ağırlık teşkil eden yargı sisteminin getirdiği yükü de dengeli bir şekilde kendi lehine dağıtmış olmaktadır. Çok parçalı yapıya sahip toplumlarda (etnik ve dini vb. gruplar açısından) bloklar arası hoşgörü ve tahammülü arttırmakla birlikte istikrarlı bir barış ortamı yaratarak birlikte yaşama pratiği kazanmak açısından hukuki çoğulluğu çare olarak gören görüşler bulunmakla birlikte hukuki çoğulluğun merkezi yönetimi zayıflatacağı ve çatışmaları arttıracağı görüşünü de belirtenler bulunmaktadır. Özellikle tarihsel süreç içinde Batı dışındaki toplumları sömürgecilik anlayışıyla birlikte kendi değerlerine göre şekillendirmek istemiştir. Batılı devletlerde günümüzde yaşanan gelişmeler sonucunda parçalı bir toplum yapısı oluşmuştur. Bu parçalı toplum yapısının çatışmaları, postmodernizmin çözmesi ve aşması gereken en büyük problemlerden birisi olarak karşılarında durmaktadır. Bu bağlamda hukuki çoğulluğu kendi açılarından bir çare olarak gören düşünürlerin yanında bu çarenin işleri daha da işin içinden çıkılmaz hale sokacağını savunan düşünürler de vardır. Griffiths ise devlet hukuku içinde bir bölünme anlamına gelen bu tarz bir hukuki çoğulluğun hukuk ideolojisi meselesi olduğunu ileri sürerek, bu hukuki çoğulluk düşüncesinin sosyal bir gerçekliği yansıtmadığını ileri sürmektedir. Hatta bu tür uygulamaların gerçek anlamda hukuki çoğulluk kavramını karşılamadığını belirtmektedir[24]. Fakat Griffith'in aksini düşünen çok sayıda araştırmacı da vardır ve bu tarz bir hukuki çoğulluk anlayışının da dikkatle üzerinde durulması gerektiğini belirtmektedirler. Bu bağlamda tarihsel süreç içerisinde çeşitli yönleriyle ele aldığımız hukuki çoğulluk anlayışının olumlu veya olumsuz yönlerine göz atabiliriz.

22 Griffiths, a.g.e., s. 8-9.

23 Bu tartışma bağlamında çoğu hukuki çoğulluk çeşidi iktidar ilişkilerini yeniden tesis etme yöntemi olarak kullanılmaya el verişli bir yapı da ortaya çıkarmaktadır. Örneğin Medine Vesikası ile ilgili Ali Bulaç'ın yazdığı yazı üzerine yapılan tartışmalar bu bağlamda değerlendirilmeye açıktır. Toplumsal barış projesi olarak ortaya çıkarılan Medine Vesikası tartışmaları gerçekçi bir bakış açısıyla bakıldığında eski iktidar ilişkilerinin o dönem konjonktürüne uymaması ve yerine yeni iktidar ilişkilerinin kurulması paylaşımının tekrar tesis edilmesi amacından başka bir şey ifade etmediği söylenebilir.

24 *Griffiths, a.g.e., s. 11-14.*

IV. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN OLUMLU YÖNLERİ

Hukuki çoğulluk düşüncesinin olumlu bir yönelim olduğunu düşünen araştırmacılara göre devletin hukuk aracılığıyla bireylerin kimlik ve kurumlara yön vermektedir. Bu anlamda hukuk sosyal gerçekliğinden uzaklaşma ve iktidarın bir tahakküm aracı haline gelmektedir. Hukuki çoğulluğun olumlu bir anlayış olduğunu düşünenler anlamdaki hukukun bireyler açısından uyuşmazlıklarını çözmek için başvurdukları bir gerçeklik olmadığını ileri sürmektedirler. Yeni hukuki çoğulluk anlayışında yapılan çoğu tartışma hukukun bu yönüne yönelik olarak, hukuk-kültür ilişkisi çerçevesinde yapılmaktadır. Kültürün iki açıdan önemi söz konusudur; kimlik ve özgürlük[25]. Fakat asıl olarak kültürü önemli kılan şey de onun özgürlüğü destekleyici rolüdür. Hukuki çoğulluğun da tesis ettiği ortamda merkeziyetçi bir hukuk anlayışının, ülke içinde bulunan farklı kültürel değerlerin ve dolayısıyla farklı kimliklerin yok olması anlamına gelen uygulamalar önlenebilecek ve böyle bir ortamda kimliklerin özgürce kendini geliştirmesi sağlanacaktır. Böylelikle hukuk devletin tekelinde olan hukuk yaratma sürecinden çıkıp, kültürel değerleri, toplumun kurallaştırdığı değerleri tanıyarak bireylere, gruplara ve cemaatlere özgür bir alan oluşturmuş olacaktır. Sonuç olarak hukuki çoğulluk anlayışı böylelikle özgürlükleri daha ön plana alan bir hukuk anlayışını besleyecektir.

Hukuki çoğulluk anlayışının bir diğer olumlu yönü çok parçalı (etnik vb.) toplumlarda ülkedeki sosyal grupların, cemaatlerin desteklerini almak ve bu gruplar arasında çatışma riskini azaltmak olarak belirtilebilir. Bu bağlamda Ali Bulaç'ın Birikim Dergisi'nde tartışmaya açtığı "Medine Vesikası Üzerine Tartışmalar" başlıklı yazısı önem arz etmektedir. Bu argümanı güçlendirmek üzere kaleme alınan yazıda Hz. Muhammed'in daha önce iç çatışmalarla boğuşan Medine'de barışı Medine Vesikası ile sağladığını, bu vesika çerçevesinde de toplumda farklı gruplara çok hukukluluk benzeri bir yapının sağlanmasının barış ortamını tesis ettiğini belirtmektedir. Bu çıkarımların siyasi ve gerçekçi bir bakış açısını yansıtmadığı belirtilebilir. Fakat çok parçalı toplumlarda toplumsal barışı sağlamak için hukuki çoğulluk anlayışının kullanılabildiği görülmektedir. Böyle bir anlayış çerçevesinde devletin otoritesini yaymak amacıyla da hukuki çoğulluk anlayışına başvurulduğu görülmektedir[26]. Sonuç olarak hukuki çoğulluk toplumdaki ayrı blokları uyum içinde yaşamaya sevk etmese bile birbirlerine karşı hukuki durumlarını sabitleme ve barış içinde yaşama açısından önem arz etmektedir.

Hukuki çoğulluk anlayışı kültürle ilişkisi bağlamında düşünüldüğünde hukukun toplumsal değerlerden ortaya çıktığını öngörmektedir. Bu düşüncenin doğal sonucu olarak da hukuk değişen toplumsal yapıya paralel olarak kendini yenileyecek ve geliştirecektir.

Son olarak İkinci Dünya Savaşı sonrası dönemde ortaya çıkan gelişmeler ile birlikte bazı temel hak ve özgürlükler açısından vazgeçilemez, devredilemez ve dokunulamaz olarak tanımlanmış ve bunlar evrensel değerler olarak kabul edilmiştir. Söz konusu değerler hukuk devleti anlayışının ayrılmaz parçaları haline gelmiştir. Hukuki çoğulluk düşüncesi özellikle ikinci tanımıyla düşünüldüğünde kendisini bu değerlere dayandırma eğilimi içindedir. Bu dayandırma eğilimi neticesinde de hukuki çoğulluk insan hakları ve hukuk devleti kavramlarının güçlenmesine yardımcı olmaktadır.

25 *Nafiz Tok, Kültür, Kimlik ve Siyaset, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2003, s. 38-39.'dan aktaran Kumaş, a.g.e., s. 142.*

26 *Yüksel, a.g.e., s. 85-86*

V. HUKUKİ ÇOĞULLUK DÜŞÜNCESİNİN OLUMSUZ YÖNLERİ

Tarihsel süreç içinde devlet mekanizması her geçen gün daha da güçlenmiştir. Modern devlet ile birlikte ulus devlet kavramı ortaya çıkmış ve bu bağlamda düşünceler ulus devlet kavramına paralel şekilde gelişmiştir. Bazı ulusal devlet algılamaları ve uygulamaları yukarıda belirtilen insanlığın kazanımı olan değerleri hiçe saymaktayken bazıları bu değerleri korumak için hukuk devletine önem vermişlerdir. Ulus devletlerde genel olarak hukuki çoğulluk anlayışı otoriteyi zayıflatacağı, kontrolsüz bir alan yaratacağı için olumsuz değerlendirilmiştir. Çünkü böyle kontrolsüz alanlarda söz konusu değerler ihlal edilebilir ki bu kazanılan değerlerden geriye dönüşü temsil etmektedir. Bu bağlamda Maria Reiss'ın makalesinde İngiltere Hukuku ile İngiltere'de kabul görmeye başlayan Şeriat hukuku uygulamalarına göz atabiliriz. Maria Reiss'ın da belirttiği gibi aile hukuku üzerinde yapılan incelemeler de göstermektedir ki Şeriat hukuku yukarıda değinilen insanlığın kazanımı olan değerlerden bir geri dönüşü temsil etme aşamasına kadar gelebilmektedir[27]. Burada ki asıl sorun yukarıda da belirtildiği üzere hukuk tanımının nasıl yapıldığı, hangi sosyal grup uygulamalarının tanınacağı ya da tanınmayacağı sorunudur. Sonuç olarak hukuki çoğulluk devlet otoritesinin zayıflaması yönünde de sonuçlar doğurabilmektedir.

Hukukun normatif bir yapı olarak amaççı bir yapısı olduğu düşünülürse, adalet, toplumsal düzen, güvenlik gibi amaçları olduğu kabul edilebilir. Bu amaçlardan toplumsal düzeni ve güvenliği sağlamak devletin örgütlü mekanizmasıyla gerçekleştirilebilecek olgulardır. Devlet mekanizması ise bunu sağlamak için dini, etnik vb. ayrımlara atıf yapmadan uygulamalarda bulunmak zorundadır. Fakat kültürel, dini farklılıklar sonucu derinleşen ayrımlar hukuki çoğulluk anlayışında söz konusu olabilir. Tarihsel süreçte de sosyo-politik olarak bu ayrımlaşmalar sömürgeci devletler tarafından yeni iktidar ilişkileri yaratmak için kullanılmıştır. Özellikle hoşgörünün hakim olmadığı, iç çatışma riski olan toplumlarda hukuki çoğulluk anlayışı gruplar arasında mücadelelerin yaşanmasına ve bunun sonucu olarak toplumsal düzen ve barışın bozulmasına yol açabilecek boyutta uygulamalara neden olabilecektir.

Hukuki çoğulluk anlayışının merkezi devletin yargı yükünü hafifleteceği öngörülmekle birlikte her kültürün kendi kurallarını uygulama isteği sonucunda ortaya çıkacak kargaşa göz ardı edilmektedir. Toplumda kendini diğer insanlardan farklı gören her bireyin veya her grubun kendine göre kısmen veya tamamen farklı hukuk kurallarına sahip olması söz konusu olacaktır ki bu durumda parçalı yapı arttıkça hukuk kuralı diyebileceğimiz kurallar da artacak belki bir süre sonra kurallar sayılamayacak boyuta gelecektir. Hangi somut olaya

27 *Reiss, a.g.e., s. 743-757.*

hangi grubun hangi kuralının uygulanacağı tamamen içinden çıkılmaz bir hal alabilecektir. Böyle bir anlayışın gerçekleşmesi durumunda hukuki kargaşa ortamı doğacak ve yargılama süreçlerinde büyük problemler yaşanabilecektir.

VI. SONUÇ

Sonuç olarak hukuki çoğulluk düşüncesiyle ilgili bazı saptamalar yapılabilir. Hukuki çoğulluk tarihsel süreç içerisinde sömürgecilik anlayışıyla birlikte ortaya çıkan sosyal bir gerçekliktir. Tekçi hukuk anlayışının egemen olduğu hatta gelenekselleştiği toplumlar açısından birden fazla hukuk kaynağının varlığı sakıncalar teşkil edebilir. Batı dünyası sömürgeleştirme sürecinde siyasi otoritelerini tabana yaymak amaçlı olarak farklı gruplara özerklikler vermiştir. Bu gruplar arasında denge gözetmiş fakat nihai sonuç olarak devletin siyasi yönetimini kendi elinde daha rahat tutma imkanına sahip olmuştur. Hukuki çoğulluk düşüncesi bu bağlamda iktidar ilişkileriyle yakından alakalı olarak bir araç olarak kullanılmıştır. Hukuki çoğulluk düşüncesi özellikle politik bir şart olarak veya yeni hukuki çoğulluk olarak ele alındığında Batı toplumunun kullandığı hakimiyet aracının kendine yönelmiş olduğu gerçeğini de su yüzüne çıkarmıştır. Batı'nın dışında gerçekleşirken romantik olarak nitelendirilebilecek hukuki çoğulluk anlayışı, Batılı toplumlar açısından kendi içlerinde ele alındığında bir sorun olarak karşılarına çıkmakta ve genellikle merkeziyetçiliği zedelediği ölçüde mücadele edilmektedir. Hukuki çoğulluk geleneksel kuralların hukuku geliştireceği öngörüsünde bulunmaktadır fakat gerçeklik boyutuna bakıldığında, geleneksel dinamik yapıya sahip hukuk olarak kabul edebileceğimiz kuralları pozitifleştirerek sabit hale getirmekte bir nevi dondurmaktadır ki böylelikle dinamik yapı statik bir yapıya hapsedilmektedir. Yukarıda belirtilen kazanımları koruma iddiası ve dolayısıyla kültür, kimlik ve özgürlük gibi kavramlara hizmet etme durumu da iyimser bir bakış açısıyla yaklaşıldığında kabul edilebilir fakat gerçekçi bir bakış açısıyla bakıldığında bu kavramların birbiriyle çatışıp kazanımların da kaybedilebileceği söylenebilir. Bireyler, gruplar ve bloklar arası ilişkilerin toplumsal düzeni sağlayacak ve barışı egemen kılacak şekilde gelişeceği sadece iyimser bir öngörü olarak kabul edilebilir görünmektedir.

KAYNAKÇA

- *CHİBA, Masaji, "Other Phases of Legal Pluralism in the Contemporary World", Ratio Juris. cilt 11,sayı. 3, Şubat 1998*
- *GRİFFİTHS, John "What is Legal Pluralism?", Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law, Sayı. 24, 1986*
- *KUMAŞ, Mehmet Salih, "Çok Hukuklu Sistem ve İslam Hukuku'ndaki Yeri", Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bursa, 2007*
- *KUMAŞ, Mehmet Salih, "Hukuki Çoğulculuk Bağlamında Osmanlı ve İsrail Hukuklarına Bir Bakış", Uludağ Üniversitesi İlahiyat Fakültesi Dergisi, c. 15, sayı 2, Bursa 2006*

- *MERRY, Sally Engle "Legal Pluralism", Law and Society Review, cilt. 22, sayı. 5. , 1988,*
- *MOORE, S.F. Sally, "Law and Social Change: The Semi-autonomous Field as An Appropriate Field of Study", Law and Society Review, Cilt: 7, Sayı: 4, 1973*
- *REİSS, Maria "The Materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should be Non-Binding", Arizona Journal of İnternational& Comparative Law, cilt 26, sayı,3 2009*
- *SEZGİN, Yüksel, "Legal Unification and Nation Building in the Post-colonial World: A Comparison of Israel and India", The Journal of Comparatove Asian Development, cilt 8, sayı 2, 2009*
- *TAMANAHA. Brian Z "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", Journal of Law and Society, cilt 27, sayı. 2, 2000,*
- *YÜKSEL, Murat Hukuki Plüralizm, Beta Yayınları, İstanbul, Mayıs 2003*

İRADE ÖZGÜRLÜĞÜNE GİRİŞ AÇISINDAN "BEN İNŞÂSI"

Yasemin IŞIKTAÇ[1]

I- Ontolojik Giriş İçin Zemin

A. "Ben"in İnşâsı

Varlık sorunu ilk felsefi sorundur. Felsefe aslında mutlak varlığın ne'liği hakkındaki soru ile başlar. Örneğin Aristo felsefeyi, varlığı var olduğu biçimde incelemek olarak tanımlamıştır. Varlık ve varlığın adlandırılması ile başlayan sınıflandırmalar var olanda ortak olanın ne olduğunu bulmaya yönelmektedir[2]. Aristotelesçi bağlamda varlığı varlık olarak ele almak olarak tarif edilen metafizik, İlkçağ'da ontoloji, Ortaçağ'da daha çok teoloji, yirminci yüzyılda ise varoluşsal bir açıdan ele alınmaktaydı.

Epistemolojik açıdan karmaşık bir hâle gelmiş olan varlık özneden veya yönelinen nesneden yola çıkılarak açıklanabilir. Klasik yaklaşımda başlama noktası olarak "*düşünüyorum, öyleyse varım*" ilkesi kabul edilebilir. Descartesçı varlık anlayışı "ben varım" ifadesindeki "var"ın oluş biçimini açıklamamıştır. Diğer taraftan şeyler ve nesneler aracılığıyla "var"ı araştıranlar ontolojik bir tutum almaktan çok "ontik" bir tutumla konuya yaklaşmışlardır. Çünkü ontik varlık, ontoloji ise var olmaktır. Varlık nedir sorusundan çok, var olan nesneler ve objeler nelerdir sorusunun daha anlamlı olacağı düşünülmüştür. Bu soru ile varlık nesnelerden ayrılırken varoluş da "öz"den ayrılmış olur. Platoncu idealar ve görünür dünya ayrımı gibi bir ayrım ortaya çıkar[3] Varlığın her alanında olduğu gibi insanın ne olduğuna ilişkin soru da kurucu niteliktedir. İyi, kötü ve adalet ilişkisi üzerinden yapılacak değerlendirme için insanın ontolojik tasviri bir gereklilik hâlini alır.

Sorunun bir diğer boyutunu ise "varlığın var olup olmadığı" problemi olarak tanımlayabiliriz. Yokluk üzerinde düşünmek felsefi sorun yarattığı için daha doğrusu Thales'in söyleyişi ile "*Hiçten hiçbir şey meydana gelmeyeceği*" için bir tarafa bırakılmıştır. Giderek felsefede varlık-yokluk tartışması "*oluş*" hâline odaklanarak aşılmıştır. Konu günümüzde de varlık üzerinden tartışılır.

Bilginin var olana ilişkin olduğu açıktır. Bu varoluş maddi veya manevi olabilir. İnsanın bilgisi var olanın niteliği ile başlar. Bu bilgi edinme sistematik ve konu ile ilgili uygun yöntemlerle yapılıyorsa bilim adını alır. Felsefi açıdan ise bilgi varlığın bir bütün olarak incelenmesidir. Felsefenin bu bütünleştirici tutumu ile bilimin sistematik

1 Prof. Dr. İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

2 Bu sorun ontoloji ismini 17. yy. civarında alır. 19. yy. ise aynı sorunun Nikolai Hartmann tarafından yeni ontoloji isminin verilmesiyle yeni bir noktaya ulaşmıştır. Kant'ın kurgusu ile Hartmann'ın ontoloji ve fenomenoloji bağlantısını ortaya koyması yeni ontolojiyi doğurmuştur.

3 Heidegger özün varoluştan önceliği ile bu soruyu şekillendirir. O da ontoloji ile temel ontoloji (fundemental ontology) arasında ayrım yapmıştır. Dünyadaki gerçek nesneler tek tek ontik nesnelerdir. Felsefenin amacı onlarla ilgili değildir. Varlık kategorik bir düşünce ile de kavranamaz.

olarak ayrıştırılmış ve sürekli yeniden sınamalarla sağlamlaştırılan yığışımlı bilgisine karşın felsefe varlık alanını birleştirmeye çalışır. Felsefede varlık, var olanın son görünümüdür. Bu nedenle ona atfedilen metafizik isimleri hak eder. Platon'un "*eidos*"u, Aristoteles'in "öz" ve "*form*"u, Kant'ın "*Ding an sich*"i, Hegel'in "*Objektiv geist*"ı bu niteliği taşır.

Bir başka boyut ise varlığı bilen süjenin ne'liğidir. Bu süje insandır. Varlık içinde insanın ne'liği sorunu çeşitli biçimlerde cevaplanabilir; ancak Hartmann varlık katmanları ile ilgili cansız varlıklar, canlılar ve insana giden bir sıralama sunar. Nihayetinde varlık içindeki yerini nitelendiren insandır. Bu katmanlar var olan her şeyin insan zihninin ürünü olduğu, düşünce dışında hiçbir varlığın olamayacağı biçiminde bir sübjektif idealizme kadar götürülebilmektedir. Bu tartışmanın boyutu konuyu aşacaktır. Ancak insanın kendini varlık alanı içinde konumlandırırken, Tanrı-insan-diğer canlılar ayrımını temel alacağız. "Ben inşâ"sında epistemolojik giriş yapılacaksa bunun içinde şu ayrımı ortaya koymak gerekiyor. Bilme eyleminde bilen olarak "süje" ile bilme eyleminin konusu olarak "obje" yani bilinen şeyin, nesnenin varlığı gerekir. Bir bütün olarak insanın obje niteliğine getirilebilmesi yani tin'in de bilme eylemine dâhil edilmesi açısından metodolojik bir sorun vardır. Buna göre bilen ile bilinenin birbirine indirgenmesi özdeşlik yasası açısından sorunludur. Bir şeyin aynı zamanda hem kendi hem de kendinden başka bir şey olması konusu "özdeşlik yasası" gereği olanaksızdır. Bu sorunu şimdilik sadece tespit etmekle yetineceğim. Ayrıca merkeze Kant'ı alacağım. Bilgi konusunda Kant'a kadar batı felsefe tarihinde iki güçlü eksenin varlığını saptamak çok kolaydır. Rasyonellik, bilgi edinme sürecinde ampirik deneyimi dışlamaktadır. Diğer yandan ampirizm ise bilgi edinmede biricik kaynak olarak deneyi gösterir. Bu iki farklı ekseni birleştiren de *Saf Aklın Eleştirisi* ile Kant'tır[4]. Kant bu iki yolu Hume etkisi ile birleştirebildiğini de beyan etmiştir. Kısacası, Kant *a posteriori* yargıları sadece deneyimle elde edilen bilgiler olarak belirtirken içkin zorunluluk karakterine sahip açık ve kesin olan evrensel yargıları *a priori* olarak isimlendirir[5]. Kant ilgisini, içinde "eyleyen özne"ye yöneltmiştir. Ancak bu özne "genel olarak özne"dir.

Genel olarak bilme olanağına sahip insanın kendini inşâ sürecinde bilgi ve değerler alanı içindeki antropolojisi değerleri "seçme" açısından olanaklılığını gösterir. İnsan neyi seçecektir? Değeri olanı yani ahlâki açıdan üstün olan değeri seçebilir. Burada "bilmenin" rolünün de açıklanması gerekir. Ahlâksal varoluş olarak değerli olanın seçilmesinde ölçü, "kendini adama" ve "denge" arasındaki bir gidip-gelme ile karakterize edilir. Ahlâksal yaşam biçiminin Kant'tan itibaren egemen olan akıldan yansıyan hümanizm olduğunu söyleyebiliriz. Çünkü artık varoluş aşamasında birey yalnız kendisi için değil ama herkes için en iyi olanı düşünerek eyler. Yani "öyle davran ki istediğin her zaman için evrensel bir yasa olarak kabul edilebilsin". Kant bu ilkenin rasyonel

4 *Takiyettin Mengüşoğlu,* **Kant ve Scheler'de İnsan Problemi: Felsefi Antropoloji İçin Kritik Bir Hazırlık**, *2. bs, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1969, s.40 vd.*

5 *Yasemin Işıktaç,* **Hukuk Felsefesi**, *2. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006, s.184 vd.*

davranmanın tek yolu olduğunu belirtir. İkinci ilke ise "*diğerlerini hiçbir zaman araç olarak değil, ama her zaman amaç olarak gör.*"dür. Kant'ın uzay-zaman ve diğer kategorilerin tüm insanlarda *a priori* olarak mevcudiyetine yaptığı vurgu önemlidir. Bir "özne" olarak insan fenomenal dünya ile hakkında bilgi edinemeyeceğimiz *numenal* dünya arasındaki ayrım da *transandantal diyalektik*'i şekillendirir. *Numenal* evren zihnin kurduğu bir idealdir. Bilgi böylece kategoriler aracılığıyla *fenomenal* alanda, kurgusal olarak da akli düzeyde *numenal* alanda ortaya çıkar. Çünkü bilginin her iki biçimde ortaya çıkışı için *a priori* koşullara doğuştan sahip, evrensel ve akıl sahibi bir özne gerekir[6]. Buradaki öznenin özgürlüğü hiçbir determinizme tabi olmamak anlamında değildir. Özgürlük ancak salt pratik aklın verili yasalarına uyulursa mümkündür. Buradaki paradoks ancak insanın otonomisi ile aşılabilir. Kant'ta otonomi, istencin kendi kendine yasa koymasıdır. Ayrıca özgür irade ile ahlâk kurallarına bağlı olma iradesi de aynı şeydir. Bir başka önemli konu olarak ahlâki eylemler alanındaki özgürlük de salt pratik aklın ahlâk yasası olan kesin buyrukla ilgilidir.

Kant insanı sadece çevresindekileri kavrayıp onlar hakkında teoriler kuran teorik akla sahip bir varlık olarak tanımlamakla yetinmez. Tanımın ekleri vardır. İnsan aynı zamanda ne yapması gerektiği hakkındaki bilgiye de sahiptir yani salt pratik aklın da sahibidir. Bu nedenle davranışta bulunur. Davranışı yani eylemin konu alanı etiktir. Kant bir ahlâk metafiziğinin de peşindedir. Zaten yazdıklarından da bu soruların cevabını aradığını görebiliriz. *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi* (1785) ve *Pratik Aklın Eleştirisi* (1788) ile salt pratik aklın, istek ve arzuları ve deneyden gelmeyen *a priori* ilkleri yönettiğini ortaya koymak istemiştir. Pratik akıl aynı zamanda *sentetik a priori* ilkeyi yani iradenin kendi kendisini yöneten kanunları da belirleyecektir. İnsanın özne olarak değeri kategorik emperatiflere uygun davranması ile ortaya çıkar. İnsanın özne olarak inşâsı otonomi ve salt pratik akılla bağlantılıdır. Kant insan zihninden bağımsız bir gerçek ve nesnel dünya vardır, diyor. Ancak insan onu tam gerçek şekliyle değil, algılayabildiği kadar bilebilir. Sınır *numen*'e ilişkindir. Çünkü daha önce de belirttiğimiz gibi, insan, *fenomen*'leri (görüngüler) bilebilir, *numen*'i (özü) ise bilemez.

Kant'ın ahlâkı temellendirme sorunsalına girişte de özgürlük kavramı kurucu niteliktedir. Kant'ın eserlerini gözden geçirdiğimizde otonomi, ampirik özgürlük, aşkın özgürlük, kendiliğindenlik ve postulat olarak özgürlük çeşitlerinden farklılaştırarak bahsettiğini görürüz. Her bir özgürlük tanımı öznenin inşâsına farklı açılardan kurucu etki oluşturur. Kant'ın bu tutumu ile mutluluk ve fayda ahlâkına karşın insanın rasyonel ahlâklılığını öncelediğini anlarız.

Neden-sonuç ilişkisi içinde şekillenen olaylar dünyasında özgürlük yoktur; zorunluluk vardır. Oysa düşünülür dünyada da yani *numen*'de ise özgürlük bulunabilir. Özgürlüğün bu dar alandaki varlığını ikili bir ayrımla temellendiriyor Kant: Negatif özgürlük ve pozitif özgürlük.

6 *Işıktaç,* **Hukuk Felsefesi**, *s.186 vd.*

- Negatif özgürlük kuralsız davranıştır ve Kant bunu dışlar.
- Pozitif özgürlük ise kurala uymadır. Hangi kurala uyulacaktır? Kant, salt pratik aklın kendi *numenal* yasaları olarak olması gerekeni gösteren yasalara "uymalısın" demektedir.

Kant, insanın niyet ve davranışlarında ortaya çıkan ve hiçbir şarta bağlı olmayan bu olması gereken hakkındaki bilgiyi aklın varlık yapısındaki en derin ve güçlü anlam olarak tanımlar. Salt pratik aklın bu kategorik buyruklarına uygun eylem, insanın "amacı" olarak da belirleyicidir.

Kant burada bir evirtim yaparak özgür olduğumuz için sorumlu olmadığımızı aksine sorumlu olduğumuz için özgür olduğumuzu savunmaktadır. Bu klasik yaklaşımdan kesinlikle farklıdır. Özgürlük, metafizik bir sorundur. Sorumluluk ise davranışla gerçekleşir. Bu nedenle sorumlu olduğumuz için özgür olduğumuzu söylemek birçok sorunun çözümü için önemli bir imkân yaratmıştır.

Ahlâk yasası insanda verilidir. İnsan eylem alanında *numen*'al açıdan salt pratik akla ilişkin görevleri üstlenir; bu anlamda öznedir ve kutsaldır. Yönelimini bilgi ile şekillendirir ve kendi imkânlarını tanımlar.

Kant'ın *Saf Aklın Eleştirisi*'nde cevabını aradığı üç temel soru:

- Neyi bilebilirim?
- Neyi yapabilirim?
- Neyi umabilirim, sorularıdır.

Soruların soruluş sırası da anlamlıdır. Kant konunun epistemolojik temelinden başlar. Bu başlangıç itilip kakılmakta olan metafizik bir refleksi de gerekli kılar. Yani, insan bilebilir mi? Kant geleneksel metafizik kabullerle bu soruyu cevaplandırmıştır[7].

Hiç şüphesiz bir "ben" inşâ edilecekse özgürlüğün nedensellikle ilişkisi ve doğadaki nedensellikler (ampirizm tezi) dışında insana hiçbir seçenek kalmadığının kabulü

7 *Genel cevabı, insanın bilebilir olduğudur. Ancak insanın nasıl bilebildiği sorusunun cevabındaki güçlüğü dışlamıştır. Yani sentetik a priori yargılar'ın kendinde gerçekliği yoktur. Bilginin zorunlu olarak tabi olduğu a priori* şartların üç formu vardır: Duyularımızın ön koşulu olan formlar, anlama yetisi formları ve aklın formları. Duyuların formları uzay ve zaman, bilginin formları ise kategorilerdir. Kategoriler ise nitelik, nicelik, ilişkisellik ve modelitedir. Aklın formları ise idelerdir: Düşünen öznenin mutlak birliği olarak ruh, görüngüler alanındaki koşullar dizisinin mutlak birliği olarak *cosmos ve düşüncenin bütün nesnelerinin mutlak birliği olarak Tanrı'dır. Bu alanlar numenal'dir ve bilgi alanımızın dışındadır.*
Rasyonel kozmoloji olarak isimlendirdiği alanda ortaya çıkan antinomiler ile de rasyonel ve ampirist düşünürlerin açıklama şemalarından oluşturur.
- Evrenin sınırsız veya sınırlı olduğu,
- Tözün bölünebileceği veya bölünemeyeceği
- Özgürlüğün olmadığı veya olduğu

Evrende zorunlu bir varlığın olduğu veya olmadığı antinomilerinin içinde özellikle üçüncü antinomi konumuz açısından önemlidir.

ile insanın bütünü ile özgür olduğu tezleri ayrı ayrı savunulabilir. Kant kozmolojik özgürlük ile pratik özgürlüğü birbirinden ayırarak soruyu cevaplandırır. Kozmolojik yani aşkın özgürlük ortaya yeni bir durum çıkararak bir süreç başlatır. Pratik özgürlük ise failin yani eyleyenin durumudur. Pratik özgürlük sayesinde yaptıklarımızın sorumluluğunu taşırız. İnsanın ampirik yanında bir özgürlüğü yoktur; doğaya tabidir, ancak *numenal* alana tabi olan aklın yasaları insanı zorlamaz, bazı şeylerin yapılmasını veya yapılmamasını emreder. İşte insan bu emre uyup uymamakta özgürdür[8]. Dolayısıyla ahlâkın temelini oluşturan irade özgürlüğü ancak pratik alanda ispat edilebilir ve varlık bulabilir[9].

Kant iradenin ilkesini "özerklik" olarak saptar. Eğer iradenin belirlediği yasalardan başka yasalarla eylemde bulunma söz konusu ise özerklik olmayacaktır. Burada bir otonomi değil, heteronomi söz konusu olacaktır. Her türlü heteronom yasa koyma Kant tarafından reddedilir; çünkü *fenomenal* dünyada zaten bir yasa konulamaz. Burada hâlen şu sorunun cevabını verememiş durumdayız:

İnsanın otonom olarak yasayı belirlemesi ile bu belirlenen yasanın aynı zamanda evrensel bir yasa olması arasında nasıl bir bağ vardır?

Bu soruyu cevaplandırmadan önce tekrar insana ilişkin bir tanım vermek gerekir.

Kant insanı üç yatkınlık ile tanımlar:

- Canlı bir organizma olarak hayvanlığa yatkınlık,
- Hem canlı hem akıl sahibi olarak insanlığa yatkınlık,
- Hem akıl sahibi hem de sorumluluk sahibi olarak kişi olmaya yatkınlık.

Kant'a göre insanı diğer canlılardan ayıran, kendi koyduğu buyruklara bilinçle uyabilmesi ve sonuçlarından sorumlu olmasıdır. Ahlâksal anlamda iyi, akla dayanarak kendisinin belirlediği ve genel ilke olarak geçerli olabilecek kurallara uymadır. Bu ilke insanın amaç olarak kabulünü de öngörür; çünkü akla dayalı olma "insan" için ölçüdür. Demek ki insan ontik varlığı, akıl sahipliği ve sorumluluğu ile bir bütündür[10].

Bir başka önemli odak olarak "ben'in inşâsı"nda M. Scheler'den söz etme zorunluluğu vardır. Scheler'in felsefesinde tek bir sorun vardır: İnsan. Scheler akla ek olarak tin kavramını da insan tanımına sokar. Kişi olarak insan, tin taşıyıcısıdır.

8 *Bedia Akarsu,* **Immanuel Kant'ın Ahlâk Felsefesi**, *İstanbul, İnkılâp Yayınları, 1999, s.50 vd.*

9 Kant'ın *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*'nde çalışmanın bölüm başlıkları yol göstericidir. İlk olarak ele aldığı ahlâka ilişkin sıradan akıl bilgisinden felsefi olana geçişte "iyi niyet" tanımı yapar. Ahlâki değer, sadece edimlerle ifade edilen istemin öznel prensibinde saklıdır. *Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi*'nde ikinci başlık olarak deneyden bağımsız ahlâk ilkelerinin olup olmadığı sorusuna cevap aramıştır. Bu sorunun cevabı için koşullu buyruklar ve kesin buyruklar alanının ayrıştırılması gerekir. Kesin buyruk tanımlanıp ortaya konulur. Buna göre ödev ahlâkı ile evrensel yasaya çevrilebilirlik kesin buyruğun içeriğidir.

10 *Immanuel Kant,* **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, *Çev. İoanna Kuçuradi, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1995, s.9*

Scheler, Kant ahlâkını bir ödev ahlâkı olduğu için formalizm açısından eleştirerek geliştirmek istemiştir. Ünlü kitabı *Formalismus in der Ethik und die Materiale Wertethik*'de[11] bu eleştiriyi vurgular. Scheler dünyaya sevgi ile yönelen, dayanışmacı bir tutumla kendi içine çekilmekten vazgeçerek toplumsal yönü de hesaba katan bir iyi tarifi vermektedir. Hıristiyan dünya görüşü ile bu tutum arasındaki benzerlik ve bazı diğer açılardan N. Hartmann *Ethik*'te Scheler'i eleştirir. Ancak tin'in "ben" inşâsındaki işlevi açısından Hartmann ve Scheler'in görüşleri birbiri ile örtüşür. Her iki düşünürün, özellikle "ben'in inşâ"sı konusunda birbirlerini derinden etkilediğini biliyoruz.

Scheler'in ilk tespitleri tıpkı Kant gibi insanın doğası ile olan zorunluluk ilişkisidir. İnsan hayatı vital ve psikolojik yasalara bağlıdır; buna rağmen insan için dar bir alanda karar verme özgürlüğü yine de vardır. Kişi, tin'in ortaya çıktığı bir edim-odağıdır. Edim, yani akt bir oluştur[12]. Bu oluş (*Vollzug*) içe dönük veya dışa dönük olarak gerçekleşebilir[13]. Ayrıca kişi ne sadece bilme ediminde bulunan, iç – dış algı edimi sahibi ne de salt istenç edimi sahibidir[14].

Kişi, çeşitli tarzlarda özleri olan edimlerin kendisinin de bir özü olan ve her türlü ayrıştırmalardan önce gelen, somut bir varlık-birliğidir[15]. Kişi olmak için sadece insan olmak yetmez, belli bazı özellikler de taşınmalıdır. Örneğin, normal, ergin, kendine ve bedenine egemen, sorumluluk sahibi olmak gerekir. Bunlar ancak otonomi ile kişiliğin bir yüklemi olarak tezahür eder. Otonomi kişinin ahlâksal varlığını gösterir. Ancak yine de iyi ve kötü ahlâksal bir değer olarak otonomiden bağımsızdır. Kant'tan, akıl sahibi özgür ve sorumlu insan tanımını, Scheler'den ise insanın bir edim odağı oluşunu alıyoruz.

Burada belki bir geri gidiş sayılabilecek ama bence "ben'in inşâsı"nda önemli bulduğum Fichte'ye bakmalıyız. J. G. Fichte (1762-1814) Alman idealizminin en önemli temsilcilerindendir. Felsefe alanına olan katkısı kadar yaşadığı dönemdeki aktif politik tutumu ile de ilginç bir şahsiyettir. Fichte'nin Kant ile olan ilişkisi de çok önemlidir. Yaşı Kant'tan küçük olmasına rağmen aynı dönemde felsefe yapmışlar ve tanışıklık kurmuşlarıdır[16]. Fichte romatizm akımı içinde varlık bulmuştur. Almanya Jena'da bir grup genç şair ve düşünürün kendilerine verdikleri ad olarak Romantizm var olana hüzünlü bir bakış olarak değerlendirilebileceği kadar güçlü aydınlanma geleneğinin katı tutumunu

11 *Max Scheler,* **Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik**, *Band 2, 12. Auf, Bern, 1989.*

12 *Scheler,* **Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, s.***390 vd.*

13 *Scheler,* **Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, s.***392.*

14 *Scheler,* **Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, s.***394.*

15 *Bedia Akarsu,* **Kişi Kavramı ve İnsan Olma Sorunu**, *İstanbul, İnkılâp Yayınları, s.34.*

16 *Fichte'nin ünlü "Kritik aller Offenbarung" (Bütünsel Vahyin Kritiği) adlı kitabını farklı biri isimle yazdığında kitap Kant'tan beklenen din felsefesi kitabı sanılmıştır. Kant kitabın kendisine değil Fichte'ye ait olduğunu kamuoyuna şahsen duyurmuştur. Bu büyük bir iltifat olarak anlaşılabilir; ancak aynı zamanda Fichte Kant'a yönelik önemli eleştirilerde de bulunmuştur.*

yumuşatan bir ton olarak da ele alınabilir[17]. Nicolai Hartmann'ın romantizmi kendine özgü bir yaşam tarzı olarak tanımlaması (*Eine Lebensstimmung eigener Art*) bu bağlamda anlamlıdır. Romantizm ahlâk anlayışında Kantçı ödev yaklaşımının yerini kişiliğin, daha doğru ifade ile şahsiyetin aldığını görüyoruz. Şahsiyet olması gereken değil olan bir şey olarak tanımlanır. Romantizmde şahsiyet insanın birlikte var olması ile ilgili yönleri arkadaşlık, dostluk, evlilik, aşk içinde tanımlanmıştır.

Fichte, ister biçim ister içerik olsun bilgilerin benlikten çıktığını söyler. Bu, hiç şüphesiz, sübjektif idealizmdir[18]. Fichte "ben"in töz olduğunu belirtir. Fichte'nin töz anlayışı, kendisinden sonra gelen Alman idealizmi için de önemli bir dönüm noktasıdır. Fichte "ben" kavramını bazen mutlak ve genel anlamda bazen de özel ve sınırlı anlamda ele almıştır. Bu farklılık ciddi anlam kaymalarına yol açmaktadır.

Fichte'ye göre varlık ve epistemolojik açıdan diyalektik süreçte "ben" kavramı şu önemli ayrımları göz önünde tutularak irdelenir:

Tez	**Antitez**	**Sentez**
Das Ich (*Ben*)	Das Nicht-Ich (*Ben Olmayan*)	Obsolutes Ich (*Mutlak Ben*)
Özdeşlik İlkesi	Çelişmezlik İlkesi	Tez-Antitez Birleşimi
Gerçeklik Kategorisi (*Kategorie der Realität*)	Olumsuzlama Kategorisi (*Kategorie der Negation*)	Sınırlama Kategorisi *(Kategorie der Limitation)*

17 Ünlü dergileri "Athenäum"da güçlü eleştiriler yazmışlardır. Amaçlarını Friedrich Schlegel; "*Hayal gücüne çekilen setleri yıkmak, edebi türlerin kesin sınırlarla birbirinden ayrılmasını önlemek, hayatı sanat sayesinde edebileştirmek, kısaca akıla yeniden ve tüm boyutları ile bakmak"tır şeklinde ifade eder* (İki önemli romantik olan Friedrich Schlegel [1845-1767] ile kardeşi Wilhelm Schlegel [1850-1769] çeşitli farklı kültürlere gösterdikleri ilgi ile de edebiyat tarihi açısından önem taşırlar. "Dünya edebiyatı" kavramını şekillendirmişlerdir). *Öncü romantikler, genç romantikler ve jena romantikleri olarak dönemlere de ayrılabilen romantik akım asıl etkisini edebiyatta yaratmıştır. Tabiata, hayal gücüne, duygulara, dehaya akıl dışı alana ve bireyciliğe doğru bir eğilim olarak aydınlanmanın karşı kutbunu oluşturduğu düşünülür. Fransız İhtilali sonrası birçok beklentinin karşılanmamasının yarattığı hayal kırıklığı ve ortaya çıkan baskıcı yönetim bu akımın mecrasıdır. Karakter olarak hassasiyet, gönlü genç olma, hüzün ve huzursuzluk, hayal gücü gibi naif değerlerle tanımlanmışlardır. Duygu, düşünceden üstün tutulur; şiir ve şairane duruş yüceltilir; iç dünya merkezi konudur. Yaşam aşk, duygu durumu kadar ölüm de bir romantizm konusu olarak ilgi çekicidir (***Johann Gottlieb Fichte, "Von der physischen Möglichkeit einer Offenbarung" "***www.zeno.org/nid/20009167013 *[11.06.2012]).*

18 *Schelling, Fichte'nin idealizmini "özne" temelli olduğu için eleştirir; o, öznenin oluşumunu doğaya bağlar. Bu nedenle onun idealizmi realist idealizm olarak adlandırılır. Hegel bu düşünceyi bir adım daha ileri götürerek düşünce ile varlığın birliğini belirtir. Aklın farklı şekillenimleri olarak düşünce ve varlık birbirini besler. Duyumlar insanı oyalar, gerçeğe ulaştırmaz (Güçlü Ateşoğlu, "Fichte'nin Wissenschaftslehre Eseri Üzerine",* **Felsefe Tartışmaları**, *S.3, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2004, s.34).*

İnsanın ahlâki varlık oluşundan yola çıkılmalıdır. Varlık olarak "ben" teorik, iradi ve pratik olarak kendini gösterir. "Ben"in ilk işlevi kendini anlaması yani kendi olandan, kendi olmayanı ayırabilmesidir. "Ben" aynı zamanda bir "tez"dir. Yani bir fikir olarak tanıyan bilen bir nesne olarak "ben" olmayanı" (*Nicht-Ich*) bilir. "Ben" olan dışındaki her şey aynı zamanda bir sınırlamadır. "Ben" olma bir faaliyette bulunmadır. Amaç "ben" ile "ben olamayan" arasındaki senteze yani "mutlak ben"e ulaşmadır. Fichte'de "ben"in mahiyeti faaliyettir yani eksiksiz bilgi, kusursuz ahlâk ve sonsuzda yer almadır[19]. Böylece Fichte'nin yaşamın amacının, ahlâki özgürlüğü gerçekleştirmek uğrunda durmadan çalışmak olarak tanımladığını görüyoruz[20].

B. Bir Göçebe Olarak "Ben": "Ben"in Yıkımı

Hegel *Tinin Fenomenolojisi*'nde her şeyin zaman içinde kendisinden farklılaşıp ötekine dönüştüğünü, başka bir söyleyişle, her şeyin ötekisini kendi içinde barındırdığını ve oluş süreci içinde ötekinin dışsallaşarak öznenin kendisine dönüşeceğini belirtiyor. Bu, Kant'ın "ben"in kendisini özne olarak kategorik emperatifle tarifi ve kendi oluşundan sorumluluğu düşüncesinin reddidir. Biri spekülatif idealizm, diğeri ise transandantal idealizmdir. İşte bu iki farklı tespitin tam orta noktasına koyabileceğimiz Schelling kendinde şey'i aşkın olmayan bir dışarı ile içkin olmayan bir içeri arasında tanımlar. Belki de transandantal materyalizm isimlendirmesini verebileceğimiz bu tutum aklın doğa tarafından oluşturulduğunu fakat aynı aklın aynı zamanda doğayı oluşturduğunu belirtmektir[21].

Gerçeklik, temelde insan ruhuna benzeyen canlı bir süreçtir. Sırf bu nedenle bile doğa sadece iradeye karşı koyan ölü, mekanik bir düzen değildir. Biz doğayı anlayabiliriz; çünkü, doğanın bizimle yakınlığı vardır. Bilinçsizlikten bilince doğru gelişen ve nihai amacı, insanın kendi kendisini bütün boyutlarıyla kavradığı amaçlı bir varlıktır. Sorunsuz bir dünyada felsefeye de gerek yoktur. İnsan dış dünya ile çelişkiye girdiğinde felsefeye de adım atılmış olur. Schelling'in bu problematik tutumu modern-modern olmayan ayrımına ilişkin tespiti ile de bugünkü sorunlar açısından önemli birçok ipucuna işaret etmektedir[22].

19 *Güçlü Ateşoğlu,* **Alman İdealizmi I – Fichte***, Ed. Eyüp Ali Kılıçaslan, Güçlü Ateşoğlu, Ankara, Doğu-Batı Yayınları, 2006, s.112.*

20 Aynı şekilde diğer önemli bir Romantik Schelling ilgisini "kutupluluk" (*polarität*) kavramına yöneltmiştir. Beden-ruh, özgürlük-zorunluluk, ideal olan-gerçeklik gibi kavramlarla bir sisteme, bir senteze nasıl ulaşılabileceği üzerinde düşünüyordu. Romantiklerin sorunu algılama biçimi Kant idealizmi ile Spinoza'nın realizmini bir arada kullanarak bir senteze ulaşabilmektir. Çünkü insan ben bilincine ulaştığı ölçüde evrenin bir varlığı olduğuna da bilinçlenir. Bu bağlamda en yüksek ahlâki amaca tabiat ile ruhun gerçek ile idealin birliğine yönelmesidir.

21 *Devin Zane Shaw,* **Freedom and Nature in Schelling's Philosophy of Art***, New York, Continuum Studies in Philosophy, 2010, s.27 vd.*

22 *Ömer Naci Soykan,* **Schelling: Yaşamı, Felsefesi, Yapıtları***, İstanbul, MVT Yayınları, 2006, s.17.*

Ovidius'un metaforu ile insanın biçiminin evrenin bir resmi olduğunu tekrarlar.

"*Os homini sublime dedit, caelumque tueri,*

Jussit, et erectos ad sidera tollere vultus"

"Tanrı insana yukarıya da çevirebileceği bir yüz verdi

Dik dursun ve başını göklere de yükseltsin diye"

İnsan, başını göğe çevirdiğinde de kendi vicdanını görecektir. Bilmeyi istemektedir. Schelling de bilgelik istemi olan şeyin Nietzsche'de üst-insan ve güç istemine dönüştüğünü görüyoruz. Oysa Schelling bilgelik istemini doğruluk, iyilik ve estetik değer olan güzelliğin birliğini anlamak için talep etmiştir.

Nietzsche, *Ecce Homo*"nun ilk alt başlığı olarak "kişi nasıl kendisi olur?" sorusunu yöneltmiştir. Soru önemlidir ve güçlükler arzeder. Büyük bir içsel mücadele ile kişi kendini inşâ edecektir. Batı'nın kurucu ve güçlü sesi olarak Sokratik düşünce ile başlatılacak evk renselci anlayışa karşı bir muhalif ses olarak Nietzsche farklılıkları aynılıklar içinde eriten ve köle ruhları yarattığını belirttiği bu tutumu reddeder. Nietzsche yerleşik değerleri yıkar; onun amacı değerlerin yeniden değerlendirilmesidir. Kişinin kendisini başkasının bakış açısından değerlendirmesinin yanlışlığını vurgular ve kişiyi kendi ile ölçer. Nietzsche'de kişi kendini tanımlamak için ne düşmana ne de dışsal bir referansa ihtiyaç duyar. Ne evrenselleştirici ne de özcü ahlâk anlayışları onun arayışı için cevap oluşturamaz.

Ahlâkın Soykütüğü'nün önsözünde kendisinin ahlâkın kökeni konusunda hipotezler kurk mak gibi bir gayreti olmadığını ve ilgisini ahlâkın değeri konusuna yönelttiğini söyleyerek sorunun odağını değiştirmiştir.

Modern rasyonel düşünce insanın ve tarihin anlamlı olduğu, akıl aracılığıyla adil bir dünyanın kurulabileceği inancı Nietzsche ile esaslı bir darbe almıştır. Çünkü Nietzsche, insanın içinde bulunduğu durumun, saçma, bölünmüş ve kötücül olduğuna ilişkin güçlü argümanlar sunar. Sonuç, hayal kırıklığıdır. İkinci dünya savaşı ve "kötülük" de bu hayal kırıklığına tuz biber ekmiştir. Sonuç, özne merkezli rasyonel dünya anlayışlarının yıkılmasıdır. Özne, Deleuze'ün dediği gibi, "yaşadığı yerde göçebe", köksüz ve mutsuz bir modern zaman sürgünüdür. Nietzsche'nin akademik felsefe üslubunu yerle bir eden tutumu, tartışmasız cevabının verildiği sanılan tüm soruları, bilinmeyen alanına taşıyarak yeniden sorgulama gereksinimi doğurmuştur. "Göçebe"ye tutunacak bir kurtarılmış alan da bırakılmamıştır.

Teodise (kötülük problemi) Nietzsche ile sorun olmaktan çıkmış, daha büyük bir sorun olan "insan nedir" sorusuna eklemlenmiştir. Nietzsche'nin meydan okuması Nietzsche ile birlikte insanın Tanrı ile olan diyalektik ilişkisinin kesilmesi, yani Tanrı'nın ölümü ile insan hiçlikle yüz yüze kalmaktadır. Aydınlanma düşüncesinin tehlikeli bir illüzyon olduğuna ilişkin kabul hiç şüphesiz umutsuz bir tasvirdir. Bir başka umutsuzluk odağı ise hınç ve ahlâki tutum alma ile ilgilidir. Scheler Nietzsche'den ödünç aldığı hınç (*resentinment*)

kavramı ile ahlâki tasavvuru ters yüz etmiştir. Hınç, çileci ahlâkı doğurmuştur. Nietzsche'nin sorunu, insan olmanın ne anlama geldiğine ilişkindir. Nietzsche de "ahlâk"ı, "yanılşam" fenomenlerinin ortaya çıktığı tahakküm ilişkilerinin öğretisi olarak tanımlayarak işi daha da yokuşa sürmüştür.

Nietzsche, Kant'ın dünyaya ilişkin deneyimlerimizi anlaşılır ve hesaplanabilir kılma amacıyla dünyaya kategoriler aracılığıyla anlayabildiğimize ilişkin kabulünü, sahip olunan kavram ve yargıların "hakikate" ulaşmamızı sağlayacağı bilgisini tümü ile reddeder[23]. Hakikat, bulunacak ya da keşfedilecek bir şey değildir. Çünkü hakikat "yaratılması gereken ve bir sürecin ismi olabilecek" şeydir. Hakikat iktidar istencinin dile gelmiş hâlidir. Bu tasvir Kant'ın *sentetik a priori* önermelere ilişkin olasılığı sorguladığı noktaya denk düşer. Nietzsche rasyonel akıl yürütmenin yerine psikolojik bir soru öneriyor: Böyle yargılara neden inanmak zorunda olalım?

C. "Ben"in Yeniden İnşâsı

Etik, Yunancada iyi bir varoluş tarzı anlamında kullanılırdı. Yani pratik varoluşu anlatır. Bu nedenle etiğe uygun davranan kendi sorumluluğunda olanlarla olmayanları ayırt edebilen, iradesini kendi sorumluluklarıyla sınırlayan, geri kalan şeylere de etkilenmeksizin tahammül eden kişidir. Kant'a kadar böyle süren durum, Kant ile birlikle teorik akıldan ayrı pratik akılla eş anlamlı kullanılmıştır.

Tekrar Kant'a dönersek, Kant'ın etiğini "yargılama etiği" olarak isimlendirebiliriz. Günümüzde etik, "olup bitenlerle" nasıl ilişki kurduğumuzu belirler. Bu belirlenimler tarihsel akış içinde insan hakları etiği, teknik bazı durumlarda biyo-etik vb. isimleri alır. Şimdi artık, çok sayıda kuruma dönüşmüş etik tasarım alanlarının varlığı, bizi daha ahlâklı mı kılıyor sorusu da sorulabilir. Nihayetinde ulusal etik komisyonları, meslek etiği kuralları, uluslararası insan hakları etiği gibi isimlendirmeler konunun dallanıp budaklandığını açıkça göstermektedir[24].

Badiou bu karmaşadan çıkış için, etik kavramını yeniden tanımlayarak vicdan sahibi muhafazakârlığın yerine çoğul hakikatlerle ilgili hâle getirmeyi önermiştir. Bu, satışa çıkarılan insan hakları etiği anlayışından bambaşka bir şeydir[25].

Demek ki, yeni şartları göz önünde tutarak değerlerle ilişkisini kurmada özneye yeni bir yol açma ihtiyacı vardır.

II. Dividual

Benlik, kendi için iyi olduğunu saptadığı şeye kendini nasıl bağlar? Ana sorun budur. Adalet, görev, yükümlülük gibi alanların hepsindeki gerçekleştirme bu sorunun cevabına bağlanabilir. Bu tespitleri "etik deneyim" başlığı altında ele alabiliriz.

23 *Keith Ansell-Pearson,* **Kusursuz Nihilist**, *Çev. Cem Soydemir, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2011, s.34.*

24 *Alain Badiou,* **Etik: Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme**, *Çev. Tuncay Birkan, 2. bs, İstanbul, Metis Yayınları, 2006, s.18.*

25 *Badiou,* **Etik: Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme**, *s.19.*

Etik deneyim "ben'in inşâsı" ile ortaya çıkan olanaklarca ortaya konulabilir. Bu bölümün başlığı olarak belirlenen *dividual* aslında Critchley'nin *individual* terimini bozarak oluşturduğu bir terimdir. Bölünmüş, yarılmış bağlantılı parçalar anlamının yarattığı metaforu ben de çok beğeniyorum.

Bölünmüş olarak "ben", etiğin talebi ile bu talebi karşılama güçlükleri içinde bulunan bireyi anlatmaktadır[26]. Etiğin öznesi olarak "ben" içselleştirilmiş olan değere ve bu değerin yarattığı sadakat duygusu ile yaşam koşulları arasındaki gerilime yönelmedir.

Bireyin içindeki bölünmüşlük gibi "öteki ben"lerle ilişkisi açısından bölünmüşlük sorunludur.

"Etik deneyim" "ben"in kurucu özelliğini gösteren bir faaliyettir. Bu nedenle etik talep ile epistemik bir durum birbirinden farklıdır. Örneğin, "Komşunu kendin gibi seveceksin" etik ifadesi ile "şu anda oturuyorum ve yazıyorum" ifadesi neden farklıdır. Her iki eyleme hâli de "ben" alanındadır. Ancak değer açısından ahlâki bildirimler aynı zamanda güçlü bir onaylama veya onaylamama tutumu bildirir[27].

Bu onaylama veya reddediş kişiyi eyleme geçmeye yönelten varoluşsal bir durum yaratır. Talebin içeriğini şu anda tartışma dışı bırakıp, "talep edilen şeyin" onaylanıp onaylanmamasıyla ilgileneceğiz. Talebin içeriği çeşitli biçimlerde doldurulabilir.

Onay taleplerinin bir listesi yapılabilir:

- Dindeki talepler,
- Platon'un varlık öğretisindeki iyisi,
- Bentham'daki en fazla sayıdaki kişinin mutluluğu,
- Kant'daki ahlâk yasası,
- Rousseau'daki kişinin insan kardeşlerinin ıstırabı karşısındaki merhameti veya vurdumduymazlığı[28].

Bu örnekler çoğaltılabilir; buradaki belirlenimler aşağı yukarı genel etik talepleri karşılayacağı düşünülen ana başlıkları içeriyor. Bu konumların her biri benliğin onay verdiği bir talebin ifadesidir. Etik deneyim benimsenen bu taleplerden birinin iyi bulunması ve öznenin kendini o iyiye bağlamasıdır. Acaba hangisi önce gelmektedir; talep mi, onay mı? İlk bakışta talebin önce geleceği düşünülmektedir. Çünkü mantıksal olarak talep yoksa onaya da gerek yoktur[29].

Talep sadece onu onaylayan benlik tarafından talep olarak görülür. Burada etik dene-

26 *Simon Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *Çev. Tuncay Birkan, İstanbul, Metis Yayınları, 2009, s.20.*

27 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.25.*

28 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.27.*

29 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.28.*

yimin döngüselliğine gitmek gerekir. İki süreç birbirini izlemekte ve birbirini doğurmaktadır[30]. Bu durumda etik özneyi, kendini, kendi iyisinin talebini onaylayarak bağlayan bir benlik olarak tanımlamak gerekir.

Etik deneyim, kendi iyisinin onaylanmış talebine meyleden bir etik özneyi gerektirir. Etiğin temelinde onaylanmış bir talep deneyimi, etik öznelliğimi şekillendiren ve eyleme geçme motivasyonumun kaynağı olan varoluşsal bir tespit olmak zorundadır[31].

Rasyonel olarak haklı gösterilebilecek ahlâki inançlar ile bu inançlardan çıkarak eyleme geçmeyi motive eden arzular arasında bir çelişki var mıdır? Ahlâki saygının nesnelliği ile uygulanabilirliği "ben"i zıt yönlere çekiyorsa bu tutarsızlık nasıl giderilebilir?[32]

Kant'a göre, düşünerek onaylama ahlâkın ta kendisidir. Yani eylemin amacı ya da normlarını kabul veya reddetmeden önce eleştirel değerlendirilmesi yapılmalıdır. İnsanlar pratik hayatlarını yönlendiren normları, her zaman tikel ve olumsal bir mahiyette akıl aracılığıyla seçmelidir. Bu akli seçim zorunlu olarak bütün insanlar için bir seçimdir. Böylece etik özerklik evrenselliği getirir. Dayanak alıp meşru bir biçimde eyleme geçebileceğim tek norm, tutarlı biçimde evrensel birer yasa olarak isteyebileceğimdir. Böylece Kant'ın kategorik emperatifi uygulanma olanağı bulur.

Talep olarak ya da onay olarak etik eylem "öteki ben" ile ilişkidir. Bunun anlamı bazen simetrik (eşitler arası) bazen asimetrik (talep veya onayın karşılıklı gelmemesiyle ilgili) olabilir[33]. Bu noktada Levinas'ın açılımı önem taşıyor. Levinas, varlığın ötesine geçme özlemini dile getirir. Etik, öteki ile ilişkidir; dolaysız ve asimetriktir. Özne öteki ile ilişkisi aracılığıyla kendisine, dolayısıyla, varlığa kilitlenmiş olan durumundan kurtulabilir.

Levinas'a göre başkasıyla ilişkinin asimetrik olmasının nedeni, onayın talep karşısındaki yetersizliğidir[34]. Kişi ile öteki arasındaki ilişki, ancak o ilişkinin dışında duran tarafsız bir üçüncü şahıs tarafından bakıldığında, bir eşitlik, simetri ve karşılıklılık ilişkisi olarak görülebilir. Kişi, ilişkinin içinde olduğu zaman öteki kişinin eşiti değildir. Çünkü onun karşısındaki sorumluluğu sonsuzdur![35]

Öteki ile ilişki uysal bir hayırseverlik veya merhametle örülü bir saygı çerçevesinden çok, sırf ilişkiye girmiş olmanın verdiği ağır sorumluluk nedeniyle takıntılı bir deneyim olarak Levinas tarafından tanımlanmıştır[36]. Yani kişi ötekinin rehinesidir. Bu bir travma

30 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.29.*

31 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.33.*

32 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.35-36.*

33 *Özcan Gözal,* **Varlıktan Başka-Levinas'ın Metafiziğine Giriş**, *İstanbul, İthaki Yayınları, 2009; Emmanuel Levinas,* **Totality and Infinity: An Essay on Exteriority**, *Çev. Alfonso Lingis, Boston, Kulwer Academic Publications, 1991, s.121; Emmanuel Levinas, "Etik ve Sonsuz: Yüz", Çev. Ahmet Soysal,* **Cogito**, *S.4, Bahar 1999, s.300.*

34 *Levinas,* **Totality and Infinity: An Essay on Exteriority**, *s.129.*

35 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.67-70.*

36 *Levinas,* **Totality and Infinity: An Essay on Exteriority**, *s.19.*

doğurur. Bu travma, Levinas'ta teorik bir sorun değil; dehşetin anısıyla başa çıkmanın bir yoludur. Etik talebin travmatik bir talep olması, öznenin dışında gelmesi ama yine de izlerini öznede bırakması, içerinin içerisini aslında dışarı kılar[37]. Bunun anlamı etik öznenin içindeki dıştan gelen ancak travma yaratan bir talebin onaylanmasıdır. Etiğin öznesi böylece yarılmış olur[38].

Dividual "ben"in kendi içinde ve öteki ile ilişkide yaşadığı, olurken oluşan insanın hem trajedisi hem de imkânıdır. Her zaman ek bir gayret, her zaman yeniden başlama imkânı ve her zaman kendini gerçekleştirme olanağını tüm umutsuzluklara rağmen bir çıkar yol olarak sunar. Nihayetinde insanlık durumu, insanlık sorunudur. Daha ileri götürdüğümüzde her bir insanın tek tek hem kendine hem de ötekine (en geniş anlamıyla) karşı olan sorumluluğudur.

Sonuç Yerine

"Ben inşâsı"nda "insanın" bilginin konusu olmayla yetinilmemesi dünya ve değer bilincinde bir tin olarak kendini aşması yani ontik bağımsızlığına ulaşması ile mümkün olabilir[39]. Yani kendi hakkındaki bilgiyi "dünya bilinci", "ben bilinci", "değer bilinci" ve tüm bunları ölçmede kullanabileceği özgürlüğü olarak "kendini belirleme" niteliklerini zorunlu kılar.

İnsan tin'i, kendini bilmek ve kendine egemen olmakla, bizzat kendini kavrayıp, kendini belirlemekle kendine sahip olur. Böylece bir "kişi" de olur.

Aral, bu çalışmada "ben inşâ"sı olarak saptadığımız sorunu insanın gerçekleşmesi olarak isimlendirmiştir[40]. İnsanı insan yapan, onun bütün doğa varlıklarından ayrı, bambaşka bir oluş olarak nesnelliğini de sağlayan, tinsel yönüdür[41]. Tin'in yapı taşı ise değerdir: Değerler tin'de bulunur. Değerin gerçeklik alanına geçişinde bireyin bilme durumu ön-koşuldur. Bilme olarak bilinç, yaşantıların doğrudan canlandırılması, fark edilmesidir. Değerin bilincine varmak onu duyumsamaktır[42]. Değerler duyguyla kavranır. Burada sözü edilen duygu, teorik yanımızla yani akıl ile birlikte tinsel yanı oluşturur. Duygu ve aklın oluşturduğu tinsel yapı herkeste aynıdır. Derin duygu insanı yaşama bağlayan tek olanaktır. Değerin bir yaşantı hâline gelerek nesnelleşmesi değer gerçekleşmesidir. Değer yaşantısıs nın nesnelleştirilmesi kişiyi sorumlu hâle de getirir. Bu sorumluluk bireyin kendi varlığını gerçekleştirme sorumluluğudur[43].

Kant'da akıl sahibi özgür ve sorumlu insan, Scheler'de bir edim odağı olarak insan, "ben"in aynı zamanda bir töz oluşu ile de Fichte bize yol gösteriyor. Bu bağlamda "ben"

37 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.70-71.*

38 *Critchley,* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *s.72.*

39 *Vecdi Aral,* **Toplum ve Adaletli Yaşam**, *İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988, s.69 vd.*

40 *Vecdi Aral,* **Tek ve Bağımsız Hukuk**, *İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012, s.44 vd.*

41 *Vecdi Aral,* İnsan ve Mutlu Yaşam, *İstanbul, Der Yayınları, 1998, s.78.*

42 *Aral,* **Tek ve Bağımsız Hukuk**, *s.45.*

43 *Aral,* **Tek ve Bağımsız Hukuk**, *s.48 vd.*

bazen mutlak ve genel, bazen de özel ve sınırlı bir anlamda şekillenir. Ancak "ben", "ben olmayan" ile "mutlak ben" arasındadır. Bunun anlamını insanın ahlâki varlık oluşuna bağlarız. Varlık olarak "ben" teorik, iradi ve pratik olarak kendini gösterir. Bu bağlamda "ben"in ilk önemli işlevi, kendi olandan kendi olmayanı ayırabilmesidir. "Ben" olma, tıpkı Scheler'de olduğu gibi bir edimde bulunmadır. Fichte'nin bu tespitle yaşamın amacının ahlâki özgürlükleri gerçekleştirmek uğrunda çalışma olarak tanımlaması ontolojik duruşu da göstermektedir. Birbirini destekler nitelikteki bu argümanlar ile tarihsel, bütünlüklü ve rasyonel "ben inşâ"sı karşısında güçlü başka bir düşünüş henüz bazı sorunların çözülememiş olduğunu göstermektedir. Burada "ben inşâ"sı değil, savrulmuş, göçebe "ben"in bir yıkımı konu edilmektedir. Aslında iki uç düşünüş arasında yer alan Schelling'in "aşkın olmayan bir dışarı ile içkin olmayan bir içeri"den söz eden tespiti bir durup soluklanma anıdır. Sorun varsa felsefe de var olacaktır. Felsefe yapmak ise arkası kesilmeyen bir şekilde kendini-görmedir.

Göçebelik hâli açısından "ben"in yıkımında Nietzsche, ahlâkın kökenini değil ahlâki davranışın değerini araştırmayı tercih etmiştir. Öncelikle Nietzsche "anlam" yıkar. Hakikat keşfedilmez; olsa olsa iktidarın talepleri hakikat olarak sunulur, yani dayatılır. Ama neden? Bu sorunun cevabı rasyonel olarak verilemez. Psikolojik olana gidilebilir. Bize hakikat olarak dayatılana neden inanmak zorunda olalım?

Bu noktada Nietzsche haklıdır; yapıp ettiklerimizin büyük kısmı utanç vericidir. İnsan iki yüzlülük yapmaktadır; vicdanı körelmiş, duyarsızlaşmıştır. Kendine benzeyenler ya da daha doğrusu kendinden başkasını düşünmez bir hâl almıştır. Buna rağmen durmadan etik hakkında konuşmaktadır. Etik kurumsallaşmıştır, üstelik etik kurulları, dernekler, meslek odaları çerçevesinde zapturapt altına alınmıştır. Yani konu dallanıp budaklanmıştır. Yasalara bağlanmış, çürümeye terk edilmiştir. Unutulmasın ki, bu tespitleri yapan da "insan"dır. Farkındalık başlama enerjisi verecektir. Bu nedenle *dividual* olarak insan yani etik talep ile bu talebi yerine getirme güçlükleri içindeki insan yine de bu savaştan kaçınamaz. Zira, "insan oluşu"nu bu savaşı vermeye bağlamıştır.

İnsan ahlâki öğrenmenin nesnesi değil, öznesidir. Çünkü insan, otonom bir birey olarak kendi ahlâkının yaratıcısıdır. İnsanın varlığının çok boyutluluğu ve ayrıca bir mikrokosmos olarak tarif edilebilmesi bir yandan onun varlık olarak organik yaşamla birliğini, bunun dışında ve ötesinde tinsel yanının varlığını gösterir.

Ne var ki, insan tinsel gözü ile gördüklerinin gereğini her zaman yerine getiremeyebilir, bu konuda bir çok kusuru olur. Fakat işte bu "kusur bilinci"dir ki, onun özgürlüğünün ve ahlâki kişiliğinin bilincine kavuşturur ve yine bu yüzdendir ki, kusur taşıyıcısı bir varlık olarak onun kişiliğinde insanlığın onur ve kutsallığını onamak gerekir. Ve yine bu nedenledir ki, evrende var olan her şeyin bir araç olarak kullanılabilmesine karşın, yalnızca insan akıl ve vicdan sahibi varlık, hiçbir zaman hiçbir amaca sırf araç olarak kullanılamaz; o, kendi başına bir amaçtır[44].

44 Aral, **Tek ve Bağımsız Hukuk**, *s.v.*

İnsan sorununun felsefenin sadece temel sorunu olmayıp aynı zamanda en karanlık sorunu olduğu tespiti çok yerindedir[45]. "İnsan", insan varlığının kendine özgü yapısını temellendirir: İnsanın varlığı, onun niteliği, bize birleşik bir görünüm sunmaktadır.

Bu noktada artık geri dönülmez bir biçimde kabul gören insan onuru, eşitlik ve özgürlük insanın tarifine dâhildir. Demokratik kişiliğin yaratımı için birey düzeyinde birlikte var olmada da, toplum düzeyinde de bu değerler var edilmelidir; edilmek zorundadır. Kişinin otonom birey olabilmesi için gelişiminin desteklenmesi, örnekleri işleyebilme imkânı, güvenli ama çok abartılmamış bir toplumsal düzen ile iletişim kurabilme imkânlarının bağk lanmış olması da gerekir.

Kişinin kendi hâleti ruhiyesinden başlayan ilgisi çevresi, ülkesi, insanlık ve evrene doğru genişleyebilme olanaklarını içermelidir. Bu insanı gerçekte olduğu "güzel varlık" düzeyine çıkaracaktır.

Sonuç olarak, ahlaki değerlerin taşıyıcısı ve gerçekleştiricisi olarak insan, önce içindeki sevgi değeri ile kendini gerçekleştirir. Sonra geniş anlamda çevresinden başlayarak şefkat ve merhametle kendini kuşatanların da var olmasına yardımcı olur. Bu tutumu ile onurlu bir varlık olarak kabul edilmeyi isteme hakkının da sahibidir[46].

KAYNAKÇA

- *Akarsu, Bedia:* **Immanuel Kant'ın Ahlâk Felsefesi**, *İstanbul, İnkılâp Yayınları, 1999.*
- *Akarsu, Bedia:* **Kişi Kavramı ve İnsan Olma Sorunu**, *İstanbul, İnkılâp Yayınları, 1998.*
- *Ansell-Pearson, Keith:* **Kusursuz Nihilist**, *Çev. Cem Soydemir, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2011.*
- *Aral, Vecdi:* **İnsan ve Mutlu Yaşam,** *İstanbul, Der Yayınları, 1998.*
- *Aral, Vecdi:* **Tek ve Bağımsız Hukuk**, *İstanbul, Beta Yayıncılık, 2012.*
- *Aral, Vecdi:* **Toplum ve Adaletli Yaşam**, *İstanbul, Filiz Kitabevi, 1988.*
- *Ateşoğlu, Güçlü:* **Alman İdealizmi I – Fichte**, *Ed. Eyüp Ali Kılıçaslan, Güçlü Ateşoğlu, Ankara, Doğu-Batı Yayınları, 2006.*
- *Ateşoğlu, Güçlü: "Fichte'nin Wissenschaftslehre Eseri Üzerine"*, **Felsefe Tartışmaları**, *S.3, İstanbul, Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, 2004, s.25-46.*
- *Badiou, Alain:* **Etik: Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme**, *Çev. Tuncay Birkan, 2. bs, İstanbul, Metis Yayınları, 2006.*

45 Aral, **Tek ve Bağımsız Hukuk**, *s.39.*

46 Aral, **Tek ve Bağımsız Hukuk**, *s.51.*

- *Critchley, Simon:* **Sonsuz Talep: Bağlanma Etiği, Direniş Siyaseti**, *Çev. Tuncay Birkan, İstanbul, Metis Yayınları, 2009.*
- *Fichte, Johann Gottlieb: "Von der physischen Möglichkeit einer Offenbarung" "www.zeno.org/nid/20009167013 [11.06.2012]*
- *Gözal, Özkan:* **Varlıktan Başka-Levinas'ın Metafiziğine Giriş**, *İstanbul, İthaki Yayınları, 2009.*
- *Işıktaç, Yasemin:* **Hukuk Felsefesi**, *2. bs, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2006.*
- *Kant, Immanuel:* **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, *Çev. İoanna Kuçuradi, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, 1995.*
- *Levinas, Emmanuel: "Etik ve Sonsuz: Yüz", Çev. Ahmet Soysal,* **Cogito**, *S.4, Bahar 1999, s.300-302.*
- *Levinas, Emmanuel:* **Totality and Infinity: An Essay on Exteriority**, *Çev. Alfonso Lingis, Boston, Kulwer Academic Publications, 1991.*
- *Mengüşoğlu, Takiyettin:* **Kant ve Scheler'de İnsan Problemi: Felsefi Antropoloji İçin Kritik Bir Hazırlık**, *2. bs, İstanbul, İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Yayınları, 1969.*
- *Scheler, Max:* **Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik**, *Band 2, 12. Auf, Bern, 1989.*
- *Shaw, Devin Zane:* **Freedom and Nature in Schelling's Philosophy of Art**, *New York, Continuum Studies in Philosophy, 2010.*
- *Soykan, Ömer Naci:* **Schelling: Yaşamı, Felsefesi, Yapıtları**, *İstanbul, MVT Yayınları, 2006.*

PERELMAN'IN YENİ RETORİK'İNDE EVRENSEL DİNLEYİCİ KİTLESİNİN ROLÜ

Meriç Seyhan KARACA[1]

Bu bildirinin konusu Aristoteles'in en büyük varislerinden biri addedilen[2] ve 20. yüzyılın en önemli retorikçilerinden kabul edilen Chaïm Perelman'ın argümantasyon teorisinin önemli bir kısmını teşkil eden "evrensel dinleyici kitlesi" kavramıdır.

Öncelikle Perelman'ın ve teorisinin neden önemli olduğuna değinmek faydalı olacaktır. Her ne kadar kariyerinin başlarında yaptığı çalışmalarda mantıkî pozitivizmin etkileri görülse de sonrasında, yaşadığı devrin koşullarının da etkisi ile, insan ilişkilerinde seçimlerimizi etkileyen değerlerin ve bunlara bağlı çıkarımların formel mantık kuralları ile açıklanamayacağını fark eder.[3] Bu noktada değerler üzerine yapılan bütün felsefî tartışmaların gerçekten mantıkî temelden yoksun ve akılla ilgisiz olup olmadığını sorgular ve değer yargıları için rasyonel bir standart arar. Bu öyle bir standart olmalıdır ki hayatın pratik işleyişine uymalı; hukuk, politika, felsefe gibi empirik kanıtların işlevsiz kaldığı alanlarda, analitik muhakemenin doğa bilimlerinde gördüğü işlevi görmelidir. Kendi ifadesi ile başlangıçta 20. yüzyılda yaşayan her *honnête homme*[4] gibi retorikle ilgisiz olan Perelman araştırma sürecinde retorik ve diyalektik üzerine klasik çalışmaları yeniden keşfeder. Ebedî ve değişmez aklın tarihî ve sosyal koşulları açıklamakta yetersiz kaldığını gören Perelman bilginin şekillenmesinde retoriğin aslî rolünü fark eder. Aristoteles gibi diyalektik ve retoriğin bir bütünün ayrılmaz parçaları olduğunu düşünen Perelman diriltmeye çalıştığı disipline ilkin diyalektik mi yoksa retorik mi demesi gerektiğini düşünür. Hem diyalektik kavramının uzun süredir Hegel ve Marx konseptinde algılanıyor olması hem de retoriğin geleneksel tanımı itibarıyla dinleyici kitlesi ile ilgili olması nedeni ile retorikte karar kılar.[5] Nihayet, kapsamlı bir argümantasyon teorisi ortaya koyduğu Yeni Retorik: Argümantasyon Üzerine isimli eserini yazar.

Bütün retorik teorisyenleri gibi Perelman da retoriğin merkezinde dinleyici kitlesinin bulunduğunu düşünür. Ancak Perelman ve Olbrechts-Tyteca'nın öncüllerinden

1 *Avukat, Uludağ Üniversitesi SBE Kamu Hukuku ABD Yükseklisans Öğrencisi*

2 *Alan G. Gross, Ray D. Dearin, Chaïm Perelman, State University of New York Press, Albany, 2003, s. ix*

3 *Ibid., s.2. Ayrıca bkz. Mieczyslaw Maneli, Perelman's New Rhetoric as Philosophy and Methodology For The Next Century, Cluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994*

4 *Birebir tercüme edildiğinde "dürüst adam" olarak ifade edilebilen bu kavram kısaca onurlu ve saygıdeğer orta sınıf vatandaş olarak tanımlanabilir ("honnête homme", Merrim-aWebster Dictionary,* http://www.merriam-webster.com/dictionary/honn%C3%AAte%20homme*, 05.01.2014)*

5 *Gross, Dearin, op. cit., s. 5 vd.*

farkı, retorik dinleyici kitlesine ilişkin kapsamlı, bütünlüklü bir teori oluşturmalarıdır.[6]

Perelman'a göre "argümantasyon, hitap ettiği kişilerin bağlılığını temin etmeyi amaçlar ve dolayısıyla kendi bütünlüğü içinde, etkilemek istediği kitle ile ilişkilidir."[7] Dolayısıyla bir argümantasyon her şeyden önce gerçek veya muhayyel muhataplarının onayını almayı amaçlar ve muhatapları ile etkileşimde şekillenir. Bir konuşma işiteni önceki halinde bırakmadığı gibi muhatap da bir konuşmayı önceki halinde bırakmaz.[8] Hatip konuşmasının başında ve konuşması süresince yöneldiği kitlenin bağlılığını sağlamak için anılan kitle ile paylaştığını düşündüğü olgu veya değerleri temel alır, konuşmasına buna göre yön verir. Bu hususta Perelman Gracian'ın benzetmesini ödünç alır: "Konuşma bir ziyafet gibidir; konukları memnun etmek için yapılır, aşçıları değil."[9] Diğer bir deyişle esasında; hatibin geçerli addettiklerinden ziyade, dinleyici kitlesi için geçerli olduğunu düşündüğü olgu ve değerler argümantasyona yapısını kazandırır.

Perelman bütün retorik dinleyici kitlelerinin kurgusal olduğunu söyler. Elbette gerçek kitleler vardır, elbette teori gerçek bir probleme ilişkindir ancak Perelman'a göre bu yöndeki bir çalışma deneysel psikolojinin alanına girer. Perelman'ın amacı meseleyi farklı bir şekilde işlemek, farklı argümantatif yapıları tanımlayarak pratik sorunları önceleyen bir analiz yapmaktır.[10] Sonuç olarak; temel ilke, bütün retorik dinleyici kitlelerinin konuşmacı tarafından inşa edilmiş olması gerekliliğidir.

Perelman, "belirli" ve "evrensel" olmak üzere iki tür dinleyici kitlesi tanımı yapar. İlkinde konuşmacı değerler alanında dönüşüm ve onay talep ederken ikincisinde olgu, gerçeklik ve karine alanlarında dönüştürmeyi yahut onayı amaçlar. Olgu, gerçeklik ve karine, reel addettiğimiz şeyleri teşkil eder. Dünyanın bir gezegen olması olgu, her etkinin eşit ve karşıt bir tepkisinin olduğu Newton fiziğinin bir gerçekliği ve bir eylemin niteliğinin insanın niteliğini ortaya koyuyor olması bir karinedir. Perelman'a göre bu kavramların hepsi (tamamen ya da kısmen) evrensel mutabakata konudur. Değerler ise tercih edilebilir olanı, kendimizi ve diğerlerini yargılarken kılavuzluk edecek esasları belirler. Mesela Türk mutfağı, Rus edebiyatı gibi somut değerler yanında eşitlik, özgürlük, kardeşlik gibi soyut değerleri de tercih edebiliriz. Burada belirli bir kitlenin mutabakatı söz konusudur. [11]

Felsefe ve bilim; olguların, gerçeklerin ve karinelerin merkezde olduğu söylemlere örnektir. Bu söylemlerin hedefi evrensel dinleyici kitlesidir; yani kurgusal bir "bütün rasyonel varlıklar topluluğu"dur. Diğer yandan nutuk, öncelikli olarak değerlere, tercih edilebilir olana odaklı, hedefi Amerikalılar, gençler gibi yine kurgusal bir "belirli var-

6 *Ibid., s. 30*

7 *Chaïm Perelman, L. Olbrechts-Tyteca, The New Rhetoric A Treatise on Argumentation, trans. John Wilkinson, Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2010, s. 19*

8 *Gross, Dearin, op. cit., s. 31*

9 *Perelman, Olbrechts-Tyteca, op. cit., s. 24*

10 *Gross, Dearin, op. cit., s. 32*

11 *Ibid., s.31*

lıklar topluluğu" olan bir söyleme örnektir. Değerlere odaklı bir söylem asla evrensel kitleyi hedefleyemez. Çünkü belirli değerlerin her durumda, herkes için bağlayıcılığı makul bir biçimde ileri sürülemez.[12]

Argümantasyon evrensel kitleye yönelik olduğunda "ikna"(convincing), belirli bir kitleye yönelik olduğunda "inandırma"(persuade) olarak ortaya çıkar.[13] Perelman'a göre; "[s]onuçlarla ilgilenen birisi için inandırma, ikna etmeden üstündür çünkü eyleme yönelik ilerlemede ikna sadece ilk aşamadır. … Diğer yandan bir argümana rasyonel bağlılıkla ilgilinen birisi için ikna etme inandırmadan daha önemlidir."[14]

İkna, objektivite ve her rasyonel varlık için geçerlilik iddiası üzerinde temellenir ve akılla ilgilidir. Yani; akıl yolu ile zihni etkilemeyi amaçlar. İnandırmada ise iradenin değiştirilmesi, dolayısıyla muhatabın bir eyleme sevk edilmesi söz konusudur. Esasında bu, zamandan bağımsız kimi kitlelere yönelik argümantasyonun doğrudan eyleme yol açmama nedenini ve belirli kitleye yönelik argümantasyonun bu kitle üzerinde etkili iken diğer kitlelerin onayını almada yetersiz kalmasını açıklar.[15] Dolayısıyla bir argüman ancak evrensel kitlenin mutabakatına konu olduğunda gücünün zirvesine ulaşır.[16]

Esasında argümantasyonun doğası her iki kitleye hitapta da değişmez; olgu ya da değer bazlı belirli başlangıç noktaları temel alınarak ve muhatabın yönelimi tahmin edilerek bir argümantasyon geliştirilir. Aradaki fark; belirli bir kitleye hitap söz konusu olduğunda hatibin diğer kitleler tarafından kendisine yöneltilmesi muhtemel eleştiriler hakkında endişelenmesine gerek yokken evrensel dinleyici kitlesi söz konusu olduğunda konuşmacının çoğulluğu tekliğe indirgemek durumunda olmasıdır. Yani burada konuşmacının kendisi, muhatap-muhalif olarak devreye girer. Konuşmacı, metnine gelebilecek eleştirileri, yönelebilecek itirazları evrensel kitlenin bir üyesiymişçesine tahmin etmeli, bunlara karşı argümanlar geliştirerek, hiçbir çatışma ve boşluk bırakmaksızın kendisini ikna etmelidir.[17] O zaman bir argümanın sağlam ve dolayısıyla geçerli olduğu sonucuna varabiliriz. Esasında retorik süreç, sonu gelmeyen bir itirazların tahmini sürecidir.

Evrensel dinleyici kitlesi bir söylemde yer alan argümanların değerlendirilebileceği rasyonel bir norm, soyut, tecrübî olmayan bir standart sağlar. Bu kitle tarafından kabul görecek argümanlar, bütün rasyonel varlıklar için ikna edicidir. Ancak yine de bu argü-

12 *Gross, Dearin, op. cit., s. 31 vd.*

13 *Perelman, ikna-inandırma kavramlarını Kant'ın Saf Aklın Eleştirisi isimli eserinde yaptığı ayrıma dayanarak kullanmıştır. Kant'a göre ikna, objektivite temelli bir yargıdır ve dolayısıyla her rasyonel varlık için geçerlidir. Diğer yandan inandırma ise öznenin yapısı/karakterine dayalı bir yargıdır. Perelman Kant'ın bu iki kavramını, inandırmayı eylemle, iknayı ise akılla ilişkilendirerek genişletmiştir. (Richard Long, "The Role of Audience in Chaïm Perelman's New Rhetoric", Journal of Advanced Composition, Vol. 4, 2006, http://www.jacweb.org/Archived_volumes/Text_articles/V4_Long.htm, 29.09.2011)*

14 *Perelman, Olbrechts-Tyteca, op. cit., s. 27*

15 *Ibid., s.28 ve 29*

16 *Ibid., s. 31*

17 *Ayrıntılı bilgi için bkz. Long, op. cit.*

manlara itiraz mümkündür. Felsefî bir söylem doğru olarak takdim ediliyorsa bu doğruluk evrensel olarak kabul edilmiş olmalıdır. Ancak bu tezin evrensel olarak tanınmış sayılması için doğru olması zorunlu değildir. Aklın pratik kullanımı eylem kurallarının doğruluğunu değil bu kuralın evrenselleştirme ve genelleştirme ilkesine uygunluğunu gerektirir.[18]

Konuşmacı evrensel kitleye yöneldiğinde değişmez, ezelî ve ebedî bir aklı temel alır. Ancak her konuşmacının, kendi tarihi, kültürü ve sosyal çevresi, dolayısıyla kendi evrensel kitle kavrayışı vardır. Bu, çoğu kişi tarafından teorinin zayıf karnı addedilir. Hatta Perelman kendi kazdığı kuyuya düşmekle bile itham edilir.[19] Bir kavram aynı zamanda saf aklın empirik olmayan bir ürünü hem de konuşmacının kültür ve tarihinin empirik bir sonucu nasıl olabilir?[20] Aslında Perelman da evrensel kitle kavramının okurları için büyük yanlış anlaşılmalara yol açtığını ifade ederek bu tür eleştirilerin haklılık payı olduğunu söyler. Bununla birlikte; evrensel dinleyici kitlesi kavramını kullanmayı sürdürür; zira kavram, retorik eleştirinin bir aracı olarak büyük bir potansiyele sahip, teorik bakımdan tutarlı bir dinleyici kitlesi konseptinin bir parçasıdır.[21]

Sonuç olarak; evrensel kitleye yönelik argümantasyonun okuru ileri sürülen nedenlerin zorunlu, apaçık olduğu ve zamandan bağımsız bir geçerliliğe sahip olduğuna, yerel ve tarihî koşullardan bağımsız olduğuna ikna etmesi gerektiği doğrudur. Ancak bunun nedeni böyle bir zamandan bağımsız bir geçerliliğin mevcut olması değil, belirli bir olayda reel durumla ilgili tartışan konuşmacıların böyle bir geçerliliğin mevcut olduğunu farzetmesi gerekliliğidir.[22]

Peki, bu bir paradoks mudur?

Evet. Rasyonel, genel geçer bir standart sağlamak için evrensel kitle kavramına başvurulup bu kavram sayesinde de argümanların rasyonel, genel geçer olduğu sonucuna varılması bir paradokstur.

Ve hayır bu bir paradoks değildir; argümantasyon tam da evrensel kitle kavramının ortaya konulması ile bir metnin, konuşmanın ona uygunluğunun denetlenmesi sürecidir. Hayat gibi, onda da sonuçtan ziyade belirsiz ve paradoksal olan süreç önemlidir.

18 Gross, Dearin, op. cit., s. 31 vd; Long op.cit.

19 Gross, Dearin, op. cit., s. 32

20 Ayrıntılı eleştiri için bkz. John W. Ray, "Perelman's Universal Audience", The Quarterly Journal of Speech, Vol. 64, 1978, s.361-375

21 Gross, Dearin, op. cit., s. 32

22 Gross, Dearin, op. cit., s. 37

KAYNAKÇA

- *Feteris, Evelyn T.; Hukuki Argümantasyonun Temelleri, çev. Ertuğrul Uzun, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2010*
- *Gross, Alan G./Dearin Ray D.; Chaïm Perelman, State University of New York Press, Albany, 2003*
- *Long, Richard; "The Role of Audience in Chaïm Perelman's New Rhetoric", Journal of Advanced Composition, Vol. 4, 2006*
- *(http://www.jacweb.org/Archived_volumes/Text_articles/V4_Long.htm, 29.09.2011)*
- *Maneli, Mieczyslaw; Perelman's New Rhetoric as Philosophy and Methodology For The Next Century, Cluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1994*
- *Perelman, Chaïm/Obrechts-Tyteca, L.; The New Rhetoric A Treatise on Argumentation, trans. John Wilkinson/ Purcell Weaver, University of Notre Dame Press, Notre Dame, 2010*
- *Ray, John W.; "Perelman's Universal Audience", The Quarterly Journal of Speech, Vol. 64, 1978*

SOSYAL DÜZEN KURALLARININ İŞLEVİ

Yusuf KARAKOÇ[1]

İnsanların bir arada yaşama zorunluluğu, toplum halinde yaşamanın birtakım kurallara bağlanmasını gerektirmektedir. İnsanların oluşturdukları toplumların bir düzen içinde olması gerekmektedir. Toplum halinde yaşayan insanların kendilerine, birbirlerine ve topluma (onun adına devlete ve diğer oluşumlara) karşı bazı ödevlerinin varlığı kabul edilmektedir, kaçınılmazdır. İşte bu davranış tarzını-ödevi belirleyen ve buna karşı davranılması halinde nasıl bir yol izlenmesi gerektiğini ortaya koyan kurallara sosyal düzen kuralları denilmektedir. Başka bir deyişle, bu sosyal düzeni-intizamı-düzenliliği sağlayan bir kurallar demetine ihtiyaç vardır. Bu demet, sosyal düzen kurallarını oluşturmaktadır.

İlk insan-ilkel topluluklar için ilk ortaya çıkan ya da çıktığı kabul edilen sosyal düzen kurallarının *din kuralları* olduğu kabul edilmektedir. Bunun doğal olduğu açıktır. Şayet ilk insanın Hz. Adem – Havva olduğuna inanılır, kabul edilirse; Hz. Adem'in bir peygamber olduğuna inanılırsa, Hz. Adem ile Havva ve onların çocukları arasındaki ilişkileri düzenleyen kuralların da din kuralları olması kaçınılmazdır. Kaldı ki, yeryüzünde çok az sayıda insanın yaşadığı dönemlerde kişiler arası ilişkiler – kişilerin toplumla ilişkileri olabildiğince sığ, sade ve zayıftır. Oysa, toplumların büyümesi, ilişkilerin yoğunlaşması ve karmaşıklaşması karşısında mevcut sosyal düzen kurallarının düzeni sağlamada, toplumu bir arada tutmada yetersiz kalması kaçınılmaz olmaktadır.

Din kurallarının daha çok iyi insan-iyi kul olmayı sağlamaya yönelik olması; yaptırımlarının ahiret-öte dünya inancına bağlı olması; günah-sevap nitelendirmesine tâbi olması; karmaşık ilişkilerin kurulması ile aykırılıkların önlenmesi ve giderilmesinde yetersiz kalma sonucunu doğurmaktadır. Nitekim, bu yüzden insanlar sosyal düzeni oluşturmak ve kalıcı kılmak için "iyi"nin arayışına başlamış; ortak değer – ahlâkî değer oluşturmaya çalışmıştır.

Din kurallarının kaynağının Tanrı'nın iradesi oluştururken, *ahlâk kuralları*nın kaynağını insan aklı-insan iradesi-insan vicdanı-toplum vicdanı oluşturmaktadır. Ancak, ahlâkın oluşmasında dinin de büyük bir etkisi-katkısı bulunmaktadır. Dinin yasak ettiği bir davranışın ahlâkın emrettiği bir davranış-ödev olması düşünülemez. Aslında, insanoğlu bir yandan ahlâkı oluştururken, din de kendi içinde ayrıntılı kurallar koymaya, toplumu huzur –güven içinde yaşamaya sevk eden yol ve yöntemleri devreye sokmaya başlamıştır. Nitekim, ilk insan-ilk toplum döneminde vaz'edilen din ile günümüze yakın dönemde vaz'edilen dinler arasında kapsam bakımından çok büyük farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin, son ilâhî din olarak kabul edilen İslâmiyete ilişkin temel kaynak Kur'an ve onun bir anlamda açıkla-

1 Prof. Dr. Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mali Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

masası-yorumu sayılabilecek olan Sünnette sadece iyi kul; kul-Tanrı ilişkilerini düzenleyen iman-ibadet kuralları bulunmamakta; aynı zamanda kişiler arası ilişkilere – kişiler ile toplum arasındaki ödev-hak-yetki paylaşımına ilişkin kurallar da yer almaktadır. Başka bir deyişle, İslâm dini, hem dine (iman-ibadet), hem ahlâka, hem de hukuka ilişkin (muamelat) kuralları içermektedir. Zaten, dinin amacı ile ahlâkın ve hukukun amacı arasında mutlak bir farklılığın olduğundan da söz edilemez. Hepsi, insanı iyi-doğru-dürüst olmaya-kalmaya; böyle insanlardan oluşan bir toplum oluşturmaya; aykırı davranışlara da engel olmaya çalışmaktadır.

Din kurallarının – ahlâk kurallarının sosyal düzeni sağlama ve kalıcı kılmada yetersiz kalması; dünyevî müeyyide içeren hukukun ortaya çıkmasını gerektirmektedir. Aslında bu süreç biri diğerinden tamamen bağımsız ve bağlantısız gelişebilecek, değişebilecek, oluşabilecek bir süreç değildir. Hal böyle olunca, ahlâkın dinden; hukukun ahlâk ve dinden tamamen soyutlanması düşünülemez. Ancak, ahlâkın tamamen din kaynaklı; hukukun tamamen ahlâk ve din kaynaklı olduğunu iddia etmek de mümkün değildir. Hepsi belli ölçülerde, bir arada ve bütününe destek olarak var olmalı; var kalmalıdır. Aksi halde, hiçbiri tek başına sosyal düzen sağlama işlevini eksiksiz olarak yerine getirmesi düşünülemez. Nitekim, son yıllarda bu sosyal düzen kurallarından hukuka öncelik verilmekte; hep hukuk vurgusu yapılmaktadır. Ancak, başta ülkemiz olmak üzere, yeryüzünde hukuka aykırılıklar sona ermemekte; uyuşmazlıklar tarafları tatmin edecek bir çözüme kavuşturulamamaktadır. Çünkü, kurallar konularak hukuk oluşturulabileceği sanılmaktadır. Ancak, kuralların hukuk oluşturmanın değil, hukuka ulaşmanın aracı olduğu unutulmaktadır.

* * * * *

Hukukun evrensel olup olmadığı tartışmaları devam etmektedir. Ancak, benim anlayış ve kavrayışım hukukun evrensel olduğu yönündedir. Hukuk arayışı, iki insanın var olduğu günden başlayıp iki insanın kalacağı güne kadar devam edecek olan bir akışı ifade etmektedir. Kural-kanun ile hukuku eş anlamda kullananlar şüphesiz hukukun evrensel olmadığı anlayışını benimseyenlerdir. Oysa hukuk, hak ve adalet arayışının adıdır. Bu arayışın insanlığın ortak arayışı olduğu inkâr edilemez bir gerçektir. Ancak, bu arayışın her zaman tam bir samimiyet ve dürüstlük içinde sürdüğünü söylemek mümkün değildir. Çoğu zaman insanoğlu, bu arayışta dürüst ve samimi davranmamış; kendi lehine sonuçlar çıkarma gayreti içine girmiştir. Kuralların, kavramların, kurumların kötüye kullanılmasını hukukun bir ifadesi, bir uygulama biçimi olarak kabul etmek, nitelendirmek mümkün değildir.

Hukuk, saf ve temiz; samimi ve dürüst bir hak ve adalet sevdasıdır. Bunun dışında oluşan-gelişen-değişen hiçbir arayış hukuku temsil edemez.

Hukukun varlığını-oluşumunu sadece din temelli düşünmemek gerekir. Ancak, hukuku dini inanç ve ilkelerden tamamen bağımsız olarak düşünmemek gerekir. Çünkü, hukuk sadece bir arayışın adı olmayıp bir oluşun, bir duruşun, bir uygulayışın da adıdır. Kişilerin vicdanlarında huzur ve güveni sağlayan bir uygulama olmadığı yerde hukuktan-hakların tesliminden-toplumun selametinden söz edilemez.

Hukuk, hak ve adalete dayanmak zorundadır. Hukuk, adaletle düzen sağlamanın adıdır. Adaletsiz düzen, yalancı düzendir; cebre dayanır, zorbalığa dayanır. Eşyanın tabiatına uygun olmayan bir yolla temin edildiği için de yıkılması haktır. Düzen, kişilerin iç disiplininin bir sonucu olarak oluşmalıdır. Ancak, bir şeyi asla unutmamak gerekir; kıyamet vardır; ahiret haktır; insanlığın o sona günbegün yaklaşmakta olduğu muhakkaktır. Bunun emareleri, hastanelerin, hapishanelerin, adliye binalarının çokluğudur.

İnsanlar huysuz ve huzursuz; gergin ve tedirgin; saldırgan ve hastalıklı bir ruh hali içindedir. Bir türlü tatmin olmamaktadır. İçinde-gönlünde oluşan büyük bir boşluğu-susuzluğu-doyumsuzluğu bir türlü gideremektedir. Kendine yönelmekte; zaman zaman değiştiremediği dünyada kendini değiştirme-intihar etme düşüncelerine kapılmaktadır. Etrafına saldırmaktadır.

Kişinin iç alemi hukukun ilgi duyduğu bir alan değildir. Hukuk, fiillerle-faillerle-dışa vurulmuş irade açıklamalarıyla ilgilenmektedir. Düzensiz fiiller, anlamsız kaviller ve zıtlaşmacı faillerle baş edilemez hale gelmiştir. Hukuk adına son sözü söylemesi gereken yargı çaresizdir. Yargıya varanın kendisine hayrı yoktur.

Her insan içine doğduğu toplumun etkilerine açıktır. Olumlu-olumsuz etkilenmeler kaçınılmazdır. Eğitim şarttır. Vicdan eğitimi; iyi-kötü; doğru-yanlış; adalet- haksızlık; uygun-uygun olmayan; düzgün-düzgün olmayan eğitimi şarttır. Bu süreci başlatmadan ve sağlıklı bir biçimde yürütemeden anlamlı sonuçların alınması mümkün değildir. Hayatta anlamlı bir karşılığı olmayan bir anlayışın-kavrayışın-girişimin anlamlı bir sonucu olmayacaktır.

* * * * * *

İnsanların hukuka/ahlâka aykırı davranıp davranmamaları bakımından iki disiplinden söz etmek mümkündür. Bunlardan birisi iç disiplin; diğeri ise, dış disiplindir. *İç disiplin*, kişinin kendi kendini kontrol edebilmesi; *dış disiplin* ise, kişinin başkaları-toplum-devlet tarafından kontrol edilmesidir. İç disiplin sağlanamadıkça, dış disiplinin sağlanması mümkün değildir. Zorla sağlanan dış disiplinle anlamlı ve kalıcı sonuçlar elde edilmesi imkân ve ihtimali yoktur. Bu nedenle, öncelikle ve özellikle iç disiplini sağlayabilecek birtakım mekanizmaların kurulması, eğitimlerin sağlanması gerekir. İç disiplini oluşturacak en önemli eğitim, herhalde ahlâkî değerler eğitimi olsa gerektir. Bunu bazen dine dayalı ahlâk eğitimi diye ifade etmek mümkündür. Önemli olan değerler eğitimidir; bu eğitim dine ya da felsefî inançlara dayalı da olabilir. İç disiplini sağlayabildikçe, sağlayabildiği müddetçe bunun neye dayalı olduğu çok anlam ifade etmeyebilir. Bir ateistin de iç disiplini çok yüksek biri kişi olması mümkündür.

Dış disiplinin öncelikle ve özellikle hukuk aracılığıyla sağlanması gerekir. Ancak, iç disiplini sağlanmamış bir toplumda, yalnız başına hukukun dış disiplini sağlaması mümkün değildir. Çünkü, iç disiplini sağlanmamış insanlardan oluşan toplumlarda dış disiplin sağlanamaz. Bunun en çarpıcı örneği Türkiye'dir. Türkiye, Dünyanın en fazla nüfusa sahip

ülkesi; İstanbul Avrupa'nın ve dünyanın en fazla nüfusa sahip şehri olmamasına rağmen şu an Avrupa'nın en büyük Adliye Sarayı İstanbul'da Çağlayan'da; Dünyanın en büyük Adliye Sarayı da yine İstanbul'da Kartal'da yer almaktadır. İstanbul'da başka Adliye Sarayları (Bakırköy Adliye Sarayı) da hizmet vermeye devam etmektedir. Ayrıca, İstanbul'a iki ayrı ve büyük Adliye Sarayına daha ihtiyaç olduğu söylenmektedir. Adliye Saraylarını yaparak oralarda çok sayıda hâkimi, savcıyı, avukatı ya da diğer yargı alanında faaliyet gösteren uzmanı çalıştırarak bu dış disiplini sağlama imkân ve ihtimali bulunmamaktadır.

Hukuk ve yargı, çaresizlerin son sığınağıdır. İnsan, çaresiz kalınca hukuka-yargıya başvurmak zorunda kalınmaktadır. Oysa, kişileri çaresiz bırakmamak; hukuka-yargıya muhtaç hale getirmemek gerekir. Yargının tatmin edici olmaması, kişilerin çaresizliklerini artırmaktadır. Hukukun bir amaç olmadığını; sosyal düzeni kurma ve korumada çok önemli bir araç olduğunu unutmamak gerekir. Hukukun yetersiz kalması halinde, kaba güce başvurmak düşünülmemelidir. O halde, geriye dönüp belki hukuk dışında kalan sosyal düzen kurallarına daha fazla önem vermelidir. Hukuku ilgilendirecek ilişki bozukluklarına yol açmayacak bir ortamın oluşturulmasına çalışılmalıdır. Hukuk, dışa vurulanlarla ilgilidir. Olumsuz dışa vurmayı önleyecek iç kontrol mekanizmalarını geliştirmek gerekir. Belki bunu dinle-ahlâkla sağlama yoluna gitmek gerekir. Bu yönün-yanın tartışılmasının da gündeme alınması düşünülmelidir. Önemli olan, kişi ve toplum huzuru, güveni ve mutluluğudur.

Not: Yukarıda yer alan metin bu konuda hazırlanmış nihai metin olmamakla birlikte, ilk elde sesli düşünme sadedinde karalanan satırlardan ibarettir.

HUKUK VE KİBİR

Bir Başka Deyişle Hukukçu Kibri

Filiz Kerestecioğlu*

Kibir; büyüklük, ululuk.

Kendini büyük görme, başkalarından üstün tutma, büyüklenme.

Onur, gurur.

olarak tanımlanıyor Türkçe'de.

Kibir – Önemli olmaya ya da başkaları tarafından önemsenmeye istek ya da kendisini aşırı sevme isteği. (Dante'ye göre komşusunu küçük görme ve aşağılamaya duyulan sevgi) Latince karşılığı superbia.

Şeklinde açıklamalar da var…

Bir tanım da İrvin Yalom'dan, aslında Nietzsche'nin tanımına benzer:

Kemikleri, eti, bağırsağı ve kan damarlarını toplayan deri nasıl insanın görünümünü katlanılır hale getiriyorsa, ruhun ajitasyonu ve ihtirası da kibirle kaplanmıştır. kibir, ruhu kaplayan deridir..." (Nietzsche Ağladığında, İrvin Yalom)

Hukuk ve Kibir konusunda yazmaya karar vermemin nedeni; kendi meslek alanımda, gerek hakim-savcı-avukat üçlemesindeki farklı kibir gözlemlerine biraz dikkat çekmek, esas olarak da "neyimiz var ki başkalarından üstün olduğumuzu düşündüren ve böyle davranmaya iten" in cevaplarını aramaktı. Hiç kolay değilmiş! Doğrudan bir kaynağa ulaşmanın zor olduğu bir konu oldu gerçekten.

Sanırım hukukçuların kibiri sosyologları ve felsefecileri de ürkütmüş!

Ben de biraz kendi gözlemlerime, biraz arkadaşlarıma danışma, farklı kaynaklardan, edebiyattan tartışma noktaları bulma ve biraz da sanal ortama dalma yöntemlerini seçtim.

Hukuk ve Kibir deyince bir arkadaşım "Hukuk ve kibri" hukukçu ve kibir olarak algılamak daha iyi bir ifade olsa gerek… zira, hukuk aslında kibre imkan vermeyecek, buna gereksinim duymayacak denli basit, sade. Doğayla uyum içinde, onunla birlikte yaşamanın insanca formulü; yiyip içmenin, barınmanın, eğlenmenin, cinselliğin, üretmenin, gezmenin, paylaşmanın, kendini gerçekleştirmenin ve özgürce yaşamanın. Sahip olmamak kaydıyla… Ama bu belirlemeyi, içimizden bazılarına devrettiğimizde, bir erke ihtiyaç duyduğumuzda bu uzmanlar, yetkililer kendilerinde özel beceriler olduğunu, toplumun/doğanın geri kalanının da buna muhtaç olduğunu varsayıyor. O vakit bu basit formül komplike ku-

* *Avukat, İstanbul Barosu*

rallara, usule, şekle, sisteme dönüşüyor. Bazılarımız bilgi sahibi oluyor. Bilimde, sanatta ve diğer beşeri faaliyetlerde olduğu gibi hukukta da bilgi sahipleri kendi tekellerini oluşturup, toplumsal hiyerarşide özel bir konuma erişiyorlar. Bundan böyle hukuk artık, insan ve doğa için var olmaktan çıkıyor, asli işlevinden arınıyor. Kendi kendine işlev gören, salt kendi için varolan bir yapıya dönüşüyor. Bu yapıya ve genel olarak tüm hukukçulara kibir sıfatını layık görebiliriz." diyerek konuya yaklaştı. (Notlar, Av. İbrahim Demirci)

Evet "hukukçu kibri" bence de daha doğru bir tanım. Burada dikkat çekilen en önemli nokta ise; hukukta bilgi sahiplerinin kendi tekellerini oluşturup, toplumsal hiyerarşide özel bir konuma erişmeleri. Böylece kibirlerine buldukları başlıca kaynak bir biçimde ortaya çıkıyor: Bilgi tekeli. Ancak başlıca kaynak bu olsa da; bu kaynağın etkisinin günümüzde aynı şekilde devam ettiğini söylemek pek de mümkün değil.

Marie R. Haug, Profesyonelleşmeme: Gelecek için Alternatif bir Hipotez, adlı makalesinde meslek mensuplarındaki bilgi tekelinin kırılmasını şöyle ifade ediyor:

"…bilginin bu şekilde çok hızlı genişlemesi, gelişmelere uyum sağlamaya çalışan meslekler ve görevleri üzerinde lekeler bıraktı. Patlama o kadar büyük oranlara erişti ki hiç kimse yeni olguları ve teknikleri tek başına kavrayabilecek durumda değildi. Bütün alanlara hükmedebilen Rönesansçılar gerçekten geçmişte kalmışlardı. Mesleklerin bu gelişmelere cevabı, bir süre için, uzmanlaşmanın yaratılması yoluyla bilgi tekellerini koruma biçiminde oldu. Eğer hiçbir kimse, yalnız başına bütün bir alanda bilinen her şeyi kavrayamıyorsa, o zaman, bir grup insan, uzmanlık pastasını dilimlere ayırarak her biri derinlemesine bir tek dilim üzerinde uzmanlaşıp, var olan bilginin bütününü topluca kontrol edebilir ve bu yolla tekellerini sürdürebilirlerdi. Uzmanlaşmaya yönelik baskı en çok tıp alanındaydı ve bu süreç hukukta da kendisini hissettirmeye başladı (Meslekler ve Sosyoloji/Derleyen ve Çeviren Zafer Cirhinlioğlu s.135; Hechinger, 1972, Makale; Profesyonelleşmeme: Gelecek için Alternatif bir Hipotez, Marie R. Haug)

"…Gerçekten de, gelecek yıllarda, makinelerin bilgi tekeline sahip olacakları düşünülebilir. Yeni veriler, yeni bulgular, çoğunlukla çok meşgul olan meslek üyelerinin, hatta üniversite hocalarının kafasından çok daha kolaylıkla bilgisayarların hafızasına sokulup yerleştirilebilir. Mesleki eğitimin zaman içinde demode olması insanları rahatsız etmektedir, fakat bu, mekanik depoları daha az rahatsız edecektir…" (age. s.137, makale; Profesyonelleşmeme: Gelecek için Alternatif bir Hipotez, Marie R. Haug)

Evet zaten 80'lı yıllarda dahi, Türkiye'de olmasa da, Amerika ve Avrupa'da daha önce yapılan bu tespitlerin çoğu şimdi gerçek! Ancak mesleki kibirler her şeye rağmen bu gerçekleri kabul etmeyi zorlaştırıyor ve hala herkes tek ve biricik olduğu inancını taşımaya ve empoze etmeye gayret ediyor. "Biz aşkın meslek insanlarıyız. Bilgi bizde. Hayatları biz kurtarırız!" Peki bu duruma yani giderek makinelerde depolanan bilgi hakimiyetine karşı, sadece bodoslama bir karşı çıkış, hala yukarıdan bir bakış ve klişeler, geleceğimize ve insanlığa olumlu katkılar sağlamaya yeter mi sizce?

Mesleklerdeki tekelleşme ve sadece belirli kesimlerin zenginleşmesi, diğer bazı meslek insanlarının işçileşmesine neden olduğu gibi, bilgiyi tekellerinde tutma, hatta ona yeni süslemeler ve abartılı anlam yüklemeleri katarak bilgiye erişimi zorlaştırma gayretleri de; sadece diğer "meslektaşlarını" değil aynı zamanda o bilgiye asıl ihtiyacı olan sorunlu insanları zor durumda bırakıyor. Bir taraftan bilgiyi ve parasal gücü tekellerinde tutarak ya da bu görüntüyü vererek, kontrolü elde etmeye çalışan bir kısım meslek sahibi, diğer taraftan makineler… Hadi isterseniz baş edebiliyorsanız baş edin, sadece kibirinizle…

Yani bir tarafta kapitalizmin vahşi çağında bilginin ve paranın gücünü gerçekten elinde tutarak kibiri doyasıya yaşayanlar…

Diğer tarafta ise hala "Biz bir zamanlar her şeyi bilirdik, en saygın meslek grubunun, en saygın fertleriydik" duygusuyla bilgiyi kontrol edebildiğini sanan ve hala yukarıdan bakma gayretini elden bırakmayan kibir sahipleri; kısacası "kifayetsiz muhterisler"…

Nietzsche şöyle diyor;

"Kibirlilikte kendinden haz duymak - Kibirli kişi seçkin olmak değil, kendini seçkin duyumsamak ister, bu yüzden hiçbir kendini aldatma ve kendini kandırma yöntemini hor görmez. Ötekilerin görüşü değil, onların görüşü hakkındaki kendi görüşü yatar gönlünde." (Nietzsche, İnsanca Pek İnsanca C1. 545 (sf 334))

Bilgi ve paranın gücünü elde tutanların kibrine karşı örgütlü mücadele dışında yapılabilecek bir şey yok!

Tabii bu örgütlü mücadeleyi gerçekleştirecek meslek insanlarının "işçi" olduklarını kabul etmeleri ve örgütlenmeleri halinde mümkün olabilecek bir şey bu!

Ancak diğer kesimin yani kifayetsiz muhterislerin yapması gereken, artık kibirden vazgeçmektir. Çünkü artık, o olmaması gereken duyguya dahi sahip olmalarının temelleri ortadan kalkmıştır, yok hükmündedir. Onlarınki artık kof bir kibirdir. Şimdi belki de kendileri bunun ne menem bir şey olduğunu anlayacak ve kibirli muktedirlere isyan edeceklerdir.

Makineler çağındayız evet, onlar bizim epeyce yerimizi aldı ve bilgi onlarda depolanıyor evet. Geriye belki sadece bütün makinelere rağmen ya da çoğu zaman onlara da sahip olarak, bilgi bizde diyerek zenginlikleri elde tutan muktedirler kalacak. İyi de böyle bir Dünya'da yaşamak mümkün mü, sizce yaşanabilir mi?

Sonuç olarak; makineler ve muktedirler çağında, onların kibrine ve hiyerarşisine karşı; muktedir olmamalarının yanı sıra, yanılsama içinde olarak kendilerini bağımsız, özgür ve aşkın zannedenlerin kibirden vazgeçmeleri zamanı çoktan gelmiş ve geçiyor artık.

Hakim-savcı ve avukatların karşılaşması

Bir başka Nietzsche sözüyle başlayarak, şimdi hakim-savcı ve avukatlara bakalım. Kes-

işen kibirler- Eşit ölçüde kibirli olan iki kişi karşılaştığında, sonradan birbirleri hakkında kötü bir izlenim edinirler, çünkü her biri öteki üzerinde bırakmak istediği izlenimle öyle meşgul olmuştur ki, öteki onda bir izlenim uyandırmamıştır, sonunda ikisi de çabalarının boşa gittiğini fark eder ve ikisi de suçu diğerinin üzerine atar. (Nietzsche, İnsanca Pek İnsanca 338 (sf 250)) Bu örnek bana hakim-savcılarla avukatların mahkeme salonlarındaki bazı karşılaşmalarını hatırlatıyor! Genelde bu karşılaşmada "hiyerarşik üstünlük"leri olduğunu düşünen ve avukatlara, o salonda "olmasalar daha iyi olur" yaklaşımıyla davranan hakimlerle avukatların pek de eşit bir noktada karşılaşma yaşadıkları söylenemez ancak kibir bazen iki tarafı da öyle bir kuşatır ki; bu noktada eşitlenebilirler!

Bilgi tekelinin ya da halen o bilgi tekeline sahip olunduğunun sanılmasının dışında, kibre kaynak olan bir başka üstünlük aracı da "hiyerarşik" konumlanma olabilir. Bu konumun gerçek olması da gerekmeyebilir, öyle sanılması ve toplum tarafından öyle kabul görmesi de yetebilir bazen. Hakim-savcıların avukatlar karşısındaki konumunda olduğu gibi…

İzmir Barosu'nun gerçekleştirdiği, İzmir Barosu Üyelerinin Çeşitli Değişkenler Açısına dan Özellikleri, Sorunları, Çözüm Önerileri, başlıklı çok ciddi veriler sunan, başarılı araştırmasında, avukatların ifadelendirdiği bazı verilere bakarsak;

"…Hiyerarşi (her alan için); (bazı hakimler avukatlarla aynı fakülteden mezun olduklarını unutuyorlar kadı gibi davranıyorlar, hakimler bazen kendini tanrı zannediyor, alanda deneyimsizler istismar ediliyor, çoğu alanda ast üst ilişkileri içinde davranılıyor, savunma ve iddia makamı eşit değil, personel kendini üstün görüyor, karşısındakini dinlemeyecek kadar peşin hükümlü ve karşısındakini önemsemiyor, … kolluğun kendisini devlet sanması…

Avukatların hakları ve yetkileri ciddiye alınmıyor (her alan için) avukatlık kimlik kartının geçerliliği kabul edilmiyor … hukuk sisteminde gerekli role sahip olamıyorlar… yeterli savunma yapamıyoruz, daha deliller toplanmadan karar veriliyor… avukatlık yargının bir parçası olarak görülmüyor…

…hakimlere avukatların kendilerinin astı olmadıkları anlatılmalı, birbirine denk meslektaş algısı yaratılmalı… hakimler önce avukatlık yapsınlar…" (İzmir Barosu Üyelerinin Çeşitli Değişkenler Açısından Özellikleri, Sorunları, Çözüm Önerileri, Melek Göregenli, Erdem Ömüriş, Pelin Karakuş, İzmir, Ekim 2011)

Yukarıdan, acımasız, yine aynı ben bilirim tavrının yanı sıra, bağımsız denilse de (avukatlardan farklı olarak)bir ucundan devlet erkini de elinde tutmanın getirdiği tutkulu bir iktidar kurma hazzıyla yaratılan baskıcı atmosfer, insanların sindirilmişliği ve aslında kendi hakkını aradığı, en rahat hissetmesi gereken bir mekan ve alanda söz söyleyemez hale gelmesi… Adliyelerdeki ol hikaye ne yazık ki böyle… "Temelinde kibir, gasp, kaba kuvvet olmayan hukuk yoktur, bu böyledir" diyen Nietzsche'nin sözlerini doğrularcasına yazılıyor hikaye…

Bu konu için bana ilham veren Molierac'ın ünlü sözüne ilişkin yaptığım sanal taramada

Türk Hukuk Sitesi'nde hakim-savcı-avukat ilişkisine de örnek olabilecek cevaplar var:

Neydi söz: "Görevimizi yaparken "kimseye, ne müvekkile, ne hakime hele ne iktidara tabiyiz. Bizim aşağımızda kişilerin varlığı iddiasında değiliz. Fakat hiçbir hiyerarşik üst de tanımıyoruz. En kıdemsizin, en kıdemliden veya isim yapmış olandan farkı yoktur. Avukatlar esir kullanmadılar, fakat efendileri de olmadı"

Bakın meslektaşlar neler diyorlar:

"…Molierac'a göre öyle, hakime göre, savcıya göre vatandaşa göre Avukat kimdir? bence bunu tartışmak gerekir. Örneğin beni çok seven, toplumda saygınlığı olan birisi Avukat olduğumu duyunca inanmamış o öyle bir şey yapmaz demiş. Neden acaba? İstisnalar hariç hakimlerin çoğu avukatları adalete yardımcı olarak değil de delilleri karatmaya çalışan adeta her savunulan suçta sanığın ortağı gibi görüyorlar. Cesaret etseler sanıkla birlikte avukata da ceza vermek isterler. Bizim adliyede bir hakim için "sanık avukat tutmuş ise zaten %50 oranında suçu sübuta ermiştir."

"…Esir kullanmadılar ama efendileri de olmadı.. Gerçekten kulağa çok hoş geliyor, idealizm de bunu gerektiriyor. Esir kullanmamak kişiselliğe tabi olduğu için bu konuda iddialı olmak kolay, ama efendileri olamdı sözü, uzun ve acıklı biçimde düşündürüyor insanı.. Düşünüyorum da, zaman zaman kendimizi bu mesleği icra ederken hiç esir gibi hissettiğiniz olmuyor mu? …Her iki yanı temsil eden avukatların…susturulmaya çalışılması, kararı nasıl olsa biz vereceğiz düşüncesiyle son açıklamaların sunulduğu duruşmalarda, çoğu kez yazılı diekçeler okunmadan ÖNCEDEN HAZIRLANMIS kararların tefhim edilmesi, avukatların efendileri de olmadı sözünü bugünkü reel gerçeklikte boşa çıkarmaktadır. Avukatın MAHKEMEYE KARŞI BAĞIMSIZLIĞI belki de çoğu kez kürsünün ardındakilere gülünç ötesi gelebilmektedir..."

Evet, söz neydi:

"Görevimizi yaparken "kimseye, ne müvekkile, ne hakime hele ne iktidara tabiyiz. Bizim aşağımızda kişilerin varlığı iddiasında değiliz. Fakat hiçbir hiyerarşik üst de tanımıyoruz. En kıdemsizin, en kıdemliden veya isim yapmış olandan farkı yoktur. Avukatlar esir kullanmadılar, fakat efendileri de olmadı"

"Çok iddialı olduğunu düşündüğüm yukarıdaki ''iç okşayıcı'' söz Türkiye'de ne derece geçerlidir? Sizce biz avukatlar böyle miyiz?" diye sorarak, Türk Hukuk Sitesi'nde tartışmayı başlatmış bir hukukçu meslektaşımız.

Bu söz nedense beni her zaman güldürmüştür. Belki hep burun havada, sırt dimdik ve şiirsel bir şekilde, en önemlisi de olur olmadık her yerde, her zaman söylendiği, söylenebildiği için gülmüş olabilirim. Ne derece reel bir durumu ifade ettiği, gerçekliğe tekabül ettiği ise asıl tartışma konusu olan şey tabii ki…

Bu tartışmayı biraz da avukatların kendi durumlarına bakışları açısından, meslektaşlarımızın ifadeleriyle sunmak isterim:

"…Molierac'a ait bu söz maalesef günümüz Türkiye'si için pek geçerli değil. Çünkü her gün karşılaştığım meslektaşlarımdan (mesleğinin hakkını verenleri tenzih ederim) edindiğim kanaat ve kendimin staj süresince edindiğim deneyime göre avukatın efendisinin para ve kölelerinin de stajyer ve katipler olduğu ortadadır. Bu olgu Ankara, İstanbul, İzmir gibi kapitalizmin hukuku satın aldığı büyük şehirlerde çok açık bir şekilde ortadadır. Bence TBB ve barolar kanun tasarısı hazırlayıp avukatları çeşitli sınıflara ayıracaklarına oturup meslek etiğini nasıl daha iyi seviyelere çıkaracaklarını düşünsünler. Tabii olay bu kadar basit değil; asıl iş bize düşüyor. Biz avukatlar müvekkili müşteri ve karşı tarafı düşman gibi görmeye devam ettikçe bu yozlaşma devam edecektir. Bir gün dürüstlüğü paraya tercih etmeye başlarsak işte o gün bir şeyler değişmeye başlayacak. Bence "dürüstlük herkes için erdem olabilir ama hukukçu için dürüstlük ön koşul" olmalı."

Bir başkası ise şöyle diyor:

"Korkarım bu güzel söz yalnızca söylemde kalıyor… Köle olarak görülmek istemiyoruz ama insanlar efendilik tasladıklarında bize ne yapmak kalıyor? Gütmek zorunda olduğumuz yada güttüğümüzü sandığımız devenin nesiyiz? Muktedir olanlar bizi diyarlara sürüklerken güdülmüyor muyuz biz de?"

"Avukatlar esir kullanmadılar, çünkü stajyerleri vardı." diyen bir stajyer avukata ise cevap şöyle:

"…Benzetme tam olarak oturmuyor, çünkü esirlerin günün birinde özgür olabilme hayalleri yoktu, bir stajyer avukat olarak siz özgürlük hayalleri kurabilir ve özgürlük rüyaları görebilirsiniz. Kendinizi neden çırak olarak değil de esir olarak gördüğünüzü merak ettim."

Bir başka avukat ise aralara Georgi Mihailoviç Dimitrov'un Alman Parlamentosu'nun yangını nedeniyle sanık olarak yargılandığı davada avukatına gönderdiği not gibi, tarihten bazı örnekler vererek giriyor:

"Her ne kadar ben hukukçu değilsem de, tayin olunan bir savunucunun sanıktan talimat almaya mecbur olmadığını bilmekteyim. Ve tabii ki benim böyle bir niyetim yoktur. Ama buna karşılık, avukatlık meslek kurallarına göre tayin olunan savunucu sanığın üstü değildir ve bu bakımdan karşılıklı bir mutabakat zorunlu görünmektedir. Yoksa sanık, inatçı bir avukatın sağlayacağı nimetlerden kendini yoksun bırakmayı ne kadar yetersiz olursa olsun savunmasını kendisi yapmayı tercih edebilir"

Aslında avukatlığın bir şekilde yüceliğine şerh düşmek için yazıldığını düşündüğüm bu notun bana düşündürdükleri ise; avukatların Dimitrov'u bile kibarca çıldırtabildikleri ve onun nazik bir uslupla, müvekkille avukatın arasında hiyerarşik bir üstünlük olmadığını, eşit olduklarını hatırlatmaya gayret etmesi…

Bazı avukatların, müvekkillerin sorularına cevap verme yöntemlerini düşünürsek: Biz her şeyi biliriz tavrı ve açıklamasız bırakma haliyle, bilgi edinme hakkını en başta savunması gerekenlerin, kendi savundukları insanları bu haktan adeta yoksunlaştırmalarını göre-

biliriz…

Üstelik hemen bütün toplumlarda avukatlara ilişkin pek çok olumsuz örnekler doluyken ve birçok olumsuz niteleme avukatlara ve yıllar içinde giderek benzer bir hak edişle hakim-savcılara atfedilirken, hala kibirden vazgeçmemek, zaten başlıbaşına bir kibir göstergesi değil midir?

Molierac'ın sözünden bahseder ve "efendilerimiz olmadı" derken dikkat çekilmesi gereken bir önemli nokta ise, yukarıda da az önce muktedirler ve "kifayetsiz muhterisler" diyerek değindiğimiz fasıl; artık avukatların da, avukatların efendisi olduğudur. Yani işveren ve işçi avukat diye bir realite vardır ortada. Ancak bu kabullenilmek istenmez. Çünkü hemen tüm beyaz yakalılarda olduğu gibi sınıf atlama, kurtuluşun tek başına olacağına inanma ya da özgür olunduğuna ilişkin yanılsama ve kibir bu kabullenmeyi engeller.

Özellikle "beyaz yakalı" denilen ve giderek işçileşen orta sınıf özelliklerine ekşi sözlük ve Uludağ sözlük gibi internet sitelerinde bakınca şöyle tarifler görülüyor:

Mavi yakalılarda görülmeyen davranışlardır. Rutin baş ağrıları, hep ben bilirim tavırları, ben burada senden daha tecrübeli ve eğitimliyim lafları, o olmazsa firma batacak tripleri, sürekli bir gerginlik, laf sokma çabaları.

Beyaz yakalılık ve kibir konusunda rastladığım bir başka enteresan örnek de bir internet bloğundan:

Müsteşarlıkta hukuk müşaviri olan birinin kardeşi bahsediyor:

Bir restorantta yemek yerken eğer masadan çatal vs. bir şey düşerse asla eğilip yerden siz kaldırmayın diye ders verilmekteymiş kendilerine. Şimdi daha yolun başında kendi düşürdüğü çatalı bile kibirle kendi almayan, kendilerine bu şekilde ve daha nice şekillerde telkinde bulunulan insanların hukuk müşavirliğinden anca Firavuncuklar, Hamancıklar çıkar. Yazık...

Bazılarımızsa kapımızı kendimiz açar, taburemizi kendimiz çeker, söküğümüzü kendimiz dikeriz. Çatalımız düşerse eğilir kaldırırız, hatta garson hayli yorulmuştur deyip, masadan kalkarken tabakları üstü üstte toplar, dağınıklığı seyreltiriz, ama Firavunların karşısında rantımız için eğilmeyiz. Şükür... (bir internet bloğundan alıntı)

İzmir Barosu'nun az önce değindiğimiz araştırmasında; katılımcıların 15%'inin elde edilen gelire ilişkin "kesinlikle yetersiz", ancak 40,6% 'sının ortalama şeklinde cevap verdiği, oldukça yeterli diyenlerin sayısının 6,8%'i geçmediği ve zaten "bu oldukça yeterli grup"un da "kesinlikle yetersiz" 15%'in sırtından bu yeterliliğe ulaşmasının mümkün olduğu bir meslek grubunda ne "efendilerimiz olmadı" tespiti ne de "köle kullanmadık" tespiti en azından ekonomik açıdan doğru tespitler değildir artık.

"…ücretli olarak çalışan avukatların çok büyük çoğunluğunun otuzdan az işçi çalıştıran işyerlerinde çalıştığı ve dolayısıyla iş güvencesi kapsamı dışında olduğu ve "yeni" Yasa ile bu kapsamdaki işçilerin sendikal güvencelerinin tümüyle yok edildiğini göz önünde bulun-

durduğumuzda, ücretli avukatların Yasa'dan en mustarip olacak kesim içinde yer aldığını da söyleyebiliriz…" Dahası "yeni" Yasa'nın getirdiği yeni barajlar, avukatların örgütlenebileceği ve toplu iş sözleşmesi yetkisine sahip olan üç sendikayı da birer birer baraj altı bırakma riskini taşıyor. ("Yeni" Yasa 12 Eylül Düzeni'ni Pekiştirdi", Metin Ebetürk, Güncel Hukuk Dergisi, Aralık 2012)

Katılımcıların %74,2' sinin staj eğitimini yeterli bulmadığı, hukuk eğitimini çok yetersiz gördükleri, ancak %1,9 unun avukatlar arasındaki dayanışma için "oldukça iyi" cevabını verdiği, ancak %8,7' sinin "politikayla yakından ilgili olduğu bir meslek grubunda siyaset ve mücadele ne kadar yer tutuyor diyebiliriz?

Siyaseten ise; meslektaşlarımızın yargı'daki susturuluşlarına ilişkin verdikleri örnekler, toplum nezdindeki itibar yoksunluğuna ilişkin söylemleri ve genel olarak hak aramanın neredeyse imkansızlaştırıldığı bir toplumda; "hakkı söke söke alan" o eski "avukat kahraman" ların da yok olduğu bir süreçte, Molierac'ın sözünün gerçekçiliğinden ve avukatların özgürlükçü, devrimci, bağımsız siyasi var oluşlarından söz etmek de ne derece doğrudur bilemiyorum!

Bu kadar ciddi ve belki de iç sıkıcı örnek ve veriden sonra, bence umut verici ve eğlenceli bir örneği de sizinle paylaşmak isterim.

Kibir üzerine dağınık araştırmalar yaparken, -tabii ki bunların bir kısmı insana, bir kısmı kitaplara değerek, ancak bir kısmı da çağımıza uygun şekilde makinelere ve sanal ortama değerek yapılıyor- rastladığım çok ilginç bir şey oldu: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğrencilerinin kurduğu hukukla.net sitesindeki bir yazıda, muhtemelen daha üst sınıf öğrencileri şöyle diyor: "İki yıldır fakülteye kaydolan birinci sınıfları gözledik ve nelerin mutlaka yapılması gerektiğini 2012 girişli Ankara Hukuk öğrencileri için listeledik. İşte size ilham verecek 8 madde"… Ben 8 maddeyi paylaşamayacağım ancak kibirle ilgili yazdıklarını ya da içinde bunun izlerini taşıyan bölümleri paylaşmak isterim:

1) Hukuk Ders Kitaplarıyla Toplu Taşıma Araçlarına Binmek

İlk anayasa dersine girdiğinde, anlatılanları dinledikçe kendini anayasa mahkemesi başkanı zanneden birinci sınıf hukuk öğrencisinin yapacağı 8 şeyden birisidir, anayasa kitabını alarak toplu taşıma aracına binmek. Otobüste/metroda karşılaşacağı teyzelerin evlatlarına nispet yaparcasına tutar o kitabı. Kitabın diğer kısımları elleriyle kapalı olabilir; ancak anayasa hukuku yazan kısım olabildiğince açıktır, adeta "buraya bakın" diye haykırmaktadır genç hukukçu.

2) Sosyal Medyada Hukukla İlgili Sayfaları Beğenmek

Hukuk fakültesine gelmek demek; diğer üniversitelerin aksine çimlerde uzanmış dergi okuyarak fotoğraf çektirmek değildir. Hukuk fakültesine geldiğini belli etmenin yolu, sosyal medyada hukukla ilgili sayfaları beğenmekten geçer. İçtihad sayfalarından, yüksek mahkemelerin kararlarının paylaşıldığı gruplara, popüler hukuk profesörlerinden; eğlencelik hukuk sayfalarına kadar; içerisinde "hukuk" kelimesi geçen tüm sayfalar beğenilmelidir.

3) Üst Sınıflardan Taktik Almak

Genç öğrencimiz, kendi şubesine ait üst sınıflardan mutlaka taktikler alır. Hangi hoca nasıl sormakta; kimin dersine girilir; Medeni Hukuk'a nasıl çalışılır? Bütün bu soruların cevapları ukala üst sınıf öğrencilerinden öğrenilmelidir. Bu maddede karşılıklı yarar ilkesi gözetilir. Birinci sınıflara bilgi verilirken, ukala üst sınıflar dersler altında ezilmenin verdiği tek avantajı kullanmaktadır; yeni gelenlere hava atmak!

4) Avukat Olacaklar İçin Olabildiğince Çok İnsanla Tanışma

Avukatlık çevre ister; bu meslek için öğrenci şimdiden bir 'sosyal kelebek' olmalıdır. Kibirli hukuk fakültesi öğrencileriyle tanışmanın en iyi yolu, onlara uyum programıyla ilgili bir şeyler sorup sonrasında "bu arada ben şu'yum" diyerek elinizi karşınızdakine uzatmaktır. Avukat olmasanız bile, ilk haftalarda çok insanla tanışmanızda fayda var, zira sonrasında tanışacak bir ortam bulamayabilirsiniz.

5) Suratın Mahkeme Suratı Halini Alması

Hukuk fakültesi öğrencisinin bulunduğu üniversite ve kampüste diğer öğrencilerden bir farkı vardır. Ne de olsa bir yıllığına da olsa Anayasa Hukuku derslerinde vatanı kurtaracak odur; siyasal öğrencisi değildir. Kibir, hukuk fakültesinin binasına girmekle birlikte bedeninizin tüm damarlarını ele geçirmiştir. Suratlarınız olabildiğince asıklaşmalı, tepkileriniz durağan hale gelmelidir; ne de olsa genç hukukçumuz geleceğin hakim-savcısı olacaktır; şimdiden resmiyete alışmalıdır.

Kibir kısa bir süre içinde öyle bir hale gelir ki genç hukukçumuz, kendi bölümündeki öğrencilerden dahi kendisini ayrı ve biricik hissetmektedir.

(Hukukla.net / 22 Eylül 2012)

Umut verici dedim başlarken çünkü; genç hukukçular hukukçu kibrinin farkında olarak yola başlıyorlarsa, bu kıyafeti üzerlerine giymeyecekler ve farklı olacaklardır diye düşünüyorum.

İmam Gazali'den ve Schopenhauer'dan iki örnekle son söze doğru yaklaşalım…

Gazali'nin ki biraz tersten bir yaklaşım, tevazunun kibri…

"…Kibrin ilaçlarından biri, emsal olan kimselerle toplantılarda bulunulduğu zaman onları öne geçirmek ve onların aşağısında oturmaktır. Fakat burada şeytanın bir kurnazlığı vardır. Şöyle ki: Kişi ayakkabılarının yanında oturur veya emsalleriyle arasında ne idüğü belirsiz kimseler bulunur ve böylece kendini mütevazı zanneder. Oysa böylesi, kibrin ta kendisidir. Çünkü kalbine 'lâyık olduğum yeri başkasına terkettim ve tevazu gösterdim' gibi vesveseler gelir ki işte bu vehim, kibrin ta kendisidir. Kendisine düşen vazife, akranını öne alıp, onların arkasında oturarak ayakkabılığa düşmemektir... " (İmam Gazali)

Schopenhauer ise gurur ve kibrin farkını ortaya koyuyor…

"… Doğamızın burada betimlediğimiz budalalığı, esas olarak üç sürgün verir: Mevki

hırsı, kibir ve gurur. Son ikisi arasındaki fark, gururun kişinin kendi değerinin herhangi bir bakımdan kendi üstünlüğü hakkında zaten sabit olan kanısına dayanmasıdır; buna karşılık kibir, başkalarında böyle bir kanıyı uyandırma arzusudur, bu arzuya çoğu kez bu kanı sonucunda, onu kendine mal edebilme sessiz umudu eşlik eder. Buna göre gurur içten kaynaklanır, bu yüzden kendi kendine dolaysızca aşırı saygı gösterilmesidir; buna karşılık kibir ise böyle bir saygıya dışarıdan, yani dolaylı biçimde ulaşma çabasıdır. Buna uygun olarak kibir geveze, gurur da suskun yapar… "(Schopenhauer, Yaşam Bilgeliği Üzerine Aforizmalar s. 58)

Sonuç olarak, kibir konusu bizi de daha fazla "gevezeleştirmeden" son sözü söylersek:

Evet, mücadeleci, dar bakış açılarını, statükoları, hayatı değiştirmek için çaba sarfeden bir meslek grubunun da üyeleri aynı zamanda hukukçular, ancak bu hukukçu kibiri için yeterli bir neden değil! Hele ki bugün yaşadığımız çağda ve toplumlarda, artık bu kibir için yeterliliğin ötesinde hiçbir gereklilik de olmadığı gibi; bu duruş ve varoluş tarzı realiteye tamamen aykırı, eğreti bir aşkınlık iddiası olarak havada asılı duruyor.

Artık asılı kaldığı yerden aşağı inse ve yerli yerine otursa, tıpkı eğreti birçok kavramın yerini bulduğu zaman duyduğumuz huzur gibi huzura kavuşacak ve bizler de ne olduğumuzu bilerek mücadelemizi yükseltebileceğiz!

İNSAN HAKLARI EVRENSEL BİLDİRGESİ'NDEKİ İNSAN KAVRAMININ MÜPHEMLİĞİ VE MUĞLAKLIĞI ÜZERİNE*

Taşkıner KETENCİ**

20. yüzyıl çok ilginç bir çağ oldu. Her on yılda bir bildiğimiz dünyanın alt üst olduğunu gördük. 1914'te birinci dünya savaşı başladı, 29'da büyük kriz, 38'de ikinci büyük savaş, 50'lerde soğuk savaş, televizyon, basın, telefon, basının yükselişi, Vietnam, Kore, Afganistan savaşları, bilgisayar, postmodern canlı yayın körfez savaşları, internet, pornografi… Bütün bu karmaşa içinde moda olarak inanılan her şeyin değerini yitirdiğini, yerine başka bir şeylerin yerleştiğini, sonra onların da değerden düştüğünü gördük. Anlam ve değer taşıyan hiçbir şey kalmadı gibi görünüyor. Nietzsche'nin Nachlass'ında söylediği "nihilizm kapının önünde dikiliyor" sözü doğrulanıyor gibi. Siyasi tarih bunu doğrulamasa bile, çocuk pornografisinden alınan hazzın yıllık ederinin 10. milyar dolara yaklaşması nihilizmin hemen her evin penceresinden, kapı altlarından sızmasının delili sayılmalı.

20. yüzyıla damgasını vuran en önemli olgulardan birisi, dünyamızın insanlık tarihinde belki de en büyük vahşetlere –toplu katliamlara, soykırımlara, akla hayale gelmedik işkencelere– bu yüzyılda tanık olmasıdır. Bir diğer olgu da, insanlık açısından en önemli başarılardan biri olarak nitelendirilebilecek bir başarıya yine bu yüzyılda imza atılmış olmasıdır. Bu başarı insan türünün üyeleri olarak bütün insanların sahip olduğu düşünülen "insan hakları"nın uluslararası bir belgeyle –*Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi*yle– ilân edilmesidir.

Yirminci yüzyılı tanımlamakta kullanılabilecek daha pek çok olay ve kavram bulunabilir. Bunca çeşitli seçenekler içinden hangisinin ya da hangilerinin yirminci yüzyılı tanımlamakta kullanılacağına karar verebilmek bugünden zor. Fakat yirminci yüzyılda, çoğu zaman sözde kalsa bile, pek çok devlet tarafından kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi eğer bu hızda sadece sözde kalmaya devam etmezse, gelecek yüzyıllarda insan olmanın içeriğinin doldurulmasında önemli bir mihenk taşı olacak gibi görünüyor. Çağımıza özgü olan ve pek çok alanda kendini gösteren moda olan şeylerin süratle gözden düşmesi olgusunun insan hakları için de geçerli olmamasını dileyelim. Çünkü Evrensel Bildirge ile insanlık tarihinde ilk kez bütün insanlığı kapsayacak şekilde ortaklaşa normlar getirilmeye çalışılıyor, "insanlık ailesinin tüm üyelerinin sahip olduğu onurun, eşit ve devredilmez hakların tanınması, dünyada özgürlüğün, adaletin ve barışın temeli" olarak görülüyor. Eğer İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde dile getirilen hakların korunmasına yönelik istemler uluslararası politikanın

* *Bu çalışmada Nermin Yavlal-Gedik tarafından hazırlanan Yüksek Lisans Tezinden geniş ölçüde yararlandım. Kendisine bu güzel çalışmasından dolayı teşekkür ederim. Yavlal-Gedik, Nermin, Felsefe Açısından Temel İnsan Hakları Belgeleri, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*

** *Doç. Dr. Mersin Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü*

görmezden gelme marjlarına terkedilmezler ise, 21. yüzyılda insan haklarının politikacılar tarafından şu veya bu amaçla ancak ihtiyaç duyulduğunda kullanılan siyasi bir araç olmaktan çıkacağını umabiliriz.

*

Bu çalışmada, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nde dile getirilen insan idesine ilişkin eleştirel bir okuma gerçekleştirilmeye çalışılmaktadır. Bu eleştirel okumada Bildirgedeki dilsel bir kullanım nesnesi olarak insandan anlaşılan şeye odaklanılacaktır.

*

Çalışmanın başlığında dile getirilen durumun bir benzerini Tevrat'ta da görebiliriz. Tevrat'ta Rab nesnelerin adını bilen ve nesnelere adlarını verendir. Rab ağaca bakar ve 'senin adın ağaç olsun' der. Adem'i Tanrı karşısında zayıf kılan da nesnelerin adını bilememesidir. Yine, bilinir ki, Adem bilgi ağacının yasaklanmış meyvesini yediğinde Tanrı'nın kendisine söylemediği adları, söz gelişi utanmanın adını bilir. *Adem* adının *Adem* olduğunu bilir. Çünkü Rab kendisine öyle seslenmektedir. Ama *Adem* kendisine aynı zamanda *insan* da dendiğini yasak ağacın meyvesini yemeden önce de biliyor muydu? Adem, insan ve Adem olarak kendisine aynı zamanda "*mahluk*" da, "cennetin yurttaşı" da denebileceğini yasak meyveden mi öğrenmiştir acaba? Tevrat'ın Yaradılış bölümünde Adem'in adlarına ilişkin olarak karşımıza çıkan bu belirsizlikler Evrensel Bildirge için de geçerlidir. Felsefe tarihi açısından da "insan" kavramı hakkındaki sıkıntılar olduğu neredeyse en baştan bu yana bilinen bir şeydir. Örneğin Aristoteles'in Metafizik'te Platon'un idealar ve tek tek nesneler arasında var olduğunu düşündüğü ilişki biçimlerine ilişkin eleştirisinde dile getirdiği "üçüncü insan" kanıtlaması bu sorunun varlığının bilindiğinin açık bir kanıtıdır[1].

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin dayandığı, haklarını korumaya kalktığı "insan" kavramının ele avuca gelmezliğini anlatmaya çalışılırken, aynı zamanda "**insan**" kavram hakkında temellendirilmiş belirlemeler yapmanın son derece güç olduğu da bir olgudur. Bu anlamda, *belirlemeler yapılmaya gelmezlik* olgusunu karşılamak üzere "**müphemlik**"[2] sözcüğünü kullanıyorum. Diğer yandan da insan kavramının bu ele avuca gelmezliği yanında İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde insan kavramının *kavramın içeriğini kavramayı zorlaştırıcı bir biçimde kullanıldığını* düşünüyorum. Bu ikinci anlamın karşılığı olarak ise **muğlaklık** sözcüğü daha uygun düşüyor. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ndeki insan kavramının muğlaklığı insan kavramının kültürel çağrışımlarla işlenmesine, diğer yandan da dilin günlük –teknik olmayan- kullanımının metne taşınmasına bağlıdır. Bu çalışmada bu nedenle insan kavramının salt bir kavram olarak farklı içerimleri ile kavramın Evrensel Bildirge metnindeki kullanımları arasındaki kopukluklara işaret edilmeye çalışılacaktır[3]. Böylelikle Evrensel Bildirgedeki insan idesinin kavramdan bağımsız kullanımlarının kendini ele verdiği **müphemliğin ve muğlaklığın** açık hale getirebileceğini gösterebileceğimi umut ediyorum.

*

Hukuksal metinler kaleme alınırken mümkün olduğunca çok anlamlılıktan arındırılmış, anlam karmaşası yaratmayan metinler oluşturulması temel esaslardan biridir. Bu nedenle yasa metinleri, tüzükler, yönetmelikler… kaleme alınırken her bir sözcük özenle seçilmeye çalışılır[4]. Hukuk dili tek-anlamlı (Almanca'daki karşılığı: einsinnige) olduğu savındadır. Ama yine de, bütün bu çabalara rağmen hukukta yasa metninin yorumu, hukuksal hermeneutik, asli bir öğedir. Yazınsal metinlerde ise çok anlamlılık yazınsal metnin doğası gereğidir. Öyle ki, sözcüklerin anlamları tarih içinde değiştiğinde, metinler artık yazarın niyetlerinden (Umberto Eco'nun kavramıyla "örnek yazar"dan) bağımsız olarak kendi anlamlarını geliştirmeye başlarlar. Evrensel Bildirge, hukuksal bir metin olmamakla birlikte, uluslararası bağlayıcılığı olan bir kök-metin olarak artık hukuk diline ait bir metindir. Bu bakımdan mümkün olduğunca çok anlamlılıktan arındırılmış bir metin olması beklenir.

Bildirgenin insan kavramındaki **muğlaklığın** ilk kaynağı düpedüz dilsel, **nesne yitiminden kaynaklanan bir yanlışlıktır**:[5]

Evrensel Bildirge'de

1. Madde şöyle söyler: "**Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır, birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar.**

İlkin, Bildirge'nin birinci maddesinde üç ayrı önerme ve birbirinden ayrı karaktere sahip üç ayrı tümce vardır.

Bütün insanların özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğdukları ve akıl ve vicdana sahip oldukları, insanların kendilerine ilişkin bir kabulüdür. 1. madde her ne kadar iki cümleden oluşsa da orada 3 cümle vardır. 1. maddede yer alan "akıl ve vicdanla donatılmışlardır" cümlesi –yani ikinci cümle– merkezi bir cümle konumundadır. Hem birinci cümleyi –"insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar" cümlesini– temellendirir, hem

1 **Metafizik 990b 15-20**

2 *İngilizce'deki* **ambivalence** *sözcüğünün karşılığı olarak.*

3 *İnsan hakkındaki her belirleme aynı zamanda belirlemeyi yapan hakkında da belirlemeler yapabilmemize olanak tanır. İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin insan hakkında yaptığı belirlemeler, aynı zamanda bildirgeyi hazırlayanların "insan" kavramından ne anladıklarını da gösterir. Hatta bu kavram yine bildirge içerisinden bakıldığında bildirgedeki hakların da temellendirildiği yerdir. Dilthey'in işaret ettiği Hermeneutik bir noktadır burası.*

4 *Hukuksal metinler yazınsal metinlerden farklı bir karakterdedir. Hukuksal metinler yazın metinlerinde okurun imgelemiyle tamamlamasını bekleyen boşluklardan arındırılmış metinlerdir. Söz gelişi, yazınsal metinlerde nesneler ya da sahneler tam olarak anlatılmaz. Bu anlatılamaz bir şeydir de aynı zamanda Bir yolcu bir trene biner ve gider. Ama trenin rengi, vagonları, kaç yaşında olduğu, pencerelerinin biçimi,… eksiksiz bir biçimde anlatılamaz. Bu detaylar metnin hızını ve ritmini belirler. Buna karşılık hukuksal metinlerde, eğer gerekirse her bir öğe bütün unsurlarıyla açıklanmaya, eksik-boşluk bırakılmamaya çalışılır. Hukuksal metinler bu nedenle hızlılık öğesinden de arındırılmış, mümkün olduğunca ağır bir ritimle ilerleyen metinlerdir.*

5 *Bu çalışmada Maltepe Üniversitesi İnsan Hakları Kürsüsü'nde yapılan çeviri esas alınacaktır. Bkz:* http://humanrights.maltepe.edu.tr/sites/default/files/files/%C4%B0NSAN%20HAKLARI%20EVRENSEL%20B%C4%B0LD%C4%B0RGES%C4%B0.pdf

de üçüncü cümlenin –"birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar" cümlesinin– sonuç olarak çıkmasını sağlar. İkinci cümlede insanın yapısına ilişkin bir bilgi dile getirilmeye çalışılmakta, insanın ayırt edici özelliğinin onun akıl ve vicdanla donatılmış olması olduğu söylenmektedir. Üçüncü cümledeki eylemeye ilişkin gereklilik de insanın akıl ve vicdandan oluşmuş yapısından türetilmiş bir gerekliliktir.

Oysa bildirgenin giriş kısmında "İnsan hakları neden korunmalıdır?" sorusu yanıtlanmaya çalışılırken insan kurduğu ilişkilerde "barbarca eylemler", "korku ve yoksunluk", "zorbalık ve baskı" yaratan bir canlı türü olarak betimlenir. Evrensel Bildirge'de dile getirilen insan hakları *insanların* yeniden bu duruma düşmemesinin önlemi, güvencesi olarak görülmektedir. Şimdi sorulması gereken soru şudur: böylesi, İkinci Dünya Savaşı'na götüren ve savaşta uygulanan fillerin kaynağında akıl ve vicdan sahibi bir varlık olarak insanın yeri nedir? Dolayısıyla *insan* akıl ve vicdan sahibi olduğu için bir yandan hakları olan bir varlık olarak görülürken, aynı "*insan*" bu kez de akıl ve vicdan sahibi olduğuna göre, böylesi haklara sahip bir varlık olduğumuzu hatırlamamızı sağlayan fiillerin sahibi, kaynağı olmaktadır. Akıl ve vicdan bir yandan akıldışı ve insanlık vicdanını yaralayan fiillerin kaynağı olurken, diğer yandan da kardeşliğin temellendirildiği yer olmaktadır. Giriş bölümünde insan haklarının korunması gerekliliği sanki insanların sorumlu olmadığı bir durumun sonucunda insanların duruma müdahalesi gibi görünmektedir.

Giriş bölümünde *tarihsel*, reel bir varlık olarak "insanlar"dan söz edilirken, birinci madde insandan, tarih *dışı bir varlık olarak insandan* söz etmektedir. Bu iki nesnenin aynı türden olmadığı, birinin, insanlar hakkındaki bilginin realite bilgisinin olanaklı olmasına dayandığı, diğerinin ise Platon'dan beri bildiğimiz bir şey olarak kavramın bilgisinin olanağına dayandığı gözden kaçırılmaktadır. Dolayısıyla giriş bölümünde insanın değerinin bilgisine değil, yaşanmış, istenmeyen bir şeye/şeylere ve özlenen bir şeye/şeylere dayanıldığını görüyoruz. Oysa birinci madde insan türü, -*insan idesi*- hakkında bir belirlemeden bir gereklilik çıkarmaktadır.

Buradaki durumda giriş bölümü ile birinci maddenin aynı nesneye bakılarak kaleme alınmadığı söylenebilir. Bu, örneklerini pek çok alanda görebileceğimiz nesnenin yitilmesi olgusunun bir örneğidir.

1. maddeyle ortaya konmak istenenin daha iyi anlaşılması açısından *Bildirge*nin taslak metninin hazırlanması sırasında 1. madde üzerine yapılan tartışmalara –taslak metninin hazırlanması sırasında üzerinde en çok tartışılan madde 1. madde olmuştur– kısaca yer vermek, yerinde olacaktır. 1. maddeye ilişkin ilk taslak şöyledir: **"Tüm insanlar kardeştir. Akıl ve vicdanla donatılmışlardır ve tek bir ailenin üyeleridir. Bu yüzden özgürdürler ve eşit onura ve haklara sahiptirler**". Bu ilk taslağı Cassin hazırlamakla birlikte "akılla donatılmışlardır" ifadesi Lübnanlı Komisyon üyesi Malik, "ve vicdanla" ifadesi ise Çinli Komisyon üyesi Chang tarafından eklenmiştir[6]. Akıl ve vicdan insanı hayvan ayıran özel-

6 *Lindholm 1992: 33* (Aktaran: Yavlal-Gedik 1999)

likleri ifade etmeyi amaçlar[7].

Bildirgeyi hazırlayanlar, insanın tür olarak hayvandan farklı olduğunu, bunun açık seçik, tartışmaya gereksiz bir şey olduğunu kabul etmektedirler ama sahi bu akıl ve vicdan denilen şey de nedir? Akıl ve vicdan sözcüklerini de 'insan hayvan değildir' önermesinde olduğu gibi, aynı şekilde, *açık seçik* bilinen şeyler olarak kabul edebilir miyiz sahi? Akıl ve vicdan sözcükleri sahi bütün dillerde aynı şeyleri mi imlemektedirler ki, insan "akıl ve vicdan sahibidir" denilince her okuyan hep aynı şeyi anlasın? Bu anlamda Evrensel Bildirge'nin dili kültürlerden bağımsız mıdır?

*Bildirge*nin dili özellikle Batılı ya da Doğulu yaklaşımdan kaçınılmaya çalışılmış olmakla birlikte sahiden bu başarılabilmiş midir? Olanaklı olduğunca kültürel göndermelerden arındırılmış bir metin ortaya konuşmaya çalışılmıştır. Ama metin bu haliyle özellikle ilk cümleden olmak üzere kültürel etkiler taşır.

Bütün insanların özgür olduğunu, onur ve haklar bakımından eşit doğduğunu söyleyen ilk önerme dinsel değil, felsefi kaynakları olan bir önermedir. İkinci önerme ise, bir kabul dile getirir ve bu ilk cümleyle beraber insanların birbirine kardeşçe davranması gerekliliğinin kaynağı olarak görülmektedir. Bildirge "akıl ve vicdan" sözcüklerinin bütün dillerde aynı anlama geldiğini, okuyan herkesin aynı şeyi anlamasını beklemektedir. Bildirgenin yazım aşamaları hakkında yazılan dokümanter kitaplarda "akıl" sözcüğünün bildirgeye Batılı komisyon üyeleri tarafından eklendiğini, buna karşılık "vicdan" sözcüğünün ise doğulu Çinli[8] komisyon üyesi tarafından eklendiğini biliyoruz. Maliki Lübnanlı olmakla birlikte komisyonda Batı düşüncesini temsil eder bir konumdadır. İki farklı dildeki anlam farklılığına dikkatinizi çekmek isterim. Akıl sözcüğü Arapça etimolojisine bakıldığında develerin ayağına vurulan pranganın adıdır. Bu anlamda sınırın içinde kalma talebini dile getirir. Buna karşılık Almanca'daki Vernunft vernehmen fiilinden gelir. Bütünü kavramak anlamına gelir. Kant'ın Saf Aklın Eleştirisi'nde Vernunft'a bütünsellik fikirleri olarak ideler üretme işlevi yüklemesinin arkasında bu dilsel-kültürel yönlendirme yatar.

Benzeri bir sıkıntı birinci maddede geçen *vicdan* sözcüğünde de mevcuttur. Vicdan, dilimizde **vcd** kökünden gelerek, salt duygusal bir yaşantıya teslim olma anlamı taşır. Buna karşılık vicdan olarak Türkçe'ye çevirdiğimiz sözüğün Latincesi "conscientia",dır birebir çevrilirse Almanca'daki "Mit-Wissen" yani birlikte bilmek demektir. Sözcük Latinceye Yunanca *syneidêsis*-Begriff kavramının çevirisi olarak girmiştir. Sözcük birlikte bilmek, aynı şeyi bilmek gibi bir anlama sahiptir. Ama *conscientia* bizim *vicdan* dediğimiz sözcükle aynı şeyi söylemez. Bilgiye dayalı bir zihinsel durumu adlandırır. Oysa Vicdan dediğimiz şey bizim dilimizde bilgiyle verilmeyen, bilgiye dökülemeyeni anlatır ilkin. Sözcüğün İngilizcesi ise conscience doğrudan İngilizce bilinç (consciousness) anlamındaki sözcüğün temelini taşır

7 Lindholm 1992: 41 (Aktaran: Yavlal-Gedik 1999)

8 *Çince bir sözcük olan "run"ın karşılığı olarak çevirisi "iki-adam-düşünceli" ya da günlük dilde "kendi insanlarına karşı bilinçli olma ya da sempati duyma" şeklindedir (Lindholm 1992: 46).*

Buraya kadar insan hakkındaki dilin zorunlu olarak dilsel bir *muğlaklığa* dayalı bir tür *müphemlik* olduğunu göstermeye çalıştım.

Ancak Bildirge'nin dilindeki sıkıntılar ne yazık ki akıl ve vicdan sözcükleriyle insan kavramının içeriklendirildiği yanılgısının gösterilmiş olmasıyla bitmiyor. Burada aynı zamanda açık bir muğlaklık, hatta dilsel bir oximorona varan bir muğlaklık olduğunu düşünüyorum. Bu noktadaki saptamaların temelinde "insan" kavramının ele alınabilme olanakları ve bu olanaklara bağlı bir **müphemlik** yatmaktadır. İnsan kavramının dilsel kullanımında birden fazla kullanım olanağı olduğunu, bu olanakların da insan kavramının içermelerine dayandığı görülüyor. Çünkü insan kavramının tek bir imlemi yoktur. Salt kavramsal açıdan, yani kültürel sınırlandırmaların dışında kavramsal olarak bakıldığında, insan sözcüğünün **ilkin** insan türüne, **ikinci** olarak belirli bir toplumdaki belirsiz bir tek olarak bireye (Örneğin şu ya da bu Federal Almanya Devleti yurttaşına), grubun üyesi ya da ülkenin yurttaşı denilen şeye, üçüncü olarak da **belirli bir kişiye** (söz gelişi Angela Merkel adıyla çağrılan kişiye) ilişkin olduğunu söyleyebiliriz. Adolf insandır, Almanlar insandırlar ve Adolf'u da Almanları da insan kılan şey insan türünün üyesi olmalarıdır. Kavramın bu üç imlemi açık seçik bir şekilde birbirinden ayrılmadan kullanıldığında, yani bireyden-yurttaştan söz ederken, insan türünden ya da kişiden söz edildiğinde ortaya tam bir karmaşa çıkmaktadır. Çünkü farklı biçimlerde tarihsel olanla tarih dışı olan birbirine karışmaktadır. Bildirge böylesi karıştırmalarla doludur[9].

Bu karıştırma insan haklarının dinsel temellendirme girişimlerinin kaynağı olduğu gibi, aynı zamanda hakların Batılı sayılmasının ve reddedilmesini savunan girişimlerin de kaynağıdır. Böyle bir iddia "Viyana İnsan Hakları Konferansı"nın, Nisan 1993te Bangkok'ta yapılan hazırlık toplantısında Asya hükümetleri tarafından da ileri sürülmüş, insan hakları standartlarının Hristiyan ya da kapitalist değerlere dayandığı, sömürgeci olduğu ve diğer ülkelere empoze edildiği" belirtilmiştir. Bu, sadece Batılı olmayan çevrelerce iddia edilmiyor, "insan haklarının evrensel geçerliliği talebinin, Batının egemenlik çabasının sinsice gizlenmesinden ibaret olduğu ... en radikal biçimde Batılı entellektüellerce savunuluyor"[10]

Felsefecilerin ve siyaset bilimcilerin yaptıkları birinci ikinci kuşak haklar sınıflandırması da aslında bu karmaşayı aydınlatmaya yöneliktir. İnsan türünün haklarının bireyde mi kişide mi korunduğuna ilişkin bir ayrımdır bu.

Acaba ileri sürüldüğü gibi insan hakları evrensel ilkeler değil de sadece Batı kültürüne ait bazı değerler midir? İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin haklarını korumaya çalıştığı bu insan kimdir sahi?

Bu düşüncenin arkasında evrensel bildirgedeki insan idesinin müphemliği bulunur. tür olarak insan hakkındaki bilgilerle, tarihsel ve dolayısıyla toplumsal bilgiler bir arada, ayrımları bilinçli olarak dile getirilmediğinde bu söylenebilir hale gelir. Aynı şekilde insan

9 *Bu bakımdan Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi, en azından adı ile, tür olarak insan ve yurttaş olarak insan ayrımına dayalı bir metin olarak kabul edilebilir.*

10 *Yavlal Gedik 1999*

haklarının İslami olarak temellendirilmesi, de buna dâhildir. Bu çerçeveden bakıldığında, İslamiyet'te bilinçli olarak yasaklanmamış olarak varlığını sürdüren ancak peygamberin hadis ve uygulamalarında bir tür gönüllü vazgeçiş olarak bulunabilecek kölelik de insan haklarının çerçevesine dâhil edilebilir hale gelmektedir.

Evrensel bildirgedeki ilkeler insanların nasıl muamele görmeleri gerektiğine ilişkin talepleri dile getiren normlardır. İnsan haklarının evrensel ilkeler olup olmadığı, ya da hangi hakların insan hakları olduğu insan hakları kavramının nasıl içeriklendirildiğiyle ilgilidir. İnsan haklarının herkes için her yerde, her zaman korunması gerektiği, insan hakları ilkeleri olarak dile getirdiğimiz normların bilgisel temeline dayanır. Bu normların dayanağı ise insan kavramıdır. Ama hangi insan? Bu nedenle insan hakları kavramının temelinde hangi insan kavramının bulunduğu, bu kavramın nasıl kavramlaştırıldığı büyük önem taşımaktadır. Kavram içeriklendirilme biçimi bu hakların evrensel ilkeler olarak görülmesini sağlayabileceği gibi, bu hakların sadece belli bir kültüre ait değerler olarak kabul edilmesine de götürebilir.

Bu söylenenleri daha açık kılmak için Bildirge'de yer alan kimi maddeleri ele almak yeterlidir[11].

Madde 2

İnsan olan "Herkes ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka türden kanaat, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğuş veya başka türden statü gibi herhangi bir ayrım gözetilmeksizin, bu Bildirgede belirtilen bütün hak ve özgürlüklere sahiptir."

Madde 3

İnsan olan "Herkesin yaşama hakkı ile kişi özgürlüğü ve güvenliğine hakkı vardır

Madde 4

İnsan olan "Hiç kimse, kölelik ya da kulluk altında tutulamaz; her türden kölelik ve köle ticareti yasaktır".

Madde 5

İnsan olan "Hiç kimseye işkence ya da zalimce, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza uygulanamaz".

Madde 6

İnsan olan "Herkesin, nerede olursa olsun, yasa önünde bir kişi olarak tanınma hakkı vardır."

Bildirge'nin 2., 3., 4., 5., 6. maddelerinde **tür olarak insandan** söz edilmektedir.

Oysa hemen 7. ve 8. maddeler "insan" kavramının ikinci imlemi olarak "yurttaş"a-"bi-

11 *Her maddenin başına "İnsan olan" vurgusu tarafımdan eklenmiştir. T.K.*

reye" odaklanmaktadır. Bu maddelerde insan sözcüğü ile kast edilen şey, bir "yurttaş"-"-birey" olarak insandır.

Madde 7

Herkes yasa önünde eşittir ve ayrım gözetilmeksizin yasa tarafından eşit korunmaya hakkı vardır. Herkes, bu Bildirgeye aykırı herhangi bir ayrımcılığa ve ayrımcı kışkırtmalara karşı eşit korunma hakkına sahiptir.

Madde 8

Herkesin anayasa ya da yasayla tanınmış temel haklarını ihlal eden eylemlere karşı yetkili ulusal mahkemeler eliyle etkin bir yargı yolundan yararlanma hakkı vardır.

Yaşama hakkının tarih dışı olduğu düşünülürse ve anayasa denilen ilkeler bütünün insanlık tarihindeki tarihsel başlangıcı göz önünde bulundurulduğunda, hemen daha ilk başta yurttaş ve tür olarak insan kavramlarının birbirinden ayrılmadığı görülmektedir.

Buna karşılık 12. madde kişi olarak insan haklarının korunmasını talep etmektedir

Madde 12:

Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, evine ya da yazışmasına keyfi olarak karışılamaz, onuruna ve adına saldırılamaz. Herkesin, bu gibi müdahale ya da saldırılara karşı yasa tarafından korunma hakkı vardır.

Oysa Madde 12 yine kişi olarak insan kavramının doğal bir sonucudur. Bildirge bu insan kavramı hakkındaki bu müphemliğe dayalı muğlaklık nedeniyle net değildir. Bildirge hukuksal metinlerin sahip olması beklenen "tek anlamlılığı", tam da bildirgenin yöneldiği insan hakkındaki belirsizlikler nedeniyle kaybetmiştir. Aristoteles'in Nikomakhos'ta öğrettiği gibi tarihsel olarak karşımıza çıkan şeylerin değeri ile tarih dışı olanın değeri hakkındaki temellendirme birbirinden farklıdır.

Milne (1979) neredeyse bu bildiride savunulan görüşleri savunmaktadır. Ona göre *Evrensel Bildirge*de bir paradoks vardır: *Bildirge* iddia ettiği gibi insanların hasbelkader yaşamakta oldukları bazı sosyal ve siyasî düzenlerden bağımsız, sadece insan olmaları nedeniyle sahip oldukları hakları değil; belirli bir tür sosyal düzenin, yani liberal, demokratik ve endüstri toplumunun değerlerini ve kurumlarını varsayan hakların detaylı bir listesini ilân ediyor[12]. Bu paradoksu çözmenin bir yolu, insan haklarını evrensel ahlâkî haklar olarak görmek ve bu hakları yoruma açık soyut ilkeler olarak formüle etmektir. Ancak o zaman bu haklar her zaman ve her yerde uygulama alanı bulabilecek ve insan haklarının kendi değer kurumlarına uygun olmadığını söyleyen ülkeler için de –özellikle de Üçüncü Dünya ülkeleri için de– anlamlı hale gelebilecektir[13].

Benzeri çalışma Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Yaklaşımlar –V Sempozyumunda Prof.

12 Milne 1979: 33

13 Milne 1979: 38

Dr. Ali Şafak Balı tarafından "Hangi 'İnsan'ın Hakları" başlıklı bir bildiri olarak sunulmuştur. Ne ki, adı geçen çalışmada Prof. Dr. Balı, probleme doğru bir şekilde işaret etmekle birlikte, sorunu Evrensel Bildirge'deki insan idesiyle ilgisinde ele almamıştır. Dolayısıyla Prof. Dr. Balı'nın bildirisi, başkaca önemli sorunlara temas etmekle birlikte bu bildiride ele alınan sorunu çözmekten uzak kalmaktadır.

İnsan hakları alanındaki kök-metin olan Evrensel Bildirge'deki insan idesinin muğlaklığı günümüzün reel siyasi oluşumlarında "insan hakları"nda bir enflasyona yol açmakta, ayrıca belgelerin kendi içlerinde ve birbirleriyle çelişen, birbirlerinin korunmasını engelleyen insan haklarıyla karşılaşmamıza neden olmaktadır. Belgelerde karşılaştığımız bir diğer sorun da başka türden normların korunması için temel insan haklarının sınırlandırması, temel olmayan hakların sınırlandırılmaya tabi tutulmaması ve hepsinin insan hakları olarak kabul edilmesi ve bunun sonucu olarak insan hakları adına çıkarları koruma girişimlerini kolaylaştırmasıdır[14]. Bildirgede tür olarak insan, birey olarak insan ve kişi olarak insan ayrımları bilinçli olarak yapılmadığından, bildirge bir tür haklar karmaşası yaratmaktadır. Bu karmaşa yine felsefeciler eliyle çözülmeye çalışılsa da, siyaset kurumu bu kavram boşluğundan kavram kargaşasından kolayca yararlanmaktadır. Sorunun çözümü insan hakları evrensel bildirgesine temel olan insan kavramının üç farklı anlamda ele alınması ve bildirgenin bu kavramlar ışığında yeniden inşa edilmesidir.

Kaldı ki, insan hakları evrensel bildirgesinde önemli olan hakların evrenselliği meselesi de değildir. Önemli olan hakların, birer norm olarak nereye temellendiği ya da nereden türetildiğidir. İnsanın tarihsel başarılarından türetilmiş olan şey ile, insanın tarih dışı yanından türetilmiş olan normları aynı kefeye koymamak meselesidir bu.

Birey olarak insanın hakları tarihsel koşullarda belirlenmiş, insan başarıları olarak tarihsel süreçlerde karşımıza çıkmış haklardır. Buna karşılık Taşıyıcısı tür olarak insan olan haklar tarihin bir noktasında hak olarak tanınmış olmaları söz konusudur. Böylesi haklar insana verilmeyecekleri gibi, insandan alınamazlar da. Çünkü bu hakların olmadığı yerde insan da yoktur. Birey olarak insana ait olarak insan hakları ise, insan türüne ve kişi olarak insana özgü hakların destekleyicisi, insana verilen değerin göstergesi olan haklardır. Böylelikle insana verilen değerin belirli bir devletteki görünümü olarak, adına üçüncü kuşak haklar da denen bu haklar "çifte standart" konusu da olabilirler. Bu haklara ilişkin olarak çelişkili yaklaşım ve uygulamalar söz konusu olabilir demektir bu.

14 Kuçuradi 1995: 4

KAYNAKÇA

- *Aristoteles, Metafizik 2012, (Çev: Prof.Dr. Ahmet Arslan), Sosyal Yayınları, İstanbul,*
- *Bali, Ali Şafak (2010) , Hangi "İnsan"ın Hakları?, İstanbul Barosu – HFSA, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar – V Sempozyumu, 13-17 Eylül, İstanbul*
- *Milne, A.J.M. 1979 "The Idea of Human Rights: A Critical Inquiry" F.E. Dowrick (Ed.), Human Rights-Problems, Perspectives and Texts, Westmead, Farnborough, Hants: Saxon Hause, 23-40.*
- *Lindholm, Tore. 1992 "Article 1-A New Beginning" A. Eide et.all (Ed.) The universal Declaration of Human Rights A Commentary, Drammen: Scandanian University Press, 31-54*
- *Habermas, Jurgen. 1999 "Meşruiyet Dayanağı Olarak İnsan Hakları", Birikim, 118: 62-68*
- *Hammarberg, Thomas 1994 "A Question of Principle" R. Reoch (Ed.), Human Rights-The New Consensus, London: Regency Press, 23-25*
- *Kuçuradi, Ioanna, (1995) The Idea and the Documents of Human Rights Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.*
- *Kuçuradi, Ioanna, (1996) İnsan Haklarının Felsefî Temelleri Ankara: Türkiye Felsefe Kurumu.*
- *Kuçuradi: Ioanna, (1999) "İnsan Hakları Düşüncesinin Işığında İnsan Hakları Belgeleri" H. Yazıcı (Yay. Haz.), İnsan Haklarının Gelişimi, Ankara*
- *Yavlal-Gedik, Nermin, Felsefe Açısından Temel İnsan Hakları Belgeleri, Hacettepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü 1999 (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*

BİLGİ-İKTİDAR İLİŞKİSİ BAĞLAMINDA YASA DÜŞÜNCESİ: İKTİDARIN YASAL(L)AŞMASI

Muharrem KILIÇ[1]

Anlam(a) Sorunu ve Norm: Anlamsal Çözümleme

Modern insanın filozofisi ve düşünsel etkinliğinin mütehakkimâne tutumu, ancak anlama temelinde varlık bulabilecek olan sahici düşünmeyi olanaksız kılmaktadır. Anlam sağlığının bozulması ya da tümden 'anlam yitimi', modern insanın düşünsel *tragediası* olarak nitelendirilebilir. Bu düşünsel trajedinin yarattığı zihin durumunu sağaltıcı-onarıcı varoluşsal adım, düşünmenin eylemselleşmesidir. Heideggerci felsefeye referansla esasında, bizatihi 'kendimizin düşünmesi ile anlaşılması mümkün olan düşünmenin neliği ve düşünmeyi öğrenmeye hazır olma',[2] bu sağaltım sürecinin ön adımlarıdır.

Bireyin bizzat kendi düşünümselliği ile kavranabilecek ve öğrenilebilecek olan bu sürece bir ön hazırlık yapmasının gerekliliği ifade edilmektedir. Bir şeyi –düşünmeyi- öğrenmeye hazır olmak, ilkin ontolojik bir perspektifi ve epistemolojik bir donanımı gerekli kılmaktadır. Düşünmeye dair *ontos*'a ve *episteme*'ye dair söz konusu ön donanımsal hazır olma hali, anlamın/anlamanın sağlığını ve sahihliğini temin edici bir duruma işaret etmektedir.

Düşünmenin sahihliği, düşüncenin yani anlamın sahiciliği ve sahihliğini temin edici faktörü oluşturmaktadır. Zira düşünmenin yöneldiği finalistik hedef, bizatihi 'anlam'ın kendisidir. Anlam ile anlama arasındaki diyalektiksel ilişki, anlamın sahici bir düşünme eylemi üzerinden kurgulanmasına olanak tanımaktadır. Sahih anlam kurgusunun, ulaşılabilirliğin ve sahici düşünmenin varoluşsal aracının böylelikle bizatihi 'anlama' etkinliğinde mündemiç olduğu ifade edilmelidir.

Nitekim bu bağlamda kaydedilmelidir ki, "*Modern insan, felsefesinde, biliminde ve etkinliğinin her yönünde, soyutlayıcı, hesaplayıcı ve her şeyi hakimiyeti altına alıcı çılgın tavrıyla, bizzat bu tavrın kendisinin kurduğu bir tuzak içerisindedir ve sahici düşünmeden uzaklaşmış durumdadır. Sahici düşünme… bir soyutlama ve açıklama etkinliği değil, bitimsiz bir anlama etkinliğidir.*"[3]

Bu tarihi-durumsal tespitin ifşa ettiği modern *tragedia,* 'anlam yitimi' ve 'anlama'nın perdelenmesi olarak deyimlenebilir. Anlamaya dayalı aklın yerini, ne yazık ki kategorize edici, tüm boyutları ile kuşatıcı ve sınıflandırıcı aklı esas kabul eden 'açıklama' etkinliği

1 *Prof. Dr. Akdeniz Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, muharremkilic@akdeniz.edu.tr*

2 *Heidegger, Martin, Düşünmek Ne Demektir?, (çev. Rıdvan Şentürk), Paradigma Yayınları, İstanbul 2009, s. 1.*

3 *Özlem, Doğan, "Giriş: Heidegger ve Teknik", Heidegger, Martin, Tekniğe Yönelik Soru, (çev. Doğan Özlem) içinde, Afa Yayınları, İstanbul 1997, s. 13-15.*

almıştır. Deyim yerindeyse, 'anlamsal çölleşmeye ve tekbiçimliliğe' götüren bu düşünsel modellemenin (açıklama) yarattığı hegemonik aklın, tutulma ile maluliyeti söz konusudur. Sözünü ettiğimiz bu akıl tutulması, doğallıkla sahici düşünmeyi olanaksızlaştıran bir durumu var etmektedir.

Başlıkta problematize etmiş olduğumuz bu sorgulamanın ya da anlam arayışının dayandığı metodolojik çerçeve, Foucaultcu filozofik söylemin dayandığı kavramsal şemaya dayanmaktadır. Michel Foucault'nun (ö. 1984), doğrudan F. W. Nietzche'den (ö. 1900) alıp felsefesine anahtar kavramlardan birisi olarak kullandığı 'soykütük' kavramı burada özellikle zikredilmelidir. Soykütüksel çözümleme, tarihsel olayların tahlilini öngörmektedir. Tarih, yaşanılan zamanda yani 'tarihsel şimdide' işe yaraması için geçmişin küllerine doğru derinlemesine incelenmelidir. Soykütüksel sorgulamanın temel sorusunu da 'iktidarın neliği' sorusu/problematiği oluşturmaktadır.[4]

G. W. F. Hegel'in (1831) efendi-köle diyalektiği üzerinden okuyacak olursak iktidar kavramının, yalnızca bilgi-bilimsel alanı değil bunun yanı sıra, toplumsallığın (hukuk, örf-adet vd. gibi) tezahür ettiği formel alanları da mütehakkim bir biçimde kuşattığını ifade edebiliriz. Örneğin iktidar-efendi ile bilgi/bilim-köle arasındaki diyalektiksel ilişki açısından bakılınca şöylesi bir değerlendirmeye işaret edebiliriz: "*Bilim kuşkusuz yönetimin bir aletidir, ama aynı zamanda yönetim ve onun iktidarı da her nasılsa bilime hizmet etmeye zorlanır. Bilim ve iktidar arasında tuhaf bir efendi-köle ilişkisi gelişir*."[5]

Söz konusu diyalektiksel ilişki biçimini kurgulayabileceğimiz hukukun temel yapı taşını ya da hukukun *arkhe*'sini (ana maddesi), bizatihi 'toplumsallık' oluşturmaktadır. Söz konusu toplumsallık, insanı biyolojik birimler olmaktan çıkarıp sosyolojik birimlere dönüştürür. Bu anlayış doğrultusunda her bir insan tekinin, "tarihin ya da yazılı tarih öncesinin her döneminde bir toplumda doğmuş ve daha ilk yıllardan başlayarak bu toplumca kalıplanmış" olduğu kabul edilir.[6] Bu ön kabulün yani toplumsallığın ya da kalıplanmanın kuralsallaşması ile yukarıda değinildiği üzere hukuk, örf-adet ve teâmül varlık imkanı bulmaktadır. Dekonstrüktif bir çözümleme ile hukukun en temel birimini yani 'toplumsallığı', normatif bir dil ile formalize eden kural/norm oluşturmaktadır. Kural/norm formalize edici bir teknokratik süreçten geçtikten sonra, bir kanun ya da yasa hükmüne dönüşmektedir.

Kanunu/yasayı var eden ontolojik bağlamı ise insanın toplumsallık (*homo politicus*) durumu oluşturmaktadır. Toplumsallığın içkin kuralsallığı, kut-din-ahlak-örf-töre-adet ya da hukuk biçiminde (töz) varlık bulmaktadır. Bunu çözümleyici biçimde tözcü filozofik bir formülasyonla ifade edecek olursak;

Hukuk/var olan (töz/cevher); norm/var olanın özü (form/öz) ile yasa/var olanın maddei (madde/özdek) bileşiminden oluşmaktadır. Hukuk/töz=norm/öz+yasa/özdek biçiminde formülize edilebilecek olan bir formülasyonda normun yani özün/formun, yasa yani madde/özdek ile bütünleşmesi organizasyonel inşâi bir akıl ile hukuku/var olanı intaç etmektedir. Hukukun/tözün varlığını teminen normdan/kuraldan kanuna/yasaya doğru yaşanan evrilmenin aracını kanunlaştırma prosesi oluşturmaktadır. Bu bağlamda kanunlaştırma, 'içkin normun' hukuksal entitede bedenlenmesini ya da ete kemiğe bürünmesini ifade etmektedir.

Böylece hukukun varoluşsal özünü teşkil eden norm/öz/form, kanunda dilsel bir kurguya ya da metinsel bir inşaya dönüşmektedir. Söz konusu metinsel inşa, biçimsel anlamda yasaklayıcı, serbest kılıcı ya da yetkilendirici bir buyruk olarak tezahür etmektedir. Bu dönüşümün ortaya çıkardığı madde/kanun, hangi perspektife bağlı biçimde yadsınırsa yadsınsın bir 'norm metafiziğine' dayanmaktadır.

Hangi düşünsel-filozofik kökenden neşet ederse etsin, '*norm metafiziği*' norm-kanun-hukuk bileşenini belirleyici zemini teşkil etmektedir. Bu çıkarsama Foucault'cu bir retorik ile ifade edildiğinde, soykütüksel bir hakikat çözümlemesini deyimlemektedir.

Bu çözümlemenin yöneldiği ereği, doğallıkla 'hakikat' kavramı oluşturmakta ve bu kavram, insanı insan yapan yüksek değerlerden birisini teşkil etmektedir. Söz konusu ereksel yönelişin temel nedenini ise, "hakikat" kavramının insani yanımızın yapı taşlarından birini oluşturmasında buluruz. Bu yapı taşları, yaşamımıza anlam kazandıran ve varoluşumuzu anlamlandıran unsurlardır.[7]

Doğallıkla, hakikate yönelimli bu soykütüksel çözümlemenin özgün tarihsel bağlamına indirgenerek anlama konusu yapılması gerekmektedir. Bu bir anlamda öncelikle kanun/yasa düşüncesinin varlığına ve neliğine dair bir saptamayı gerekli kılmaktadır. Bu tarihsel temellendirmenin tamamlayıcı bir evresine tekabül eder biçimde kanunlaştırma kavramına ya da kuramına dair bir çözümleme de zorunluluk arz etmektedir.

Hukuk dili ile kalıba dökülmüş somut kurallar olarak kanunların pozitivitesi/formu, belirli bir tarihsellikte filozofik-sosyolojik bir ruh ile varlık bulmaktadır. Kanunu önceleyen verili filozofik-sosyolojik ve tarihsel bağlam, doğrudan yasayı var eden ruhu ve aklı biçimlendirir. Bu anlamda temel olarak her yasal düzenleme, kuşatıcı bir ruha/metafiziğe, kurucu bir akla ve tarihsel bir duruma dayanmaktadır. Yasa yapım süreci bu yönüyle yalnızca salt bir teknokrasiye değil, verili bağlamsal aklın tayin ettiği yön doğrultusunda teorik bir inşaya ve buna bağlı biçimde kurumsal bir yapılanmaya da tekabül etmektedir.

Söz konusu bağlamsal aklın besleyici damarlarını, ulusların değerler algısından genel kültürel kodlarına, tarihsel tecrübelerinden kurumsal yapılanmalarına, sosyolojik gerçekli-

4 *Urhan, Veli, "M. Foucault ve Bilgi/İktidar İlişkisinin Soykütüğü", Kaygı, Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, sy. 9, s. 99-118.*

5 *Mayor, Federico; Forti, Augusto, Bilim ve İktidar, (çev. Mehmet Küçük), TÜBİTAK Yayınları, Ankara 1997, s. 64.*

6 *Carr, E. Hallet, Tarih Nedir?, (çev. Misket Gizem Gürtürk), İletişim Yayınları, İstanbul 2008, s. 37-38.*

7 *Aral, Vecdi, Tek ve Bağımsız Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012, s. 2.*

ğinden ekonomik düzeylerine kadar oldukça çok yönlü bir referans alanı oluşturmaktadır.[8] Temel yasalar bu yönüyle, ilgili alana ilişkin kolektif aklın, sosyolojik gerçekliğin ve tarihsel tecrübe ve birikimin, bir tecessüm ediş biçimidir.

Yasa Düşüncesi ve İktidar: Tarihsel Saptama

Öncelikle deyimlenmelidir ki, Herakleitos'un deyişi ile "*Her yasayı kentin surlarını savunur gibi mücadele ederek korumalıdır.*"[9] Yasaları muhafaza yükümlülüğü, filozof Herakleitos tarafından toplumsal varoluşun temel unsuru olarak nitelendirilmektedir. Sur metaforu ile düşünür, yasanın, toplumsallığın bir arada tutulması ve ortaya çıkması muhtemel saldırılara karşı korunaklılığının imkanı olduğunu ifade etmektedir. Bu metafor, aynı zamanda toplumsal dayanışma ve toplumsal dokunun muhafazası adına bir mücadele çağrısı olarak da karşımıza çıkmaktadır. Böylelikle yasanın varlığının, böylesi ontolojik ve sosyolojik bir gerçekliğe tekabül ettiği filozof tarafından etkili bir biçimde ifadelendirilmiştir.

Tarihsel süreçte yasa düşüncesi ile içkin toplumsal gerçeklik arasında doğrudan ilişkili ontolojik bir bağdan söz edilebilir. Yasa düşüncesinin, insani varoluşun öncülü olan toplumsallığın bir ontik gereği olarak tezahür ettiği ifade edilebilir. Toplumsallığın verili doğal durumu olarak nitelendirilebilecek olan yasa fikrinin, çoğunlukla bir siyasal iradeye eklemlenerek iktidar alanı yarattığına tanık olunmuştur. Hukuk da dahil olmak üzere farklı toplumsallık biçimlerini kuran bu iktidar alanı, farklı tarihi siyasal rejimler biçiminde tezahür etmiştir. Öyle ki, iktidarın kendisini inşa ediş biçimi ile siyasal yönetim biçimleri arasında bir korelasyonun varlığını saptamamız gerekmektedir.

Bu saptama doğrultusunda, Antik Yunan'dan itibaren tevarüs etmiş olduğumuz iktidar ve yönetsel rejimler sınıflamalarına dikkat çekebiliriz. Tarihsel kökeninde ilk sınıflama örneklerini, ünlü Yunanlı tarihçi Herodotos (m.ö. 484-425) ve muallim-i evvel olan filozof Aristoteles (m.ö. 384-322) de görmekteyiz. Bunlardan Herodotos, egemenliğin sahipliği ve kullanım biçimine göre iktidarı ya da yönetim biçimlerini, 'monarşi, oligarşi ve demokrasi/halk' olarak sınıflandırmıştır.[10]

Öte yandan Aristoteles'e göre iktidar biçimleri veya siyasal rejimler, 'krallık, aristokrasi ve anayasal yönetim' olarak sınıflandırılmıştır.[11] Romalı düşünürlerden Polybios'a (m.ö. 204-122) göre ise siyasal rejimler, altı türe ayrılmaktadır. Bunlardan ilk üçü iyi yönetim biçimleri olarak nitelendirilir; 'Krallık, Aristokrasi, Demokrasi'; diğer üçü ise, kötü yönetim

8 *Bu bağlamda özellikle 19. yüzyıla dikkat çekmek icap eder. Zira bu yüzyıl, hukukun özellikle bilimselliğini kurma çabası üzerinden kendisine varlık zemini bulan hukuk alanındaki kuramsal yaklaşımların/ekollerin (Tarihçi hukuk ekolü, Kavramcı hukuk ekolü vd.) yarattığı zengin kuramlar çağıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz., Topçuoğlu, Hamide, Hukuk Sosyolojisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1969, s. 15-89.*

9 *Herakleitos, Fragmanlar, (çeviri ve yorumlar Cengiz Çakmak), Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2009, s. 117.*

10 *Herodotos, Tarih, (çev. Müntekim Ökmen), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2010, (Üçüncü Kitap, 82), s. 255. Tunçay, Mete, Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2010, s. 7.*

11 *Aristoteles, Politika, (çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, 12. Basım, İstanbul, 2010 s. 81.*

biçimleri olarak sınıflandırılır; 'Tirani, Oligarşi, Demagoji'.[12] Montesquieu (ö. 1755) ise yönetim biçimlerini üç bölüme ayırmaktadır. Bunlar, 'cumhuriyet, monarşi ve despotluk' biçiminde sıralanmaktadır.[13] Yasa düşüncesinin ya da normatif iradenin tezahür ediş biçimleri ile yukarıda değinmiş olduğumuz antikiteden itibaren formüle edilen iktidar sınıflamaları arasındaki ilişkinin kuramsal çerçevesinin, siyaset felsefesinde olduğu kadar siyaset sosyolojisi açısından da oldukça verimli bir tartışma zemini yarattığını kaydetmeliyiz. Ancak konunun bu boyutları açısından derinleştirilmesinin, bu çalışmanın hacimsel sınırlarını zorlayacağı vurgulanmalıdır.

Semantik imkan ile kavramsal analizin mümkün kılacağı anlam derinliği, kanun düşüncesinin soykütüğüne dair bir çıkarsama imkanı/imkanları yaratacaktır. Latince bir sözcük olan *lex* (kanun), *ligare* (bağlamak, menetmek) kökünden gelmektedir. Zira anlamsal açıdan *lex*/yasa sözcüğü, herhangi bir kişiyi bir eyleme geçmekten menetmeyi ifade etmektedir. Etimolojik bir çözümleme ile kavramın (*lex*/yasa) dayandığı iktidar alanı kendisini ifşa etmektedir. Buna göre burada, kişiyi belirli bir davranış biçimine veya davranışsal bir yönelime sevk eden, aşkın bir iktidar alanının ifşası söz konusudur.

Bu yasa fikrinin somutlandığı sözünü ettiğimiz iktidar alanlarının tarihsel bir antikitesi ve antropolojik bir kök salmışlığı söz konusudur. Nitekim öyle ki, antropolojik bulgulardan hareketle, yasa düşüncesinin ve hukuk olgusunun, yerli kabile topluluklarından, feodal iktidar yapılarına ve ulus devletten küresel siyasal yapılanmalara kadar uzanan bir tarihsel süreçte hep var olduğu ifade edilebilir. Ancak bu noktada primitif/ilkel olandan mütekâmil olana doğru evrilen doğrusal bir gelişim seyrinden söz etmemiz mümkün değildir. Nitekim primitivite ile nitelenen bir çok kültürde oldukça incelmiş, formel niteliği gelişmiş hukuk sistemlerine rastlanabilir.

'İlkel toplumlarda' gelenek, görenek, örf-adet, din, hukuk ve ahlak kurallarının iç içeliği söz konusudur. Ancak bu arkaik toplumlarda da yasasızlıktan (yasa düşüncesi yoksunluğu) söz etmemiz mümkün değildir. Herhangi bir tarihi toplumsal tecrübenin bu açıdan basitliğini, primitivitesini ve yalınlığını öne sürmek isabetli bir yaklaşım olmasa gerektir. Zira her toplumun özgül tarihselliğinde, doğum, ölüm, evlenme, üretim gibi birçok toplumsal etkinlik alanlarında sahip oldukları 'işlevsel gelenek ve kurallar' söz konusudur.

Tarihsel algımız açısından 'ilkel toplum' nitelemesinin sorunlu bir tanımlama olduğunu bu vesile ile vurgulamalıyız. Modern tarih tasavvuruna içkin olan bu ötekileştirici nitelemeye karşı düşünsel rezervasyonumuzu ifade etmeliyiz. Modern tarih yorumuna dayalı bir okuma biçimi üzerinden ifade edilecek olursa 'ilkel topluluklar' da dahil olmak üzere, kutsal alan (din ve büyü) ile dünyevi alan ayrışması söz konusudur. Durkheim'a göre, bu

12 *Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2009, s. 46. Tunçay, Mete, Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, s. 268.*

13 *Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. Fehmi Baldaş), HiperLink Yayınları, İstanbul tsz., s. 49. Şenel, Alâeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları, İkinci Basım, Ankara 2010, s. 385.*

ayrım oldukça kategorik bir ayrışmayı (Kutsal ve Din dışı/profan ayrımı) ifade etmektedir.[14] Ancak kutsal ile profan olan arasında mutlak bir ayrım yapmak imkansızdır. Örneğin bu meyanda hukuk kurallarını, kategorik biçimde tümüyle diğer sosyal düzen kurallarından ayırt etmek mümkün değildir.

Öncelikle tevarüs ettiğimiz tarihin bize sunmuş olduğu anlatı imkanlarının ve tarihsel bilgilerin yetersizliği vurgulanmalıdır. O yüzden genel tarihin yanı sıra, hukukun tarihi kökeni ya da geçmişte bir toplumun hukukunun nasıl olduğuna dair güvenilir ve yeterli ölçüde bilgilenme imkanı söz konusu değildir ya da bu imkanın gerçekleşmesi oldukça güçtür. Ancak tarihsel anlatılara dayalı olarak bilinen en eski hukuk metinlerinin, m.ö. 2400 yıllarında Sümer kent devletlerinden Lagaş'ta hüküm süren kişinin adını taşıyan "*Urukagina Yasaları*" olduğu ifade edilmektedir. Urukagina yasaları (m.ö. 2415), *yönetimin, din adamlarından askerlere geçişini* temsil etmiştir.[15] Burada söz konusu arkaik yasalar üzerinden iktidar alanını kuşatan erkin sınıfsal anlamda el değiştirmesi söz konusudur.

Yine milat öncesi dönemde 1792-1750 yıllarında Babil kralı Hammurabi'nin adını taşıyan hukuk kodlarının varlığından söz edilmektedir. Hammurabi kodu, kent devletlerinin yerel yasalarının üstünde bir etkinlik gücüyle imparatorluk ölçeğinde uygulanacak yasa üreterek, yasa birliğini sağlamayı amaçlamıştır. Babil Hanedanının 43 yıl hüküm süren altıncı hükümdarı olan Kral Hammurabi'nin (m.ö. 2123-2081) Kanunnamesinin sonunda şu ifadeler yer almaktadır:[16]

"*...ben koruyucu bir hükümdarım… ben Sümer ve Akad memleketleri halkını nefsimde topladım. Kendi hikmetimle onları (kanunlara itaate) icbar ettim, tâ ki kuvvetli artık zaifi ezemesin ve dul ile yetimin hakkı tanınsın, her zulüm gören insan benim resmimin önüne tıpkı bir hakkaniyet kralının huzuruna çıkar gibi çıksın, abidemin üzerindeki yazıları okusun ve benim abidem onun davasını aydınlatsın ve ona durumunu anlatsın; o da 'Hammurabi, milleti için hakiki bir baba olan bir hükümdardır. Milletini ebediyen refaha kavuşturmuştur ve memleketinde hakka hürmet eden bir hükümet vermiştir' desin; ta ki gelecek günlerde, istikbalde, memlekette hüküm sürecek olan kral abidemin üzerine hakkettirdiğim bu hakkaniyet sözlerine göre hareket etsin*"… Bu ifadelerde icbar edici ve boyun eğdirici gücü ifade eden iktidarın yasallaşmasının arkaik argümantasyonuna tanık olmaktayız. Milletin üzerinde, yönetici erkin 'baba otoritesine' yaptığı vurgu ile iktidarın kavramsal araçlarına yapılan referansın yer bulduğu görülmektedir.

Tarihsel bir sıçrama ve yaratıcı hukuk aklı ile karakterize edilen Roma medeniyetine dair tarihsel saptamalar da, konunun temel uğrakları üzerinden takibini mümkün kılacaktır. Roma kentinin kuruluşundan (m.ö. 753-150) sonra uygulanan hukuk, *İus Civile* (yurttaşlar

14 *Durkheim, Emile, Dini Hayatın İlkel Biçimleri, (çev. Fuat Aydın), Ataç Yayınları, İstanbul 2005, s. 58.*

15 *Şenel, Alâeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, s. 75. Kozak, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011, s. 36-38.*

16 *Topçuoğlu, Hamide, Eski İsrail Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1948, s. 29.*

hukuku) olmuştur. İlk yazılı Roma hukuku kodu; Cumhuriyet döneminde m.ö. 499-451 tarihleri arasında hazırlanan *On İki Levha Kanunu* olmuştur.[17] Söz konusu hukukun maddi kaynağını, Roma'nın örf ve adet hukuku oluşturmuştur. Böylece Roma hukuk kültüründe/tarihinde yazılı hukuk, sözlü hukukun yerini almıştır.[18]

Tarihsel bir anlatı ile sözünü etmiş olduğumuz Roma hukuk geleneği, yazılı hukuka ya da kanun hukukuna evrilmesi ile birlikte iradesel gücünü siyasal iktidar alanına eklemleyerek var etmiştir. Bu medeniyeti var eden temel kurucu akıl, yazılı yasa fikri ile tarihsel köklerini inşa etmiştir. Bir anlamda söz konusu sürecin doğurduğu Roma hukuk geleneği, bir 'yasa medeniyeti' nitelemesi ile karakterize edilebilir.

Öte yandan kadim hukuk geleneklerinden Çin Hukuku,[19] '*Ne Tanrı, ne Kanun*!' ilkesini benimsemiştir. Ancak, yine de Çin düşüncesinin yasa fikrini tamamen yok saydığı söylenemez. Bununla birlikte yasa fikrinin, Batı dünyasında yer bulduğu ölçüde merkezi bir yere sahip olmadığı görülmektedir. Batıda medeniyetin kurucu aklını *medeni yasa* oluşturmaktadır. Nitekim mutlak monarşinin sona erdirilerek/devrilerek yerine Cumhuriyet yönetiminin ikamesini temin eden Fransız İhtilali (1789-1799), bu noktada tarihsel bir kırılmaya yol açmıştır. Bu siyasal, kültürel, ekonomik ve hukuksal kırılmalarda, özellikle hukuk aklı konusunda ulusçu/merkezi bir yasa fikri ya da medeni yasa fikri varlık bulmuştur. Nitekim 'kanunlaştırmalar yüzyılı' olarak nitelendirebileceğimiz 19. yüzyılda ilk kanunlaştırma örneği olarak karşımıza Fransız Medeni Kanunu (*Code Civile*) çıkmaktadır. 21 Mart 1804 tarihinde yürürlüğe giren *Code Civil des Français*, ilgili tarihsel dönemde civar ulus devletlere ilham kaynağı oluşturmuştur. Hatta bu meyanda Cumhuriyet öncesi Türk hukukundaki modernizasyon düşünce ve girişimlerinin de kökeninde bu çağ felsefesinin müessir olduğu ifade edilebilir.

Tekrar Batı dışı toplumlar açısından tarihsel saptamamıza dönecek olursak, yukarıda değinildiği üzere Çin'de böylesi bir 'medeni yasa' düşüncesinin bulunmadığı ifade edilmelidir. Bunun, ilgili topluma ilişkin özgün kültürel kodlara ya da derinlikli bir felsefeye dayandığını ifade edebiliriz. Söz konusu medeniyet çevresinin temel felsefi geleneğini oluşturan "Konfüçyüs geleneğine göre, 'medenileşmiş' insanın yasaya ihtiyacı yoktur. Çünkü o bütün yaşama sanatını (adetleri) kendi içinde sindirmiştir. Yasa, bu yaşama sanatına erişme yetisine sahip olmayan barbarlar için çok uygundur. Ve o zaman da en rustik ve en kaba

17 *On İki Levha Kodifikasyonunun içerik analizi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Schwarz, Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, (çev. Türkân Rado), Doğan Kardeş Basımevi, Yedinci Bası, İstanbul 1965, s. 54-60. Umur, Ziya, Roma Hukuku Tarihi Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1965, s. 33-35.*

18 *Roma hukukunun Klasik dönemi (m.ö. 27-m.s. 250) ; Klasik sonrası hukuk dönemi (m.s. 250-527); İmparatorluk merkezinin Roma'dan Constatinapolis'e taşınması (m.s. 330); Justinianus dönemi (m.s. 527-565). Bkz., Schwarz, Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, s. 6-11. Umur, Ziya, Roma Hukuku Tarihi Giriş, s. 90 vd. Çelebican Karadeniz, Özcan, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 59-62.*

19 *David, Rene, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, (çev. Argun Köteli), İstanbul 1985, s. 475. Glenn, Patrick H., Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law, Oxford University Press, Second Edition, New York 2004, s. 301-339. Kozak, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, s. 523 vd.*

biçimiyle, yani ceza ile uygulanır."[20] Burada insanı aşan ve aşkın nitelikte dışsal bir iktidar alanı değil, insanın iç dünyasına dönük içkin bir oluşum deyimlenmektedir. Harici iktidar alanının/biçimlerinin insan davranışlarına yönelik düzenleyici hegemonisi değil, içsel bir oto-belirlenim/düzenleme yetisi kastedilmektedir.

Yasa düşüncesi ile iktidar ilişkisinin tarihsel çerçevesinin farklı özgün tarihsel tecrübeler ile derinleştirilmesi geniş bir ufuk çizecektir. Ancak çalışmanın alansal sınırlılığı bunu imkansız kılmaktadır. Bununla birlikte önemli tarihi medeniyet havzalarından birini oluşturan kadim Hint hukuk geleneğine de bu noktada kısa bir atıfta bulunulması anlam ifade etmektedir.[21]

Kategorik bir toplumsal hiyerarşiyi temel alan kast sistemi, egemen sınıfların bencil mütehakkimane tutumları ile genel yarar düşüncesinin bir bileşkesi olarak varlık bulmuştur. Kast sisteminin varlık bulmasında ruhani ve askeri sınıfların tahakküm kurucu eğilimlerinin yanı sıra, Hint kültürünün toplumsal sükun ve sabit bir düzen kurma düşüncesi egemen olmuştur. Brahmanlar, kast sistemi ile iktidarların galebesinden doğan fiili duruma, dinsel ve hukuksal bir nitelik izafe etme amacını gütmüşlerdir. Toplumsal sınıflar arasında egemen olan mücadele ve çatışmaları sonlandırmak, Hint toplumunda güven ve emniyete dayalı bir hukuksal düzen kurmak amacı güdülmüş ve bu konuda kısmi bir başarı da elde edilmiştir. Ancak toplumsal sınıflar arasında ayrıcalıklı ya da imtiyazlı sınıfsal haklar yaratılmasının felsefi etik açıdan tartışmaya açık olduğunu ifadeye bile gerek yoktur.[22]

Modern Batı düşüncesinin ve medeniyetinin felsefi artalanını oluşturan Antik Yunanda, yasa düşüncesine yer verilmesi önem arz etmektedir. Antik Yunan dünyasında yasa, kent devleti (*polis*) düzenini diğer toplumsal düzenlerden ya da örgütlenmelerden ayrıştıran temel unsuru oluşturmuştur. Aristokratik içerikli sözlü kanunlardan ibaret olup *thesmoi* adı verilen yasalar, Tanrı tarafından konulan kutsal yasalar olarak kabul edilmiştir. Ancak daha sonra yazılı kurallara dönüştürülen bu sözlü yasaları yorumlama yetkisi, soyluların tekelinde yer almıştır. Buna karşı oluşan tepki, sonucunda *nomoi* adı verilen insan yapısı yasaların ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Antik Yunan kaynaklarında kaydedildiği üzere ilk yasa yapımını gerçekleştiren Drakon, m.ö. 624'te Atinalı soyluların isteği üzerine ağır bir ceza yasası hazırlamıştır. Ancak daha sonra Yunan dünyasının yedi bilgesinden birisi olan Solon (m.ö. 594'te *nomothet*/yasakoyucu olarak atanmış) ile birlikte, *Thesmoi* karşısında insan yapımı *Nomoi* zafer kazanmıştır.[23] İlk yazılı yasa yapım tecrübesinin katı düzenlemelerini esneten bir karakteristiğe sahip olan 'Solon yasaları' ile örneğin borç köleliği kaldırılmıştır. Söz konusu yasalar ile *Habeas Corpus*'ta, kişilerin yasal güvencelerle koruma altına alındığı görülüyor. Ancak

20 *Supiot, Alain, Homo Juridicus Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, Ankara 2008, s. 64.*

21 *Ayrıntılı bilgi için bkz., Glenn, Patrick H., Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law, s. 271-300. Arsal, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 1948, s. 29-53.*

22 *Arsal, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, s. 52.*

23 *Ağaoğulları, M. Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2009, s. 26-28.*

Nomoi'nin tümüyle seküler bir karakteristiğe sahip yasa düşüncesine dayalı olduğu söylenemez. Zira Antik Yunan düşüncesinde egemen görüş, yasa koyucu bilgelerin tanrısal bir kişiliğe sahip oldukları yönündedir. Bu anlayış doğrultusunda Zeus'un düzenleyici ya da yasa koyucu işlevini, insanlar arasında bu bilge ya da tanrısal kişiler üstlenmekteydi.[24]

Dördüncü yüzyılda Atinalı Demosthenes şöyle der: "*Büyük ya da küçük bir poliste oturan bütün insanların yaşamı doğa ile yasalar tarafından düzenlenir. Doğanın kuralsız olmasına ve kişiden kişiye değişmesine karşılık yasalar ortaktır, düzenlidir ve herkes için birdir… Yasalar güzeli, doğruyu, yararlıyı amaç edinirler. Aradıkları budur; bu, bir kez bulundu mu, herkes için geçerli ve eşit bir genel kurala dönüşür; işte yasa olarak adlandırılan budur. Bu nedenden dolayı herkes ona uymalıdır. Üstelik her yasa, Tanrıların bir buluşu ve armağanı olmanın dışında, bilge insanların koyduğu bir kuraldır ve herkesin yaşamını ona göre uyarlamasını gerektiren polisin ortak sözleşmesidir.*"[25]

Batı medeniyetinin tarihsel kökeninin kurucu aklı olan Herodotos, *Tarih*'inin yedinci kitabında (Polymnia), '*yasaların üstünlüğü*' ilkesini Pers Kralı Kserkses'e karşı Spartalı Demaratos'un dilinden şöylece savundurtmuştur:

"*Lakedaimonlular teke tek dövüşte de hiç kimseden aşağı kalmazlar, ama ordu halindeyken insanların en değerlisi onlardır. Özgürdürler, evet, ama her noktada değil; onların da bir efendisi vardır, o da yasadır, senin adamların senden ne kadar çekinirlerse onlar da yasadan öyle çekinirler. Çekinmek olmasa bile yasanın buyruğuna körü körüne boyun eğerler. Ve buyruk hiç değişmez: Düşman sayısı ne olursa olsun savaş meydanından kaçmamak, yeninceye ya da ölünceye kadar saftan çıkmamak. Ama biliyorum, bunlar sana göre budalaca gösterilerden başka bir şey değildir…*"[26]

Bir başka tarihsel kesitte orta zamanlardan modern döneme evrilen Türk hukuk geleneği, 'örfî hukuk' olarak kavramsallaştırılan özgün bir tarihsel modelleme ile özellikle kamu hukukunu inşa etmiştir. Kamu hukuku alanı, coğrafi derinliği itibariyle Orta Asya'da kadim devlet/iktidar tecrübesinin yasallaşarak kendi öz-meşruiyet alanını yaratmak suretiyle gelişimini sürdürmüştür. Orta Asya bozkırlarında kurulan devletlere egemen olan gelenekler ve inanışlar, iktidar alanının varlığını yönetici erkin/kağanın bizatihi töreyi/yasayı muhafaza ederek sürdürdüğünü göstermektedir.

"*İl gider töre kalır*" özdeyişi ile tarihsel ifadesini bulan yasa (töre) düşüncesi, iktidar alanını ya da siyasal rejimleri (*il*) de önceleyen bir anlamsal çerçeveye tekabül etmiştir. Nitekim bu anlamsal çerçevede, İran hukuku[27] ve özellikle kadim Türk hukuk (Gazneliler,

24 *Roma'nın 12 Levha Kanunlarına da ilham kaynağı oluşturduğu kaydedilen, kadim Yunan hukuk tarihinin mirası olan Solon kanunları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Arsal, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, s. 87-100.*

25 *Ağaoğulları, M. Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, s. 30.*

26 *Herodotos, Tarih, Türkiye, s. 553.*

27 *Kadim hukuk geleneklerinden İran hukuku konusunda bkz., Arsal, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, s. 55-79.*

Selçuklular, Moğollar, Osmanlılar gibi tarihsel devlet tecrübelerinde) geleneklerinde 'örfi yasalar' varlık bulmuştur.

Fatih Sultan Mehmet zamanına kadar geleneksel olarak var olan kanun ve uygulamalar, bu tarihten itibaren derlenip yazılı hukuk biçimine dönüştürülmüştür. Nitekim Fâtih'in *Teşkilat Kanunnamesi*[28] ve Kanunî dönemi Osmanlı Kanunnamesi, genel kanunnamelerin en önemlileri olarak yazılı hukukun biçimsel örneklerini oluşturmuştur. Bir teşkilat yasası olarak küçük değişikliklerle Tanzimat dönemine kadar yürürlükte kalan Kanunname-i Âli Osman, "*Bu kanunnâme atam ve dedem kanunudur ve benim dahi kanunumdur. Evlâd-ı kirâmım neslen ba'de neslin bununla âmil olalar.*"[29] ifadeleriyle başlar. Bu girizgah, bir anlamda geleneksel yapısı içerisinde örfi yasaların iktidarı biçimlendirici ve meşrulaştırıcı sürekliliğini ifşa etmektedir.

Ancak iktidarın meşruiyetinin temini ve sürekliliğin imkanı açısından kanunlar çıkarmak yeterli görülmemektedir. Bunun yanı sıra, söz konusu yasaların hukukun düzen işlevini ve toplumsal güvenliği temin açısından uygulanması ve bu hususta toplumun yüksek bir yasa bilincine sahip olması zorunludur. Bu açıdan tarihsel bir saptama, bu konuyu temayüz ettirici niteliktedir. Öyle ki, bürokraside önemli görevlerde bulunmuş olan 16. yy. Osmanlı aydını ve bürokratı Mustafa Âli ve 17. yy. bürokratlarından Koçi Bey, eski yasaların sağlamlığını ve mükemmelliğini belirttikten sonra gittikçe sistemik bir bozulmanın varlığını kaydetmişlerdir. Söz konusu kişiler, iktidarın etkin realizasyonunun, mükemmel politik hizmetin temini adına yasalara uyulmasının zorunluluğuna bağlı olduğunu vurgulamışlardır.[30]

Kanunlaştırma: Normun Formalizasyonu ve İktidarın Normatif Müdahilliği

Kanunlaştırma kavramı, hukuk kurallarının yazılı bir biçimde belirlenmesi veya pozitif hale getirilmesi olarak tanımlanabilir.[31] Hirsch'e göre kanunlaştırma, "*önceden mevcut ve birbiriyle bağdaşmayan tüm örf ve adet kuralları ile geleneklerin yerini almak üzere, toplumsal yaşamın belirli bir bölümünün tekbiçim hukuk kurallarıyla düzenlenmesidir.*"[32]

Kanunlaştırma bir anlamda, maddi anlamda ilgili toplumsallığın özgül tarihsel bağlamında farklı formel biçimlerde varlık bulması muhtemel olan normların formalizasyonu olarak nitelendirilebilir. Ancak kanunlaştırma, kendi özgül olağanüstü tarihselliği içerisinde kendi kendisini üretme imkanı bulamayabilir. Bu ve buna benzer durumlarda normatif alanın yön tayin edici ve devrimsel nitelikli özgün perspektifi doğrultusunda ithali söz konusu olabilmektedir. Bunun teknik adı, kanun resepsiyonu ya da iktibası biçiminde nitelendirilmekte/adlandırılmaktadır.[33] Teknik anlamda resepsiyon, herhangi bir harici ülkenin/ulusun hukuk sisteminin tamamen veya kısmen kabul edilerek benimsenmesini ifade etmektedir. Resepsiyon, toplumsallığa ya da sosyal geleneğe/dokuya çoğunlukla bilinçli bir normatif müdahillik olarak nitelendirilebilir. Devletlerin olağanüstü siyasal koşullarına ya da siyasal kırılmalarına eşlik eden bu iktidarsal dönüşüm teknik olarak, zorla benimsetme, sömürme, işgal etme, ele geçirme durumlarında söz konusu olabilir.

Genel hukuk tarihinin olağan gelişim süreci açısından değerlendirildiğinde kanunlaştırmanın, iktidar alanlarının ulus devlet merkezli örgütlenmelerine denk düşen bir tarihsel dönemde varlık bulduğu ifade edilebilir. Daha somut bir deyişle burada kastedilen, 19. yüzyılda Avrupa'da başlayan ve bütün dünyayı etkisi altına alan modern kanunlaştırma hareketleridir. Teknik açıdan kanunlaştırma ise; örf ve adet hukukundan yazılı hukuka, sözlü gelenekten yazılı geleneğe, siyasal ve normatif heterojen yapılardan homojenizasyona, dağınıklıktan birlik ve bütünlüğe doğru bir evrilmeyi ifade etmektedir. Nitekim bu ortak bir tarihsel yazgı biçiminde hem İngiliz hukuk sisteminde hem de Kara Avrupası hukuk sisteminde kanunlaştırmalar bu yönleri ile tezahür etmişlerdir.

Bu tespit doğrultusunda deyimlenecek olursa, örneğin Common Law çevresinin tanınmış hukukçularından Stone'a göre, 'kanunlaştırma, yazılı olmayan hukuka karşı, yazılı hukukun şekillendirilmesine ilişkin bir yöntem'[34] olarak nitelendirilebilir. Kara Avrupası hukuk geleneğinin temsilcisi olan hukuk bilginlerinden Schwarz'a göre ise kanunlaştırma, 'merkezi yasama erkinin, yerel ve bölgesel hukuku bertaraf ederek, birleştirici ve bütünleyici yasama faaliyetinde bulunması süreci' olarak tavsif edilmektedir.

Ancak bu meyanda kaydedilmelidir ki, Tanzimat döneminde gerçekleşen kanunlaştırma hareketleri, örf ve adet hukukundan yazılı hukuka geçiş anlamına gelmemektedir. Zira Osmanlı hukuku -özellikle örfi hukuk-, temelinde bir kanun hukukudur ya da yazılı bir hukuktur.

Salt hukuk tekniğine ilişkin amaçlarla yapılan kanunlaştırmaların temel hedefi, hukuku herkesçe bilinebilecek bir duruma getirmek ve bir hukuk kuralının kolayca bulunabilmesini sağlamaktır. Özellikle, hukuksal güvenliğin gerçekleşmesine hizmet eden bu tip kanunlaştırmalarda amaç statiktir. Nitekim Common Law sisteminde yapılan kanunlaştırmalar, genellikle böylesi bir statik amaca yöneliktir. İktidarın biçimlendirici etkin aklının temelde siyasal, sosyal ve ekonomik alanlarda inşa edilebilmesini temin için de kanunlaştırma yoluna başvurulabilir. Bu türden idelojik ve sosyolojik yapıya müdahil olan dinamik

28 *Fatih Kanunnamesinin nitelik analizi konusunda bkz., Fleischer, Cornell H., Tarihçi Mustafa Âli-Bir Osmanlı Aydını ve Bürokratı, (çev. Ayla Ortaç), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 2009, s. 205-208.*

29 *Akgündüz, Ahmed, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990, c. I, s. 317.*

30 *16. yüzyılda Osmanlı'da kanun kavramı ve bilinci konusunda bkz., Fleischer, Cornell H., Tarihçi Mustafa Âli-Bir Osmanlı Aydını ve Bürokratı, s. 199-205.*

31 Veldet, Hıfzı, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", *Tanzimat, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999, c. I, s. 142.*

32 *Hıfzı Veldet'e göre dar anlamda Kanunlaştırma, "herhangi bir hukuk sahasını geniş, şümullü ve tam surette tanzim eden büyük kanunlar konulmasıdır. Mesela medeni kanun, ceza kanunu gibi." Ayrıntılı bilgi için bkz.,* Veldet, Hıfzı, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", s. 142.

33 *Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1996. s. 5-18.*

34 *Slapper, Gary; Kelly, David, The English Legal System, Cavendish Publishing Limited, fifth edition, London-Sydney 2001, s. 3-5.*

amaçsallığa sahip kanunlaştırmalar söz konusudur. Toplumların sosyolojisine kategorik bir müdahilliği olan siyasal rejim değişikliğine bağlı dinamik kanunlaştırmalara, Fransız devriminden sonra hazırlanan 1804 tarihli *Code Civile* örnek olarak verilebilir. Benzer bir bağlamsal amaca yönelik olan Japonya'daki[35] kanunlaştırma hareketine de benzer bir müdahillikle, yani 'Batılılaşma' amacıyla girişilmiştir. Ülkemizde ise, Tanzimat dönemi ve sonrasındaki kanunlaştırma hareketlerine daima sosyal-siyasal yapıyı etkilemek amacıyla başvurulmuştur.[36]

Kanunlaştırma: İktidarın Yasallaşması

1970'li yıllardan itibaren iktidarın nasıllığı üzerinde kafa yoran Foucault; iktidarın mekanizmasını ilki 'hukuk', diğeri ise 'gerçeklik' olmak üzere iki işaret noktası arasında kavramaya çalışmıştır. Bir yanda iktidarı biçimsel olarak sınırlayan normlar/hukuk kuralları, öte yanda bu iktidarın ürettiği/yönlendirdiği ve iktidarın sürekliliğini sağlayan gerçeklik söz konusudur. Burada gündeme gelen temel soru ya da sorun şudur: "*Felsefe iktidarın hukuksal sınırlarını nasıl tespit edebilir*?"[37]

Foucault, yaşadığımız yüzyıldaki sayısız iktidar ilişkisinin toplumsal yaşama nüfuz ettiği ve onu belirlediği; iktidar ilişkilerinin söylemsel bir birikim, üretim, dolaşım ve işleyiş olmaksızın işleyip yerleşemeyeceğini ifade etmektedir. Bir iktidar alanı içinde üretilen ve işleyişi temin eden 'gerçeklik ekonomisi' söz konusudur. İktidar tarafından bizler, gerçekliğin üretimine bağlı kılınırız. İktidar ancak gerçekliğin üretimi yolu ile mümkün olabilir. İktidar ile hukuk ve gerçeklik arasındaki ilişkinin yoğunluğu ve sürekliliği söz konusudur. [38]

Foucault, hukuk ve iktidar ilişkileri konusunda genel bir ilke olarak, Batı toplumlarında hukuksal düşüncenin oluşmasının temelinde krallık iktidarının bulunduğunu öne sürmektedir. Batı hukukunun, krallık iktidarına sipariş edilmiş bir hukuk olduğunu ifade eden Foucault, Orta Çağ'da Roma İmparatorluğu'nun çöküşü ile Roma'nın hukuksal yapısının parçalandığına işaret etmektedir. Batılı kimliğe sahip her hukuksal yapıda merkezde bulunan kişi ona göre her zaman kral olmuştur.[39]

Orta Çağ'dan bu yana hukuk kuramının temel işlevinin, iktidarın meşruiyetini tespit etmek olduğunu belirten Foucault, Batılı toplumlardaki hukukun temel sorununu ise, hükümdarın ya da iktidarın egemenliği sorunu olarak belirlemektedir. "*Batı hukuk sistemi bütünüyle kral merkezlidir.*" ifadesiyle krallık iktidarının işlevine vurgu yapan Foucault'a göre, hukuk sistemi ve yargı alanı egemenlik ilişkilerinin iletim aracıdır. Bu yüzden ona göre hukuka da bu yönüyle bakılması gerekmektedir.[40]

35 *Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 24-33.*

36 *Tanzimat döneminden itibaren yapılan resepsiyon ve kanunlaştırma çalışmaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, s. 48 vd.*

37 *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, (çev. Şehsuvar Aktaş), Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2011, s. 38.*

38 *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, s. 38.*

39 *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, s. 39-40.*

40 *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, s. 40-41.*

Foucault'un deyişiyle "*iktidarın büyük makinelerine ideolojik üretimlerin eşlik etmesi büyük olasılıktır. Örneğin bir eğitim ideolojisi, monarşik iktidarın bir ideolojisi, parlamenter demokrasinin vs. ideolojisi olmuştur.*" Nitekim ona göre '*Hukuksal İktidar Kuramı*' tarihte dört rol üstlenmiştir. Bunların ilkinde hukuksal iktidar, feodal monarşiye ait olan somut bir iktidar mekanizmasına başvurmuştur.-İkincisinde; hukuksal iktidar büyük idari monarşilerin kurulması için hem gereç hem de kanıt işlevi görmüştür. Üçüncüsünde; hukuksal iktidar 16. ve 17. yüzyıldan başlayarak kraliyet iktidarını ya sınırlandırmak ya da güçlendirmek amacıyla kullanılmıştır. Dördüncüsünde ise; hukuksal iktidar, Sanayi Devrimi'nden itibaren mutlak monarşiler karşısında alternatif modeli, yani parlamenter demokrasi modelini kurmaya yönelmiştir.[41]

Yine Foucault'un deyişiyle "*Hukuksal iktidar kuramı', bedenler ve bedenlerin ne yaptıklarından daha çok 'toprak ve toprağın ürünleri' üzerinde uygulamada bulunan bir iktidar biçimine bağlıdır. Bu kuram, iktidar yoluyla zaman ve emeğin değil, malların ve zenginliğin yer değiştirmesi ve sahiplenilmesiyle ilgilenir.*"[42]

Buna karşın 17. ve 18. yüzyıllarda, hukuksal iktidar ilişkileriyle bağdaşması mümkün olmayan yeni bir iktidar mekanizması ortaya çıkmıştır. Toprak ve onun ürünlerinden daha çok bedenler ve bedenlerin yaptıklarıyla ilgilenen bu yeni iktidar mekanizması, bedenlerden 'mal ve zenginlik' yerine, 'zaman ve emek' elde etmeyi amaçlamıştır. Bu yeni iktidar mekanizması, sürekli gözetleme yoluyla uygulanan, iktidar alanının bir hükümdarın fiziksel varlığından ziyade, dar güvenlik bölgelerine ayrılmasını hedefleyen yeni bir iktidar türü olarak tezahür etmiştir. Bu yeni iktidar türü, ona göre burjuva toplumunun en büyük icadı olarak karşımıza çıkmıştır. Bunu, Foucault kendi özgün kavramsallaştırması ile '*disiplinci bir iktidar*' olarak nitelendirmektedir.[43]

Foucault'un, iktidarın modern dönemdeki tezahür ediş biçimine dair saptaması doğrultusunda, modern hukukun iktidar mekanizmasını kurgulamak adına araçsallaştırdığı ifade edilebilir. Nitekim modernleşme sürecinde kapitalizm, modern devlet ve modern bilim anlayışıyla gelişen modern hukukun, toplumsal yaşamı giderek egemenliği altına alması söz konusu olmuştur. Toplumsal yaşamın kuşatıcı biçimde hukuksallaştırılıp bürokratikleştirilmesi sonucunda, daha fazla sosyal ilişkinin hukuken düzenlenir ve yargılanır olması durumu hasıl olmuştur ve bu duruma bağlı biçimde yazılı hukukun yükselişi söz konusu olmuştur.[44] Bu bağlamda modernleşme kavramının ekonomik anlamda kapitalizm ve endüstriyel gelişmeye; siyasal anlamda ulus devlet ve temsili demokrasiye; toplumsal anlamda, işbölümü ve uzmanlaşmaya; kültürel anlamda, bireyciliğe ve sekülerleşmeye yol açtığı[45] deyimlenebilir.

41 *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, s. 48-49.*

42 *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, s. 49.*

43 *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, s. 49-50.*

44 *Yüksel, Mehmet, "Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, sy. 17, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007, s. 97.*

45 *Yüksel Mehmet, "Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik", s. 97.*

Bu dönüşümü ifade sadedinde tarihi-kuramsal duraklarına/öncü kuramcılarına yüzeysel de olsa değinmek yerinde olabilir. Bu meyanda ifade edilecek olursa, geleneksel toplum yapısından hızlı ve yoğun değişim ile karakterize olan modern toplum yapısına bir evrilme ve dönüşüm söz konusudur. Bu konu Karl Marx'ın (ö. 1883), Max Weber'in (ö. 1920) ve Fransız sosyolog Emile Durkheim'ın (ö. 1917) ilgisini çekmiştir. Bunlardan toplumsal tarihleri bir sınıfsal savaşımlar tarihi olarak kabul eden Marx ve Friedrich Engels (ö. 1895), toplumsal yapının feodalizmden ya da feodal toplumdan kapitalizme veya burjuvazi toplumuna dönüştüğünü öne sürmüşlerdir.[46] Ünlü Alman sosyolog/düşünür Weber ise, toplumsal yapının geleneksel otoriteden rasyonel temelli bürokratik otoriteye doğru evrildiğini iddia etmiştir.[47] Diğer yandan Durkheim ise, toplumun mekanik dayanışmadan organik dayanışmaya doğru evrildiği tezini öne sürmüştür.[48]

Sonuç Yerine

Kadim kültür ve medeniyetlerdeki yasa düşüncesi ve bunun modern tezahür ediş formu olan yasalaştırma tecrübeleri belirli bir iradesel iktidar alanında varlık ve meşruiyet zemini kurmuştur. Kimi zaman bu iktidar alanı tanrısallık, kimi zaman kut, kimi zaman beşeri iktidar/irade türleri ya da rejimlerinin bizatihi kendi özgün iktidar alanları ile varlığını tesis etmiştir. Yasa düşüncesinin antropolojik kökleri tırnak içerisinde *ilkel* ve *gelişmiş* formları ile birlikte bu gerçeği yansıtıcı niteliktedir.

Hatta bu iktidar alanının meşruiyeti modern zaman filozofisinde zaman zaman dilin Tanrısallığı üzerinden kurgulanmıştır. Nitekim bu meyanda Foucault'ya kulak verebiliriz. "*Dil, bizzat Tanrı tarafından insanlara verildiği ilk biçimi altında, şeylerin mutlak kesin ve şeffaf bir işaretiydi, çünkü onlara benziyordu. Tıpkı gücün aslanın bedeninin içine, krallığın kartalın bakışının içine yerleştirildiği, tıpkı gezegenlerin etkisinin insanların alnında yazılı olduğu gibi, adlar işaret ettikleri şeylerin üzerine konulmuşlardı: benzerlik biçimi içinde.*"[49]

Ancak dil, din, kut, kutsal, töre, ahlak, örf gibi tüm iktidar alanları ile kurulma imkanını/potansiyelini özünde taşıyan hukuk ya da daha özel biçimde deyimlenecek olursa yasa hukuku, kurucu bir medeniyet ögesi olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak klasik Çin medeniyet havzasına da özgü bir söyleyişle '*daha az hukuk, daha çok adalet ve ahlak*' bir idealite olarak kadim kültürlerde benimsenmiştir. Hatta bununla da sınırlı kalmayarak, hukukun temel erdemi ya da idealitesi olan adaletin yerine 'muhabbet/sevgi' öngörülmüştür. Zira adalet nizalaşma/davalaşma sonundan bir 'ikiliği ve parçalanmayı' ifade etmekte iken, muhabbet/sevgi toplumsal birliği ve bütünlüğü temin edici bir

46 Bkz., Marx, Karl; Engels, Friedrich, Engels, Komünist Manifesto, (çev. Celal Üster; Nur Erdiş), Can Sanat Yayınları, İstanbul 2013.

47 Weber, Max, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı, s. 315-358. Özlem, Doğan, Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji, İnkılap Yayınları, 3. Basım, İstanbul 2001, s. 214.

48 Ayrıntılı bilgi için bkz. Durkheim, Emile, Toplumsal İşbölümü, (çev. Özer Ozankaya), Cem Yayınevi, İstanbul 2006, s. 183-238.

49 Foucault, Michel, Kelimeler ve Şeyler, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Yayınları, Ankara 1994, s. 66-67.

içsel dinamizm olarak kabul edilmiştir.[50]

Sonuçta gelenekten/örften/teâmülden/ahlaktan/sözlü kurallardan yazılı kurallara ya da normlara doğru evrilmenin, hukukun siyasal iktidar alanlarının tahakküm edici/sınırlandırıcı ve nüfuz edici etkisini güçlendirdiğini kaydetmeliyiz. Yasa düşüncesinin ya da düzenleyici aklın tarihin her döneminde farklı formel biçimlerde de olsa tezahür edişlerinin değişkenliğinden söz edebiliriz. Farklı biçimlerde tezahür eden bu düzenleyici aklın, zaman zaman iktidar alanlarını inşa eden bir erksel araca dönüştüklerine tanık olmaktayız.

KAYNAKÇA

- *Ağaoğulları, M. Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, İmge Kitabevi, 6. Baskı, Ankara 2009.*
- *Akad, Mehmet; Dinçkol, Bihterin, Genel Kamu Hukuku, Der Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2009.*
- *Akgündüz, Ahmed, Osmanlı Kanunnâmeleri ve Hukuki Tahlilleri, Fey Vakfı Yayınları, İstanbul 1990.*
- *Aral, Vecdi, Tek ve Bağımsız Hukuk, Beta Yayıncılık, İstanbul 2012.*
- *Aristoteles, Politika, (çev. Mete Tunçay), Remzi Kitabevi, 12. Basım, İstanbul, 2010.*
- *Arsal, Sadri Maksudi, Umumi Hukuk Tarihi, İstanbul Üniversitesi Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 1948.*
- *Bozkurt, Gülnihal, Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi, Türk Tarih Kurumu Yayınları, Ankara 1996.*
- *Carr, E. Hallet, Tarih Nedir?, (çev. Misket Gizem Gürtürk), İletişim Yayınları, İstanbul 2008.*
- *Çelebican Karadeniz, Özcan, Roma Hukuku, Yetkin Yayınları, 14. Basım, Ankara 2010.*
- *David, Rene, Çağdaş Büyük Hukuk Sistemleri, (çev. Argun Köteli), Üçdal Neşriyat, İstanbul 1966.*
- *Durkheim, Emile, Toplumsal İşbölümü, (çev. Özer Ozankaya), Cem Yayınevi, İstanbul 2006.*
- *Durkheim, Emile, Dini Hayatın İlkel Biçimleri, (çev. Fuat Aydın), Ataç Yayınları, İstanbul 2005.*
- *Fleischer, Cornell H., Tarihçi Mustafa Âli -Bir Osmanlı Aydını ve Bürokratı-, (çev. Ayla*

50 Bkz., Kılıç, Muharrem, "Adalet-Muhabbet Diyalektiği: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kınalızâde'nin Adalet Kuramı", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, sy. 24, İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2012, s. 112-118.

Ortaç), Tarih Vakfı Yurt Yayınları, Üçüncü Basım, İstanbul 2009.

- *Foucault, Michel, Kelimeler ve Şeyler, (çev. Mehmet Ali Kılıçbay), İmge Kitabevi, Ankara 1994.*
- *Foucault, Michel, Toplumu Savunmak Gerekir, (çev. Şehsuvar Aktaş), Yapı Kredi Yayınları, 5. Baskı, İstanbul 2011.*
- *Glenn, Patrick H., Legal Traditions of the World Sustainable Diversity in Law, Oxford University Press, Second Edition, New York 2004.*
- *Heidegger, Martin, Düşünmek Ne Demektir?, (çev. Rıdvan Şentürk), Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2009.*
- *Heidegger, Martin, Tekniğe Yönelik Soru, (çev. Doğan Özlem), Afa Yayınları, İstanbul 1997, s. 13-15.*
- *Herakleitos, Fragmanlar, (çeviri ve yorumlar Cengiz Çakmak), Kabalcı Yayınevi, İstanbul 2009.*
- *Herodotos, Tarih, (çev. Müntekim Ökmen), Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2010.*
- *Kılıç, Muharrem, "Adalet-Muhabbet Diyalektiği: Klasik Dönem Osmanlı Hukuk Tarihi Düşünürlerinden Kınalızâde'nin Adalet Kuramı", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, sy. 24, İstanbul 2012.*
- *Kozak, İbrahim Erol, Kadim Dönemler Genel Hukuk Tarihi, Adalet Yayınevi, Ankara 2011.*
- *Marx, Karl; Engels, Friedrich, Engels, Komünist Manifesto, (çev. Celal Üster; Nur Erdiş), Can Sanat Yayınları, İstanbul 2013.*
- *Mayor, Federico; Forti, Augusto, Bilim ve İktidar, (çev. Mehmet Küçük), TÜBİTAK Yayınları, Ankara 1997.*
- *Montesquieu, Kanunların Ruhu Üzerine, (çev. Fehmi Baldaş), HiperLink Yayınları, İstanbul tsz.*
- *Özlem, Doğan, Max Weber'de Bilim ve Sosyoloji, İnkılap Yayınları, 3. Basım, İstanbul 2001.*
- *Schwarz, Andreas B., Roma Hukuku Dersleri, (çev. Türkân Rado), Doğan Kardeş Basımevi, Yedinci Bası, İstanbul 1965.*
- *Slapper, Gary; Kelly, David, The English Legal System, Cavendish Publishing Limited, fifth edition, London-Sydney 2001.*
- *Supiot, Alain, Homo Juridicus Hukukun Antropolojik İşlevi Üzerine Bir Deneme, (çev. Bige Açımuz Ünal), Ankara 2008.*
- *Şenel, Alâeddin, Siyasal Düşünceler Tarihi, Bilim ve Sanat Yayınları, İkinci Basım, Ankara 2010.*
- *Topçuoğlu, Hamide, Eski İsrail Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Yayınları, Ankara 1948.*

- *Topçuoğlu, Hamide, Hukuk Sosyolojisi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1969.*
- *Tunçay, Mete, Batıda Siyasal Düşünceler Tarihi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2010.*
- *Umur, Ziya, Roma Hukuku Tarihi Giriş, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1965.*
- *Urhan, Veli, "M. Foucault ve Bilgi/İktidar İlişkisinin Soykütüğü", Kaygı, Uludağ Üniversitesi Fen Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, sy. 9.*
- *Veldet, Hıfzı, "Kanunlaştırma Hareketleri ve Tanzimat", Tanzimat, Milli Eğitim Bakanlığı Yayınları, İstanbul 1999.*
- *Weber, Max, Toplumsal ve Ekonomik Örgütlenme Kuramı, (çev. Özer Ozankaya), İmge Kitabevi, Ankara 1995.*
- *Yüksel, Mehmet, "Modernleşme, Toplumsal Yaşamın Hukuksallaşması ve Etik", Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul Barosu Yayınları, s. 17, İstanbul 2007.*

FOUCAULT VE HUKUK TARTIŞMALARINA KATKI: DİSPOSİTİF OLARAK HUKUK – I

Umut KOLOŞ*

Michel Foucault'yu (1926-1984) hukuk felsefesi alanında tartışmanın gereği sorgulandığında, başka bir deyişle Foucault'nun hukuk felsefesiyle bağlantısının ne olabileceği düşünüldüğünde ilk önem taşıyan hususun, Foucault'nun iktidar üzerine söylediklerinden hareketle günümüzde hukukun hangi düzlemde yer aldığına ve işlevlerinin neler olduğuna değinmeye imkân tanımasında yattığını ifade edebilirim.

Foucault'ya göre iktidar dendiğinde akla gelmesi gereken şey pek çok karmaşık insan ilişkisidir. Ona göre iktidar, insanlar arasında bir ilişkiler yığınıdır[1]. İktidar dediğinde, iktidar ilişkilerini kısaltarak kullandığını ifade eder. Bu şekilde tanımlanan iktidar temel olarak üç unsuru haizdir. Öncelikle iktidar ilişkileri bireyler ya da gruplar arasındadır[2]. İkinci olarak iktidar ilişkileri, bireylerin birbirlerinin eylemleri üzerinde eylemde bulunmaları olarak anlaşılmalıdır[3]. Üçüncü özellik ilk ikisinin bir sonucudur ve Foucault'ya göre iktidar, bireylerin ya da grupların, birbirlerinin eylemleri üzerinde eylemde bulunarak, birbirlerinin davranışlarını yönlendirmesi biçiminde anlaşılır[4].

Foucault iktidarın analiz edilişini iki temel tarihsellik üzerinde anlar. Gerçekten de, Foucault'yu ve Foucault'nun iktidar kavramlaştırmasını anlayabilmek, onun tarih anlayışından bahsetmekle mümkün olabilir. Foucault'ya göre klasik tarih anlayışları iki ana eksende yol almaktadır.

- Platonik tarih ve
- Aristotelesçi tarih.

Foucault kendi tarih anlayışını ise soybilimsel (jeneolojik) tarih olarak ortaya koyar. Bu tarih anlayışı ne Platonik tarih anlayışında olduğu gibi, kutsal ve yüce, mükemmel bir ideden bozulmaya dönük bir tarih anlayışıdır ne de Aristotelesçi tarih anlayışında olduğu gibi, her şeyin zaman süreci ilerledikçe iyiye ve yetkinleşmeye doğru gittiğini varsayan bir

* Araş. Gör, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Elemanı (*kolos@istanbul.edu.tr*).

1 Michel Foucault, "The Confession of the Flesh", **Power/Knowledge: Selected Interviews & Other Writings 1972-1977**, çev. Colin Gordon, Leo Marshall, John Mepham, Kate Soper, ed. Colin Gordon, New York, The Harvester Press, 1980, s.198.

2 Michel Foucault, "'Omnes et Singulatim': Siyasi Aklın Bir Eleştirisine Doğru", çev. Osman Akınhay, **Seçme Yazılar:2 Özne ve İktidar**, yay. haz. Ferda Keskin, 2. bs., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2005, s.55.

3 Michel Foucault, "Özne ve İktidar", çev. Osman Akınhay, **Seçme Yazılar:2 Özne ve İktidar**, yay. haz. Ferda Keskin, 2. bs., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2005, s.73.

4 Foucault, "Özne ve İktidar", s.75.

tarih anlayışıdır. Foucault'nun soybilimsel tarih anlayışının temel özellikleri olarak şunları ifade edebiliriz:

- Ne baştaki ne de sondaki bir yetkinlik kabul edilir.
- Süreksizlik,
- Kesintililik ve
- Bölük pörçük olma durumu söz konusudur.

Foucault'nun bu tarih anlayışını anlamanın önemli bir yolu sanat tarihinden ve özel olarak resim sanatı tarihinden bir örnekle gösterilebilir. Foucault modern dönem içinde yazmakta ve kendisini modern epistemenin içinde varsaymaktadır. Dolayısıyla iktidar kurgusunun temel karşılaştırma nesneleri modern öncesi dönem ve modern dönemdir. Foucault iktidar bakımından, modern öncesi dönemi klasik iktidar dönemi olarak adlandırır. Modern dönemde ise modern iktidar hâkimdir. Modern dönemdeki iktidarın karmaşık yapısı ön plandadır ve hukuk da bu karmaşıklıktan nasibini almaktadır. İki dönemi ve onlardan sonra modern dönemdeki iktidar yapılanması içinde hukukun dispositif niteliğini ortaya koymak bakımından, konuyu farklı biçimde ele almanın bir yöntemi olabileceğini düşündüğüm sanat tarihine dair kısa bir parantez açılabilir. Burada resim sanatı üzerinde klasik dönem ve modern dönem olarak gerçekleştirilecek bir ayrım üzerinden gitmek uygun görünmektedir.

Klasik Dönem

"*Son Akşam Yemeği*", **Leonardo Da Vinci**, 1495-1498.

Resmin Hikâyesi ve Özellikleri:

Resimde, İncil'de geçen bir hikâye anlatılmaktadır. İsa, ölümünden önce on iki havarisiyle birlikte son kez yemek yemektedir. Bu yemek esnasında "Size doğrusunu söyleyeyim, sizden biri bana ihanet edecek"[5] der. Havariler, İsa'nın bu sözünün ardından hararetli bir tartışmaya başlarlar. Bazıları birbirlerine kimi kastediyor diye sormakta bazıları ise, örneğin Petrus, İsa'ya yönelerek, bu sözüyle kimi amaçladığını sormaktadırlar. Resimde bazı havariler bu söz ardından kendilerinin ihanet eden olmadığını göstermek istercesine ellerini kaldırmış, bazıları ise ben mi dercesine elleriyle bedenlerini işaret etmektedir. İsa da, ihanete hem de kim tarafından uğrayacağını bilen bir liderin hüznüyle, kendisiyle birlikte aynı sahana ekmeğini batıran kimse, ihanet edenin de o olacağını söyler[6]. Bu kişi Yahuda'dır (Judas). Yahuda, İsa'ya, kendisi kastedip kastetmediğini sorar. İsa da, "Söylediğin gibidir"[7], diyerek yanıtlar.

Da Vinci *Son Akşam Yeme*ği'nde bu anı yaşatmıştır. Resme dikkatli bakıldığında havarilerin hepsinin üçerli kümeler hâlinde toplandığı görülmektedir[8]. Havarilerden yalnızca Yahuda İsa'yla birlikte aynı sahana elini yöneltmektedir. Da Vinci böylece Yahuda'yı işaret eder. Zaten bir başka havariyle ya da İsa ile herhangi bir iletişimde olmayan tek havari Yahuda'dır. Yahuda fark edildiğini anlayarak geriye doğru irkilmiş ve İsa'dan uzaklaşmıştır. Ancak sol eli hâlâ İsa ile aynı sahana yönelmeye devam etmektedir.

Teknik özellikleri bakımından resimde fark edilenler ise, İsa'nın ve havarilerin elbiselerinin kıvrımlarının netliği, masanın üstüne düşen ışık, figürlerdeki hacim ve cisimselliktir[9]. Yemeğin yendiği masanın arkasında yer alan ve dışarıya bakan üç göz teslis inancındaki üçlüyü simgelemektedir. Resimde herhangi bir karışıklığa mahal verilmemiştir. Resim tam bir düzen abidesidir. Bu arada, resimde esaslı biçimde ihtişâm hâkimdir. İhtişamın içinde belli bir kesinlik ve düzen vardır. Resimde asıl hayranlık uyandıran şey ise İsa'nın ve havarilerinin somut, doğrudan ve net biçimde bir şeyler anlatıyor oluşudur. Ayrıca, resimden anlaşılanın ne olduğu, çok bellidir.

5 Matta 26: 21.
6 Matta 26: 23.
7 Matta 26: 25.
8 Ernst H. Gombrich, **Sanatın Öyküsü**, çev. Bedrettin Cömert, İstanbul, Remzi Kitabevi Yayınları, 1980, s.226.
9 Gombrich, **Sanatın Öyküsü**, s.225.

Modern Dönem

"*Bir Yüzün ve Bir Meyveliğin Kumsalda Görüntüsü",* **Salvador Dali**, 1938.

Resmin Özellikleri:

Dali'nin *"Bir Yüzün ve Meyveliğin Kumsalda Görüntüsü"* adlı yapıtını incelediğimizde, şunları görüyoruz: Resmin sağ üst köşesinde düşsel bir manzara sunan dalgalı bir koy ve tünelli bir dağ ve tasması deniz üzerinde olduğu düşünülebilecek bir demiryolu köprüsü olan bir köpeğin suratı seçilmektedir; köpeğin gövdesinin orta kısmı, birkaç armut bulunduran ve gençten bir kız yüzüyle iç içe geçmiş bir yemişliktir ve resimdeki ip ve örtü, öteki cisimlerin belirsizliğine karşın gayet belirgindir[10]. Figürlerde hacim ve cisimsellik, Da Vinci'nin eseriyle kıyasladığımızda, keskin ve net olmaktan son derece uzaktır. Resimde kesinlik ve düzen ile onlara eşlik eden bir ihtişâmdan bahsedilememektedir. Resimden anlaşılanın ne olduğunun belli olduğunu söylemek mümkün olamamaktadır.

Dali'nin resminde, tabloda yer alan figürlerin ne anlama geldiklerini bir kenara bırakalım, figürlerin kendilerinin ne olduğuna dair çoklukla bir belirsizlik hâkimdir. Figürlerin bazısının ne olduğunu anlamak mümkünken (örneğin ip, bir kızın yüzü, meyvelik), diğer çoğunun hangi nesneyi gösterdikleri belirsizdir. Daha ziyade bir rüyayı imgeliyormuş gibidir resim[11].

Resimler doğrultusunda Klasik Resim ile Modern Resmin genel özellikleri şöyle özetlenebilir:

10 Gombrich, **Sanatın Öyküsü**, s.471.

11 Gombrich, **Sanatın Öyküsü**, s.472 vd.

Klasik Dönem	Modern Dönem
1. Resimde bir bütünlük ve makro bir yapı ön plandadır.	**1.** Bir bütünlük olmadığı gibi, bütünlük oluşturma kaygısı da yoktur. Parçalar ve mikro bölgeler ön plandadır.
2. Resimde oran, ahenk, uyum yani estetik gözetilmektedir.	**2.** Bir oran, ahenk ya da uyum görünmüyor. Başka deyişle, eserin sanat eseri olması için estetik olmasına gerek yoktur.
3. Kutsala yakın bir ihtişâm hâkimdir.	**3.** İhtişâm kaygısı yoktur.
4. Bir temsil vardır.	**4.** Doğrudan ve net biçimde bir temsil eden ve temsil edilen yok.
5. Temsilin varlığı dışında, temsil edenin temsil edileni olduğu gibi yansıttığı düşünülüyor: Temsil Epistemesi.	**5.** Temsil ilişkisi olmadığı için, tablodan anlaşılması gerekenin ne olduğu tablodan ve doğrudan doğruya anlaşılamıyor.
6. Tablonun yapıcısı, ressam, tabloda Tanrıcılık oynuyor. Tabloyu ve tablodan anlaşılması gerekenin ne olduğunu o belirliyor.	**6.** Tablonun fiilen bir ressamı var elbette. Ancak, tabloyu yapmış olmak dışında, tablonun sahibi değil. Yani, tabloyu ve tablodan anlaşılması gerekenin ne olduğunu tablonun yapıcısı belirlemiyor.
7. Tabloda kuralı koyan, sanatçının kendisi ve sadece o'dur.	**7.** Kuralı koyan tek bir kişi yok. Tablodan ne anlaşılacağını, tabloya bakan belirler. Tabloya bakan ne kadar çok kişi varsa, tablonun o kadar anlamı ve sahibi vardır.

Bu parantezi kapattıktan sonra Foucault'nun klasik ve modern iktidar analizine, klasik iktidar kuramını temsilen Hobbes'un Leviathan'ı ile modern iktidar kuramları açısından Gramsci'nin, Machiavelli'den ödünç aldığı Kentor kullanılarak ve en kaba hatlarıyla değinilebilir. Önce klasik iktidara dair Foucault'nun söylediklerinin neler olduğuna işaret edeceğim.

Klasik İktidar

Neden Leviathan? Foucault'nun modern öncesi iktidarın, Hobbes'un Leviathan'ında ifadesini bulduğunu belirttiğini düşünebiliriz[12]. Leviathan, esas olarak Tevrat'ta geçen bir deniz canavarıdır.

Foucault'ya göre Leviathan'ın özellikleri şunlardır:

- Merkezi iktidar: Tıpkı *Son Akşam Yemeği*'nde olduğu gibi, İktidar yapısında bir bütünlük vardır. Kuralı tek bir kişi ya da grup koyar. Makro bir yapı ön plandadır.
- Yukarıdan aşağı iktidar: Krallık örneklerinde olduğu gibi, ihtişâmlı, kendini his-

12 Umut Koloş, "Michel Foucault'nun İktidar Analizinde Hukukun Yerinin Belirlenmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012, s.237 vd.

settiren, yukarıdan aşağıya merkezi bir iktidar vardır. Kral, tablonun ressamı gibi Tanrıcılık oynar.

- Meşrulaştırma ve itaatin sağlanması: Kuralı tek kişi koyduğu gibi, kuralın muhatapları hep o tek kişinin uyruğudurlar. Oyun, kralın koyduğu kurala göre oynanır. Tıpkı Da Vinci'nin oyunun kurallarını belirlediği gibi.
- Negatif İktidar: Yasalar hep yasaklar ve iktidar bu yasakçı yasalar üzerinden işler. Kurala uymamanın cezası, ihtişâmlı prosedürlerle işleyen bir cezalandırmadır. Leviathan, onun timsalidir.
- Hukuk, bu negatifliğin diğer adıdır.

Modern İktidar

Neden Kentor? Kentor (*Centaurus*) aslında Foucault'nun kullanmadığı bir benzetme figürüdür. Kentor'u Gramsci'nin, Machiavelli'den ödünç alarak kullandığını görüyoruz. Ancak, Gramsci'nin yüklediği anlam, Foucault'nun modern iktidar kurgusunu anlamlandırabilmek için önemlidir. Kentor, yunan mitolojisinde yarı-insan yarı-at olan yaratıklara verilen genel addır ve kentorların bu görünümleri, iki farklı özelliğe göndermede bulunur: Bu yaratıklar hem insani hem de hayvani özellikleri bir arada bulunduran, yani, bir yandan kaba ve barbarken diğer yandan insanların eğitmeni olarak da görülebilmektedirler[13]. Kentor'un kaba, zor kullanan yanı ile eğitmen ve insanî tarafını Devlete karakter biçen Gramsci bu Devleti şöyle karakterize der: "zora başvurma ve rıza, otorite ve hegemonya, şiddet ve uygarlık…"[14]. Gramsci'nin önemi, modern devletlerin işleyişlerinde sadece zorun rol oynamadığını ve bundan başka faktörlerin, hegemonyacı unsurların olduğunu göstermesinden gelir. Aynı düzlemde olmasalar da Foucault, Gramsci'yle açılan ve Althusser ile devam eden bu izleğin "aykırı" bir takipçisi sayılabilir.

Foucault'ya göre modern iktidarın özellikleri, tabloları da hatırımızda tuttuğumuzda, kısaca şunlardır:

- İktidarın merkezsizliği: Tıpkı Dali'nin tablosunda resmin merkezi ve tek bir ifadesinin olmadığı gibi, iktidar da merkezsizdir, bütünlük yoktur. Her iktidar ilişkisinin kural koyucusu değişik kişiler olabilir. Mikro ilişkiler ağı ön plandadır[15].
- Aşağıdan yukarı iktidar: Aşağıdaki mikro iktidar ilişkileri ön planda ve daha büyük önemde olduğu için devlet gibi makro yapılar iktidar olmaklıklarını aşağıdaki iktidar ilişkileri sayesinde sağlarlar[16].

13 Yves Bonnefoy, **Antik Dünya ve Geleneksel Toplumlarda Dinler ve Mitolojiler Sözlüğü C-I**, çev. ve yay. haz. Levent Yılmaz, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2000, s.564-565

14 Antonio Gramsci, **Selections from the Prison Notebooks**, çev. ve ed. Quintin Hoare, Geoffrey Nowell Smith, New York, International Publishers, 1971, s.170.

15 Michel Foucault, **Bilme İstenci – Cinselliğin Tarihi Birinci Kitap**, 3. bs., çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2010, s.72.

16 Foucault, **Bilme İstenci – Cinselliğin Tarihi Birinci Kitap**, s.73.

- Öznelleştirme ve norma uyma: Burada, katı ve itaat gerektiren kurallar değil ama uyulması gereken normlar vardır. Bu normlar, farklı söylem alanlarından gelir, bireyi kuşatır ve onu akıl hastası, suça eğilimli ya da anormal gibi öznelliklerin içinde yeniden ve yeniden kurarlar.
- Pozitif iktidar: İşte bu yüzden, modern iktidar negatif değil, pozitiftir. Yani iktidar hep bir şeyleri yasaklayan, yasaklara uymamanın ihtişâmla cezalandırıldığı değil, içten içe işleyen ve hakikat etkileriyle bireyleri özne kılan bir yapıdadır. Dolayısıyla iktidar, Leviathan canavarının temsil ettiği gibi hep yasaklayan ve cezalandıran bir yapıda değil, yarı insan yarı hayvan Kentor'da olduğu gibi bir yanıyla hâlâ negatif yaptırımları devam ettiren ama asıl olarak yaşayan insanları merkeze alan bir yapıdadır.
- Hukuk bu pozitif iktidarın da içinde yer aldığı karmaşık yapının bir parçasıdır.

Klasik İktidar: Leviathan	Modern İktidar: Kentor
1. Merkezi iktidar	1. İktidarın merkezsizliği
2. Yukarıdan aşağı iktidar	2. Aşağıdan yukarı iktidar
3. Meşrulaştırma ve itaatin sağlanması	3. Öznelleştirme ve norma uyma
4. Negatif İktidar	4. Pozitif iktidar
5. Hukuk, bu negatifliğin diğer adıdır.	5. Hukuk, bu pozitif iktidarın da içinde yer aldığı karmaşık yapının bir parçasıdır.

Dispositif olarak hukuka açılan yer ise, modern dönem hukukunun, Foucault'ya göre, modern dönemin karmaşık, özneyi ve hakikati üreten dispositifsel iktidar yapısının bir unsuru olmasından ileri gelir. Dispositifler, birbirinden farklı özellikleri olan yani heterojen nitelikteki unsurlar -ki, bu unsurlar arasında birinin diğerini mutlak ve egemen biçimde belirlemediği ve fakat sürekli biçimde birbirlerini etkiledikleri bir biçim söz konusudur-

arasındaki bağlar olarak anlaşılabilir[17]. Modern dönemin karmaşık ve mikro özellikteki çoklu iktidar ilişkilerinin analizi yapıldığında bu iktidar ilişkilerinin dispositifsel oluşumeların bir parçası olduğu anlaşılır. Modern dönemin dispositiflerinin bir diğer önemli unsuru da hukuk olmaktadır. Dali'nin resmini hatırlayalım, orada birbiriyle ilintisiz görülen pek çok ayrık unsur, tablo zemininde bir araya gelmişlerdir. Modern dönemlerdeki iktidar ve yönetim pratikleri bakımından zemine göndermede bulunan bu tablonun Foucault'daki adı yönetimselliktir ve yönetimsellik dendiğinde yönetimsel bir rasyonalite anlaşılmalıdır.

KAYNAKÇA

- *Bonnefoy, Yves:* **Antik Dünya ve Geleneksel Toplumlarda Dinler ve Mitolojiler Sözlüğü C-I**, *çev. ve yay. haz. Levent Yılmaz, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2000.*
- *Foucault, Michel:* **Bilme İstenci – Cinselliğin Tarihi Birinci Kitap**, *3. bs., çev. Hülya Uğur Tanrıöver, İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2010.*
- *Foucault, Michel: "Michel Foucault'nun Oyunu", çev. Osman Akınhay,* **Seçme Yazılar:1 Entelektüelin Siyasi İşlevi**, *yay. haz. Ferda Keskin, 2. bs., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2005, s.118-158.*
- *Foucault, Michel: "'Omnes et Singulatim': Siyasi Aklın Bir Eleştirisine Doğru", çev. Osman Akınhay,* **Seçme Yazılar:2 Özne ve İktidar**, *yay. haz. Ferda Keskin, 2. bs., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2005, s.25-57.*
- *Foucault, Michel: "Özne ve İktidar", çev. Osman Akınhay,* **Seçme Yazılar:2 Özne ve İktidar**, *yay. haz. Ferda Keskin, 2. bs., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2005, s.57-82.*
- *Foucault, Michel: "The Confession of the Flesh",* **Power/Knowledge: Selected Interviews & Other Writings 1972-1977**, *çev. Colin Gordon, Leo Marshall, John Mepham, Kate Soper, ed. Colin Gordon, New York, The Harvester Press, 1980, s.194-229.*
- *Gramsci, Antonio:* **Selections from the Prison Notebooks**, *çev. ve ed. Quintin Hoare, Geoffrey Nowell Smith, New York, International Publishers, 1971.*
- *Gombrich, Ernst H.:* **Sanatın Öyküsü**, *çev. Bedrettin Cömert, İstanbul, Remzi Kitabevi Yayınları, 1980.*
- *Koloş, Umut: "Michel Foucault'nun İktidar Analizinde Hukukun Yerinin Belirlenmesi", Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2012.*

17 Michel Foucault, "Michel Foucault'nun Oyunu", çev. Osman Akınhay, **Seçme Yazılar:1 Entelektüelin Siyasi İşlevi**, yay. haz. Ferda Keskin, 2. bs., İstanbul, Ayrıntı Yayınları, 2005, s.119.

ANTİK MEZOPOTAMYA'DA İLKEL DEMOKRASİ[1,2]

Thorkild JACOBSEN

Çeviren: İsmail KIRLI[3]

Umutları, korkuları ve nesillerin ahlaki değer yargılarını simgeleyen sözcükler, kazandıkları derin anlamlarının berraklığını zamanla kaybetmeye mahkumdur. Bir yönetim biçimini ve günümüzde aynı zamanda bir yaşam tarzını ifade eden 'demokrasi' de bu sözcüklerden biri. Doğrusu tam da bu nedenle, alelacele *in medias res*[4]'e atılmadan önce ilk olarak sözcüğü hangi anlamda kullandığımız konusunda açık olmalıyız.

Biz, 'demokrasi' kavramını modern anlamından ziyade, iç egemenliğin büyük oranda yönetilenlerin elinde olduğu, yani özgür, reşit ve erkek bütün vatandaşların servet veya sınıf ayrımı gözetilmeksizin söz sahibi olabildiği klasik anlamında kullanacağız. Devlet içindeki en yüksek hukuki otoriteyi oluşturan egemenlik sahibi bu vatandaşlar, önemli kararları -savaş ilan etme kararı gibi- zımnen onaylayarak alıyorlardı. Ve nihayetinde yöneticilerin ve devletin kilit noktalarını işgal eden memurların gücü de, yukarıda bahsettiğimiz zımni onaylama kararlarından doğdu.

'İlkel demokrasi' kavramıyla ayrıca, sadece verilen demokrasi tanımına giren, klasik anlamda demokrasiden ayrılan, daha ilkel tarafını bir kenara koyduğumuz yönetim biçimlerini anlıyoruz. Bunlar, idarenin çeşitli organlarının henüz yeterince uzmanlaşmadığı, güç yapısının gevşek olduğu ve sosyal uyum mekanizmasının nüfuz bakımından yeterince gelişme gösteremediği yönetim biçimleri olarak anlaşılabilir.

Diğer yandan, başlıca siyasi güçleri tek bir kişinin elinde toplama eğiliminde olduğu

1 *Makalenin orijinali* **'Primitive Democracy in Ancient Mesopotamia'** *başlığıyla, Journal of Near Eastern Studies, Vol: II, No: 3 (July 1943), pp.159-172'de The University of Chicago Press tarafından yayınlanmıştır. Metin, Prof. Dr. Mehmet Tevfik Özcan tarafından verilen 'Toplumsal Yapı ve Hukuk' yüksek lisans dersi kapsamında ele alınmak üzere çevrilmiştir. Çeviri metnin özgün metin ile karşılaştırması, belirtilen derginin organları tarafından sağlanmış ve uygun bulunması sonucu ilgili editörün izniyle yayına hazırlanmıştır.*
Not: Bu makaledeki "" işaretli dipnotlar çevirene ait.*

2 *Bu makaledeki savların özü, Nisan 1941'de Chicago'da gerçekleştirilen American Oriental Society toplantısında sunulup savunuldu. Akabinde, Prof. E. A. Speiser, kendi metninde yer alan birkaç konuya değindi: Some Sources of Intellectual and Social Progress in the Ancient Near East ('Studies in the History of Culture' [Philadelphia, 1942]), p. 60. Speicer'ın görüşleri, bizim görüşlerimizle önemli noktalarda örtüşüyordu; ne var ki, 'ilkel demokrasi (primitive democracy)' terimi, onun önerdiği terim olan 'politokrasi (politocracy)' teriminden daha anlamlı gibi görünüyordu. Ve ilaveten Speicer, hükümetin Mezopotamya'ya özgü formları ile başka yerlerdeki, birçoğu genellikle gelişmekte olan, henüz şehirleşmemiş benzer ilkel kabile formları arasındaki yakın bağları birbirinden ayrı görme eğilimindeydi.*

3 *Stj. Av., İstanbul Barosu. İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı, yüksek lisans öğrencisi.*

4 *Latince kökenli bu söz öbeği 'her şeyin ortasında' gibi bir anlama gelmektedir. Terim olarak ise bir hikayeyi anlatmaya başından başlamaktansa ortasından veya sonundan başlamayı tercih eden bir öyküleme tekniğini ifade eder. Söz öbeğini tam anlamıyla ifade edebilecek Türkçe bir söyleyiş bulamadım. Bu nedenle olduğu gibi aktarmayı tercih ettim.*

yönetim biçimlerini ifade etmede genel bir terim olarak kullanılan 'otokrasi (autocracy)' ile yukarıda verdiğimiz 'demokrasi' kavramı arasındaki zıtlığı da burada eklememiz gerekebilir. Son derece kurnaz bir şekilde demokrasi içine karışıp kaybolan ve zor da olsa sık sık onunla benzer işlevler gören oligarşi (oligarchy), bugün antik Mezopotamya olarak bildiğimiz sahada çıkarcı bir şekilde sivrilip, üstün duruma geldi.

TARİHİ ÇAĞLARDA OTOKRATİK EĞİLİM

Eski çağlarda politikanın tek egemen düşüncesi altında geliştiği görülmektedir: Siyasi iktidarın mümkün olduğunca az elde toplanması. Bu ilke, küçük alanlarda, kasaba ve yakın çevresinde, Mezopotamya tarihinin[5] birinci yüzyılı boyunca, önemli bir konuma sahip olmak için yaşama geçirildi -veya geçiriliyordu-. Ülke, kendi kendine yetebilen özerk şehir devletlerinden müteşekkil küçük bir mozaik görünümündeydi ve her bir devlette hükümdar, temel siyasi erkler olan yasama, yürütme ve yargıyı kendi elinde toplamıştı. Sadece o, yeni yasa ihdas edebilir ve yürürlüğe koyabilirdi;[6] gene yalnız ve bizzat o, adaleti ve doğruluğu korumak için kent-tanrısına taahhütte bulunabilirdi;[7,8] bütün askeri kuvvetlerin

5 *Mezopotamya'da yazılı tarihin başlangıcı yaklaşık olarak Urnanshe zamanına denk gelir. Onun çağından bize, milattan önce 2800'lere tarihlenen Sümer Kralları Listesi (ca. 2800 B.C. in The Sumerian King List ['O.I.C.,' No. 11], Table II.) kaldı. Ancak, sonraları, büyük olasılıkla Birinci Babil Hanedanlığı (First Dynasty of Babylon) zamanından kalma materyal ve işlenmiş malzemeler ortaya çıktı. Bu nedenle, erken dönem tarihlendirmeleri, yeni bulunan bu bulgulara göre yapılacak köklü bir değişiklikle daha aşağı çekilmelidir. Önerilen yeni tarihlendirme varyasyonlarıyla, şüphesiz ki eski yüksek tarihlendirmeye nazaran gerçeğe daha çok yaklaşıyoruz. Tabii burada mevcut ihtimalleri değiştirip düzeltebilmemize izin veren, materyaller değil bizim akıl yürütmelerimiz. Bu nedenle, tartışmaya açık bu konudan sıyrılarak, şimdilik, Sidney Smith tarafından Hammurabi için önerilen M.Ö. 1792-1750 tarihlerini kabul ediyoruz (Alalakh and Chronology [London, 1940], p. 29). Bu da demektir ki, Sümer Kralları Listesi'nde verilen zaman ölçeği 275 yıl aşağıya kaydırılmalıdır.*

6 *Erken Mezopotamya hükümdarlarının yasama faaliyetlerinin büyük bölümü 'özel hukuk' sınırları içindeydi. Bunlar, hakimiyet anlayışıyla devlet tarafından yayınlandı, onun otoritesiyle yürürlüğe girdi ve bazı acil ve spesifik amaçları hedefledi. Spesifik tapınakları, spesifik zamanlarda ve spesifik yerlerde inşa etmek ve gereken tadilatı yapmak, kanal açmak ve tamirini yapmak, savaşlarda mücadeleyi sürdürme yetkisi ve sair şeyler bu faaliyetlere içkin durumlardır. Kitabelerde görüldüğü üzere hükümdar, bu tür başarılar için tek başına kredi kazanır -veya alırdı-. Sümer-Akad toplumunu düzenleyen "genel hukuk"-herkes için geçerli, genelde yürürlükte olan kanun-un temel yapısı muhtemelen yazılı olmayan, içtihatlara dayalı, örf ve adet hukuku idi. Ancak burada da, hükümdar, Urukagena tarafından yaratılan ve köklü değişiklikler içeren yasal emirlere dayanarak hukuk yaratma sürecine müdahale edebilirdi (bkz: Urukagena Konisi B + C ve Oval Tablet). Hükümdarın gücü her ne kadar otokratik olsa da kayıtsız şartsız değildi. Alemlerin Tanrısının iradesi, rüyalar ve çeşitli alametler aracılığıyla, yeni, kendine has hukuk yaratma otoritesi ve yanı sıra yeni, genel hukuk yaratma otoritesi için hükümdara iletildi. Özel bir kanunun yapılışının ayrıntılı bir tasviri, ki o Lagash'taki Eninnu tapınağının yeniden inşa yetkisidir, Gudea Cyl'de verilmiştir. A i 1-xii 20. Urukagena reformlarına yol açan ilahi emirlerden şurada bahsediliyor: B + C Konisi vii 20 – viii 13.*

7 *Urukagena Konisi, B + C xii 23: nu – síg – nu – ma – su lú – á- tuku nu – na –gá – gá – a $_d$Nin – gír – su – da Uru – ka – ge – na – ke$_4$ inim – bé ka e – da –sir: 'Urukagena, Ningirsu ile sözleşme akdetti ki o (Urukagena) güçlü bir adam olma uğruna dul ve yetimlerin hakkını yemez.'*

8 *Tepe noktasına yakın bir yerinden tabana paralel bir düzlemle kesilmiş, yüzeyi tamamen yazılarla kaplı, kilden yapılmış koni şeklinde bir yazıt. Kil tabletlerin koni şeklinde olanını gözünüzde canlandırın.*

başkumandanı olarak savaşta halka önderlik ederdi;[9] ve, ana tapınağın yöneticisi olarak,[10] ülkedeki en büyük ekonomik gücü kontrol ederdi.

Fakat, otokrasi ideasının itici gücü; bu fikir uğruna küçük ve münferit sahalarda harcanmaktan hala uzaktı. Bu güç, Mezopotamya'yı daha uzak hedeflere doğru acımasızca ileri sürdü ki bu da gücün büyük bir alanda merkezileşmesi demekti. Bir şehir devletinin her hükümdarı, civar komşularına zorla boyun eğdirmek ve bütün güney Mezopotamya'yı tek bir merkezi devlet içinde ve tek bir hükümdarın -kendisi- yetkisi altında birleştiren kişi olmak için daima savaş halindeydi. Tarihin doğuşundan[11] Lugalzagesi'nin asker-krallarına ve erken Sargonidler (Sargonids)'den Üçüncü Ur Hanedanlığı (Third Dynasty of Ur)'nın ileri derecede örgütlü bürokratik devletine kadar, nihai merkezileştirme amacıyla gücün, ciddiyetin ve etkililiğin düzenli bir şekilde arttığı bu çabaları gözlemliyoruz[12].

İMPARATORLUK SONRASI ÇAĞLARDA ADLİ TEŞKİLATTA DEMOKRATİK KURUMLAR[13]

Adeta dünya gibi son derece eşsiz, otokratik bir görünüme kavuşmak için tek itici güç tarafından iktidarın tek elde toplanması amacıyla öne sürülen yerel ve yabancı politikalar ve tamamen zıt konseptlere dayanan kurumlar bir bakıma beklenmedik, tepeden inme idi. Ne var ki Sümer-Akad (Sumero-Akkadian) medeniyetinin son periyoduna doğru[14] yargı organında, apaçık farklı ve demokratik karakter sergileyen, heterojen, asimilasyona uğramamış bir yapı ortaya çıktı.

Asur (Assyria).- Özellikle göze çarpan örnek, Küçük Asya'da, bizim kültürel bölgemizin[15*] sınırındaki Asurlu (Assyrian) tüccar kolonileri olabilir[16]. Burada, erken İmparatorluk sonrası çağlarda (Isin-Larsa dönemi) en yüksek adli otorite herhangi bir bireye

9 *Bkz, örneğin, Akbaba İşlemeli Eannatum Dikilitaşı. İx 1 –x 4 ve bu anıttaki temsili çizimler; ayrıca Entemena Konisi A'da gösterilen Lagash ile Umma arasındaki savaş tasviri (iii 5 ff'deki savaş tasvirinde Lagash hükümdarının oğlu kumandan olarak görünüyor), Utuhegal kitabesi, RA, IX, 111-20 ve X, 98-100, ve daha birçokları.*

10 *Bkz: Deimel in Analecta orientalia, II, 80.*

11 *Güney Mezopotamya'yı tek çatı altında birleştirmek amacıyla hayli erken yapılan bu başarılı girişimlere inanmak için gerekçelerimiz var. Bkz: yazarın açıklamaları, JAOS, LIX (1939), 489, end of n. 11 on p. 487.*

12 *Tarihlendirme için bkz: yazarın açıklamaları, a.g.e., p. 495, n. 26.*

13 *Tarih çağları için Sümer Kralları Listesi, P1. II'de önerilen terimleri kullanıyoruz.*

14 *Bu periyot, Eski Babil Krallığı(Old Babylonian Kingdom) zamanıdır. Bu demokratik sarmalların ve temsil ettikleri kurumların akıbeti için bkz: Olmstead's chapter, "The Imperial Free City," in his History of Assyria, pp. 525-41.*

15 * *Yazar burada, günümüzde kullanılan kavramlar olan Doğu Medeniyeti ile Batı Medeniyeti arasında var olduğu söylenen, aslında belirsiz ancak kabaca çoğunluğu Müslüman ve çoğunluğu Hristiyan ülkeler arasındaki çoğu zaman siyasi olmayan sınırı kastediyor olsa gerek. Bu sınır da Küçük Asya'da bugün büyük ölçüde Türkiye topraklarına rastlıyor.*

16 *Genel tartışma için bkz: Landsberger, Assyrische Handelskolonien in Kleinasien aus dem 3. Jahrtausend ('Der Alte Orient,' XXIV, 4 [1925]); A. I. J. Gelb, Inscriptions from Alishar and Vicinity (Chicago, 1935), pp. 1-18. Metne ait materyal için bkz: Eisser and Lewy, "Die Altassyrischen Rechtsurkunden vom Kültepe" (MVAG, Vols. XXXIII and XXXV, No. 3).*

içkin olarak kazanılmış değildi fakat bütün kolonistler ''koloni, genç ve yaşlı''[17] namı altında genel bir mecliste yer almaktaydı. Bu genel meclis, kıdemli üyelerinin çoğunluğunun teklifiyle, bir katip tarafından toplantıya davet edilirdi. Kendine özgü bir biçimde katip, herhangi bir üyenin bireysel olarak toplantı çağrısı yapmasına izin vermezdi ve eğer yaparsa ağır bir cezaya maruz bırakılırdı[18].

17 *Bu meclis, adı aydınlanma için önemli olduğundan beri, karakterini ve yapısını üzerinden atar ve belki de bütün boyutlarıyla daha ayrıntılı ele alınabilir. Karum (*ayrıca *karrum)* sözcüğünün açıklaması, Walther, *Das altbabylonische Gerichtswesen* ('Leipziger semitistische Studien,' Vol. VI [1917]), pp. 70-80 ve Landsberger in *ZA* (N.F.), I (1924), 223-25 sayesinde oldu. Sümerceden geçmiş bir kelime olan kar, *karum;* köken itibari ile 'rıhtım', 'liman', 'pazar yeri' anlamlarını karşılamaktadır. Bununla birlikte, kelimenin anlamının doğal bir uzantısı olarak, rıhtım üzerinde iş sahibi olan insanları belirlemek anlamını kazandı, daha sonra bu organizasyonlar 'ticari kuruluş' oldu. Çoğu yerleşim yerinde, tacirler ve onların organizasyonları, *karum,* bir bütün olarak topluluğun organizasyonu içinde tek bir oluşumda teşekkül etmiş olabilir ('kasaba' [**â***lum*] veya '(genel) meclis' [*puhrum]), karum* olacak, belirli tiplerdeki yerleşimlerde, örneğin ticaret kolonileri veya ticaret merkezinin dışında kalan büyük kasabalarda, ya bütün nüfusu kucaklar ya da otonom bir birim olarak topluluğun dışında tutar. Belirli bir tipte bir yerleşim için referans verildiğinde – örneğin Küçük Asya'daki Asur ticaret kolonilerinden biri olan *karum* – haliyle Landsberger tarafından 'koloni' olarak en iyi betimlenendir.
Şahir rabi'nin vasıfları – Landsberger'in bütünsellik fikriyle ifade ettiği üzere genel anlamıyla 'küçük ve mükemmel' olarak betimlenmiştir (*ZA* [N.F.], I, 224.). **Şahrum** ve *rabium* için genellikle büyüklüğünden ziyade yaşından bahsedildiğinden beri (karş., ör., *maru-a şe-eh-ru,* 'en küçük erkek evlat', karşıt olarak *mar²u,* 'en büyük erkek evlat', KAV 2 ii 10-11 ve benzer şekilde Latin *minor* ve *major*), belki de bu durumda görülen bütün kategorileri varsaymakta haklıyız; genç ve yaşlı. *Karum* böylece iyi bilinen bir gruplama olan yaşlılar (ihtiyar heyeti) ve gençler ayrımını ortaya koyacaktı ki bu birçok yaygın siyasi organizasyon formunda ve aynı zamanda –birazdan göreceğimiz gibi- Babil'de ortaya çıkan siyasi yapının altında yatan nedeni oluşturur. Bununla birlikte unutulmamalı ki bu gruplandırmanın derecelendirmesi -aşaması- *karum* organizasyonunda kurumsallaşmıştı. Aynı zamanda *karum'*u temsil edebilecek yedi grup ihtiyar heyetinin ilişkilerini, şu belgeler (bkz: G. Eisser in *Festschrift Paul Koschaker,* III [Weimar, 1939], 99) doğrulayabilir ancak henüz tam olarak aydınlanmış de**ğil. Ayrıca bkz: aşağıda, dn. 41**.

18 *KTP 19 obv. 2-14 (Stephens in JSOR, XI, 122; çeviri ve transliterasyonu, a.g.e., pp. 102 f.). Biz, Driver ve Miles tarafından The Assyrian Laws, p.378'de verilen daha güncel çeviriden ziyade daha yakın anlamlı olan Lewy'nin çevirisini (MVAG, XXXIII, 336; karş., a.g.e., XXXV, 191 f.) takip edeceğiz. Söz konusu metnin ilgili kısmı şöyle: …. ²a – ua – s***ú*** *– nu* ***[ú*** *– l****á*** *i – p****á****]* *– šu – ¹ru¹(!?) ³****ša*** *şahir rabi p****á*** *–¹hu – ri¹- im i – na ⁴****pu*** *– ú****h*** *– ri – s****ú*** *– nu a – na tup****š****arrim ⁵i – q****á*** *– bi₄ –* ***ú*** *– ma şahir rabi tup****š****arrum ⁶****ú*** *– p****á*** *– ha – ar ba – l****ú****m a – ui – li ⁷rabi –* ***ú*** *– tim nam – e – dim ue – dum ⁸a – ui – l****ú****m* ***š****a n****í****k – ka – s****í*** *a – na ⁹****tup****š****arrim ú*** *– l****á*** *i – q****á*** *– bi₄ – ma ¹⁰****şahir rabi ú*** *– l****á*** *ú – p****á*** *– ha – ar ¹¹****š****u – ma tup****š****arrum ba – l****ú****m a – ui – li ¹²rabi –* ***ú*** *– tim i p****í*** *– i ue – dim ¹³****şahir rabi up – ta – hi – ir 10*** *š****iq****l****u** kaspam ¹⁴****tup****š****arrum i – š****a*** *– qal:* 'Eğer onlar (yani kıdemli, yaşlılar) meclislerinde davalarını çözmezlerse katibe gençlerin ve ihtiyarların birleşmesine -toplanmasına- ilişkin emirler verecek, ve katip de gençleri ve ihtiyarları bir araya getirecek. Tek bir adam, yaşlıların büyük bir çoğunluğunun katibe hesapların kapatılmasına ilişkin emir verilmesine rızası olmadan bunu yapamaz. Ve ikincisi, yaşlılar ve gençler bu sebepten toplanamayabilir. Eğer katip yaşlıların büyük çoğunluğunun rızası olmadan tek bir adamın teklifiyle gençleri ve yaşlıları bir araya getirmişse 10 adet gümüş şekel (shekel) ödeyecektir.' Bizim tercümemiz şunu kabul ediyor ki bu talimatname (yönetmelik) alt derece mahkemesince (sadece *rabiutum*?) 'gençler ve yaşlılar topluluğu'na gönderilen çetrefilli bir davanın hesabı görülürken takip edilecek prosedürü ve yapılacak ikinci görüşmenin yapısını belirliyor. [For our reading and restoration of 1. 2 compare TC 112 rev. 1' – 6' (see Lewy in *MVAG,* XXXIII, 334-36, No. 289, and Driver and Miles, *The Assyrian Laws,* pp. 376 f.), which appears to deal with a similar transfer]: *¹'i – za – zu – ni* [….] *²'****tup****š****arrum a- na*** *[****š****á****l*** *–* ***š****í*** *–* ***š****u] ³'i – zu – a –* ***s****ú*** *– nu [a – ua –* ***t****á****m*** *] ⁴'i – p****á*** *–* ***š****u – ru a –* ***š****[ar(?) a – ua –* ***t****á****m*** *] ⁵'****ú*** *– l****á*** *i – p****á*** *–* ***š****u – ru* ***[şahir]*** *⁶'rabi i p****á*** *– hu-*[*ri – im…*]: 'onlar bekleyecek….., katip onları üç gruba ayıracak ve onlar davayı çözecek. Davayı çözemedikleri yerde gençler ve yaşlılar toplanacak…..'

1. 3'deki ***š****a n****í****k – ka –* ***s****í*** *'*hesapların görülmesine ilişkin' **çevirimiz, *š****a şahir rabi pahurim* 'gençlerin ve yaşlıların toplanmasına ilişkin' ile paralel bir yapı arz ediyor; fakat Lewy, onun bir kişiyi belirttiğini kabul etmekte haklı olabilir (*MVAG,* XXXIII,336 ff.), bu nedenle şöyle çevirmeliyiz: 'hesaplardan sorumlu tek bir adam, katibe …. emirler veremez ve katip vs.'

Genel meclis, koloni içinde çıkan uyuşmazlıkları yargılar ve karara bağlardı, ve tarafsız komiser (hakim) baş-şehir [mother-city] Asur tarafından gönderilirdi ancak bu gönderim sonraları devam edemedi, eğer komiserler bir kısım kolonistlerin direnişiyle karşılaşırlarsa, yerel meclisin yetkisiyle dışlanır, yargılama işinden hariç tutulurlardı.[19]

Babil (Babylonia).- 'Cumhuriyetçi'[20] Asur kolonilerinden Eski Babil Krallığı'nın vesikalarında birkaç kuşak sonra ortaya çıkan Hammurabi Babil'ine geçişte, her şeyden önce krallığın yüksek seviyedeki gücünün kabul edildiğinin kanıtlarını son derece emin bir şekilde bulduk. Herhangi biri şikayetini krala yöneltebilir; kral davayı inceler ve karar vermesi için uygun mahkemeyi yetkilendirir. Kralın görevi de saray memurlarına ve 'kraliyet hakimler heyetine' destek olmak, 'krallığın meşru teamüllerine'[21] uygun bir şekilde hakkaniyete göre ceza vermektir.

Fakat onun yanında olan ve onunla tamamlanan -bütünleşen-, Babil şehrinin merkezinde başka şeyleri de içine alan kral merkezli bu yargı örgütünün değeri bellidir. Şehir, bu şekilde kendi bölgesel değer yargılarının doğru ve yanlış algılarına göre adalet dağıtır.[22] Şehrin yöneticisi[23*] ve ihtiyar heyeti[24] küçük yerel ihtilafları çözer; diğer davalarda -belki özel bir zorluğu veya özel bir önemi olan- karar vermek için önce bir bütün olarak şehre, 'meclis'e danışırdı. Bizim kaynaklarımız, malzemesini, bu meclisin çalışmalarını gösteren son derece net ve ilginç bir levhadan alıyor; açıklama yapacağız lakin ondan önce iki önemli nokta var- meclisin yapısı ve yetkisi.

Bu Eski Babil meclisi, daha önce de belirtildiği üzere, belirli bir şehrin veya köyün va-

19 *Bkz: CCT 49b ve Landsberger'in Assyrische Handelskolonien …, p. 11. Cf. Eisser and Lewy in MVAG, XXXV, No. 3 (1930), 164-64 and p. 145'deki tartışmaları.*

20 *Bunun için bkz: Koschaker, 'Cuneiform Law' (art.), Encyclopadeia of the Social Sciences, IX (1933), 214, and Landsberger in Studia et documenta ad jura orientis antiqui pertinentia, II, 234.*

21 *Bkz: Lautner, Die richterliche Entscheidung und die Streitbeendigung im altbabaylonischen Prozessrechte ('Leipziger rechtswissenschaftliche Studien,' Vol. III), pp. 78-83. On* şimdat **š***arrim as 'legal practice of the king' see Landsberger in Studia et documenta …, II, 220.*

22 *Bkz: Landsberger, op. Cit., p. 227.*

23 * *Belediye başkanı.*

24 *'Şehir' (***â***lum) ve 'ihtiyar heyeti' (***šîb***atum*) –Koschaker tarafından ileri sürüldüğü gibi- ayrı tutulmalıdır. Walther (*Das altbabylonische Gerichtswesen,* pp. 45-64; see esp. Pp. 55 and 64) 'meclis' (*puhrum*), 'şehir'(***â***lum)* ve 'ihtiyar heyeti' (***šîb***atum*) kelimelerini tanımlamak için üzerine eğildi ve Cuq 'meclis' ile 'ihtiyar heyeti' kavramlarının özdeş olduğuna dair görüşlerini daha önce dile getirdi (*RA,* VII [1909-10], 87 ff.). Walther'in meclis ve şehir kavramlarını özdeşleştirmesi hiç şüphesiz doğru olmakla birlikte (see below; Koschaker in *HG,* VI, 148, follows Walther on this point), onun 'şehir' ve 'ihtiyar heyeti' kavramlarını (*CT,* VI, 27b) **özdeş göstermek için alıntıladığı belge, böyle bir sonuç çıkarabilmek için dayanaktan yoksundur. Bu sadece şunu gösterir ki 'şehir', yazara bir alan vermişti, 'ihtiyar heyeti'nin yarısı şimdi ondan alındı.**
Açıkça görüldüğü üzere 'şehir' ve 'ihtiyar heyeti' aynı şeyler değil. Fakat diğer yandan, şurada onlardan farklı kurumlar olarak bahsediliyor: *loc. cit.* By Koschaker, *HG,* III, 715 (= Jean, Tell Sifr No. 58), ve *HG,* V, 1194, (= *TCL,* I, 232), *'***â***lum* ***ú*** ***šîb****atum',* 'şehir ve ihtiyar heyeti'. Bu minvaldeki metinlere şu da eklenebilir: *VAS,* XIII, 20, *TCL,* VII, 40, ve Lutz, *Legal and Economic Documents from Ashj***â***ly,* No. 107.
'Şehir' ve 'ihtiyar heyeti' farklı kurumlar olabilir ancak elbette tek mahkeme olarak birlikte görev yapıyorlardı. Az evvel alıntıladığımız metin şunu iddia ediyor: Evet bu iki kurum çoğu defa birlikte görev yapıyorlardı ancak daha geniş anlamda kurul olarak 'ihtiyar heyeti' doğaldır ki 'şehir'in bir parçasıydı.

tandaşlarından –'şehir' ve 'meclis' kelimelerinin dokümanlarımızdaki kullanımının kolaya ca ayırt edildiği diğer alternatifler gibi-, meydana gelirdi. *VAS,* VII, 149'da yer alan metindeki örnekte, ''Dilbat (şehir) meclisi''nde bir şeyden şikayet edildikten sonra, onu izleyen ilgili faaliyetler ''Dilbat yönetimi'' olarak yapılırdı. Yani bunun anlamı şudur ki Dilbat meclisi demek, Dilbat şehri demektir.[25] Benzer kanıtlar şurada da verildi: *TCL,* XVII, 30. Meşru bir tartışma yaratmak için öncelikle yukarıda verilen metnin yazarı yargılanmaya muhtaçtır çünkü o, sözcüğü (*a-lam* **ú**-*pa-hi-ir-ma),* **şehir olarak çevirdi.** Onun cümlesi -önce toplanma hareketi (*puhhurum* [to assemble]) olur; sonra bu hareket meclisi (*puhrum* [assembly]) ortaya çıkarır- tekrar gösterdi ki şehir, meclisi oluşturuyordu.[26]

Bu yazılı delilleri çevirmek, doğal olarak bir takım yüksek riskleri de bir arada getiriyor. Kadınlar her ne kadar vatandaş[27] ve sonuç olarak şehir (**â***lum)* halkının bir yarısı olsalar da onların meclise katılmaları olası değildi.[28]

25 *Bkz. Walther, Das altbabylonische Gerichtswesen, pp. 49-51. İlgili metin: [1]i – na pu – hur Dil – bat[ki] [2 m]A – píl – í – lí – šu [3]* **ú** *E – ri – ba – am [4]ki – a – am iq – bu –* **ú** *um – ma* **š**u *– nu – ma [5]mi – im – ma nu – ma – tum [6]ma – la ha – al – q***á** *– at [7]ma – har [d]Ip – te – bi – tam [s]* **ú** *– ul i – li – a – am [9]i – na – an – na nu – ma – tum [10]i – ta – li – a – am [11]ki – ma Dil – bat[ki] iq – bu –* **ú** *[12]nu – ma – at 1 GAR [13][a] – na ki – iš – ša(!) – a – tim [14][ša] [d]Nin – urta – ma – an – s***i** *[kalēm][1] [15]iz – zi – iz – ma [16 m]Nu –* **úr** *-[d]šamaš [17 m d]Sú.en – eri***š** *rakbum [18 m d] Sú.en – ma – gir mār Ka – ma – nu [19 m]Im – gur-[d] Sú.en ra – bi – a – nu [20 m]Iš – [m]a – tum mār Şíl – lí-[d] En – lil [21 m]A – píl – í – lí – šu šang***û** *[22]ša* **ú** *– sa – am – nu – ši [23 m]E – ri – ba – am mār Ha – bi – it – Sin [24]* **š**a *a – na ra – bi – ş***ú** *– tim [25]iš – ša – ak – nu – ši [26][***ú***]- ta – ar – ši,* 'Dilbat meclisinde Apil-ilishu ve Erîbam şunları söyledi: 'Ortadan kaybolan mülkiyetin hiçbiri (tanrı) Ipte-bîtam öncesine kadar dönmedi. Şimdi mülkiyet çıkageldi!' Dilbat'ın emrettiği gibi, *kal***û** papazı Ninurtamasi'nin nezdinde ifade edildi, fakat bu yüzden (*-ma*) **Nû**r-Shamash, *rakbu* **Sî**n-erish, Kamānu'nun oğlu **Sî**n-magir, kent yöneticisi Imgur-**Sî**n, Şilli-Enlil'in oğlu Erîbam, onu geri alacak (yukarıdaki hesaba katıldıktan sonra Ninurta-mansi olarak anıldı). ''*-ma*''yı 'fakat bu yüzden' olarak çevirmemiz şu gerçeğe dayanır ki *–ma* sık sık bir fiilden sonra gelir ve takip eden cümleye zarf göreviyle bağlanır, daha doğrusu bu eylemin hareket tarzı ya da doğası kesin bir şekilde yükleme bakılarak tanımlanabilir. Karş., ör., CH xxxiv 6-8: *im – ta – ha – aş – ma s***í** *– im – ma – am i***š** *– ta – ka – an – š***u***,* 'ona bir yara açacak şekilde vurdu' ; *a.g.e.,* xxi 28-29: **ú** *– ba – nam* **ú** *–* **š**a *– at – ri – iş – ma la uk – ti – in,* 'onu suçladı fakat bu yüzden bunu kanıtlamak mümkün olmamıştı' ; vs. Bu kullanımı tartıştığımız Dr, A. Sachs şu terimi önerdi: ''*-ma*'nın spesifikasyonu."

26 *Ayrıca karş. Jean, Tell Sifr No. 42 (=HG, III, 711): dai***ā***num* (DI-KUR$_x$) *a – lum ip – hu – ur – ma,* 'yargıç, şehri bir araya getirdi,' *a – lum,* yanlışlıkla *a – lam* ile karıştırılmış gibi görünüyor (karş., Walther, *Gerichtswesen,* p. 46). Doğal olarak burada ele alınanın yanında ''şehir'' tarafından oluşturulmuş başka ''meclisler'' de vardı. *Puhrum*, ''toplanma'' ve ''meclis'' anlamlarına gelen genel bir kelime ve şöyle başka ifadeler için de kullanılır: *ina puhur ahhē***i***a,* ''kardeşlerimin meclisinde,'' ve *puhur umm***â***ni,* ''alimler cemiyeti.'' Benzer şekilde ihtiyar heyeti müzakere için bir araya geldiğinde bu bir *puhrum,* ''meclis'' formunda olurdu; örn., ihtiyar heyetinin Gılgamış Destanı'nda (Tablet III 11) geçen ifadeleri: *i – na pu – uh – ri – ni – ma ni – ip – q***í** *– dak – ka* **š***arra,* ''kralı meclisimizde sana emanet ettik,'' ve şu belge; *YOS* II 50:8: *20* **š***i – bu – ut a – lim* **ú** *– pa – ah – hi – ir –* **š***um – ma,* ''**şehrin yirmi ihtiyarını onun hesabına bir araya getirdim." Bir kehanet metninde,** *KAV* 218 A iii 19 (karş. K 2920 [BA V 705] rev. 10; Weidner, *Handbuch der babylonische Astronomie,* pp. 85 ff. İii 19), şu aktarılır: **š***i – bu – ut* **â***li ana puhri uş-*[**şu - ni**]*,* ''**şehrin ihtiyar heyeti meclise gidecek," ihtiyar heyetinin normal bir oturumunu ifade edebilecek bir beyan fakat daha çok "şehir ve ihtiyar heyeti" olarak şehir halkının genel meclisinde oturuma katılmayı işaret ediyor.**

27 *Bkz VAS, XVI, 80'de bahsedilen örnek: a-ui-il-tum m***ārat I-***da-ma-ra-aš[ki],* 'kadınlar, Idamaraş vatandaşıdır.'

28 *Emin olamayız. Şu bağlantıyı not edelim ki tanrıların puhrum'u tanrıçalara da açıktı. Gılgamış Destanı'nda (Tablet XI, 116 ff.) Ishtar, tanrılar meclisinde sel felaketini savunduğu için kendine serzenişte bulunur, ve ayrıca Eski Babil ilahisinde, RA, XXII (1925), 170-71, rev. 33-35, şu ifadeleri işitiyoruz: [33]pu – uh – ri – i***š** *– š***u** *– un e – te – el q***á** *– bu –* **ú** *–* **š**a *š***u** *– tu –* **úr** *[34]a – na An – nim* **š**ar *– ri –* **š**u *– nu ma – la – am a***š** *– ba – as*

Hatta vatandaşların tatmin edici temsilini dikkate aldığımız erkekler bile her zaman meclis üyeleri arasında sayılamazlardı. Ancak maddi gerçeklere dayanarak şöyle bir çıkarımda bulunulabiliriz ki *puhrum,* son derece kapsamlı bir terim olan **â***lum'*un alternatifi olabilir. **Â***lum*, *puhrum* içinde ve aynı zamanda yargı fonksiyonu içinde yer alır ki bu uygulama, bazı küçük seçkin sınıf veya gruba ayrıcalık teşkil etmedi; o bütün vatandaşların katılımına açık olmak zorundaydı. Ve nihayetinde bu, sağduyulu bir Babil atasözünü[29] meydana getirdi. Bu atasözü vatanseverliğin bariz eksik olduğu bir nasihatte bulunuyor: 'Meclise orada **öylece** durmak için gitme; kişiler arası makam mevki mücadelesi için doğru yoldan ayrılma. Açıkça bir çekişme içinde yer almak seni saf dışı bırakabilir; ayrıca, onlar için tanık olmak zorunda kalabilirsin ve bu yüzden onlar, seninle ilgisi olmayan bir davada tanıklık etmen için seni ileri sürebilirler.'

Kolaylıkla görüleceği gibi bu atasözü *puhrum*'da[30] ileri **sürülen ve 'ayakta durabilecek'**

*– su – nu [35]uz – na- am ne – me – q***é** *– em ha – si – i – sa – am er –* **š***e – et,* ''onların (yani tanrıların) meclislerinde onun sözleri ziyadesiyle muteber, üstün idi; onların arasında (onlarla birlikte) kralları Anum kadar oturur. Zeka, hikmet ve bilgi birikimi bakımından mahirdir.'' (The translation of 1. 34 follows a Von Soden manuscript in the Oriental Institute.) Benzer şekilde Gudea, (*ukkin*)'i –heykelini ortadan kaldırmak ve kitabelerini parçalamak isteyen adam- mecliste lanetlemek için Inanna'ya çağrıda bulunur (Gudea Atatue C iv 9-12) ve diğer birkaç pasaj da alıntılanabilir. Kadınların politik meclislere katılımı ile ilgili aynı doğrultuda kayda değer olarak antik İsrail (bkz. A. Menes, *Die Vorexilischen Gesetze Israels* [''ZATW,'' Beihefte No. 50 (Giessen, 1925)], p. 89) ve Mançular gösterilebilir. İleriki tarihlerde kadınlar, erkeklerin katıldığı meclislere paralel bir kadın meclisi oluşturdu fakat kadınlar ve erkekler için önemli sorunlar benzer bir şekilde her iki cins için özel bir mecliste ele alındı (bkz. Thurnwald in Elbert, *Reallexikon der Vorgeschichte,* X [Berlin, 1927-28], 215).

29 *K 8282 obv. i 25-29 (PSBA [1916], P1. VII opposite p. 132) restored by K 3364 (CT, XIII, 29). Karş. Langdon'un transliterasyonu ve çevirisi PSBA (1916), PP. 132 § E. İlgili satırlarda geçenler:*
[25]*[ina pu]-uh-ri e ta-'i-ir* **ú**-*zu-uz-za*
[26][*a-***š***ar şal-t*] *im-ma e tu-ut-tag-ge-e***š**
[27][*ina şal-tim*]*-ma i-ra-***áš**-**š***u-ka* **š***im-ta*
[28][*ů at-ta*] *a-na* **š***i-bu-ti-***šú**-*nu ta***š**-**š***ak-kin-ma*
[29][*a-na la di*]*-ni-ka ub-ba-lu-ka a-na kun-ni*

30 *Uzuzzu, 'ayakta durmak' ve ua***šā***bu* 'oturmak' *puhrum'*a katılım yönünden teknik terimler. *Uzuzzu* için karş., örn., Sidney Smith, *Babylonian Historical Texts,* PI. VIII v8: *izza – zu ina puhri* **ú** *–* **š***ar – ra – hu ra-*[*ma – an - šu*], ''o (yani Nabonidus) mecliste ayakta durur ve kendini metheder'' ; karş. Landsberger and Bauer iz *ZA* (N.F.), III, 92. Aynı kullanım, *TCL,* VII, 40'da, ''şehir ve ihtiyar heyeti'' için karşımıza çıkar: *[m d]Sama***š** *– ha – ş***í** *– ir a – lum* **ú** *š***i** *– bu – tum iz – zi – zu,* ''Shamash-**hā**ş**ir, şehir ve ihtiyar heyeti 'ayakta durdu,' yani, "meclisteki yerlerini aldılar." Özünde oligarşik** [oligarchic] Eski Babil meclisinin farklı bir canlandırması Leo Oppenheim tarafından şurada verildi: *Orientalia,* V (new ser., 1936), 224-28. Oppenheim, meclisin ''ihtiyar heyeti'' ve ''soylular'' tarafından sınırlandırıldığını düşünüyor. Bu sav için Oppenheim'ın kanıtları ilk olarak şu: Kil [Clay], *BRM,* IV, 15, 24-27 (ikinci olarak *a.g.e.,* 16, 22-25). İlgili metnin çevirisini ise şu şekilde veriyor: ''Die 'Partizer' werden zusammentreten und das Land (nicht) regieren….. Die 'Ältesten' werden zusammentreten und das Land (nicht) regieren.'' Gel gör ki böyle bir çeviri kabul edilebilir değil. Şu şekilde –az önce ikinci kanıt olarak sunulan değişik metni- çevirmeliyiz: ''Krallar (''İki kral'') bir birlik oluşturacak ve yeryüzüne hükmedecek (hükmetmeyecek)….. İhtiyar heyeti bir birlik oluşturacak ve yeryüzüne hükmedecek (hükmetmeyecek).'' Kullanılan *lugal – e – ne* terimi ''krallar''ı ifade ediyor, kesinlikle ''soylular''ı, ''aristokratlar''ı değil. Görünüşe göre buradaki referans galip gelmek amacıyla şartlandırılmış, ör., Hammurabi'nin erken çağlarında Babil'de bir dizi küçük kral ittifak kurma yoluyla taht oyunları oynadı (karş. the letter quoted by Dossin in *Syria,* 1938, p. 117). ''Ülke'' büyük olasılıkla kişilerin alametleri üzerinde taşıdığı bir kara parçası idi; yabancı kralların oluşturduğu bir koalisyon veya mecliste kendi kurallarına göre ihtiyar heyeti içinde etkili olan bir grup tarafından egemenlik kurulabilir.

-ki bu katılımdır- akla sahip herhangi birini varsayıyor.

Eski Babil meclisinin yetkisi genellikle mahkeme işleriyle ilgilidir.[31] Bir davacı kendini 'meclise ihbar edebilir' (*puhram lummudum*)[32] veya meclis, davanın görülmesi için kral[33] veya başka bir yüksek otorite tarafından yetkili kılınmış olabilir. Meclis, davayı inceler (*inim – inimma igi – du$_8$*)[34], tanıkları dinler ve taraflardan birini ve onun tanıklarını şahitliklerini yeminle kanıtlamaları için bir tapınağa gönderebilir[35]. Ve nihayet kararını verir (*e* veya *du$_{11}$* ve *qab***û**).[36]

Meclis tarafından görülen davalar, bize ulaşan kayıtların gösterdiği üzere hem hukuk davaları ve hem de ceza davaları açısından güvenilirdi.[37] Kayıtların bize ulaştırdığı bir cinayet davasında[38], meclisin ölüm cezası verme yetkisi vardı. Ara sıra da olsa meclis tarafından cezaya çarptırılmak, insanlar**ın zaman zaman aynı anda yargıç ve de cellat olarak mecliste** bulunmalarını gösterebilir. Hammurabi Kanunları'nın 202. maddesinde şu buyrulur: E**ğer bir adam,** kendinden üstün (veya 'üstüne', 'rütbeli') bir başkasının yüzüne vurursa, sığır derisinden yapılmış bir kırbaçla mecliste altmış defa kırbaçlanır. **Şu açıklama da kıymetlidir ki eğer bir yargıç, görevlerinin ifasında** düzenbazlık içindeyse on iki katını[39*] tazminat olarak verir ve 'meclisteki yargıçlık makamından geri dönmemek üzere (asla) alınmasına mahkeme kararıyla hükmedilir.'[40]

Halkça tutulan bu mahkemeler ve Eski Babil kanunları arasındaki ilişkiyi aydınlatmak özellikle önemli. Bunlar gösterir ki meclisin huzurunda kışkırtıcı sözler sarf ettiği için kraliyet memurları tarafından yakalanmış bir adam için gerekli masraflar, hapse atılmadan önce ondan tahsil edilir. Ayrıca şunu unutmayın ki kral, daha önce de belirtildiği gibi meclisi davaları görmek üzere yetkili kılabilir.[41]

Kolayca anlaşılacağı üzere, burada özetlenen yargı örgütü özünde demokratiktir. Yargı

31 *Bkz: Walther, Gerichtswesen, pp. 45 ff., ve Koschaker, HG, VI, 148.*

32 *HGT 100 iii 35-38.*

33 *BE, VI, 2, No. 10.*

34 *BE, VI, 2, No. 10:16-17: pu – ú**h** –ru – um Nibru^{ki} – ka inim – inim – ma igi b**í** – in – du$_s$ – e**š** – ma ,* 'Onlar, Nipur meclisinde ifadeleri incelediler.' Cümlenin anlamı için *igi — du$_s$* Akadca *amārum,* karş. HGT 100 i 36-38 *a – ua – ti – šu - nu i – mu - ru ṭup ni - i**š** ilim ma – ah – ri – a - am i**š** – mu - ú **š**i – bi – šu - nu i – ša - lu,* 'Onlar, ifadelerini incelediler, tanrı tarafından yapılan erken bir yeminin belgesini dinlediler, şahitlerine sordular.'

35 *HGT 100 iii 39 ff.*

36 *Örn., b**í** – in –b**é** – e**š** ,* 'buyurdular' (*BE,* VI, 2, No. 10:19). Karş. *ki - ma Dil - bat^{ki} iq – bu - ú* in *VAS,* VII, 149:11 see above, n. 19.

37 *Hukuk davaları; BE, VI, 2, No. 10, ev ve bahçe mülkiyeti ile ilgili uyuşmazlık; HGT 100, babalık davası; VAS, VII, No. 141, malik olunan şeyi yok etme yetkisi ile ilgili uyuşmazlık; CT, VIII, 19, Bu 91-5-9, 650, sözleşen tarafı tehdit ederek sözleşmeyi ortadan kaldırma. Ceza davaları, CT, IV, 1-2, BM 78176 obs. 19 ff., isyana teşvik eden söylemde bulunma; PBS, VIII, 2, No. 173, cinayet.*

38 *PBS, VIII, 2, No. 173.*

39 * *Hükmettiği cezanın, tazminatın?*

40 *CH § 5.*

41 *CT, IV, 1-2, BM 78176 obv. 19 ff.*

erki toplumun bütünü tarafından kazanılmıştır ve meclis bütün vatandaşların katılımına açıktır. Bu tür kurumlar her zaman kuruldukları zamanki yapılarının açıkça birörneği olmazlar –son derece zıt ilkelerin hakim olduğu bir dönem: yetkilerin tek bir kişinin elinde toplanması. Sonra bir sorun belirir ki bu da dengesini sağlamaya henüz başlayan yeni fikirler veya eski çağlardan beri muhafaza edilmiş eski bir şey adına hareket edilip edilmediği meselesidir.

İlk ihtimal çok da akla yatkın görünmüyor. Mezopotamya'nın politik yaşamının bütün dalgalanmaları ve tarihi çağlarındaki fikirler **içtenlikle diğer yöndedir. Gelişen** hiçbir demokratik fikrin emaresini bu noktada bulmuyoruz. Bu nedenle ikinci alternatif daha muhtemel görünüyor: Bu yargı kurumu daha iyi korunan son bir konumu, azimli bir hayatta kalma mücadelesini ve erken çağlardan beri kök salmış fikirleri temsil ediyor.

ESKİ ÇAĞLARDA MECLİSİN KAPSAMININ GENİŞLEMESİ

Erken çağlardan kalma materyallere dayandığımız zaman bu çıkarsama onaylanır. Zamanda geriye gittiğimizde 'meclis'in yetkisi ve nüfuzu artmış ve yargı işlevini **aşmış** görünür; daha da önemlisi, idari bir görünüm alır.

Akad krallarından daha ötede olmayan eski çağların geleneksel rivayeti zaten bize meclisin kimin kral olacağını seçme otoritesinin olduğunu gösterir:[42] 'Enlil'in ortağı', Esabad'a ait saha, Gula tapınağı, birleşik Kish ve Iphurkish, Kish erkekleri … onlar krallığı meydana getirir.

Ne vakit eski durgun geleneğe, Gılgamış zamanındaki Uruk'a dayanan geleneğe bakarız, yazılı tarih hattının ötesinde, meclisin muvafakatini alana kadar ilkeli bir şekilde savaş veya barış konusunda hareket etmekten imtina eden bir kral buluruz. Bu bakımdan burada devletin iç egemenliği sağlanmış görünüyor.

Söz konusu gelenek[43] şunu rivayet eder: Kish Kralı Agga, Uruk'a ulaklar gönderir. Gılgamış, Uruk hükümdarı, direnme eğilimindedir; fakat görünen o ki karar ona ait değildir. O önce onların huzurunda önerisini dile getirmek için Uruk'ların ihtiyar heyetine, senatoya danışır: **Gılgamış**, şehir senatosunun huzurunda konuştu…[44]

Onun söylevi -buna sevk eden nedenler henüz tamamen açıklığa kavuşmuş değil- acil

42 *Boissier in RA, XVI (1919), 163 11:25-30: karş., age., p.206. Söz konusu satırlarda geçen ifade: [35]i - na Ugar – [d]En – l**íl*** (veya [d]S**ú**.*en?*Prof. Gelb) *bi – ri – i – it [26]E – sa – bad b**ít** [d]Gu – la [27]Kiši^{ki} ip – hu – ur – ma [28]m Ip – hur – ki**š**i^{ki} auil Ki**š**i^{ki} [29]mār(?) ma [ar (?)] za(?) [at] e**š**$_4$ – t**á**r za ar ri ih tim [30]a – na **š**a[r]-[ru] – [t]im i**š** – su – ma.* Metnin kıymetli bir irdelemesi muhtemelen gelenekteki tarihi unsurları hafife alan Güterbock tarafından şurada verildi: *ZA* (N.F.), VIII, (1934), 77-79. Onun 'künstlich' diye karşı çıktığı Iphurkish ismi artık kanıtlandı: unpublished literary tablet from Tell Asmar (as. 31: T.729) of Agade date.

43 *PBS, X, 2, No. 5; SEM, No. 29;SRT, No. 38; Fish in Johns Rylands Library (Manchester), Bulletin, XIX (1935), 362-72. Metin, Witzel tarafından, beklenen düzeyde olmayan, yetersiz bir çeviri ve transliterasyon ile düzenlenmiş, Orientalia, V (new ser., 1936), 331-46. Biz, Witzel'i takiben Johns Rylands'ın metnine atıfta bulunuyoruz, A, to PBS, X, 2, No. 5 as B.*

44 *[d]GIS-BIL – ga – mes igi ab – ba uru – na – ka [KA] ba – an –gar… A obv. İ 3-4.*

bir istek ile biter: Kish sarayına boyun eğmeyelim; (onu) silahlarımızla yerle bir edelim![45]

Heyet öneriyi mecliste görüşür: Şehrin senatörleriyle toplanan meclis, Gılgamış'a konuyla ilgili yanıt verdi.[46] Bu yanıt olumluydu, tam olarak Gılgamış'ın sözlerini tekrar ediyordu ve benzer uyarılarla - teşviklerle[47*] bitiyordu. Bu cevap Gılgamış'ı ziyadesiyle memnun etti: Gılgamış, Kullab hükümdarı,… onun şehrinin senatörlerinin sözleri kalbini okşadı, yüreğini ferahlattı.[48]

Ama o bununla yetinmedi; şehrin erkekleri şu açıklamaları duymalıydı: Sonra Gılgamış şehrin erkeklerine bir konuşma yaptı…[49]

Onun burada ileri sürdüğü savlar, daha önce senatörler karşısında söylediklerinin kelimesi kelimesine aynısıydı. Ve 'şehrin erkekleri', 'meclis toplandıktan sonra' onu yanıtladı. Aynı hareket tarzını farklı bir akıl yürütmeyle ileri sürdüler: Kish sarayına boyun eğmeyebilirsin; biz[50] onu silahlarımızla yerle bir edelim.'' İnanç ve sadakat yüklü bir deklarasyon yayınladılar ve Gılgamış tekrar büyük bir memnuniyet içinde kaldı: O gün Gılgamış, Kullab hükümdarı, şehrinin erkeklerinin sözleriyle kalbi okşandı, yüreği ferahladı.[51] Şimdi onun önünde uzanan yol açıktır ve o, yaklaşan savaş için acilen silahlanır.

Öyleyse burada **hükümdarın planlarını halka anlatmadan önce, ilk olarak ihtiyar heyetine, sonra şehrin erkeklerinin oluşturduğu meclise açtığı ve onların fikirlerine danıştığı bir devlet modeli görüyoruz. Diğer bir deyişle meclis, nihai siyasi otorite gibi görünüyor.**[52]

45 *[**é – gal] Kiši**^{ki} – šé gú nam – ba – an – gá - gá – an – dé – en* ^{gis}*tukul ga – àm – ma – síg – en – dé –* en A obv. i 8.

46 *[u k k i n] – gar - ra ab - ba uru – na - ke*$_4$ ^{d}*GIS – BIL – ga – mes - ra mu – na – ni - íb*^{i} *- gi*$_4$ *- gi*$_4$ A obv. i 9-10.

47 * *Savaş çağrısı.*

48 ^{d}*GIS – BIL – ga – mes en Kul-aba*^{ki} *– ke*$_4$ *[….] nir – g***ál – [la – e] inim ab – ba uru**^{ki} *– na – ke*$_4$ **šà – ga – ni al – hůl ur**$_5$ *– ra – ni ba – an –sig*$_5$ A obv. i 15, B obv.

49 *min – kam – ma –* **šè** ^{d}*GIS – BIL – ga – mes igi* $^{[}$*guruš*$^{]}$ *[uru – na – ka] KA ba – an – gar ….* B obv. 3'-4'.

50 *B obv. 14' metnindeki, nam – ba – sanırım g***á** *– am* ifadesi büyük ihtimalle mukaddem formundan yazarken harflerin istenilmeden tekrarlanmasıyla oldu (dittography).

51 *u*$_4$ *– bi – a* ^{d}*GIS – BIL – ga – mes en Kul – aba*^{ki} *– ke*$_4$ *[inim guru***š** *uru* $]^{[ki]}$ **– na – šè – šà – ga – ni an** – **húl** *ur*$_5$ *– ra – ni ba – an – an – ša*$_4$ B obv. 25' rev. 1.

52 *Diğer kanıtlar yukarıdaki mevcut metinde iki grubu tasvir etmek için bir ölçüde katkı sunar. İhtiyar heyeti, Sümer terimlerinden abba, yani 'baba'ya ve abba uru, yani 'kasaba babaları'na dayanarak yargıya varırdı. Bunlar, orijinal olarak, şehir halkından muhtelif büyük ailelerin başkanlarından oluşurdu. Topluluk içinde kümelenmiş bir patria potestas'ı temsil etmek için bir araya gelirlerdi. Kralla olan ilişkileri onun danışmanları olmak şeklinde olmuştur. Onlar, Gılgamış Destanında bir kez açık bir şekilde şöyle adlandırılır: i***š** *– me – e – ma* ^{d}*GIS zi – ki – ir ma – li – [ki] –* **šu,** 'Gılgamış, danışmanlarının sözlerini dinledi' (Old Babylonian version, YOS IV 3 v 20). İlk etapta Gılgamış'a Huwawa'ya karşı harekete geçmesi için icazet vermeye karşı geldiler. Daha sonra Gılgamış, planı için desteklerini kazandı ve böylece onların takdisleri ve uzun bir seyahatte nasıl yolculuk etmesi gerektiği ile ilgili son derece babacan tavsiyelerini alarak ayrıldı (YOS IV 3 vi 19 ff.). Aslında aynı zamanda babacanlık, sözleriyle Engidu'ya -Gılgamış'ın rehberi ve muhafızı- telkinde bulunan genç kral için istenen bir şeydi: 'Kralımızı meclisimizde sana emanet ettik, sen onu sağ salim bize geri getireceksin.' (*i – na pu – uh – ri – ni – ma ni – ip – q***í** *– dak – ka* **š***arra tu – tar – ram – ma ta – paq – q***í** *– dan – na –* **š***i –* **š***arra,* Tablet III 11-12). Gılgamış, Engidu'nun ölümünden duyduğu üzüntüyü onlara belli

ESKİ MECLİSİN TANRILAR DÜNYASINDAKİ YANSIMALARI

Bu eski, Mezopotamya'daki siyasi organizasyonların demokratik formlarını**n** hepsi tarih çağlar**ın**daki en erken tarihli kitabeleri işaret ediyor. Bunların hepsinin detaylarının kesin bir şekilde okunması doğal olarak mümkün görünmüyor çünkü bu kitabeleri daha yapılırlarken kaybetmeye başladık. Buna rağmen ilginç bir şekilde bazıları günümüze kadar kaldı.

Sümerler ve Akadlar, tanrılarını insani duygular tarafından yönetilen ve dünya üzerinde insanların yaşayışına benzer şekilde yaşayan insan formlarında resmederler. Tanrılar dünyasındaki hemen hemen her ayrıntı, yeryüzü koşullarının bir yansımasıdır. Bu sürecin erken çağlarda ortaya çıkmasından beri ve doğası gereği insan dini konularda muhafazakar olduğundan elbette ki erken dönem özellikleri yeryüzünden ayrıldıktan sonra tanrılar dünyasında muhafaza edilecekti. Sadece bir örnekten bahsedecek olursak, tanrılar hala, artık insanlar tarafından terk edilmiş bir giyim tarzı içinde, karakteristik bir püskül (koyun yünü, **pösteki?) giymiş olarak resmedilirdi. Açıklamamız gereken başka bir benzer olgu da şu ki tanrılar, gerçekte tarihi çağlarda Mezopotamya topraklarında karşımıza çıkan otokratik** devlet örgütlenmelerinden farklı olarak politik açıdan demokratik bir düzlemde örgütleniyor görünmektedir. Böylece, Mesopotamya topraklarındaki devletlerin tarih **öncesi çağlardaki formlarının yansımalarını tanrılar diyarında buluyoruz.** Adad miti *CT*, XV, 3'de geçen, tanrılar dünyasında bulduğumuz demokratik ilkelere dayanan meclis, 'tanrılar meclisi [assembly of all the gods]'dir.[53] Ayrıca bu meclise katılım cinsiyete göre sınırlandırılmamıştı: Tanrıçalar da görüşmelerde en az tanrılar kadar aktif rol oynardı.[54]

edince Gılgamış Destanında bir kez daha ortaya çıkarlar (Tablet VIII ii 1 ff.), ve büyük tufan hikayesinde Utanapishtim, Ea'ya büyük bir gemi inşa etmesinin açıklamasını sorduğunda onlardan bahseder: 'Kasabaya, tacirlere -ustalara- ve ihtiyar heyetine ne cevap veririm?' [*mi – na - m*] *i lu – pu – ul* **â***lu um – ma – nu* **ů š***i – bu – tum* (Tablet XI 35.) Bu satırların cüretkar, farklı ve ilginç bir yorumu için bkz: Speiser'ını yukarıda, dn. 1'de atıfta bulunduğumuz çalışması.
İhtiyar heyetinin rızasını aldıktan sonra Gılgamış'ın döndüğü meclis, şehrin 'erkek'lerinden oluşmuştu. Eski yazıtlarda, şehir devletinin görünüşte özdeş emek ve askeri organizasyonunda bir üniteyi temsilen bireyin olağan sıfatı olarak Sümerce bir sözcük olan *guru***š** kullanılırdı (bkz 'O.I.P.,' LVIII, 297), ve meclis neredeyse hiç beklenmedik bir savaşa neden olacak bir hareket tarzını düşünüp değerlendirmek üzere toplandığından beri biz onu esasen erkek nüfusun orduyu meydana getirdiği bir toplanma olarak görmeliyiz (paralel olarak çoğu defa yasama meclisinin asıl özünü oluşturur 'erkek nüfus orduyu meydana getirir'; örnek olarak Roma'ya özgü *comitia'*dan bahsedebiliriz). Ayrıca aynı doğrultuda meclis üyelerini belirlemede kullanılan başka bir terim var, *mes,* 'erkek', 'kahraman'. *Guru***š** gibi Akadca *e***ṭ***lum* sözcüğünden tercüme edilen bu terim birleşik bir sözcüktür, *ukkin – mes,* 'meclis üyesi' (Akadca çeviri *pur***š***umu* 'yaşlı adam' ve *abu* 'baba', 'ata, ihtiyar' sözcüğünün çağrıştırdığı yaş; gençlik çağındaki erkek, delikanlı anlamına gelen Sümerce *mes* **sözcüğünün o**rijinali olamaz.) Aynı zamanda **-ödünç olarak- Akadca** *mēsum* (*En***ū***ma eli***š** Tablet VI 166-67) sözcüğünde de görünür: *u – š***i** *– bu – ma ina ukkin – na –* **š***u - nu i – nam – bu – u š***i** *– ma – a –* **š***u ina m***é** *– e – si nag – ba –* **š***u – nu uzak – ka – ru – ni* **š***um –* **š***u,*'onlar (yani tanrılar) kaderlerini ilan etmek için meclislerine yerleştiler, bütün (güvenilir, sadık, kuvvetli) erkeklerin toplantısında onun adını yad ediyorlardı.' Son olarak *puhrum* 'meclis' sözcüğünün 'ordu' anlamında kullanıldığını da söyleyebiliriz ki bu özellikle Asur kaynaklarında sık görülen bir kullanımdır (*puhrum* **sözcüğünün bu kullanımı için bkz: Del. HW 520b** *puhrum* 1 a).

53 *Bkz. CT, XV, 3i7:* ^{d}*En - líl pa -* **š***u i – pu –* **š***a – am - ma i pu – uh - ri ka - la i - li iz – za – ak –* **k***à – ar ,* 'Enlil, bütün tanrıların meclisinde ağzını açtı ve konuştu.'

54 *Bkz. yukarıda, dn. 22.*

Meclis genellikle Ubshuukkinna adlı büyük bir sarayda toplanırdı. Tanrılar toplantı yerine varınca, kendileri gibi çok uzaklardan meclise iştirak etmek için gelen dostları ve akrabaları ile görüşürdü. Orası, herkesi kucaklayan genel bir alandı.[55] Tanrılar daha sonra korunaklı sarayda mükellef bir sofraya otururdu; şarap ve sert içkiler onları hemen mutlu ve tasasız, keyifli kılardı. Kaygı ve kederler yok olurdu. Ve görüşmenin atmosferi, daha ciddi meseleleri konuşmak için uygun hale gelirdi.

Onlar dillerini(gönüllü ve çabuk) ziyafet için ayarladı[ve oturdu]; ekmek yediler (ve) içtiler(?) [şarap]. Onlar hoş oldular ve içki korkularını dağıttı; (bu nedenle) onlar sert içkiden içtikçe eğlence olsun diye şarkı söylediler. Son derece kaygısız idiler, kalpleri adeta göklere çıkmıştı; önderleri Marduk uğruna kadere razı geldiler.[56]

Betimlemeler psikolojik bakımdan oldukça ilginç. Burada, Mezopotamya mitolojisinde sık sık görüldüğü gibi önemli kararlar tanrılar sarhoşken alınıyor. İlkel Sümerlerin dünya işleri ile ilgili zahmetli hayatlarında şarap ve bira, her günkü tekdüze ve özenli hayatlarının getirdiği sıkıcı atmosferden kurtulmak **için bariz bir şekilde gerekliydi.** Bu yöntem orijinal bir bakış açısı ve de orijinal bir buluştu.[57]

Meclisin liderliği hak edilerek alınırdı. Öyle görünüyor ki bu hak cennet tanrısı ve 'tanrıların babası' An'a aitti. Fakat onunla ya da tek başına, fırtına tanrısı [god of the storm] Enlil de liderlik makamında görünürdü. Üzerinde fikir yürütülecek meseleyi genellikle An veya Enlil ortaya atardı. Elimizdeki kanıtlar konu hakkında tam bir karar vermemize imkan tanımaz ancak şunu varsayabiliriz ki takip eden tartışma, büyük oranda sözde *il*ū *rabi*ū*tum*('büyük tanrılar' veya belki de daha iyisi, 'kıdemli tanrılar')un elinde olur. Bu tanrıların sayısının elli olduğu söylenir.[58] Bu müzakerede ağırlığını koyan fikirlerin esas değerleri;

55 *En***û***ma eli***š** Tablet III 130-32. Bkz. örn., R. Labat, *Le Poème babylonien de la cr***é***ation* (Paris, 1935), Ai Heidel, *The Babylonian Genesis* (Chicago, 1942). Ayrıca Langdon tarafından çevrilen eski İngilizce metin ile kıyaslayınız, *The Babylonian Epic of Creation* (Oxford, 1923).

56 *En***û***ma eli***š** Tablet III 133-38. Dn. 47'teki litaratüre bkz. Biz pasajı Heidel'in çevirisinden alıntıladık.

57 *Tanrılar meclisindeki oturumun açılışı yerine geçen ziyafet, Homeros zamanında (Homeric times) başlayan her Yunan Boulē* oturumu ile karşılaştırılabilir (bkz. Glotz, *The Greek City and Its Institutions* [New York, 1930], p. 47). Profesör Cameron'un dikkatimizi çektiği daha çarpıcı bir benzerlik ise Herodot tarafından i. 133'te betimlenen bu meclisin Pers gelenek ve göreneklerine göre dekore edilmiş olmasıdır. Ayrıca bkz. Germen benzerliklerinin (Tacitus *Germ.* 22) aktarıldığı makale, ''Mahlzeit und Trinkgelage.'' § 6 in O. Schrader, *Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde* (2d ed.; Leipzig, 1929), II, 30.

58 *Puhrum'un olağan üyeleri dışında zaten Enlil ve Ninlil destanında geçen ve göze çarpan iki grup var, ilūrabi*ū*tum ve ilū* **š***imūti* veya *mu***š***immu* **š***imūti*, (Barton, MBI No. 4 ii 13-14; Chiera, SEM 77 ii5'-6'; Pinches in *JRAS,* 1919, pp. 190 f. Rev. 1-2), *"dingir gal – gal ninnu – ne – ne dingir nam – tar – ra imin – na – ne – ne,"* ''elli kıdemli tanrının hepsi ve kaderi belirleyen yedi tanrı.'' *En***û***ma eli***š***,* onlardan Tablet III 130'da bahsediyor: *ilāni rab***û***ti ka – li – šu – nu mu – šim – mu* **š***imati,* ''kıdemli tanrıların hepsi, kaderin belirleyicileri,'' ve tekrar Tablet IV 80'de: *ilū rab***û***ti ha – am – š*at *– su – nu u – ši – bu – ma ilū***š***māti sibitti – šu – nu a – na* [^{d}*Marduk* **š***imūti*] *uk – tin – nu,* ''Elli kıdemli tanrı yerlerine oturdu ve kaderin yedi tanrısı Marduk için kaderi belirledi.'' Tablet III'de betimlenen meclisin toplantı çağrısı, Marduk'a kaderin belirleyicisi olma kudretini vermek gibi sarih bir amaçla yapıldı ki onun sözleri belirleyici ve kesindir.
''Kıdemli tanrılar'' ve ''kaderi belirleyen yedi tanrı''nın karşılıklı ilişkileri hakkında oldukça az kanıtımız var. Sadece alıntı metinlerin dili, onların ayrı ve paralel gruplar olduğunu gösteriyor. Yine de kaderi belirleyen bu yedi tanrının ''kıdemli tanrılar''ın içinde bir taraf olması –bize göre daha büyük bir olasılıkla- mümkün.
''Kaderi belirleyen yedi tanrı''nın fonksiyonu aslında kendi adından çıkarılabilir. Kavramların altında yatan düşünce açık; *En***û***ma eli***š***,* (karş., dn. 40), Tablet IV. Onlar ''le verbe cr***é***ature'' ve ''dileği yerine gelmek[wish come true]'' gibi fikirlere ait. ''Kaderi belirleyebilen'' tanrı gücü, sihirsel ve mutlak otoriteyi elinde tutar, evrendeki her şey üzerinde onun ol dediği şey anında oluverir. Tabiri caizse onun buyruğu otomatik olarak kendini yerine getirir (tevafuk eder). Tanrılar, ağzından çıkan her sözcüğün anında oluvereceği bu kudreti Marduk'a tanıdıkları zaman onu şu şekilde –''deneysel yöntemlerin'' erken bir örneği- test ettiler; bir giyim eşyası getirdiler ve Marduk onun helak olması için emretti ve oldu, bunun üzerine tekrar sağlam ve tek parça halinde var olmasını emretti ve o da oldu.
Bu efsanevi kavramları ''politik'' terimlere çevirirken ''kadere karar veren'' yedi tanrının içinde kimin sözünün ''otoriter'' veya ''belirleyici'' olduğunu belirtmek zorundayız.
*"Kıdemli" tanrılar ile Asur ticaret kolonilerinin kārum'*undaki ''kıdemliler'' (*rabi*ā*tum*) hiç şüphesiz karşılaştırılmalı. Anlaşılan o ki yedi tanrı kararlarını alırken bu yedi kişilik grup içinde birbirlerinin mevkidaşı konumundaydılar. Eisser'in gösterdi**ği üzere (bkz. yukarıda, dn. 12**), dökümanlar onaylanırsa *kārum*'u temsil edebilir.

59 *Karş. RA, XXII, (1925), 169-77, rev. 33 f.: yukarıda, dn. 22'deki alıntı.*

60 *KAR No. 80 (karş. the duplicate BM 78242 published by Langdon in RA, XXVI, 39-42) Shamash diyor ki (obv. 21): ina puhur il***í** *rab***û***ti* (DINGIR – MES GAL – MES) **š***i – ma – [a]t q***í** *– bi – su,* ''Kıdemli tanrıların meclisinde onun sözleri dinlendi''; aynı zamanda Kral'a dikkat ediniz BMS, No. 19, nerede bir adam dua etse: *ina puhri lu* **š***e – mat q***í** *– bi – ti,* ''Bırakın benim sözlerim mecliste dinlensin.''

61 *Terimler:* **š***itālum,* ''bir diğerine sormak'' (karş. Meissner and Rost in BA III 331, Bu 88-5-12, 78 viii 12': *ina Ub –* **š***u – [ukkin – na – ki] ki – sal puhur il***â***ni* (DINGIR-MES) **š***u – bat* **š***i – tul – ti,* ''Ubshuukkinna'da, tanrılar meclisinin sarayında, görüşme yerinde'' ve Agushaia şiiri, *VAS,* X, 214 rev. i 14: *ip – ta – ah – ru i***š** *– ta – lu,* ''onlar toplandı ve görüştü''), ve **š***utauum,* ''bir diğeriyle görüşmek'' (ör., King, BMS 1 obv. 15 *izzaz*ā (GUB-BU) *pu – hur –* **š***u – nu u***š** *– ta – mu –* **ú** *ina –* **š***apli* (KI-TA)- *ka,* ''Onlar meclisler(inde) yerlerini aldı ve senin altında görüştüler''). An, Enlil ve Shamash arasında geçen görüşmenin yalın bir anlatımı Gılgamış Destanının Hitit versiyonunda muhafaza edilmiş; bkz. Friedrich in *ZA* (N.F.), v, 16-19.

62 *Gılgamış Destanı. Tablet XI 116. Biz Leonard'ın çevirisini aktardık (Gilgamesh, Epic of Old Babylonia, a Rendering in free Rhythms, by Ellery Leonard [New York, 1934], pp. 64-65).*

63 *Bkz. yukarıda dn. 50.*

'aklı, engin anlayışı ve bilgi birikimini göstermek ve de bilgelik'ti.[59] Bunlar saygı duyulan özelliklerdi. Diğerlerinin sözlerini dinleyebilme yeteneğini haiz olmak ise kıymetli bir meziyetti.[60] Bu tarz genel görüşmeler yoluyla –Babillilerin ifadesiyle 'birbirlerine soruyorlar'[61]- konular açıklığa kavuşturulmuş oluyordu ve birçok tanrının görüşlerini dile getirmek veya muhalefet etmek için fırsatı vardı. Sonradan pişman olunan görüşlerin desteklendiği de zaman zaman olurdu. **İ**nsanoğlunu sel felaketiyle yok etmeyi öneren bir teklifi destekleyen Ishtar, aldığı kararın sonuçlarını görünce böyle bir pişmanlık yaşadı:

Ishtar, doğum sancısı çeken bir kadın gibi feryat eder, tanrıların hoş sesli hanımefendisi yüksek sesle bağırır: Doğrusu vaktiyle dünyaya döndüm, çünkü ben, bizzat kendim, tanrılar meclisindeyim. Fena bir öğüt verdim! Nasıl tanrılar meclisinin bir üyesi olabilirim ki? **Böyle**sine **kötü öğüt vermek, kendi insanlarımı yok etmek için savaş kararı almak** da ne demek? Ben ki tek başıma insanlığa yaşam veririm. Şimdi onlar, adeta balık yumurtaları gibi bütün denizi kaplar![62]

Yedi güçlü tanrının meydana getirdiği bir grup, 'kadere karar veren yedi tanrı' –yani bu tanrıların sözleri belirleyici- öyle görünüyor ki bu şekilde kararlaştırılan –oylama çok daha sonra ortaya çıkan bir uygulama- son söz[63], son anlaşma, An ve Enlil tarafından anons

edildi: Karar, tanrılar meclisinin sözleri, An ve Enlil'in komutası altındadır.[64] Meclisin kararlarını icra etme görevi Enlil'e ait görünüyor.[65]

Bu ilahi meclisin fonksiyonlarının bir parçası **böyle** adli işlerdi. Burada, bir kitabeyi tahrip eden bir adamın suçu ele alındı. Kendisine ithafen kitabe dikilen tanrısal varlık, o adama karşı söz söyler ve 'onun davasını kötü yapar'[66]. Buradaki cümle bütün insanlık için sadece bir kere geçti çünkü onların çıkardığı daimi ses, kutsal kulaklar için son derece rahatsız ediciydi.[67] Gençliğinde Enlil, genç Ninlil'in ırzına geçtiği için 'elli kıdemli tanrı ve kadere karar veren yedi tanrı' tarafından sürgüne gönderildiğinde Enlil'e karşı bir başka *cause célèbre*[68*] daha vardı.[69] Fakat kutsal meclisin mahkeme işlerini aşan bu tarz fonksiyonları içinde bizim en **çok** dikkatimizi çekenlerden biri şudur: Meclis, krallığı onaylayan bir otoritedir. Biz bir defasında büyük tehlikenin kapıda olduğunu söyledik: Tiᵓāmat, kadim sular ve onun barındırdığı canavarlar tanrılara karşı savaş planı içindeler. Tanrılar bunu öğrendi: Öfkeliler, entrika çeviriyorlar, ne gece ne de gündüz dinleniyorlar; mücadeleye başlamışlar, burunlarından soluyorlar, öfkelerinden aslanlar gibi kudurmuşlar; bir meclis oluşturmuşlar ve mücadelenin planını yapıyorlar. Her şeye öncülük eden Ana Hubur (ayrıca) karşı konulamaz silahlar edinmiş, keskin dişli ve acıması olmayan canavar bir yılan bulmuş; canavarların vücutlarını kan için zehirle kaplamış. Acımasız ejderhalar kuşanmış dehşetle, onları şerefle taçlandırmış ve adeta tanrılar gibi yapmış, böylece onları etrafa dehşet saçan şeyler olarak görmüş ve bu yüzden onların vücutları şahlanacak ve göğüsleri geri dönmeyecek.[70]

Sonunda, bu olağanüstü durumda genç Marduk, tanrıların davasını desteklemek için **gönüllü olarak ortaya çıktı**. Fakat mutlak bir otorite istedi: Eğer sizin savunucunuz olursam, Tiᵓāmat'ın hakkından gelir ve sizin hayatınızı kurtarırsam; bir meclis toplanır ve benim üstün konumumu beyan eder. Ubshuukkinna'daki makamınız memnuniyetle korunur ve bırakın ben ağzımı açtığım zaman (güce sahip olmak) kaderi belirleyeyim hatta sizinkini bile, (böylece) ben neyin çerçevesini belirlersem o tadil edilemez (ve) benim dudaklarımdan dökülen emirler geri dönemez (hükümsüz kalamaz), değiştirilemez.[71]

64 *Chiera, STVC 25 obv. 18-19 (see below, p. 00), also HGT 1 iv 9-10: di – til – la inim pu* **ú***h – ru –* [*um dingir – re – ne – ka*] *du*$_{11}$ *– du*$_{11}$ *– ga An* ^{d}*En* [*- lí**l** – l**á** – *ka – ta*] .

65 *In the Lamentation over the Destruction of Ur ('A.S.,' No. 12), II. 171 ff., o, ayrıntılı felaket emrini veren Enlil'dir.*

66 *Meisser and Rost in BA III 331, Bu 88-5-12, 78 vii 12' ff. (karş. Luvkenbill, AR II § 658): ina Ub –* **šu** *–*ⁱ*ukkin – na – ki*^{l} *ki – sal pu – hur ilani (DINGIR-MES)* **šu** *– bat* **ši** *– tul – ti a – mat – su li – lam – min*$_{4}$ *– ma u*$_{4}$ *– mu ište – en la – baṭ – su liq – bi,* 'Belki o (yani Marduk), Ubshuukkinna'da, tanrılar meclisinin sarayında, müzakere alanında, davasını kötü yapar; belki tam bir gün yaşamamasını emredebilir.'

67 *Ea ve Atar-hasis hikayesiyle bağlantılı (CT, XV, 49, iii 4 ff. Ve 37 ff.). Bkz: Sidney Smith'in restore metni, RA, XXII (1935), 67 f. Paralel bir Sümer hikayesi, HGT No. 1. Bkz: The Sumerian King List, p. 39, n. 113.*

68 * *Herkesin ilgilendiği, gündemi meşgul eden, büyük yankı uyandıran olay/dava.*

69 *Enlil ve Ninlil miti için bkz: Barton, MBI, No. 4; Chiera, SEM 77, and Pinches in JRAS, 1919, PP. 190 F. Şunu belirtelim ki ukkin/puhrum sözcüğü açık bir şekilde kullanılmamış.*

70 *En***û***ma eli***š***,* Tablet II 16-26.

71 *A.g.e., Tablet II 123-129. Heidel, The Babylonian Genesis, p. 27, translates, following a suggestion by Delitzsch, 1. 127, ip –* **šu** *pi – ia ki – ma ka – tu – nu – ma* **ši** *– ma – tam lu –* **šim** *– ma,* yani aşağı yukarı "Senin

Böylece çağrı meclise ulaştı, tanrılar Ubshuukkinna'da toplandı, ve orada mevcut durumun ihtiyaçları üzerine görüşme yaptılar, Marduk'a üstün yetkiyi verdiler: Sen, kıdemli tanrılar üzerinde ağırlığı olan, senin stat**ün üstün, senin yönetimin** Anu (gibi). Bugünden itibaren onun emirleri değiştirilemez; çoğaltılamaz da azaltılamaz da –bu ancak onun gücüyle olabilir. Sen ne buyurursan doğru olacaktır, senin sözlerin değersiz olamaz; hiçbir tanrı, senin hakkının ötesine geçip haddini aşamaz.[72]

Onlar Marduk'u alkışlarla kral ilan etti ve sadakat nişanları eşliğinde yetkilendirdi: Bayram ettiler ve Marduk'a biat ettiler, (şöyle diyorlardı:) 'Kral Marduk!' ona kraliyet asasını, tahtı ve *pal***û***'*yu bahşettiler: Ona düşmana olanca gücüyle saldırması için eşsiz bir silah verdiler. Şöyle diyorlardı: Git ve Tiᵓāmat'ın canını al. Belki rüzgarlar onun kanını mekanımızın önüne kadar getirir.[73] Daha sonra Marduk sahip olduğu silahlarla savaş alanında Tiᵓāmat'a karşı tanrılara yol açtı.[74]

Meclis, krallığın bahşettiği bir otoritedir, aynı zamanda bunu geri alabilir. **Sümerler, krallığı şöyle addederlerdi:** *Bala,* yükümlü herkes tarafından belirli süreliğine[75] yapılması gereken bir iş. Benzer bir şekilde krallık belli bir süreliğine bir şehre ve onun tanrısına verilebilirdi; daha sonra başka bir şehre ve tanrıya transfer edilebilirdi. Bir örnek vermek gerekirse, Inanna'nın iki şehri, Kish ve Akkad zamanında bütün Mezopotamya'da 'Inanna

yerine ben, ağzımdan dökülen sözlerle kaderini belirleyebilir miyim?" Her ne kadar mümkün olabilirse de bu tercüme başarısız görünüyor. Tanrılar "kaderlerini belirlemeye" Marduk istediği gücü elde ettikten çok sonraları dahi devam etti. Şu nedenle ihtimal dışı ki onun gücü diğerlerine karşı geçersiz olmalıydı. Bu nedenle çeviriyi olması gerektiği gibi "-e rağmen", "-e doğru gibi" şeklinde, *kî**m**a'*ya uygun bir şekilde, daha çok *kî**m**a'*nın genellikle taşıdığı anlama göre muhafaza ettik.

72 *A.g.e., Tablet IV 3-10, 13-16.*

73 *A.g.e., Tablet IV 28-32. Heidel'in çevirisinden bir pasaj alıntıladık (The Babylonian Genesis, p. 27).*

74 *En***û***ma eli***š***'*in Marduk'un nasıl kral olduğuna ilişkin yaptığı açıklama, Mezopotamya krallığının erken yapısına ve kökenine ışık tutması bakımından en önemli doküman. Bu bize kralın ilk olarak bir savaş önderi olduğunu, genel meclis tarafından acil durumlarda bir lider etrafında birlik oluşturmayı sağlamak amacıyla seçildiğini gösterir. Sonraki artikelde bunun detayını vermeyi umuyoruz.

75 *Bala sözcüğü "hizmet süresi" anlamına geliyor. Bal fiilinin nomen astionis'i "dönmek[to turn]", temel anlamıyla "dönmüş olmak" gibi görünüyor. Semasiolojik gelişmelere göre Deimel, SL 9:1, yerinde bir yaklaşımla bunu Latince turnus ile karşılaştırır. Ayrıca kraliyet hizmetlerinde kullanılmış, tapınak daireleri için de geçerli: guda, bappir ("bira imalatçısı"), nedu ("hademe"), kisalluh ("saray çöpçüsü"), bur***š***uma* ("ihtiyar heyeti"), vb. terimler var. Böyle bir hizmet yıl boyunca sırasıyla çeşitli bireyler tarafından her unvan sahibi olma durumu belirli bir periyod (*bala*) sürecek şekilde yapıldı. Yılın spesifik bir periyodunda (*bala*) spesifik bir göreve seçilme hakkı veraset yoluyla intikal eder ve satış kanalıyla -açık artırma- bir başkasına aktarılabilirdi. Miras kalan görevler *bala gub – ba* şeklinde adlandırılırdı. Örneğin *bala gub – ba N-a* (*k*), "N.'nin başarılı olduğu hizmetler ('N.'nin uhdesinde tuttuğu')," tezat olarak ise, *k***ú** *– ta – sa*$_{x\,N}$ *– a(k), yani N.'nin parayla satın aldığı hizmetler. Karşılaştırma için bkz: PBS, VII, 2, No. 182. Şu, sözcüğün kullanımı için bir örnek teşkil edebilir: bala* **é** ^{d}*Ig – alim – ka itu 6 –* **à***m Ur –* ^{d}*lamma dumu Lugal – u***š***um – gal – ke*$_{4}$ *í – dab,* "(Tanrı) Igalima tapınağındaki (-nın) hizmetin altı aylık periyodu babası Lugalushumgal'a dayanan oğul Urlamma tarafından yerine getirilir" (RTC 288:2-3; takip eden satırlarda geçen iki, dört ve on iki aylık *bala'*yı karşılaştırınız ve ayrıca bkz: ITT III 6575 ve ITT II 1010 + V 6848). *Bala'*nın taşıyıcısı *l***ú** *bala* olarak belirtilmiştir, yani "*bala* adamı," HGT 147:14'te *be – el pa – ar – şi,* "makam sahibi" diye tercüme edilmiş. Sümer kökenli bir sözcük olan *pal***û***,* Akadca'da "kraliyet hizmet süresi" anlamına hasredildi. Eski Asur saray yazıtlarına göre bu süre bir yıldır, *pal***û** orada "krallık yılı" anlamına gelir. Bununla birlikte Babil'de kralın görev süresi, hizmet ettiği sürece devam edecek şekilde tasarlanmıştı, bunun sonucu olarak Babil'de *pal***û** "saltanat" anlamına gelir.

zamanı (*bala*)' olarak tutulurdu.[76]

Bala saltanatı sona erdiğinde, Ur'un çöküşünden ve dağılmasından bahseden bir grup metinde daha açık bir şekilde görülebileceği gibi, kararlaştırılan otorite meclistir. Meşhur Üçüncü Hanedanlık döneminde Ur, **bütün güney Mezopotamya'ya hükmetti.** Saltanatlarına barbar saldırıları sonucunda istilacı Elamlılar (Elamites) tarafından trajik bir şekilde son verildi. Ne var ki şehri yerle bir ettiler. Bu yıkımdan bahseden metinler arasında, ilk olarak Ur tanrısı Nanna'nın olanları babası Enlil'e yakındığından bahseden bir tanesini alıntılayabiliriz. Ne var ki onun yakınmaları sadece soğuk bir yanıt ile karşılık bulur: Enlil onunla ilgilenen oğlu Sîn'i yanıtladı. 'Terk edilmiş şehir, onun kalbi, hıçkırarak ağlıyor, [için için] su döküyor[77*]; gün hıçkırıklar içinde. (Fakat) Nanna kendi 'alçakgönüllülüğüyle' [sen kabul ettin(?)] 'Varsın olsun!' Hükme göre, tanrılar meclisinin ifadesine göre, An ve Enlil'in yönetimine göre [….],[geçmişte kalan] Ur krallığı yok oldu gitti. Geçmiş zamandan beri, ülkenin kurulduğu zamanlarda […] krallık dönemi [daimi olarak değişti]; onun (yani Ur'un) krallı**ğı[na gelince]; [onun] dönemi [**başka bir zamana doğru (şimdi) değişmiş].[78]

Her ne kadar burada alıntılanan metin hatırı sayılır bir hasara uğramış ise de, ondan çıkarılan Ur'un çöküş izlenimi dikkat çekiyor. Rastlantı eseri ilgili bölüm oldukça açık: Ur'un –ve Nanna'nın- kraliyet çağının çöküşü olağandı; ve tanrılar meclisinin kararı ile uygun modayı beraberinde getirdi.

Ur'un çöküşü, bölgenin dönemine göre normal bir son oldu. Benzer görünüşe göre tanrılar tarafından peşin hüküm ile karar verilmiş; altında yatan asıl neden ise şuradaki

76 *Sarru – kên* ($_{DU}$) **šar** *A – ga – dè*^{ki} *ina – palê*^{d} **íš** *– tar i – lam – ma,* "Akkad kralı Sargon Ishtar *palû'*sunda ortaya çıktı" (L. W. King, *Chronicles concerning Early Babylonian Kings,* II [London, 1907], 113, obv. 1 [karş. p. 3, obv. 1]). Enlil *palû'*su bir kehanet metninde geçiyor, *CT,* Vol. XXVII PI. 22 10, *palê* ^{d}*En – líl* **šanâti** ($_{MU-MES}$) **šarri** *kêni* ($_{GI-NA}$) *ina māti* **ú** *– šab – šá tarbā***şu** *šā irrapiš,* "Enlil *pal***û***'*su. Gerçek bir kral yılında o, yeryüzünde olmaya neden olacak; bu cemaat kat kat büyüyecek." Nergal *pal***û** *'*su, kehanet metninde daha sık geçen cehennem tanrısı; tiranlığın sinonimi, başkaldıran düşman ve kötü olan her şey. Bkz. örn., *CT,* Vol. XX, PI. 31-33, 1. 78; *a.g.e.,* PI. 34, iv 18; *CT,* Vol. XXVII, PI. 9 1. 27, pl. 10, 1. 22, etc.

77 * *İng. 'to wee'.*

78 *Chiera, STVC 25 obv. 14-rev. 23. Pasajda geçenler:* [14] ^{d}*En – líl – le dumu – ni* ^{d}**Sú** *. en – ra mu – un –* [*na – ni – íb – gi*$_4$ *– gi*$_4$] [15]*ur***ú** *– lí – lá ša – bi a – nir – ra ír*(!?) – [*gig* **î** *–* **še**$_s$ *-* **še**$_s$] [16]**šà** *– bi – a a – nir – ra u*$_4$ *mi – ni –* [*íb – zal – zal - en*] [17]^{d}*Nanna* [*sub*] **ní** *– za hé- me – b* [*i….*] [18]*di – til – la inim pu –* **úh** *– ru – um d*[*ingir – re – ne - ka*] [19]*du*$_{11}$ *– du*$_{11}$ *– ga An* $^{d\,d}$*En – líl – lá – ka –* [*ta*] [….] [20]*Ur*^{ki} *– ma nam – l*[*ugal – bi …. ba – an - t***úm**] [21]*u*$_4$ *– ul kalam ki – gar – ra – ta* [….] [22]*bala nam – lugul – la* [**šu** *bala ba – an – ak - ak*] [23]*nam – lugal – bi bala –* [*bi bala k***úr** *– ra* **šu** *bala ba – an - ak*] . 1. 17'deki üçüncü simge *sub* olacak gibi görünüyor ($_{KA}$ + $_{KU.}$ *su – ub diye yorumlandığı için, bkz. Deimel, SL 33:6, muhtemelen su*$_{11}$ *+ ub diye okunacak) . Tekrarlanan sub, sub – sub, Akadca'ya* **šu** *– kin – nu* "proskynesis" diye tercüme edilmiş (Deimel, *loc. cit.*) ve bu veya benzer bir anlam ikilenmeyen sözcük için de kabul edilebilir. Onun bizim cümlelerimizdeki kullanımı, Küçük Asya'daki Eski Asur metinlerinde bir mahkemenin yargı yetkisini ileri sürmede kullanılan teknik bir terimi, **šuk***ênum'*u hatırlatıyor. Muhtemel görünüyor ki davası tanrılar meclisi tarafından görülen Nanna, ilk defa resmen bu mahkemenin yargı yetkisini kabul etti. Şimdi Enlil ona şunu hatırlatır ki meclisin açıkladığı "Varsın olsun!" hükmüne riayet etmek ona bağlı. "Varsın olsun [Let it be]" terimi için bkz: *Lamentation over the Destruction of Ur,* quoted below, p. 172. Bizim restorasyonumuz (II. 22-23) ile şu anlatım biçimini kıyaslayınız, *PBS,* X, 2, No. 15, obv. 21: **é** *– zi – da bala – bi bala – k***úr** *– ra* **šu** *– bal – ak – a – bi ,* "farklı bir terim haline getirilmiş erdemli tapınak terimi."

ağıtta geçiyor: *BE,* XXXI, 3. Bununla birlikte en canlı ifade, uzun *Ur'un Çöküşü Üzerine* **Ağıt (Lamentation over the Destruction of Ur)'**ta geçer. Bu ağıt felaketten yalnızca birkaç kuşak sonra meydana gelmiştir.[79] Orada, dördüncü bölümün sonuna doğru, bütünüyle tanrılar meclisinin kararlarından ve meclisin şahit olduğu Ningal'ın aşırı tutkulu savunma**sından**, kaderine terk edilmiş şehir için Nanna'nın eşlik ettiği merhamet dilemelerinden şunu aldık:[80] Bir sonraki meclise doğru, insanların hala toprağın üzerinde durduğu yerde, Anunnaki tanrıları bağlayıcı sözler verdikten sonra hala yerlerinde duruyordu,[81] gerçekten ayaklarımı sürüledim mi, gerçekten kollarımı uzattım mı? Gerçekten An'ın huzurunda gözyaşı döktüm; gerçekten kendim, Enlil'in huzurunda yas tuttum. Doğrusu onlara 'Benim şehrim yerle bir edilmeyebilir mi!' dedim; 'Ur yok edilmeyebilir mi!' dedim; 'Onun halkı öldürülmeyebilir mi!' dedim gerçekten. Fakat An, bu sözlere asla temayülü olmadığı halde; Enlil, 'O yalvarıyor, bırak öyle olsun' dediği halde asla kalbimi yatıştırmadı. Şehrimin yok edilmesinde onlar gerçekten görev aldı; Ur'un yok edilmesinde onlar gerçekten görev aldı; bu demektir ki insanlar öldürüldü, gerçekten onların takdiriyle.

Burada kuşkusuz meclisin, krallığın aldığı kararları kabul etmede olduğu gibi hükümsüz kılmaya da gücü yeter.

SONUÇ

Bir **şeyleri kanıtlama yeteneği korunmuş materyallerimiz gösteriyor ki tarih öncesi (prehistoric) Mezopotamya politik olarak demokratik bir yapıda organize olmuştu fakat tarihi (historic) Mezopotamya otokratik bir yapı arz ediyordu. Sahip olduğumuz deliller**, normal kamu işlerinin ihtiyar heyeti eliyle görüldüğü yönetim biçimlerini **işaret ediyor fakat nihai egemenlik topluluğun bütün üyelerini –veya, daha iyi bir ihtimalle, özgür ve yetişkin bütün erkekleri**- kapsayan genel bir mecliste bulunuyordu. Bu meclis topluluk içindeki çatışmadan doğan bir düzendi. Savaş ve barış kararı gibi görece önemli meseleleri çözdü, çözebildi, ihtiyaç duyulduğunda, özellikle bir savaş durumunda, üstün otoriteyi krallığa, üyelerinden birine, belirli bir süreliğine devretti.

Buna benzer bir hükümet şekli, eklenmiş olabilir, asla benzersiz değil ancak başka yerlerdekilerle fazlasıyla benzer olabilir. Özellikle W. J. Shepard tarafından özetlenen iki erken Avrupa materyaline dikkat çekebiliriz:[82]

79 *Kramer, Lamentation over the Destruction of Ur* ("A.S.," No. 12 [Chicago, 1940]). Yazıldığı tarih ve tarihi arka planı bakımından şiirin yapısı için şuradaki çalışmamı inceleyin, *AJSL,* LVII (1941), 219-24.

80 *Kramer, Lamentation over the Destruction of Ur,* p. 32, II. 152-64. Bizim çevirimiz, II. 152-53 hariç, onun çevirisinden (*a.g.e.,* p. 33) sadece küçük farklarla ayrılıyor. I. 152'de *puhrum* belirleyici $_{KI}$ değildir, şöyle okumalıyız; *ki sag ki – a ba – da –* **gál** *– la. Sag,* "insanlar," "bir kişinin akrabaları,"s "bir ailenin üyeleri," karş. *sag = ni***šê**, Howardy, Clavis cuneorum 129:34, ve *ki – sag - gál – la = ašar emūti* ve *ašar kimāti, a.g.e.,* 451: 75-76.

81 *Öyle görünüyor ki bu ifade meclis üyelerinin mecliste aldıkları bir kararla kendilerini baki kılmak için vaatte bulundukları –söz verdikleri- anlamına geliyor.*

82 *Encyclopadeia of the Social Sciences, IX, 355, ve VII, 11. Ayrıca kıyaslayınız, O. Schrader, Reallexikon der indogermanischen Altertumskunde (2d ed.; Leipzig, 1917-29) article "König" § 14: 1-3 (I, 620-21) and article "Volksversammlung" (II, 609-11). Büyük ölçüde benzer modeller aynı zamanda antik Yunan'da da bulundu ki bunlar özellikle Homeros çağında geçerli olan kurumlar (bkz: Glotz, The Greek City and Its Ins-*

Batı'nın bütün ilkel halkları arasında, sosyal kontrol gücünün kabile şefleri veya kralla ve daha güçsüz kabile şeflerinin oluşturduğu bir konseyle paylaşıldığı bazı popüler meclis türleri görülmektedir.

Ayrıca, daha çarpıcı bir şekilde:

Batı Avrupa'yı istila eden ilkel Cermen kabilelerinin önemli politik yapıları bir folkmoot[83*] veya bir ordu besleyen bütün yetişkin erkeklerin oluşturduğu bir cemaat; bir ihtiyar heyeti; savaş zamanında ise savaş liderli**ği** veya kabile reisli**ği** idi. Bütün önemli sorunlar, savaşa ve barışa karar vermek gibi, folkmoot tarafından alınırdı. İhtiyar heyeti, folkmoot'a sunulacak meseleleri hazırlar ve görece küçük meseleleri karara bağlardı. Bu, ne yönetimin farklılaştığı ne de hukukun dini düşünüşten veya gelenek göreneklerden açıkça ayrıldı**ğı kaba bir demokrasi biçimiydi**.

Özellikle vurgulamak gerekir ki başka toplumlardaki benzer yapıların varlığı, burada ileri sürülen yeniden kurgulamanın[84*] doğrulamasını yapan güçlü bir destektir ve Mezopotamya ile ilgili parçalar halindeki bilgilerin bir araya getirilip anlamlandırılmasında kayda değer bir destek olacağını vaat eder.

titutions [New York, 1930], Part I chap i, esp. pp. 39-57). Ve aynı şekilde antik İsrail'de de bulundu (bkz: A. Menes, Die vorexilischen Gesetze Israels ["Z.A.W.," Beihefte, No. 50 (Giessen, 1928)], pp. 21-23, and esp. The chapter "Der Staat und seine Organe," pp. 88-96). Pek göze çarpmasa da Hitit devlet organizasyonu ile de kayda değer paralellikler bulundu (bkz: Hardy, "The Old Hittite Kingdom," AJSL, LVIII [1941], 214-15).

*83 * Erken İngiltere'de bir sancak altında bulunan bütün insanların oluşturduğu genel bir meclis.*

*84 * Reconstruction, geçmişte olduğu bilinen ya da tahmin edilen olay/olguların, eldeki veriler ışığında insan zihninde yeniden canlandırılması.*

KAMU HUKUKUNA KARŞI DEVLET: SCHMİTT'İN *SİYASİ İLAHİYAT*'I*

Mustafa Bayram MISIR**

Giriş

Alman felsefi ve sosyolojik düşünce geleneğinin Nazizmi nasıl olanaklı kıldığı konusundaki klasik eserlerden biri Lukacs'a ait *Aklın Yıkımı*dır (2006a ve 2006b). Hegel'den Heidegger'e, Tönnies'den Weber'e, Jellinek'ten Laband'a, felsefi, sosyolojik ve hukuki düşünmenin Almanya'daki gelişimini ve Nazizme nasıl zemin hazırladığını inceleyen Lukacs, Freyer ve Schmitt hakkında yaptığı değerlendirme de bu isimleri faşist kuramcılar olarak niteler (2006b:242). Alman profesörler, diye yazar, "daha önceleri Hohenzollernlerin entelektüel muhafızı olarak adlandırılırdı. Artık entelektüel S.S. ve S.A. idiler" (2006b:264).

Carl Schmitt, en azından bu çalışmada izlenebilecek kökleri ile düşüncesi bir yandan karar kuramı ile Hegel'e diğer yandan Katolik muhafazakarlığın İspanyol temsilcisi Donoso Cortés'e bağlanan *bir* Hobbesçu, *bir* Nazi Partisi üyesi, Nazi iktidarının, Üçüncü Reich'ın baş hukukçusu (*kronjurist, crown jurist*) statüsüne yükselmiş bir ideoloğuydu (Kalyvas, 2008: 80). Duguit'nin sözünü ettiği Alman kamu hukuku geleneğinin yarattığı devleti öne çıkaran hukukçular kuşağının bir parçasıydı (Duguit, 1956 ve 2000). Nazi geçmişi ile ilgili olarak öldüğü 1985 yılına kadar hiçbir kamusal özür beyanında bulunmadı (Scheuerman, 1999: 4). Aksine, Heidegger (1993) gibi kendi geçmişini savundu[1].

Walter Benjamin'le Schmitt arasında, Schmitt rönesansına katılan sol yorumcularca var olduğu ileri sürülen ilişkinin ise kurmaca olup olmadığı hala tartışmalıdır (McCormik, 1997; Agamben, 2005; Kalyvas, 2008). Bu nesnel temellerinden söz edilebilecek tartışmanın ötesinde, gerek Çelebi'nin gerekse de ana akım Amerikan liberalizminin Schmitt'i ve fikirlerini solla ilişkilendirmesi, çok yaygın bir tutumsa da bu, liberal totalitarizm teorileri (Tormey, 1992) çerçevesinde komünizm ve faşizmi eşitleme ideolojisinin yeniden üretilmesinden ibarettir: Schmitt, başta *Parlamenter Demokrasinin Krizi* (2006a) olmak üzere,

* "Kapitalizm, Devletler ve Egemenlik: Egemenlik Kuramının Tarihsel Maddeci Bir Eleştirisi" başlıklı doktora tezinin Carl Schmitt'le ilgili bölümünün gözden geçirilmiş hali olup, Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar sempozyumunda sunulmuştur.

** Av.Dr.

1 Heidegger de yıllar sonra, 1969'da Der Spiegel'le yaptığı söyleşide, gayet tutarlı bir şekilde, kendi insan arayışı bakımından Nazilerin gelişen hareketinde bir ışık gördüğünü ama bunu sonuna kadar götüremediklerini açıkça söyledi (1993). Aynı söyleşide Heidegger, "teknolojinin üzerinde düşünülmemiş özünün global gücünün gizemi"nden söz etti. Megill, bunun ne demek olduğunun anlaşılamadığını ama 1966'da Heidegger'in Nazilerin, 'teknolojinin özüyle yeterli bir ilişki' kurmaya çalıştıklarını ama maalesef Nazilerin böyle bir şeyi başaramayacak kadar sınırlı bir düşünme biçimine sahip olduklarını söylediğini yazarak, yorumladı: "Nietzsche'ci ya da Heidegger'ci perspektiften bakıldığında Nazilerin sorununun yeterince aşırıya gitmemeleri olduğunu söylemek belki de meşrudur, ama böyle bir perspektifin savunulabileceği herhangi bir başka perspektif tahayyül etmek güçtür" (1998: 228).

erken dönem eserlerinin tümünde, 1922 tarihli *Siyasi* İlayihat'ta (2005) da 1932 tarihli *Siyasal Kavramı*'nda (2006b) da kapitalizmi ve özel mülkiyeti *değil* liberal parlamenter rejimlerin kurumları yanında esasen Marksizm'i eleştirdi. Bu eleştiri, devlete yönelen bütün eleştirilere, özellikle çağın egemenlik kuramını reddeden kamu hukukçusu Duguit'ye ve Anglosakson geleneğinde, egemenlik kuramını çoğulcu bir devlet görüşü içinde yeniden kurarak temayüz eden Laski'ye[2] de yöneliyordu (2006b: 59-64). Yine de, düşüncesindeki anahtar kavramlar "Katolisizm, milliyetçilik ve devletçilik" olduğundan, dönemin Alman "muhafazakâr devrim"cileri[3] gibi Aydınlanmayı eleştirerek, demokratikleşmeye karşı bir harekete bağlanıyordu.

Bu çalışmada Schmitt'in görüşlerini eleştirel bir izlekle aktardıktan sonra, Schmitt ve Brenjamin ilişkisine ve tartışma gündemine, Schmitt'in görüşlerinin eleştirisi ve tarihsel etkisi bağlamında değinilecektir.

1. *Siyasi İlahiyat:* Schmitt ve Nasyonal Sosyalizm

Schmitt, açıkça tartışmalı bir kişilikti ve Auschwitz'ten[4] sonra hâlâ adından söz edilebiliyor olması, bunun bir Schmitt rönensansından (Scheuerman, 1999: 4; Onur-İnce, 2010: 127, 169-179) söz edilebilecek derecede yaygınlaşmasının Bush doktrini ile ilgisinden sıklıkla söz edilmektedir (2010: 128, 180-185). Schmitt rönesansına katılanlar içinde Chantal Mouffe gibi liberal solcuların da yer alması, siyasal olanı Schmittçi kategorilerle anlamaya çalışması ayrıca manidardır (2010: 174). Bu rönesansın olanaklı hale gelmesinde, özellikle

2 Harold Laski'nin *Egemenlik Sorunu Üzerine Çalışmalar* (1999) adlı 1917 tarihli metni, egemenlik kuramı içinde, özellikle Anglosakson geleneği içinde klasik statüsündedir. Laski, bu çalışmasının ilk bölümünde devlet egemenliğini, ikinci bölümünde çözünümün politik teorisini, üçüncü bölümünde Oxford akımının politik kuramını, dördüncü bölümünde yeniden canlanan Katolik politika kuramı ve son bölümünde de De Maistre ile Bismark'ı değerlendiriyordu. Schmitt, Duguit'yi devletin yok olduğunu ileri sürmekle, Laski'yi ise devlet egemenliğini çoğulcu bir görüş içinde anlamakla eleştiriyordu. Schmitt'e göre, "Devletin bir birç lik olması -hem de tayin edici bir birlik- onun siyasal karakterinden kaynaklanır. Çoğulcu teori, ya sosyal örgütlerin federalizmi yoluyla birliğe doğru evrilmiş bir devletin teorisi ya da yalnızca devletin dağılmasının ve olumsuzlanmasının teorisi olabilir" (2006b: 63).

3 *Schmitt'in siyasal teolojisinin Alman muhafazakâr devrim düşüncesindeki yeri için bkz. Onur-İnce (2010: 153-154).*

4 Yahudi Soykırımı'nın sosyal bilimlerdeki çözümlemelerinde "Holocaust" terimi daha yaygın bir kullanıma sahiptir ve soykırımı çözümlenebilir tüm yönleriyle ima eder. Ancak bu kavramı kullanmamayı tercih ediyorum. Giorgio Agamben'in yetkince çözümlediği üzere terimin yerel dillerde edindiği "kutsal ve yüce güdülere tam bir kendini adama ile canını feda etme" anlamı karşında Nazilerin yarattığı şeye Holocaust demek sorunlu görünmektedir: "Sözlüklerde yer almayan bir sır olsa bile, terimin Yahudilere karşı girilen polemiklerdeki kullanımının da bir tarihi vardır. Egemenlikle ilgili yaptığım araştırma sırasında bir Orta Çağ vakanüvisine ait bir pasajla karşılaşmıştım; bildiğim kadarıyla *holocaust* teriminin Yahudi soykırımına gönderme yapan ilk kullanımıydı bu, ama bu örnekte son derece Yahudi karşıtı bir tarzda kullanılıyordu. Duizes'li Richard, I. Richard'ın (1189) taç giyme töreninin olduğu gün, Londra halkının özellikle kanlı bir soykırıma giriştiğini doğrular: 'Kralın taç giyme töreninin olduğu gün, takriben Baba için Oğul'un yakıldığı saatte, insanlar Londra'da babaları şeytan adına Yahudileri yakmaya başladılar, bu inancın kutlanması o kadar uzun sürdü ki, holocaust ertesi güne kadar devam etti. Bölgedeki diğer şehirler ve kasabalar, Londra halkının bu inancını örnek alıp aynı sadakatle kendi kan emicilerini cehenneme gönderdiler'... Bu durumda terim, krematoryumla sunak arasında kabul edilemez bir eşdeğerlik ima etmekle kalmaz yalnızca, daha en baştan Yahudi karşıtı bir anlamsal mirasın da taşıyıcısı olur. Bu yüzden bu terimi hiçbir zaman kullanmayacağız" (Agamben, 2010: 30-31).

Nazi geçmişini aklamak isteyen Alman muhafazakârlığının Carl Schmitt'in görüşlerine Nazi Partisi üyeliği üzerinden değil, nötr yaklaşılması gerektiği tezinin yaygınlaşması ve kabul görmesinin etkisi oldu.

Schmitt'in, Duguit'nin kuvvet-devlet görüşü olarak nitelediği Alman kamu hukuku geleneğinin içermediği, özgün ya da yeni hiçbir tezi yoktu. Schmitt'in görüşlerine nötr/yansız yaklaşmayı teklif ederek bu rönesansın Türkiye'deki gelişimine katkı sunan Çelebi'ye göre bile, Alman kamu hukukundaki özellikle de Labandçı çizginin takipçisiydi (2006: 12). Bana göre, Hegel'in "kendi yetkisini kendinde bulan egemen" görüşünü bir "karar" kuramı ile sofistike etmişti ve Pufendorf üzerinden Grotius'un devletlerin mülkiyeti olarak ülke ve halk görüşünü, *devlet-egemen*in savaş hakkı kuramına dönüştürmüştü. Çağdaşı Hans Freyer gibi açıkça anti-Semitist, Nazi Partisi üyesi, liberal ya da sosyalist içerimleriyle demokrasinin kökten karşıtı Katolik siyaset kuramcısı[5], Lukacs'ın deyişiyle, emperyalist Almanya'yı özleyen ve görüşlerini bunu için faşizmin hizmetine koşan (2006b: 254) bir "büyük Alman"dı[6].

Schmitt'e göre, gerçek siyasal düşünürlerin hepsi, yani Machiavelli ve Hobbes, insas nı özünde tehlikeli ve egemenliğe gereksinim duyan bir yapıda değerlendirmişlerdi. Bu nedenle, insanlar ya anarşiyi ya da otoriteyi seçeceklerdi (Onur-İnce, 2010: 170-171). Bu ikilemi, Donoso'nun "Eğer Tanrı, ona söylemediyse, iyi olduğunu nereden biliyor?" sorusu üzerinden izlediği insanın kötülüğü ve günahkarlığı üzerine Katolik bir tartışma sonunda *Siyasi* İlahiyat'ta şöyle betimliyordu:

> ...insanlık, denizin üzerinde amaçsızca oradan oraya sürüklenen, cebren donanmaya kaydedilmiş, nara atıp dans eden, kaba ve isyankar bir mürettebatla yüklü bir gemidir, ta ki Tanrı'nın gazabı isyankâr ayak takımını, sessizliğin yeniden hüküm sürmesi için

5 Bu isimlerin İkinci Dünya Savaşı sonrasında sürekli olmasa da dolaylı olarak da olsa üniversitede kalmasına izin verilmesi, Horkheimer'ın kapitalizmden söz etmek istemeyen faşizmden de konuşmamalıdır mealindeki sav sözünün somut bir kanıtından, liberal demokrasilerin iki yüzlülüğünden başka bir şey değildi. Nazizme katılan muhafazakâr ideologlar, sosyolog Hans Freyer, kamu hukukçusu Carl Schmitt ve filozof Martin Heidegger üzerine eleştirel bir değerlendirme için Hilâl Onur İnce'nin *Muhafazakâr İdeoloji, Din-Siyaset* (2010) adlı incelemesine bakılabilir.

6 *Bu "büyük Alman" hakkındaki naif bir gözlem şöyledir: "Nasyonal sosyalizm ile geleneksel elitlerin ortaklığı, Alman ismini kirleten siyasal bir skandaldır. Yahudi meslektaşlarıyla sorunsuz çalışmalar sürdüren yüksek düzey bürokratlar ve üniversite öğretim üyeleri, bu insanların görevlerinden alınmasını, sürgüne gönderilmesini veya toplama kamplarına yollanmasını utanmadan kabullenmişlerdir. Yardım çığlıkları ise duyulmadan boşlukta yankılanmıştı. Yahudi avukatlar, dünya çapında üne sahip sanatçılar ve alimler, toplumun değerli üyeleri, meslek kuruluşlarından ve odalardan dışlanmışlar ve hiç kimse onlar için parmağını bile kıpırdatmamıştır. Birkaç yıl önce Almanya'nın savaş sonrası dönemindeki Federal Anayasa Mahkemesinin Yahudi kökenli yargıcı Gerhald Leibholz'un söylediği gibi, durum aynen şuna benziyordu: Sanki sürekli bazı insanlar bir akşam yemeğinden kaldırılarak yan odaya götürülüyor, öldürülüyor ve geride kalanlar elleriyle ağızlarını kapatarak 'çok fena, çok fena' diyerek yemeklerine devam ediyorlardı. Sonuçta bütün bunlar, elitlerin, Alman idealizmi, Prusya ahlakı, Protestan ve Katolik teolojinin inceden inceye işlemesi, Alman sanatı, edebiyatı ve müziğinin ölümsüz ürünleri doğrultusunda eğitilmiş olmalarına rağmen gerçekleşiyordu. Bu kültürel geleneğe rağmen Almanların böyle davranmış olmalarını, hatta Nazilerin ortağı haline gelmiş olmalarını, Alman kültürüne hâlâ hayranlık besleyen halklar anlamakta güçlük çekmektedirler" Walter Eucher'den aktaran Onur-İnce (2010: 157).*

denize dökene kadar... *Oysa, tipik olan başka bir resimdir: bugün Katoliklikle ateist sosyalizm arasında patlak vermiş olan kanlı karar muharebesinin resmi*... (abç, 2005: 62)

Hobbes gibi insanın kötülüğü ve güçlünün hakkı fikrine itibar eden Schmitt, rıza aralığından boy veren ve kuvvetler ayrılığı, parlamenter temsil gibi kurumları da öne çıkaran liberal egemenlik kuramını *Parlamenter Demokrasinin Krizi*'nde (1996a) Rousseaucu açe mazı bahane ederek "kuvvet-devlet görüşü"ne uygun bir şiddet, hatta -yukarıdaki gemi örneğinde olduğu üzere- vahşet teorisine çevirdiğinde, sadece Duguit'yi doğrulamıyor, Auschwitz'in meşruluğunu çoktan ilan etmiş bulunuyordu. Duguit'nin öngördüğü doğrultuda geliştirdiği *Siyasal Kavramı*'nda da (1996b) Duçe'si ile kolkola girecek Führer'inin dünyayı bir büyük yangına çevirecek emperyalist yayılma savaşı için kuramını hizmete sokuyordu. Duguitci anlamda bir kamu hukukçusu değildi, Marx'ın Hegel için *ironik biçimde* vurguladığı üzere kuramı, 'özsel *olarak*' Prusya Devleti'ne, hükûmet kasasına bağlı bulunuyordu[7] (1997: 144). Aklı ise, Alman emperyalizmindeydi (Lukacs, 2006b: 254 -264).

Horkheimer'ın bir mottosu ile, "kapitalizmden söz etmek istemeyen, faşizm sözcüğünü ağzına almamalıdır"[8] (aktaran Kliem, 1999: 18). Bugün Schmitt'ten sıkça söz edenler, kapitalizmden söz etmek istemeyenlerdir. Onlardan biri olan Kalyvas, "1933'teki Nazi iktidarının yayılmasını coşkuyla desteklemesinin, Hitler'in suçlarını utanç verici şekilde meşrulaştırmasının ve şiddetli anti-Semitizminin, Schmitt'in demokrasi üzerine görüşlerini tartışmaktan vazgeçirmek için yeterli olmadığı" görüşündedir (2008: 80). Radikal demokrasi stratejisi öneren Mouffe ise, Schmitt'in "liberalizmi sorgulayışının çok güçlü" olduğunu, liberal demokrasinin birkaç zayıf yönünü açığa vurduğunu ve onun kör noktasını ön plana çıkardığını, bu nedenle de demokratik bir teorinin Schmitt'in kuramı ile müzakere etmek zorunda olduğunu sıklıkla ileri sürer (2000: 45-65). Nazi düşüncesindeki savaş hukuku kavrayışına ve II. Dünya Savaşı'nı doğuran saldırganlığa hukuki dayanak oluşturan Schmitt kitaplarından *Siyasal Kavramı*'nın (2006b) Türkçe çevirisine yazdığı sunuşta Aykut Çelebi de, bu "*nötr/yansız* algı"nın savunmasını şu sözlerle yaptı:

Liberal depolitizasyon çağında, derisini yüzdürmeye cesareti olmadan Nesimi olmaya

7 Dolayısıyla, Alman kamu hukuku geleneği ile tartışmak için Hegel, Gierke ya da Jellinek varken, bu çalışmada Hitler'in meşrulaştırıcısı Schmitt'ten söz edilmesi için hiçbir özel neden yoktu. Elbette, emperyalist kapitalizmin bu kriz çağında, Schmitt'in de çeşitli kılıklar edinmiş, sağdan ve soldan izleyicileri olacaktı ve olması da sürpriz değildi. Ancak, Türkiye'de de Schmitt'ten *nötr/yansız* bir kamu hukuku kuramcısı imiş gibi söz edilmeye başlanması, eserlerinin -Weimar Anayasasından doğan krizi tartıştığı *Yasallık ve Meşruluk*[Legality and Legitimacy] (1932/2004), Hitler'e bağlılığını alenen sunduğu ve Nazizmin liderlik kültü ve ırkçılık şeklindeki iki "kurumsal garanti"sini hukukileştirmeye giriştiği (Scheuerman, 1999: 15) *Devlet, Hareket ve Halk* [State, Movement, People] (1933/2001) gibi metinleri dışında- neredeyse eksiksiz olarak çevrilmesi, Cambridge ekolü içinde başlayan "demokratik ideoloji içindeki bir kuramcı olarak Schmitt" (Kalyvas, 2008) algısının sadece akademide değil medyada da hızla yayılması karşısında, bu bölümde Schmitt'in kuramını değerlendirmenin, Auschwitz'in ardından her bir insan tekine yüklenen insanlık borcunun küçük bir parçasını ifa edebilmem yanında, Türkiye'deki "muhafazakâr devrim" tartışmalarının arka planının aydınlanmasına da katkı sunabileceğini umuyorum.

8 Poulantzas, *Faşizm ve Diktatörlük*'te, aynı sözü aktardıktan sonra devam eder: "Bu, tamamen yanlıştır: asıl *emperyalizm*den söz etmek istemeyen birinin faşizm konusunda ağzını açmaması gerekir" (1980: 13).

heves eden bir akademisyenler gürûhu, bütün dünyada depolitizasyonla doğru orantılı biçimde Schmitt'i şeytanileştirme misyonunu üstlendiler. (...) Bu hukukçular, artık kelimenin geniş anlamında klasik statüsü mertebesine yükseltilen Rousseau yerine Schmitt'i, biyografisindeki açıklar nedeniyle kendilerine daha kolay ve açık hedef seçmişlerdir. Karşı oldukları Schmitt mi yoksa Rousseau mu, çoğu kez belli değildir. (2006: 18)

Bu görüş, neoliberalizmin yarattığı ve bu çalışmada da eleştirilen somut dünya gerçekliğiyle ilgili olsa bile son derece ürkütücü ve kabul edilemezdir[9]. Liberal depolitizasyon çağı kavramının açıkça Schmittçi (Schmitt, 2001; 2006b: 100 vd.; McCormik, 1997) olmasının ötesinde, Auschwitz'ten sonra yazılabiliyor olması başlı başına sorun olan bu sözler, ayrıca, Schmitt'in sadece "biyografisinde açıklar olan biri" diye nitelenmesinden başlayarak gerçek değildi. Bir defa, Schmitt, temel olarak liberalizmin eleştirmeni değildi, Marksizm'in ve onunla birlikte kapitalizme kafa tutarak 20. yüzyıldaki başarılı ve başarısız işçi devrimlerini hazırlayan görüşlerin kapitalizm yandaşı bir eleştirmeniydi. Kuramı, *kapitalist devletin varlığına ve meşrulaştırılmasına,* devlet merkezli düşünmeye *dayanıyordu*.

Yenilen Alman Devrimi'nin canlı anıları ve yarattığı korku içinde Schmitt gibi birinin düşünebildiği tek şey, nesnel akıl olarak Prusya Devleti'ne işçi devrimi karşısında sadece parlamenter demokrasi seçeneğine sahip olduğunun söylenmesinin, Prusya Devleti'ni seçeneksiz bırakmak olduğuydu. Liberalizm eleştirisi, liberalizmin kapitalizme değil sadece ve sadece parlamenter demokrasiye ve kurumlarına duyduğu sadakatin eleştirisiyle sınırlıydı. Bu eleştiri de, bana göre, liberal kurumların, mevcut liberal demokrasiyi aşan "gerçek demokrasi kuramı" olarak Marksizmle baş edemeyeceği endişesinden doğuyordu. Prusya Devleti, alternatifsiz değildi; Duçe Mussollini'nin belirttiği gibi gerçek efsane ulustu ve sosyalizm karşısında ulus efsanesi bir seçenek olacaktı (Schmitt, 2006b: 111).

Daha o yıllarda, Thalheimer'ın vurguladığı gibi, faşizm, "proletarya devrimine karşı kendisini savunup güvence altına almak zorunda kalmış bir burjuvazinin devlet iktidarı biçimi"ydi (1999: 49). Thalheimer'e göre sermaye, yükselen devrim tehdidine karşı açık bir dikta kuruyordu. Bu açık dikta, yürütme gücünün özerkleştirilmesi, burjuvazinin parlamenter cumhuriyet biçimindeki siyasal egemenliğinin yok edilip bütün öteki sınıflar gibi yürütme gücüne tabi kılınması ile tezahür ediyordu. Ancak bu sermaye egemenliğinin

9 Sermayenin içinde bulunduğu kriz ve geçiş çağında Avrupa Birliği ufkundan kurulan yeni *egemenlik kuramını yaymaya çalışan* (2002), Habermas esinli "siyaset bilimci"lerden olan Çelebi, daha eski tarihli bir makalesinde Kalyvas'ın Schmitt çözümlemesinden esinlenerek demokrasinin üç momentini, kurucu iktidar, tali iktidar ve kamusal alan olarak betimlemiş ve Hardt ve Negri'deki gibi sol esinlerle ama çok daha eklektik bir biçimde -çözümlemesine Habermas'ı da dahil ederek- egemenlik ideolojisini yeniden üretmişti (2004: 237-281). Kaldı ki, liberal depolitizasyon çağı kavramı da Schmitt'çi bir kavramdı. Bu haliyle, Çelebi'nin demokrasinin üç momentinden söz ederken Kalyvas kadar, Schmitt'in formüle ettiği "politik birliğin üçlü kuruluşu"nu, Nazizmin üç momenti *Devlet, Hareket, Halk* (2001) üçlemesini ima etmediğine dair elimizde, kendi sonuç temennileri dışında, neredeyse hiç ama hiç *kanıt* yoktur. Bu temenniler de, Sunuş'ta, Schmitt'in Nazi geçmişinin anılmasına karşı gösterdiği hiddeti, "*kaderimiz siyasettir*" çağrısını tekrar etmeye (2006b: 19) vardırınca uçup gitmekte, bu nötr tutumu "aslında savunmadığını", "sadece müzakere ettiğini" düşünmek benim için imkânsız hale gelmektedir.

sonu değildi, aksine, sosyal ve sınıfsal içeriği ile faşizm, burjuvazinin ve tüm özel mülkiyet efendilerinin işçi sınıfı ve kapitalizmin sömürüsü altındaki bütün öteki zümreler üzerindeki hakimiyetinin devamıydı[10] (1999: 49; Poulantzas, 1980: 60).

Schmitt'in fikirlerinin zerresinin bile, bırakalım tarihsel materyalizm ve devrimci Marksizm'i, genel olarak solla da bir ilgisi yoktu (2005: 46-47), bizatihi işçi sınıfına ve daha da fazla insanlığa karşı bir pusuda, faşizmin ve Nazizmin önce kıyısında sonra da bizatihi içinde konumlanmıştı. Tekrar pahasına bu görüşlerin dayanakları, bizzat Schmitt'in ağzından da "bilimsel dürüstlük" gereği ilerleyen bölümlerde tek tek aktarılacaktır[11].

Thalheimer'ın 1923'de vurguladığı gibi, Almanya'da, parlamentarizm artık burjuvazinin çıkarlarını koruyamamakta, parlamento burjuvazinin siyasi çıkarlarını somutlaştırıp, formülleştirmede ve gerçekleştirmede aciz kalmaktaydı (Kliem, 1999: 20). Schmitt, Mussolini'yi yeni Machiavelli olarak selamlayarak biten *Parlamenter Demokrasinin Krizi*'nin ilk baskısını 1923 yılında yayınladı. İkinci baskısına, bu selamlamaya gelen sert bir eleştiriye yanıt vermek üzere yazdığı 1926 tarihli Önsöz'de, "Her gerçek demokrasi, yalnızca eşitlere eşit muamele değil, mantığın kaçınılmaz sonucu olarak eşit olmayanlara eşitsiz muamele üzerine kuruludur. O halde ilkin türdeşlik, ikinci olarak *heterojen olanın -gerektiğinde- elenmesi veya imha edilmesi*, demokrasi kavramına içkindir" diye yazıyordu (abç, 2006a: 25). Bu düşüncenin Mouffe tarafından yorumu şuydu; Schmitt'e göre eşitlikten söz ettiğimizde, çok farklı iki fikir -liberal ve demokratik- arasında ayrım yapmamız gerekir. Liberal eşitlik anlayışı, her kişinin bir kişi olarak, otomatikman her bir diğer kişiyle otomatik eşitliğini var sayar. Buna karşın demokratik anlayış halka ait olanlar ile onun dışında olanlar arasında ayrım yapmayı talep eder; o nedenle zorunlu eşitsizlik ilişkisi olmadan var olamaz. (2002: 48)

> İronik bir bakışla denilebilir ki, Mouffe, Schmitt'in neredeyse "pozitif ayrımcılık" gibi bir değer keşfederek liberal demokrasiye kafa tuttuğunu ileri sürüyordu. Bu, eğer ideolojik olarak ya da kasten yapılmıyorsa, açıkça insan zekasıyla alay etmekti. Çünkü Schmitt, 1924 Lozan anlaşması ile gerçekleşen mübadeleyi örnek göstererek, bununla ne kast ettiğini açıkça yazıyordu: "*Yunanlılar'ı ülkesinden radikal bir şekilde ihraç eden ve ülkesinde gaddarca bir Türkleştirme politikası güden günümüz Türkiye'si*" (abç), modern demokrasinin bir örneğiydi (2006a: 25). Demokrasinin siyasi gücü, yabancı ve eşitsiz olanı, türdeşliği tehdit edeni bertaraf etmeyi veya uzak tutmayı becermesiyle ortaya çıkıyordu. Zira, eşitlik sorununda mesele, soyut, mantıksal- aritmetik oyunlar değil, bilakis, eşitliğin tözüdür. Bu töz, belirli fiziksel ve ahlaki niteliklerde bulunabilir, örneğin yurttaşlık erdeminde, klasik demokrasinin *virtus*'unda. (...) *Eşitlik, 19. yüzyıldan beri, her şeyden önce, belirli bir ulusa aidiyet içinde, bir başka deyişle ulusal türdeşlik içinde var olmuştur*. (...) Ayrıca belirtmek gerekir ki, demokrasi -eşitlik daima eşitsizliği de barındırdığı için- devlet tarafından yönetilen halkın bir kısmını, demokrasi niteliğini yitirmeden dışlayabilir ve yine belirtmek gerekir ki, ister barbar ve uygarlaştırılmamış olarak adlandırılsın, ister ateist, aristokrat veya karşı- devrimci olarak, haklarından tamamen veya kısmen yoksun bırakılmış ve siyasi iktidardan uzak tutulmuş köleler ve insanlar da, şimdiye kadar genel olarak demokrasi çatısı altında yaşadı. (abç, 2006a: 25-26)

Schmitt, tesadüfen Hitler'in baş hukukçusu olmuş değildi. Demokratik eşitlikten ulusun devlet gücü ile türdeşleştirilmesini anlıyordu. Bunu anladığını da açıkça yazıyordu. Bu aynı Önsöz'de daha birkaç sayfa "eşitlik, tözü itibariyle eşitsizliği içerir" şeklindeki Mouffe'un zekamızla dalga geçen yukarıdaki yorumuna mazhar olan bir totolojiden hareketle, *modern demokrasilerde devletlerin yurttaşlıktan dışlama, kovma ve yok etme hakkı olduğunu*, Rousseau'nun aşamadığı somut insan/soyut yurttaş çelişkisini[12] tanık göstererek kendince kanıtlamaya devam ediyordu. Schmitt'e göre, bütün insanların salt insan olmaktan kaynaklanan eşitliği, demokrasiye değil, liberalizmin bir türüne özgüydü, bir devlet şekli değil, aksine, bireyci-insancıl bir dünya görüşüydü (2006a: 30). Halbuki, halk bir kamu hukuku kavramıydı, yalnızca kamusal alanda var olurdu; yüz milyon bireyin oy birliği ile savunduğu görüş, ne halk iradesi ne de kamuoyuydu. Halk iradesi, *alkışla, acclamatio*[13] *ile, apaçık ve muhalefetsiz var oluş ile de* genel oydan daha demokratik bir şekilde dile gelebilirdi. Önemli olan bu demokratik *duygu*ydu (2006b: 34).

Bu görüşleri, yani Hitler'in özel bir el işareti ile, kalabalıklarca sağ el kaldırılarak selamlanmasını, demokratik bir kuram olarak değerlendirecekler elbette çıkacaktır. Ama faşizm ya da Nazizm, bu "*demokratik kuram*"dan daha başka neydi ki*?* Bunu bilenler, daha kurnazca bir yoldan, gerçek insanların kendi gerçek kozmopolitliği içinde özyönetimi olan Komün, Sovyetler, İşçi Konseyleri vb. gibi doğrudan demokratik iktidar organlarının da bu aynı *demokratik duygu*ya dayandığını ileri sürerek Schmitt'i aklamaya çalışır ki, kuram alanında asıl dikkati Schmittçilerin bu demagojiye dayanan türü çekti.

Schmitt'in, Nazizmin bir açıklaması olan bu Önsöz'ü yazdığı eser, aynı zamanda ve gerçekte Marksizm'i eleştirdiği bir broşürdü. İlginçliğini, parlamenter demokrasinin krizine ya da çelişkilerine dair Mouffe'un keşfettiği olmayan gözlemlerden değil, parlamentarizmin "yerini dolduracak bir alternatifin olamayacağının iddia edilemeyeceği" (2006a: 112) kehanetinden alıyordu:

10 Thalheimer gibi Gramsci de, faşizm sorununda siyasal bunalıma özel bir vurgu yapıyordu ama durum görece farklıydı "çünkü, siyasal bunalımın genel anlamı içinde *siyasal bunalımın özgül bir durumunu, hegemonya bunalımı* veya *Sezarizm* ortaya çıkaran *katastrofik denge* bunalımını tespit etmektedir. (...) Gramsci'ye göre, bu katastrofik siyasal bunalımın temel özelliklerinden biri, bu kez Devletin egemen sınıflara karşı, çok daha özel göreli özerkliği olan Sezarizm olgusunu doğuracaktır" (Poulantzas, 1980: 61)

11 Habermas da Schmitt rönesansını, "Schmitt ile birlikte 'iç güvenlik', 'yabancılar sayesinde yozlaşma' ve 'ırklar karışımı' gibi kavramlara belli bir entelektüel çekicilik sunulmaktadır" şeklinde yorumladı (aktaran Onur-İnce, 2010: 172).

12 Rousseau da Schmitt de aynı anda eleştirilebilir, hiç kimsenin egemenlik mitolojisinin "Tanrı"larının -Çeşlebi›ye göre gerçek klasiklerin- kanatları altına alınarak savunulamayacağı da açıktır. Kaldı ki, Alman ruhunun yüceliği konusunda hiç şüphe duymayan Schmitt için Rousseau, bir başka Alman'ın, Pufendorf'un bayağılaşmış halinden başka bir değildi: "...ve nihayet Rousseau'nun *contrat social*'i (toplum sözleşmesi) Pufendorf'un bayağılaşmış halinden başka bir şey değildir" (Schmitt, 2006b: 103).

13 *Antik Roma'da onay ya da onaylamama, sevinç ya da öfke bildiren bir kamusal ifade biçimi, değişik şekillerde olabiliyordu.*

Mussolini, Ekim 1922'de, Roma yürüyüşünden önce Napoli'de yaptığı meşhur konuşmasında şöyle demişti: "Biz bir efsane yarattık; bu efsane bir inançtır; asil bir heyecandır; gerçek olması gerekmez; bir gayret ve ümit, inanç ve cesarettir. Bizim efsanemiz ulustur; somut bir gerçeklik haline getirmek istediğimiz büyük bir ulus..." Mussolini, aynı konuşmasında, sosyalizmin önemsiz bir efsane olduğunu belirtir. 16. yüzyılda olduğu gibi, yine bir İtalyan, siyasi bir gerçeklik prensibini dile getirmişti. (2006b: 111)

Schmitt için alternatif oldukça net görünüyordu. Bütün eseri boyunca, gerekçesini dolaylı olarak genel oya havale ettiğinden insan teklerine de rol verdiği nadir yerlerden biri, Bolşevikliğe karşı olan nefretini hukuki kavramlarla ifade etmeye çalıştığı ve çözümü Milletler Cemiyeti'nin Sovyetler'e müdahale etme hakkını tanımakta bulduğu bölümdü (2006a: 48-47). Çünkü, 1917'nin Sovyetleri, Schmitt'in güç ideolojisini yeniden üreten "karanlık" fikirlerini kanıtlamak için kamu hukukunu devletin boyunduruğuna alarak iğdiş ettiği kuramsal bölgenin tümüyle dışındaydı. Somut insanın özgürlüğü ve eşitliği hedefine yönelik olarak siyasetin aşılmasıyla ilgili devrimci bir pratik, bir özyönetim deneyimi içindeydi. Bolşeviklik, faşizmin savaş baskısı ile de çürüyen Stalinist iktidar altında tümüyle yozlaştırılana (Liebman, 1992: 31-35) ya da daha eleştirel bir görüş içinden söylenirse, hukuken değilse de fiilen parti ile ikame edilip ortadan kaldırılına kadar (Brinton, 1990) Sovyetler temelinde bir özyönetim kurmuştu ve Marx'ın siyasetin aşılıp gittiği yer olarak tanımladığı *gerçek demokrasi* yolundaydı. Schmitt de bunun farkındaydı ve kabul edilemez buluyordu, çünkü insan anlayışı açıkça ayrımcıydı, somut insanların eşitliği fikrine katlanması mümkün değildi; hukuk, bu fikir üzerine kurulamazdı. Meşruluk, başka bir tartışmanın, "eşitliğin tözsel karakterinin dışlayıcılığı" gerçeğinin konusuydu (Shmitt, 2006a).

Schmitt'in tekerrür eden Alman Devrimi kalkışması karşısında Weimar Cumhuriyetinden vazgeçtiği -bu Cumhuriyet yıkılmayacak ama Schmitt ve benzeri hukukçular eşliğinde kendisine Üçüncü Reich/İmparatorluk diyecekti (2001: 8 vd.)- ve Nazizm yanında, erken tarihlerde saf tuttuğu son derece açıktı. Nazizm, Schmitt'e göre, devletin kurtuluşu olacaktı ve kamu hukuku, devlet iktidarı söz konusu olduğunda *susmak zorundaydı.* Hegel'e, Duguit'nin deyişiyle bütün bir Alman geleneğine bağlanan kamu hukukçuları için doğal bir şeydi bu; devlet bir fail olarak tarih sahnesinde göründüğünde, bir zor örgütlenmesi olarak *alkışlarla* kitle ruhu kazandığında, kamu hukuku sona ererdi. Bu, devletin *hak*kıydı.

1941'de yaptığı bir konuşmada Schmitt, devleti, çağın ruhu olarak betimlemiş, "16. yüzyıldan 20. yüzyıla uzanan bu çağda, siyasi birliğin her şeye hükmeden düzen kavramı" olarak tanımlamıştı (2000: 246). Hitler yenildikten sonra bu konuşmayı yayına hazırlarken düştüğü notta, geçmişine imanla, "Nesnel aklın, gerçekleşen bu labirentin hangi köşesinde kendisine sığınacak yer bulabileceği halen sorulmaktadır. Bu soruyu bilen ve anlayanlar, geleneksel devletin kalıntılarının tasfiyesinde çabucak yer alamayacaklar" diye yazıyordu (2000: 254). Bu konuşmanın ilk bölümünde, Avrupa'da devletlerin doğuşunu ve Machiavelli, Bodin, Hobbes çizgisindeki devlet kavramının, devlet-egemenin gelişimini, kendi Katolik metafiziği içinde kutsuyor, yeni düzeni, uluslararası hukuk süjesi olarak devleti,

karaların, denizlerin ve havanın hakimi olarak mekânı bağlamında çözümlüyordu (2000). Tartıştığı sorun ise gerçekte *savaş*tı. Nazizmin ve Alman Devleti'nin savaşma *hak*kıydı.

2. *Siyasi İlahiyat:* "Siyasal, Egemen, Savaş Hakkı" üzerine metafizik gizemlileştirme

Schmitt'in bütün bu sonuçları çıkarırken başvurduğu, siyasi ilahiyat adını verdiği siyaset teorisi, daha sofistike görünmesine rağmen temelde "egemenlik kuramına" dayanıyordu. Bu kuram devlet merkezli düşünmeye dayanan Alman geleneğini olduğu gibi içeriyor, Hegel'in "kendi yetkisini kendinde bulan egemen" görüşünü bir "karar" kuramı ile tekrar ediyordu. Siyahi ilayihatın ilan edildiği, 1922 tarihli *Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm* adlı kısa metnin bilinen açılış cümlesi, bu karar kuramını da içeren "egemen, olağanüstü hale karar verendir" cümlesiydi (2005: 13). Bu karar kuramı da Hegel'de neredeyse aynısı ile vardı. Hegel, *Hukuk Felsefesinin Prensipleri*'nin 12. paragrafında, irade ancak karar vermekle gerçek irade olur, diye yazıyordu (1991: 13). Meşruti krallığı açıkladığı 273. paragrafta da, "*nihai karar iradesi olarak sübjektif güç*: Hükümdarlık gücü. Ayrı ayrı güçler, hükümdarın şahsında bireysel bir birlik halinde toplanırlar ve, böylece, hükümdar, meşruti krallık denen şeyin meydana getirdiği bütünün hem zirvesi, hem temeli olur" diye yazıyordu (222 :1991). Hükümdarlık gücü, başka deyişle devlet-egemen, yasama ve yürütme gücünün üzerinde "son kararı verecek olan öznel güç"tü.

Schmitt, bu son kararın, olağanüstü halin ne olduğuna ilişkin olduğunu yazdığında köken olarak Pufendorf'u işaret ediyordu (17 :2005). Herkes bir devlet içinde çatışmalar ortaya çıktığında, tarafların "herkes için iyi olanı" istediği konusunda hemfikirdi; egemenliğin, böylece devletin kendisinin de bu tartışmayı karara bağlamakta, başka deyişle;

> kamu düzeni ve güvenliğinin ne olduğunu, ne zaman bozulduğunu vb. kesin olarak bek lirlemekte içkin olduğu konusunda herkes hemfikirdir. Somut gerçeklikte kamu düzeni ve güvenliğinin ne zaman var olduğu ve ne zaman bozulup tehlikeye düştüğü, buna karar verecek olanın askeri bir bürokrasi, müteşebbis ruhun hakimiyetindeki özerk bir yapı ya da radikal bir parti örgütü olmasına bağlı olarak çok değişik biçimlerde ortaya çıkar. Çünkü her düzen, bir karara dayanır ve (...) hukuki düzen de bir norma değil bir karara dayanır. (2005: 17)

Hukuk biçimi, somut ve belirli bir merciden kaynaklanan bir kararda yatmaktaydı (2005: 38). Kararın bağımsız anlamı, kararın içeriğinin olduğu kadar karar öznesinin bağımsız anlamını da içeriyordu; Schmitt'e göre, hukuki yaşamın gerçeği bakımından önemli olan, *kimin* karar vereceğiydi (2005: 39).

Schmitt'in bir Hobbesçu olduğu genelde kabul edilir (McCormik, 1997: 20, 249-291). Hobbes'un sistemini erişilmez sayıyordu; *Siyasi* İlahiyat'ı çeviren Emre Zeybekoğlu'nun düştüğü sonnotta belirttiği üzere, Schmitt, "egemen olağanüstü hale karar verendir" dediğinde Hobbes'la aynı çizgideydi. İnsanları içgüdüleriyle hareket eden, dizginlenemeyen, tehlikeli dinamik varlıklar olarak görüyor (Schmitt, 2006b: 79 vd.), dolayısıyla, toplumsal yaşamın sürekli tehdit altında olduğunu varsayıyordu. Devlet, farklı toplumsal

gruplar arasındaki fikir çatışmasına "egemen bir karar"la son vererek toplumu olanaklı kılması gereken güçtü (2005: 72). Sonuçta yasayı yapan otoriteydi, hakikat değildi (2005: 38). Otorite de çoğunluk değildi, güçtü. *Siyasal Kavramı*'nın otuz yıl sonraki baskısına eklediği notta, yıllardır sürdürdüğü çalışmalardan bir "Hobbes Kristali"ne (Bkz. Tablo 2) vardığını yazıyordu (2006b: 148).

Buna göre, gerçek, kendi kendisini icra etmezdi, bunun için icra edilebilir emirlere ihtiyacı vardı. Bu emirleri de, dolaylı iktidardan farklı olarak, emrin yerine getirileceğine kefil olan, itaat talep eden ve kendisine itaat edeni de koruma gücüne sahip doğrudan iktidar verirdi (2006b: 150). Bu beş eksenli şemada, merkezi 3-3 ekseni oluşturduğundan, Hobbes'un kristalinin merkezi, yasayı gücün yapmasıydı. Schmitt, Hobbes'u Hegel'le telif ederek ulaştığı bu kristali kendi siyaset ve devlet teorisinin de merkezi sayıyordu. Zeybekoğlu'nun belirttiği üzere, kuramı Hobbes'un yorumuna dayandırdığı, yukarıda Hegelci köklerini gösterdiğim karar düşüncesine dayanıyor, kendisini de bir *desizyonist* (kararcı) sayıyordu (Schmitt, 2005: 73).

Tablo. Schmitt'in Hobbes Kristali

Yukarısı

Aşkınlığa açık

1 Gerçek: İsa Peygamber 5

2 Kim yorumlayacak? 4

3 Hukuku yapan gerçek değil, otoritedir 3

4 Doğrudan iktidar, dolaylı iktidar değil 2

5 İtaat İtaat 1

ve ve

Koruma Koruma

Aşağısı

Kapalı: İhtiyaçlar sistemi (2006b:149)

Schmitt, siyasi ilahiyatın "karar" kavramının anlaşılmasıyla gelişebileceği kanısındaydı. Karar verme, siyasal olanı belirliyor, *düşmanı belirlemekle kendini ayırt eden siyasal*, devletten önce geliyordu (2006b: 39). Devlet, siyasal birliğin modeli, en hayret verici tekelin, yani karar verme tekelinin sahibiydi (2006b: 30). Devlet, sözcük anlamıyla ve tarihsel varlığı itibariyle, bir halkın hakikaten özel nitelik arz eden bir durumuydu, hem de tayin edici anda, nihai belirleyici olma durumu. Bu nedenle de bireysel ve kolektif statülere kıyasla en önemli statüydü (2006b: 39).

Schmitt'e göre, siyasal eylem ve saikleri açıklamakta kullanılabilecek özgül siyasal ayrım, dost-düşman ayrımıydı. Siyasalın tanımına erişmemizi sağlayacak özgül siyasal kategori bu ayrımdı (2006b: 47). Dost-düşman ayrımının farkına varılması ve anlaşılması imkânı, dolayısıyla duruma ilişkin görüş bildirme ve karar verme yetkisi, ancak varoluşsal anlamda dahil olma ve katılma aracılığıyla mümkündü (2006b: 48). Düşman sadece, gerçek bir olasılık olarak, insanlardan oluşan bir bütün karşısında *mücadele eden* benzer bir bütündü (2006b: 49).

Herhangi bir estetik, dinsel, ahlaki, ekonomik, etnik ya da başka bir karşıtlık, insanları dost ve düşman diye ayırmayı etkili bir şekilde gerçekleştirebilirse, bu politik bir karşıtlığa dönüşürdü (2006b: 57). Siyasal olanın kendine özgü bir alanı olmayıp, siyasal olan gücünü, insan yaşamının, dinsel, ekonomik, ahlaki, estetik ya da diğer benzeri karşıtlıklardan alabilirdi (2006b: 58). Siyasal olan,

> her halükârda, daima kriz anına odaklanmış gruplaşmadır. Dolayısıyla kriz anına odaklanmış bir gruplaşma daima tayin edici insani bir gruplaşma, yani siyasi birliktir. Gerçekten mevcudiyeti halinde, tayin edici ve egemen olan da bu siyasal birliktir. *Egemenlikle kast edilen ise, istisnai duruma karşılık gelse de, tayin edici duruma dair karar alma yetkisinin, kavramın gereği olarak daima bu gruplaşmada olmasıdır*. (abç, 2006b: 58)

Schmitt, "burada" diye yazıyordu devamla, "'egemenlik' kavramı da tıpkı 'birlik' kavramı gibi olumlu anlamda kullanılmaktadır" (2006b: 58). Siyasal birlik ya dost düşman ayrımını belirleyen ve bu anlamda egemen olan birlikti ya da siyasal birlik mevcut değildi (2006b: 59).

Schmitt'in kuramına somut varlık olarak insanın, kötü ve düzeni bozan varlık olması (2006b: 79-89) dışında girdiği bir başka nadir yer, devlet için ölmesi gerektiğine dair üzerindeki devlet hakkıydı. Tözsel siyasal birlik olarak devlet olmanın bir gereği de *jus belli*'ye sahip olmak, yani verili bir durumda düşmanını kendi belirleme hakkının varlığı ve gerçek bir olasılık olarak onunla mücadele etmekti (2006b: 64). Tayin edici siyasal birlik olarak devlet, kendi halkından ölümü ve öldürmeyi göze almayı talep etme ve düşmanını öldürme yetkisine sahipti:

> Normal bir devletin asıl performansı ise, devlet içinde kendi egemenlik alanında mutlak memnuniyeti, "huzur, güven ve düzeni" sağlamak, bu yolla hukuk normlarının geçerliliği için ön koşul niteliğindeki normal durumu tesis etmektir. (...) Devlette huzuru sağlama mecburiyeti, siyasal bir birlik olan devletin, kritik anlarda, eğer varsa "iç düşman"ını kendiliğinden tespit etmesini gerekli kılar. (2006b: 66)

Nazizmin kamu hukuku anlayışını ilan ettiği *Devlet, Hareket ve Halk* (1933/2001) eserinde Schmitt, bunların ne anlama geldiğini somutlayacaktı. 1933'ün Alman Devleti'nde Schmitt'e göre, "bütün kamu hukuku kendi köklerine dayanıyordu" (3 :2001); "aslında yabancı ve ona düşman olan temellere dayanmıyordu, kendi temellerine dayanıyordu" (5 :2001). Bütün bu olağanüstü hal, karar verme, dost düşman sofistikasyonu Hitler'in *bedenine ait olarak* ağzından çıkanın yasa olduğunun kabul edilmesi (Agamben, 2008: 113) ve insanlığa yaptığı savaş ilanının meşruluğunun kanıtlanması için kurulmuş teorik mizansenden ibaretti:

> Reich'ın (*Alman Devleti, İmparatorluk*) üstün makamının sınıflandırılması için düzenleyici ilke, Alman Reich'ında politik olarak birleşmiş Alman halkının politik lideri olan Alman Reich'ının Şansöylesi›dir [hükûmet başkanı, başbakan Hitler- b.n.]. Politik liderliğinin birincil önemi, günümüz kamu hukukunun bir temel ilkesi olmasıdır. Reich'ın Başkanı'nın [fiilen yetkilerini Hitler'e devretmiş olan Cumhurbaşkanı Paul Von Hindenburg'un- b.n.] devredilmiş hakları garanti altındadır. Ancak Weimar sisteminin son birkaç yılında devam eden olağanüstü durumda, Reich'ın Başkanı, makamının ve işlevlerinin belirliliğinden vazgeçmeye, [bu belirli makam ve işlevler- b.n.] politik bir liderlik içinde konumlandırılmak üzere mecbur edildi. Makam, bir yolla, otorite sahibi devletin başının sahip olduğu 'anayasal' konuma kavuşmalıydı; [çünkü] *qui régne et ne gouverne pas* (egemen ama yönetemiyordu). Bugünlerde, yalnızca *de facto* (fiilen) değil *de jure* (yasal) olarak da Reich Şansöylesi Adolf Hitler'in, Devlet hukukuna uyA gunluk içinde bir pozisyonu tuttuğu kendiliğinden anlaşıldı. Bu pozisyon ne önceki başbakanların ne de Reich hükûmetinin diğer üyeleriyle karşılaştırılabilir bir pozisyon değildir. Adolf Hitler tarafından uygulanan politik ‹liderlik›, Weimar Anayasası'nın 56. Maddesine göre bir 'emrin basit belirlenimi'nden farklı ve ondan daha fazla bir şeydir. (Schmitt, 2001: 8-9)

Bu "daha fazla", politik liderliğin yasa yapma hakkının tanınmasına kadar uzanıyordu. Schmitt'in eseri, bu Hitler'in bedeninin kamu hukuku kurumu, ağzından çıkanın yasa olduğu somut sonucuna varan hukuk mizansenine doğru uzayıp gittiğinden, argümantasyonunun devamını aktarmaya gerek duymuyorum: Hitler, iktidar ona teslim edilir edilmez[14], Anayasa'daki temel hak ve özgürlükleri askıya alan Halkın ve Devletin Korunması Kararı'nı ilan etti ve bu karar hiçbir zaman yürürlükten kaldırılmadı. Öyle ki, bütün Üçüncü Reich hukuki açıdan on iki yıl boyunca süren bir olağanüstü hal olarak değerlendirilebilir (Agamben, 2008: 8). Schmitt'in kuramı, basitçe buna hizmet ediyordu; kurduğu Nazi kamu hukukunun temeli, bu politik liderlik ve etnik kimlikti (2001: 36). Etnik kimlik ilkesi olmaksızın Alman Nasyonal Sosyalist Hukuku açığa çıkamaz ve onun hukuksal varlığı tasavvur edilemezdi. Bütün kurumlarıyla, bu hukuk, liberal ve Marksist düşmanlarına karşı,

14 Faşist hareketi ve onun başarılarını liderinin eseri olarak görmek, Kliem'in vurguladığı gibi, Thalheimer için, faşist propagandanın kurbanı olmak anlamına geliyordu. Henüz ۱۹۲۹›da "Daha ortada bir diktatör yok... Ama şartlar bir kere yaratılmaya görsün... Ve bu şartlar adım adım yaratılmakta... İşte o zaman gerekli figüran herhangi bir yoldan ve herhangi bir yerde bulunacaktır. Sosyal ve siyasi şartlar hazırsa, en pespaye bir paçavra figüran bile yeter" diye yazmıştı (aktaran Kliem, 1999: 22).

derhal, mağrur bir eleştiriye ve dikkatli bir asimilasyona yönelmeliydi (2001: 48). Dikkatli bir asimilasyona yönelmekle, kast edilen yargıçlardı. Bu mizansen teori Alman Devleti'nin tarihsel hakları efsanesinden besleniyor ve temelini, Birinci Dünya Savaşı'nda yenilse de iktidarı yitirmeyen geleneksel bürokrasi-burjuvazi ittifakına dayalı Alman egemen blokunun, açık sermaye diktasına yönelmesinin yarattığı tarihsel koşullarda buluyordu.

Lukacs'ın vurguladığı üzere, Schmitt'in bu savlarla Hitler'in ateşli bir destekçisi haline gelmesinde ve tüm kötülükleri için "hukuk felsefesinden" uygun bir kuram bulmasında şaşılacak bir şey yoktu (2006b: 262). 1934'te bütün yetkiler Führer'de toplanınca yazdığı "Führer Adaleti Koruyor" başlıklı makalede düşüncesinin en somut ifadesi vardı. Makalede Lukacs'ın ifadesiyle, "keyfi faşist adaletin en kaba biçimini savundu ve 'dost ve düşmanı ayırma hakkına' sadece Führer'in sahip olduğu görüşünü ileri sürdü" (262):

> Führer Alman tarihinin uyarıları karşısında çok ciddidir. Bu ona yeni bir devlet ve yeni bir düzen kurma hakkını ve gücünü verir (…) Tehlike anında liderlik görevi nedeniyle üstün otorite olarak doğrunda adaleti yarattığında aslında adaleti ne rezil kötüye kullanımdan korumaktadır (…) Yargı görevi Führer'in görevinden yayılır. İkisini birbirinden ayırmaya çalışan (…) biri adalet yardımıyla devleti çığırından çıkarmaya çalışmaktadır. Yasaya karşı herhangi bir ihlalin içerik ve kapsamını bizzat Führer belirler. (262-263)

Schmitt, Alman Nazilerin ve İtalyan Faşistlerin ruhunu kavramış ve bu ruhtaki keyfiliğin pozitif olarak hukukileştirilemeyeceğini sezmişti. O yüzden kamu hukukunu estetikleştirdi. Ne söylediği, yukarıdaki paragrafta olduğu gibi yoruma açık olamayacak kadar kesin olan ender yazarlardan biriydi ama bu bilinçli estetikleştirme içinde, metinlerini, döneminin ve tüm geçmiş Batı Avrupa›nın düşünce geleneğine bolca atıfta bulunarak karmaşık olmasa da sofistike etmeyi, son derece açık ve gelişen Marksist eleştiri karşısında insanlık düşmanı olduğu çok değil on yıl içinde görülen fikirlerini metafiziğin verimli bölgesine kaçarak kamufle etmeyi başardı. Aslında kamufle ettiği, Katolik Tanrıcı egemen anlayışı ve devlet iktidarını kullananların keyfiliğiydi. Sacerdoti, muhteşem ironisiyle, "Schmitt'in 'mucize olarak tanıtılan olaylara' inanıp inanmama iç özgürlüğüne ilişkin indirgenemez bireysellik-karşıtı birikimi anlaşılabilirdi, çünkü onun hükümdarlık kavramı, özellikle mucize kavramının Devlet ortamına taşınması üzerine kuruluydu" diye yazdığında, bu keyfilik sorununu edebi olarak da betimledi (2007: 226). Sonuçta, Schmitt'in Katolik temelleri içinde estetize ettiği kamu hukukunun bu politik liderlik (Hitler'in bedeni) ve etnik kimlik (Alman ırkı) ilkesi, Auschwitz'i, Yahudi Soykırımını insanlığa hediye etti.

Şimdiye dek görüldüğü gibi, şimdiden sonra da görüleceği üzere, kuramında somut insanların ve haklarının yeri yoktu, Hobbes kristaline koyduğu ihtiyaçlar sistemine dayanan aşağısı kapalıydı. Yücelik içermiyordu. Rousseau, hiç değilse kendi iradesine razı edilerek yurttaş kılınması gereken bir somut insandan söz etme basireti göstermişti; Schmitt için halk, kamu hukuku kavramı, bir devlet kurumuydu. Hegel'deki gibi yüceliğin bir doğayımı bile değildi, Führer'e sağ ellerini kaldırmakla görevli devlet dairesiydi. Schmitt'in kuramı bu kadar yalındı. Olduğu gibi aktarıyorum:

Dost-düşman ayrımı ortadan kalkarsa, siyasal yaşam da ortadan kalkar. Siyaseten var olan hiçbir halk, bu türden yemin dolu beyanlarla kaderini tayin eden dost-düşman ayrımından kaçınamaz. (...) Eğer bir halk siyasal varoluşun gerektirdiği çaba ve risklerden korkuyorsa, onun yerine bu yükü taşıyacak, bu halkı "dış düşmana karşı" koruyacak ve böylece siyasi egemenliği ele geçirecek başka bir halk mutlaka bulunur. Bu durumda koruyucu halk, koruma ve itaat arasındaki ebedi ilişkiye dayanarak düşmanın kim olduğunu tayin edecektir. (...) Bir halkın, siyasalın alanında kalma gücü ya da iradesi yoksa, bu durum, siyasal olanın yeryüzünden kalkacağı anlamına gelmez. Ortadan kalkan sadece zayıf bir halktır. (2006b: 71-73)

Schmitt, devamında, evrenselliğin imkânsız olduğunu, "evrenselliğin, tümden bir depolitikleşme ve her şeyden evvel en azından tutarlı bir devletsizlik halinin kabulü anlamına geldiğini", bir dünya devletinin mümkün olmadığını vb. (2006b: 76-78) yazdı. İnsan tüm egemenlik kuramcılarının benimsediği gibi tehlikeli ve riskli bir yaratıktı (2006b: 79) ve "Devlet düşmanı radikalizm, insan doğasında var olan 'radikal iyi'ye duyulan inanca paralel olarak büyümekte"ydi (2006b: 81). Siyasal'ın alanı, son kertede düşmana ait gerçek bir olasılık tarafından belirlendiğinden, siyasal tasavvurlar ve fikir silsileleri antropolojik bir iyimserlikten yola çıkamazdı. Aksi durumda, düşman olasılığı ile birlikte her türen özgül siyasal sonuç da ortadan kalkmış olurdu (2006b: 85). Ulusun devleti değil, devletin ulusu olacağını göremeyen "bayağı Pufendorf" Rousseau (2006b: 103) karşısında, yüzyıl öncesinin Hobbes'unun "söyledikleri özgül bir siyasal düşünce sisteminin asli ön koşulları"ydı (2006b: 86).

3. Siyasi İlahiyat'a karşı sonuç yerine: Benjamin ve ezilenlerin olağanüstü hali

Bu Schmitt çözümlemesi, "siyasetin aşılmasına" ve dolayısıyla "devletin sönümlenmesine" yönelen devrimci strateji ile insan kurtuluşunu aşkın (metafizik) bir siyasete havale ederek, devletin aşkın bir araç olarak düşünülmesine yönelen ve dolaylı olarak Auschwitz'ten de sorumlu tutulması gereken reformcu strateji arasındaki büyük farklılığı da görünür kılar. Bu, aynı zamanda, devlete karşı kamu hukuku -Duguit ve Lenin- ile kamu hukukuna karşı devlet -Schmitt ve Kautsky (ister bir olağanüstü hal içinde Duçe ya da Führer'in bedeni ile bütünleşen anayasal karşılığı olmayan biyopolitik iktidarda cisimleşsin (Agamben, 2008: 113), isterse de ultra emperyalizmde kamusal yaşamın düzenleyicisi olarak düşünülsün "zor örgütü"nün aşkınlaştırılması)- arasındaki farktı.

Kautksky'yi trajik şekilde Schmitt'le eşitleyen şey, siyasetin aşılmasına değil ontolojik özgüllüğüne, devletin sönümlenmesine değil topluma doğru genişlemesine yönelik teklifiydi[15]. *Proletarya Diktatörlüğü* (1919/2008) adlı eserinde zor aygıtı dahil devletin sönümlenmesine karşı çıkıyor, dönemin proletaryasının, "en azından Batı Avrupa söz konusu olduğunda, 'arı' demokrasi olmasa da belirli bir düzeyde demokrasinin on yıllardır kök saldığı ve askerlerin eskiden olduğu gibi halktan çok kopuk olmadığı Devletlerde iktidarı ele geçireceği" temennisini yayıyordu (2008: 48). Kautsky, Bolşevikleri demokrasi yerine diktatörlük kurmakla eleştiriyor ama demokrasiden Marx'taki gibi siyasal düzeyin yitip gittiği gerçek demokrasiyi değil, Hobbes kristali içinde kalmak şartıyla genel oy hakkını ve bazı liberal parlamenter temsili kurumları anlıyordu. Kautsky de, Schmitt gibi *siyasete mahkum olduğumuz metafizik zannına* sahip bir "büyük Alman"dı. Schmitt'in bütünsel devleti kadar, Kautsky'nin demokratik devleti de Hegelci büyük Prusya Devleti rasyonelik ne, *hikmet-i hükûmet*[16] düşüncesinin içinde devinerek varıyordu[17]. Demokratik devlet idealini Alman proletaryası için "doğrudan demokrasi" ya da "özyönetim" temelinde değil de "genel oy hakkı temelinde" yüceleştirdiğinde, bir *devrimci* Marksist olarak da varlığına son vermiş oluyordu[18]. Bu genel oy argümanına, Schmitt de aynen, yukarıda belirttiğim gibi, Milletler Cemiyeti'ne Sovyetlere müdahale hakkını tanırken, ama sadece bu yüzden, insan teklerinden haz etmediğinden ötürü dolaylı olarak başvurmuştu: "Bugün anayasa hukuku açısından genel olarak her hükûmetin, demokratik prensipler uyarınca oluşturulmuş bir kurucu meclis tarafından onaylanıncaya kadar, geçici nitelikte olduğu kabul edilir ve bu temele dayanmayan her iktidar gaspçı olarak görülür" (2006a: 47).

Lenin'in *Proleter Devrim ve Dönek Kautsky* (1918/1989) broşüründeki temel tez, Kautsky'nin, kapitalizmin serbest rekabetçi döneminde kapitalist devlet iktidarının edindiği gayrişahsi ve laik; yasama, yürütme ve yargı diye nispi bir özerkliğe kavuşturulmuş birbirini dengeleyen ve frenleyen kuvvetler ayrılığına dayalı organlar eliyle yürütülecek ve soyut-genel yasalara bağlı bir demokratik, parlamenter cumhuriyet ya da temsili demokrasi tipini idealleştirdiği/evrenselleştirdiği eleştirisiydi. Lenin'e göre demokrasinin, kapitalizmin emperyalizm aşamasındaki bu burjuva biçiminin sürdürülmesi mümkün olmadığı gibi, bir proletarya demokrasisi de bundan çok daha fazla bir şeydi. Belirtilmeli ki Lenin, halk iktidar organları olan Sovyetler'deki çoğulculuğa karşı tutum aldığında, yaptığı sosyalist demokrasinin bazı biçimsel garantilerinin tasfiyesi idi ve açıkça yanlıştı ama bu yanlış, siyasal düzeyin hızlıca yok edilebileceğine dair bir devrimci inançtan besleniyordu. Rosa Luxemburg'un da Rus Devrimi üzerine tartışmalı bir makalesinde ileri sürdüğü genel oy üzerine eleştirileri doğru ama Kautsky'den esasta farklıydı: "Sorun Rusya'da ortaya konabilir" ama "çözümlenemezdi. *Bu* anlamda gelecek her yerde Bolşevizm'indi" (1919/1989: 96).

15 Bu teklifin varabildiği en gelişkin demokrasiler, İkinci Dünya Savaşı sonrasının özgül koşullarında şekillenen ve 1970'lerin ortasından itibaren çözülmeye başlayan örgütlü kapitalizm döneminin refah devletleri oldu. Ancak burada haklı olan tümüyle Schmitt'tir; refah devletleri, türdeş olmayanları dışlayan etnik/Kuzeyli demokrasilerdi, özellikle göçmen politikaları, bu demokrasilerin Schmittyen türdeşlik ilkesine bağlılıklarını sürdürdüklerine dair esaslı bir kanıt oluşturur. Habermas'ın değerlendirmesi bkz. İnce (2010: 172).

16 *Schmitt'in siyasal kuramının Hobbes'a başvurarak bile ulaşamadığı, mucize ve siyasal Tanrıcılık diyebileceğimiz faşist ya da Nazi aşırılığıyla kurucu ilgisinin Katolik kuramına -Bonald, De Maistre ve Donoso Cortés'e- sığınmak zorunda kalışının edebi bir metinler arası sunumu için bkz. Sacerdoti (2007: 224-227).*

17 *Çelebi de Habermas gibi aynı ideali Avrupa kamu hukuku olanağında tekrar etti. Avrupa, halkların siyasi birliği olacaktı ve bu siyasi birlik somut insanların haklarını koruduğu için itaat görecekti (2002). Çelebi, Schmittçi terminolojiyi değiştirme ihtiyacı bile duymaz (2004).*

18 Rosa Luxemburg, bu stratejinin Kautsky'nin izleyicisi olduğu Bernstein'da aldığı biçimi, 1899 yılında yazdığı *Sosyal Reform ya da Devrim*(1975) adlı eserinde tartışmış ve bu stratejinin kapitalizmi aşmaya yönelmediğini ileri sürmüştü. Bu görüş, daha sonra, özellikle 1917 Ekim Devrimi'nden sonra uluslararası sosyalist harekette baskın hale geldi.

Gerçekten de Kautsky, Luxemburg'un aleyhine, "büyük Alman" düşünce geleneği içinde kaldı. Kautsky, Tönnies'nin toplum ve topluluk ayrımı içinde ulaştığı iyimser görüşe bağlı kaldı; *Gesellschaft* geliştikçe, insanlar daha fazla devleti, durumlarını iyileştirmek, azınlığın servet tekelini kırmak, toplumsal zenginlikten bir pay elde etmek için kullanılan bir araç olarak görmeye başlıyordu (Tönnies, 2001). Bu görüş, burjuva iktidarının işleyişini bütünlüğü içinde çözümleyemediği gibi, Marx ve Engels'in devlet çözümlemelerinden çok, Tönnies'nin toplum ve topluluk ayrımından ilhamını alıyordu. Kautsky'nin düşünce tarzı, Schmitt'in Hobbes kristali ile ulaştığı görüşlere neredeyse birebir uyumluydu, fark şuydu ki, aşkınlık içeren yukarısını kapatmak, gerçeğin yerine, Lenin'in eleştirel bağlamda sözünü ettiği kurumsal liberal demokrasiyi koymak ve aşağısını salt ihtiyaçlar alanı olarak kapatmadan devletin topluma yayılabileceği biçimde açmaktı. Hardt ve Negri de *Commonwealth*'te (2009) aynı süreci küresel-egemen için öngörerek bu gelenek içindeki yerini aldı. Aşkınlık yukarıya değil aşağıya çekliyordu ama merkez, küresel-egemen olarak *Commonwealth* (Devlet), olduğu yerde duruyordu.

Kautsky, Sovyetlere karşı çıkarken ya da kendi partisinin İçişleri Bakanınca Rosa Luxemburg ve Karl Liebknecht'in katline seyirci kalırken Schmitt kadar hatta daha fazla Alman Devleti'ne güveniyordu; işçi mahallelerinde parti örgütü ve sendikalar aracılığıyla yayıldığında, sosyalizme doğru evrilecekti bu *Devlet*. Eğer faşizm ve Nazizm göz ardı edemeyeceğimiz bir sonuçsa, diyebiliriz ki tarih, Rosa Luxemburg'u (1975) ve militarizmi hedef tahtasına koyan Karl Liebknecht'i (1907/2009) doğruladı. Luxemburg ve Liebknecht'in katlinden çok değil üç yıl sonra, Schmitt, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*'ni yayınlayacak ve Mussollini'yi İtalya'nın yeni Machiavelli'si olarak selamlayacak, nihayet bir on yıl sonra da Almanya'da sermaye açık diktasını, bulunan diktatör Adolf Hitler'i Reich Şansölyesi yaparak onun şahsında ve bedeninde ilan edecekti.

Sorunun esası bu olmakla birlikte, kısaca, tümüyle farklı bir politik ve kuramsal konumda yer alan, Mesihçi bir görüş ile devrime bağlanan Benjamin'e (Löwy, 2007 ve 2007a) yaygın olarak yapılan bir haksızlığa, sıklıkla adının Schmitt'le birlikte anılmasına (Kalyvas, 2008) değinilerek Schmitt defteri kapatılabilir. Kurban ve egemenin bu kadar kayıtsızca yan yana konabilmesi salt kuramsal bir sorun değil. Apaçık ideolojik ve politik bir tercih; kapitalizmden konuşmak istemeyenler, kurban ve egemeni başka kriterlerle yan yana koyarak, kapitalist devletin olağanüstü biçimleri içinde işlediği insanlık suçlarından onu muaf tutmaya hizmet ediyorlar. Benjamin'in *Siyasi* İlahiyat'ı okuduğu bir sır değildi[19] (Löwy, 2007: 72; Agamben, 2008: 73). Eğer bu tarafların birbirini bilme ilişkisi, Agamben'in sözleriyle bir "dosya olarak" görülecek ise, dosya "Tarih Kavramı Üzerine" Tezlerin Sekizincisinde kapanıyordu ve Benjamin›in yazdığı kapanış şuydu:

> Ezilenlerin geleneği, bugün yaşadığımız "olağanüstü hal"in gerçekte kural olduğunu gösterir bize. Bu hale tekabül eden bir tarih anlayışına ulaşmamız gerekiyor. O zaman görevimizin hakiki olağanüstü hali açığa çıkarmak olacağını göreceğiz; ve böylece, faşizme karşı yürütülen kavgadaki konumumuz daha iyi bir konum olacaktır. Zaten faşizmin şansı, hasımlarının, tarihsel bir norm olarak algılanan ilerleme adına onunla mücadele etmesidir. Yaşadığımız olayların 20. yüzyılda "hâlâ" olabileceğine şaşırmanın *hiçbir* felsefi yönü yoktur. Bu şaşkınlık, hiçbir bilgilenmeye yol açmaz, onu doğuran tarih anlayışının iler tutar tarafı olmadığı bilgisi dışında. (1993: 37)[20]

Bu pasajda Benjamin'in yaptığı keyfi şiddet kullanımına dayanan keyfi yönetim kuramı olarak Schmitt'in olağanüstü hal kuramını (Agamben, 2008: 74-75) deşifre etmek ve faşizmin karşısına, "gerçek olağanüstü hal" kavramı ile devrimi koymaktı. Bu pasaj, kriz karşısında sermaye egemenliğinin sürdürülebilmesi için gelişen Schmittçi keyfi yönetimin ilerlemeci perspektiflerle çözümlenemeyeceğini ancak devrimle aşılabileceğini açıkça söylüyordu. Pasajın ilk kısmı öncelikle, faşizmin, gerçekte sermaye egemenliğinin kriz karşısındaki kuralı olduğunu deşifre ediyordu. Devamla da, yalnızca Marx'ı devralmakla yetinmeyen Lenin'in, *Devlet ve Devrim*'de (1999) yaptığı gibi, militarizm ve bürokrasinin her yerde devletin asli karakteri halini aldığı emperyalizm çağında artık egemen sınıfların barışçı yoldan egemenliklerini devretme imkânlarının son bulduğunu belirliyordu (Kürkçü, 2009: 29).

Ötesi ise hem Kautskyciliğin hem de ardından gelen Üçüncü Enternasyonal'in resmi faşizm analizlerinin eleştirisine yönelik sol içi bir tartışmaydı. Benjamin, "tarihsel bir norm olarak algılanan ilerleme adına faşizmle mücadele" edenler derken, açıkça Kautsky ve yandaşlarını ima ediyordu. Kautsky, yirmili yıllarda, faşizmin ancak İtalya gibi yarı-tarım ülkelerinde mümkün olduğunu, hiçbir zaman Almanya gibi modern ve sanayileşmiş bir ulusta yer bulamayacağını açıklıyordu[21] (Löwy, 2007: 73). Löwy'nin vurguladığı üzere, Benjamin, bilimsel, sınai ve teknik ilerlemenin toplumsal ve siyasal barbarlık ile uyuşamayacağı yanılsaması ile körleşmiş yaklaşımlara rağmen, faşizmin modernliğini, çağdaş sınai/kapitalist toplumla yakın ilişkisini tamamen kavramıştı (2007: 74).

Schmitt'in liberal kurumları eleştirisinde, özellikle liberal depolitizasyon çağı anlatısındaki, "19. yüzyıldaki teknik gelişmeler o denli şaşırtıcı hale gelmiş ve buna paralel olarak sosyal ve ekonomik koşullar o denli çabuk değişmiştir ki, bütün ahlaki, siyasal, sosyal ve ekonomik sorunlar bu teknik gelişmeden etkilenmiştir" (2006b: 104) gibi cümlelere bakılarak, bu eleştirinin Benjamin'in "Tekniğin Olanaklarıyla Çoğaltılabildiği Çağda Sanat Yapıtı" makalesindeki, sanat yapıtının mekanik yeniden üretiminin sanat yapıtı üzerindeki aurayı ortadan kaldırdığını ve geleneği dönüştürdüğüne dair tezlerine kaynak

19 Elbette, 1930'da Schmitt'e kitabını gönderirken hayranlığını da bildirmesi, küçük çapta bir skandaldı. Ancak bu skandalın dönemin Almanya'sında entelektüellerin konumu ile birlikte değerlendirilmesi gerekir. Kautsky'nin ve yandaşlarının, işçi partisinin liderleri olduğu düşünülürse durum daha kolay kavranabilir (Löwy, 2007: 72; Agamben, 2008: 73).

20 Makalenin yer aldığı esere referans verilmişse de (çev.Ahmet Cemal), bu şekliyle pasaj U. Uraz Aydın tarafından (Löwy, 2007: 72) içinde çevrilmiştir. Ahmet Cemal çevirisi, anlatımı bakımından oldukça farklı olup, sadece, ikinci cümlenin ikinci yarısı Ahmet Cemal çevirisidir.

21 "Resmi (Stalinci) komünist harekete gelince, o Hitler'in 1933'teki zaferinin geçici olduğundan emindi: Nazi rejiminin Alman Komünist Partisi'nin aydınlanmış yönetimi altında işçiler ve ilerici güçler tarafından süpürülmesi birkaç hafta veya birkaç aylık bir meseleydi" (Löwy, 2007: 74).

oluşturduğunun ileri sürülmesi (McCormik, 1997: 169) pek de haktanır bir çözümleme değildir. Benjamin sanat ürününün çoğaltılabilmesinin ve özellikle de sinemanın etkisini çözümlemeye çalışıyor, nihayetinde de, faşizmin siyaseti estetize etmesine karşı, sanatı politikaya çağırıyordu:

> Kitlelerin mülkiyet koşullarının değiştirilmesini isteme hakları vardır; faşizm ise bu koşulların muhafaza edilmesini, sözü edilen kitlelerin ifadesi kılmak peşindedir. Faşizm kendi içinde tutarlı olarak politik yaşamın estetize edilmesini amaçlar. Faşizmin bir liderin kültüyle boyunduruk altına aldığı kitlelerin ırzına geçilmesiyle, yine faşizmin kült değerlerinin üretilmesi için yararlandığı aygıtın [sanatın, b.n.] ırzına geçilmesi, birbiriyle örtüşmektedir.

Politikanın estetize edilmesine yönelik bütün çabalar, tek bir noktada doruğa varır. Bu nokta, savaştır. En büyük boyutlardaki kitle hareketlerini geleneksel mülkiyet ilişkilerini dönüştürmeden koruyarak belli bir hedefe yöneltmeyi, yalnızca ve yalnızca savaş sağlayabilir. (Benjamin, 1993: 69)

Bu cümlelerle Schmitt arasında kurulacak bağlantı, en fazla, Schmitt'in kamu hukukunu estetize etmesinin benzeri bir ırza geçme olarak Benjamin tarafından algılandığı olabilirdi. Agamben'in vurguladığı gibi,

Schmitt'te egemen, "Tanrı'yla özdeşleştirilir ve dünyada Descartesçı sistemin Tanrı'sına denk düşen konumun tam olarak aynısını işgal eder" iken, Benjamin'de egemen "yaratı alanında kapalı kalır, yaratıkların efendisidir ama yaratık olarak kalır." (2008: 79)

Öyle olduğu için Benjamin, Hitler'de Alman halkının siyasal birliğini değil, kapitalizmin bir yaratığını görüyor ve Schmitt'in hukuk kurmacası/mizanseni karşısına, daha açık deyişle faşizmin karşısına "iç savaş ve devrimci şiddeti" (Agamben, 2008: 81) çıkarıyordu. Bu "gerçek olağanüstü hal"in amacı, hem Schmitt'in hem de Kautsky'nin hilafına ne yukarısını ne de aşağısını aşkınlaştırmadan; ne benim için öl diyenin ne de ölmeye itaat edenin olacağı bir hali gerçekleştirebilmekti.

İşte o hal, komünizm ya da devletin sönümlenmesidir.

KAYNAKÇA

- *Agamben, Giorgio (2008) Olağanüstü Hal, çev. Kemal Atakay, İstanbul: Varlık.*
- *_____ (2010) Tanık ve Arşiv: Auschwitz'den Artakalanlar, çev. Ali İhsan Başgül, Ankara: Dipnot.*
- *Benjamin, Walter (1993) Pasajlar, çev. Ahmet Cemal, İstanbul: YKY.*
- *Çelebi, Aykut (2002) Avrupa: Halkların Siyasal Birliği, İstanbul: Metis.*

- *_____ (2004) "Kamusal Alan ve Sivil Toplum: Siyasal Bir Değerlendirme", Kamusal Alan içinde, Özbek (der), İstanbul: Hil.*
- *_____ (2006) "'Siyaset Kaderimizdir': Carl Schmitt ve Siyasal Kavramı", Siyasal Kavramı içinde, Schmitt, çev. Ece Göztepe, İstanbul: Metis.*
- *Duguit, Leon (1954) Kamu Hukuku Dersleri, çev. Süheyp Derbil, Ankara: A.Ü. Hukuk Fakültesi Yayınları.*
- *_____ (2000) "Egemenlik ve Özgürlük", Devlet Kuramı içinde Cemal Bali Akal (der), çev. Didem Köse, Sedef Koç, Ankara, Dost: 379-395.*
- *Hardt, Michel ve Antonio Negri (2009) Commonwealth, Cambridge: Harward University Press.*
- *Hegel, G. F. W. (1991) Hukuk Felsefesinin Prensipleri, çev. Cenap Karakaya, İstanbul: Sosyal.*
- *Heidegger, Martin (1993) 1933'te Neler Oldu?: Der Spiegel'in Heidegger'le Tarihi Söyleşisi, çev. Turhan Ilgaz, İstanbul: YKY.*
- *Kalyvas, Andreas (2008) Democracy and the Politics of the Extraordinary: Max Weber, Carl Schmitt and Hannah Arendt, Cambridge: Cambridge University Press.*
- *Kautksy, Karl (2008) Proleterya Diktatörlüğü, çev. Mehmet Karaoğlu, İstanbul: Yazılama.*
- *Kliem, Kurt (1999) "Faşizm Teorisi Üstüne", çev. Rona Serozan, Faşizm ve Kapitalizm içinde, (der) Kurt Kliem, İstanbul, Sarmal: 15-35.*
- *Kürkçü, Ertuğrul (2009) "Komünist Manifesto: Teorinin Pratiği, Pratiğin Teorisi", Yaşayan Marksizm (1): 21-40.*
- *Laski, Harold (1999) Studies in The Problem of Sovereignty, Kitchener: Batoche.*
- *Lenin, Vladimir İ. (1992) Burjuva Demokrasisi ve Proletarya Diktatörlüğü, çev. Muzaffer Erdost, Ankara: Sol.*
- *_____ (1995a) Seçme Eserler Cilt 5, çev. Süheyla Kaya ve İsmail Yarkın, İstanbul: İnter.*
- *_____ (1995b) Seçme Eserler Cilt 6, çev. Süheyla Kaya ve İsmail Yarkın, İstanbul: İnter.*
- *_____ (1999) Devlet ve Devrim, çev. Süheyla Kaya ve İsmail Yarkın, İstanbul: İnter.*
-
- *Liebman, Marcel (1990) Lenin Döneminde Leninizm I: Muhalefet Yılları, çev. Osman Akınhay, İstanbul: Belge.*
- *_____ (1992) Lenin Döneminde Leninizm II: İktidar Yılları, çev. Osman Akınhay, İstanbul: Belge.*
- *Liebknecht, Karl (2009) Militarizme Karşı Sınıf Mücadelesi, çev. Alp Tümertekin, İstanbul: Belge.*
- *Löwy, Michael (2007) Yangın Alarmı: "Tarih Kavramı Üzerine" Tezlerin Bir Okuması,*

çev. Uraz Aydın, İstanbul: Versus.

- *Lukacs, Georg (2006a) Aklın Yıkımı Cilt 1, çev. Ayşen Tekşen, İstanbul: Payel.*
- *_____ (2006b) Aklın Yıkımı Cilt 2, çev. Ayşen Tekşen, İstanbul: Payel.*
- *Luxemburg, Rosa (1975) Sosyal Reform ya da Devrim, çev. H. Selman, İstanbul: Maya.*
- *_____ (1989) Siyasal Yazılar, çev. Zafer Üskül, Ankara: Verso.*
- *McCormik, John P. (1997) Carl Schmitt's Critique of Liberalism: Against Politics as Technology, Cambridge: Cambridge University Press.*
- *Mouffe, Chantal (2002) Demokratik Paradoks, çev. A. Cevdet Aşkın, Ankara: Epos.*
- *Onur-İnce, Hilal (2010) Muhafazakâr İdeoloji, Din, Siyaset, İstanbul: Alan.*
- *Poulantzas, Nicos (1980) Faşizm ve Diktatörlük, çev. Ahmet İnsel, İstanbul: Birikim.*
- *Sacerdoti, Gilberto (2007) Kurban ve Egemenlik: Shakespeare'den Bruno'ya Avrupa'da Teoloji ve Siyaset, çev. Zuhâl Yılmaz, Ankara: Dost.*
- *Scheuerman, William E. (1999) Carl Schmitt: The End of Law, New York: Rowman&Littlefield.*
- *Schmitt, Carl (2000) "Somut ve Çağa Bağlı Bir Kavram Olarak Devlet", Devlet Kuramı içinde Cemal Bali Akal (der), çev. Bertil Emrah Oder, Ankara, Dost: 245-254.*
- *_____ (2001) State, Movement and People: The Triadic Structure of The Political Unity - The Question of Legality, Derleyen ve İngilizce›ye çev. Simona Draghici, Corvalis: Plutarch.*
- *_____ (2002) Siyasi İlahiyat: Egemenlik Kuramı Üzerine Dört Bölüm, çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost.*
- *_____ (2004) Legality and Legitimacy, İngilizce›ye çev. Jeffrey Seitzer, Durham&-London: Duke University Press.*
- *_____ (2006a) Parlamenter Demokrasinin Krizi, çev. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost.*
- *_____ (2006b) Siyasal Kavramı, çev. Ece Göztepe, İstanbul: Metis.*
- *Thalheimer, August (1999) "Faşizm Üstüne", çev. Rona Serozan, Faşizm ve Kapitalizm içinde, (der) Kurt Kliem, İstanbul, Sarmal: 37-64.*
- *Tormey, Simon (1992) Totalitarizm, çev. Ahmet Yılmaz ve Osman Akınhay, İstanbul: Ayrıntı.*
- *Tönnies, Ferdinand (2001) Community and Civil Society, İngilizce›ye çev. Jose Harris ve Margaret Hollis, Cambridge: Cambridge University Press.*

BİR SOSYOLOJİK ANALİZ: ORTA DOĞU ÜLKELERİ VE HUKUK- EKONOMİ ENTEGRASYON PROBLEMİ

M.Kayhan MUTLU*

GİRİŞ

Bilindiği üzere, haberleşme ve ulaşım sektöründe ortaya çıkan hızlı değişimler "küreselleşme veya globalization" olarak isimlendirilen ekonomik – siyasi ve kültürel boyutta dünya ülkeleri arasındaki iletişimlerin yoğunlaşması durumunu ortaya koymaktadır. Yıllar önce, okyanus ötesi ile Avrupa arasında yapılan telefon görüşmesinin dakikalık bedeli 4-5 ABD dolar iken bu rakam günümüzde birkaç sent kadardır. Benzer şekilde, uçak seyahatleri aynı şekilde binlerce ABD dolar iken birkaç yüz dolara inmiş durumdadır. Havayollarının toplam yolcu sayısı bir yılda yüz milyonları bulmaktadır. Dünya ülkeleri arasındaki bu yoğun iletişimin temel nedeni "liberal ekonomi" olmaktadır. Bilindiği üzere, uluslararası aktörler ve uluslararası şirket evlilikleri finans, üretim ve hizmet sektöründe net olarak kendini göstermektedir.

Ancak, neo- liberal ekonomi sosyolojik anlamda kendi sorunlarını da ortaya koymaktadır. Yoksulluk ve gelir dağılımı eşitsizliği ve çarpıklığı bu sorunlardan biri olmaktadır. UNDP istatistiklerine göre, dünya ticaretinin 2/3 dünyanın en zengin 500 şirketinin elinde bulunmakta. 1960 yılında, dünya nüfusunun en zengin ülkelerinde yaşayan bu ülkelerin en zengin % 20 sinin zenginliği, yoksul ülkelerde yaşayan yoksullarının % 20 sinin 30 katı kadar iken bu rakam 1998 de 85 katına çıkmıştır. Bu rakamlara göre, dünya genelinde, gelir dağılımındaki eşitsizlik ve çarpıklık yaklaşık 3 misli kadar artmıştır. Dünya nüfusunun en zengin % 20 si dünya gelirinin % 82 sini alırken bu rakam yoksul ülkelerin en yoksul % 20 si için % 1,4 olmaktadır. Benzer şekilde, dünyamızın en zengin 200 kişinin yıllık geliri 2 milyar insann yıllık geliri kadar olmaktadır. Ayrıca, bir günde dünyamızda yaklaşık 2 trilyon ABD dolar para el değiştirmekte, ancak bunun % 95 i üretim ve hizmet sektörü dışında kalmaktadır. Paradan para kazanma anlayışı artmakta ve "kumar kapitalizmi" olarak adlandırılan sosyo ekonomik kavram ortaya çıkmaktadır. Sermaye hiçbir şey üretmeden ve hizmet vermeden kendisini büyütmektedir.

Yukarıda ifade edilen UNDP rakamları küreselleşmenin ekonomik boyutunu ve ortaya çıkan gelir dağılımı eşitsizliklerine ve bir insanlık problemi olan yoksulluğa dikkat çekmektedir. Bu gelir dağılımı çarpıklığı ve yoksulluk problemi pazar ekonomisini sosyal

* *Prof. Dr. Turgut Özal Üniversitesi İdari-İktisadi Bilimler Fakültesi Siyaset ve Uluslararası İlişkiler Bölümü*

darwinism prensipleri içinde ortaya konmasından kaynaklanmaktadır.

Bilindiği üzere, 19 ıncı yüzyıl sosyal bilimcileri, hayvanlar ve bitkiler için geçerli olan doğa kanunlarının insan toplumları içinde geçerli olabileceğini savundular. Bu varsayıma göre toplumların kendi evrim kurallarına göre gelişmesi ve daha ileriye gitmesi ancak bu şekilde olurdu. Herbert Spencer bu düşünürlerden biridir. Bu düşünürler bu varsayımı "natural identity of interest=her insan kendi yaradılışı, kendi benliği içinde kendi doğal özelliklerine sahiptir ve bu kendine özgü özelliklerin, yeteneklerin toplum içinde ortaya konması ortamını", "survival of fittest=var olan koşullara en iyi uyumu sağlayanın bu uyumda geride kalanlara olan üstünlügü" ve "struggle for survival=var olma bir mücadelenin sonucudur" gibi kavramlarla desteklediler. Pazar ekonomisi, bu kavramların ışığında "bireycilik" zihniyetini ve kültürünü ortaya koydu. Sade vatandaş, kendi yeteneğine ve çalışkanlıgına orantılı olarak sosyo ekonomik anlamda toplumda var olmalıdır.

Serbest piyasa ekonomisinin ihtiyaç duyduğu bu "bireycilik" kavramı bu ekonomik sistemin olmazsa olmazı olan "rekabet" kavramının bir sonucu olmaktadır. Teorik olarak serbest piyasa ekonomisi demek serbest rekabet demektir. Sistem bunu istemekte ve olmazsa olmaz kuralı ortaya çıkmaktadır. Bu noktada ortaya çıkan problem, toplum yapılarındaki fırsat eşitsizliğinin kendisi olmaktadır. Serbest piyasa ekonomisi kendi sistemi içinde rekabetin fırsat eşitliği içinde olmasını "sosyal darwinism" anlayışı içinde isterken, toplum yapılarındaki hukuk-ekonomi entegrasyonu zayıf kaldığından, fırsat eşitsizliği ve bunun sonucu gelir dağılımı çarpıklığı ve yoksulluk problemleri ortaya çıkmaktadır. ÖRNEK: Bilindigi üzere ülkemizde kaliteli eğitim alma paraya endekslenmiştir. Dersaneler paraya endekslenmiştir. Bu nedenle, ülkemizde yoksul aile çocuklarının kaliteli eğitim alma hakkı daha başlangıçta yok edilmektedir. Çalışkan ve yetenekli bir yoksul aile çocuğunun bu yetenegi ve çalışkanlığına uygun bir üniversiteye girme şansı ülkemiz toplum yapısı içinde yok denecek kadar az olmaktadır. Sonuç olarak, serbest piyasa ekonomisinin ön gördüğü fırsat eşitliği içinde olması gereken rekabet olgusu ve ekonominin evrensel hukuk kuralları ile kontrol edilmesi hususu yok sayılmış olmaktadır. Bu sonuç, yoksulluk ve gelir dağılımı çarpıklığına neden olmaktadır.

Bilindigi üzere, serbest piyasa ekonomisi sistemi, "demokrasi" – "insan hakları"- "özgürlük" gibi kavramları, sade vatandaşların günlük yaşam koşullarındaki eğitim-barınma-ulaşım-beslenme-saglık-istihdam gibi alanlardaki sorunlarının asgariye indirilmesi olarak tanımlar.

Küresellemenin siyasi boyutu ele alındığında, sermayenin ısrarla ulus-devlet yapısının küçülmesini ve NGO lar olarak ifade edilen sivil toplum örgütlenmelerinin çeşitlenmesini ve çoğalmasını teşvik ettikleri görülmektedir. Bu noktada, unutulmaması gereken husus, ulus-devlet denetiminin sermaye üzerindeki denetiminin azaltılarak, mesala, vergi sisteminde adaletsizlikler ortaya konmasının yolunun açılabilmesi durumudur. Bu nedenle, demokratik ve halk için var olan bir devlet nasıl bir devlettir gibi soruları tartışmaya açarken aynı zamanda sermayeninde halk için nasıl denetilmesi gerektiği unutulmamalıdır. Ancak,

ulus-devlet yapısı ile yoksulluğun, terör ve uyuşturucu gibi insanlık problemleri ile mücadelenin yapılabildiği gibi hususlar üzerinde durulmalı ve sermayenin bu sorunları çözmedeki kabiliyeti ölçülmelidir. Mesala, Güney Dogu Anadolu bölgemizde yapılan yatırımlar hep devlet eli ile olmakta ve özel sektör o bölgedeki istikrarsızlıklar nedeni ile yatırım yapmakta tutuk kalmaktadır.

Küreselleşen dünyamızda sermaye ucuz işçi ve yüksek rant ve yüksek faiz istemekte. ÖRNEK: Bir günde dünyamızda yaklaşık 2 trilyon ABD dolar para el degiştiririken bu el degiştirme hizmet ve üretim sektörü dışında paradan para kazanmanın sonucu olmaktadır. İstihdam yaratmayan bir sermaye yoksulluğu azaltamaz ama zengin – yoksul arasındaki gelir çarpıklığını artırır. Halbuki serbest piyasa ekonomisi kendi kuralları içinde istihdam kapasitesi yüksek ekonomik faaliyetleri ister ve bu şekilde insan popülasyonunu aktifleştirir, onları atılımcı ve yatırımcı olmaya teşvik eder. Bu teşvik etme hukuk-ekonomi entegrasyonu ile verimlilik kazanır. İstihdam, o populasyondaki insanların sosyal sermayelerinin zenginliği ile kalite kazanır ve sosyal sermaye zenginliğinin yaygınlaştırılması evrensel hukuk kurallarının o toplumda uygulanması ile orantılıdır.

Küreseleşmenin kültürel etkileri üzerinde durulmalı ve demokrasi – insan hakları adı altında ekonomin gelişmesi için gerekli olan siyasi istikrarlı yönetim tarzı yerine ekonomik sıkıntıları artıran ve toplumsal değerleri ve kimlikleri birbiri ile çatışma ortamına sürükleyen etkenler üzerinde durulmalıdır. Üstün kültür adı altında saayileşmiş toplumsal değerlerin evrensel değerler olması gereğini savunan etkin grupların amaçları irdelenmelidir.

Bilindiği üzere özellikle ekonomik ve siyasi anlamda küreselleşen dünyamızda dünya ülkeleri birbirinden tamamen bağımsız olarak hareket edememekteler. Herhangibir ülke kendi varlığını bir ölçüde diğer ülkelerin varlığını gözeterek devam ettirme durumunda kalabilmektedir. Bu hususun en belirgin örneklerini AB, NAFTA, APEC gibi ülke birliktelikleri ortaya koyan yapılanmalarda görmekteyiz.. Kısacası, bir ülke kendi varlığını korumak için bu dünya ülkelerinin tümünü içine alan sistemin genel ve önemli kurallarına uymak zorunda kalmaktadır. Bu genel kural, pazar ekonomisinin evrensel hukuk kuralları ile kontrol edilmesi olmaktadır.

Aynı şekilde, bir ülke kendi varlığını devam ettirebilmek için kendi içindeki kurumsal yapılarında birbirleri ile uyumlu olması genel prensibini uygulamak zorundadır. Bu nedenle, o ülkenin ekonomik- siyaset- eğitim- hukuk kurumları ve sivil toplum örgütlenmeleri kendi içinde kendi dengesini ve uyumu sağlayabilmeli. Bu uyum hukukun üstünlüğünü uygulama ile olmaktadır. Ancak bu şekilde kişisel veya grupsal menfaatlere endeksli kararların alınması asgari düzeye indirgenebilir.

Bu çalışmamda yukarıda sözü edilen yaklaşım içinde kalınarak ekonomi – hukuk birlikteligi Kuzey Afrika İslam ülkelerindeki dönüşüm ve bunun nedenleri ve sonuçları nedir, nelerdir gibi sorulara cevap verilmeye çalışılarak ortaya konmaya çalışılmıştır. Diger bir ifade ile, Kuzey Afrika toplumları dönüşümü, sosyolojik anlamda, bir süreçtir ve bu süreç "anomi, relative deprivation(göresel yoksulluk), hopelessness (gelecek beklentisi olum-

suzluğu), anxiety (günlük yaşam kaygısı), frustration (korku dolu tedirginlik), circulation of elites (iktidar – muhalefet mücadelesi), significant others (model kitle veya grup) , struggle for power (güç mücadelesi)" olarak uluslararası literatürde sözü edilen kavramlar içinde kalınarak ve hukuk-ekonomi ilişkisi gözetilerek söz konusu süreç ele alınmaktadır. Bu aşamada üzerinde durulan temel varsayım: bir toplumda ekonomi-hukuk ilşkisi ne kadar çarpık – birbirleri ile ne kadar uyumsuz ve çelişkili olursa bu yukarıda sözü edilen kavramlar sonucu olarak o toplumda huzursuzluklarda o kadar belirgenleşir ve öfke yüklü kalabalıklar oluşabilir.

Anomi diyoruz çünkü normal sade vatandaş elde etmeye çalıştığı amaçları için toplumsal sistemin söylediklerini yapmasına rağmen sistem o istekleri vermiyor. Örnek: çok çalış diyor ama çok çalışan da aç kalıyor. Hopelessness diyoruz, çünkü normal sade vatandaş evrensel etik ve hukuk içinde kalarak ne yaparsa yapsın isteklerini alma şansının olmadığı görüyor. Anxiety – frustration diyoruz çünkü normal sade vatandaş ezilmişlik ve itilmişlik ve sahipsizlik duygularına terk edilmiş durumda. Göresel yoksulluk diyoruz çünkü normal sade vatandaş iletişim teknolojileri nedeni ile çağdaş yaşamı ekranlarda görme ve işitme olanağına sahip. Tüm bu duygu ve düşünceler sonuçta haksızlığa uğrama hissinin sonucu olan öfke yüklü reaksiyonlara açık kalabalaıklar ortaya koyabilmektedir. Hukuk ile ekonomi entegrasyonu sağlıklı olan bir toplumda haksızlığa maruz kalma duygusu ve düşüncesi kabarık veya mağduriyet duygusu kabarık kalabalıların oluşma olasılığı çok azdır.

Bilindiği üzere, günümüzde bu "Arap Baharı veya Arap Awakening" olarak ifade edilen konunun nedenleri, bazı çalışmalar için, doğalgaz ve petrol gibi enerji kaynaklarının Batı toplumları için hayati önem arz ettigi esasına odaklanarak yorumlar geliştirebilmekte. Diger bazı çalışmalar, sanayileşmiş Batı'nın sömürgeci siyaseti içinde kalarak analizler yapan açıklamalarda bulunabilmektedir. Bu çalışmada bu yukarıda sözü edilen yorumlardan farklı bir yaklaşım ortaya konmaktadır.

Bu çalışma, bu söz konusu dönüşümün temel nedeninin "gerçekte çalışkan ve yetenekli milyonları bulan bu ülke insanlarının hak etmedikleri halde tembel, uyuşuk, beceriksiz gibi sıfatlarla etiketlenmelerine ve aşagılanmalarına ve sindirilmelerine karşı bir isyan" olarak ele almaktadır. Ayrıca, bu ayaklanma, neo-liberal ekonomik sistemin küreselleşme anlamında pazar ekonomisinin önemle ihtiyaç duydugu aktif ve katılımcı insan populasyonu nedeni ile'de tetiklenmekte ve desteklenmektedir.

RASYONEL KÜLTÜR

İnsanlık tarihi, "age of reason=akıl merkezli ve enlightenment=karanlık çagdan kurtuluş" olarak tanımlanan kültürel değişimlerle ön yargılı ve yeniliklere karşı korkaklık ortaya koyan sosyo ekonomik kültürel yapılardan uzaklaşmaya başladı. Akıl öncülügünde toplumların çevresini saran fiziksel evren, doğa keşfedilmeye başlandı. Bu keşifler maddi zenginlik getirerek, pazar ekonomisi, serbest piyasa ekonomisi, kapitalizm adı altında siyasi ve ekonomik güç olmanında esası oldu. Bilindiği üzere çagımızın önemli varsayımlarından biri "might is right=kuvvetli olan haklıdır" ilkesinin uluslararası ilişkilerde geçerliligidir.

Örnek: Kıbrıs veya Ege veya Bosna Hersek sorunlarında, ne kadar haklı oldugunuz, ne kadar sanayileşmiş olmanıza baglı. Bu varsayımın dogrulugu, "dünyamızda sanayileşmiş ve refah toplumu olmuş toplam 30 kadar Avrupa, Kuzey Amerika, Avustralya gibi ülkelerin geri kalan yaklaşık toplam 160 kadar olan ülke üzerindeki kontrolu ve hakimiyeti" ile desteklenmektedir. Ülkemizin Avrupa toplumuna tam uyeligi ve karşılaştıgı zorluklar, bu ve benzer diger hususlarda "migh is right" varsayımının dogrulugunu göstermektedir.

Kuzey Afrika ülkeleri gittikçe sanayileşen ve gittikçe ekonomik ve siyasi anlamda küreselleşen dünyamız da kendi sosyo ekonomik ve politik özellikleri ile yetersiz kalmanın bedelini ödemeye başladı. Bu bedel yoksul ve magdur milyonlarca vatandaş kitlesinin huzursuzlukları ile sonu net olarak belirlenemeyen karışıklıkların başlamasını tetikledi.

Bu yoksul ve magdur milyonların sosyo ekonomik politik anlamda ezikligi, yabancılaşması ekonomik küreselleşmenin ve buna baglı siyasi küreselleşmeninde önemli bir sorunu olmuştur. Bilindigi üzere, ulusal şirketlerin uluslararası aktörlerle birliktelikleri, bankacılık sektöründe ve ekonominin diger önemli sektörlerinde uluslararası evlilikleri, birliktelikleri yaygınlaştırmaktadır. Ayrıca, haberleşme ve ulaşım teknolojilerindeki hızlı değişimlerde bu birliktelikleri hızlandırmaktadır.

Bilindiği üzere, pazar ekonomisi dinamik sosyo ekonomik ve politik yapılanmalar ister, bunun aksi duraganlık olur, bunun aksi statik yapılanmalar olur ve sonuçta serbest piyasa ekonomisi bu dinamik atılımcı ve yatırımcı serbestligini kaybeder ve kendi içinde kapalı sistem haline dönüşür. İşte, bu ve benzer nedenlerle, genç nüfusu azalan teknoloji üstün toplumlar, genç nüfusu bol toplumlarla birliktelik yolları arayışı çerçevesinde statik değilde dinamik siyasi yapılanmaların oluşmasına önem vermektedir ve bu yöne eğilmektedir. Kuzey Afrika ülkelerinde görülen "tek aile" veya "aşiret" veya "birkaç aile" merkezli yönetimlerin ortaya koyduğu statik, baskıcı yapılanmalar küreselleşen dünyamız sosyo ekonomik politik yapılanmaları için arzu edilmemektedir. Bilindigi üzere, aşiret veya tek bu ve benzer nedenlerle arzu edilmemektedir.

Bilindiği üzere, Irak'ın Amerika Birleşik Devletleri tarafından işgal edilmesinin çeşitli nedenleri olabilir. Ancak, bu nedenlerden birinin, yukarıda anlatılan, küreselleşen dünyamızda statik değilde dinamik populasyonlara olan ihtiyacın kendisi oldugu unutulmamalıdır. Siyasi katımcılığın olmadıgı yerde pasifleştirilmiş kalabalıklar ortaya çıkar. Yatırımcı ekonomi, pasif değil aktivitesi yüksek kitleler ister. Ayrıca yatırımcı ve atılımcı ekonomi, katılımcı demokrasi seviyesinin yüksek ve sivil toplum örgütlenmesinin dinamik olmasını arzu eder. Bu ve benzer nedenlerle, Saddam yönetimi yok edilmek istendi ve demokrasi insan hakları adı altında veya kitle imha silahları mevcudiyeti adı altında kamuoyu oluşturuldu.

Öte yandan, haberleşme ve ulaşım teknolojilerindeki hızlı gelişmeler yoksul Kuzey Afrika ülke vatandaşlarında "relative deprivation=göresel yoksulluk" duygusunu ateşlemektedir. Refah Ülke insanlarının dünya nimetlerinden nasıl yararlandığı zihinlerde oluşmakta. Bu şekilde, ekonomik anlamda "deprivation=yoksullugun ezikligi" hissi, siyasi anlamda

kimseziklikler, sahipsizlik duygu ve düşüncesi ile birleşmekte. Sonuçta, ekonomik ve siyasi yabancılaşma netleşmekte ve çaresizliklerine çare arayan milyonlar kalabalığı ortaya çıkmaktadır.

Ayrıca, bu yukarıda anlatınlara ilave olarak, gelir dagılımı çarpıklıgı, aile merkezli baskıcı siyasi otorite, devlet yapısındaki memurların zorunlu olarak, kendilerine ekmek kapısı veren hükmeden aile veya aşiret taraftarı olması, devlet dairelerinde bir ölçüde işşizliği azaltma amacı ile ortaya konan aşırı istihdam, ve bu şekilde ortaya konan hantallaşmış bürokrasi sonuçta yatırımcı ve atılımcı ekonominin önünde önemli diğer bir engel olmaktadır.

KÜRESELLEŞME VE SONUÇLARI

Özetle, adından sık sık bahsedilen, "Yeni Büyük Orta Doğu Projesinin" esas itibarı ile yapmak istedigi hususlardan birinin yukarıda anlatılan hantallaşmış burokrasiden, aile merkezli veya aşiret merkezli baskıcı siyasi yapılanmalardan kurtulmak olma olasılığının göz ardı edilmeyecek ölçüde oldugunu söyleyebiliriz. Ancak, bu şekilde küresel yatırımcı ve atılımcı ekonomi verimli bir şekilde kendisini yaratabilmekte.

Daha önce kısaca ifade edildigi üzere, ekonomi anlamında küreselleşen dünyamızın bir diğer sıkıntısı sanayileşmiş toplumlarda azalan genç nüfus nedeni ile özellikle hizmet sektöründeki duraklamalar olmaktadır. Bu emek açıgı, bu yarı vasıflı işçi açığı nasıl kapatılacak? Bu sorunun cevabı yoksul ülkelerin yoksullarını ithal etme olamamaktadır. Çünkü, sanayileşmiş batı toplumlarının sosyo kültürel yapısı buna elvermemektedir. Mesala, yabancı düşmanlıgı, müslümanlara tepkiler var. İsviçre yaptıgı refrandum oylamaları ile "minare yasagı" getirdi. Almanya, resmen İslam bir din olarak kabul edilmelimidir – edilmemelimidir gibi kamuoyu oylamaları yapmaktadır. Öte yandan, iyi eğitimli yoksul ülke insanları yasal yollardan sanayileşmiş ülkelere girebilmekte. mesala, ABD de beyin işcilerinin yaklaşık % 40 uzak asya, orta dogu ulke insanlarından oluşmakta. Bu şekilde kalife, çok eğitimli insan açığı kapatabilmekte. Mühendislik, tıp ve teknik alanlarda ortaya çıkan okumuş ve kalife yabancıya karşı tepki olmamaktadır. Öte yandan, AB ülkelerinde yabancı beyin mevcudu % 5 kadardır ve AB ülkeleri Erasmus, Bolonga programları ile bu söz konusu oranı artırmak için yetişmiş hazır elaman ithaline hız vermek istemektedir.

Kuzey Afrika ülkeleri toplumsal huzusuzlugu toplum bilimleri içinde kalınarak muhtelif şekilde yorumlanabilir. Uluslararası, iktisat, işletme, psikoloji, sosyoloji gibi akademik alanlar kendi tartışmalarını ortaya koyabilir. Ancak, burada ısrarla üzerinde durulan husus, aile veya aşiret merkezli baskıcı siyasi yapının sonuçta uluslararası sosyoloji literatüründe "hopelessness=gelecek ile ilgili rasyonel plansızlık, anxiety= günlük yaşam koşullarının ortaya koydugu kaygı,, frustration= korku içerikli tedirginlik ve kaygı" gibi kavramlarla ifade edilen, duygusal ve zihinsel değişkenlerin vatandaşlar arasında oluşmasıdır. Ve, bu yukarıda söz konusu olan degişkenlerin sonuçta kendine güven duygusu azalmış, silikleşmiş kitlelerin oluşmasına ve tüm bu ve benzer nedenlerlede çaresizlikliklerine çare olacak bir kıvılcımla patlamaya hazır milyonların nasıl bu hale gelebildiklerini göz önüne getirmek burada söz konusu olmaktadır. Bilindigi üzere, bu özellikteki kalabalıklar atılımcı ve

yatırımcı ekonomiyi sürükleyemez ve küresel ekonomiyi tökezletir. Bu kitlelerin söz konusu siyasi yapılardan kurtarılması gerekmektedir. Zaten asrımızın demokrasi, insan hakları gibi degerleri ısrarla-ve ısrarala ileri sürmesinin nedenleri küresel ekonominin olmazsa olmaz kuralı olmaktadır. Bu husus günümüzün bazı önemli sosyo ekonomik ve politik sorunlarını yorumlamada kilit husus olabilmektedir.

Ayrıca, baskıcı ve aile merkezli veya aşiret merkezli siyasi yapılanmalar kendi içinde yozlaşmış kişisel çıkar endeksli ekonomiler yaratabilmektedir. Bu tür ekonomilerin rasyonel ekonomi anlamda işlerlik ortaya koyamıyacağı bilinmektedir. Değer yargılarının yozlaşmasından başka bir fonksiyonu olmayan bu yapılanmalarda küresel ekonominin dışladıgı hususlardandır. Kısa vadede küresel ekonomi bazı taleplerini kendi çıkarları dogrultusunda rüşvetle satın alarak kazançlı olabilsede, uzun vade planlamalarda bu yozlaşmış bürokrasiyi ve siyaseti satın alarak iş yapma sonuçta rasyonel ekonomi için zararlar ortaya koyabilmektedir. Teşebbüscü ruh gelişememekte. Teşebbuscü ruh'un gelişemedigi ortamlarda atılımcı ve yatırımcı ekonomi kendi kendini batıl kalmaya mahkum etmiş olur.

Kısacası, bu yukarıda sözü edilen nedenlerle Kuzey Afrika toplumları yaşamak zorunda oldukları bir dönemden geçmekteler. Umudumuz, bu insanların bu karışıklıklardan kendi öz degerler sistemi ile, kendi inanç sistemleri ile gelecegin saglıklı toplumları olmasıdır.

Kuzey Afrika ülkelerinin günümüzde yaşadıkları sıkıntıların kendi içinde itici ve çekici faktörleri var. Atılımcı ve yatırımcı serbest piyasa ekonomisinin arzuladığı aktif ve bilinçli katılımcı siyasal yapılanmalar özellikle sanayileşmiş Batı toplumlarında mevcut. Ancak, bu toplumlardada uluslararası literatürde "radical freedom=radikal özgürlük" olarak ifade edilen husus bir ölçüde o toplumlarda "moral corruption=etik yozlaşması" ortaya koymuştur. Mesala, şiddet içerikli suç oluşumları, intiharlar, boşanmalar, uyuşturucu ve alkol sorunları ile dolu kitleler oluşmuştur. Yaşlı nüfusun artması, genç nüfusun azalması, hizmet sektöründe problemler yaratmıştır. Sanayileşmiş Batı toplumlarının bu sözü edilen sosyolojik yapısı atılımcı ve yatımcı Batı sermayesi için kendi içinde itici etken olmuş ve bu itici faktörler küresel ekonominin Kuzey Afrikada açılım ortamları peşine düşmesindede etkili olan degişkenlerden bir digeri olmuştur. Bu itici etkenler ile, Kuzey Afrika ülkelerindeki sosyo politik ekonomik sorunların ortaya koydugu degişkenlerinde çekiçi etkenler olması, bu itici ve çekici faktörlerin birlikteligi bu dönüşüme hız kazandırmıştır. İtici ve çekici etkenlerin birleşimi meydanlara inen ve adalet arayan kitleleri yaratmıştır.

Konu sosyolojik anlamda ele alınırsa, toplumsal yapının en önemli organlarından birinin siyasi organlar oldugunu kabul edebiliriz. Bilindigi üzere siyasi irade ülkenin maddi ve manevi tüm kaynaklarının nasıl kullanılacagına karar verir. Bu nedenle, birçok kararlar sistemi ortaya çıkar. Bu kararların birbiri ile uyumlu olmasının tek yolu katılımcı halkın var olması ve bu vatandaş kitlelerinin cogunluk ilkesi iradesini saygı ile kabul edecek kültürel özelliklere sahip olması geregini önümüze getirir. Bilindigi üzere, asrımızın üzerinde ısrarla durdugu demokrasi ve insan hakları ilkeleri esas olarak, sade vatandaşların günlük yaşamındaki egitim, ulaşım, saglık, barınma, istihdam sorunlarının asgariye indirilmesi

mücadelesini anlatır. Bu nedenle, yoksul ülkelerin yoksulluktan kurtarılmış halk kitleleri yaratmaya endekslenmeyen bir demokrasi ve insan hakları kültürü anlayışı ve uygulamaları o siyasi iradelerin mevcudiyetinin kendisinin bizzat demokrasi düşmanı oldugunu belirgenleştirir. Bu nedenle, tek aile, birkaç aile veya aşiret merkezli siyasi iradelerin olduğu ülkelerde ekonomik zenginlik duragandır, milyaraları olanlar azınlığına baglı isteklerle yönetilen ekonomiler sonuçta kısır ekonomi ortamı yaratır. Öte yandan, katılımcı dinamik halk serbestisine dayanan iradelerle alınacak kararlar canlı ekonomik yapılanmaların ülke genelinde yerleşmesini saglar. Ülke kaynaklarının zenginligi keşfedilir, bu kaynaklar canlandırılır.

Bu yukarıda ifade edilmeye çalışılan nedenler, ekonomi ile siyasetin birbiri ile uyumlugunun kaçınılmazlıgını yansıtır. Aksi halde, yatırımcı ve atılımcı ekonominin önü kesilmiş olur. Aksi halde, yatırımcı ve atılımcı ekonomi iradesi, politik iradeye karşı üstünlük saglamaya çalışırarak, mevcut siyasi iradenin demokratik anlamda aktif halk isteklerine göre degişmesini destekler durumlarda kalarak bazı etkili planlamalara girişebilir. Batı sermayesinin Kuzey Afrika ülkeleri dönüşümü ile yakından ilgilenmesinin bir nedenide bu husus olabilir.

HUKUK VE EKONOMİ ENTEGRASYON PROBLEMİ

Yoksul halkın yoksullugu ve bu yoksullugun sindirilmesi anlamındaki siyasi güçlere karşı gelişen magduriyet duygusu adalet ve hak arayışı içinde kendisine sunulan cizgide meydanları doldurmaya başlayabilir. Uluslar arası literatürde, "Circulation of Elite=iktidar kavgası" kavramı ile ifade edilen seçkinler arasında ğüç kavgası, çatışması ortaya çıkar. Bir grup elite digerine karşı bu halk heyacanını kendi kontrolu altına almaya çalışır. Ekonomi atılımlar ve yatırımlar saglayabilecek alternatif siyasi güç peşinde koşarken, halk kitleleri kendilerini yoksulluklardan, sindirilmişliklerden uzaklaştıracak heyacan duygularını yaşamaya başlar. Bu heyacan günümüzde basın yolu ile dünyaya iletilmektedir.

Atılımcı ve yatırımcı dinamik ekonomi, aynı zamanda ülkenin hukuk sistemininde fırsatçı mentalitenin yolunu kapatmasına ve teşebbüscülügü engellemiyecek yasal mekanizmaların açık olmasına şiddetle gerek duyar. Diger bir ifade ile, ekonomi ile hukukun birbiri ile entegrasyonunu ister. Bilindigi üzere, tek aile veya birkaç aile veya aşiret odaklı pazar ekonomisi bu şekildeki siyasi iradeyi multi milyarderler yapar ve yozlaşmış ekonomiyi kurumsallaştırır. Kuzey Afrika ülkelerinde bunun örnekleri var. Ancak, bu yozlaşmış ekonomi ve onun ürünü olan kültür ve zihniyeti kontrol altında tutacak yasal sistemin oturması ve kendi içinde olgunlaşması kolay olmaz. Bu onlarca yıl sürecek belirsizlikleri ortaya koyabilir.

Bilindigi üzere, 1980 li yıllardada ülkemiz yıllarca ihmal edilen pazar ekonomisi gereklerini ortaya koymaya çalışırken hukuk ile ekonominin entegrasyonu hususunda bazı ciddi sıkıntılar yaşamışdı. Bilindigi üzere, yaklaşık 22 banka battı, batık bankerler olayları oldu.

Benzer şekilde atılımcı ve yatırımcı ekonomi, eğitim, din ve aile ortamlarınında aktif, kendisini ifade edebilen karakterlerin oluşmasında etkin roller yüklenmesine şiddetle

ihtiyaç duyar. Yıllarca dikta anlamında bastırılmış kitlelerin din ve aile kültürlerinin aktifleşmesi inanç ve akıl dünyalarında birbiri ile çelişmeyen ancak birbirini faydalı yollarda destekleyici faaliyetleri geliştirebilmeside onlarca yıllık bir zamana ihtiyaç olabilecegi olgusunu ortaya atabilir. Bu ve benzer nedenlerle "anomi" ortamı bu Kuzey Afrika ülkelerinde demokratikleşmenin kaçınılmaz sancılarını kendi içinde yaratacaktır.

Anomi ortamı aslında atılımcı ve yatırımcı ekonomi için büyük bir engeldir. Belirsizliklerle dolu bir ortamda nasıl yatırım veya atılımlar yapılabilir ki? Siyasi belirsizlikler, yasal belirsizlikler kısa zamanda ortaya çıkan boşlukları kapatma durumundadır. Bu noktada küresel ekonominin uluslararası aktörlerinin takınacagı tavırlar ve roller çok önemlidir.

Anomi olgusunun bagımsız degişkenlerden biri düşünce özgürlüğü adı altında yapılan tartışmalar olabilmektedir. Bunun temel nedeni, ülkenin sosyal ekonomik sorunlarının, problemlerinin tanımlanmasındaki keyfilik olmaktadır. Özellikle ülke elitinin kendi arasındaki "circulation of elite" ilkesi anlamındaki "struggle for power" birlikteligi ülke sorunlarının bilimsellikden ve ekonomik rasyonelite prensiplerinden uzaklaşarak ortaya konmasını saglamış olur. Bilindigi üzere, problemlerin bir çözüme ulaşabilmesinin tek ve en önemli şartlarından biri, problemin ne oldugunun net ve dogru olarak tanımlanmasıdır. Problemin ne oldugu bilimsel ciddiyet ve ekonomik ciddiyet içinde ele alınmadıgı sürece ortaya bol lafdan ibaret bilgi kirliliginin ötesine gidemiyen kargaşa ortamı çıkar. Bu kargaşa ortamı sorunların çözümünü çıkmaza sokarken atılımcı ve yatırımcı ekonomi gider, yerine yozlaşma ekonomisi gelir. Diger bir ifade ile, hileli ve fırsatçı mentalite yönetimleri üstünlük kazanır. Bu durum sonuçta yoksulların ve sindirilmiş kitlelerin pasif, fakat patlama potensiyeli yüksek sessiz bekleyişlerini ortaya kor. Bu sözü edilen nedenle ortaya çıkan anomi ne derecede çok veya az oldugu hususu ülkeden ülkeye degişebilir. Kuzey Afrika ülkelerinin aile merkezli siyasi iradeleri, ne ölçüde kendi muhalefetini ortaya koyabiliyor ve bu muhalefet ne ölçüde kargaşa ortamı yaratmanın ötesine gidebilmektedir. Bu ve benzer sorular ayrıca çalışılabilinir.

Anomi olgusunun ortaya çıkması nedenlerinden bir digeri, toplumsal değişimin kendisi olabilmektedir. Siyasi iradenin halk isteklerine baglı olarak demokrasi ve insan hakları adı altında yeniden yapılanması başladıgında bu değişimin kendisi bazı eski yapılanmaların bırakılıp yeni kurumsallaşmaların ortaya konması hususunu kaçınılmaz yapmaktadır. Halkın aktif katılımına baglı bu yeni kurumsallaşmalar kendi içinde kendi çalkantılarını yaratabilecektir. Sivil toplum örgütlenmelerini yaratmak ve canlandırmak, eski yönetimin nimetlerinden yararlanmış olan o dönemin mutlu azınlığının öfkesi ile duraklanmalara ve bocalamalarla karşı karşıya kalabilmesine neden olabilmektedir. Kuzey Afrika ülkelerinde bu durumların olacagını tahmin etmek o kadar zor olmamakta. Eski ve yeni arasında çatışmalar olabilir ve bu durum atılımcı ve yatırımcı ekonominin bir süre beklemede olması hususunu yaratabilecektir.

Sosyolojik anlamda anomi oluşmasının bir diger nedeni toplumsal deger yargılarının, kurumsal yapılanmaların o toplumun kaynaklarının zenginleştirebilmesimdeki yetersizli-

gi olmaktadır. Bu kaynaklar fiziksel çevrenin kendi potansiyelini kapsadığı gibi bireysel çeşitliligin kendi kapitesini artırabilmesi için gerekli sosyo ekonomik politik koşulların ortaya konması için gerekli toplum mühendisligini yaratabilme olmaktadır.

Anomi olgusunun yarattığı kriz toplumsal yapıya uygun başka toplum örneklendirilmesi ile azaltılmaya çalışabilinir "significant others" anlamında kendisine örnek olabilecek başka toplumsal yapı arayışları olabilmekte. Bu anlamda, mesala, Kuzey Afrika ülkeleri için Türkiye model ülke olabilmektedir. Yıllarca yoksullaştırılan silikleştirilen halk kitleleri İslam dini ile ve Orta Dogu coğrafyası ülkesi olarak Türkiyenin sanayileştigini ve bir AB ülkesi olma yolunda önemli mesafeler katettigini görmekte veya duymaktadır. Ayrıca, küreselleşen dünyamızda hızlı gelişmelerin ulaşım ve haberleşme alanında olması, bu tür bilgiler elde edilmesinide çok kolaylaştırmış olmaktadır. Sonuç olarak anomi duygu ve düşüncesi bu şekilde, bir model ülke yaratarak, bir ölçüde kontrol edilirken, halk kitleleri kendi siyasi iradesininde, ne kadar, kendilerini aldattıgını görerek meydanlara çıkmasını tetikleyen öfkelerini ortaya koymaktalar.

"One minute" olarak basında uzun süre yer alan Türkiye Başbakanının çıkışı yıllarca İsraile karşı kendi hükümetlerinin yaptıgı anlaşmalarla kendilerini silikleştiren İsrail politikalarına karşı Türkiyenin kişilikli ve kararlı tutumuna imrenmektedir. Bu imrenme duygusu da mevcut siyasi liderlere karşı bir diğer öfke kaynagı olmaktadır. Bir ülkenin kendi çıkarlarını savunması "yanlış" bir davranış olamaz. Ancak, bir digerinin kendi ülke menfaatlarını ortaya koymaktaki beceriksizlikleri "yanlış olan olmaktadır". Burada, sözü edilen halk öfkesinin nedenide İsrail in kendi haklarına sahip çıkması degil, kendi ülkelerinin kendi haklarını ortaya koyamamasıdır.

SONUÇ

Serbest piyasa ekonomisi özellikle ekonomik anlamda küreselleşen bir dünya ortaya koymakta. Ayrıca, haberleşme teknolojisi ve ulaşım teknolojilerindeki hızlı gelişmeler mütevazi ölçülerde dünya insanları arasında birliktelikler yaratmakta. Küreselleşme, başka ülkelerde mal-mülk edinme, evlilikler yapma, arkadaşlıklar edinme, iş hayatında farklı ülke insanlarını ve kültürleri bir araya getirme şeklinde devam etmekte. Bankalar dahil, muhtelif sektörlerdeki şirketler kendi aralarında transnational kimliklerle üretim ve tüketim popülasyonları geliştirmekte.

Kenya'da yetiştirilen sebzeler, Yeni Zelanda'da üretilen şaraplar, Japonyada üretilen arabalar başka ülkelerde satılmakta. Üretim ve tüketim ekonomisinin farklı popülasyonları kendi içinde kendi birliktelikleri ortaya çıkarmakta. Tüketen ülkenin insanlarının yaşam tarzları, istekleri üretici ülkeleri bağlamakta ve üretici ülkenin ekonomik yapısı tüketici popülasyonu yakından ilgilendirmekte. Nisan 2011 yılında Japonyada vuku bulan depremler ve tsunami olayının etkisi sadece Japonyayı değil Japon ekonomisi ile bağlantısı olan bir çok ülkeyi olumsuz etkiledi.

Serbest piyasa ekonomisinin olmazsa olmazı olan "rekabet", ülkeler arasında "uluslararası rekabet" olarak ifade edilen gerçekleri karşımıza çıkardı. Ucuz işçi bulma ve mümkün

olduğu kadar az vegi verme kaygıları TNC=transnational companies gelişmeleri kaçınılmaz yaptı. Mesala, ABD, Fransa, Italya, İngiltere ve Japon firmaları araba üretim merkezlerini gelişmekte olan ekonomi ülkelerine kaydırdı. Benzer nedenlerle, Japonlar üretim fabrikalarını Doğu Avrupa ülkelerine getirdi.

Esas olarak ekonomide kendini gösteren küreselleşme turizm sektörü ile birlikte damak tadınıda yaygınlaştırma durumunda kaldı. Mesala, McDonalds, hamburger olarak bilinen Amerikan damak tadını muhtelif ülkeler götürürken, ülkemiz damak tadına göre yapılan döner kebap ve çeşitli kebaplar bazı Avrupa ülkelerinde yaygınlaşdı. Meksikanin taco'sı, Fransanin ekmekleri ve hollandanın peynirleri gibi muhtelif gıda maddeleri çeşitli ülkelerde vitrinlerde yer almaya başladı. Hilton otelleri gibi hizmet sektöründede küreselleşme kendini göstermekte. Görüldüğü üzere, küreseleşme ekonomi alanı dışında, turizm, damak tadı, giyim kuşam, müzik gibi tüketim ekonomisinin muhtelif alanlarında kendine yer edinmektedir.

Küreselleşme, "tek dünya modeli" ortaya koymaktadır. Kültürel çeşitlilik bu model içinde kendini korumak durumundadır. Ancak, bu çeşitlilik, atılımcı, yaratıcı ve girişimci insan karakteri oluşumu içinde kendini ortaya koyma durumundadır Sindirilmiş insan karakteri ortaya koyan baskıcı ve kendi grup menfaatleri gereği yozlaşmış ekonomi yaratan siyasi oluşumlar 21 inci yüzyıl gerçeklerine engel teşkil etmektedir. Bu engeller ortadan kalkma zorundadır.

HUKUKTA DEĞİŞİM VE SÜREKLİLİK; TÖRE SAİKİYLE ÖLDÜRME BAĞLAMINDA DEĞERLENDİRME

ALTERNATION AND CONTINUITY IN LAW; REVIEW IN THE CONTENT OF HONOUR KILLING

Cengiz OTACI*

ÖZET: Muhafazakar bir bilim olan hukuk, yüzyıllar boyunca değişimle birlikte sürekliliği yan yana yaşatabilmeyi başarmıştır. Değişim, zamanın ihtiyaçlarına cevap verebilme refleksini yansıtırken süreklilik ise, içinde bulunulan kültür ve zamana hâkim olan belirleyici düşünce ekseninde kalmayı ifade eder. Geleneksel toplumlarda hukuk, içinde bulunulan kültür ve zamana hâkim olan düşünceden beslenirken Aydınlanma sonrasında modernizmle birlikte belirleyici etken, mevzuatı yapan güç yani devlet olmuştur. Günümüzde hukuk, modern düşüncenin belirlediği genel algı etrafında özele ait görüşlerini ortaya koymaktadır. Bu açıdan sürekliliğin ana damarını da değişimin yönünü de belirleyen modern dünya görüşüdür. Töre saikiyle öldürme, modern dünya görüşü ile geleneksel anlayışın çatışmasını, dolayısıyla süreklilik içinde değişimin nasıl algılandığını gözlemleyebileceğimiz önemli bir düzenlemedir.

ABSTRACT: As a conservative science, law has managed to perpetuate its continuity and alternation side by sides for centuries. While the alternation represents reflex to the need of time, the continuity refers to stay in the axis of determinant thought that dominates the current culture and time. In traditional societies law was fed by thought which was dominant on the current culture and time. However after enlightenment the decisive factor has been the power of making legislation namely it has been the state along with the idea of modernism. Today, law reveals its individual thought around the overall perception, determined by modern ideas. In this respect, both mother lode of continuity and direction of the alternation are determined by the view of the modern world. Honour killing is an important legal arrangement which makes possible to observe the conflict between modernism and traditional thought and also how the alternation is perceived in the continuity

ANAHTAR KELİMELER: Töre saikiyle öldürme, Hukukta değişim ve süreklilik, Antik Yunan, Gelenek, Modernizm

KEY WORDS: Honor killing, Alternation and Continuity in Law, Ancient Greece, Tradition, Modernism

---

* *Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi, Reporter Judge 4th Criminal Chamber of Court of Cassation*

GİRİŞ

Hukuk, ilkeleri, temel normları ve ispat mantığı itibariyle oldukça muhafazakâr bir bilimdir. Tarihte Roma Hukuku, İslam Hukuku ve modern hukuk gibi birkaç defa sıçrama yaptığını söylemek yanlış olmaz. Hukukun kolay değişmeyen muhafazakâr yapısı ile birlikte sosyal değişimlere cevap verme ve uyum sağlama gibi bir yükümlülüğü vardır. Değişimle birlikte sürekliliği sağlayabilmek hukukun en çetin sorunlarından biri olmuştur. Modernizmin etkisi ile mevzuatın devlet eliyle yapılması, aktüel hukuku felsefi hukukun üzerine çıkartmış, değişim, sürekliliğe galip gelmiştir. Buna rağmen hukukta hala değişmeyen ya da daha doğru bir ifade ile değişerek değişmeme vasfını koruyan bir kısım değerlerin olduğundan söz etmek mümkündür.

Töre saikiyle öldürme suçu, suç olma macerası ve haksız tahrik algısına etkisi yönünden felsefi olarak kurgulanan hukukta değişim ve süreklilik ilişkisini pratik etkileriyle gözlemleyebileceğimiz bir suç tipidir.

I - VAR OLMA/OLUŞ BAĞLAMINDA DEĞİŞİM VE SÜREKLİLİĞİN KEŞFİ, HUKUKA YANSIMASI

Antik Yunan'da bilindiği kadarıyla bir dinin hâkimiyeti yoktu. Dini düşünce ve yaşam, yazılı bir kaynağa dayanmadığı gibi insanları tek bir anlayış, ibadet ve iman etrafında toplayacak gerçek bir dini önder de olmamıştı. Antik Yunan'da sosyal yaşamın formlarına ve fizik dünyanın gerçeklerine uygun olarak insan düşüncesinin üretimi olduğu çok açık hayali tanrılar etrafında şekillenmiş bir inanç sisteminden bahsetmek mümkündür. Tanrılar, tıpkı sosyal yaşamdaki gibi belirli statülere sahip hiyerarşik figürler olmanın yanında fizik dünyanın insan üzerinde oluşturduğu baskı ya da ihtiyaçlara cevap vermek üzere tasarlanmıştı. Savaş, bereket, aşk, şarap gibi günlük ihtiyaçların ve beklentilerin temsil ettiği tanrılar, baş tanrı olan Zeus'un etrafında toplanırdı. Bir otorite tarafından önceden belirlenmiş kuralları, ritüelleri, esasları, ibadet şekli olmayan, sadece kurgusal ve figüratif bir zemine oturan bu anlayışı, din olmaktan çok felsefi bir değerler sistemi olarak adlandırmak mümkündür. Antik Yunan felsefesi böyle bir ortamda doğup temellenmiştir.

İlk dönem Yunan felsefesinin doğaya ve cisimler dünyasına yönelmiş bir anlayışa dayanmasına rağmen klasik dönemde insana uyanan ilgi nedeniyle tabiat, insan ve tanrı bir düşünce bağlantısı içinde kavranmaya çalışılmıştır[1].

Antik Yunandan başlayarak Batı düşünce dünyası, ilişki açıkça adlandırılmasa bile Tanrı kavramına yüklenen anlam ve fonksiyonla doğrudan ya da dolaylı sonuçlar içindedir. Değişim ve sürekliliğin felsefi olarak tanımlanması, sosyal hayata yansımaları, özellikle kanun-hukuk kavramlarına dair etkileri, belirli bir tanrı tasavvuru etrafında şekillenmiş, değişim ve süreklilik tanrının bir icraatı/etkisi olarak kabul edilmişti. Değişim ve süreklilik, Aristo'ya gelene kadar tanrısal bir faaliyetin parçası olarak kavranmakta iken, Aristo'dan itibaren maddesel boyuta taşınarak şeylerin doğası ya da maddenin özelliği olarak algılanmaya başlamıştır. Gerek Antik Yunanda gerekse Batı kültüründe değişim ve süreklilik düşüncesine hâkim olan genel anlayış şudur; fizik dünyanın ve sosyal hayatın sürekli olarak değişimine karşın, belli ölçülerle değişimi denetleyen, yön veren bir değişmez vardır. Değişim, bu değişmez sabit şeyin yörüngesinde döner. Değişmeyen sabit şey, değişen şeylere etki ederek onların içeriklerini, formlarını, yönlerini, amaçlarını, var oluş nedenlerini belirler. Değişenin meşruiyeti, değişmeyenden aldığı referansa göre belirlenir. Değişmeyen ise asla değişmez değildir. Değişmeyen, hâkim entelektüel bakışa göre belirlenir. Dönemleri değiştirme kudretine sahip entelektüel fikirler, biri genel diğeri özel kanaatlerden oluşur. Genel kanaatler, şeylerin tabiatına, insan toplumlarının mümkünlerine, bireysel olarak insana rehberlik edecek nihai hedefe ilişkin kavrayışlara dair fikirlerdir. Dönemlerin değişiminde, adı konulmasa da her özel düşünceye, algılama biçimine, kozmoloji tasavvuruna, yaşam tarzına, dünya kurma faaliyetine nüfuz ederek, genellemelerden hareket eden bir algılama şekli vardır. Bu algılama şekli, yenidünya kurmanın düşünsel alt yapısını oluşturur. Özel bazı alanlarda yaşanan sonu gelmez tartışmalar, bir biri ile tezat içinde olsa bile aynı genellemenin parçalarıdır. Çünkü sonuç şeklini almış olan genellemeler, kurulacak yenidünyanın özel meselelerine nüfuz ederek, onlara kendi formlarını aşılar[2].

İnsanın, kendisi gibi var olan fizik dünyanın oluşumu, sürekliliğini muhafaza ederek değişimi üzerine ürettiği düşünce, var olma kavramından hareket etmektedir. Değişimle birlikte süreklilik, var olmanın karşıtı olan yokluğun da anlaşılması çabasıdır. Her şeyin zıddının bulunduğu fizik dünyada kavram olarak varlığın zıddı yokluk ise de, yokluk, gerçek anlamda yoktan var olma/yaratılmadır. Yok iken var olma, mevcut şeylerin formunun, bileşenlerinin değişmesi suretiyle yeni bir şeyin oluşması anlamında gelmektedir ki bu durum yoktan var olma/yaratılma sayılmaz. Yaratma olarak adlandırdığımız yoktan var etmeye ya da yok iken var olmaya dair düşünceler, antik Yunanda şeylerin ezelden beri zaten var olduğu, sonradan yaratılmadığı ön kabulüne bağlı olarak oldukça sığdır. Tartışma daha çok gözleme dayalı değişim üzerinden oluşla ve yok iken var olma ile ilgilidir. Bu nedenle antik Yunandaki ve Aydınlanma sonrası Batı düşüncesinde değişim ve sürekliliğin, temelde, mevcut olan, halihazırda bulunan, şimdi var olan şeyler üzerinden yapılan bir spekülasyon olduğu söylenebilir.

Parmenides, bir aksiyom olarak "var vardır, yok yoktur" derken aslında yokluğa da bir tür varlık vermektedir. Platon, var olmayanın, var olmayarak aslında var olduğunu ileri sürmekte, varlık ismini taşımaya müstahak olan tek varlığın ide olduğunu söylerken, yokluğu, idenin fenomenler âlemi yapmak için kullandığı malzeme olarak tanımlamaktadır. Yokluk vardır demek mümkün olmadığı gibi yokluk yoktur da diyemeyiz.

İlk Yunan filozoflarından Herakleitos, kendinden önceki Milet'li felsefeciler Thales, Anaximondros ve Anaximenes çizgisinde sürdürdüğü varlık anlayışına, logos kavramını yerleştirmiştir. Herakleitos, kâinatta değişmez görünen şeylerin olmasının bizi yanıltmaması gerektiğini, aslında her şeyin değiştiğini, aynı ırmakta iki kere yıkanamayacağımızı,

1 GÖKBERK, Macit, Felsefe Tarihi, İstanbul 1993, s.17

2 WHITEHEAD, Alfred North, Düşüncelerin Serüvenleri, İstanbul 2008, s. 13-15.

ancak değişimin de belirli kurallara ve yasalara bağlı olduğunu söyler. Evrene egemen olan bir değişim kuralı, düzen ve tanrısal akıl vardır ki bu logostur. Sürekli akış, değişim ve yenilenmeye rağmen varlığın bekası, zıtların savaşıyla mümkündür. Değişmeyen ve sürekli var olan tek şeyin tanrısal akıl (logos) olduğu fikriyle Herakleitos, varlığın gerçekten var olup olmadığını sorgulayarak şüpheciliğin temelini atmıştır[3].

Xenophanes'in öğrencisi olan ve Herakleitos'un hareket/değişim tezini durağanlıkla farklı bir boyutta derinleştiren Parmenides, özünde değişmeyen, doğmamış, sonradan var olmamış, yok da olmayacak, bölünemeyen bir varlıktan, bir olandan (Plenum) söz eder. Bu varlık zatında değişmeyen, sürekli bir varlıktır. Varlık yokluktan türememiştir. Birden bire ve aniden var olmuştur. Herakleitos'un değişim anlayışı, aslında sürekli var oluş-yok oluşu zorunlu kılar. Bu da var olmayanı var göstermek demektir. Var olan vardır, yok olan da yoktur. Akıl ile var olmayan kavranılamaz ve sözle ifade edilemez. Çünkü olmayan, bizim kavrayışımızın dışındadır. Bir şeyi düşünmek ve ifade etmek, o şeyin var olduğunu gösterir. Önceki filozoflar, deneye dayalı gözlem ve düşünce ile bilgiye ulaşma çabası içindeyken Parmenides, varlığın salt düşünce yoluyla anlaşılabileceğini savunur. Ona göre duyular, eşyanın çokluğu ve değişimini bildirebilir fakat hakikate yalnız düşünme ve akıl ile ulaşılır. Akıl, var olanın varlığının zorunlu, var olmayanın da varlığının imkânsızlığını gösterir[4].

Empedokles'e göre değişim, sevgi ve nefret/çatışma/anlaşamazlık bağlamında su, toprak, hava ve ateşin bir araya gelmesinden ve zamanı gelince de ayrışmasından ibaret mekanik bir eylemdir. Kuvvet maddeye etki eder, değişim meydana gelir. Benzer bir akıl yürütmeye sahip Anaxagoras ise maddenin temelinin dört unsurdan oluşmadığını, sonsuz elemanlardan (spermata) meydana geldiğini, bu elemanların sonsuz olduğunu, farklı şekillerde bir araya gelerek şeyleri oluşturduklarını düşünür. Var olmak bir araya gelmek, yok olmak ise dağılmaktan ibarettir. Anaxagoras'a göre kosmos, düzeni ve amacı olan bir bütün olduğuna göre, sonsuz sayıdaki elemanları bir araya getiren ve ayrıştıran, kendinden hareket kabiliyetine sahip bir güç vardır. Bu güç Herakleitos'un logos'una benzeyen noustur. Tamamıyla mekanik bir kosmogoni tasarımı ileri süren Demokritos ise değişim denilen şeyin, logos ya da nous gibi metafizik kavramlarla açıklanamayacağını, değişimin, kendisi değişmeyen atomların hareketiyle meydana geldiğini, olup bitenlerin, tabiata hâkim olan zorunluluğa göre oluştuğunu, kosmosda rastlantıya yer olmadığını ileri sürer[5].

Platon, sürekli akış ve değişme içinde bulunan olgulardan ve nesnelerin aldatmacasından kurtulmuş akılla ulaşılan değişmez bilgi sayesinde gerçeğin elde edilebileceğine inanır. Platon, ilk kez cismani varlığı olmayan, salt düşünsel olan, ancak yine de var olduğu kesin kabul edilen aşkın/ideal bir kavramdan, "idea" (tasarım, misal, biçim, form) dan ha-

3 Gökberk s.26; WEBER, Alfred, Felsefe Tarihi, İstanbul 1995, Terc Vehbi Eralp, s.21; VORLANDER, Karl, Felsefe Tarihi, İstanbul 2004, Terc Mehmet İzzet-Orhan Saadettin, s.52 vd.

4 GÖKBERK s.28, 33; VORLANDER s.50 vd; BULAÇ, Ali, Din, Felsefe/ Vahiy-Akıl ilişkileri, İstanbul 1995, s.19; Parmenides hakkında geniş bilgi için Bkz SUNAR, Cavit, Parmenides ve Varlık Meselesi, AÜİFD c. 19 s. 17 vd

5 Empedokles, Anaxagoras ve Demokritos için Bkz GÖKBERK s. 34-43, WEBER s.28-35.

reketle değişim ve sürekliliği, değişmeyen bir biçimle ilişkilendirerek izah eder. Bu şekilde varlığı hareketsiz ve değişmeyen bir merkeze yerleştiren Parmenides ile sürekli oluşu, akışı ve hareketliliği savunan Heraklietos'u uzlaştırır. Platon'a göre iki ayrı dünya vardır; sürekli değişen, duyumlarımızla bizi yanıltan, oluşu, bir araya gelişi ve bozuluşu içeren algıladığımız dünya diğeri ise değişimi, dönüşümü olmayan, mutlak gerçekliği temsil eden, ancak filozofların erişebileceği, akılla algılanabilen gerçeklikler/idealar dünyası. Soyut ya da somut olarak algıladığımız bu dünya, şeylerin gerçek asıllarının/özlerinin bulunduğu idealar dünyasının yansıması ya da kopyasıdır. Algı bilgi olsaydı, algılayan ve hisseden herkesin bilgin olması gerekirdi. Oysa duyularla elde edilen bilgi (doksa) gerçek değildir. Gerçek bilgi (episteme) kalıcı ve durağan olan evrensel gerçeklikler üzerine kurulabilir. Gerçek bilgi, idealar bilgisidir, akıl yoluyla idealar dünyasından elde edilen bilgidir. İdealar dünyasındaki mutlak gerçekliğin bulunması/bilinmesi, gerçek ve yanıltmaz bilgiye erişmenin tek yoludur[6]. Her şeyin bir ideası olduğunu ifade eden Platon'a göre devletin, devletin bir ögesi olan kanunun da bir ideası vardır. Platon'un ideal devlet, bu devletin işleyişini itirazsız kabul edecek sonradan oluşturulmuş sınıflı toplum, filozof kral düşünce çizgisinde kanun; kısmen filozof yasa koyucu tarafından saptanan kısmen de kendiliğinden ortaya çıkan, aklın, evrensel söyleminin yeryüzündeki ifadeleri olduğu için meşruiyeti kendiliğinden olan, değişmez buyruklardır[7]. Her ne kadar ideal olan, değişmez idealara göre oluşturulmuş kanunların emrine girmek ise de gerçek bundan farklıdır. Bozuk bile olsa bir devletin devamı için devletin ortak kararına dönüşen aklın ortak yargısı olan kanunlara da uyulması gerekir[8].

Platon'un değişim ve sürekliliğe dair düşünce silsilesi devletin ve kanunun zorunluluğu, filozof kral bulmanın her daim mümkün olmaması ve sosyal yaşamın değişimi ile birlikte ele alınınca varılan sonuç; yazılı kanunların her zaman değişmez idealara göre tasarlanamayacağı, sosyal yaşımın, aklın ürünü olan bağlayıcı yazılı kanunlarla sürdürülmesi gerekliliğidir. Sürdürülebilir sosyal yaşam, değişim yapma hakkı meşru olan devletle ve değişmeye muhtaç kanunlarla mümkündür. Bu kabul, modern devletin, değiştirmek istediği toplumu değiştirdiği kanunlarla ya da değiştirmek istemediği sosyal yapıyı değiştirdiği/değiştirmediği kanunlarla muhafaza etme tasarrufuna oldukça uygundur.

Aristo, Herakleitos'tan beri devam eden ve Yunan düşüncesinin ana sorusunu oluşturan görünüşlerin-fenomenlerin değişen çokluğu arkasında, olan ve değişmeyen bir varlık fikrini, diğer fikirleri gibi zamanına göre oldukça soyut ve berrak bir dille anlatmayı başar-

6 Bkz GÖKBERK s. 59-66 ; WEBER s. 52-59 ; AĞAOĞULARI, Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, Ankara 1994, s.172-193 ; KILIÇ, İrem, Platon'un Devlet'inde İdealar Kuramı 1, http://www.insanokur.org/?p=21871 (Erişim 01.12.2011)

7 Şüphesiz ki Platon'un devlet felsefesi ve filozof kral düşünceleri analiz edildiğinde, ideal olarak adlandırdığı devletin temel özelliğinin otoriter ve totaliter olduğu, insanın araç olarak görüldüğü, bilginin yüceltilmesine karşın şiddetin zorunlu ve meşru kabul edildiği, değişimden çok durağanlığı savunduğu söylenebilir. Bkz AĞAOĞLLARI s. 238-263

8 Bkz AĞAOĞULLARI s. 267-257

mış, sağlam, açık ve tutarlı fikirleri sayesinde günümüze uzanan etkiler bırakmıştır[9]. Her oluş, maddenin form kazanmasıdır ve olabilirin olmuş halidir. Varlığı meydana getiren dört neden vardır; maddi neden (causa materialist), formal neden (causa formalist), yapan ya da hareket ettiren neden (causa efficiens) ve gayesel neden (causa finalis). Var olan, form kazanmış maddedir. Madde ile form arasındaki ilişki, görecedir (relatif).Tuğla toprak için form, ancak ev için maddedir. Nesneler bu dizine göre en aşağı biçimlenmeden en yüksek forma kadar aralıksız yükselir. Her nesne bir altındakinin maddesi, bir üstündekinin ise formudur. Bu dizinde bir sınır vardır ki en aşağıdaki salt madde, en üstteki ise salt formdur. Maddenin kendinde gerçekleşme, hareket etme ya da var olma gibi bir ilke olmadığından salt formun kabulü zorunludur. Çünkü form, daha yüksek form karşısında maddedir. Form-madde dizisi, kendisi hareket etmeyen, bütün hareketlerin ilk nedeni olan en yüksek varlık ve mükemmellik olan salt form ile son bulur ki bu salt form, tanrıdır. Tanrı en yetkin varlıktır. İlk hareket ettiricidir ve oluşun nedenidir. Aristo'nun düşüncesine göre tanrı, anladığımız manada âlemin yaratıcısı değildir. Tanrı hiçbir şey istemez, hiçbir şey yapmaz, evren üzerinde hareket ve edimleriyle etkide bulunmaz. Evreni, onun kendisini özlemesiyle etkiler, Maddenin tanrıyı özlemesi, hareketin nedenidir ve evrende olup bitenlerin nedenini açıklar[10]. Başka bir deyişle tanrı, ezelden beri ham malzeme olarak var olan fakat formu/sureti olmayan kosmosu harekete geçirmekle/ilk hareketi vermekle (proton kinoun) onu var kılmıştır. Yaptığı sadece maddeye dış formunu vermekten ibarettir. Tanrı kosmosa bu ilk hareketi verirken, kosmosla anlık bir ilişkiye girmiş, ona dokunmamış, sadece dış formuna hareket vermiştir. Tanrı kâinatın yaratıcısı olmadığından onunla ilgilenmez, idare etmez, orada nelerin olup bittiğini bilmez, oraya müdahil de değildir[11]. Aristo, değişim ve süreklilik fikrinden hareketle nihayetinde tanrıya ulaşan düşünce silsilesinde tanrının varlığını hatta mükemmelliğini kabul etmekle birlikte onu insan ve yaşamının dışına taşıyarak profan/laik bir anlayışın temelini atmıştır. Madde, mükemmel formunu yakalayarak tanrısallıkla dolarken ya da tanrısallığa yaklaşırken insanın mükemmel formu yakalayıp tanrısallaşmaya yaklaşması akıl, erdem ve ahlâkla mümkün olabilir.

Varlık-yokluk ilişkisi yoktan var etme/yaratma-yok iken var etme bağlamında ele alınmayınca tanrı ile şeyler arasındaki ilişkinin izahı felsefenin en çetin sorunlarından biri haline gelmektedir. Antik Yunan felsefesindeki tanrı tasavvuru, Herakleitos'tan beri bu sorun üzerine kurulmuştur. Varlık ve sükûnu kabul, dolayısıyla oluş ve akışı yalanlayan Elea düşüncesi ile oluş ve akışı kabul, dolayısıyla varlık ve sükûnu yalanlayan İyonya düşüncesi, birbirine ters iki metafizik akım oluşturmuştur[12]. Gerek İyonya ya da Elea düşüncesinde, gerek bunları uzlaştırma çabasındaki Platon'da ya da farklı bir açılım getiren Aristo'da kosmos tasarımı, İslam ya da Yahudilikte olduğu gibi verilmiş tanrısal bilgi üzerine kurulmuş değildir. İnsan, tamamen kendi tasavvuru ile ürettiği tanrı bilgisi karşısında kosmosu

9 GÖKBERK s. 81

10 GÖKBERK s. 83 vd; WEBER s. 74 vd

11 HOCAOĞLU, Durmuş, Laisizmden Milli Sekülerizme, Ankara 1995, s.67; AYDIN, Mehmet, Din Felsefesi, Ankara 1994, s.173; GÖKBERK s.84; VORLANDER s.6

12 Bkz SUNAR s.17

anlamlandırma, kendini konumlandırma çabasındadır.

Tanrıya eşya/varlık üstü bir kimlik verilmesi, onu varlıktan soyutlamış, tanrının varlıkla ilişkisi kopartılmış, kendi tekilliği içine hapsedilmiştir. Aristo'da billurlaşan bu deist düşünceye göre tanrı o kadar yücedir ki varlık/eşya ile ilgilenmesi yüceliğine yakışmayan ve onu aşağılayan bir davranıştır. Tanrının yüceliğini ifade etme sadedindeki bu aşırı düşüncenin yanında, eşyanın/varlığın çokluğu karşısında tanrının birliğini korumak adına ileri sürülen diğer aşırı düşünce de sudurculuktur. Plotinus ve Platonda görülen bu düşünceye göre var olan var, yok olan da yok ise, yokluktan varlığın, varlıktan da yokluğun türemesi mümkün değildir. Bu durumda çoğul şeylerin kendilerini oluşturması da mümkün olamayacağına göre varlık, tanrının varlığından doğmuş, ondan sudur etmiştir. Sudurculuk anlayışı, yoktan yaratma kavramına yaklaşma olarak değerlendirilebilir. Bu düşünce, yaratmaya farklı bir anlam yüklenmekte, yoktan yaratma kabul edilmezken, yok iken yaratma kabul edilmektedir. Başka bir deyişle yaratılma, yoktan var olma şeklinde değil, var olan, bir, mutlak varlık olarak tanımlanan tanrıdan pay alarak meydana gelmedir. Plotinus, Philon'un, "tanrının logos aracılığıyla kaostan kosmosu meydana getirdiği" fikri ile Platon'un "ilksiz tanrı tarafından meydana getirilen ara tanrılar aracılığıyla âlemin var edilmesi ve idaresi" düşüncelerini birleştirme çabasıyla hareket etmiş, varlığın, tanrının varlığının taşması ile oluştuğu görüşünü ileri sürmüştür[13].

Xenophanes-Parmenides düşünce çizgisinde, semavi dinlerin anlayışına yaklaşan tanrı tasavvuru ile fizik dünyanın bizatihi değer taşımadığı, tanrı-insan-tabiat düzleminde insanın, ilahi bir güç tarafından yaratılan varlığı anlamayı temsil ettiğini vurgulanmaktadır. Aristo ile başlayan ve Platon ile devam eden laik evren kurgulaması, tanrıyı kabul etmekle birlikte madde ve varlık tanımları, varlık-tanrı ilişkisini sembolik düzeye indirgemiştir. Tanrı ne yaratıcımızdır ne yöneticimizdir. Ona bağlı olmak, emirlerini dinlemek, yasaklarından kaçınmak gibi bir yükümlülüğümüz de olamaz. Gilson'a göre filozoflar sayesinde yunan tanrısı dünyayla ilgilenmekten kurtulmuş, insan ve onun kaderine gösterdiği ilgi bir daha kurulmamak şartıyla koparılmıştır[14].

İlk felsefeciler sınırlı gözlem ve metafizikten arındırılmış dünyevi bilgileri ile varlık-yokluk ve bunların anlam düzeyleri üzerine düşünürken, diğer kadim din ve geleneklerden farklı olarak kendi dünya görüşlerine uygun şekilde tanrıyı değişim ve sürekliliğin en önemli aktörü olarak tasavvur etmemişlerdir[15]. Varlığın süreklilikle birlikte değişim ka-

13 Bkz HOCAOĞLU s.64-72; Adıvar da yoktan var edilme anlayışının, yüzyıllarca bilim ve dinin kavga nedeni olduğuna işaret etmektedir. Bkz ADIVAR, A. Adnan, Bilim ve Din, İstanbul 1980, s.69

14 GİLSON Etienne, Tanrı ve Yunan Felsefesi, AÜİFD c.29, Terc Mehmet Aydın, s.124

15 Gökberk, Antik felsefenin son dönemlerinde Hint ve Mısır dinlerinin etkisinde kaldığını ifade etmektedir. (Bkz Gökberk s.17) Sosyal hayat/fizik dünyayı, inanç anlamında masalımsı/mitolojik düşüncelerin temel malzemesi yapabilen bu düşüncenin, varlık ve insan ya da insana dair olan her şey hakkında aynı malzemeleri kullanarak bu sefer kapsayıcı felsefi izah denemelerine girişebilmesini anlamlandırmak zordur. Bu nedenle felsefe tarihi araştırmacıları, felsefi düşüncenin ve felsefenin ana konularının gerçekten Antik Yunana ait olup olmadığı üzerinde durmuşlar, oldukça tartışmalı sonuçlara ulaşmışlardır. Antik felsefenin temeli, İyonyalı Yunanlılar tarafından atılmıştır. İyonyanın gelişmiş deniz ticareti nedeniyle diğer kıtalarla ve

biliyeti/arzusu, Aristo ve Platon'dan sonra sembolik düzeye indirgenmiş, varlık-tanrı ilişkisinde değişimin bizatihi eşyanın özünden gelen özellik olduğu, tanrısal yönü bulunmadığı kabul edilmiştir.

Din ve geleneksel bakışa göre varlık, belirli bir hiyerarşi içinde, her biri belirli bir amaç için yaratılmıştır. Biri diğeri ile ilişkilidir. Özellikle İslam düşüncesinde kesret içinde vahdet (çokluk içinde birlik) şeklinde anlatılan düşünce, varlığın tek iradeden doğduğunu, adlarının, yaratılış amaçlarının, kendilerini ifade etme şekillerinin, dış formlarının farklı olmasının, bütüncül karakterini değiştirmeyeceğini kabul etmektedir. En küçüğünden en büyüğüne kadar varlık, yaratıcının isimlerinin ve sıfatlarının yansıması/yankılanmasıdır. Başka bir deyişle somut ya da soyut her şey, ilâhi yaratma gücünün görülen/hissedilen dıştaki tezahürüdür. Varlık silsilesinde denizin dibindeki canlı ile henüz keşfedemediğimiz yıldızlar arasında bütünlük ilişkisi vardır. Bu açıdan varlık, çok ve çeşitli (kesret) olsa da, aynı amaca, aynı bütünlüğe yani yaratıcı birliğe (vahdet) işaret eder. Kosmosun fizik yasaları ile tanrının yazılı ya da sözlü yasaları, aynı gerçeğin iki yüzünü ifade eder. İslam ilâhiyatında özellikle sufilerce derli toplu şekilde ifade edilen varlığın tek kaynağa, tek güce dayandırılması, bölünemez kabul edilmesine dair düşünceyi, Budizmde, Hinduizmde ya da diğer kadim din ve geleneklerde de bulmak mümkündür. Sözgelimi Milet'li Tales'in "her şey tanrılarla dolu" sözü bu şekilde okunabilir.

Newton'un, Aristo'dan ilhamla geliştirdiği, kosmosa müdahil olmayan "saatçi tanrı" tanımlamasıyla başlayan, Descartes, Bacon, Hume gibi düşünürlerce geliştirilen anlayış, tanrı-kosmos bağlantısını hepten kopartmakla kalmamış, varlığın hiyerarşik yapısını bozarak, eşyanın değeri ve bütünlüğünü parçalayarak şeyleri de birbiri ile ilgisiz hale getirmiştir. Artık kosmosun her parçası özerk olmakla biri diğerinden bağımsız, kutsalı çağrıştırmayan, önceden belirlenmiş ilâhi bir amaca hizmet etmeyen nesneler halini almıştır. Kosmos, hikmetin diliyle değil, matematiğin, geometrinin, deneyin nesnel formülleri ile okunacak,

medeniyetlerle bağlantı içinde olduğu bilinmektedir. Alfred Weber'in de dâhil olduğu bir grup araştırmacıya göre Yunan felsefesinin tam ve mutlak anlamda orjinalliğinden söz edilemez. Mısırla temasa geçilmeden yani Psammetik dönemden önce Yunanda felsefenin izini rastlanmaz. Yunan felsefesinde Mısır ve Keldani düşüncesinin etkisi çok açıktır ve buna Herodot da tanıklık etmiştir. Weber bu etkiyi, arap düşüncesinin ortaçağ Hıristiyan düşüncesinin gelişimine olan etkisine benzetir. (WEBER s.3; Antik Yunan düşüncesinin özgün olmadığına dair düşünceler ve eleştirisi için Bkz VORLANDER s.29 vd; GÖKBERK s.13 vd; BULAÇ s.14 vd ; Genel gözleme göre Batılı felsefeciler ve onların fikirlerini benimseyenler, Antik Yunan düşüncesinin özgün olduğunu, matematik, astronomi, fizik gibi bazı bilim dalları haricinde doğu hikmet ve geleneğinden etkilenmediğini ileri sürmekte, Yahudi ve doğulu felsefeciler ise Antik Yunan düşüncesinin özgün olmadığını, en azından çekirdek fikirlerde Mısır, Hint, Çin, Keldani kültürünün, Yahudi dininin etkili olduğunu, kadim kültür ve geleneklerin hikmetten arındırılarak Batıya götürüldüğünü ifade etmektedir.; Neşşar, müslüman düşünürlerin, tercümeler yoluyla kendilerine intikal eden Yunan felsefesi konusunda Yunan filozofların nübüvvet penceresinden bir şeyler duyduklarını, bazılarının ise mukaddes kitap sahibi bir peygamberden ders aldıkları düşüncesinde olduğunu, ancak sadece akla dayanan, içinde doğrudan vahyi bilgi olmayan varlık, tabiat ve insan algılamasında, Şehristani örneğinde olduğu gibi hikmet ile felsefeyi birbirinden ayırt ettiklerini ileri sürmektedir. Bkz NEŞŞAR Ali Sami, İslamda Felsefi Düşüncenin Doğuşu, İstanbul 1999, Terc Osman Tunç, 1/141-155; "… Günümüzde felsefe araştırmaları genellikle felsefeyi Kadim yunandan başlatmaktadır. Bunun bir batı-merkezcil görüş olduğu açıktır", HOCAOĞLU Durmuş, Felsefe ve Hikmet Üzerine, Yeni Türkiye, Yıl 2010, sy 104, s. 40)

başka bir deyişle insan aklının eşya üzerindeki egemenlik çağı başlayacaktır.

Din ve gelenekte insan, yaratılmışların en önemlisi, en şereflisi olsa da, kosmosun bir parçası olmakla onu okuma, anlamlandırma yöntemi kadar kendi yerini ve görevini tayin açısından da vahye ihtiyaç duyar. Çünkü kesret (çokluk) içinde vahdeti (tekliği) bulma şeklindeki asli vazifenin tamamlanması, dışarıdan verilecek bilgi (vahiy) ile mümkündür. Aydınlanmadan önceki insan zihni, tabiattaki düzenli, kalıcı, tekrar eden kanunlar ve bunların gündelik yaşama aktarılmasından çok, kanunu koyan tanrı ile meşgulken, aydınlanma ile kanun fikrine yoğunlaşmış, kanunlardan pratik sonuçlar ve keşifler çıkartmış, bu şekilde eşya üzerinde sınırsız ve sonsuz tasarruf düşüncesi/isteği, onu kosmosun uyumlu bir parçası olmaktan çıkartmış, hâkimi konumuna getirmiştir.

Antik Yunanda değişimi belirleyen değişmez tanrı ve madde bağlamında tabiat iken, Aydınlanmada değişimi belirleyen değişmezler, akıl bağlamında bilimsel bilgi, rasyonalite, devlet gibi aklın türev verileri olmuştur.

II - DEĞİŞİM VE SÜREKLİLİĞİN SOSYAL DÜZENE AKTARILMASI; KANUN YAPMA, KANUN DEĞİŞTİRME

Yunanlılar için kanun, *polis* (kent devleti) düzenini diğer toplumların örgütleniş biçimlerinden ayıran en önemli ögedir. Polis düzenini belirleyen kanunlar, ilk zamanlarda aristokratik içerikli sözlü kanunlardı. Kökenleri bilinmeyen bu kanunlara *thesmoi* deniyordu ve Yunalılar bunları tanrıların koyduğu kutsal kurallar olarak kabul ediyordu. Gelişen ve değişen toplumsal yapı karşısında yeni sözlü kanunlar yapıldı ve bunlar yazılı hale getirildi. *Thesmoi* denilen kanunların yazılı hale getirilerek herkesçe bilinir kılınması, soyluların keyiflerine göre yorum yapmasını engelliyordu ama yinede yorumlama hakkının yalnızca soylular tarafından kullanılmasına sosyal yapı gereği mani olunamadı. Meydana gelen toplumsal hoşnutsuzlukla, *Thesmoi*'den sonra *nomoi* denilen insan yapısı kanunların ortaya çıkma zamanı geldi[16]. *Nomoi*, ünlü kanun koyucu Solon'la birlikte *thesmoi*'ye karşı zafer kazanarak toplumun çeşitli alanlarının insan yapımı kanunlarla düzenlenebileceği, kutsal, mutlak, değiştirilemez, sonsuz kanun olamayacağı fikrini verdi. Bir bakıma ilahî olmayan kanun, temelinde toplumsal uzlaşma ve sözleşme ürünü olma gibi bir dinamik taşıyordu. Bu nedenle değişime açıktı[17].

Tanrısal iradeye dayanan sözlü kanunların, yerini insan iradesine dayalı olan yazılı kanunlara terk etmesi, aynı zamanda Yunanda tabiat felsefesinin de başlama yıllarıdır. Yukarıda kısaca değinildiği üzere tabiat felsefesi ile uğraşan ilk filozoflar, tabiattaki süreklilik ve değişimden hareketle, kosmosun yönetici gücünün eşyanın bizatihi kendisi ve tabiat kuralları olduğu sonucuna vardı[18].

Dönemin en önemli felsefi malzemesi olan tabiat, insandan ve toplumdan kopuk soyut bir kavram değildi. İlkeli, düzenli ve belli kurallara göre işleyen bir sistemdi. *Polis*de uygulandığı için sürekli düzeni çağrıştıran "kanun"a yabancı olmayan bu filozoflar, ihtimal

16 AĞAOĞULLARI s. 26
17 AĞAOĞULLARI s. 28
18 AĞAOĞULLARI s. 51

ki *polis* düzeni ile tabiat arasında çağrışımı birbirine uyarladılar. *Polis*de uygulanan sürekli ve soyut kanunlar gibi tabiat düzenini de işleten soyut bir kanun olamaz mıydı? *Polis*deki "kanun"dan yola çıkarak tabiat kanunlarını bulmayı hedefleyen filozoflar, zamanla tabiat kanunlarını, polis kanunlarına veri olabilecek ölçekte görmeye başladılar. "Aynı ırmağa iki kere giremeyiz" diyerek evrende durmak bilmeyen bir sürekliliği, değişimi, uyumu vurgulayan Herakleitos, değişimin ve sürekliliğin belli kurallarının bulunduğunu, bu kuralın kosmosa egemen olan kanun ve evrensel akıl olduğunu söylüyordu. *Logos* adını verdiği evrensel/tanrısal akıl, tabiattaki harikulade işleyişi belli bir kurala göre gerçekleştiriyordu. *Logos*'u bilmek, tanımak Herakleitos'a göre aklın göreviydi. *Logos*'u tanıyıp bilen kimse de tabiattaki bu akıl kanununu kendi davranışına uydurmak zorundaydı. *Logos*'a uyum, insanları "genel"e, topluma bağlayacaktı. *Logos*, insanlarda ortaklaşa olandı ve ortaklaşa olana uyulması gerekirdi[19]. *Polis* tabiatın bir parçası olduğuna göre buradaki kanunların da *Logos*'a uygun olması gerekirdi.

İnsan yapısı kanunların uygulaması yaygınlaşmaya başlayınca ikinci kuşak sofistler (Antiphon, Euthydemos, Kallikles, Kritias, Thrasymakhos), tabiattan olan (*physis*) ile insandan olan (*nomos*) arasındaki uyuşmazlığa, hatta çatışmaya dikkat çektiler. *Phisis-nomos* arasındaki çatışmayı en keskin biçimde dillendiren Antiphon'a göre insanların koymuş oldukları kanunlar isteklere göre, tabiattan olanlar ise zorunluluktu. Kanuna göre haklı sayılan şeylerin çoğu tabiatla karşıtlık içermekteydi. Örnek olarak aklın düşünme yetisi bile kanunlarla sınırlanabilmekte, ifade kısıtlanabilmekte, neyin düşünülmeyeceğine, neyin ifade edilmeyeceğine kanun karar vermekteydi. Tabiat ile uyum içinde olmayan kanunların adaleti ifade etmediği çok açıktı. Antiphon'a göre İnsanlar, insan yapısı kanunlara cezadan kaçmak için uyarlar. İkinci kuşak sofistler *Physis-Nomos* çelişkisi üzerine kurulu görüşleri ile tabiatın, kosmosa ve insan tabiatına sinmiş bir adaleti temsil ettiğini, pozitif kanunların (Nomos) üstünde evrensel, ahlâk içerikli, mutlak normu temsil eden tabiat kurallarının (*Physis*) adil yaşamı sağlama adına referans olabileceğini, bu referans sayesinde izafi olan *nomos* ile mutlak ve değişmez olan *physis*'in uzlaştırılabileceğini savundular[20].

Physis-Nomos çatışmasında physis'in üstün tutulması, tabii hukukun doğuş ve Batı dünyasındaki varlık nedeni olarak kabul edilebilir. Yazılı kanun, keyfiliğin temsilcisidir. Tabii hukuk, yazılı kanunları denetleyen, kanun koyan yöneticilerin ve devletlerin üstündeki değiştirilemez tek üst normdur. Her ne kadar tabii hukuk, zamanla tabiattan olan hukuk anlamını yitirse de ontolojik kökeni itibariyle Aristo'dan sonra tabiatın laikleşmesine paralel olarak kanun koyan yöneticilerin inanç ve değerlerinden bağımsız şekilde laik üst norm olma vasfını korumuştur. O kadar ki Hıristiyanlık dahi bu laik üst normu kabul ve muhafaza etmiştir[21].

19 AĞAOĞULLARI s. 58 vd; GÖKBERK s. 25 vd

20 AĞAOĞULLARI s. 93 vd. İkinci sofistlerin physis-nomos çatışmasında vardıkları ürkütücü sonuçlarda yok değildir. Kallikles, tabiat yasasını "orman kanunu" şeklinde yorumlamakta, güçlünün üstünlüğünü savunmaktadır. Tabiat, güçlüye hâkim olma hakkı vermektedir. Kritias ve Thrasymakhos'da aynı sonuçlara varır. Bkz s. 95 vd; Ayrıca Bkz ÖKTEM, Niyazi-TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul 1999, s. 106

21 Hıristiyanlığın tabii hukukla ilişkisi için Bkz KILIÇ, Muharrem, Özsellik ve Olgusallık Arasında Hukuk

Değişim ve süreklilik bağlamında varlığı anlama, tanrının kosmos ile ilişkisini, konumunu belirleme çabası, kanun yapma faaliyeti açısından tabiatın laikleşmesiyle birlikte tanrısal olanı değil, tanrı ile ilişkisi bulunmayan tabiat düzenini takip etmeyi, onunla uyumlu olmayı sonuçlamıştı. İnsandan olanla tabiattan olan çatışma halinde ise tabiattan olan tercih edilmiş, bu şekilde değişim, sürekliliği vurgulayan logos aracılığıyla tanrısal alanın dışı ile ilişkilendirilmiştir. Yukarı değindiğimiz Platon'un devletindeki kanun yapma süreci ve meşruiyeti, değişimle kanun arasında ilişkiyi ortaya koyması açısından önemliydi. Şüphesiz ki bu kabul, modern çağlarda devlet tarafından yapılan laik hukukun anahtar kavramı olacaktı.

III - MODERN ZAMANLARDA TANRI ALGILAMASININ DEĞİŞİM VE SÜREKLİLİĞE ETKİSİ; LAİK HUKUK

Tanrı ve fonksiyonları hakkındaki antik felsefi tasavvur, Rönesans düşünürlerine, Hıristiyan teolojisiyle tanımlanan tanrı hakkında fikir yürütürlerken kutsal metinlerle ve kilise öğretileriyle bağlı kalınmaması fikrini ilham etti. Felsefeciler, bu etki ile varlık, tanrı, dünya sitesi, iman, bilim gibi kavramlar ile kutsal metinleri sorguladılar. Dine dair felsefi düşünüş, Rönesans ve Reform tecrübesi neticesinde elde edilen yeni bilgilerle de karşılaştırılarak dinin ileri sürdüğü iddiaların dayanağı, tutarlılığı, gerçeklik ile ilişkisi, insan doğasıyla bağlantısı gibi konuları, dinin kendi argümanları dışında başta akıl, bilimsel veriler ve kişisel tecrübe ile kavramaya çalıştı.

Rönesansın sonlarına doğru, tarihi dinlerden, geleneksel anlayıştan, kurumsal yorumlardan bağımsız, insan doğasında yerleşik olduğuna inanılan, doğrularını ve kökünü akıldan alan bir din arayışı başlamıştı. Doğal din ya da akıl dini olarak adlandırılan bu arayış, Stoa felsefesinde olduğu gibi dini, tanrının/vahyin açılımı olarak kabul etmiyor, insanı tabiatın bir parçası, tabiatı ise evrensel aklın etkinlik alanı olarak görüyordu.

Descartes'ten miras kalan rasyonel düşünce, insan-eşya münasebetini temellendirirken asıl veri olarak aklı seçmiş, bilgi objesi olarak dış dünyayı kullanmamıştı. Descartes'in "aklı", aklın herhangi bir şekilde düzenli kullanımı değildi. O'nun aklı, önce metafizik (dini) alanı kiliseye terk eden, insanın bilme objesi olarak tanımladığı fizik (dünya ve maddi evren) alanı, İncil'in müdahalesi dışında, "düşünen ve okuyan ben" temelinde "yeniden" tasarlayan ve inşa eden akıldı[22].

Descartes felsefesine göre tanrı, dış dünyadan, vahiyden, gelenek ya da diğer bir otoriteden yardım almaksızın tamamen düşünme ile bilinmesi/kavranması mümkün bir tanrıdır. Descartes'e göre tanrı fikri doğuştan içimizde mevcuttur. Biz instuition ile yani dikkatimizi bu "zaten mevcut" fikre yoğunlaştırarak tanrı fikrini açık-seçik kavrarız. Bu akıl yürütmede bilen, düşünen akıl, dinlerden ve kadim geleneklerden farklı olarak varlıktaki vahdeti kabul etmemiş, kendi mutlaklığı içinde varlığı bölmüş, parçalara ve kategorilere ayırmış sonra bunları tekrar anlamlandırarak yeni bir dünyagörüşünün temelini atmış, eski tanımlamala-

Kavramı, Ankara 2011, s.139 vd; OTACI, Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, İstanbul 2004, s. 127 vd.

22 BULAÇ, Ali, Modern Ulus Devlet, İstanbul 1995, s.31 (Bulaç Modern); ayrıca Bkz HOCAOĞLU s.279

rın dışına çıkarak bağımsızlığını ilan etmiştir. Bahsedilen dünyagörüşüne göre tanrı vardır, ancak emirleri, istekleri, yasakları, tanımları yoktur.

Spinoza'ya göre tanrının, kendinden türeyen nesneler üzerindeki etkinliği fiili bir yaratma ile tanımlanamaz. Çünkü her şeyin nedeni olan tanrı canlı bir varlık değildir. Lojik-matematik bir sebeptir. Tanrı evreni istenci ile yaratmamıştır. Şeyler, bu sürecin zorunlu sonucudur. Bu görüşleri ile tam bir panteist olan Spinoza, her şeyde tanrıyı bularak evreni tanrı ile doldurur. Tanrı ile evreni/tabiatı özdeş görür. Tanrı ile evren birbirinden başka değildir. Tanrı kendi yapıtı olan evrenin içindedir ve onun ta kendisidir. Tanrı, yaratan tabiat (natura naturans), görünüşler ise yaratılmış tabiattır (natura naturata). Mekanik bir tabiat anlayışını benimseyen Spinoza'ya göre her nesne başka bir nesnenin her olay da başka bir olayın zorunlu sonucudur. Bu bağlantı kesintisizdir. Madde dünyasında rastlantıya, amaca, mucizeye yer yoktur. Madde dünyasındaki olaylar yine madde dünyası ile açıklanabilir. Teleolojik açıklama yapılamaz[23].

Bir zamanlar bilimlerin kraliçesi olan metafiziği ihya etmek ve tanrı inancını barbar taarruzlardan korumak gayesi ile[24] felsefe yaptığını ifade eden Kant'a (1724-1804) göre insanın bilgisi görünenle sınırlıdır. Tanrı, ruh, kâinatın başlangıcının olup olmadığı, özgürlük gibi konular algı nesneleri değildir. Bu nedenle bilinemezler. Önceki felsefeciler bilinmeleri imkânsız olan bu "şeyle" hakkında bilgi iddiasında bulunarak çeşitli çelişkilere, çıkmazlara düşmüştür[25]. Tanrı, bir anlayış kabiliyeti ve isteme olarak, kosmosun bütününü idare etmesi; mutluluğa layık olma ve mutlu olmayı birleştirmesi bakımından vardır. Bu nedenle, Kant, tanrı idesini salt pratik aklın bir idesi olarak, yani, kaynağını aklın varlık yapısında bulan, teorik alanda ispat edilemeyen ama pratik alanda süphe götürmez bir kesinliği bulunan, bütün realitelere sahip bir varlık olarak görmüş, duyular üstü alanda bütün varlık imkânlarını, varlık çeşitlerini içine alan, birleştiren bir konumda kabul etmiştir. Ona göre, tanrının varlığı, dünya düzeninin bir ahlâk düzeni olması için zorunludur. Esasında, Kant'ın hakiki tanrısı, idealin hizmetindeki özgürlüktür; iyiye doğru giden iradedir[26]. Kant'a göre tanrının varlığını kabul etmek, ahlâksal bakımdan zorunludur. Kant, tanrının varlığını salt pratik aklın zorunlu bir postulatı (ön kabulü) olarak ortaya koyar ve ahlâkı rasyonel bir temel üzerine oturtmaya çalışır; böylece, kendi zamanına kadar ısrarla savunulmuş olan teolojik ahlâkı reddederek, ahlâktan tanrının varlığına geçip, bir ahlâk teolojisi kurar[27]. Ahlâk kanunları tanrı için kutsal kanunlar olsa bile arzuları ve fiziki ihtiyaçları olan fani varlıklar için ödev kanunudur. Ahlâk kanunu içeriksizdir, sırf şeklidir çünkü özgür

23 Spinoza hakkındaki açıklamalar için Bkz GÖKBERK s.292-306; VORLANDER s. 407 vd; AYDIN s. 180 vd; WEBER s.226 vd; Spinoza'nın fikirlerinin orijinal olmadığına ve kaynaklarına dair Bkz BAYRAKDAR, Mehmet, Spinoza'nın "Natura Naturans" ve "Natura Naturata" Kavramlarının İslami Kökenleri, AÜİFD, c 40

24 BAYKAN, Fehmi, Aydınlanma Üzerine Bir Derkenar, Ankara 1996, s.171

25 BAYKAN s.173

26 ÖKTEM, Ülker, Kant Ahlâkı, Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi, c 18, 2007 s.8

27 ÖKTEM s. 6; Baykan s.255

(otonom) irade tarafından belirlenir[28].

Ateizm dikkate alınmazsa tanrının felsefi düşünüşe göre kavranması, onun varlığı, sonsuzluğu, mükemmelliği, mutlak iyiliği ve eksiksiz/kusursuz oluşu üzerine kuruludur. Kendisi mükemmel olan bir tanrının, eksik ve içinde kötülüğün kol gezdiği bir dünyanın yaratıcısı olması, tanrı-insan, tanrı-bilgi, tanrı-varlık ilişkisini tanımlamada/dengelemede ciddi zorluklar doğurmuştur. Bu nedenle felsefesi düşünce, tanrıyı yüceltirken, mümkün olduğu kadar dünyevi işlerin ve insani faaliyetlerin kötülüğünden, basitliğinden, çelişkisinden, sıradanlığından münezzeh tutmuştur. Söz gelimi Descartes, tanrıyı dini-ahlâki sorunlardan uzak tutmuş, sadece tabiatla ilişkisini mümkün görmüş, bu ilişkiyi ise salt tabiatın görünen düzeni ile sınırlamıştır[29]. Kant'ın tanrı tasavvuru da bundan farklı değildir. Tanrının, dünyevi işlere ve insani faaliyetlere dair kurallar koyma yetkisinin olmadığının kabul edilmesinin altında yatan neden, meydana gelebilecek kötülüklerden sorumlu olmamasını sağlayarak saf iyilik olma yönünü muhafaza etmektir.

Aydınlanmadan önce başlayan metafizik dönüşüm, sadece tanrı, din, iman gibi konularla sınırlı kalmadı. Tanrı kavramını esas alarak kurulan soyut felsefi düşünce sistemi, aslında bilgi teorisiyle doğrudan ilgili olduğundan devlet, ekonomi, hukuk, siyaset, toplum gibi kavramları besledi. 16. ve 17. yüzyıl deistleri, dini ve kiliseyi hedef almamıştı. Ne var ki tasarladıkları insandan, evrenden ve toplumdan soyut tanrı, ateistlere ilham verecek, aradan bir yüzyıl geçmeden kiliseye ve dine karşı açıkça ve sistemli bir savaş başlayacaktı. Savaşın bir cephesinde insan, diğer cephesinde "kilisenin tanrısı" vardı. Richart Simon (1760-1825) ilk defa sistemli bir İncil tenkidi yazdı. 18. yüzyılda inançsızlık ve inkârcılık hâkim düşünceydi. Bu yüzyılın felsefecileri geçen yüzyıldan farklı olarak açıkça kiliseye cephe alıyor, inkârcılığı savunuyorlardı. Türk materyalistlerini büyük ölçüde etkileyen[30] Ludwig Büchner, "eğer maddeyi bir gaye yönünde tanrı idare ediyorsa, tabiatta var olan sebep sonuç ilişkisi olmamalıydı. Çünkü papazların ileri sürdükleri gibi tanrı madde üzerinde keyfi tasarrufta bulunuyorsa kâinatta görülen ahenk olamaz" diyerek bilimin diliyle tanrının eşyadaki tasarrufunu kaldırıyordu[31].

Modern sistematik felsefe hareketleri, deist, materyalist ve ateist hareketleri de beraberinde getirdi. Toptancı bir ifade ile Aydınlanma denen ve 18. yüzyılda zirveleşen bu akımlar, tanrı kavramına yabancı değildi. Özellikle deistler tanrıyı reddetmediler ama ona öyle bir fonksiyon yüklediler ki varlığı ile yokluğu arasında hiç bir fark kalmadı. Varlık âlemi ile irtibatı olmayan, hiçbir oluşuma katılmayan, sadece kendisiyle ilgilenen ve ötesine müdahalesi olmayan bir tanrı ortaya çıktı[32]. Tanrı bu şekilde atıllaştırılınca, daha evvelden kilisenin "tanrının tekelinde" dediği bilim, hukuk, din vs tamamen insanın düzenleme sahasına geçti. Katoliklerin tanrısı ise elini bu dünyadan çekmemiş bir tanrıydı. Öyle kolay

28 BAYKAN s.191

29 VORLANDER s. 380 vd

30 HOCAOĞLU s.197

31 TAYLAN, Necip, İlim-Din ilişkileri, İlişkileri, Sahaları, Sınırları, İstanbul 1979, Çağrı yay s.229

32 HOCAOĞLU s.125

kolay çekeceğe de benzemiyordu. Gel gör ki Katoliklerin tanrısı ile de bir yere varmak mümkün değildi. Dünyayı, insanı aşağılıyor, arza yıldızlara dair söylediği sözler yeni bilimsel buluşlarla çelişiyordu[33]. O halde yapılacak şey, kiliseyi tanrısı ile baş başa bırakarak, kamu hayatına müdahalesini önlemekti. Fransız İhtilâli ile güçlenen devlet, kiliseyi, devlet işleyişinin ve kamu hayatının dışına çıkarttı.

Tanrı kavramın içeriğindeki değişme, siyaset felsefesi açısından dikkate değer bir dil ve fikir değişimini beraberinde getirmiştir. Siyaset felsefecileri, monarşilerin güçlenmesine paralel olarak halka, hükümdara itaati tavsiye ederken dini bir söylem olarak "tanrı"yı kullanmış, hatta bazıları tanrıya itaat ile devlete itaati bir tutmuştur.

Grotius her ne kadar hukuku akla dayandırsa da hukuku kişiler değil ancak sosyal hadiseler meydana getirebilirdi[34]. Yani kişiler ancak toplum halinde olursa hukuki kıymeti haizdi. Pratik olarak da ilk elden düzenleyici sıfatına sahip olarak hukukun yapıcısı devletti. Zaten iyi de olsa kötü de olsa devlet, emirlerine, icraatlarına uyulmakla mükellef olunan bir üst kurumdu. Şu halde dolaylı ifadelerle Grotius, kilise'nin hukuki görüşlerinin tesirinden tam olarak kurtulamamış olmakla beraber ilk adımları atıyor ve Hobbes gibi düşünürlere hukuku tamamen ilahilikten arındırmak için gerekli alt yapıyı hazırlıyordu. Hobbes daha açık ve net ifadelerle hukuku devlete bağlıyor ve "devletin olmadığı yerde hukuk da olmaz" diyordu.

Hobbes'a göre fert tabii hukuku yorumlamak hakkına sahip değildir. Tabii hukuk ile devletin vaz ettiği hukuk arasında bir çelişki olursa pozitif hukuka riayet gereklidir. Devletin tasvip etmediği tabii hukuk, tabii hukuk olamaz[35]. Ateist olan Hobbes, Grotius ile sadece ilahi hukuku kabul etmemek noktasında birleşmekle kalmıyor[36] laik hukuku tesis edecek tek merci olması sıfatıyla monarşilerin desteklenmesi, sosyal sözleşmenin varlığını kabul ve son tahlilde bütün bunlarla sağlanacak amaçta da birleşiyordu.

Grotius'un açtığı çığırda kendinden sonra gelen tabii hukuk savunucuları S.Puffendorf (1632-1649), C.Thomasius (1655-1728), C.Wolf (1679-1754), J.Locke, J.J.Rousseau ondan ve yaydığı fikirlerinden aldıkları ilhamlarla Avrupa'da hukukun laikleşmesine hizmet ettiler.

Batı dünyası hukuk kültürünün büyük bir dönüşüm geçirerek aslına dönmesinde, tabii hukuk anlayışının büyük bir rolü vardır. Tabii hukuk, batı kültürel coğrafyasında Rönesans'dan beri başlayan dünyevileşmenin en önemli motor gücü olarak değişik kesimlerce desteklenmiştir. Coğrafi keşiflerle ve merkantalizmle ekonomik yönden güçlenen burjuva, Katolik kiliseye karşı egemenlik mücadelesi veren monarşiler, milliyetçilik anlayışıyla dinde bile millileşme eğilimine giren halklar ve Rönesans'ın getirdikleriyle değer yargılarındaki kırılmalar... Bütün bunlar tabii hukukun desteklenmesinde önemli etkenlerdi. Özellikle Batı'da siyasal görünümün değişmeye başlamasıyla, monarşilerin, Luther'in Roma

33 HOCAOĞLU s.126

34 ABADAN, Yavuz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1994, s. 138

35 GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1987, s. 197

36 Krş ABADAN s. 156

Katolik kilisesine karşı görüşlerinin desteklenmesi kabilinden egemenliklerine kuvvet verecek ve halka karşı tek yetkili olduklarını hatırlatacak hukuk gibi önemli bir kuruma ihtiyaçları vardı. Tabii hukuk, hukukun kaynağına dair görüşleriyle, kanun yapma yetkisini fiilen yerel iktidarlara vermesi açısından önemliydi. Monarşilerin, kilisenin tekelinde olan ve tabii hukukun bu tekeli kırarak kendilerine verdiği "kanun yapma ve hukukun pratikte olmasa bile fiilen kaynağı olma" yetkisine ihtiyaçları vardı. Monarşiler, XII. yüzyıldan beri dünyevi güç kavgasında kiliseye karşı galip çıkmak maksadıyla Roma Hukukunda yer alan temel argümanları kullanıyordu[37]. Tabii hukuk sayesinde Roma hukukunda yer alan argümanlardaki dolaylı çıkarımlar yerine doğrudan doğruya egemenliklerini fiilen kullanma şansını elde ettiler. Nede olsa hukuk, egemenlik mücadelesinin en etkin silahıydı.

Rönesansla Antikiteden akıp gelen pagan düşüncesi, hukuka kaynak olarak ya da başka bir ifade ile metafizik temel olarak tabiatı, insanı ve aklı gösteriyordu. Natüralist manada tabiatın hukuka metafizik kaynak olarak gösterilmesi, Hıristiyanlığın tabiata bakışı açısından değerlendirilince gerçekten dâhiyanedir. Çünkü tabiat Hıristiyanlığın laik olarak kabul ettiği bir alandı. Hukuka kaynak olarak bu alanın seçilmesi, Kilisenin de sonuçlarını hesap etmeden bilmeyerek kullandığı bir kavrama, *Lex Naturalis*'e dayanılması, hukuku ilahi olan kaynaktan uzaklaştıracak, lâik bir alana dayandıracaktı. Tabii hukukun ilkin natüralist zemin üzerine oturtulması, kilisenin tanrıyla ilişkilendirmediği bir alana dayandırılması manasına geliyordu. Tanrının ilgilenmediği bir alana dayanan hukuk, böylece laik bir zemin üzerinde kavramsallaşma imkânı buluyordu. Kilisenin de kabul ettiği tabii hukuk içindeki aklın yapıcı rolü, tanrının müdahil olmadığı bir alanda serbestçe faaliyet gösterebilecekti.

Hukuk felsefesi geçen yüzyılın başına kadar tabii hukuk görüşü ve ilkeleri doğrultusunda gelişme göstermiştir. İnsanın tabiatı ve onun toplumsal karakteri değişmediğine göre, tabiattan çıkan hukuk da yer ve zamandaki değişmeden etkilenmeyecek, bu şekilde evrensel değişmezi olan, bu değişmeze göre şekillenen bir hukuk sistemi inşa edilebilecekti. Tabii hukuk, ontolojik olarak tabiata göndermeler yapsa da hukuk, son tahlilde insan aklı ile şekillenen ve keşfedilen kurallar manzumesinden ibaretti. Bu noktada hukuku kurgulamak akla düşmektedir ki, tabii hukuk din kaynaklı hukuku saf dışı ettikten sonra Batı'da akılcı hukuk okulunun doğması tesadüf değildir. Aklın felsefi olarak işlevleri, türevleri, bileceği-bilemeyeceği, kavrayacağı-kavrayamayacağı konular hakkında Batı'da epeyce yol alındığı söylenebilir. Alınan yolda akıl, tam istiklale kavuşmuş, kendisini kayıtlayacak her türlü dış etkilerden soyutlanmıştır. Artık hukukta referans olarak "tabiat" gibi bir "dış" kavrama ihtiyaç yoktur. Akıl, insanı ilgilendiren her konuda tam yetkilidir. Hukuk da insanı ilgilendiren en önemli bir müessese olduğundan akıldan başka bir referansa müracaat doğru değildir.

37 Roma Hukukundaki temel argümanların monarşilerin egemenliklerine olan katkıları için Bkz AĞAOĞULLARI, Mehmet Ali-KÖKER, Levent, Tanrı Devletinden Kral Devlete, Ankara 1997 s. 18 vd

IV - MODERN DEVLET; DEĞİŞİM VE SÜREKLİLİĞİ MEVZUATLA BELİRLEYEN TEKELCİ GÜÇ

Kadim geleneklerin de kabul ettiği ancak İslam düşüncesinde daha güçlü şekilde vurgulandığı üzere kosmosda yaşam/varlık, hareket/değişim bağlamında ayniyet ve misliyet ile izah edilir. Ayniyet ve misliyet, tanrının yaratma gücünü, yaratmanın ise belirli bir kurala (sünnet) göre sürdüğünü, oluş ve yokluğun el'an devam ettiğini anlatır. Bu anlayışa göre varlık ve yaşam, bulunduğu konumdan, ulaşabileceği en mükemmel noktaya doğru seyrederek sonlanır. Hareket/değişim, varlık ve yaşamın, ilk konumundan mükemmel konumuna erişmesinde, sürekli var olma/yok olmayı zorunlu kılar. Çünkü bir halden diğerine erişebilmek, önceki halin terki ile mümkündür ki bu durumda her yok olma, yeni bir var olmayı gerekli kılar. Zamanın eşliğinde kosmosun her zerresi için geçerli olan yok oluş/var oluş döngüsü (zeval ve hudus), şeylerin benzer özelliğidir[38]. Benzerlikteki güçlülük ve kuvvet, şeyleri birbirinin aynısı kılmaz. Şeylerin benzerliği misliyet, gerçekteki farklılıkları ise ayniyettir. Ayniyet içinde misliyet farklılığı, değişimle birlikte sürekliliğin mümkünlüğünü gösterirken, değişimin belirli bir asla bağlı kalması gerektiğini vurgular. Bunun hukuka yansıması ise iki yönlüdür; İlki sosyal yaşamdaki değişimin, değişmeyen, değiştirilmesine izin verilmeyen metinleri referans almaktaki zorunluluktur. İkincisi ise icmali (toplu kaynaklar) kanıtlardan hareketle tafsili şer'i (her bir olayla ilgili şer'i) delillerden cüz'i (olaya özgü) hükümler/kurallar çıkartılması için başvurulacak genel ilkeleri belirlemektir. Bu ikincisi, değişmeyen, değiştirilmesine izin verilmeyen temel kaynaklardan yararlanarak, zamanla ya da kişiye göre değişebilen bir yöntemle hüküm çıkartmadır ki fıkıh usulü olarak adlandırılır.

Sosyal yaşamda hukuki anlamda olaylar ve insanların durumu birbirine benzese de asla birbirinin aynısı değildir. Belki de bu nedenle kadim gelenekler, semavi dinler, hukuk sistemlerini, önceden tahmin edilen benzer olaylara göre hazırlanmış kanunlarla ifade etme yerine, meydana geldikçe çözüme kavuşturulması anlamına "meseleci" yöntemlere bağlamıştır. Moğollarda, Sümerlerde, Hititlerde hatta Osmanlıda görülen kanunlar, modern zamanlardaki emsallerine göre soyut olmaktan çok, meseleci hukuka gönderme yapar. Kadim geleneklerin ve semavi dinlerin, "kanun yapma" gibi bir yönteme başvurmamış olmasını, sadece ilgisizliğe, bilgisizliğe, tecrübesizliğe ya da gereksiz görmeye bağlamak zordur.

Meseleci hukuk anlayışı, yerel/bireysel adaleti beraberinde getirse bile modernleşme projesi ile çatıştığı nokta, uygulayıcının (hâkim, yerel yönetici vs) sübjektif kanaatinin ağır basmasına paralel olarak merkezi denetimden uzaklığı, merkezi yönetim aygıtının vaad ettiği eşitlik ilkesine uygun olmaması ve nihayet, egemenliğin en belirgin özelliği olan ülke çapında geçerli olacak kanun yapma faaliyetinin anlamsızlaştırılmasıdır.

İslam'da ve Yahudilikte ilâhi yasa kavramı, dinin bir parçası olup, sadece evrensel ahlak kurallarını ifade etmekle kalmaz, gündelik davranışların da temelini teşkil eder. İnsan fiil-

38 Geniş bilgi için Bkz SURUŞ, Abdülkerim, Evrenin Yatışmaz Yapısı, İstanbul 2008, Terc Hüseyin Hatemi

lerini ve şeyleri, doğru-yanlış, güzel-çirkin, övülen-yerilen, ödüllendirilen-cezalandırılan, kınanan-serbest bırakılan şeklinde niteler. Değişmeyen yönleri ile beşer zafiyetinin üstünde olup, zaman ve tarihi aşan bir gerçekliğe tekabül ettiğini ileri sürer. Değişime açık yönleri ise istikrarla değişim arasında bağlantı kurarak evrenselliğini ve zamanüstü oluşunu sürekli gündemde tutar. İnsanlar ve toplumlar, ruhlarını, manevi yapılarını, işleyişlerini, dinin değişmeyen kurallarına göre sürekli revize ederken, dinin değişebilen kuralları, insana (içtihat) ve topluma (örf) verilen yetki ile insan ve toplumlara göre biçimlendirilir. Bu şekilde insan/toplum ve ilâhi yasa arasında, değişen/değişmeyen bağlamında gerçekçi bir ilişki kurulduğu kabul edilir. Hıristiyanlık, kutsal yasaya bu perspektiften bakmamış, en başından beri Batı medeniyeti, kanunu, toplum ve insan ihtiyaçlarına göre sürekli gözden geçirilmesi gereken beşeri bir faaliyet olarak tanımlamıştır. Hıristiyan uygarlığında beşeri toplumu yöneten hukuk, Hz İsa'nın öğretilerinde asla ilâhi yaptırıma sahip kurallar bütünü olmamıştır. Hırsitiyanlığın ilâhi bir yasadan yoksun oluşu, Batının laikleşmesinde küçümsenemeyecek bir rol oynamıştır.

Modern hukuk, aydınlanma felsefesinin getirdiği değer yargılarıyla şekillenmiş, idari yönetimden insan ilişkilerine, inanç olgusundan, günlük yaşantıya ait bir takım davranış kalıplarına kadar geniş bir insani alana sirayet eden yeni bakış açısı getirmiştir. Hukukun bundan sonraki gelişimi, aydınlanma felsefesinin açılımlarına bağlı olarak devam etmiştir.

Hukukun hangi kaynaktan/kaynaklardan beslenmesi gerektiği, aklın bu kaynaklar arasında yer alıp almayacağı, alacaksa bir sınırının olup olmadığı sorusunun cevabı, aydınlama ile inşa edilen yenidünyanın tarihsel-seküler referans kaynağı olan antik Yunan kültüründen esinlenerek verildi; Platon'un, aklın temsilcisi ve devletin ortak kararı olarak formüle ettiği yazılı kanun. Platon'a göre ülkenin sosyal, ticari, tarımsal yapısına göre rasyonel özellikler taşıması gereken yazılı kanun, son tahlilde bilge aklın ürünüydü, meşruiyeti ve yürürlüğü yönetimin kararına bağlıydı. Bu şekilde kanunun akıl ve devlet ilişkisinin temelleri atılırken rasyonelitesi ve meşruluğunun ne olduğu da gösteriliyor, çevresel ve akıl dışı faktörlerin belirleyici olmadığı vurgulanıyordu. Bu yaklaşım, Aydınlanmanın hukuk/devlet tasarımına da uygundu. Kanunun hukuk olarak algılandığı 17-18. yüzyıl açısından ise sorun tamamen epistemolojik ve felsefi bir zemin kazandı. Hukukun tamamen epistemolojik ve felsefi bir sorun olarak algılanması, akıl dışı unsurların gözetilmediği salt insan merkezli bir faaliyetin tarifidir ki din ve geleneğin bu faaliyetin parçası olması mümkün değildi. Devletin, mevzuat bağlamında hukuku oluşturan yegâne güç olduğunun kabulü ile dışlanan sadece din ve gelenek olmadı. Mevzuatın tek ve meşru hâkiminin devlet olarak algılanması, Batıda tabii hukuk arayışlarını sonlandırmış, yazılı hukuk, hukukun adalet ile olan içkin ilişkisini kopartarak hukuk felsefesinin değerler silsilesini alt üst etmiştir[39].

Devlet, modern dünya tasarımının en belirgin öznesi, tüzel kişilik olarak Batı Avrupaya özgü siyasi modernleşmenin ürünüdür. Modern epistemolojinin tek ve mutlak hakikat anlayışının siyasi yapılanma üzerindeki görünüm biçimi, merkezi iktidar etrafında

39 GENCER Bedri, Türkiye'de Laikliğin Tarihi Dinamikleri, Toplum ve Bilim, Bahar 2000, s. 161

bütünleşmiş bir siyasal yapı olarak devlettir[40]. Dinlerin tek tanrı anlayışına sahip olması gibi modern olan da tek devlet, tek ülke, tek halk, tek bayrak, tek tarih ve tek hukuk gibi merkeziyetçi eğilimdedir.

Modern devlet; merkeziyetçi, toplumu belirli bir ideoloji/kültüre göre örgütleyen, yönlendiren, yurttaşlığı esas alan, kurumlar arasında zorunlu ilişkilere dayalı işbölümü öngören özellikleriyle ön plana çıkmaktadır. Merkeziyetçilik, hukuk, ekonomi, eğitim, güvenlik, nüfus planlaması gibi konuların tek merkezden ve tek elden yürütülmesidir. Modern devlet, kanununu kendi yapan devlettir. Parlamento ve kanun yapma, bağımsızlığın alametidir. Kanunlar, vatandaşlık bağıyla devlete bağlı olan herkes için geçerlidir. Din, sınıf, felsefi inanç ya da başka bir vasıf, kişiye farklı kanun uygulanması için neden olamaz. Modern devlet, hâkimiyetinin meşruiyetini halktan alır. Kanun yapma yetkisini başka bir kurum ya da kişiye devredemez.

Mevzuat, modern devletin fikri, amacı ve programıdır. Devleti oluşturan tüm birimler ve bürokratik yapı, bu mevzuata göre hareket eder. Poggi'ye göre modern devlet kendiliğinden oluşmuş bir yapı değildir. Belirli mevzuat çerçevesinde kurulmuş, amacı, ideolojisi, kuralları ve kararları olan yapma bir gerçekliktir. Merkezi harekete göre tasarlanmış bir makinedir[41]. Bu nedenle kurallarını kendi gerçekleri, ihtiyaçları, politikası, ideolojisi doğrultusunda organları aracılığıyla koyar ve uygular. Din gibi kendi dışında gelişmiş ve sistemleşmiş, kuruluş amacında yer almayan bir sistemin emrine girmeyi reddeder.

Kanun yapma, modern devletin en belirgin vasfıdır. Kanun, toplumu ve bireyi ilgilendiren her alanda modern devletin tasarrufudur. Eğitim, sağlık, güvenlik, ekonomi gibi en temel işlevler, geniş anlamda mevzuat ile şekillendirilir. Mevzuat, modern devletin resmi görüşüdür. Modern devletten önce hiçbir kurum, organ ya da kişi, mevzuatın tek elden, devlet gibi bir aygıt tarafından yapılmasını başaramamıştır. Mevzuat, modern devlet için bazen araç bazen amaçtır. Mevzuat, iktidarı kullananların siyasi düşüncelerine göre şekillenebilir. Modern devlette yaşayan ulus, ortak tarih, kültür, dil ekonomi yanında ortak hukuku da paylaşmak zorundadır[42].

Aydınlanmanın ürettiği modernite, iktidar/bilgi ikilemesini kullanarak toplumu önceden tasarlanmış bir düzen modeline göre biçimlendirmek amacındaydı. Bu amaç için gerekli kaynak, meşruiyet ve iradeye sahip bir yönetim aygıtı da gerekliydi. Aydınlanma ile başlayan çizgide modernitenin entelektüelleri, ilkin gelenekten, dinden ve toplumsal değerlerden soyut, temelde bu dünya ya da akılla ilişkilendirilen bir bilgi üretim sistemi kurdular. "Sonradan" üretilen bu bilgi, hukukun yapıcısı, bir ölçüde meşruiyet kaynağı olan, varlık nedenini gökler ötesinden ya da tanrının yeryüzündeki temsilcilerinden almayan devlet mekanizmasını doğurdu. Devlet, kendi eliyle topluma "mevzuat" adı altında yeni,

40 IŞIK Hüseyin Murat, Modernite ve Postmodernite Bağlamında Farklılıklar, HFSA 15. Kitap İstanbul 2006 s. 188

41 YÜKSEL Mehmet, Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye, Ankara 2001, s. 109

42 YÜKSEL s. 104

bağlayıcı, aksine hareket edildiğinde cezalandırıcı, kabulü zorunlu, bilmeme mazeretine sığınılamayacak "resmi" bir bilgi üretip yaymaya başladı. Bu bilginin toplumu dönüşüme/değişime uğratacağı açıktı. Mevzuat yoluyla bireye ve topluma müdahale, insan fiillerinin iyi-kötü, haklı-haksız, suç-kabahat olarak şeklen kategorize edilmesinin yanında iç dünyamıza değin uzanmış, hangi durumlarda hiddet ve şiddetli eleme kapılıp kapılmayacağımız da bazı durumlarda mevzuatla belirlenmiştir. Modernizm, ceza hukukunu araç olarak kullanıp, özellikle mağdursuz suçlar üreterek toplumu kontrol altına alma konusunda epey mesafe kat etmiştir.

V - TÖRE SAİKİYLE ÖLDÜRME SUÇU; HAKSIZLIK VE NAMUS ALGISININ DEĞİŞİMİ

Töre saikiyle öldürme suçu, suç tipi içine gizlenmiş "namus" ve namusu "haksızlıkla" ilişkilendirerek fiille fail arasında namus üzerinden "ilgi" ve "değer algısı" üretme açısından hukuktaki değişim ve sürekliliği gözlemleyebileceğimiz önemli bir alandır. Aşağıda vurgulayacağımız üzere suç tipinin kurgulanması modern devletin toplumun/bireylerin namus algısına müdahalesini, yargı makamlarının zaman içinde değişen yorumlarıyla bu algıyı yönetim şekli ise ilk zamanlarda modern algıyı pekiştirmesini sonraki zamanlarda ise yumuşatmasını ve bir anlamda da reddini göstermektedir.

Yargı makamlarının algı yönetimi, şüphesiz ki sürece dâhil olan töre, haksız tahrik, bireysel namus, toplumsal namus gibi kavramlar üzerinden yürütülmekte, yorum yetkisinin sağladığı olanaklar sonuna kadar kullanılmaktadır.

1) Haksız Tahrikin Hukuki Niteliği ve Uygulanma Şartları

Haksız tahrik, ceza hukukunda "kusur" kavramı içinde değerlendirilen, kusurluluğu azaltan bir alt kavramdır. Failin, haksız bir eylemle karşılaşması halinde iradesinde zayıflama ve kusur yeteneğinde azalma olduğu kabul edilir. Failin iradesinde zayıflama ve kusur yeteneğinde azalma, kanunumuzda (5237 sayılı TCK 29. madde) failin, haksız hareket sonucu "hiddet veya şiddetli elem"in etkisiyle suçu işlemesi şartına bağlanmıştır. Haksız tahrikte kusurun tümüyle ortadan kalkması, fiilin, özündeki haksızlık ya da hukuka aykırılık unsurunun azalması söz konusu değildir. Suç tipinde kabul edilen ceza, failin tam kusurlu olmasına özgüdür. Haksız tahrik, failin kusurluluğunda azalma meydana getirdiği için cezasından kusur durumuna yani suçu işlerken kapıldığı hiddet ve şiddetli eleme göre indirim yapılır.

5237 sayılı Kanun'umuzun 29. maddesinde düzenlenen haksız tahrik, 5. madde ile birlikte okunduğunda, unsurları, yapısı ve niteliği müsait olan her suç için uygulanması mümkün bir düzenlemedir. Kanunumuzun metin kısmı, hangi suçlarda haksız tahrik indiriminin mümkün olduğunu, hangisinde ise mümkün olmadığını düzenlememişken, 29. ve 82. maddelerin gerekçeleri, metne müdahale ederek kan gütme ve töre saikiyle insan öldürme suçlarında haksız tahrik indirimi uygulanmayacağını ifade ederek yasa yapma tekniğine ve hukuk bilimine aykırı bir yol izlemiştir.

Haksız tahrikin varlığını kabul etmek için aşağıdaki dört unsurun birlikte bulunması gerekir.

- Failde hiddet veya şiddetli elem doğuracak haksız bir fiil olmalı,
- Fail, bu haksız fiilin doğurduğu hiddet veya şiddetli elemin etkisinde kalmalı,
- Fail, hiddet veya şiddetli elemin etkisinde etkisi altında suç işlemeli,
- Suç, tahrik sayılan haksız fiili gerçekleştiren kişiye yönelmelidir[43].

2) Töre Saikiyle Öldürmenin Suç Olma Serüveni

Yeni bir ceza kanunu hazırlanması amacıyla daha önce hazırlanan tasarıların hiçbirinde töre saikiyle öldürme suç tipine yer verilmemişti. 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun hazırlık aşamasında adalet alt komisyonu, insan öldürmenin nitelikli hallerini düzenleyen 85. maddesinde töre saikiyle öldürmeyi suç olarak düzenlememişti.

Yazılı ve görsel basında, yaşam tarzları, cinsel tercihleri, içinde bulundukları sosyal konumları, bireysel tercihleri, meslekleri nedeniyle haksızca ve vahşice öldürülen kadınların/genç kızların sıkça yer alması, kadına karşı şiddet ve ayrımcılığın önlenmesine dair uluslararası sözleşmelerin getirdiği yükümlülükler ve nihayet baskı gruplarının ısrarı, kanun koyucuyu çalışmaya sevk etmiştir. Adalet komisyonu, toplumsal yapımızın değişmesi, çağdaş toplum olma yolunda ilerlememiz, batılılaşmamız ve cinsiyet ayırımı yapmadan, öldürme suretiyle yaşam tarzına, cinsel tercihlere müdahale etmenin kabul edilemez olması nedeniyle metne "töre saikiyle öldürme" (82-j) suçunu eklemiştir.

Adalet komisyonu tutanaklarında suç tipi ile ilgili önemli değerlendirmeler yer almaktadır. Değişim-süreklilik bağlamında devletin belirleyiciliğini göstermesi açısından Adalet Komisyonundaki görüşmelerde ileri sürülen bazı düşünceleri özetleyecek olursak ; "… töre saikiyle öldürme suçu kültür ile yakından ilgilidir. İnsanları bu suçu işlemekten vazgeçirmenin yollarından birisi eğitim, diğeri ise ağır ceza içeren hukuk normudur. Eğitim yoluyla kültürel değer yargılarını değiştirmek uzun zaman alacağından, ne zaman ve nasıl sonuç vereceği de önceden bilenemeyeceğinden hukukun, norm oluşturarak toplumu etkilemek, toplumu yönlendirmek konusunda her zaman yerine getirdiği önemli işlevinden yararlanmak gerekir. Ancak cezaların yüksek olmasının, suçun işlenmesini engellemediği de bir gerçektir. Töre saikiyle öldürme suçu, tıpkı kan gitme gibi ülkemizin belirli bir yöresinde feodal kültürün etkisiyle işlenmektedir. Bu tür eylemler kapitalizm öncesine ait davranışlardır, çağdaş toplum olmanın yolu, feodal kalıntıları kazımaktan geçer. Kan gütme suçunda da aslında haksız tahrikin âlâsı olduğu halde, toplumun önüne yeni bir proje konulmuştur. Bu proje gereği faile cezayı devlet verecektir. Kişiye senin ceza verme hakkın yok denilmiştir. Tıpkı bu uygulama gibi töre saikiyle öldürme suçunda da failin, mağdurun davranışından üzüntü duysa, utanca düşe bile bunu öldürme gerekçesi yapmaması için haksız tahrikin bu suçta dışlanması gerekir. Failin üzüntü ve utanç içinde kalması, feodal ve geleneksel yapının etkisinin ifadesidir. Bu kötü geleneğe bağlı kalarak Türk toplumun ileri götürülmesi mümkün olamaz. Titiz bir toplum mühendisliği ile kökleri yüzyıllara dayanan ve değer addedilerek yüceltilmiş bazı düşüncelerin, aslında değer olmadığının kabul edilmesi için beyinlerin dönüşümü sağlanmalıdır."

43 Haksız tahrikin hukuki niteliği, uygulanması ve kan gütme saikiyle öldürme, töre saikiyle öldürme suç tipleri yönünden ayrıntılı değerlendirilmesi için Bkz OTACI Cengiz, Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, yıl 6 sayı 59, Temmuz 2011; OTACI Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Ankara 2009

Komisyonda bir önerge ile suç tipi düzenlenirken yapılan tartışmalar, suçun adlandırılması ve bu bağlamda suç tipinde haksız tahrik indirimi uygulanıp uygulanmayacağı noktasında yoğunlaşmıştır.

TBMM genel kurulunda, Adalet Komisyonunca tasarıya eklenen yeni suç tipinin gerekliliği lehine konuşmalar yapılmış, bent bu şekilde yasalaşmıştır.

Komisyondaki tartışmalar esas alınırsa töre saikiyle öldürme suçunda iki hususun öne çıktığı söylenebilir. İlki, modern ve çağdaş bir toplum olmanın gereği yerine getirilerek, namus algısının cinayet sebebi kabul edilmemesi, ikincisi de bu suç tipine haksız tahrik indirimi uygulanmamasıdır.

3) Töre ne demek?

Töre sözcüğü, ahlak, âdet, an'ane, edep, erdem, fazilet, gelenek, namus, onur, örf, teamül gibi pek çok anlama sahiptir ve bunların bir kısmı da suç konusu olmayacak şekilde olumlu anlam içermektedir[44].

Töre, Türk Dil Kurumu tarafından "bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, âdet, bir toplumdaki ahlaki davranış biçimleri" şeklinde tanımlanmakdır[45].

"Töre" kelimesi "namus" ile eş anlamlı olmamasına rağmen kanun koyucu, hazırlık çalışmalarında "namus kavramının çok geniş ve ortak bir tanımının bulunmasındaki güçlüğü nazara alarak, bu kavramın kullanılmadığı, toplumsal bir değer olarak hukuk düzenince de korunması gereken namusa yönelik saldırılar karşısında esasen haksız tahrik oluşturan davranışlar nedeniyle işlenen suçlarda, toplumsal bir değer olarak kabul edilen bir namus anlayışının da hukuki korumadan yoksun kalabileceği ve maddenin uygulanması koşullarının oldukça genişleyeceği" gerekçesiyle "namus kavramının toplumsal bir değer taşıdığını ve hukuksal korumadan yararlanması gerektiğini" ifade ederek bilinçli bir şekilde "namus" yerine "töre" kelimesini tercih etmiştir. Adalet komisyonunun "namusun toplumsal bir değer taşıdığı ve hukuksal korumadan yararlanması gerektiği" fikri yerinde ise de "töre"nin ne anlama geldiğini açıklamaması, sorumluluğu tamamen hâkimlerin üzerine bırakan bir tavırdır ve yasallık ilkesi açısından son derece yanlıştır. Aslında kanun koyucu "namus" kelimesini kullanmadan "töre" ibaresi ile "namusu" kastetmek istemektedir. Çünkü töre

44 SANCAR, Türkan Yalçın, Kadınlar, Töreler ve Ötekiler, Radikal Gzt 09.03.2008

45 http://www.tdk.org.tr/TR/Genel/SozBul spx?F6E10F8892433CFFAAF6AA849816B2EF4376734BED947CDE&Kelime=töre (erişim 07.03.2011)

kelimesi, hukuki bir anlam içeriğine sahip olmadığından anlamın, sosyoloji biliminden yararlanılarak bulunması kaçınılmazdır. Kanunun 29. maddesinin gerekçesinde yer alan "ülkemizde özellikle töre veya namus cinayeti olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçları…" şeklindeki ifade, töre saikiyle öldürme suçunun, aslında namus cinayeti suçu olduğunu ortaya koymakta, "namus" ve "töre" kavramlarının, aynı suç tipinin değil
"Töre" kelimesinin doğrudan hiçbir hukuki anlam içeriğine sahip olmaması, hukukçuları sosyolojik çalışmalardan yararlanmaya zorlamış[46], suç tipi, konuluş amacı ve 29. maddenin gerekçesi de dikkate alınarak Adalet Komisyonu görüşmelerinde değinilen sakıncalara rağmen töre saikiyle öldürme eylemi, "namus cinayeti", "namus bahanesi ile öldürme", "namus ve/ya da töre cinayeti", "namus kurtarma bahanesi ile öldürme" gibi isimlerle anılmıştır.

4) Suçun Oluşum Şartları; Suç Tipinde Değişim

Töre saikiyle öldürme suçunda kanun koyucu, suç mağdurunun belirli bir davranışının ya da içinde bulunduğu sosyal konumun/durumun, örf, âdet, gelenek gibi kurumların etkisi ile öldürme nedeni yapılmasını cezalandırmak istiyorsa, amacına uygun bir düzenleme yapmadığı açıktır. Belirli bir davranışı ya da içinde bulunduğu konumu/durumu itibariyle bir kişinin öldürülmesi yönünde fail üzerinde sosyal baskı oluşturan örf, âdet, gelenek gibi kısaca "töre" denilen sosyolojik bir kurumun var olması gerekir. Bu yaklaşımla kan gütme saiki ile öldürme suçu, açıkça bir "töre" suçu haline gelir ki töre saikiyle öldürme suçu, kan gütme saikiyle öldürme suçunu da kapsayacak şekilde genişler. Namus cinayeti olarak da adlandırılan olgu, örf, âdet, gelenek gibi toplumsal baskılardan ziyade, failin ya da yakın çevresinin sübjektif değer yargılarına dayanmaktadır.

Töre saikiyle öldürme suçunun oluşum şartları, zaman içinde değişmiştir. Suç tipindeki değişim yanında namus kavramına bakışta yaşanan değişimi de daha kolay takip edebilmek için şu aşamalardan bahsetmek mümkündür.;

a) 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihine geçen süre

b) 01.06.2005 ila 2009 yılı arasında geçen dönem

c) 2009 yılı ile 2011 yılı arasında geçen dönem

d) 2011 yılı ve sonrasındaki dönem

Aşağıda değinme fırsatı bulacağımız üzere yargı kararlarında suç tipinin oluşum şartları, namus ve haksız tahrik açısından dört kısma ayırdığımız dönemler arasında ciddi farklılıkalr vardır.

a) 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihine geçen süre

Bu sürede namus, hukuken korunması gereken önemli bir değer kabul edilmiş, mağdurun, failin namusunu lekelemesi, fail açısından haksızlık olarak algılanmış ve fail ağır

46 İSKENDER s. 9

tahrikten yararlanmıştır. Aşağıda "haksızlık algısındaki resmi değişim; yargı kararlarına göre namus ve haksız tahrik ilişkisi" kısmında konuya örnekleri ile değinileceğinden tekrara gerek görmüyoruz.

b) 5237 sayılı TCK'nın yürürlüğe girdiği 01.06.2005 tarihi ile Yargıtay 1. Ceza Dairesinin töre saikiyle öldürme suçuna dair ilk içtihatlarının çıktığı 2009 yılı arasında geçen dönemde, suç tipinin varlığı adeta fark edilmemiş, bir sonraki dönemde töre saikiyle öldürme olarak kabul edilecek olaylar, bu dönemde töre cinayeti olarak vasıflandırılmamıştır[47].

c) Yargıtay 1. Ceza Dairesinin 2009 yılında suç tipine dair verdiği kararlarla başlayıp, Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.06.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararına kadar devam eden sürede daire, suçun oluşumu ve haksızlık algısına dair önemli tespitler ve uygulamalar yapmıştır.

d) 2011 yılında Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 14.06.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararı ile başlayıp, 20.09.2011 tarih ve 1-52/180 sayılı kararı ve 03.07.2012 tarih ve 1-76/258 sayılı kararı ile devam eden, 1. Ceza Dairesinin genel kurul kararlarına uyumlu ve aslında anılan kararlarına yeni açılımlar getiren uygulamaları ile namus ve haksızlık algısında önemli değişiklik olmuştur.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 14.06.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararından önce Yargıtay 1. Ceza Dairesinin uygulamalarına göre suçun oluşum şartları şu şekilde idi[48];

a) Fail, mağdurun, olumsuz anlamda namus/şeref kavramı ile ilişkilendirdiği belirli davranışları gerçekleştirdiği, cinsel tercihi, temsil ettiği/ içinde bulunduğu sosyal konum/durum nedeniyle namus ve şerefini eksilttiği, bu şekilde töreye aykırı davrandığı düşünce ve inancında olmalıdır.

b) Fail, töre saikiyle ve görev bilinciyle suçu işlemelidir.

c) Mağdurun eylemi, hukuka, geleneksel davranış kalıplarına, örf ve âdete uygun olmasa bile fail açısından haksızlık teşkil etmemelidir.

d) Mağdurun, geniş anlamda failin ailesi, aşireti ya da mensup olduğu grupla ilişkisinin bulunması gerekmektedir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 11.05.2010 tarih ve 1-56/111 sayılı kararı ile suç tipini, dairenin yukarıda değindiğimiz kararına uygun olarak teyit etmiştir.

Genel Kurulun 11.05.2010 tarih ve 1-56/111 sayılı kararına göre ; "*Töre, belli koşullarda namusu da içine alan bir üst kavram ise de, öncelikle töre ve namus cinayetlerinin aynı kapsamda olmadığı belirtilmelidir. Ait olunan toplulukta geçerli ve herkes tarafından kabul edilen töre gereğince namus cinayeti işlenmesi olanaklı olup bu durumda kasten öldürme fiilinin töre saikiyle işlendiği kabul edilebilir. Ancak bununla birlikte toplumda*

47 Örnekler ve içtihatlar için Bkz İSKENDER s. 31 vd

48 Açıklamalar için Bkz OTACI Kasten Öldürme s. 598 vd

"namus cinayeti" olarak adlandırılan her kasten öldürme eyleminin töre saikiyle işlenmediği ve bu tür eylemlerin kişilerin kendi namus anlayışının bir sonucu olarak ve töre ile yakından uzaktan ilgisi olmayacak şekilde gerçekleştirildiği de gözden uzak tutulmamalıdır…. Gerek yasanın hazırlık çalışmaları, gerekse öğretideki görüşler birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun bu suç tipini nitelikli hal olarak öngörmesinin en başta nedeninin, "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmek" olduğu, failin adeta görev bilinciyle hareket ettiği bu suç tipinde, namus kavramına yer verilmemesinin, ileride doğabilecek olan sorunları önlemeye ve hukuk düzenince de kabul edilen bir namus anlayışının hukuki korumadan yoksun bırakılmasının önüne geçmek olduğu, bununla birlikte, toplumun ortak vicdanı ve hukuk düzenince de kabul görmeyen bir namus anlayışıyla gerçekleştirilen öldürme fiilerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği, bu suç tipinde, genel olarak mağdur kadın ise de, yasa koyucunun bir ayrım gözetmediği, "töre saiki" kavramının, belirli koşullarda namus saikini de kapsayan bir üst kavram olduğu, namus saikiyle işlenen bir kısım kasten öldürme suçlarının da 5237 sayılı TCY'nın 82/1-k maddesi kapsamında cezalandırılması gerekir".

Karara göre töre saiki, namus saikini de kapsayan üst kavramdır. Namus saikiyle işlenen bir kısım kasten öldürme suçları, töre saikiyle öldürme kabul edilmelidir. Kararda, hangi tür ve nasıl bir içeriğe sahip namus saikinin töre kapsamında kabul edilmesi gerektiği açıklanmamış, ancak, "hukuk düzenince kabul edilen bir namus anlayışının hukuki korumadan yararlandırılması" fikri benimsendiğine göre, muhtemelen "toplumun ortak vicdanı ve hukuk düzenince kabul görmeyen bir namus anlayışıyla gerçekleştirilen öldürme fiileri" töre saikiyle öldürme kabul edilmiştir. Genel kurulun açıklamalarına göre "hukuk düzenince korunan" ve "hukuk düzenince korunmayan" şeklinde iki türlü namus anlayışıyla karşı karşıya olduğumuz anlaşılmaktadır. Kanun koyucu tarafından açıklanmamış ve bilinmeyen, bu nedenle yoruma muhtaç "töre" ve "namus" kavramı, birbirleri ile ilişkisi, genel kurul tarafından da açıklanmamış, yoruma muhtaç diğer kavramlarla izah edilmiştir. Hukuki içeriğe sahip olmayan bir bilinmez, yine hukuki içeriğe sahip olmayan başka bilinmezle ilişkilendirilmiştir.

Ceza Genel Kurulunun, özel daireye de yön veren ve suç tipinin yorumunda son aşamayı oluşturan sonraki kararlarında[49] yer alan şu ortak açıklamalar ise öncekinden farklı olarak namus kavramını bireysel ve toplumsal olarak kategorize etmiş, haksız tahrik ayıracı ile suç tipinin uygulamasını daraltmış, hatta imkânsız kılmıştır.

"*Töre belli koşullarda namusu da içine alan bir üst kavram ise de, öncelikle töre ve namus cinayetlerinin aynı kapsamda olmadığı belirtilmelidir. Ait olunan toplulukta geçerli ve herkes tarafından kabul edilen töre gereğince namus cinayeti işlenmesi olanaklı olup bu durumda kasten öldürme fiilinin töre saikiyle işlendiği kabul edilebilir. Ancak bununla*

49 CGK 14.06.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararı ; CGK 20.09.2011 tarih ve 1-52/180 sayılı kararı ; CGK 03.07.2012 tarih ve 1-76/258 sayılı kararı

birlikte toplumda "namus cinayeti" olarak adlandırılan her kasten öldürme eyleminin töre saikiyle işlenmediği ve bu tür eylemlerin kişilerin kendi namus anlayışının bir sonucu olarak ve töre ile yakından uzaktan ilgisi olmayacak şekilde gerçekleştirildiği de gözden uzak tutulmamalıdır.

Töre saikiyle hareket ederek kasten öldürme suçunu işleyen fail, görev bilinciyle hareket etmekte ve hukuk düzenince uygun görülmeyerek cezalandırılan bu davranışı nedeniyle ait olduğu toplulukta saygınlık ve itibar kazanmakta, hoş görülmekte ve korunmaktadır. Oysa töre saikinden bağımsız olarak kendi namus anlayışının bir sonucu olarak kasten öldürme fiilini gerçekleştiren fail açısından aynı durum söz konusu olmamaktadır.

Gerek 5237 sayılı Türk Ceza Yasasının hazırlık çalışmaları, gerekse öğretideki görüşler yasal düzenlemeler ile birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun bilinçli bir tercih olarak "töre saiki" kavramına yer verdiği ve "namus saiki" kavramını kullanmadığı, töre saiki ile işlenen namus cinayetlerinin bu kapsamda mütalaa edilmesini arzu ettiği, buna karşın toplumda "namus cinayeti" olarak adlandırılan her kasten öldürme fiilini töre saikiyle kasten öldürme içinde değerlendirilmesi gerektiğine ilişkin bir iradesinin bulunmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yasa koyucunun öngörmediği bir şekilde namus saiki ile töre saiki kavramlarının özdeşleştirilmesi, yasa maddesinin kıyasa yol açacak şekilde geniş yorumlanmasıdır ki buna 5237 sayılı TCY'nın 2/3. maddesi uyarınca yasal olanak bulunmamaktadır.

Açıklamalardan kabul edilmesi mümkün olmayan şu vahim sonuçları çıkartmak mümkündür; Töre kavramı, namusu da içeren üst bir kavramdır. Failin, ait olunan toplulukta geçerli olan ve herkes tarafından kabul edilen töre gereğince işlediği namus cinayeti ile bireysel anlayışına dayalı olarak namusunun lekelendiği inancıyla gerçekleştirdiği namus cinayeti birbirinden farklıdır. Başka bir deyişle, toplumda benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimleri, kurallar, görenek ve gelenekler, ortaklaşa alışkanlıklar, örf ve âdet, toplumdaki ahlaki davranış biçimleri, faili, namusunu temizlemesi yönünde motive etmekte ya da baskı oluşturmaktadır. Fail, toplumun ve geleneğin verdiği mesajı alarak, görev bilinciyle hareket edip öldürme suçunu işlemektedir. Toplum, verdiği öldürme mesajını görev kabul ederek yerine getiren faile saygı duymakta, eylemini hoş görmekte, itibarını ve sosyal statüsünü yükseltmektedir. Toplumsal mesaj olmadan kendi bireysel namusunu korumak amacıyla davranan fail için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir.

Failin, ancak "a*it olunan toplulukta geçerli ve herkes tarafından kabul edilen töre gereğince namus cinayeti işlenmesi"* halinde töre saikiyle öldürme suçunu işleyebileceğini kabul etmek, Türk toplumunda ya da bu ülkede yaşayan her bir kişide "bazı durumlarda öldürmeyi meşru gören bir gelenek olduğu, faile de bu geleneği uygulaması için baskı yapıldığı, maktülün öldürülmesinin hoş ve lüzumlu görüldüğü" gibi bir örf/adet olduğu varsayımına dayanmaktadır. Bu varsayımın kabul ve izah edilebilir hiçbir yanı yoktur. Aynı suç (honour crime), dünyanın her tarafında işlenmektedir[50].

50 Brezilya'da, eşini ve eşinin sevgilisini otel odasında çıplak bularak öldüren fail hakkında yerel

Genel kurulun, "toplumsal namus" ile "bireysel namus" kavramsallaştırmasına ulaşırken kullandığı en önemli kanıt şudur; Kanunun hazırlık çalışmaları ile öğreti görüşleri birlikte değerlendirildiğinde kanun koyucunun, bilinçli bir tercihle "namus" yerine "töre" kavramına yer verdiği anlaşılmaktadır. Kanun koyucunun tercihinden, her namus için öldürme eyleminin töre cinayeti olarak kabul edilemeyeceği sonucuna ulaşılır. Bu nedenle namus saikiyle töre saiki kavramlarının özdeşleştirilmesi, Kanun'un 2/2 maddesinde yasaklanan kıyasa yol açacak geniş yorumdur. Genel kurul namus saikiyle töre saiki kavramlarının özdeşleştirilmesini kıyasa yol açacak geniş yorum kabul ederken "töre"nin namustan ayrı bir anlam içeriğine sahip olduğunu ifade etmesi gerekirdi. Bunu yapmamış, törenin, belli koşullarda namusu da içine alan üst kavram olduğunu vurgulayarak, şu düşünceyi kabul ettiği yorumunu yapmamıza neden olmuştur; "Töre eşittir namus" ya da "töre eşittir bireysel namus" demek kıyas yapmaktır ve Kanun'un 2/2 maddesine göre kıyas yasaktır. Ancak "töre eşittir toplumsal namus" demek genişletici yorumdur ve kıyas yasağına girmez[51].

Ceza Genel Kurulunun 14.06.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararı ile başlayıp benzer kararlarla devam eden süreçte, 1. Ceza Dairesinin suç tipine dair formülleştirdiği kararları şu şekildedir;

"Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü'nde "töre" kelimesinin; "bir toplulukta benimsenmiş, yerleşmiş davranış ve yaşama biçimlerinin, kuralların, görenek ve geleneklerin, ortaklaşa alışkanlıkların, tutulan yolların bütünü, adet, bir topluluktaki ahlaki davranış biçimleri, adap" olarak tanımlandığı, ayrıca "saik" kelimesinin, "sebep, güdü, kasta öngelen ve onu hazırlayan düşünce", "öldürmenin töre saikiyle gerçekleştirilmesinin" ise "öldürmeye yönelik kastın, töre anlayışının etkisi altında şekillenmesi" anlamlarına geldiği, genelde iyi davranış biçimlerini ifade etmek için kullanılan "töre" kavramının zaman zaman "kötü" davranış biçimlerini ifade etmek için de kullanılabildiği, bu anlamda, Türk Ceza Kanunu'nun 82. maddesinin 1. fıkrasının (k) bendinin konusunu oluşturan "töre"nin, "belli bir davranışı gerçekleştirenin veya belli bir yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesini gerektiren", "kötü bir töre'yi ifade ettiği, bir davranışın töreden kaynaklandığını söyleyebilmek için, bu davranışın "bir toplulukta genel olarak benimsenmiş, yerleşmiş yaşam biçimlerinden veya değer yargılarından kaynaklanmasının" gerekli olduğu, yasal düzenlemede geçen "saik" kelimesinin, öldürme fiilinin fail tarafından "başka her türlü etkiden uzak olarak sırf toplumda benimsenmiş olan genel bir davranış veya yaşam biçimine

mahkeme, failin şerefine yönelik saldırı olduğu kanaatiyle eylemi meşru savunma kabul etmiş ve cezalandırmamıştır. Temyiz mahkemesi ise zinanın, meşru savunma hakkı verecek derede ağır bir saldırı olmadığı gerekçesi ile kararı bozmuş, yerel mahkeme ise kararında direnmiştir. New York'ta görülen bir davada ise fail, karısının başkası ile ilişkisi olduğunu öğrenince onu öldürmüş, mahkeme, failin algılama yeteneğini azaltan kültürel baskı altında olduğuna dair uzman görüşlerini esas alarak ikinci dereceden cinayet suçunu kabul etmiştir. Bkz KÖPRÜLÜ, Timuçin, Töre Saikiyle İşlenen Suçlarda Brezilya ve ABD Örnekleri, Güncel Hukuk Mayıs 2007 sayı 41

51 CGK'nun töre saikiyle öldürme suçuna ilişkin kararlarının eleştirisi için Bkz OTACI Cengiz, Töre Saikiyle Kasten Öldürme Suçuna Dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarının Eleştirisi, Terazi Hukuk Dergisi, yıl 8, sayı 77, Ocak 2013

aykırı davranılmış olmasını cezalandırmayı görev addedip onun etkisiyle " işlenmesini, başka bir deyişle, "öldürme kastının, kötü törenin etkisiyle oluşması lüzumunu" ifade ettiği, bu durumdaki failin "öldürme eylemini" gerçekleştirirse toplum tarafından "saygınlık" ile ödüllendirileceğini, gerçekleştirmediği takdirde ise "kınanacağını" düşünmesi ve bu eylemi saygınlık kazanmak ya da kınanmamak için işlemesi gerektiği, dolayısıyla "töre saikiyle öldürme"den bahsedilebilmesi için, öncelikle mağdurun "toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, ikinci olarak bu aykırı davranışın "ölümle" cezalandırılması gerektiğinin o toplumda yaşayanlar tarafından beklenen bir tepki olduğunun kabul edilebilmesinin, üçüncü olarak ise öldürme fiilinin fail tarafından toplumun öldürme beklentisinin yönlendirmesiyle sırf aykırı davranışın cezalandırılması görevi üstlenilerek işlenmesinin" şart olduğu, burada "toplumdan" kastedilenin "tüm ülke" olabileceği gibi "köy, mahalle, geniş aile gibi" küçük bir topluluk da olabileceği, "töre saikiyle öldürme" suçunun oluşması açısından bunlar arasında fark bulunmadığı, "töre" kavramıyla sık sık karıştırılan "namus" kavramının ise "bir toplum içinde ahlak kurallarına ve toplumsal değerlere bağlılık, iffet, doğruluk, dürüstlük" olarak tanımlandığı, bu anlamda, töre ile namusun benzer ancak farklı kavramlar oldukları, törenin belli koşullarda namusu da içine alan üst bir kavram olarak ortaya çıkabileceği durumlar var ise de, diğer koşulların bulunmadığı hallerde, sırf kişilerin sübjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınamaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiilerinin "töre saikiyle öldürme" olarak nitelendirilemeyeceği, aynı şekilde, toplumun tasvip etmediği veya kınadığı davranışları işleyenlerin ya da yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesi" biçiminde gerçekleştirilen her fiilin de toplumdaki öldürme beklentisi açıkça ortaya konulmadan", sırf bu nedenle "töre saikiyle öldürme" olarak değerlendirilemeyeceği, buna göre, "töre cinayeti ile namus cinayetinin" aynı kavramlar olduğunun söylenemeyeceği, zira, suçta ve cezada kanunilik prensibi ile ceza hukukundaki kıyas yasağının, "töre saikiyle öldürme" suçunun uygulanma alanını bu şekilde genişletmeye izin vermeyeceği…"

Daire de tıpkı genel kurul gibi suç tipinde "bireysel ve toplumsal namus" ayrımından hareket etmiştir. Ancak daire, genel kurul kararına göre toplumsal ve bireysel namus anlayışını biraz daha açarak doğrudan suçun işlenmesi ile ilişkisini belirtmiş, toplumsal namus anlayışının faili suç işlemeye iten baskı koyutuna varması yanında failin bu baskıdan kurtulmak ya da baskı karşısında görevini yerine getirerek ödülden faydalanma gibi bir saike sahip olması gerektiğini vurgulamıştır. Yargılamaya konu somut bir öldürme/teşebbüs olayında, mahkemelerin bu kadar sosyal ve psikolojik veriyi elde edip edemeyeceği, elde etse bile doğru yorumlayıp yorumlayamayacağı bir yana öncelikle gerçekten böyle bir görevi olup olmadığı tartışılmalıdır.

Bir suç tipinin bu kadar karmaşık hale getirilmesinin ardında yatan gerçek neden, kanun koyucunun TCK'nın 29. madde gerekçesine yerleştirdiği, suç tipinde haksız tahrik uygulanamayacağına dair yersiz ifade, "töre" kavramının aslında namusu ifade ediyor olması karşısında, toplumda namusa verilen olumlu değerin suç tipine haksız tahrik indirimi

olarak yansıtılma çabasıdır.

Dairenin, Ceza Genel Kurulunun 14.06.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararı ile başlayan süreçten sonra yukarıda aktardığımız ve formül olarak kullandığı kararına göre suçun oluşumu için şu koşuları aradığını ifade edebiliriz.

a) Fail; mağdurun, olumsuz anlamda namus/şeref kavramı ile ilişkilendirdiği belirli davranışları, cinsel tercihi, temsil ettiği/ içinde bulunduğu sosyal konum/durum nedeniyle namus ve şerefini eksilttiği, bu şekilde töreye aykırı davrandığı düşünce ve inancında olmalıdır. Başka bir deyişle mağdur, faile göre toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmalıdır[52].

b) Mağdurun toplumda genel olarak benimsenmiş olan bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranmış olmasının, o toplumda yaşayanlar tarafından öldürülmesi gerektiğine dair beklenen bir tepki doğurmalı, bu tepki faile baskı unsuru olarak yöneltilmelidir.

c) Fail, başka her türlü etkiden uzak olarak sırf toplumda benimsenmiş olan genel bir davranış veya yaşam biçimine aykırı davranılmış olmasını cezalandırmayı görev addedip kötü törenin etkisiyle suçu işlemelidir.

d) Fail, öldürme eylemini gerçekleştirirse toplum tarafından saygınlık ile ödüllendirileceğini, gerçekleştirmediği takdirde ise kınanacağını düşünmeli ve bu eylemi saygınlık kazanmak ya da kınanmamak için işlemelidir.

e) Mağdurun, geniş anlamda failin ailesi, aşireti ya da mensup olduğu grupla ilgisinin bulunması gerekmektedir.

f) Mağdurun eylemi, hukuka, geleneksel davranış kalıplarına, örf ve âdete uygun olmasa bile fail açısından haksızlık teşkil etmemelidir.

Görüldüğü gibi suçun oluşum şartları oldukça zorlaştırılmış, toplumsal baskı, beklenti ya da özendirme, suçun oluşum sürecine dâhil edilmiştir. Sıralanan şartlarda suçun açıkça, bireysel tercihin dışında oluşan ve bireye yön veren/etki eden toplamsal talep, baskı ve özendirme ile ilişkilendirildiği, suçun ancak kötü bir geleneğe dayalı toplumsal azmettirme ile oluşacağı vurgulanmaktadır. Bu durumda failin, namusla ilişkili bile olsa failin bireysel tercihi ile işlediği suç, töre saikiyle işlenmiş olmayacaktır.

Genel kurulu ve daireyi bu kabule götüren süreç, "töre"nin anlam içeriğinin belirsizliği yanında, kelimenin bireyden çok topluma ve geleneğe vurgu yapan semantik yapısından kaynaklanmaktadır. İkinci diğer neden olarak önceki dönemde daire tarafından verilmiş abartılı töre kararlarıdır. Nihayet son neden ise, namusun halen toplumumuzda önemli bir değer olarak kabul edilmesi, buna bağlı olarak da failin, mağdurdan kaynaklanan fiilinin haksızlık içeriğinin reddedilememesidir. Daire kararlarına göre töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrikin varlığı, sadece ceza indirimini gerekli kılmanın yanında suçun vasfını da değiştiren bir etken olduğundan, "tahrik" tıpkı kan gütme saikinde olduğu gibi

52 1.CD'nin 26/03/2013 tarih ve 5546/2471 sayılı kararı

anahtar bir öneme sahiptir.

5) Töre Saikiyle Öldürme Suçunda Haksız Tahrik Sorunu

a) TCK'nun 29. Maddesinin Gerekçesi

765 sayılı mülga Ceza Kanunu'nun 51. maddesi "bir kimse haksız bir tahrikin husule getirdiği gazap veya şedit bir elemin tesiri altında bir suç işler…" ibaresine yer vermiş iken 5237 sayılı Ceza Kanunu'nun haksız tahriki düzenleyen 29. maddesi "haksız bir fiilin meydana getirdiği hiddet veya şiddetli elemin etkisi altında suç işleyen…" ibaresine yer vermiş, bu değişikliğin gerekçesi ise şu şekilde açıklanmıştır; *"Hiddet veya şiddetli elemin haksız bir fiil sonucu ortaya çıkması gerekir. Maddeye bu ibarenin eklenmesinin amacı, ülkemizde özellikle "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmektir."*

Kanun koyucu, açıkça "töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrik indirimi uygulanamaz" gibi bir ibare ile iradesini metne yansıtmak yerine, kelime değişikliklerinin arkasına saklanarak, sırf suç tipinde haksız tahrik indiriminin uygulanmaması için, şartları oluştuğunda her suç tipinde uygulanacak genel nitelikli bir maddedeki haksızlığı "fiille" sınırlandırmıştır. Hukuk tekniğine uygunluğu ve suç tipine dolaylı müdahale açısından gerekçenin yerinde olmadığı düşüncesindeyiz.

b) Öğreti Görüşleri

Donay'a göre fıkranın gerekçesinde, suç tipinin uygulanması için haksız tahrik bulunmaması gerektiğine dair koşul yersizdir. Bunun yerine, haksız tahrik teşkil etse bile fıkranın uygulanmasının gerekeceği belirtilmelidir. Çünkü bu suç tipinde, mağdurun haksız bir hareketinin bulunduğundan söz etmek olanaksızdır[53].

Aydın'a göre "madde gerekçesinde de töre saikiyle adam öldürmenin söz konusu olması halinde haksız tahrik hükmünün uygulanmayacağı ifade edilmiştir. Uygulamada sorunların yaşanmaması için töre ve kan gütme saiki ile adam öldürme suçunda haksız tahrik indirimin uygulanmayacağı kanunda açıkça belirtilmeliydi. Fakat hâkim, failin suç işleme saikini araştırmalı ve eğer faili suç işlemeye yönelten duygular mağdurdan kaynaklanan haksız hareketler ise haksız tahrik indirimini uygulamalıdır. Mağdurun hareketleri belli bir yöredeki değer yargılarını ihlal eden hareketler olsa da hukuka aykırı olmadığı sürece haksız tahrik indirimi uygulanmamalıdır[54]". Aydın'ın çalışmasındaki genel anlatımdan, "ancak zina veya hukuka aykırı cinsel ilişki tahrik teşkil edebileceğinden bu durumu, namus saiki ile işlenen adam öldürmeye neden olan davranışlardan ayırmak gerekecektir. Cinsel ilişki hukuka aykırılık teşkil etmiyorsa bu durumda haksız tahrikin hukuka aykırı olması koşulu da gerçekleşmemiştir ve olaya haksız tahrik indirimi uygulanamayacaktır[55]" şeklindeki görüşünden yola çıkılarak; töre saikiyle öldürme suçu ile haksız tahrikin bir arada uygulana-

53 Donay, Süheyl, TCK Şerhi, İstanbul 2007, s. 133

54 AYDIN Devrim, Yeni Türk Ceza Kanunu'nda Haksız Tahrik, AÜHFD 2005, c 54, sy 1, s. 246 (Aydın D)

55 AYDIN D s 246

mayacağı, haksız tahrik varlığının kabul edildiği durumlarda bu suç tipinin oluşmayacağı anlaşılmaktadır.

Hakeri'ye ve Özbek'e göre suç tipinde haksız tahrikin uygulanıp uygulanmayacağı tartışmalıdır[56]. Hakeri örneklediği bazı durumlarda haksız tahrik uygulamasını mümkün görmektedir. Ancak Hakeri'nin töre cinayeti ile namus cinayetlerini ayırdığına dikkat etmek gerekir. Özbek'e göre TCK'nun 29. maddesinin gerekçesi yerinde değildir. Bir sebep hem haksız tahrik yoluyla indirim sebebi hem de nitelikli hal kabul edilerek artırım sebebi olamaz[57].

Tezcan-Erdem-Önok'a göre suçun nitelikli hali kabul edilen bir durumun aynı zamanda hafifletici neden sayılması mümkün değildir. Bu nedenle eylemin töre saikiyle öldürme kabul edildiği durumlarda ayrıca haksız tahrik indirimi yapılamaz. Zaten töre saikiyle öldürme durumlarında mağdurun eylemleri çoğu defa sanık açısından haksızlık teşkil etmez[58].

İskender'e göre saik suçlarında sanık, eylemini, mağdurun haksız fiilinden kaynaklanan hiddet ve şiddetli elemin etkisi altında değil görev bilinci ile gerçekleştirdiğinden haksız tahrik indirimi uygulanması mümkün değildir. Saik gibi bir olgu hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici neden olamaz[59].

Meran, madde gerekçesinden hareketle haksız tahrik ile suç tipinin bir arada uygulanamayacağı görüşündedir[60].

Bendin gerekçesine dayanan Koca-Üzülmez'e göre haksız tahrikin şartlarının gerçekleştiği durumda töre saikiyle öldürme suçunun oluştuğu kabul edilemez. Bu suç tipinin uygulanabilmesi için somut olayda haksız tahrik uygulamasına dair koşulların oluşmaması gerekir[61].

Akbaba'ya göre bir genç kızın tecavüze uğraması olayında, kızın, kendi aile bireyleri tarafından öldürülmesi halinde haksız tahrik hükümlerinin uygulanması mümkün olmamakla birlikte, tecavüz eden kişinin öldürülmesi durumunda haksız tahrik hükümlerinin uygulanması yerinde olacaktır[62].

Centel-Zafer-Çakmut'a göre namus cinayeti olarak nitelendirilen fiillerde haksız tahrikin varlığı kabul edilmemeli, gerekçesi namus olan hiçbir suçta ceza indirilmemelidir[63].

56 HAKERİ Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006 s. 254; ÖZBEK Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı (TCK İzmir Şerhi 2. Cilt) Ankara 2008 c2/243

57 HAKERİ s. 254; ÖZBEK c2/243

58 TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-ÖNOK Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006 s. 122

59 İSKENDER s. 37

60 MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008 s. s. 76 ;

61 KOCA Mahmut-ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008 s. 281

62 AKBABA, Zeynep Burcu, Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme, TBB Dergisi, 2008, sy 75 s. 347

63 CENTEL, Nur-ZAFER Hamide-ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005 s. 446 ; Centel-Zafer-Çakmut, töre saikiyle öldürmenin suç olarak tanımlanmadığı zamanlarda verilen ve sanıklar

Kangal'a göre, töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrik kabul edilmemelidir. Çünkü haksız tahrikte failde hiddet ve şiddetli eleme yol açan haksız bir fiile ihtiyaç vardır. Haksız fiil, hukuk düzeniyle çelişki ve çatışma içerisinde olan bir fiildir. Yoksa örf-âdet kurallarına aykırı bir fiil haksız bir fiil olarak nitelendirilerek faile haksız tahrik indirimi yapılamaz[64].

Töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrik indirimi uygulanamayacağına dair görüşlerin yukarıya almadığımız büyük bir kısmı ise hukuki gerekçeye dayanmayan temennilerden ibarettir.

Görüldüğü kadarıyla TCK'nun 29 ve 82. maddelerinin gerekçesi ile Yargıtayın kan gütme saikine dair kararlarında geçen saikle tahrikin bir arada bulunamayacağına dair görüş, öğretinin düşüncelerini belirlemede etkili olmuştur.

Bu suç tipinde de öne çıkan görüş, tıpkı kan gütmede olduğu gibi aynı nedenin hem ağırlaştırıcı hem de hafifletici neden olamayacağıdır.

c) Yargıtayın Kabul ve Uygulaması

Ceza Genel Kurulu 11.05.2010 tarih ve 1-56/111 sayılı kararında bu suç tipi ile ilgili şu değerlendirmelere yer vermiştir; *"…Gerek yasanın hazırlık çalışmaları, gerekse öğretideki görüşler birlikte değerlendirildiğinde, yasa koyucunun bu suç tipini nitelikli hal olarak öngörmesinin en baştaki nedeni, "töre veya namus cinayeti" olarak adlandırılan akraba içi öldürme suçlarında haksız tahrik indiriminin yanlış biçimde uygulanmasının önüne geçmek" olduğu, failin adeta görev bilinciyle hareket ettiği bu suç tipinde, namus kavramına yer verilmemesinin, ileride doğabilecek olan sorunları önlemeye ve hukuk düzenince de kabul edilen bir namus anlayışının hukuki korumadan yoksun bırakılmasının önüne geçmek olduğu, bununla birlikte, toplumun ortak vicdanı ve hukuk düzenince de kabul görmeyen bir namus anlayışıyla gerçekleştirilen öldürme fiillerinin de bu kapsamda değerlendirilmesi gerektiği…"*

Gerek Ceza Genel Kurulu gerekse de özel daire, prensip olarak töre saikiyle işlenen öldürme suçlarında haksız tahrik indirimi uygulanamayacağı görüşündedir[65]. Yargıtay'ın kan gütme saikiyle öldürme suçunda kabul ettiği gibi haksız tahrik şartlarının olduğu durumlarda saikin geçerliliğini yitireceği ve artık saik suçundan ceza verilemeyeceği görüşü bu suç tipinde de geçerlidir. Bu nedenle evlilik birliğinin devamı sırasında eşlerden birinin diğerini aldatması nedeniyle gerçekleşen öldürme eylemleri, öldürülen eşin Medeni Kanun'un 185. maddesinde düzenlenen sadakat yükümlülüğüne aykırı davranmış olması nedeniyle haksız

yararına haksız tahrik indirimi uygulanmasını içeren yargı kararlarına yer vermekte, Yargıtay kararlarının isabetli olmadığını vurgulamaktadır.

64 KANGAL, Zeynep, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, EÜHFD c 14, sy 3-4, 2010, s. 58

65 "…töre (namusunu) kurtarmak saikiyle işlenen öldürme suçlarında tahrik hükümlerinin uygulanamayacağının düşünülmeden, haksız tahrik nedeniyle yazılı oranda indirim yapılması 1. CD'nin 22.07.2009 tarih ve 5009/5002 sayılı kararı ; "…töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanıklar hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini … 1. CD'nin 08/04/2009 tarih ve 2339/1937 sayılı kararı

tahrik kabul edilmekte, suçun töre saikiyle öldürme olmadığı sonucuna varılmaktadır[66].

Suç mağdurunun faili kışkırtan davranışı (haksız fiili), failin kusurluluğunu etkileyen, dolayısıyla cezaya etkili olan kusur sorumluluğunu azaltan bir hukuki düzenleme iken, Yargıtay, töre saikiyle öldürme suçunda –tıpkı kan gütme saiki ile kasten öldürme suçunda olduğu gibi- haksız tahriki suçun vasfını değiştiren bir etken olarak kabul etmektedir. Başka bir deyişle haksız tahrikin varlığının kabul edildiği durumda suç, namusu kurtarmak ya da namusu temizlemek saikiyle işlenmiş olsa bile artık töre saikiyle öldürme kabul edilemeyecektir. Varlığı kabul edilen haksız tahrik, Yargıtayın kabul ve uygulamalarına göre suç tipini başkalaştırmanın yanında kastı da değiştirme etkisine sahip olmaktadır. Kast, doğrudan sanığı ilgilendiren bir psikolojik süreçtir. Hâlbuki haksız tahrik, mağdurdan kaynaklanır. Mağdurdan kaynaklanan bir fiilin, sanığın suçu işlemek için aldığı karar sürecinde nasıl bir başkalaştırma, yok etme, değiştirme etkisi olabilir ki? Kusurluluğu azaltan bir etki, nasıl hem kastı hem de işlenen suçun vasfını değiştirebilir? Bu kabulün hiçbir bilimsel ve hukuki açıklaması yoktur.

Burada patolojik bir sorun oluştuğuna işaret etmek gerekir ki o da şudur; Bentteki "töre" ibaresi, Yargıtay dâhil neredeyse herkes tarafından "namus" olarak algılandığına, aslında kanun koyucunun da tam olarak amacının bu olduğuna göre, düzenleme ile namus adına gerçekleştirilen her türlü öldürme eylemi şiddetle cezalandırmak ve haksız tahrik uygulamasının dışında tutulmak isteniyorsa, neden Adalet Komisyonunda ve Ceza Genel Kurulu kararında namusun korunması gereken toplumsal bir değer olduğu ileri sürülmekte ve gerçekte namus adına işlenen eş cinayetleri gibi eylemlerde haksız tahrik indirimi uygulanmaktadır? Hangi namus anlayışı kanunun korumasından yararlanacak ve haksız tahrik indirimine konu olup, suç tipini başkalaştıracaktır?

d) Görüşümüz

Suç tipinde haksız tahrik indirimi uygulanmamasına dair tespit edebildiğimiz kadarıyla iki temel yaklaşımdan bahsetmek mümkündür. Bunlardan ilki kanunun hazırlık çalışmaları sırasında ortaya atılan görüşlere ve bendin gerekçesine[67] dayanılarak, prensip olarak bu suç tipinde hiçbir şekilde haksız tahrik indirimi uygulanamayacağıdır. Diğeri ise suç mağdurunun, olumsuz anlamda namus/şeref kavramı ile ilişkilendirdiği belirli davranışlarının, cinsel tercihinin, temsil ettiği/ içinde bulunduğu sosyal konumun/durumun, fail açısından zaten haksız bir fiil sayılamayacağıdır. Yargı kararlarında daha çok ikinci durumdan bahsedilmektedir. İki görüşün temel farkı şudur; ilkinde suç tipi, tıpkı izin belgesiz silah taşıma, evrakta sahtecilik suçlarında olduğu gibi yapısı ve unsurları itibariyle haksız tahrik uygulamasına imkan vermeyecek bir yapıya sahipken, ikinci görüş bunu tamamen reddetmemekle birlikte suç mağdurunun namus/şeref kavramı ile ilişkilendirilen belirli davranışlarının, cinsel tercihinin, temsil ettiği/içinde bulunduğu sosyal konumun/durumun fail açısından "haksız fiil" olarak değerlendirilmesindeki anlayışın değişmesi gerekliliğini ifade etmekte, mağdurun fiilinin faile nispetle haksız sayıldığı durumlarda ise haksız fiilin suç vasfını başkalaştıracağını kabul etmektedir.

Töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrik indiriminin prensip olarak mümkün olamayacağını savunmak doğru değildir. Bazı durumlarda bu suç tipinde de haksız tahrik indirimi mümkündür. Suç tipinde "saik" ibaresinin yer alması, haksız tahrik indirimi uygulamamanın tek haklı gerekçesi olamaz. Haksız tahrikin varlığı, saiki ortadan kaldıran bir etken değildir. Haksız tahrikle saikin birlikte bulunamayacağı, bilimsel temeli olmayan bir görüştür. Bentteki "töre" kelimesin sakıncalarına rağmen bir zorunluluk olarak "namus" şeklinde yorumlanması ve aslında "töre saikiyle öldürme"nin "namus saikiyle öldürme" şeklinde kabul edilmesi, namusun toplumsal algıdaki olumlu yönlerini, korunan, korunması gereken bir değer olduğu gerçeğini ortadan kaldırmaz.

Düşüncemize göre; bu suç tipinde de mağdurun eylemi bazı durumlarda faile karşı haksızlık teşkil edebilir ve haksız tahrik altında töre saikiyle öldürme suçu gerçekleşebilir. Maddenin gerekçesi bağlayıcı olmadığı gibi öğretideki düşüncelerin ve yargı kararlarının aksine, suç tipi, haksız tahrik uygulamasına engel bir içeriğe sahip değildir.

Kanunun hazırlık çalışmalarında ileri sürülen görüşler, yapılan tartışmalar, teklifler, değerlendirmeler hiçbir şekilde bağlayıcı değildir. Bağlayıcı olan metindir. Kanun koyucu metne, "töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrik indirimi uygulanamaz" ibaresi koymadığına, bu yönde bir irade göstermediğine göre, gerekçedeki değerlendirmeler sadece temenniden ibaret kalır. Metnin hazırlık çalışmalarında bilinçli bir şekilde "namus" yerine "töre" ibaresinin tercih edilmesinin nedeni, toplumun namusa olumlu anlamda değer vermesi ve namusun hukuki korumadan yararlandırılması düşüncesidir. Yargı kararları ve öğreti görüşleri, suç tipinde "haksız tahrik uygulanmasın" fikrine saplanarak kanunilik ilkesini, haksız tahrikin hukuki niteliğini, ceza hukukundaki kusur ilkesini başkalaştırmakta ve aslında maksatlarının aksine suçun uygulama alanını daraltmaktadır.

6) Haksızlık Algısındaki Resmi Değişim; Yargı Kararlarına Göre Namus ve Haksız Tahrik İlişkisi

Haksız tahrikte, mağdurun haksız olduğu kabul edilen fiili ile failin suç sayılan fiili arasında illiyet bağı vardır. Bu bağlantıyı "haksız fiil olmasaydı suç da olmayacaktı" şeklinde açıklamak mümkündür. Haksız fiilin faile yönelmiş olması şart değildir. Herhangi bir kişiye, eşyaya, canlıya ya da kutsal/değerli kabul edilen şeye karşı gerçekleştirilen haksız fiil, "hiddet ve şiddetli elem"e kapılmış olması şartıyla failin kusurluluğunu, dolayısıyla ceza sorumluluğunu azaltabilir[68].

66 Oluşa ve dosya içeriğine göre, eşi Ünzile'nin maktul Ömer ile anlaşarak kaçtığını öğrenen sanığın, önce Ömer'i sonra Ünzile'yi silahla vurarak öldürdüğü olayda; maktul Ünzile ile sanığın resmi nikahlı evli olup, TMK.nun 185/2 maddesine göre, maktul Ünzile'nin eşine karşı sadakat yükümlülüğü bulunduğundan, bu yükümlülüğe aykırı davranan maktul Ünzile ile Ömer'i öldüren sanığın eylemini haksız tahrik altında öldürme olarak kabul eden mahkemenin uygulamasında isabetsizlik görülmediğinden, suç vasıflarının töre saikiyle öldürme olduğuna yönelen tebliğnamedeki 1 nolu bozma düşüncesi benimsenmemiştir. 1. CD'nin 28.09.2010 tarih ve 6484/6121 sayılı kararı

67 "bu hükmün uygulanabilmesi için, somut olayda haksız tahrikin koşularının bulunmaması gerekir"

68 KOCA-ÜZÜLMEZ s. 318; DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1987, 2/380; EREM Faruk-DANIŞMAN Ahmet-ARTUK Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 1997, s. 595

Haksız fiil kavramı, bir davranışın hukuk düzenince korunmadığı, onaylanmadığı anlamına gelmektedir. Fiilin haksız olup olmadığı, sadece yazılı hukuk kurallarına göre belirlenemez. Fiilin haksız olması için, suç sayılması ya da borçlar hukuku anlamında haksız fiil olması da gerekmez. Failin ve mağdurun kişisel nitelikleri, aralarındaki ilişki, zaman, yer, fiilin önemi ve olayın bütünlüğü açısından taşıdığı değer, toplumsal düzende hâkim olan değer yargıları[69], ahlak, örf ve âdete aykırı davranışlar da haksız fiil kabul edilebilir[70].

Sosyal kurallara, değer yargılarına, geleneklere aykırı hareketler de tahrik teşkil edebilir ancak hukukla çatışan toplumsal değer yargılarına, örf ve adetlere veya geleneklere aykırı hareketler, faili tahrik etse bile "haksız" olmadıklarından haksız tahrik indirimi söz konusu olmayacaktır. Çünkü tahrik fiilinin haksız olması koşulu, hukuk düzenini korumaya yöneliktir. Bayram ziyaretine gitmemek, yoldan geçene selam vermemek, davet edilen yere gitmemek, ölenin yakınına başsağlığı dilememek, baba olanı tebrik etmemek gibi örf ve adetlere, ahlâka aykırı bir hareket, hukukun değer verdiği bir haksızlık olmadığından, tahrik teşkil etmez[71].

Kanun, hangi davranışların haksız fiil sayıldığını açıklamamış, mahkemelere oldukça geniş bir takdir alanı bırakmıştır. Bir fiilin, ceza hukuku anlamında haksız sayılıp sayılmaması, sosyolojik ve toplumsal bağlamda bu fiile gösterilen tepkide küçük de olsa haklılık payı olduğu yönünde kişilerde oluşturduğu inanç açısından önemlidir. Gösterilen tepki, fiilin haksız olarak tanımlanması durumunda faili ilgilendiren, aksi halde de faili ilgilendirmeyen bir olaya ilişkin olacak, bu yönüyle haksızlık algısı, kişilerin (failin) bireysel, sosyal ve toplumsal sorumluluğunun/duyarlılığının sınırlarını göstermiş olacaktır. Tahrik bağlamında fiilin haksızlık içeriğine sahip olması, o fiilin engellenmesi, tekrarlanmasının önüne geçilmesi açısından şüphesiz ki kişilere bir hak ya da ödev yüklemez. Ancak haksızlık karşısında gösterilen ve aslında suç sayılan tepki, kusurluluğu dolayısıyla ceza sorumluluğunu azalttığına göre hukuk düzenince kısmen meşru ve haklı kabul edilmekte, korunması gereken bir değer, psikolojik temelleri olan normal bir insani davranış şekli olarak değerlendirilmektedir.

"… hukuka aykırı her türlü davranışın, haksız eylem niteliği taşımasına, haksız hare-

69 KOCA-ÜZÜLMEZ s. 318; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT, s. 432; DÖNMEZER-ERMAN 2/381 ; AYDIN D s. 232

70 CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT s. 432; AYDIN D s. 232, 234

71 AYDIN D s. 235; CENTEL-ZAFER-ÇAKMUT s. 433 ; "…kırsal yörede yaşayan bu kişilerin sosyal yaşantıları ile köydeki gelenekler de gözetilerek, TCY'nin 51. maddesinin nesnel ve öznel koşullarının bu açıdan tartışılıp irdelenmesi ve sonucuna göre … 4. CD'nin 05.10.1993 tarih ve 5283/6515 sayılı kararı ; "… Tahrikin varlığı ve derecesi, failin durumu ile yöresel koşullara göre değerlendirilmeli, olayın işleniş yekli, niteliği, özellikleri tahrik eden bir failin hal ve davranışları nazara alınmalıdır. CGK'nun 10.10.1995 tarih ve 1-229/273 sayılı kararı; Ayrıca Bkz CGK'nun 16.06.1998 tarih ve 1-148/232 sayılı kararı ; "…İzinsiz hint keneviri ekmenin suç teşkil ettiği cihetle, sanığın, konusu suç olan ekili hint kenevirini bekleme ve koruma görevi yaptığı, maktül ve yanındakilerin bir miktar hint keneviri çalma girişiminden ibaret eylemlerinde, hukuk düzenince korunmayan bir değere yönelik saldırının sanık lehine haksız fiil oluşturmayacağı dikkate alındığında haksız tahrik indirimi uygulanmasının mümkün olmadığı… 1. CD'nin 02/03/2009 tarih ve 9335/997 sayılı kararı

ketin mutlaka sanığa karşı vukuu şart olmayıp Devlet aleyhine işlendiği takdirde de sanığın tahrik hükmünden yararlanması gerektiğine göre, maktulden gelen, Devlet aleyhine suç teşkil eden ve olaya sebep olan ormandan izinsiz odun ve kozalak çıkarma şeklindeki haksız hareketin sanık lehine …. adi tahrik oluşacağı…"[72] şeklindeki içtihat, devlete karşı işlenen haksız fiil ile fail arasında ilgi kurmuş, bahsedilen durumda failin olaya müdahale etmesi –olayımızda fail öldürme suçunu işlemiştir- hukuk düzenince korunması gereken, değer verilen bir davranış olarak görülmüştür.

"Bir küçük çocuğun ırzına geçmekten hüküm giyerek cezaevinde bulunan maktulü, mağdur çocuk kendi yakınları olmadığı halde, sırf işlediği suçun redaetinden duydukları kızgınlığın sevkiyle, tasarlamak suretiyle öldüren sanıklar yönünden … haksız bir kışkırtmadan söz edilemeyeceği gözetilemeden, yasal düzenlemeye farklı anlam kazandırarak, toplumsal infialin tahrik oluşturacağından bahisle, sanıklar hakkında haksız tahrik indirimi uygulanması"[73] örneğinde ise maktülün, küçük bir çocuğa karşı işlemiş olduğu eylem ile sanıkların maktüle yönelen eylemi arasında ilgi olmadığı kabul edilerek faillerin fiilinde hukuk düzenince korunacak bir yön olmadığı kabul edilmiştir. Başka bir deyişle yargı kararı, ikinci suçun failine, "ilk suç ve suçun failinin davranışı, seni ilgilendirmez" diyerek olaylar ve kişiler arasında kusurluluğu ve ceza sorumluluğunu azaltan ilgi olmadığı sonucuna varmıştır.

Bu açıklamalar ışığında 01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 82/k bendinde tanımlanan töre saikiyle kasten öldürme suçundan önce ve sonra faille mağdur arasındaki "ilgi"nin nasıl kurulduğuna bakalım. İlk örnekler 01.06.2005 tarihine kadar yürürlükte olan 765 sayılı TCK dönemindeki eylemlerle ilgilidir.

"…Toplumumuzda düzenle sürdürülen gayri resmi evliliklere de resmi evlilikler kadar değer verildiği bilinen bir gerçektir. Gayri resmi de olsa sanığın "eşi" bildiği ve birlikte yaşadığı kadının bir başkasıyla cinsel ilişkiye girmesinden duyacağı sadakat sözüne ihanetin verdiği elem ve gazabın önemli boyutlara ulaştığını kabulde zorunluluk vardır. bu kabul gayri resmi evliliği resmi evlilikle eş tutmak anlamına gelemez. Eğer ortada resmi evlilik olsaydı eşini cinsel ilişi halinde görüp, öldürme olayını işlemiş bulunsaydı daha özel bir tahrik halini kapsayan TCY'nin 462'inci maddesi ile indirim yapmak gerekecekti. Gayri resmi eşten çocuğu olması, olmaması gibi bir ayrım yapmaya hukuken imkân yoktur. Kaldı ki, olayımızın ayrı özellikleri de vardır. Şöyle ki; Sanığın gayri resmi eşi M.'nin aynı zamanda amcası kızıdır ve ölü muayene ve otopsi tutanağına göre 3 aylık hamiledir. Açıklanan bu duruma göre sanık ağır tahrik altında suçu işlemiştir…"[74]

"….Direnme kararında, köklü Türk geleneklerine göre, yaşı ne olursa olsun, evlenecek kızların aile reisi olan babalarından istenmesi gerektiği halde, buna uymayan Hü..'nin kızı

72 1. CD'nin 09.07.1981 tarih ve 3551/3407 sayılı kararı

73 1.C.D. 11.6.2001 tarih ve 1447/ 2648 sayılı kararı

74 CGK'nun 24.04.1989 tarih ve 1-99/159 sayılı kararı ; Benzer yönde CGK'nun 23.09.1974 tarih ve 16-231/415 sayılı kararı

tenha bir yere götürmesi halinin, babayı en kötü ihtimalleri düşünmeye sevk edebileceği belirtilerek olayımızda sanığın ağır ve şiddetli tahrik altında bu suçu işlediğinin kabul edildiği gerekçesine dayanılmıştır.

Mahkemenin direnme kararındaki gerekçenin yetersiz olduğu görülmüştür.

Şöyle ki; yasalarımıza göre 18 yaşını dolduran bir kız, hareketlerinde serbest bulunmaktadır. Bu durum geleneklere, aile fertleri arasındaki ilişkilerde aranacak ahenk ve huzur ortamına aykırı bulunsa dahi, yasaların tanıdığı bir imkânın ağır ve şiddetli bir tahrik olarak kabulünü gerektirecek vahamette görülmemiştir. Ancak, yasal hakların kullanılmasında toplumda değerleri koruyan, bu gibi geleneklere uyulması da aile başkanlarının beklediği olağan bir davranış olduğu halde, öldürülenin buna aykırı bir yol izlemesinde TCK'nın 51/1. maddesinde yer alan haksız tahrikin bulunduğunun kabulü gerekir…"[75]

"… Evli beş çocuklu maktulenin, 1 Eylül 1995 günü eşini ve çocuklarını terk ederek Ankara'da bir başka bir erkekle dost hayatı yaşayarak içkili lokantalarda sabahlara kadar konsomatris olarak çalıştığı, bu durumu nedeniyle aleyhine açılan boşanma davası kabul edilerek boşanmaya karar verildiği, ailesinin benimsememesine rağmen belirlenen yaşantısını sürdürmeye devam ettiği, bu olaylardan etkilenen sanığın, kız kardeşi olan maktulenin konsomatris olarak çalıştığı yere gelerek onu bu yaşantıdan vazgeçirmek için eve götürmek istediği maktulenin tepki gösterip bu hayattan vazgeçemeyeceğini beyan ederek sanığa müessir fiilde bulunduğu dosya kapsamından anlaşılmasına göre, maktuleden kaynaklanan haksız davranışların tümünün kardeşi olan sanık yönünden ağır tahrik düzeyine ulaştığı …. halde basit tahrik olarak kabul edilmesi..."[76]

"… Maktulenin çeşitli erkeklerle beraber olmasının, oğlu (olan) sanık lehine TCK'nın 51/2. maddesinin uygulamasını gerektirir ağır tahrik olarak kabul olunmaması…"[77]

"…İlk eşinden ayrılan maktulenin, 1991 yılından Z.K. ile evlendiği, bu evlilikten Y. adlı çocuklarının olduğu, 1993 yılında evlerinde misafir kalan kocasının yeğeni A.C. ile ilişki kuran maktulenin A. C ile Samsun'a kaçtığı, kocasının çocuğu annesiz kalmasın diye kendisini yeniden eve kabul etmesine rağmen, maktulenin başka erkeklerle ilişki kurması üzerine kocasının boşanma davası açtığı, mahkemenin 1.12.1994 tarihinde boşanma kararı vermesinden sonra, maktulenin yalvarması ve af dilemesi üzerine kocasının kendisini yine bağışladığı, maktulenin bu yaşantısın kız kardeşi olan sanığın hayatını olumsuz yönde etkilediği, hatta sözlüsüyle arasının bozulmasına neden olduğu, arkadaşlarından "orospunun kız kardeşisin" şeklinde sözler işittiği, olay günü de maktuleyi bir takside yabancı bir erkekle gören sanığın maktuleyi öldürdüğünün dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında, maktuleden gelen ve tevali eden ve Türk sosyal yaşantısı içinde olumlu karşılanamayacak bu davranışların kız kardeşi olan sanıkta ağır tahrik oluşturacağının kabulünde

75 CGK. 09.07.1973 tarih ve 1/324- 537 sayılı kararı

76 1. CD'nin 17.06.1998 tarih ve 1225/2181 sayılı kararı

77 1. CD'nin 11.02.1998 tarih ve 3558/156 sayılı kararı

zorunluluk olduğu halde, yazılı şekilde hüküm kurulması yasaya aykırıdır…"[78]

"… Maktule C'nin hadiseden 6-7 ay önce muhtemelen amcası oğlu M ile rızai cinsel ilişkiye girip hamile kalması olayın nedenini teşkil ettiği anlaşılmış bulunmasına göre, sanığın aile ve toplum dışı bu olayın birikiminden etkilenerek kızı maktule C'yi öldürmesinin adi tahrik seviyesini aştığı, maktuleden sadır olan bu haksız, "adap ve aile düzenine aykırı" hareketin ağır ve haksız tahrike yol açacağı gözetilmeden tahrikin derecesinin tayin ve takdirinde zuhul edilmesi, bozmayı gerektirmiştir…"[79]

"…Akrabası K ile gayri resmi şekilde evlenen ve üç çocuğu da olan maktulun kocasının askere gitmesinden sonra erkeklerle ilişki kurduğu için kayınpederi tarafından evden uzaklaştırıldığı, durumdan haberdar olan maktulenin kardeşi sanık MY'nin Rize ili, Ç… köyünden İstanbul'a gelerek maktuleyi memleketine götürmek istemesi üzerine maktulenin "Ben babamdan intikam alıyorum, beni sevmediğim kimseye verdiniz. İstanbul'da yaşamaya devam edeceğim ve sizleri rezil edeceğim" şeklinde sözler sarf ettiği için sanığın maktuleyi öldürdüğünün dosya içeriğinden açıklıkla anlaşılması karşısında maktulenin tüm aile fertlerinin şeref ve haysiyetini zedeleyen önceki davranışlarını, sözle kalmayıp eylemli bir şekilde sürdüreceğini inandırıcı bir şekilde belirtmesi kardeşi sanıkta ağır tahrik oluşturacağını kabulde zorunluluk bulunduğu halde, tahrikin hafif olarak kabulü yasaya aykırıdır…"[80]

"… Sanığın reşit olan kız kardeşi Mü…'nin, maktul ile aralarında cinsi ilişkinin rızaya dayalı olmasına, bundan sonra da öldürülen Hü…'nin Mü… ile evlenmek arzusunun, sanığın ailesi ve Mü… tarafından reddedilmesine ve buna karşı kendisinin Ya… adlı bir başka kişiyle evlendirildiğinin ve Ya…'nın da O'nu hamile olduğunu bilmesine rağmen evliliğini sürdürdüğünün anlaşılmasına göre, maktulden gelen haksız hareketin. TCK'nın 51/1'inci madde ve fıkrası çerçevesinde hafif tahrik olarak kabulü yerinde olacakken, ağır tahrik olarak nitelendirilmesi, yasaya aykırıdır…." [81]

"… Maktülün olay tarihinden önce sanığın kız kardeşi ile gönül ilişkisi içinde bulunduğu ve beraberce kaçtıkları ve maktülün bir arkadaşının evine gittikleri, ancak daha sonra maktülün evlenmekten vazgeçip kız kardeşini ona buna satacağını söylemesi üzerine kız kardeşinin geri evlerine döndüğü bu olay nedeniyle maktül Orhan hakkında TCK.nun 423/1, ev sahibi sanık Şaban hakkında TCK. nun 416/1. maddesine muhalefetten dava açılıp derdest konumda olduğu, olay günü aksi kanıtlanmayan savunmaya göre iş aramak için dolaşmakta olan sanığın maktülü görüp yanına gittiğinde ablasına vaki davranışları nedeniyle duymuş olduğu elem ve öfkenin etkisi altında kalarak ve yine aksi kanıtlanmayan savunmaya göre maktülün, kendisine "kız kardeşini sattım sıra sana ve annene geldi" diye söylemesi üzerine tabancası ile maktülün başına 3 el ateş ederek öldürdüğü, suçun işlenme-

78 1. CD'nin 12.12.1995 tarih ve 2973/3666 sayılı kararı

79 1. CD'nin 14.04.1993 tarih ve 607/ 796 sayılı kararı

80 1. CD'nin 15.12.1992 tarih ve 2711/2857 sayılı kararı

81 1. CD'nin 13.06.1978 tarih ve 2204/2557 sayılı kararı

si sebebinin de mahkemece bu şekilde kabul edildiği, anlaşılmakla maktülden kaynaklanan bu söz ve davranışların emsal uygulamalara göre ağır tahrik olarak kabulü ile indirim oranı mahkemesince değerlendirilmek üzere sanık hakkında TCK.nun 51/2. maddesinin tatbiki yerine yazılı şekilde TCK. nun 51/1. maddesinin uygulanması…"[82]

"…Sanığın üvey annesi Ta…'nın, babasının da hayatta olduğu dönemi kısmen kapsar biçimde, mağdur müdahil Yı… ile yasak ilişki kurduğunu ve bu ilişkisini babasının ölümünden sonra da sürdürdüğünün düşünerek ve bu düşüncesinin hakliliğini kabule elverişli oluşumlara da dayanmak suretiyle öldürmeye kalkışma fiillerini gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında; kışkırtmanın her bir fiil yönünden basit düzeyi aşıp ağır seviyeye ulaştığının değerlendirilmesi gerekirken tahrikin derecesinde hata edilmek suretiyle yasanın 51/1.madde ve fıkrasının uygulanması…"[83]

"… Maktülün akrabalık ilişkileriyle bağdaşmayacak bir sorumsuzlukla kaynı Yaşar'ın eşiyle cinsel ilişki kurarak aile birliğinin sarsılmasına sebep olduğu oluş ve kabulden anlaşılmakla bu haksız kışkırtmanın her bir sanık yönünden basit düzeyi aşıp ağır düzeye ulaştığını kabulde zorunluluk bulunduğu gözetilmeyerek yasanın 51/1. maddesince hüküm kurulması…"[84]

"…Maktül ve sanığın kardeş oldukları aynı çatı altında yaşadıkları suç tarihinde maktülenin reşit olduğu, yabancı erkeklerle gezdiği, arkadaşlık yaptığı sanığın ikazlarına aldırmadığı, olay günü yine evden çıkarken kardeşi olan sanığın ikazına ters cevap verdiği, 7.3.2000 tarihli ölü muayene ve otopsi tutanağında bakire olmadığının belirlendiği anlaşılmış olmasına göre sanığın şüphelerinin raporla da doğrulanması karşısında maktülenin yaşantısının aynı çatı altında yaşayan kardeşi olan sanık için ağır tahrike ulaşan ağırlıkta olduğu maktülenin reşit olması ile birlikte mahalli örf ve adet TCK.nun 29.maddesi içinde değerlendirilerek TCK.nun 51/2.madde ve fıkrası uygulanarak adil oranda bir indirimle ceza verilmesi gerekirken TCK.nun 51. maddesinin 1.fıkrasının uygulanması..."[85]

Görüldüğü üzere 01.06.2005 tarihine kadar yürürlükte olan ve töre saikiyle öldürmenin suç olarak tanımlanmadığı 765 sayılı TCK'na göre oluşturulan içtihatlar, aile bireyleri arasında sıkı bir ilişki olduğu, Türk örf, adet ve geleneklerine göre bu ilişki nedeniyle yaşları, konumları, sosyal statüleri ne olursa olsun birinin bireysel tercihinin, yaşam şeklinin diğerini de ilgilendirdiği kabul edilmiştir. Örneklerin tamamında haksız tahrikin varlığı kabul edilmiş, hatta bazılarında haksız tahrikin ağır olduğu vurgulanmıştır.

01.06.2005 tarihinde yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK'nun töre saikiyle öldürmeyi suç olarak tanımlamasının ardından yukarıda verdiğimiz Türk toplumunun örf, adet ve gelenekleriyle ilişkilendirilerek kaleme alınan içtihatlarda değişme olmuş, önceden ağır tahrik kabul edilen eylemler, ilkin haksız tahrik olarak kabul edilmemiş, Ceza Genel Kurulunun

82 1.C.D'nin 30.09.2003 tarih ve 671/2116 sayılı kararı

83 1.CD'nin 24.4.2003 tarih ve 395/730 sayılı Kararı

84 1.CD'nin 07.05.2002 tarih ve 91/1724 sayılı kararı

85 1.CD'nin 10.07.2001 tarih ve 1801/3171 sayılı kararı

14.06.2011 tarih ve 1-138/130 sayılı kararı ile başlayan süreçten sonra ise yeniden haksız tahrik kapsamında değerlendirilmiştir. Başka bir deyişle "namus" kavramı etrafında fail ile maktül arasındaki "ilgi" yeniden tanımlanmıştır.

Yargıtay, 765 sayılı Kanun döneminin tam tersine, 2009 ila 2011 yılları arasında suç tipine ilişkin mağdurun/maktülün bazı davranışlarının, tercihlerinin, benimsediği hayat tarzının faile nispetle "haksız bir fiil" sayılamayacağını kabul etmiştir. Bu meyanda faillerin babası ile nikahsız birliktelik yaşayan kişinin durumu[86], kendisi evli ve çocuklu olan maktülün, evli ve çocuklu başka bir erkeğe kaçması[87], annesinin evlilik birliği dışında başka biriyle yaşaması[88], dul olan annesi hakkında eve erkek aldığına dair dedikoduların tesirinde kalması[89], kız kardeşinin aileden habersiz olarak başka biri ile nikahsız birliktelik yaşaması[90], maktülenin evden kaçması[91], boşanmış olan erkek kardeşi maktülün evli bir kadınla birliktelik yaşaması[92] bekar ve reşit olan maktulenin kimliği tespit edilemeyen bir kişiyle cinsel ilişkiye girmiş olması[93], maktülün düğününden önce evlilik dışı girdiği ilişkiden gebe kalması[94], annesini parkta biri ile öpüşürken görmesi[95], fail yönünden haksız fiil kabul

86 "… Öldürülen kadın Nisan'ın zina yaptığı Mahmut'un (NOT : Mahmut, faillerin babasıdır/ Cengiz Otacı) kendi yaşam ve davranışlarından dolayı oğullarına karşı bir sorumluluğu olmayıp, TMK.nun 185/2. maddesine göre sadece eşine karşı sadakat yükümlülüğü bulunduğu, sanıkların, eylemi maktul Nisan'ın babaları Mahmut ile zina eyleminde bulunması nedeniyle, ailenin namus ve şerefini kurtarmak düşüncesiyle, namus/töre saikiyle gerçekleştirdikleri anlaşılmakla, 5237 sayılı TCK.nun 82/1-k maddesi gereğince cezalandırılmaları gerekirken, suç vasfında yanılgıya düşülerek kasten adam öldürme suçundan aynı yasanın 81. maddesi ile hüküm kurulması, 1. CD'nin 15.03.2011 tarih ve 4522/1511 sayılı kararı

87 ".. Sanık, kardeşinin eşi olan mağdurenin maktul ile birlikte yaşamasının aile şerefini ve namusunu azalttığı düşüncesiyle, tasarlayarak ve töre (namusunu kurtarmak) saikiyle eylemini gerçekleştirdiğinden.. 1. CD'nin 13.10.2010 tarih ve 10191/6617 sayılı kararı

88 Sanığın, evlilik birliği dışında başka biriyle yaşayan annesini şeref ve namuslarını eksilttiği düşüncesiyle, namuslarına gelen lekeyi temizleme görev ve bilinciyle hareket ederek suçu işlediği anlaşılmakla; … Töre Saiki ile İnsan Öldürmeye Teşebbüs suçunu oluşturduğu gözetilmeden, …1. CD'nin 12.10.2010 tarih ve 4303/6578 sayılı kararı

89 "… tanığın, maktulenin evine televizyon tamiri yapmaya geldiği, bu sırada evde yabancı bir erkeğin bulunduğunu duyan köylünün evin önünde toplanmaya başladığı, kalabalıktan "yakalayıp öldürelim" konuşmalarının geçtiğini duyan tanık Ramazan'ın jandarmayı kendisinin çağırdığı ve gelen jandarma ile evden çıkabildiği anlaşılmakla, bu durumun ve dul olan annesi hakkında çıkan dedikoduların kendisinin ve ailesinin namus ve şerefini eksiltiği düşüncesiyle sanığın annesini, … öldürdüğü; … eylemin töre (namusunu kurtarmak) saikiyle işlendiğinin … gözetilmemesi .. 1. CD'nin 07.07.2010 tarih ve 7465/5325 sayılı kararı

90 "…Sanığın kız kardeşi Tuğba'nın, olay tarihinden yaklaşık bir hafta önce öldürülen ile anlaşarak birlikte yaşamaya başladıkları … Reşit olan kız kardeşi Tuğba'nın kendisini ilgilendiren davranışlarından dolayı sanığa karşı sorumluluğunun bulunmadığı, öldürülenin sanığa yönelik haksız tahrik hükmünün uygulanmasını gerektirecek haksız eylem oluşturan bir söz veya davranış bulunmadığı, sanığın kız kardeşinin ailesinin isteği dışında öldürülenle yaşamaya başlaması nedeniyle eylemini ailesinin ve kendisinin şeref ve namusunu eksilttiği düşüncesiyle gerçekleştirdiğinin anlaşılması karşısında… 1. CD'nin 28/06/2010 tarih ve 9808/4917 sayılı kararı

91 1. CD'nin 01/02/2010 tarih ve 8861/605 sayılı kararı

92 1. CD'nin 27.01.2010 tarih ve 2357/414 sayılı kararı

93 1. CD'nin 22.01.2010 tarih ve 1759/246 sayılı kararı

94 1. CD'nin 08.07.2009 tarih ve 9435/4468 sayılı kararı

95 1. CD'nin 08/06/2009 tarih ve 248/3287 sayılı kararı

edilmemiş, meydana gelen öldürme eylemleri töre saikiyle öldürme kabul edilmiş, bunun yanında "ölenin yaşam tarzının, cinsel/kişisel tercihlerinin sanık için haksız bir fiil oluşturmadığı" vurgulanmıştır.

Tartışılması gereken husus, 5237 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesi ile birlikte yeni bir suç tipi haline gelen töre saikiyle öldürme suçunun, 765 sayılı Kanun döneminde oluşan haksız tahrik algılamasını değiştirmesinin nedeninin hukuk zeminine oturmuş yasal, tutarlı, mantıklı ve kabul edilebilir bir açıklamasının olup olmadığıdır.

Yargıtayın, 765 sayılı Kanun döneminde verdiği ve "Türk sosyal yaşantısı, aile ve toplum anlayışı, örf ve adete" dayanarak sosyolojik gözleme göre oluşturduğu haksız tahrik anlayışı, yine sosyolojik bir içeriğe sahip olan töre saikiyle öldürme suçunun kabulünden sonra önce terk edilmiş, bazı durumlarda gerçekten haksız tahrikin şartları oluştuğu halde varlığı dışlanarak bu bağlamında töre saikiyle öldürme suçunun gerçekleştiği kabul edilerek haksız tahrik indirimi uygulanmamıştır. 5237 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihinden sonra aniden değişen ve yeni bir suç tipine vücut veren haksız tahrik anlayışının tartışılması gerekir. Bu tartışma önerisi, 765 sayılı Kanun dönemindeki haksız tahrik anlayışının mutlak anlamda doğru, şimdikinin de mutlak anlamda yanlış olduğu anlamına gelmemektedir. İki içtihat grubu yan yana konulduğunda birbirleri ile uyum içinde olduğu söylenemeyeceği gibi kategorik olarak birini diğerine tercih etmenin de haklı bir nedeni yoktur. Hukuk, metne ve yoruma dayalı bir gerekçelendirme faaliyeti olduğuna göre, farklı dünya görüşlerine dayalı temennileri bir kenara bırakarak doğrunun ne olduğu, dayanakları ile gerekçelendirilmelidir.

Töre saikiyle öldürme suçunda haksız tahrik indirimi uygulanamayacağına dair görüş nedeniyle kimi durumlarda ya gerçekte haksız tahrik teşkil eden eylemler haksız kabul edilmemekte ya da namus saikiyle işlenmiş olsa bile eylem, haksız tahrik indirimi uygulandığı için töre saikiyle öldürme suçu olarak vasıflandırılmamaktadır. Toplumumuzun değer yargılarına, örf ve âdet anlayışına aykırı şekilde annesini ya da eşini parkta başka biri ile cinsel haz duyacak şekilde öpüşürken gören kişinin haksız tahrike maruz kalmadığını söylemek mümkün olmadığı gibi, neticesinde öldürme/teşebbüs olan eylemin namus saikiyle işlenmediğini savunmak da mümkün değildir. Benzer şekilde evlilik birliği içinde eşin başkası ile cinsel ilişkiye girmesi nedeniyle öldürülmesi eyleminde failin haksızlığa maruz kalmadığını söylemek ne kadar imkân dışı ise failin öldürme/teşebbüs ile sonuçlanan eylemini namusunu temizlemek, eksilen şeref ve itibarını kurtarmak saikiyle gerçekleştirmediğini kabul etmek o denli mümkün değildir. Bentte yer alan "töre" ibaresinin "namus" şeklinde anlaşılması, bu kabulü zorunlu kılar. Pek çok kez değindiğimiz üzere failde kusurluluğu azaltan haksız tahrik, failin kastını ve buna bağlı olarak da işlediği suçun vasfını değiştiremez.

Ceza Genel Kurulunun son tarihli kararlarına göre, dairenin ve kendisinin ilk kararlarındaki haksız tahrik algısını yeniden tanımlamıştır. Haksız tahrik, suç tipini başkalaştıran sihirli bir formül olduğundan haksız tahrikin varlığının kabulü ile suç tipinin uygulama

alanı daraltılmıştır.

SONUÇ

Platon'un ideal devletinden Hegel'e uzanan çizgide modern devlet, mevzuatla topluma ve bireye müdahale etmeyi hak ve görev olarak görmektedir. Hukuk, modern devletin bakış açısına göre toplumu oluşturan bireyler, kurumlar, sosyal yapılanmalar, örgütsel gruplar, tüzel kişiler ya da diğerleri arasında ilgiyi ve bağlantıyı sağlayan kılcal damarlar gibidir. Hiçbir sosyal oluşum, ekonomik gelişim, toplumsal değişim hukukun ilgi alanı dışında bırakılamayacağı gibi devletten izinsiz ve bağımsız olarak kendi kaderini tayin etme gibi hakka da sahip olamaz. Devlet, mevzuat denilen resmi görüşü ile gerek gördüğü zaman, gerek gördüğü kadar ve gerek gördüğü şekilde duruma müdahale etme hakkını saklı tutar. Bu tavrı ile modern devlet, birey ve toplum üstündeki tek egemen gücün kendisi olduğu mesajını verir.

Kaynağı ne olursa olsun bazı bireysel ya da toplumsal algılar, devletin tercihi karşısında bir anlam ifade etmemekte veya bir dönem olumlu bir anlam içeriğine sahipken daha sonra olumsuz kabul edilebilmektedir. Şüphesiz ki bu kabul, devlet bürokrasisinin, devletin ortaya koyduğu tavra sahiplenme şekli ile bağlantılıdır. İlk kez 5237 sayılı TCK'nda suç olarak tanımlanan töre saikiyle öldürme suçu, öldürme eylemiyle sınırlı olarak namus anlayışına müdahale etmiş, namusun, kimi durumlarda öldürme vesilesi yapılmasının hukuki korumadan yararlanamayacağını ifade etmiştir. Müdahale sınırlıdır çünkü öldürme eylemine özgülenmiştir. Kimi durumlar için geçerlidir çünkü maktülün namusu eksilten davranışı gerçekten fail açısından haksızlık içeriğine sahipse eylem töre saikiyle öldürme olarak nitelendirilmemektedir.

Suç tipine ilişkin Meclis Adalet Komisyonu görüşmelerine dönecek olursak, kanun koyucunun eylemi bağımsız suç haline getirmesinin ardındaki mühendislik gerekçelerini şu şekilde özetlemek mümkündür: Kanun koyucu, kültür ile yakından ilgili olan bu suç tipinde hukuku mühendislik aracı olarak kullanıp, yeni bir norm oluşturarak toplumu etkilemek, yönlendirmek istemiştir. Titiz bir toplum mühendisliği ile kökleri yüzyıllara dayanan ve değer olarak kabul edilen, yüceltilen "namus"un aslında değer olmadığının kabul edilmesi için beyinlerin dönüşümünü sağlanmak amacıyla bent suç olarak kabul edilmiştir. Türk toplumun başka türlü ileri götürülmesi mümkün değildir.

Töreyi namus olarak kabul etmek ve yorumlamak, törenin hiçbir hukuksal anlam içeriğine sahip olmaması nedeniyle zorunluluk olarak algılansa da düşüncemize göre "töre" kavramı, "namus" kavramından farklıdır. Hiçbir şekilde de namus anlamına gelmez. Sosyolojik çalışmalar, kanunun hazırlık çalışmaları sırasında ileri sürülen düşünceler ve öğreti görüşleri bu algıyı desteklemiştir. Hukuki bir içeriği olmayan töre kelimesini namus şeklinde kabul edip uygulamak, ne genişletici yorumdur ne de kıyastır. Tamamen yeni bir metin yazmaktır ki bu durum, Anayasamızın 38/1 ve AİHS'nin 7. maddesine aykırıdır. Töre saikiyle öldürme suçu, ceza hukuku açısından, hareket, netice, kast gibi unsurlar yönünden hukuki karşılığı olmayan ve içeriği hukuken doldurulması mümkün olmayan bir suçtur.

Başka bir deyişle suçun adı vardır ancak kendisi/karşılığı yoktur. İçi boştur. Unsurları ve oluşum şartları belirlenemeyen bir suç tipinin, evrensel kurallara aykırı olarak uygulamaya konulması, bir kısım eylemlerin bu suç tanımı içine çekilmesi yasal değildir.

Şayet töre kavramının namus anlamında olduğu kabul edilecekse, bu durumda "töre eşittir namus" şeklinde bir tanımlama yapılmalı, namus adına işlenen her türlü öldürme/teşebbüs eyleminin, bu suçu oluşturduğu açıkça ifade edilmelidir. Saikle işlendiği için haksız tahrik indirimi uygulanamayacağı yönündeki bilim dışı görüş terk edilerek şartları varsa haksız tahrik indirimi de uygulanmalıdır. Sadece haksız tahrik indirimini dışarıda bırakmak ya da uygulanmamasını mümkün kılmak için bilim dışı yorum ve kabullere dayanmaya gerek yoktur.

Tanzimat Fermanından beri devleti yöneten, kanun yapma/değiştirme gücüne sahip olan üst sınıf, 18. yüzyıldan kalma, Maine, Durheim, Weber ile temsil edilen hukuk-sosyoloji ilişkisinin halen geçerli olduğu zannıyla, özlediği toplum tipini, ideal bireyi oluşturmak için sürekli kanun yapmaktadır. Şüphesiz ki hiçbir neden –meşru müdafaa dâhil- insan öldürmenin gerekçesi olmamalıdır. Ancak ceza hukukunun, toplumu dönüştürme aracı olarak kullanılması da yerinde bir tercih sayılamaz. Devletin, sorunu çözmek için ceza hukukundan başka enstrümanlara da başvurması gerekir. Ceza yaptırımına başvurularak toplumsal mühendislik yapılacaksa "töre" yerine "namus" gibi daha açık bir ibare kullanılması, bu suçlarda haksız tahrik uygulanamayacağını madde metninde belirtmesi gerekir. Kanun koyucunun ima ve işaret yoluyla içeriği belirsiz kanun yapması, sorumluluğu da yargı mercileri üzerine bırakması yerinde bir kanun yapma tekniği değildir.

KAYNAKLAR

- *ABADAN, Yavuz, Hukuk Felsefesi, Ankara 1994, Ankara Üniversitesi Yay*
- *ADIVAR, A. Adnan, Bilim ve Din, İstanbul 1980, Remzi kitabevi*
- *AĞAOĞULARI, Mehmet Ali, Kent Devletinden İmparatorluğa, Ankara 1994, İmge yay*
- *AĞAOĞULLARI Mehmet Ali-KÖKER Levent, Tanrı Devletinden Kral Devlete, Ankara 1997*
- *AKBABA, Zeynep Burcu, Töre, Namus ve Töre Saikiyle Kasten Öldürme, TBB Dergisi, 2008*
- *AYDIN, Mehmet, Din Felsefesi, Ankara 1994*
- *BAYKAN, Fehmi, Aydınlanma Üzerine Bir Derkenar, Ankara 1996, TDV yay*
- *BAYRAKDAR, Mehmet, Spinoza'nın "Natura Naturans" ve "Natura Naturata" Kavramlarının İslami Kökenleri, AÜİFD, c 40*
- *BULAÇ, Ali, Din, Felsefe/ Vahiy-Akıl ilişkileri, İstanbul 1995, İz yay*
- *BULAÇ, Ali, Modern Ulus Devlet, İstanbul 1995, (Bulaç Modern)*
- *CENTEL, Nur-ZAFER, Hamide-ÇAKMUT, Özlem, Türk Ceza Hukukuna Giriş, İstanbul 2005*
- *DONAY, Süheyl, TCK Şerhi, İstanbul 2007*
- *DÖNMEZER Sulhi-ERMAN Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1987*
- *EREM Faruk-DANIŞMAN Ahmet-ARTUK Mehmet Emin, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 1997*
- *GENCER Bedri, Türkiye'de Laikliğin Tarihi Dinamikleri, Toplum ve Bilim, Bahar 2000*
- *GİLSON, Etienne, Tanrı ve Yunan Felsefesi, AÜİFD c.29, Terc. Mehmet Aydın*
- *GÖKBERK, Macit, Felsefe Tarihi, İstanbul 1993, Remzi Kitabevi*
- *GÖZTEPE, Ece, Namus Cinayetlerinin Hukuki Boyutu; Yeni TCK'nun Bir Değerlendirilmesi, TBB Dergisi, 2005*
- *GÜRİZ, Adnan, Hukuk Felsefesi, Ankara 1987, İÜ yay*
- *HAKERİ Hakan, Kasten Öldürme Suçları, Ankara 2006*
- *HOCAOĞLU, Durmuş, Laisizmden Milli Sekülerizme, Ankara 1995, Selçuk yay*
- *HOCAOĞLU, Durmuş, Felsefe ve Hikmet Üzerine, Yeni Türkiye, yıl 2010, sy 104*
- *IŞIK, Hüseyin Murat, Modernite ve Postmodernite Bağlamında Farklılıklar, HFSA 15. Kitap İstanbul 2006*
- *İSKENDER, Salih Zeki, Öğreti ve Yargısal Kararlar Işığında Töre Saikiyle Öldürme Suçunun (Namus Cinayetlerinin) Değerlendirilmesi, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 2009*
- *KANGAL, Zeynep, Türk Ceza Hukukunda Haksız Tahrik, EÜHFD c 14, sy 3-4, 2010*
- *KILIÇ, İrem, Platon'un Devlet'inde İdealar Kuramı 1, http://www.insanokur.org/?p=21871 (Erişim 01.12.2011*
- *KILIÇ, Muharrem, Özsellik ve Olgusallık Arasında Hukuk Kavramı, Ankara 2011, Yetkin yayınları*
- *KOCA Mahmut-ÜZÜLMEZ İlhan, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2008*
- *KÖPRÜLÜ, Timuçin, Töre Saikiyle İşlenen Suçlarda Brezilya ve ABD Örnekleri, Güncel Hukuk Mayıs 2007 sayı 41*
- *MERAN, Necati, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2008*
- *NEŞŞAR, Ali Sami, İslamda Felsefi Düşüncenin Doğuşu, İstanbul 1999, Terc Osman Tunç, İnsan yayınları*
- *OTACI Cengiz, Töre Saikiyle Kasten Öldürme Suçuna Dair Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararlarının Eleştirisi, Terazi Hukuk Dergisi, yıl 8, sayı 77, Ocak 2013*
- *OTACI, Cengiz, Saikle Öldürme Suçlarında Haksız Tahrik Sorunu, Terazi Hukuk Dergisi, yıl 6 sayı 59, Temmuz 2011*
- *OTACI, Cengiz, Genel Hükümlerle Bağlantılı Olarak Kasten İnsan Öldürme Suçları, Ankara 2009 Seçkin yayıncılık*
- *OTACI, Cengiz, Hukukun Laikleşme Serüveni, İstanbul 2004, Birey yayınları*

- *ÖKTEM, Niyazi-TÜRKBAĞ, Ahmet Ulvi, Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul 1999*
- *ÖKTEM, Ülker, Kant Ahlâkı, Araştırma Ankara Üniversitesi Dil ve Tarih-Coğrafya Fakültesi Felsefe Bölümü Dergisi, c 18, 2007*
- *ÖZBEK Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanunu'nun Anlamı (TCK İzmir Şerhi 2. Cilt) Ankara 2008*
- *SANCAR, Türkan Yalçın, Kadınlar, Töreler ve Ötekiler, Radikal Gzt. 09.03.2008*
- *SUNAR, Cavit, Parmenides ve Varlık Meselesi, AÜİFD c 19*
- *SURUŞ, Abdülkerim, Evrenin Yatışmaz Yapısı, İstanbul 2008, Terc. Hüseyin Hatemi*
- *TAYLAN, Necip, İlim-Din ilişkileri, İlişkileri, Sahaları, Sınırları, İstanbul 1979, Çağrı yay*
- *TEZCAN Durmuş-ERDEM Mustafa Ruhan-ÖNOK Murat, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'na göre Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, Ankara 2006*
- *WEBER, Alfred, Felsefe Tarihi, İstanbul 1995, Terc. Vehbi Eralp, Sosyal yay*
- *WHİTEHEAD, Alfred North, Düşüncelerin Serüvenleri, İstanbul 2008*
- *VORLANDER, Karl, Felsefe Tarihi, İstanbul 2004, Terc. Mehmet İzzet-Orhan Saadettin, İz yay*
- *YÜKSEL, Mehmet, Küreselleşme Ulusal Hukuk ve Türkiye, Ankara 2001, Siyasal Kitabevi*

HUKUK NASIL DÜŞÜNÜR? SOSYAL EPISTEMOLOJİNİN HUKUKSAL GERÇEKLİĞE BAKIŞI

Güncel ÖNKAL*

Özet

Sosyal epistemoloji açısından hukuku düşünmek, diğer deyişle hukukun nasıl düşündüğünü ele almak hukukun bel bağladığı vazgeçilmez doğruluk iddiasındaki kurallarını toplumsallık ortamında nasıl gerçekleştirdiğini *gerekçelendirmek* demektir. Sosyal epistemolojinin hukuk fenomeni karşısında sorduğu soru en temelde şudur: Hangi epistemolojik (bilgi-bilimsel) koşullar altında yasaların gerçekten "yasa" olduğunu her birimiz kabulleniriz, "doğru", "adaletli" ve "genel-geçer" olduğunu onaylarız? Bu soruya verilecek yanıt, toplumsallığın doğasına ve hukuk başlığı altındaki kültürel kurumsallaşmasının dayandığı temelleri aydınlatmaya çalışmak anlamına gelecektir.

Anahtar Sözcükler: Sosyal epistemoloji, bir sosyal kültür olarak yasalar, yasaların haklılandırılması problemi.

***

GİRİŞ: İyi Yasadan *Doğru* Yasa-lar-a Geçiş

Temelleri 20. yüzyılın başlarında atılan sosyal epistemoloji yaklaşımına göre insan yaşamı sadece bireysel değil, toplum içindeki davranışların bir toplamıdır. Burada davranışçı anlayışların ekseninden farklı olarak, insanın davranışının toplumu oluşturan diğer bireylerin bilinçleri tarafından değerlendirilmesi ağırlık kazanır. Bu durumda davranışlar üzerinde bağlayıcı olan toplumsallık kendisini bir bilinç olarak "yasa"da somut biçimde gösterir. O halde yasa hem davranışları değerlendiren ölçütlerin genel başlığı, hem de davranışlardaki değişimleri okuma biçimidir. Öyle ki, sosyal çözüm olarak yasayı sosyal epistemoloji bağlamında ele aldığımızda dört öğeden oluşan bir döngünün içinde kendimizi buluruz:

İlk adım cezalandırılması düşünen ya da daha yumuşak bir ifadeyle "yanlış" davranış modeli olarak nitelendirilebilecek olan davranışların neden sorunlu olduğunun tanımlanmasıdır. Buradaki tanımlama sosyal epistemolojide davranışın kendisine asla gitmez, çünkü sosyal epistemolojinin doğru/yanlış yargıları hep toplumsal görünürlükte diğer ve benzer olanların karşılaştırılması yoluyla işlerlik kazanacaktır. Dolayısıyla birinci adımda bir ayırtına varma biçimi olarak tanımlama yapılır.

İkinci adımda, problem oluşturduğuna kabaca "kanaat" getirilen davranışın nedenlerinin belirlenmesine çalışılır. Burada nedenler bireysel olduğu kadar toplumsal olanın da güdümü altında görüldüğünden bireye dair yapılan her araştırma aslında toplumsal kanaata

* *T.C. Maltepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü, Yrd. Doç. Dr. guncelonkal@maltepe.edu.tr*

karşı yapılan eleştirel bir duruşu ifade etmektedir.

Üçüncü safhada, problemi tetikleyen nedenlerin giderilmesi için çözüm arayışında bulunulur. Çözüm kavramı ile kastedilen davranışı ontolojik olarak ortadan kaldıracak kadar katı bir "yok sayma değil", bir anlığına, kişi ve toplum yaşamında problemli davranışın dondurulması veya yaygın doğrular arasından çıkarılarak "yanlışlar" arasına alınmasını sağlayacak epistemolojik kategorilendirmeyi taraflarda sağlayabilmektir.

Son aşamada, ele alınan çözümün bireyde ve toplumsal yaşamda ne kadar işlerlik kazandığının sosyal ortamda izlenmesi ve gözlemlenmesi yer alır. Sosyal epistemoloji için toplumsal yaşam bir deney alanıdır. Burada deneme-yanılma alanı denilmek istenmemektedir. Daha çok toplumsal olandan çıkarılacak olan dinamik ve etkileşimli (interaktif) değerler sistemi tasarlanmıştır.

İşte bu dört aşamalı, ancak her biri kendisi arasında geçişken ve bazen de geri-dönüşümlü modelde, yasalar, çözüme odaklanır ve kanaatin kendisini güvenceye alır. Böylece sosyal epistemolojik yaklaşım ile baktığımızda, yasalar uygulayıcılarının mutlaklığında taçlanan, yerini sarsılmaz biçimde sağlamlaştıran ve her davranışa aynı yanıtı veren genel, bir o kadar da mutlak kategoriler olmak yerine, davranışı ortaya çıkaran sosyal nedenler ve kanaatler bağlamında yenilenmesi, esnemesi, değişmesi, yeniden içinin doldurulması, tanımlanması ve başarısının gözlemlenmesi gereken çözüm odaklı bir "deney alanı"dır. "Deney"den burada kastedilenin deneme-yanılma muğlaklığı olmaktan çok durumlar çeşitliliği karşısında daha kapsayıcı kanaate ulaşmakta bir araç olduğunu tekrar hatırlatmak isterim.

Sosyal epistemolojinin hukuksal gerçekliğe ve gerçekçiliğe bakışı yasaların normatif oluşunu yadsımaktan ziyade, yasadan hareketle davranışı yargılayan yasa yürütücülerinin karar verme aşamasında olan ile olması gereken arasında epistemolojik olarak hangi katkıda bulunduklarının hesabının verilmesi demektir. Dolayısıyla, sosyal epistemolojik açıdan hukuk hep haklılandırma, gerekçelendirme, çözümü kabul ettirme, çözüme işlerlik kazandırma ekseninde düşünmelidir. Kısacası sosyal epistemolojiye göre hukukta varılan her karar yasanın "doğru içeriğini" onaylamayı ve olumlamayı toplum nezdinde meşrulaştırmak demektir. Buradaki meşrulaştırmanın değişmez, genel-geçer erdem ve değerler olduğundan çok toplumsal bağlam ve kanaatlerdeki bilgi-bilimsel temellerden kaynaklandığı noktasında da diğer hukuk felsefesi yaklaşımlarından ayrılır. Bu durumda, hukukun yüce mahkemeleri, üst mahkemeleri yanılmaz değildir, gerçekte kendisini açan olayları en doğru tanımlayabilme başarısı ölçüsünde hukuksaldırlar. Doğruluğun kıstası ise kuşkusuz toplumsal sorunun sınanabilir çözümündeki kalıcılık ve sürekliliktir; sorunlu davranışı tekrarlanamaz biçimde dışarıda bırakabilmesidir.

"İyi yasa"dan, "doğru yasa"lara geçiş başlığı altında ifade edebileceğimiz işlevi ile sosyal epistemoloji hukukun nasıl düşünmesi gerektiğini temellendirir. Bu çalışmada sosyal epistemolojinin hukuk sistemi değerlendirmesini iki aşamada ele alacağım: Öncelikle, hukukun toplumsal öznede bir biçimleştirme etkinliği olarak nasıl ortaya çıktığını göstermek,

sonrasında hukukun toplumsal karakteristiğini yeniden düşünmenin imkanını sorgulamak.

I. Hukukun Toplumsal Öznede Somut Kılınması

Jean Baudrillard "yasa gerekli, kural kaçınılmazdır" derken (2006:116) kuralların gerçekliğinin anlaşılmaksızın egemen oldukları gerçekliğin yerine getirilmeye çalışıldığının altını çizer. Buradaki ince eleştiride oyunu oynayanların kurallardan kaçamadığını ancak oyunu oynadıkları her anda da kuralı oynadıkları gibi bir yanılsamanın bilincinde olmadıklarını söylemektedir. Yani başka deyişle oyunun yanılsaması kendisini oyun olarak sunmaktadır; aynı hukukun çeşitli yanılsamalarının kendisini hukuk olarak sunması ama hukukun kendisiyle asla tanışamadığımız gibi.

Hukukçu ile felsefecilerin ortak kaderinden bahseden MichelTroper'e göre, filozof ne kadar yanıtları bulmakta çaresiz ise hukuk adamları da, bir o kadar, mesleklerinin gereğini temellendirmekte yalnızdırlar (2011:8). Bir yandan siyasal iktidarın yazılı hükümlere bağladığı kurallar diğer yandan adaleti ihlal etmeyen çoğunluk, her ikisi birden "hukuk" adı verilen yapıyı işaret edecektir (2011:9).

Toplumsal dünyanın aydınlanmacı ve sonrasında pozitivist teorilerle mantıksallaştırılması bilginin içeriğini körleştirdiği kadar içeriğin kendisinde olmayan statükocu formel yapının da yüceleştirilmesi ile sonuçlanmıştır. Bilimin kendisini nihai bir değer görmesi, kısacası Husserl'in dediği gibi bilimler ve bilginin felsefeye karşı *bağışıklık* kazandırılması (akt.: Çiğdem, 2008: 113), yaratıcı felsefi etkinliğin bitirilmesi anlamına geliyordu. İşte sosyal epistemolojide buna benzer bir itirazla karşımıza gelecektir. Onlara göre değişen dünyanın ve yükselen sosyal teorilerin ışığında bir gereklilik olarak felsefenin sosyal olanla bağının yeniden kurulması gereklidir. Topluma gönderme yapmayan, toplumu bir karar alıcı olarak görmeyen, epistemolojik olarak sosyal biliş süreçlerini göz ardı eden felsefi bakış eksik bir bakış olacaktır. Değerden arındırılmış özne olamayacağı gibi, öznelerden arındırılmış bir değer sistemi de olamaz. Toplumsal dünya çelişkilerden arındırılmış ve hep bu çelişkilerinden kurtulmak istenen bir yapı olarak bilgi sosyolojisinde sunulmuş olsa da Adorno, Habermas ve Marcuse'un çalışmalarından görebileceğimiz gibi felsefi bakış çelişkileri buldukça doyuma ulaşan, çelişkileri yanıtlamayı değil tespit etmeyi kendisine hedef seçen bir bakış olarak karşımıza çıkmaktadır (114-115).

Hayatın sürdürülmesindeki sorumluluk olarak karşımıza çıkan hukuk bilgisi ve bilinci toplumsal yaşam içerisinde doğru hedeflere doğru araçlarla ulaşmak olarak algılanmaktadır. Sosyal epistemoloji bu bağlamda ideal toplum yapısından bahsetmeyeceği gibi, ideal olana atıflarda bulunan ancak ideayı her tekil durumda yeniden üreten bir biçimlendirmeyi öncelemektedir. Bu biçimlendirmede itici güç daha çok özgürleşmeye duyulan istek olacaktır. Toplumsal hareketin bir parçası olarak toplumu oluşturan bireylerin edimleri, edimin ortaya çıktığı toplumdaki özgün şartların doğasında şekillenen ve hiçbir yasanın tek başına kavrayamayacağı, kuşatamayacağı bir sosyal gerçeklik alanıdır. Kişinin hangi durumda ne yapabileceğini ya da hangi durumlarda eylemlerinin "kabul edilebilir" sınırlarda sayılabileceğinin kendisi, yani yasanın tanımları bu anlamda sosyal çeşitlilikte ancak bir

ölçüde bağlayıcı olur. İşte tam da bu noktada adına kanaat diyebileceğimiz (*socialbelief*) toplumsal öngörüyle oluşturulmuş olan önceleyici yapı olarak kanunlar ile tanışıyoruz. Berger ve Luckmann'ın bilginin sosyal inşası başlığı altındaki çalışmalarında dile getirdikleri gibi evrensel olanın partiküler olanda her seferinde meşrulaştırılması girişiminin bir parçası olarak hukuk bunun envanterinin yapılması anlamına gelmektedir (1997: 74). Bu bağlamda yasa varsaydığı onanma durumu gerçekleşmediğinde içeriğini kaybeden ama yasa olmaktan bir şey kaybetmeyen sosyal inşalar olarak nitelendirilecektir. Sosyal epistemolojik bakışta, yasanın ulviliği, dokunulmazlığı, makamı, toplumsallığın üstünde oluşu söz konusu olamaz.

II. Hukukun Toplumsal Karakteristiğini Yeniden Düşünmenin İmkanı

Bireyin değil toplumun esas alındığı ve sosyal doğrunun evrensel iyi yerine geçtiği bir dönemin haklılaştırılması kolay olmamaktadır. Öncelikle bireyin toplumsal olanla bağını bireyselleşmenin körüklenen yalnızlığı içerisinde yaşaması kabul edilmez. Birey toplumdan el ayak çekemez, siyasete ilgisiz kalamaz. Toplumsal varoluş bir yetkinlik varoluşudur. Bir tek hukuk evreni, bir tek devlet, bir tek düşünce, bir tek iyi olamayacağı "olan hukuk" kavramından "olması gereken hukuk" kavramına geçişte doğuştan getirilen haklar kalıcıyken, kazanılmış haklar değişkendir. İnsanın tabi bir varlık olması bu anlamda yadsınmaz ancak benlik ile sosyal dünya arasındaki ayrımı hem birey hem de toplumsal düzenlilik adına hukuk gözardı edemez.

KAYNAKÇA

- *Collin F. (1997) Social Reality, London and New York: Routledge.*
- *Çiğdem A. (2008) Akıl ve Toplumun Özgürleşimi: Jürgen Habermas Üzerine Bir Çalışma, İstanbul: İletişim.*
- *Baudrillard, J. (2006) Kusursuz Cinayet, İstanbul:Ayrıntı.*
- *Gordon, S. (1991) The History and Philosophy of Social Sciences, USA and Canada: Routledge.*
- *Troper, M. (2011) Hukuk Felsefesi, (çev.I. Ergüden), Ankara: Dost.*

HUKUKİ ÇOĞULLUK KAVRAMI VE GÖRÜNÜMLERİ: "ROMAN HUKUKU" VE "ABORJİN HUKUKU"

Nadire ÖZDEMİR*

Giriş

Devlet tekelinde bulunup ülkede yaşayan tüm insanları bağlayan merkeziyetçi hukuk görüşünün karşısında bulunan hukuki çoğulluk[1] kavramı günümüz çoğulcu toplumlarında çokça tartışılan bir konu olmuştur. Kimilerine göre hukuki çoğulluk postmodern çağın anahtar kavramıdır[2].

Bu çalışmada, günümüzde, kimi ülkelerde uyuşmazlıkların çözümü için devlet dışı mekanizmaların var olduğunu göstermek ve bu mekanizmalara hukuki çoğulluk şemsiyesi altında bir değerlendirme getirmek amaçlanmıştır. Özellikle suç ve ceza alanında devlet tekelinde bulunan ceza adaletinin kimi toplumlarda özel bir alt grup içerisinde gerçekleştiriliyor oluşu dikkate değerdir[3]. Bu gruplara örnek olarak Roman hukukunu ve Aborjin hukukunu ele alacağız.

1. Hukuki Çoğulluk

A. Kavramsal Çerçeve

Hukuki çoğulluk, en genel anlamda, belirli bir sosyal alanda, birden fazla hukuk olgusunun bir arada var olduğu durumu ifade etmektedir. Ancak bu tanımda açılması gereken iki kavram vardır.

Öncelikle 'sosyal alan'dan ne anlamalıyız? Klasik teorilerde devlet toplumun temsilcisi sayıldığı için devletin hukuku da toplumun hukukudur. Bir diğer yandan, Eugen Ehrlich, Leopold Pospisil, John Griffiths gibi yazarlar 'sosyal alan' kavramından bütünsel toplumu değil; alt sosyal grupları anlamaktadırlar[4]. Bu çalışmada değerlendirme konusu sosyal alanlar bütünsel toplumu değil; alt sosyal grupları işaret etmektedir.

Bir diğer açılması gereken kavram da hukuk olgusundan ne anlayacağımızdır. Hukuki çoğulluk konusuna eğilen farklı yazarların farklı tanımları söz konusu olmaktadır. Örneğin

* *Arş. Gör. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

1 *Literatürde çoğulluk ve çoğulculuk terimleri arasında bir fark gözetilmeksizin genel olarak "hukuki çoğulculuk" kavramı kullanılmaktadır. Biz, Dr. Saim Üye'nin de çalışmasında altını çizdiği doğrultuda "çoğulculuk" sözcüğünün 'taraf olmak' anlamını taşıdığını düşündüğümüz için, sadece var olan durumu nitelemesi açısından "çoğulluk" terimini kullanmayı tercih ettik (Saim Üye, Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk, Turhan Kitabevi, Ankara, 2013, s.431).*

2 *Brian Z. Tamanaha, 1993, s.192.*

3 *Bu çalışmada gerek konunun sınırlanması ve gerekse devlet gücünün doğrudan uygulandığı bir alan olması açısından ceza adaleti ele alınmıştır.*

4 *John Griffiths, "What is Legal Pluralism?", Journal of Legal Pluralism & Unofficial Law, Vol.24, 1986, s.2.*

Brian Z. Tamanaha'ya göre insanlar neye hukuk diyorsa hukuk odur. Gunther Teubner'e göre ise hukuki-gayri hukuki ayrımının olduğu yerde hukuk vardır. Sally Falk Moore'un hukuk tanımı ise yarı özerk sosyal alanların öz-düzenlemesinde kendini bulmaktadır[5]. Bu çalışmada ise, hukuk, bir sosyal grubun kendi içinde hukuk olarak nitelendirdikleri bağlayıcı ve ihlali halinde yargılamaya tabi tutulan düzeni ifade etmektedir.

Hukuki çoğulluk kavramını sistematik olarak ilk kez ele alan kişi John Griffiths'tir. 1986'da kaleme aldığı makalesinde kendisinden önce hukuki çoğulluk kavramına dair bir şeyler yazıp çizmiş birçok akademisyeni eleştirmiş[6] ve bu eleştirilerden yola çıkarak betimleyici olduğunu iddia ettiği kendi tanımını kavramsallaştırmıştır. Ona göre hukuki çoğulluk, hukukun ya da hukuk sisteminin değil; sosyal alanın bir özelliğidir. Bir sosyal alanda birden fazla hukuk ve hukuk sistemi gözlemlenebiliyorsa orada hukuki çoğulluk söz konusudur[7]. Griffiths'e göre hukukun sadece devlet hukuku olduğu görüşü merkeziyetçilik ideolojisinin bir yansıması olup hukuk, kısmen özerk bir sosyal alanın iç düzenlemesiyle ilgilidir[8].

Tamanaha, hukuki çoğulluk kavramını tanımlamaya çalışanlara yönelik eleştirilerini iki grup başlık altında toplamaktadır. Analitik açıdan sorunlu gördüğü nokta, literatürde hukuki çoğulluğu tartışanlar arasında "hukuk" kavramı üzerinde bir uzlaşma olmadığıdır. Tamanaha, devlet dışında birçok normatif düzenin de hukuk olduğu anlayışının hukuk normu ve sosyal norm ayrımını zorlaştırdığını iddia etmektedir[9]. Mevcut hukuk tanımlarının da işlev-temelli (*function-based*) ve özcü (*essentialist*) olması Tamanaha'ya göre hukuk ve toplum arasındaki ilişkiyi anlamayı zorlaştırmaktadır. Hukuk kavramı üzerinde uzlaşma olmadığı müddetçe gözlem ve veri toplamada yeknesaklık olmamasını da araçsal açıdan sorunlu görmektedir[10].

Ele alacağımız hukuki çoğulluk kavramında Griffiths'in yaptığı bir ayrımdan hareket edeceğiz. Griffiths, hukuki çoğulluk kavramını grup ve devletin ilişkisi bakımından ikiye ayırmaktadır. Güçlü hukuki çoğullukta, devlet, ülke içinde varlığını sürdüren alternatif hukuk sistemlerini tanımazken, zayıf hukuki çoğullukta devlet, bu grupları kendi sistemiyle ilişkilendirmek için birtakım mekanizmalar öngörmektedir[11]. Zayıf hukuki çoğulluk ve güçlü hukuki çoğulluk bağlamında her iki ayrımı da örneklendirmeye çalışacağız.

5 *Brian Z. Tamanaha, "The Folly of the 'Social Scientific' Concept of Legal Pluralism", Journal of Law and Society, Vol.20, 1993, ss.202-203.*

6 *Griffiths'e göre Glissen ve Hooker'ın hukuki çoğulluk kavramı fazlasıyla merkeziyetçiyken Smith ve Pospisil'in kavramları örgütsel ve hiyerarşik bir yapıyı öngörmesi itibariyle eksiktir. (Griffiths, ss. 9-23)*

7 *Griffiths, s.38.*

8 *Griffiths, s.38.*

9 *Brian Z.Tamanaha, "A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism", Journal of Law and Society, Vol.27, 2000, s.297.*

10 *Tamanaha, 2000, s.299.*

11 *Griffiths, s.13.*

B. Tarihçe

Bir görüşe göre hukuku çoğulluk kavramının literatüre giriş biçimi sömürgecilikle gerçekleşmiştir. Bu kavramın görünümleri Batılı devletlerin sömürge topraklarında yaşanmıştır[12]. Doğu Hindistan Kumpanyası'nda Müslümanlara İslam hukukunun, Hindulara Hindu hukukunun uygulanacağının öngörülmesi bunun bir görünümünü oluşturmaktadır.

Her ne kadar literatüre giriş biçimi sömürgecilikle birlikte gerçekleştiği söylense de, kimi yazarlar orta çağdan itibaren Avrupa'da çoğul bir hukukun olduğunu iddia etmektedir. 5.yy.da Roma İmparatorluğunun çöküşünden 15.yy. Rönesans'a dek Avrupa toplumunda feodalizmin ve Katolik Kilisesinin hâkimiyeti söz konusudur. Bu dönemde aynı sosyal alanda hüküm sürmüş olan kimi zaman yarışan kimi zaman birbirini tamamlayan çeşitli hukuk sistemleri var olmuştur. Yerel gelenekler (genelde çeşitli varyasyonlarda ve yazılı olmayan bir biçimde), Cermen hukuku (yazılı bir biçimde), feodalite kuralları (çoğu zaman sözlü bir biçimde), tacirlerin kendi aralarında uyguladıkları kurallar (*lex mercatoria*) ve üniversitelerde geliştirilen Roma hukuku aynı anda aynı sosyal alanda hüküm sürmüştür[13]. Çeşitli mahkeme ve yargı türleri görülmüştür[14]. Kişilerin Lord Mahkemeleri, Belediye Mahkemeleri, Ticaret Mahkemeleri, Lonca Mahkemeleri, Kilise Mahkemeleri veya Kraliyet Mahkemeleri'nden hangisinde yargılanacakları hususu onların statüsüne, soyuna, vatandaşlığına, mesleğine veya dinine göre belirlenmekteydi[15]. Orta Çağ boyunca Avrupa'daki hukuki çoğulluk üç farklı eksende belirginleşmiştir. İlk eksende, birbiriyle örtüşen hukuki yapılar söz konusu olmaktadır. Ortak hukuk (*ius commune*), ticaret hukuku (*lex mercatoria),* ve kilise hukuku aynı anda uygulanmıştır. İkinci eksende ise bu farklı hukuk yapılarının dikey biçimde bölümlenmesi söz konusu olmuştur. Yani kişiler, statüsü, mesleği, dini ve soyuna göre farklı kuralların muhatabı olmak durumunda kalmıştır. Son eksende ise aynı hukuki yapı içersinde birbiriyle yarışan normların söz konusu olması durumu yer almaktadır. Özellikle gelenek hukukunun uygulanması aynı köyde bile farklılıklar gösterebilmiştir[16].

Orta Çağ'da Avrupa'da görülen bu çoğulcu yapıdan sonra 15.yy.dan 19.yy.a dek yukarıda bahsettiğimiz sömürgecilik hareketleriyle hukuki çoğulluk hareketleri tekrar başlamıştır.

Hukuki çoğulluğun sömürgeci devletler tarafından, sömürge topraklarında ekonomik ve siyasi hâkimiyet sağlanmak amacıyla kullanıldığı görüşünde olan yazarlar vardır. Örneğin Francis Snyder, Senegal topraklarında başta Fransızlar olmak üzere sömürgeci devletlerin ticari ayrıcalıklar elde etmek amacıyla yerlilerle barışçıl yollardan anlaşma sağlamak

12 *John Griffiths, s.6.*

13 *Brian Z.Tamanaha, "Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global",* **Sydney Law Review**, *Vol.30, 2007, s.4.*

14 *Elbette bu saptamalar, "hukuk" kavramının tanımlanış biçimine göre değişebilmektedir.*

15 *Tamanaha, 2007, s.377.*

16 *Tamanaha, 2007, s.378.*

suretiyle gelenek hukukunu çarpıtarak yazılı hale getirdiklerini ileri sürmektedir. Snyder, aslında söz konusu gelenek hukukunun Fransızların işine geldiği biçimde değiştirilerek yerlilerin kadim kurallarıymış gibi onlara uygulanmasına izin verildiğini iddia etmektedir[17].

Sömürge topraklarındaki hukuki çoğulluk olgusunun ele alınmasından sonra hukuki çoğulculuğun yeni analizleri yapılmıştır. Sömürgecilik deneyimi yaşamasına ihtiyaç kalmaksızın tüm toplumların hukuken çoğul olduğu iddia edilmiştir. Özellikle Moore, ticaretle uğraşan belli bir kesimi gözlemleyerek ulusal düzeydeki hukuki çoğulluğa dikkat çekmek istemiştir[18].

Hukuki çoğulluk kavramının 20.yy.da daha farklı görünümlerinin oluşması ise globalleşme ile ortaya çıkmıştır. "ulus üstü/küresel hukuki çoğulluk" kavramı, ulus üstü/küresel hukukun içten (dahilen) çoğul olduğu ve farklı hukuk alanlarına ait (insan hakları, fikri mülkiyet, deniz hukuku….) düzenleyici kuralların ve hatta yargılama mekanizmalarının olduğu ileri sürülmektedir. Bunun çeşitli boyutları vardır. Dünya Sağlık Örgütü gibi belirli bir amaç doğrultusunda normlarını geliştiren uluslararası örgütler, insan hakları ihlallerini denetleyen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi gibi bölgesel yapılanmalar, ticaret hukukunda tarafların özgür iradelerine öncelik tanıyan *lex mercatoria* kuralları ve uluslararası tahkim mekanizması, Basel Bankacılık Denetim Komitesi gibi devletlerarası düzenleyici kurumlar bu çeşitli boyutlardan bazılarıdır. Uluslararası hukuki çoğulculuğun bir diğer görünümü ise küresel insan hareketidir. Çeşitli kültürden insanlar farklı sebeplerden ötürü diğer ülkelere göç etmekte ve gittikleri yerlerde kendi normlarını ve kültürel kurumlarını sürdürmekte ısrar etmektedirler. Bu durumda yerleşilen ülkenin resmi normlarıyla göçmenlerin kültürel normlarının çatışması söz konusu olabilmektedir[19]. Çeşitli Avrupa ülkelerindeki Türkler veya İngiltere'deki Müslümanlar buna örnek verilebilir.

II. Zayıf Hukuki Çoğulluk ve Güçlü Hukuki Çoğulluk Kavramlarına İki Örnek: Romanlar ve Aborjinler

A. Roman Hukuku ve Güçlü Hukuki Çoğulluk

Romanlar, devletsiz topluluklar olarak farklı ülkelerde varlıklarını sürdürmüşlerdir. Romanlar ortak bir kimlik, etnik köken, dil ve kültürü paylaşmaktadırlar. Romanların kökeni hakkında birçok şey yazılıp çizilmiştir. Dil yapısı ve tarihi araştırmaların birçoğu Romanların Hindistan'dan göç etmiş olduğunu söylemektedir[20]. Biz bu çalışmamızda Romanların etnik kökeni tartışmalarına yer vermeyip, sadece onların uyuşmazlık çözüm yöntemlerini ve ceza adaleti sistemlerini hukuki çoğulluk kavramı çerçevesinde ele alacağız.

17 *Francis G. Snyder, "Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal", Journal of Legal Pluralism, Vol.19, 1981, s.51, s.76. (ss.49-90)*

18 *Tamanaha, 1993, s.203.*

19 *Tamanaha, 2007, ss.387-392.*

20 *Ian Hancock, "Romani Americans ("Gypsies"), http://deimos3.apple.com/WebObjects/Core.woa/DownloadTrackPreview/ushmn.org.1434142337.pdf. (erişim tarihi: 23.04.2012).*

Romanların kendi içlerinde uyguladıkları kuralların adeta onların kendilerine özgü hukuk sistemi gibi işlev gördüğü ve içinde yaşadıkları devletlerin bu sistemi kırmak açısından zorluk çektikleri görülmüştür. Bu etnik grup, yüzyıllarca farklı devletlerde ve çeşitli ülkelerde varlıklarını sürdürmüş olsalar da çoğu zaman kendi kültürlerini korumayı başarabilmişlerdir. Bunun çeşitli sebepleri olduğu söylenmektedir. Romanlar, göçebe topluluklar olmasından ötürü yerleştikleri ülkelerde bile hâkim olan kültüre entegre olamamışlardır. Ayrıca, kapalı bir kültür olan Roman kültürünün Roman olmayan insanlarla iletişime sınırlı olanaklarda izin vermesi de bir başka sebeptir[21]. Roman hukuku Romanları dış ve iç etkenlerden korumanın ötesinde Roman toplumunu organize eden düzenlemelere sahiptir[22]. "Roman hukuku" diye nitelendiren bu düzenlemeler, eski geleneklere ve sözel olarak kuşaktan kuşağa aktarılan pratiklere dayanmakta olup hukuk, denge ve sıhhatlilik durumunu (*kintala*) amaçlamaktadır[23].

Amerika Birleşik Devletlerine Avrupa'dan göç etmiş olan çeşitli Roman grupları mevcuttur. Bu çalışmada, yukarıda belirttiğimiz hukuki çoğulluk ayrımının ikinci türüne örnek olması amacıyla Amerika Birleşik Devletleri'ndeki en büyük Roman topluluğu olan *Vlax Roma* topluluğunu örnek vereceğiz.

Söz konusu grubun *kris*[24] denilen kendine özel mahkemeleri bulunmaktadır ve bu mahkemelerde yargıç gibi uyuşmazlık çözen grup üyeleri yani *krisnitorya* mevcuttur. Roman toplulukları yıllardır, kendi içlerindeki uyuşmazlıkları, içinde bulundukları devletin hukuk mekanizmasına başvurmadan her ne kadar resmi olmasa da kendi mahkemelerinde çözmektedirler[25].

Eski zamanlarda *kris* özellikle üç çeşit dava türüne bakmaktaydı: Mülkiyet kaybı, namus davaları ve ahlaki veya dini konularda çıkan uyuşmazlıklar. Bugün ise özellikle Amerika'da, *kris* gündemi boşanma davaları ve mali uyuşmazlıklar ile meşguldür[26]. Her durumda, mağdur olan taraf *kris* talebinde bulunmaktadır. Eğer mağdur çok genç ya da yaşlı veya hasta ise, mağdura en yakın erkek akraba onun temsilcisi rolünü üstlenmektedir.

Kris'te sadece Romence konuşulmaktadır.

Romanların yaşamında olduğu gibi hukukunda da *vujo* (yani temiz, saf veya caiz) ve *marime* (yani pis, kötü veya ayıp) terimleri temel çizgileri belirtmektedir. Bu iki kavram arasında beliren suç ve kabahatler, Romanların günlük yaşamlarını da şekillendirmektedir.

21 *Hancock, s.3.*

22 *Walter O. Weyrauch ve Maureen Anne Bell, "Autonous Lawmaking: The Case of the 'Gypsies'",* **Gypsy Law** *içinde, ed. Walter O.Weyrauch, University of California Pres, London, 1997, s.27.*

23 *Walter O.Weyrauch, "Oral Legal Traditions of Gypsies and Some American Equivalents",* **American Journal of Comparative Law,** *Vol.45, 1997, s.410.*

24 *Aslında kris sözcüğü hem soyut anlamda adaleti hem de kurum olarak mahkemeyi ifade etmektedir. (Thomas Acton, "Conflict Resolution and Criminal Justice-Sorting Out Trouble", Journal of Legal Pluralism, Vol.51, 2005, s.38.)*

25 *Weyrauch , Bell, s.11-12.*

26 *Weyrauch, Bell, s.42.*

Kris’in hükmettiği ceza türü ve niteliği işlenen suçun ağırlığına göre değişmektedir. Örneğin ağır suçlara bir zamanlar uygulanmakta olan ölüm cezası artık bilinmemektedir. Bunun sebebi olarak Romanların, kızgın ölülerin ruhlarının idam edene saldıracağı inancının korkusu olduğu söylenmektedir[27].

Bugün için *kris*ler genel olarak para cezası, bedensel cezalar ve sürgün cezası vermektedir.

Glaba denen para cezası failin tüm sülalesini kolektif olarak bağlamaktadır. Bedensel cezalar ise daha çok evli kadınların sadakatsizliğine yönelik uygulanmaktadır. *Marime* olarak da bilinen aforoz cezası ise en genel uygulanan ceza türüdür. *Marime* cezasına mahkûm edilen kişi kirli olarak nitelendirilir[28]. Sürekli *marime* cezaları daha ağır suçlara uygulanır. Kimse onlarla birlikte yemek yemez. Toplumdan dışlanırlar. Roman toplumunun ekonomik ve sosyal yaşamı olan evlilik kurumunu gerçekleştiremezler. Eğer bir nesneye dokunurlarsa o nesne pisletilmiş olur ve dolayısıyla değeri ne olursa olsun yok edilmesi gerekir. Bu kişiler ölürseler kimse onları gömmez veya onlar için cenaze töreni yapılmaz. Kısacası sürekli *marime*, sosyal ölüm demektir. Bu tür bir ceza nadiren ve örneğin cinayet gibi ağır suçların karşılığı olarak uygulanmaktadır [29].

Geçici *marime* cezaları ise daha az ciddi suçlar için öngörülmektedir. Örneğin bir Roman’ın bir başka Roman’a karşı hırsızlık eylemini gerçekleştirmesi durumunda bu yaptırım uygulanır. Roman hukukuna göre kimi basit hırsızlık suçları *gaje*’lere (yani Roman olmayanlara) karşı işlenebilir[30].

Görüldüğü üzere Amerika’da yaşayan kimi Roman toplulukları, içinde bulundukları eyaletin hukuk sistemi dışında kendi yargı mekanizmalarını işletmektedirler. Devlet tarafından resmi olarak tanınmadığı için yukarıda bahsettiğimiz güçlü hukuki çoğulluğun bir örneğini teşkil etmektedirler. Zira güçlü hukuki çoğullukta ülke içinde varlığını sürdüren yargılama mekanizmaları devletin resmi hukuk sistemine entegre edilmemektedir.

B. Aborjin Hukuku ve Zayıf Hukuki Çoğulluk

Aborjinlerin Avustralya veya Kanada gibi devletlerin hukuku içindeki konumları ve bu hukukla olan ilişkileri farklı noktalardan tartışılmıştır. Örneğin Avrupa ve Anglo-Amerikan geleneğini sürdüren Kanada devleti hukukunun Aborjinler için alışılmadık adalet ve hak pratikleri sunduğu ve bunun Aborjin vatandaşlar için sıkıntılar yarattığı ileri sürülmektedir[31]. Avustralya devletinde de durum benzer şekildedir. Aborjin vatandaşların suç oranlarının yüksek olduğu ve adli sisteme ayak uydurmak açısından birtakım zorluklar yaşadıkları belirtilmektedir[32].

Aborjinler, Avustralya’nın yerlileri olarak bilinmektedirler. Aynı zamanda, yaşayan en eski kültürlerden biri olarak da varlıklarını korumaya çalışmaktadır[33]. Kendilerine özgü grup içi kuralları ve yaşam biçimi olan bu ırk kendi içinde de homojen değildir.

2000 yılında Avustralya devleti, Batı Avustralya topraklarında yaşayan Aborjinler’le ilgili bir araştırma başlatmıştır. Bu araştırmanın amacı hukuk birliğini yine ‘yasal’ yollardan kurmak ve olası insan hakları ihlallerinin önüne geçmektir. Bu doğrultuda kurulan Komisyon, çalışmaları sonucunda 2005’te Aborjinlerin geleneksel hukukunun tanınıp tanınmaması, eğer tanınacak ise bunun hangi koşullarda mümkün olacağı üzerine kapsamlı bir rapor hazırlamıştır.

Komisyon, öncelikli olarak iki soru(n) üzerinde durmuştur. İlk soru(n) neden Aborjinlilere diğer Avustralya vatandaşlarından farklı davranmak gerekliliğine ilişkindir[34]. Bu soru(n)a gerekçe olarak birkaç husus ileri sürülmüştür. Öncelikle bu husus şekli eşitlikten ziyade maddi eşitliğin bir gerekliliğidir. Bu gereklilik hem Avustralya kanunlarına hem de uluslararası hukuka dayandırılmaktadır. Ayrıca Aborjin kültürünü yaşatmak ve geliştirmek bu topluluğun bir hakkıdır. Bunun da ötesinde, Aborjin geleneksel hukukunun göz ardı edildiği durumların kişiler açısından orantısız cezalara ve adaletsiz sonuçlara yol açmasıdır[35]. Bu hususun ne anlama geldiğini “Geleneksel Aborjin Hukuku ve Cezalandırma” kısmında açıklayacağız.

Avustralya devletinin Aborjin ırkına farklı yaklaşımının meşru sebepleri ise ikinci sorunla ilgilidir. Bu hususa gerek yukarıda açıkladığımız maddi eşitlik üzerinden gerekse Aborjinlere karşı ayrımcılığın önlenmesi üzerinden açıklık getirilmektedir[36].

Avustralya Devletinin bu iki soruya yaklaşımı, ilgili Komisyon’un araştırma ve rapor sonucunda da etkili olmuştur. Avustralya Devleti Aborjin hukukunu uluslararası anlaşmalar ve insan hakları ilkelerine uygun bir biçimde ve ancak mevcut Batı Avustralya hukuku çerçevesinde tanıyacaktır[37]. Dolayısıyla ayrı bir hukuk sistemi yerine, mevcut hukuk sistemine yerleştirilmiş bir yapı içerisinde bu tanınma öngörülmüştür. Bu yapı da, daha önce bahsettiğimiz zayıf hukuki çoğulluk kavramına denk düşmektedir.

27 *Ibid., s.46.*

28 *Örneğin Washington’da hırsızlık şüphesiyle, erekek polisler tarafından üstleri aranan Roman kadınları marime kılındıkları şikâyetiyle polis memurlarına dava açmışlardır. (Alison Dundes Renteln, “Making Room for Culture in the Court”,* **Judges Journal,** *Vol.49, 2011, s.11.) Yine, özellikle polis aramalarında, Roman kurallarına göre kişiyi kirlettiği düşünülen köpekler sorun yaratmaktadır. (Walter O. Weyrauch, “Romaniya: An Introduction to Gypsy Law”,* **The American Journal of Comparative Law,** *Vol. 45,1997, s.231.)*

29 *Weyrauch, Bell, s.47.*

30 *Ibid., s.52.*

31 *Melissa S. Williams, “Criminal Justice, Democratic Fairness, and Cultural Pluralism: The Case of Aboriginal Peoples in Canada”,* **Buffalo Criminal Law Review,** *Vol.5, 2001-2002, s.455.*

32 *Dean Mildren, “Public Lecture Aboriginals in the Criminal Justice System”,* **Adelaide Law Review,** *Vol.29, ss.11-14.*

33 *http://www.aboriginalculture.com.au/introduction.shtml (erişim tarihi: 12.05.2012).*

34 *http://www.alrc.gov.au/publications/ (Australian Law Reform Commission) Chapter One, “Challenging Customary Law Myths and Misconceptions”, erişim tarihi: 01.05.2012, s.10.*

35 *Ibid.*

36 *Ibid., s.9.*

37 *Ibid.,s.11.*

Aborjin hukuku denince, Avustralya devlet hukuku gibi tek bir sistem akla gelmemelidir; zira Aborjin gruplar da kendi içlerinde çeşitlilik ve farklılık göstermektedir. Kimi bölgelerde gelenek hukuku devlet hukukunun tamamen önüne geçmiş bir şekilde uygulanırken kimi bölgelerde geleneğin etkisi zayıftır[38]. Ancak ister uygulansın ister uygulanmasın, Aborjin hukuku, Aborjin toplulukların yaşamlarını, ilişkilerini ve ödevlerini düzenleyen çeşitli kuralara sahiptir[39].

1. Geleneksel Aborjin Hukuku ve Cezalandırma

Geleneksel Aborjin hukuku, Aborjin dinine bağlı olarak doğmuştur ve varlığını sürdürmektedir. Sosyal davranış kuralları, dini hususlar ve bağlayıcı kuralların hepsi 'hukuk'tur[40]. Bunun bir uzantısı olarak da kamu hukuku özel hukuk ayrımı yerine kamu suçları veya özel suçlar olarak bir ayrım mevcut olmakta ve bu iki grup suç birbirinden kesin çizgilerle ayrılamamaktadır. Kamu suçları kutsalın ihlali veya kutsala saygısızlık, ensest veya büyü ile öldürmeyi içermektedir. Özel suçlar ise cinayet, yaralama ve zinadır[41]. Bu ayrım aslında, uyuşmazlığın çözümüne dair getirilen bir ölçüt bazında yapılmaktadır. Kamu suçlarında genel olarak yaşlılar uyuşmazlığın çözümüne karışırken özel suçlarda mağdur kendi adaletini kendisi aramaktadır.

Ayrıca Aborjin ceza hukukunda, modern ceza hukuk sistemlerinin temelini oluşturan kusur esası yoktur. Bir suçun kasıtlı, taksirle ya da bilinçli taksirle işlenmiş olması kimi zaman sorumluluğun bölünmesine sebep olsa da cezalandırma için temel alınan husus nedenselliktir[42].

Aborjin ceza hukukunda suçlar başlıca iki gruba ayrılmaktadır: Kutsal kuralların ihlali ve diğer insanlara veya mülkiyete zarar suçları. Her ne kadar suç ve cezalar Aborjin topluluklar arasında çeşitlilik gösterse de geleneksel ceza çeşitleri şu şekildedir:

- Ölüm cezası: Doğrudan ya da büyü yoluyla ölüm Aborjinler arasında bugün için en az tercih edilen ceza biçimi olmaktadır.
- Büyü ve doğaüstü cezalar
- Bedensel cezalar: Dayak ve kırbaç cezaları bunlardan en bilinenidir. Örneğin zina, aşığı ile kaçmak, yaralama gibi suçların cezası bedensel olmaktadır.
- Aforoz veya sürgün cezası
- Alay konusu olma ve kınama
- Tazminat

38 Ibid.,s 64.

39 Ibid.

40 Ibid.,s 84.

41 Ibid.

42 Ibid.,s.85.

2. Ceza Adaleti Açısından

Komisyon, Aborjinlerin kendi hukuklarını Avustralya devlet mahkemelerinde tanınmasını istemenin adalete ulaşmak açısından gerekli olduğunu düşünmektedir. Aslında Avustralya devlet mahkemelerinde kimi zaman Aborjinlerin davalarında onların gelenekleri ve hukukları göz önünde tutulmuştur. Şüphelinin isnat edilen suçu işleme sebebini ortaya koymaya çalışırken, faile aynı zamanda gelenek hukukuna göre kendi topluluğu içerisinde ceza alacağını göz önünde tutmak suretiyle ceza verirken, ya da sanığı rehabilite etmede en uygun yolu bulmaya çalışırken gelenek hukukundan yardım alınmıştır[43]. Örneğin, tıpkı hasta çocuğunu hastaneye yetiştirmek için hız sınırını ihlal eden (Aborjin olmayan) bir Avustralya vatandaşının bu gerekçesi göz önünde bulundurulduğu gibi, hız sınırını 'anne'sinin cenazesine yetişmek için aştığını söylemesi de mahkemede dinlenmektedir. Buradaki gelenek, akrabalık ilişkilerinin düzenlenmesinde yer almaktadır. Aborjin geleneğine göre biyolojik annenin tüm kardeşleri (yani teyzeler) de anne sayılmaktadır. Bu husus göz önüne alınmasaydı eğer hız limitini aşan kişinin cezası hafifleştirici etkiden yararlanmayacaktı.

Bunun yanı sıra Komisyon, mahkemelerin, Aborjin vatandaşların ceza mahkûmiyetine karar verirken bu vatandaşların, kendi gruplarında, kendi kuralları çerçevesinde vermiş oldukları cezaların da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmektedir. Zira Aborjin bir birey, eğer gerçekleştirmiş olduğu eylem Aborjin geleneğine göre de suç sayılıyorsa, gelenek hukukunun dayattığı ceza adaletinden kaçamayacaktır. Bu durumda, gerek gelenek hukuku tarafından gerekse devlet hukuku tarafından cezaya mahkûm edilen failin aslında "çifte ceza" yükünü taşıması adaletsiz olacaktır[44].

3. Aborjin Mahkemeleri

Avustralya Devletinin zayıf hukuki çoğulluk sistemini uyguladığının en resmi kanıtı Aborjin Mahkemeleridir. 'Aborjin mahkemesi' terimi, Aborjin yaşlılarının veya diğer itibar sahibi grup mensuplarının cezalandırma aşamasına katıldığı mahkeme modelini belirtmektedir[45]. Bu modeller, mevcut Avustralya hukuk sisteminde farklı yörelerde çeşitli biçimlerde varlıklarını sürdürmektedir[46]. Bunlardan en önemlileri Nunga Mahkemesi, Koori Mahkemesi ve Murri Mahkemesidir. Bu mahkemelerde, normal mahkeme düzeni ve yapısı dışına çıkılmıştır. Yargıcın yanında Aborjin üyeleri yer almaktadır. Mahkeme oturma düzeni de değişmiştir. Örneğin herkes aynı seviyede oturmakta veya yuvarlak bir oturma düzeni kurulmaktadır. Bu önlem Aborjinlerin devlet hukuku karşısında kendilerini eşit hissetme-

43 Ibid.,ss. 14-15.

44 Ibid.,s.29.

45 http://www.alrc.gov.au/publications. "Chapter 5, Aboriginal Customary Law and the Criminal Justice System", (erişim tarihi:01.05.2012) s.124.

46 Aborjinlerin yaşadığı bir diğer ülke olan Kanada'da ise Aborjin vatandaşların hukuk sistemiyle entegresi farklı pratiklerle kurulmaya çalışılmaktadır. "Elder Panels" (Yaşlı Oturumları) ve "Sentencing Circles" (Cezalandırma Daireleri) yerel kültür ile devlet hukuku arasındaki köprüyü kurma işlevi görmektedir. (Melissa S. Williams, "Criminal Justice, Democratic Fairness, and Cultural Pluralism: The Case of Aboriginal Peoples in Canada", **Buffalo Criminal Law Review,** *Vol.5, 2001-2002, s.473).*

lerini sağlamak ve hiyerarşik düzenin kurduğu önyargıları azaltmak amacını taşımaktadır[47] Bunun da ötesinde Aborjinler için büyük bir sorun olan dil engeli de bu mahkemelerde alınan tedbirlerle aşılmaya çalışılmaktadır[48]. Davaların bu biçimde rehabilite etkisi yüksek ve yoğun geçiyor olması, Aborjin Mahkemelerinin uyuşmazlık çözüm süresini uzatmaktadır. Örneğin Koori Mahkemesi değerlendirme raporlarına göre günde 5 ila 10 arasında Aborjin davalarına bakılabilmektedir. Bu oran normal bir Avustralya Devlet mahkemesinde 50'dir[49]. Not düşmekte yarar vardır ki Aborjin mahkemelerine başvuru gönüllülük esasına dayanmaktadır. Bunun en önemli sebebi, Aborjin bireylerin kimi durumlarda kendi grup mensupları karşısında yargılanmayı çok utandırıcı bulmalarıdır[50].

Sanılanın aksine, Aborjin Mahkemeleri, bağımsız bir hukuk sistemi oluşturmamakta; Avustralya hukuk kuralları ve hukuk sistemi çerçevesinde yürütülmektedir. Ayrıca hiçbir koşulda mahkeme bünyesinde yer alan Aborjin mensuplarının tek başına cezalandırma yetkisi tanınmamaktadır. Söz konusu yaşlı veya itibar sahibi insanların mahkemedeki rolü yargıca Aborjin hukuku ve kültürü hakkında bilgilendirici görüşler sunmak ve kimi zaman sanıkla iletişim kurmayı kolaylaştırmaktır[51]. Araştırmalar göstermektedir ki Aborjinliler, devlet mahkemelerinde kendi gruplarından etkili kişileri görmeye dayanamamaktadırlar; bu anlamda "utanç" kavramı Aborjin kültüründe caydırıcı ve önleyici bir etki yaratmaktadır[52]. Komisyon raporlarına göre Aborjin Mahkemelerinin ceza adaleti sistemini Aborjin vatandaşların ihtiyaçlarına daha karşılık verici bir niteliğe sokmakta ve gözaltında tutulan Aborjinlilerin sayısının azalmasında etkili olmaktadır[53].

Avustralya devleti, gelenek hukukunun tamamen uygulanmasına ya da gelenek hukuku bahane edilerek insan hakları ihlalinin meşru kılınmasına karşıdır. Gelenek hukukuna, belirli savunmalarda (*specific defence*) izin verilmektedir. Belirli savunma argümanı ise bazı suçlarla sınırlı olarak uygulanacaktır[54]. Aynı şekilde, değerlendirme her somut olayın koşullarına göre farklılık arz edebilecektir[55].

47 *http://www.alrc.gov.au/publications. "Chapter 5, Aboriginal Customary Law and the Criminal Justice System", (erişim tarihi:01.05.2012) , s.133.*

48 *Söz konusu dil engeli gerek devlet gerekse Aborjin vatandaşlar açısından birçok sıkıntı yaratmıştır. Örneğin Aborjin İngilizcesinde kimi onay cümlelerinin gramatik olarak farklı kurulması sanığın ikrarı olarak yanlış bir şekilde anlaşılmış, Aborjinlerin tanıklığında anlatının farklı fiil ve zaman çekimleriyle yapılması olayların kimi zaman yanlış aktarılmasına yol açmıştır. Adaletin gerçekleşmesinde dilin önemi birçok adli ve idari görevli tarafından fark edilmiş ve buna yönelik birtakım önlemler alınmıştır. (Bknz: Diana Eades, "Aboriginal English in the Criminal Justice System",* **The Habitat of Australia's Aboriginal Languages"** *içinde, Ed. Gerhard Leither, Ian G Malcom, Mouton de Gruyter, 2007, Berlin, ss.299-326.*

49 *Ibid., s.132.*

50 *Ibid., s.133.*

51 *Ibid., s.124.*

52 *Ibid., ss.126-127.*

53 *Ibid., s.127.*

54 *Ibid., s.139.*

55 *Ibid., s.180.*

Aborjinler'in Avustralya Devletinin hukukundan ayrı olarak uyguladıkları bu kuralları ve uyuşmazlık çözüm mekanizmalarını hukuki çoğulluk kapsamında değerlendirdik. Ancak buradaki bir ayrımın altını çizmek gerekmektedir. Aborjinlerin, Devlet tarafından tanınan kural ve düzenlemeleri zayıf hukuki çoğulluk kavramıyla açıklanabilirken, devlet tarafından tanınmayan bölümleri, güçlü hukuki çoğulluk kavramına denk düşmektedir.

Sonuç

Bazı ülkelerde uyuşmazlıkların çözümü için devlet dışı mekanizmaların hüküm sürmesi hukuki çoğulluk kavramıyla açıklanmaktadır. Kimi zaman bu mekanizmalar devlet tarafından tanınmamakta kimi zaman ise bunları devletin hukuk sistemi ile bütünleştirmek için birtakım düzenlemeler getirilmektedir. Örneğin Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Roman gruplarının *kris* denen özel mahkemeleri ve *krisnitorya* isimli hakimleri içinde bulundukları eyaletin hukuk sistemi tarafından tanınmazken Avustralya yerlileri Aborjinlerin, bir kısım gelenek hukuku Avustralya hukuk sistemine entegre edilmiş ve hatta Aborjin mahkemeleri yargı örgütü içinde yerini almıştır. Roman hukuku ve içinde yaşadıkları eyalet hukukunun ilişkisi güçlü hukuki çoğulluğa; Avustralya devlet hukuku ve Aborjin hukukunun ilişkisi zayıf hukuki çoğulluğa örnek teşkil edebilir. Zayıf hukuki çoğullukta devlet, farklı hukuk mekanizmalarını kendi hukukuyla ilişkilendirmek ve hukuk bütünlüğünü sağlamak için düzenlemeler getirmektedir.

KAYNAKÇA

- *Ceylan, Şule Şahin*. **Geleneksel Toplumdan Modern Topluma Alternatif Uyuşmazlık Çözümü,** *İstanbul: XII Levha Yayıncılık, 2009*.
- *Griffiths, John*. *"What is Legal Pluralism?",* **Journal of Legal Pluralism** *& Unofficial Law, Vol.24, 1986, ss.1-55*.
- *Ian Hancock, "Romani Americans ("Gypsies"), http://deimos3.apple.com/WebObjects/Core.woa/DownloadTrackPreview/ushmn.org.1434142337.pdf. (23 Nisan 2012)*
- *Reis, Maria*. *"The materialization of Legal Pluralism in Britain: Why Shari'a Council Decisions Should Be Non-binding",* **Arizona Journal of International & Comparative Law,** *Vol.26, 2009, ss.739-778*.
- *Snyder, Francis G.. "Colonialism and Legal Form: The Creation of 'Customary Law' in Senegal",* **Journal of Legal Pluralism**, *Vol.19, 1981, s.51, ss.49-90*.

- *Stitt, Allan J.*. **Alternative Dispute Resolution for Organizations,** *Ontario: John Wiley & Sons Canada Limited, 1998*.
- *Tamanaha, Brian Z.. “The Folly of the ‘Social Scientific’ Concept of Legal Pluralism”,* **Journal of Law and Society**, *Vol.20, 1993, ss.192-217*.
- *Tamanaha, Brian Z.. “A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism”,* **Journal of Law and Society**, *Vol.27, 2000, ss.296-321*.
- *Tamanaha, Brian Z.. “Understanding Legal Pluralism: Past to Present, Local to Global”,* **Sydney Law Review**, *Vol.30, 2007, , ss.375-411*.
- *Üye, Saim*. **Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk**, *Turhan Kitabevi, Ankara, 2013*.
- *Weyrauch, Walter O.. ve Maureen Anne Bell, “Autonous Lawmaking: The Case of the ‘Gypsies’”,* **Gypsy Law** *içinde, ed. Walter O.Weyrauch, London: University of California Pres, 1997*.
- *Birleşmiş Milletler, Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, New York, 2006, http://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/HB_Restorative_Justice_Turkish.pdf, erişim tarihi: 04.03.2012*.
- *Adalet Bakanlığı, Ceza Uyuşmazlıklarında Uzlaşma El Kitabı, Ankara, 2009, http://www.undp.org.tr/demGovDocs/MediationCriminalJustice/CEZA-UNDP-1.pdf, erişim tarihi: 05.03.2012*.
- *http://www.arabulucu.com/haberler/arabuluculuk-kanunu-tasarisi-uzerinde-yapilan-tartismalar-ve-elestiriler-devam-ediyor, erişim tarihi: 20.05.2012*.
- *http://www.aboriginalculture.com.au/introduction.shtml erişim tarihi 12.05.2012*.
- *http://www.alrc.gov.au/publications/ (Australian Law Reform Commission) erişim tarihi: 01.05.2012*.

ADALET, HUKUK VE ŞİDDET ARASINDA YASALAR

Ayşegül SİLİ*

Adalet, hukuk ve yasa arasındaki sürekli ve zorunlu ilişkinin doğası üzerine pek çok şey söylenebilir. Adalet ilkesinin hukuka dayanak sağlama işlevi ve yasaların, hukukun çizdiği genel teorik çerçeve içerisinden topluma uzanan taşıyıcılık vasfından kolaylıkla söz edilebilir. Ancak birbirinin doğal uzantısı biçimindeki bu üç kavramla esasen karşıt bulunan şiddet olgusunun temas noktalarını belirlemek aynı ölçüde kolay değildir. Hukuk varlığını bir siyasal otorite temelinde gerçekleştirmektedir. Dağınık ve belirsizliklerle dolu sosyal gerçeklik dünyasına hukuk ve yasalar yoluyla düzenlilik kazandırma amacı taşıyan siyasal otoritenin, adalet ilkesinden aldığı meşruiyetle en azından ilkesel olarak şiddet karşıtı bir yerde durması beklenmektedir. Buna rağmen toplumsal ilişkileri düzenleme işlevini gerçekleştirmek için güçlü bir otoriteye duyduğu ihtiyaç, hukukun şiddet ile arasına kesin ve aşılmaz sınırlar koymasını güçleştirmektedir.

Devlet ve hukuk olgusunun toplum içinde oluştuğu gerçeğinden hareketle (Öktem, Türkbağ. 2001, 56) toplumsal ilişkilerin başat düzenleyicisi olan siyasal otoritenin ve bu düzenlemenin temel aracı görünümündeki yasaların sosyolojik birtakım sonuçlar ürettiğinden söz etmek mümkündür. Hukukun toplumsal yaşamla bitişikliğini vurgulamak üzere ‘nerede bir toplum varsa orada hukuk vardır’ -ubi societes ibi jus- tabiri kullanılmakta, aynı şekilde nerede bir toplum ve hukuk varsa orada en azından yasa koyucu bir otoritenin de bulunması zorunluluğu bilinmektedir. Çünkü hukuk doğası itibariyle güce dayanmak zorundadır ve dahası otorite, kurucu ve koruyucu olmak bakımından hukuku öncelemektedir. Bununla birlikte tarihsel süreç otoritenin hukukuna karşı hukukun otoritesini geliştirme eğilimlerine şahitlik eder. Çünkü otorite, şiddet tekelini elinde bulundurma hakkı sayesinde hukuku araçsallaştırma niteliğini de üzerinde taşımaktadır. Bu yönüyle hukuksal açıdan, gücün hukuka karşı kullanılması ve toplumsal düzene, hukuka saldırı olarak değerlendirilen şiddet (Dönmezer, 1996, s.215), otoritenin elinde hukukun ürettiği bir sonuç haline dönüşmeye elverişli bir hal alacaktır. Bu noktada önemli olan hukukun kaynağı olarak adalet ilkesinin belirleyiciliğidir. Adalet ilkesi hukukun somut uzantıları niteliğindeki yasalara sirayet ettiği ölçüde sosyolojik açıdan görünür olacak, adalet duygusunun zedelenmemesi ancak bu koşulla mümkün kılınabilecektir.

Adalet kavramını sahip olduğu yüce ve gizemli soyutluk makamından, hukuk ve yasalar vasıtasıyla toplumsal hayatın çeşitli gerçeklik alanlarına çekme veya indirgeme yönteminin nasıl olacağı, bu noktada önem kazanan bir sorudur. Felsefi açıdan bir içeriğe kavuşturulması ve ortak bir tanıma bağlanması zor olduğu için sorunsal olarak ele alınan kavramların başında adalet kavramı gelmektedir. Adalet kavramı, bünyesinde iyilik gibi

* *Yard. Doç.Dr. KTO Karatay Üniversitesi İİBF Sosyal Hizmet Bölümü, aysegul.sili@karatay.edu.tr*

mutlak bir değer taşıması hasebiyle erdemler hiyerarşisinde yüksek bir konumda bulunmasına rağmen, içerisinde barındırdığı duygu ve inanç unsurları yüzünden açıklıkla tanımlanamamaktadır. Bununla birlikte bu kavram, eşitlik, özgürlük, hak ve hukuk gibi öteki değerlerle de öylesine kaynaşmıştır ki, sahip olduğu karmaşık ve çok boyutlu yapı içerisinde saltık biçimde belirginleşmesi olanaksız bir hâl almıştır. Ancak adalet kavramının bu özelliği kendisinde herhangi bir değer kaybına yol açmaz, çünkü bazı kavramların anlamı tam da taşıdığı belirsizlikle kapsayıcılık niteliği kazanmaya elverişlidir. Farklı bir deyişle soyut adalet tanımlarının yararı, Lao Tse 'nin *'kabı bir kap yapmak için yoğururlar, kabın yararı içindeki boşluktan ötürüdür'* ifadesinde olduğu gibi, gündelik hayat içerisindeki sayısız hukuk durumlarına form kazandırma işlevi üzerinden değerlendirilmelidir. Adalet kavramı ilkesel bir çerçeveye, ahlaki değerlerle özdeş şekilde, temel bir erdeme işaret etmektedir. Bu yönüyle adalet kavramı bütün tekil sosyal ilişkilerde ortak olan hakkı ve hukuku koruma talebini kavramsallaştırmaktadır. Adalet, hukuku gündeme getiren herhangi bir tekil durumla tanımlanamayacağı gibi, her tekil duruma içkin bir ortak değerin, insana ait bir hakkı koruma istencinin ifadesidir. Yasalar ise, genel anlamda bu istencin tezahürü şeklinde anlaşılmaya elverişlidir.

Adalet temelde adaletsizlikle birlikte, yani karşıtıyla anlaşılır hale gelir. Adalet talebi her tekil hak kaybı için, aslında adaletsizlik durumunun giderilmesi beklentisinden başka bir şey değildir. Adaleti ütopik bir düzen arayışı olarak görmekten ziyade somut koşullar ekseninde anlaşılır talepler üzerinden değerlendirme imkanı üzerinde durmak gerekir. Böylelikle adalet, soyut ve uzak bir tasavvur olmaktan çıkarak yaşamalanı ve sorumluluk düzlemine çekilebilecek, hukuku, yasaları ve adalet duygusunu anlamlı kılacaktır. Toplumsal yaşamı düzenleyici vasfıyla hukuk, yaşamalanında belirli bir otoriteye bağlı olarak kurulduğundan bu noktada iktidar, adalet ve hukuk ilişkisi yasalar üzerinden anlaşılmaya ihtiyaç duymaktadır.

Hukuk bilimi açısından yasaların en belirgin vasfının buyuruculuk ya da buyruk olduğu bilinmektedir. Hukukun ana işlevi öğüt vermek değildir, o sadece sosyal davranış planı ya da önerisi olarak görülmez, toplumsal yaşamı düzenleyip biçimlendirerek ona belli bir kimlik kazandırma amacı da güder (Emini, 1997, s.50). Bu sebeple buyurucu bir karaktere bürünmesi zorunludur, 'yapmalısın' demez, 'yapılmalıdır' der. Yani din ve ahlak gibi otokontrol mekanizmalarına seslenmez, kişiyi dışsal bir güce itaate mecbur eder. Bununla beraber hukuk kuralı bir emir veya yasağı içermekle kalmaz, bunu müeyyideye bağlayarak yaptırım gücü sayesinde kurallarının kabul edilmesini ve uygulanmasını sağlar. Toplumsal yaşamı düzenleyici bir etken olarak hukuk, manevi düzenleyicilik vasfı bulunan din, ahlak gibi diğer tanzim edici unsurlara karşın, maddi müeyyide gücü olan zorlayıcı bir sistemi kastetmektedir. Bu paralelde hukuk devleti, adaletin gereği ve uzantısı olarak görülmekte, şekli adaletin kamusal kuralların düzenli ve tarafsız yönetiminin hukuk sistemine uygulanması olarak tanımlanmaktadır (Rawls, 1994, s.235).

Şiddet ise, kişinin kendine yönelmiş olumsuz davranışları bağlam dışı bırakıldığında, genellikle 'sosyal problem' olma özelliğindedir ve karşılıklı ilişkiler ortamında varlık alanı

bulduğu için tıpkı hukuk gibi sosyolojik bir olgu olarak görülmektedir (Michaud, 1991, s.78). Kavram, çeşitli görüngülerinden hareketle, birçok şekilde tanımlanmaya açık olmakla birlikte, burada hukukla ilişkisi bağlamında tercih edilen tanım, şiddetin büyük güç, sertlik ya da haşinlik olma özelliği ile bazı doğal süreçlere yersiz kısıtlamalar getirme, kişisel özgürlüğü zor yoluyla kısıtlama olarak karşılanmasıdır (Hobart, 1996, s. 52). Fenomenolojik açıdan bakıldığında şiddet, kuvvete yakındır, çünkü şiddetin araçları da doğal kuvveti çoğaltmak amacıyla tasarlanır ve kullanılır; ta ki gelişimlerinin son safhasında doğal kuvvetin yerine geçer hale gelinceye değin sürer (Arendt, 1997, s. 52). Şiddetin sayısız ifade biçimleri sayısınca ona dair tanım ve açıklamaların artırabileceği gerçeğiyle beraber, neyin şiddet olup neyin şiddet olmadığı ayrımını yapmamızı sağlayacak olan ve bize şiddetin en doğrudan en alışılmış imajını verecek olan akıldır (Raynaud vd., 2011:847). İnsanın maruz kaldığı muamelenin şiddet içerip içermediğini algılayabilmesi, ancak sürekli dönüşüm halinde olan şiddet davranışlarının ayrımını yapmasını sağlayabilecek bir görü geliştirmesi ile mümkün olmaktadır. Aksi takdirde kişi şiddetin etkisi altında olup olmadığı algılayamaz ya da algılaması zaman alır. Şiddet bir insan üzerinde farklı sebeplerle ve amaçlarla uygulanabileceği gibi, uygulanırken şiddet gören insanın en çok bel bağladığı hatta hiç ummadığı araçlar kendisi aleyhine kullanılıyor olabilir. Bu sebeple şiddete dair bilinç geliştirmek, giderme mekanizmaları açısından önem kazanmaktadır.

Elbette ki hukuk toplumsal hayatın vazgeçilmez öğelerinden biridir. Yine toplumsal yaşamın başat düzenleyicisi olarak egemenlik erkinin yasa koyuculuk vasfı, devlet ve hukuk arasındaki işlevsel ilişkiyi açığa vurmaktadır. Devletin halkı karşısında sahip olduğu 'yüce' ve 'üst' pozisyon, devleti toplumsal adaletin sağlanmasında yetkili kılmıştır. Diğer bir tabirle, toplumdaki adaleti evrensel hukuk değerlerini esas alarak sağlamak modern devletin görevlerindendir. Bunun yanında hakkın ve hukukun savunuculuğunu üstlenmesi devletin meşruiyetini pekiştiren bir unsur olarak işlev görmektedir (Günaydın, s.1). Devletin adalet ilkesi ekseninde hukuku sahiplenen ve aynı zamanda hukuktan aldığı meşruiyete dayanan konumu, hukuku iktidar üzerinde konumlandıran bir yapı sergileyebileceği gibi, iktidar aracı olarak kullanmaya da müsait bir zemin teşkil eder.

Walter Benjamin ünlü Şiddetin Eleştirisi Üzerine isimli metninde şiddetin yarattığı etkinin hukuk ve adaletle ilişkili olması gerektiği üzerinde durmaktadır. Hukuku göz önüne aldığımızda bir hukuk sistemi içerisinde en temel ilişkinin amaç-araç ilişkisi olduğunu ve şiddetin amaçlar âleminde değil araçlar âleminde aranması gerektiğini görürüz. Bu durumda şiddetin adil bir amaca mı, yoksa adil olmayan bir amaca mı hizmet ettiği önem kazanır (Ergül, 2009, s.110). Benjamin, söz konusu metinde şiddetin çift yönlü niteliğine, yani hem yasakoyucu hem de yasakoruyucu oluşuna vurgu yapar. Hukuk açısından şiddetin korkutucu tarafı, onun yasakoyucu özelliğinin açığa çıkması ve yeni bir ilişkiler biçimi kurup bunun yasakoruyuculuğunu üstlenmesidir. Hukuk, bireyin elindeki şiddetten hukuk sisteminin altını oyan bir tehlike olarak değil, tam da yasanın kendisinden dolayı korkar. Başka bir deyişle hukuk, şiddetin bir başka hukuk oluşturmasından ve kendi tek elinde tuttuğu şiddetin çözülmesinden dolayı bir tehdit hisseder (Benjamin, 2005, s.101). Bu nok-

tada etkili bir şiddet eleştirisinin hukukun kendisinin değerlendirilmesi ve eleştirilmesine yönelmesi gereği ortaya çıkmaktadır. Hukuk ve şiddet bağlamı için, bu açıdan bakıldığında, ikisinin karşıt oluşundan söz etmek bir yana şiddetin hukukun temelinde bulunduğunu söylemek mümkün olur.

Benjamin'in gözünde hukuk ve şiddet sarmalı en çok adalet kavramını aşındırmaktadır. Şiddetin sırf egemenlerden gelmediği bilinmekle birlikte, devletlerin gittikçe artan iktidarlarına karşı yurttaşların kudretlerinin aynı ölçüde artmadığı bilinmektedir. İktidar karar alma ve tahakküm tekeli olduğu gibi güç uygulamanın da tekeli olmaktadır. Hukuk ve şiddet uygulama hakkı bağlamında aynı noktada buluşmakta, görünürdeki normatif karşıtlık olgusal bir birleşme ile sonuçlanmaktadır. Adalet fikrini kavramsal bir karmaşaya dönüştürme eğilimleri dışında, Rawls adalet duygusunun, adalet ilkelerini uygulamaya ve bu ilkelere göre hareket etmeye yönelik güçlü bir arzudan başka bir şey olmadığını ifade eder (Solomon, 2004, s.27). Nietszche'nin şiddetin bazı türlerinin erdemin gelişmesinde önemli rol oynadığı vurgusundan hareketle Solomon, kendisinde bir öfke ve taşkınlık kapasitesi, hatta nefret yeteneği olmayan kimsenin adalet duygusuna sahip olamayacağını iddia eder. Kimine göre adaletin kökeni adaletin merkezinde şefkat yer alır, ama adaletin kökeni ve adalet tutkusu daha vahşi, hatta düşmanca duygulardadır. İnsan aynı zamanda kızgınlık ve nefret duymuyorsa şefkatli ve dürüst de olamaz; bunun tersini varsaymak ahlaki duyguların ve bunlarla birlikte adalet duygumuzun da içini boşaltmaktan başka bir şey değildir (Solomon, 2004, s. 295).

17. yüzyıl siyaset felsefesinin temel tartışmalarından birisi de, çağımızla benzer şekilde, şiddetin ve ufukta görünmeye başlayan sürekli savaşın nasıl önleneceğidir. Hobbes herkesin herkese karşı savaş hali olan bu ölümcül döngüden kurtulma yolu olarak, tüm kişilerin haklarını ve güçlerini bir egemene devretmesini salık vermektedir. Bireyler şiddet uygulama özgürlüklerinden kendi rızaları ile vazgeçecekler, böylelikle gücü tek elinde toplayan iktidar, her şeyin tek ve nihai ölçütü haline getirilecektir. Böylelikle siyasal alanda tek kişi -Leviathan- ortaya çıkacak; düşünen, eyleyen ve hükmeden egemenin karşısında biçimsiz, atomize edilmiş ve kişilikten yoksun halk bulunacaktır. Dudakları (egemen) itaatkar bir şekilde dinleyen kulaklardan (halk) oluşan bir siyasal birliktelik (Hobbes, Leviathan, s.130). Oysa Hobbes'un önerdiği bu çözüm sayesinde şiddetin engelleneceği düşünülmesine rağmen yalnızca şiddetin biçiminde bir değişiklik olmuştur. Bireylerin birbirine karşı uyguladığı şiddetin yerine tüm gücü kendisinde yoğunlaştıran, siyasal alanda aşkın bir konum kazanan ve sınırının ne olacağı hakkını ve gücünü belirleme yetkisini tek başına sahiplenen egemenin uyguladığı şiddet almıştır (Ergül, 2009, s.114). Bu durumda hukukun siyasal egemenliğin ideolojik bir aygıtına dönüşmesi kaçınılmazdır. Hukuk bu anlamda şiddetin ve iktidarın mistifiye edici bir biçimi olarak ortaya çıkmakta, hukuk ve şiddet dolayımı öylesine 'hayaletimsi' bir kombinasyon içine girer ki, devlet aygıtı şiddete başvurma hakkını kendi varoluşuna içselleşmiş bir biçimde bulur. Benjamin açısından bu mantıksal değil, olgusal bir çelişkidir ve mevcut adalet anlayışı her şeyden önce gücün meşrulaştırılmasıdır (Kardeş, 2009, s. 120).

Hobbes üzerinden başlayan modern devlet açıklamalarında gelenek olduğu üzere değinilmesi gereken ikinci bir isim Max Weber'dir. Ona göre modern devlet, bütün siyasal birlikler gibi, sosyolojik olarak ancak kendine özgü somut araçları açısından tanımlanabilir: o da fiziksel güç ve şiddet kullanımıdır. o, belli bir arazi içinde fiziksel şiddetin meşru kullanımını tekelinde bulunduran insan topluluğuna modern devlet adını verir (Weber, 1987, s.79-80). Fakat söz konusu şiddet tekelini pratiğe geçirme meşru olmalı, yasalara dayanmalıdır. Modern devletin yasalarının dilinde fiziksel olmayan simgesel bir şiddet bulunmakta ve böylelikle hukuk düzeni şiddet üzerine kurulmuş olmaktadır. Geleneksel olarak fiziksel şiddet üzerindeki devlet tekelinin, sosyolojik meşruluğunu toplumsal barışı ve güvenliğini gerçekleştirme hedef ve işlevinden aldığı; başka bir ifadeyle, modern devlete bu tekelin, şiddeti toplumsal ilişkilerden tasfiye etme veya toplumsal ilişkilerde şiddet kullanımını en aza indirme karşılığında verildiği kabul edilir (Sancar, 2003, s.28).

Weberyan bir bakışla hukuku, otorite açısından hem yaşam alanında yan yana gelen şeylerin, hem de ardı ardına gelen şeylerin otoriteye göre düzenlenmesini sağlama olanağı olarak düşünmek de mümkündür. Eğer yaşamalanında direnç yoksa, otorite bütün varlığıyla yaşamalanına yerleşecek, hukuk da otoritenin salt değerlerinden biçimlenecektir. Bu durumda hukuk, otoritenin ahlakı olacak ve yaşamalanında başka değerler varlığını sürdüremeyecektir. Otoritenin bu hali en saldırgan, en korkunç, en katı halidir. Oysa yaşamalanındaki topluluk açısından hukuk bir sözleşme olarak gereksinimleri karşılama ve otoriteyi ehlileştirme işlevine sahiptir. Yaşamalanındaki herhangi biri varlığından ve geleceğinden hukuk sayesinde emin olabilir. Eğer hukuk otoriteye karşı toplumsal dirençle belirlenirse yaşamalanında otorite dışı özgürlük alanları oluşabilecektir. Bu durumda hukuk hem otoritenin hem de yaşam alanındaki insanların gönenci olacaktır. Otoritenin edimselleşmiş hali siyasi iktidardır ve hukuku bozan yahut koruyan güç odur. Hukukun ruhu adalettir ve bu yönüyle adalet, otoritenin sınırsız eylem gücünün topluluğun içsel direnişiyle sınırlandırılmasıdır (Aksu, 2010) . Öyleyse hukuk, iktidar ve toplum arasında şiddet üzerinde gelişen dengenin hassas ayar noktalarındandır.

Şiddete dayalı devlet düzeni fikrine karşıt olarak, şiddetsiz toplum düzeni fikrini savunan anarşist toplum kuramları ise Kant'ın tabiriyle 'şiddetsiz yasa ve özgürlük› ilkesinden hareket ederler. Anarşi şiddetsizlik demektir; insanın insan üzerinde egemenlik kurmaması demektir; şiddet yoluyla zorlamama demektir. Anarşistleri bütün ötekilerden ayıran şeyse, şiddetten nefret etmeleri, şiddeti, yani maddi şiddeti insanların kendi aralarındaki ilişkilerin dışına sürüp atma arzusu ve amacıdır (Malatesta1980, 166; akt. Cantzen, 2000, s.84). Bu yaklaşım Weber'in devleti 'yönetici kurmaylar aracılığıyla meşru fiziksel zorlama tekelini düzenin sağlanması için elinde toplamış siyasal bir tımarhane' olarak tanımlamasıyla (akt. Cantzen, 2000, s.86) benzer bir anlayışla, hukukun devlet tekelinde bir şiddet aracı olarak kullanılmasına karşı itirazı dile getirir. Anarşizm 'daha az devlet daha çok toplum' ideali ile hukuku şiddetsizlik ilkesini gerçekleştirme yolu olarak ortaya koyar.

Adalet, hukuk ve şiddet arasında yasaların durumuna gelince, çok yönlü bir etkileşim düzleminde zor bir denge halinden söz etmek durumunda kalırız. Yasanın hukuka mı,

adalete mi ilişkin olduğu temel sorusundan hareketle, yetkilendirilmiş güç olarak hukukun aynı zamanda 'haksız' olarak yargılanabilir olması yasaların şiddete dönüşebilen potansiyelini yeniden ve bu kez tekillikler düzleminde tartışma alanına taşır. Hukuk yasalar yoluyla uygulanabilirlik kazanınca, artık hukuk haline gelen adalet, bir güç ima etmeye başlar. Burada hukuku aşan adalet, hukukla çelişen adalet veya adaletle çelişen yasa olaasılığı da her zaman akılda tutulmalıdır. Şiddet kavramının adalet, hukuk ve yasa düzeneğine katılımı bu itiraz zemininde anlaşılmaya uygundur. Başlangıç anında ne yasal ne de yasadışı olan şiddet (Derrida, 2010, s.49) hukuk sürecine içkin gücün açığa vurulmasıyla ortaya çıkmaktadır. Öyleyse yasaların adaleti temsil etme potansiyeli, her durumda şiddeti temsil etme olasılığını da içinde taşımaktadır. Bu noktada Montaigne'nin hukuk, adalet ve yasa arasındaki ayrımını hatırlamak yararlı olabilir. Ona göre hukuk ve yasalar, hukuk ve yasa olarak adil değildir. Yasanın ve hukukun otoritesi onlara güvenilirlik atfedilmesine dayalıdır (Derrida, 2010, s.56) Öyleyse yasanın ve devamında hukukun adalet ilkesine bağlanmasını sağlayan şey, bireylerdeki adalet duygusuyla paralel olarak onlara güven duyulması ile ilgili olmaktadır. Yasakoyucu şiddetin kendini meşrulaştırması, onun meşruluğunun kabulünü ve değerini gerektirir ve bu, zamansallığı itibariyle bir gelecek projesini ve tekrarı varsayarak (Direk, 2010, s.225) otorite-şiddet ilişkisini adalet arayışı ekseninde geleceğe de yansıtır.

Yasaların kaynağını adalet ilkesinden alan, bir yüzüyle hukuka diğer yüzüyle şiddete bakan konumu toplumsal değerlere ve kendine özgü olgusal etkenlere bağlı birçok farklı ele alışa teşne bir yapıya sahiptir. Bu sebeple duyarlı bir yasakoyucunun ilk ödevinin, toplumdaki titreşimleri yakalayarak durmamacasına yiten ve ortaya çıkan değerleri zamanında saptamak ve hiyerarşik konuma göre hukuki yaptırımlarla korumak olduğu ileri sürülmektedir (Selçuk, 2009, s.16). Öte yandan otoritenin şiddet üretme eğilimlerine karşı toplumun sınırlayıcı direnç gücünü bir denge faktörü olarak belirlemek önemlidir. Ancak burada adalet ilkesinin yalnızca otorite tarafından kurulan bir değer olmadığını ortaya koymak gerekir, çünkü adalet her şeyden önce bireylerin tutumlarıyla şekillenen bir erdemdir. Adaletin birey ve devlet ekseninde karşılıklı ilişkiler temelinde tesis edilmesi, üst, buyurucu yapılar (devlet, hukuk) tarafından olduğu kadar, alt, uygulayıcı birimler (birey ve toplumsal gruplar) tarafından da ölçüt olarak içselleştirilmesiyle mümkün olabilir. Adalet, fiziksel güç ve şiddet tekelinin tek bir otoritede, hukukla haklılaştırılmış iktidar elinde toplanmasından ziyade, topluma dağıtılmasına daha yakın durmaktadır. Bu yönüyle yasa koyucunun toplumsal ihtiyaç ve olgularla beslenen özgün bir kavrayışla adalet kavramının içini doldurması ve uygulamada hak taleplerini merkeze alarak adaleti yeniden ve sürekli olarak tesis etmenin, bozulan bir doğrultuya yön vermenin arayışında olması adaleti görünür kılmanın yollarını teşkil edecektir.

KAYNAKÇA:

- *Aksu, Ş.(2012), "Yaşamalanı - Otorite İlişkisi Açısından Hukuk", İstanbul: Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 23.Kitap, 7-12.*
- *Arendt, H. (1997), Şiddet Üzerine, (Çev: Bülent Peker), İstanbul: İletişim Yayınları.*
- *Benjamin, W. (2005), "Şiddetin Eleştirisi", (Çev: Besim F. Dellaloğlu), Benjamin Seçkisi, İstanbul: Say Yayınları.*
- *Cantzen, R. (2000), Daha Az Devlet Daha Çok Toplum, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.*
- *Derrida, J., (2010), "Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli" Şiddetin Eleştirisi Üzerine, İstanbul: Metis Yayınları, 43-134.*
- *Direk, Z., (2010), "Yasa, Adalet ve Siyaset", Şiddetin Eleştirisi Üzerine, İstanbul: Metis Yayınları, 214-255.*
- *Dönmezer, Sulhi (1996)."Çağdaş Toplumda Şiddet ve Mafya Suçları", Cogito, 6-7, İstanz bul: Yapı Kredi Yayınları, 215-220.*
- *Emini, M. E. (1997), Hukuk Başlangıcı, Konya: Kuzucular Ofset.*
- *Hobart, M (1996), "Şiddet ve Susku: Bir Eylem Siyasasına Doğru". (Çev: Yurdaer Sal9 man), Cogito 6-7, İstanbul: YKY, 51-65.*
- *Hünler, Z. S. (1997), İki Adalet Arasında, Ankara: Vadi Yayınları.*
- *Kardeş, E. (2009), "Walter Benjamin'de Politika, Hukuk ve Şiddet İlişkisi", Felsefelogos, Sayı: 37, 119-127.*
- *Michaud, Y. (1991), Şiddet, (Çev. Muhtaroğlu, C.), İstanbul: İletişim Yayınları.*
- *Öktem, N., Türkbağ, A.U.(2001), Felsefe, Sosyoloji, Hukuk ve Devlet, İstanbul: Der Yayınevi.*
- *Raynaud, P. ve Rials, S. (2011), Siyaset Felsefesi Sözlüğü, (Çev.: İsmail Yerguz, N. Kamil Şevil, Emel Ergun ve Hüsnü Dilli), İstanbul: İletişim Yayınları.*
- *Rawls, J. (1994), A Theory of Justice, Cambridge: Harvard University Press.*
- *Sancar M.(2001), "Şiddet, Şiddet Tekeli ve Demokratik Hukuk Devleti", Doğu-Batı Dergisi, Sayı: 13,.25-45.*
- *Selçuk, S. (2009), Adalet ve Yaşayan Hukuk, Ankara: İmge Kitabevi.*
- *Solomon, R.C. (2004), Adalet Tutkusu, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.*
- *Weber M.(1987), Sosyoloji Yazıları, (Çev. Taha Parla), İstanbul: Hürriyet Vakfı Yayınları.*

ONARICI ADALET AÇISINDAN UZLAŞMA MEKANİZMASININ SUÇ ÖNLEME İŞLEVİ*

Osman SÜMER** **Güncel ÖNKAL*****

Özet

Yasaların mutlakıyetçi yapısından modernite-sonrası anlayışlar nedeniyle hızla uzaklaşan hukuk aygıtları *duyarlı hukuk* (*responsive law*) ve *onarıcı adalet* (*restorative justice*) etkileşiminden doğan, mağdur olanlar arasındaki iletişim ve sivil toplum talepleri ile birlikte ortaya konan, daha "dinamik adalet" arayışına kulak vermek durumunda kalmışlardır. Bu –yeni- sosyal olgu karşısında adaletin işleyişinde değişime uğrayan ve toplumsal taleplerin çeşitliliğine karşılık gelerek onları "kamu vicdanı" adı altında tatmin edebilecek; daha da önemlisi yazılı kanunların çeşitlenen suçlar karşısında, suçun tekilliğine vurgu yaparak, suçun farklı varyasyonlarda tekrarlanmasına engel olabilecek ölçekte "uygun" cezayı öngörecek hale getirilmesi, günümüz ve insanlık değerleri açısından yadsınamaz toplumsal bir ihtiyaçtır.

Çalışmamızın odağı ve toplantının başlığı açısından dikkat çekmek istediğimiz nokta, bu bağlamlarda, *suçu üreten* değil, *suçu önleyen* hukuk değerlerini içselleştiren bilinç sahibi medeni ve demokratik bir toplum olma yolunda, onarıcı adalet kavramı bağlamında, Türk Hukuk Sistemi'nin 2005 yılında kağıt üzerinde tanıştığı uzlaşma mekanizmasıdır. Uzlaşma mekanizmasının adaleti sağlamada ve bir erdem olarak kazandırmadaki konumu duyarlı hukuk ve onarıcı adalet kuramları üzerinden ele alınacaktır.

Anahtar Sözcükler: Onarıcı adalet, suç önleme, uzlaşma, değer felsefesi, modernite-sonrası hukuk pratikleri.

GİRİŞ

Toplumun dinamik yapısına karşılık, onarıcı adalet düşüncesinin suç önleme davranışına karşılık gelebilecek yetkinlikte içselleştirilmesinin önündeki engeller; mağdurlar arası iletişim ilişkisinin yeterince sağlıklı gerçekleşememesi; toplumda durumdan mağdur olmamış diğer kesim(ler)e mağduriyetin kavramsallaştırılarak aktarılamaması ve dahası toplumsal bir talep olarak güvenlik kuvvetlerine ve yasa koyuculara aynı hızda iletilememesidir.

---

* *Bu tebliğin nicel verilerle desteklenmiş versiyonu için bknz: Önkal, G., Sarı, Ö. (2012) Suçun Sosyolojisi, Cezanın Felsefesi, Nobel Akademik Yayıncılık: Ankara, ss.*

** *Osman SÜMER İstanbul Üniversitesi SBE Kamu Yönetimi Doktora Öğrencisi osmansumer@yahoo.co.uk*

*** *Güncel ÖNKAL T.C. Maltepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü, Yrd. Doç. Dr. guncelonkal@maltepe.edu.tr*

Anılan eksikliklerin giderilmesinde ve sağlıklı bir hukuk iletişiminin tüm yönleriyle gerçekleştirilmesinde, kavram sağlığını sağlamak adına çalışacak olan değer felsefesi odaklı bir onarıcı adalet arayışı acaba mümkün olabilir mi?

Onarıcı adalet düşüncesinin sosyolojik-tarihsel gelişmelerle merkez-değer haline getirilen şu üç felsefi bağlama dayandığını söyleyebiliriz:

- Modernizm sonrası yüceleştirilen bireyin önemi,
- Kamuoyu gücünün hukuk sistemi içinde vazgeçilmez bir ölçüt haline gelişi,
- Suç-ceza ilişkisinin eleştirel hale gelmesi.

Dolayısıyla onarıcı adalet kuramında düzeltici bir ceza, suçun tekrarlanmaması ve kamuoyu önünde hukukun tecellisi bağlamında birey ile toplum arasındaki ilişkinin ve birey-toplum-adalet üçgeninin sağlıklı işlemesinin temel bir koşutu olarak kendisine adalet sistemi içinde yer bulmaktadır.

Ceza hukuku açısından baktığımızda biliyoruz ki cezanın işlevi, genel anlamıyla ceza karşısında kişide uyandırdığı/doğurduğu etkidir. Özel anlamda ise kişiyi yeniden suç işlemekten alıkoyacak caydırıcılığın yaratılmasıdır. [1]

Onarıcı adalet açısından suçun önlenmesinde uzlaşma, demokratik bir kültür öğesi olarak toplumu oluşturan bireylerarası iletişim açısından felsefi olarak içselleştirilmesinin yanı sıra, niceliksel olarak olay ve suç sayısını azaltarak yargı yükünü hafifleten bir mekanizma olması bakımından işlerlik kazanması demektedir.

Uzlaşma mekanizmasının günlük hayatımızda yeterince işlev kazanması sayesinde, suç oluşmadan önce, "duyarlı" bir hukuk müessesi olarak kendi başına önleyici ve onarıcı rol üstlenebileceğini, "Hürriyete Karşı Suçlar" içerisinde yer alan "Konut dokunulmazlığının ihlali" (TCK md.116) suçu kapsamındaki yargı kararları örneklerinden ve Adalet Bakanlığı istatistiklerinden hareketle, hukuk felsefesi ve sosyolojisi açısından tartışmakta yarar görüyoruz.

"Onarıcı adalet açısından uzlaşma mekanizmasının suç önleme işlevi" başlıklı çalışmamızın birinci bölümünde, onarıcı adalet ve duyarlı hukuk kavramlarına değinilecek; ikinci bölümde uzlaşma kavramı ana hatlarıyla belirtilerek, TÜİK Adalet İstatistikleri, Adalet Bakanlığı Adli İstatistik Arşivi ile Adalet İstatistikleri Arşivi verileriyle durum değerlendirmesi yapılacaktır. Üçüncü bölümdeyse, "Hürriyete Karşı Suçlar" kapsamında yer alan "Konut Dokunulmazlığının İhlali" (TCK md. 116) suçlarına ilişkin yargı kararları örnekleri karşılaştırılacaktır.

I. Duyarlı Hukuk ve Onarıcı Adalet[2]

Toplumsal barışın sağlanması ve suçla mücadelede, çıkar yolun ve en etkili yöntemin

1 *Bkz: Özbek, V. Ö. Bacaksız, P., Doğan K. Ceza Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), Seçkin Yay., Ankara, 2010.*

2 *"Duyarlı Hukuk": responsive law (ing.), "Onarıcı Adalet": restorative justice (ing.).*

salt ceza vermek olduğu düşüncesine dayanan klasik adalet anlayışı, kişilere karşı işlenmiş olsa bile suçun asıl ve gerçek mağdurunun nihayetinde devlet olduğunu kabul etmiş, failin cezalandırılması ve bu yolla ıslah edilerek topluma yeniden kazandırılması, bu mümkün olmadığı takdirde de ceza yoluyla failin toplumdan tecrit edilerek yeniden suç işlemesinin önlenmesi temel amaç edinilmiştir. Bu anlayışta failin yasalarla öngörülen kuralları ihlal ettiği, dolayısıyla bu ihlalin cezasız kalması halinde toplumsal düzen ve barışın zarar görebileceği düşüncesi egemen olmuş, kamu düzeninin korunması amacıyla failin mutlak olarak cezalandırılması gerektiği, faile ceza verilmesi ile adaletin sağlanacağı kabul edilmiştir.[3]

Yine bu anlayışa göre hukuk bir bilim olarak olması gerekenleri de tüm ayrıntıları ie kapsayan bir normlar bilimi olarak karşımıza çıkar. Ekonomideki standardizasyon gibi kişilerin iradelerinin tecelli ettiği eylemler alanında da benzer bir ayrımın veya sınıflandırmanın kesin sınırlarla yapılabileceği öngörüsü taşınmaktadır.[4] Böylelikle belirli konular belirli düşünce kategorileri altında sınıflandırılabilecektir ve olan ile olması gereken arasındaki ayrımdan çok, ilkelerin gerçekleşip gerçekleşmeyeceğine dayalı bir normlar değerlendirmesi yapılmaktadır.

Klasik adalet anlayışının değişmeye başlaması, suça karışan kişilerin topluma yeniden kazandırılmasının da benimsenmesiyle gelişen ve mevcut sistemin suç mağdurlarının korunması bakımından yeterli olmaması nedeniyle suçla mücadelede uygulanan politikaların yeniden ele alınmasının gerekliliği ortaya çıkmıştır.[5]

Suça karşı sadece ceza yaptırımının yeterli olmadığı, mağdurun zararının giderilmesi ve suç işleme eğiliminin onarımının en başta gelen amaçlardan sayılması gerekliliği önem kazanmıştır. Bu doğrultuda suça karşılık ceza öngören klasik anlayışın tersine, failin fiiliyle mağdura zarar verdiğine ve bu zararın giderilmesi gerektiğine odaklanan mağdur-fail iletişimi kurulması suretiyle mağdurun zararının tazminini, ceza adaleti sistemi içerisinde mağdurun da aktif olmasını amaçlayan "onarıcı adalet" adı verilen kavram ortaya çıkmıştır.[6]

Birçok ülkede, ceza adalet sistemine duyulan memnuniyetsizlik ve yaşanan hayal kırıklıkları veya örf ve adet hukuku ile geleneksel hukuk uygulamalarına artan ilgi, suça ve toplumsal düzensizliğe alternatif cevapların aranmasına neden olmaktadır. Bu alternatiflerin birçoğu ilgili taraflara ve çoğu kez onları çevreleyen topluma çatışmanın çözümüne ve sonuçlarının ortadan kaldırılmasına katılma fırsatı vermektedir. Onarıcı adalet programları bir çatışmanın taraflarının, çözüme aktif bir şekilde katılmaları ve çatışmanın üzerlerinde

3 *Özbek, M. "Çağdaş Ceza Adalet Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, (ed.: F. Yenisey), Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005, s. 101.*

4 *Bkz: Hirş, E. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, (uyarlayan: S. B. Veziroğlu), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.*

5 *Özbek, V. Ö., Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.34.*

6 *Çetintürk, E. Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, HD Yayıncılık, Ankara, 2009, s. 30.*

yarattığı olumsuz sonuçları hafifletmeleri gerektiği düşüncesine dayanmaktadır.[7]

Onarıcı adalet kavramının ortaya çıkışı ve tarihsel gelişimi incelendiğinde; onarıcı, tazmin edici, uzlaştırıcı, tamir edici adalet gibi kavramların birbirleri yerlerine kullanıldığı görülmektedir.

Ökçesiz'in belirttiği gibi, "insan adına bir hukuk ve adaletin bir 'kültür' olarak güçle yeşerdiğini" görüyoruz.[8] Kavramlar ne olursa olsun hukukun adaleti sağlamaktaki içeriğini bir kültür değişimi olarak gösterdiği aşikârdır. Dolayısıyla, onarıcı adalet anlayışı, çağdaş ceza adalet sistemlerinin temelini oluşturan klasik okul düşüncesine (diğer adıyla cezalandırıcı adalet anlayışına) denk düşen adalet anlayışından bir kopuşu temsil etmektedir.[9]

Tablo 1: Klasik Adalet (Cezalandırıcı) Anlayışı ile Onarıcı Adalet Anlayışının Karşılaştırılması[10]

	Klasik (Cezalandırıcı) Adalet	Onarıcı Adalet
Amaçlar	Caydırarak ve rehabilite ederek suç azaltmak, cezalandırmak	Zararı gidermek ve ilişkileri mümkün oldukça düzeltmek
Suçun tanımı	Soyut bir hukuki kuralın ihlali	Davranışla yaratılan zarar
Zarar gören	Devlet	Toplum
Suça yanıt	Tepeden	Aşağıdan yukarıya, doğrudan etkilenenlerin katılımıyla
Usul	Formel ve rasyonel	Enformel, duygular çok önemli
Yanıt	Ceza = negatif bir uyarıcı veriliyor	Onarma planı = yapıcı ve iki taraf için de onarıcı çözüm
Adaletin tanımı	Objektif, hukuka dayanarak	Sübjektif deneyim

Onarıcı adalet, çağdaş ceza adalet sistemlere hâkim olan klasik (cezalandırıcı) adalet düşünce kalıbından kopmayı ve farklılaşmayı gerektirmektedir. Klasik adalet anlayışı suçu yasal düzenin ihlali olarak görürken, onarıcı adalet, bir "yıkım" ve "zarar" olarak görmektedir. Buna göre, anlaşmazlığın tarafları (fail, mağdur ve toplum, vd…) adalet sürecinde söz söyleme hakkına sahiptirler.[11] Bir anlamda tarafların iletişimi ve insanileştirilmesi (özneleştirilmesi demek daha doğru olacaktır) yoluyla adalete ulaşmak sağlanmaktadır.[12]

Ceza adalet sisteminde suç, devlete karşı işlenmiş sayılmaktadır. Devlet adına hareket eden savcılık makamı gerekli soruşturma ve kovuşturmayı yaparak, suç failine ceza vermekte ve bozulan toplumsal dengenin bu şekilde sağlanacağı düşünülmektedir. Bu bakış açısına karşın, onarıcı adalet, ceza adalet anlayışının aksine devletin koymuş olduğu kuralların suç faili tarafından ihlal edilmesine öncelik tanımamaktadır. Esas önceliği suçtan doğrudan doğruya zarar gören mağdur ve mağdurun haklarına vermektedir.[13]

Onarıcı ceza adaleti anlayışı, suç fiilinin yol açtığı kayıplar üzerinde yoğunlaşmaktadır. Suç işlenmesi neticesi ortaya çıkan zararın giderilmesi, suç fiilinin taraflarının tatmin edilmesi amaçlanmaktadır. Ceza adalet mekanizması mağdur eksenli düşünülmektedir.

Ceza öncelikli adalet anlayışı rekabeti ve bireyselliği öne çıkarırken, onarıcı adalet birlikteliği teşvik eder. Klasik adalet anlayışı geçmişe yönelik olarak faile acı ve zarar vermek amaçlanırken, onarıcı adalette geleceğe dönük gereksinim ve sorumlulukları tespit ederek zararları gidermek ve bu şekilde gerçek toplumsal barışı sağlamayı hedeflemektedir.[14]

Onarıcı adalet bir problem çözme anlayışı olup, farklı biçimlerde, mağduru, faili, sosyal ağlarını, yargı organlarını ve toplumu dâhil etmektedir. Onarıcı adalet programları suç oluşturan davranışın sadece hukuku ihlal etmekle kalmayıp, ayrıca mağdura ve topluma da zarar verdiği temel ilkesi üzerine kurulmuştur.[15] Bu anlayışın özünü oluşturan ilkeler şunlardır. [16]

1-Fail, mağdur ve yakınlarının adaletin yeniden kurulmasına yönelik faaliyete dahil edilmeleri

2-Suçla ilgili konuların yalnızca pozitif hukuk bağlamında değil; diğer yönleriyle de ele alınması

3- Faaliyetin kapsamı yalnızca somut olayın çözümü olmayıp ders çıkarma gayesi taşımalı

4- Adalet kişilerin gördüğü zararın onarılması için çalışılmasını gerektirir.

5-Suçtan doğrudan ve en fazla etkilenen kişilere, talep etmeleri halinde adalet sürecine katılmaları için imkân sağlanmalıdır.

6- Devletin rolü adil bir kamu düzenini korumak, toplumun rolü ise, adil bir barış dü-

7 *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı,* Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Bürosu (UNODC)**,***United Nations, New York, 2006, s.5.*

8 *Ökçesiz, H., "Hukuk ve Adalet Üstüne Duygular", DoğuBatı (Hukuk ve Adalet Üstüne), Yıl:4, Sayı:13, 2000, İstanbul, 2. Baskı, (2008). s.239.*

9 *Uludağ, Ş. "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", Polis Bilimleri Dergisi , Cilt:13 (4), Ankara, 2011, s.140.*

10 *Jahic, G. "Onarıcı Adalet Çerçevesinde Mağdur-Fail Arabuluculuğu", Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Ceza Davalarında Uzlaşma Eğitim Materyalleri (der.: G. Jahic – B. Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.104.*

11 Uludağ, a.g.e., s.127.

12 *Jahic, Galma- Yeşiladalı, Burcu: "Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım", Onarıcı Adalet, Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, (der.: G. Jahic – B. Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.16.*

13 *Özbek, M. a.g.e., s. 111.*

14 *Soysal, T. "Uzlaşma Kurumunun Felsefesine Bir Uzanışı Onarıcı Adalet ve Güney Afrika Ubuntu Geleneği", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Özel Sayı: 1(Uzlaşma), İstanbul, 2010, s.333.*

15 *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, s.6.*

zeni inşa etmek ve sürdürmektir.[17]

Onarıcı adalet toplumun, mağdurların ve faillerin ihtiyaçlarını dengeleyerek suç oluşturan davranışa bir tepki gösterme biçimidir.[18] Bu anlayışın amaçları şunlardır:

1- Mağduru korumak, ama mağduru aktif hale getirmek.

2- Sanığı geri kazanmak, yarattığı zararı gidermesi için kendisine şans vermek.

3- Yargılamaya daha hızlı ve ucuz bir alternatif [19]

Bu anlayışın, mağdurun uğradığı zararın giderilmesi, toplumsal barışa ve güvenliğe katkı sağlanmasıdır. Bunu gerçekleştirmek için suç sayılan davranışın tüm taraflarının ceza yargılamasına katılımını öngören bir mekanizma önerilmektedir.

Onarıcı adalet anlayışının gerçek anlamda işlerlik kazanması ve yerleşmesi için ceza adalet sisteminin sağlam temellere oturtulması gerekir. Ceza adalet sistemini harekete kavuşturan fiillerle ilgili düzenlemeler, yalnızca basit bir şikâyet ve ceza ilişkisi ile sınırlı kalmamalı ve şikâyete konu problemi de çözecek bir niteliğe sahip olmalıdır. Onarıcı adalet açısından gerçek amaç, hukuk normunu ihlal eden fiile ceza vermekten ziyade mağdurun mağduriyetini önleyerek, toplumsal barışı fail ve mağduru tekrar kazanmak yoluyla sağlayarak, süreci bu şekilde *normalleştirmek*ten geçmektedir.[20] Kuşkusuz "normalleşme" burada hukuken doğru terim sayılabilirse de, felsefi manada sorunlu bir kavramsallaştırma olacaktır. Unutulmamalıdır ki, yaşanan mağduriyetler sadece tazmin edilebilir maddi bir hata ile sınırlı kalmamaktadır. Bir duygu-düşünce ve değer bütünlüğü olan insanın yaşanan olay sonrasındaki "normalleşme" süreci hukukun tasvir ettiği biçimselliğin ötesinde ve derininde ayrıntılara sahiptir.

Onarıcı adalet, yaşanılan bir suçun tarafları olan fail, mağdur, yakınları ve toplum temsilcilerinin belirlenen yer ve zamanda ve bir kolaylaştırıcı gözetiminde gönüllülük esasına bağlı olarak bir araya gelmeleri ve karşılıklı diyaloga geçmeleridir.[21] Bu anlayışın temel beklentisi, suç işleyen kişinin suçlu davranışlarının sonucunu anlamalı, davranışlarının yanlış olduğunu kabul etmeli, yaptığı yanlışın olumsuz sonuçlarını ortadan kaldırmak için gerekenleri yapmaya hazır olmalıdır.[22]

Ceza adalet mekanizması içerisinde onarıcı adalete yönelik adımların karşımıza çıkmasının çeşitli sebepleri sayılabilir: İlkin, mevcut ceza adaleti sisteminin suçun mağdurunu önemli ölçüde dışlaması ve yalnız bırakmasıdır. İkinci olarak, onarıcı adalet anlayışının

17 Jahic, G.- Yeşiladalı, B. "Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım" , a.g.e., s.17.

18 Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, a.y.

19 Jahic, G. "Onarıcı Adalet Çerçevesinde Mağdur-Fail Arabuluculuğu",a.g.e., s.101.

20 Özbek, M., a.g.e. s. 124.

21 Uludağ, a.g.e., s.129.

22 Bıçak, V., Kamu Yönetiminde Kalite, (eds.: **Ö**. Peker-S. Durak- vd.), *TODAİE Yayınları, Ankara, 1999, s.167.*

suçluya daha az ağır ve daha insancıl müeyyideler öngörmesidir. Sadece suçlu değil, suçlunun ailesi ve genel olarak toplum da bu anlayıştan fayda sağlayabilir. Üçüncü olarak, onarıcı adalet anlayışı, suçlunun ıslahı ve yeniden topluma kazandırılması sürecini hızlandırır. Bu anlayış diğer yaklaşımlardan daha ıslah edicidir; suçluyu kendi davranışının sorumluluğunu almaya ve verdiği zararı telafi etmeye zorlar. Bu anlayış suçlu tarafından da daha adil olarak algılanabilir. Dördüncü olarak, ceza adaleti sisteminin kolay yönetimine "onarıcı adalet" anlayışı katkıda bulunur. Onarıcı adalet mekanizmalarına duruşma öncesi aşamalarda da başvurulabilir. Beşinci sebep ise, "intikam" ve "ders verme" ihtiyacını azaltacağı için daha insancıl bir anlayış olan onarıcı adaletten toplum bütün olarak faydalanacaktır. Suçlunun verdiği zararı gidermek için aktif bir adim attığı ve mağdurun da ceza adaleti mekanizmasında aktif rol aldığı toplum tarafından görülürse insanların suçluya yönelik tavırlarında farklılaşma olacaktır.[23]

Onarıcı Adaletin unsurları olarak Jahic şunları saymaktadır:

1- Toplumsal unsurlar:

Ceza adalet sistemi huzuruna getirilen olay ya da fiillerin kişilerarası ilişkiler ve manevi boyutları ile birlikte içinde bulundukları toplumsal bağlam kapsamında anlaşılması ve ele alınması

b) Suçun bir arada yaşayan insanların ilişkilerinde kırılma ve bozulma olarak algılanmasıyla başlar.

c) Bu, esas paradigma değişikliğini oluşturmaktadır.

d) Bu, kişilerin söz konusu manevi deneyimleri esas alınarak bu deneyimin ele alınması ve bu deneyimden kaynaklanan somut ihtiyaçların göz önünde tutulması anlamına gelir.

2- Katılımcı ya da demokratik unsurlar:

a) İlgili tarafların aktif katılımı.

b) Mağdur-fail arabuluculuğu usulünden kaynaklanmakta ve açık bir biçimde o usulün bir parçası olmaktadır.

c) Suçlu tarafından sorumluluğun üstlenilmesi, iyileştirme ve uzlaşı için aktif olmak ve çabanın içinde olmak.

3- İyileştirici (onarıcı) unsurlar:

a) Bir mağdura verilen zarar ya da hasarı, verilen hizmetler ya da yararlı faaliyetlerin sağlanması yoluyla dengeleme.

b) Çatışmanın sosyal ilişkilerde bir bozulma olarak anlaşılması verilen zararı iyileştirme ve tedavi etme yollarının aranmasına aracı olur.

23 A.g.e., ss.166-167.

c) Mağdurun ve failin bu sürece aktif katılımı mağdurun gerçek ihtiyaçlarının karşılanmasını mümkün kılar.[24]

Onarıcı adalet uygulamalarının klasik adalet anlayışının eksiklerini giderme ve tıkanıklıklarını aşmada fayda sağlayabileceği tartışılmaktadır. Klasik ceza adalet anlayışının doğal bir sonucu olarak her türlü uyuşmazlık yargıya götürülmekte, bu durumda yargının iş yükü anormal derecede artmakta ve davaların bitirilmesi süreci kabul edilebilir düzeyin üzerine çıkmaktadır. Onarıcı adalet uygulamaları kullanıldıkça ve yaygınlaştıkça klasik adalet anlayışından sapma mevzu bahis olacak, iş yükü azalacak, buna bağlı tıkanıklığın aşılması yolunda kayda değer mesafeler alınabilecektir.[25]

Onarıcı adalet, suçu mağdurlara verilen zararı telafi etmeye odaklanarak çözen, failleri yaptıklarından dolayı sorumlu tutan ve sıklıkla toplumu sorunun çözümüne ortak eden bir sürece yönlendirir.[26] Özellikle suçtan zarar gören mağduru güçlendirmeye yönelik olarak düşünüldüğünde; bir suçtan etkilenen bireylerin veya toplum üyelerinin suçtan doğan sorunların çözümü için yürütülen, Onarıcı adalet uygulamaları süreç sonucunda, kendilerini daha güçlenmiş hissetme fırsatlarını artırmaktadır.[27]

Onarıcı adalet anlayışı genel olarak sahip olduğu prensipleri ortaya koyan programlar vasıtasıyla uygulama alanı buluşmuştur. Onarıcı adalet programlarının özellikleri şöyle sıralanabilir.[28]

1- Suçun, failin ve mağdurun şartlarını göz önünde tutan esnek bir cevaptır. Her bir vakanın bireysel olarak incelenmesini sağlar.

2-Her insanın onuruna ve eşitliğine saygı duyan bir anlayışı inşa eden ve mağdurların faillerin ve toplumun iyileştirilmesi ile sosyal uyumun gelişmesini destekleyen bir anlayışla suça karşılık verir.

3-Birçok durumda resmi ceza adalet sistemine ve onun failler üzerindeki damgalayıcı etkisine karşı geçerli bir alternatiftir.

4-Klasik ceza adaleti uygulamaları ve yaptırımları ile birlikte kullanılabilen bir uygulamadır.

5-Sorunun çözümünü ile çatışmanın temel sebeplerini birleştiren bir anlayıştır.

6-Mağdurların zararlarına ve ihtiyaçlarına seslenen bir anlayıştır.

7-Faili, davranışının nedenlerini ve sonuçlarını anlaması ve anlamlı bir yolla sorumluluk üstlenmesi yönünde teşvik eden bir anlayıştır.

24 *Jahic, a.g.e., 2008, ss.100-101.*

25 *Uludağ, a.g.e., s.130.*

26 *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, s.6.*

27 *Jahic, G. – Yeşiladalı, B. "Onarıcı Adalet Programlarının Ceza Konularında Kullanılmasına ilişkin Temel İlkeler", a.g.e., 2008, s.34.*

28 *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı, ss.7-8.*

8-Koşullara, hukuki geleneklere ve yerleşik ulusal ceza adalet sisteminin ilkeleri ve temel felsefesine uyum sağlayan esnek ve değişebilen bir anlayıştır.

9-Çok ağır suçlar dâhil olmak üzere, çeşitli suçlara ve faillere uygun bir anlayıştır.

10-Özellikle reşit olmayan faillerin dâhil olduğu ve müdahalenin önemli bir amacının faillere yeni değerler ve beceriler öğretilmesi olduğu durumlarda suça uygun bir yanıttır.

11- Toplumun suçu ve sosyal uyumsuzluğu önlemede ve bunlara cevap vermede temel role sahip olduğunu benimseyen bir yanıttır.

Bu programlar, adalet kavramı ile ilgili inanç ve değerler bütünü kapsadığı ve yaşamın tüm alanına hitap ettiği için çok geniştir. Bunlar şunlardır:

- Mağdur-fail arabuluculuğu
- Toplum Destekli Polislik Uygulamaları
- Toplumsal Sorumluluk Konferansları
- Aile Grup Konferansları
- Komşuluk İzleme Programı
- Gönüllü Vatandaş Programları
- Uyuşturucu Kullanımına Karşı Eğitim
- Onarıcı Adalet Uygulamalarının Okullarda Kullanımı
- Televizyonlarda Suç Önleme İle İlgili Programları
- Gazetelerde Suç Önleme İle İlgili Yazılar Yazılması
- Kamu Hizmeti/Kamu Yararına Bir Hizmette Çalıştırma
- Mağdur-Failin Karşılıklı Konuşmaları
- Mağdur Empati Grupları
- Dolaylı Fail-Mağdur Uzlaşı Programları
- Yönlendirme veya Sistem Dışına Çıkarma
- Özür Beyanı
- Kurumsallaşmadan Uzaklaşma
- Toplumsal Kınamanın Bir Cezalandırma Metodu Olarak Kullanılması ve Hukuka Dahil Edilmesi

Duyarlı hukukun temel amacı, gerek bireysel gerek toplumsal çıkar çatışmalarını giderek toplumsal düzen ve barışı sağlamaktır. Suç etkisi toplumun farklı kesimleri tarafından farklı hissedilir. Mağduriyet etkide genellikle farklıdır. Mağdur ile suçtan zarar görenlerin

mağduriyetinin giderilerek, toplumun taleplerini karşılayacak şekilde ceza adalet sistemini adalet düzeyini artırmak istenmektedir.

II. Uzlaşma Mekanizması

Ceza hukuku tarihine baktığımızda korumada öncelikli özne mağdur olmasına karşılık aydınlanmadan günümüze kadar faile, masumiyet karinesi, adil yargılanma hakkı gibi düzenleyici/ iyileştirici yargılama güvenceleri sağlanmasına ağırlık verilmiş, buna karşılık her iki öznenin korunmasındaki denge –bir anlamda- sanık lehine bozulmuştur. Ceza yargılamalarında, uygulamalar açısından bakıldığında, sanıkların mağdurlardan daha ayrıcalıklı bir durumda olduğu değerlendirilebilir. Toplumsal barışın tesisi ve hukuk devleti ilkesinin gerçekleşmesi bakımından adaletli olan, hem yargılama sürecindeki failin, hem de mağdurun dengeli bir şekilde birbirine karşı ya da birbirine rağmen değil, eşitlikçi anlayışta korunmasıdır. Lakin failin fiili kesinleşmemiştir.

Değişen toplumsal koşullara ve ihtiyaçlara göre; ceza usul hukukunda mağdurun konumu güçlendirilmesi ihtiyacı ortadadır. Suç sayısındaki artış ve yeni suç tiplerinin ortaya çıkışı, devletleri bazı basit suçlarda klasik ceza yargılama usullerinden vazgeçmeye ve seri muhakeme usulü ile davaların halline sevk etmiştir.[29] Bu ihtiyacı gidermeye yönelik olarak devletle suçlu arasındaki "cezalandırma" ilişkisini ortadan kaldıran uygulamaların en yaygın biçimi bir ceza hukuku kurumu olan uzlaşma kurumudur.[30] Anlaşma, uyuşma, pazarlık, pazarlıklı adalet, sulh gibi kavramlarla da ifade edilen uzlaşma, ceza yargılamasında özneler arasındaki işbirliğinin bir çeşididir. Uzlaşmada ki amaç, bir yargılama kararına ulaşılmasını sağlamak değil, tarafların işbirliği halinde belirli bir sonucu elde etmeyi denemeleridir.[31] Tarafsız ve objektif konumda bulunan üçüncü bir kişinin, aralarında uyuşmazlık bulunan tarafları, ortaklaşa bir çözüme ulaşmaları için bir araya getirerek iletişim kurmalarını sağlaması, onlara somut olayın koşullarına ve özelliklerine uygun olarak, üzerinde mutabakata varabilecekleri en uygun çözüm önerileri üretip sunmak suretiyle, uyuşmazlığın halli bağlamında destek vermesini öngören ve devlet mahkemelerinde cereyan eden yargılamaya göre seçimlik bir yol olarak işlerlik kazanan ve tümüyle gönüllülük esası üzerine bina edilmiş olan uyuşmazlık çözüm yolları bu kurumun yapısını oluşturur.[32]

Ceza Adalet sisteminin devamlı artan iş yükünün altından, yargılamayı sona erdiren bu yeni kurum olmadan kalkamayacağına işaret ederek uzlaşma savunulmaktadır. Yine, ceza hukukunda maddi gerçeğin araştırılması ilkesinin, yargının iş yükünü hafifletmek suretiyle hızlandırılması amacına feda edilip edilemeyeceği noktasında, uzlaşma yoluyla mağduriyetin giderilmesi, cezaya son çare olarak başvurulabilmesinde anlamlı ve geçerli bir yol

29 Soyaslan, D. Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.21.

30 Hafizoğulları, Z., "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", Ankara Barosu Dergisi, Sayı: 2006/3, Yıl: 64, Ankara, 2006, s.3.5

31 Şahin, C. Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005, s.776.

32 Ildır, G. Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003, s.26.

olarak da düşünülebilir.[33]

Uzlaşmanın temel unsuru, tarafların kendi kararlarını kendilerinin vermeleridir. Bunun tersi olarak taraflar, bir anlaşmaya varamamak kararını da yine kendileri vererek mahkemeye gitmek durumunda kalacaklardır.[34]

Uzlaştırmada uyuşmazlık hukuki bir ilişkiden değil işlenen bir suçtan kaynaklanmaktadır. Ceza adaleti sisteminde yer alan uzlaştırmada uyuşmazlık, failin haksız hareketinden kaynaklanmış olup aralarında bir güç dengesizliği söz konusudur. Mağdurun ceza adaleti içinde yerinin belirlenmesi ve haklarının tanınması sürecinde, sanığa uzun yıllardır tanınmış bulunan teminat ve hakların zedelenmemesi gerekir. Bu nedenle mağdur üzerine eğilirken, bu iki ayrı menfaat arasında dengenin sağlanmasına da çalışılmalıdır.[35] Özel hukukta kullanılan arabuluculukta ortada sadece hukuki bir ilişkiden kaynaklanan uyuşmazlık söz konusu olup, taraflar arasında bir dengesizlik mevcut değildir.[36]

Klasik ceza adalet anlayışı, sistemin mağdurunu sadece olayın tanığı konumuna indirgeyen adeta onu dışlayan anlayışa sahiptir. Mağdur sistemin dışına itildiğinden kendisini güçsüz ve korunmasız hissetmekte, beklentilerinin karşılanmadığı düşüncesine kapılmakta ve bu durum adalete olan güveni sarsılmaktadır. Fail, mağdura yönelik fiili nedeniyle mahkemece cezalandırılsa bile, bu ceza mağdurun fiil nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararların tam olarak tazmini sonucunu doğurmadığından mağdur yine istediği ölçüde tatmin olamamaktadır.[37]

Uzlaşma kurumu, suçluya ceza yerine mağdurun zararını gidermesi şeklinde alternatif bir yaptırım imkânı sağlaması itibariyle cezanın bireyselleştirilmesi, ceza hukukunun izlediği amaçlar bakımından yaptırımın, her suçlunun kişiliğine ilkesine uygundur.[38]

Uzlaşma kurumu, alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinden biri sayılmaktadır. Ceza hukukunda uygulamaya konu olan uzlaşma kurumu, ceza davalarını devletle davalı arasındaki bir mesele olarak değil, ihtilaflı taraflar arasında görüşülmesi gereken davalar olarak görerek, cezai meseleleri medeni hukuk meselelerine dönüştürmüştür.[39]

Uzlaşma kurumu, mağdur-fail arabuluculuğunun Türkiye'deki uygulama yöntemi olarak soruşturma ve kovuşturma aşamasında, mahkeme öncesi bir çözüm yolu olarak ceza adalet sisteminin bir parçasıdır. Ceza adalet sistemi bir bütündür ve mahkeme ile birlikte

33 Özbek, V. Ö.: "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:2, Sonbahar 2004, İstanbul, 2004, s.117.

34 Yenisey, F.-Mazzo,S.-Read, T. Uzlaşma, İstanbul Barosu Cep Kitapları, CMK 1, İstanbul, 2005, ss. 52-53.

35 Yarsuvat, D. "Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması", İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994, s.333.

36 Özbek, M. a.g.e., s. 110.

37 Şahin, C. "Ceza Muhakemesinde Uzlaşma" Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, Konya, 1998,s. 226-227.

38 Özbek, V. Ö. Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999, s.109.

39 Kaymaz, S.- Gökcan, H. T., a.g.e., s. 49.

mahkeme dışındaki çözümleri de kapsayan geniş bir kurumu ifade etmektedir.[40]

Uzlaşma Kurumunun Türk Hukuk sistemimize getirilirken amaçları ve kurumun işlevi 3.12.2002 tarihli "Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu tasarı gerekçesinde;

"Mevzuatımıza bugün artık Batı hukukunun kabul ettiği ve Birleşmiş Milletlerce mevzuata sokulması tavsiye edilen yepyeni bir kurum, uzlaşma getirilmiş olmaktadır.

Suç mağdurlarına karşı ceza adalet sisteminde onların yararlarını korumak amacını güden bir duyarlılığın gittikçe güçlenerek ortaya çıktığı görülüyor. Bütün dünyada olduğu gibi ülkemizde de bugüne kadar mağdurlara karşı gösterilen özel dikkat sadece bazı adam öldürme, terör ve örgütlü suçlarda ve cezaların ertelenmesi gibi bazı kurumlar yönünden söz konusu olabiliyordu. Oysa bugün Batı ülkelerinde özel kanunlarla suç mağdurlarına veya ailelerine devletin tazminat ödemesi bile öngörülmektedir. XXI. Yüzyıl adalet sistemi, ceza adaleti yerine getirilirken, mağdurun tatmin edilmesini de ön plâna çıkarmış bulunmaktadır: Suça karşı sadece ceza yaptırımı yeterli değildir; zararın giderilmesi ve onarım en başta gelen amaç sayılmalıdır.İşte böylece uzlaşmanın hedefi suçun işlenmesinden sonra fail ve mağdur arasında meydana gelen çekişmeyi, hâkim veya Cumhuriyet savcısının ya da onların atayacakları bir uzlaştırmacının girişimleriyle çözmek hem adaleti sağlamak ve hem de mağduru tatmin etmektir. Böylece zarar giderilince fail ile mağdur arasında barış sağlanabilecektir. Gerçi uzlaşma dışındaki bir kısım yollarla da tazminatın sağlanması olanağı vardır. Ancak uzlaşma kurumunda zararın giderilmesi onarım yanında ayrıca bir moral unsurun da sağlanmasını olanaklı kılmaktadır. Uzlaşma böylece özel önleme işlevine yardım ettiği gibi genel olarak kamunun yararlarının korunmasını da sağlamaktadır. Uzlaşma ile fail işlediği suçun sorumluluğunu kabul edip üstlenerek, suçun sonuçlarını da gidererek toplumla yeniden bütünleşme olanağını elde etmiş olmaktadır. Failin ceza sorumluluğu saptanıp zararın giderilmesi için gereken de yapılmış bulunacağından hem adalet yerine getirilmiş olacak, fiille ihlâl edilmiş olan hukuk kurallarının geçerliliği vurgulanacak ve dolayısıyla kamusal barışın yeniden kurulmasına hizmet edilecek ve ayrıca devlet, yaptırım uygulamak yönünden katlanacağı birçok masraftan da kurtulmuş olacaktır. Bu çeşit uygulamalara "onarıcı adalet" denilmektedir"[41] şeklinde ne amaçlandığı ifade edilmektedir.

Türk hukukunda uzlaşma olarak kabul edilen kurumun hukuki niteliği değerlendirildiğinde; uzlaşma ve uzlaştırma kavramlarına ilişkin tanımlamalar Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil, Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmeliği'nin 4. maddesinde düzenlenmiştir. İlgili Yönetmeliğe göre, uzlaştırma; "[u]

40 Tarhanlı, T. "Onarıcı Adalet", Onarıcı adalet, mağdur-fail arabuluculuğu ve uzlaşma uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, (Der.: G. Jahic – B. Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008, s.13.

41 Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss698m.htm, (*Erişim tarihi: 11.11.2012 15:38)*

zlaşma kapsamına giren bir suç nedeniyle, şüpheli veya sanık ile mağdur veya suçtan zarar görenin kanun ve yönetmelikteki usul ve hükümlere uygun olarak uzlaştırma sürecini ifade eder."[42]

Açıklanan uzlaşma kurumunun uygulanma usulü Ceza Muhakemesi Kanununda düzenlenmiştir. Bu maddelere göre;

Uzlaşma teklifinde bulunulması halinde, kişiye uzlaşmanın mahiyeti ve uzlaşmayı kabul veya reddetmesinin hukukî sonuçları anlatılır. (CMK md. 253/5)

Birden fazla kişinin mağduriyetine veya zarar görmesine sebebiyet veren bir suçtan dolayı uzlaştırma yoluna gidilebilmesi için, mağdur veya suçtan zarar görenlerin hepsinin uzlaşmayı kabul etmesi gerekir. (CMK md. 253/7)

Uzlaşma teklifinde bulunulması veya teklifin kabul edilmesi, soruşturma konusu suça ilişkin delillerin toplanmasına ve koruma tedbirlerinin uygulanmasına engel değildir. (CMK md. 253/8)

Uzlaştırma müzakereleri gizli olarak yürütülür. Uzlaştırma müzakerelerine şüpheli, mağdur, suçtan zarar gören, kanunî temsilci, müdafi ve vekil katılabilir. Şüpheli, mağdur veya suçtan zarar görenin kendisi veya kanunî temsilcisi ya da vekilinin müzakerelere katılmaktan imtina etmesi halinde, uzlaşmayı kabul etmemiş sayılır. (CMK md. 253/13)

Uzlaştırmanın sonuçsuz kalması halinde tekrar uzlaştırma yoluna gidilemez. (CMK md.253/18)

Uzlaşma sonucunda şüphelinin edimini def'aten yerine getirmesi halinde, hakkında kovuşturmaya yer olmadığı kararı verilir. (CMK md. 253/19)

Uzlaştırma müzakereleri sırasında yapılan açıklamalar, herhangi bir soruşturma ve kovuşturmada ya da davada delil olarak kullanılamaz. (CMK md. 253/20)

Aralarında iştirak ilişkisi olsun veya olmasın birden çok kişi tarafından işlenen suçlarda, ancak uzlaşan kişi uzlaşmadan yararlanır. (CMK md. 255)

Cumhuriyet savcısı, soruşturma konusu suçun uzlaşmaya tâbi olması halinde, Cumhuriyet savcısı veya talimatı üzerine adlî kolluk görevlisi, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görene uzlaşma teklifinde bulunur. Şüphelinin, mağdurun veya suçtan zarar görenin reşit olmaması halinde, uzlaşma teklifi kanunî temsilcilerine yapılır. Cumhuriyet savcısı uzlaşma teklifini açıklamalı tebligat veya istinabe yoluyla da yapabilir. (CMK md. 253/4)

Uzlaşmanın, yapısı ve amacı gereği esasen soruşturma sırasında yapılması kuraldır. Bu kurumun temel amaçlarından biri yargı yükünün hafifletilmesidir. Kovuşturma aşamasına gelinmiş bir olay bakımından ise, yargı makamları bir süre meşgul edilmiş olur. Lakin, kanunda suçun şikayete tabi olduğunun sonradan anlaşılması hali için de, uzlaşma kuru-

42 Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, www.Mevzuat.Adalet.Gov.Tr/Html/27587.Html, (Erişim tarihi: 09.11.2012 16:42)

munun uygulanmasını öngörmüştür. Mahkeme tarafından uzlaştırma, kamu davası açıldıktan sonra kovuşturma konusu suçun uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması halinde, uzlaştırma işlemleri belirtilen esas ve usule göre, mahkeme tarafından yapılır. Uzlaşma gerçekleştiği takdirde, mahkeme, uzlaşma sonucunda sanığın edimini def'aten yerine getirmesi halinde, davanın düşmesine karar verir. (Bknz: CMK md. 254/2)

(I) Mahkeme aşamasında uzlaştırma, kamu davası açıldıktan sonra;[43]

- Kovuşturma konusu suçun hukukî niteliğinin değişmesi nedeniyle uzlaşma kapsamında olduğunun anlaşılması,
- Soruşturma aşamasında uzlaşma teklifinde bulunulması gerektiğinin ilk olarak mahkeme aşamasında anlaşılması,
- Cumhuriyet savcısı tarafından iddianame düzenlenmeksizin doğrudan doğruya mahkeme önüne gelen uzlaşmaya tâbi bir fiilin varlığı,
- Mahkeme aşamasında kanun değişikliği nedeniyle fiilin uzlaşma kapsamına girmesi durumunda yapabilir.

(2) Mahkeme, uzlaştırma işlemlerine ilişkin tebligat ve yazışmaları duruşma gününü beklemeksizin

Uzlaşmanın temel özelliği, mağdurun zararının giderilmesidir. Fail, suçtan doğan zararı çeşitli şekillerde giderebilir. Buna göre taraflar;[44]

- Taraflar uzlaştırma sonunda belli bir edimin yerine getirilmesi hususunda anlaşmaya vardıkları takdirde aşağıdaki edimlerden bir ya da birkaçını veya bunların dışında belirlenen hukuka uygun başka bir edimi kararlaştırabilirler:
- Fiilden kaynaklanan maddî veya manevî zararın tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,
- Mağdurun veya suçtan zarar görenin haklarına halef olan üçüncü kişi ya da kişilerin maddî veya manevî zararlarının tamamen ya da kısmen tazmin edilmesi veya eski hâle getirilmesi,
- Bir kamu kurumu veya kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluş ile yardıma muhtaç kişi ya da kişilere bağış yapmak gibi edimlerde bulunulması,
- Mağdurun, suçtan zarar görenin veya bunların gösterecekleri üçüncü şahsın, bir kamu kurumunun ya da kamu yararına hizmet veren özel bir kuruluşun belirli hizmetlerini geçici süreyle yerine getirmesi veya topluma faydalı birey olmasını sağlayacak bir programa katılması gibi diğer bazı yükümlülükler altına girilmesi,

43 Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, www.Mevzuat.Adalet.Gov.Tr/Html/27587.Html, (*Erişim tarihi: 09.11.2012 16:42)*

44 Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Http://Www.Mevzuat.Adalet.Gov.Tr/Html/27587.Html, (*Erişim tarihi: 09.11.2012 16:42)*

- Mağdurdan veya suçtan zarar görenden özür dilenmesi, Şeklindeki edimlerden bir ya da bir kaçını seçebilecekleri gibi, hukuka uygun olmak kaydıyla başka edimler de kararlaştırabilirler,

Türk Ceza Adalet sisteminde TCK düzenlenen uzlaşma kapsamındaki suçları şunlar;[45]

- Kasten yaralama suçu (üçüncü fıkra hariç, TCK.m.86.)
- Kasten yaralamanın ihmali davranışla işlenmesi suçu (TCK. m.88.)
- Taksirle yaralama suçu (TCK. m.89.)
- Malvarlığı itibarıyla büyük bir zarara uğratacağından veya sair bir kötülük edeceğinden bahisle işlenen tehdit suçu (TCK. m.106/1 (2.cümlesi)
- Konut dokunulmazlığının ihlali suçu (TCK. m.116),
- İş ve çalışma hürriyetinin ihlali suçu (iki, üç ve dördüncü fıkralar hariç TCK. m.117/1)
- Kişilerin huzur ve sükûnunu bozma suçu (TCK.m.123)
- Hakaret suçu (Kamu görevlisine görevinden dolayı işlenen hakaret suçu hariç TCK. m.125,131)
- Kişinin hatırasına hakaret suçu (TCK. m.130)
- Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu (TCK. m.132,139)
- Kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçu (TCK.m.133,139)
- Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu (TCK. m.134, 139)
- Alacağın tahsili amacıyla tehdit veya cebir kullanılması suçu (TCK. m.150)
- İbadethaneler ve mezarlıklara zarar verme suçu (TCK. m.153,167/7)
- Hakkı olmayan yere tecavüz suçu (TCK. m.154)
- Bedelsiz senedi kullanma suçu (TCK. m.156)
- Kaybolmuş veya hata sonucu ele geçmiş eşya üzerinde tasarruf suçu (TCK.m.160)
- Şirket veya kooperatifler hakkında yanlış bilgi verme suçu (TCK.m.164, m.167/2)
- Suç eşyasını satın alma veya kabul etme suçu (TCK. m.165,m.167/2)
- Açığa imzanın kötüye kullanılması suçu (ikinci fıkra hariç, TCK. m.209/1)

45 Türk Ceza Kanunu, http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf, (*Erişim tarihi: 09.11.2012 15:27)*

- Aile Hukuku yükümlülüğünün ihlali suçu (ikinci ve üçüncü fıkra hariç TCK. m.233/1)
- Çocuğun kaçırılması ve alıkonulması suçu (TCK.m.234)
- Ticari sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçu (dördüncü fıkra hariç TCK. m.239/1,2,3)
- Karşılıklılık koşulu olması halinde yabancı devlet bayrağına karşı hakaret suçu (TCK.m.341, Bu suçun mağduru veya suçtan zarar göreni gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığından, bu suç her ne kadar şikâyete tabi olsa da uzlaşma kapsamında değildir.)
- Karşılıklılık koşulu olması halinde yabancı devlet temsilcilerine karşı hakaret suçu (TCK. m.342/2. Bu suçun mağduru veya suçtan zarar göreni gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi olmadığından, bu suç her ne kadar şikâyete tabi olsa da uzlaşma kapsamında değildir.)

II. Uzlaşma kapsamındaki suçlara ilişkin yargı kararları örnekleri

Uzlaşmaya tabi suçların kapsamında, sanığın temel haklarının korunması şarttır. Ceza kanunlarında uzlaşmaya tabi olan suçların belirlenmesinde benimsenen ölçütlerin eşitsizliğe yol açtığı düşünülebilir. Uzlaşma kurumunu kabul eden Ceza Adalet sistemlerinin çoğu, uzlaşmayı genel olarak ve her suç bakımından değil de, belirli ve genellikle hafif suçlar ile çocuklar tarafından işlenen suçlarda uygulanabilmesini öngörmektedir. Bu kapsamda, şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar gören gerçek veya özel hukuk tüzel kişisi, şikâyete bağlı olup olmadığına bakılmaksızın, Türk Ceza Kanununda **Hürriyete Karşı Suçlar kapsamında** yer alan Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK md. 116) suçları uzlaştırılması girişiminde bulunulacağı belirtilendiğinden, bu suçlar makalemiz kapsamındaki yargı kararları örneklerinden hareketle değerlendirilecektir.(CMK. 253/1 b)3, Ynt.7)[46]

Bir kimsenin konutuna, konutunun eklentilerine rızasına aykırı olarak giren veya rıza ile girdikten sonra buradan çıkmayan kişi,… yine açık bir rızaya gerek duyulmaksızın girilmesi mutat olan yerler dışında kalan işyerleri ve eklentileri hakkında işlenmesi hâlinde, mağdurun şikayeti üzerine, Türk Ceza Kanununda Hürriyete Karşı Suçlar kapsamında yer alan konut dokunulmazlığının ihlali suçunu oluşmaktadır. (TCK. 116)[47]

46 *Ceza Muhakemesi Kanunu,* http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf, (*Erişim tarihi: 09.11.2012 17:19)*

47 *Türk Ceza Kanunu,* http://www.mevzuat.gov.tr/Metin.Aspx?MevzuatKod=1.5.5237&sourceXmlSearch=&MevzuatIliski=0, (*Erişim tarihi: 09.11.2012 15:27)*

Yargıtay 2. Ceza Dairesi Esas No: 2004/8595, K. 2005/22942, T. 24.10.2005 kararında:

Müştekinin ve tanıkların hazırlık aşamasındaki ifadelerine ve **10.05.2003** tarihli yakalama tutanağına göre,

Müştekinin evine rızası ile giren sanık Tolga, Utkan ve İbrahim›in,geceleyin 01.00 sıra ralarında sanık Tolga, Utkan ve İbrahim'in evin içinde onunla kavga ettiklerinin, bunun üzerine müştekinin sanıkların evden çıkmalarını istediği halde, kendisini dövmeye devam ederek, evden çıkmamaları nedeniyle müştekinin evin başka bir odasına kaçıp buradan 155 nolu polis imdata telefon ederek, yardım istediği ve polislerin gelerek sanıkları burada yakalayıp götürmeleri biçimindeki eylemde, müştekinin C. Savcısına verdiği ifadesinde özellikle sanıkların kendisine küfür etmeye başlayınca evi terk etmelerini istediğini belirtmiş.

Yapılan yargılamaları sonucunda; BERAATLERİNE dair (Suşehri Asliye Ceza Mahkemesi) nden verilen **11.06.2003 tarihli** hükmün Yargıtayca incelenmesi o yer C. Savcısı tarafından istenmekle ve dosya C. Başsavcılığının 5.4.2004 tarihli tebliğnamesiyle dairemize gelmekle yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü:

Bozmayı gerektirmiş, O Yer C. Savcısının temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebepten dolayı istem gibi (BOZULMASINA), **24.10.2005** gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi Esas No: 2008/2757, K. 2008/9678, T. 28.5.2008 kararında:

Alkollü olan sanığın katılanın oturduğu apartmanın girişindeki zili çaldığı ancak eve gelmesi istenmediği ve bunun için kapının açılmaması üzerine sanığın başka bir şekilde açılan apartman kapısından girdikten sonra dairenin kapı zilini çaldığı ve kapının açılmadığını görünce içeriye girmek için evin kapısını yumruklayıp tekmelemesi şeklinde gelişen olayda, eve gelmesine izin verilmediği açıkça belli olduğu ve girilen yerin apartmanda oturanlar dışında başkalarının izinsiz giremeyeceği yer oluşu nazara alındığında üzerine atılı konut dokunulmazlığını ihlal suçunun oluştuğu gözetilmelidir.

Konut dokunulmazlığını ihlal suçundan sanığın yapılan yargılaması sonucunda; BERAATİNE dair (AYDIN) 2. Asliye Ceza Mahkemesinden verilen **23.3.2006 tarihli** hükmün Yargıtayca incelenmesi katılan vekili tarafından istenmekle ve dosya Yargıtay C. Başsavcılığının 18.2.2008 tarihli tebliğ namesiyle dairemize gelmekle yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü.

Dosya içeriğine göre sair temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. Ancak;

Katılanın iddiası, tanıkların beyanları ve olayın oluş şekline göre, alkollü olan sanığın olay günü zorunlu bir durum sözkonusu olmadığı halde katılanın oturduğu apartmanın girişindeki zili çaldığı ancak eve gelmesi istenmediği ve bunun için kapının açılmaması üzerine sanığın başka bir şekilde açılan apartman kapısından girdikten sonra dairenin kapı zi-

lini çaldığı ve kapının açılmadığını görünce içeriye girmek için evin kapısını yumruklayıp tekmelemesi şeklinde gelişen olayda, eve gelmesine izin verilmediği açıkça belli olduğu ve girilen yerin apartmanda oturanlar dışında başkalarının izinsiz giremeyeceği yer oluşu nazara alındığında üzerine atılı konut dokunulmazlığını ihlal suçunun oluştuğu gözetilmeden, yazılı şekilde yasal ve yeterli olmayan gerekçe ile BERAAT kararı verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan hükmün bu sebeplerden dolayı BOZULMASINA, **28.05.2008** gününde oybirliğiyle karar verildi.

Yargıtay 2. Ceza Dairesi Esas No: 2008/4900, K. 2008/11500, T. 23.06.2008 kararında:

Geceleyin konut dokunulmazlığını bozmak suçundan sanık Beşirin yapılan yargılaması sonucunda; beraatine dair (Kırşehir Birinci Asliye Ceza Mahkemesi)'nden verilen **20.06.2006 tarihli** hükmün Yargıtay›ca incelenmesi katılan vekili tarafından istenmekle ve dosya Yargıtay C.Başsavcılığı›nın 03.03.2008 tarihli tebliğnamesiyle Dairemize gelmekle yapılan inceleme sonunda gereği düşünüldü:

Konut dokunulmazlığını bozmak suçunun genel kastla işlenen suçlardan olması nedeniyle suçun oluşması için özel kast aranmadığı gibi, failin kastının veya amacının niteliğinin de öneminin bulunmadığı kastın varlığı için ise fa ilde bir konutun veya eklentilerinin başkasına ait olduğu, buraya girmesinin ve kalmasının sahibinin rızasına tabi bulunduğu ve rızanın olmadığı bilinciyle bu yere girmek ve orada kalmak iradesinin varlığının yeterli olduğu gözetilerek olay gecesi müdahilin evinin eklentisi sayılan bahçesine rızası olmaksızın giren sanığın eyleminde atılı suçun unsurlarının oluştuğu ve cezalandırılmasına karar verilmesi gerektiği gözetilmeyerek yazılı şekilde beraatine karar verilmesi,

Bozmayı gerektirmiş, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülmüş olduğundan, hükmün bu sebepten dolayı isteme aykırı olarak (BOZULMASINA), **23.06.2008 gününde** oybirliği ile karar verildi.

Sonsöz Yerine

Klasik adalet anlayışının ceza hukukundaki yansıması, tecrit edici cezayı hedefleyen ve bireylere odaklanan cezalandırıcı adalet anlayışıdır. Bu adalet anlayışı taraflar arasındaki husumet duygusunun artarak devam etmesine neden olmaktadır. Ancak adalet, insan ilişkilerini düzenleme ve koruma ile ilgilenmelidir. Eğer ilişkilerde eşitlik bozulduysa, adalet, bu durumun onarılması için neyin gerekli olduğunu tespit etmelidir.

Suç probleminin toplumsal çerçevede değerlendirilmesi ve toplumsal katılımı sağlaması, problem çözücü bir yaklaşımla bireylerin kendi aralarındaki ilişkilerin toplamı ile meydana gelen toplum, bireyler arasındaki ilişkinin bozulması durumunda devreye girecek ve tarafları bir araya getirerek ilişkinin bozulmasından önceki hâle getirme girişiminde aracı olacaktır. Bu da tarafların işbirliği halinde belirli bir sonucu elde etmeyi denemeleri olan Onarıcı Adalet anlayışı üzerine inşa edilmiş Uzlaşma Kurumu ile mümkündür.

"Onarıcı Adalet Açısından Uzlaşma Mekanizmasının Suç Önleme ve Etkinliği Nedir?" sorusuna cevap aradığımız bu çalışmada; "Uzlaşma mekanizmasının günlük hayatımızda yeterince işlev kazanması sayesinde suç oluşmadan önce duyarlı bir hukuk müessesi olarak önleyici ve onarıcı rol üstlenebilecektir." hipotezini sınamak amacıyla; yararlandığımız TÜİK Adalet İstatistikleri ve Adalet Bakanlığı Adli İstatistik Arşivi ile Adalet İstatistikleri Arşiv verilerinden ve Konut dokunulmazlığının ihlali (TCK md. 116) suçu kapsamındaki yargı kararlarından anlaşılacağı üzere uzlaşma mekanizması yeteri kadar uygulanmamaktadır ve istenilen amaca henüz ulaşamamıştır.

Uygulamadaki zorluklar suç önleme işlevini yerine gelmemesinden değil, bürokratik alışkanlıklar ve adalet kültüründeki muhafazakarlıktan ileri gelmektedir. Kuşkusuz klasik anlayışa dayalı alışkanlıkların kırılması zaman almaktadır. Bu hukuksal olduğu kadar kültürel de bir anlayış değişimini işaret etmektedir. Sanıkların suçları karşılığında cezalandırılmasında verilen cezanın niteliği ve içeriği kadar, mağdurun mağduriyetlerinin onarılması noktası göz ardı edilmemelidir. Değerler açısından uzlaşım kültürü sadece hukuk sistemindeki yükü azaltmakla kalmayacak; insanlar arasındaki insani diyaloğun ve hukuki olgunluğun gelişmesinde de katkı sağlayacaktır. Hukukun duyarlılığı geri dönülmez bir süreç olarak kendisini onarıcı tüm edimlerde göstermektedir. Ancak dikkat edilmesi gereken uzlaşma mekanizmasında suçu önleyecek kadar "nitelikli" ve "tatminkar" bir uzlaşmanın, "objektif" ve "zorlama olmaksızın" sağlanabilmesidir. Bu zorlama fiziken olduğu kadar, felsefi, ideolojik, sisteme dayalı, kişisel haklardan manevi alana kadar pek çok boyutta olabilir. Onarıcı adaleti onaracak üçüncü bir kuram henüz oluşturulmamıştır. Zaten onarıcı adaletin dayandığı suç önleme odaklı duyarlı hukuk sistemi böylesine bir kurama ihtiyaç olmayacağı, toplumun ve toplumu oluşturan bireylerin ihtiyaç ve isteklerinin yetke olduğu anlayışına dayanır. Demek ki yapılması gereken, normlaştıran değil, olması gerekeni olandan hareketle uzlaştıran bir yapının kültürel olarak da benimsenmesinin sağlanmasıdır. Böylelikle hem sistemdeki aşırı yük azalacak, hem de günümüzde her bakımdan değerli olan (hatta bir insan hakkı olarak ileri sürülen) yaşam zamanından tüm taraflar kazanacaktır.

KAYNAKÇA

- *Bıçak, Vahit: Kamu Yönetiminde Kalite, (eds.: Ömer Peker-Savaşkan Durak- Çağdaş Gümüşsuyu, A. Argun Akdoğan), TODAİE Yayınları, Ankara, 1999.*
- *Çetintürk, Ekrem: Ceza Adalet Sisteminde Uzlaştırma, HD Yayıncılık, Ankara, 2009.*
- *Hafızoğulları, Zeki, "5237 Sayılı Türk Ceza Kanununda Davanın ve Cezanın Düşürülmesi", Ankara Barosu Dergisi, sayı: 2006/3, Yıl: 64, Ankara, 2006.*
- *Hirş, E. Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi Dersleri, (uyarlayan: S. B. Veziroğlu), Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2001.*
- *Ildır, Gülgün: Alternatif Uyuşmazlık Çözümü-Medeni Yargıya Alternatif Yöntemler, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2003.*

- *Jahic, Galma: "Onarıcı Adalet Çerçevesinde Mağdur-Fail Arabuluculuğu" , Onarıcı Adalet, Mağdur-Fail Arabuluculuğu ve Ceza Davalarında Uzlaşma Eğitim Materyalleri (der.: Galma Jahic - Burcu Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.*
- *Jahic, Galma- Yeşiladalı, Burcu: "Onarıcı Adalet: Yeni Bir Yaklaşım" , Onarıcı Adalet, Mağdur Fail Arabuluculuğu ve Uzlaşma Uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, (der.: Galma Jahic - Burcu Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.*
- *Kaymaz, Seydi- Gökcan, Hasan Tahsin: Uzlaşma ve Önödeme, Seçkin Yayınları, Ankara, 2007.*
- *-Kaymaz, Seydi- Gökcan, Hasan Tahsin: "Uzlaşmada Edimin Konusu", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2010 Özel sayı: 1. (Uzlaşma), İstanbul, 2010.*
- *Ökçesiz, H., "Hukuk ve Adalet Üstüne Duygular", DoğuBatı (Hukuk ve Adalet Üstüne), Yıl:4, Sayı:13, 2000, İstanbul, 2. Baskı, (2008), ss.235-243.*
- *Şahin, Cumhur :"Ceza Muhakemesinde Uzlaşma", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, Sayı: 1-2, Konya, 1998.*
- *Şahin, Cumhur: Ceza Muhakemesi Kanunu Gazi Şerhi, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2005.*
- *Soyaslan, Doğan: Kriminoloji (Suç ve Ceza Bilimleri), genişletilmiş 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.*
- *Soysal, Tamer: "Uzlaşma Kurumunun Felsefesine Bir Uzanışı Onarıcı Adalet ve Güney Afrika Ubuntu Geleneği", Kazancı Hakemli Hukuk Dergisi, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 2010 Özel Sayı: 1 (Uzlaşma), İstanbul, 2010.*
- *Özbek, Mustafa: "Çağdaş Ceza Adalet Sistemlerinde Alternatif Çözüm Arayışları ve Arabuluculuk Uygulaması", Ceza Muhakemesinde Uzlaşma, (ed.: Feridun Yenisey), Arıkan Yayınları, İstanbul, 2005.*
- *Özbek, Veli Özer: Ceza Hukukunda Suçtan Doğan Mağduriyetin Giderilmesi, 1. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1999.*
- *Özbek, Veli Özer: "Mağduru Koruma ve Mağduriyetin Giderilmesi", Hukuki Perspektifler Dergisi, Sayı:2, Sonbahar 2004, İstanbul, 2004.*
- *Özbek, Veli Özer, . Bacaksız, P. vd. Ceza Hukuku Bilgisi (Genel Hükümler), Seçkin Yay., Ankara, 2010.*
- *Tarhanlı, Turgut: "Onarıcı Adalet", Onarıcı adalet, mağdur-fail arabuluculuğu ve uzlaşma uygulamaları: Türkiye ve Avrupa Bakışı, (der.: Galma Jahic - Burcu Yeşiladalı), İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2008.*
- *Uludağ, Şener: "Onarıcı ve Cezalandırıcı Adalet: Paradigma Değişikliğini Tetikleyen Şartlar", Polis Bilimleri Dergisi , Cilt:13 (4), Ankara, 2011.*
- *Yarsuvat, Duygun: "Suç Siyaseti ve Mağdurun Korunması", İnan Kıraç'a Armağan, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1994.*

- *Yenisey, Feridun-Mazzo,Stephen-Read, Tom: Uzlaşma, İstanbul Barosu Cep Kitapları, CMK 1, İstanbul, 2005.*
- *Onarıcı Adalet Programları El Kitabı,* **Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Bürosu (UNODC),***United Nations, New York, 2006.*

ÇEVRİMİÇİ:

- *Ceza Muhakemesi Kanunu, http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5271.pdf, (Erişim tarihi: 09.11.2012 17:19)*
- *Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu Tasarısı ile Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun Bir Maddesinde Değişiklik Yapılması ve Bu Kanuna Bazı Maddeler Eklenmesi Hakkında Kanun Tasarısı ve Adalet Komisyonu Raporu, http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22*
- */yil01/ss698m.htm, (Erişim tarihi: 11.11.2012 15:38)*
- *Ceza Muhakemesi Kanununa Göre Uzlaştırmanın Uygulanmasına İlişkin Yönetmelik, Http://Www.Mevzuat.Adalet.Gov.Tr/Html/27587.Html, (Erişim tarihi: 09.11.2012 16:42)*
- *Türk Ceza Kanunu, http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5237.pdf, (Erişim tarihi: 09.11.2012 15:27)*
- *Adalet İstatistikleri Arşivi, http://www.adlisicil.adalet.gov.tr/istatistikler, (Erişim tarihi: 09.11.2012 15:27)*

HUKUK VE VİCDAN

Elif TARHAN*

Hukuk ve Vicdan Tanımları

Konu başlığı Hukuk ve Vicdan olunca, ilk adımda kavramların tanımlarını yaparak tartışmaya başlamak yol açıcı olabilir.

Hukuk tanımından başlarsak;

Birbirlerine çok yakın gibi görünseler de konumuzun hassaslığı gereği çok farklı sonuçlara yol açabilecek farklı hukuk tanımları daha başlangıçta ciddi bir engel oluşturuyor. Bu durumda, Kant'ın "hukukçular, hukukun tanımını aramaktalar" sözünü düşünerek en yalın ve tehlikeden uzak tanımla işe başlamak daha doğru görünüyor.

Türk Dil Kurumu sözlüğüne göre hukuk; "toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü."[1] Bu tanım hukukun bir bilim dalı olarak kabulünü de içeriyor. Ülkemizde TÜBİTAK da Frascati kılavuzuna[2] göre hukuku bir sosyal bilim olarak sınıflandırıyor. Aynı sözlük; vicdanı da, "kişiyi kendi davranışları hakkında bir yargıda bulunmaya iten ve kişinin kendi ahlaki değerleri üzerine dolaysız ve kendiliğinden yargılama yapmasını sağlayan güç"[3] olarak tanımlıyor. Hemen tüm kültürlerde insanın Tanrı'ya açılan penceresi olarak betimlenen vicdan; kişinin iyi ve kötüyü ayırt etmesini sağlayarak hüküm veren bir iç muhakeme. Kelimenin etimolojik kökeni ise vecd[4]. İnsanın kendini aşması ve insanın her türlü dünyevi arzu ve isteğin üzerine çıkarak daha üst bir şuur haline gelmesini ifade ediyor.[5]

Vicdan üzerine söylenen sayısız aforizma, yazılan sayısız makale ve eser bir yana sadece Tolstoy'un Diriliş'i ile Dostoyevski'nin Suç ve Ceza'sı, insanlığın bu iki edebi doruk noktası bile insanlığın bu kavrama, vicdana ve onu anlamaya verdikleri önemi göstermeye yeterlidir. Ama dahası var.

"Ve Rab Allah adama emredip dedi, bahçenin her ağacından ye fakat iyilik ve kötülüğü bilme ağacından yemeyeceksin". Elimizdeki en eski kutsal metinlerden Tevrat, daha ilk kısmında, insanın cennetten kovuluşunun nedeni olarak bu buyruğu dinlememesini gösterir. İnsan Tanrının buyruğunun dışına çıkar. Bugün vicdan kelimesi ile kodladığımız o yetiye sahip olma içgüdüsüne teslim olur. İyi ve kötüyü ayırt edebilme yetisine. Vicdan Tanrı'nın gözünde insanın varoluş gerekçesi ve suçu oluyor. Ama suçu söz dinlememesin-

* Av. Yeditepe Üniversitesi Kamu Hukuku Yüksek Lisans Öğrencisi

1 "Hukuk."

2 "Frascati Kılavuzu," s.67.

3 "Vicdan."

4 Eyuboğlu, *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü*, s.710.

5 Özön, *Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, s.898.

dedir. Yoksa "Ve Rab Allah dedi, işte adam iyi ve kötüyü bilmekle bizden biri gibi oldu" denilerek, aslında insanın, artık sahip olduğu bu yeti ile sonsuz bir kendini aşma potansiyeline ulaştığı da bildiriliyor. [6]

Amacımız elbette teolojik bir tartışma değil, ancak metnin yorumunun, bizi konumuzla ilgili bağlamda insanı insan yapan, onun doğasına içkin olan ilk yetinin vicdan olduğunu vurgulaması açısından anlamlı. Kolayca görüleceği üzere, vicdan daha çok teolojik söylem alanına ait bir kavram, ama bu durum, materyalist akımların vicdan kavramını tanımadığı şeklinde bir yanlış anlamaya yol açmamalı. Çünkü vicdan, niteliği gereği, insanın daha iyisini yapabilme yetisi varken bu iradeyi gösterip gösteremediği üzerinden bir muhakeme yürüterek hüküm verir. Ve bu hüküm, "o" insanın, "o" somut, "o" yaşayan insanın doğrudan kendi doğasının hükmüdür. Bu hükme uyduğu oranda insan kendi doğasına uygun davranmış ve kendi iyisini seçme iradesini göstererek kendini aşmayı başarmış olur.

Hukuk ve Vicdan İlişkisi

Daha kavramların tanımları ile başladığımız anda insan; hukuk ve vicdan ilişkisi üzerine yazılmış, Tevrat'tan başlayıp Suç ve Cezaya; ilk çağ filozoflarından bugün Bergson'a, Marx'a; öylesine zengin bir külliyatla karşılaşıyor ki; güneşin altında söylenmedik söz kalmadı inanışına hak veresi geliyor.

Ve tüm bu okumalar, sonuçta insanlığın bu konuda hala temel bir soru etrafında kümelendiğini gösteriyor. Aslında soru ilk elde basit görünüyor.

Şu;

Hukuk ile vicdan kavramları birbiri ile ilişkilendirilebilir mi?

Sokağa çıkıp her kime sorarsanız, bu konuda bir tartışma görünmüyor. Hukukun etimolojik kökenine bakarsak bu hiç de şaşırtıcı değil. Hukuk; haklar[7] demek. Hak kelimesinin çoğulu. Hak ne? Arapça kökenli bu kelime, bir kimse için uygun düşen, bir kimse için gerekli olan demek. Adalet ve doğruluk anlamına geliyor.[8] Dolayısıyla da aslında herkes için, bu bağlantı sadece çok açık değil, üstelik elzem de. Ancak sezgisel olarak net gibi görünen bu bağlantı, akademik bilimlerin ve felsefi akımların tartışma alanına girdiği ölçüde karmaşıklaşıyor.

Çünkü artık soru; dil değiştiriyor.

Ampirik, deneysel yöntemler kullanarak uygulanabilir, ölçülebilir sonuçlara ulaşan bir uygulama alanı, bir bilim dalı olarak hukuk, işi, spekülatif yöntem ve akıl yürütmelerle değer yargıları üzerine saptamalar yapmak olan bir disiplin tarafından eleştirilebilir, yargılanabilir, yönlendirilebilir mi?

6 *Kitabı Mukaddes*, Tekvin, Bab 2–3.

7 Eyuboğlu, *Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü*, s.310.

8 Özön, *Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük*, s.279.

Bilim ve Felsefenin Alan Mücadelesi

Soru sokaktan akademik alana taşındığında, hukuk vicdan ilişkisi, bilim ve felsefenin alan mücadelesine dönüşüyor. Vicdan üzerine düşünmek, edebi eserler yazmak, teolojik ya da felsefi çıkarsamalarda bulunmak, elbette uygarlık açısından gereklidir, Freud'un sözleriyle, uygarlık güzellik ve inceliğe de ihtiyaç duyar, ama işte sadece o kadar.[9] Felsefe yapma! Bilimsel konuş! gibi söylemlerin akademik ortamlarda dahi egemen dilin ayrılmaz parçaları olduğunu düşünürsek, günümüzde, bilim ile felsefe arasında, toplumsal algıda bilim lehine güçlü bir ön kabul olduğunu fark etmemek mümkün değil.

Bu noktada; bilim felsefe ayrımının tarihsel süreç içinde gelişimine göz atmak kaçınılmaz. İnsanlığın ilk uygarlık aşamalarında din, bilim ve felsefenin, buna sanatı da katmalıyız, birbirlerinden henüz ayrışmadığını ve tek bir kaynaktan köken aldıklarını sosyal antropolojinin bize sunduğu bilgiler ölçüsünde söyleyebiliyoruz.

Din ve sanat insanın doğayı aşma çabasıdır. Bunu, doğanın zorunluluklarını inkâr ederek ya da o zorunlulukları alt etme şeklinde değil, o zorunlulukları insani bir duyarlılıkla yeniden biçimlendirerek, gerçeği, yeniden, ama insani ve katlanılabilir bir şekilde yaratarak başarırlar.

Bilim de din ve sanat gibi, insanın doğayı aşma yöntemidir. Ama onlardan farklı olarak bu amacına, doğayı çözümleyerek, bilerek ve öğrendiklerini uygulanabilir teknik alanına aktararak doğayı zapt etme yoluyla ulaşmayı hedefler.

Ya felsefe? Felsefe ise, işte tam da bu güçlerini merkezileşmiş otoriter yapılarından alan din ve bilimin arasında kendine yaşam alanı bularak kendini var eder. Dinin kendisini dogma düzeyine indirgemeye, bilimin de deyim yerindeyse ruhsuz ve soğuk bir biçimciliğe dönüştürme çabasına karşın bu iki alanın arasında kendini geliştirmeye bütünlüklü bir dünya görüşüne ulaşmaya çalışır.

Uygarlığın bu ana sütunlarının, birbirinden kopup ayrışması; ilk antik çağda hız kazanmaya başlasa da bilimin diğerleri üzerinde hegamonik bir tutum alması aslında çok daha yakın, 18.yy aydınlanma çağıyla derinleşen bir süreç. 1700 sonlarına dek, bugün anladığımız anlamda bir ayrımlaşma henüz söz konusu değil. Hatta o kadar ki, örneğin bugün bilimsel bir alan olarak kabul edilmek bir yana, bugünün bilim tanımının tüm kıstaslarını en saf haliyle kendisinde ortaya sermesiyle hiç tartışma götürmez olan fizik, bu dönemde hala bir doğa felsefesi kabul edilmektedir. İlginçtir; Newton, bugün tartışmasız olarak fiziğin temel eserlerinden biri olarak kabul edilen eserine ''Doğa Felsefesinin Matematiksel İlkeleri'' adını vermektedir.

Batı uygarlığının gelişiminde 18.yy her bakımdan önemli. Akıl çağı oluyor, felsefeden edebiyata aklın egemenliğinin öne çıktığı bir tarihsel süreci ifade eden aydınlanma dönemi aynı zamanda doğanın incelenmesi ve bilimin sıçrama yapması ile karakterize bir dönem. Düşüncelere, yararlılık ilkesinin egemen olduğu akılcılık ve deneyselciliğin iki temel akım

9 Freud, *Uygarlığın Huzursuzluğu*, s.42.

olarak öne çıktığı aydınlanma çağı sosyal olaylara yönelik merakın artması ile de dikkat çekiyor. 1789 Fransız ihtilali ile alt üst olan toplum denen "nesne"nin kavranması ve yeniden akla uygun olarak düzenlenmesi amacı aydınlanma felsefesinin bu merakının kökeni.

Comte'un sistematize ettiği pozitivizm, aydınlanmanın bir ürünü olarak, toplumsal olayları bilimsel yöntemlerle inceleyerek topluma yeni bir şekil ve yön vermek iddiasını ortaya koyuyor. Comte pozitivizmi sistemleştirdiği için önemli bir nokta da olmakla birlikte sosyal olguların bilimsel, yani ampirik deneysel yöntemlerle incelenebilecek bir alan olarak kabullendirilmesinde asıl pay Durkheim'a ait.

Durkheim'ın tüm çalışmalarının merkezinde modern toplumda ahlak sorunu yer alır. Her toplum özünde ahlaki bir birliktir diyen Durkheim; ilk kitabı Toplumsal İşbölümü 'nü, "ahlaki olguların pozitif bilim yöntemleriyle incelenmesi yolunda bir çaba"[10] sözleriyle okuyucuya sunması dikkate değerdir.

Newton'un kitabının başlığında "doğa felsefesinin matematiksel ilkeleri" sözü ile fiziği bir felsefe olarak görmesinden yüz yıl gibi bir süre sonra bu sefer tam tersi bir süreç yaşanıyor, felsefenin alanında kabul edilen ahlak kavramı, pozitif bilim alanına taşınıyor. Artık bir bilgi, uygulanabilir, ölçülebilir ve uygulamada arzulanan amaca uygun bir fayda içerdiği ölçüde değerli kabul ediliyor. Ahlak da dahil. "Her şeyden önce yalnız bilimin yetkiyle saptayacağı bir ahlak vardır"[11] der büyük bir özgüvenle sosyoloji biliminin babası Durkheim.

Hukuksal Pozitivizm ve Doğal Hukuk

Şimdi biraz önceki temel sorumuza, sosyal bir bilim dalı olarak hukukun, vicdan kavramı ile ilişkilendirilip ilişkilendirilemeyeceği sorusuna aydınlanma çağının bize sunduğu bu tarihsel perspektif açısından bakarak tekrar dönebiliriz.

Aydınlanmacı pozitivizmden esinlenen hukukçular, hukukun; kavramının kökensel olarak içerdiği adalet gibi felsefi bir kavramın üzerinden tartışılmasını boşa bir çaba -ya da belki aynı anlama gelmek üzere- felsefi ve üzerinde mutlak bir karara varılamayacak bir akıl yürütme olarak görüyorlar. Bu tür kavramlar üzerinden yanıtlar aramak bir değer yargısında bulunmak anlamına gelecektir ki bu da çağın gereklilikleri, kültürel alışkanlıklar, dinsel inanışlar gibi değişken durumlara ilişkin görüşlerdir olsa olsa. O yüzdendir ki böylesi bir çaba yerine bir sözleşme ile yetinmek en doğrusudur.

Hobbes'un, Leviathan'da yasayı yapanın hakikat değil otorite olduğu vurgusu beraberinde haklarını bir sözleşme ile egemen bir güce devreden insanlar için egemen gücün aynı zamanda en yüksek otoriteye sahip olmasını da getirir. Çünkü ancak bu takdirde sözleşme, o sözleşmenin üzerinde olan bir gücün otoritesi sayesinde bir değer kazanacaktır.

Öncesinde Hobbes'un ileri sürdüğü ve aydınlanma sonrasında hukuksal pozitivizm

10 Özyurt, "Durkheim Sosyolojisinde Ahlâkî Kontrol Sorunu," s.97.

11 A.g.e.

diye adlandırılan bu görüşün savunucularına göre; hukuk uygulanan hukuktur ve yürürlükteki yasaları uygulayan karar adil olan karardır.

Bu görüşün, sezgisel de olsa hukukun vicdanla ilişkisi olması gerektiğini düşünen insanların dahi kabul edeceği iki yararı var. Bir yandan adalet düşüncesini bitmek bilmez tartışmalardan kurtarıyor ve yargı işinin etkin bir şekilde yürümesine olanak sağlıyor, diğer yandan da her yurttaşa yazgısının, karşısına çıktığı yargıcın görüşlerine mahkûm olmadığı güvencesini veriyor, çünkü yargıç, yasa koyucunun saptadığı önceden belirlenmiş bir kuralı uygulamakla yetinecektir.

Bunun karşısında doğal hukuk kuramı ise, hukukun içeriğini her zaman ve her yerde doğal olarak var olan her şeyin üzerinde bir geçerliğe sahip olan olarak tanımlar. "Doğal hukuk, hukuk idesi yani adalet ile pozitif hukuk arasında yer alır ve hukuk idesinden pozitif hukuka giden yol üzerindedir. Doğal hukuk, doğadan çıkarılan hukuk değildir. O "olan" 'ı deyimleyen ontolojik bir düzen değil, "olması gereken" 'i temsil eden deontolojik düzendir."[12]

Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, bu kuramın savunucuları, hukukun kendisini bizatihi adalet olarak görmekteler. Adalet de ahlaki bir değer olduğuna göre, hukuk sadece uygulanan hukuktan ibaret değildir ve hukuk adalet idealini gerçekleştirdiği ölçüde anlam kazanır.

Pozitivist ve doğal hukukçu akımlar arasında görüleceği gibi, hukukun insanlık tarafından keşif mi edildiği, yoksa icat mı edildiğine dair bir soruya dayanan temel bir karşıtlıktır söz konusu olan.

Şu anda hala, temel sorumuza bir yanıt, kendi yanıtımızı, vermekten ziyade soruna ait iki farklı ana akımın görüşlerini özetlemekle yetindiğimizin farkındayız.

Gene de; bu ilk aşamada, kısa tarihsel çerçeve içerisinde bu iki ana akımın, doğalcı ve pozitivist görüşlerin, salt hukukun farklı alanlarına dikkat çeken iki akım olmaktan ziyade kökenini antik çağda belirginleşmeye başlayıp aydınlanma çağı ile derinleşen bilim ve felsefe çatışmasından alan diyalektik bir karşıtlığın tezahürü olduğunu gösterebilmeyi umuyoruz. Çünkü ancak; bilim felsefe ilişkisinin diyalektiği çerçevesinde hukuk ve vicdan kavramlarının bugün birbirleri için ne anlama geldiğini çözümleyebilme olanağını yaratabiliriz.

Bilim ve Sanat Açısından Vicdan

Tam bu noktada aydınlanmanın değerlerinin taşıyıcısı bir başka kişi, bizim sorumuza yanıt vermemize olanak sağlayacak başka bir düşünsel mecra açıyor. Freud, psikanaliz kuramının temel kavramlarından biri olan süper ego kavramıyla vicdanı bilim alanına taşır. Freud, saldırganlık içgüdüsünü insanda kökensel olarak var olan bağımsız bir içgüdü olarak tanımlar. Ve bunun uygarlık ve onun ilk talebi olan adaletin önündeki en güçlü en-

12 Aral, *Toplum ve Adaletli Yaşam*, s.198.

gel olduğunun altını çizer. Ardından "Uygarlık kendisine karşı duran bu saldırganlığa ket vurmak, onu zararsız kılmak için hangi araçları kullanır" diye sorar Freud bu kez. Yanıt; saldırganlığın içe atılmasıdır. Üst ben olarak Ben'in geri kalan bölümlerinin karşısında duran ve vicdan biçimini alarak Ben'in aslında başkalarında tatmin etmekten hoşlanacağı saldırganlık eğilimini kendi Ben'ine yönelten süper ego bu işlevi üstlenir.[13]

Freud, vicdanın üst benin bir işlevi olduğu hükmüne varmıştır. Gerisi, artık teknik bir yöntem sorunudur; uygun teknikle bilinçdışının etkisinden kurtarılabilecek olan insan, bilinçdışı tutkularını tanıyarak onları fark edip ayırdına varabildiği ölçüde aklını egemen kılarak kendi dengeli Ben'ini yaratacaktır. Aslında bu amaç; akılcılığın, aydınlanmacı düşüncenin temel amacıdır ve Freud bu sorunu, en azından kendisi, bilimsel bir tabana oturttuğu düşüncesindedir. Bu anlamda Freud, batı akılcılığının doruklarından biri olarak anılmayı hak ediyor.

Burada kısaca Freud'un psikanaliz kuramının içeriğini, ya da bilimsellik iddiasının geçerliliğini tartışacak değiliz. Ancak bilimsel ya da değil, ama teknik bir yöntem olduğu tartışılmaz olan psikanalizin vicdan tanımlamasına karşı bambaşka bir dilden, sanatın dilinden bir vicdan okuması bize farklı bir bakış açısı sunacaktır.

Ruhbilimin resmi babası kabul edilen Freud'un vicdana bakışının altına Nietzsche'nin "Bana ruh bilim konusunda bir şeyler öğreten tek kişi"[14] dediği Dostoyevski'den bir alıntı.

Alıntı; Suç ve Ceza'dan. Raskolnikov'un, işlediği cinayeti içten bir sevgi ile bağlandığı Sonya'ya itiraf ettiği bölümden. "Kalk! ... Hemen şimdi, şu dakika, Dörtyol ağzına koş, yere kapan, ilkin kirlettiğin toprağı öp, sonra dört bir yana eğilerek bütün dünyayı selamla, herkesin önünde yüksek sesle, "Ben öldürdüm" diye bağır... Sana gereken şey günahının acısını çekmek. Ancak bu şekilde temizlenebilirsin. Peki, ama bu durumda sen nasıl yaşayacaksın? Nasıl? Kiminle yaşayacaksın. İnsansız nasıl yaşanabilir?" Raskolnikov sanki bir rüya içindeymiş gibi; "…Ben belki de üstelik kendime itiraf ettim! Belki de hala bir insanım, bir bit değilim…"[15]

Dostoyevski'de Sonya'nın, vicdana çağrısındaki bu güçlü ve sarsıcı çağlayışa Raskalnikov'un yanıtı, tüm insanlıktan gizlense bile insanın kendi vicdanından gizleyemediği bir suçun insanı nasıl da benlik yitimine götürerek aciz duruma düşürdüğünün en güzel ifadesidir. En azından kendime itiraf ettim, belki de bir bit değil, hala bir insanımdır diye inler Raskalnikov.

Dostoyevski'nin değerlerle yüklü insanına karşın Freud'un insanı, sadece içgüdüsel isteklerinin doyurulması zorunluluğuyla öteki insanlarla ilişki kuran ve özünde bencillik yatan bir varlık, libidonun yönettiği ve libidonun taşkınlıklarını en alt düzeyde tutma ilkesine göre çalışan bir makine gibi tanımlaması arasındaki derinlik farkına dikkat çekmekle

13 Freud, *Uygarlığın Huzursuzluğu*, s.80-90.

14 Gide, *Dostoyevski*, s.39.

15 Dostoyevski, *Suç ve Ceza*, s.180-181.

yetiniyoruz. Freud'un insanı; akıl ve duygu arasında bölünmüş bir canlıdır, psikanaliz de, insanın teknik bir incelenme yöntemi.

Teknikleşme ve Yabancılaşma

Teknik[16] sözcüğünü burada kısaca ne anlamda kullandığımı belirtmem gerekiyor.

Jacques Ellul, Teknoloji Toplumu eserinde, makineye bağlı klasik teknik kavramının anlamını, 18. yüzyıldaki değişimle birlikte anlamını yitirdiğini öne sürerek psikanaliz ve sosyoloji gibi insanlığın tüm entelektüel faaliyet alanlarının da tekniğin uygulama alanına girdiği saptamasında bulunur. Standartlaştırma ve rasyonelleştirme bu teknik tanımının karakteristik özelliğidir. Vicdan gibi hukuk da bu teknikleşmeden nasibini alır. "Yaptığınız işin felsefesini yapmazsanız teknisyeni olursunuz" der Nietzsche[17].

Hukuk da teknikleştiği ölçüde hukuk sistemi; adalet ve vicdan üzerine kafa yoran filozofik düşünceli değil, gerekli olan tekniğin ilkelerini iyi bilip iyi yorumlayan ve yasal terminoloji sınırları için gerekli çözümleri bulacak tekniker kafalara ihtiyaç duyar. Adalet, bireysel sorunlar karşısında pratik bir gereklilik değil, soyut bir kavrama dönüşür. Aslolan verimliliktir ve bu amaçla standardizasyon tek çıkış yolu olarak görülür. Yasalar çeşitlenir ve sert bir mantığa dayalı hükümler hukuka egemen olur.

Teknisyeni açısından tüm hukuk etkinliğe bağlıdır. Uygulanması olmayan bir hukuktan söz edilemez. Oysa teknisyen deneyimleriyle görmektedir ki hukuka insanların kendi iç sesleri ile uyulmamaktadır. Hukukun kaynağı olan ahlak bile, hukuk sistemine kendi doğallığında eklemlenmemektedir. Bu durumda hukuk, artık halkın ona bağlanmasından değil beceri akıl yoluyla davranışları kurallara göre ayarlayan mekanizmalardan ibarettir. Bu da hukuk uygulayıcılarını, hukukun amacını gözden kaçırıp yasaların uygulanmasını temel alan bir role büründürür.

Junger'in deyimiyle teknisyen, "hukuku teknik bir normlar dizgesine indirgeyerek vicdanın ve toplumun taleplerini normatif tekniğe tabi kılar"[18]. Düzen ve güvenlik kavramı artık hukuk tekniğinin amacına dönüşmüş ve hukukun temeli olan adalet kavramının yerini almıştır. Ne de olsa düzen ve güvenlik kavramları, adalet kavramına göre teknikleşmeye ve aynı anlama gelmek üzere "organize"[19] edilmeye çok daha müsaittir!

Platon; Euthydemos'da söz söyleme sanatını, retoriği, büyücülük sanatına çok yakın bulur ve her ikisini de en değerli sanatlar olarak niteler. Çünkü büyücülük nasıl zararlı hayvanları öldürüyorsa, güzel söz söyleme sanatı olan retorik de, agorada yargılanırken yargıçları ve meclis üyelerini büyüleyerek hayatta kalmayı sağlıyordu.[20]

Dünün, adalete ulaşmaktan çok, güzel söz söyleme tekniği ile yargıçları etkileme sanatı

16 Ellul, *Teknoloji Toplumu*, s.13-17.

17 Aktaran Polatlı, "Hukuk, Adalet, Vicdan..."

18 Ellul, *Teknoloji Toplumu*, s.311.

19 A.g.e., s.21.

20 Platon, *Euthydemos*, s.43.

olan hukuktan, bugünün hukukçuyu, karmaşıklaşmış teknik dizgeyi en verimli ve amaca uygun şekilde kullanabilecek teknisyene indirgeyen günümüzün teknikleşmiş hukukuna olan bir değişim sürecidir yaşanan. "Hukuk tekniği geliştiği oranda doğal hukukun gerilediği hukukun vicdana dayalı kaynağının öğrenilen hukuk tarafından temizlendiği"[21] ortadadır.

Kendini uygarlığın sanat ve felsefe alanlarından kopartan bir bilim anlayışı; teknikleşmeye mahkûm olmaktan kurtulamaz ve "gayri şahsileştiği"[22] oranda da insan doğasından kopar. Bilim, 18. yy itibariyle uygarlığın diğer bileşenleri ile bağını koparıp teknikleştiği oranda, antik yunan da "kendini bil" özdeyişinde ifadesini bulan insanın kendini bütünsel olarak anlamasını öngören bilgece öngörüşünden saparak, "haddini bil" buyurganlığındaki bir yabancılaşma alanına dönüşmekten kurtulamamıştır.

Tanımı gereği bir dış yaptırım gücünden meşruiyetini alan hukuk; antik çağın "güzel sözle ikna" tekniğinden günümüzün karmaşık ve standartlaşmış, araçları amaçsallaştırarak; düzen ve güvenlik adına vicdan ve adaletten ödün vermeye hazır bir teknik organizasyona dönüşmüştür.

Bu teknik organizasyon, dış zor'un saldığı korku'dan aldığı meşruiyetle, bireyin vicdanından tamamen kopmuş standartlaşmış bir cezalandırma aygıtıdır.

Tolstoy " "Bilim" adına değersiz, bazen de zararlı şeylerin peşinde koştuğumuzun en güçlü kanıtı, bir cezalandırma biliminin var olmasıdır. Cezalandırma, insanın bilinen en cahilce ve en saldırganca eylemi, insanın gelişiminin en alt düzeyden bir kalıntısıdır; bir çocuğun veya bir delinin düzeyinden bile daha aşağıdır."[23] der.

Konumuz özelinde söyleyecek olursak, bu yabancılaşmaya karşı duracak olan tek güç; iyi ve kötüyü bilme meyvesini yiyen insanın bu sayede kazandığı, Tanrı'ya, "insan bizden biri gibi oldu" dedirten o sınırsız kendini aşma potansiyelinin kendisidir. İçindeki "kendini" aşarak daha üst bir şuur haline geçme isteğidir. Vicdandır. Ve çünkü insan "ancak doğasına, vicdanının sesine uyarsa ahlaken iyi davranmış olur; öyle ki vicdanın söylediği şey nesnel olarak yanlış olsa bile."[24]

Aksi takdirde vicdan; insanın kendini aşma içgüdüsünün en görkemli gücü olmaktan çıkarak ya teolojik söylemin boyunduruğunda, bir ölçüde "gerçek üzüntünün dışa vurumu" ve bir ölçüde de "gerçek üzüntüye karşı protesto" olmaktan öte bir anlam taşımayan bir yanlış bilinç olmaktan, ya da hukuk tekniğinin ellerinde, düzen ve güvenlik kavramlarına kurban edilmekten kurtulamayacak.

Hukukun vicdanla ilişkisinin tartışılmasında belirginleşen iki ana akımın; aslında hukukun insanlık tarafından keşif mi edildiği, yoksa icat mı edildiğine dair bir soruya dayanan

21 Ellul, *Teknoloji Toplumu*, s.307.

22 A.g.e., s.21.

23 Tolstoy, *Bilgelik Takvimi / Tolstoyun Günlüğü*, s.277.

24 Aral, *Toplum Ve Adaletli Yaşam*, s.117.

temel bir karşıtlık içerdiğini tespit etmiştik. İnsan hem icat edendir hem de keşfeden. Çünkü insan neyi keşfedeceğini seçtiği ölçüde keşiflerinin mucididir de. Bu anlamda insanlığın hangi paradigmanın esiri olduğu değil, hangi paradigmayı seçeceğine dair insanlığın iradesine ve geleceğine duyulan umudun zemini de budur.

BİBLİYOGRAFYA

- *Aral, Vecdi. Toplum Ve Adaletli Yaşam. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1988.*
- *Dostoyevski, Fyodor. Suç Ve Ceza. Cilt 2. İstanbul: İskele Yayıncılık, 2009.*
- *Ellul, Jacques. Teknoloji Toplumu. İstanbul: Bakış Yayınları, 2003.*
- *Eyuboğlu, İsmet Zeki. Türk Dilinin Etimoloji Sözlüğü. İstanbul: Sosyal Yayınlar, 2004.*
- *Freud, Sigmund. Uygarlığın Huzursuzluğu. İstanbul: Metis Yayınları, 2011.*
- *Gide, André. Dostoyevski. İstanbul: Payel, 1998.*
- *Özön, Mustafa Nihat. Büyük Osmanlıca-Türkçe Sözlük. İstanbul: İnkılâp Yayınları, 2008.*
- *Özyurt, Cevat. "Durkheim Sosyolojisinde Ahlâkî Kontrol Sorunu," 2007. http://www.degerleregitimi.org/ded/13/ded13mak4.pdf.*
- *Platon. Euthydemos. İstanbul: Sosyal Yayınları, 2000.*
- *Polatlı, Ahmet. "Hukuk, Adalet, Vicdan...," 2009. http://www.makaleler.com/bilim-makaleleri/hukuk-adalet-vicdan.htm.*
- *Tolstoy, Lev. Bilgelik Takvimi / Tolstoyun Günlüğü. İstanbul: Kaknüs Yayınları, 2001.*
- *"Frascati Kılavuzu." Tübitak, 2002.*
- *"Hukuk." Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50ea08092c8c02.44259266.*
- *Kitabı Mukaddes. İstanbul: Kitabi Mukkades Şirketi, n.d.*
- *"Vicdan." Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük. http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50ea080da1c401.76122359.*

ALIŞKANLIK VE HUKUK

Engin TOPUZKANAMIŞ[1]

Yasa ve Hukuk

Bir kavram olarak "hukuk" kelimesini kullanarak fikir yürüttüğümüzde, karmaşık ve devasa bir bütüne atıfta bulunuruz. Bu, elbette, boşluksuz olma ve bütün hayat durumlarını kapsama varsayımına dayalı, teorik bir bütünlüktür. Bireyler ve hukuk ya da toplum ve hukuk dediğimizde, yine böyle genel ve "büyük" kavramlarla konuşmaya başlarız. Üstelik bu durumlarda hukuk, genellikle ceza hukuku düşünülerek ele alınır. Çünkü zihnimizde hukuku belirleyen şey genellikle cebrîlik, şiddet ve güçtür. Bunların en bariz şekilde görüldüğü yer ceza hukukudur: yaptırımların zoruyla desteklenen hukuk düzeni, bireyleri ceza tehdidi yoluyla itaate zorlar. Ayrıca hukuk karşısında bireyin tutumları da ahlâkî bir nitelik arz eder. Hukukçu; cebrîlik, örgütlü olma ve devlet desteği gibi nitelikler yoluyla hukuku benzerlerinden ayırt eder. Hukukun bu şekilde anlaşılmasındaki en önemli unsur, devlet olsa gerektir. Devlet, toplumsal düzeni sağlamak üzere hukuk koyar ve sahip olduğu meşru şiddet tekeli yoluyla da hukukun işleyişini garanti eder. Gerçekten de modern toplumda hukukun işleyişi, devletin istikrarlı gücüne bağlıdır. Ne var ki istikrarın sağlanması, devletin gücüne tâbi olanların, bu gücü sürekli bir şekilde kabul etmesiyle mümkün olur. Burada hukuk önemli iki işlev üstlenir: Birincisi, bireylerdeki meşruluk inancının kurulmasıdır. İktidar, rızaya tâbidir. İkincisi ise istikrarın ve onun gündelik hayatımızdaki karşılığı olan rutinin korunmasıdır. Bu güvenlik ve gündelik rutin olmaksızın rıza pek mümkün olmaz. Alışkanlık ve genel geçer inançlar çerçevesinde hukuk hakkındaki temel yaklaşımımız kural, ihlâl ve yaptırım biçimdedir. Sürüp giden gündelik hayat içinde hukuk pek düşünülmez. O işleyiş bir şekilde aksadığında ya da aksatıldığında hukuk devreye girer. Hâlbuki bütün görünürlüğüne ve çarpıcılığına rağmen bu kısım hukukun asıl gücünü göstermez. Hukukun gücü, devasa ve karmaşık bir düzen hâlinde işleyen modern toplumun mekaniğini kurmasında yatar. Siyasî iktidarı da kendine tâbi kılan hukuk, modern toplumun bütün veçhelerinde yer alır ya da almak ister. Kendi dışındaki diğer düzen kurallarını da kendine tâbi kılar.

Hukuka ilişkin bir başka temel yaklaşım, hukuku adalet ile ilişkilendirmektir. Hukuk, adalet değerine yönelik bir düzendir ya da düzen aracıdır. Başka deyişle hukukun temel amacı adaletin sağlanmasıdır. Adalet nedir tartışmasına girmeksizin ya da adaleti küçümsemek ya da gündem dışına atmayı hedeflemeksizin, gerçekliğe bakıldığında hukukun adalet diye bir hedefi olmadığı ileri sürülebilir. Hukukun adalete yönelmiş olması arzulanır bir şeydir. Modern siyasî yönetimler de hukuk aracılığıyla adalete yönelmiş düzenler oldukları

1 Dr., DEÜ Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

iddiasındadırlar. Ancak modern toplumda hukuk, adaletten ziyade "düzen" sağlama hedefine yönelmektedir. Düzeni sağlamadaki başarı, âdillik ve buna bağlı olarak meşruluk inancı kurma becerisinde yatar.

Geleneksel toplumlarda hukuk, "düşünülmüş" bir şeydi ama Tanrı'nın düşünmüş olduğu bir şeydi. Bu anlamıyla da geleneksel toplumda hukuku, büyük harfle *Yasa* olarak anmak belki daha doğrudur. *Yasa*, kapsamı ve hedefi açısından hukuktan çok daha büyük bir düzeni hedefler: Kâinatı. Tanrı, bütün kâinatı yasalarla yönetir. İnsan da aklı ölçüsünde kendi yasalarını yapar. Ama burada amaç belli bir amaç doğrultusunda "yönetmek" değildir. Amaç, bizatihi "iyi"dir. İyi, kendine emredilen her ne ise onu yapmaktır ve bu anlamda insan dışında bütün varlıklar, kendi rutinlerini yani "iyi"lerini, oldukları her ne ise o olmakla sürdürürler. Modern hukuk düzeni, tabiî (olduğu ne ise o olan) insanla yürüyebilecek bir mekanizma değildir. Tabiî insan, evrenin ahlâkî yasalarına tâbi bir kimse idi ve içinde yaşadığı basit toplumda karmaşık duygu durumları, davranış kalıpları ya da toplumsal disiplin örgüsü yoktu. Yani bireyin kendisi üstünde denetim kurmasını gerektirecek bir toplum yapısı mevcut değildi. Oysa modern toplumun işleyişi belli bir bilinç seviyesine ulaşmış özgür ve disiplinli bireylere muhtaçtır. Siyasî lügatte bu kimsenin adı yurttaştır.

İnsan hakları çıkalı beri bu hakların süjesi olarak sıkça "herkes" denilmesi adet olmuştur. Ancak gerçekte "herkes", hiçbir zaman herkesi kapsamaz. Meşhur, "halk plajlara hücum etti vatandaş denize giremiyor!" manşetindeki gibi herkesin eşit hak talebi bazılarını rahatsız eder. Çünkü sürekli özgürlük vurgusuna ve talebine rağmen özgürlüğün ön şartı disipline tâbi olmaktır. Yurttaş, düzeni anlayabilecek ve ona rızası ile tâbi olacak asgarî bilgi, beceri ve ahlâka sahip olan kimsedir. Üstelik modern toplumsal düzen gayet karmaşık bir ilişkiler ağıdır. Bunu anlayıp uygun cevaplar üretemeyen kimseler, hukukla da problem yaşarlar; başka deyişle hukuk düzeni bu kimseleri "ıslah"a muhtaç olduğunu ileri sürmeye başlar.

Modern toplumda hukukun, geleneksel kamu hukuku kavramlarıyla ele alınması Foucault tarafından eleştirilmiştir. Foucault'ya göre Batı toplumları oldukça uzun bir süre siyasî iktidarın meşruluğu problemi ile uğraştı. Bilindiği gibi bu dönemde, dinî meşruiyete dayanmayan burjuva iktidarı giderek güçlenmekte ve kendine meşruluk zemini aramaktaydı. Bu zemin, siyasî planda farazî (fakat giderek gerçek) bir halk olmuştur. Mutlak bir egemenlik anlayışı hem monarşiler devrinde hem de ulus-devlet düzeninde korunmuştur. Bu anlayış içinde de hem hukukçuların hem de siyaset teorisyenlerinin temel hedefi, yeni oluşan bu devlet iktidarını berkitmenin yollarını bulmaktı. "Büyük anlatı"ların doğduğu yer burasıdır. Tanrı'nın *Yasası*nın yerini devletin *Yasası* almıştır. Tanrının verdiği hakların kaynağı akıl olmuştur. Liberalizmin ilk dönemlerinde tabiî hukuk, Avrupa geleneğindeki meta-hukuk ihtiyacının gidererek, hukukun "aklî" bir şey olduğunu fikrinin yerleşmesini sağlamıştır. Başlangıçta hukuk, bu yeni yaklaşıma uygun olarak, düzeni sağlama değil düzenin korunması olarak algılandı. Tabiî düzen zaten aklî ve kendiliğinden iyi olandı. Bu aşama yeni iktidarın meşruluk aradığı bir zamandı. İktidar gücünü arttırdıkça yani "tabiî" düzen işledikçe bazı "herkes"ler, herkes kadar insanlık içinde olmadıklarını gördüler.

Bu aşamada iktidar, geleneksel Yasa anlayışını kullandı ve itaat talep etti. Ancak bu anlayışın dayandığı meşruluk zemini (din ve geleneksel toplum yapısı) çoktan tahrip olmuştu. Dolayısıyla cezalandırmaya dönük hukukî tedbirler azaldı. Siyasî planda iktidarın geri çekilerek bazı hak taleplerini karşılamasına ve sosyal olarak da toplumun çeşitli kurumlar eliyle disipline edilmesine dönüştü. Ancak disiplin toplumuna geçiş, *Yasa* (hukuksallık) dışında başka bir evreye geçme mânâsında değildir[2]; yasa fikrinin üstüne disipline edici pratiklerin eklenmesi ve bunların baskın çıkması, hatta hukuksallığı kuşatan norm toplumuna geçilmesidir.

Geleneksel toplumdaki Yasa ile modern hukuk arasında önemli bir fark vardır. Yasanın amacı yönetmek değildir, toplum düzeni değildir; tıpkı Kant'ın ahlâka ilişkin söyledikleri gibi Yasanın amacı Yasanın kendisidir: kâinatın uyumuna dâhil olmak, Tanrı buyruklarına uymak. Bunun yolu da temel olarak yasaklamalardan geçer[3]. Geleneksel toplumda cemaat ilişkileri, kişileri bu ahlâkî düzen doğrultusunda denetim altında tutmak ister. Siyasî iktidarın ise toplumu yönetmekle ya da insanların kendisi ile pek bir bağı ve ilişkisi ya da ilgisi yoktur. Siyasî iktidar, adam ve vergi toplamakla ilgilenir[4]. Dolayısıyla temel hedefi, kişisel bir mal gibi sahip olduğu iktidarı korumaktan ibarettir.

Foucault modern iktidarın çok daha farklı bir hedefe yöneldiğini ileri sürdü. Modern iktidar "yönetmek" peşindedir[5]. Bu yönetim, hem toplumun bütününü hem de her bir bireyi kapsar. Bu yönetimin temel hedefi tabiî insanları işe yarar, özne ve özerk bireylere dönüştürmek böylece hem kapitalist düzenin ihtiyacı olan disiplinli bireyi hem de demokrasinin ihtiyaç duyduğu yurttaşı ortaya çıkarmaktır. Hukukun buradaki fonksiyonu belli bir ahlâk dayatmak (ya da yaratmak) değil, verili düzenin sürdürülmesini sağlamaktır[6]. Bunu da yasaklar yoluyla değil, hayatın hemen her alanını normlar aracılığıyla düzenleyerek yapar.

II- Rasyonel Bir Düzen Olarak Hukuk

"Vahşi kültürler", diyor Ernest Gellner, "bir kuşaktan ötekine kendilerini bilinçli bir tasarım, nezaret, gözetim ya da özel beslenme olmaksızın yeniden üretirler". Buna karşın "işlenmiş" ya da "bahçe" kültürleri, ancak okumuş ya da uzmanlaşmış kimselerce yürütülebilir. Yeniden üretmek için tasarıma ve nezarete gereksinimleri vardır; onlarsız bahçe kültürleri yok olur, her yanı yabanî otlar kaplardı. (…) Modernitenin ortaya çıkı-

2 *Foucault bunu bir hükümranlık hukuku ile bir disiplin mekaniğinin birlikte çalışması olarak görüyor. Foucault, Toplumu Savunmak, s. 51.*

3 *Bu, bugün de yaygın olarak kabul edilen ve birey ve devlet arasındaki ilişkiler çerçevesinde iktidarın analizini öngören yaklaşımdır. Devletin (hukukun) yasaklamadığı her alanda kişiler serbesttir gibi temel bir ana fikre dayanır. Bu yaklaşımda iktidar devlettir ve iktidarın kullanımı bastırıcı nitelikte tehdit ya şiddet içerir. Litowitz, p. 5. Foucault başka bir yerde bunu Leviathan modeli olarak da tanımlıyor. Foucault, Toplumu Savunmak, s. 48.*

4 *Giddens'ın deyişiyle geleneksel devletler, modern anlamda yönetmezler; hatta bu devletin görev alanında yer alan hemen hiçbir hizmeti de sunmazlar. Giddens, Ulus Devlet, s. 11 ve 93.*

5 *Giddens'ın deyişiyle, geleneksel devletler, modern anlamda yönetmezler. Giddens, Ulus-Devlet, s. 11 ve 93.*

6 *"Hukuk artık toplumu ahlaklı kılmanın bir aracı değil, bireysel dünyalara ait hale gelmiş ahlakları yaşanabilir kılmanın olanaklılık alanıdır." Özcan, s. 200.*

şı, böylesi bir vahşi kültürlerin bahçe kültürlerine dönüşmesi süreciydi."[7]

Modern toplumda hukuk, sürekli biçimde ahlâk, din gibi diğer sosyal düzen kurallarından ayrışmak ve onları kendine tâbi kılmak ister. Toplumun bütününü, bu diğer sosyal düzen kurallarına ihtiyaç bırakmayacak şekilde (boşluksuz) yönetmek, modern hukukun temel amacıdır. Yönetmek kavramının üstünde durmalıyız; kelimeyi en geniş anlamda kullanmak gerekir. Bir orkestra şefi gibi unsurlar arasında ahenk ve uyum sağlamak. Ama ondan fazlası da var çünkü tek tek orkestra üyeleriyle, her birinin sazıyla, mesaisiyle, duruşuyla, oturuşuyla ilgilenmek gerekir. Seyircinin gördüğü sahnenin öncesi, büyük meşakkatin çekildiği yerdir. Kısaca modern toplumda hukuk, bu diğer sosyal düzen kurallarına gerek kalmayacak şekilde bütün toplumun işleyişini sağlamak ister. Buna, hukukun rasyonel düzen tasavvuru diyoruz. Başka türlü söylenirse belli bir zamandaki, belli bir toplumun "ideal" işleyiş imgesi hukuktur. Bu haliyle modern hukuk da "düşünülmüş" bir şeydir. Ama bu defa onu düşünen akıl, insan aklıdır.

Weber'in rasyonaliteye çok güçlü bir şekilde vurgu yaptığını biliyoruz[8]. Onun rasyonel otorite kavramı, doğrudan modern hukuka işaret eder. Rasyonelliğin gündelik hayattaki temel görünümü düzenlilik ve öngörülebilirliktir: Bir saat gibi işleyen toplum düzeni. Aslında hukukî pozitivizm, bu rasyonel düzen imgesinin kâğıda dökülmesi ve kendisi dışındaki düzen kurallarının bertaraf edilmesidir. Rousseau'nun "genel irade" fikri, düzen kurucu aklın, herkesin aklı olduğunu ifade eder. Yani hukukun pozitivitesindeki buyuruculuk, bu yolla rıza gösterilen bir meşruiyet kazanır. Bu düzen hedefi, tabiî hukukun alanını daraltarak tamamen siyasî meşruiyet sağlamaya yönelik bir araca indirgemişken, hukukî düzenlemeleri kendine araç kılmıştır. Bu sebeple Foucault'nun "governmentality"[9] olarak adlandırdığı idarî rasyonalitenin kuruluşu ile hukukî pozitivizmin yükselişi aynı ana denk gelir.

Hukukî pozitivizmin belli bir eşik noktasından sonra ürkütücü yönetim modellerine kapı araladığını biliyoruz. Burada pozitivizm eleştirisi ya da övgüsü yapmak durumunda değilim. Ancak gündelik hayatın rutin işleyişi (her türlü kurumsal ve bireysel ilişki biçimi dâhil olmak üzere) hukukun pozitivitesi (belirlilik, düzenlilik, süreklilik) olmaksızın gerçekleşemez. Bu anlamda tabiî hukuk-pozitif hukuk tartışması pek anlamlı değildir. Tabiî hukuk (ya da bugün artık insan hakları), pozitif hukukun belli bir menfaati ihlâl ettiği ama kendi içinde bunu meşrulaştırdığı durumlarda, menfaati zedelenenlerin başvurduğu emniyet sibobu durumundadır.

Weber'in "büyüden arındırılmış" dünya ve kafese tıkılmış insan imgeleri, modern gün-

7 *Bauman, Yasa Koyucular, s. 65. "Kültür, şeyleri olduklarından ve aksi hâlde olacaklarından farklı yapmak ve onları bu hâlde, yapay şekilde tutmaktır." Bauman, Sosyolojik Düşünmek, s. 161.*

8 *Weber, rasyonelleşmeyi üç anlamda kullanmıştır: "(1) Dünyanın (olumlu açıdan) entelektüelizasyonu ya da (olumsuz açıdan) büyüsünü yitirmesi (Entzauberung) adını verdiği şey; (2) 'kesin bir biçimde verili, pratik bir amaca, yeterli araçlar hakkında hassasiyet derecesi gittikçe artan hesaplar kullanılarak yöntemli olarak ulaşılması' anlamında rasyonelliğin artması; (3) 'sistematik olarak ve belirsizlikten uzak bir biçimde sabit amaçlara yönelen ahlaklar'ın oluşması anlamında rasyonelliğin artması." Giddens, Max Weber, s. 50.*

9 *Foucault, "Governmentality", s. 87-104. Gordon bu kavramı idarî rasyonalite (governmental rationality) olarak tanımlıyor. Gordon, s. 1.*

delik rutinin ortalama insan üstündeki etkisini iyi bir biçimde ifade eder. Yani gündelik işleyişi mümkün kılan kural ve düzenlemeler, aynı anda insanca kalabilmeyi de cendere altına sokan türden şeylerdir. Bunun çözümü benim bilgimin dışında ancak görülen o ki süreklilik, düzenlilik ve istikrar sağlayamayan bir düzen, insanın karşılaşacağı en büyük sıkıntılardan bir olarak karşımıza çıkar.

III. Rasyonalite, Alışkanlık ve Gündelik Hayat

Hukuk, bir adalete yönelmiş bir ahlâk biçimi olmaktan uzaklaşarak, belli iktidar ilişkilerini korumaya yönelik bir düzen tasavvuru haline geldiğinde hem amaç değiştirmiş olur hem de bireyler ile kurduğu ilişki biçimi değişir. Geertz'in belirttiği gibi hukuk, kurallar bütünü olmaktan çok belirli bir gerçeklik tasavvurunun bir parçasıdır. Sosyal gerçekliği yansıtmaktan ziyade, onu kurmaktadır[10]. Bireylerin hukuk karşısındaki tutumlarını belirleyen büyük ölçüde (özellikle eğitim ile) edindikleri hukuk kültürüdür. Bu kültürü oluşturan ise aile, ortaokul ve lisedeki tarih kitapları, vatandaşlık bilgisi dersleri, dizi ve filmler vs. dir[11]. Hukuk hakkındaki bilincimiz, Kant'ın "rasyonel birey"inden çok Freud'un "bilinçaltı" ya da kitle toplumu olgusuna dayanılarak anlaşılabilir.

Toplumsal düzenler, belli değerlerle ilişkili inançlar (psikolojik), bu değerlerin sürdürülmesini sağlayan normlar (pratik) ve gündelik işleyiş (rutin) ile var olurlar. Modern toplum bu üç unsurun bir bileşimi olarak karşımıza çıkar. Temelde insan düşüncesi ve etkinlikleri, gerçeklik inşası ile mümkün olur. Bireyler, doğuştan itibaren yapıp-etme biçimleri ve hayatta kalma becerileri edinirler. Hayatta kalma becerisinden kasıt, vahşi yaşamda değil, gündelik basit toplumsal ilişkiler örgüsü içinde var olma, kabul görme, ihtiyaçlarını giderme gibi temel ve "basit" ihtiyaçlardır. Çünkü insan hayatındaki en baskın ve büyük gerçeklik "gündelik hayat" olarak karşımıza çıkar[12]. Bireyler olarak belli bir andan itibaren bu akışa dâhil ve belli bir bilinç seviyesine ulaşana dek de ona tâbi oluruz[13]. Dâhil olma ve tâbi olma, sosyal süreçlerin ya da bireyin sosyalleşme süreçlerinin bir sonucudur. Binlerce ayrıntı bu süreçlerde edinilir ve içselleştirilir. Edinilen bu kalıplar, hem toplum hem de birey açısından son derece önemlidir. Çünkü rutinin kurulabilmesi bu sayede olur. Rutin bir kafestir evet, ama aynı zamanda güvenliktir.

Modern hukuk; toplumsallaşma, eğitim ve sosyal psikoloji mekanizmaları üzerinde ya da bunlar sayesinde işleyebilen bir sistemdir. Gündelik hayat içinde bireylerin davranışlarının çok büyük bir bölümünü alışkanlıklar ve rutin oluşturur. Giddens'ın sınıflandırmasıyla güvenlik kaygısı ve tehlike arasında yaşayan geleneksel bireyin aksine modern birey güven ve risk arasındadır[14]. Modern bireyde güven duygusu, geleneksel bağlar eliyle değil, soyut kurumlar aracılığıyla gerçekleştirilir.

10 *Aktaran Macaulay, s. 185.*

11 *Macaulay, s. 186.*

12 *Berger&Luckmann, s. 39.*

13 *Bu cümle, belli bir bilinç seviyesinde tâbi olmaktan kurtulmak mânâsında değildir. Neye ve nasıl tâbi olduğunun farkına varmak, ahlâkî tutum edinmenin başlangıcıdır.*

14 *Giddens, Modernliğin, s. 14 vd.*

Hukuk düzenin başarısı da aslında bu rutinin belli bir başarıyla işleyebilmesinde yatar. Kırmızıda duran arabalar, yatan faturalar, mesaiye zamanında başlamak vs. Rutin, ihlâl ettiğimiz durumda bile aslında bir şekilde inanmayı sürdürdüğümüz normların da garantisidir. Çünkü genellikle uyduğumuz düzen, bilinçli bir şekilde üstünde düşündüğümüz bir düzen değildir. Düzen üstüne bilinçli bir düşünce geliştirmek genellikle ya bu konuda bilimsel bir meraka ya da düzene yönelik muhalif bir duruşa, yani rahatsızlığa işaret eder. Sıradan insan, sistemin bütününe yönelik düşünce üretmeye ihtiyaç duymaz. Bu düzenin bazı normlarını zaman zaman ihlâl ediyor olması da olağandır ve bu durum düzenin kendisine inanmadığı anlamına gelmez. Alışkanlık ve rutin bizi bu düzenin içinde tutar. Hukukun varlığı ve işleyişinin teminatı da bu gündelik rutinin mümkün olduğunca aksamadan sürmesidir. Ama öte yandan hukuk bu rutini sağlayan mekanizmadır. Hukuku düzen kuralları olarak tanımladığımızda, yine genellikle bu kuralların ihlâl edilmesi hâlinde ortaya çıkacak yaptırımlara odaklanırız. Hukuk hiç şüphesiz, cebir ve zoru bünyesinde barındırır; bunun aksi düşünülemez. Fakat o noktaya gelmeden önce hukuku tanımlarken başvurduğumuz "düzen" kavramına odaklanalım. Rutin, alışkanlık ve düzen kavramları, yani akıp giden gündelik hayattaki bu "akıp gitme", süreklilik ve rutinin kendisi, gerçekte başarılı bir hukuk düzeninin anahtarıdır. Düzenin kendisi belli bir rasyonaliteye (siyasî mânâsıyla devlet aklına) dayanır. Ama teorinin aksine modern toplumun gündelik işleyişi, ortalama bireyin kendiliğinden ve çoğu zaman düşünmeden sisteme uyması ile sağlanır. Locke ya da Kant gibi liberal toplumun ilk fikir babaları, öz-disiplin (*self-discipline*) sahibi, rasyonel bir bireyi esas alarak konuşmuşlardır. Ancak süreç içinde ortaya çıkan bireyler toplumu değil kitle toplumu olmuştur.

Hukuk ve bireyin ilişkisi karmaşık bir nitelik arz eder. Yine de hukuka uymanın temelde çıkar ile ilişkili olduğunu söylemeliyiz. Düzen yönünde hareket etmek, yani düzenin rasyonalitesine tâbi olmak çoğu kez bireylere güvenli bir yol sunar. Bu şekilde belli bir işte çalışan sıradan bir kişi, her ay ne kadar maaş alacağını, tatil günlerini, mesai saatlerini ve ne zaman emekli olacağını önceden bilir. Hepimizin yakından tanıdığı memur ya da işçi tipi, kendi geleceğini güvence altına almak üzere düzene uymaya çalışır. Düzenin disiplinine tâbi olmak, yani önceden belirlenmiş rasyonalite çerçevesinde kalmak onu, hayatındaki temel hedeflerine ulaştırabilir: Çocuklarını okutabilir, bir ev alabilir[15]. Orta sınıf için süregiden ekonomik ve hukukî düzene uymak, geleceği garanti altına almak anlamına gelir. İktisadî iktidarın baskın olduğu bu düzende, hukuka uyma ve disiplin altına girme, geleneksel toplumun güvencelerinden yoksun bireye bir yol haritası sunar[16]. Bu bakımdan hukuka uymanın temel saikı, çıkar temelli gelecek ve güven kaygısı ile birlikte toplumsal iktidar biçimlerinin birey üstünde kurduğu sosyal kontrol mekanizmalarıdır.

Modern düşüncenin "başarısı" da burada yatmaktadır. İktidar, kendi işleyişi bakımından geniş bir bilgi üretimine yaslanarak ve hukukî meşruiyete yaslanarak verili iktidar ilişkilerini korumaya ve sürdürmeye yönelmektedir. Ancak toplumdaki bireyler, rutinin döngüsünü güvenlik ve belli ölçüde refah sağladığı müddetçe sürdürmektedirler.

15 *Sennet, s. 13-16.*

16 *"Modernlik-öncesi ortamlarda bireyler hem ilkesel hem de pratik olarak rahiplerin, yargıçların ve büyücülerin kararlarını göz ardı edebilir ve günlük etkinlik rutinleriyle yaşayıp giderlerdi. Ancak bu, modern dünya için, uzmanlık bilgisi göz önüne alındığında mümkün değildir." Giddens, Modernliğin, s. 79.*

KAYNAKÇA

- *Bauman, Zygmunt. Sosyolojik Düşünmek, 7. Baskı, Çev. Abdullah Yılmaz, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2010.*
- *Bauman, Zygmunt. Yasa Koyucular ile Yorumcular, 2. baskı, Çev. Kemal Atakay, Metis Yay., İstanbul, 2003.*
- *Berger, Peter L. ve Thomas Luckmann, Gerçekliğin Sosyal İnşâsı- Bir Bilgi Sosyolojisi İncelemesi, Çev. Vefa Saygın Öğütle, Paradigma Yay., İstanbul 2008.*
- *Foucault, Michel. "Governmentality", The Foucault Effect- Studies in Governmentality, Ed. Graham Burchell, Colin Gordon, Miller, The University of Chicago Press, USA 1991. (Governmentality)*
- *Foucault, Michel. Toplumu Savunmak Gerekir, Çev. Şehsuvar Aktaş, YKY, İstanbul, 2002. (Toplumu Savunmak)*
- *Giddens, Anthony; "Max Weber Düşüncesinde Siyaset ve Sosyoloji», Siyaset, Sosyoloji ve Toplumsal Teori, Çev. Tuncay Birkan, Metis Yay., Ekim 2001 İstanbul, ss. 23-87. (Max Weber)*
- *Giddens, Anthony. Modernliğin Sonuçları, Çev. Ersin Kuşdil, Ayrıntı Yay., İstanbul, 1994. (Modernliğin)*
- *Giddens, Anthony. Ulus Devlet ve Şiddet, Çev. Cumhur Atay Kalkedon Yay., İstanbul 2008. (Ulus Devlet)*
- *Gordon, Colin. "Governmental Rationality", The Foucault Effect- Studies in Governmentality, Ed. Graham Burchell, Colin Gordon, Miller, The University of Chicago Press, USA 1991.*
- *Litowitz, Douglas. "Foucault on Law: Modernity as Negative Utopia", Queen's Law Journal, Vol. 21, No. 1; Fall 1995, pp. 1-36.*
- *Macaulay, Stewart. "Images of Law in Everyday Life: The Lessons of School, Entertainment, and Spectator Sports", Law & Society Review, Vol. 21, No. 2 (1987), pp. 185-218.*
- *Özcan, Mehmet Tevfik. Modern Toplum ve Hukuk Devleti, XII Levha Yay., İstanbul 2008.*
- *San, Coşkun. Max Weber'de Hukukun ve Meşru Otoritenin Sosyolojik Analizi, Ankara İkO tisadî ve Ticarî İlimler Akademisi Yay., Ankara, 1971.*
- *Sennet, Richard. Karakter Aşınması, 5. Baskı, Çev. Barış Yıldırım, Ayrıntı Yay., İstanbul, 2011.*
- *Weber, Max. Economy and Society, Ed. Guenther Roth ve Claus Wittich, University of California, USA, 1978.*

TOPLUM SÖZLEŞMELERİNDEKİ "YASACI"

Cengiz Mesut TOSUN*

Siyaset felsefesinin cevabını aradığı başlıca sorular vardır. Bu sorulardan biri, toplum halinde yaşayan insanlardan "kimin neye hakkı olacak?" bir diğeri ise "herkes adına kim ya da kimler karar verecek?" sorusudur. Birinci soru, hak ve özgürlüklerin dağılımıyla; ikinci soru ise, siyasi otoritenin temsiliyle ilgilidir. Şüphesiz cevaplar, insanlar için siyasal iyinin ne olduğunu ve bu siyasal iyiyi gerçekleştirmek için ne yapılması gerektiğini belirlemeyi hedefler.

Siyaset felsefesinin cevabını aradığı diğer önemli bir soru ise, devletin varlığının gerekip gerekmediğidir. Kurumsallaşmış bir otorite olarak devlet, tarihte görülen iktidar örgütlenmelerinin her zaman için en buyurgan ve en kapsayıcı olanıdır. Dün ve bugün olduğu gibi, yakın gelecek için de beklenen odur ki, gerçek egemenliğin sınırları, devletin sınırlarını aşamayacak, devlet en geniş çaplı siyasal örgüt olarak varlığını sürdürecektir. Böylesine güçlü ve varlığını her zaman hissettiren kurumların nasıl ve hangi şartlarda geliştikleri, siyaset felsefesinin öteden beri ilgisini çekmiştir. Bununla birlikte, devleti açıklamaya ya da anlamlandırmaya çalışan teorilerin hemen hemen hepsi, temelde devletin ne olduğu, niçin ve nasıl geliştiği ve mensuplarına eğer varsa hangi faydaları sağladığı konusunda bir uzlaşmaya varmış olmaktan da uzaktır.[1]

Bildirimde yukarıda bahsi geçen ve siyaset felsefesinin omurgasını oluşturan "kimin neye ne kadar hakkı olacağı" ve "herkes adına kim ya da kimlerin karar vereceği" sorularını "yasacı" kavramını merkeze alarak Hobbes, Locke ve Rousseau'nun sözleşmelerinde nasıl tanımlandığını göstermeye çalışacağım.

THOMAS HOBBES'TA "YASACI"

Hobbes'a göre, siyasal toplumun ne olduğunu ortaya koyabilmek için, bunu oluşturan parçalardan, yani insanlardan hareket etmek gerekmektedir. Hobbes'a göre, insan doğası hakkında ne kadar açık bilgiye sahip olunursa doğal hukuk ve siyaset hakkında da o kadar açık düşüncelere ulaşılır. Bu nedenle insan doğasının bilinmesi çok önemlidir. Hobbes insanın toplumsal bir özelliğe sahip olduğu düşüncesine karşıdır. İnsanların ihtiyaçlarını tek başlarına karşılayamadıkları için bir araya gelmiş oldukları fikrini reddeder. İnsanların bir araya gelmelerinin nedeni çıkarlarıdır, arkadaşlık ya da dostluk değildir.[2] Hobbes sosyalleşmenin temel nedenini sevgi değil, karşılıklı korkuya dayanan bir çeşit politik bir ilişki

* *Mersin Üniversitesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi*

1 *Claessen H.J.M- Skalnik P. (1993) Erken Devlet, Çev. A.Şenel İstanbul:İmge Yay.*

2 Hobbes, T. (2007) Elementa Philosaohica DE CIVE Yurttaşlık Felsefenin Temelleri. Çev. D. Zarakolu İstanbul: Belge Yay.

olarak görmektedir. Bu birliktelikler asla iyi niyetli değildir. Hobbes toplumsal olmanın temelinde çıkarın ya da gururun varlığına işaret etmektedir. Toplumsallık arkadaşlığın, dayanışmanın değil, benlik sevgisinin bir ürünüdür.

İnsana özgü diğer bir özellik geleceği düşünme, gelecek kaygısıdır. Ve gelecekten kaygı duymak insanı bilme isteğini harekete geçirir. Hobbes'a göre, gelecek kaygısı, insanı şeylerin nedenlerini araştırmaya yöneltir, çünkü bu nedenleri bilmek, insanın şimdiki zamanı kendi avantajına uygun olarak daha iyi bir şekilde düzenlemesini sağlamaktadır. Yani insan hesaplayan bir canlıdır. Geleceğini de bu hesaplara göre öngörmek zorundadır.[3]

İnsan için kendini koruma, güvenlik içinde bulunma isteği, sürekli bir sorundur. İnsan, üzerindeki ölüm tehlikesini düşünebilen bir yaratıktır, dolayısıyla gelecek, insanı sürekli meşgul eder. İleride ölümden uzak, güvenli bir duruma ulaşmak için duyumlarını, tutkularını rasyonel bir hesap içinde değerlendirmeye çalışır.

Hobbes'un doğal durumu üç temel kavrama dayanmaktadır. *eşitlik*, *güvensizlik* ve *egemenlik.* Doğal durum Hobbes için bir insanlar kalabalığıdır. Toplumun devletin ortaya çıkmasından önce "güvenlik gereksinimi" içinde olan ve bu nedenle öteki insanlar üzerinde iktidar kurma isteğiyle dolu insanlardan oluşmuş bir "doğa durumu" varsayımıdır.

Hobbes'un doğal durum kurgusu, ileride sistemli bir şekilde ortaya koyacağı "egemenin/devletin" varolmasının, ortaya çıkmasının temel savı olarak kabul edilmelidir. Devletin siyasal gerekliliği ve meşruluğu doğal durum üzerinden sağlanacaktır.

Hobbes'a göre herkesin eşit olduğu bir durum güvensizliğin temel nedenidir. Bütün şartları eşit olan iki kişi, elde etmeye çalışacakları fakat sadece birinin sahip olabileceği bir şey için mücadele etmek durumundadırlar ki bu da birbirlerine düşman olmalarına yol açar. Esas olarak varlıklarını korumak ve bazen de sadece zevk almak olan amaçları uğruna, birbirlerini yok etmeye veya egemenlik altına almaya çalışırlar. Herhangi bir kimsenin başkalarına olan güvensizliğinden kurtulması için kendisi için tehlikeli olabilecek kadar büyük olan başka bir kuvvet kalmadığını görünceye kadar, her türlü hile ve zor kullanımıyla olabildiğince çok insanı hâkimiyeti altına almaktan başka akılcı bir yol yoktur.[4] Bu ise sürekli savaş halinden başka bir anlama gelmemektedir. Güvensizlik, bir insanın kendi varlığını korumak amacıyla diğer insanlar üzerinde egemenliğini arttırmak istemesi ile savaşın yolunu açmakta, aynı zamanda bunun akılcı bulmaktadır.

İnsanın doğa durumunda, kendisini sürekli bir savaş içinde olmasına yol açan kavgaların insanın ne gibi özelliklerinden kaynakladığı soruşturmasında Hobbes, üç temel kavga nedeni ileri sürer: Birincisi, *rekabet;* ikincisi, *güvensizlik* ve üçüncüsü de *şan ve şeref*. Rekabet insanları kazanç için, güvensizlik güvenlik için, şöhret ise mücadele etmeye itmektedir.

Böyle bir savaş durumunda ise, insanlar çalışmaları sonucu elde ettikleri ürünlerin başkaları tarafından ellerinden alınmayacağından emin değillerdir. Bu nedenle doğa durumunda tarım, zanaatlar, kültür yani uygarlık da olamaz. İnsanın yaşamı ölüm korkusu içinde, yalnız, yoksul, kötü, kısa ve vahşidir. Herkesin herkese karşı daima savaş halinde olması Hobbes'a göre, devletin yokluğundan kaynaklanmaktadır. Çünkü insanlar, herkesi korku altında tutacak genel bir güç olmadan yaşadıkları vakit, savaş denilen durumun içindedirler. Bu savaş herkesin herkese karşı savaşıdır. Sürekli olarak can ve mal güvenliği konusunda hissedilen tedirginlik ile her insan silahlanır, mallarını kilit altında tutmaya çalışır. Sürekli bir savaş hali durumunda ise adaletten söz edilemez. Hobbes'a göre, genel savaş ortamında yapılan hiçbir şey adalete aykırı değildir. Doğru ve yanlış, adalet ve adaletsizlik kavramlarına yer yoktur. Genel bir gücün olmadığı bir yerde, yasa da yoktur; yasa olmayan yerde de adaletsizlik de yoktur. Adalet zihinsel ya da bedensel yetilerden değildir. Bu tür kavramlar tek başına değil, toplum içinde yaşayan insanlara ait niteliklerdir. Doğa halinde herkesin her şeye üzerinde hakkı vardır. Bu güçlü olanın adaletidir ki aynı zamanda Hobbes'un savaş halinin iki temel erdemi saydığı şiddet ve hile ile sağlanan bir adalettir. Bu bütünüyle bir özgürlük durumudur. Herkesin herkesle savaş halinde olduğu doğa durumunda mülkiyetin, egemenliğin, sen ve ben ayrımının bulunmaması, herkesin eline geçirebildiği şeyleri elinde tutabildiği sürece sahip olmasıdır.[5]

İnsanların doğa durumunda birbirlerinin mallarını yağmalamaya ve birbirlerini yok etmeye eğilimli olmasından dolayı insan doğasını suçlamamak gerekir. Çünkü insanın istek ve arzuları kendi başlarına kötü olmadıkları gibi, "yalnız, yoksul, kötü, vahşi ve kısa" süren durumdan kurtulmayı sağlayan, insanın en temel tutkusu "şiddete maruz kalarak öldürülme korkusu"dur. İnsandaki temel tutku olan gurur ve kibir, herkesin herkese karşı savaşına neden olup o korkunç ve akla uygun olmayan, tutkunun hizmetinde olan kişiyi, kendi benliğinin dünyasına mahkum eden doğal durumu ortaya çıkarıyorsa, aynı şekilde, insanın bir başka temel tutkusu olan şiddete maruz kalarak öldürülme korkusu da insanı diğer insanlarla işbirliği içinde olmaya sevk edecektir. İnsan şiddete maruz kalarak öldürülme korkusu kendi zayıflığının da farkına varmasına yol açar. Zayıf olduğunu hisseden kişi, kibir ve gurur tutkularını ortadan kaldırarak diğer insanlarla işbirliği yapmanın yollarını arar.[6] Şiddete maruz kalarak ölme korkusu insana, toplumsal ve siyasal bir birlikteliğin yollarını açar. Bu korku, akla giden yolu da açmaktadır.

Hobbes'un doğa durumu tasvirinde hakim unsur olan savaşın ve her türden felaketin nedeni, şeyler üzerindeki ortaklıktan kaynaklanmaktadır. Zira insanlar bunları kullanmak için şiddetli bir mücadeleye girerler. Ayrıca doğaları gereği bundan kaçınmaya çalışırlar. İnsan doğasına ilişkin iki postulaya ulaştığını ileri süren Hobbes için bunların birincisi, herkesin ortak mülkiyeti kendisinin kullanma isteğidir. İkincisi ise, tüm insanları doğadaki en büyük kötülük olan vahşi bir ölümden kaçınmaya yönelten doğal aklın varlığıdır.[7]

3 Hobbes, Thomas. (2008) Leviathan. Çev, S.Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yay.

4 Hobbes, Thomas. (2008) Leviathan, Çev, S. Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yay.

5 Hobbes, Thomas. (2008) Leviathan. Çev, S. Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yay.

6 Strauss, L. (2000) Politik Felsefe nedir? Çev. S. Z. Hünler, İstanbul: Paradigma Yay.

7 Hobbes, T. (2007) Elementa Philosaohica DE CIVE Yurttaşlık Felsefenin Temelleri. Çev. D. Zarakolu, İstanbul: Belge Yay.

Sürekli bir ölüm korkusu ve rahat yaşama isteği insanın bu savaş halinden uzak bir barış ortamına yönelmesine yol açar.

Devletin ortaya çıkışının temel nedeni, insanın en çok ihtiyaç duyduğu can ve mal güvenliğini sağlamaktır. Çünkü "devlet" insanları korku içinde tutarken ceza tehdidiyle onları sözleşmelere uymaya zorlar. Fakat devlet gibi zorlayıcı bir etken bulunmadığı zaman insanlar doğalarında var olan, özgür olma ve başkaları üzerinde egemenlik kurma isteklerine uygun olarak savaş halinde olurlar. Devlet "zor" kullanma yönüyle doğa yasalarını uygulatırken barışı tesis etmiş olur. Hobbes'a göre, genel barış halinin sürekliliği doğal hukukla sağlanamaz. İnsanları doğa yasalarına uymaya zorlayacak bir üst otoriteye ihtiyaç vardır. *Kılıcın zor*'u olmadıkça, diğer bir ifadeyle kurulu bir iktidar yoksa veya bu iktidar güvenliğimiz için yeterince büyük değilse genel güvenlik sağlanmış sayılmaz. Bu nedenle de ahitler birer sözden öteye gidemeyecektir. Bu iktidar boşluğu da doğal durum yaşamında olduğu gibi, herkesi kendi güvenliğini sağlamak için gücünü kullanmaya ve kurnazlığa yönlendirecektir.[8]Kılıcın zorunun olmadığı düşünüldüğünde, yani büyük bir insan topluluğunu korku altında tutmadan da insanların adaleti sağlayacağı ya da doğa yasalarına uyacağı varsayıldığında zaten uygar bir yönetim diğer bir ifadeyle devlet de olmayacaktır. Olması da gerekmezdi. Çünkü boyun eğdirmeye gerek kalmadan barış sağlanmış olurdu. Hobbes'un devletindeki temel mantık savaş ve barış mantığıdır. "Ölümlü Tanrı"nın dayanağı ölüm korkusu ve güç tutkusu Hobbes düşüncesinde doğal durum/ yapay devlet (uygar toplum) karşıtlığı üzerinde bir kurum olarak devlet ya da Bir olarak tanımlanır. Leviathan'ı düşünmek demek, Tanrı'yı ve doğayı pozitif düşünmek demektir. Bir başka deyişle, modern batı düşüncesinde, laikleşme olarak adlandırılan süreç sonunda, boşalan tahta devlet oturmaktadır. O, gerektiğinde de zorla düzeni huzuru ve güvenliği sağlar. Farklı kimlikler yerine kuşatıcı ve soyut bir ulus kimliği oluşturur.[9] Hobbes için devletin özü *egemen* kavramına karşılık gelmektedir. Egemen, tüm gücün ve yetkilerin sözleşme ile devredildiği kişiliktir. Tüm egemenlik kudreti onun elinde toplanmıştır. Egemen dışında kalan herkes ise onun uyruğu'dur. Egemen kişilik uyruğundan itaat beklerken, uyruğun itaat etmesindeki amaç korunmadır. Uyrukların egemene karşı yükümlülükleri korunma sürdüğü sürece devam etmektedir. Hobbes bu nedenledir ki egemenliği devletin ruhu olarak görmektedir.[10] Bu beklentiler tahterevallisi (itaat- korunma) dengede durmak zorundadır. Hobbes'un egemene itaat Tanrı'ya itaattir (ibadettir) düşüncesi, devletin dinini belirlemesi pratik siyasi bir çözümdür. Batı'nın bu yönüyle iktidarı tanrısallığın aynasından yansıtmaktan hiç vazgeçmediğini, bugüne kadar geleneksel dinsel bağdan daha sosyal bir bağ bulamadığını, siyasetin dinin bir yüzünden başka bir şey olamayacağını ve hiçbir zamanda olmadığı anlaşılır. Hobbes ise bunu şöyle ifade etmektedir: Tanrı'ya itaat, ister Hrıstiyan ister kafir olsun, cismani egemene itaat ile tutarsızlık oluşturmaz. Egemen de inançlı biri olduğu zaman hem inançlara müsaade eder hem de egemen olduğu için, bütün doğa yasalarına yani, bütün

8 Hobbes, a.g.m, s.15.

9 Akal, M. (1998) İktidarın Üç Yüzü. Ankara: Dost Yay.

10 Hobbes, Thomas. (2008) Leviathan. Çev. S. Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yay.

toplumsal yasalara itaat talep eder, çünkü doğa yasaları aynı zamanda Tanrı yasalarıdır ve toplumsal yasalarda içkindir. Sonuç olarak, egemene itaat eden biri aynı zamanda Tanrı'ya itaat etmektedir.[11]

Hobbes için, doğal durumdan devlet haline geçişin nedeni yalnızca güvenlik isteğine bağlandığından, Hobbesçu düşüncenin totaliter bir devlet fikri olduğunun altını çizmek gerekmektedir. Örneğin devletin varlık nedeninin adaleti gerçekleştirmek olmadığı söylenebilir. Hobbes'un düşüncesinde, devletin ilk ve tek amacı yurttaşların (uyrukların) güvenliğini sağlamaktır. Bu yüzden Hobbes, egemene itaat yükümlülüğünün sınırını güvenlikle çizmektedir: Güvenliğin olmadığı yerde itaat de beklenemez. Her şeyi ölüm korkusu belirlediği için uyruklar sözleşme gereği: egemene, egemenin yasalarına itaat etmek zorundadır. Bu aynı zamanda rasyoneldir. Geleceği hesaplayabilen insan egemene itaat ile can ve mal güvenliğinin sağlanacağını da bilmektedir. Bu aynı zamanda adaletin de sağlanması anlamına gelir. Adalet rasyonelliği ifade eder. Rasyonellik, uyruğa yapılacak uygulamanın belli kurallarla önceden saptanması, uyruğun keyfi muameleye maruz kalmaması demektir.

JOHN LOCKE VE "YASACI"

Locke için insanın doğal durumu, eşitlik ve özgürlük üzerine kuruludur. İnsanlar eşittir çünkü, bütün güç ve yetki hiç kimsenin diğerinden daha fazlasına sahip olamayacağı kadar karşılıklıdır. Birbirleri arasında tabi olma ya da tabi kılma ilişkisi olmaksızın, bütün nimetlerden aynı oranda yararlanırlar. Doğa durumunda insanlar özgürdür. Doğa yasası dahilinde, başka birinden izin istemeksizin ve başka birinin isteğine bağlı olmaksızın, eylemlerini düzenlemeye ve sahip oldukları mülklerin yanısıra, kişilikleri üzerinde de tasarrufta bulunmak özgür olma halidir. Locke, özgürlüğü insanın her istediğini sınır tanımadan yapabilmesi anlamında düşünmemektedir: Bu durumda insan kendi kişiliği ve mülkiyeti üzerinde kontrol edilemez bir özgürlüğe sahip olmasına rağmen, bazı soylu amaçlarla özgürlüğünün askıya alınması dışında, yine de kendi kendisini ya da mülkiyetindeki herhangi bir varlığı yok etmeye yetecek bir özgürlüğe sahip değildir.[12] Bu durumu yöneten ve herkesi bağlayan *doğa yasası*nın varlığıdır.

Locke'un doğal durum anlayışı *doğa yasası*'na dayanmaktadır. Onun doğa yasasına dair düşüncelerini *Doğa Yasası Üzerine Denemeler* adlı eserini inceleyerek göstermeye çalışmak yerinde olacaktır. Locke bu eseri tamamen ahlaki amaçlarla yazmıştır. Locke düşüncelerini ortaya koyarken, doğanın işleyişi veya orada yürürlükte olan yasalar hakkında bilgi vermeyi değil, insanın yaşamakla yükümlü olduğu bir ahlaki hayatın varlığını temellendirmeyi hedeflemektedir. Ona göre, insanın ahlaki bir yükümlülüğünün bulunduğunu hem ona verilmiş olan duyum, zihin, akıl yetilerden hem de doğada gördüğümüz yasalılık ve düzenlilikten çıkarabiliriz. Kaosun zıddı olan yasalılık ve düzenlilik, insanın ahlaki yükümlülüklerini yerine getirmesi için gerekli olan zemini sağlamaktadır. Böyle olmasaydı, insan ahlak kurallarına uygun davranışları seçme olanağına sahip olmadığı için yalnızca

11 Hobbes, a.g.m, s. 413

12 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme, Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

içgüdülerine göre davranırdı. Bu noktada Locke insanı özgür ve sorumluluk sahibi olarak görmektedir.

Locke "Denemeler"in birinci bölümüne verdiği başlıktan anlaşılacağı üzere; doğa yasası ve bir ahlak kuralının varlığı "verili"dir. Bu kanun, üstün bir iradenin buyruğudur ve yasanın formel sebebi de bu üstün iradedir.

Locke'a göre,

Doğa yasasının doğrudan karşılığı akıl'dır. Sadece kendisine danışacak olan insanlara şunu öğretir: Herkes eşit ve bağımsız olduğundan, hiç kimse diğerinin yaşamına, sağlığına, özgürlüğüne ya da malvarlığına zarar vermemelidir. Çünkü bütün insanlar her şeye gücü yeten kudret sahibinin zanaatkarlığının ve sınırsız bilge yaratıcının eserleridir. Tek egemen hizmetlileri, O'nun emriyle ve O'nun işiyle ilgili olarak dünyaya gönderilmiştir

Locke doğa yasasının varlığını, *akıl*, *vicdan*, *varlıkların varolma nedeni*, *toplum*, *suç-ceza- ödülün varlığı, erdem- erdemsizlik* olmak üzere beş farklı açıdan göstermeye girişir.

Locke'a göre cezalandırmayı meşru kılacak iki neden gösterilebilir: Zararın tazmini ve suçun tüm insan türüne yapılmış olduğu veya olabileceği bir durumda her insan cezalandırma hakkına sahiptir. Fakat Locke ceza konusunda belli bir ölçüt göstermemesine rağmen, verilen cezanın hem ibret verici olmasını hem de suçlunun pişmanlık duymasına neden olabilecek tarzda olmasını öngörmektedir.[13] Locke ceza konusunda herhangi bir ölçüt verememesinin nedeni olarak, onun doğa durumunda insanların başvurabilecekleri bir yargıçlık otoritesinin yokluğunu gösterir. Bu nedenle doğa durumunda özgürlüğün, mal ve canın korunması amacıyla herkes doğa yasası gereğince meşru müdafaa hakkına sahip olmaktadır. Doğrudan cana kastedilmişçesine saldırıya uğrayan kişi, saldırıda bulunanı yok etme hakkına sahip olmaktadır. Çünkü saldırganın telafisi olmayan bir zarara yol açabileceği bir durumda kişinin herhangi bir yere başvurma zamanı yoktur. Locke'a göre, otoriteyle donatılmış bir yargının yokluğu insanları doğa durumunda tutmaktadır ve bu durumda doğa yasaları işlemektedir Locke için, ister doğa yasalarına dayanarak ister yasa ile masumları korumak ve zararlarını gidermek için yola çıkanlar olsa bile, bu işin iyi niyetle yapılmaması durumu, masumların tek çare olarak Tanrı'ya sığınmaya (öteki dünyaya başvurmak) terk edilmesi demektir.[14] Locke*, Hoşgörü Üstüne Bir Mektup'*ta, siyasi yönetimin özel bir yargısını (kamu yararı iddiasında bulunduğu fakat vatandaşların aksini düşündüğü) bir kanun olarak dayatamayacağı yönündedir. Böylesi bir durumda hüküm verecek olan en yüksek yargıç olan Tanrı'dan başkası değildir. Tanrı ise son günde, kamu mutluluğunu ve insan barışını ilerletmeyi gözetenleri belirleyecektir. Ama, Locke sorunu, sadece Tanrı'ya sığınarak, ona havale ederek bu işi sonlandırmamakta, zor durumda olunsa bile herkesin toplum barışını korumaya yönelik davranmasını önermektedir.[15] Yani zor şartlarda kalınsa

13 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

14 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

15 Locke, John. (1998) Hoşgörü Üzerine Bir Mektup. Çev. M. Yürüşen Ankara: Liberte Yay.

bile insan gene doğa yasasına (ahlak yasasına) dolayısıyla Tanrı iradesine göre hareket etmelidir.

Sonuçta, en küçük bir uzlaşmazlığın bile insanı sona götürmeye eğilimli olduğu, birbiriyle mücadele içindeki insanlar arasında karar verecek bir otoritenin olmadığı bu savaş durumundan kaçınmak, insanların doğa durumunu terk edip toplumsal yaşama geçmelerinde önemli bir neden olarak karşımıza çıkar.

Doğa durumunda özgür ve eşit olan insanlar neden doğa durumunu terk edip, toplumsal bir yapıya geçmeyi isterler? Locke'a göre insanların devletlerde birleşmelerinin ve kendilerini siyasal bir yetkenin altına koymalarının asıl amacı, mülkiyetin korunması konusunda kendini hissettiren üç temel eksikliktir: Bunlar yasama, yürütme ve yargı eksikliğidir.

Bunlardan ilki, insanlar arasında yerleşik, kurulu bir yasa eksikliğidir. Locke yasamanın oluşturulmasını toplumun ilk ve temel eylemi olarak görmektedir.[16] Doğa yasası bütün ussal yaratıklar için açık ve anlaşılır olmasına rağmen, kendi çıkarları söz konusu olduğunda, yasanın bağlayıcılığını görmezden gelirler. Bunun temel nedeni insanların yasayı yeterince incelememelerinden kaynaklanan bilgisizliktir. İkinci neden ise, doğa durumunda uzlaşmazlıkların giderilmesi yönünde karar verecek yetkilerle donatılmış, tarafsız bir yargılamanın eksikliğidir. Doğa durumunun sağladığı eşit ve özgür olma halinin verdiği cezalandırma hakkının uygulamadaki ölçüsüzlüğünü gidermek için tarafsız bir yargıcın varlığına ihtiyaç duyulur. Sonuncusu ise yaptırım gücünün arkasında bulunması gereken bir iktidar eksikliğidir.[17] Bu eksiklikler doğa durumunda her insanın özgür ve eşit olmasına rağmen, mülkiyetin kullanımı konusunda güven içinde olmamalarına yol açar. Bu gerçek, insanı korkular ve sürekli tehlikelerle dolu bu durumu terk etmeye zorlayacaktır. Böylece insanlar mülkiyetin (yaşam, özgürlük ve servet) karşılıklı güvence altına alınması amacıyla siyasal topluma yönelirler.

Locke'a göre, her insanın, başkalarının saldırılarına karşı sahip olduğu cezalandırma iktidarının düzensiz ve belirsiz kullanımı nedeniyle maruz kaldığı rahatsızlıklar, insanları hükümetin yasaları altında bir korunak elde etmeye ve orada mülkiyetlerinin korunmasını amaçlamaya zorlar. İnsanların her birini, böylesine memnuniyetle, kendi tekil cezalandırma iktidarını, aralarından atanacak birine kullanılmak üzere bıraktıran ya da topluluğun kuralları ya da bu amaçla, insanlar tarafından yetkilendirilmiş olanlar üzerinde anlaşmaya vardıran şey budur. Hem hükümetlerin ve toplumların kökenine ilişkin hakkı ve doğuş nedenini, hem de yasama ve yürütme iktidarlarının her ikisinin de kökenlerine ilişkin hakkı ve doğuş nedenini bunun içinde buluruz.[18]

Doğa durumunda eşit ve özgür insanlar, doğa yasasının sağladığı hakların ve ayrıcalıkların denetimsiz bir şekilde kullanımına sahip olarak doğarlar.

16 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

17 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

18 Locke, a.g.m, s. 105.

Locke'a göre bu haklar sadece mülkiyetin (yaşam, hürriyet ve servet) başkalarından gelecek zararlara ve saldırılara karşı koruma iktidarı ile sınırlı değildir. Aynı zamanda doğa yasasını ihlal edenleri yargılama ve cezalandırma hakkına da sahiptir. Locke için siyasal bir toplum olmak demek, mülkiyeti korumak ve toplumdaki bütün suçları cezalandırma iktidarına sahip olmak demektir. Bunun sağlanmaması siyasal toplumun yokluğu ve varlığını sürdüremeyeceği anlamını taşır. Siyasal toplum olmak, sadece ve sadece, her bir üyenin, doğal iktidarını terk ettiği ve bu iktidarını, korunma amacıyla, toplum tarafından oluşturulan yasaya başvurudan dışlamayan, bir topluluğun ellerine bıraktığı durumda siyasal toplum vardır.[19]

Locke siyasal toplum olmanın temel ölçütü olarak bir haksızlık durumunda başvurulacak bir yargı makamının varlığı ya da yokluğunu görmektedir. Ortak bir başvuru makamı olmayanların hala doğa durumunda olduklarını,[20] fakat bu kimselerin, siyasal toplum içindeki herhangi bir üyenin mülkiyetine zarar vermeleri halinde siyasal toplumun yasalarınca yargılanıp cezalandırılacaklarını belirtmektedir.

Locke'un siyasal toplumu 'rıza' kavramı temelinde oluşmaktadır. Locke'un siyasal toplumunda anahtar kavram rızadır. Devlet, insanlar tarafından, doğal hukuktan kaynaklanan insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almaktadır. Devlet, insanların rızasına dayanan toplum sözleşmesiyle kurulmaktadır. Kurulan devletin meşruiyetinin temeli, insanların rızasına dayanması ve insan hak ve özgürlüklerini güvence altına almasına dayanmaktadır. İnsanların rızasını yitiren, hakları güvenceye almak amacından sapan devlet, meşruiyetini yitirmektedir.

Locke'a göre, hiç kimse kendi rızası olmadan servetinden (yaşam, hürriyet ve servet) yoksun bırakılamaz. Dolayısıyla insanların siyasal bir birliğe katılmaya rıza göstermesinin nedeni de, servetlerinin güvende olacağına olan inançtır.[21] Çünkü doğuştan akıllı ve özgür insan[22] servetinin güvende olmasını ister. Locke, insanların siyasal topluma rıza göstermesinin ilk nedeni olarak özgürlüğün yasalar tarafından teminat altına alınmasını göstermektedir:

Çünkü yasalar, özgür ve akıllı birinin çıkarlarına aykırı sınırlamalar getirmez. Bu yasalar, hükmü altında bulunanların genel yararları için gerekenden ötesini öngörmez. Yasaların amacı, hürriyeti kaldırmak ya da engellemek değil, tam tersine korumak ve genişletmektir. Yasanın olmadığı yerde özgürlük de yoktur. Çünkü özgürlük, başkalarından kaynaklanan engellemeler ile şiddetten azade olmaktır. Özgürlük, kişiliğini, eylemelerini, servetini ve tüm mülkiyetini, hükmü altında olduğu yasaların izin verdiği sınırlar içinde, dilediği gibi özgürce düzenlemek ve yönetmek, başkasının keyfi idaresine tabi olmamak, kendi iradesi-

19 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

20 Locke, a.g.m, s. 72

21 Locke, a.g.m, s. 81

22 Locke, a.g.m, s. 51

nin hedeflerini özgürce takip etmektir.[23]

Siyasal toplumun iradesi nasıl ortaya çıkmaktadır ve işlemektedir? Locke bu durumu da rızayı (onay) merkez oluşturacak şekilde açıklamaktadır: Locke'a göre, siyasal irade çoğunluğun onayıdır. Siyasal irade her bireyin onayı ile oluşmuş, eylemde bulunma iktidarıdır. Eylemin kaynağı çoğunluğun iradesi ve belirlemesine bağlıdır. Bir topluluğu harekete geçiren şey, bu topluluğu oluşturan bireylerin onayı olduğundan, bu topluluğu tek bir yönde hareket için bu onay gereklidir.

Siyasal iktidarın oluşumunu çoğunluğun onayıyla açıklayan Locke için siyasal iktidarın çıkaracağı yasaların da yasalaşmasında toplumun onayını şarttır. Siyasal iktidarın dayanağı toplum olduğuna göre hangi şartlarda toplumun direnme hakkının doğacağı konusunda Locke şunları söyler:

Birinci olarak, bir siyasal iktidar yasa yerine keyfi ve zevke dayalı uygulamalar içinde olursa toplumun direnme hakkı doğar. Çünkü en başta yasamacının asli görevi olan kamusal yarar gözetme yükümlülüğü yerine getirilmemektedir. Üyelerinin hayat, özgürlük ve mülkiyetlerini korumak için onay almış bir iktidar bunlar üzerinde keyfi ve zevke dayalı kararlar alamaz. Bu, özünde doğa yasasına aykırıdır, insanoğlunun varlığını sürdürmek istemesi doğa yasası gereğidir. Bu nedenle doğa yasası yasamacılar için olduğu kadar diğer kişiler içinde diğer bir ifadeyle bütün insanlar için sonsuz bir kuraldır. Yasamacıların diğer insanların eylemleri için koyduğu kurallar, kendi eylemleri içinde doğa yasasıyla uyumlu olmalıdır, yani tanrı iradesiyle uyumlu olmalıdır.[24]

İkinci olarak ise, siyasal iktidar sabit ve yazılı yasalarla yönetilmelidir. Önceden yayınlanmış sürekli kurallar ve bilinen yetkili yargıçlarla kararlar verilmelidir. Çünkü Locke'a göre kurulu bir yargı yeri olmaması halinde insanlar kendi davalarının yargıcı olmaya karar vereceklerdir. İnsanların bütün doğal iktidarlarını içine girdikleri topluma bırakmalarının ve topluluğun, yasama iktidarını uygun olduğunu düşündüğü ellere vermesinin nedeni de budur. Bu güvenle birlikte, insanlar yayınlanmış yasalarla yönetilebilir olurlar. Aksi takdirde insanların barış, huzur ve mülkiyetleri, doğa durumunda olduğu gibi belirsizlik içinde olacaktır. Diğer yandan Locke'a göre, sabit ve yayınlanmış yasalar sayesinde, insanlar hem görevlerini hem de yasanın sınırlarını bildikleri için emniyette olurlar. Bu aynı zamanda iktidarın da sınırlarını belirler.[25] Dolayısıyla, devlet hangi yönetim biçimi olursa olsun, yönetici iktidar, geçici emirlerle ve belirsiz kararlarla değil, yayınlanmış ve kabul edilmiş yasalarla hükümet etmelidir.

Üçüncü olarak siyasal iktidar, her hangi bir üyenin mülkiyetinin bir bölümünü ya da tamamını üyenin rızası dışında alamaz. Bu, insanları mülkiyetsiz bırakmak demektir. Böylelikle insanların siyasal topluma girmelerinin asıl nedeni olan mülkiyetin (hayat, özgürlük, servet) korunması amacından sapılmış olur ki, bu yine doğa yasasına aykırıdır. Diğer yandan

23 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

24 Locke, a.g.m, s. 113-114

25 Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.

siyasal iktidar üyelerinin rızasını almadan vergi koyma ya da vergi toplama kararı alamaz. Onay almaksızın vergi toplama ve koyma yolunu seçen bir iktidar direnme ile karşılaşır.

Dördüncü olarak ise, halk tarafından seçilmiş olan iktidar sahipleri bu iktidarı başkasına devredemezler. Çünkü halk kendi seçtiği ve kendisi için yasalar yapma konusunda yetkilendirdiği kişiler tarafından kabul edilmiş yasalar dışında, herhangi bir yasa ile sınırlanamaz.[26] Seçilmiş bir iktidar, yasa yapma otoritesini devretme, başka ellere verme iktidarına sahip değildir.

Locke, insanın hayat, özgürlük ve mülkiyetini doğal haklar olarak görmektedir. Bunlar dokunulamaz haklardır. Siyasal iktidarın temel yükümlülüğü de bu hakları korumaktır. Hatırlanacağı üzere mülkiyetin temeline emeği koyan Locke, devletin hiçbir şekilde kişinin mülkiyetine dokunamayacağı görüşündedir.

Locke, yönetimin hiçbir şekilde dini alana müdahale etmemesi gerektiğini ileri sürmektedir. Locke zor kullanma ile yetkilendirilmiş olan yönetimin, bu gücü güvenliği sağlamak için kullanabileceğini asla bir inanç sisteminin tesisi için kullanamayacağını ileri sürmektedir. Yöneticinin görev alanını belirleyen Locke, liberal kuramı diğer kuramlardan ayırt etmemizi sağlayan temel özelliğinin, devletin bu şekilde tanımlanması ve bu tanımda ifade edilen gücün kullanım şekli olduğu hatırlanırsa, Locke'un neden liberalizmin temellerini atan bir filozof olduğu daha iyi anlaşılır.

Locke için nasıl ki insanın yaşamına, özgürlüğüne ve mülkiyetine müdahale edilemezse, insanın inancına da müdahale edilemez. Nasıl ki, kendi rızaları ile siyasal yaşama geçip yine kendi rızaları ile yasalarını oluşturan insanlar, bu yasaların uygulayıcı olarak seçtikleri hükümetten doğal haklarını korunmasını beklemişlerse, aynı şekilde inançlarına müdahale etmemeyi de beklerler. Çünkü bu yönetimin işi değildir.

Locke, en başta siyasi otoritenin alanı ile dini otoritenin alanını net çizgilerle birbirinden ayırmaktadır. Buradaki temel amaç, siyasi otoritenin sahip olduğu zor kullanma gücünü dini alanın dışında tutmak, müdahale ettirmemektir. Locke siyasi yönetimin işlerini, dininkinden ayırt etmeyi bütün her şeyin üzerinde zorunlu görmektedir. Bu yapılmazsa, bir tarafta insan ruhunu çıkarlarıyla ilgilenenler, yahut ilgilendiklerini iddia edenler ile, öte tarafta devleti koruyan, yahut koruduğunu iddia edenler arasında sürekli ortaya çıkmakta olan anlaşmazlıklara son verilemeyecektir. Locke hem siyasi otoritenin hem de dini otoritenin etkinlik alanlarını ve görevlerini bu şekilde göstermiş olur. Her ikisinin de sınırlarını net bir biçimde belirleyen Locke bu sınırların aşılması halinde, ne kiliselerin ne de devletlerin din nedeniyle birbirlerinin sivil haklarına yani hayat, özgürlük ve mülkiyetlerine tecavüz etme yetkisine sahip olmadıklarını belirtir. Çünkü egemenliğin zorla tesis edilemeyeceği ve dinin silah gücüyle yayılamayacağı düşüncesi üstün gelmedikçe, insanlar arasında ne dostluk, ne barış ne de güvenlik tesis edilebilir.[27]

26 Locke, a.g.m, s. 119.

27 Locke, John. (1998) Hoşgörü Üzerine Bir Mektup. Çev. M. Yürüşen Ankara: Liberte Yay.

Locke, hoşgörü kavramı ile esas olarak kilisenin devlet karşısında özgürlüğü üzerinde durmaktadır. Çünkü ona göre tehlike kilisenin siyasal alana karışmasından çok devletin din üzerindeki hakimiyetidir. Devleti ve dini özdeşleştiren, dini devlete bütünüyle tabi kılan Hobbes ve Rousseau'ya karşıt bir düşünce içerindedir. Devletin tamamen laikleşmesi gerektiğini söyleyen ilk düşünür olması Locke'u önemli kılmaktadır.

JEAN JACQUES ROUSSEAU VE "YASACI"

Doğaya dönüş, yurttaşlığın övgüsü, özgürlüğün yüceltimi, halk istencinin bireysel hakların üstünde tutulması Rousseau'ya atfedilen çeşitli kavramlardan birkaçıdır.

Rousseau'nun genel düşüncesi modernliğin kültürel formlarının doğamızı ezip geçtiği, bizi bozduğu üzerinedir. O, insanın tüm yaşamı boyunca kurumlar tarafından esir edildiği düşüncesindedir.[28]

Doğal durumun Hobbes ve Locke'da olumsuz bir durum olduğu söylenebilir. Bu düşünürlerde doğal durumu belirleyen olgu, tek çözüm yolu "güçlü Leviathan" olan bir iç çelişkidir. Çünkü herkesin eşit derecede birbirinin malına canına zarar verebilme özgürlüğünün getirdiği güvensiz yaşam ancak güçlü bir devlet otoritesini gerekli hale gelmesine yol açar. Oysa Rousseau, bu haliyle sivil toplumun, Hobbes ve Locke'un sivil toplumdan anladıklarının tam tersine içsel bir çelişkiyle damgalanmış olduğunu, doğal durumun ise, bu çelişkiden arındığını düşünmektedir. Rousseau'ya göre doğal durumdaki insan, sonsuz derecede bağımsız olduğu için mutlu, sivil toplum halindeki insan ise sınırsız ölçüde bağımlı olduğu için mutsuzdur. Dolayısıyla Rousseau uygar toplumun, insanlığın daha ileri bir aşamasına geçilmesi yoluyla değil, kökenlere, insanlığın ilk geçmişine dönülmesiyle aşılabileceğini ileri sürmektedir. Bu nedenle, doğal durum Rousseau'da olumlu bir ölçüt olarak düşünülmektedir. Öte yandan Rousseau rastlantısal bir zorlamanın insanı doğal durumu terk etmek zorunda bıraktığını ve bu gelişimin insanı artık o mutlu döneme yeniden dönmesini olanaksız kılacak şekilde dönüştürdüğünü kabul etmektedir. Bunun sonucunda da, "iyi hayat nedir?" sorusuna Rousseau'nun verdiği yanıt şudur: İyi hayat, insanlığın doğal duruma mümkün olduğu ölçüde yakın olduğu bir düzenin kurulmasıyla sağlanabilecek bir hayattır.

Kimileri en güçlü olana, daha zayıf üzerinde bir otorite tanıyarak, hükümetin hemen doğduğunu kabul etmişler, bunu yaparken insanlar arasında "otorite" ve "hükümet" sözlerinin manası varolmadan önce geçmesi gereken zaman üzerinde düşünmemişlerdir. Sonunda hepsi de gereksinme, açgözlülük, baskı, istek ve gururdan aralıksız söz ederken, toplumda edinmiş oldukları fikirleri uygarlık öncesi doğal hale aktarmışlar; vahşi insandan söz açmış fakat uygar insanı anlatmışlardır.[29]Rousseau'nun doğal durum betimlemesine baktığımızda, doğal durumdaki insanın, çevresine diğer canlılardan çok daha uyumlu olduğunu görürüz. Bunun nedeni, insanın kendine özgü bir içgüdüsü olmaması nedeniyle çevresindeki canlıları gözlemleyip taklit edebilmesidir. Bu, insanı tüm canlılardan üstün hale getirmektedir. Bunu sağlayan insanın yetkinleşme özelliğidir.

28 Rousseau, Jean Jacques. (2009) Emile, Çev, Yaşar Avunç, İş Bankası Yayınları, İstanbul.

29 Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine

Doğal durumda insan özgürdür; diğer canlılarla karşılaşıp karşılaşmamakla, onlarla savaşmak ya da kaçmak arasında seçim yapmakta tercihte bulunabildiği için özgürdür.[30]

Doğal durumda insanlar arasında hiçbir ahlaki ilişki ya da kabul edilmiş görevler olmadığı için bu insanların iyi ya da kötü olmaları da beklenemez. Doğa hali, bizim kendi varlığımızı korumak için gösterdiğimiz özenin başkalarına en az zarar verdiği durum olduğu için, barışa ve insan türüne en elverişli olan durumdur. Diğer yandan doğa durumundaki insan, iyi olmanın ne demek olduğunu bilmemektedir, bu nedenle kötü olmadığı da söylenebilir. Çünkü onun kötülük yapmasını önleyen şey, ne bilgilerinin gelişmesi ne de kanunların önleyiciliği değildir, tutkuların yatışması ve kötülüğün bilinmesidir.[31] Rousseau, doğal durumdaki "acıma" duygusu ile "iyilik" arasında yakın bir bağ görmektedir: Acıma duygusu doğal durumda, kanunların, törelerin, erdemin yerini almakta, zor durumdakine düşünmeden yardıma koşturan bir duygudur.

Rousseau'nun tasvir ettiği doğal insan, bütün toplumsal unsurlardan soyutlanmış insan olarak karşımıza çıkar: Ormanlarda aylakça dolaşan, hiçbir hüneri olmayan, evi barkı, savaşları, bağlantıları olmayan, hemcinslerine hiç zarar vermeye gereksinim duymayan, az sayıda tutkusu olan, kendi kendine yeten ve sadece bu özelliklerle yaşamını idame ettirecek kadar bilgilere ve uygun duygulara sahip olması onun özellikleridir.[32] Doğal durumdaki insanda dilsel iletişim de yoktur. Çünkü kendi kendine yeten, başkalarına ihtiyaç duymayan insan diğer insanlarla çok nadir olarak karşılaştığı için bir iletişiminin olması da beklenemez.

Doğal durumda, güçlünün güçsüz üzerinde baskı unsuru olmasından da bahsedilemez; çünkü doğal durumdaki insanların gereksinimleri çok azdır. Hiçbir şeyi olmayanlar arasında bir üstünlük olamaz. İnsanları karşılıklı bağımlılık ve karşılıklı gereksinimler birleştirmediği sürece (toplumsal olma) doğal durumda eşitsizlik çok az hissedilir. Bu insan başkalarından tümüyle kopuk ve yalıtılmış bir biçimde yaşar. Bu *yalıtılmışlık* onun gereksinimlerinin çeşitlenmesinin önüne geçmektedir. Rousseau'ya göre, bu insanın gereksinim duyduğu şeyler elinin altında o kadar boldur ki, bunlardan daha çok elde etme arzusu için gerekli bilgi derecesinden o kadar uzaktır ki onun ne öngörüye ne de meraka sahip olmasına olanak yoktur. Hiçbir gelecek fikrine sahip olmadığı içinde, gündelik yaşam duygusuna teslim olur.[33] Aralarında herhangi bir iletişim bağı olmayan doğal insan ahlak ve hukuk dolayısıyla da "iyi", "kötü", "adalet" gibi kavramalara dair bir fikir sahibi de değildir. Öte yandan, ne kibir ne itibar ne saygı ne de küçük görmeyi bilmektedir. Adalet fikrinin yokluğu aynı zamanda "benim"- "senin" düşüncelerine de yer vermemektedir.[34]

Rousseau'nun doğal durum tasvirinde belli bir sosyal ilişkiye yer verilmediği için *üretim* de yok sayılmaktadır. Üretim yapmayan insan imgesi, doğa kuramcıları arasında yalnızca Rousseau'ya özgüdür. Rousseau için doğal insanın gereksinimleri ile olanaklarının örtüşmesi nedeniyle, en temel gereksinimlerini karşılamak için üretim yapmak zorunda olmadığı anlamına gelmektedir.

Doğal durumdaki yalıtılmış insanın ayırıcı özellikleri *özgür olmak* ve *yetkinleşme yetisi*ne sahip olmaktır. Bu yeti, şartların da yardımıyla, bütün öteki yetileri geliştirir. Fakat Rousseau'ya göre, bu ayırt edici yeti insanın bütün felaketlerinin kaynağıdır: Doğal durumda masum ve sakin günleri zamanın zoruyla çekip çıkaran da bu yetidir. İnsanın bilgilerini ve hatalarını, rezalet ve erdemlerini de yüzyıllar boyunca ortaya çıkaran bu yeti, en sonunda insanın kendi kendisinin ve doğanın zorbası haline getirmektedir.[35] Gereksinimlerimizin harekete geçirdiği tutkular aklı bilmeye, bilgiler de ilerlemeye, dolayısıyla da yetkinleşme faaliyeti içine sokmaktadır. Rousseau yetkinleşme yetisinin zamanın durduğu doğal durumda bir gizilgüç olarak var olduğunu, tarih başlayana kadar, yani insanı siyasal topluma yönelten sürece kadar, bu yeti harekete geçmemektedir. Çünkü doğal insanın ruhunu harekete geçirecek şaşırtıcı hiçbir şey olmadığı gibi, onda hiçbir *gelecek* fikri de yoktur. Gündelik yaşamın basit dürtüleri onun maddi gereksinimlerini aşmamaktadır: İhtiyaçları cinsellik, yiyecek ve dinlenmeden ibarettir.

Rousseau'ya göre, uygar toplumun başlangıç anı şu cümlenin söylendiği andır: "Bu bana aittir." Bu ifade "doğal durum" ile " toplum yaşamı", "doğal insan" ile "uygar insan" arasındaki sınıra işaret eder. Artık "uygar insanın tarihi" de başlar. Bu ikilikler arasında duran da "mülkiyet" kavramıdır. Bu ilk uygar edim aynı zamanda temel iletişimin taşıyıcısı 'dil'in devreye girişidir de. Çünkü doğal durumda insanlar arasında iletişimin yok denecek kadar az olduğunu söyleyen Rousseau bu ifadeyi kullanan ilk uygar insanın, diğerlerini inandırmak için güçlü bir retorik kullanması gerektiğini düşünür. Diğer yandan "mülkiyet", Rousseau'ya göre, savaşların, cinayetlerin, yoksulluğun, korkunç olayların da nedenidir.[36] Bir toprak parçasını çevirip sahiplenen insan için artık *yetkinleşmenin* önü açılmıştır. *Akıl* artık arzuların hizmetindedir. Ardı sıra gelen ve giderek artan *gereksinimlerin* tatmin edilmesi yönünde işlev görecektir. Mülkiyet edinme arzusu da en başta gelmektedir

Mülkiyet fikri ise birdenbire ortaya çıkmış değildir. Mülkiyet bilgilerin, hünerlerin çağlar boyu ilerlemesi ve aktarımı sonucu ortaya çıkar: İnsanın ruhsal gereksinimlerinin artışı yine insanlar arasındaki eşitsizliğinde önünü açar. Bunun kökeninde "kıyaslama" vardır.

İnsan psikolojisindeki büyük değişim, doğrudan doğruya kendini ikinci büyük adım olarak özel mülkiyetin yarattığı eşitsizlik olarak gösterir. Rousseau'nun mülkiyet fikri "hırsızlık" ile başlar. Çünkü "bir toprak parçasının etrafını çevirip, burası benim" diyen kişi o ana kadar herkesin olan, ortak bir mülkün bir parçasını çalıyor demektir. Diğer yandan bu kişi aynı zamanda cesur, güçlü ve akıllı sayılmalıdır. Çevresindekilerin güçsüzlüğünü,

30 Rousseau, a.g.m, s.96

31 Rousseau, a.g.m, s. 117-119

32 Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çev, Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul

33 Rousseau, a.g.m, s. 106

34 Rousseau, a.g.m. s.125

35 Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çev, Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul

36 Rousseau, a.g.m, s. 135

itiraz edemeyeceklerini, en azından onları ikna edebileceğini kestirmiş olsa gerekir; bu yetkinleşmiş bireydir, uygar toplumun da kurucusudur.

Rousseau'ya göre mülkiyetin, dolayısıyla da eşitsizliğin kökeninde devrim niteliğinde iki büyük etken vardır. Bunlar, tarım (buğday) ve demir cevherinin işlenmesidir.[37] Yeteneklerin farklılığı, demirin kullanımı ve besin tüketiminin dengede olduğu bir durumda eşitliğin korunması mümkün olabilirdi. Fakat en güçlünün ve en yeteneklinin daha fazla iş yapması sonucunda en fazla payı alması ve diğer yandan en zeki olanın emeği azaltmak için aletler bulması, eşit çalışmalarına rağmen doğal eşitsizliğin değiş tokuş ile iyice bozulmasına yol açmaktadır. Mülkiyet doğrudan doğruya, zengin- yoksul, güçlü- güçsüz, efendi- köle ilişkilerinin doğmasına neden olur.

Rousseau'ya göre, zayıflığın, gevşekliğin mülk sahibi olmalarını önlediği, belli sayıyı aşan kimseler hiçbir şey kaybetmeden fakir düştüler. Çünkü etraflarında her şey değiştiği halde sadece onlar değişmemişti. Geçimlerini zenginlerin elinden alıp, kabul etmek ya da saldırıp kapmak zorunda kaldılar. İnsanlar arasında huyunun değişikliğine göre hükmetmek, kulluk ya da zorbalık, çapulculuk doğmaya başladı. Zenginler, kendi paylarına hükmetmek zevkini tadar tatmaz, başka zevkleri küçük görmeye başladılar, eski kölelerini kullanarak yeni kölelere boyun eğdirirken, komşularını kullaştırmaktan başka bir şey düşünmez oldular. İnsan etini bir defa tadınca, başka bütün yiyecekleri geri çeviren aç kurtlar gibiydiler.[38]

Böylesi bir gelişme Rousseau'ya göre, insan türünün bayağılaşmasına, alçalmasına, yıkılmasına yol açan kapıyı ardına kadar açar. İnsan türü, edindiği kazançlardan vazgeçemediği için mutsuz olmasına rağmen bundan geri dönememektedir. Bütün insanlar dizginlerinden boşanmış tutkuların esiri haline geldiği için, doğal merhameti ve adaletin henüz zayıf olan sesini boğarak hasis, cimri ve kötü kişilere dönüşürler.

Bayağılaşan, düşkünleşen insan türü içinde gasp yoluyla elde ettikleri mülklerin güvenliği telaşına düşe zenginler, meşru bir çıkış yolu bulmakta gecikmezler. Hiç kimsenin malının ve canının güvenliğinin olmadığı savından hareketle, zayıfları baskıya karşı koruyacak, herkesin kendine ait olan, üzerinde tasarrufta bulunabileceği, herkesin uymak zorunda olacağı, birliğin bütün üyelerini koruyacak, zengine ve fakire ödevler yükleyerek barış ve adaleti sağlayacak, bilgece yapılmış yasalarla yaşayalım, önerisini getirirler.[39] Böylece zenginler kendilerine yönelik tehdit edici güçleri etkisiz kılarlar. İnsanlığın o güne kadar tasarlamış olduğu en ince plan bulunmuş olur. Genel anlaşma ile mallarını güvence altına alan zenginlere karşın özgürlüklerinden başka bir şeyi olmayan fakirler ise bu anlaşma gereği özgürlüklerinden kolayca vazgeçebilecekler midir? Rousseau'ya göre, en bilge kanun koyucuların bütün çalışmalarına rağmen politik kurum, yetkinlikten her zaman uzak

37 Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul

38 Rousseau, a.g.m. s. 153

39 Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul

kalmıştır.[40] Dolayısıyla, yapılan bu sözleşme Rousseau'nun gözünde eşitsizliği sürekli kılmanın bir yolu olmuştur.

Zenginlere yeni güçler kazandıran fakat zayıfları yasalarla bağlayan sözleşme, doğal özgürlüğün dönüşü olmayacak bir şekilde yok olmasına neden olurken, mülkiyet ve eşitsizlik zenginler lehine yasalarla tesis edilmiş olmaktadır. Bundan sonra insanların büyük bir kısmı çalışmaya, kulluğa ve yoksulluğa mahkûmken küçük bir kısmı da aylaklık ve lüks içinde yaşar.

Rousseau'ya göre, özel mülkiyetin ortaya çıkışı en başta, zengin- yoksul ayrımına neden olur. Toplum içindeki mevkiler de buna bağlı olarak güçlü ve zayıfı ortaya çıkarırken, güçlüler çıkarları doğrultusunda kendilerinin oluşturdukları keyfi erk ile de durumlarını yasalarla meşru kılmaya çalışırlar.[41] Eşitsizliğin en üst noktası keyfi erkin yasalar çıkarılarak eşitsizliğin meşru hale getirilmesidir.

Yasa Gücü ve Yasacı

Rousseau eşitsizliğin kökeninde mülkiyeti görmektedir. Mülkiyetin varlığı doğrudan zengin- yoksul, efendi- köle, güçlü- güçsüzün doğmasına neden idi. Zenginliğin bir güç olduğu kabul edilirse bu gücün bir hak yaratıp yaratmadığı soruşturmasında Rousseau, gücün hak yaratamayacağını ileri sürmektedir. Çünkü güç, boyun eğmeyi getiriyorsa bu ancak istem ile değil zorunluluğun sonucudur. İnsan boyun eğmeye zorlanıyorsa, boyun eğmek zorunda değildir. Buradan Rousseau gücün herhangi bir hak yaratamayacağı sonucuna varmaktadır. İnsan ancak haklı bir gücün karşısında boyun eğebilir. Bu ise ancak Rousseau için halkın kendisi tarafından belirlenmiş yasalarla oluşturulan sözleşmelerdir.[42] Rousseau'ya göre kaba gücün ve buna bağlı olarak keyfi bir yönetimin yasal bir yönetim olabilmesi için halkın onu kabul etmesi ya da etmemesine bağlıdır. Yönetim ancak bu haliyle keyfi olmaktan çıkar. Kendi yasalarını yapan halk, katılımcı demokrasi ile politik bir topluma dönüşmektedir. Bu ise etkin bir yurttaşlık kimliğinin doğuşuna yol açar. Bir toplum kendi yasalarınca yönetilirse bu hem politik özgürlüğü hem de özel çıkarların bir kenara itilmesini sağlayarak kamunun yararını ön plana çıkarma amacındadır. Egemenlik halkın elinde meşruluk kazanmaktadır.

Egemenliğin işlevi nedir? Diye baktığımızda, genel istem bütün yurttaşları eşit olarak görmektedir. Ulusun bütününü tanımakta ve onu oluşturanlar arasında hiçbir ayrım gözetmemektedir. Bu üstün astla değil, bütünün kendi üyelerinden her biriyle yaptığı bir sözleşmenin kendisidir. Bu, sözleşme yasaya uygundur. Hak duygusuna dayanmaktadır. Temelinde kamunun yararı vardır. Rousseau yurttaşların sözleşmelere bağlı kaldıkları sürece, kendi istemlerinden başka kimsenin buyruğu altına girmemiş olacaklarını söylemektedir

40 Rousseau, a.g.m, s. 159

41 Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul

42 Rousseau, Jean Jacques. (1990) Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul.

(Rousseau 1990: 43).[43] Bu sözleşme ile oluşturulan yasalara boyun eğmek özgürlüğün de elde edilmesi anlamını taşımaktadır.[44]

Rousseau'nun toplum sözleşmesi, insanların yeni güçler yaratamayıp bir araya gelip güçlerini birleştirerek kendilerini koruma amacıyla yapılmaktadır. Bu birlik Rousseau için eksiksiz ve tam olmaktadır. Çünkü hiçbir üyenin isteyeceği bir şey kalmamaktadır. Aşağıda verilmiş olan sözleşme çerçevesi ile kişi kendine topluma bağlamaya söz vermektedir.

Üyelerden her birinin canını, malını bütün ortak güçle savunup koruyan öyle bir toplum biçimi bulmalı ki, orada her insan hem herkesle birleştiği halde yine kendi buyruğunda kalsın, hem de eskisi kadar özgür olsun. Özetle toplum sözleşmesi, her birimiz bütün varlığımızı ve bütün gücümüzü bir arada genel istemin buyruğuna verir ve her üyeyi bütünün bölünmez bir parçası kabul ederiz.[45]

Rousseau için toplumsal bütünün ve bu bütünle yurttaşlar arasındaki birliğin oluşmasında odak noktası *yasa* olmaktadır. Daha önce bahsedildiği gibi yasalara boyun eğmek özgürlüğü sağlamaktadır. Doğal düzen ile toplumsal düzen arasında belirleyici ayrım toplumsal düzende yasanın varolmasıdır. Yasanın sağladığı özgürlük ile doğal durumdaki özgürlük birbirinden farklıdır. Çünkü özgürlük ancak bir "tabii olma" ile diğer bir anlamda boyun eğme ile kurulabilmektedir. Rousseau'ya göre, toplum sözleşmesinin boş bir laf olarak kalmaması için herkesin yasalara boyun eğmesi gerekmektedir. Eğer üyelerden biri genel istemi saymamaya kalkarsa bütün topluluk onu saygıya zorlayacaktır, bunun anlamı ise o kimsenin özgürlüğe zorlanmasıdır.[46] Bu çelişkiyi Rousseau yasa ile çözmektedir. Ona göre, insanların buyruk almadan buyrukları yerine getirmeleri, başlarında efendi olmadan hizmet etmeleri ancak yasa ile mümkün olmaktadır. Diğer yandan Rousseau sözleşmeye kutsallık atfederek.[47] boyun eğerek özgür olma çelişkisini yine yasacılara da bir insanüstülük atfederek aşmayı denemiştir.

Rousseau'nun ileri sürdüğü "özgürlüğe zorlanma" düşüncesi Monk tarafından bir paradoks olarak görülmemektedir. Monk'a göre, özgür olma hali, bireylerin ya da devletlerin bir eylemini veya koşullarını tanımlayabilecek bir sıfattır. Belirli eylemler, yapıldığı koşullar dikkate alındığında özgür olabilir ya da olmayabilir. Zorlama açıkça eylemlerin özgürlüğünü kaldıran bir koşuldur. Bu nedenle Rousseau'nun paradoksu sadece görünüşte 'özgürlüğe zorlanma'dır. Rousseau 'özgür eylemlerde' bulunmaya zorlanmadan değil, ancak özgürlüğü (özgürlük koşulunu veya eylemini) tehlikeye atan eylemler açısından zorlanmadan söz etmektedir. Bu kesinlikle bir sorun değildir ve paradoks ancak görünüştedir.[48]

43 Rousseau, Jean Jacques. (1990) Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul.

44 Rousseau, a.g.m, s. 30

45 Rousseau, a.g.m, s. 26

46 Rousseau, Jean Jacques. (1990) Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul.

47 Rousseau, a.g.m, s. 28

48 Monk- Hampsher, Lain. (2004) Modern Siyasal Düşünce, Çev, Yeşim Özer, Der, Necla Arat, Say Yayınları, İstanbul.

Yasacı, insan doğasını bildiği halde, tutkulara kapılmayan, tutkulardan arınmış üstün bir zekâ sahibidir. Kendi mutluluğu içinde değil, toplumun mutluluğu için çalışan ve bundan sadece onur payı isteyen yine yasacıdır.[49] Yasacının bu niteliklerini ileri süren Rousseau ancak bu haliyle toplumsal kurumların en sağlam, en yetkin hale ulaşabileceğini, her yurttaşın tek başına (bir hiç olarak) değil de diğer yurttaşlarla birlikte bir şey yapabildiğini gördüğünde, yasa koyma işi en olgun halini almış olmaktadır. Çünkü yasa yapıcılar halkın konuştuğu bir dili kullanmamalıdırlar. İnsanları sürükleyen ve inandırmanın ötesinde daha etkin bir ikna gücü olan tanrısal gücü kullanmaları gerekmektedir. Rousseau bunu bir mucize olarak değerlendirir ve yasacılar kararlarını (tanrısal güçle) ölümlülere söyleten onların üstün ruhları olmaktadır (Rousseau 1990: 54).[50] Yasacı, siyasal anlamda gelişmemiş olduğu düşünülen halka, yasaları kabul ettirmede dayatma, felsefi akıl, kişisel çıkarlara uygunluk gibi sıradan araçları kullanamadığı için devletin kuruluşunda etkin bir rolü olan tanrısallığı (kutsallık) kullanmaktadır. Rousseau bu çerçevede Machiavelli'den bir alıntıya yer vermektedir: "Gerçekte, hiçbir memlekette olağanüstü bir yasacı yoktur ki, Tanrıya başvurmuş olmasın, yoksa koyduğu yasaları kimse kabul etmezdi. Gerçekte, bilge kişinin bildiği birçok yararlı bilgi vardır ama bu bilgilerde başkalarını inandıracak ölçüde açık bir takım nedenler yoktur.[51]

Rousseau *Emile*'de doğal insan ve uygar insanı karşılaştırırken, doğa halindeki insanı kendi içinde bir bütün olarak kabul ederken uygar insanı bütünün bir parçası olarak görmektedir. Yurttaş genel istem'in içinde eritilmiştir. Rousseau'ya göre, doğal durumdaki insan kendisi için her şeydir; sayısal birliktir, mutlak bütündür, ancak kendisiyle ya da benzeriyle ilişkisi vardır. Uygar insan ise, paydaya bağlı ve değeri bütünle, yani toplumla ilişkisi olan yalnızca kesirli bir birliktir. İyi toplumsal kurumlardan, insanın doğasını değiştirmesini, ona göre bir varlık vermek için mutlak varlığını ortadan kaldırmasını ve *ben*'i ortak birliğin içine taşımasını en iyi bilen kurumlar olarak gören Rousseau, her kişinin kendisini tek değil, birliğin bir parçası ve ancak bütünün içinde algılanabilir olduğu düşüncesindedir.[52]

Rousseau'nun bireyi toplum içinde eritmesi türdeş toplum düşüncesinin tartışılmasına neden olur.

Bu yönde Gray; modern çoğulcu toplumların ihtiyaç duyduğu şeyin, değerler üzerinde bir uzlaşı değil, çıkarların ve değerlerin çatışmasının görüşülebileceği ortak kurumların varlığıdır. Ortak bir yaşama sahip olmak demek, ortak değerlerle tektipleştirilmiş bir toplumda yaşamak değil, rakip değerlerin çatışmalarına bir ara yol bulacak ortak kurumlara sahip olmaktır. Ortak kurumlar çok çeşitlidir. Bunun nedeni, toplulukların birlikte varoluş koşullarının, tek tip bir rejimin her yerde arzulanır olamayacağı kadar değişken olmasında

49 Rousseau, Jean Jacques. (1990) Toplum Sözleşmesi, Çev; Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul.

50 Rousseau, a.g.m., s. 54.

51 Rousseau, a.g.m, s. 163.

52 Rousseau, Jean Jacques. (2009) Emile, Çev. Yaşar Avunç, İş Bankası Yayınları, İstanbul.

görmektedir.

Gray, Tek bir topluluğun değerlerini yansıtan bir yönetim biçimi ideali tehlikelidir. Çünkü çoğul kimliklerin anormal, aynı türdeki kimliklerin normal olduğunu ima eder. Çözülmesi güç değer çatışmalarının hata ürünü ya da kötü niyet olduğunu, dolayısıyla akılsızlık ve yozlaşma dışında hiçbir şeyin ahenkli topluluklar dünyasının önüne çıkamayacağını sezdirmektedir. Bu, Rousseau'nun tehlikeli fantezisinden başka bir şey değildir.[53]

Leo Strauss, Rousseau'nun uygar toplumunu, kendine özgü bir toplum ya da daha açık bir ifadeyle kapalı bir toplum olduğu düşüncesindedir. Rousseau, uygar toplumun ancak kendine has özelliklere sahip olması halinde sağlıklı bir toplum olabileceğini ve bunu da uygar toplumun bireyselliğinin ulusal ve kendine özgü kurumlar tarafından oluşturulması ya da geliştirilmesi gerektirdiğini düşünmektedir. Bu kurumlar ulusal bir "felsefe'yle, yani başka toplumlara taşınabilir olmayan bir düşünme tarzıyla hareket ediyor olmalıdırlar.[54] Diğer taraftan bilim ve felsefenin kaçınılmaz bir şekilde ulusal "felsefelerin" iktidarını ve dolayısıyla da yurttaşların kendi toplumlarına özgü yaşama tarzına ve törelere bağlılığını zayıflatmaktadır. Toplum, üyelerinden kendilerini bütünüyle kamusal yararın gerçekleştirilmesine adamalarını, kendilerini bu yolda zorlamalarını ve türdeşleriyle ilgilenmelerini talep etmektedir. Rousseau ayrıca inanç sistemi çerçevesinde, toplumun üyelerinden herhangi bir tartışmaya girmeksizin bazı dini inançlara bağlanmalarını talep etmektedir. Rousseau, "Olumlu doğmalar" adını verdiği toplum sözleşmesinin ve yasaların kutsallığını egemen varlık kimseyi bunlara inanmaya zorlayamamakla birlikte, inanmayanları devlet sınırları dışına sürebilir, dinsiz diye değil, toplum yaşamına elverişsiz, yasaları ve doğruları içten sevmeye ve gereğinde ödevi uğruna yaşamını hiçe saymaya yetersiz adam diye. Hatta Rousseau sınır dışı etmenin de ötesine geçerek bu kişilerin ölüm cezasına çarptırılmalarını uygun görmektedir: Çünkü en büyük suç olan yasalara karşı yalan söylemişlerdir.[55]

Bir toplumun varlığı, türdeş inanç ve türdeş itaat gerektirmektedir: Yurttaşların sosyal sözleşmeden kaynaklanan özgürlükleri, elde etmek, yani oluşumuna herkesin katkıda bulunabildiği toplum yasalarına ve birörnek (türdeş) davranış kurallarına itaat etmek uğruna, asli ya da doğal özgürlükten vazgeçmiş olmalarını gerektirir. Uygar toplum, doğal durumdaki insanın yurttaşa dönüştüğü mekandır.[56] Strauss'un bu yaklaşımına Rousseau açısından bakıldığında; kanunlar önünde eşitliğin sağlayıcısı olarak bir türdeşlik olduğu bunun sonucunda da özgürlüğün sağlandığı düşüncesi vardır: Rousseau'ya göre, özgür yaşamak ve özgür ölmek, kimsenin kanunların boyunduruğundan başka bir zorlayıcıyla karşılaşmamasıdır. Ona göre kanuna uymayan tek bir kişi bile olsa, bu kişi olmamalıdır.[57]

53 Gray, John. (2003) Liberalizmin İki Yüzü, Çev. Koray Değirmenci, Dost Yayınevi, Ankara.

54 Strauss, L. (2000) Politik Felsefe nedir? Çev. S. Z. Hünler, İstanbul: ParadigmaYay.

55 Rousseau, Jean Jacques. (1990) Toplum Sözleşmesi, Çev. Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul

56 Strauss, Leo. (2000) "Tabii Hak Ve Tarih", Çev. Ozan Erözden, Der: C.B. Akal, Devlet Kuramı, Dost Yayınevi. Ankara. 269- 320

57 Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çev, Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul.

Sonuçta, mülkiyetin neden olduğu çatışma ve kavgalar, insanların bu kavgaları engelleyebilecek bir otoritenin boyunduruğu altında topluca yaşamayı kabul etmelerine ve bir sözleşme ile doğa durumundan uygar topluma (politik duruma) geçmelerine neden olmaktadır.

Toplum Sözleşmesi'nde "siyasal duruma" geçişle ortaya çıkan "yasacı"nın temel varolma nedeninin mülkiyet kavramına dayandığı görülmektedir. Mülkiyet (can-mal ve özgürlük) güvenliği "yasacı" tarafından sağlanmakta iken sözleşmeye katılan her üyeden ise bunun karşılığında yasalara/ yasacıya itaat etmesi istenmektedir.

Kaynakça

- *Akal, M. (1998) İktidarın Üç Yüzü. Ankara: Dost Yay.*
- *Claessen H.J.M- Skalnik P. (1993) Erken Devlet. Çev. A.Şenel, İstanbul: İmge Yay.*
- *Gray, John. (2003) Liberalizmin İki Yüzü, Çev. Koray Değirmenci, Dost Yayınevi, Ankara.*
- *Hobbes, Thomas. (2008) Leviathan, Çev, S. Lim, İstanbul: Yapı Kredi Yay.*
- *Hobbes, T. (2007) Elementa Philosophica DE CIVE Yurttaşlık Felsefenin Temelleri. Çev. D. Zarakolu İstanbul: Belge Yay.*
- *Locke, John. (2004) Hükümet Üzerine İkinci İnceleme. Çev. F. Bakırcı. Ankara: Babil Yay.*
- *Locke, John. (1998) Hoşgörü Üzerine Bir Mektup. Çev. M. Yürüşen, Ankara: Liberte Yay.*
- *Rousseau, Jean Jacques. (1990) Toplum Sözleşmesi, Çev; Vedat Günyol, Adam Yayınları, İstanbul.*
- *Rousseau, Jean Jacques. (1986) İnsanlar Arasındaki Eşitsizliğin Kaynağı ve Temelleri Üzerine Konuşma, Çev. Rasih Nuri İleri, Say Yayınları, İstanbul.*
- *Rousseau, Jean Jacques. (2009) Emile, Çev. Yaşar Avunç, İş Bankası Yayınları, İstanbul.*
- *Strauss, L. (2000) Politik Felsefe nedir? Çev. S. Z. Hünler, İstanbul: ParadigmaYay.*
- *Monk- Hampsher, Lain. (2004) Modern Siyasal Düşünce, Çev. Yeşim Özer, Der, Necla Arat, Say Yayınları, İstanbul.*
- *Strauss, Leo. (2000) "Tabii Hak Ve Tarih", Çev. Ozan Erözden, Der: C. B. Akal, Devlet Kuramı, Dost Yayınevi. Ankara. 269- 320*
- *Gray, John. (2003) Liberalizmin İki Yüzü, Çev. Koray Değirmenci, Dost Yayınevi, Ankara.*

ANAYASANIN YORUMLANMASINDA FELSEFİ YAKLAŞIM: RONALD DWORKIN'E GÖRE ANAYASANIN AHLAKSAL OKUNUŞU

PHILOSPHICAL APPROACH IN THE INTERPRETATION OF THE CONSTITUTION: THE MORAL READING OF THE CONSTITUTION ACCORDING TO RONALD DWORKIN

Mehmet TURHAN[1]

Özet Bu yazıda ilk olarak anayasalarda yer alan kuralların çok önemli olduğu ve bu nedenle iyi yazılmış bir anayasaya sahip olmanın gerekliğinin inkar edilemeyeceği; ama anayasalarda yer alan kuralların yorumlanışlarının öneminin de yadsınamayacağı belirtilmiştir. Bu makalede Ronald Dworkin'in anayasaların ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşleri açıklanmaya çalışılmıştır. Dworkin anayasal metne sadık kalırken, metnin yorumlanması yoluyla toplumdaki değişikliklerin yakalanabileceğini ileri sürmüştür. Bunu yazar "kavram" ve "anlayış" arasındaki farklılıkla gerçekleştirmektedir. Yazara göre Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında yer alan soyut hükümler belirli "anlayışları" değil belirli bir "kavramları" göstermektedir. Bu nedenle bu soyut hükümler kurucuların o hükümlerle ilgili anlayışlarına göre yorumlanmamalıdır. Ahlaksal okuma bizlerin bu soyut hükümleri adalet ve siyasal ahlak konusunda çağırışımda bulunduğu ahlaksal ilkeler anlayışı temelinde yorumlayıp uygulamamızı önermektedir. Ahlaksal okuma siyasal ahlakı anayasa hukukunun kalbine yerleştirmektedir. Bu ise ahlak felsefesiyle anayasa hukukun birleşmesini gerektirmektedir. Dworkin'in felsefi yaklaşımına yöneltilen eleştiriler incelendikten sonra, bu yazıda bu yaklaşımın ülkemiz açısından değerlendirilmesine çalışılmıştır. Yazıda anayasaların ahlaksal okunuşlarının sağlıklı bir biçimde gerçekleşebilmesi için Amerika Birleşik Devletleri Anayasası gibi kısa, ayrıntılara girmeyen ve soyut ahlaksal ilkelerden oluşan bir anayasanın varolması gerektiği sonucuna varılmıştır.

ANAHTAR KELİMELER ahlaksal okuma, orijinalizm, yaşayan anayasa, çoğunlukçu demokrasi, ortaklık demokrasisi, ahlak felsefesi

ABSTRACT In this article, first I state that the provisions of constitutions are very important and for that reason the importance of well-written constitutions cannot be denied; but interpretation of the provisions of the constitution is also incontrovertible. I tried to explain Ronald Dworkin's view concerning the moral reading of the Constitution. Dworkin alleged that while abiding by the provisions of the constitution, it is possible to catch the changes in the society. Dworkin makes this possible by making a distinction between

1 Prof. Dr. Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

"conception" and "concept". According to Dworkin abstract provisions of the United States Constitution cannot be treated as specific "conceptions". For this reason, the abstract provisions of the Constitution of the United States cannot be interpreted as if they are the conceptions of the constitution-makers. The moral reading proposes that we all interpret and apply these abstract clauses on the understanding that they invoke moral principles about political decency and justice. The moral reading therefore brings political morality into the heart of constitutional law. This means that ethical philosophy and constitutional law must fuse. After examining the criticisms of the Dworkin's philosophical approach to interpretation, I tried to appraise this approach from the viewpoint of Turkey. As a conclusion, I arrived to the view that in order to realize the moral reading, constitutions must be short and have abstract moral principles like the United States Constitution.

KEY WORDS moral reading, originalism, living constitution, majoritarian democracy, partnership democracy, moral philosophy

> "Anayasamız özlemlerimizin çoban yıldızıdır. Okunmaya değer her metin gibi berrak değildir. İfadelendirmeler geniştir ve hükümlerin sınırlandırılmaları açık bir biçimde belirtilmemiştir. Görkemli genellemeleri ve yüceltilmiş açıklamaları hem açık hem de muğlaktır. Bu anlam bulanıkları elbette okuyucuyla metin arasında karşılıklı etkileşim olan yorum yapmayı gerektirmektedir."[2]

> "Anayasa hukukunda liberal ilkelerin yeniden canlanmasına ihtiyaç duymaktayız. Geçmişin büyük yargıçlarının geleneği içinde, liberal anayasal hukukun temellerini yeniden ifade eden, cesur ve etkili fikirlere ihtiyacımız var."[3]

Hiç kuşkusuz anayasa hukukunda anayasalarda yer alan kuralların önemi büyüktür ve bu nedenle de iyi yazılmış bir anayasaya sahip olmak önemlidir. Ancak anayasalarda yer alan kurallar kadar bu kuralların yorumlanılışlarının önemi de yadsınamaz. Anayasalar, genel olarak doğrudan uygulanabilir kurallar içermezler. Anayasa kurallarının uygulanabilmesi için somutlaştırılmaları gerekir ki, bu da anayasaların yorumlanması demektir.[4]

Anayasa hukukunda anayasa kurallarının yorumlanmasında yorumu yapanların birbirlerinden farklı farklı anlamlar çıkarması mümkündür. Buna bir örnek olarak Anayasa Mahkemesinin kararlarını verebiliriz. 1961 ve 1982 Anayasalarında din ve vicdan özgürlüklerinin düzenlenişi aynıdır. Ancak Anayasa Mahkemesinin bu özgürlüğü yorumlama anlayışı üyelerin değişimi nedeniyle değişmiştir.[5] 5 Mayıs 1972 günlü 1587 sayılı Nüfus Kanunun 43. maddesi "Aile kütükleri; ailenin bütün fertlerinin... dinini... ihtiva eder." hükmünü içermekteydi. Anayasa Mahkemesi 27 Kasım 1979 günlü ve E. 1979/9, K. 1979/44

2 *William J. Brennan, Jr, "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification", 43 Guild Prc. 1 (1986), s. 1.*

3 *Ronald Dworkin, "Looking for Cass Sunstein", The New York Review of Books, 30 April 2009.*

4 *Yüksel Metin, Anayasanın Yorumlanması (Ankara: Asıl Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2008), s. 1.*

5 *Bu da bize hukuk eğitiminde yorum konusunun işlenmesine daha fazla önem ve özen verilmesi gerektiğini göstermektedir..*

sayılı kararıyla bu hükmün anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesine göre "Söz konusu 43. madde zorlayıcı nitelikte hiçbir hüküm içermemektedir. Nüfusa kaydolunurken kişinin, Anayasa'nın kastettiği anlamda dinî inanç ve kanaatlerini de değil, sadece dininin ne olduğunu açıklamasına yol açabilecek bir durum yaratmaktadır ki, bu kuralın zorlayıcı bir niteliği ve zorlama ile ilişkisi yoktur."[6]

Aynı Yasanın aynı hükmü Anayasa Mahkemesine tekrar getirilmiştir. Anayasa Mahkemesi 21.6.1995 günlü ve E. 1995/17, K. 1995/16 sayılı kararıyla 6 karşı oyla yeniden Nüfus Kanunun 43. maddesine Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları belirtmiştir: "Nüfus Yasası'nın 43. maddesinin... Anayasa'nın 24. maddesinde ifadesini bulan dini inanç ve kanaatlerin zorla açıklanmaması ve dinî inanç ve kanaatlerinden dolayı kişinin kınanmaması ve suçlanmaması ile hiçbir ilgisinin bulunmadığı açıkça anlaşılmaktadır."[7]

Ancak Anayasa Mahkemesi sekiz ay sonra 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun 61. maddesinde tanıklara dinlerinin sorulması hükmünü Anayasaya aykırı görmüş ve iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre itiraz konusu kuralda dininin sorulması kişinin isteği dışında inancını açıklaması sonucunu doğuracağından, Anayasanın 24. maddesinin üçüncü fıkrasına açık bir aykırılık oluşturacaktır. Mahkemeye göre kişilere dinleri ile ilgili olarak sorulan soruların yanıtlanmasının bir yaptırıma bağlanıp bağlanmasının da bir önemi yoktur. Anayasa Mahkemesinin Nüfus Kanunun 43. maddesiyle ilgili kararındaki karşı oy yazılarında ileri sürülmüş görüşler bu kararda karar biçimine dönüşmüştür.[8] Görüldüğü gibi din ve vicdan özgürlüğü Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlarda farklı farklı yorumlanabilmiştir.

Yorumun önemi konusunda verilebilecek bir başka örnek de Anayasa Mahkemesinin 1982 Anayasası döneminde anayasa değişikliklerini denetleme konusundaki kararlarında görülmektedir. Anayasa Mahkemesi E. 2008/16, K. 2008/116 sayılı (k.t. 05.06.2008) kararına kadar anayasa değişiklikleri konusunda Anayasanın 148. maddesinde, Anayasa değişikliklerinde Anayasa Mahkemesine tanınan denetim yetkisi, teklif, oylama çoğunluğu ve ivedilikle görüşülemeyeceği şartlarına uyulup uyulmadığı hususları ile sınırlanmıştır ve bu nedenle esas yönünden denetime olanak tanınmadığı gibi, 148. maddede tüketici biçimde sayılan koşulların dışında şekil yönünden denetim yapılması olanaksızdır demekteydi.[9] Anayasa Mahkemesi 27.11.2007 günlü kararından yedi ay gibi kısa bir süre sonra içtihadını değiştirmiş ve 1961 Anayasası dönemindeki anayasayı yorumlayış biçimine dönmüş-

6 *E. 1979/9, K. 1979/44, k.t. 27.11.1979, AMKD, Sayı 17, s. 341. Bu karara 7 üye karşı oy yazısı yazmıştır. 1961 Anayasasına göre Anayasa Mahkemesi 15 üyeyle karar vermekteydi. Yani karar sekize karşı yedi oyla alınabilmiştir.*

7 *E. 1995/17, K. 1995/16, k.t. 21.6.1995, AMKD, Sayı 31/2, s. 548.*

8 *E. 1995/25, K. 1996/5, k.t. 2.2.1996, AMKD, Sayı 32/2, s. 560.*

9 *Bakınız: E. 1987/9, K. 1987/15, k.t. 18.6.1987, AMKD, Sayı: 23, s. 282-294. E. 2007/72, K. 2007/68, k,t. 5.7.2007, AMKD, Sayı: 44/2, s. 1053-1108. E. 2007/99, K. 2007/86, k.t. 27.11.2007, AMKD, Sayı: 45/1, s. 429-456.*

tür. Bu kararda Yüksek Mahkeme Anayasadaki anayasa değişikliğiyle ilgili kuralları şöyle yorumlamıştır:

> "Anayasa Mahkemesi'nin, değiştirilemezlik kuralının yalnızca devlet şeklinin Cumhuriyet olduğuna ilişkin 1. maddeyle sınırlı kabul edildiği 1961 Anayasası döneminde verdiği 16.6.1970 günlü ve E. 1970/1, K. 1970/31 sayılı, 13.4.1971 günlü ve E.1971/41, K. 1971/37 sayılı, 15.4.1975 günlü ve E. 1973/19, K. 1975/87 sayılı, 23.3.1976 günlü ve E. 1975/167, K. 1976/19 sayılı, 12.10.1976 tarih ve E. 1976/38, K. 1976/46 sayılı, 27.1.1977 günlü ve E. 1976/43, K. 1977/4 sayılı ve son olarak 27.9.1977 günlü ve E. 1977/82, K. 1977/117 sayılı kararlarında anayasal düzenin hukukun üstün kurallarına ve çağdaş uygarlığın gereklerine aykırı düşen nitelikte yeni ilkelere bağlanmasının bu düzenin bütünlüğünü bozabileceği, Anayasa'nın 1. maddesinde yer alan "Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir" kuralı ile bunu tamamlayan ve Cumhuriyetin temel niteliklerini belirleyen 2. maddesini değiştirecek derecede etkisi olacak bir değişikliğin yapılamayacağı, aksi takdirde değişiklikten sonraki yeni düzenin önceki Anayasa'da tanımlanan biçimde işleyemeyeceği, bu gibi sonuçların önlenmesi için, çağdaş Anayasaların kendilerini böyle değişikliklere karşı koruyan ve güvence altına alan hükümleri ve kuruluşları birlikte getirme yolunu seçtikleri ifade edilmiş, buna dayalı olarak da Anayasa değişikliğine ilişkin tekliflerin her şeyden önce Anayasa'nın Başlangıç bölümü ile 1. ve 2. maddelerinde yer alan ilkelerde en küçük bir sapmayı veya değişikliği öngöremeyecekleri, değişikliklerin sözü geçen ilkelerin tümünü veya herhangi birisini hedef alması durumunda teklif edilemeyecekleri ve yasama meclislerince kabul edilemeyecekleri, teklif edilmeleri ve kabul edilmeleri durumunda ise Anayasa'nın 9. maddesinde belirtilen biçim koşullarına aykırı olacağı belirtilmiştir.
>
> ...
>
> 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 itibariyle 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.
>
> Dolayısıyla Anayasanın ilk üç maddesinde değişiklik öngören veya Anayasa'nın sair maddelerinde yapılan değişikliklerle doğrudan doğruya veya dolaylı olarak aynı sonucu doğuran herhangi bir yasama tasarrufunun da hukuksal geçerlilik kazanması mümkün olmadığından, bu doğrultudaki tekliflerin sayısal yönden Anayasa'ya uygun olması tasarrufun geçersizliğine engel oluşturmayacaktır."[10]

10 E. 2008/16, K. 2008/116, k.t. 05.06.2008, AMKD, Sayı: 45/2, s. 1231-1233.

Hukukta yorum önemlidir. Ancak anayasa hukukunda yorum daha da önemlidir; çünkü anayasa mahkemelerinin yorumları ancak anayasa değişiklikleri yoluyla aşılabilmektedir.[11] Eğer anayasa mahkemeleri anayasa değişikliklerini de denetleme yetkisini kendilerinde görecek olurlarsa durum daha da karmaşıklaşmakta ve zorlaşmaktadır. Bilindiği gibi anayasa yargısı üzerine yapılan anayasal ve felsefi tartışmalar genellikle demokratik meşruluk sorunu üzerine yoğunlaşmaktadır. Temel sorun, temsili demokrasilerde hesap sorulabilir konumda olmayan ve halk tarafından seçilmemiş yargıçların, halkın demokratik araçlarla hesap sorulabilir temsilcilerinin iradesine karşı çıkması ve onların yasama tercihlerini etkisiz kılmasının meşru olup olmadığı sorunu, anayasa değişiklilerinin de yargıçlar tarafından denetlendiği durumlarda iyice ortaya çıkmaktadır. Anayasa değişikliklerinin de anayasa mahkemelerince denetlenmesi durumunda "anayasa yargısının demokratik meşruluğu" sorunu çözümlenemez bir hal almaktadır.

Yorum yapmak açıkça anlaşılamayan söze, metne veya davranışa bir amaç yüklemek veya anlam vermek demektir. Anayasaların ve yasaların uygulanması bu metinlerin yorumlanmasını gerektirir. Bir kuralı uygulamak durumunda kalan kişi ister istemez uygulayacağı kuralı önce anlamak ve anlayabilmek için de yorumlamak durumundadır. O halde yorum uygulanacak kuralın ne dediğini veya ne anlama geldiğini anlayabilmedir. Bir başka deyişle, yorum bir metin anlamının belirlenmesi demektir.[12] Ronald Dworkin'in anayasaların yorumlanmasındaki felsefi yorum anlayışını incelemeye başlamadan önce yorumda metnin önemini vurgulaması açısından Hart-Fuller tartışmasını kısaca açıklamakta yarar görmekteyim.

YORUMDA METNİN ÖNEMİ: HART-FULLER TARTIŞMASI

Yasanın yorumu yasada yer alan sözcüklerin yorumuyla başlar. Yorumun yasada yer alan sözcüklerle başladığı konusunda herkes hemfikirse de yorumun sözcüklerle bitip bitmediği konusu son derece tartışmalıdır. Yine hukukta yorumun yasalarda yer alan sözcükleri yorumlamakla başlayacağı açıksa da, yasalarda yer alan sözcüklerin, sözcük gruplarının ve cümlelerin ne anlama geldiğini saptamak kolay bir iş değildir. Bu konuyu açıklamak için 1958 yılında H.L.A. Hart ve Lon Fuller adlı ünlü iki hukuk filozofunun *Harvard Law Review* dergisinde yaptıkları tartışmada kullandıkları "parkta yer alan taşıtlar" örneğini verebiliriz.

H.L.A. Hart hukuk kurallarının doğasını tartışırken parklardaki taşıt yasağı örneğini vermektedir. Hart bu tür düzenlemelerde yer alan "taşıt" sözcüğünün kaçınılmaz olarak

11 Demokrasi halk iradesini gerektirdiğine göre seçilmemiş yargıçlar tarafından gerçekleştirilen anayasaya uygunluk denetiminin demokratik meşruluk açısından problemli görülmesi şaşırtıcı değildir. Yasaları anayasaya aykırı oldukları gerekçesiyle geçersiz kılma fonksiyonunu yerine getirecek olan seçilmemiş yargıçların gerçekleştireceği bu görevin halkın onaylayacağı bir biçimde yapacaklarının herhangi bir garantisi yoktur. Ancak bu durumda halkın yargıçların ortaya koyduğu sonucu beğenmemesi halinde anayasa değişikliğine gidebileceğini söylemek mümkündür. Ancak bu durumda da anayasa değişikliğinin yapılabilmesi için nitelikli çoğunluğun gerekli olduğu gerçeği ortaya çıkmaktadır.

12 Yılmaz Aliefendioğlu, Anayasa Yargısı (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), s. 239-240; Kemal Gözler, Anayasa Hukukun Genel Teorisi Cilt I (Bursa: Ekin Yayınları, 2011), s. 225.

"anlamının yerleşik özü" ile "yarıgölge"li bir alanın olacağını söylemektedir. Hart otomobillerin kuşkuya yer vermeyecek biçimde taşıt kavramı içinde yer aldıklarını ve yasağa girdiğini söylemektedir. Bundan sonra Hart şunu sormaktadır: Acaba bu yasağa bisikletler, patenler, oyuncak arabalar veya uçaklar girer mi? [13] Hart'a göre bu yarıgölgeli alanları aydınlatabilmek için önce "taşıt" sözcüğünün ne anlama geldiğine bakılmalıdır. Ancak "taşıt" sözcüğünün anlamına belirleyebilmek için de düzenlemenin amacına bakılmalıdır. Eğer amaç gürültü kirliğini ve çevreye zararı önlemek ise bisikletlere ve çocuk arabalarına parkta izin verilmesi gerekir. Eğer düzenlemenin amacı yayaların güvenliğini sağlamak ise, bu durumda bisikletlerin de yasak kapsamında düşünülmesi gerekir. Eğer yasağın amacı yollarda yayaların rahatça yürüyebilmesi ise bu kez çocuk arabalarını da yasak kapsamına sokmak gerekecektir. Ancak kuralın amacı anlaşılamıyorsa, yargıç bu tür yarıgölgeli alanlarda yasa koyucu gibi hareket edecek ve politik mülahazaları göz önüne alarak takdir yetkisini kullanacak ve bu yolla uyuşmazlığı çözümleyecektir.

Her ne kadar Hart kuralın açık uygulamasıyla açık olmayan uygulamaları arasında ayrım yapmaktaysa da, "öz" ve "yarıgölgeli" alan ayrımı çok açık bir ayrım sayılamaz. İşin aslında her kural için yarıgölgeli alanın nasıl aydınlatılması gerektiği sorununun varlığı yanında bazı uygulamaların öz alanda mı yoksa yarıgölgeli alanda mı olduğu sorunu da söz konusudur. "Öz" ile "yarıgölgeli" alanın birbirilerinden kesin olarak ayrılamayabileceği söylenebilir ve bu nedenle de ortada bir derecelenme vardır diyebiliriz. Daha doğrusu ortada bir süreç söz konusudur.[14]

Fuller'in Hart'a yönelttiği eleştiri yargıcın "yarıgölgeli" alanda nasıl davranacağıyla ilgili değildir. Fuller bu alanda yargıcın yasanın arkasında yatan amaca bakması gerektiğini söylemektedir. Hart ise bu alanda yargıçların yasa koyucu gibi davrandıklarını belirtmektedir. İki filozof arasındaki esas tartışma Hart'ın sözcüğün anlamın yerleşik özü olarak adlandırdığı konuda çıkmaktadır. Fuller anlamın yerleşik özü noktasında Hart'ın yanıldığını söylemektedir. Hart otomobillerin bu yasak açısından kuralın özünde yer aldığı iddiasına karşı, Fuller bazı vatanseverlerin II. Dünya Savaşı'nda kullanılmış olan ve hâlâ işler haldeki kamyonu bir altlık ile parka koymak istediklerini ve bu önerilen anıtı ucube olarak düşünen ve anıtın parka konmasını engellemeye çalışanların bu iddialarını "taşıt yasağı"na dayandırdıkları örneğini vermektedir. Fuller ilk bakışta kamyonun açıkça bir taşıt olduğunun söylenebileceğini; ama parktan bu gerekçeyle bu kamyonun çıkarılmasının ise mantıksız olacağını belirtmiştir. Fuller bir hukuk kuralının sözcüklerinin kendiliğinden o hukuk kuralının uygulanması için açık bir örnek oluşturmayacağını ileri sürmüştür.[15]

Durum şöyle özetlenebilir: İşler durumdaki askeri bir kamyonun savaş anıtı olarak parka yerleştirilmesi durumunda bu kamyonun kesinlikle araç tanımı içinde düşünülmesi gerekir. Oysa bu kamyonu yasak içinde düşünmek ise mantıksızlıktır. Fuller yazısında verdiği başka örneklerle birlikte herhangi bir hukuk kuralının sözcüklerinin yalın bir biçimde uygulanmasının her zaman kuralın gerekçeleştirmek istediğiyle, yani amacıyla ters düşebileceğini ve hatta zaman zaman basit bir sağduyuyla da bağdaşmayabileceğini söylemektedir. Fuller sözcüklerin belirli bir bağlam içinde ele alınmaları gerektiğini ve ancak bu durumda bir anlamlarının olabileceğini ileri sürmüştür. Bir kuralın lafzi uygulanması zaman zaman anlamsız, gülünç, en azından kuralın arakasında yatan amaca ters düşen sonuçlar doğurabilecektir. Fuller'in vurgulamak istediği nokta dilin yerleşik özü göstermede de yeterli olamayacağıdır; çünkü bir kuralın açık sözlerinin uygulanmasının zaman zaman absürd sonuçlar doğurabilmektedir. Özetle Fuller kuralın arkasında yatan amacı dikkate alındığında hukuk kurallarının, hatta hukukun anlamının kavranabileceğini ileri sürmektedir.[16]

13 *H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", Harvard Law Review (February 1958), s. 606-615. Ayrıca bakınız: H.L.A. Hart, The Concept of Law, İkinci Baskı, der. Penelope A. Bulloch & Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994), s. 125-127.*

14 *Frederick Schauer, Thinking Like a Lawyer", (Cambridge, Massachusett: Harvard University Press, 2009), s. 154.*

15 *Lon Fuller, "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", 71 Harv. L. Rev. s. 663.*

ANAYASALARIN YORUMLANMASI

Çağımızda anayasal demokrasilerin çoğunda anayasaların yorumlanmasından mahkemeler sorumludur. Anayasalar ya Amerika Birleşik Devletleri'nde olduğu gibi genel mahkemeler tarafından ve en son aşamada da Yüksek Mahkeme tarafından; ya da Avrupa ülkelerinde olduğu gibi özel olarak bu iş için kurulmuş anayasa mahkemeleri tarafından yorumlanır. Kural olarak mahkemelerin anayasayla ilgili olarak yaptıkları yorumlar bağlayıcı olarak kabul edilir. Anayasaya uygunluk denetimi yapan mahkemeler anayasanın son derece sınırlı metinsel rehberliği altında ahlaki ve siyasal sorunlarda uzun yıllar sürecek ve normal demokratik yollarla değiştirilebilmeleri ise neredeyse imkânsız son derece önemli kararlar verebilmektedirler. Anayasa uygunluk denetimi yapan mahkemelerin bu benzersiz hukuksal yetkileri iki temel normatif sorun ortaya çıkarmaktadır. Bunlardan ilki bu kurumun ahlaksal meşruluğu[17] ikincisi ise bunun nasıl gerekçeleştirileceğidir. Bu iki sorun birbiriyle ilişkilidir. Anayasal yorumun anayasal rejimin ahlaksal meşruluğuna duyarlı bir biçimde gerçekleştirilmesi gerekir.[18]

Yazılı ve sert anayasaların ortaya çıkmaları yüksek mahkemelerin[19] veya özellikle anayasaya uygunluk denetimi yapmak üzere kurulmuş olan anayasa mahkemelerinin anayasa metnini yorumlamalarına ve bu yorumlarını da devletin diğer organlarına dayatabilmelerine neden olmuştur. Bütün yazılı ve sert anayasaların mutlaka beraberlerinde

16 *Frederick Schauer, Thinking Like a Lawyer", (Cambridge, Massachusett: Harvard University Press, 2009), s. 156.*

17 *İngilizce literatürde ahlaksal (moral) meşruluk dendiğinde siyasal alanı da kapsayan ahlaksal ilkeler ve sorunlar anlaşılmaktadır. Yani "moral" siyaseti de içermektedir. Oysa ülkemizde ahlaksal meşruluğun bu anlamı içerdiği net değildir. Bu yazıda ahlaksal meşruluk İngilizce literatürdeki anlamında kullanılmaktadır.*

18 *Andei Marmor, Interpretation and Legal Theory, İkinci Baskı (Oxford: Hart Publishing, 2005), s. 141.*

19 *Anayasa yargısı ilk kez 1803 tarihli Marbury v. Madison kararıyla birlikte Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesi tarafından başlatılmıştır (1 Cranch 137 (5 U.S. 137) (1803). Kemal Gözler'in belirttiği gibi John Marshall'ın bu karara yazdığı gerekçe Dünya hukuk tarihinde anayasa yargısı lehine yazılmış en güzel ve en güçlü gerekçelerden biridir. Bu kararın önemli kısımlarının çevirisi için bakınız: Kemal Gözler, Anayasa Hukukun Genel Teorisi Cilt II (Bursa: Ekin Yayınları, 2011), s. 711-716. Gerçek anlamda anayasa hukukunun da bu tarihten sonra başladığı söylenebilir.*

anayasa yargısını zorunlu bir duruma getirdiği söylenemezse de, yazılı anayasaya sahip hukuk sistemlerinin çoğunda anayasa yargısının söz konusu olduğu söylenebilir. Anayasanın yorumlanmasının benzersiz bazı sorunları da beraberinde getirdiği ortadadır. Anayasa yargısı yapabilen mahkemeler son derece önemli bir hukuksal yetki kullanmaktadır. Bu mahkemelerin verdikleri kararlar ahlaki açıdan çok önemlidir ve yaptıkları yorumlarda da son sözü söylemektedirler. Anayasa mahkemelerinin kararları anayasalarda yer alan son derece genel ve soyut hükümlerin yorumlanması sonucunda ortaya çıkmaktadır. Ayrıca bu hükümler Amerika Birleşik Devletleri Anayasası'nda olduğu gibi çok önceleri ve çok farklı koşullarda yaşamış insanlar tarafından da konmuş olabilir. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki, anayasa hukukunda bütün davaların zor davalar[20] olduğu da düşünülmemelidir. Anayasa hükümlerin hepsi soyut, genel ve sorunlu hükümlerden oluşmaz. Anayasa hükümlerin çoğu kolaylıkla anlaşılır ve yorumlamayı gerektirmeyecek ölçüde açık hükümlerdir.

Yukarıda da belirtildiği gibi, yazılı anayasaların yorumlanmasında iki normatif sorun söz konusudur. Bunlardan ilki yazılı anayasaların ahlaki açıdan meşru olup olmadığıdır. Bu sorun iki boyutludur. Bunlardan ilki anayasanın ahlaki meşruluğu; ikincisi ise anayasa yargısının ahlaki meşruluğudur. Ülkemizde anayasa yargısının demokratik meşruluğu konusu üzerindeki yayın sayısının son yıllarda gittikçe çoğaldığı görülmektedir. Anayasanın meşruluğu konusu üzerinde ise pek durulmamaktadır. İkinci temel normatif sorun ise yargıçların anayasayı nasıl yorumlaması gerektiğidir. Thomas C. Grey "Yazılı Olmayan Bir Anayasaya Mı Sahibiz?" başlıklı ünlü makalesinde şunları söylemekteydi:

> "Yasaların anayasal denetiminde yargıçlarımız bu yasaların yazılı anayasadan kaynaklanan normlarla çelişip çelişmediğiyle mi kendilerini sınırlandırmalıdır? Yoksa kurucu belgenin dört duvarı içinde bulunmayan, özgürlük ve adalet ilkelerini de bu uygunluk denetiminde kullanabilecekler midir? Anayasa yargısının meşruluğu sorununu bir yana bırakacak olursak, belki de temel yasamız hakkında sorabileceğimiz en önemli soru bu olmaktadır."[21]

Biz bu yazımızda bu ikinci sorunla, Ronald Dworkin'in anayasaların ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşlerini inceleyerek, ilgilenmeye çalışacağız. Ancak Dworkin'in anayasaların yorumlanmasıyla ilgili söylediklerini daha iyi anlayabilmek için yazarın genel olarak hukukta yorum konusuna yaklaşımını incelemek gerekmektedir. Bu nedenle ilk olarak Ronald Dworkin'in yorum anlayışı açıklanmaya çalışılacaktır. Ancak Dworkin'in anayasa hukukunda yorum ile ilgili görüşleri yazarın demokrasi anlayışıyla çok yakından ilişkilidir. Bu nedenle Dworkin'in demokrasi anlayışını da incelemek doğru olacaktır.

20 İki tür zor dava çeşidi söz konusudur. Zor davalar bazen dilsel belirsizlikten kaynaklanır. Yasada yer alan sözcükler ya anlaşılması güç kavramlar içermesi nedeniyle, örneğin "yasaların eşit koruması", "aşırı gecikme" veya "makul şüphe" kavramlarında görüldüğü üzere veya anlaşılması kolay olmakla birlikte bisiklet, çocuk arabası veya kay kayın araç sayılıp sayılmayacağı örneğinde olduğu gibi, belirli durumlarda belirsizliğin ortaya çıkması sonucunda yasanın sözcükleri mahkemenin önündeki davada uyuşmazlığı çözümlemede kesin bir yanıt getirmemesi durunda ortaya çıkar.

21 Thomas C. Grey, "Do We have an Unwritten Constitution?", Stanford law Review 27 (1974-1975), s. 703.

RONALD DWORKIN'İN YORUM ANLAYIŞI

Ronald Dworkin'e göre hukuki problemlerin özünde yorum meselesi yatmaktadır. Herhangi bir kimsenin belirli bir toplumda hukukun ne olduğunu anlayabilmesi yalnızca yorum oyununa katılan birisi olması durumunda mümkündür. Dworkin'e göre hukuku yorum deneyimine katılan kişiler belirler. Dworkin'in yorum anlayışına göre bir kişisel düşüncenin, romanın ya da hukuk normunun yorumu ile yeni yaratılmış anlamın söz konusu metinlere yüklenmesini birbirinden ayırt etmek gerekir. Herhangi bir metnin farklı okunuşu eğer bu okunuş eserin orijinal metninde var ise meşrulaştırılabilir. Örneğin Charles Dickens'ın *Christmas Carol* adlı eserinin başkahramanı Scrooge karakterinin farklı okunuşu roman metninde var ise kabul edilebilir. Edebi bir eserin yorumu hangi okumanın metni en iyi sanat eseri olarak ortaya koyacağını göstermektedir. Bu yapılırken metindeki sözcükler dikkate alınmalı ve hiçbiri onu daha iyi bir sanat eseri yapma adına değiştirilmemelidir. Ancak yapılan bu yorumun yorumu yapılan metnin her yönüyle uyuşması anlamına da gelmez.[22]

Ronald Dworkin edebiyat yorumunu hukuki çalışmalarda merkezi bir model olarak kullanmaktadır. Hukuku zincirleme roman yazımını benzeten Dworkin *Law's Empire* adlı yapıtında bu konuda şunları belirtmektedir: Bu teşebbüste bir grup romancı sırayla roman yazmaktadır. Zincirde yer alan her romancı romanın yeni bir bölümünü yazabilmek için kendisine verilen bölümleri yorumlar; ondan sonra kendi bölümünü yazarak sıradaki romancıya metni verir ve bu böyle devam eder. Her romancının işi romanı olabilecek en iyi biçimde ve önceki bölümlere içerik olarak uyacak şekilde yapılandırarak kendi bölümünü yazmaktır (law as integrity). Her romancıdan beklenen romandaki devamlılık konusundaki sorumluluklarını ciddiye almalarıdır. Zincirleme roman yazımında her romancı kendine verilen materyalden tek bir roman çıkarmayı amaçlar. Dworkin her romancının kendi bölümünü yazarken daha önceki bölümleri incelemede iki koşul getirmektedir. İlk koşula Dworkin uygun olma koşulu adı vermektedir. Buna göre kendi bölümünü yazan romancı her türlü yorumu yapamaz. Tek başına roman yazan yazarın yazmayacağı veya yazamayacağı şeyleri romana koymaması, yani bunları yazmaması gerekir. Aynı şekilde hukukta da yargıcın görevi daha iyi bir tarih icat etmek olmayıp, bulduğu hukuksal tarihi yorumlamaktır. Yapılan yorum yargıcın tespit ettiği tarihle uyuşmalıdır. Ancak bu yaptığı yorumun metne harfi harfine uyması da demek değildir. Dworkin ikinci koşulu da şöyle açıklamaktadır: Zincirleme romanda kendine verilen bölümü yazan romancı tek bir yorumun değil birden çok yorumun söz konusu metinle uyuşabileceğini de görebilir. Bu ikinci koşula göre, yazar bu durumda kabul edilebilir okumalardan hangisi devam etmekte olan roman yazımını en iyi şekle getirecekse onu tercih etmelidir.[23]

22 Sevtap Metin, "Ronald Dworkin'in Hukuk Teorisinde Yorum Yaklaşımı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası Cilt: LXI, Sayı: 1-2 (2003), s. 41. Ronald Dworkin'in hukuk teorisi konusunda Türkçe bir çalışma için bakınız: Ahmet Ulvi Türkbağ, Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı 2. Baskı (İstanbul: Derin Yayınları, 2010).

23 Ronald Dworkin, Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 2000), s.228-232. (Bu ünlü yapıtın ilk basım tarihi 1986'dır.)

Ronald Dworkin'e göre hukukta özellikle zor davalarda karar vermek zincirleme roman yazımına benzemektedir. Bu benzerlik yasaların yani yazılı hukuk metinlerinin hukukta merkezi bir yer tutmadığı "common law" davalarında daha da artmaktadır. Dworkin'e göre ortaya çıkan hukuksal sorunda eğer uygulanacak yazılı bir kural yoksa tartışma geçmişteki yargıçların bu konuda verdikleri kararlar ile hukuksal ilkeler tartışmasına dönüşmektedir. Böyle bir durumda, yargıç zincirleme roman yazımındaki romancı gibidir. Sorunu çözebilmek için geçmişteki yargıçların vermiş oldukları kararları okumak ve neler söylediklerini bulmak ve bunları yorumlamak durumundadır. Böylece yargıç kendinden önceki yargıçların kolektif olarak ne yapmış olduklarını öğrenecektir. Her yargıç önüne yeni bir dava geldiğinde karar verirken tarihteki sayısız kararlara ve uygulamalara karmaşık bir zincirin bir halkası olarak bakacaktır. Yargıcın görevi daha önceki kararları ve yapılanları yorumlamak ve vereceği kararla bu tarihi geleceğe taşımaktır. Nasıl ki zincirleme roman yazımında her bir yazar devam eden hikayeye yazdığı bölümü eklerken türünün en iyi örneği olduğu kadar, romanın bütün olarak okunacağını da düşünerek tutarlı bir yapı oluşturmak durumundaysa, aynı şekilde yargıcın görevi de hukuku bütünlük içinde yorumlamak ve uygulamaktır. Buna Dworkin "law as integrity" demektedir.[24]

Tekrar etmek gerekirse yargıcın görevi varolandan daha iyi bir tarih yazmak değildir. Yargıç varolan hukuksal tarihi yorumlamalıdır. Yasalar ve anayasalar başta olmak üzere her türlü yazılı hukuksal metinlerin yorumunda, hukuksal düşünce tarihinin bir parçası olarak, yasa veya anayasa koyucunun neyi amaçladığının belirli bir önemi vardır. Ancak yazarın veya yasa koyucunun birbirinden farklı amaçları arasındaki seçim yapmak bir siyaset sorunudur. Dworkin bu konuda aynen şunları belirtmektedir.

> "Yazarın amacı teorisini, hukuksal yorumun açıklayıcı kavramı olmaktan çok, anlamlı bir biçimde bir anlayış olarak ele aldığımızı varsayalım. Daha önce belirttim gibi, yorum Anayasasın bir kuralını veya bir yasanın bir bölümünü veya sözleşmenin veya vasiyetin bir hükmünü yorumlamak olduğunda bu teori daha sağlam bir zemin üzerinde oturuyor gibi görünmektedir. Ama ... romancının amacının karmaşık bir şey olduğu ve edebiyattaki anlaşılması kolay yazarın amacı teorisini sıkıntıya sokacak biçimde yapılandığını gördükten sonra, şimdi de yasa koyucunun amacının da benzer biçimlerde karmaşık bir şey olduğunun farkına varmaktayız. Philadelphia Konvansiyonuna katılan bir delegenin halkın temel menfaatlerine dokunan konularda ırksal duruma bakmadan eşit davranmayı garanti altına alan hükme oy verdiğini varsayalım; ama bu delege aynı zamanda eğitimin temel bir menfaat olmadığını da düşünmektedir ve bu nedenle bu hükmün ırksal olarak ayrılmış okulları anayasa aykırı hale getirdiğini düşünmemektedir. Burada anlamlı bir biçimde soyut ve somut amaç ayrımı yapabiliriz: Delege hangi temel menfaat söz konusuysa bu alanda ayrımcılığın yasaklandığını; ama aynı zamanda da ırksal olarak ayrılmış okulların ise yasaklanmadığını düşünmektedir. Bunlar izole, münferit amaçlar değildir; bunların aynı amacı farklı yollarla tanımlayan tanımlamalarımız olduğu belirtilmelidir. Ancak yasama amacı teorisinin hangi tanımlamayı meşru olarak kabul edeceğinin önemli sonuçları olacaktır. Eğer ilk tanımlamayı kabul edecek olursak, bu durumda delegenin amacını izlemek isteyen, ama eğitimin temel bir menfaat olduğunu da düşünen yargıç ırksal olarak ayrılmış okul düzenlemelerini anayasaya aykırı bulacaktır. Eğer ikinci tanımlamayı benimseyecek olursa böyle düşünmeyecektir. Her iki tanımlama arasındaki tercih gerçekte amacın ne olduğunun daha fazla irdelenmesiyle yapılamaz. Bu tercih bu tanımlamalardan birinin öbürüne göre, en iyi temsili demokrasi teorisi bakımından daha uygun olduğu gerekçesiyle veya başka açık siyasal tercihlere dayanılarak yapılmalıdır. (Bilebildiğim kadarıyla delegenin daha somut amaçlarına saygı gösterilmesi lehine inandırıcı hiçbir argümanın bugüne dek bulunamadığını ve bu hususun Kurucuların 'orijinal amaçları'nın ırksal ayrımcılığın veya ölüm cezasının kaldırılmasında gerekli olup olmadığı tartışmalarında temel bir öneme sahip olduğunu da ekleyebilirim.) [25]

RONALD DWORKIN'İN DEMOKRASİ ANLAYIŞI

Ronald Dworkin'in yorum teorisini daha iyi anlayabilmek için düşünürün demokrasi anlayışını bilmek gerekir. Dworkin iki türlü demokrasi anlayışı olduğunu belirtmektedir. Yazar bunlardan ilkini "çoğunlukçu demokrasi", ikincisi ise "ortaklık demokrasisi" anlayışı olarak adlandırmaktadır. Dworkin çoğunlukçu demokrasi anlayışının "halk hangi şekilde kendini yönetir?" sorusunu, "halkın çoğunluğu halkın geri kalan kısmını yönetmelidir" şeklinde yanıtlayacağını söylemektedir. Ortaklık demokrasisi anlayışında ise, halkın kendi kendini yönetmesi bir futbol takımındaki veya orkestradaki ilişkiye benzetilmektedir. Nasıl ki bir orkestra veya futbol takımında yer alanlar sadece kendi çıkarlarını değil orkestranın veya futbol takımının çıkarlarını sağlamaya yönelik çabalarda bulunuyorsa ortaklık demokrasisinde de yöneticiler toplumun tamamını gözeten kararlar almak durumundadır. [26]

Ronald Dworkin demokrasi anlayışını çoğunlukçu demokrasi anlayışını eleştirerek açıklamaktadır. Dworkin çoğu insana göre demokrasinin çoğunluk yönetimi anlamına geldiğini belirtmektedir. Çoğunlukçu demokrasi anlayışının sadece oy verenlerin sayılmasından ibaret olmadığını, siyasal kurumların toplum tarafından alınan kararların mümkün olduğu kadar çok sayıda insanın yerleşik kanaatlerini temsil edecek şekilde alınmasına imkân verecek tarzda yapılandırılmasını amaçladığını belirten yazar, özellikle "yerleşik" sözcüğünün altının çizilmesi gerektiğini belirtmektedir. Yerleşik kanaatlerin ortaya çıkma-

24 *Ronald Dworkin, "Law as Interpertation", Texas Law Review, Vol. 60 (1981-1982), s. 540-543. Ayrıca bakınız: Ronald Dworkin, "'Natural Law' Revisited", University of Florida Law Review, Vol. XXXIV (Winter 1982), s. 165-188.*

25 *Ronald Dworkin, "Law as Interpertation", Texas law Review, Vol. 60 (1981-1982), s. 547.*

26 *Ronald Dworkin, "Moral Basis for a Political Constitution", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 42. Dworkin'in demokrasi anlayışı için ayrıca bakınız: Ronald Dworkin, "Introduction: The Moral Reading and the Majoritarian Premise", Ronald Dworkin, Freedoms Law: The Moral Reading of the American Constitution (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. 1-38. Ronald Dworkin, "Looking for Cass Sunstein", The New York Review of Books, April 30, 2009. Dworkin'in demokrasiyle ilgili görüşleri için bakınız: Ronald Dworkin, Justice for Hedgehogs (Cambridge, Masssachusett: Harvard University Press, 2011), s. 379-399.*

sı için de bireysel hakların özellikle ifade özgürlüğünün tanınmış olması gerekmektedir. Çoğunlukçu demokraside, belirli halk kesimlerini, belirli etnik grup ya da ırk mensuplarını ikinci sınıf yurttaş haline getirecek, örneğin belirli görevlere seçilme yasağı gibi ayrımcı uygulamalar da yasaktır. Ancak çoğunlukçu demokraside çoğunluğun yerleşik kanaatlerini yansıtan kanunlar yapmak yasak değildir. Örneğin eğer çoğunluğun bir talebi varsa o ülkede resmi bir din kabul edilebilir. Karar alma sürecine herkesin eşit katılımı sağlanmış olmak kaydıyla, çoğunlukçu demokraside çoğunluk bu yönde bir karar verdiyse, bu kararın yani resmi bir dinin kabul edilebilmesi demokrasinin bir gereğidir. Bu çoğunlukçu anlayışta mümkündür.[27]

Dworkin'e göre ortaklık demokrasisi anlayışı ise demokrasi konusunda farklı bir bakış sergilemektedir. Dworkin bu farklılığı açıklayabilmek için şöyle bir soru sormaktadır: İnsanların aralarında anlaşmazlıklar olsa bile herhangi bir ortaklıkta olduğu gibi birbirlerinin çıkarlarını gözeterek kararlar almalarını sağlayan şartlar nelerdir? Dworkin'e bir ortaklık demokrasisin oluşturulabilmesi için üç şart gereklidir. İlk olarak, vatandaşlar siyasal kararlar üzerinde eşit söz hakkına sahip olmalıdır. Bu, sadece vatandaşların oy hakkına, hatta eşit oy hakkına sahip olması anlamına gelmez. Hiçbir vatandaş, sırf düşünceleri rahatsız edici olduğu için medyaya erişim imkânından ve siyasal sürece katılım hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Ortaklık demokrasisinin ikinci şartı, eşit özen ilkesidir. Herkesin kaderi ortak kararlarda gözetilmelidir. Ortak kararlar sadece çoğunluğun çıkarlarını değil, herkesin çıkarlarını dikkate almalıdır. Çünkü herkesin hayatı eşit öneme sahiptir. Ortaklık demokrasisinin üçüncü şartı, bireylerin onurunu korumak amacıyla, sadece kendilerinin karar vermesi gereken konularda çoğunluk tarafından herhangi bir şekilde karar alınmamasını öngörür. Siyasal kararlar ancak bireylerin onuru ile uyumlu olduğu ölçüde ortaklaşa alınmalıdır.[28]

Anayasa yargısı yapan mahkemeler açısından bu iki model arasındaki farklılıkları Dworkin şöyle açıklamaktadır:

> "İlk olarak, Anayasa Mahkemesinin oluşumu ve yetkileri konusunu ele alalım. ...Çoğunlukçu demokrasi modelinde, kanunları iptal etme yetkisine sahip bir Anayasa Mahkemesinin varlığı demokrasiden bir taviz olarak değerlendirilir. Anayasa Mahkemesi, adaletin bir gereği olabilir; ancak, doğası gereği, antidemokratik bir kurum-

27 *Ronald Dworkin, "Moral Basis for a Political Constitution", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 42-43. Dworkin'e göre çoğunlukçu demokraside herhangi bir değer bulunmamaktadır. Ortak kararların çoğunluk tarafından alınması düşüncesinde iyi olan herhangi bir husus yoktur. Dworkin bu konuda şöyle bir örnek vermektedir: "Bir tekne düşünün, üzerinde çok sayıda insan bulunmaktadır ve teknenin kurtulması için bir kişinin denize atılması gerekmektedir. Tekneden atılacak kişi nasıl belirlenmelidir ki hakkaniyete uygun olsun? Bu durumda başvurulacak en kötü yöntem oylama yapılmasıdır; çünkü oylamada en az popüler kişinin kaybetmesi kesindir. Bu kişi azınlıkta bulunan ırk veya din mensubu birisi ya da teknede herhangi bir dostu bulunmayan bir kişi olabilir. Bu kişi teknede sevilmeyen bir kişi olduğu için oylama sonucu denize atılacaktır. Bu hakkaniyete uygun bir karar mıdır? Bu durumda, hakkaniyete en uygun yöntem, denize atılacak kişinin rastlantısal olarak, örneğin kura çekilerek, belirlenmesidir." Bakınız: Ibid., s.50.*

28 *Ibid., s. 43-44.*

> dur. Bu nedenle demokrasiye saygının bir gereği olarak, Anayasa Mahkemesinin yetkileri mümkün olduğu kadar sınırlandırılmalıdır. Anayasa Mahkemesine üye atama sürecinde de azami ölçüde halkın iradesi belirleyici kılınmalıdır. Çünkü demokrasilerde iktidar halkın çoğunluğuna ait olmalıdır. Anayasanın yorumlanmasına gelince, çoğunlukçu demokrasi katı veya dar yorumu önermektedir. Anayasalarda her zaman için soyut ilkeler vardır. Örneğin bizim Anayasamızda, ifade hürriyeti, adil yargılanma hakkı, eşit muamele yükümlülüğü gibi soyut ilkelere yer verilmiştir. Bütün soyut ilkeler yorumlanmaya gereksinim duyar. Çoğunlukçu demokraside, Anayasa Mahkemesinin yapacağı yorum mümkün olduğu kadar demokratik olarak seçilmiş bulunan çoğunluğun iradesine saygılı olmalıdır. Ortaklık demokrasisinin Anayasa Mahkemelerine bakışı ise çok farklıdır. Bu modelde, Anayasa Mahkemesi demokrasiden bir taviz olarak değil, demokratik sistemin bir unsuru olarak görülür. Kuşkusuz, Anayasa Mahkemeleri hata yapabilir. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme bana göre pek çok yanlış kararlar vermektedir. Ancak bu yanlışlar Yüksek Mahkemenin özünde antidemokratik bir kurum olmasından değil, soyut ilkeleri yanlış yorumlamasından kaynaklanmaktadır. Tartışmanın bu bölümünü özetlemek gerekirse, ilk modele göre yapılan bir anayasa, Anayasa Mahkemesini istemeye istemeye kabullenmekte; ikinci modele göre yapılan bir Anayasa ise Anayasa Mahkemesinin varlığından haz ve heyecan duymaktadır. Çünkü bu modeli savunanlar, ortaklık demokrasisinin ön şartı olan bireysel hakların güvence altına alınabilmesi için bağımsız bir kuruma gereksinim olduğunu bilirler."[29]

RONALD DWORKIN'DE "KAVRAM" ve "ANLAYIŞ" AYRIMI

Amerika Birleşik Devletleri'nde anayasanın yorumlanmasında birbirine karşıt iki temel görüş bulunmaktadır. Bunlardan ilki ve son yıllarda gittikçe önem kazananı "orijinalizm"dir. Orijinalizme göre anayasanın anlamı anayasayı yapanların ve/veya onaylayanların orijinal anlayışlarına bakılarak belirlenmelidir. Bir başka deyişle orijinalizm anayasada yer alan bir hükmün o hükmün kabul edildiği tarihteki anlamını ortaya çıkarmaya çalışan bir yorum metodudur. Orijinalizm anayasanın değişen değerleri değil, kalıcı değerleri içerdiğini kabul eder. Orijinalistlere göre anayasal değerlerin evrimi yorumla değil, formel anayasa değişiklikleriyle gerçekleşebilir. Orijinalistler yargıçların faaliyetleri sonucunda yavaş yavaş gelişen "yaşayan anayasa" kavramına karşıdırlar. Ronald Dworkin'in görüşlerine geçmeden önce "yaşayan anayasa" kavramına değinmek doğru olacaktır. Dworkin'in anayasanın ahlaksal yorumlanışıyla yaşayan anayasa arasında yakın bir ilişki olmasına rağmen her iki yorum arasında önemli bazı farklılıkların olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. "Yaşayan anayasa" metaforu özellikle yazılı anayasaya sahip yabancı ülkelerde yargıçlar, akademisyenler ve siyasal yorumcular arasında yaygın olarak kullanılan bir terimdir. Amerika Birleşik Devletleri'nde Yüksek Mahkeme başkanlığını da yapmış olan William Rehnquist 1976 yılında yazdığı bu ko-

29 *Ibid., s. 44-45. Ayrıca bakınız: Ronald Dworkin, "Looking for Cass Sunstein", The New York Review of Books, 30 April 2009.*

nudaki önemli makalesinde "ilk bakışta *yaşayan* anayasanın karşıtı olan *ölü* anayasadan daha iyi olduğu kesin gibi görünmektedir. Bu görüşe sadece nekrofillerin karşı olabileceği söylenebilir"[30] demekteydi.

Aileen Kavanagh'ın belirttiği gibi bu konuda iki hususu vurgulamak gerekmektedir. Yaşayan anayasa dendiğinde anayasa mahkemesinin kararlarıyla büyüyen, gelişen veya değişen anayasa hukukunu kast ediyoruz. Anayasa hukukunun gelişimi biçimsel anayasa değişikliği yoluyla değil, yargısal yolla gerçekleştiğinden yaşayan anayasa kavramından söz edilmektedir. İkinci olarak anayasa mahkemesi yargıçları kararlarını anayasa metnini yorumlayarak vermektedirler. En azından bu bizim yargıçlardan yapmalarını beklediğimiz ve onların da yaptıklarını iddia ettikleri hususdur. O halde, "yaşayan anayasa" kavramı anayasa mahkemesi yargıçlarının anayasayı yorumlamaları sonuncunda anayasa hukukunda ortaya çıkan değişiklikleri ve gelişmeleri gerçekleştirdikleri bir kavram olmaktadır. Bu iddia mahkemelerin anayasayı yorumlarken anayasa hukukunu geliştirmeleri ve güncelleştirmeleri gerektiği söylemi olmaktadır. "Yaşayan anayasa" düşüncesi anayasasın belirli bir biçimde (orijinalist olmayan) yorumlanmasını gerektirmektedir. Bir başka deyişle, "yaşayan anayasa" düşüncesine göre toplumdaki değişiklikleri yakalayabilmek, modern ihtiyaçlara ve koşullara anayasayı uyarlayabilmek için anayasanın belirli bir biçimde yorumlanması gerekmektedir.[31]

Dworkin de değişmeyen veya değiştirilemeyen anayasal metne sadık kalınırken, o metinin yorumlanmasındaki değişikliklerle değişimin sağlanabileceğinin mümkün olduğunu ileri sürmüştür. Bu açıdan Dworkin'in görüşü yaşayan anayasa görüşüne benzemektedir. Bunu Dworkin "kavram" (concept) ve "anlayış" (conception) arasındaki farklılıkla açıklamaktadır. Anayasaların katı yorumlanmasını inceleyen Dworkin katı yorumun iki anlamını belirlemektedir. Bunlardan ilki anayasal metne sadakat, ikincisi ise devlet karşısında birey haklarının dar anlaşılması veya yorumlanması olmaktadır. Dworkin bu iki anlayışın birbirinden farklı ve birbirinden bağımsız olduğunu belirtmekte ve anayasal metne sadakatin devlet karşısında bireylerin haklarının dar anlaşılışı anlamına gelmediğini belirtmektedir. Amerikan Anayasasının Birinci Değişikliğinde ifade edilen "Kongre ... ifade özgürlüğünü ... kısıtlayan bir yasa yapamaz" kuralını hatırlatan Dworkin, bu metne sadakatin ifadeyi kısıtlayan her türlü yasanın Anayasaya aykırı hale getireceğini belirtmektedir. O halde bu katı yorumun iki anlamını birbirinden ayırmak gerekir. Dworkin katı yorumun bu iki anlamını karıştıranların bu karışıklığa düşmelerini son derece kaba ve ham bir anlam teorisine sahip olmalarına bağlamaktadır. Bu ham teoriye savunanlara göre, anayasada yer alan "yasaların eşit korumasından yararlanmak" veya "adil yargılanma" gibi ifadelerin anlamı, anayasayı yapanların bu hükmü koydukları tarihte somut olarak zihinlerinde yer alan görüşlerle veya hususlarla sınırlıdır. Bu görüşe göre bu hükmü koyanlar bu hükmün daha farklı şeyleri de ifade etmesini isteselerdi bunları bu hükme dahil ederlerdi diye düşünmektedir. O halde, bu teoriye göre *Brown* kararı,

30 William H. Rehnquist, "The Notion of Living Constitution", Texas Law Review, 54 (1976), s. 693.

31 Aileen Kavanagh, "The Idea of Living Constitution", Can. J. L. & Jurisprudence, 55 (2003), s. 56.

eğer On Dördüncü Anayasa Değişikliğini gerçekleştirenler ırksal olarak beyazların ve siyahların birbirlerinden ayrılmalarının bu Değişiklikle yasaklandığını veya yasaklanması gerektiğini düşünüyorlar idiyse doğru olacaktır. Dworkin bu teorinin yanlışlığını şöyle açıklamaktadır:

> "...Çocuklarıma başkalarına haksız davranmamalarını söylediğimi varsayalım. Kuşkusuz bu konuda aklımda olan veya hemen aklıma getirebilecek davranış örnekleri vardır; ama iki nedenden ötürü kastettiğim 'anlamın' bu örneklerle sınırlandırılmasını kabul etmem. İlk olarak çocuklarımın benim bu direktifimi düşünmediğim veya düşünemeyeceğim durumlarda da uygulama durumunda kalacaklarını beklerim. İkincisi konuştuğum zaman adil olduğunu düşündüğüm belirli bir davranış daha sonra eğer çocuklarımdan biri beni bu davranışın adil olmadığı noktasında ikna edecek olursa veya kuşkusuz bunun tersi de söz konusu olabilir, bu durumda verdiği örneğin benim direktifimi kapsadığını veya direktifimi değiştirmediğini söylemek isterim. Ailemin aklımda olan hakkaniyetin belirli bir algılanma biçimi yani *anlayış* (conception) ile değil hakkaniyet *kavramı* (concept) tarafından yönlendirilmesini amaçladığımı söyleyebilirim."[32]

Barber ve Fleming'in belirttiği gibi anayasa koyucularla gelecek kuşaklar arasındaki ilişki Dworkin'in örneğindeki baba ile çocukları arasındaki ilişki gibidir. Dworkin'in örneğindeki baba gibi, ABD Anayasasını yapan kurucu kuşak gelecek kuşaklar üzerindeki otoritesiyle değil, bu kuşakların refahı ve özgürlükleriyle ilgilidir. Bunun böyle olduğu Anayasanın Başlangıcında refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini gelecek kuşaklara sağlamak için Anayasanın yapıldığının vurgulanmasından da anlaşılmaktadır. Anayasanın VI. Maddesi Anayasadan ülkenin üstün yasası olarak söz etmektedir; ama bu üstün yasa ortak savunmayı gerçekleştirmek, genel refahı artırmak ve özgürlüğün nimetlerini gelecek kuşaklara sağlamak için yapılmıştır. Dworkin'in baba örneğinde olduğu gibi, Anayasa koyucuları da yanılabileceklerini kabul etmekte ve bu nedenle anayasanın nasıl değiştirileceğini Anayasanın V. Maddesinde açıklamaktadır. Anayasanın Birinci Değişikliğinde de ifade özgürlüğü güvence altına alınarak eleştirilerin susturulmayacağı hükme bağlanmıştır. Günümüzün kuşağının Anayasa ile olan ilişkisi, Dworkin'in örneğindeki baba ile çocuklar arasındaki ilişki gibi ise, yargının bağımsızlığı ve "aktivizmi" Anayasanın hem bir önkoşulu hem de bir emri olmaktadır denebilir.[33]

32 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (London: Duckworth, 1977), s. 134. "Kavram" ve "anlayış" ayrımını Dworkin daha sonra 1981 yılında yayımladığı "The Forum of Principle" adlı makalesinde de açıklamıştır.. Bakınız: Chapter 2, "The Forum of Principle", Ronald Dworkin, A Matter of Principle (Cambridge, MA: Harvard University Press,1985), s. 39.

33 Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 33.

RONALD DWORKIN'İN ANAYASALARIN YORUMLANMASIYLA İLGİLİ GÖRÜŞLERİ

Ronald Dworkin'in hukuk teorisi hukuki pozitivizme[34] ve bunun yanında hukuki uzlaşıcılık, pragmatizm ve kuşkuculuğa karşı geliştirilmiş bir teoridir. Dworkin bütün bu hukuk teorilerine karşı hukukta keyfi olmayan ahlaki ilkelerin merkeziliğini savunmaktadır. Dworkin'e göre yargıçlar ahlaki temel ilkeleri belirleyerek zor davalarda doğru yanıtları bulabilecektir.[35] Dworkin'e göre doğru anayasal yorumun yapılabilmesi için bu yorum yapılırken hem anayasa metni hem de geçmiş uygulamalar ele alınmalıdır. Anayasal bir sorunla karşılaşan hukukçular ve yargıçlar bir bütün olarak Anayasal yapıyı, Anayasal tarihi ve belirli hükümlerle ilgili anayasal metnin –mümkün olduğu ölçüde bu farklı kaynakları hem birleştiren hem de gelecekte kararların alınmasını yönetecek bir biçimde yorumlanmasını sağlayacak- tutarlı, ilkeli ve inandırıcı bir yorumunu inşa etmeye çalışmalıdır. Yani anayasal *bütünlük* amaçlanmalıdır. Bu nedenle anayasa metnine sadakat anayasal yorumu ortadan kaldırmaz ve bazı durumlarda kapsamlı bir anayasal bütünlük, uygulama tarihinden soyutlanarak gerçekleştirilecek anayasal metnin en iyi şekilde yorumuyla haklılaştırılamayacak hatta bu yorumla çelişecek bir sonucu da gerektirebilir. Metinsel yorum anayasal yorumun vazgeçilemez bir parçasıdır; çünkü Anayasayı yapanların söyledikleri her zaman ve her türlü anayasal tartışmanın önemli bir parçasını oluşturur.[36]

Dworkin yorumda anayasa metninin önemi konusunda şunları belirtmektedir:

> "Elimizde anayasal bir metin var. Hangi yazıların bu metni oluşturduğu konusunda farklı şeyler söylemiyoruz. Hiç kimse hangi harf serilerinin ve boşluklarının bu metni oluşturduğu konusunu tartışmıyor. Elbette harflerin ve boşlukların standart serilerinin saptanması sadece yapılacak yorumun başlangıcını oluşturur. Çünkü bu dizinin herhangi bir parçasının ne anlama geldiği sorunu söz konusudur. ... Anayasa Başkanın en azından "35 yaşında" olması gerektiğini hükme bağlamaktadır. Acaba bu kronolojik yaş mıdır yoksa bunun yerine duygusal yaş mı kast edilmektedir (eğer böyle olsaydı bu çok sayıda çağdaş politikacı için ne denli ürkütücü olurdu)?"[37]

34 *Dworkin'in hukuk teorisinin her türlü pozitivizme karşı olduğu söylenemez. Dworkin'in teorisi esasta dışlayıcı pozitivizme (exclusive positvism) karşı geliştirilmiş bir teoridir. Bütün pozitivistler ahlaki sınırlandırmaların olmadığı hukuki sistemlerin mümkün olduğunu kabul etmekle birlikte, bu tür sınırlandırmalara sahip hukuki sistemlerin mümkün olup olamayacağı noktasında birbirleriyle çelişen görüşlere sahiptir. Kapsayıcı pozitivizme (inclusive positivism) (yumuşak pozitivizm) göre toplumda varolan tanıma kuralının (rule of recognition) hukuksal geçerliliği belirlemede bazı ahlaki kısıtlamaları kapsayabilmesi mümkündür. Dışlayıcı pozitivistler (exclusive positivizm) (sert pozitvizm) ise hukuk sistemlerinin hukuksal geçerlilik bakımından ahlaksal sınırlandırmaları kapsayamayacağını iddia etmektedir.*

35 *Hilliard Aronovitch, "Liberal Reading of the American Constitution", Canadian Journal of Law and Jurisprudence (July 1997), s. 521.*

36 *Ronald Dworkin, "The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nevre", Fordham Law Review, 65 (1996-1997), s. 1250. Bu makalenin biraz farklı şekli için bakınız: Ronald Dworkin, Justice in Robes (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006), Chapter Five "Originalism and Fidelity", s. 139.*

37 *Ronald Dworkin, "The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nevre", Fordham Law Review, 65 (1996-1997), s. 1251-1252.*

> "Anayasanın Sekizinci Değişikliği "zalimane" ve olağandışı (cruel and unsual) bir ceza vermeyi yasaklamaktadır. Acaba bu anayasayı yazanların zalimane olarak anladıkları cezalar mıdır; yoksa yaşadıkları zamanda halkın zalimane olarak kabul ettikleri cezalar mıdır (büyük bir olasılıkla aynı anlama gelecektir)? Veya bu zalimane sözcüğü gerçek anlamda –bu tür sorunları belirlemede kullanılan doğru standartlara göre belirlenen- zalimane olan cezalar anlamına mı gelmektedir? On Dördüncü Değişiklik hiçbir eyaletin kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi yasaların eşit koruması (equal protection of laws) dışında bırakamayacağını hükme bağlamaktadır. Acaba bu hiçbir eyaletin tarihimiz içinde eyaletlerin çoğunun tanıdığı eşit muamelelerden yoksun bırakılamayacağı anlamına mı gelmektedir? Veya bu hiçbir eyaletin Amerikalılar ister bu çelişmeyi önce veya sonra anlasın gerçek eşit vatandaşlıkla çelişen imtiyazları sürdüremeyecekleri anlamına mı gelmektedir?"[38]

Dworkin'e göre yorumda söz konusu metni yazanların neyi söylemeyi amaçladıklarına bakarak işe başlamalıyız. Dworkin bunu yapıcı yorum olarak adlandırmaktadır. Ancak bu yüzyıllarca önce ölmüş insanların kafalarının içine girip araştırma yapmak demek değildir. Bu tarihsel olayın –belirli sorumlulukları olan birinin veya sosyal bir grubun belirli bir olay nedeniyle belirli bir biçimde konuşmalarını veya yazılarını- en iyi şekilde anlamlandırılmasına çalışmak demektir."[39]

Dworkin Sekizinci Değişiklikteki "zalimane", On Dördüncü Değişiklikte yer alan "eşit koruma", Birinci Değişiklikteki "ifade özgürlüğü" ve Beşinci ve On Dördüncü Değişikliklerde yer alan "adil yargılanma hakkı" biçimindeki ifadeleri anlamlandırmada çok daha fazla zorluk söz konusu olacağını belirtmektedir. Dworkin'e göre soyut, ilkeli ve ahlaksal okuma ile -metni yazanların gerçekte zalimane olan ve aynı zamanda olağandışı cezaları ve sahiden eşit vatandaşlık ile çelişen ayrımcılıkları yasaklamayı amaçlamışlardır- somut ve tarihli okuma –ifade edildiği zamanda yaygın bir biçimde zalimane ve aynı zamanda da olağandışı olarak kabul edilen cezaları veya o dönemde genel olarak haksız ayrımları yansıtan ayrımların yasaklandığını söylemektedirler- arasında tercihte bulunmak zorundayız.[40]

Ronald Dworkin göre anayasa koyucuların anayasadaki ilkelerle ilgili ifadelerini soyut emir ve yasaklar koydukları biçiminde görmemiz ve buna göre anlamlandırmamız gerekmektedir. Anayasa koyucuları konuştukları dili çok iyi bilen dikkatli devlet adamlarıydılar. O halde, bu sözcükleri kullanan insanların normal olarak neyi kastediyorlarsa –soyut bir dil kullanmaktadırlar; çünkü soyut ilkeleri ifade etmeyi amaçlamaktadırlar- onların da bunu amaçladıklarını varsaymadan davranışlarını iyi bir şekilde anlamlandıramayız. Bu durumda anayasa koyucuların anayasada yazılı ilkelerin en iyi biçimde uygulanmalarında, ortaya çıkan anayasanın kendi (veya yaşadıkları dönemdeki kişilerin) düşüncelerine yapılan kodlu bir referans olarak değil, soyut ahlaki ilkelerden bir anayasa yapmaya çalıştıkları

38 *Ibid., s. 1252.*

39 *Ibid., s. 1252.*

40 *Ibid., s. 1253.*

biçiminde anlaşılmasını istedikleri söylenebilir.[41]

Ronald Dworkin'e göre bu ayırım yapılır yapılmaz "hukukilik", "eşitlik" ve "zalimlik" gibi kavramları kullanan soyut ve belirsiz anayasal hükümleri ele almamızın gerekeceği açıktır. O halde, Yüksek Mahkeme "zalimce ve olağandışı cezayı" yasaklayan anayasa hükmünün ölüm cezasını yasakladığına karar verebilir. Yüksek Mahkemenin bu hüküm kabul edildiğinde ölüm cezasının standart ve sorgulanmayan bir ceza olmasından etkilenmesi yanlış olacaktır. Ronald Dworkin'e göre eğer bu hükmü koyanlar özel bir zülüm anlayışını koymayı amaçlamış olsalardı buna göre bir hüküm koyarlardı ve böyle bir durumda bu anlaşılış genişletilemeyeceğinden bu belirleyici olacaktı ve ölüm cezası da Anayasaya aykırı olmazdı.[42] Yine Dworkin'e göre bu hükümleri 'belirsiz' olarak adlandırma alışkanlığı şu an bir yanlışı da içermektedir. Bu hükümler belirli anlayışları koymada yetersiz veya bozuk veya şematik çabalar olarak ele alınırsa belirsizdir. Dworkin'e göre eğer bu hükümler ahlaki kavramlara başvuru olarak ele alınacak olursa, bu kavramların daha detaylı ve kesin bir hale getirilemeyeceği gerçeği de ortaya çıkacaktır.[43]

Ünlü yargıç William J. Brennan'ın görüşleri özünde Dworkin'in yorum anlayışını yansıtmaktadır. William J. Brennan "Amerika Birleşik Devletleri Anayasası: Çağdaş Onay" ("The Constitution of the United States: Contemporary Ratification") adlı ünlü makalesinde de bu konuda şunları belirtmiştir:

> "Şu anki yargıçlar olarak bizler Anayasayı okuyabileceğimiz tek bir şekilde okuyoruz: Yani bu metni Yirminci Yüzyıl Amerikalıları olarak okuyoruz. Yapıldığı zamanın tarihine ve aradan geçen zaman içinde yapılan yorumlara bakıyoruz. Ama nihai soru metinde yer alan sözcüklerin zamanımızda ne anlama geldiğidir. Anayasamızın özelliği ölmüş ve yok olmuş bir dünyada sahip olduğu herhangi bir durağan anlamına dayanmak olmayıp, çağdaş sorunlar ve çağdaş gereksinimlerle başa çıkabilmede büyük ilkelerinin zamana gösterdiği uyumluluğudur. Başka zamanların bilgeliğine göre anayasal temellerin ne anlama geldiği zamanımızın görüşü için bir ölçüt olamaz. Benzer biçimde gelecek kuşakların öğreneceği bu temellerden bizim ne anladığımız kendi zamanlarının görüşü için onlara bir ölçüt oluşturamaz...."[44]

Ronald Dworkin'in Warren Court'tan ve özellik de William J.Brennan'dan etkilendiği söylenebilir.

Yukarıda belirtildiği gibi Ronald Dworkin yorumu teorisini yapıcı yorum olarak adlandırılmaktadır. Dworkin üzerinde durduğu yorum sosyal teamüllerin veya sanatsal ürünlerin yorumu gibi insanlar tarafından yaratılan ama onlardan ayrı varlıkları olan şeylerle ilgilidir. Sosyal teamüllerle sanatsal ürünlerin yorumu arasında benzerlikler vardır. Sosyal teamüllerin ve sanatsal çalışmaların yorumu esas itibarıyla nedenlerle değil amaçlarla ilgilidir. Yaratıcı yorum yazarın amaçlarını veya belirli bir romanı yazmasındaki niyeti veya belirli bir sosyal geleneği korumanın amacını açığa çıkarmaya çalışır. Sanat eserlerinin ve sosyal teamüllerin yorumu esasta nedenle değil amaçla ilgilidir. Ama oyunlardaki amaçlar temel olarak yazarın değil yorumcunun amacıdır. Kabaca yaratıcı yorum objeye veya teamüle, o objenin veya teamülün ait olduğu biçim veya üslubu olası en iyi örnekler haline getirmek için bir amaç yüklemektir. Yapıcı görüş açısından yaratıcı yorum amaç ile obje arasındaki karşılıklı etkileşimdir. [45]

İster yasa ister anayasa olsun Dworkin'e göre yapıcı yoruma başvurmak gerekir. Yani yorumcunun metni muhtemel en iyi bakış açısı altında ele alması gerekir. Bu söylenenlerden yasanın yorumlanmasında devletin veya topluluğun tek ve tutarlı bir dizi ilkeler üzerinde hareket etmesini gerektiren tutarlılık ilkesine gerekli ağırlık tanınmalıdır. Bu söylenenler yargıya ve yargılamaya uygulandığında şöyle bir sonuç ortaya çıkmaktadır. Yargıçların mümkün olduğu ölçüde, adalet ve hakkaniyet kavramlarını ifade eden, tek bir yasa koyucu tarafından yaratıldığı varsayımına dayanarak hukuksal hak ve görevleri belirlemesi gerektirmektedir. Görüldüğü gibi yapıcı yorumda topluluğun adalet ve dürüstlük anlayışı bireylerin zihinsel durumlarıyla ilgili değildir. Yapıcı yorum topululuk adına alınan bütün kararları en iyi şekilde açıklayan ve gerekçelendiren tutarlı bir dizi ilkenin belirlenmesini amaçlamaktadır. Dworkin'e göre anayasa anayasayı yapan kuşağın değil, çağdaş topluluğun değerlerini ve iradesini ifade etmektedir. [46]

Kuşkusuz anayasa hukukunun etik teoriyle birleşmesi yargısal aktivizme neden olacaktır. Yargısal aktivizm mahkemelerin Anayasanın soyut hükümlerini yorumlarken ortaya çıkacaktır. Ronald Dworkin Amerika'daki anayasal sistemin insanların devlete karşı ahlaki haklara sahip olduğu biçiminde belirli bir ahlaki teoriye dayandığını belirtmektedir. Dworkin'e göre eşit muamele yükümlülüğü ve adil yargılanma hakkı gibi Haklar Bildirgesinin zor hükümleri belirli anlayışlar saptamaktan çok, ahlaki kavramlar olarak anlaşılmalıdır. Bu nedenle bu hükümleri uygulamak durumunda kalan mahkeme siyasal ahlakın sorunlarını dile getirme ve yanıtlamaya hazır olma anlamında aktivist bir mahkeme olmak zorundadır.[47]

Dworkin Amerika'da ilkesel kararlar verme yetkisinin Anayasa tarafından mahkemelere verildiğini belirtmektedir. Dworkin Anayasanın ilkesel kararlar verme yetkisini halk yerine yargıçlara vermesi durumunun önemli olduğunu; ama bunun yargıçların her zaman doğru kararlar vereceği anlamına gelmeyeceğini bize hatırlatmaktadır. Ronald Dworkin Yüksek Mahkemenin zaman hatalı kararlar verdiğinin düşünebileceğini; ama bu tehlikenin

41 Ibid., s. 1253.

42 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (London: Duckworth, 1977), s. 135-136.

43 Ibid., s. 136.

44 William J. Brennan, Jr, "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification", 43 Guild Prc. 1 (1986), s. 7.

45 Ronald Dworkin, Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 1998). s. 49-53. Bu ünlü eserin ilk basım tarihi 1986'dır. Yapıcı yorum konusunda önemli bir makale için bakınız: David Couzens Hoy, "Dworkin's Constructive Optimism v. Deconstructive Legal Nihilism", Law and Philsophy 6 (1987), s. 321-356

46 Ronald Dworkin, Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 1998). s. 166, 225. Ayrıca bu konuda bir makale için bakınız: Jeffrey Goldsworthy, "Dworkin as an Originalist", 17 Const. Comment (2000), s. 49-78.

47 Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (London: Duckworth, 1977), s. 147.

abartılmaması gerektiğini ileri sürmektedir.[48] Dworkin anayasaların yorumlanması konusunda "... Anayasal yorum matematiksel bir şey değildir ve aptallar dışında kimse anayasal değerlendirmelerin her türlü tartışmanın dışında olduğunu düşünür."[49] diyerek önemli bir gerçeği dile getirmektedir.

Ronald Dworkin Antonin Scalia'nın görüşlerini eleştirirken iki tür orijinalizm olduğunu belirtmektedir. Bunlar semantik orijinalizm ve beklentisel orijinalizmdir:

> " Şimdi bu şekliyle anlaşılan metinselciliğin (textualism), Scalia'nın yargı ile ilgili ödevlerinin en önemli bölümü açısından getirdiği sonuçlarını ele alalım: Haklar Bildirgesinin son derece soyut hükümleri ve daha sonra kabul edilen haklarla ilgili Anayasada gerçekleştirilen değişikliklerin yorumu. Scalia kendisini anayasal 'orijinalist' olarak takdim etmektedir. Ama daha önce yaptığımız ayırım bize iki çeşit orjinalizm arasında bir farklılık yapmamızı gerektiğini göstermektedir: 'Hakları getiren hükümlerin bu hükümlerin neyi söylemeyi amaçladıklarına göre okunmasını ileri süren 'semantik' orijinalizm ve bu hükümlerin bunları koyanların beklentileri doğrultusundaki sonuçlar olarak anlaşılması gerektiğini savunan 'beklentisel' orijinalizm. Bu iki orijinalizm arasındaki farklılığı görmek için *Brown* davasının ortaya çıkardığı soruna bakalım: Acaba 'yasaların eşit koruması' güvencesini getiren On Dördüncü Değişiklik devlet okullarında ırk ayrımını yasaklamakta mıdır? Bu anayasa değişikliğini yapan Kongre'nin üyelerinin çoğunluğunun bu sonucu amaçlamadıklarını veya beklemediklerini biliyoruz: Kendileri Columbia Bölgesi'nde bulunan okullarda ırk ayrımını sürdürmekteydiler. Bu nedenle 'beklentisel' orijinalizm yanlısı bir kişi On Dördüncü Değişikliği ırk ayırımına izin verdiği biçiminde yorumlayacak ve Yüksek Mahkemenin kararını yanlış bulacaktır. Ama bu durumda anayasa değişiklini gerçekleştirenlerin 'yasaların eşit koruması' sözcükleriyle devlet okullarındaki ırk ayırımının anayasal bulunması sonucuna varmalarına neden olan yorumu anlayabilmek mümkün değildir. Aksine, Yüksek Mahkemenin kabul ettiği gibi, en iyi bakış açısı altında semantik amacın (1954'te bu amaç açık bir hale gelmiştir) ırksal ayırmayı mahkum ettiği şeklinde anlamlandırılmasını gerektirdiği ve Anayasaya siyasal ahlakın genel bir ilkesinin koyulduğu kabul edilmiştir. Bu nedenlerle semantik orijinalistler Mahkemenin bu kararına katılacaktır." [50]

O halde Dworkin'e göre semantik orijinalizm anayasanın ahlaksal okunuşuyla uyumlu bir orijinalizmdir.

48 *Ibid., s. 148.*

49 *Ronald Dworkin, "The Ardous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nevre", Fordham Law Review, 65 (1996-1997), s. 1258.*

50 *Ronald Dworkin, "Comment", Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (Princeton: Princeton University Press, 1997), s. 119. Orijinalizmin eleştirisi için bakınız: Tara Smith, "Originalism's Misplaced Fidelity: 'Original Meaning is not Objective", 26 Constitutional Commentary (2009-2010), s. 1-57.*

ANAYASANIN AHLAKSAL OKUNUŞU

Ronald Dworkin anayasaların ahlaksal yorumu konusunda şunları söylemektedir:

> "Siyasal bir anayasanın *ahlaksal* okuma olarak adlandırdığım bir biçimde okunması ve uygulanması mümkündür. Çağdaş anayasaların çoğu, Kongre'nin 'ifade özgürlüğünü' sınırlandıracak bir yasa yapamayacağını hükme bağlayan Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının Birinci Değişikliğinde olduğu gibi, çok geniş ve soyut bir ifadeyle devlet karşısında bireylerin sahip oldukları hakları ilan etmektedir. Ahlaksal okuma bizlerin –yargıçlar, hukukçular ve vatandaşlar- bu soyut hükümleri adalet ve siyasal ahlak (political decency) konusunda çağırışımda bulunduğu ahlaksal ilkeler anlayışı temelinde yorumlayıp uygulamamızı önermektedir. Örneğin, Anayasanın Birinci Değişikliği önemli bir ahlaksal ilkeyi kabul etmekte –hükümetin vatandaşların neyi söyleyeceklerini veya yazacaklarını denetlemesi veya sansür etmesi yanlıştır- ve bunu Amerikan hukukuna dahil etmektedir. Dolayısıyla yeni veya tartışmalı bir anayasal sorun ortaya çıktığında –örneğin Birinci Değişikliğin pornografiyi yasaklayan yasalara izin verip vermediği- belirli bir düşünceye sahip insanların soyut ahlaksal ilkenin en iyi nasıl anlaşılacağına karar vermeleri gerekir. Halkın Amerikan hukukundaki sansürü yasaklayan bu ahlaksal ilkenin gerçek temelinin pornografi olayına uzatılabilip uzatılamayacağına karar vermesi gerekir." [51]

Ronald Dworkin'ın belirttiği gibi ahlaksal okuma siyasal ahlakı anayasa hukukunun kalbine yerleştirmektedir. Ancak ünlü düşünürün hemen açıkladığı gibi siyasal ahlak doğal olarak belirsiz ve tartışmalıdır. Bu nedenle bu tür ilkeleri hukukun bir parçası haline getiren hükümet sistemleri kimin yorumunun ve anlayışının geçerli olacağına da karar vermesi gerekir. Amerikan sisteminde şu an yargıçlar –en sonunda da Yüksek Mahkeme yargıçları- bu yetkiye sahiptir. Anayasanın ahlaksal okunuşunu eleştirenler yargıçların kendi ahlaksal kanaatlerini kamuya zorla kabul ettirme yetkisini verdiğini ileri sürmüşlerdir.[52] Dworkin ahlaksal okumanın ve bu konuda da yargıçların kanaatlerinin belirleyici olmasının entelektüel ve siyasal bakımdan küçük düşürücü olarak görülebileceğini söylemektedir. Dworkin'e göre bu tür bir yorum hukuku belirli bir dönemde yargıçlara çekici gelen ahlaksal ilkelere dönüştürerek, hukuk ile ahlak arasındaki önemli ayırımı aşındırıyor olarak görülebilir. Ayrıca halkın kendisinin ahlaksal egemenliğini daralttığı da –siyasal ahlakın büyük ve önemli sorunlarını tümüyle ellerinden alıp profesyonel seçkinlere havale ettikleri- düşünülebilir.[53]

Ronald Dworkin Amerikan Anayasasın ahlaksal okuma açısından getirdiği hükümler konusunda şunları aynen şöyle belirtmektedir:

"Amerikan Anayasasının devlete karşı bireyleri ve azınlıkları koruyan hükümleri Hak-

51 *Ronald Dworkin, Freedom's law: The Moral Reading of the American Constitution (Cambridge, Massachusett: Harvard University Press, 1996), s. 2.*

52 *Ibid.*

53 *Ibid., s. 4. Dworkin'in anayasanın ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşlerinin eleştirisi için bakınız: Raoul Berger, "Ronald Dworkin's The Moral Reading of the Constitution: A Critique", 72 Indiana lawJournal (1996-1997), s. 1099-1114.*

lar Bildirgesi olarak adlandırılan bildirgede –Anayasanın ilk on değişikliği- ve İç Savaştan sonra Anayasada yapılan değişikliklerde- bulunmaktadır. … Bu hükümlerin çoğu aşırı soyut ahlaksal bir dille yazılmıştır. Örneğin, Birinci Değişiklik ifade 'özgürlüğü'ne, Beşinci Değişiklik vatandaşlar için 'hukuksal sürecin gerekleri'ne ve On Dördüncü Değişiklik 'eşit' korumaya gönderme yapmaktadır. Ahlaksal okumaya göre bu hükümler bu hükümlerdeki ifade biçimlerinin en doğal anlaşılışına göre anlaşılmalıdır: Bu hükümler soyut ahlaksal ilkelere atıfta bulunmaktadır ve devlet iktidarına getirilen sınırlamalar olarak Anayasa'ya dâhil edilmişlerdir."[54]

Ronald Dworkin Amerika Birleşik Devletleri Anayasasındaki hükümlerin tümünün ahlaksal okumaya uygun olmadığını, Amerikan Anayasasının çok sayıda ne soyut ne de ahlaksal bir dille ifade edilmemiş hükümler içerdiğini belirtmektedir. Dworkin II: Maddede Başkanın en az 35 yaşında olması gerektiğini belirten ve Üçüncü Değişiklikte yer alan hiçbir askerin bir vatandaşın evine yerleştirilemeyeceğini hükme bağlayan kuralların ahlaksal okumaya uygun kurallar olmadığını söylemektedir. [55] Anayasaların devlet örgütüyle ilgili hükümleri ahlaksal yoruma müsait olamayan kurallar içerir. Ahlaksal okumanın gerçekleştirilebilmesi için anayasalarda yer alan kuralların soyut ve ahlaksal ilkeler getiren kurallar olması gerekmektedir. Anayasalarda yer alan hak ve özgürlüklerle ilgili hükümler, devletin niteliklerini belirten kurallar ve insan hakları sözleşmeleri ahlaksal okumaya uygun hükümler içermektedir.

Dworkin ahlaksal yorumun yargıçlara getirdiği özgürlüğün sınırsız olmadığını ve yargıçlara tanınan bu özgürlüğün veya bu alandaki takdirin iki biçimde sınırlandığını belirtmektedir. Bu konuda Dworkin aynen şunları yazmaktadır:

"Ahlaksal okumanın yargıçlara verdiği özgürlük iki önemli kısıtlamayla sertçe sınırlanmaktadır. İlk olarak bu tür okuma kurucuların ne söyledikleriyle başlamalıdır ve nasıl ki arkadaşların ve yabancıların ne söyledikleriyle ilgili yargılarımız onlar hakkındaki belirli bilgilere dayanmaktaysa, kurucular hakkındaki anlayışımız da böyledir. Bu nedenle tarih açıkça konuyla alakalıdır. Ama sadece belirli bir biçimde. Tarihe, farklı bir soru *olan* başka amaçlarının neler olduğunu anlamak için değil, neyi tasarladıklarını anlamak için başvurmaktayız. Ne söylediklerinin sonucu olarak ne olacağı ile ilgili beklentilerini veya ne olacağını umduklarını saptamamıza gerek yoktur; örneğin bu anlamda kurucuların amaçları çalışmalarımızın bir parçası değildir. Bu önemli bir ayırımdır. Bizler kurucuların somut durumlarda bu ilkeleri nasıl yorumlayacakları veya uygulayacaklarıyla ilgili herhangi bir bilgiyle değil; yasa koyucularımızın söyledikleriyle –belirledikleri ilkelerce- yönetiliyoruz."[56]

"Aynı ölçüde önemli olan ikincisi kısıtlama ahlaksal okuma altında gerçekleştirilen

54 Ronald Dworkin, Freedom's law: The Moral Reading of the American Constitution (Cambridge, Massachusett: Harvard University Press, 1996), s. s. 7.

55 Ibid., s. 8.

56 Ibid., s. 10.

anayasal yorumun anayasal *bütünlük* ilkesi nedeniyle disiplin altına alınmasının gerekliliğidir. Yargıçlar kendi inançlarını anayasa aktarmamalıdır. Soyut ahlaksal hükümleri, ilke olarak bir bütün olarak ele alınan anayasanın yapısal tasarımıyla tutarlı ve geçmişte başka yargıçlarca yapılan anayasal yorumun egemen çizgileriyle uyumlu olmadığı sürece, kendilerine ne kadar çekici gelirse gelsin, belirli bir ahlaksal yargıyı ifade eder biçimde yorumlamamalıdırlar. Kendilerini geçmiş ve gelecekteki diğer yetkililerle birlikte tutarlı bir anayasal ahlakı birlikte özenle oluşturan ortaklar olarak görmelidirler ve yaptıkları katkının kalanla uyumlu olmasına özen göstermek durumundadırlar. (Bir başka yerde yargıçların hikâyenin bir parçası olarak bir anlam ifade eden bir bölümünü yazan zincirleme romanı ortaklaşa oluşturan yazarlara benzediklerini belirtmiştim). Soyut adaletin ekonomik eşitliği gerektirdiğine inanan bir yargıç 'eşit koruma' hükmünün bir anayasal gereklilik olarak servet eşitliğini veya üretim kaynaklarının kolektif sahipliğini gerektirdiği biçimde yorumlayamayacaktır; çünkü bu yorum Amerikan tarihiyle ve uygulamasıyla veya Anayasanın diğer hükümleriyle uyumlu değildir."[57]

Ronald Dworkin ahlaksal okumanın yargıçlardan, Amerika'nın tarihsel hikâyesine ana hatlarıyla uyan, anayasanın en iyi ahlaksal anlaşılışını–örneğin kadın ve erkekler için eşit ahlaksal statünün gerçekte neyi gerektirdiğinin en iyi anlaşılışını- bulmalarını gerektirdiğini söylemektedir. Dworkin bu yorum biçiminin yargıçlardan vicdanlarının sesini veya kendi sınıflarının veya mezheplerinin geleneklerini, eğer bunlar tarihsel kayıtlarda saklı değilse, izlemlerini istemediğini de vurgulamaktadır. Ayrıca Dworkin yargıçların bazen yetkilerini suiistimal edebileceklerini de kabul etmektedir. Ama Dworkin'in belirttiği gibi generaller, başkanlar ve papazlar da yetkilerini kötüye kullanabilirler. Dworkin ahlaksal okumanın her türlü yorum stratejisinde olduğu gibi, iyi niyetle hareket eden hukukçular ve yargıçlar için bir strateji olduğunun da altını çizmektedir.[58]

Dworkin'e göre ahlaksal okumanın iki alternatifi söz konusudur. Bunlardan ilki ve en doğrudan olanı ahlaksal okumanın doğru olduğunu –Haklar Bildirgesinin sadece ahlaksal ilkeler olarak anlaşılabileceğini- kabul etmektedir. Ama bunlar yargıçların ahlaksal okumada –örneğin kadınların kürtajı tercih etme konusunda anayasal haklara sahip olup olmadıkları veya pozitif ayrımcılığın bütün ırklara eşit ilgi göstermesini gerektirip gerektirmediği konularında- son söze sahip olmalarını kabul etmemektedir. Bu görüşte olanların amacı yargıçlara daha az yetki verecek stratejiler geliştirmektir. Temelde bu anlayışın ahlaksal okumayla bir sorunu bulunmamaktadır. Dworkin'e göre ahlaksal okuma, Anayasanın ne anlama geldiği konusunda kimin görüşlerinin geri kalanımız tarafından kabul edilmek zorunda kalınacağıyla ilgi bir teori olmayıp, Anayasanın ne anlama geldiği hakkında bir teoridir.[59]

İlk alternatif strateji ahlaksal okumayı kabul etmektedir. "Orijinalist" veya "orijinal

57 Ibid., s. 10-11.

58 Ibid., s. 11.

59 Ibid., s. 12.

amaç" stratejisi olarak adlandırılan ikinci alternatif ise ahlaksal okumayı kabul etmemektedir. Ahlaksal okuma anayasa koyucular neyi tasarladılarsa Anayasanın o anlama geldiğini söylemektedir. Orijinalizm ise, Anayasanın kurucuların kullandıkları dilin beklenen sonuçları olarak anlaşılması gerektiğini ileri sürmektedir. Orijinalizme göre Haklar Bildirgesinin meşhur hükümleri gerçekte tanımladıkları soyut ahlaksal ilkeler olarak yorumlanmamalıdır. Orijinalizme göre bu hükümler kurucuların varsayımlarına ve beklentilerine yapılan atıflar olarak ele alınmalıdır. Bu nedenle orijinalizme göre "eşit koruma veya korunma" hükmü eşit statüyü emreden bir hüküm olarak değil, eşit statüden kurucular neyi anlıyorsa onun anlaşılmasını gerektirmektedir. Dworkin'e göre kurucular açıkça bunu değil ilk söylenilen standardı getirmek isteseler de orijinalistler durumu böyle anlamaktadır.[60]

Ronald Dworkin orijinalist stratejiyi şöyle açıklamaktadır:

> "Biraz önce sözüne ettiğim *Brown* kararı bu ayrımı kesin bir biçimde açıklığa kavuşturmaktadır. Mahkemenin *Brown* kararı açıkça ahlaksal okuma sonucunda verilmiş bir karardır; çünkü günümüzde okullardaki resmi ırk ayrımı bütün ırklar için eşit statü ve eşit ilgi ilkesiyle kesinlikle uyumlu değildir. Oysa orijinalist strateji tutarlı bir biçimde uygulanacak olursa, ahlaksal okumanın tersi bir sonuca varacaktır; çünkü daha önce söylediğim gibi, eşit koruma veya korunma hükmünü koyanlar ... okullarda uygulanan ırk ayrımının eşit statü ilkesinin inkârı olduğuna inanmamaktaydılar ve günün birinde eşit statü ilkesinin bir inkarı olarak anlaşılabileceğini de beklememekteydiler. Ahlaksal okuma ise kurucuların yasalaştırdığı ahlaksal ilkeyi yanlış anladıklarını ısrarla söylemektedir. Orijinalist strateji ise yapılan bu hatayı kalıcı anayasa hukuku ilkesine çevirmektedir."[61]

Bu konuda son olarak Ronald Dworkin'in ahlaksal okuma açısından ve genel olarak yorum konusunda geçerli olması gereken son derece önemli bir görüşünü de aktarmak gerekmektedir. Dworkin aynen şunları belirtmektedir:

> "Soyut bir dil kullanan eşit koruma veya korunma hükmünün yerine somut ayrıntılı bir hüküm geçirmek veya Üçüncü Değişikliğin somut terminolojisinden soyut bir mahremiyet ilkesi çıkarmak veya Başkanlar için asgari yaş koyan hükümden bu yaşın altında kalanlar için genel bir ehliyetsizlik hali çıkarmak hatalıdır." [62]

TEORİYE ÖVGÜ

Ronald Dworkin anayasanın yorumunun yasaların yorumundan farklı olduğunu belirtmektedir. Bu konuda yazar ünlü "Hukukun İmparatorluğu" ("Law's Empire") adlı yapıtında şunları yazmaktadır:

> "Anayasa normal yasalardan göze batıcı bir biçimde farklıdır. Anayasa diğer yasaların temelini oluşturur ve bu nedenle Herkül'ün anayasanın soyut hükümlerini ve bir bütün olarak bu belgeyi yorumlaması da kurucu nitelikte olmak durumundadır. Bu yorum siyasal teorinin en felsefi tepelerinden çıkarılmış gerekçelendirme anlamında olmak üzere, topluluktaki siyasal iktidarın en temel düzenlemelerini meşrulaştırabilmeli ve çelişkisiz bir yorum olmalıdır. Hukukçular her zaman filozoflardır; çünkü hukuk bilimi mekanik ve özellikleri olmayan bir biçimde de olsa, her hukukçunun hukukun ne olduğu konusundaki açıklamalarının bir parçasını oluşturur. Anayasa teorisinde felsefe tartışmanın yüzeyine yakın bir yerdedir ve eğer teori iyi ise ayrıca belirgin bir biçimdedir de."[63]

Ronald Dworkin'e göre ahlaksal muhakeme yorum yapmak demektir. Bu yorum kavramsal yorumdur. İnsanlar birlikte makul olma, dürüstlük, güvenilir olma, zarafet, ılımlılık, sorumluluk, acımasızlık, süflilik, duyarsızlık, hilekarlık gibi çeşitli ahlaksal kavramlar geliştirmiştir. İnsanların geliştirdikleri ahlaksal kavramlar arasında meşruluk, adalet, özgürlük, eşitlik, demokrasi ve hukuk gibi siyasal kavramlar da vardır. Bizler ahlaksal kimliklerimizi ahlaksal kavramları yorumlayarak geliştirmekteyiz. Dworkin'e göre ahlaksal yorumda edebiyatta söz konusu olan yazarla eser arasındaki ayrım yok olmaktadır. Ahlaksal kavramları birlikte yaratmaktayız ve birlikte yorumlamaktayız. Felsefe tarihinin önemli bir kısmı kavramların yorumlanması tarihinden oluşmaktadır. Filozoflar inceledikleri kavramları çok daha bilinçli ve profesyonel bir biçimde yorumlarlar ve aynı zamanda yorumladıklarının yaratılmasına da yardımcı olurlar. [64]

Ronald Dworkin hukuksal doktrinin kaçınılmaz olarak felsefeye açık bir alan olduğunu belirtmektedir. Hukuksal doktrin sürekli irade, amaç, anlam, sorumluluk, adalet ve bunlara benzer ve felsefi açıdan karmaşık ve karışık kavramlar kullanmaktadır. Dworkin'e göre akademik hukukçular felsefeden kaçınamazlar. Hiç kuşkusuz felsefi yaklaşımı kullanmada hukukçu akademisyenler her zaman yeteri denli başarılı olamayabilirler; ama hukukçuların çalışma alanlarında yer alan kavramların felsefi tartışmalarını inkar etmeleri sorumsuzluktur. Anayasaların tartışmalı olan soyut ilkelere yer verdiğini söylemenin anlaşılması güç ve bilinmedik bir yarı yoktur. Yargıçlar bu soyut ilkeleri siyasal tarihimize uygun ve bu tarihi geliştirecek bir biçimde yorumlamak durumundadırlar. Yargıçlar bu yorumları yaparlarken bu zor konularda düşünmüş ve bunları kağıda dökmüş düşünürlerden de yararlanmalıdırlar.[65]

Ronald Dworkin bu konuda aynen şunları belirtmektedir:

> "Anayasa hukuku devlete karşı haklar sorununu diğer sorunlardan ayırıp bu konuyu gündeminin bir parçası haline getirmediği sürece gerçek bir ilerleme sağlayamayacaktır. Bu anayasa hukuku ile ahlak teorisinin birleşiminin, başka bir deyişle ortaya çıkma-

60 *Ibid., s. 13.*
61 *Ibid., s. 13.*
62 *Ibid., s. 14.*
63 *Dworkin, Ronald, Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 2000), s. 380. Bu kitabın ilk baskısı 1986'dır.*
64 *Ronald Dworkin, Justice for Hedgehogs (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Pres, 2011), s. 157.*
65 *Ronald Dworkin, "Bork's Own Postmortem", Freedom's law: The Moral Reading of the American Constitution (Cambridge, Massachusett: Harvard University Press, 1996), s. 303-305.*

sı gereken bu bağlantının gerekliliğini göstermektedir. Hukukçuların ahlak felsefesine bulaşmaktan ve özellikle aklın mezarlığına dönüşme tehlikesi içeren acayip düşüncelerden olduğu düşünülen haklar üzerine konuşan filozoflardan korkmaları kolaylıkla anlaşılabilir bir şeydir. Ancak şimdi hukukçuların bildiklerinden daha iyi bir felsefe mevcuttur. Örneğin, Harvard Üniversitesinden Profesör Rawls hiçbir anayasa hukukçusunun görmezden gelemeyeceği adalet ile ilgili soyut ve karmaşık bir kitap yayımladı. Hukukçuların devlete karşı ahlaki haklar teorisinin gelişiminde hukuk sosyolojisi ve ekonomisinde olduğundan daha fazla pasif bir rol oynamalarına gerek yoktur. Hukukçular hukukun diğer disiplinlerde olduğundan daha fazla felsefeden bağımsız olmadığını kabul etmek zorundadır."[66]

Dworkin'e göre eğer yargıçlar anayasal metne sadık kalacaklarsa "eşit koruma" ve "adil yargılanma hakkı" gibi Anayasanın normatif hükümlerini genel ve soyut kavramlar olarak anlamak durumundadırlar. Bu nedenle metne sadık kalmak isteyen yargıçlar ister istemez bu kavramların ne anlama geldiğine de karar vermek durumundadır. Yargı bağımsız olduğuna göre yargıçlar yasama organının yorumlarıyla bağlı olmayacaklardır. Bu durumda da yargıçlar ister istemez yargısal aktivizm içinde olacaklardır. Dworkin'e göre eğer yargıçlar yasama organının görüşlerine saygılı olurlarsa, bu Anayasaya değil yasamaya sadık olma anlamına gelecektir. Oysa yargıçların Anayasaya sadık olmaları gerekir. Anayasa hukuku böyle anlaşıldığında, daha doğrusu anayasal yorum konusundaki bu anlayış, anayasa hukuku ile ahlak felsefesinin birleşmesi zorunluluğunu ortaya çıkarmaktadır. [67]

Dworkin'nin ahlak felsefesiyle anayasa hukukunun birleşmesi gerektiği görüşü anayasalarda yer alan soyut hükümlerin yargıçlar tarafından anlamlandırılması gerçeğiyle gerekçelendirilmektedir. Yargıçlar bu kavramların eleştirisini yaparak anlamlandırdıklarında ister istemez felsefe yapmış olmaktadırlar. İşin aslında kendi başına düşünmek felsefe yapmak demektir; çünkü felsefe kendi başına düşünmenin en rafine biçimidir. Bu durumda ortaya şöyle bir sorun çıkmaktadır: Acaba felsefe bu tür sorunları objektif olarak yanıtlayabilir mi? Bazı filozoflar bunu olumsuz yanıtlamaktadır. Bu görüşe göre bu sorulara verilen yanıtlar kişisel ve keyfi yanıtlardır. Dworkin soyut kavramlarla ilgili olarak yapılacak tartışmalar sonucunda ahlaksal gerçekliğin mümkün olduğunu ve insan kapasitesinin de ahlaksal gerçekliğe yaklaşabileceğini düşünmektedir. Bir başka deyişle, Dworkin ahlaksal gerçeklerin varolduğunu ve ahlaksal objektifliğin mümkün olabileceğini savunmaktadır. Ünlü filozof adil olarak kabul edilen bir şeyin daha sonra adil olmadığının ispatlanabileceğini de kabul etmektedir. [68] Yine Dworkin'e göre Warren Mahkemesinin yargısal aktivizmi ahlaksal ilkelerin objektifliği varsayımına dayanmaktadır.[69]

William H. Rehnquist ahlaksal ilkelerin objektifliği konusunda Ronald Dworkin'den

66 *Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (London: Duckworth, 1977), s. 149.*

67 *Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Oxford: Oxfornd Universityz Press, 2007), s. 28.*

68 *Ibid., s. 30.*

69 *Ronald Dworkin, Taking Rights Seriously (London: Duckworth, 1977), s. 138.*

farklı düşünmektedir. Rehnquist "yaşayan anayasa" kavramının demokratik bir toplumda siyasal değer yargılarının doğasının tümünü inkar ettiğini söylemektedir. Rehnquist'e göre toplum bir anayasa kabul eder ve bu anayasayla bireysel özgürlükleri güvence altına alırsa, bu güvenceler genelleştirilmiş ahlaksal haklılık ve iyilik biçimine dönüşür. Bunlar içsel değerleri nedeniyle veya herhangi bir kişinin doğal adalet düşüncesinde eşsiz bir orijine sahip olmaları nedeniyle değil, halk tarafından anayasaya dahil edilmeleri gerekçesiyle genel bir sosyal kabule sahip olurlar. Rehnquist'e göre toplumda Anayasa ve yasalar dışında ahlaksal yargıların ele alınabileceği tek bir yer vardır, o da vatandaşların bireysel vicdanlarıdır. Mantıksal olarak benim vicdanımın başkalarının vicdanlarından daha üstün olduğunu gösterebilmek mümkün değildir. Rehnquist'e göre birçoğumuz kendi ahlaksal yargılarına çok sıkı bir biçimde bağlıdır; ancak bu ahlaksal yargı hukukun yaptırımına kavuşturulmadığı sürece kişisel ahlaksal yargı olarak kalacaktır.[70] Ancak Barber ve Fleming'in belirttiği gibi Rehnquist değerler konusunda sübjektivizmi ve ahlaksal gerçek konusunda da kuşkuculuğu benimsemesine rağmen, demokrasinin ve özelilikle de kendi anladığı demokrasi anlayışının hem doğru olduğunu hem de bu demokrasi anlayışının "genelleştirilmiş ahlaksal iyilik" olduğunu savunması Rehnquist'in tutarlı olmadığını ve çelişki içinde olduğunu bize göstermektedir.[71]

Barber ve Fleming'in belirttiği gibi hiç kimse, tutarlı bir biçimde, halkın neye inanması veya işlerini nasıl yapması gerektiği noktasında yapılan tartışmalarda ahlaksal objektifliği inkar edemez. Kuşkucular kendi kendileriyle çelişmektedir; çünkü "gerçek yoktur" dediklerinde, bu söylenenden "gerçek olmadığı gerçektir" anlamı çıkmaktadır. Rehnquist kanıtlanabilir ahlaksal gerçekliğin olmadığını iddia etmesine rağmen; sonunda sadece demokrasinin hatta sadece kendi anladığı demokrasi anlayışının gerçek iyi olduğunu sonucuna varmıştır. Barber ve Fleming kategorik olarak ahlaksal gerçekliğin olduğunu iddia etmediklerini, söylemek istediklerinin anayasayı yorumlayan yargıçların görevlerini nasıl yerine getirmeleri dahil işlerimizi nasıl yapmalıyız konusundaki tartışmalarda ahlaksal objektiflik olasılığının inkar edilemeyeceğini ileri sürdüklerini belirtmişlerdir. Anayasal yorumun kendisi anayasasın gerçek anlamını veya en iyi yorumu yapmaya çalışan sorumlu ve dürüst yorumcuları varsaymaktadır. Eğer Anayasada yer alan adil yargılanma hakkı veya eşit muamele yükümlülüğü gibi kavramların ahlaksal karakterleri veya ahlaksal gerçeklikleri inkar edilemiyorsa -veya anayasanın yorumlanmasında yorum yapanların Anayasanın gerçek anlamını veya Anayasayı en iyi şekilde yorumlamayı amaçladıkları ret edilemiyorsa- Dworkin'in anayasa hukukuyla ahlak felsefesinin birleşmesi gerektiği yolundaki çağrısını da dikkate almak gerekmektedir.[72]

Barber ve Fleming, Dworkin'in verdiği "baba" örneğini ele alarak nasıl oluyor da Dwor-

70 *William H. Rehnquist, "The Notion of Living Constitution", Texas Law Review, 54 (1976), s. 704.*

71 *Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 25. Ancak şu belirtilmelidir ki, bilimsel objektiflik konusunda sübjektivizmi benimsemek ahlakilik konusunda iyi veya doğru anlayışlarını kabul etmeye engel değildir. Bu konudaki en iyi örnek Hans Kelsen'dir.*

72 *Ibid., s. 31-32.*

kin'in vardığı sonuçtan bu denli emin olduğunu sorgulamaktadırlar. Dworkin neden her babanın çocukları üzerindeki otoritesinden çok, çocuklarının refahını düşüneceğini okuyucuların da kabul edeceğini düşünmektedir. Dworkin'e göre eğer baba adalet kavramını amaçlıyorsa, adaletle ilgileniyor demektir ve amacı da çocuklarına bu adalet kavramını aşılamaktır. Eğer amacı kendi adalet anlayışıysa, bu durumda sadece çocukların esenliğini değil, çocukları üzerindeki otoritesiyle de ilgileniyor demektir. Bu iki olasılık "iyi baba" ile "kötü baba" arasındaki fark demektir. Belirli bir otoriteye sadık kişiler bu otoritenin açıklamalarını erdemliliğini koruyacak bir biçimde yorumlamaya gayret ederler. Bu nedenle babanın kullandığı sözcükleri iyi bir babanın nasıl olduğu çerçevesinde yorumlamak durumundayız. Aynı biçimde neyin bir anayasayı iyi bir anayasa yapacağı düşüncesine göre anayasayı yorumlarız. Bu nedenle Dworkin anayasaya sadakatin bu anayasanın nasıl en iyi anayasa olacağı düşüncesini gerekçeleştirmek üzere yorumlanmasını gerektirdiğini söylemektedir.[73] Dworkin'in düşünce deneyimindeki babanın çocuklar karşısındaki durumu anayasa koyucuların gelecek kuşaklar karşısındaki durumunu karşılamaktadır. Dworkin'in örneğindeki baba gibi anayasa koyucular da otoriteleriyle değil, gelecek kuşakların esenliğiyle ilgilenirler.

Bu söylenenlerin yanında Ronald Dworkin yargıçların Anayasada yer alan ahlaksal ilkelerin mahkemelerce yorumlanmasının toplum açısından iyi sonuçlar doğuracağını da belirtmektedir:

> "Sorun son aşamada mahkemelerin genel anayasal ilkeleri uygulayarak çözecekleri anayasal bir konu olarak görüldüğünde, genellikle kamusal tartışmanın niteliği yükselmektedir; çünkü tartışma baştan itibaren siyasal ahlak sorunları üzerinde yoğunlaşmaktadır. Yasa koyucular genellikle sadece getirdikleri tedbirin popülaritesini değil, anayasallığını da savunmak durumda kalacaklardır ve yasayı veto eden başkanlar ve valiler de verdikleri kararları haklı göstermek için anayasal argümanlar ileri sürecektir. Anayasal sorun Yüksek Mahkeme tarafından karara bağlanınca ve eğer gelecekte verilecek kararlarla detaylandırılacak, genişletilecek, daraltılacak ve hatta ortadan kaldırılacak denli önemli bir karar söz konusu ise, gazetelerde ve diğer medya araçlarında, hukuk fakültelerinde ve yemeklerde yapılan sohbetlerde aralıksız sürdürülen ulusal bir tartışma başlayacaktır. ..."[74]

Tara Smith'in belirttiği gibi orijinalistlerin anlayamadıkları hukukta kullanılan dilin bütün dillerde olduğu gibi kavramsal bir dil olduğudur. Özel adlar dışında kelimeler kavramları temsil eder ve kavramlar da objektiftir ve açık uçludur. Sözcükler sadece o sözcüğü kullanan kişinin sübjektif deneyimini yansıtmazlar. Sözcükler belirli bir kişinin belirli bir şeyle ilgili sınırlı sayıda algısal karşılaşmalarını veya bu şeyle ilgili düşüncelerini göstermez. Tara Smith "kedi"nin sadece kediler hakkındaki kanaatini değil; "kedi" dendiğinde

73 Ibid., s. 32. Bu görüş Kant'ın ahlak anlayışının benimsendiğini göstermektedir.

74 Ronald Dworkin, "Learned Hand", Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution, (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996), s. 345.

sokaklarda miyavlayan bütün kedileri yansıttığını söylemektedir.[75] Tara Smith kavramların objektifliği ve hukukta kavramların uygulanması hususunda şunları söylemektedir:

> "Benim belirli bir yasayı yanlış anlamam benim o yasaya uyma yükümlülüğümü ortadan kaldırmadığı gibi neye uymam gerektiği hususunu da değiştirmez. Uygulamada her zaman yazılı hukukun anlamının objektif olduğunu kabul ederiz. İşin aslında kavramların ucu açık ve objektif olmaları yasaların gelecekte uygulanabilmesini sağlar. 18. yüzyılda yazılmış bir yasanın 21. yüzyıldaki uyuşmazlıklara tatbik edilmesi, o yasada kullanılan dilin yasa koyucuların karşılaşabileceklerinden veya hayal edebileceklerinden çok daha fazla sayıda örneklere atıf yapan bir dil olması nedeniyledir. Orijinalistlerin korktuğu gibi kavramların açık uçlu olmaları, hukukun objektifliğine bir tehdit olmaktan çok, hukukun objektif olarak uygulanmasını sağlamaktadır."[76]

Yine Tara Smith bir başka makalesinde yargıçların objektif olabilmeleri için filozofik ve kavramsal olmaları gerektiğini belirtmektedir. Bunun nedeni yasaların ve anayasanın hiçbir hükmünün felsefeden, daha doğrusu hukuk sisteminin felsefesinden bağımsız bir biçimde yorumlanamayacağı gerçeğinde yatmaktadır. Anayasa ve yasalar kendi kendilerine yeterli ve bağımsız olgular değildir. Yasalar ve anayasa toplum içinde belirli bir görevi yerine getirmek üzere çıkarılırlar ve bunlar devletin varolduğu daha geniş amaca hizmet ettikleri ölçüde otorite kazanır. Bu nedenle yasalar ve anayasalar bu bağlamdan koparılamaz ve bu bağlam dışında da anlaşılamaz. [77]

Barber ve Fleming Dworkin'e göre anayasa nedir sorusunun iki şekilde yanıtlanabileceğini belirtmektedirler. Anayasa ya Rehnquist'in belirttiği gibi somut tarihsel anlayışlardan oluşan bir kanundur veya soyut ahlaksal kavramlardan oluşan bir metindir. Bu yanıtların ise yorum konusu açısından önemli sonuçları söz konusudur.[78] Eğer anayasa metni soyut ahlaksal hükümlerden oluşan bir metin ise bu metinin okunuşunun Dworkin'in söylediği biçimde gerçekleşmesi gerekir.

Ronald Dworkin'in hukuk teorisi özünde hukuksal sorunlara verilecek doğru yanıtın ahlaksal sorunlara verilecek doğru yanıtlara dayandığıdır. Bu da temelde ahlaksal objektifliğin varlığını varsaymak demektir. Ahlaksal objektiflik kabul edilmediği sürece hukukun

75 Smith, Tara, "Originalism's Misplaced Fidelity: 'Original Meaning is not Objective", 26 Constitutional Commentary (2009-2010), s. 28-29.

76 Ibid., s. 35.

77 Tara Smith, "Why Originalism Won't Die-Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation", 2 Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy (2007), s. 208. Ancak yazar Dworkin'in yargısal yoruma çok fazla felsefe soktuğunu ileri sürmektedir. Yazara göre Dworkin'in sisteminde yargıçların yasa koyucunun yerine geçen filozof-krallar haline dönüşmesi tehlikesi vardır.

78 Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Oxford: Oxford University Press, 2007), s. 33. Dworkin bu görüşünü ünlü yapıtı Law's Empire'da da açıkça vurgulamıştır. Bakınız: Ronald Dworkin, Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 2000), s. 363-365. Bu yapıtın ilk baskı tarihi 1986'dır. Dworkin bu konuda şunları söylemektedir: "Ondördüncü Değişikliğe oy verenlerin düşüncelerini ırksal sorunun her açıdan değişmiş olduğu yüzyıl sonra Amerika Birleşik Devletleri'nin kamusal ahlakı olarak kabul etmek absürd bir şey olacaktır." (s. 365).

hukuksal sorunlara belirli yanıtlar verebileceğini savunmak mümkün olamazdı. Bir başka deyişle, Dworkin'in teorisinde hukuksal sorunlara doğru yanıtlar ahlaksal ilkelerden kaynaklanmaktadır.[79]

FELSEFİ YAKLAŞIMA YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER VE FELSEFİ YAKLAŞIMIN ÜLKEMİZ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Barber ve Fleming Dworkin'in anayasa hukukuyla ahlak felsefesinin eriyip birbiriyle kaynaşması gerektiği yolundaki görüşlerinin zor davaları çözüme ulaştırmada tek yol olduğunu belirtikten sonra, bu görüşe yönelik önemli eleştirilerin olduğunu belirtmişlerdir. Barber ve Fleming bu eleştirileri dört başlık altında toplamaktadırlar. Eleştirilere göre felsefi yaklaşım (1) demokratik değildir, (2) Amerika'ya özgü değildir,(3) tehlikelidir ve/veya (4) başarısızdır. Bu konuda Barber ve Fleming aynen şunları yazmaktadırlar:

> "Bazı teorisyenler ve hukukçular anayasa hukukuyla ahlak felsefesinin herhangi bir biçimde birbiri içinde eriyip kaynaşmasının demokratik olmadığını düşünmektedir; çünkü bu kişiler felsefeyi normal yaşamın ve normal insanların ilgilerinin ve kapasitelerinin ötesinde sosyal olarak bağlantısız gerçekler için arayışla ilişkilendirmektedir. Bazıları felsefi sorunlarla kamunun meşguliyetini hem tehlikeli hem de bunun Amerika'ya özgü bir şey olmadığına inanmaktadırlar; çünkü onlara göre Amerika'nın kurucu babaları kasıtlı olarak politikayı büyük felsefi ve teolojik sorunlardan uzaklaştırarak uzlaşılabilir ekonomik ilgilere yöneltmeyi amaçlamışlardır. Bazı teorisyenler ve hukukçular da felsefi arayışları başarısız ve kısır bulmaktadırlar; çünkü bu kişiler felsefe ile gerçek için arayış arasındaki ilişkiyi toplumsal anlaşma ötesi olarak kabul etmektedir ve bunlar gerçeği anlaşma ötesi gerçek olarak ele almamakta gerçeğin –bazı ilgili topulukların neye inanıyorlarsa ve inandıkları ne olursa olsun onların temsili veya uygunluğu olarak düşünülen gerçek- kendisi olarak görmektedir"[80]

Robert H. Bork Dworkin'in görüşlerinin demokratik olmadığını ve düşünürün yargıçlara fazla yetki verdiğini ve Anayasayı yanlış yorumladığını belirterek eleştirmektedir. Robert H. Bork'a göre eğer Anayasada etik ve ahlaksal seçimler yapılmamışsa, ki yazara göre Amerika Birleşik Devletleri Anayasasında böyle bir seçim yapılmamıştır, yargıçların topluluğun yasalar konusundaki değerlendirmelerini ortadan kaldırmalarında dayanabilecekleri kendi değerleri dışında başka hiçbir şey bulunmamaktadır.[81] Thomas B. Griffith

79 *David Lyons, "Moral Limits of Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation", Boston University Law Review, 90 (2010), s. 595. Niyazi Öktem'in belirttiği gibi "hukuk felsefesinin önemini ağırlıklı bir biçimde vurgulayarak 'dünya hukuk camiasının' dikkatini çeken ilk düşünür bize göre Ronald Dworkin'dir." Bakınız: Niyazi Öktem, "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 83. Ayrıca bakınız: Ahmet Ulvi Türkbağ, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 71-82.*

80 *Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Oxford: Oxford Universityz Press, 2007), s. 77.*

81 *Robert H. Bork, "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," Indiana Law Journal 47 (1971), s. 10. Robert H. Bork anayasa hukuku anlayışını bu makalede şöyle açıklamaktadır: "Her halükarda Madison modelinin temel öncüllerinden biri çoğunlukçuluktur. Model çoğunlukçuluk karşıtı öncüle de sahiptir; çünkü yaşamın çoğunluğun denetleyemediği bazı alanları olduğu da varsayılmaktadır. Çoğunluk ne denli demokratik*

de Bork'un düşüncelerine dayanarak Ronald Dworkin'in anayasanın ahlaksal okunuşuyla ilgili görüşleri konusunda şunları belirtmektedir:

> "Buna ek olarak ayrıntılar üzerinde dikkatle ve çok çalışarak meslektaşlarım ve ben önümüzdeki uyuşmazlığı anlayabiliriz ve gerçekleştireceğimiz yeterli çalışmayla ve tartışmayla uyuşmazlığı çözecek olan hukuksal prensipleri de belirleyebiliriz. Profesör Dworkin'in ele almamız konusunda bizleri cesaretlendirdiği siyasal ahlakın zorlu, tartışmalı ve derin sorunlarını yanıtlayabileceğimize ise daha az güvenim vardır. Yargıçların toplum için bu tür soruları yanıtlayabilmede yeterli olup olamayacakları sorunu bir yana, Anayasanın yargıçların bu tür tartışmalı kararlar vermelerini amaçlamadığı açıkça ortadadır. Bunun yerine bu konularda karar verme iktidarı Bizlere yani Halka aittir. Halk olarak Bizler tartışmalı konularda karar vermek üzere çoğunluk ilkesine göre temsilcilerimizi seçmekteyiz. Kurucuların çoğunluk yönetimine karşı güvence altına aldığı bireysel özgürlük alanı ihlal edilemez. Mahkemelerin yegane rolü Biz Halkın belirlediği değer tercihlerini uygulayarak önlerindeki uyuşmazlıkları düzgün bir biçimde çözmektir."[82]

Barber ve Fleming bu eleştirileri şöyle yanıtlamaktadırlar: Anayasa hukukunun tartışmalı felsefi seçimleri içerdiğini belirtmektedirler. Yazarlara göre yargıçların bu konuları ele almaları bir zorunluluktan doğmaktadır. Yani yaptıkları iş bunu gerektirmektedir. Ahlaki kavramların tartışmalı olduğu yolundaki eleştirileri ise yazarlar anayasa hukukunda tartışmalı konuların olmasının yorum yönetmeleriyle bir ilgisi olmadığını belirtikten sonra, bu durumun sağlıksız da olmadığını belirtmektedirler. Anayasa hukukunda sorunlar üzerinde tartışma olamamasının her zaman iyi bir şey de olmadığını belirtmişlerdir. Bir yorum yönteminin başarılı bir yöntem olmasıyla anayasa hukukunda tartışmaların olmaması arasında bir ilişki yoktur.[83]

bir biçimde karar verecek olursa olsun, yapamayacağı bazı şeyler vardır. Bu alanlar bireysel özgürlüğe bırakılmıştır ve yaşamın bu alanlarında çoğunluğun zor kullanması despotluk olacaktır. Bazıları bu modelin içsel belki de çözülemez bir açmaz içerdiği görüşündedir. Eğer yasalar bireysel özgürlük alanına bırakılmış alanlara tecavüz ediyorsa çoğunluk istibdadı ortaya çıkar. Eğer çoğunluk iktidarının meşru olduğu alanlarda çoğunluğun yönetmesi engelleniyorsa bu kez de azınlık istibdadı ortaya çıkacaktır. Ancak şurası son derece açıktır ki, ne çoğunluğun ne de azınlığın diğerinin özgürlük alanını belirlemesine güvenilemez. Bu açmaz anayasa teorisinde ve halkın mutabakatıyla Yüksek Mahkemeye anayasayı yorumlayarak çoğunluğun ve azınlığın her ikisinin özgürlüğünü belirleme iktidarı verilerek çözüme kavuşturulmuştur. Toplum Anayasada ilan edildiği düşünülen bazı kalıcı ve çoğunluğun ulaşamayacağı ilkeler içinde demokratik olmayan bir biçimde yönetilmeye rıza göstermiştir. Ama bu açmazın bu biçimde çözümü Mahkemeye çok ciddi gereklilikler yüklemektedir. Çünkü Mahkemenin iktidarı ayrı ayrı olmak üzere çoğunluğun ve azınlığın özgürlük alanlarıyla ilgili Anayasadan kaynaklanan ve gerekçelendirilebilen geçerli bir teorisi varsa meşrudur. Eğer Mahkemenin böyle bir teorisi yoksa ve sadece kendi değer seçeneklerini dayatıyorsa veya daha da kötüsü bir teoriye sahipmiş gibi davranıp ama gerçekte kendi tercihlerini izliyorsa, Mahkeme iktidarını haklılaştıran Madison modelinin varsayımlarını ihlal etmektedir. Bu durumda Mahkeme ister istemez ya çoğunluğun ya da azınlığın istibdadına ortak olmaktadır (s. 3)." Robert H. Bork'un görüşleri için bakınız: Robert H. Bork, The Tempting of America (New York: Free Press, 1990).

82 *Thomas B. Griffith, "Was Bork Right About Judges", Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 34 (2011), s. 167.*

83 *Sotirios A. Barber ve James E. Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Oxford: Oxford Universityz Press, 2007), s. 164-165.*

Dworkin hukuk uygulamalarının anlamına büyük önem vermiş ve yargıçların gerçek kuramsal anlaşmazlıkları çözümlemelerinde teorisyenler gibi davranmaları gerektiğini belirtmiştir. Dworkin'e göre farklı hukuk uygulayıcılarının hukuk uygulamasıyla ilgili farklı anlayışları veya yorumları söz konusudur. Dworkin'e göre yargıçlar ahlaksal ilkelere yapılan başvurularla geçmiş hukuksal materyallere uyum kriterlerine bağlı kalarak uygulamanın olası en iyi yorumunu yapmalıdır. Bilindiği gibi Dworkin bunu yapıcı yorum olarak adlandırmaktadır. Dworkin'e göre normatif gerçeklerin objektifliğiyle ilgili ahlaksal yargılarımız sabit ahlaksal iddiaları varsaymaktadır.[84] Dayanıklı normatif gerekçelerin gerçekliğini savunan Veronica Rodriguez-Blanco bu görüşün Dworkin'in yapıcı yorum teorisinin temelini sarstığını ileri sürmüştür. Rodriguez-Blanco "evlilikte eşe tecavüzün objektif olarak ve güçlü bir biçimde ahlaksal açıdan yanlış olduğu" ifadesinin, kişinin eşine zarar vermesinin veya kişinin eşinin özerkliğini zedelemesinin yanlış olduğu yolundaki sabit ahlaksal iddiaları varsaydığını; ancak Dworkin'in bu tür ifadelerin yanlışlığının, belirli bir zamanda ahlaksal inançlarımızdan bağımsız olarak, varolan "özerklik" ve "yanlışlık" gibi normatif gerçeklere dayandığı gerçeğini kabul etmediğini belirtmektedir. Dworkin tarafından formüle edilen "olası en iyi yorum açısından hukukun söylediği nedir?" sorusu Rodriguez- Blanco'ya göre yanıltıcıdır. Çünkü bu soru bizi pratik ve üzerinde düşünülmüş akıl yürütme yerine teorik akıl yürütmeye zorlamaktadır. Dworkin'e göre eğer bir yargıç olarak hukukun ne söylediğini karar vermek durumundaysam, niye bir yargıç olarak şu veya bu içtihadı izlemem gerektiğini ve şu veya bu "ilke", "değer", "ödev" veya "yükümlülük" temelinde bunu değiştirmem gerektiğine karar vermeliyim. Bu düşünüş tarzı pratik akıl yürütmedir. Eğer bu soru Dworkin'in yaptığı gibi hukukun ne olduğu konusunda olası en iyi anlayış olarak düşünülecek olursa, normatif varlıkların güçlü gerçekliğine de ihtiyaç kalmayacaktır. Bu durumda değerlerin ne olduğu ve neler yapılması gerektiğine bakmamıza da gerek kalmamaktadır. Yapılması gereken gerçekliğin ne olduğunu yansıtan aynalara ve bu gerçekliği temsil eden anlayışlara bakmam ve bu tür anlayışların en iyi nasıl yorumlanacağına karar vermem gerekmektedir. Dworkin'in yapıcı yorumu gerçek anlamda hukukun ne olduğunu belirlememektedir. Bu belirlemenin yapılabilmesi için ise birinci şahıs olarak müzakereci bir tutum almamız gerekir. "Ne yapmam gerekir?" sorusu "yargıç olarak ne yapmam gerekir?" sorusuyla devam etmektedir. Bir yargıç ve bir insan olarak "konuyu hal etmeliyim" ve "doğru yanıtı" bulmalıyım ve bunun olabilmesi için de normatif gerçeklerin ontolojik varlığına bağlanmam gerekir. Bir başka deyişle, normatif varlıkların ontolojik varlığını kabul etmeden doğru yanıt bulunamaz. Yargıç olarak sadece geçmiş uygulamaların farklı anlaşılışlarına, geçmişte verilen kararlara ve ahlaksal savlarımıza ve sonunda yapılabilecek en iyi yoruma başvurmuyorum; bunun yanında neyin zorunlu, neyin görevim, neyin doğru ve neyin yanlış olduğuyla da ilgileniyorum. Ve bana bir yargıç olarak niye böyle karar verdiğim sorulduğunda da, ben objektif olarak o kişinin yanlış yaptığını ve daha önce verilen kararların ise yanlış olduğunu söylerim.[85] Bu eleştiriler kanımca da

84 Ronald Dworkin (1986) Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 2000).

85 Veronica Rodriguez-Blanco, "If You Cannot Help Being Committed to It, then It Exists: A Defence of Robust Normative Realism", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 32, No. 4 (2012), s. 838-841. Ayrıca bakınız:

Dworkin'in yapıcı yorum görüşünü derinden sarsmaktadır.

Ronald Dworkin kuramını ABD Anayasasını esas alarak geliştirmiştir ve bu deneyimin dünyada gittikçe yaygınlaştığını ileri sürmektedir. Bu konuda Dworkin şunları belirtmektedir:

> "Bir ulus olarak bizim temel deneyimimiz ve ülkemizin siyasal ahlaka en büyük katkısı aşağıdaki ifadelerle bir üçgen oluşturan şu büyük düşüncede yatmaktadır. İlk olarak demokrasinin yalnızca çoğunluk yönetimi olarak ele alınmayıp, kendi kendini yönetmede ortak bir girişim olarak kabul edilmesidir. İkincisi ahlaksal ilkelere dayanan anayasanın bireylerin tek tek topluma tam üyeliklerinin gereklerini güvence altına almalarını yapılandıran ve bunun gerçekleşmesini olası bir duruma getiren ortak bir girişim olmasıdır. Üçüncüsü tarihimiz bizleri –hukuk konusunda eğitilmiş erkek ve kadınlardan oluşan- yargıçlara eşit vatandaşlığın garantilerini uygulama yetkisi veren bir kurumsal stratejiye bağlamasıdır. Bunlar büyük siyasal tutkulardır ve bu nedenle bu büyük siyasal maceranın birçok tehlikesi de bulunmaktadır. Bu maceramız birçok tehlike içermesine rağmen gıpta edilen bir macera olmuştur ve günümüzde Strasbourg'dan Cape Town'a Budapeşte'den Delhi'ye gittikçe artan sayıda olmak üzere kopya edilmiştir ve edilmektedir." [86]

Acaba Amerika Birleşik Devletleri'nin bu deneyimi ülkemiz de Amerika'da olduğu gibi aynı başarıyı sağlayabilir mi? Ronald Dworkin'in görüşleri ele alınırken common law ve roma hukuku sistemleri arasındaki farklılıklar dikkate alınmalıdır. Dworkin teorisini common law sistemi içinde ve temelde bu sistem için geliştirmiştir. Ancak bu husus dikkate alındıktan sonra, Dworkin'in görüşlerinden roma hukuku sistemine sahip ülkelerde hiçbir biçimde yararlanılamayacağı sonucu çıkarılamaz. Önemli nokta Dworkin'in teorisinin common law sistemiyle çok yakın bir ilişki içinde olduğunu bilmektir. Kuşkusuz bu teoriyi iyi anlayabilmek için biraz da olsa common law sistemini anlamak gerekir.

İkinci olarak vurgulanması gereken husus anayasanın ahlaksal okunuşunun sağlıklı bir biçimde gerekçeleşebilmesi için ABD Anayasası gibi kısa, ayrıntılara girmeyen ve soyut ahlaksal ilkelerden oluşan bir anayasanın varolması gerekmektedir. 1961 ve 1982 Anayasaları gibi uzun, ayrıntılı yani kazuistik yöntemle hazırlanmış ve hak ve özgürlüklerle ilgili çok sayıda sınırlandırma nedenleri içeren anayasaların ahlaksal okunuşa çok uygun olmadıkları ortadadır. Ayrıca 1982 Anayasası bütünüyle anti-demokratik ve temsili olmayan yöntemlerle hazırlanmış ve son sözü de beş generalden oluşan Milli Güvenlik Konseyi söylemiştir. 1983'de demokrasiye geçişle birlikte 1982 Anayasası eleştirilmiş ve değiştirilmesi gerektiği sürekli vurgulanmıştır. Bu nedenle de 1982 Anayasasında büyük değişiklikler yapılmıştır. Değişikliklerin yönü liberalleşme ve demokratikleşme yönünde

Veronica Rodriguez-Blanco, "'Genuine' Disagreements: A Realist Reinterpretation of Dworkin", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 4 (2001), s. 649-671.

86 Ronald Dworkin, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", Fordham Law Review 65 (1996-1997), s. 1268.

olmuştur. Ancak bu gerçekleştirilen değişiklikler 1982 Anayasasının otoriter, vesayetçi ve anti-demokratik özelliklerini tam anlamıyla ortadan kaldıramamıştır.[87]

1982 Anayasası Cumhuriyetin kurucu felsefesinin izlerini taşımaktadır. Bir başka deyişle, 1982 Anayasası Kemalizm'in mirasını vurgulayan bir anayasadır. Türk milliyetçiliği, laiklik ve aşırı merkeziyetçi üniter devlet bu anayasada özellikle vurgulanmıştır. Tek parti ideolojisinin oybirliği tutkusu da anayasaya yansımıştır. "Bölünmez bütünlük" ilkesi anayasadaki ifadeyle "devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" ilgili ilgisiz anayasasın birçok maddesine serpiştirilmiştir.[88] 1982 Anayasasının Başlangıç kısmında "Türk Vatanı ve Milletinin ebedi varlığını ve Yüce Türk Devletinin bölünmez bütünlüğünü belirleyen bu Anayasa, Türkiye Cumhuriyetinin kurucusu, ölümsüz önder ve eşsiz kahraman Atatürk'ün belirlediği milliyetçilik anlayışı ve O'nun inkılâp ve ilkeleri doğrultusunda yorumlanıp uygulanmak üzere" kabul edildiği belirtilmektedir. Anayasanın 176. maddesi Başlangıç kısmının anayasa metnine dahil olduğunu hükme bağlamıştır. Anayasanın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyeti'nin Atatürk milliyetçiliğine bağlı bir devlet olduğu vurgulanmaktadır. Anayasanın 42. maddesi "Eğitim ve öğretim, Atatürk ilkeleri ve inkılâpları doğrultusunda, çağdaş bilim ve eğitim esaslarına göre, Devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Bu esaslara aykırı eğitim ve öğretim yerleri açılamaz" demektedir. 1982 Anayasasının 174. maddesi de Anayasanın hiçbir hükmünün Türk toplumunu çağdaş uygarlık seviyesinin üstüne çıkarma ve Türkiye Cumhuriyeti'nin lâiklik niteliğini koruma amacını güden, inkılâp kanunlarının Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağını ve yorumlanamayacağını kurallaştırmıştır. Bu hükümler bakımından 1982 Anayasasının orjinalist yorumu nerdeyse zorunlu bir hale getirdiği söylenebilir. Orijinalizmin bizdeki biçimi sadece Atatürk'ün idealleri ve ilkeleri üzerine yoğunlaşmaktadır. Anayasanın bu tür hükümlerinde orijinalist yorumun reddi de Atatürkçülüğün ve Atatürk devrimlerinin reddi olarak anlaşılmaktadır.[89] Bütün bunlar düşünüldüğünde 1982 Anayasasının 1961 Anayasasına göre ahlaksal okumaya açısından daha sorunlu olduğu ortaya çıkmaktadır.

Ancak 1982 Anayasasında temel hak ve özgürlükler konusunda yapılan değişikliklerle önemli gelişmeler sağlanmış ve şu an Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sistemi benimsenmiş gözükmektedir. Ayrıca hak ve özgürlükler konusunda bireysel başvurunun kabul edilmesi de bu konudaki önemli bir gelişmedir.

1961 Anayasası temel hak ve özgürlüklere 1924 Anayasasına göre daha geniş ve daha güvenceli bir yer vermiştir. Türkiye Cumhuriyetinin niteliklerin belirten 2. maddede bu nitelikler arasında "insan haklarınca...dayanan...devlet" olma niteliği de sayılmıştır. Bu bize liberal bir siyasal rejimin kabul edildiğini göstermektedir. 1961 Anayasasında özgürlükler

87 *Bakınız: Ergun Özbudun ve Ömer Faruk Gençkaya, Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey (Budapest: Central European University Pres, 2009).*

88 *Ergun Özbudun, "The Turkish Constitutional Court and Political Crisis", Democracy, Islam & Secularism in Turkey, edited by Ahmet T. Kuru & Alfred Stepan (New York: Columbia University Press, 2012), s.150.*

89 *Bakınız: Ozan O. Varol, "The Origins and limits of Originalism: A Comparative Study", 44 Vanderbilt Journal of Transnational Law (2011), s. 1261, 1284.*

düzenlenirken neleri yapamayacağı belirtilmiştir. Nihayet 1961 Anayasası yasaların Anayasaya uygunluğunun yargısal denetimi sistemini kabul etmiştir. Böylece da kişi hak ve özgürlüğünü daha güvenceli bir duruma getirecek bir düzenleme getirilmeye çalışılmıştır. Ahlaksal okuma açısından 1961 Anayasasının özgürlüklerle ilgili hükümleri fazla sorunlu görülmeyebilir.

1924 Anayasasının kısa bir anayasa olması bu anayasanın ahlaksal okuma bakımından 1961 ve 1982 Anayasalarından daha iyi bir yerde olduğu izlenimini vermektedir. Ancak 1924 Anayasası çoğu zaman özgürlüklerin sadece adını saymakla yetinmiş ve sınırlamanın kanunla düzenleneceğini hükme bağlamıştır. 1924 Anayasasının çoğunlukçu demokrasi anlayışını benimsemiştir. Ergun Özbudun'un sözleriyle,

> "Gerçekten, eğer Meclis 'milletin yegane ve hakiki mümessili' sayılıyor ve egemenliği millet adına onun kullandığı kabul ediliyorsa, diğer bir deyimle meclis iradesi milli irade ile özdeş addediliyorsa, o meclisin yetkilerini herhangi bir şekilde sınırlandırma mantıksız olurdu. Meclis'in iradesi de pratikte daima Meclis çoğunluğunun iradesi şeklinde tezahür edeceğinden, ortaya tam bir 'çoğunlukçu demokrasi' modeli çıkıyordu."[90]

Bu nedenle 1924 Anayasası 1961 Anayasasından daha farklı bir yerdedir. Zaten 1924 Anayasası döneminde yasaların anayasa uygunluğunun denetimi de söz konusu olmamıştır.

Amerika Birleşik Devletleri Anayasasının 1787 tarihli olması ve anayasada değişiklik yapabilmenin güçlüğü bu ülkede yorum konusunun önemini artırmıştır. Amerika'da orijinalisler ve orijinalist olmayanlar arasındaki tartışmanın canlılığı ve zenginliği dünyanın başka hiçbir yerinde görülmemektedir. "Yaşayan anayasa" veya Dworkin'in yorum kuramı "arkaik" sayılabilecek bir anayasanın günümüz koşullarına uydurulması çabası olarak da anlaşılabilir. Oysa ülkemizde şu an yürürlükte olan anayasa 1982 tarihlidir ve şu ana kadar on sekiz kez değişikliğe uğramıştır. Bu nedenle anayasa hukukunda yorum konusunun ülkemizde Amerika'dakinden çok daha az önemli olduğu ve bu nedenle de Amerika'daki tartışmaların bizim için fazla bir önem taşımadığı söylenebilir.

Bir başka tartışılması gereken husus da, Ronald Dworkin'in Anayasanın ahlaksal okunuşu acaba Türkiye gibi "demokrasi açığı" olan ülkelerde ne derece geçerli veya olumlu olacağıdır. Her şeyden önce şunu belirtilmek gerekir ki, Amerika Birleşik Devletleri dünyadaki bütün ülkelerden farklı özelliklere sahip bir ülkedir. Bu nedenle ABD'de geçerli herhangi bir şey otomatik olarak başka ülkelerde de geçerlidir denemez. Çoğunluğun yönetiminin sık sık askeri darbelerle kesintiye uğradığı, demokrasinin asker ve sivil bürokratların vesayeti altında işlediği ve demokrasiyi yerleştirmeye çalışan, yani *demokrasi açığı* olan ülkelerde demokrasinin aşırılıklarından söz etmek acaba ne derece gerçekçidir? Ancak hemen belirtmek gerekir ki, ne olursa olsun ülkemizde de çoğunluğun yani iktidarın denetlenmesi gerekmektedir. [91] Anayasanın ahlaksal okunuşu bu nedenle her zaman ülkemiz açısından da

90 *Ergun Özbudun, 1924 Anayasası (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012), s. 80.*

91 *Ülkemizde önemli bir sorun da yargıçların devletle birey arasındaki ilişkilerde yansız hareket etmemeleri genellikle devletçi bir zihniyetle kararlar vermeleridir. Anayasanın yargıçlar tarafından ahlaksal okunuşu*

geçerlidir ve önemlidir.

Zaman zaman"çoğunlukçu öncülün" ülkede gericiliğe neden olacağı düşüncesiyle beğenilmediği, zaman zaman çoğunluğun ülkede her şeyi yapabileceğini düşündüğü, mahkemelerin ve yargıçların *bağımsızlığının* ve *yansızlığının* tam anlamıyla sağlanamadığı, askerlerin ve yargıçların kendilerini siyasiler üzerinde vesayet yetkisine sahip kişiler olarak gördükleri, Türkiye gibi ülkelerde anayasanın ahlaksal yorumunun gerekçeleşebilmesi için ilk yapılması gereken, yargıçların gerçek anlamda bağımsızlıklarının ve yansızlıklarının sağlanmasıdır.

Anayasanın ahlaksal okunuşunu savunuyorsak Dworkin'in belirttiği gibi *çoğunlukçu demokrasiyi* değil *ortaklık demokrasini* savunmak durumundayız:

"...çoğu insanın yegane demokrasi modeli olarak kabul ettiği çoğunlukçu demokrasi için dramatik bir sonuca ulaşmış bulunuyoruz. Derinlemesine yapılan bir teorik sorgulamada, bu modelin sınıfta kaldığı görülmektedir. Bu durumda elimizde kalan alternatif nedir? Bize kalan tek alternatif, 'kasabadaki tek oyun', ortaklık demokrasisidir." [92]

Eğer Dworkin'in "ortaklık demokrasisi" olarak adlandırdığı demokratik rejimi gerçekleştirebilecek bir anayasaya sahip olabilirsek, anayasanın ahlaksal yorumlanışı konusundaki engeller de büyük ölçüde kalkmış olacaktır.

KAYNAKLAR

- *Aliefendioğlu, Yılmaz, Anayasa Yargısı (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997).*
- *Aronovitch, Hilliard, "Liberal Reading of the American Constitution", Canadian Journal of Law and Jurisprudence (July 1997), s. 521-534.*
- *Barber, Sotirios A. ve James E. Fleming, Constitutional Interpretation: The Basic Questions (Oxford: Oxford University Press, 2007).*
- *Berger, Raoul, "Ronald Dworkin's The Moral Reading of the Constitution: A Critique", 72 Indiana Law Journal (1996-1997), s. 1099-1114.*
- *Brennan, Jr, William J., "The Constitution of the United States: Contemporary Ratification", 43 Guild Prc. 1 (1986), s. 1-16.*
- *Bork, Robert H., "Neutral Principles and Some First Amendment Problems," Indiana Law Journal 47 (1971), s. 1-35.*
- *Bork, Robert H. The Tempting of America (New York: Free Press, 1990).*
- *Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously (London: Duckworth, 1977).*

bu derde de deva olabilir.

92 *Ronald Dworkin, "Moral Basis for a Political Constitution", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 51.*

- *Ronald "Law as Interpertation", Texas law Review, Vol. 60 (1981-1982), s. 527-550.*
- *Dworkin, Ronald "'Natural Law' Revisited", University of Florida Law Review, Vol. XXXIV (Winter 1982), s. 165-188.*
- *Dworkin, Ronald, A Matter of Principle (Cambridge, : Massachusetts: Harvard University Press, 1985).*
- *Dworkin, Ronald, (1986) Law's Empire (Oxford: Hart Publishing, 2000).*
- *Dworkin, Ronald, Freedoms Law: The Moral Reading of the American Constitution (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 1996).*
- *Dworkin, Ronald, "The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe, and Nerve", Fordham Law Review 65 (1996-1997), s. 1249-1268.*
- *Dworkin, Ronald, "Comment", Antonin Scalia, A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law (Princeton: Princeton University Press, 1997), s.*
- *Dworkin, Ronald, Justice in Robes (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2006).*
- *Dworkin, Ronald,"Looking for Cass Sunstein", The New York Review of Books, April 30, 2009.*
- *Dworkin, Ronald, Justice for Hedgehogs (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Pres, 2011).*
- *Dworkin, Ronald, "Moral Basis for a Political Constitution", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 41-52.*
- *Fuller, Lon, "Positivism and Fidelity to Law-A Reply to Professor Hart", 71 Harvard law Review (1957), s. 630-672.*
- *Goldsworthy, Jeffrey, "Dworkin as an Originalist", 17 Const. Comment (2000), s. 49-78.*
- *Gözler, Kemal, Anayasa Hukukun Genel Teorisi Cilt I (Bursa: Ekin Yayınları, 2011).*
- *Gözler, Kemal, Anayasa Hukukun Genel Teorisi Cilt II (Bursa: Ekin Yayınları, 2011).*
- *Grey, Thomas C., "Do We have an Unwritten Constitution?", Stanford law Review 27 (1974-1975), s. 703-718.*
- *Hart, H.L.A., "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 Harvard Law ReH view (1957), s. 593-629.*
- *Hart, H.L.A., The Concept of Law, İkinci Baskı, der. Penelope A. Bulloch & Joseph Raz (Oxford: Oxford University Press, 1994).*
- *Hoy, David Couzens, "Dworkin's Constructive Optimism v. Deconstructive Legal Nihilism", 6 Law and Philsophy (1987), s. 321-356.*
- *Kavanagh, Aileen, "The Idea of living Constitution", 16 Canadian. Journal of law and Jurisprudence, (2003), s. 55-89.*
- *Lyons, David, "Moral Limits of Dworkin's Theory of Law and Legal Interpretation", 90 Boston University Law Review, (2010), s. 595-602.*

- *Marmor, Andei, Interpretation and Legal Theory, İkinci Baskı (Oxford: Hart Publishing, 2005).*
- *Metin, Sevtap, "Ronald Dworkin'in Hukuk teorisinde Yorum Yaklaşımı", 61 İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (2003), s. 35-83.*
- *Metin, Yüksel, Anayasanın Yorumlanması (Ankara: Asıl Yayın Dağıtım Ltd. Şti., 2008).*
- *Öktem, Niyazi, "Ronald Dworkin ve Hukuk Felsefesi", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 83-96.*
- *Özbudun, Ergun ve Ömer Faruk Gençkaya, Democratization and the Politics of Constitution-Making in Turkey (Budapest: Central European University Pres, 2009).*
- *Özbudun, Ergun, "The Turkish Constitutional Court and Political Crisis", Democracy, Islam & Secularism in Turkey, edited by Ahmet T. Kuru & Alfred Stepan (New York: Columbia University Press, 2012), s.*
- *Özbudun, Ergun, 1924 Anayasası (İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 2012).*
- *Rehnquist, William H., 54 "The Notion of Living Constitution", Texas Law Review, (1976), s. 693-706.*
- *Rodriguez-Blanco, Veronica, "'Genuine' Disagreements: A Realist Reinterpretation of Dworkin", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 21, No. 4 (2001), s. 649-671.*
- *Rodriguez-Blanco, Veronica, "If You Cannot Help Being Committed to It, then It Exists: A Defence of Robust Normative Realism", Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 32, No. 4 (2012), s. 823-841.*
- *Schauer, Frederick, Thinking Like a Lawyer (Cambridge, Massachusett: Harvard University Press, 2009).*
- *Smith, Tara, "Why Originalism Won't Die-Common Mistakes in Competing Theories of Judicial Interpretation", 2 Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy (2007), s. 159-215.*
- *Smith, Tara, "Originalism's Misplaced Fidelity: 'Original Meaning is not Objective", 26 Constitutional Commentary (2009-2010), s. 1-57.*
- *Thomas B. Griffith, 34 "Was Bork Right About Judges", Harvard Journal of law & Public Policy, (2011), s. 157-169.*
- *Türkbağ, Ahmet Ulvi, Kanıtlanamayanı Kanıtlamak: Ronald Dworkin'in Hukuk Kuramı 2. Baskı (İstanbul: Derin Yayınları, 2010).*
- *Türkbağ, Ahmet Ulvi, "Hart-Dworkin Tartışmasının Ana Hatları", Anayasa Yargısı 28 (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayını, 2011), s. 71-82.*
- *Varol, Ozan O., "The Origins and limits of Originalism: A Comparative Study", 44 Vanderbilt Journal of Transnational Law (2011), s. 1239-12*

PSİKOLOJİK, METAFİZİK VE HUKUKİ BİR FENOMEN OLARAK HAK KAVRAMI

Mehmet Akif TUTUMLU[1]

I- Hakkın Psikolojisi

A- Bir Ruhsal İhtiyacın Karşılanması Olarak Hak

Yeryüzünde yaşayan bütün canlı varlıklar içinde *hak* yalnızca *insan*a ait. İnsan *haklı*dır. Acaba hak aşkın bir nesne, epistemolojik bir kavram olmanın ötesinde, ontolojik bir fenomen midir?

İnsan henüz doğmadan, anne karnındayken başlıyor hak sahibi olmaya: Nefes alma, korunma, beslenme, kısaca hakların en önde gelenine: *Yaşama hakk*ına. Gerçi hayvanlarda da var bu süreç ama onlarda insanlardaki gibi bilince kodlanan ve ömür boyu süren psikolojik bir talep çerçevesi hâline gelmiyor; güdüsel bir aşama olarak kalıyor.

İnsan sadece fizyolojik değil, *ruhsal ihtiyaçlarını* da daha anne karnındayken elde ediyor: Başta *kabul görme, onaylanma, sevilme* ihtiyacını. Bunlar sanki birer hak nesnesine dönüşüyor zamanla; özellikle Freudçu bakışla[2] erkeğin, ömrü boyunca ötekinden elde etmek için hep peşinde koşacağı arzu nesneleri. Üstelik çocukluk çağından farklı olarak koşulsuz değil, hep bedel-bazen bir yaşam- ödeyerek peşinden savrulacağı nesneler. Yetişkinlikte aşk adını alıyor bu arzu. Sartre, aşkı insan gerçekliğinin kendi dayanağını başkasında bulma sanatı olarak tanımlar güncesinde.[3] Birtakım haklara sahip olmanın derin kökenlerini burada bulur filozof. Hak bu anlamda sosyal sistemin ürettiği bir kavram olmaktan çok, *var olma hakkı bulunduğu için var olan varlık* niteliğimizle seçilmemiz sonucu oluşan, yani insan gerçekliğinin olumsallığının ürettiği bir fenomen olarak ileri sürülüyor.

B- Ego Savunma Biçimi Olarak Hak ile İlişki (Haklılık İhtiyacı)

Psikolojik bakışa göre haklılıktan kasıt, bir narsist kuruntu değil, insan olarak var kalma mücadelemizin bir gerekliliğidir. Bu anlayışa göre sağlıklı insan özür dilerken de, özeleştiri yaparken de, günah çıkarırken de haklı sayar kendini.[4]

Ne var ki haklı olma gereksinimini, yaşamın erken döneminde görülen mutlak iktidar arzusunun bir devamı olarak temellendirmeyi olanaklı kılan görüşlere rastlamak da mümkün.

---

1 *Yargıç, Ankara.*

2 *Sigmund Freud*, **Cinsellik Üzerine**, *Çev. Emre Kapkın, İstanbul 2006,s.223-224; Paul Verhaeghe*, **Yalnızlık Zamanında Aşk**, *Çev. Ece Cihan Ertem-Mehmet Öznur, İstanbul 2003,s.50; 155;218.*

3 *J.P. Sartre,* **Tuhaf Savaşın Güncesi**, *çev. Z. Zühre İlkgelen, İstanbul 2006,s.179-180.*

4 *Erol Göka, "Komplocunuz Paranoyak mı?* ***Başka*****, Psikiyatri ve Düşünce Dergisi**, *2010,Sayı:5,s.84.*

Çocuklukta psişenin gerçeklik değil, haz ilkesine göre işlemesinin bir sonucu bu aslında. Dolayısıyla Low'a göre duygusal yaşamın gelişmemiş olan bu yönü mutlak iktidar arzusunu doğurmakta[5], bu duygunun alt katmanında da haklılık duygusu bulunmaktadır.

Haklı olma gereksiniminin kaynağını, kişinin kendi duygularıyla kurduğu sağlıksız ilişkiye dayandıran psikologlar da vardır. Burada sorgulanan perspektif, öznel düşüncelerimizle gerçekliğin birebir örtüştüğüne yönelik bir temel inanca sahip olup olmadığımıza ilişkindir. Başka bir sorgulamayla: Farklı bakış açılarının gerçekleri farklı şekilde algıladığını göz önünde bulunduruyor muyuz? Bu görüşe göre, olumlu duygulara haklı olmaktan daha çok önem veren insanlar, görüş ayrılıklarının ve çatışmalarının ilişkilerini etkilemesine izin vermezler.[6]Gerçekten kişilerarası çatışmalara yol açan etkenlerin belki de başta gelenlerinden birinin haklı olma bağımlılığı olduğunu söylemek yanlış olmaz.[7]

Ne var ki kişisel gelişim tekniği bağlamında ileri sürülen yukarıdaki düşüncelerin yaşama geçirilmesi o kadar kolay değil. Zira belirtilen ego yapılanması ve And'ın ifadesiyle *bencillik etiği* kolay aşılacak yapılar, engeller değil. Kendi düşünce, duygu, ihtiyaç ve arzularımız içinde yaşadığımız sosyal dünyayı yeniden biçimlendiriyor. Egonun katlanamadığı fikirleri reddetme, katlanamadığı gerçekliğiyse değiştirme eğiliminde olduğunu Freud'dan beri biliyoruz. Daha sonra yapılan araştırmalar da, beynimizin, tüm olasılıklar arasından, bize en iyi uyan şekilde[8], gerçekliği yorumlama eğiliminde olduğunu ortaya koymuştur. Gerçekten belleğimizdeki ve muhakememizdeki güçlü yanlılığa başvuran beynimiz, hem kendimiz hem de dünyayla ilgili gerçekleri değiştirebilir, sansürleyebilir, daha yumuşak, daha iyi ve hoşa giden bir gerçeklik üretebilir.[9]

Beynimiz bazen bir manipülatör gibi çalışıyor dedik, ya dilimiz, söylemimiz öyle çalışmıyor mu? "…dır" yüklemiyle biten her tümcemiz bir haklılık, bir hakikat, bir doğruluk bildiriminde bulunmuyor mu?

Sonuçta, genellikle, varlığımızı onaylayan, onu doyuran ve güçlü kılan bir gerçekliği üretme eğilimindeyiz. Yıllar önce Lacan seminerlerinin birinde, insanın özünü oluşturan bu paranoyak zemine işaret etmişti.[10] Aslında bana göre temel sorun, egonun iç dünya ile dış dünya arasında- ki sınırları birbirinden ayırt etmedeki maharetinde (yetkinliğinde) yatıyor.

C- Haksızlığa Uğramışlık Duygusu- Hak Arama Paranoyası

Burada bir de haktan yoksun bırakılmak duygusuna değinmekte yarar var. Haktan yoksunluk ya da haksızlığa uğramak kişinin özseverliğine, özgüvenine yapılan bir saldırı

5 *Umut Tümay Arslan, "Aynanın Sırları: Psikanalitik Film Kuramı",* **Kültür ve İletişim***, 2009, Sayı:1, (s.9-38), s.10.*

6 *Richard Carison***, Ne Olursa Olsun Mutlu Olabilirsiniz***, çev. Burcu Tümer, Ankara 2001,s.79.*

7 *Cheri Huber,* **Bulmak İstediğin İnsan Ol***, Türkçesi: Barış İlhan, İstanbul 2007,s.72.*

8 *" Tanrım, ne kadar da haklıyım demeden edemiyorum."(Metternich, anan:,J.Lloyd/ John Mitchonson,* **Afili Lügat,** *çeviren: Duygu Akın,İstanbul 2009,s.197).*

9 *Cordelia Fine,* **Başına Buyruk Beyin***, Türkçesi: Pınar Turanlı, İstanbul 2010,s.13-15.*

10 *J.D.Nasio***, Psikanalizin Yedi Büyüğü***, Türkçesi: Kenan Sarıalioğlu, İstanbul 2008,s.387.*

olarak algılanabilir ve bunun yol açtığı olumsuz duygular depresif özellikler gösterebilir. Haksızlığa uğramak kimi üzmez ki? Bu tür bir duygu durumunun kişinin kendi varlığını sürdürme yolundaki temel itkisine uygun, normal bir etkilenme olduğunu belirtmek gerekir. Ancak bir de kişinin haksızlığa uğradığı duygusunu patolojik düzeyde ifade eden hak arama ya da dava paranoyası var. Yapılan araştırmalara göre daha çok erkeklerde, 40-45 yaşlarında semptomları görülen hak arama paranoyası, etyolojisi[11] kesin olarak bilinmemekle beraber, organik konponenti en zayıf hastalıklardan biri olarak bilinmektedir, başka bir anlatımla bu hastalık hemen hemen tamamen ruhsal nitelikli kabul edilmektedir. Bir araştırmaya göre bu hastaların % 71'nin anne ve babaları çocuklarını çok ağır şekilde cezalandıran soğuk insanlar olarak betimlenmiştir.[12] Hak arama paranoyası olan insanların; uzlaşamamazlık ayrıntılara aşırı düşkünlük, kendini kanıtlamaya çalışma, bencillik, güvensizlik, acımasızlık, kendini beğenmişlik, soğukluk, aşırı eleştiricilik gibi kişilik özellikleri gösterdikleri saptanmıştır.[13] Bu tür paranoyada hezeyanlar genelde sistematize edilir; içerikleri, şizofreninin tersine, saçma değildir; hezeyan içeriğinde genellikle bir gerçek nüvesi bulunur.[14]Ancak bu tür paranoyadan mustarip kişinin tüm çabalarının altında, hipertrofik bir egonun tatmini amacı yatar. Tabii adli mercilerde ısrarla hak arayan, bu hususta üst üste dilekçe veren herkesi bu şekilde tanımlamak, uzmanlık bilgisi ve öznel klinik deneyimi olmayan biri için- bu kişi hukukçu olsa ve hak arayanın talebinde haklı olmadığını bilse bile- sınırlarını aşmak anlamına gelir. Esasen bugün psikiyatri literatüründe bile, kişinin haksızlığa uğradığı, hakkının yendiği düşüncesinin *delüzyon mu* yoksa *aşırı değerlenmiş düşünce mi* olduğu hususu tartışmalıdır. Daha doğru bir deyişle psikotik bir durum olan hak arama paranoyası (querulous delüzyon) ile, "adalet nevrozu" (querulous sendrom) olarak da adlandırılan aşırı değerlenmiş fikir arasında ayrıştırılması zor ince çizgiler bulunduğu belirtilmektedir.[15]

II- ***Metafizik Uzam***

Dünyayı adil bir yer olarak görme eğilimi, yani iyiliğin iyilikle, kötülüğün kötülükle karşılaşacağı inancı (adil dünya inancı), temelini hak anlayışından alan metafizik bir inançtır. Bu inanç insanlara güvenli, düzenli ve öngörülebilir bir yaşam görüşünü korumada yardım eden savunmacı bir yükleme olarak tanımlanmaktadır.[16]Adil dünya inancının ruh

11 *Freud'a göre paranoyanın temelinde,bilinçaltında bulunan homoseksüel eğilimler mevcuttur; ancak daha sonra yapılan klinik gözlem ve araştırmalar bunun tek ve mutlak bir neden niteliğinde olmadığını, bunun dışında aşağılık kompleksi, güven eksikliği gibi birçok psikodinamik etkenin bu tür paranoya oluşumunda rol oynadığını ortaya koymuştur, bkz.dn.10'daki yapıt.*

12 *Elif Gökçen Tolgay,* **Adli Tıp Açısından Hak Arama Paranoyası***, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi,İstanbul 1996 (İÜ Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı),s.28.*

13 *Tolgay,***a.e***. s.28.*

14 *Kriton Dinçmen,* **Deskriptiv ve Dinamik Psikiyatri***, İstanbul 1981,s.109.*

15 *Emel Derya Gürün/Erol Göka/Cebrail Kısa, "Hekimlerin ve Hukukçuların İşbirliğini Zorunlu Kılan bir Durum: Dava Paranoyası"* **Adli Psikiyatri Dergis***i, Nisan 2006, Cilt:3,Sayı: 2,s.17-21, s.19-20.*

16 *E.Arorson./T.D Wilson./R.M.Akert,* **Sosyal Psikoloji***, Türkçesi: Orhan Gündüz, İstanbul 2012,s.234-236; S. Kılınç/FTorun, "Adil Dünya İnancı***" Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar***,2011,C.3,Sayı:1,s.1-14).*

sağlığının korunması üzerinde olumlu etkileri vardır.[17] Zira insanın tüm yapıp etmeleri sonucu hak ettiği şeyi elde edebileceğine, haksız davranışın ise yaptırıma uğratılacağına olan inanç- ki bu inanç sosyal gerçekliğin sürekli üretmeye çalıştığı bir inançtır- insanların sorunlarla başa çıkmalarında, günlük yaşamlarını devam ettirmelerinde güven verici bir işleve sahiptir.

Alain bir denemesinde, bazı davalarda görülen şiddetli heyecanın açgözlülükten çok, hak kavramına duyduğumuz mistik bağlılıktan kaynaklandığını ileri sürmektedir.[18] Hegel de hukuk felsefesi üzerine yazdığı kitabında hak aramanın ve bunu yargılamada ortaya çıkarmanın mistik-metafizik temeline işaret eder. Filozofa göre, bir davanın özel içeriği yalnızca tarafların menfaatlerini ilgilendirse bile, onun evrensel içeriği, yani *hak* ve *hak üzerine verilen karar* herkesi ilgilendirir.[19]

Eski Yunan hukuk yargılamasında da bu mistik atmosferi görmek mümkün. Bu sistemde dava açıldıktan sonra tahkikat memuru tahkikat günü tayin eder ve delillerini, sözleşmelerini, belgelerini, tanıklarını ve uygulanmasını istedikleri yasa metinlerini bildirmeleri ve ibraz etmeleri için taraflara bildirimde bulunurdu. Bu aşamadan sonra uzlaşma yönünden dosya hakeme tevdi edilir, şayet burada uzlaşma sağlanamazsa dava dosyası tüm belge ve delilleriyle birlikte asıl dava yargıcına sunulurdu. Yargılama için duruşma tayin olunan duruşma günü sabahın erken saatinde celse açılır, celsenin açılmasıyla birlikte kurbanlar kesilir, dualar edilir ve bu ritüelden sonra duruşmaya (yargılamaya) geçilirdi.Tarafların sav ve savunmaları dinlendikten, belge ve deliller okunduktan sonra verilen kararla yargılama sona ererdi.[20] Kurban kesme ve dua etme ediminin, yargılama faaliyetinin tarihsel arkaplanında bulunan mistik (dinsel) kökenden kaynaklandığı açık.Bu bağlamda yargıçların siyah cüppe giymelerinin de aynı kökten geldiğini belirtelim.

Hak kavramının epistemolojik zeminlerinden biri olan metafizik algı hususunda Sofokles'in Philoktetes adlı tragedyasına değinmekte yarar var.[21] Bu tragedyanın kişilerinden Odysseus, Troya'yı ele geçirmek için Philoktetes'in güçlü silahı olan yayını elde etmek ister, ancak bunu ikna veya şiddet yoluyla yapamayacağını anlayınca, bu işi hile ile gerçekleştirmesi hususunda Akhilleus'un oğlu Neoptolemos'u ikna eder. Neoptolemos yalanlar söyleyerek, retorik kullanarak Philoktetes'in elinden yayını almayı başarır; ancak daha sonra bu tavrından dolayı pişmanlık duyar ve yayı sahibine iade etmeye karar verir. Bunu duyan Odysseus bu düşüncesinin tamamen delilik olduğunu söyler Neoptolemus'a. Genç adamın yanıtı şöyledir:

17 *Kılınç/Torun,* **a.e.** *s.4.*

18 *Alain***, Söyleşiler***, C:III, Çev. Fehmi Baldaş, İstanbul 1998,s.254.*

19 *G.W.F. Hegel***, Hukuk Felsefesinin Prensipleri***, Çev.Cenap Karakaya, İstanbul 1991,s.183.*

20 *Recai G. Okandan, "Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adlî Teşkilat ve Muhakeme Usulü "* **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** *1951, Cilt17, Sayı:3-4,s.786-815)'ten Ayrı Bası, s.813-814.*

21 *Sofokles,* **Philoktetes,** *Çev.Nurullah Ataç, Ankara 1958.*

" *Hakka uyuyorsa bu delilik, akıllı olmaktan iyidir*."

Böyle bir şey yaparsan, diye sorar Odysseus, Akhalılar ordusundan korkmuyor musun?

"*Hak benden yana olduktan sonra o senin söylediğin korkuları çekmem*" diye yanıt verir Neoptolemos.

Bu diyaloglardan da anlaşıldığı üzere Neoptolemos, sırtını dayadığı hak inancı sayesinde bir orduyla savaşmayı bile göze alabilmektedir. Bu edebi örnek de hak şeklinde beliren metafizik inancın insan varlığına ne denli güç katan bir varoluş unsuru olduğunu ortaya koymaktadır.[22] Gerçek yaşamda bir ulusun, bir sınıfın ya da bir grubun politik çıkarları (hakları) adına kendilerini ideolojik davalara adayan, hatta bu uğurda yaşamlarını feda eden kişilerin de bir tür hak metafiziğinden hareket ettiği gözlemlenmektedir.

III-Hukuki Fenomen

A- Hak Kavramı

Hukukun merkezi kavramlarından olan hakkın tanımına ve fenomen boyutuna geçmeden önce sözcüğün etimolojisine değinelim. Arapça bir sözcük olan olan hak'ın kökeni klâsik İslam hukuku kaynaklarına göre *h-k-k* olup bu sözcük, batılın zıddı, doğru ve gerçek anlamlarında kullanılmaktadır. Bir fikrin vakıaya uygun düşmesi, yani kavramla nesnesinin *uyuşması* anlamlarında kullanılmaktadır. Sözcük aşkın anlam olarak Tanrı'yı imliyor. Fıkıh lûgatlarına göre kavramın nihai anlamlarından biri olumlu: Sabit ve vacip olan şey; bununla anlatılmak istenen, bir şeyin zorunlu ve kesin olarak, kuşkuya yer bırakmayacak şekilde var olmasıdır. Yine aynı lûgat anlayışına göre kavramın diğer anlamı olumsuz: Vazife ve vecibe; yani kişiye yüklenen ödevler ve yükümlülükler anlamında.[23]

Roma Hukukuna baktığımızda hak ve hukuk kavramlarının aynı terimle, *ius*'la ifade edildiğini görüyoruz. İus kavramının iç görünüşü subjektif hakkı deyimlerken, dış görünüşü objektif hukuku dile getirmektedir.[24] Belirtelim ki Çağdaş Avrupa (Kıta) Hukukunda da aynı sözcükle hak ve hukuk kavramlarının tanımlanması söz konusudur. Örneğin; Almancada *Recht*; Fransızcada *Droi*t; İtalyancada *Dritto* sözcükleri hem hak hem hukuk anlamlarına gelmektedir. Ancak İngiliz Hukukunda durum farklıdır. Bu hukuk sisteminde

22 *Albert Camus'nün Doğrular adlı tiyatro oyununda da Çarlık Rusyasında, kendilerini devrimci olarak tanımlayan kişilerce Büyük Dük'ün bombalı terör eylemiyle öldürülmesi olayı politik, felsefi ve etik boyutlarıyla ele alınır. Oyun başkişisi Kaliayev, eylem öncesinde öldürme (terör) planını hak temeline dayandırarak şöyle gerekçelendirir:"Büyük Dük'ün yanı başında yok olmak istiyorum. Kanımı son damlasına değin akıtmak ya da bir anda patlamanın alevlerinde yanıp, geride hiçbir şey bırakmadan yok olmak. Şimdi anlıyor musun, bombayı niçin atmak istediğimi? Bir düşünce uğruna ölmek yüceliğinde olmanın tek yolu bu. Haklılık bu. İnsanın kendini doğrulaması işte bu." (Albert Camus***,* **Doğrular***, çev.Ferit Edgü, 2.Baskı, İstanbul 2009,s.29); italik vurgu bana ait,M.A.T.*

23 *Hasan Hacak***, İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi***, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul 2000,s.35-36.*

24 *Ziya Umur,* **Roma Hukuku***, İstanbul 1984, s.332.*

hak *right*, sözcüğü ile karşılanırken, hukuk *law* sözcüğü ile ifade edilmektedir.[25]

Hukukumuz açısından, *hukuk* hak'ın çoğulu olarak türetilmiş bir sözcük: *Haklar* anlamında. Tabii bugün için, Arapçadan dilimize geçen bu sözcük tarihsel gelişim ve semantik genişleme sonucunda sadece hak veya haklar anlamını içermiyor; bunun ötesinde genel normatif düzeni ifade eden bir anlamı da üstlenmiş durumda.

B- Kuramsal Bakış

Gelelim hakkın tanımına. Bu hususta da Kant'ın hukukçulara yönelik o sataşma cümlesi geliyor akla-hâlâ hukukun tanımıyla uğraşan hukukçular. Gerçekten hak konusunda hemen herkesin üzerinde birleştiği bir tanım ya da kuram mevcut değil.

Bu konudaki kuramlara kısaca bir göz atmak gerekirse[26]: Savigny tarafından savunulan irade teorisine göre hak, kişiye ait irade kudretinden başka bir şey değilken; menfaat kuramını savunan Jhering'e göre, hakkın özü menfaattir, hukuk düzeni tarafından korunan menfaat. Bunun dışında sentezci görüşlere bulunmakla birlikte, hak kavramını metafizik töze dayandırmayı reddeden felsefeciler de var, Jeremy Bentham gibi. Bu filozofa göre, haklar psikolojik fenomenlerdir; hukuki anlamda gerçekliğe sahip olan şey ise egemen gücün emirleri, gerçek kişilerin eylemleridir. Aslında bu anlayışa temel oluşturabilecek filozofik fikir Spinoza'ya ait. Filozofa göre her varlık, kendi doğasının yasalarına uyarak yaptığı her şeyi üstün bir hak uyarınca gerçekleştirmektedir; bu bağlamda her insanın hakkı, kendisine ait belirlenmiş gücün uzandığı yere kadar uzanmaktadır.[27] Ne var ki bu gücün keyfi bir şekilde yani insanın güvenli bir ortamda ve özgürce yaşamasını engelleyici şekilde kullanılmasını önlenmesi bakımından üstün bir güce,-toplumsal sözleşmeyle- devlete devri söz konusudur. Bu durumda bireyin yapacağı şey üstün gücün yasal iradesine itaat etmek ve onun hak olarak açıkladığı şeyden başkasını hak olarak tanımamaktır.[28] Hak kavramını daha somut fenomenlere dayandıranlar da var; örneğin Kelsen'e göre hakkın kaynağı devlet tarafından üretilen norm iken, Hukuki Realizm akımı hak fenomenini mahkeme kararları üzerinden açıklar. Bu yaklaşımın klâsik temsilcilerinden Holmes'e göre haklar ve ödevler ancak mahkemeler tarafından anlaşıldıkları ve belirlendikleri biçimde gerçeklik kazanırlar; bunun dışında hak kavramı hayali nitelik taşır.[29]

Hak kavramı somut bir nesneye ya da ilişkiye gönderme yapmaz, öte yandan hak duyu organlarımızla algıladığımız ampirik bir nesne ya da varlık formu değildir; somut gerçek-

25 *Ergun Özsunay,* **Medenî Hukuka Giriş**, *5.Bası, İstanbul 1986, s.234;Umur,* **a.g.e**.,*s.332.*

26 *Kuramlar için bkz.,Adnan Güriz,* **Hukuk Felsefesi**, *6.Baskı, Ankara 2003, s.131 vd.; Nazime Beysan,***Hukuk Felsefesi Açısından Hak Kavramının Analizi,** *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008,s.94.vd.; Hak kavramını ilişkiler bağlamında irdeleyen bir çalışma için bkz.,Zeynep Aruoba,* **Çeşitli Hak İlişkileri Açısından Hak Kavramı,** *Hacette Üniversitesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1980.*

27 *Benedictus Spinoza,* **Teolojik-Politik İnceleme**, *Çev.C.B. Akal/,R. Ergün, Ankara 2008, s.231.*

28 *Spinoza,***a.g.e.,** *s.236.*

29 *Güriz,***a.g.e.,** *s.139.*

liği yoktur. Buna rağmen hak, Yunanlı şairin[30] dediği gibi, içinde *yaşamın ruhunu* taşır. İnsan yaşamı-toplumu- için hakkın vazgeçilmezliğini Hesiodos *İşler ve Günler*'de özel olarak vurgular: Denizde balıkların, karada hayvanların ve kuşların birbirlerini yedikleri gibi insanların da birbirlerini yememeleri için *Zeus*'un insanlara *hak* yolladığını söylüyor ya, bu cümledeki Zeus yerine hukuk düzeni (devlet) koyarsak hakkın modern hukuktaki konumlandırılışına biraz daha yaklaşmış oluruz.

C- Hakkın Yargısal Üretimi

Hak toplumsal ve hukuksal uzamlarda *ilişkisel gerçeklik* düzeyinde inşa edilen bir fenomen. Felsefi açıdan hakkın *neliğini* ortaya çıkaran temel duygu ise, *değerli olanın korunması* arzusudur. Buradaki değer kavramından, her kişiye göre değişebilen, öznel ve tekil talepler veyahut değerler değil, insanı insan yapan özellikler anlaşılmalıdır. Sözgelimi kişilik değerlerimiz *özsaygımız* açısından mutlaka korunması gereken değerlerdir, bunun korunması ise hak ve ödev ilişkisini gündeme getirir. İnsan-insan, insan-toplum, insan-nesne, insan-çevre, insan-devlet ilişkileri de değer ürettiğinden hakkın hukuksal işlevi üretilen bu değerlerin korunmasıdır. Tüm bunlardan ayrı olarak bir de insan hakları vardır ki bunun öznesi tekil insan bireyi, öznesi ise devlet ve *herkes*tir.

Şimdi gelelim yargı felsefesi açısından hakkın algılanış tarzına. Bu algılanış tarzını, hukuk düzeninin temel kurum (mahkemeler, adalet daireleri, infaz kurumları, barolar vb.) ve aktörleri (yargıç, savcı, avukat, adli personel vb.) vasıtasıyla sürekli ve yeniden üretilen ideolojik paradigmalar biçimlendiriyor. Bunlardan biri *mevcudiyet metafiziği*dir. Yani hukuksal anlamda bütün hakların hukuk düzeni içinde, yasalarda mevcut olduğu şeklindedir. Bu metafizik, doğal olarak hakların kapsamını ve elde edilme koşullarını da içerir. Dolayısıyla hukuk düzeninin öngördüğü koşulları yerine getiren herkes, *orada- yasada- bulunan* talep ettiği hakka kavuşabilecektir.

Temel insan hakları belgeleri ve anayasalarda *hak arama hürriyeti* şeklinde kavramlaştırılan ifadede bu metafiziğin yansıması görülüyor. Hak orada, hukuk düzeninin içinde duruyor-gizlenmiş olsa bile. Kişi hak arama yolculuğu, bu konuda devletin kendisine tahsis ettiği kurumlar (mahkemeler vs.) aracılığıyla *başlıyor.* Yargıcın temel görevi, davacı davasını kanıtlarsa bu hakkı ortaya çıkarmak ve sahibine teslim etmek. Eski deyimle*: İzhâr-ı hakk*.

Demek ki toplumda egemen kılınan bu anlayışa göre hakkınız varsa onu devlet (mahkeme) aracılığı ile alırsınız; kendinizin bizzat hak alması yasaklanmıştır; bu konudaki tekel devlete aittir.

Davayı kazanmak nasıl ki hakkınızın mevcut olduğu anlamına geliyorsa, davayı kaybetmeniz de hakkınızın bulunmadığını ortaya koyar. Bu sosyal kabule (habitusa)[31] göre

30 *Nikiforos Urretokes,* **Boranla Gelen**, *Türkçesi Panayot Abacı, İstanbul 1983, s. 23.*

31 *Bourdieu sosyolojisinin kilit kavramlarından olan Habitus genel olarak; yatkınlıkları; eylemin bilişsel, normatif ve bedensel boyutlarını içine alan bir davranış tarzı ana örüntüsünü ifade eder, ki bunlar dilde, sözel olmayan iletişimde, algılarda ve akıl yürütme tarzlarında ifade bulurlar, bkz., David, Swartz,* **Kültür ve İktidar, Pierre Bourdieu'nun Sosyolojisi,** *Çev. Elçin Gen, İstanbul 2011,s.154.*

mahkemenin yargılama faaliyeti ve verdiği karar kurucu değil, belgeleyici bir nitelik kazanıyor.

Yasal haklarımı kullanacağım cümlesinde modern öznenin hak arama niyetini görüyoruz. *Hakkımı söke söke alacağım* sözcesinde ise hınca yönelen bir arzuyla hak metafiziğine yatırılan libidinal enerjinin yüksekliğini anlamlıyoruz.

Tüm bu metafizik inanç hem bireysel piskolojiden- adil dünya inancından, hem de sosyal gerçeklikten- zaman gibi, güç alıyor. Toplumsal yaşamın, örgütlü düzenin-devletin-sürdürülebilmesi bu inancın varlığına bağlı. Çünkü mevcudiyet metafiziği kaos yerine bir düzeni, sürprize yer bırakmayan bir düzeni vaat ediyor.

Sözünü ettiğim metafizik inancın somut bir davada gerçekliğe dönüşme olasılığına gelince: Bu konuda ilk söylenmesi gereken şey, hak, ödev, yükümlülük gibi kavramların soyut ve kurgusal göstergeler olduğudur; bunlar sözel göstergeler olarak savlı (Anayasa, temel hak ve hürriyet belgeleri gibi) ve hoşumuza giden önermeler şeklinde kaleme alınmış olsa bile, sonuçta kâğıt üzerindeki ruhsuz sözcüklerdir. Bunlara ruh üfleyecek olan yargıçtır. Bu sözcüklerin canlanıp canlanmayacağını anlamak için Bentham'ın *paraphrase* dediği yöntemi uygulamak gerekir; yani bu soyut hukuk terimlerini somut bir cümle bağlamında kullanmak; bunları olgusal gerçeklikle ilişkilendirmek gerekir. Sözgelimi bir eleştiri yazısı yazdığınız zaman soyut bir haktan-düşünce özgürlüğünden- yararlandığınızı düşünürsünüz, hatta buna inanırsınız. Ancak bu yazı bir tazminat davası konusu olduğunda bu inancınız sarsılabilir; zira bu hakkın ne kadarına sahip olduğunuz ancak dava sonucunda verilecek yargı kararı ile belirlenecektir. Bu aşamaya kadar düşüncelerinizi özgürce yazabileceğinize dair inancınız hakkın kendisi, nesneleşmiş biçimi değil, *hak inanc*ından ibarettir. Bu inancın nesnel varlık kazanması yukarıda söylediğim gibi yargıcın sözcüklere ruh üflemesi ile mümkün hâle gelebilecektir. Başka bir deyişle, sizin hakkın öznesi olarak yasal önermeleri yorumlama yeteneğiniz olsa bile, bu yorumunuzun kişisel bir anlam üretme ötesinde bir gücü yoktur; yasal sözcükleri canlandırma iktidarı (tekeli) sadece otantik yorum mercilerine (mahkemelere) tanınmıştır.

Yukarıdan beri irdelediğim metafizik gerçeklik aslında rutin iş ve davalarda –pek de sürpriz sonuçlar yaratmadan- somut bir varlık kazanıyor.

Atipik ya da zor dava diye tanımlanan, birçok değerin çatıştığı uyuşmazlıklarda ise durum farklı. Bu tür davalarda hakkın *bulunması*ndan çok *üretilmesi*nden söz etmek daha doğru. Zira burada hukukun- hakkın- ne olduğunu açıklayan karar epistemolojik bir tespit değil, otantik iradenin ontolojik bir tercihi, beyanı niteliğindedir. Kanımca bu tür davada davayı kaybeden tarafı tatmin edecek bir gerekçe yazma tekniği henüz icat edilmiş değil. Retorikle yetkinlikle hak kaybının yol açacağı dava travmasını önlemek kolay olmasa gerek. Travmayı yumuşatmak? Belki.

Esasen her zor davanın felsefi anlamda epistemik konumu Derrida'nın deyişiyle karar *verilemezlik* konumudur. Ancak Roma hukuk yargılamasının bir döneminde yargıca tanınan aydınlık olmayan davadan (karar vermekten) çekinme yetkisi[32] modern yargıca tanınmamıştır: Yargıç (mahkeme) sonucu ne olursa olsun bir davaya bakmaktan ve uyuşmazlığı karara bağlamaktan kaçınamaz[33]: Her halükârda karar vermek zorundadır. Verdiği her karar ile hakkı yeniden üretir. Zorlandığı durumlarda başvuracağı nihai organ ise, *vicdanı*dır.

KAYNAKÇA

- *Alain*, **Söyleşiler:** *C:III, Çev. Fehmi Baldaş, İstanbul 1998.*
- *Arslan, Umut Tümay:* **"***Aynanın Sırları: Psikanalitik Film Kuramı",* **Kültür ve İletişim,** *2009, Sayı:1, s. 9-38.*
- *Arorson, E./T.D Wilson,T.D/Akert,M.R.:* **Sosyal Psikoloji**, *Türkçesi: Orhan Gündüz, İstanbul 2012.*
- *Aruoba, Zeynep:* **Çeşitli Hak İlişkileri Açısından Hak Kavramı,** *Hacettepe Üniversitesi, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 1980.*
- *Beysan, Nazime:* **Hukuk Felsefesi Açısından Hak Kavramının Analizi,** *İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2008.*
- *Camus*, *Albert:* **Doğrular**, *çev. Ferit Edgü, 2.Baskı, İstanbul 2009*
- *Carison, Richard*: **Ne Olursa Olsun Mutlu Olabilirsiniz**, *çev. Burcu Tümer, Ankara 2001.*
- *Dinçmen, Kriton:* **Deskriptiv ve Dinamik Psikiyatri**, *İstanbul 1981.*
- *Fine, Cordelia:* **Başına Buyruk Beyin**, *Türkçesi: Pınar Turanlı, İstanbul 2010.*
- *Freud*, *Sigmund*: **Cinsellik Üzerine**, *Çev. Emre Kapkın, İstanbul 2006.*
- *Göka, Erol: "Komplocunuz Paranoyak mı?* ***Başka*****, Psikiyatri ve Düşünce Dergisi**, *2010, Sayı: 5, s. 84.*
- *Güriz, Adnan:* **Hukuk Felsefesi**, *6. Baskı, Ankara 2003.*
- *Gürün,E.D./Göka,E./ Kısa,C.: "Hekimlerin ve Hukukçuların İşbirliğini Zorunlu Kılan Bir Durum: Dava Paranoyası"* **Adli Psikiyatri Dergis***i, Nisan 2006, Cilt:3, Sayı: 2, s.17-21, s.19-20.*
- *Hacak*, *Hasan*: **İslam Hukukunun Klasik Kaynaklarında Hak Kavramının Analizi**, *Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü,Temel İslam Bilimleri Anabilim Dalı, İstanbul 2000.*

32 *Formula dönemindeki bu yetki, ağırlıklı olarak savunulan bir görüşe dayanmakta olup, buna göre yargıç, Formula'daki mahkûmiyet ve beraat kararıyla bağlı değildi; üçüncü bir seçenek olarak, " Sibi non liquere" (bana göre açık değil) şeklindeki beyanı ile (yemin etmek suretiyle) karar vermekten çekinme hakkına sahip idi,bkz.: Bahar Öcal, "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri"* **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi***, 2011, Cilt:60, Sayı: 3,s.523-570,ss.556.*

33 *Bkz.: Anayasa m.36/2: "Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki dâvaya bakmaktan kaçınamaz."*

- *Hegel,G.W.F.:* **Hukuk Felsefesinin Prensipleri**, *Çev. Cenap Karakaya, İstanbul 1991.*
- *Huber, Cheri:* **Bulmak İstediğin İnsan Ol**, *Türkçesi: Barış İlhan, İstanbul 2007.*
- *Kılınç, S./Torun,F.: "Adil Dünya İnancı"* **Psikiyatride Güncel Yaklaşımlar**, *2011, C.3, Sayı:1, s.1-14.*
- *Lloyd,J./ Mitchonson, J.:* **Afili Lügat,** *çeviren: Duygu Akın,İstanbul 2009.*
- *Nasio*, **J.D.: Psikanalizin Yedi Büyüğü**, *Türkçesi: Kenan Sarıalioğlu, İstanbul 2008.*
- *Okandan, Recai G.: "Kadim Yunanda Hususi Hukuk, Ceza Hukuku, Adlî Teşkilat ve Muhakeme Usulü"* **İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası,** *1951, Cilt17, Sayı:3-4,s.786-815)'ten Ayrı Bası, s.813-814.*
- *Öcal, Bahar: "Roma Medeni Usul Hukukunda Yargıcın Delilleri Takdiri"* **Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, *2011, Cilt:60, Sayı: 3,s.523-570.*
- *Özsunay, Ergun:* **Medenî Hukuka Giriş**, *5.Bası, İstanbul 1986.*
- *Sartre, J.P.:* **Tuhaf Savaşın Güncesi**, *çev. Z. Zühre İlkgelen, İstanbul 2006.*
- *Sigmund Freud*, **Cinsellik Üzerine**, *Çev. Emre Kapkın, İstanbul 2006*
- *Sofokles,* **Philoktetes,** *Çev. Nurullah Ataç, Ankara 1958.*
- *Spinoza, Benedictus:* **Teolojik-Politik İnceleme**, *Çev. C.B. Akal/R. Ergün, Ankara 2008.*
- *Swartz, David*: **Kültür ve İktidar, Pierre Bourdieu'nun Sosyolojisi,** *Çev. Elçin Gen, İstanbul 2011.*
- *Umur, Ziya:* **Roma Hukuku**, *İstanbul 1984, s.332.*
- *Urretokes, Nikiforos:* **Boranla Gelen**, *Türkçesi Panayot Abacı, İstanbul 1983.*
- *Tolgay, Elif Gökçen:* **Adli Tıp Açısından Hak Arama Paranoyası**, *Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, İstanbul 1996.*
- *Verhaeghe, Paul:* **Yalnızlık Zamanında Aşk**, *Çev. Ece Cihan Ertem-Mehmet Öznur, İstanbul 2003.*

HUKUK KÜLTÜRÜ KAVRAMINA SOSYOLOJİK BİR BAKIŞ[1]

Mehmet YÜKSEL[2]

Giriş

Türkiye'de hukukun tanımlanması ve kavramlaştırılması hususunda, genel olarak, hem doktrin bağlamında hem de hukuk pratiği bakımından pozitivist bir hukuk anlayışının egemen olduğu rahatlıkla söylenebilir. Hukuk fakültelerinde "hukuka giriş" mahiyetinde okutulmakta olan "Hukuka Giriş", "Hukuk Başlangıcı", "Hukukun Temel Kavramları" ve "Hukukun Temel İlkeleri" gibi başlıklar taşıyan ders kitaplarında; hukuk, esas olarak, "bireyler arası ilişkileri ve birey ile devlet ilişkisini düzenleyen, arkasında devletin örgütlü gücü bulunan, maddi müeyyidelere sahip kurallar bütünü" olarak tanımlanmaktadır. Hukukun, toplumsal yapının temel bir kurumu olduğu; bu niteliği ile sosyal düzeni sağlayan asıl sosyal kurumlardan birini teşkil ettiği, genel toplumsal sistemin bir alt sistemi olduğu neredeyse hiç belirtilmez. Hukuk, büyük ölçüde, toplumun ekonomik, siyasal ve sosyo-kültürel boyutlarından tamamen bağımsız kendi içinde bir bütünlüğü ve sistematiği olan bir olgu olarak kavramlaştırılır.

Aynı eğilim, "hukuk sistemi" kavramlaştırmasında da söz konusudur. Gerek Türk Hukuk Sistemi gerekse Türk hukukunun bir parçası olduğu "Kıta Avrupası Hukuk Sistemi" de benzer şekilde kavramlaştırılıp sınıflandırılır. Bu sınıflandırma yapılırken; daha ziyade hukuk hayatında yer alan yasama ve yargı gibi temel organlarla, mevcut şekli ve maddî hukuk kuralları bütünü dikkate alınır. Hukukun bir sosyal kurum ve toplumsal sistemin bir alt sistemi olarak, toplumsal yapıyı oluşturan diğer toplumsal kurumlarla ve toplumsal sistem içindeki diğer öğelerle bir karşılıklı ilişki ve etkileşim halinde bulunduğu dikkate alınmaz. Başka bir deyişle, diğer bütün sosyal olgular gibi hukukun da toplumsal bir bağlama sahip olduğu ve bu yönüyle sosyo-kültürel boyutları bulunan bir olgu olduğu düşünülmez. Sistematik bir şekilde hukukun bir kavramlar, kurallar, prosedürler ve kurumlar bütünü olduğu vurgulanır. Bundan dolayı da Türk Hukuk Sistemi, Fransız Hukuk Sistemi, Alman Hukuk Sistemi gibi aslında çok farklı özelliklere sahip hukuklar, sanki aralarında hiç esaslı farklılıklar yokmuş gibi, hepsi birden "Kıta Avrupası Hukuk Sistemi" başlığı altına yerleştirilip sınıflandırılır.

1 26-29 Kasım 2012 tarihlerinde İstanbul'da düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-VI Sempozyumu"na sunulan "Hukuk Kültürü Kavramına Sosyolojik Bir Bakış" başlıklı bildiri metninin geliştirilmiş versiyonu olup İletişim Kuram ve Araştırma Dergisi, sayı. 35: 1-18, 2012'de hakemli makale olarak yayımlanmıştır.

2 Prof. Dr. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Hukuk pratiğinde rol sahibi olan avukatlar, savcılar, yargıçlar, polisler, icra daireleri personeli ve cezaevi çalışanları gibi aktörlerin de, ağırlıklı olarak, hukuku, adeta insanlar, gruplar, sınıflar ve kültürler üstü bir alan olarak algılayıp anlamlandırdıkları sıkça gözlenen bir hususdur. Böylesi bir algı ve anlamlandırmada, hukuku uygulamakla görevli kişilerin, makamların ve organların kültürünün, bakış açısının, örgüt ikliminin ve zihniyet dünyasının hukukun işleyişinde herhangi bir role sahip olduğu neredeyse hiç göz önüne alınmaz.

Oysa hukukun, bünyesinde yer aldığı toplumsal bütünle ve o bütünün kültürü ve zihniyet dünyası ile ilişkisi ve etkileşimini anlamaksızın yapılacak analizler ve değerlendirmeler, hiç kuşkusuz eksik kalacaktır. Sadece, toplumsal bütünün kültürü üzerinden yoğunlaşan bir analiz de eksik kalmaya mahkum olacaktır. Bir toplumun mensuplarının ortaklaşa paylaştıkları kültürel değerler ve davranış kalıpları yanında, farklı gruplara, alanlara ve bilgilere ait alt kültürler de söz konusudur. Örneğin, batı kültürü–doğu kültürü, burjuva kültürü–işçi kültürü, siyasal kültür ve hukuk kültürü gibi. Hukuka sosyo–kültürel çerçevede yaklaşım kapsamında, hem genel olarak hukukçu olmayan kimselerin hukuka ilişkin bakış açıları ve değerlendirme tarzları, hem de bizzat hukuk alanındaki profesyonellerin bakış, duyuş, düşünüş ve davranış tarzları hukuk pratiğinde önemli bir yere sahiptir. İşte, böylesi çok yönlü ve kapsamlı bir analiz bakımından "hukuk kültürü kavramı"nı sosyolojik açıdan incelemek büyük bir öneme haizdir.

Kültür ve Kültür Kavramı

Kültür, neredeyse her yerde başvurulan ya da kullanılan bir kavram olmakla birlikte, çoğu zaman açıklaması yapılan bir kavram değildir. Toplumsal yaşamın farklı alanlarında kültür kavramı, çok değişik ve çeşitli anlamlarda kullanılır: Kolektif kimlik, ulus, etnisite, şirket politikası, örgüt iklimi, sanat ve edebiyat, yaşam tarzı, ritüel ve kitlesel ölçekte üretilen popüler eserler anlamlarında olduğu gibi (Mezey, 2003: 37).

Kültür, geniş anlamda, insanların belli bir toplumda ne yaptıklarına, onu niçin yaptıklarına, yapıp eyledikleri ile yarattıkları dünyaya bakılarak anlaşılır. Başka bir ifadeyle kültür, insanların amaçlı etkinlikleri yanında, toplumsal alışkanlıkları ve pratikleri ile vücuda getirdikleri insan yaratımı bir olgudur. Kültür, hem insanların anlam ve değer dünyalarını yansıtan, hem de bunlar tarafından şekillendirilen bir oluşumdur. Bundan dolayıdır ki, hiçbir kültür, insanların amaçlarını ve hedeflerini, onların neyin iyi-kötü, doğru-yanlış, adil-adil olmayan, değerli-değersiz olduğu konusundaki kavrayışları ile bunların anlamının ve değerinin nihai kaynakları hakkındaki inançları incelenmeksizin anlaşılamaz (George, 2003: 3).

Williams'a göre kültür, zamanımızda ayrı bir halkın ya da başka bir toplumsal grubun "bütün bir yaşam biçimi"ni ifade eder. Bugün kültürün en yaygın kabul gören anlamı budur. Buna göre kavram, genel bir "anlamlandırma sistemi olarak, sadece geleneksel sanatların ve entelektüel üretim biçimlerinin ifadesi olmaktan çıkarak, sanat ve felsefeyi de içerecek şekilde dilden gazeteciliğe, moda ve reklamcılığa kadar, bütün imgesel pratikleri ve alanları kapsar hale gelmiştir" (1993: 9-11). Williams'ın yaklaşımında kültür, sosyal

bakımdan sadece sanat ve öğrenme etkinlikleri bağlamında değil, aynı zamanda toplumsal kurumlarda ve alelade insan davranışlarında gözlenen belli anlamların, değerlerin ve özgül bir yaşam tarzının tasviri olarak kavramlaştırılabilir. Böyle bir tanımdan hareketle yapılacak kültür analizi, belli bir yaşam tarzındaki açık veya örtük değerlerin ve anlamların, yani kültürün berraklaştırılması anlamına gelir. Kültür kavramı, her zaman kendi gelişimini etkileyen ilgilerden, çıkarlardan ve ideolojilerden arınık olmayıp onların derin izlerini taşır. Williams'ın sosyal kültür tanımından hareketle kültür, anlamı üretilen, icra edilen, dönüştürülen, itiraz ya da mücadele edilen paylaşılmış bir anlamlı pratikler seti olarak tanımlanabilir (Mezey, 2003: 42).

Durkheim'a göre, toplumsal olgular; "bireyin dışında bulunan ve sahip oldukları zorlayıcı güç sayesinde kendilerini bireye empoze eden davranış, düşünüş ve duyuş tarzlarından" ibarettirler. Bu davranış ve düşünüş tarzlarından bazıları, tekrarlanma sonucunda, zamanla tortulaşırlar ve kendilerini yansıtan tekil olaylardan soyutlanarak bir tür istikrarlılık kazanırlar. Böylece kendilerine özgü bir bütünlüğe ve forma bürünürler, yani tek tek bireysel olgulardan farklı kendilerine özgü bir realite meydana getirirler. Bu bağlamda hukuk kurallarından, ahlak kurallarından, din kurallarından oluşan realitelerden ya da kolektif alışkanlıklardan söz edilebilir (Durkheim, 1986: 38-42). Antropolog Taylor, kültürün ünlü ve halen de geçerli bir tanımını yapmıştır: Kültür ya da uygarlık, bir toplum üyesi olarak insanoğlunun kazandığı (iktisap ettiği) bilgi, sanat, ahlak, gelenekler ve benzeri diğer yetenek ve alışkanlıkları kapsayan karmaşık bir bütündür (Güvenç, 1985: 22). Durkheim'ın toplumsal olgu tanımını Taylor'un kültür tanımı ile birleştiren Duverger kültürü şöyle tanımlar: "Kültür, bir insan topluluğundan beklenilen davranışları tayin eden rolleri oluşturan, düzenlenmiş (coordone) bir davranışlar, düşünceler ve duyuşlar bütünüdür (Duverger, 1975: 111-113).

Yukarıda zikredilen açıklamalardan hareketle kültürü, özetle, insanlar arası ilişki ve etkileşimlerle yaratılan ve paylaşılan, insanların duyuş, düşünüş ve davranış tarzlarının şekillenmesinde rol oynayan bilgi, inanç, sanat, hukuk, ahlak, örf ve adetler bütünü olarak tanımlayabiliriz.

Her toplumun mensuplarının paylaştıkları ortak değerlerden, normlardan ve davranış tarzlarından oluşan bir kültürden söz edilebilir. Ancak bu, o toplumun bünyesindeki tüm bireylerin, grupların ve kesimlerin söz konusu kültürü eşit bir şekilde yarattıkları ve paylaştıkları, onu aynı ölçüde benimsedikleri anlamına gelmez. Aksi halde, "alt kültür" ve "karşıt kültür" gibi kavramları açıklamak mümkün olmayacağı gibi; sanat kültürü, din kültürü, hukuk kültürü, iktisadi kültür ve siyasal kültür gibi kavramlaştırmaların da bir anlamı kalmaz. Oysa, toplumsal yaşamın farklı kurumsal ve etkinlik alanlarında yaşanan ilişki ve etkileşimlere bağlı olarak, diğerlerinden nispeten farklı duyuş, düşünüş ve davranış tarzları ortaya çıkar. Bu da farklı kurumların ve grupların kültürlerinden söz etmeye imkan verir.

Kültür, bir bakıma, toplumların gerek bilinçli, gerek bilinçsiz belleğidir. Ancak tüm kültürler, aynı zamanda sürekli bir evrim de geçirirler. Hiç kuşkusuz bu evrimin hızı ve

kapsamı, yere ve zamana göre değişir. Kültürel alandaki değişim 20. yüzyılda büyük bir artış göstermiştir. Daha önceleri, kültürlerin evrimi, olağandışı durumlar bir yana bırakılırsa, bir insanın yaşamı boyunca algılanabilecek nitelikte değildi. Oysa bugün, neredeyse tüm insanlar, önemli kültürel dönüşümleri gündelik yaşantılarında hissetmektedirler. Örneğin, hukukun başlangıçta tek kaynağı örf-adetlerdi ve bu niteliğiyle hukuk, toplumun genel değer ve norm sisteminin ayrılmaz bir parçasıydı, sözlü olarak yaşatılıp aktarılmaktaydı. Tarihsel süreçte, zamanla kanun koyucu konumundaki kimselerin veya kurumların yasalar veya derlemeler şeklinde yeni bir takım düzenlemeler yapabilecekleri, kurallar ihdas edebilecekleri esası benimsendi (XII. Levha Kanunu, Solon Kanunları ve Hammurabi Kodu gibi). Böylece, yasalar ve yargı kararları da norm yaratan başlıca kaynaklar haline gelmeye başladı. Günümüzde bir yandan yeni yasaların sayısı artarken; diğer yandan eski kararlar sıkıca gözden geçirilmekte ve değiştirilmektedir. Yeni norm yaratan ve eskileri yürürlükten kaldıran mekanizmalar, edebiyat, felsefe ve sanat gibi alanlara nazaran, hukuk alanında daha ileri ve daha resmi bir nitelik taşımaktadır (Duverger, 1975: 125-127). Özetle, günümüzün modern toplum şartlarında hukuk, bir sosyal kurum ve toplumsal yaşamın temel etkinlik alanlarından biri olarak diğerlerinden ayrı önemli bir alan haline gelmiştir. Bu özelliğinden dolayı, artık ayrı bir hukuk alanından ve hukuk kültüründen rahatlıkla söz edebiliriz.

Her kültür, toplum halinde yaşayan insanların, ilişki ve etkileşimlerini belirleyen bir modeller bütünüdür. Ancak bu kültürel bütün de alt-bütünlere veya alt gruplara ayrılır. Örneğin, kuzey kültürü, güney kültürü, batı kültürü, doğu kültürü ve Akdeniz kültürü gibi. Yine, sosyal tabakalaşmadan hareketle yapılan burjuva kültürü ve işçi kültürü sınıflaması gibi. Aynı şekilde, toplumsal hayatın bazı alanlarında yaşanan yoğun ilişki ve etkileşimler çerçevesinde ortaya çıkan alt-bütünlerden de söz edilebilir; siyasal kültür, iktisadi kültür, sanat kültürü ve din kültürü gibi (Duverger, 1975: 128). Bu çerçevede, herhangi bir toplum ya da kültürün hukuksal yanları bir araya geldiğinde, nispeten sistematik ve tutarlı bir bütün oluşturduğu takdirde; bu bütünü ifade etmek üzere "hukuk kültürü" kavramını kullanabiliriz. Sosyolojik açıdan toplumun temel sosyal kurumlarından biri olarak hukuk, toplumsal sistemin bir alt-sistemini oluştururken; antropolojik açıdan kültürün ya da kültürel bütünün bir alt-kültür alanını ifade eder.

Hukuk-Kültür İlişkisi

Hukukun hem bir kültür yaratıcısı, hem de bir kültür nesnesi olduğu söylenebilir. Genel olarak hukuk, birey ve grup kimliğini, sosyal pratikleri ve kültürel simgelerin anlamını şekillendirir. Sosyal pratikler ve kültürel simgeler de aynı zamanda hukuku meşrulaştırarak, sosyal bakımdan istenir kılarak, siyaseten uygulanabilir hale getirerek, mevcut durumu değiştirerek hukuku şekillendirir. Hukuk, bir sosyal pratik olduğu kadar bir toplumsal varoluş tarzıdır da. Hukuk, kültürel anlamları düzenleyen ve yeniden düzenleyen; parlamenterler, yargıçlar, vatandaşlar gibi farklı öznelere sahip bir kurumsal kültürel aktör olarak da görülebilir (Mezey, 2003: 45).

İlk bakışta hukuk, kültür ile zıtlık içinde de değerlendirilebilir. Hukuk, sadece anayasalarda, yasalarda, yargısal kararlarda ortaya çıkan bir olgu olarak düşünüldüğünde; toplumsal uyuşmazlıkları çözmeye çalışan bir prosedürler ya da formaliteler bütünü veya bir kurallar ve haklar seti olarak görüldüğünde kültür ile zıt bir konumda ele alınmış olur. Böyle yaklaşıldığında hukuk, nadiren kültürel bütünün ya da sistemin bir bileşeni olarak kavranır. Başka bir deyişle, hukuk ve kültür farklı eylem dünyaları olarak kavramlaştırılır ve ancak oldukça marjinal sayılabilecek düzeyde biri diğeriyle ilişkilendirilir. Örneğin, beysbol oynama veya beysbol oyununu seyretme gibi kültürel etkinliklerin bazı hukuki sonuçları olabileceği genel olarak düşünülmez. Benzer şeklide, beysbolu anti-tröst yasalarından hariç bırakmak üzere açılan bir davanın da kültürel bazı sonuçları ya da boyutları olabileceği düşünülmez. Oysa, bir oyunun hukuki boyutları, bir davanın da kültürel boyutları olabileceğini tahayyül etmediğimiz takdirde, hukuka bakış açımızı oldukça yoksullaştırmış oluruz. Aksine, beysbol oyununu hukuki yanları bulunan bir etkinlik, hukuki bir davayı da kültürel yönleri ve sonuçları bulunan bir hadise olarak tasavvur ettiğimizde hukuk hakkındaki anlayışımızı zenginleştirmiş oluruz (Mezey, 2003: 37).

Aslında, hukuk ile kültür arasında karmaşık bir diyalektik ilişki vardır. Yani, hukuk ile kültür arasında karmaşık bir iç içelik söz konusudur. Biri diğerinden önce olmadığı gibi, sonra da değildir. Hukuk, kültürün oluşumuna katkıda bulunurken kültür de hukuku etkiler ve şekillendirir. Hukuk ile kültür arasında; birbirini karşılıklı olarak enforme eden, biçimlendiren ve güçlendiren bir ilişki veya etkileşim vardır. Hukuk, mevcut kültürü sadece yapıcı tarzda etkilemez; aynı zamanda yıkıcı tarzlarda da şekillendirebilir. Örneğin, hukukun kölelik müessesesine müdahale etmeyi reddetmesi, ırkçı nitelikteki bir üstünlük-astlık ideolojisi tarafından kuşatılan bir kültürün sürdürülmesine katkıda bulunur. Tersini yaptığında ise, zamanla ırkçı önyargıları azaltan, nispeten daha eşitlikçi bir kültürel anlayışın serpilmesine katkıda bulunur (George, 2003: 16). Kısacası, hukuktan tamamen arınmış bir saf kültürden söz edemeyiz. Aynı şeklide, ahlak, hukuk ve kültüründe birlikte düşünülmesi gerekir. Hukuk, uygar yaşamın zorunlu şartlarından birisidir. Hukuk yoluyla adil ve özgür bir düzene katkıda bulunabileceği gibi, adaletsizlik ve baskıya da yol açılabilir. Bunun içindir ki, hukukun adalet, ahlak ve kültürel boyutu olduğu hiçbir zaman gözden kaçırılmamalıdır.

Hukuk ile kültür ilişkisine değişik açılardan bakılarak farklı kavramlaştırmalara gidilebilir: 1) Hukuk, bir kültürün pasif yansıması, o kültürün iktidar yapılarının cisimleşmiş hali ve onların değer tercihlerinin bir ifadesi olarak işler. Bu anlamıyla hukuk, kültürün sadece pasif bir imajı veya yansımasıdır. Yani hukuk, kültürün formelleşmiş bir analojisidir. Yalnızca bir kültür tarafından yetkilendirildiği kadarını yapar ve o kültürün kimliğini muhafaza etme görevini üstlenir. 2) Hukuk, kültür ile interaktif bir ilişki içinde bulunarak, kültürden etkilenerek ve karşılık olarak iktidarın paylaşımını ve değer kalıplarını etkileyerek işler. Bu kavrayış; hukuk-kültür ilişkisinin ve etkileşiminin dinamik yanlarını vurgular. Hukuku kültür ile olan karışlıklı bağları temelinde tasavvur eder ve hukukun farklı hukuk sistemlerinde toplumsal değişme sürecinde nasıl bir rol oynadığı hususuna odaklanır. 3) Hukuk, kültürle ilişkisinde otonom bir şekilde, kendi içsel mantığını geliştirerek ve belli

çizgiler boyunca ilerleyen bir gelişme göstererek işler. Bu anlayış, özellikle hukukun kültürel hayatın diğer alanlarından büyük ölçüde farklılaşmış olduğu yapılardaki hukuk-kültür ilişkisini analiz etmek bakımından elverişli bir perspektif ortaya koyar. Hukuk sistemi ağırlıklı olarak profesyonel eğitim görmüş seçkin bir kesime dayanıyorsa, yüksek ölçüde rasyonalize olup teknik nitelikte bir prosedürler bütününe sahipse, hukuk kendisini kültürel bağlamdan önemli ölçüde soyutlama eğiliminde olacaktır. Bu bakışta hukuku, kültürden etkilenen değil, etkileyen veya belirleyen bir faktör olarak görme eğilimi güçlüdür (Falk, 1961: 13-16).

Hukuk-kültür ilişkisine farklı bir şeklide yaklaşan Bork'a göre hukuk, günümüzde ahlaki bir kaos durumunda bulunuyor. Bu düzensizliğin esas kaynaklarından biri, seçilmiş temsilciler ile atanmış yargıçlar arasındaki önemli ayrıma dikkat etmekteki kusur veya başarısızlıktır. Bu konudaki kusur ya da başarısızlık, sadece meşruiyeti tartışmalı anayasal kararlara yol açmıyor, aynı zamanda kültürel yönelimde de keskin bir farklılığa sebep oluyor. Bu durum, yargıçlar ile parlamenterlerin farklı kültürel değerlere sahip olmalarından ve farklı seçmen gruplarına veya hedef kitlelere cevap vermelerinden kaynaklanmaktadır. Mahkemeler ve parlamentolar arasındaki çatışma, günümüzde "kültür savaşı" olarak adlandırılan olgunun da bir görünümüdür (Bork, 2003: 19). Bu noktadan hareketle denebilir ki; her zaman ve her yerde geçerli mutlak bir kültürel bütünden ve uyumdan söz edilemeyeceği gibi, aynı şekilde yekpare bir hukuk kültüründen de söz edilemez. Hukuku yaratma, uygulama ve icra etme sürecinde rol oynayan aktörler olarak yasama, yürütme ve yargı organlarının farklı kültürel değerlere ve tercihlere sahip olması, toplumsal hayatın bir gerçeği ve gereğidir.

Kültür terimine, genellikle, kolektif inançlara, değerlere ve geleneklere işaret etmek üzere başvurulmaktadır. Belli bir toplumun veya sosyal topluluğun karakteristiğini oluşturan bu öğeler, belli bir devamlılığa sahip olmakla beraber toplumsal değişmeden muaf da değildirler. Bu konudaki temel mesele, hukukun ne ölçüde kültürle bezeli ya da kültüre gömülü olduğu ve ne ölçüde kültürden bağımsız ya da serbest olduğudur. Aynı şekilde, hukukun mevcut şartlara ne kadar uyarlanabilir teknik bir araç olduğu ve ne ölçüde kültürel koşulların veya zihniyetin bir ifadesi olduğudur. Kültür-hukuk ilişkisi hakkında böylesi bir tartışma, hem hukuki sistemler arasındaki nakiller ve bunların uyumu açısından, hem de hukuk doktrinleri ve kültür ilişkisi bakımından önemlidir. Burada cevap aranması gereken temel sorular şunlar olmaktadır: Hukuki anlayış ve yorumlar, kültürel kavrayış ve anlayışlara bağımlı mıdır? Nihai aşamada hukuki etkililik, kültürel şartlar tarafından mı belirlenmektedir? Yasa önünde eşitlik ve hukuk devleti ilkeleri, bireyler yanında sosyal grupları hak ve sorumluluk sahibi kültürel özneler olarak tanıyabilir mi? Eğer hukuk devleti, benzer durumlar karşısında benzer muamele ihtiyacının öğretisel anlamda kabulü anlamına geliyorsa veya hukuk önünde herkese bir örnek uygulama anlamına geliyorsa, böyle bir doktrin değişik sosyal grupların çıkarlarını ve taleplerini olduğu gibi tanıyabilir mi? Buradaki mesele, kendi kavramsal yapısı içinde hukukunu kültürü tanıması meselesidir. Bu durumda da şu sorunun cevaplandırılması gerekmektedir: Kültür, zorunlu olarak

hukuk doktrinine tamamen yabancı ve ona görünmeyen bir olgu mudur? Kültürel faktörü dikkate almayan bir hukuk, kendi egemenlik alanında kültürel farklılığı veya çeşitliliği değil, kültürel bir örnekliği varsaymış olur. Böyle bir varsayıma sahip olan hukuk, bir örnek olarak gördüğü kültürün doğası hakkında düşünme ihtiyacı duymaz. Bu durumda şu sorular gündeme gelir: Kültür, tamamen görünmez olabilir mi veya onu tümüyle görmezlikten gelmek mümkün müdür? Kültür kavramına kesin ya da değişmez bir anlam yüklenebilir mi? Oysa hukuk ve kültür, aynı anda hem kurucu hem de belirleyici olarak hukuk hakkındaki tartışmalarla bağlantılıdırlar. Örneğin, Feminizm ve Eleştirel Irk Teorileri, hukukun sosyal ilişkilerin anlamını belirleme, sosyal kurumların işleyişini etkileme ve kişisel kimliği tanımlama gücünü vurgularlar. Bu, sadece vatandaşlık olarak veya bir hukuki süje olarak hukuki kişiliğin tanımlanması meselesi değildir. Hukuk, aynı zamanda, anne, göçmen, etnik grup üyesi gibi sosyal statülere iliştirilmiş beklentileri, sorumlulukları ve sınırlamaları da belirler. Böylece, sosyal statülerin kültürel anlamını yaratmaya da katkıda bulunur. Söz konusu teorilerinden başkaca tartışmalarda da sık sık hukukun anlam inşa edici, kimlik belirleyici kapasitesi vurgulanır (Cotterrell, 2004: 2-3).

Hukukun anlam yaratma kapasitesine ve kuruculuk işlevine somutluk kazandırmak üzere şu örnekler zikredilebilir: ABD'nin Massachusetts eyaletindeki bir mahkeme, görmekte olduğu davada, burada yaşayan Mashpee'lerin bir kabile olup olmadığına karar verme sorumluluğunu üstlendi. Bunu yaparken; onların kolektif kimliğini, yaratabileceği dramatik sonuçlarıyla birlikte tanımlamış oldu. Yapılan tanım, Mashpee kültürüne tamamen yabancı olan ırk ve liderlik gibi kavramları, Mashpee topluluğuna ve bölgesine ait özgül olgularla birleştirdi. Bu şekilde uygulanan hukuk eliyle, egemen kültürün başta mülkiyet olmak üzere ilgili kavramları, söz konusu kavrama yabancı bir gruba ve kültüre dikte edilmiş oldu. Burada ortaya çıkan sonuç, kültürel farklılığın egemen hukukun tanımlarına ve hükümlerine uydurulmasıdır. Başka bir deyişle, mahkeme, kendi baskın kültür ve hukuk anlayışını onlara dayatmış oldu. Böylece hukuk, ötekilerin kültürel anlamlarını belirli bir anlayışın çerçevesi içine sokarak kontrol etmenin bir aracı haline getirildi. Üstelik örneğimizde olduğu gibi, hukuku yorumlayanlar, her zaman sadece hukuk profesyonelleri de değildir. Hukukçu olmayan vatandaşlar da potansiyel hukuk yorumlayıcılarıdırlar. Bizatihi hukuk profesyonellerinin kendileri de homojen bir grup oluşturmazlar. Bu gruplar içinde; günümüzde giderek artan ölçülerde toplumsal cinsiyet, ırk, etnisite, cinsel yönelim vb. gibi faktörler bağlamında farklı yorumların yapıldığı, değişik kararların ve tercihlerin ortaya çıktığı gözlenebilir. Başka deyişle, hukuku yorumlayan profesyonel gruplar, sosyal ve kültürel farklılığın kalıplaşmış çeşitliliğini yansıtırlar. Hukuki pozitivizmin yükselişi, dikkati, hukukun kültürel temellerinden ziyade onun yasama sürecindeki politik kaynaklarına çekerek kültürel değişimin sonuçlarını görmezlikten geldi. Bu eğilim epeyce etkili olmakla beraber, yakın zamanda, yukarıda da belirtildiği üzere, toplumsal cinsiyet, sınıf, ırk, etnisite, cinsel yönelim ve din gibi sosyo-kültürel değişkenler, hukuki çalışmaların ve tartışmaların konusu haline geldi (Cotterrell, 2004: 4-5).

Son dönemlerde, hukuk-kültür ilişkisi konusunda yapılan araştırmaların bir kısmı da

popüler kültür-hukuk ilişkisi hakkında yoğunlaşmış bulunmaktadır. Bu araştırmalar, özellikle popüler kültür hakkındaki giderek gelişen literatürle ilgilenmektedirler. Popüler kültür kavramına; genellikle, filmler, televizyon kanalları, tiyatrolar, romanlar, magazinler, gazeteler ve reklamlar yoluyla ortaya konan imajların sunumunu ifade etmek üzere başvurulmaktadır. Birçok araştırmacı, hukukun nasıl sunulduğu veya gözüktüğü hususuyla ilgilenmekte ve bu çerçevede; hukukun genel kamusal imajların bir parçası olarak, popüler kavrayışlar bağlamında kitle medyasında nasıl sunulduğunu ve filtre edildiğini ortaya koymaya çalışmaktadır. Bir kültürel projeksiyon olarak hukuk hakkındaki asıl mesele, sadece hukuk doktrini ve pratiğine bakmakla kavranamaz. Sosyal olarak inşa edilmiş imajların ve kurgusal anlatıların da incelenmesi gerekir. Çünkü, popüler kültür bağlamında medyanın tasvir ettiği hukuk portresi, mevcut kültürel varsayımları da şekillendirir. Burada belirtilmesi gerekli bir diğer husus ise, hukukçuların hukuk hakkındaki kavrayışlarına ve tecrübelerine radikal bir şekilde aykırı olarak, hukukun vatandaşlar tarafından farklı bağlamda nasıl anlaşılıp tecrübe edildiğidir (Cotterrell, 2004: 5). Buraya kadar üzerinde durulan noktalar, hukukun kültür ile ne denli ilişkili olduğunu ve bunun çağdaş toplum şartlarındaki giderek artan büyüklüğünü, karmaşıklığını ve farklılığını ortaya koymaktır.

Hukuk-kültür ilişkisine uluslararası hukuk açısından da bakılabilir. Özellikle, II. Dünya Savaşı'ndan sonra, giderek evrensel bir nitelik kazanmaya başlayan "insan hakları" fikri, "kültür" ya da "kültürel" olarak adlandırılan olay ve olgular karşısında zaman zaman zıt bir konum işgal edebiliyor. Başka deyişle, evrenselleşen insan hakları anlayışı ile yere ve zamana bağlı göreceli bir karaktere sahip kültür arasında yer yer uyumsuzluklar, çelişkiler ve hatta çatışmalar gözlenebilmektedir.

Burada yanıtlanması gereken kimi sorular şunlardır: İnsan hakları ile kültürel pratik arasında bir çatışma vuku bulduğunda yapılması gereken nedir? Örneğin, evrensel insan hakları hukuku ile Afrika'daki kadınların sünnet edilmesi olgusu nasıl bağdaştırılabilecektir? Aynı şekilde, insan hakları kodları ile Suudi Arabistan'da kadınların araba kullanmalarına izin verilmemesi arasındaki uyumsuzluğu gidermek için ne yapılmalıdır? Bu türden sorular karşısında çok sayıda çağdaş insan, temel insan haklarının yerel ve özgül alanı, yani kültürel olanı aşması veya ona üstün sayılması gerekliliğini ifade ederek, bir kültürel pratik ile temel insan haklarından biri ihlal ediliyorsa bu durumda insan hakları esas alınmalıdır diyecektir. Bizim insan hakları ihlali olarak gördüğümüz davranışlar ve eylemler, belli bir kültüre mensup kişilerce öyle görülmüyorsa, bu durumda hukuk ile kültür arasındaki sınırı nereden çizeceğiz? Kültürel değişkenlerin, bazı yönetimler veya gruplar tarafından, yapmış oldukları ihlalleri bir meşrulaştırma, savunma veya özür aracı haline getirmeleri karşısında ne yapılacaktır? Özellikle otoriter rejimler, kendi tiranlıkları eleştirildiği, kendi yaptıkları insan hakları ihlalleri gündeme getirildiği zaman, hemen "kültür" diye seslerini yükseltmektedirler. Örneğin; kadınların sünnetinin Afrika kültürünün, kadınlara araba sürme yasağının da Suudi kültürünün bir parçası olduğu yüksek sesle dile getirilmektedir. İnsan hakları yanında, yine giderek evrensel kabul gören demokratik standartlar karşısında, hükümetler bunların kendi kültürlerine uygun düşmediğini, kendi insanlarının henüz bunlara hazır olmadığını belirtmektedirler (Friedman, 1997: 380-87).

Günümüzde insan hakları hukuku ve demokratik siyasal değerler ve normlar bir tarafta dururken; örf-adetler, dinsel inançlar ve ibadetler, kısacası, kültürel değişkenler karşı tarafta durmaktadır. Bir yandan da her insanın kendi tercihleri doğrultusunda yaşama ve sevme hakkı, kendi kültürünü yaşama ve ondan yararlanma hakkı olduğu ve bunların temel insan hakları arasında olduğu kabul edilmektedir. Böyle bir durum karşısında, kendi kültürünü yaşama hakkı ile kadınların sünnet olgusu nasıl bağdaştırılabilecektir?

Hukuk Kültürü Kavramına Bakış

John Bell, hukuk kültürünü, hukuksal kurumların işleyişiyle ve hukuki metinlerin yorumuyla bütünleşmiş değerlerin, pratiklerin ve kavramların özgül bir tarzı veya bütünlüğü olarak tanımlar. Hukuk kültürü açısından hukuk kavramı, hukukun sadece bir kurallar ve kavramlar setinden daha fazla bir şey olduğunu vurgular. Buna, kültür olarak hukuk kavramı da denebilir. Hukuk kültürü, aynı zamanda hukuk toplumunda bir sosyal pratik anlamına da gelir. Sosyal pratik olarak hukuk, hukuk kurallarının ve kavramlarının gerçek anlamını, onların toplum hayatındaki ağırlığını, yerini ve rolünü belirler. Özetle hukuk, ne sadece bir kavramlar ve kurallar setidir, ne de soyut veya izole halde bulunan bir sosyal pratiktir. Hukuk ve hukuksal pratik, ait oldukları toplumun kültürünün birer görünümüdürler. Hukuk kültürü, içinde bulunduğu toplumun daha genel kültürünün bir parçasıdır. Bu kültürün bilgisine ve kavrayışına sahip olmaksızın hukuksal sosyal pratiği anlamak mümkün olmaz. Hukuk sistemlerini sınıflandırma, bir anlamda hukuksal toplumları ve kültürleri ayırt etmek anlamına gelir. Farklı hukuk sistemlerini karşılaştırma ve birbirinden ayırma, ancak bu hukuk düzenlerini ve hukuk kültürlerini, ait oldukları daha geniş toplumsal kültür bağlamına yerleştirmekle mümkün olabilir. "Roma-Germen", "Common Law" ve "Sosyalist" hukuk sistemleri gibi sınıflandırmalara bu açıdan bakmak gerekir (Hoecke ve Warrington, 1998: 498). Ancak, bu hukuk sistemleri arasındaki sınırlar büyük ölçüde ülkeseldir. Hukuksal güç, siyasal sınırları izler ve yargısal alanlara bölünmüştür. Her bağımsız ülke, kendine ait hukuk kurallarına ve düzenine sahiptir. Belli bir ülkedeki hukuk kuralları, bunları uygulayan ve icra eden müesseselerle ulusal bir hukuk düzeni oluşturur (Friedman, 1996: 28). Bu ulusal hukuk düzenleri de daha büyük birimler veya "hukuki aileler" olarak gruplandırılarak yukarıda zikredilen "hukuk sistemleri" kavramlaştırmasına gidilmektedir. Burada yapılan sınıflandırmanın; daha ziyade siyasal ve ülkesel boyutlu olduğunu, "hukuk kültürü" boyutuna yeterince dikkate almayan bir gruplandırma olduğunu da belirtmemiz gerekir.

"Hukuk kültürü" teriminin "Common Law" hukuk sistemleri içinde bir statüsü olmadığı gibi, bu sistemdeki hukukçular arasında yaygın kullanımı olan bir terim de değildir. Kıta Avrupa'sında ise "hukuk kültürü" terimi, hemen Tarihsel Hukuk Okulu'nu çağrıştırır. Bu okul, Avrupa'yı ve dünyayı birçok kültürün mekanı olarak görür. Buna göre her toplum ya da kültür, kendi ayırt edici ruhuna sahip olup bu ruhu yansıtan bir hukuk sistemine sahiptir. "Common Law" hukuk sistemine sahip ülkelerde "hukuk kültürü" terimi, oldukça

yakın bir geçmişe sahiptir. Bu gelişmede ABD'de ünlü hukuk sosyologu Lawrence M. Friedman'ın çalışmaları önemli bir rol oynamıştır. Modernleşme sürecine ilişkin tartışmalar bağlamında Batı tipi hukuk, geleneksel toplumların modernleşmesinin zorunlu ve bütünleyici bir parçası olarak yüceltildi. Başta Friedman olmak üzere, kimi hukukçular ve hukuk akademisyenleri, Batı tipi hukukun sadece hükümetler eliyle çıkarılan bir hukuk kodundan veya başka bir aileden aktarılan yasalar bütününden ibaret görülemeyeceğini vurgulamaktadırlar. Başka bir ifadeyle, söz konusu hukuki düzenlemelerin bünyesinde yer aldığı toplumun bir bütün olarak hukuk kültürüne, sosyal gelenekler setine, hukuka ilişkin tutum ve beklentilere, hukuk kurallarına, hukuk mesleğine ve bağımsız yargıya saygı göstermeye, hukukun bağlayıcılığının benimsenmesine, hukuki değerlerin, normların ve prosedürlerin içselleştirilmesine dayandığını ileri sürmektedirler (Tay, 1983: 16-7). Batı hukukunun sadece, bir kavramlar, kurallar, prosedürler, müesseseler bütünü olmadığını aynı zamanda sosyal ve kültürel boyutu bulunan bir olgu olduğunu dile getirmektediler. Kısacası, her toplumun ayırt edici bir kültüre ve hukuk kültürüne sahip olduğunu, hukukun kültürel boyutunun da diğer boyutları kadar önemli olduğunu vurgulamaktadırlar.

Hukuk kültürü terimini kullanma çerçevesindeki tartışmaların çoğu, değişik hukuk sistemlerinin veya düzenlerinin farklı kültürel ve ideolojik ön kabullere dayandığını; bu kültürel ve ideolojik değişkenlerin "kitaplardaki hukuk"un işleyişini şu veya bu yönde ciddi bir şekilde etkilediğini ve hukukun belli bir sosyo-kültürel çerçevede hayat bulduğunu ortaya koymaya çalıştı. Kıta Avrupası'ndaki hukuk kültürü kavramı, hukukun tarihsel ve toplumsal bir bağlam içinde şekillenen tutumlar, inançlar ve davranışlar çerçevesinde şekillendiği hususuna dayalı olarak gelişmektedir. Günümüzde İngiltere ve özellikle Amerika'da kullanılan hukuk kültürü kavramının gerisinde, Batı hukuk geleneğinin ve ideolojisinin, daha geniş kültürel boyutu yeterince dikkate almadığı veya bunu ihmal ettiği yönündeki eleştiriler vardır. Çünkü egemen Batı yaklaşımı, Batı'ya özgü bir değerler setini diğer ülkelere empoze etmeye çalışmış, hukuku modernleşmenin veya ekonomik kalkınmanın hizmetinde teknolojik bir araç olarak görmüştür (Tay, 1983: 17-8).

Hukuk kültürünü, en genel anlamda, hukuksal boyutu bulunan sosyal tutum ve davranışların nispeten düzenlilik gösteren kalıplaşmış hali olarak da tanımlamak mümkündür. Hukuk kültürünün ayırt edici bileşenleri olarak; hukukçuların sayısı ve rolleri gibi hususların, hukuki kurumlardan ve olgulardan, dava ve mahkumiyet oranları gibi ölçülerden, yargı mensuplarının istihdam tarzları ve denetimleri gibi uygulamalardan hukuki meselelerde ve yargı sürecinde etkili olan düşüncelere, değerlere, arzu, inanç ve zihniyetlere kadar uzanan birçok etmenden söz edilebilir. Bütün bunlar, hukuk kültürünün görece somut ve açık veya nispeten muğlak bileşenleri olup hukuk hayatında etkilidirler. Aşağıdaki soruları da bu bağlamda düşünmek gerekir: Niçin belli bir ülkede meseleleri ya da ihtilafları yargıya götürme oranları çok yüksek iken, başkalarında bu oranlar düşük kalmaktadır? Bazı toplumlarda skandal haline gelen ve resmi işleme tabi tutulan bir cinsellik mevzuu, diğerlerinde niçin sadece evlilik bağına sadakatsizlik kapsamında değerlendirilmektedir? Bu tür sorular bizi, hukuk ile toplum ve kültür ilişkisi üzerinde daha fazla düşünmeye, hukuk kültürünün

etki ve sınırlarını araştırmaya, hukuk kültürü kavramının sınırları ve boyutları üzerinde daha fazla tartışmaya sevk etmektedir (Nelken, 2004: 1-2). Bir hukuk kültürü, bünyesinde bulunduğu toplumun kültürel değerlerini yansıtabileceği gibi, her kültür de kendi bünyesindeki yasaları ve normları içselleştirebilir.

Günümüzde giderek küresel düzeyde yaygınlaşan ve belirginleşen bir uluslararası hukuk kültürünün varlığından söz edilmektedir. Bugün, en azından kısmen de olsa, kendimizi ortakça paylaşılan bir hukuk kültürüne sahip sayıyoruz. Bu, bizi hem kendi toplumumuzun geçmişinden hem de başka toplumların kültüründen farklı kılmaktadır. Bundan böyle kendimizi, böyle bir kültürü oluşturan değerlerin, perspektiflerin, dilin, terminolojinin, literatürün bir parçası veya sahibi olarak görmeye başlıyoruz (Franck, 1999: 271). Franck "kültür kültür" (culture culture) terimi ile "hukuk kültürü" (legal culture) terimi arasında ayrım yapar. "Kültür kültür" terimi; ırk, din, etnisite ve ulusal kimlik gibi öğelerin özgül bütünlüğünün kavramsal bileşimini ifade etmek için kullanır. Bunlar, insanların kimliklerinin tanımlayıcı öğeleridir. Bir kimsenin çok tabakalı veya çok katmanlı kimliği, onun eşzamanlı olarak hem hukuk kültürü hem de kültür kültürü tarafından tanımlanmasına imkan verir. Uluslararası hukuk kültürü, bir genelliğin kültürüdür. Bu kültür, hakların ve ödevlerin eşit ve evrensel uygulanmasına bağlılıkla dile getirilir. Bu, uluslararası hukukun normatif evrenselliğine ve normatif eşitliğine bağlılık anlamına gelir. Normatif eşitlik, özellikle insan hakları bağlamında hem devletlere hem de kişilere uygulanır. II. Dünya Savaşı'ndan beri, normatif evrensellik, giderek artan ölçülerde hem hakların hem de sorumlulukların taşıyıcısı olarak kabul edilen bireylere de uygulanmaktadır. Örneğin, Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 2. maddesi, bütün insanları, aralarındaki ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal fikir, ulusal ve sosyal köken, mülkiyet ve doğum gibi durumlarını dikkate almaksızın eşit kabul etmektedir (Franck, 1999: 271-72).

Hukuki kurumların ve fikirlerin nakli ya da yer değiştirmesi, sınır aşan bir nitelik kazanmış olup hukuki gelişim sürecinde doğal bir aşama niteliğindedir. Üstelik, bu sadece günümüzde mevcut bir olgu değil, hem geçmişte görülen hem de gelecekte daha çok görülecek bir harekettir. Aslında hukukun tarihi, büyük ölçüde, aynı zamanda hukuksal nakillerin ya da göçlerin de tarihidir. Kuşkusuz bir hukuk sisteminin üç bileşeninden "yapı" ve "madde"nin (içerik) nakli, değerlerin ve "hukuk kültürü"nün naklinden daha kolaydır. Çünkü hukuk kültürü, bizzat toplumsal kültürel yapısının bir parçasıdır. Nakil ya da yer değiştirmeler konusundaki güçlükler, tekniklerin ve formların nakli hususunda değildir. Asıl zorluk, değerlerin ve içeriğin akışından kaynaklanmaktadır. Bir nakil olayı gerçekleştiğinde, nakledilendeki değişme, mevcut geleneklere uyma yönünde olabilir. Mevcut gelenekler de, karşılık olarak, yapı ve maddenin işleyişi üzerinde ciddi etkilerde bulunabilir (Örücü, 2002:205-22).

Friedman da hukuk kültüründe yaşanan yoğun değişime dikkati çekmektedir. O'na göre hukuk kültüründeki değişikliklerin gerisinde birçok faktör bulunmaktadır; ailedeki, ekonomideki ve teknolojideki değişiklikler gibi. Toplumsal değişme süreci, hukuk kültürünü yeni kanaat ve fikir kalıpları üretmek üzere etkilemektedir. Bundan böyle tek bir hukuk-

sal veya ahlaki standardın olduğu veya olması gerektiği fikri, giderek gözden düşmektedir. Tek bir resmi standardın çökmekte olduğu kabul edildiğinde; aynı zamanda popüler eşitlik teorisinde, hukuk teori ve pratiğinde de bir değişim gerçekleşmektedir. 19. yüzyıldaki başat teori olan hukuki eşitlik teorisi, aşağı yukarı bu türden fikirlere dayanıyordu. Örneğin, ABD'de, tek bir ahlaki kod ve standart vardı. Tek bir egemen veya üstün bir dil ve din söz konusuydu. Saygınlığın ve liyakatin tek bir mihenk taşı vardı. Aslında, gerçek hayatta başka diller, dinler ve standartlar vardı. Azınlık dillerine ve dinlerine tolerans göstermek, bunlara zulmetmemek Amerikan örneğinin özgül bir karakteridir. İnsanlar Tanrı'ya, tanrılara inanabilirler, ibadet edebilirler veya hiçbirine inanmayabilirler. Ancak ABD, halen de azınlık mensuplarına ait bir ülke değildir. O, çoğunluğa ait olup baskın grup Kuzey Avrupa'dan gelmiş olan beyaz erkeklerdir. Diğerleri, bu gerçeği bir norm olarak kabul etmelidirler. 19. yüzyılın hukuku, oldukça geniş sahaları tek bir resmi ahlaki kodu destekleyen özgül bir hukuk kültürüne dayalıydı. Ancak, modern bir haklar rejimi bu şekilde işleyemez. Haklar, öznel açıdan ya tümüyle ya da hiç olarak hissedilir. Bazı haklar, eşit inandırıcılık veya ikna gücüyle diğerleriyle çatışır. Bundan böyle hukuk, bir semboller ve anlamlar sisteminden daha fazla bir şey olarak ciddi bir şekilde incelenmelidir. Hukuk, aynı anda, hem bir araçsal sistemdir hem de anlam yüklü bir sistemdir (Friedman, 1984: 28-34).

Hukuk Kültürü Kavramına Teorik Yaklaşımlar

Burada özellikle ünlü hukuk sosyologları Lawrence M. Friedman ile Roger Cotterell'ın hukuk kültürü kavramına yaklaşımları üzerinde durulacaktır.

Friedman'a (1989) göre hukuk kültürü, belli bir toplumdaki insanlar tarafından hukuk hakkında sahip olunun fikirleri, tutumları, değerleri ve kanaatleri ifade eder. Aslında bir toplumda yaşayan herkes, eğitim, suç, ekonomik sistem, toplumsal cinsiyet ilişkileri ve din gibi hususlara ilişkin fikirlere, tutumlara, değerlere ve kanaatlere sahiptir. Hukuk kültürü kavramı, özellikle içeriği bakımından hukuksal olarak değerlendirilen fikirlere, tutumlara, değerlere ve kanaatlere göndermede bulunur. Örneğin, mahkemelere, adalet sistemine, polise, yüksek mahkemelere, avukatlara, yargı mensuplarına vb. ilişkin fikirler, tutumlar ve kanaatler gibi. Hukuk kültürüne ilişkin sorulması gereken ilk soru şu olmalıdır: Hangi problemler ve kurumlar, "hukuksal" olarak tanımlanacaktır? Ayrıca, bu tanımlar neye göre nasıl yapılacaktır? Hukuk kültürü ile popüler kültür ilişkisi nedir? sorularına da cevap aranmalıdır.

Popüler kültür terimi, daha genel anlamda, sade vatandaşlar veya kimseler (yani entelektüellerin veya aydınların kültürü dışında kalanlar, yüksek kültüre mensup olmayanlar) tarafından sahip olunan değerlere ve normlara göndermede bulunur. Popüler kültür terimi, daha dar anlamda, kitaplar, şarkılar, filmler, oyunlar, televizyon şovları ve benzerleri kapsamında ifade bulan değerlere ve normlara göndermede bulunur. Aynı şekilde "popüler hukuk kültürü" hakkında da iki anlamda söz edilebilir: Bir kimse, hukukçu kimliğine sahip olmayan, aydın veya entelektüel tabakasına ait olmayan sade insanların hukuk hakkındaki fikirlerinden, tutumlarından ve kanaatlerinden bahsedebilir. Örneğin, bir su tesisatçısı, sekreter veya yatırımcının mahkemeler, hukuk ve hukukçular hakkında düşünceleri, şüphesiz hukukçuların, yargıçların ve hukuk akademisyenlerinin düşüncelerinden farklı olacaktır. Yine bir kimse, hukuk kültürü terimini, genel bir dinleyici veya izleyiciye ulaşmayı hedefleyen kitaplar, şarkılar, filmler, oyunlar ve televizyon şovlarında ortaya konan hukuka ve hukukçulara ilişkin tutum ve kanaatlere referansta bulunmak üzere kullanabilir. "Popüler kültür" ve "popüler hukuk kültürü" terimleri, ilk anlamlarında sosyal hukuk teorileri geliştirmekte temel bir öneme haizdir. Bu teoriler, tümüyle ya da büyük ölçüde "hukuki otonomi" kavramını reddeden teorilerdir. Başka deyişle bu teoriler, hukuk sistemi dışında kalan diğer etkenleri, nedensel faktörleri araştırarak hukuk olgusunu açıklamaya çalışırlar. Bunlar hukuku, bağımlı değişken olarak alırlar; toplumun hukuk dışında gördüğü ekonomik, sosyal, kültürel ve siyasal öğelerin oluşturduğu sistemlere veya alt sistemlere, hukuki düzenlemeleri ve kurumları şekillendirmede başat bir yer verirler. Hukuki olan ile olmayan, hukuki olan ile sosyal olan arasında, bir tür anlamlı sınırlar bulunduğunu varsayarlar (Friedman, 1989: 1580).

Friedman'a göre hukuk sistemi, toplumun bir parçası olup kendi başına hareket eden veya işleyen bir sistem değildir. Hukuk dışındaki toplumsal baskılar veya talepler, hukuk sistemini harekete geçirir ve onu işler halde tutar. Örneğin, bir mahkeme, kendi mekanında oturur, dava dosyalarının önüne gelmesini bekler. Eğer hiç kimsenin hakarete veya iftiraya uğradığı konusunda bir şikayeti veya talebi yoksa, mahkemenin de böyle bir hususa ilişkin herhangi bir kararı olamaz. Bir hukuk istemi, "yapı", "içerik" ve "kültür" gibi üç temel bileşenden oluşur. Hukuksal yapı içinde; kurumlar, örgütler, görevliler, bunların organizasyon şeması ve hiyerarşisi vardır. Hukuk sisteminin bir diğer bileşeni olarak "hukuksal içerik", maddi hukuk ve usul hukuku kurallarını ifade eder. Bu iki öğenin yanında talep unsurunu yaratan, yani sisteme girdi olarak gelecek öğeyi içeren bileşen vardır, buna da "hukuk kültürü" denir. Hukuk kültürü, hukuk hakkındaki fikirleri, tavırları, inançları, beklentileri ve düşünceleri ifade eder. Örneğin, iki komşu arasında çıkan geçit hakkına ilişkin bir ihtilaf halini düşünelim. Böyle bir durum karşısında taraflar, aralarındaki uyuşmazlığı değişik şekillerde çözebilirler; biri diğerine arazisinde yol verebilir, meseleyi halletmek üzere akil bir insana veya hatırı sayılır bir kimseye başvurabilirler, yazı tura atabilirler veya mahkemeye gidebilirler. Olay, bir kan davasına da dönüşebilir. Onların bu alternatiflerinden hangisine yöneleceklerini etkileyen birçok değişken vardır. Mahkemeye başvurma maliyetini düşünebilirler, mahkeme sürecinin uzun olabileceğini hesaba katabilirler. Hukuksal içerik hakkında bilgi almak üzere veya dava sonucunun maddi hukuk karşısındaki ne olabileceği hakkında bir avukata gidebilirler. Hukuk kültüründen kaynaklanabilen etkenler de söz konusu olabilir; mahkemeye başvurmanın içinde bulundukları sosyo-kültürel ortamda olağan bir şey olup olmadığını değerlendirebilirler? Komşularının dava yolu için ne düşüneceğini dikkate alabilirler? Mahkemelere ve yargıçlara ilişkin kanaatleri ve güvenleri gibi hususlar da bu süreçte etkili olabilir. Hukuk, hukukçular ve mahkemeler hakkındaki mevcut bilgileri; hukuk ve yargı sistemine karşı önceden oluşmuş yargıları varılacak sonuçta belirleyici olabilir. Bütün bunlar, "hukuk kültürü"ne ilişkin öğeler olup insan tutum ve davranışlarını etkileme potansiyeline sahiptir (Friedman, 1997: 7).

Hukuk kültürü hakkında biraz bilgi veya kavrayış sahibi olmaksızın sadece "yapı" ve "içerik"e odaklanma, insan eliyle üretilmiş ancak hayatiyeti olmayan bir ürün üzerinde odaklanmaya dönüşür. Oysa, insanların hukuku, hukuki kavramları ve mekanizmaları, hukuki süreçleri nerede, ne zaman, niçin ve nasıl kullandıklarını belirleyen asıl faktörün hukuk kültürü olduğunu söyleyebiliriz. Başka bir deyişle, kültürel faktörler, statik bir normlar bütününü ve yapıyı, yaşayan bir hukuki varlığa dönüştüren esaslı bileşenlerdir. Hukukun "yapı" ve "içerik" unsurlarına, hukuk kültürünü eklemek, bir saati veya makineyi kurup işler hale getirmeye benzer. İşte bu nedenledir ki, sadece "yapı" ve "içerik" öğesine bağlı kalıp "hukuk kültürü"nü dikkate almayan hukuk sistemleri (Kıta Avrupa'sı, Common Law, İslam ve Sosyalist hukuk sistemleri gibi) sınıflaması yetersiz kalmak durumundadır (Friedman, 1977: 76).

Friedman, hukuk kültürü hakkında ikili bir ayrıma gider. Her bir ayrımın farklı bir değerler, tutumlar ve kanaatler kümesine işaret ettiğini ifade eder: Genel kamunun hukuka yönelik değer ve tutumlarını "genel hukuk kültürü" olarak adlandırır. Hukuk alanındaki avukatların, yargıçların ve diğer profesyonellerin hukuka ilişkin tutumlarını ve değerlerini ifade etmek üzere de "içsel hukuk kültürü" deyimine başvurur. Genel hukuk kültürü, bir örnek olmaktan uzak olup farklı düzeylerde varolabilir. Örneğin, genel anlamda Fransız ve Nijerya hukuk kültüründen söz edilebilir. Ancak bu, Fransız ve Nijerya hukuk kültürü içinde, aynı zamanda farklı bölgesel, yerel, grupsal tavırlar ve değerler bulunmadığı anlamına gelmez. Genel hukuk kültürü, belli bir toplumda mevcut olan farklı kültürlerin ortak yanlarını temsil eder. Her ülkenin siyasal sınırları az ya da çok yapay bir nitelik taşır. Neredeyse her siyasal toplumda tek dilden, tek ırktan, tek kültür grubundan daha fazlası söz konusudur. Örneğin Hindistan'da, onlarca dil ve kültür grubu varlığını sürdürmektedir. Hiç kuşkusuz, çoğu zaman, farklı kültür gruplarının kültürleri kadar hukuk kültürleri de vardır (Friedman, 1977: 76).

Cotterrell, Friedman'ın hukuk kültürüne ilişkin teorik tartışmasında bir karakterizasyon çeşitliliği önerdiğini belirterek şöyle devam eder: Hukuk kültürü, hukuk sistemine yönelik kamusal bilgiye, tutumlara ve davranış kalıplarına göndermede bulunur. Hukuk kültürü, genel anlamda, kültürle organik bir şekilde ilişkili örf ve adetlerin bir bütünü niteliğinde olabilir. Bu yönüyle hukuk kültürü, genel kültürün bir parçasıdır. Fikirler, örf ve adetler, yapma ve düşünme tarzları, genel kültürün parçalarıdırlar. Genel kültürün bu bileşenleri, sosyal güçleri belli tarzlarda hukuka yakınlaştırabileceği gibi ondan uzaklaştırabilir de. Burada vurgu, hem ilişkili davranış kalıpları hem de fikirler demeti üzerindedir. Daha yeni veya sonraki formülasyonlarda hukuk kültürü, sadece düşünsel boyutuyla öne çıkar ve davranışsal öğeler gözden uzak tutuluyormuş gibi görünür. Hukuk kültürü, toplumdaki tavırları, değerleri ve fikirleri içerir. Yani şahısların hukuka, hukuk sistemine ve onun değişik parçalarına ilişkin fikirlerinden, inançlarından veya değerlerinden meydana gelir. Başka deyişle, belli bir toplumda insanlar tarafından benimsenen hukuk hakkındaki fikirler, tutumlar, beklentiler ve düşünceler "hukuk kültürü"nü oluşturur. Cotterrell'a göre, bu formülasyonların muğlaklığı, kavramın tam olarak neyi kapsadığını, kavramın farklı öğeleri

arasındaki ilişkinin ne olduğunu anlamayı zorlaştırmaktadır. Ayrıca hukuk kültürü kavramı, sadece hukukun içinde varolduğu düşünülen genel bir düşünceler, inançlar, pratikler ve kurumlar bütününe göndermede bulunmak için de kullanılmaktadır ve bu haliyle kavram, türev bir kategori haline getirilmiş olmaktadır (Cotterrell, 2006: 83).

Bazı tartışmalarda, genel kültür kavramını, Friedman'ın yukarıda zikredilen bir anlamda kullandığı iddia edilse de veya Friedman öyle bir izlenim bırakmış olsa da, esas olarak böyle bir değerlendirme Friedman'ın amaçları bakımından yetersiz kalır. O'na göre kültür kavramı, görünmeyen bir objenin gölgesi veya bir şeyi yansıtan bir kalıp gibi görülemez. Hukuk kültürü, salt bir toplumdan daha fazla anlama sahiptir. Bizatihi hukuk kültürünün kendisi, hukuki gelişmenin nedensel bir faktörü olarak değerlendirilir. En azından nihai anlamda, hukuk kültürünü, hukuku yaratan ya da yapan bir olgu olarak görür. Bundan dolayı da, hukuk kültürü kavramını, hukuk sosyolojisinde teorik açıklamanın temel bir öğesi olarak düşünür. İşte bu nedenlerle, söz konusu kavram daha net bir tanımlamayı gerektirir.

Cotterrell'a göre, "hukuk kültürü" kavramının tanımında; hukuk kültürünün varyasyonları ve bunların ilişkileri, hukuk kültürünün nedensel (causal) anlamı ve mekanizmaları ile kavramın açıklayıcı önemi üzerinde durulmalıdır (2006: 83-6):

1) Hukuk kültürünün varyasyonları ve bunların ilişkileri: Her ulus, bir hukuk kültürüne sahiptir. Hukuk kültürü, bütünüyle bir hukuk sisteminin temel eğilimlerini, onun egemen fikirlerini, tarzını, havasını ve kokusunu tasvir edebilir. Her ülke veya toplum, kendi hukuk kültürüne sahip olabilir ve hiçbir zaman bunlardan biri diğeriyle tam benzer de olamaz. Diğer yandan modernitenin hukuk kültüründen veya modern hukuk kültüründen, Batı hukuk kültüründen ve henüz doğmakta olan bir dünya hukuk kültüründen söz edilmektedir. Hatta ülkeler veya milletler bünyesinde hukuk kültürlerinin çokluğundan da söz edilmektedir. Friedman da daha sonraki çalışmalarında hukuk kültürlerinin çoğulluğu fikrini güçlü bir şekilde vurgulamıştır. Örneğin, ABD'de zenginlerin ve fakirlerin; siyahların, beyazların ve Asyalıların; demir çelik işçilerinin ve muhasebecilerin; erkeklerin, kadınların ve çocukların farklı kendine özgü hukuk kültürleri vardır. Karmaşık yapılı bir toplum, aynı zamanda karmaşık bir hukuk kültürüne de sahip toplumdur. Kısacası, Amerikan hukuk kültürü, tek bir kültür olmayıp birden çok kültürdür. Hukuki liberallerin, muhafazakarların ve bunların farklı grupları ve alt gruplarının hukuk kültürleri de söz konusudur.

Cotterrell'a göre, hukuk kültürü kavramı iki şekilde esnetilebilir: 1) Ulusların veya devletlerin hukuk sistemlerinin sınırları tarafından kapsanmayan oldukça geniş tarihsel eğilimlerin veya hareketlerin tanınmasına ve karşılaştırılmasına işaret etmek için kullanılabilir. 2) Alışılmış ya da bilindik hukuki çoğulluk temalarının kabulüne yönelik olarak başvurulabilir. Hukuk kültürü kavramı, tek boyutlu bir kavram olarak düşünülmemelidir; devletlerin hukuk sistemlerinin kurumlarıyla, pratikleriyle ve bilgisiyle ilişki içindedir. Bu ilişki içindeki kapsamı ve etkisiyle, değişen içeriğiyle kültür düzenlerinin çoklu çakışmasına işaret eder. Oldukça esnek bir hukuk kültürü fikri, esas olarak kavramını teorik uygulaması bakımından ciddi sorunlar çıkarmaktadır. Örneğin, devletlerin hukuk sistemlerinin

özgül yanları ile hukuk kültürü ilişkisi sorgulandığı, özel veya spesifik sorular sorulduğu zaman böyle bir durum ortaya çıkar. Hukuk kültürü kavramı, genel anlamda kültürün birçok düzeyine ve bilgisine gönderme yapıyorsa, böyle bir kavram teorik bir bileşen olarak karşılaştırmalı hukuk sosyolojisinde nasıl kullanılabilecektir sorusunu da yanıtlamak gerekecektir.

Görüleceği üzere Friedman, değişik hukuk kültürü düzeylerini ve bölgelerini baştan başa kesen temel hukuk kültürü dikotomilerini ısrarla tasvir eder. Friedman, geniş bir şekilde, bir toplumun uzmanlaşmış hukuki görev yapan mensupları ile bunların dışında kalanların hukuk kültürü arasında ayrım yapar. O'na göre, hukuk profesyonellerinin hukuk kültürü, oldukça önemli olup "içsel hukuk kültürü"nü temsil eder. Bunların dışında kalanların kültürü ise, "dışsal, popüler veya alelade hukuk kültürü"dür. Bütün bu çabalara rağmen, "içsel hukuk kültürü" ile "dışsal hukuk kültürü" arasındaki ilişki belirsiz ya da muğlak kalmaya devam ediyor. İçsel hukuk kültüründen ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Bu durum, sosyolojik bakımdan özellikle önemlidir. Ayrıca, hukuk sistemindeki talep kalıpları üzerinde büyük bir etkiye sahip olan profesyonellerin tutumlarının ve davranışlarının niçin büyük bir etkiye sahip olduğu da açık değildir. Oysa bu, hukuk sistemlerinin işleyişini anlamak bakımından önemlidir. Friedman'a göre, hukukçuların hukuki düşüncesi zorunlu olarak kendi kültürüne bağlı olup kültür, hukuki düşüncenin hangi limitler içinde değişebileceğini belirler. İçsel hukuk kültürü, dışsal hukuk kültürünün temel eğilimlerini yansıtır. İçsel ve dışsal hukuk kültürü arasındaki sosyolojik ilişkiyi açıklamaktaki yetersizliğin, hukuk kültürünün kullanılışlığı bakımından ciddi sonuçları vardır. Yukarıda da belirtildiği üzere, Friedman, hukuk kültürünün çoğul düzeylerinin ve bölgelerinin farklılığını vurgular. Ancak buna rağmen, hukuk kültürü kavramını kullanmaya devam eder. Kavramı, farklı fikir, pratik, değer ve gelenek gibi öğelerin birliğini ima eden bir şekilde kurgular.

2) Hukuk kültürünün nedensel anlamı ve mekanizmaları: Friedman'a göre hukuk kültürü kavramı, hukuk sisteminin içinde işlemekte olduğu sosyal şartları belirlemede yaşamsal bir öneme sahiptir. Hukuk kültürü, insanların hukuku, hukuki kurumları ve hukuki süjeleri ne zaman, niçin ve nerede kullanacağını, diğer kurumları ne zaman kullanacağını veya hiçbir şey yapmayacağını belirler. Hukuk kültürü, hareket halindeki her şeyin ve hukuki işleyişin açıklanması bakımından temel değişkeni oluşturur. Hukukun profiline hukuk kültürünün eklenmesi, bir saati kurmaya veya bir makineyi fişe takarak çalıştırmaya benzer. Sosyal faktörler, hukuk sistemi üzerinde değişime yönelik bir etki yaratır, ancak hukuk sistemi üzerinde doğrudan işlemez. Hukuk kültürü, çıkarların ve ilgilerin taleplere dönüşmesine ve aktarılmasına imkan sağlar. Hukuk kültürü, bu talepleri şekillendirmeye çalışır ve hukuk sisteminin bunlara hangi tarzda cevaplar vereceğini de belirler. Hukuk kültürü, hem içsel hem de dışsal olarak yapılar inşa etmek üzere işler. Bunlar, bizzat hukuk sisteminin yapılarıdır.

3) Hukuk kültürü kavramının açıklayıcı önemi: Hiç kuşkusuz Friedman, genel olarak hukuk kültürü kavramının muğlaklığını kabul eder. Söz konusu kavram, bir soyutlama olup kaygan bir niteliğe sahiptir. Buna rağmen, niçin bu kavram üzerinde ısrar edilmektedir. Kavram, bilimsel bir fonksiyondan ziyade sanatsal olarak hizmet eder ve genel eğilimlerin izlenmesine imkan tanır.

Sonuç

Günümüzde, hukukun kültürel boyutunu dikkate almaksızın kültür–hukuk ilişkisi ve etkileşimi hakkında yapılan çalışmaların, bir toplumun hukukunu ve hukuk uygulamasını anlamak ve kavramak bakımından oldukça yetersiz kaldığı konusunda giderek artan bir kabulün varlığına tanık olmaktayız. Bu çerçevede; hukuka ilişkin sosyolojik analizlerin, gerek Kıta Avrupası'nda gerekse Anglo–Sakson dünyada kültürel boyutu analizlerine katarak ve "hukuk kültürü" üzerinde yoğunlaşarak "hukuk kültürü kavramı"nı işlediğini görmekteyiz. Bundan böyle hukuk, sadece bir kavramlar, kurallar ve kurumlar bütünü olarak sunulmamaktadır. Aynı şekilde "hukuk sistemleri"nin yalnızca mevcut kurallar ve organlar bağlamında sınıflandırılması da eleştirilmekte ve böylesi sınıflamalara sosyo–kültürel boyutun mutlaka dahil edilmesi gerektiği ileri sürülmektedir. Aksi halde, aralarında dünya kadar farklılıklar bulunan gelişmiş bir kapitalist ülke ile azgelişmiş bir üçüncü dünya ülkesinin hukuklarını aynı sistem içinde benzer konuma getirmek gibi bir yanılgının kaçınılmaz olduğu belirtilmektedir.

Hukuksal boyut ile kültürel boyut arasındaki ilişkiler ve zaman zaman gözlenen çatışmalar dikkate alınmaksızın, gerek ulusal hukuk düzenlerinde gerekse uluslararası hukuk veya küresel hukuk alanında ortaya çıkabilen birçok sorunun ve gerilimin yeterince anlaşılıp açıklanabileceği söylenemez. Hukukun, sosyal ve kültürel boyutundan soyutlanarak, sadece bir soyut normlar, ilkeler ve standartlar olarak kavramlaştırılması ve bunun ulusal ve küresel düzeyde farklı dünya görüşlerine, bakış açılarına ve taleplere sahip değişik kimselere, gruplara, topluluklara ve örgütlere dayatılması, beraberinde çok ciddi tartışmaları da getirmektedir. Örneğin, ulusal hukuk düzeninin normları ve standartları ile yerel kültürel değerler ve kalıplar çatıştığı zaman ne yapılacaktır? Aynı şekilde, uluslararası insan hakları standartları ve kodları ile ulusal ya da yerel değerler ve normlar çeliştiğinde nasıl bir tavır alınacaktır? Bu tartışmaların yeterince zenginleşmesi ve daha kapsamlı bir çerçevede sürdürülmesi açısından da "hukuk kültürü" konusunda yapılacak çalışmalar büyük bir öneme haiz bulunmaktadır.

KAYNAKÇA

- *Bork, Robert H. (2003). "The Judge's Role in Law and Culture", Ave Maria Law Review. Vol. 1, No. 1:19-29.*
- *Cotterrell, Roger (2004). "Law in Culture", Ratio Juris. Vol. 17, No. 1:1-14.*
- *Cotterrell, Roger (2006). Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social*

Theory. England: Ashgate Publishing Company.

- *Durkheim, Emile (1986). Sosyolojik Metodun Kuralları. Çev. Enver Aytekin. İstanbul: Sosyal Yayınlar.*
- *Duverger, Maurice (1975). Siyaset Sosyolojisi: Çev. Şirin Tekeli. İstanbul: Varlık Yayınları.*
- *Falk, Richard A. (1961). "The Relations of Law to Culture, Power, and Justice", Ethics, Vol. 72, No. 1:12-27.*
- *Franck, Thomas (1999). "The Legal Culture and the Culture Culture", Am. Soc'y Int'l L. Proc. 271-278.*
- *Friedman, Lawrence (1977). Law and Society: An Introduction, New Jersey: Prentice-Hall, Inc.*
- *Friedman Lawrence (1984). "Two Faces of Law", Wis. L. Rev: 13-36.*
- *Friedman, Lawrence M. (1989). "Law, Lawyers, and Popular Culture", Yale Law Journal, Vol. 98: 1579-1606.*
- *Friedman, Lawrence M. (1996). "Hukuk Kültürü ve Toplumsal Gelişme", Çev. M. Tevfik Özcan. İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, Sayı 14:27-36.*
- *Friedman Lawrence (1997). "The War of the Worlds: a Few Comments on Law, Culture, and Rights", W. Res. L. Rev. No. 47: 379-387.*
- *George, Francis Cardinal (2003). "Law and Culture", Ave Maria Law Review, Vol. 1, No. 1: 1-17.*
- *Güvenç, Bozkurt (1985). Kültür Konusu ve Sorunlarımız, İstanbul: Remzi Kitabevi Yayını.*
- *Hoecke, Mark Van and Mark Warrington (1998). "Legal Cultures, Legal Paradigms and Legal Doctrine: Towards a New Model for Comparative Law", International and Comparative Law Quarterly, Vol. 47: 495-536.*
- *Mezey, Naomi (2003). "Law as Culture", Cultural Analysis, Cultural Studies and the Law, Austin Saraf ve Jonathan Simon (der.), London: Duke University Press: 37-73.*
- *Nelken, David (2004). "Using The Concept of Legal Culture", Austl. J. Lag. Phil., Vol. 29, No. 1: 1-26.*
- *Örücü, Esin (2002). "Law as Transpotion", Int'l and Comp. L. Q. 205-223.*
- *Tay, Alice Erh-Soon (1983). "Law and 'Legal Culture'" Aust'. Soc. Leg. Phil., No. 27: 15-6.*
- *Williams, Raymond (1993). Kültür, Çev. Suavi Aydın. Ankara: İmge Kitabevi Yayını.*