H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Metin Becermen • Hukuk ve Şiddet İlişkisi Üzerine

İrem Çağlar Gürgey • Rawls'un Aile Yaklaşımının Eleştirisi

Sezgin Çebi •Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme

Zelal Pelin Doğan • Louis Althusser'de Emek Gücünün Yeniden Üretilmesi ve Hukuk İdeolojisi İlişkisi

Atilla Erdemli • Bir Yüksek Yaşama İlkesi Olarak Fair Play

Hatice Nur Erkazan • Aristoteles, Mutluluğun (Eudaimonia) Yitirilişi ve Günümüz Üzerine

Ahmet Gürbüz • İdeoloji/İdeolojik Kişilik Olgusunun Olumsuzluğu Üzerine

Sercan Gürler • Adalet Muamması ve Michael Kohlhaas'ın Trajik Hikâyesi

Altan Heper • Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi: Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması

Yasemin Işıktaç • Homo Academicus

Vahdet İşsevenler • 'Ruhani Alıştırma Olarak Felsefe'ye Örnek: Sokrates Gibi Savunmak

Mehmet Kayhan Mutlu-Yavuz Kahraman • "Namaz-Oruç" ile "Fırsatçı Akıl" İlişkisi

Muharrem Kılıç • Normatif Olgu-Bireysel Hak ve Özgürlükler İlişkisinin Felsefi Bağlamı

Umut Koloş • Leon Petrazycki ve Hukukun Gerçekliği Sorunu: Bir Psikolojik Hukuk Kuramı

Cengiz Otacı • Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik

Mehmet Özbaş • Sokak Çocuklarının Sosyo-Ekonomik Özelliklerine İlişkin Aile Görüşleri

Muttalip Özcan • Aristoteles Felsefesi ve Hukukun Önkabulleri: Akıl, Özgürlük ve Eşitlik

Engin Topuzkanamış • Hukuk, Ahlak ve Meslek Etiği Üzerine

Ceren Tuğlu-Çağatay Şahin • F-Tipi Yaşamlar- Ceza İçinde Ceza: İnsan-Tecrit-İzolasyon

Mehmet Turhan • Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa

Mehmet Akif Tutumlu • J.M. Coetzee'nin Barbarları Beklerken Adlı Romanı Bağlamında Yargıcın Baskıya Karşı Direnme Ethosu

Ogün Ürek • Kant'ın 'Aydınlanma Nedir? Sorununa Yanıt' Başlıklı Makalesinden Hareketle Hukuka İlişkin Birkaç Sonuç

Elif Çağla Yıldız • Jeremy Bentham'ın İdam Cezasına Yaklaşımı

Mehmet Yüksel • Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk

27

Hazırlayanlar: Hayrettin Ökçesiz-Gülriz Uygur-E.İrem Akı-Nadire Özdemir

İSTANBUL BAROSU

H F S A

HUKUK FELSEFESİ VE SOSYOLOJİSİ ARKİVİ

Prof. Dr. Cahit CAN
Anısına

"Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar - VII" Sempozyumu
İstanbul Barosu - HFSA Bildiriler

(İstanbul)

27. KİTAP

Editörler
Hayrettin ÖKÇESİZ • Gülriz UYGUR • E. İrem AKI
Nadire ÖZDEMİR

Editör Yardımcıları
Elif Çağla YILDIZ • Duygu HATİPOĞLU

İSTANBUL BAROSU YAYINLARI
İstanbul 2016

Genel Yayın Sıra No: 2016/12

ISBN: İSBN 978-605-9446-02-0
Yayıncı Sertifika No: 12457

HFSA - Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi

Hayrettin Ökçesiz
E-posta: hayret@akdeniz.edu.tr

İstanbul Barosu Yayınları

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

Kapak Karikatürü: Honoré Daumier

Elektronik ortamda iletilen imla ve dizgi hataları yazarın / çevirmenin sorumluluğundadır. Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet basılmıştır

Baskı
Ege Reklam ve Basım Sanatları San. Tic. Ltd. Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4 / 1 347047 Ataşehir - İstanbul
Tel: (0216) 470 44 70 Fax: (0216) 472 84 05
www. egebasim.com. tr

SUNUŞ

HFSA'nın bu kitabı 4-7 Kasım 2014 tarihinde İstanbul'da İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi ev sahipliğinde yapılan ve HFSA ve İstanbul Barosu işbirliğinde düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar " sempozyumunun bildirilerinden oluşmaktadır.

Bu kitabın basımı sırasında ilk olarak değerli hocamız Prof. Dr .Cahit Can'ı kaybettik. Bu nedenle elimizdeki sayıyı O'nun anısına adayıp, kendisini saygıyla anıyoruz. Ancak kitabın düzeltmeleri sırasında diğer bir hocamız, Prof. Dr. Mehmet Yüksel'i kaybetmenin acısıyla da sarsıldık. Kemdisini saygıyla anıyoruz. Bu sayımızda da hocamızın yazısı yer alıyor.

HFSA' nın gerek sempozyumunun düzenlenmesinde gerekse kitaplarının basılmasında her zaman desteğini gördüğümüz İstanbul Barosu'na teşekkürlerimizi sunuyoruz.

İÇİNDEKİLER

1. *Metin Becermen - Hukuk ve Şiddet İlişkisi Üzerine* 7
2. *İrem Çağlar Gürgey - Rawls'un Aile Yaklaşımının Eleştirisi* 11
3. *Sezgin Çebi - Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme* 28
4. *Zelal Pelin Doğan - Louis Althusser'de Emek Gücünün Yeniden Üretilmesi ve Hukuk İdeolojisi İlişkisi* 55
5. *Atilla Erdemli - Bir Yüksek Yaşama İlkesi Olarak Fair Play* 81
6. *Hatice Nur Erkızan - Aristoteles, Mutluluğun (Eudaimonia) Yitirilişi ve Günümüz Üzerine* 89
7. *Ahmet Gürbüz - İdeoloji / İdeolojik Kişilik Olgusunun Olumsuzluğu Üzerine* 98
8. *Sercan Gürler - Adalet Muamması ve Michael Kohlhaas'ın Trajik Hikayesi* 141
9. *Altan Heper - Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması* 167
10. *Yasemin Işıktaç - Homo Academicus* 184
11. *Osman Vahdet İşsevenler - 'Ruhani Alıştırma Olarak Felsefe'ye Örnek: Sokrates Gibi Savunmak* 207
12. *Mehmet Kayhan Mutlu-Yavuz Kahraman - "Namaz – Oruç" ile "Fırsatçı Akıl" İlişkisi* 212
13. *Muharrem Kılıç - Normatif Olgu-Bireysel Hak ve Özgürlükler İlişkisinin Felsefi Bağlamı* 221
14. *Umut Koloş - Leon Petrazycki ve Hukukun Gerçekliği Sorunu: Bir Psikolojik Hukuk Kuramı* 231
15. *Cengiz Otacı - Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik* 275
16. *Mehmet Özbaş - Sokak Çocuklarının Sosyo-Ekonomik Özelliklerine İlişkin Aile Görüşleri* 313
17. *Muttalip Özcan - Aristoteles Felsefesi ve Hukukun Önkabulleri: Akıl, Özgürlük ve Eşitlik* 326
18. *Engin Topuzkanamış - Hukuk, Ahlak ve Meslek Etiği Üstüne* 342
19. *Ceren Tuğlu-Çağatay Şahin - F Tipi Yaşamlar-Ceza İçinde Ceza: ; İnsan-Tecrit-İzolasyon** 351
20. *Mehmet Turhan - Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa* 373
21. *Mehmet Akif Tutumlu - J.M. Coetzee'nin Barbarları Beklerken Adlı Romanı Bağlamında Yargıcın Baskıya Karşı Direnme Ethosu* 405
22. *Ogün Ürek - Kant'ın 'Aydınlanma Nedir? Sorununa Yanıt' Başlıklı Makalesinden Hareketle Hukuka İlişkin Birkaç Sonuç* 421
23. *Elif Çağla Yıldız - Jeremy Bentham'ın İdam Cezasına Yaklaşımı* 428
24. *Mehmet Yüksel - Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk* 432

Hukuk ve Şiddet İlişkisi Üzerine

Metin BECERMEN*

Bu bildirinin/konuşmanın araştırma konusu/nesnesi hukuk ile şiddet arasındaki ilişkidir. Bu yüzden, öncelikle, hukukun ve şiddetin ne olduğu üzerine düşünmek yararlı olacaktır. Bu kavramların ne ifade ettiğini ortaya koymadan aralarındaki ilişki üzerine bir şey söylemek doğru olmaz. O halde hukuk nedir? Hukuk ile hak, hukuk ile adalet arasındaki ilişki üzerine neler söylenebilir? Şiddet nedir? Hukuk ile şiddet arasında nasıl bir bağ vardır? Hukuk söz konusu olduğunda suç ve cezaya dair neler söyleyebiliriz? Soruları arttırmak mümkün görünüyor. Soruları daha da arttırmak mümkün; ancak biz konuyu sınırlayarak ele alıp araştırmamıza devam etmeliyiz. Bu nedenle şimdi hukukun ne olduğunu belirlememiz gerekmektedir. Böylece sorunu daha anlaşılır ve uygun bir zeminde açabiliriz.

Hukukun ne olduğunu sorduğumuzda, bize verilen yanıtlardan biri, hukukun bir bilim olarak ele alınmasıdır. Buna göre, hukuk, bireyin, toplumun ve devletin düzenlenmesini ve birbirleriyle olan ilişkilerini; yetkili organlar tarafından usulüne uygun olarak çıkarılan, kamu gücüyle desteklenen, muhatabına genel olarak nasıl davranması veya nasıl davranmaması gerektiğini gösteren ve bunun için ilgili bütün olasılıkları yürürlükte olan normlarla düzenleyen normatif bir bilim olarak ifade edilir. Buradan hareketle, hukukun birey-toplum-devlet ilişkilerinde ortak iyiliği ve ortak yararı gözettiği söylenebilir.

Öte yandan, hukuk kelimesi, Arapça "hak" kökünden gelir ve bu kelimenin çoğuludur. Yani hakkın çoğulu olarak haklara gönderme yapar. Sözlük anlamına baktığımızda hukuk sözcüğünün, toplumu düzenleyen ve devletin yaptırım gücünü belirleyen yasaların bütünü anlamında kullanıldığını görürüz. Pozitif hukuk söz konusu olduğunda, belirli bir zamanda belirli bir toplumdaki ilişkileri düzenleyen ve uyulması devlet zoruna, yani çeşitli müeyyidelere bağlanmış kurallar bütünüdür.

Daha ayrıntılı bir şekilde ifade edildiğinde, hukuku, "örgütlenmiş bir toplum içinde yaşayan insanların birbirleriyle ilişkilerini, kişilerin yine kendilerinin meydana getirdiği topluluklarla ve bu toplulukların birbirleriyle olan ilişkilerini düzenleyen; kişilerin güvenliğini sağlamak ve insan haklarını güvenceye almak amacıyla oluşturulan ve devlet gücü ile desteklenen bağlayıcı, genel, soyut ve devamlı kurallar bütünü" olarak dile getirmek mümkündür.

Ancak, hukuku, toplumu düzenleyici kurallar olan örf ve adetler, gelenekler ve dinlerden ayıran özellik, devlet tarafından güvenceye alınmış ve zora dayalı yaptırımlara sahip olmasıdır. Hukuk kuralları insan

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

davranışlarını düzenler ve toplumun değer yargıları ile talep ve beklentilerinin etkisiyle düzenlenir. Bu düzenleme, hep bir yeniden değerlendirme ile yapılır.

Bununla birlikte hukuk alanında yaptırım kamu gücü ile uygulanır. Bu noktada, hukuka uymayı zorlama, uymayanları cezalandırma ve uyulmadığı durumlardaki zararları en aza indirmek için yasal düzenlemeler yapılır. Hukuk düzenini sağlamayı ve korumayı amaçlayan yaptırımlar yine hukuk düzeninin öngördüğü şekilde yerine getirilir. Devlet hukuksal bir temel üzerin(d)e inşa edilir. Bu bağlamda hukuk, çeşitli alanlarıyla ele alınabilir. Ceza hukukunda ölüm, hapis ve para cezaları; anayasa hukukunda siyasetten men, parti kapatma; vergi hukukunda vergi ve kaçakçılık cezaları gibi değişik hukuk dallarında değişik yaptırımlar vardır.

Öte yandan şiddet kavramının ne ifade ettiğine baktığımızda, temel dürtü ve varoluş gereği savunma veya karşı savunma harici daha çok insanlarda ve topluluk halinde yaşayan hayvanlarda grup içi otoriteyi sağlamak için diğerlerinin varlığını tehdit unsuru olarak görmek ve onları sindirmek için karşı tarafa uygulanan zarar vermeye yönelik psikolojik ve biyolojik davranış ve eylem türü olarak dile belirlemek uygun görünüyor. Bu bağlamda şiddetin farklı biçimlerinden söz etmek mümkündür. Bunlardan biri olan siyasal şiddet, hükümet veya kişiler tarafından, siyasî amaçlarına ulaşmak için uygulanan şiddeti ifade eder. Bununla birlikte şiddet ile ilişkili bir kavram olarak düşünülen terör, bir siyasal kavram olarak ele alınır ve siyasal şiddet olarak da dile getirilir. Bir halkın meşru savunma hakkı olarak geçerli normlarla siyaset yapamaması durumunda siyasal şiddet olarak silahlı mücadeleyi seçme yöntemi söz konusudur. Ancak uluslar arası hukukta ve devletler arasında bu, terörizm olarak adlandırır. Öte yandan gerçek bir terörden bahsedebilmek için temel hakların verilmiş olması ve bunlara rağmen hala şiddet uygulayan örgütün olması gerekir. Bu örgüt bazen devlet de olabilir. Bu noktada devlet teröründen söz edilebilir. Hukuk iktidarın kendisi aracılığıyla -ve kimi zaman şiddeti kullanarak- aktığı bir alandır. Bu bağlamda, hukukun devletin işleyişinde önemli bir rolü olduğu görülür.

Şimdi, hukuk normlar ve bu normlarla hayat bulan yasal düzenlemeler, yasalar, kararnameler ve bunlar aracılığıyla hayat buluyor ve kamu hayatını düzenleyen yaptırımlar olarak yaşamımızı düzenliyorsa, bu düzenlemelerin yaşamımıza müdahalesi nasıl olacaktır? Suçun ve cezanın sınırları nasıl ve kim tarafından belirlenecektir?

Hukuk, iktidar ve devlet üzerine önemli düşünceler ortaya koyan Foucault'ya göre, ceza hukukunda yapılan reform, cezalandıran iktidarı daha sistematik, daha etkili, daha kalıcı hale getirmek için hazırlanmış bir stratejidir. Cezanın müdahale amacı, artık suçun hakikatini ortaya çıkarmak değil, itaatkar, kurallara, düzene ve kendini kuşatan otoriteye boyun eğmiş ve bu otoriteyi içselleştirmiş bir birey yaratmaktır.

Bir iktidar biçimi olarak bio-iktidardan söz eden Foucault için, bio-iktidarın gelişmesinin bir sonucu, norm oyununun, hukuksal yasa sisteminin zararına kazandığı önemdir. Buna göre, yasa, silahsız kalamaz ve en uygun silahı, ölümdür; kendisine

karşı çıkanlara, en azından son aşamada bu mutlak tehditle karşılık verir. Yasa, sürekli kutsal adalet ile birlikte düşünülür. Ancak, yaşam sorumluluğunu yüklenmiş olan bir iktidar, her zaman, düzenleyici ve düzeltici mekanizmalara ihtiyaç duyacaktır. Burada, egemenlik alanında, ölümü öne sürmek değil, değer ve yararlılık alanında yaşam dağıtmak söz konusudur. Foucault, yasanın gitgide daha fazla bir norm biçiminde işlediğini ve adalet kurumunun işlevlerinin özellikle düzenleyici olan tıbbi, yönetimsel, vs. bir aygıtlar evreniyle gittikçe daha çok bütünleştiğini belirtmek istediğini söyler. Buna göre normalleştirici bir toplum, yaşamı merkez alan bir iktidar teknolojisinin tarihsel sonudur (Foucault 1993a: 147-8).

Foucault, burjuvazinin kapatılma işlevini terk etmediğini, başka araçlarla aynı etkileri elde etmeyi başardığını belirtir. Örneğin, işçinin borçlandırılması, taksitli satış, tasarruf sandıkları sistemi, emekli sandıkları ve yardım sandıkları, işçi siteleri kurulması şeklinde işçi sınıfını daha esnek, daha zekice, daha incelikli denetlemenin ve kapatmanın farklı biçimleri keşfedilmişti (Foucault 2005b: 139).

"Yaşam ve ölüm" hakkı diye dile getirilen, "*öldürme* ya da *yaşamasına izin verme*" hakkının simgesinin kutsal adalet olduğunu söyleyen Foucault, iktidarın, bu bağlamda, her şeyden önce bir "alma hakkı" olduğunu ifade eder. Ona göre, eşyalar, zaman, bedenler ve yaşam üzerinde kullanılan bir alma hakkı söz konusuydu; ve bu hak, yaşamı, ortadan kaldırmak için ele geçirme ayrıcalığıyla yücelmekteydi. Burada her zaman, üretmeye, eğmek ya da yok etmek yerine, güçlendirmeye ve düzenlemeye yönelik bir iktidar olma eğilimi söz konusudur (Foucault 1993a: 140).

Foucault, norm toplumunu yasanın iktidarının gerilemekte değil, çok daha genel bir iktidara dahil olmakta olduğu bir toplum türü olarak görür. Bu toplum, çok daha başka gözetleme ve kontrol sistemi gerektirmektedir. Burada, bitip tükenmeyen bir görünürlük, bireylerin sürekli sınıflandırılması, hiyerarşikleştirme, nitelendirme, sınırların oluşturulması, teşhis koyma söz konusudur. Norm, bireyleri bölümlere ayırmanın ölçütü halini almaktadır. Öte yandan, oluşmakta olan toplum bir norm toplumu olduğu anda, normalin ve patolojik olanın en üstün bilimi olan tıp, bilimlerin kraliçesi olacaktır (Foucault 2003: 77-8). Bununla birlikte, Foucault'ya göre, iktidar sorunu yalnızca yasama ya da Anayasa terimleriyle veya devlet ve devlet aygıtları terimleriyle ortaya konulduğunda sorun önemini yitirir. O, iktidarın, yasalar bütününden ya da bir devlet aygıtından daha farklı bir biçimde karmaşık, yoğun ve yaygın olduğunu iddia eder (Foucault 2003: 98). Ona göre, iktidar mekanizmaları basit hukuksal, yasal aygıttan çok daha geniştir ve iktidar çok daha fazla sayıdaki tahakküm prosedürleriyle uygulanır (Foucault 2003: 161).

Sonuç olarak, hukukun normlar ve yasalar aracılığıyla şiddetin gerçekleştirildiği bir alan olduğunu görmekteyiz. Şiddet uygulama "hakkına" da hukuksal düzenlemeleri elinde bulunduran ve hukuku işleten devlet sahiptir. Suç ve ceza yasalar aracılığıyla belirlendiği, toplumsal yaşamın kurallarla düzenlendiği ve kişiler arası ilişkilerin disipline edildiği yerde şiddetin

hayatın bir parçası olarak hayat bulduğu açıktır. Devlet erki, yani bütün kurum ve kuruluşlarıyla devleti elinde bulunduran egemen güç, hukuku bir araç olarak kullanarak birey ve bireysel yaşam üzerinde "tasarruf"ta bulunabilmektedir. Bu şekilde iktidar kurumlar ve yasal prosedürler aracılığıyla bireyin yaşamını düzenler. Bu bağlamda hukuk, şiddetin onunla aktığı bir alan olarak varlık bulmaktadır.

KAYNAKLAR

- Foucault M. (1993a) *Cinselliğin Tarihi I* (Çev.: Hülya Tufan), İstanbul: Afa Yayınları.
- Foucault M. (2003) *İktidarın Gözü Seçme Eserler 4* (Çev.: Işık Ergüden), İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Foucault M. (2005b) *Büyük Kapatılma Seçme Eserler 3* (Çev.: Işık Ergüden-Ferda Keskin), İstanbul: Ayrıntı Yayınları.

Rawls'un Aile Yaklaşımının Eleştirisi

İrem ÇAĞLAR GÜRGEY*

Feminist hukuk teorisi eleştirel hukuk çalışmalarına paralel olarak liberalizm ve liberal hukuk yaklaşımlarına eleştiriler geliştirmişlerdir. Bu eleştirilerinde feminist siyaset felsefecilerinin görüşlerine sıklıkla atıf yapmaktadırlar. Batı'da 1970'lerden sonra pek çok kuramcı temel felsefi metinlerin feminist perspektiften okumasını yapmışlardır. Söz konusu okumaları neticesinde bu metinlerin birçoğunun toplumsal cinsiyet eşitsizliğini onayladığını ve sürdüğünün altını çizmişlerdir. Özellikle 1980 sonrasında feminist siyaset felsefecileri liberal kuramın öncüllerine yönelik önemli ve derin eleştiriler geliştirmişlerdir. Carole Pateman, Susan Moller Okin, Genevieve Lloyd, Susan Bordo, Iris M. Young söz konusu feminist kuramcıların bazılarıdır.[1] John Rawls ve onun 20. yüzyıl siyaset felsefesini oldukça fazla etkilemiş olan eserleri[2] de feminist eleştirinin süzgecinden geçmiştir. Rawls'un feministlerce eleştirilmesinin ilk nedeni genel olarak tüm liberal teorisyenlerinin temel metinlerinin feminist eleştiriden geçmesidir. İkincisi ise 20. yüzyılda Rawls'un adalet teorisi inşa etme girişimidir. Feminist tartışmaların temel sorunu olan toplumsal cinsiyet eşitsizliği adalet kavramına dayanılmadan ilerlemesi mümkün değildir. Bu nedenle Rawls'un çalışmaları her zaman feministlerin ilgi alanı dâhilinde olmuş ve muhtemelen olmaya da devam edecektir.

Rawls feministlerin teorisine yönelik eleştirilerin bir kısmını ciddiye almış[3] ve son dönem eserlerinde bu eleştirilere kısa bir cevap vermiştir.[4] Rawls'un detaylı olmasa da cevap verdiği feminist yazarlar Susan Moller Okin, Martha Nussbaum, Linda C. McClain, Sharon A Lloyd'dur. Söz konusu cevaplarla birlikle akademik bir tartışmanın başladığı söylenebilir. Bu tartışmanın odak noktasının aile kavramı

---

* *Yard. Doç. Dr,* Özyeğin *Üniversitesi Hukuk Fakültesi*

1 Josephine Donovan, *Feminist Teori,* çev: Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan, İstanbul: İletişim Yayınları, 1997: 353.

2 *John Rawls 81 yıllık yaşamında çok sayıda makale ve kitap yazmıştır. Burada hepsine yer vermek oldukça fazla zaman alacaktır. Söz konusu yazılar 20.yy siyaset felsefesini oldukça fazla etkilemiştir. Rawls'un eserlerine atıf yapan beş binin üzerinde makale ve kitap bulunmaktadır. Özellikle İngilizce konuşulan ülkelerde, Rawls'un eserlerine atıf yapılması kimilerine göre kaçınılmazdır. (Murat Borovalı, "John Rawls ve Siyaset Felsefesi", John Rawls- Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması" içinde, İstanbul, Bilgi Üniversitesi Yayını, 2003: ix)*

3 Martha Nussbaum, "Rawls and Feminism", *The Cambridge Companion to Rawls,* der: Samuel Freeman Cambridge: Cambridge University Press, 2003, s. 488.

4 John Rawls, *Justice As Fairness-A Restatement,* der: Erin Kelly, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press, 2001: 162-168; John Rawls, "1997-The Idea of Public Reason Revisited", *Collected Papers* içinde, der: Samuel Freeman, Massachusetts: Harvard University Press, 1999: 573-615.

olduğu görülmektedir. Aile kavramıyla paralel olarak kamusal/özel ayrımı[5], toplumsal sözleşme kavramı, kamusal akıl kavramları da feminist eleştirel bakış açısıyla ele alınmaktadır. Bu çalışmada toplumsal cinsiyet sorunsalı konusunda Rawls'un sessiz kaldığını iddia eden bir grup teorisyenin argümanları belirtilecektir. Rawls'a yönelik eleştirilerin büyük bir kısmı Rawls'un söylediklerine ilişkindir. Ancak feministler çoğunlukla söylemediklerine ve toplumsal cinsiyet, kadın ve aile konularında ima ettiklerine odaklanmaktadırlar.[6] Söz konusu grubu feminist olarak adlandırmamım nedeni aralarındaki önemli farklılıklara rağmen toplumsal cinsiyet sorununu Rawls'un adalet teorisine yönelik eleştirilerinde ve diğer çalışmalarında odak noktası olarak almalarıdır.[7]

Kronolojik olarak bakıldığında feministler öncelikle Rawls'un "A Theory of Justice" başlıklı kitabına yönelik eleştirilerini ortaya koymuşlardır. İlk eleştiriler içerikle bağlantılı olarak kitabın diline ve kullanılan terimlerin toplumsal cinsiyet açısından sorunlu olan kısımlarına yöneliktir. Toplumsal cinsiyet açısından nötr olduğu varsayılan adam(*man*), insanoğlu(*mankind*), o(*he*) gibi kelimeleri Rawls kendisinden önceki düşünürlerin görüşlerini referans alırken ve kendi görüşlerini belirtirken ortaya koymaktadır. Kullanılan dil ve seçilen kelimeler nedeniyle feministler teorinin içeriğine girmeden acaba söz konusu adalet teorisi kadınları kapsıyor mu? sorusunu sormaktan kendilerini alamamışlardır.[8] Bu soruların cevapları kitabın içeriğiyle birleşmekte ve cevap verilememektedir.

Ana akım siyaset felsefesine yönelik feminist eleştiride ismi en çok anılan düşünülerden birisi olan Carole Pateman, toplumsal sözleşme teorisyenlerini ve teorilerini feminist perspektifle yeniden okumasını yapmıştır. Pateman'ın "Sexual Contract" adlı eseri hiç şüphesiz sosyal sözleş-

5 Batı siyaset felsefesindeki kamusal/özel ayrımının kullanımına ilişkin temel feminist tartışma için bkz. Jean Bethke Elshtain, *Public ManPrivate Woman: Women in Social and Political Thought,* Princeton: Princeton University Press, 1993, Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family,* New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1989, Carole Pateman, *The Disorderof Women: Democracy, Feminism and Political Theory,* Cambridge: Polity Press, 1989, Joan Landes, "Further Thoughts on the Public/Private Distinction", *Journal of Women's History,* cilt 15, sayı 2, 2003:28-39.

6 Susan Moller Okin, *Justice, Gender and the Family,* New York: Basic Books, Inc., Publishers, 1989, s. 89.

7 Elbette Rawls'un adalet teorisi yaklaşımına eleştiriler sadece feministlerden gelmemiştir. Bilakis feminist eleştiri Rawls'un adalet teorisine yönelik eleştirilerden en az bilinenidir. En çok bilinen ise cemaatçi eleştirilerdir. *Alasdair MacIntyre*'ın öyküsel benlik yaklaşımı(Alasdair MacIntryre, *Erdem Peşinde,* çev: Muttalip Özcan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 2001), *Michael Sandel*'ın "engellenmemiş benlik" eleştirisi(Michael Sandel, "Şekli Cumhuriyet ve Engellenmemiş Benlik", *Mürekkep,* 1994: 14-20) liberalizmin bireyi yoğuran ve kendisini yetiştiren toplumdan bağımsız olarak kavramasını eleştirmektedir. Feminizm cemaatçilerin liberalizmin birey yaklaşımına yönelik eleştirisine katılmaktadır. Feministler açısından da liberal birey kavrayışı sorunludur. Ancak onlar eleştirileri farklı şekilde temellendirmektedirler. Şeyla *Benhabib*'in de belirttiği gibi feministlere göre Batı siyaset felsefesinde birey hep eril cinsiyet modelleri üstüne kurulmuştur.(Şeyla Benhabib, *Modernizm, Evrensellik ve Birey,* çev: Mehmet Küçük, İstanbul: Ayrıntı Yayınları, 1999, s. 12)

8 *Okin, 1989:91.*

me teorisine yönelik farklı ve ses getiren bir eleştiri ortaya koymuştur. Söz konusu farklılık toplumsal sözleşmenin toplumsal cinsiyetlendirilmiş yapısını deşifre etmesinden kaynaklanmaktadır. Pateman "Kardeşler Arası Toplumsal Sözleşme" başlıklı makalesinde toplumsal sözleşme teorisini bir hikâye olarak adlandırmakta ve bu hikâyenin sadece yarısının anlatıldığını belirtmektedir. Sözleşme teorilerinin toplumsal cinsiyetçi boyutları olduğunu fakat bu boyutunun gözardı edildiğini koymaktadır. Bununla Pateman sözleşmeyle oluşturulan sivil toplumun ataerkil bir düzen olduğunun bize anlatılmadığını belirtmektedir.[9] Sözleşme teorisyenleri siyasal hakları temellendirirken sosyal sözleşme varsayımında yararlanmaktadırlar. 20. yüzyılda benzer temellendirmeyi Rawls ve izleyicileri de kullanmıştır. Pateman'ın Rawls eleştirisi de bu noktadan başlamaktadır. Ona göre sorunlu olan bir teorik yaklaşımın tüm eleştirilere rağmen tekrarlanması konunun cinsiyetçi boyutunun görmezden gelinmesini tekrarlamaktadır.[10]

Rawls sosyal sözleşme kuramını ya da orijinal durum yaklaşımını özgür ve eşit bireyler arasında adil bir birliktelik olarak tasarlanmış bir topluma en uygun adalet ilkelerinin ne olduğuna karar vermek için kullanır.[11] Rawls orijinal durumda eşitsizliği bertaraf etmek için bilgisizlik perdesi(*veil of ignorance*) kavramını yaratır.[12] Rawls'un sözleşme kuramının temelini teşkil eden orijinal durumdaki bireyler adaletin tarafsız ilkelerini belirleyebilmek için bilgisizlik perdesi arkasındadırlar. Söz konusu perdenin arkasındaki bireylerin hangi konulardan bilgisiz oldukları Rawls tarafından tek tek sayılmıştır Ancak bunlar arasında cinsiyet "A Theory of Justice" kitabında yer almamaktadır.[13] Pateman'a göre Rawls "A Theory of Justice" adlı kitabında sözleşmeye taraf olanların orijinal durumda kendilerinin temel gerçekliklerinin bir parçası olan cinsiyetleri hakkında bilgi sahibi olmadıklarının düşünülebileceğini belirtmektedir. Bilgisizlik perdesi arkasındaki bireyler Pateman'a göre cinsiyetsiz ve cinsiyet seçime dâhilmiş gibi gözükebilir. Bu durumda Rawls cinsiyet ve buna bağlı toplumsal cinsiyet sorunlarını görmezden gelmektedir. Rawls sözleşmeye katılanların aile reisleri olduklarını belirtmesi Pateman tarafından eleştirilmektedir. Hem orijinal durumdaki bireylerin bilmedikleri durumlar arasında cinsiyetin belirtilmemesi hem de katılımcıların aile reisi olduklarının vurgulanması Pateman'a göre Rawls'un birey hakkındaki önkabullerini ortaya koymaktadır.[14] Pateman'a göre Rawls öncesi sosyal sözleşme teorisyenleri

9 Carole Pateman, *Sexual Contract,* Cambridge: Polity Press, 1988.

10 Carole Pateman, "Kardeşler Arası Toplumsal Sözleşme", çev: Aksu Bora, *Sivil Toplum ve Devlet* içinde, der: John Keane, Ankara: Yedi Kıta Yayınları, 2004:119.

11 John Rawls, "Justice as Fairness: Political not Metaphysical"*, Philosophy and Public Affairs,* cilt 14, 1985, 223, 231.

12 *Rawls, A Theory of Justice, s. 118-130.*

13 *Rawls, A Theory of Justice, 2003: 118; Okin, 1989: 90-91.*

14 *Pateman, 2004:138.*

bireyi ve aileyi tüm gerçekliğiyle sözleşmeye kattığı için Rawls'dan daha olumlu bir yaklaşım sergilemişlerdir. Ancak Rawls dâhil tüm sözleşme teorisyenlerinin toplumsal cinsiyet açısından problemli yaklaşımlar kurguladıklarını belirtmektedir.

Rawls adalet ilkelerini belirleyecek olan orijinal durumdaki bireyleri "aile reisleri" ya da "aile temsilcileri" olarak ortaya koymaktadır.[15] Rawls orijinal durumdaki temsilcilerin aile temsilcileri olmalarının zorunlu olmadığını belirtse, de genellikle aile reislerinden bahsetmektedir. Okin'e göre bunu yapmasının nedeni kuşaklar arasındaki bağlantının ancak bir sonraki kuşağın iyiliğini düşünen bireylerce olması gerektiğini düşünmesindendir.[16] Rawls'un orijinal durumda bireylerden ziyade aile reislerine yer vermesi eleştirilmektedir. Aile reislerinin tüm kuşaklar için geçerli adalet ilkelerini belirleyemeyeceklerini düşünülmektedir. Rawls ve Hegel arasında bir benzerlik kurularak Rawls'un aileyi sevgiyle ilişkilendirmesi ve adaletle bağlantısını kurmamasını da problemli bulunmaktadır.[17] Rawls aile ve sevgiyi doğal kabul etmekte bunları adaletin ilkelerinden ayrı kılmaktadır. Aile dışındaki tüm kurumlar adaletin ilkelerinin konusuyken aile sevgiyle ilişkisi bağlamında doğal kabul edilerek kamusalın ve adaletin ilkelerinin dışında tutulmaktadır.[18] Aileyi adaletten ayrı kılmak, orijinal durumda belirlenecek olan adalet ilkelerinin sadece kamusal alana ilişkin problemler için uygulanabilir hale getirmektedir. Adil olmayan bir aile yapısından adil vatandaşların nasıl çıkacağı Rawls'un teorisinde belirsizdir.[19]

Rawls "A Theory of Justice" adlı kitabında aile tanımı yapmamaktadır. Ancak feminist eleştiriler Rawls'un aileyi bir doğal olgu olarak heteroseksüel ve çekirdek aile olarak varsaydığını ortaya koymaktadırlar.[20] Rawls'un orijinal durum betimlenmesinde aile reislerinden bahsetmesi ve adaletin ilkelerinin özel alana ilişkin olmaması yönelik feminist eleştiriler aynı zamanda geleneksel kamusal/özel ayrımına ilişkin eleştirilerle de örtüşmektedir.[21]

Susan M. Okin, Rawls'ın söz konusu yaklaşımı Carol Gilligan'ın "adalet etiği" ve "ihtimam etiği" ayrımı bağlamında tartışmaktadır. Okin'e göre Rawls'un felsefesi "adalet etiği" alanına ait gözükmektedir. Ahlak psikolojisi açısından Rawls'un yaklaşımı rasyonalist, bireyci ve soyuttur. Okin'e göre ihtimam etiği adaletin tam da merkezindedir.[22] Okin "Justice, Gender and the Family" kitabında Rawls'un

15 Rawls, *A Theory of Justice*, 2003: 111; Okin, 1989: 92; Teresa Brennan ve Carole Pateman, "Mere Auxiliaries to the Commonwealth: Women and the Origins of Liberalism", *Political Studies,* cilt XXVII, sayı 2, 1979, s. 185.

16 *Okin, 1989:92.*

17 Jane English, "Justice Between Generations", *Philosophical Studies,* 31(2): 91-104.

18 Deborah Kearns, "A Theory of Justice-Love; Rawls on the Family", *Politics,* cilt 18, sayı 2, 1983, 36; Karen Green, "Rawls, Women and the Priority of Liberty", *Australian Journal of Philosophy,* cilt 64, 1986, s. 27.

19 *Kearns, 1983:36.*

20 *Kearns, 1983:37.*

21 *Green, s.28.*

22 *Okin,1989, s. 245-246.*

modern liberal toplumun derin toplumsal cinsiyet eşitsizliğini barındırdığını belirtmediğinin altını çizmektedir. Orijinal durumda taraflar toplumsal cinsiyet açısından bilgisizdirler. Okin Rawls'un teorisinde aile kavramına yer vermesini olumlu karşılar, Ancak onun eleştirisi Rawls'un teorisinde aile içinde adaletin gerekliliklerini geliştirmemiş olmasıdır. Linda Mc Clain, Okin'in görüşlerini büyük ölçüde kabul etmekle beraber, Rawls'un düşüncesinde insanların birbirlerine ihtimam ve adalet ahlakıyla bağlı olduğunu belirtmektedir. McClain Rawls'un birey yaklaşımın eril, bencil, rekabetçi, kendi önceliklerini, sorumluluklarından üstün tutan atomistik bir birey olmadığını düşünmektedir.[23] Rawls'a yönelik söz konusu feminist eleştiri[24] Sandel ve Charles Taylor gibi komüniteryan liberalizm eleştirilerinin benzeridir.[25] McClain söz konusu liberalizm eleştirisinin Rawls'un yaklaşımını açıklamadığını düşünmektedir. Ona göre Rawls'un bireyi kendi iyi anlayışını değerlendirebilme ve değiştirebilme yeteneğine haizdir. Bu bağlamda kadınlar gerek aile düzeyinde gerekse toplumsal yaşamda belirli tipte ilişkileri gözden geçirme ve baskıcı olup olmadıklarını denetleyebilme yeteneğine sahip olduklarını belirtmektedir.[26] Dolayısıyla Rawls'un "A Theory of Justice" kitabındaki aile kavrayışına yönelik olarak feminist literatürde farklı yaklaşımlar bulunmaktadır. Sadece olumsuz değil, MacCalin ve kısmen Okin'in düşüncesinde olduğu gibi olumlu yorumlayanlar da bulunmaktadır.

Rawls "A Theory of Justice" adlı kitabına feministlerin yönelttiği eleştirileri bir kısmına "Siyasal Liberalizm" adlı kitabında cevap vermiştir. Rawls "Siyasal Liberalizm" kitabının giriş kısmında aile ve toplumsal cinsiyete ilişkin sorunların kendi teorisi etrafında çözümlenebileceğini belirtmektedir.[27] Bu kısa cevap feminist eleştirileri azaltmamış, tam tersine çoğalttığı ve kutuplaştırdığı da iddialarına yol açmıştır.[28] Rawls'un feministlerin itirazlarını tatmin edici bir şekilde ele alması için öncelikle kendisine yönelik en önemli ve ılımlı itiraz olan Okin'in "Justice, Gender and the Family" adlı kitabında yer vermesi beklenirdi. Ancak Siyasal Liberalizm'e bakıldığında, bu konuda bir sessizlik olduğu

23 Linda C. McClain, ""Atomistic Man" Revisited: Liberalism, Connection and Feminist Jurisprudence", *Southern California Law Review,* cilt 65, 1992, s. 1206-1209.

24 *Örn. Martha Minow, "Making All The Difference", Cornell University Press, 1991.*

25 Söz konusu eleştiriler için bkz. Michael Sandel, *Liberalizm ve Adaletin Sınırları,* çev: A. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost Kitapevi Yayınları, 2014; Charles Taylor, *Philosophy and Human Sciences: Philosophical Papers,* cilt II, Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

26 *McClain, 1992:1206.*

27 John Rawls, *Siyasal Liberalizm,* çev: Mehmet Fevzi Bilgin, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi, 2006:15-16.

28 Ruth Abbey, "Introduction: Biography of a Bibliography: Three Decades of Feminist Response to Rawls", *Feminist Interpretations of John Rawls* içinde, der: Ruth Abbey, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2013: 1-23.

görülmektedir. Benzer durum Pateman'ın argümanları için de geçerlidir. Rawls Pateman'ın sosyal sözleşme eleştirilerine de cevap vermeyi gerek görmemiştir.[29]

Rawls'un söz konusu sessizliğine ilk feminist itiraz John Exdell'dan gelmiştir. Exdell Rawls'un çoğulculuk yaklaşımının dinsel farklılıkları kapsadığı, ancak toplumsal cinsiyet nedeniyle dezavantajlı konumda bulunan kadınları kapsamadığını belirtmektedir.[30] Siyasal Liberalizm'de Rawls modern liberal devletlerde vatandaşların kapsamlı doktrinlere sahip olduklarını kabul etmektedir. Rawls "A Theory of Justice"da kapsamlı doktirin olarak faydacılığı belirtmiştir. Ancak "Siyasal Liberalizm"de daha çok din üzerinde durmuştur. Hakkaniyet olarak adalet temelinde dinsel farklılıkların ya da kapsamlı inanç sistemlerinin birlikteliğine ilişkin sorular üzerinde durmuştur. Ancak toplumsal cinsiyet ve ırk ayrımcılığından kaynaklanan sorunlar "Siyasal Liberalizm" içinde "A Theory of Justice"da olduğu gibi cevaplanmaması feministler tarafından eleştirilmiştir. Exdell ev-içi adalet, kadınların özgürleşmesi, özerkliği ve eşitliği konularındaki feminist taleplere Rawls'un yaklaşımının bir açılım sağlamadığını düşünmektedir. Rawls "Siyasal Liberalizm" adlı kitabını büyük ölçüde komüniteryan eleştirilere cevap niteliğinde yazdığından, argümanları dini muhafazakârların hoşuna giderken, feministlere desteğini azalmıştır. Zira teori geleneksel ailenin içindeki toplumsal cinsiyet rollerinin olumsuz sonuçlarına ilişkin bir çözüm sunmaktan uzak kalmaktadır. Exdell feministlerin taleplerinin Rawls'un siyasal liberalizminin tamamen dışında olduğunu belirtmez. Rawls'un iyi düzenlenmiş bir toplumda (*well ordered society*) bireyler hak ve özgürlükleri konusunda eğitilebileceklerine ilişkin düşüncesini onaylamaktadır. Bu bağlamında iyi düzenlenmiş toplumlarda kadınlar ve kız çocukları özerk bireyler olarak yetişebileceklerdir.[31]

Rawls'un "Siyasal Liberalizm" adlı kitabına yönelik diğer bir feminist eleştiri Linda Hirshman 1994 tarihli makalesinde yer almaktadır. Hirshman Exdell'le benzer şekilde Rawls'un teorisinin büyük ölçüde dinsel farklılıklara ilişkin olduğunu ve muhafazakâr dindarlıkla doğrudan ilişkisi olan ailedeki geleneksel toplumsal cinsiyet rolleri sorununun giriş cümlesindeki birkaç cümle dışında yer verilmediğini belirtmektedir.[32] Rawls'un orijinal durumunun eril üstünlüğünü içerip içermediğini sorgulamakta ve içerdiğine ilişkin argümanını sunmaktadır. Hirshman Rawls'un tüm feminist eleştirileri bilmesine rağmen nasıl ustaca bu eleştirileri görmezden gelmesine hayran olmaktadır. Özellikle sos-

29 John Exdell, "Feminism, Fundamentalism, And Liberal Legitimacy", *Canadian Journal of Philosophy,* cilt 24, sayı 3, 1994:441; Linda R. Hirshman, "Is the Original Position Inherently Male-Superior", *Columbia Law Review,* cilt 94, 1994:1860.

30 *Exdell, s. 442.*

31 *Exdell, 453-454.*

32 *Hirshman, s. 1860-1865.*

yal sözleşme teorisine ilişkin eleştirileri görmezden gelme haline şaşırmaktadır.[33] Hishmann Gilligan'ın "farklı ses" kavramını referans göstererek orijinal durumda kadınların farklılığın bir Rawls'un teorisi açısından dezavantaj oluşturabileceğini altını çizmektedir. Dinci fanatikleri dışladığı gibi kadınları dışlaması gerekecektir.[34] Kadınların erkeklere göre fiziksel olarak daha zayıf ve ufak olmaları, Rawls'un rasyonel ve makul katılımcılarından farklı bir sonuca götüreceğini düşünmektedir. Bilgisizlik perdesi kalktığında Hirshman'a göre bu durumda katılımcılarının oluşturduğu adalet ilkeleri sadece devletle ilişkili olmayacak, aynı zamanda insan ilişkilerinin en mahrem alanlarına da girecektir. İkincisi sözleşmeye katılanların adaletin ilkelerinin kolektif güvenlik ve bireyin toplumsal inşasına odaklanması gerektiğine karar verebileceklerini düşünmektedir. Bu ilkeler hem tarihsel liberalizm hem de Rawls'un liberalizmi açısından kabul edilemez. Zira liberalizmin kamusal ve özel alanlar arasındaki ayrıma ilişkin temel düşünceyi yıkmaktadır.[35] Sonuç olarak Hirshmann Rawls'un kamusal alanı hayatın diğer alanından yani özel alandan kesip çıkarmasını feminist perspektiften eleştirmektedir. Zira bu ayrımın devam etmesi kadınlara yönelik özel ve mahrem alandaki şiddeti onaylamakta ve sürdürmektedir.

"Siyasal Liberalizm" adlı kitaba yönelik feminist eleştirilerin sanırım en çok bekleneni Okin'indir. Zira "A Theory of Justice" adlı kitapta Rawls'un aile yaklaşımına yönelik en kapsamlı ve feminist teoriyi etkileyen eleştiri kendisinden gelmiştir. Okin Rawls'ın aileye ilişkin olarak "Siyasal Liberalizm"de bir iki cümle ile konuyu geçiştirmesinden önce Rawls'un yayımlanmayan bir taslak çalışmasından bahsetmektedir. "Kadınlar ve Aile" başlıklı çalışmasını öğrencileriyle paylaştığını ama "Siyasal Liberalizm" ve daha sonraki kitaplarında bu çalışmaya yer vermemesini şaşırtıcı bulmaktadır.[36] Zira dönemi ABD toplumunda toplumsal cinsiyetten kaynaklanan sorunlar gündemdeydi.[37]

Okin Rawls'un "Siyasal Liberalizm" adlı kitabında toplumsal cinsiyet konusunda birçok sorunlar olduğunu, ancak Rawls'un "A Theory of Justice" adlı kitabındaki adalet teorisinin yeniden ele alınarak feminizm için yeni açılımlar sağlayabileceğini düşünmektedir.[38] Okin'in feminist perspektiften Rawls'un yaklaşımını ele alması iki varsayıma dayanmaktadır.

33 *Hirshman, s. 1860-61.*

34 *Hirshman, s.1869.*

35 *Hirshman, s.1875.*

36 Susan Moller Okin, "Equal Citizenship: Gender: Justice and Gender: An Unfinished Debate", *Fordham Law Review,* cilt 72, 2004, s.1555.

37 Susan Moller Okin, "Political Liberalism, Justice and Gender", *Ethics,* 105(1), 1994, s. 24.

38 *Okin, 1994, s. 23-43.*

a- Orijinal durumdaki tarafların mevcut toplumsal hayat içerisinde yer alan gerçek sosyal durumlarda yer alan insanların perspektifi bağlamında düşünmelidirler.

b- Orijinal durumdaki taraflar mevcut toplumsal yaşamda ve tarihte kadınların ikincilleştirildiğini ve toplumsal cinsiyet deneyimlerinden kaynaklanan baskıyı anlayabilirler.[39]

Orijinal durumda "bilgisizlik perdesi" ardındaki katılımcılar kendilerinin hangi cinsiyetten oldukları hakkında bilgi sahibi değillerdir. Her bir birey bilgisizlik perdesi arkasından perdenin önüne geçtiklerinde kadın olabileceklerinin bilincindedirler. Bu nedenle adaletin ilkelerini belirlerken kadınların ev içine, iş yerinde ve sosyal hayatta ikincilleştirilmesini kabul etmez. Okin Rawls'un liberal adalet ilkelerinin gerçekten ve tam olarak uygulanması halinde toplumsal cinsiyet sistemiyle mücadele edilebileceğini belirtmektedir.[40] Rawls bilgisizlik perdesini açıklarken perdenin arkasındaki bireylerin cinsiyet konusundaki bilgisizliğinden bahsetmez. Ancak 1975 yılında yazdığı "Fairness to Goodness" adlı makalesinde bilinmeyen özellikler arasına cinsiyet ve ırkı da eklemiştir. Bu haliyle modelinin cinsiyet ve ırk eşitsizlikleriyle mücadelede kullanılabileceğini belirtilebilir.[41] Ancak Okin sonraki yazılarında Rawls'un bilgisizlik perdesi arkasındaki bireylerinin niteliklerine yönelik eleştirilerini sıralamaktadır. Bunlardan ilki Rawls'un orijinal duruma katılanların aile reisleri olduğuna ilişkin düşüncesidir. Okin'e göre toplumsal cinsiyet rolleri gereği aile reisleri genellikle erkeklerdir. Bu nedenle Rawls'un yaklaşımı aile içindeki ataerkil iş bölümünü sürdürmesi açısından sakıncalıdır. Okin'in ikinci eleştirisi Rawls'un cinsiyet ve toplumsal cinsiyet konularına ilişkin meseleleri tartışmamasına ilişkindir. Okin'e göre "… biyolojik cinsiyet farklılıklarından etkilenen cinsiyet ayrımcılığı ve toplumsal cinsiyetlendirmenin çeşitli boyutları" Rawls tarafından yeterince ele alınmamıştır.[42] Üçüncü problem Rawls'un adalet ilkelerinin aile için geçerli olup olmayacağıyla ilgilidir. Okin son problemi şu şekilde ortaya koymaktadır.

"Her ne kadar Rawls aile olgusunu temel yapının bir parçası olarak listelese de, "Siyasal Liberalizm" de açıkça kamusal-özel ayrımında aileyi siyasi olmayan tarafa yerleştirmektedir. Rawls aileyi kiliseler, üniversiteler, şirketler sendikalar gibi bireyin kendi iradesiyle üyesi olduğu kurumlar gibi ele almaktadır. Bu nedenle aile adaletin ilkelerinin konusu değildir ve demokratik olarak idare edilemezler."[43] Ancak Okin'e göre bu argüman kabul edi-

39 Lisa H. Schwartzman, "Feminism, Method and Rawlsian Abstraction", *Feminist Interpretations of John Rawls* içinde, der: Ruth Abbey, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, s:41-42.

40 *Okin, 1989:89.*

41 John Rawls, "Fairness to Goodness", *John Rawls: Collected Papers* içinde, der: Samuel Freeman, USA: Harvard University Press, s. 268; Schwartzman, s.43.

42 Susan Moller Okin, "Forty Acres and a Mule' for Women: Rawls and Feminism", *Politics, Philosophy and Economics,* 4(2), 2005: 237-238; Clare Chambers, "The Family as a Basic Institution- A Feminist Analysis of the Basic Structure as Subject", *Feminist Interpretations of John Rawls* içinde, der: Ruth Abbey, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2013:77-78.

43 *Okin, 2005: 241; Chambers, 78.*

lemez. Zira aile diğer kurumlardan farklı olarak temel yapının bir parçasıdır ve adalet duygusunun öncelikle aile içinde geliştirilmesi gerekmektedir.[44] Rawls her ne kadar dirense de adaletin ilkelerinin aile içinde uygulanması gerektiğini ve böylece özellikle kadın ve çocukların aile içindeki ikincil konumlarının giderilebileceğini belirtmektedir.[45] Okin aslında Rawls'un adalet teorisinin aile açısından revize edilerek toplumsal cinsiyet sorununa bir çözüm getirebileceğini düşünmektedir.

Rawls'un "Siyasal Liberalizm" eserine yönelik en önemli liberal feminist eleştiri filozof Martha Nussbaum'dan gelmiştir. Nussbaum Okin'e benzer şekilde Rawls'un aile yaklaşımı ve bununla bağlantılı olarak kadın ve çocuk haklarına ilişkin duruşuyla ilgilenmektedir. Rawls'un aile kavrayışına ilişkin Nussbaum'un çok sayıda çalışması bulunmaktadır. Ancak Nussbaum'un Rawls'la olan ilişkisi diğer feministlerde olduğu gibi aile kavrayışıyla sınırlandırılamaz. Nussbaum çalışmalarında Rawls'un yaklaşımlarına sıklıkla yer vermekte ve birçok konuda kendisiyle paralel düşünmektedir.[46] Örneğin Nussbaum'un kapasite yaklaşımı(*capability approach)*[47] yaklaşımındaki görüşleri Rawls'un teorisiyle ortaklaşmaktadır.[48]

44 *Okin, 2005: 245. Chambers, 78.*

45 *Okin, 2004:1538-39; Chambers, 78.*

46 Martha Nussbaum, "Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership", adlı kitabında kendisini Rawls'un öğrencisi olarak tanımlamış ve kitabını Rawls'un anısına atfetmiştir. Martha Nussbaum(2006), "Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership", Cambridge:Harvard University Press; Eileen Hunt Botting, "Rawls on International Justice", *Feminist Interpretations of John Rawls* içinde, der: Ruth Abbey, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2013:113.

47 Kapasite yaklaşımı *Amartya Sen* tarafından geliştirilmiştir. Ancak *Nussbaum*'un da belirttiği gibi farklı bakış açıklarından bu yaklaşım tanıtılabilir. Kapasite yaklaşımının başlıca özelliği insanların ne yapabileceklerine veya ne olabileceklerine ilişkin vurgudur. Kapasite yaklaşımında neo-liberal ve faydacı politikalardan farklı olarak birey kalkınma için araç değil, amaç haline gelmektedir. Kalkınma politikalarının insani kapasitelerin gerçekleştirilmesine odaklanması amaçlanmaktadır.(Martha Nussbaum, *Sex and Social Justice,* Oxford: Oxford University Press, 1998:40-42.) Nussbaum kapasite yaklaşımını Aristotelesci bir bakış açısıyla ele almaktadır. Zira Ona göre Aristoteles felsefesi siyasi argümanın temelini şekillendiren insani işlev (*functioning*) ve kapasite kavramlarının temelidir. Nussbaum Aristoteles'in liberal siyasi teorinin gelişmesine önemli etkisi olduğunu düşünmekle birlikte, insan onuru ve özgürlüğü konusunda liberal olmaması nedeniyle teorisinde Kant ve Rawls üzerinden şekillendirdiğini belirtmektedir.(Nussbaum, 1998:23-24.) Sen'e göre: "*... Aristotelesçi kökleri olan "işlevler" kavramı, bir insanın yapmaya ya da olmaya değer verebileceği çeşitli şeyleri ifade etmektedir. Değer verilen işlevleri yeterli beslenme ve önlenebilir hastalıklara yakalanmama gibi temel işlevlerden, topluluk hayatına katılabilme ve öz saygı duygusuna sahip olma gibi karmaşık etkinlik ya da kişisel durumlara kadar değişik biçimler alabilir. ... Bir kişinin "kapasitesi" o kişini başarması mümkün olan alternatif işlev bileşimlerini anlatır. Bu durumda kapasite bir tür özgürlüktür; alternatif işlev bileşimlerini başarmak için gerekli olan temel özgürlük (ya da fazla şekli olmayan biçimde, çeşitli yaşam tarzlarını gerçekleştirme özgürlüğü). Sözgelimi oruç tutan zengin bir kişi, yeme ve içme bakımında zorunlu olarak açlık çeken yoksul bir kişiyle aynı işlevsel kazanıma sahiptir. Ancak birinci ikincisinden farklı bir "kapasite kümesi"ne sahiptir(birinci en iyi şekilde yemeği seçebilir ve gayet iyi beslenebilirken, ikincisi bunu yapamaz)."* (Sen, 2004:109-110.*)* Aristoteles'e göre mutluluk, haz almaya indirgenemez. Hatta acı ve sıkıntıya rağmen, bazı değerler ve davranış şekilleri insana büyük mutluluklar verebilir. Aristoteles'e göre zenginlik, iyi hayat için sadece bir araçtır. Zenginlik haz almak için değil, iyi yaşamak için vardır. İyi bir hayat, haz ve faydanın çok ötesinde bazı değerleri gerekli kılabilir. Aristoteles'e göre saf arzu ve hazlardan oluşan bir yaşam, insanlardan çok hayvanlara özgü bir şeydir.

48 Martha Nussbaum, *Sex and Social Justice,* Oxford: Oxford University Press, 1998:40-42.

Kapasite yaklaşımı insani gelişme ve kalkınmayı insanın işlevleri ve kapasitesinin genişlemesi olarak görmektedir. Bu yaklaşım insanların gelir ve harcamalarına odaklanmak yerine, onların etkili bir biçimde ne yapabildiklerine ve ne olabildiklerine odaklanır. Burada belirli kalkınma ve fayda için insanlar araçsallaştırılamaz, bireylerin her biri birer amaçtır.[49] Aile yapısı ele alındığında insani kapasiteler Nussbaum'a göre: hayat, sağlık, beden bütünlüğü, onur, aşağılanmama, kurumsal özgürlükler, duygusal sağlık, başkalarıyla anlamlı ilişkiler şekillendirme fırsatları, politikaya katılabilme, mülk edinebilme, ev-dışı çalışabilme, kendisi için düşünebilme ve hayatını planlayabilmedir. Nussbaum'a göre aile aynı zamanda bütün bu kapasiteler dışındaki insani kapasitelerin etkilemektedir. Bireyin doğumundan ölümüne kadar öyle ya da böyle kapsamlı bir şekilde hayatının her alanını şekillendirmektedir. Bu bağlamda Nussbaum Rawls'la benzer şekilde ailenin toplumun temel yapısını teşkil ettiğini kabul etmektedir. Nussbaum eğer toplumsal adaleti sağlamak istiyorsak adaletin ilkelerinin aile kurumuna da uygulanması gerekliliğinin altını çizmektedir. Benzer şekilde Nussbaum'un kapasite yaklaşımına göre eğer bir kurum insani kapasitelerin şekillenmesinde etkiliyse, kamusal politikaların bu kurumlara odaklanması gerektiğini düşünmektedir.[50]

Nussbaum'un aile konusunda Rawls'la ortaklıkları üç noktada bozulmaktadır. Bunlar:

1- Rawls'un temel yapının bir parçası olan aileyi kilise ya da üniversiteyle analoji kurarak ele alması

2- Rawls'un Batılı çekirdek aileyi kavramsallaştırmasında temel alması

3- Rawls'un aileyi devletin siyaseti ve hukukuyla oluşturduğu bir kurum olarak görmemesi olgusu.

Nussbaum Rawls'un aile ile kilise arasında bir benzerlik kurarak sonuca ulaşmasını eleştirmektedir. Nussbaum'a göre aile bireylerin kendi iradeleriyle içerisinde bulundukları bir kurum değildir. Rawls'un temel yapı olarak tanımladığı kurumlar bireyin doğumundan ölümüne kadar hayatının her alanını etkileyen yapılardır. Nussbaum'a göre aile temel yapı içerinde yer alır ancak Nussbaum dini yapıları bu bağlamda temel bir yapı olarak kabul etmemektedir. Dini kurumların insanların hayatında etkisi yaygın değildir. Ancak ailenin etkisi başlangıcından sonuna kadar etkilidir.

Gönüllülük ilişkisi bağlamında da eleştiri getirmektedir. Bir kilise ya da üniversiteye bireylerin kendi iradeleriyle dâhil olabileceklerini, ancak aile içerinde yer alıp almama konusunda bir iradenin olup olmadığını Nussbaum tartışmalı bulmaktadır. Erişkinlerin aile hayatı içerisinde olup olmamalarını kendi iradeleriyle belirlendiği söylenebilir. Ancak çocuklar için bu

49 Martha Nussbaum, *Women and Human Development- The Capabilities Approach*, Cambridge: Cambridge University Press: 244, 2008; San, 64-65

50 *Nussbaum, 2008, s. 245-246.*

savı ileri sürmek mümkün değildir. Bir çocuğun modern devlet yapısında aile içerisinde yer alması kesinlikle kendi iradesiyle gerçekleşmez. Çocuk bir ailenin içerisine kendi iradesinden bağımsız bir şekilde doğmaktadır. Bu ister hukuki anlamda bir aile olsun, ister olmasın, insan evladı olan çocuk herhangi bir birey olmadan hayatını devam ettiremez. Dolayısıyla iradesi olmadan bir birlikteliğin içerisinde varoluşunu gerçekleştirir. Çocukların yetiştirilmesinde kendilerinin hayatta kalmasını sağlayan birey/lerin eğitimi önemli olmaktadır. Toplumsal cinsiyet rolleri ve onlardan kaynaklanan eşitsizlikler bu nedenle kuşaktan kuşağa devredilmektedir. Bu devir usulünde de herhangi bir irade açıklaması ve gereksinimi söz konusu değildir. *Rawls Nussbaum*'un altını çizdiği bir sorunu kesinlikle teorisinde inşa ederken tartışmamaktadır.

Diğer bir sorun ailelerin çocuklarını kamusal eğitimden uzaklaştırmak ve kendilerinin belirlediği şekilde aile içinde eğitmek istediklerinde liberal devlet kuramları ve cemaatçiler arasında tartışma çıkmaktadır. Bu tartışmada *Rawls*'un teorisi açık değildir. Zira adaletin ilkelerinin bir temel yapı olarak aileye de uygulanması gerektiği hususunda *Rawls*'un düşüncesi açık değildir. Temel yapı bir bütün olarak ele alınmakta ve adalet ilkeleri temel yapıya bu bütünsellik üzerinden uygulanmaktadır. Temel yapıyı oluşturan her bir parçaya uygulanıp uygulanmayacağı belirsizdir. Aile temel yapının bir parçası olarak adaletin ilkelerinden faydalanabilecek midir?

Nussbaum'un ikinci itirazı *Rawls*'un normal kabul ettiği çekirdek ve batılı aile tipine yöneliktir. Alternatif aile tiplerinin akademik hayatta tartışılmasına rağmen *Rawls*'un aileyi doğal bir yapı olarak ele alan yaklaşımı ilk yazılarından son yazılarına kadar sürdürmüştür. Geleneksel olmayan çekirdek aileleri kabul etmekle beraber, çocukların çekirdek ailede yetişmesi gerektiği düşüncesini devam ettirmiştir. Kırsal aileler, geniş aileler, kadın kolektifleri gibi çekirdek ve Batılı olmayan aile tipleri de orijinal durumda yer alacaklar ve bu ailelerin sadece çekirdek aileyi gözetecek adalet ilkeleri belirlemeyi tercih edecekleri şüphelidir.[51]

Nussbaum'un üçüncü eleştirisi, ailenin siyasi ve hukuki bir kurgu olduğuna ilişkin savı *Rawls*'un tanımaması üzerinedir. *Nussbaum* ailenin modern toplumlarda siyasi olarak yapılandırıldığını ve daha sonra da hukuken meşrulaştırıldığını ortaya koymaktadır. İnsanlar farklı şekillerde bir araya gelirler, birlikte yaşar, birbirlerini severler ve çocuk sahibi olurlar. Bunun doğada tek bir formülü olamaz. Ancak siyaset ve hukuk bu formüllerden birisini seçer ve onu normları aracılığıyla doğal kabul ettirir. Modern devletlerde bir ailenin nasıl oluşacağı, nasıl sona ereceği, sona ermesinin sonuçlarının ne olacağı hukuk normları aracılığıyla belirlenmektedir.[52] Sosyolojik olgular neticesinde ortaya çıkmış olan normlar hukuk normlarıyla örtüşebileceği gibi, örtüşmeyebilir de. Bu sıklıkla karşıla-

51 *Nussbaum, 2003: 504.*

52 *Nussbaum, 2003, s. 504-505.*

şılan bir durumdur. Türkiye'de olgusal olarak geniş ailelere rastlanmaktadır. Ancak aile hukuku düzenlemelerin çekirdek aileyi esas alarak düzenlendiğini görmekteyiz. Örneğin boşanma durumunda çocukla kişisel ilişki kurma hakkı 1926 tarihli Türk Medeni Kanununun ilk halinde sadece çocuğun anne ve babasına tanınmıştır. Büyükanne ve büyükbabaların çocukla kişisel ilişki kurma hakkı kanunda tartışılmamıştır. Mehaz İsviçre Medeni kanununda da benzer şekilde söz konusu olguya ilişkin herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Konu yüksek yargının önüne geldiğinde İsviçre Federal Mahkemesi kanun koyucunun konuyu olumsuz bir biçimde düzenlediğini belirterek büyük anne ve babaların Mahkemeye başvurarak çocukla kişisel ilişki kurulmasını isteme hakkına sahip olmadıkları sonucuna varmıştır.[53] Dolayısıyla yasa koyucunun bilinçli bir şekilde çekirdek aileyi aile olarak kabul ettiğini ve geniş aileyi kendi aile kavrayışı içinde değerlendirmediğini yargı ortaya koymakta, kendisi de bu yaklaşımı onaylamakta ve sürdürmektedir. Ancak sosyolojik anlamda Türkiye'de geniş aile olmasına rağmen politik olarak çekirdek ailenin hukuk düzenlemeleriyle dayatılması söz konusudur. Eğer İsviçre yargısı gibi aksi yönde karar verseydi büyük anne ve babaların çocukla kişisel ilişki kurma isteme hakkı tanınmayacaktı. Burada problem olgusal gerçeklikte büyük anne ve babaların çocukla kişisel ilişki kurma haklarının olduğu kabul edilse bile, hukukun bu durumu tanımaması durumunda geniş aile olgusunun aile kavramı ve kavrayışları içerisinde kabul edilmemesidir. Bu örnekten de hareketle aslında ailenin ne olduğu sosyolojik olarak değil hukuki ve siyasi olarak belirlenmektedir. Nussbaum'un görüşü de bu yöndedir. Ancak Rawls tüm yazılarında ailenin hukuksal kurgusunu gözardı etmek eğilimdedir ve Nussbaum bu konuda Rawls'u eleştirmektedir.

Rawls'un 1997 [54] yılında yayımlanan son dönem çalışmalarından olan "Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması" adlı makalesinde aile kavramını kamusal aklın faydasını ve kapsamını açıklamak için ele almıştır. Benzer şekilde 2001 yılında yazdığı "Justice as Fairness-A Restatement" adlı kitabında da aynı yaklaşımını devam ettirmiştir.[55] Her iki çalışma da Rawls'un feministlere ilk açık cevapları niteliğindedir.[56] Rawls "adaletin ilkelerinin aileye uygulanamaz" olduğunu düşünmenin hatalı bir anlayış olduğunu belirtmektedir.[57] Rawls aynı zamanda ailenin bir toplumda kültürün kuşaktan kuşağa düzenli bir biçimde geçiren temel bir yapı olduğunu belirtir. Ailenin temel işlevi makul ve etkili bir biçimde çocuk yetiştirmek ve bu

53 Kemal Oğuzman, Nami Barlas, *Medeni Hukuk,* İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013, s. 99.

54 John Rawls, "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review,* 1997, s. 765-807.

55 *Rawls, 2001, s. 162-168.*

56 *Okin, 2004, s. 1564.*

57 *Rawls, 2001, s. 166.*

çocukların geniş bir kültür ortamında ahlaki gelişmelerini ve eğitimlerini sağlamaktır. Rawls ahlaki gelişimin evrelerinin hakkaniyet olarak adaletle ilişkisi bağlamında ele almıştır.[58] Aile toplumu devam ettirmek için yeterli sayıda vatandaşı besleyip geliştirmelerini güven altına almak zorundadır. Okin'e göre Rawls ilk defa eviçi emeğin toplumsal olarak gerekli bir emek olduğunu kabul etmiştir.[59] Söz konusu özellikleri yerine getiren ailelerin tekeşli, heteroseksüel ya da başka bir özellikli olduğunu belirtmemektedir. *Rawls* çocukların ahlaki gelişim evrelerini sağlayabilen tüm ailelerin kabul edilebilir olduğunu düşünmektedir. Ancak normal olanın anne-baba ve onların ahlaki ve toplumsal otoritesi altındaki çocuk/larından oluştuğunu belirtmektedir.[60]

Feministlerin en çok eleştirdiği konu Rawls'un aile yaklaşımın siyasal adaletle ilişkilendirmemesidir. Okin adalet ilkelerinin aile için geçerli olmadığını ve dolayısıyla *Rawls*'un belirttiği usulle ortaya çıkan adalet ilkelerinin kadın ve çocuklara eşit adalet sağlamayacağını belirtmektedir.[61] Rawls Okin'in eleştirisine katılmaz. Rawls itirazı aile ve kiliseler arasında analoji kurarak açıklamaktadır. Bir dini lider siyasal adalet ilkeleriyle seçilmesi gerekmeyebilir. Ancak adalet ilkeleri kilise yönetimine bir takım sınırlamalar getirebilir. Kilisenin üyelerini temel hak ve özgürlükleri korunur. Benzer şekilde ailenin de iç yaşamını siyasetin ilkeleri doğrudan belirlemez. Ancak aile bireyleri birer vatandaş olmaları nedeniyle temel hak ve özgürlüklere sahip olmak açısından eşittirler.[62]

Rawls'un son yazılarında aile içinde adalet ve adaletsizliği tartışır gibi gözükmektedir. Ancak adalet ilkelerinin temel yapıya doğrudan uygulanması gerekliliği belirtirken, içsel alana -ki aileyi bu alanlardan birisi olarak kabul eder- doğrudan uygulanamayacaklarını tekrar belirtir. Bu kafa karıştıran yaklaşım feministlerce eleştirilmiştir. Okin Rawls'un son yazılarında aile içi adalete konusuna ilişkin belirsizliği ortaya koymuş ve kendi görüşlerini liberal feminist perspektiften kısaca ele almıştır. Öncelikle Rawls'un aile ve diğer özel kurumlar arasında kurduğu kıyası ele almaktadır. Okin'e göre aile bireyin kendi iradesiyle içerisinde bulunduğu bir kurum değildir. Aile kurumuna giriş ve çıkış, üniversiteye giriş ve çıkışa benzememektedir. Örneğin boşanma olayı ne kadar sorunsuz atlatılırsa atlatılsın, üniversiteden mezun olayıyla önemli farklılıklar taşır. Benzer şekilde evlenmekle bir üniversiteye ders vermeye başlamak arasında da ortaklıklar olmakla birlikle farklılıklar kıyas yapılmasını zorlaştırmaktadır. Ancak Rawls temel sosyal kurumların (*basic social institutions*) üyelerinin doğumdan itibaren fırsatlarını belirlediğini, diğer bir ifadeyle

58 John Rawls, *A Theory of Justice,* bölüm 70-76,

59 *Okin, 2004:1564.*

60 *Rawls, Kamusal Akıl, s. 171.*

61 *Okin, 1989: 90-93; Rawls, Kamusal Akıl, s. 171.*

62 *Rawls, Kamusal Akıl, s. 170-171.*

vatandaşların karakterlerini ve amaçlarını şekillendirdiğini belirtir. Rawls aileyi sosyal kurumlar içerisine yerleştirmez. Zira aileyle ilişki diğerlerinden farklı bir gönüllülük ilişkisidir. Rawls aileyi temel yapılar içerisine yerleştirmekte ve daha sonra gönüllülük ilişkisi bağlamında dışarıda tutmaktadır. Bu karışıklığı Okin de netleştirememekte ve eleştirmektedir.[63]

Feminist düşünürler anaakım liberal teorinin ev-içindeki geleneksel toplumsal cinsiyet rollerinin yarattığı adaletsizlikleri görmezden gelmesini ve bu nedenle ortaya çıkan eril üstünlüğünün devamını sorgulamışlardır. Yine bu eşitsizlik olgusu bağlamında kadınların ekonomik ve siyasi alanlardaki dezavantajlı konumlarının altı çizilmiştir. İlk kuşak sorgulama bunun kamusal ve özel alan arasındaki liberalizmin yaptığı keskin ayrıma bağlamışlardır. Rawls'un liberalizminin bütün bu eleştiriler belirginlik kazanmışken aynı şekilde devam etmesi feministleri yeniden yazmaya teşvik etmiştir.

McClain, Nussbaum ve Okin anti-liberal perspektiften yapılan feminist eleştirilerden[64] farklı olarak liberalizm içinden Rawls'un teorisini eleştirmişlerdir.[65] Ancak liberal teorisyenlerin aile içi sorunları görmezden gelme eğilimlerinin 20. yy'da devam etmesi şaşırtıcıdır. Rawls tüm çalışmalarına genel olarak bakıldığında dağıtıcı adalet ilkelerinin ailenin iç ilişkilerine uygulanmasını kabul etmediğini belirtilebilir. Bu yaklaşım feministler dışında tüm Rawls takipçileri ve hatta Rawls eleştirmenleri tarafından da paylaşılmaktadır.[66] Ancak Okin gibi aile içinde adalet sorunu üzerine düşünenler adalet ilkelerinin neden ev içine ulaşmadığını sorgulamaktadır ve anlaşılan bu gidişle sorgulanmaya devam edecektir.[67]

63 *Okin, 2004, s. 1567.*

64 Bu tip eleştiler için örneğin Benhabib, 1999, Iris Marion Young, "Impartiality and Civic Public", *Feminism as Critique* içinde, der: Şeyla Benhabib, Drucilla Cornell, 1987.

65 *Okin, 2004, s.1547.*

66 *Sandel, 2014.*

67 *Okin, 2004, s. 1568.*

Kaynakça

- Benhabib, Ş.(1999): *Modernizm, Evrensellik ve Birey,* çev: Mehmet Küçük, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- Botting E.H.(2013), "Rawls on International Justice", *Feminist Interpretations of John Rawls* içinde, der: Ruth Abbey, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2013:113.
- Borovalı, M.(2003): "John Rawls ve Siyaset Felsefesi", John Rawls-Halkların Yasası ve Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması" içinde, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayını.
- Boucher, J.(2003): "Male Power and Contract Theory: Hobbes and Locke in Carole Pateman's *The Sexual Contract" Canadian Journal of Political Science,* 36(1):23-38.
- Brennan T., Pateman, C.(1979): "Mere Auxiliaries to the Commonwealth: Women and the Origins of Liberalism", *Political Studies,* cilt XXVII, sayı 2, 183-200.
- Chambers, C. (2013): "The Family as a Basic Institution- A Feminist Analysis of the Basic Structure as Subject", *Feminist Interpretations of John Rawls* içinde, der: Ruth Abbey, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press:77-78.
- Donovan, J. (1997): *Feminist Teori,* çev: Aksu Bora, Meltem Ağduk Gevrek, Fevziye Sayılan, İstanbul: İletişim Yayınları.
- Elshtain, J.B.(1993): *Public ManPrivate Woman: Women in Social and Political Thought,* Princeton: Princeton University Press.
- English, J. (1977): "Justice Between Generations", *Philosophical Studies,* 31(2): 91-104.
- Exdell, J.(1994): "Feminism, Fundamentalism and Liberal Legitimacy", *Canadian Journal of Philosophy,* 24(3): 441-463.
- Green, K.(1986): "Rawls, Women and Priority of Liberty", *Australasian Journal of Philosophy,* 64:26-36.
- Hirshman L.R.(1994): "Is the Original Position Inherently Male-Superior?" *Columbia Law Review,* 94(6): 1860-1881.
- Kearns, D. (1983): "An Theory of Justice- and Love: Rawls on the Family" *Politics: Australian Journal of Poltical Science,* 18(2): 36-42.
- Landes, J.(2003): "Further Thoughts on the Public/Private Distinction", *Journal of Women's History,* cilt 15, sayı 2, 28-39.
- MacIntryre, A.(2001): *Erdem Peşinde,* çev: Muttalip Özcan, İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- McClain, L.C.(1991-1992): " 'Atomistic Man' Revisited: Liberalism, Connection and Feminist Jurisprudence", *Southern California Law Review,* 65:1173-1264.
- Minow, M.(1991): "Making All The Difference", ABD: Cornell University Press.

- Nussbaum, M.(1998): *Sex and Social Justice,* Oxford: Oxford University Press.
- Nussbaum, M.(2003): "Rawls and Feminism", *The Cambridge Companion to Rawls,* der: Samuel Freeman, Cambridge: Cambridge University Press:488-520.
- Nussbaum, M.(2006), "Frontiers of Justice: Disability, Nationality, Species Membership", Cambridge: Harvard University Press.
- Nussbaum, M(2008): *Women and Human Development- The Capabilities Approach*, Cambridge: Cambridge University Press.
- Oğuzman, K, Barlas, N.(2013): *Medeni Hukuk,* İstanbul: Vedat Kitapçılık.
- Okin, S.M. (1989): *Justice, Gender and Family,* New York: Basic Books, Inc., Publishers.
- Okin, S.M.(1994): "Political Liberalism, Justice and Gender", *Ethics,* 105(1):23-43.
- Okin, S. M. (2004): "Justice and Gender: An Unfinished Debate", *Fordham Law Review,* 72:1537-1567.
- Okin, S. M. (2005): " 'Forty Acres and A Mule' for Women: Rawls and Feminism", *Politics, Philosophy and Economics,* 4(2): 233-248.
- Pateman, C.(1988): *Sexaul Contract,* Cambridge: Polity Press.
- Pateman, C.(1989): *The Disorderof Women: Democracy, Feminism and Political Theory,* Cambridge: Polity Press.
- Pateman, C.(2004): "Kardeşler Arası Toplumsal Sözleşme", çev: Aksu Bora, *Sivil Toplum ve Devlet* içinde, der: John Keane, Ankara: Yedi Kıta Yayınları: 119-146.
- Rawls, J. (1997): "The Idea of Public Reason Revisited", *The University of Chicago Law Review:* 765-807.
- Rawls, J. (1999)"The Idea of Public Reason Revisited", *Collected Papers* içinde, der: Samuel Freeman, Massachusetts: Harvard University Press: 573-615.
- Rawls, (1999):"Fairness to Goodness", *John Rawls: Collected Papers* içinde, der: Samuel Freeman, USA: Harvard University Press:267-285.
- Rawls, J. (1999): *A Theory of Justice,* USA: Harvard University Press.
- Rawls J. (2001), *Justice As Fairness-A Restatement,* der: Erin Kelly, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Rawls, J. (2003): "Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması", *Halkların Yasası ve "Kamusal Akıl Düşüncesinin Yeniden Ele Alınması* içinde, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları: 143-194.
- Rawls, J.(2006): *Siyasal Liberalizm,* çev: Mehmet Fevzi Bilgin, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayını.
- Sam, N.(2008): "Yoksulluğa Bir Yaklaşım Biçimi: Kapasite Yaklaşımı", *Uludağ Üniversitesi İktisadi ve idari Bilimler Fakültesi Dergisi,* cilt XXVII, 59-70.

- Sandel, M.(1994): "Şekli Cumhuriyet ve Engellenmemiş Benlik", *Mürekkep*,s.14-20.
- Sandel, M. (2014): *Liberalizm ve Adaletin Sınırları,* çev: A. Emre Zeybekoğlu, Ankara: Dost Kitapevi Yayınları.
- Scales, A. (1980-1981): "Towards a Feminist Jurisprudence*", Indiana Law Journal*, cilt 56, s.3, 375-444.
- Schwartzman, L.H.(2013): "Feminism, Method and Rawlsian Abstraction", *Feminist Interpretations of John Rawls* içinde, der: Ruth Abbey, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 40-56.
- Sen, A. (2004): Özgürlükle Kalkınma, çev: Yavuz Alogan, İstanbul, Ayrıntı Yayınları.
- Taylor, C. (1985): *Philosophy and Human Sciences: Philosophical Papers,* cilt II, Cambridge: Cambridge University Press.
- Young, I.M. (1987): "Impartiality and Civic Public", *Feminism as Critique* içinde, der: Şeyla Benhabib, Drucilla Cornell, Minneapolis: University of Minnesota Press, 57-76.

Aristoteles'te Phronesis Kavramı ve Modern Hukukta Muhakeme

Sezgin Seymen ÇEBİ*

Giriş

Antik Yunanca bir kelime olan ve Aristoteles'in Nikhomakos'a Etik adlı eserinde sözünü ettiği *Phronesis* terimine ilişkin en büyük zorluklardan birisi onu bir kavram olarak açıklığa kavuşturmaktır. Bu durum bir anlamda onun günümüz dillerine çevirisinde de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. *Phronesis*, Latinceye *prudentia* olarak çevrilmiştir.[1] İşte bu terimden, özel bir durumu yargılayan ya da o özel duruma yasayı uygulayan anlamında yine Latince 'jurisprudentia' terimi türemiş ve Almancada da bu terim 'judikatür' olarak da ifade edilmiştir.[2] *Phronesis* teriminin İngilizce çevirisi ise sanıldığı kadar kolay değildir. İngilizcedeki Anglo/Sakson hukuku ve yargılamasını anlatan 'jurisprudence' kelimesi *phronesis* ile anlatılmak isteneni anlatmamaktadır. *Phronesis* terimini İngilizce'de karşılayan tek bir kelime bulunmamaktadır. Bu anlamda, 'reasonableness' (makuliyet), 'practical wisdom' (pratik bilgelik), 'prudence' (sağduyu, temkinlilik), 'discernment' (fark etme, idrak) veya 'yargılama' (judgement) çevirileri yapılabilir. Son çeviri basitçe yargılama yetisi (ability to judge) değil, aynı zamanda yargılayabilme (being able to judge) olarak anlaşılmalıdır. Hem bir filozof hem de klasik filoloji uzmanı olarak Gadamer *phronesis*'in Almanca'ya çevirisini 'praktischeswissen' olarak yapmıştır ki İngilizce'ye 'practical wisdom' ve Türkçeye 'pratik bilgelik' olarak çevrilebilir.[3]

Gadamer'e göre de, Aristoteles'in Nikhomakos'a Etik eserinin VI. kitabındaki *phronesis* tarifi çok belirsizdir. Ama belki de bunun nedeni *phronesis*'in belirlenemez ve kuramsallaştırılamaza ilişkin

---

* *Doç. Dr., Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, Uluslararası Antalya Üniversitesi.*

1 Aristoteles metinlerini Antik Yunanca bilmediği için Latince tercümesinden okuyan Thomas Aquinas Aristoteles'in *phronesis* kavramının tercümesini *prudentia* terimi olarak okumuş, bu okuyuş Aquinas felsefesinden etkilenen mesela John Finnis gibi çağdaş hukuk filozoflarını da etkilemiştir.

2 Dottori, Riccardo; "The Concept of Phronesis by Aristotle and the Begining of Hermeneutic Philosophy", *Etica&Politica/ Ethics and Politics*, XI, 2009, pp. 301-310; s. 301.

3 Ibid s. 301. Nikomakhos'a Etik'in kanımca Türkçe'de bulunabilecek en iyi çevirisinde *phronesis* "aklı başındalık" olarak çevrilmiştir (Bkz. Aristoteles, *Nikhomakhos'a Etik,* Yunanca aslından çeviren Saffet Babür, BilgeSu yayınları, Ankara, 2014).Kuşkusuz oldukça sıcak bir çeviri. Ancak Türkçe'de birisine "aklını başına al" dediğimizde ya da birini "aklı başında biri" olarak nitelendirdiğimizde acaba ne demek isteriz? Mesela birine "aklını başına al" uyarısı yaptığımızda bu uyarının içerisinde bir ölçüde "kendine gel", "doğal olana dön", "sende zaten (doğal olarak) var olan ama senin bıraktığın bir şeyi yeniden fark et ve ona uygun davran" demek istemez miyiz? Yine genç ve tecrübesiz birisine de biz "aklı başında bir çocuk" diyebiliriz. Ancak kanımca Aristoteles'in *phronesis* ile kastettiği bunun çok ötesine geçen bir şey.

olmasıdır. Birisi onu kavradığında da paradoksal bir biçimde anlamını kaybetmektedir.[4]

Phronesis'in Aristoteles Düşüncesindeki Yeri

Bir terim ve kavram olarak *phronesis*'in Aristoteles düşüncesindeki yerinin ne olduğunu anlamak kuşkusuz onu yine Aristotelesçi terminolojide yer alan diğer başat terim ve kavramlarla karşılaştırarak mümkün olacaktır.

Nikhomakos'a Etik'te Aristoteles bilimsel bilgi olarak nitelendirdiği ve evrenselleri içeren *episteme* ile pratik kavrayış olarak nitelendirdiği ve bireysel, tikel, özel ve somut olanla ilgili olan *phronesis*'i birbirinden ayırmaktadır. *Episteme*'de bilgi genel olarak kavramsaldır. Burada tüm argüman kendilerine açıklama yoluyla gidilebilecek ve kendilerinden tümdengelim yoluyla çıkarım yapılabilecek ilkeler, kurallar ve teorilere dayanır. *Phronesis*'te ise durum oldukça farklıdır. Bu bilgi somut ve öznel olan (*eschaton*)'la ilgidir ve bu *episteme*'in değil algılama ve idrak etme (*aisthesis*)'nin konusudur. Bir başka ifade ile bu bilgi kavramsal değil idrakidir.[5] Bu anlamda bu bilgi türü genel ve soyut bir hale getirilip başkalarına aktarılamaz. Bu bilgi ancak ve ancak somut ve özel ile ve onun karmaşık yapısıyla karşılaşma sonucu ortaya çıkacak bir idrak etme durumudur.

Ancak *phronesis* tamamıyla *episteme*'den kopuk bir şey de değildir. Nitekim bizim *phronesis*'i uygulamadaki başarısızlığımız iki nedenden kaynaklanabilir. Ortaya koyacağımız eylemle ilişkili özel durumları anlayamamamız ya o özel durumun da içinde yer aldığı özel hallere ilişkin yeterince tecrübeye sahip olmamamızdan ya da yetersiz bir *episteme* (bilimsel bilgi)'ye sahip olmamız nedeniyle bu özel halin temsil ettiği evrenseli kavrayamamızdan kaynaklanabilir.[6]

Bir kere Aristoteles *phronesis*'i doğal olarak değil sonradan, tecrübeyle edinilen bir şey olarak görüyor ve erdemlerle ilişkilendiriyor. Yani *phronesis* tecrübe ve tecrübeyle kazanılmış olgunlukla doğrudan alakalı. Aynı zamanda Aristoteles Nikomakhos'a Etik'in *phronesis* üzerinde durduğu VI. kitabında hiç bir erdemin phronesis'ten bağımsız olamayacağını da vurguluyor ve onu hem siyaset hem de yargılama ile ilişkilendiriyor. Şimdi makuliyet, temkinlilik, sağduyu, idrak etme ve hatta yargılama durumlarını kapsayan ve oldukça geniş bir alana yayılan bir fenomeni günlük Türkçe'de çok farklı bağlamlarda da kullanabildiğimiz 'aklı başındalık' durumuyla yeterince kavrayamayız diye düşünüyorum. O yüzden aslında somut ve tekil'e ilişkin bilgelik, kavrama ve/veya idrak etme olarak *phronesis* için Türkçe'de, tıpkı İngilizce ve Almanca'da olduğu gibi,"pratik bilgelik" teriminin daha uygun olduğunu düşünüyorum. Kuşkusuz bu da sorunsuz bir çeviri değil. Çünkü bu bilgelik halinin Aristoteles'in *sophia* olarak nitelendirdiği bilgelik halinden farklı olduğu da malum. Ancak bu ikincisini *phronesis*'ten bu hususta yabancı literatürde kullanılan teorik bilgelik (theoretical wisdom; theoretische wissen) kavramı ile ayırabiliriz kanısındayım. Türkçe karşılık olarak pratik bilgelik kavramını tercih etmekle beraber metinde çoğu zaman doğrudan *phronesis* demeyi tercih ettiğimizi de belirtelim.

4 Ancak Gadamer'e göre Platon *phronesis*'in geleneksel anlamını değiştirmiş ve ona diyalektik düşünceyi dahil etmiştir. Gadamer açısından diyalektik düşünce bir *techne* ya da *sanat* değildir; bir bilgi ya da beceri de değildir.Diyalektik düşünce bir var olma biçimidir; yani 'makul' olmadır.(Bkz. Gadamer, Hans-Georg, *The Idea of the Good in Platonic-Aristotelian Philosophy*, translated by Christopher Smith, Yale University Press, New Haven:,1986 s: 35-37).

5 Aristotle; *Nichomachean Ethics*, translated with an introduction and notes by Martin Oswald, published by The Library of Liberal Arts, Prentice Hall, NJ, 1999 sec. 1140b 35-10.

6 Ibid, sec. 1141b 10-15.

Yine Nikhomakos'a Etik'te Aristoteles *techne* ile *phronesis* arasında da kesin bir ayrım yapmaktadır. Buna göre, *techne* bir şeyi yapıp etme bilgisi ve bu bilgi yoluyla ortaya bir şey, bir ürün koymadır. Bu anlamda *techne* bir üretme (*poiesis*) etkinliğidir.[7] Phronesis ise doğrudan *praksis* (*edim, eylem*) ile bağlantılı olduğu için belirtilen niteliklerden ayrı düşünülemez. Bu noktada Gadamer'in *techne* ile *phronesis* arasındaki ayrımı yaparken dikkat çektiği önemli bir noktayı belirtmekte yarar var. Gadamer'e göre, sanat ya da *techne* onun ürettiğine ilişkin en yetkin bilgiye sahip olmak ile zirve yapar. Bu anlamda öğrenilebilir bir şeydir. *Phronesis* ise nasıl var olunduğuna ilişkin bir şey olduğu için bu manada öğrenilmesi mümkün değildir. Buna göre *phronesis* herkesin kendisi için neyin yararlı olduğuna ilişkin rasyonel tefekkürüdür. Bu bağlamda düşünüldüğünde e*phronesis* yaşayarak ve edim/eylem yoluyla öğrenilirken, *techne* bizatihi üreterek öğrenilecektir. Bir adım daha ilerisi bize *phronesis*'in aynı zamanda belirli bir tarihselliğe sahip olduğunu da gösterecektir. Böylece *phronesis* sürekli bir pratik ile oluşan bir habitustur ve bu yolla insanların ve site devletinin içinde oluşan ve oradaki vatandaşlar tarafından saygı duyulması gereken örf, adet, gelenek ve göreneği, şehrin ahlak yasasını yani ethos'u oluşturur.[8] Ethos erdemli davranışın sürekli tekrarlanması ile oluşacaktır. Böylece *phronesis* bir yönüyle erdemin pratik eylemde vücut bulmasından başka bir şey değildir. Nitekim Aristoteles erdem (*arete*) olmaksızın *phronesis* olamayacağını belirtmiştir. Erdem *phronesis*'in kendisine yöneldiği eylemin sonucunu belirler.[9] Bu anlamda *phronesis* sadece amaca ya da sonuca ilişkin araçlarla değil aynı zamanda amaçların ya da sonuçların kendilerinin belirlenmesiyle de ilgilenmek zorundadır. Esasen Aristoteles'in *phronesis*'i bir erdem olarak nitelemesi de bunu gerektirmektedir. *Phronesis*'in etik açıdan kendi kendisine yeterliliği de sonuçların geniş ölçüde *phronimos* (phronesis sahibi kişi)'un dâhil olduğu konteks tarafından belirlenmesinin bir ürünü olmaktadır.[10]

Aristoteles, yargılama işini yürüten yargıcın yaptığını da bu faaliyete özgü bir *phronesis (dikastike phronesis*) olarak değerlendirip, bu faaliyeti *techne (tekhne)* olarak görmemektedir. Adaleti yönetmek

7 Gadamer'e göre *poiesis* etkinliği kişinin ahlaki ve siyasi niteliklerinden ayrı ve bağımsız düşünülmesi gereken bir etkinliktir. Heidegger'de ise *tekhne(techne)/poiesis* ile *phronesis/praksis* çiftleri arasındaki ayrım çok daha bulanıktır ve bu bağlamda Heidegger *"tekhne*" kavramının siyaset ve ahlakla öyle kolayca ayrılamayacağını düşünür. Heidegger, *tekhne*'ye ilişkin olarak şöyle söylemektedir: "Bir bilme biçimi, sanatıdır bu sözcüğün anlamı; yapmak ya da ortaya koymak anlamına gelmez. Bilmek, bir çalışmanın, bir yaratının biçimlenişinden önce onu görebilmektir. Çalışma, bilim ve felsefe olabileceği gibi, şiir, bir söylev de olabilir. Sanat tekhne'dir ama teknoloji değildir. Sanatçı da *tekhnites*'dir ama ne teknisyendir (Techniker), ne de elişçisi, zanaatkardır." (Sanatın Doğuşu ve Düşüncenin Yolu" çev. Leyla Baydar, *Patikalar: Martin Heidegger ve Modern Çağ*. Yay. Haz. H. Ünal Nalbantoğlu, İmge Yayınları, Ankara: 1997, s:306).

8 Gadamer;*Truth and Method*, second revised adition, translation revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall, Continuum, London, 1989, s:313-315, (Bu konuda ayrıca bkz Nalbantoğlu, ibid s:306-307).

9 Aristoteles; *Nichomachean Ethics,* 1144b-15-20; 1145a3-5.

10 Long, P. Christopher; "The ontological reappropriation of phronesis", *Continental Philosophical Review"*, 35: 35-60, 2002, s: 49.

de hem bilgi hem de beceri gerektiren özel bir görevdir. O halde onu *techne* olarak nitelendirmek mümkün olamaz mı? *Techne* yasayı ve kuralları somut duruma uygulamaya ilişkin bir *techne* olarak nitelenemez mi? Yargılama sanatından bahsetmez miyiz? O halde Aristoteles neden hâkimin uyguladığı *phronesis* biçiminden söz edip, bunu bir *techne* olarak nitelendirmemektedir?[11] Gadamer'e göre yasayı uygulamak garip bir legal belirsizlik içermektedir. Halbuki *techne* bilgisini uygulayan bir zanaatkarın durumu oldukça farklıdır. Zanaatkâr yaptığı nesnenin tasarımı ve bunun için uyguladığı kurallarla yapacağı işi gerçekleştirir. O özel durumlara kendisini adapte etmeye mecbur olabilir ve başlangıçta niyet etiğinin dışında bir tasarımı gerçekleştirmek zorunda kalabilir. Bu zanaatkârın istediği şeye ilişkin bilgisinin geliştiği anlamına gelmez; o sadece işini yaparken gerekli olan bazı bilgileri durumun özelliğine göre uygulamaz. Bu süreç zanaatkârın bilgisini uygularken maruz kaldığı zorluklarla ve eksikliklerle dolu bir süreçtir.[12] Aristoteles için ise *phronesis* ne bir zeka (cleverness) ne de bir *techne*'dir. *Phronesis* hiçbir formülün (kuralsızlık değil) olmadığı özel hallerde doğru ve makul akla göre hareket etmektir. Buna göre Gadamer'in deyişiyle "bu önce evrenseli (norm-kural olarak da okuyabiliriz) anlayıp onu somut duruma uygulama manasına gelmez. Aksine bir kimse evrenseli ancak öznel hermenötik durumdan hareket ederek anlamaya çalışabilir".[13]

Bu bağlamda hukuk kurallarını uygulayan bir kimsenin durumu oldukça farklıdır. Bu halde kişinin belirli bir anda kuralı bütün kesinliğiyle uygulamaktan imtina etmesi kuralın olmamasından değil, öbür türlü yapmanın doğru olmamasından dolayıdır. Yasayı bütün kesinliğiyle uygulamayıp onu kısıtlarken amaç yasanın gücünü azaltmak değil, daha iyi hukuku bulmaktır. Gadamer'e göre bunu Aristoteles'in hakkaniyet (*epieikeia*; equity) analizinde net bir şekilde görebiliriz. Buna göre *epieikeia* yasanın düzeltilmesidir.[14] Aristoteles her yasanın somut eylemle zorunlu bir gerginlik içerisinde olduğunu belirtmektedir. Çünkü yasa geneldir ve pratik gerçekliği tüm haliyle kavrayamaz. Yasa her zaman eksiktir. Bu onun kusurlu bir yapıda olduğunu göstermez. Aksine bu eksiklik insana dair gerçekliğin yasanın düzenli dünyasına göre her zaman kusurlu olması ve bundan dolayı yasanın basit bir uygulamasına müsaade etmemesinden kaynaklanmaktadır.[15]

Phronesis'in bir erdem olarak sonuçları belirleyebilme yetisi onunla *techne* arasındaki farkın *sophia* ile *episteme* arasındaki farka benzediğini de bize göstermektedir. Bir teorik bilgelik hali olarak *sophia,* bilimsel bilgi (*episteme*)'den farklı olarak,

11 Gadamer, *Truth and Method* s: 315.

12 Ibid, s: 316.

13 Gallagher, Shaun;"The Place of Phronesis in Postmodern Hermeneutics", *Philosophy Today*, Fall 1993, s: 303-304.

14 Esasen Aristoteles'te *epieikeia* terimi Gadamer'in belirttiğinden daha geniş bir manaya gelmektedir. Bu konuya aşağıda değineceğiz. (Bu kavrama dair tartışma için bkz dpn. 49-50).

15 Gadamer, ibid, s: 316.

sadece ilkelerden hareket eden şeyleri değil ilkelerin kendilerine ilişkin hakikati de içerir. Buna göre bir pratik bilgelik hali olarak *phronesis*de, *techne*'den farklı olarak, sadece kendisini sonuçlara göre belirlemez; bir erdem olarak aynı zamanda sonuçları da iyi olarak belirlemek durumundadır. Buna göre *sophianous (entelektüel sezgi)'un*[16] saf uygulanmasıyla ilkelere ilişkin hakikati bilirken *phronesis* yaşanmış tecrübelerle ortaya çıkan erdeme dayanmak zorundadır. Erdem ise dâhil olduğu kültürel, politik ve tarihsel konteks tarafından belirlenmektedir.[17]

Aristoteles'in felsefesinde pratikte özel hallerin tecrübesine sahip olmakla birlikte yeterli bir *episteme'ye* sahip olmadığından o '*episteme*'in sağlayacağı belirli bir argüman (logos)'a dayanamayan bir kimse, o özel durumlara ilişkin yeterince pratik tecrübeye sahip olmayan, ancak yetkin bir *episteme'ye* sahip olduğundan bir argüman (logos) ortaya koyabilecek durumda olan bir kimseden o özel durumu değerlendirmede, yargılamada ya da o durumda doğru olarak ne yapılmasını belirlemede daha iyi konumda olabilir.[18] Ancak eğer bir kimse sadece sahip olduğu deneyime dayanarak doğru bir yargılamada bulunuyorsa, o takdirde doğru eylemin ilkeleri üstü örtük bir biçimde onun eyleminin içerisinde yer almaktadır.[19]

Aristoteles *sophia* ile *phronesis* arasındaki farka da dikkat çekmiştir. Aristoteles Metaphysics adlı eserinde *sophia* için ilk ilkeler ve nedenlerin bilgisi olarak söz et-

16 *Nous* Aristoteles'in Nikhomakhos'a Etik yanında Metafizik ve Ruh Üzerine (De Anima) adlı eserlerinde de yer verdiği temel kavramlardan birisidir. Bu eserlerde terim farklı bağlamlarda da kullanılmış gözüküyor. Ancak hem genel hem de konumuz bağlamında *nous* için 'entelektüel sezgi' çevirisi doğru gözükmektedir. (Ayrıca bkz dpn. 21).

17 Long; "The ontological reappropriation of phronesis ", s: 50.

18 Aristotle, *Metaphysics*; translated by Huge Lawson-Tancred, Penguin Classics, UK, 1998 sec. 981a23-24. Ancak burada belirtmek gerekir ki, Aristoteles için ideal olan *episteme* ve *phronesis*'in birlikte varolmasıdır. Bu noktada Aristoteles açısından *episteme* yerine *phronesis*'in tercih edilmesi bu ikisinin modern teori-pratik ayrımına uygun bir ayrılabilirliğinden değil (bildiğimiz üzere teori-pratik ayrımı modern-Kartezyen bir ayrım olup, antik dönem düşüncesinde böyle bir şey söz konusu değildir), kişinin kendisine ilişkin bir noksanlıktan dolayıdır.

19 Aristoteles birçok noktada hocası Platon'un sorduğu ve cevap aradığı sorulara cevap aramış, ancak hocasından farklı çözümlerle karşımıza çıkmıştır. Her şeyden önce Aristoteles hocası gibi bir ütopyacı değildir. O en iyi 'polis' yönetiminin bu dünyada mümkün olduğunu düşünmüştür. Gerek Platon gerek Thucydides, gerekse Platon'un devletindeki Sokrates ve Thrasymachus, Sokrates tarafından Devlet'te tanımlandığı ve nitelendirildiği biçimiyle adaletin gerçekte var olan 'Polis'te bulunmadığı hususunda mutabakat içerisindeydiler. Aristoteles ise Nikhomakhos'a Etik adlı eserinin V. kitabında adaletin var olması gerektiği hali ile (pratikte) var olan adaletin içerisinde üstü kapalı olarak bulunduğunu belirtmektedir. Kuşkusuz gerçek Polis'te var olan adalet birçok yönden kusurlu bir adalettir. Ancak bu çeşitli kusurlu formların içerisindeki ilkeleri incelemek suretiyle bizler bu kusurların en iyi Polis'in en iyi adaletine ulaşmada ne tür kopmalar ya da ayrılmalara tekabül ettiğini tespit edebiliriz. Aristoteles bu tür özel hallerden, onların hatalı biçimde de olsa içerdikleri ve temsil ettikleri evrensele, biçime ulaşmayı *epagoge* olarak nitelendirmektedir. *Epagoge* dilimize tümevarım, İngilizceye de 'induction' olarak çevrilebilir ise de özellikle bu sonuncusuna Mill ve diğer modern yazarların verdiği anlam ile Aristoteles'in *epagoge* ile anlatmak istediğini de ayırt etmemiz gerekmektedir. *Epagoge* 'sonuç çıkarmayı '(inference) içerse de bundan fazla bir şeydir aslında. Bu Aristoteles'in gözünde yetkin olmayan ve bozulmuş örneklerin ait oldukları yetkin form üzerinden anlaşılmasına dayanan bir bilimsel yöntemdir. O diyalektik bir sürecin parçasıdır. İşte Aristoteles bu yetkin olmayan formların orijinalini (*arche*) yani ilk ilkeyi ve prensibi yetkin olmayan o formlar üzerinden kavramaya *nous* (entelektüel sezgi) adını vermekteydi. *Nous*'un algıladığı bu yetkin ilkler ve prensipler bizim kendilerinden tümdengelim yoluyla sonuçlara ulaştığımız ve kanıtlamalarda bulunduğumuz temel ilkeler-

miş, bu bilginin belirli bir amaç için değil sadece kendisi için peşinde olunan bir bilgi türü olduğunu belirtmiştir. Aristoteles aynı fikri Nikhomakos'a Etik'te de ileri sürmüştür. Ancak *sophia* burada *phronesis* ile karşılaştırılarak ele alınmış,*sophia*'nın düşünmeye ilişkin olduğu, *phronesis*'in ise eyleme ve onunla ilişkin olan somut olaylara, ilkelere ve öznelliklere de ilişkin olabileceği belirtilmiştir.[20] Başka bir deyişle *phronesis* hiçbir zaman *sophia* gibi saf bir düşünme haline tekabül etmez. Tüm bu anlatılanlar *phronesis*'in genel ya da evrensellerden bağımsız hareket edeceği anlamına da gelmemektedir. *Phronesis* her halükarda genel ya da evrensel olanla birlikte hareket edecektir; çünkü phronesis'e dayalı yargılama her zaman için genel/evrensel/tümel ile özel/bireysel/tikel arasında yer alacaktır.

Kant'ın meşhur bir sözünü[21] "özelsiz genel boş, genelsiz özel kördür" şeklinde olayımıza uyarlayabiliriz. Bu anlamda *phronesis* açısından genel ile özel ya da evrensel ile bireysel arasındaki dinamik ilişki *phronesis*'i kesin bir şekilde hakikate ilişkin *sophia* bilgisinden ayırır. Çünkü *sophia*'da sonsuz ilkelerin mutlak otoritesi söz konusudur. Aristoteles'in bu tür bilgiyi evrensel olarak nitelemesi tüm varlıkları onun altında ele almasından değil, ona göre bu bilgi türüne tek tek bireysel olgulara başvurmaksızın ulaşılabilmesindendir. Bu yönüyle *sophia episteme*'den dahi ayrılır. Çünkü Aristoteles'e göre *episteme* ruhta yer alan ilk evrenseli tümevarım yoluyla oluşturur. Bu anlamda epistemik evrenseller en azından bir yönüyle bireselliklerle karşılaşma sonucunda ve duyuların gücüyle ortaya çıkarlar.[22] Her halükarda *phronesis episteme* gibi bilimsel bir anlamaya değil pratik bilgeliğe ilişkindir. Yine *phronesis* bilgi edinmek için değil doğru karar vermek için gerekli bir şeydir. Bir başka deyişle *sophia* teorik bilgelik yolunu açarken *phronesis* bize yaşadığımız dünyada doğru kararlar alabilmenin pratik bilgeliğinin yolunu açar.

Son olarak *phronesis*'te *episteme* ve *techne* etkinliğinde gördüğümüz özneye ilişkin 'hükmetme mantığı' söz konusu değildir. *Techne* etkinliğinde sanatçı ya da zanaatkar elde edeceği sonuçları belirler ve onları madde üzerine dışarıdan empoze eder. Bu anlamda *techne* etkinliğinde özne hegemondur. Aynı şekilde bireselliklerin

dir. Bu anlamda kanıtlama bize bir başlangıç noktası sağlayan ilk ilkelere ulaşmayı ve kavramayı sağlayan bir diyalektiğe dayalıdır. Bu teorik araştırma için de pratik akıl yürütme için de gerekli bir faaliyettir. *Nous* onlarsız teorik araştırma ve pratik etkinliğin kör, yetersizce yönlendirilmiş ve hata yapmaya eğilimli olacağı ilk ilkeleri kavrar. *Nous* bir yandan kanıtlamada değişmez ve ilk tanımlamaları, diğer yandan pratik akıl yürütmede nihai (ultimate) ve tesadüfî (contingent) olanı ikinci öncül (premise) olarak kavrar. (Bu konuda bkz Aristotle, *Nicomachean Ethics, sec.* 1141a35--5).

20 Curnow, Trevor; "Sophia and Phronesis", *Research in Human Development*, 8(2), 95-108,2011 s:99

21 Bilindiği üzere I. Kant, "görüsüz kavramlar boş, kavramsız görüler de kördür" demiştir. (Bkz, Kant, Immanuel;*Critique of Pure Reason*, The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant, translated and edited by Paul Guyer and Allen W. Woods, Cambridge University Press, UK, 1998 s: 193).

22 Esasen *sophia* ile *phronesis* arasındaki farklara ilk kez Aristoteles tarafından bu ölçüde dikkat çekilmiştir. Platon bu ikisini zaman zaman birbirlerinin yerine kullanmıştır. Nitekim Phaedo diyaloğunda Platon cesaret, ölçülülük ve adalet ile birlikte *phronesis*'i dört kardinal erdem arasında anarken, Devlet'te bu dörtlüde *phronesis*'in yerini sophia almıştır. (Curnow; ibid s: 98).

belirlenmiş evrensel ilkeler altında yer aldığı *episteme* bilgisi ile sonsuz evrensel ilkelerin *nous (*sezgisel kavrama*)* yoluyla sezildiği ve bireyselliklere ihtiyaç duyulmayan *sophia* türü bilgide de öznenin hükmetme kapasitesinden söz edilebilir. İçinde bulunduğu tarihsel, kültürel ve politik ortamın bir parçası olan *phronesis'e* ilişkin bilgi ise aynı ortama ait tekillikler ya da bireyselliklerden ayrı düşünülemez. *Sophia* hakikati sonsuz ilk ilkelerle doğrudan karşılaşmak suretiyle sezerken, *phronesis* ancak tekil/bireysel olanla doğrudan karşılaşması sonucu gerçeğe ulaşır. Bir anlamda *phronesis*'in bu doğrudan karşılaşmayla ortaya çıkan kendine özgü kavrama (idrak) ya da algılama, *sophia*'daki *nous* gibi bir işleve sahiptir. Ancak *nous*'tan farklı olarak burada bir kategorikleştirme ve sınıflandırma yoktur. *Phronesis*'teki idrak hem erdem hem de kafa yorma gerektirir. Bu anlamda *phronesis*'in kavraması (idraki) *sophia*'nın sezgizel kavrama (*nous*)'sındaki gibi dolaysız (immediate) değildir ve zaman gerektiren, yaşanmış tecrübe ve üzerinde düşünme (deliberation) tarafından bilgilendirilen erdem aracılığıyla gerçekleşir.[23] *Phronimos* (phronesis sahibi kişi)'un mutlak otoritesinin olmaması ve sonlu, belirsiz ve tesadüfî bir ortama ilişkin karar vermek durumunda bulunması onu *sophia*'da göremeyeceğimiz bir sorumluluk türü ile de ilişkilendirir.[24]

Bu noktada şunu da belirtmekte yarar var ki tüm bu anlatılanlar ancak politik bir toplumda içerisinde anlamlıdır. Aristoteles'e göre nasıl bir el ya da ayak ile vücut arasında parça bütün ilişkisi var ise aynı şekilde insan ile yaşadığı 'Polis' arasında da buna benzer bir parça bütün ilişkisi söz konusudur. Nasıl bir eli ya da ayağı parçası olduğu vücuttan koparırsak o el ya da ayak o bütün içerisinde sahip olduğu özel fonksiyonu ve kapasiteyi yitirirse aynı şekilde bir insanı ait olduğu polis'ten ayırırsak o kişi adaleti (*dikaiosune*) yitirir.[25] Şimdi konumuz açısından Aristoteles düşüncesindeki erdem ve adalet sınıflandırmasına da kısaca değinelim.

Aristoteles'te İki Tür Erdem ve Adalet

Aristoteles erdemleri de ikiye ayırmaktadır; düşünce erdemleri (*dianoetike*), karakter erdemleri (*etike*). Düşünce erdemleri daha çok eğitimle oluşup gelişirken, karakter erdemleri alışkanlıkla edinilir. Aristoteles hem teorik bilgeliği (sophia) hem de pratik bilgeliği (*phronesis*) düşünce erdemleri olarak nitelemiştir.[26] Aristoteles felsefesinde farklı adalet türleri üzerine bir çok açıklama bulabiliriz. Bu bağlamda Aristoteles Nikhomakos'a Etik'te adaleti evrensel (genel) adalet ve tikel[27] adalet

23 Long;"The ontological reappropriation of phronesis ", s: 50-51.

24 Ibid, s:52. Bu sorumluluğa ilişkin aşağıda bilgi vereceğiz.

25 Aristotle; *Politics* translated by C.D.D Reeve, Hackett Publishing Company, Indianapolis,US, Book I, Ch II, 1998, s: 2-5.

26 Aristoteles;*Nikhomakos'a Etik,* Yunanca aslından çeviren Saffet Babür, Bilgesu yayınları, Ankara, 2014 s: 29.

27 Ibid, s: 90 vd. (Bilindiiği üzere, Aristoteles tikel adaleti de dağıtıcı adalet *(dianemetikos) ve düzeltici adalet (diorthotikos) olarak ikiye ayırmaktadır.(Arisoteles, ibid, s:96-97)*

olarak ikiye ayırmaktadır. İşte bizim bu makalede sözünü ettiğimiz *phronesis* kavramı daha çok bu ikincisine aittir. Genel anlamda adalet ve adaletsizlik durumlarına ilişkin olarak Aristoteles, "Şimdi görüyoruz ki, herkes insanların adil olanı yapan insanlar olmalarını, adil eylemlerde bulunmalarını ve haklı şeyler istemelerini sağlayan huya adalet; aynı şekilde insanların haksızlık yapmaya ve haksız şeyler istemeye götüren huya da 'adaletsizlik' demek istiyor" demektedir.[28] Aristoteles "Adalette bütün erdem birarada bulunur"[29] atasözüne de atıf yaparak "Adalet erdemin bir parçası değil bütünüdür"[30] demek suretiyle adalet ile erdem arasındaki sıkı ilişkiyi ortaya koymaya çalışmıştır. Bu anlamda adalet diğer karakter erdemleriyle kusursuz bir ilişki içerisinde olup bu erdemleri gerçekleştiren insan adil bir insan olacaktır. Buna göre genel adalet soyut, *phronesis*'in ilişkin olduğu tikel adalet ise eşitlik ve eşitsizliklerin olduğu daha somut ve ölçülebilir bir duruma ilişkindir ve bu anlamda polis'e içkindir. Aynı açıklamayı Aristoteles'in Nikhomakhos'a Etik'in VI. kitabında doğal adaletle (değişmez, evrensel ve her yerde uygulanabilir) konvansiyonel adalet (toplumlararası değişen) arasında yaptığı ayrım için de söyleyebiliriz.[31] Kuşkusuz *phronesis* polis'e ilişkin konvansiyonel adalet üzerinde duracaktır. Ancak onun bir pratik bilgelik hali olarak doğal adaletten uzak olduğu da söylenemez.

Alışkanlık (Ethos)

Aristoteles'in karakter erdemleriyle düşünce erdemleri arasında yaptığı ayırımda alışkanlık (*ethos*; habit) karakter erdemleri arasında yer alır. Buna göre verili bir durumda doğru olanı görmek tecrübe yanında alışkanlıkla da ilgili bir şeydir. Bir kimse iyi hüküm verme konusunda yetkin bir pratiğe sahip olmalıdır. Ancak Aristoteles'in bakışında bu yolla elde edilen alışkanlık etik sezgi (ethical intuition) ve somut olayla birebir karşılaşma gibi unsurların yerine geçemez. Aynı şekilde alışkanlık somut ve tikel üzerinde düşünmeyi (deliberation) de ortadan kaldırmaz. Aksi durum erdem ile logos arasındaki bağı sona erdirirdi. Bu ise sorumluluk olasılığını elimine ederdi. Oysa ki Aristoteles erdemi her zaman sorumlulukla birlikte ele almaktadır. Üzerinde düşünülmüş bir seçime yönelen erdem hiçbir zaman düşünülmeden yapılan bir alışkanlık haline gelemez.[32] Üzerinde düşünme ve seçme erdem açısından belirleyici önemdedirler. O açıdan *phronesis* yönünden önemleri de açıktır. Çünkü bunlar logosla çevrelenmiştir ve insanın sonlu dünyasının içinde yer alırlar. Üzerinde düşünme (deliberation) yoluyla yargılayan ile yargılanan arasındaki ilişki her seferinde yeniden müzakere edilmelidir. Bu ise zaman alır. Çünkü her somut duruma ilişkin özellikler, belirsizlikler ve tarihsel tecrübeler doğru seçim

28 *Ibid, s:90*

29 *Ibid, s:92*

30 *Ibid, s:93*

31 Aristotle; *Nichomachean Ethics*, sec.1134b.

32 Long;"The ontological reappropriation of phronesis" , s: 52.

için kafa yormayı gerektirir.[33] Görüldüğü üzere phronesis tıpkı sophia gibi bir düşünce erdemi olmakla birlikte ondan farklı olarak karakter erdemleri (etik) ve alışkanlık (ethos)'la çok yakın ilişki içerisindedir.

Aristoteles'te Pratik Akıl Yürütme

Aristoteles'e göre öğrenmek zorunda olduğumuz bir şeyi öncelikle uygulayarak öğreniriz. Buna göre, "ılımlı davranarak ılımlılığı, cesur davranarak cesareti, adaletli davranarak adil olmayı öğreniriz.[34] Bu manada karakterimizin niteliği onu teşkil eden unsurlara ilişkin davranışlarımız sonucu ortaya çıkar.[35] Aristoteles bunu alışkanlık olarak görmekte ve erdem öğrencisinin ahlaki erdeme dayalı bir mizaç (hexis)[36] kazanmak veya onu karakterinin bir parçası haline getirmek (ethos) için erdemli davranışa alışması (habituation) gerektiğini söylemektedir.[37] Fakat Aristoteles'e göre bu akılsızca başkalarının yaptığını tekrardan çok zihnin bu yönde eğitilmesiyle olabilecek bir şeydir. Ancak böylelikle kişi özel durumun ne olduğunu, hangi erdemli davranışı gerektirdiğini bilir. Bu anlamda erdemle pratik akıl yürütme arasında da iki yönlü bir ilişki vardır. Birisi olmadan diğeri olmaz. Bu noktada şu hususu da vurgulamakta yarar var ki; Aristoteles'te pratik akıl yürütme sadece sonuca yönelik araçlara dair bir kavrama değil, hem sonuca ilişkin araçları hem de sonucun kendisini öngörmeyi ve anlamayı içerir.[38]

Aristoteles'in pratik akıl yürütmesi hem sezgisel akıl yürütmeyi (*nous*) hem de pratik bilgeliği (*phronesis*) içerir. Aynı şey olmasalar da bu ikisi birbiriyle yakından ilgilidir. Burada *nous* kişinin deneyimleriyle beslenen eylemlerine ilişkindir. Bu tikel duruma ilişkin kimi zaman deneyimden gelen bir entelektüel öngörü ve seziş halidir. Bu durum her ne kadar bir yargılama içerse de pratik bilgeliğe (*phronesis*) dayalı bir yargılama biçimi değildir. Çünkü bu sonuncusu en karmaşık, çeşitli ve bir o kadar belirsiz durumlarda o özel durumun hangi çözümünün en iyi çözüm olduğunu bilmeyi gerektirir. Esasen Aristoteles'te pratik bilgelik ne tür şeylerin 'iyi yaşam'a ilişkin olduğunu bilmeyi de içerir.[39] Yine Aristoteles'e göre *euboulia*, yani bir şey üzerinde enikonu düşünme yetisindeki mükemmellik de pratik bilgeliğin (*phronesis*) özelliklerinden birisidir ve bu yönüyle (doğru) sonuca götürenin ne olduğunu kavramaya ilişkin doğru yargılamadır.[40] *Phronimos* (*phronesis* sahibi) evrenseller hakkında da etraflıca düşünebilendir. Yani nasıl bir yaşam sürdürmek istediğini bilir ve iyi yaşamın bilgisine sahiptir.

33 Ibid, s: 52.

34 Aristotle; *Nichomachean Ethics* ,sec. 2.1 1103b 30.

35 Ibid, sec.2.1 1103b20.

36 Ibid, sec.6.7 1141b8-18.

37 Ibid, sec.1103b 15-25.

38 Bu konuda bkz.Nussbaum, Martha Craven; "Practical Syllogisms and Practical Science"*, in* Aristotle's De*Motu Animalium, Text with Translations, Commentary, and Interpretative Essays,* Princeton University Press, Princeton, NJ, 1998, pp.165-220.

39 Aristotle; *Nichomachean Ethics,* sec. 6.5 1140a25-30.

40 Ibid, sec. 6.7 1142b 10-25.

MacIntyre haklı olarak Aristoteles düşüncesinde bir kimsenin pratik bir akıl yürütme yetisine sahip olmaksızın adil olamayacağını belirtmektedir. Yani *dikaiosune*[41] *phronesis* olmaksızın gerçekleşmeyecektir. Aynı şekilde bir kimse adil olmaksızın pratik rasyonaliteye de sahip olmayacaktır.[42] Kuşkusuz rasyonalite ve adalet anlayışı kendine özgü değer, kurum ve inançlarıyla politik bir toplumda şekillenip vücut bulacaktır. Bu ise MacIntyre'ın deyimiyle rasyonalite konusundaki modern düşüncelere ters olduğu kadar [43] adalete ilişkin modern yaklaşımlarla da çatışan unsurlar içermektedir.

Karakter ve Phronesis

Nikomakhos'a Etik adlı kitabında Aristoteles pratik kavrama/bilgelik (*phronesis*) ile karakter arasındaki bağlılıktan da söz etmektedir. *Phronesis* doğru eylemde bulunmamız için gereklidir ve ona göre erdem (*arete*)'siz bir *phronesis* olamaz.[44] Fakat aynı şekilde *phronesis* olmadan da bir *arete* olmayacaktır. Politika adlı eserinde Aristoteles eylemleri *arete* ve *phronesis* tarafından beslenen kişinin biyolojik olarak var olan kapasitelerini geliştireceğini iddia etmektedir. Aksi durumda bu kapasiteler adaletsizliğe hizmet eder bir tarzda da gelişme gösterebilirler. Bu bağlamda sadece polis'te bulabileceğimiz hukuk ve adaletten yoksun bir kişinin kapasiteleri ve nitelikleri adaletsizliğe hizmet eder bir şekilde gelişme gösterecektir. Sonuç olarak sadece *dikaiosune* için değil *arete* ve *phronesis* için de 'polis' zorunlu bir şeydir.[45]

Phronesis ve Yargılama

Öncelikle şu hususu belirtelim ki, Aristoteles'te adalet hem bir erdem olarak hem de sosyal yaşama ilişkin bir düzen olarak ancak spesifik bir politik toplum içerisinde gerçekleşebilir. Bu açıdan bakıldığında her polis'in kendine özgü bir adalet anlayışı olup, bir polis'e ilişkin adalet anlayışı polis'in dışına çıkıldığında bir anlam ifade etmemektedir. Her polis'in *telos*'u (amacı) da kendi 'iyi' ve 'iyi'lerini gerçekleştirmektir ki bu yolda o polis'e ilişkin adalet erdeminin pratik uygulamasının da çok önemli bir payı vardır. Bir kişi ancak bir polis'in üyesi olarak ve ona ilişkin iyi ve adalet anlayışlarını tecrübe edip yaşayarak o toplumun iyi'sinin ve adalet anlayışının ne olduğuna ilişkin bir fikir sahibi olabilir. Bu bağlamda Aristoteles'e göre bir kimse pratik bir akıl yürütme olmaksızın adil olmayacaktır. Yani *dikaiosune* her halükarda *phronesis*'i gerektirmektedir.[46]

Aristoteles'e göre diğer erdemler gibi adalet erdemi de *phronesis* olmaksızın gerçekleştirilemez. Adil olana ilişkin doğrular iyi'ye ilişkin doğruların bir alt türüdür. İşte bu doğruları eylem halinde iken içermek ve

41 Eski Yunanca adalet ve doğruluk anlamlarında kullanılan bir terim.

42 MacIntyre, Alasdair; *Whose justice, Which Rationality*? University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1998 s:123.

43 Ibid, s: 123.

44 Aristotle; *Nichomachean Ethics*, sec. 1144b 15-25.1145a 35.

45 Aristoteles;*Politics*, s:2-5.

46 MacIntyre; *Whose justice, Which Rationality*? s: 123.

somut olayda gerçekleştirmek *phronesis*'in yapabileceği bir şeydir. Somut bir olayda *phronesis*'in uygulanması bu somut durumun neden bazı erdemleri gerektirdiğini veya somut olayda adaletin özel bir uygulamasına ihtiyaç duyulduğunu ve bunu yapmanın doğru birşey olduğunu anlamamızı sağlar.[47] Neye göre doğru bir şey? Tabi ki polis'in 'iyi'sine ve 'en iyi'sine göre.*Phronesis* sahibi kişi (*phronimos*)'nin yargılama ve eylemleri 'iyi' ve 'en iyi'ye ilişkin yeterli bir kavrayışı da talep edecektir.[48] Bir başka deyişle, *phronimos* içinde yaşadığı politik topluma ilişkin iyi'nin,iyiler'in ve hatta en iyi'nin ne olduğuna ilişkin de bir idrak ve kavrayışa sahip olmalıdır. Bir görüşe göre, Aristoteles'in *phronesis* kavramı bize insanın ya da insan gruplarının adalete ilişkin zaman ve mekândan bağımsız evrensel ilkeler peşinde koşmak yerine, kendi toplumlarının özelliklerinden ve farklılıklarından kaynaklanan bir yaşam deneyimi ışığında adaletli bir toplum kurmak peşinde koşmaları gerektiğini söylemektedir.[49]

Aristoteles'in görüşünce spesifik bir uyuşmazlığı çözen bir yargıç mevcut mevzuatta o uyuşmazlığı çözecek açık bir hüküm bulamayacağı gibi o konuda hiçbir hükme de rastlamayabilir. İşte bu durumda yargıç, tıpkı yasa koyucunun yaptığı gibi *phronesis*'e yani pratik bilgeliğe ve rasyonaliteye başvuracaktır.[50] Kurala dayalı olmayan bu yargılamayı Aristoteles makul yargılama, *epieikeia*, Aristoteles için yaşamda *phronesis*'in kullanıldığı her yerde *epieikeia* gerekli olan bir şeydir. Aristoteles ayrıca *epieikeia*'nın bazen somut olaya

47 Ibid, s: 116. Aristoteles'in siyaset felsefesinde insanı mutlu kılacak en üstün iyi (*eudaimonia*)'nın merkezi bir yeri vardır. Buna göre Aristoteles'te iyiye ilişkin doğrularla erdem (virtüe) ve pratik bilgelik (phronesis)'e ilişkin doğrular birbirleriyle oldukça yakın bir ilişki içerisindedirler. (Aristotle, *Nichomachean Ethics*, sec.1144b 5-35, 1145a 5-10).

48 MacIntyre;*Whose justice, Which Rationality*? s: 118.

49 Özlem, Doğan; "Adalet ve Görelilik", *Kavram ve Düşünce Tarihi Çalışmaları,* İnkılap Yayınları, İstanbul, 2006, s:88.

50 Aristoteles Nikomakhos'a Etik'te pratik bilgelik (*phronesis)'ten söz ederken politik bilgelik (political wisdom) ile pratik bilgeliğin aynı karakteristiğe sahip olduğunu, ancak bunların asli unsurlarının aynı olmadığını belirtmektedir. Aristoteles'e göre, polis'e ilişkin iki tür pratik bilgelik vardır. Aristoteles, bunlardan yasama sanatına ilişkin olanın pratik bilgelik olarak en üst ve kapsayıcı olan olduğunu, polis'e ilişkin diğer pratik bilgeliğin ise tikel (münferit) durumlara dair olup, 'eylem' ve 'eni konu düşünme ve müzakere' (deliberation)'yle alakalı bulunduğunu, bu son durumun her halükarda her iki bilgelik için ortak olduğunu belirtmektedir.Tüm bunlar politik bilgeliğe dahildir. Aristoteles, polis'ten ayrı olarak bir de kişinin kendisiyle alakalı bilgelik hali olduğunu belirtmektedir ki bu da pratik bilgeliktir. Böylece, phronesis bilgisi sadece kişinin kendiyle ilgili olarak değil, ev yönetimi, yasama ve politikayı içeren geniş bir alanda kullanımdadır. Aristoteles politikayı da eni konu düşünme/tartışmaya ilişkin politika (delibeative politics) ve yargı politikası (judicial politics) olarak ayırmaktadır. İşte phronesis sahibi yargıç (phronimos) da tüm bu ayrımlar bağlamında bir anlam ifade etmektedir(Nichomachean Ethics*,sec.1141b 25).

bir kuralın uygulanmasında ortaya çıkacak adaletsizlikleri gidermek için de kullanıldığını belirtmektedir; ki bize hakkaniyet olarak çevrilen *epieikeia*'nın bu uygulamasıdır. [51]

Phronesis'in aynı zamanda kavradığı dünyanın bir parçası olması olgusu Türkçeye hakkaniyet olarak çevirdiğimiz ancak ondan daha geniş bir manada 'makul yargılama'diye bileceğimiz ve *synesis (*yargılamaya ilişkin entelektüel kapasite*)* ile yakın bağı olan *epieikeia* kavramının da bir sonucudur. Aristoteles hakkaniyeti *phronesis* etkinliğine dahil ederek *phronesis*'in birlikte hareket ettiği genel yasaların bu genelliklerine ilişkin otoritelerini çok ciddi ve eleştirel bir şekilde sorgulamıştır. Aslında Aristoteles şunu görmüştür; *phronimos* (phronesis sahibi kişi) mutlak, yanılmaz ve sonsuz ilkelerle değil; tesadüfi, sonlu ve 'hatalı olabilecek' ilkelerle yol alır.[52] Esasen, Nussbaum'un belirttiği gibi, bütün pratik bilgi içeriğe ilişkindir ve eldeki somut duruma ilişkin öznellikler, belirsizlikler ve tesadüfler sonuçta ilkelere baskın gelir.[53] O nedenle Aristoteles'e göre bazen genele ilişkin bilgi sahibi olmayan biri pratikte çok daha fazla etkindir. Ancak ona göre *phronesis* sadece özelin değil genelin de bilgisini gerektirir. Ancak ilk tür bilgi *phronesis* için her zaman daha önemlidir.[54] *Phronesis*'e dayalı bir yargılama somut durumu yargılayanın sadece o somut durumu çevreleyen tarihsel, etik ve politik gerçeklikleri eleştirel bir şekilde dikkate almasını değil, Gadameri yorumlayan Richard Bernstein'ın 'mümkün kılan önyargılar' (enabling prejudice) olarak nitelendirdiği hususları da tanımasını gerektirir. Bütün yargılamaların 'kör' ve 'mümkün kılan' önyargılar içerdiği gerçekliğini kabul etmek, kendi gelişiminin hem içsel hem de dışsal durumlarını eleştirel bir şekilde ele alacak bir bilgi türünün gelişmesine yönelik çabanın da aciliyetini göstermektedir. Buna göre, kendine yönelik ve kendi kendisine eleştirel bakabilen *phronesis* monolojik değil dialojik bir bilgi ve ona dayalı kavrayıştır. Bir başka ifade ile *phronesis* hem 'yargılamaya ilişkin entelektüel bir kapasite' (*synesis*)'yi, hem de teorik yargılama ile onun üzerinde yükseldiği eylem arasındaki boşluğu giderme kapasitesi ve zorunluluğunu ifade etmektedir. Buna karşın *phronesis* etkinliği bu boşluğu giderici mekanik bir uyarlama olarak da anlaşılmamalı, onun Aristoteles açısından bir düşünce erdemi olarak nitelendirildiği ve böylece entelektüel bir faaliyet içerdiği görülmelidir.[55] *Phronesis*'in dialojik olarak nitelendirilmesi onun sadece somut duru-

51 Aristoteles; *Nichomachean Ethics,* sec.1137b11-24. Yukarıda da belirtildiği gibi Aristoteles'in *epieikeia* kavramı somut olaya ilişkin açık bir kural olmadığı ya da hiç kural bulunmadığı hallerde de uygulama alanı bulmaktadır. Bu yön göz önünde bulundurulduğunda *epieikeia* kavramını, kuralın doğrudan uygulanması halinde ortaya çıkacak adaletsizlikleri giderme anlamında hakkaniyet olarak çevirisi de korunmakla birlikte, MacIntyre'ın belirttiği gibi kuralın belirsiz olması ya da hiç kural bulunmaması hallerini de içeren geniş bir manada 'makul yargılama' olarak çevirmek daha doğru olacaktır kanaatindeyim.

52 Ibid, s:47.

53 Kessels, P.A.M, Korthagen, Fred A.J.; "The Relationship between Theory and Practice, Back to the Classics", *Educational Researchers*, Vol. 25, No. 3 (Apr., 1996), pp.17-22, s:19.

54 Aristotle;*Nichomachean Ethics*, sec. 1141a-b

55 Long; "The ontological reappropriation of phronesis ", s.45.

ma ilişkin olanları dinlemesi olarak değil, somut durumun asla yalnızca *phronesis* etkinliğinin sübjektif yargısı tarafından belirlenmediğinin de kabulünü gerektirir. Yargılamaya ilişkin entelektüel kapasite evrensel gerçekliğe ilişkin bilginin (*sophia*) kavranması gibi bir şey değildir. O kanılar (*doksa*) ile ilişki içinde olma zorunluluğudur.[56] Yani phronesis çıplak hakikatler değil kanılarla dolu bir dünyanın parçası olarak somut olayın somutluğunu idrak etmeye çalışmaktadır.

Aristoteles yasaların (*nomos*) doğaları gereği genel ve evrensel olduğundan söz etmiştir.[57] Ancak aynı zamanda adaletin gereği normların ve kuralların ötesine gitmeyi de zorunlu kılmaktadır. Nitekim Aristoteles bunun için *phronesis* ve ona içkin makul yargılama (*epieikeia*) kavramlarını ileri sürmüştür. Burada hata yasada ya da onu koyanda değildir. Bu anlamda yasanın kendisi de yanlışlanmış olmaz. Yasa genel bir ilke gibi açıklanmak durumundadır. Ancak somut olayın öznellikleri ve incelikleri de kendisine özgüdür. Buna göre bir idraki bilgi (perceptual knowledge) olan *phronesis* kuralı sadece bir yol gösterici, bir özet olarak kullanır. Pratik bilgelik sahibi içinde bulunduğu dünyada yerleşiktir ve onun üzerine çıkmaya çalışmaz. Nitekim Rafael'in ünlü Atina Okulu freskosunun ortasında yer alan Platon yukarıyı gösterirken yanında yer alan öğrencisi Aristoteles aşağıyı göstermiştir. [58]

Phronesis'e ilişkin olarak Aristoteles synesis (yargılamaya ilişkin entelektüel kapasite) ve makul yargılama (epieikeia) kavramlarının yanında yine bunlarla ilişkili olarak *syngnome* (affetme) kavramından söz etmektedir. Aristoteles'e göre biz somut olay karşısında affedebildiğimiz ölçüde adilizdir. Bir anlamda somut olayda adil bir sonuca ulaşabilmek için affetme hakkaniyetle de birlikte düşünülmektedir. Esasen Aristoteles affediciliği *phronesis* kavramına dahil ederek *phronesis*'e dayalı yargılamanın hatalı olabileceği hususunu da kabul etmektedir. Böylesi bir tanıma kuşkusuz *sophia* (teorik bilgelik) için saçma bir şey olurdu. Çünkü *sophianous* yoluyla mutlak gerçekliğe ulaşma anlamında yanılmaz bir şeydir. Yanılmanın olmadığı yerde affedicilik gibi bir haslete sahip olmak da gerekmez. Bu açıdan affedicilik ya da bağışlama doksa (kanı) alanında hareket eden ve başka türlü de olabilecek şeylere ilişkin *phronesis* için kaçınılmaz bir şeydir. *Phronesis*'in bağışlamayı içerdiğini belirtirken esasen Aristoteles onun dialojik karakterini bir kez daha vurgulamaktadır. Çünkü, Hannah Arend'in de belirttiği gibi, kimse kendi kendisini affedemez.[59] Yargılamaya ilişkin entelektüel kapasite (*synesis*), makul yargılama ve hakkaniyet (*epieikeia*) ve yargılayanı mutlak adaleti sağlayacağı yönündeki yanıltıcı bir düşünceden alıkoyan affetme (*syngnome*) *phronesis*'in dialojik boyutunun birer unsurlarıdır.[60]

56 Ibid, s:46.

57 Aristotle,*Nichomachean Ethics*, 1135a6-37b14.

58 Long;"The ontological reappropriation of phronesis ", s: 20.

59 Ibid, s: 47. (Hannah Arend'in konuya ilişkin görüşleri için bkz *The Human Condition*, University of Chicago Press, Chicago, 1958, s: 237; Long; ibid s: 58'den aktarım).

60 Ibid, s: 47.

Yeniden Çeviri Problemi

Tüm bu anlam içerikleriyle *phronesis*'in modern olmayan bir düşünüş ve bakışın ortaya koyduğu bir fenomen olduğu açıktır. Bu manada *phronesis*'in günümüze pratik bilgelik (practical wisdom), sağduyu (prudence) veya yargılama (judgement) olarak çevirisi her bir çeviri için bir takım yanlış manalandırmaları da kaçınılmaz olarak beraberinde getirme riskini taşımaktadır. Antik metinlerde yer alan bazı kavramların modern herhangi bir dile çevirisinde sorunlarla karşılaştığımız malumdur. Bu durum esasen kavramların ve toplumsal deneyimlerin tarihsellikleri göz önünde bulundurulduğunda da kaçınamayacağımız ve muhtemelen aşamayacağımız bir hermenötik engel olarak karşımıza çıkmaktadır. Bunun dışında sahip olduğumuz felsefe ve weltanscahuung (dünya görüşü)'lar da antik bir kavramı anlamlandırmamızı farklılaştırabilmektedir. Şunu unutmamamız gerekiyor; Aristoteles'in erdem temelli felsefesinde *phronesis* her şeyden önce ve önde gelen bir erdemi vurgulamakta, bu bağlamda onun varlığı aynı zamanda Aristoteles için aklın ve muhakeme gücünün de mükemmelliğine işaret etmektedir. Bunun dışında Batı düşüncesinde esasen birçok yönüyle *phronesis* kavramının tarihsel mirasçısı *prudentia* gibi durmaktadır.[61] Yine, Aristoteles'i Latince çevirisinden okuyan Thomas Aquinas Grek *phronesis*'in çevirisi olarak karşısında *prudentia*'yı bulmuştur. Çağdaş hukuk filozoflarından John Finnis de Aquinas'ta yer alan bu *prudentia* (sağduyu, öngörü) kavramını doğal hukuk temelli kuramının temel taşlarından birisi yapmıştır. Ancak *prudentia*, Aristoteles'teki *phronesis* terimini anlamak için oldukça yetersiz ve bizi yanlışlara sevk edebilecek bir terimdir.

Phronimos ve Modern Yargıç

İşte Aristoteles felsefesindeki *phronesis* kavramının yukarda belirttiğimiz tüm özellikleri modern normun formel, rasyonel[62], soyut, genel ve nesnel yapısıyla ve bu yapının beraberinde getirdiği modern hukukçunun ve özellikle yargıcın normun uygulanması aşamasındaki nesnel, nötr, duygusuz ve ilgisiz ideal konumuyla da önemli ölçüde çatışacaktır. Aristotelesçi anlamda *phronesis*'e sahip bir yargıç önüne gelen tikel meselede sadece soyut normun duygusuz, angaje olmayan, nesnel ve makinevari bir uygulamacısı olmaktan öte giden, tarafların durumunu gören, onların tikeline ilişkin içinde yaşadığı politik toplumun ona sağlamış olduğu bir *phronesis*'e sahip, bu yolla somut sorunla empati kurabilen bir işleve sahip olmak durumundadır. Bu durumda yargıcın tikel olanı içselleştirmesi gerekir ki bu ona *phronesis* tarafından kazandırılan bir şeydir. Esasen yargıcın

61 Bu konuda bkz., Olav Eikeland; *The Ways of Aristotle: Aristotelian Phronesis, Aristotelian Philosophy of Dialogue, and Action Research* (Studien Zur Berufs- Und Weiterbildung - Studies in Vocational and Continuing Education), Peter Lang AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften; 1 edition May 16, 2008.

62 Burada rasyonel derken daha çok neden- sonuç ilişkilerine dayalı modern zamanların hegemonik enstrumental rasyonalitesini kastediyoruz. Kuşkusuz Aristoteles için de yasa koyuculukta rasyonalite merkezi bir öneme sahiptir; ancak bu rasyonalite farklı ve çok daha kapsamlı bir zihinsel/düşünsel faaliyete tekabül etmektedir kanaatindeyim.

yapması gereken taraflardan herhangi birisinin özel çıkarlarıyla, değerleriyle ya da bakış açısıyla olaya bakmak değildir. Bu anlamda kendisini taraflardan ve olaydan soyutlayıp ayıracaktır (detachment). Ancak imajinatif bir tanıma (identification), sempati ve merhamet duygusuna sahip hakim, Kronman'ın deyişiyle imajinatif bir empati ile tikel soruna yaklaşacaktır.[63] Hakim aynı zamanda her iki tarafın da çıkarlarına, değerlerine ve bakış açılarına vakıf bir biçimde, içinde yaşadığı politik toplumun adalet anlayışının o özel olayda nasıl tecelli edeceğine ilişkin de bir karar vericidir. Bu anlamda hâkim dâhil olduğu politik toplumun yazılı olmayan siyasal, moral ve hukuki ilkelerini ve yargılamaya ilişkin yerleşik kural ve kurumlarını bilen birisi olarak Dworkin'in Herkül hâkimine benzer bir hâkimdir. Ancak burada *phronesis*'e sahip ideal hâkimin durumu bir paradoksu da kaçınılmaz olarak içinde barındıracaktır. O somut (tikel) sorunu çözerken o sorundan bir anlamda kendisini soyutlayıp ayıracak (detachment), diğer yandan da pratik bilgelik (*phronesis*) temelli bir imajinatif empati ile somut olaya yaklaşması anlamında da tikel sorunun merkezine yerleşecektir.

Burada şu hususu yeniden belirtmek gerekmektedir; Aristotelesçi bağlamda düşündüğümüzde pratik bilgelik (*phronesis*) bir düşünce erdemi olarak zihinsel bir beceri olmanın yanında içinde yaşadığı toplumun ethos'u ile de yakından ilgilidir ve onun ayrılmaz bir parçasıdır. Bu anlamda Dworkin'in Herkül yargıcı daha çok epistemolojik bir soruna tekabül ederken buradaki Yargıcın konumu bunun yanında ontolojik bir meseleye de işaret etmektedir.[64]

Bilindiği üzere Ronald Dworkin bir yandan pozitivistlerin hukuk ve ahlakı katı bir surette ayırmasına karşı çıkarken, diğer yandan da pozitivist bakış açısının yargıcı mekanik bir şekilde genel ve soyut normu tümdengelim yöntemiyle olaya uygulayan insanlar olarak görmesini de eleştirir. Ona göre hukuk sadece kurallardan oluşmamaktadır ve içinde yaşanılan spesifik politik toplumun siyasi, moral ve hukuki değer ve ilkeleri de hukukun o toplumda oluşmasında etkin bir rol oynarlar. O nedenle Dworkin, Herkül adını verdiği hayali bir yargıçtan hareketle bu yargıcın içinde yaşadığı topluma ilişkin temel hukuk, siyaset ve ahlak ilkelerini içeren teorik bir bakışla somut olayı çözeceğini iddia etmektedir. Kuşkusuz bu ilkeler o topluma ilişkin belirtilen alanlarda yapılan bir araştırmanın sonucunda ortaya konulacaktır. Bunlar yazılı olmasa da o toplumun hukukunun bir parçasıdır. Buna göre, Herkül yargıç bir grup romancı tarafından yazılan bir romanın bölümlerinden birisini yazan bir yazar gibidir. Kendi bölümünü yazarken önce "uygunluk" açısından kendi yazdığı bölümle diğer bölümlerin ilişkisini kuracak ve bu nedenle önceki bölümleri okuyup yorumlayacak, diğer yandan da yazarken

63 Bu konuda bkz. Kronman,Anthony T;"Practical Wisdom and Professional Character", *Social Phil.&Pol'y*, 1986,.pp. 203-221.

64 Bu nokta belki de Aristoteles'teki *phronesis* kavramına en çok yaklaştığımız noktalardan birisidir. Bu anlamda pratik bilgeliğe sahip ve tikel sorundan bir yandan kendisini soyutlayıp ayırırken diğer taraftan onunla imajinatif bir empati kurabilen yargıç erdemli bir yargıçtır.

romanın "bütünlüğünü" sağlayacaktır.[65] Bunu gerçekleştiren yargıç rasyonel bir yargıç da olsa Aristoteles'in *phronesis* sahibi (*phronimos*) yargıcından farklı olarak yaşadığı topluma ilişkin hukuk ilkelerini epistemolojik bir temelde araştırır ve bulur. Onun için bu faaliyet her şeye rağmen teorik bir faaliyettir. Herkül yargıcın *phronimos* gibi o politik topluma ilişkin bir mizaç (*hexis*) ve karakter (*ethos*) geliştirmesi gerekmez. Yani Dworkin soruna ontolojik bir zeminde yaklaşmamaktadır. O nedenle, örneğin yabancı bir topluma gidip orada hukuk eğitimi alan birisi Dworkin'in realist olduğu kadar doğal hukukçu, hatta kimi açılardan pozitivist özellikleri de bulunan teorisi uyarınca, belirtilen araştırmaları yapıp o toplumun yazılı olmayan hukuk ilkelerini tespit edebiliyorsa orada yargıç olabilecektir. Kanımca Aristoteles'in *phronesis*'ine sahip bir yargıcın doğup yaşadığı toplum dışında yargıçlık yapması, aranan nitelikler göz önünde bulundurulduğunda oldukça güçtür. *Phronimos* sahibi yargıç içinde yaşadığı politik topluma ilişkin yazılı olmayan hukuk ilkelerini bilmenin ötesinde onları aynı zamanda içselleştirmiş birisidir. Yine bu yargıç *phronesis*'i temel alan enine boyuna bir düşünme faaliyetinde (deliberation) de bulunacak ve somut olaya yaklaşırken o olayla empati kurabilecek, o topluma özgü mizaç ve karakter özelliklerine de sahip olacaktır. Bu yargıç (*phronimos*) tikele ait adaleti dağıtırken artık kurgusal bir tarafsızlık ve nesnellikle hareket etmesi gereken gözleri bağlı Themis değil, bizatihi gözleri açık olması gereken de bir Themistir.[66]

Fakat burada göz önünde tutmamız gereken önemli hususlardan birisi de modern toplumun ve onun dayandığı ulus devletin antik Polis'e göre sınıfsal ve kültürel anlamda çok daha karmaşık entite oluşudur. Bu manada, tikel olayı çözecek yargıcın (*phronimos*) imajinatif tanıması ve empati (ve sempati) kurması çok daha zorlu bir çabayı gerektirecektir. İşte burada Gadamer'in hermenötiği bize yol gösterici olabilir düşüncesindeyim.

Hermenötik ve Modern Yargılama

Gadamer'e göre geç Roma hukuk bilimi *sophia*'nın teorik idealinden çok *phronesis*'in pratik idealine daha yakın

65 Işıktaç, Yasemin;*Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010, s: 360-363.

66 Bu noktada bir yönüyle benim de katıldığım bir görüş Themis'in Batı adalet tarihinde gözlerinin bağlanmasının XV.yy'da burjuva kamusal alanının ortaya çıkışıyla gerçekleşen bir dönüşüm olduğunu, burjuvazinin sınıf farklılıklarının belirgin olduğu, temel hak ve özgürlüklerin henüz tanınmadığı ve politik gücün soyluların ve kilisenin elinde bulunduğu bir sosyo-politik ortamda gözleri bağlı bir Themis'e ihtiyaç duyduğunu iddia etmektedir. Feodal düzenin özel alanının ve feodal ilişkilerinin yerini almaya başlayan kamusal alan, yeni kentler, seküler burjuva kültürünün erken modern zamanlarda böylesi bir tarafsızlığa ihtiyaç duyması güçlü bir ihtimaldir. Ancak konunun dini, mitolojik, ikonolojik ve kültürel diğer boyutlarını da bu değişimde dikkate almak gerekmektedir. Yani ilgili husus sanıldığından daha karmaşıktır. Bu konuda bkz (Martin,Jay; "Must Justice Be Blind, The Challenge of Images to the Law"in *Law and Image*, ed by Costas Douzinas and Lynda Nead, University of Chicago Press, Chicago, 2012 pp. 268, s 19-35).

olan hukuk sanatı ve pratiğine karşıt olarak gelişmiştir.[67] Buna göre, *phronesis* başka tür bir bilgidir ve somut duruma yöneliktir. Bu bilgi somut duruma ilişkin koşulları sonsuz çeşitlilikleri içinde kavramalıdır. Gadamer'e göre Aristoteles'in teorik bilgi ile pratik bilgi arasında yaptığı ayırım evrensel ilke temelli bilme ile somut bilgi arasındaki ayırımdan başka bir şeydir. Bu ayrım muhakeme dediğimiz bireysel bir olayı evrensel bir kategori altına yerleştirmek de değildir. Somut bir durumun kavranıp moral sınırların içine alınması, bir kimsenin doğru sonuca ulaşmak için takip ettiği ve evrensel altında verilen amacın ihtiva edilmesini gerektirmektedir.[68] Bu ise moral varlığın iradesinin ön yönelimini gerektirir. Bunun için Aristoteles *phronesis*'i bir düşünce erdemi olarak görmüştür. Ona göre bu sadece bir kapasite (*dunamis*) değil, moral varlığa ilişkin etik erdemlerin tümü olmadan ortaya çıkamayacak bir kararlılık halidir; ki moral erdemler de ancak *phronesis* ile tamamlanabilecektir. *Phronesis* somut durumda ne yapılması ve ne yapılmaması gerektiğini anlamamızı sağlayacak bir erdem olmasına karşın, basit bir pratik akıl ve genel anlamda zekaya dair bir şey de değildir. Bu ayrım neyin uygun ve neyin uygun olmadığını içeren birşey olduğundan ahlaki bir davranışı baştan varsayar ve bu ayrımı yapmanın kendisi de ahlaki davranışın gelişimini sağlar.[69]

Yine Gadamer Kant'ın The Critique of Judgement (Yargı Gücünün Eleştirisi) eserinde, özel olanı (partiküler) bir evrensel altına yerleştiren belirleyici yargılama (determinative judgement) ile eldeki özel için evrensel bir kavram arayışındaki tefekküri yargılama (reflective judgement) arasındaki ayrıma dikkat çekmektedir. Nitekim Hegel Kantçı bu ayrıma karşı çıkmış ve yargılamanın her ikisini de içerdiğini belirtmiştir. Partikülerin altında yer aldığı evrenselin kendisiyine partiküler yoluyla belirlenmektedir. Buna göre yasanın legal anlamı hüküm verme (adjudication) ile ortaya çıkacaktır. Aynı şekilde yasanın evrenselliği somut olayın somutluğu ile belirlenecektir. Nitekim aynı noktadan hareketle Aristoteles Platoncu iyi kavramının içinin boş olduğunu belirtmiştir.[70]

Gadamer'e göre hermenötik eylem ancak *phronesis* yoluyla mümkündür. Yani yorum dediğimiz şey hem teorik hem de pratik bir aktivitedir. Bu yolla bilme tercüme etmedir ve tercüme de etik bir faaliyettir. Burada önemli olan otantik *praksis*'i, yani etik eylemi *poiesis*'ten yani yapmadan -üretmeden, yani *techne* bilgisi yoluyla ortaya koymadan ayırmadır. Bu

67 Gadamer, Hans Georg;*Truth and Method*, , s: 18. Gadamer Aristoteles'in teorik bilgi (*episteme*) ve *phronesis*'in dayandığı moral/ pratik bilgi arasındaki ayrıma vurgu yaptıktan sonra çağdaş insan bilimleri hermenötiğinin teorik bilgiden çok moral/pratik bilgiye yakın olduğunu belirtmekte, bunları moral bilimler olarak adlandırmaktadır. Bu bilimlerin nesnesi insan ve insanın kendisine ilişkin bilgisidir. Bir kimse kendisini ancak eyleyen (acting) birisi olarak bilebilir. Bu tür bilgi olanı ortaya koymaya çalışmaz. Aksine eyleyen varlığa ilişkin bilgi her zaman aynı olmayana ve farklı olabileceğe ilişkin bilgidir. Bu bilginin amacı kişinin kendi davranışını yönetmektir.(Gadamer, ibid s: 311).

68 Gadamer;*Truth and Method,*s: 19.

69 Ibid, s: 20.

70 Gadamer; ibid, s:561.

nedenle- *phronesis*'te ya da otantik eylemde- söz konusu olan *praksis*, *techne* bilgisinin aksine, bir teorik bilginin uygulanması olmadığından tam anlamıyla teoriye bağlı olamaz. [71]

Hermenötik etkinlik teknik olmaktan çok pratik bir etkinliktir. Böylece Gadamer'e göre hermenötik etkinlik, kontrole açık, belirli metodik ilkelerin basitçe uygulanmasına dair bir faaliyet değildir. Esasen bu öncelikle doğru amacı seçmeye ilişkin bir etkinliktir. Böylece hermenötik bir metni yorumlama ötekinin ne demek istediğini veya bizim nasıl anlamamızı istediğini görmedir. Bu manada hermenötik öteki ile ilişki içerisine girebilmedir. Bu yönüyle hermenötik pratik, nasıl retorik ikna sanatına ilişkin ise, anlama sanatına ilişkindir. Her iki durumda da öğrenebileceğimiz bir sanat (Kunstlehre) söz konusudur.[72] Ancak, hermenötik öteki ile otantik bir bağ kurmak olduğundan, asla metodik ilkeleri belli bir yorumlama yönteminin uygulanması değildir.[73] Bu kural yoruma ilişkin olduğu kadar sosyal ilişkilere de ilişkin bir kuraldır.[74] Bu durumu Hegelci bir terminoloji ile ifade edersek Sittlichkeit yani etik yaşamın dışında bir yorum ve anlama söz konusu olmayacaktır. Yani burada hayvanlar âleminde de gördüğümüz herhangi bir yaşama hali değil, etik bir toplumun içinde yaşama hali söz konusudur. Bu polis (site devleti)vatandaşı olma, ya da modern zamanlarda belirli bir topluluğun parçası olma halidir. Bu hal basit bir bilme ve uygulama hali değildir. Belirli bir toplumun değerleri, kurumları ve inançları içinde yaşama ve orada edim ve eylemde bulunma halidir. [75]

Gadamer yoruma ilişkin söylediklerini spesifik olarak hukuk metinlerini yorumlayanlar ya da hukukçular için söylememiştir. Gadamer'in felsefi hermenötiki hukuki karar vermeye ilişkin bir metodoloji ya da hukuk teorisinde ortaya çıkan bir takım problemlere cevap verecek bir legal bilim ya da teori de değildir. Ancak onun yoruma ilişkin öngördüğü şeyler kuşkusuz hu-

71 Dottori; "The Concept of Phronesis by Aristotle and the Begining of Hermeneutic Philosophy", s: 309.

72 Sanıyorum Gadamer'in hermenötik pratiği bir sanat olarak görmesi bu noktada kafaları karıştırabilir. Bu Aristotelesçi anlamda phronesis sahibi olmadan bu yorum sanatının gerçekleştirilemeyeceği şeklinde anlaşılmalıdır. Aristotelesçi manada *phronesis* ise bizim anladığımız manada sanat olmaktan çok spesifik bir toplumda doğru yaşama dair karar verme konusundaki pratik bilgeliktir.

73 Bu bağlamda Gadamer, NeoKantçı filozofları da eleştirir ve felsefenin ampirik bilimler için teorik bir çerçeve oluşturmasına karşı çıkar. Ona göre onun felsefesi aklın uygun kullanımını göstermekten çok anlama ontolojisini açıklamaya ilişkindir. Sorun, "Ne yaptığımız ya da ne yapmamız gerektiği değil, istemlerimiz ve eylemlerimiz yoluyla bize ne olduğudur." Bu anlamda Gadamer bize bir teori sunmaz. Onun yaptığı felsefi düşünmedir. Bkz Mootz, Francis;"Rountable on Legal Hermeneutıc: *Law and Philosophy, Philosophy and Law*, Fall, 1994, 26 U. Tol. L. Rev. 127)

74 Dottori; ibid, s: 309-310.

75 Gadamer, felsefe tarafından aranan hakikate ilişkin olarak ise Aristoteles'ten çok Platon'a yakındır. Buna göre, ifade edilebilir hiçbir logos evrenin son nedenini-aklını açıklayamaz. Birbirlerini anlamaya çalışanların olası tüm fikirlerini ve alternatifleri gözden geçirdiğimizde belirli bir anda ruhumuzun en derinlerinde yer alan ve bizim olan bir hakikat, bir cevap ile karşılaşırız. Fakat bunu diğerlerine empoze edemeyiz. Ancak bu onun olmadığı anlamına da gelmez. (Dottori, ibid s. 309-310).

kuk normlarının belirli bir olaya uygulanmasında da önem arz edecektir. Kanımca bu noktada teori/pratik ayrımına gidersek Gadamer'in hermenötik ile yapmaya çalıştığını tam kavrayamayız. Burada hermenötik açısından söz konusu olan bir hukuk kuramcısı ya da bir uygulamacı (hukukçu, yargıç) olmak değildir. Esasen söz konusu olan belirli bir etik/politik topluluk içerisinde tikeli, öznel olanı yorumlamaktır. Bu açıdan baktığımızda Gadamer hermenötiği kaçınılmaz olarak hâkimlerin bir hukuk normunu bir olaya uygulamasında da etkin olabilecek bir kapıyı bizlere aralamaktadır. Fikrimce aslında öncelikli olarak ele almamız gereken de bu hususdur. Ancak burada modern yargılama pratiğinin ya da paradigmasının dışına çıkmamız gerekmektedir.

Bilindiği üzere modern norm formel, rasyonel, genel ve nesnel olmak özellikleri öne çıkan bir soyutlamadır. Dolayısıyla herhangi bir ülkede modern normu yorumlayan herhangi bir yargıç öncelikle o normun şemsiyesi altında hareket eder ve önceliği normun uygulanmasıdır. Uygulayacağı değişik yorum metotları (lafzi, sistematik, niyetçi, teleolojik vs.) hep norm merkezli bir bakış açısını gerektirmektedir. Oysaki Gadamer hermenötiğinde öncelik herhangi bir norm, kural ya da bilgi sistemi olamaz. Gadamer'in sözünü ettiğimiz Aristotelesçi *phronesis*'ten yola çıkarak oluşturduğu hermenötik Kartezyen bir teori/pratik ayrımını da tabii olarak reddetmektedir. Hukuk uygulaması açısından baktığımız da hakim, parçası olduğu etik/politik topluma ilişkin tikel bir uyuşmazlığı çözecektir ve makul, pratik bilgeliğe uygun, toplumsal sağduyuyu içeren bir çözüme ulaşacaktır. Burada Hâkim sadece Dworkin'in Herkül yargıcı gibi içinde yaşadığı etik toplumun (ki bu siyasal toplumu da içerir) etik ilkelerini bilen değil, aynı zamanda o ilkelerin bir ürünüdür.

Esasen somut olaya uygulanacak norm ya da normlar da uyuşmazlığın meydana geldiği etik toplumun içindeki benzer olaylar düşünülerek, Aristotelesçi bir çerçevede düşünürsek,[76] *phronesis* sahibi yasa koyucular tarafından yasalaştırılmış norm ya da normlardır.[77] Burada hâkim açısından söz konusu olan somut olayı çözmek için tümdengelim yöntemiyle genel normdan somut olaya gitmek değildir. Kuşkusuz normun olmadığı yerde dahi *phronesis* sahibi hakim ilgili olayı yine çözecektir; ki Aristoteles açısından bu da bir makul yargılama (*epieikeia*) etkinliğidir.

Belirtmek gerekir ki, Gadamer'in hermenötiğinin hukuka uygulanmasında tüm ayrımları ve metodolojik yaklaşımları aşmamız gerekmektedir. Hâkimin amacı içtihat oluşturmak değil, bizatihi somut olayı çözmektir. Böylece epistemolojik anlamda bu bir tümevarım etkinliği de değildir. Çünkü olaya uygulanacak bir kural (norm) vardır. Bu anlamda teori/pratik birlikteliği içerisinde hâkim somut olaya ilişkin normu dışlamamakla birlikte, başlangıç noktası norm değil çözmek zorunda olduğu somut olay olacaktır. Yukarıda

76 Bu konuda bkz. Aristotle, *Nicomachean Ethics*, sec. 1141b-25.

77

da belirttiğimiz gibi, burada norm içinden çıktığı etik/politik bir toplumun parçası olarak hâkimin çözmek zorunda bulunduğu somut olaylara benzer somut olaylar düşünülerek kanun koyucu tarafından konulmuştur. Anglo Sakson hukukunda ise önceden gerçekleşen benzer somut olayların çözümünde içtihat yoluyla oluşmuş ve diğer mahkemeler üzerinde bağlayıcı bir karar (stare decisis) söz konusudur. Bu manada ilgili norm ya da içtihat somut olaydan hiçbir zaman uzak değildir. Ancak somut olay da kendi tikelliği, sonsuz çeşitliliği ve öznelliği içerisinde hiçbir zaman kanun koyucu tarafından konulan norm ya da mahkemelerce belirlenen içtihatla bütün yönleriyle anlaşılamayacak ve yorumlanamayacak bir şeydir. Öyleyse norm ile somut olay arasında her zaman bir gerilim olacaktır. Kanımca Gadamer hermenötiği içerisinde kaldığımızda da hâkimin yorum/anlama etkinliği çift taraflı (dialogical) bir etkinlik olacaktır. Hâkim sadece uyuşmazlığın taraflarını değil, bir kural/ilke olarak normu ya da içtihadı ve bir praksis olarak olayı yorumlayıp anlamaya çalışırken dialojik düşünecektir. Ama hareket noktası her halükarda somut olay olacaktır.

Bir başka deyişle, Gadamerci bir yorum etkinliğinde hakimin anlaması ve yorumlaması gereken üç fenomen vardır: Somut uyuşmazlığın tarafları , somut uyuşmazlığın kendisi ve uygulanacak norm. Bu manada evrenseller ve ilkeler (bunu hukuk normları olarak okuyabiliriz) somut duruma ilişkin yeterince esnek olmadıkları gibi onun inceliklerini ve ayrıntılarını da hakkıyla kavrayamazlar.Aristoteles yasa somut olayın çözümünde evrenselliği ile hataya düşürecek ve adaletsiz sonuçlara yol açacaksa, her karar öncesi sıkı ve esnek olmayan genel bir kurala başvuran kişinin adaleti gerçekleştiremeyeceğini belirtmektedir.Aristoteles'e göre, iyi bir yargıç, Lesbos'un mimarlarının yapı tekniğinde kullandıkları aynı kalmayan, esnek, taşın şekline giren kurşun gibi olaya uygun karar verir.[78]

Biz ise belirli ya da belirsiz tüm somut olaylar için olay merkezli bir bakış açısı öneriyoruz. Burada cetvel ve mezura metaforlarını kullanırsak doğadan aldığı bir taşın etrafını ölçecek olan birisi bunun için düz cetvel kullanamaz; mezura kullanmak zorundadır.Hukuk uyuşmazlığında da norm düz bir cetvel gibi değil mezura gibi olmalıdır. Taş ise somut olayın kendisidir. Kuralın tümdengelim yöntemiyle olaya uygulanması taşı düz bir cetvelle ölçmeye benzemektedir. Mezura ise esnek yapısıyla eksik de olsa taşı çepeçevre sarabilir. Bir de mezura mezura olarak kalsa da ölçtüğü her taşa göre biçim alacaktır. Hiçbir şeyi ölçmeyen ve öylece duran mezura mezura değildir. Mezura bir şeyi ölçtüğünde mezuradır. Buna göre, mezura her taşta farklı bir biçim alacaktır ve ölçme işlevini yerine getirdiğinde mezura olacaktır. Bu manada bir hukuk kuralı kendi başına hiçbir şeydir. O kural ancak somut bir olaya uygulan-

78 Aristoteles; *Nicomachean Ethics*, sec.1137 b 25-30. Yukarıda da açıkladığımız gibi, Aristoteles'te *epiekeia* sadece yasanın uygulanması halinde ortaya çıkacak adaletsizlikleri gidermek için öngörülmüş bir hakkaniyet ilkesi değildir. O çok daha geniş bir şekilde kurala bağlanamayacak somut olaylarla, yasanın belirsizliği gibi durumlarda yargıcın olay hakkında hükme varması için bir 'makul yargılama' biçimidir.

dığında ontolojik olarak hayat bulur. Her somut olay hukuk kuralına farklı bir biçim verecektir. Kurala ontolojik anlamda hayat veren ve onu değişik biçimlere sokan somut olaydır. Öyle ise başlangıç noktası da somut olay olacaktır. Hâkimin verdiği karar somut olayın her seferinde kuralı yeniden biçimlendirmesinden başka bir şey değildir.

Phronesis temelli yargılama kuralsız yargılama değildir. Mezura metaforuyla açıkladığımız hukuk kuralları yargıcın içinde bulunduğu politik toplumun *phronesis* sahibi yasa koyucuları tarafından konulan genel kurallarıdır. Bu kurallar ideal hallerinde yani doğru konulduklarında o politik toplumun benzer olaylar için öngördüğü adalet anlayışını yansıtmalarının yanında, yine o politik toplumun iyi'sinin ve iyiler'inin de açıklayıcısı olacaklardır. Bu ideal kuralın uygulanması somut olayda adaletsizliklere sebep olmayacağından Aristotelesçi hakkaniyet (*epeikeia*'nın dar anlamı) ilkesinin devreye sokulması gerekmeyecektir. Ancak somut olay adaletini gerçekleştirme anlamında ise yasa, ideal de olsa, genel bir kural olarak her zaman eksik kalacaktır. O yüzden bu durumda yargıç o politik toplumun ideal yasasının koyduğu sınırlar içerisinde hareket edecek; ancak somut olay adaletini gerçekleştirmek adına hareket noktası yine somut olay olacaktır. Ancak somut olayın öngörülmediği bir kuralsızlık halinin yanında, somut olayı öngörse de belirsizlikler içeren bir kural ya da somut olaya doğrudan uygulanmasının adaletsizliklere[79] yol açacağı *phronesis* sahibi yargıç tarafından tespit edilen bir kural söz konusu olması durumunda somut olaydan hareket eden yargıcın hareket alanı çok daha geniş olacaktır. Çünkü artık ortada hiç yasa olmaması, yasa olsa da bunun belirsiz olması, yasanın somut olaya uygulanmasının adaletsizliğe yol açması ya da yasanın doğrudan adaletsiz bir kural olması durumları söz konusudur. Her bir spesifik durum kendine özgü olmakla birlikte tüm bu durumların ortak yanı hakime somut olay adaletini gerçekleştirme anlamında geniş bir alan yaratmalarıdır. Somut olay açısından[80] ideal olmayan yasa halleri olarak nitelendirebileceğimiz bu hallerde hâkim artık mevcut kural dışına çıkacaktır. *Phronesis* sahibi yargıç için bu durumlar hiçbir şekilde mutlak yasasızlık halleri değildir. O spesifik topluma ilişkin pratik bilgeliğe sahip erdemli yargıç olarak içinde yaşadığı topluma ilişkin adalet anlayış(lar)ını, o toplumun nomosunu (yazılı olan ve olmayan ilke ve kurallarını) ve o toplumun 'iyi'sinin, 'iyileri'inin ve/veya 'en iyi'sinin ne olduğunu bilen birisidir. *Phronimos* tüm bu bilgilerin ışığında ve o toplumun erdemli bir yurttaşı olarak somut uyuşmazlığı makul bir şekilde çözecektir. Yani burada yargıç 'makul bir yargılama'

79 Aristotelesçi terminolojiden hareket edersek buradaki adaletsizlik hem doğal adalet hem de konvansiyonel adalet açısından söz konusu olabilir. Bilindiği üzere Aristoteles doğal adaletin değişmez ve her yerde uygulama gücü olan ve içinde yaşadığımız polis'e bağlı olmayan bir adalet olduğunu belirtirken konvansiyonel adaletin polis'te ortaya çıkan ve ona özgü bir adalet anlayışı olduğunu ileri sürmektedir (Aristotle; *Nicomachean Ethics*, sec.1134B 20-5).

80 Bu ayrımı somut olay temelli yapıyoruz; çünkü bir yasa genel anlamda adil bir yasa olmakla birlikte o somut uyuşmazlığa uygulanmasında adaletsiz sonuçlara yol açabilir.

(geniş manada *epieikeia*) yapmak durumundadır. Bu hal ise kesinlikle bir kuralsızlık hali değildir.

Şu hususu belirtmekte yarar var ki; pratik bilgeliğe ve sağduyuya sahip yargıç (ya da daha geniş anlamda hukukçu) özlemi etik ilkeler hakkında rasyonel bir uzlaşı sağlanamaz diyen moral relativizmden de, karmaşık insan deneyimi ve pratiğini atlayarak evrensel etik ilkeler peşindeki Kantçı etik anlayıştan da uzak bir bakış açısına işaret etmektedir. XX. yy'ın önemli hukuk filozoflarından Hans Kelsen dahi "mutlak adalet irrasyonel bir idealdir" demek suretiyle evrensel adalet arayışlarını rasyonel bulmamıştır. Kelsen bir hukuk düzeninin ve ona bağlı adalet anlayışının bir toplumu oluşturan tüm bireyler tarafından kabulünün imkânsız olduğunu belirtmiş ve belirli bir toplumda sosyal barış ve demokrasi içerisinde bir arada yaşama idealinin tolerans ilkesiyle gerçekleşebileceğini vurgulamıştır. Doğan Özlem'e göre bu ilke ile Aristoteles'in *phronesis* kavramı arasında bir yakınlık vardır.[81]

Modern Bir Toplumda Phronesis Mümkün mü?

Kanımca Aristoteles'te gördüğümüz *phronesis* kavramının modern zamanlara aktarımında karşılaşılabilecek en büyük güçlüklerden birisi Aristoteles'in insan için vazgeçilmez bir politik form olarak gördüğü Polis'in günümüzün hakim politik formu olan ulus devlete çevrilmesi hususudur. Yani söz konusu olan, diğer birçok hermenötik faaliyette olduğu gibi, sadece kavramların ve kurumların değil o kavram ve kurumun içinde doğduğu sosyo-politik şartların da günümüze aktarımdır. Bu anlamda Polis'te *phronesis*'e sahip bir hakim'in spesifik bir uyuşmazlığı çözerken sahip olacağı *phronesis* hem o özel olaya ilişkin bir deneyimi hem de içinde yaşadığı Polis'in politik bir üyesi olması dolayısıyla sahip olduğu daha geniş manada bir *phronesis*'e sahip olmayı gerektirir. Bu ikinci anlamda *phronesis* Aristoteles'in anladığı manada en çok 20-25.000 nüfuslu bir polis'in insana kazandırabileceği bir pratik bilgeliktir ve o Polis'e özgüdür. Ama günümüzün çok nüfuslu, çok kültürlü ve iyi anlayışları oldukça çeşitli ve farklı ulus devletlerinde bu ikinci anlamdaki *phronesis* ne manaya gelecektir?

Şurası açıktır ki, bugünün çok kültürlü toplum yapıları Grek Polis'i gibi göreceli olarak homojen bir toplum için öngörülmüş bir pratik bilgelik yetisinin günümüze uyarlanmasında zorluk çıkarabilecektir. Aristoteles'in adalet anlayışı 'iyiler'in arkasında olan ve bizatihi pratiği besleyen ve onu anlamamızı sağlayan 'İyi'nin de ne olduğunun anlaşılmasını gerektirmektedir. Buna göre bu 'İyi'nin genel anlamda homojen ve küçük nüfuslu bir polis'te tespiti kolay iken bunun çok kültürlü, farklı ve sofistike kurumların yer aldığı ve birden çok iyi anlayışına sahip çok nüfuslu modern ulus devletinde tespiti de bir sorun olarak karşımıza çıkabilecektir.

Yine Aristoteles'in politik toplumda yer alan çatışma ve uyuşmazlıklardan çok erdeme ve onunla beslenen insan karakterine ağırlık veren politik ve moral felsefe-

81 Özlem;,"Adalet ve Görelilik", s:92.

sinin günümüzün güç ve iktidar merkezli modern politik yapılarına uyarlanması da bir sorun olarak karşımıza çıkacaktır.

Kuşkusuz antik bir kavramı günümüze uyarlarken linguistik olduğu kadar tarihsel, kültürel ve sosyolojik tüm bu sorunları gözönüne almak gerekecektir.Ancak bütün boyutlarıyla bu uyarlamayı yapmak bu makalenin sınırlarını çok aşan bir niteliğe sahiptir. Kanaatimizce siyasal olduğu kadar yargılamaya ilişkin olarak da yerel ve özerk bir anlayışın benimsenmesi ve buna ilişkin anayasal ve yasal düzenlemelerin yapılması *phronesis* idealinin modern yaşamda hayat bulabilmesi için elzem gözükmektedir. Her türlü merkezileşmiş idari, siyasi, hukuki vb. yapılanmalar bu idealle çelişmektedir. Tüm bu alanlarda ademi merkeziyetçi bir yapılanmaya gitmek gerekmektedir. Adalet değerinin gerçekleştirilmesi içinde yaşanılan politik toplumun nasıl yönetildiğinden bağımsız değildir.

Bir görüşe göre Aristoteles'in felsefesinin dialektik karakteri nedeniyle onun görüşlerini, pratik felsefesini onun öngördüğü anlamda spesifik bir politik programa yazılmadan çağdaş kuramlara taşıyabiliriz.[81] Bu görüş kendi içerisinde birçok sorunları barındırmaktadır; ancak bu yaklaşımı tamamıyla kabul etsek de yine de, özellikle hermenötik anlamda oldukça çetrefilli bir alanda olduğumuz aşikardır.

Yukarıda da belirttiğimiz gibi, çağdaş hukuk filozoflarından Ronald Dworkin yazılı kuralların dışına çıkıp içinde yaşanılan politik topluma ilişkin siyasi, ahlaki ve hukuki ilkeleri içeren bir kuram ortaya koyarken kısmen Aristoteles'te gördüğümüz *phronesis* kavramına yaklaşmaktadır. Ancak içinde yaşanılan politik topluma ilişkin 'iyi'lerin ve hatta 'en iyi'nin bilinmesi ve diğer erdemleri de etkileyen temel ve belirleyici bir erdem ve olma hali olarak *phronesis* bizlere Dworkin'in epistemolojik yaklaşımını oldukça aşan bir resim sunmaktadır. Şurası bir gerçek ki Aristoteles'in politika anlayışı literatürde Cumhuriyetçi (Republican) bakış denilen ve erdem temelli bir vatandaş ve toplum anlayışına dayanmaktadır. Modern birey ve topluma ilişkin baskın politik ideoloji olan liberal ideolojinin fayda ve birey temelli bakışının böylesi bir insan ve toplum anlayışının çok uzağında olduğu da açıktır.[83]

Sonuç

Pratik bilgeliğe ve sağduyuya sahip yargıç (*phronimos*) ideali geç modern toplumun, nesnellik görüntüsü altında ilgisiz, tarafsızlık görüntüsü altında ruhsuz hâkimlerine yönelik bir eleştirel bakışı da kaçınılmaz olarak beraberinde getirmektedir. Bu bağlamda bir anlamda hukukçuluk mesleğinin insancıl yönü bir kez daha gündeme gelmektedir. Çünkü hakim somut olayın tarafları ile empatik bir ilişki kurmak zorundadır. Bu yönüyle *phronesis*'e sahip yargıç kaçınılmaz olarak hukuk eğitimine ilişkin bir soruna da işaret etmektedir.

82 Galston, Miriam;"Taking Aristotle Seriously: Republican-Oriented Legal Theory and the Moral Foundation of Deliberative Democracy*", CAL.L. Rev.,*Vol.82, Issue2,(1994), pp. 339-396, s:395-96.

83 Yine Aristoteles Polis'teki adalet erdemi genel anlamda eşit ve özgür vatandaşlar arasındaki ilişkileri yönetmektedir. Evde koca ile karı arasındaki, baba ile çocuklar arasındaki ya da efendi ile köle arasındaki ilişkiler ancak kıyas yoluyla adil ya da adil değil diye nitelenebilir.

Tüm bu anlatılanlar ışığında adalete bakış ve onun temsili de değişecektir. Her şeyden önce adalet monolojik değil, dialojik hatta çok taraflı bir anlama/yorumlama etkinliğini gerektirir. Bu manada modern metotçu yaklaşımlar bu yorum etkinliğiyle uyuşmamaktadır.

Somut olayı çözen kişi olarak hakim o somut olayın içinde vuku bulduğu etik/politik topluluğun bir üyesi olacaktır. Bu üyelik durumu basit bir vatandaşlık ya da o spesifik etik/politik toplumda eğitim alma değil, erken yaşlardan itibaren o toplumun içinde büyüme ya da en azından o toplumdaki somut sorun karşısında empati kurabilecek kadar içinde yaşadığı etik topluma (sittlichkeit) dahil olma, o toplumun oluşturduğu ethos'un ve habitus'un bir parçası olmayı gerektirmektedir. Bu bağlamda soyut adalet de her zaman pratikte gerçekleşen somut ve tikel olan yoluyla ete kemiğe bürünür. Buna göre adalet öncelikle ontolojik bir fenomendir.

Yine somut olayın çözümünde hâkim kural merkezli değil, olay merkezli bir bakış açısına sahip olacaktır. Somut olay uyuşmazlığın çözümüne giden yolda her zaman için başlangıç ve referans noktası olmanın yanında, yargılamanın her noktasında öncelikle dikkate alınması ve ilgili etik/politik toplumdaki adalet değerinin bu somut uyuşmazlık üzerinden nasıl yaşama geçirileceğine ilişkin olarak sorgulanması gereken bir olgudur. Aslında gerçekleşen olan (somut olay) ile olması gereken (soyut norm) arasındaki gerilimli ilişkide *phronesis* temelli bir bakış açısıyla olandan yana tavır koymak, soyut ve aşkın bir normu değil, diğer birtakım somut olaylarla bir çok benzerlikleri olsa da, her halükarda biricikliğini ve kendine özgülüğünü sürdüren, elimizin altında ve tam anlamıyla sadece kendisine benzeyen içkin ve somut olayı merkeze almak, ondan hareket etmektir. Modernite Costas Douzinas'ın dediği gibi bir nomophilia (hukuk/yasa severlik) çağıdır[84]. Bu çağda somuta ve otantik olana dönüş için bir Antik Yunan terimi ve fenomeni olan *phronesis*'in ve onun Aristotelesçi yorumunun bizlere önemli bir katkı sağlayacağı, bu nedenle onun üzerinde daha fazla düşünmemiz gerektiği kanısındayım.

Tüm bu anlatılanların somut sonucu yargılama etkinliğinin Aristotelesçi anlamda bir *phronesis* etkinliği olup adalet tanrıçasının gözlerinin kapalı değil, somut olayı ve taraflarını yorumlama ve anlama açısından açık olmasıdır. Bu anlamda yargıç somut olayı kurala göre anlayan değil, kuralı somut olaya göre anlayandır. O manada yargıç somut olayı kendine özgü yapan her şeyi, onun farklılıklarını ve çeşitliliğini görmek zorundadır. Bir görüşe göre adalet tanrıçasının gözlerinin kapalı oluşu burjuva kamusal alan ile ortaya çıkmış bir fenomen olup tarafsızlık algısına ilişkin tarihsel ve maddi gerçekliklerle bağdaşmayan sembolik bir kurgudur. Hâkimin gözlerinin kapalı olması gereken an karar anıdır. Karar ise kuralın somut olay tarafından her seferinde yeniden biçimlendirilmesinden başka bir şey değildir. Buna göre adalet içkin (immanent) bir değerdir ve so-

84 Douzinas,*Costas; Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, Eleştirel Bir Yaklaşım, Çeviri ve sunuşlar Rabia Sağlam-Kasım Akbaş, Notabene Yayınları, 1. Baskı, 2015, s: 107.*

mut olayda gerçekleşir. Bu manada hukuk somut her olayda adaleti gerçekleştirme amacında olmalıdır. Şu da unutulmamalıdır ki, adalet değeri ve onu gerçekleştirme amacındaki hukuk ancak spesifik bir politik toplumda vücut bulabilir. Bu yaklaşım hem toplumsal düzen anlayışını merkeze alan pozitivist hukuk teorilerinin hem de aşkın adalet anlayışlarını temel alan doğal hukukçu yaklaşımların uzağındadır. Belki de Gadamerci hermenötikten de yararlanarak vurguladığımız *phronesis* temelli muhakeme anlayışının bize sağlayacağı en önemli fayda adalet değerinin yeniden önem kazanarak modern zamanlardaki hegemonik, muhafazakar ve pozitivist hukuk teorilerinin düzen odaklı yaklaşımlarının ve hukuk ahlak ayırımına olduğu kadar hukuk ile politika ayrımına dayalı bakışlarının da ciddi bir şekilde sorgulanmaya başlanması olacaktır. Bu sorgulama ise aşkın bir doğal hukuk anlayışına dayalı olarak değil, somut ve içkin adalet anlayışının merkeze alındığı adil bir politik toplum arayışıiçinde yapılacaktır.

Kaynaklar

- Aristotle;*Metaphysics*, translated by Huge Lawson-Tancred, Penguin Classics, UK, 1998.
- Aristotle;*Politics*, translated by C.D.D Reeve, Hackett Publishing Company, Indianapolis,US, 1998.
- Aristotle; *Nichomachean Ethics*, translated with an introduction and notes by Martin Oswald, published by The Library of Liberal Arts, Prentice Hall, NJ, 1999.
- Aristoteles; *Nikhomakhos'a Etik*, Yunanca aslından çeviren Saffet Babür, Bilge-Su yayınları, Ankara, 2014.
- Curnow, Trevor; "Sophia and Phronesis", *Research in Human Development*, 8(2), 95-108,2011.
- Dottori, Riccardo; "The Concept of Phronesis by Aristotle and the Begining of Hermeneutic Philosophy", *Etica&Politica/ Ethics and Politics*, XI, 2009.
- Douzinas, Costas;*Hukuk, Adalet ve İnsan Hakları, Eleştirel Bir Yaklaşım*, Çeviri ve sunuşlar Rabia Sağlam-Kasım Akbaş, Notabene Yayınları, 1. Baskı, 2015.
- Gadamer, Hans-Georg; *The Idea of the Good in Platonic-Aristotelian Philosophy*, translated by Christopher Smith, Yale University Press, New Haven, 1986.
- Gadamer,Hans-Georg;*Truth and Method*, second revised adition, translation revised by Joel Weinsheimer and Donald G. Marshall, Continuum, London, 1989.

- Gallagher, Shaun;"The Place of Phronesis in Postmodern Hermeneutics", *Philosophy Today* 37: 298-305, Fall 1993.
- Galston, Miriam; "Taking Aristotle Seriously: Republican-Oriented Legal Theory and the Moral Foundation of Deliberative Democracy"*, CAL.L. Rev.,* Vol.82, Issue2, (1994), pp. 339-396
- Heidegger, Martin; "Sanatın Doğuşu ve Düşüncenin Yolu" çev. Leyla Baydar, *Patikalar: Martin Heidegger ve Modern Çağ*. Yay. Haz. H. Ünal Nalbantoğlu, İmge Yayınları, Ankara: 1997.
- Işıktaç, Yasemin; *Hukuk Felsefesi*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2010.
- Jay, Martin; "Must Justice Be Blind, The Challenge of Images to the Law"in *Law and Image*, ed. by Costas Douzinas and Lynda Nead, University of Chicago Press, Chicago, 2012.
- Kant, Immanuel;*Critique of Pure Reason*, The Cambridge Edition of the Works of Immanuel Kant, translated and edited by Paul Guyer and Allen W. Woods, Cambridge University Press, UK, 1998.
- Kessels, P.A.M, Korthagen, Fred A.J.; The Relationship between Theory and Practice, Back to the Classics, *Educational Researchers*, Vol. 25, No. 3, Apr., 1996.
- Kronman, Anthony T; "Practical Wisdom and Professional Character", *Social Phil.&Pol'y*, 1986.
- Long, P. Christopher;"The ontological reappropriation of phronesis", *Continental Philosophical Review*, 35: 35-60, 2002.
- MacIntyre, Alasdair; *Whose justice, Which Rationality*? University of Notre Dame Press, Notre Dame, Indiana, 1998
- Mootz Francis; "Rountable on Legal Hermeneutıc"*Law and Philosophy, Philosophy and Law*, Fall, 26 U. Tol. L. Rev. 127, 1994.
- Nussbaum, Martha Craven; "Practical Syllogisms and Practical Science"*, in* Aristotle's De*Motu Animalium, Text with Translations, Commentary, and Interpretative Essays,* Princeton University Press, Princeton, NJ, 1998.
- Olav Eikeland; *The Ways of Aristotle: Aristotelian Phronesis, Aristotelian Philosophy of Dialogue, and Action Research* (Studien Zur Berufs- Und Weiterbildung - Studies in Vocational and Continuing Education), Peter Lang AG, Internationaler Verlag der Wissenschaften; 1 edition May 16, 2008.
- Özlem, Doğan; "Adalet ve Görelilik", *Kavram ve Düşünce Tarihi Çalışmaları,* İnkılap Yayınları, İstanbul, 2006.

Louis Althusser'de Emek Gücünün Yeniden Üretilmesi ve Hukuk İdeolojisi İlişkisi

Zelal Pelin DOĞAN

GİRİŞ

18. yüzyılın ikinci yarısından itibaren hukuki metinlerde, duymaya alışık olduğumuz bazı kavramlar kullanılmaya başlandı. Bu durum, henüz doğmakta olan liberal-burjuva hukuk modelinin habercisiyken feodalizmin yerine geçecek kapitalizmin de tipik niteliğinin sloganlarıydı. Hâlâ hukuki metinlerin vazgeçilmezleri olan "özgürlük", "eşitlik" gibi kavramlar bunlardan birkaçıydı. 1215 Magna Carta'dan bu yana hukuk, bu nosyonlara normatif bir varlık kazandırdı ve toplumdaki herkesi "hak" sahibi yaparak "hukuk devleti" idealini gerçekleştirmeye çabaladı.

Kapitalist toplumsal formasyonun[1] karakteristiği olarak özgür ve eşit ticaret ilişkileri, kuşkusuz ki, bizzat kendini "evrensel" ve böylelikle "tarafsız" bir kılıfa sokan hukuk içerisinde garanti altına alınır. İşte kapitalizmin bu gizil niteliği, hukuk ideolojisi tarafından korunur.

Althusser'in çalışmasının özgün yanlarından birini oluşturan emek gücünün yeniden üretimi, onun hukuk ideolojisi bağlamında ileri sürdüğü fikirlerinin temel yapıtaşını oluşturur. Makalenin amacı, işte tam da Althusser'in açtığı yoldan ilerleyerek emek gücünün yeniden üretilmesi ve hukuk ideolojisi arasındaki ilişkiyi irdelemeye çalışmaktır. Bu suretle de, kapitalist ilişki örüntülerini daha iyi kavramak ve açığa kavuşturmak adına birinci bölümde, Klasik Marksist Kuram'da emek-değer teorisi ve kapitalist yeniden üretim incelenmiştir. Devamında ise Althusser'in yeniden üretim kuramına katkıları, çalışmasının önemli bir kısmını oluşturan emek gücünün yeniden üretimi ele alınmıştır. İkinci bölümde, Althusser'in çalışmasının bir diğer özgün yanını oluşturan ideoloji kuramı, diğer ideoloji kuramlarıyla ilişkisi ve ideolojinin karşısında konumlandırılan bilim incelenmiştir. Ayrıca bu bölümde, yine, çalışmasının diğer bir özgün yanını oluşturan devletin baskı aygıtı ve devletin ideolojik aygıtları açımlanmaya çalışılmıştır. Makalenin yazılış amacına konu olan

1 Toplumsal formasyon kavramı çoğunlukla "toplum"a göndermede bulunur. Bu kavram, genellikle yapısalcı Marksistler tarafından kullanılagelmiştir. Marx, bu ifadeyi seyrek olarak kullanmıştır (Bottomore, 2012: 586). Althusser ise "Üretim Tarzı Nedir?" adlı makalesinde toplum ve toplumsal formasyon arasında bir ayrıma gider. Ona göre Marx, "toplum" nosyonunu bilimsel olmadığı için reddetmiştir. Althusser, "toplum" nosyonunun ahlaki, dini, hukuki yankılarla dolu ideolojik bir nosyon olduğunu söyleyerek yerine bilimsel bir kavramın konulması gerektiğini söyler. O kavram da "toplumsal formasyon" dur. Toplumsal formasyon, "tarihsel olarak mevcut ve bireyselleşmiş, yani egemen üretim tarzıyla çağdaşlarından ve kendi geçmişlerinden ayrılan her "somut toplum" u belirtir (Althusser, 2006a: 44).

asıl bölüm ise üçüncü bölümdür. Bu bölümde, Althusser'in çalışmasının bir başka özgün yanını oluşturan emek gücünün yeniden üretiminin bir yönü olarak sunduğu tabiyet ilişkisi, yine Althusser'in özne ve ideoloji nosyonları çerçevesinde ele alınmış ve işte bu noktada Althusser tarafından kuramlaştırılan kapitalizmin kendini yeniden üretmesinin bir aracı olarak hukuk ideolojisi veya başka bir deyişle devletin ideolojik aygıtı olarak hukuk ile ilişkisi irdelenmiştir.

Makaleye başlamadan önce tekrar belirtmekte fayda var. Amaç "Bir kez daha sus Althusser!" demek değil, Althusser'in çizdiği ana hatlar çerçevesinde artık değere el konulması biçiminde gerçekleşen kapitalist üretim ilişkilerini hukuk ideolojisi ile incelemek ve çözmeye çalışmaktır.

I. KAPİTALİST TOPLUMSAL FORMASYONDA YENİDEN-ÜRETİM

1. Klasik Marksist Kuramda Emek-Değer Teorisi ve Kapitalist Yeniden Üretim

1848'de yayınladıkları Komünist Manifesto ile Marx-Engels burjuvazinin devrimci niteliğini edebi ve politik bir biçimde sloganlaştırdı: "Katı olan her şey buharlaşıyor!". Bu slogan burjuvazinin ve kapitalist üretim ilişkilerinin bir tasviriydi. "Burjuvazinin tarihteki rolü son derece devrimcidir." der Komünist Manifesto. Çünkü burjuvazi, iktidar olduğunda bütün feodal ilişkilere son vermiş ve yerine daha acımasız, açık, dolaysız ve toplumun tüm katmanlarına yayılan sömürü ilişkileriyle örüntülendirilmiş olan kapitalizmi getirmiştir. Burjuvazi devrimcidir; çünkü iktidar olduğunda kemikleşen ilişkiler yok olmuş, yenileri kemikleşmeye fırsat bile bulamadan eskimiştir (Marx-Engels, 2013a: 25).

Meta üretiminin en genelleşmiş biçimi olarak kapitalizm (Bottomore, 2012: 43), var olabilmek ve varlığını devam ettirebilmek için sermaye potansiyelini sürdürmeye ve bunu sürekli yeniden üretmeye ihtiyaç duyar. Kapitalist üretim sürecinde üretim araçları kapitalist tarafından pazarda satın alınmıştır. Bu durumda kapitalistin sermaye potansiyelini sürdürebilmesi için meta piyasasında hazır bulunan "özgür" işçiye ihtiyacı vardır. Burada özgürlük iki anlama gelir: birincisi, işçi meta olarak kendi emek gücü üzerinde özgür bir kişi olarak tasarrufta bulunabilmelidir; ikincisi, satabileceği başka metalar bulunmamalı, kendi emek gücünü gerçekleştirmesi için gerekli olan her şeyden yoksun, özgür olmalıdır (Marx, 2012a: 171). İşçi sınıfı ise üretim araçlarına sahip olmadığı için emek ürünü üretip satamaz. Bu durumda da işçiler, yaşamlarını sürdürebilmeleri gerektiği için kendi emek güçlerini kendi iradeleriyle satmak zorunda kalırlar. Dolayısıyla işçi, satabileceği emek ürününü oluşturamazken; kapitalist, emek ürününü satıp sermayesini artırmak için hem üretim araçlarını hem de işçinin emek gücünü satın alır. İşçiler kendi emek güçlerini kendi özgür iradeleriyle sattıkları için de emek gücünün değer yaratma kapasitesinden kendileri yararlanamazlar. Kapitalist, emek gücünü satın alıp kullandığı için emek ürününe el koyar ve bunun yalnız bir bölümünü işçilere yaşayabilsinler ve yeniden üretebilsinler diye bırakır. Bu noktada

emek ürününü işçiye bırakmayan kapitalist yeniden üretim giderlerini de ürünün değeri olan emek-zamana dâhil eder.

Kapitalist toplumsal formasyonda, satılmadığı takdirde emek gücü bir hiçtir; çünkü işçi sınıfı kendi emek ürünlerini üretecek araçlardan yoksundur. Kapitalist üretimin tüm karakteri birincisi, mümkün olan en fazla artık değerin üretimiyle; ikincisi, artık değerin sermayeye dönüştürülmesiyle belirlenir. Emek-değer teorisi, kapitalist üretim sisteminde artık değerin kaynağının işçilerin karşılığı ödenmeyen emeği olduğunu açığa çıkarır. Ortalama olarak bir işçi, herhangi bir emek-zaman biriminde belli bir parasal değer üretir; ama aldığı ücret o değerin ancak bir kısmının eşdeğeridir. Böylece işçiye iş gününün ancak bir parçasının eş değeri ödenmekte, iş gününün karşılığı ödenmeyen parçasında üretilen değer ise artık değer olmaktadır (Bottomore, 2012: 47). Durmadan büyüyen artık değer üretiminin ve kapitalistin kişisel amacı olan zenginleşmenin bir aracı olarak görülen birikim ya da genişlemiş ölçekli üretim, kapitalist için bir zorunluluk haline gelir. Dolayısıyla kapitalist, sermayesini korumak ve piyasada var olmak için sermayesinin büyümesini durmadan sürdürmelidir (Marx, 2012b: 81).

Üretim süreci, emek gücünün belli bir süreliğine satın alınmasıyla başlar ve emeğin süresi doldukça sürekli olarak yenilenir. Üretim sürecinin ürünü olan metanın değeri iki çeşittir: Kullanım değeri ve mübadele değeri[2]. Lakin tüm bunların yanında bir metanın değerinin özünü oluşturan onun emek ürünü olma özelliğidir (Marx, 2012a: 52). Emek gücü denildiğinde, insanın canlı varlığında mevcut olan ve onun herhangi bir kullanım değeri üretirken kullandığı fiziksel ve zihinsel yeteneklerinin bütünü anlaşılır (Marx, 2012a: 170). Emek gücünün değeri de diğer herhangi bir meta gibi bu özel nesnenin üretimi ve yeniden üretimi için gerekli emek-zamanla belirlenir. Emek gücü, yalnızca, yaşayan bireyin yeteneği olarak var olur. Dolayısıyla emek gücünün varlığı onun üretiminin ön koşuludur (Marx, 2012a: 173).

Bir toplum tüketmekten nasıl vazgeçemezse, üretmekten de öyle vazgeçemez. Her toplumsal üretim süreci aynı zamanda bir yeniden üretim sürecidir (Marx, 2012a: 547). Kapitalist üretim tarzında nasıl ki emek süreci değerlenme sürecinin bir aracı ise yeniden üretim de yaratılmış değeri sermaye olarak yeniden üretmenin bir aracıdır (Marx, 2012a: 547-548). Böylece yeniden üretimden anlaşılan, kapitalizmin kendisini var eden tüm unsurlarının tek tek güncellenmesi ve bu şekilde kapitalizmin bizzat kendisini sistemli olarak güncellemesidir. Lakin sermaye potansiyelini sürdürebilmek için meta üretiminin ve meta dolaşımının varlığı yetmez; emek gücünün, ücretli işçinin, kapitalistin ve bizzat sermaye ilişkisinin kendisinin yeniden üretilmesinin sürekliliği gereklidir.

Kapitalist rekabet ortamında üretim araçları ve üretim ilişkileri burjuvazi tarafından durmadan yeniden üretilir ve böyle-

2 Metanın ikili niteliğinin (kullanım değeri ve mübadele değeri) detaylı analizi için Kapital'in I. cildinin "Meta ve Para" bölümüne bakılabilir (Marx, 2012a: 47-149).

likle sömürü ebedileştirilir. Emek gücünün üretimi ise işçilerin birer insan olarak biyolojik ve toplumsal yeniden üretiminin bir yönüdür. İşçinin, kapitalist sermaye tarafından sömürülebilmesi için piyasada hazır bulunması ve vasıflı olması gerekir. İşçinin vasıflı olması onun teknik deneyimlerini gerektirirken, piyasada bulunması da işçinin yaşaması ve bireysel tüketimde bulunmasını gerektirir. Bu tüketimin koşulu ise işçinin kendisini emek gücü olarak ayakta tuttuğu ve yeniden ürettiği ölçüde gerçekleşir (Marx, 2012b: 62). İşçinin yaşaması ve dolayısıyla kendini yeniden üretmesi elbette giyim, beslenme gibi zorunlu geçim araçları dâhilinde gerçekleşir. Vasıflı olması ise toplumsal-teknik işbölümünün sonucu olan mevkilere ve işlere göre kullanılabilecek teknik bilgilerin edinilmesini gerektirir.

Emek gücünün karşılığı olarak yaratılan sermaye, işçilerin fiziksel ve beceriksel yeniden üretimi ve yeni işçilerin üretim sürecine katılmaları için tüketilir. Çünkü sermaye tarafından sömürülebilecek yeni emek gücünün yaratılması kapitalist için en vazgeçilmez üretim aracının, yani bizzat işçinin kendisinin üretilmesi ve yeniden üretilmesi demektir (Marx, 2012a: 553). Çünkü kapitalist, bu artık değerin hepsini kişisel zevklerine harcayamaz. Rekabet ortamında tutunabilmesi için üretim araçlarını da yeniden üretmeli ve sömürü ilişkisinin ebediliğini garanti etmelidir.

Kapitalistin, yeniden üretimin devamlılığı için göz ardı etmemesi gereken bir diğer gerçek ise emek gücünün sahibinin piyasadan silinebilir olduğudur. İnsanın yani emek gücünün ebedileşmesi yeniden üretimin sürekliliğinin sağlanması için zorunlu bir koşul oluşturur. Emek gücünün ebedileşmesi ise üremenin ebedileşmesi anlamına gelir. Çünkü yıpranma ve ölüm sonucu piyasadan çekilen eski emek gücünün yerini dolduracak yeni emek gücünün varlığı gereklidir (Marx, 2012a: 173). Bu noktada da emeğin yeniden üretiminde söz konusu olan insanı yani emek gücünü yetenek ve becerilerle donatacak, gelişmiş ve özelleşmiş bir emek gücü haline getirecek şekilde değiştirecek bir eğitime ihtiyaç duyulur (Marx, 2012a: 174). Bunu karşılayacak olan ise yine modern eğitim sistemidir. Böylelikle işçi sınıfının yeniden üretilmesi hünerlerin birikmesinin yanında bu beceri ve yeteneklerin bir kuşaktan diğerine aktarılmasını sağlar (Marx, 2012a: 554).

Kapitalizmin varlığının bir koşulu olarak yeniden üretim süreci, belirtildiği gibi, işçilerin ve burjuvazinin kendini yeniden ürettiği ve bu üretimin ebedileştiği bir sistemde süreklidir. Bu süreçten işçi sürekli olarak girdiği gibi çıkarken, kapitalist yeniden yaratılmış artık değerle çıkar. Bu noktada bir parantez açmak gerekir ki, meta olarak alınıp satılan emek değil emek gücüdür. İşçi, emek gücünün sahibi olarak emek ürününün ve dolayısıyla emek gücü üretimin bir parçasıdır. Kapitalist de bu aşamada emek gücü üretiminin bir parçası olur. Fakat o emek ürünü değil, ücretli işçi üretir.

2. Althusser'de Yeniden Üretim ve İşgücünün Yeniden Üretilmesi

Marx-Engels'in burjuvazinin üretim araçlarını, dolayısıyla üretim ilişkilerini ve bunlarla birlikte bütün toplumsal ilişkileri

durmadan devrimcileştirmeksizin var olamayacağı yönündeki temel tezini onlardan yaklaşık yüz yıl sonra Louis Althusser (1918-1990) felsefi bir okumayla yeniden yorumladı.

"Kapitalist üretim ilişkileri aynı zamanda kapitalist sömürü ilişkileridir." der Althusser (Althusser, 2006a: 57). Çünkü her toplumsal formasyon var olmak için kendi üretim koşullarını yeniden üretmelidir. Bu yeniden üretim, üretim güçlerinin ve mevcut üretim ilişkilerinin yeniden üretilmesi demektir (Althusser, 2006a: 358). Yeniden üretim, bir yanda devletin baskı aygıtı ve diğer yanda ideolojik aygıtları olmak üzere, devlet aygıtları içinde ve devlet iktidarının uygulanmasıyla sağlanır (Althusser, 2006a: 217).

a. Üretim Araçlarının Yeniden Üretilmesi

Üretim araçlarının kapsamına bir fabrikada işlenen hammadde, fabrika binaları, üretim aletleri vs. girer. Üretim araçlarının yeniden üretilmesi üretimde tükenen ya da yıpranan araçların yerine neyin koyulması gerektiğini öngörür. Althusser üretimin maddi koşullarının yeniden üretimi, yani üretim araçlarının yeniden üretimi sağlanmadan üretimin mümkün olmayacağını Marx'a atıfla (Althusser, 2006a: 358-360) söylemekle yetinir. Bu sorunun detaylı analizine girmeden sadece varlığından söz eder. Bu nedenle, burada, bu konuya değinerek geçmek uygun görünmektedir.

b. Emek Gücünün Yeniden Üretimi

Emek gücünün yeniden üretimi üzerinde Marx gibi Althusser de çalışmıştır. Fakat onun çalışmasının özgün yanlarından birini, emek gücünün yeniden üretilmesinde ideolojilere biçtiği rol oluşturur. Çünkü maddi koşulların yeniden üretilmesinden ziyade emek gücünün yeniden üretimi "ideolojik tabi olma biçimlerinin egemenliği ve çerçevesinde" sağlanır (Althusser, 2006a: 363).

Emek gücünün yeniden üretimi, emek gücüne kendini yeniden üretmesinin maddi aracı yani ücret vererek sağlanır (Althusser, 2006a: 360). Bir yandan işçi, sattığı kendi emek gücünün değerini ya da fiyatını geçim araçlarına, kendi emek gücünün yeniden üretimin araçlarına harcarken bir yandan da kapitalist, yetenek ve becerilerin gelişmesi için işçiye verdiği ücrete dâhil edecek şekilde harcama yapar. Althusser, emek gücünün yeniden üretimi için maddi koşullarını sağlamanın yetmeyeceğini söyledikten hemen sonra kullanılabilir emek gücünün bilgili, yani karmaşık üretim süreci sisteminde işe konulabilecek yeterlikte olması gerektiğini ekler (Althusser, 2006a: 361). Emek sürecinin bütününde sürecin eyleyicilerinin vasıflı olmaları gerekir. Emek gücünün bu niteliklerinin üretimi daha çok üretim dışında yani kapitalist eğitim sistemi içinde veya başka kurum ve yapılarda sağlanır (Althusser, 2006a: 362). Okullarda öğrenilen, bilimin aksine basit teknikler biçimindeki becerilerdir.

"Ancak bu bilgilerin ve tekniklerin yanında ve bu vesile ile de, işbölümünün her görevlisinin "tayin edildiği" yere göre uyması gereken terbiye kuralları, görgü "kuralları" öğreniliyor. Okulda: yurttaş olma bilinci, mesleki vicdan, ahlak kuralları, açıkçası toplumsal-teknik işbölümüne saygılı davranma kuralları ile son olarak

da, sınıf egemenliğinin yerleştirdiği düzenin kurallarına saygılı davranma kuralları. Okulda aynı zamanda, "Fransızcayı düzgün konuşma", düzgün "yazma" da öğreniliyor, yani (gelecekteki kapitalistlere ve uşaklarına) gerçekte "düzgün biçimde emretme, yani işçilerle "düzgün konuşma" (ideal çözüm) vb. öğretiliyor." (Althusser, 2006a: 362).

Açıktır ki Althusser'de, emek gücünün yeniden üretimi, yalnızca, niteliklerin yeniden üretimi demek değildir. Emek gücünün yeniden üretimi aynı zamanda işçinin kurulu düzenin kurallarına ve egemen ideolojiye boyun eğmesinin de yeniden üretimi demektir. Ayrıca devletin polis, hâkim gibi baskı görevlileri için "yönetici sınıfın egemenliğini söz ile sağlasınlar diye egemen ideolojiyi düzgün kullanma yeteneğinin yeniden üretimini" de gerektirir (Althusser, 2006a: 363). Yani, üreten bireylerin sisteme uyumlu ve tabi hale getirilmesi emek gücünün yeniden üretilmesinin diğer aşamasını oluşturur. İşçilere, işyerlerinde veya eğitim programlarında meslek ahlakı, toplumsal iş bölümüne saygı ve çalışma disiplini gibi egemen ideoloji kuralları benimsetilirken; yeni işgücü kaynağı olan çocuklar da okullarda iyi bir yurttaş olmanın, hukuk kurallarına saygı göstermenin, toplumsal ahlak kodlarına göre davranmanın gerekliliklerini öğrenirler.

Klasik Marksist Kuram'da teknik bilgi ve becerilerin geliştirilmesi ve yeni işgücü kaynağının oluşturulması şeklinde işleyen emek gücünün yeniden üretimi, Althusser'in katkılarıyla, kuşkusuz ki Marx'ın sunduğu yeniden üretim kuramını ileri bir noktaya taşır. Çünkü Althusser'in çalışmasının özgün yanlarından birini oluşturan emek gücünün yeniden üretimi, hem niteliklerin hem de egemen ideolojiye itaatin ya da bu ideolojinin kendisinin yeniden üretiminde ortaya çıkar.

II. ALTHUSSER'DE İDEOLOJİ VE DEVLETİN İDEOLOJİK AYGITLARI

1. İdeoloji

İdeoloji, siyasal iktidar ile yönetilen ilişkisini dinsel temellere veya geleneklere dayandırmanın artık mümkün olmadığı bir dönemde (Örs, 2012: 9), 1796 Fransız İhtilalinden hemen sonra üretildi. Kavramın üreticisi Destutt de Tracy'ye göre ideoloji insan düşüncesini, düşünce yasalarını ve düşüncenin kaynaklarını inceleyen bir bilim dalıydı ve tam da 18. yüzyıl Aydınlanma felsefesine uygun olarak toplumun yeniden biçimlendirilebileceğini (Atılgan, 2012: 286) ima ediyordu. Bu yapılırken de ideolojilerin toplumsal gerçeklikle ilişkisi, ideolojilerin ne tür ilişki ve kurumlar üzerinde kurulduğuna dair değini (Işıktaç, 2014: 218). önem kazanmaktadır. İşte bu anlamıyla bir bilim olarak ideoloji ilerleme, akıl ve eğitime güvenmeyi gerektiriyordu (Larrain, 1995: 22). Kavramın bu olumlu anlamının ardından onu ilk olumsuzlayanlardan birisi, önceleri ideologlara önemli görevler biçerken daha sonra "Fransa'nın başına gelenleri" ideologlara yükleyen Napoléon Bonaparte'dı (Atılgan, 2013: 286).

Kuşkusuz ki ideolojinin bir bilim olduğu fikrindeki en büyük ve en keskin değişim Marx ile gerçekleşmiştir. Genç Hegelcileri ideologlar olarak adlandıran Marx, *Alman* İdeoloji*si*'nde "İnsanlar ve sahip

oldukları ilişkiler tüm ideolojilerinde sanki camera obscura'daymış gibi baş aşağı çevrilmiş bir biçimde görülür" diyordu (Marx-Engels, 2013b: 45). Bu cümleden hareketle Marx'ın ideoloji görüşü hakkında iki sonuca varılabilir; ideoloji, hem toplumsal gerçeğin insan bilincine yansımasıdır hem de toplumsal gerçeğin çarpıtılmış halidir. Buna göre Marx'ta ideoloji, toplumsal gerçeğin dolaysız bir ürünü olarak değil insan bilincine çarpıtılmış bir şekilde yansımasıdır, diyebiliriz. Bu noktadan sonra ideoloji artık bir bilim değil, toplumdaki çelişkileri gizleyerek sistemin kendini yeniden üretmesini sağlayan bir altüst oluş (Marx, 1979: 26) veya bir çeşit "yanlış bilinç"tir[3]. İdeolojinin işi, nihayetinde, egemen sınıfın lehine çelişkili dünyayı yeniden üretmeye yardımcı olmaktır. Marx, yaygın bir görüşe göre,[4] *Kapital*'de ideoloji kavramı yerine "meta fetişizmi" kavramını kullanmıştır. Meta fetişizmi, kapitalizmin gerçek sömürü ilişkilerini gizler niteliğiyle Marx'ın en ünlü ideoloji örneğidir. Artık değer üretimi ve artık değere el konulması üretim ilişkileri dâhilinde gerçekleşir ama emek ve sermaye ilk kez piyasa aracılığıyla ilişki kurarlar. Piyasa aracılığıyla kurulan bu ilişki sermaye ve emeğin eş değerleriyle değiştirildiği adil ve eşit bir alışveriş gibi görünür. Böylece üretim süreci ve artık değer sömürüsü "adil ücret", "eşitlik", "özgürlük" vb. gibi ideolojik kalıplara kaynaklık eden piyasa işlemleriyle gizlenmiş olur (Larrain, 1995: 26). Yani ideolojinin, gerçeği bilinçli bir şekilde ört-bas etmesi durumu söz konusudur.

Marx'ın ideoloji kavramını olumsuzlamasına rağmen Lenin "sosyalist ideoloji"den söz ediyordu. Lenin, Marx'ın iktisadi şartlar gerektirdiği zaman devrim olacağı fikrine, pratiğiyle itiraz ediyordu. Bunun için işçiler arasında sınıf bilincinin gelişmesi gerektiğini söyleyerek bir anlamda sosyalist devrimin kaçınılmazlığı tezinin ekonomik indirgemeci yaklaşımını yıkıyordu. İdeoloji, Marx'tan sonra Lenin tarafından partide edinilecek politik bilinç olarak görülmüş ve proleter devrimin bir aracı olarak olumlanmıştı (Lenin, 1976: 53-54).

Bu noktada ideoloji sistematik bir nitelikle ön plana çıkmaya başladı ve Condillac'nın tezi insanların benliklerini dıştan gelen etkenlerle kazandıkları teorisini daha ileriye taşımıştır (Mardin, 2013: 21-23). Mannheim da Marksist kuramın etkisinde kalmıştır. Ona göre ideoloji, belirli bir grubun çıkarını savunan kısmi ideoloji ve "dünya görüşü" olarak adlandırdığı bütünlükçü ideoloji olarak iki biçimdedir (Mannheim, 2008: 74). Fakat ona göre ideoloji yalnız siyasal hayatı etkilemez, aynı zamanda toplumsal eylemlere de yön verir niteliktedir (Mardin, 2013: 72). Bireyin kendi başına değil verili koşullar ve bu koşullar içinde önceden şekillenmiş

3 Marx'ın bu ideoloji tanımı birçok tartışmaya yol açmıştır. Bazı yazarlara göre "Yanlış bilinç" kavramı Marx tarafından hiçbir zaman kullanılmamıştır. Kavramı üreten ve ilk kez kullananın Friedrich Engels olduğu söylenmektedir (McLellan, 2012: 20).

4 Bu yaygın görüşe göre Marx, "ideoloji" kavramını 1852'den sonraki çalışmalarında hiç kullanmadı. Kapital'de ise bu kavramın yerini "mal fetişizmi" kavramı aldı (Timur, 2011: 30).

davranış modelleri içerisinde hareket ettiği fikri, Condillac'yla birlikte Mannheim'ı Althusser'le ilişkilendirmemizi sağlamaktadır. Bu ilişki, onları, maddi koşulların birey üzerindeki kaçınılmaz etkisi noktasında buluşturur.

Klasik Marksist Kuram ve diğer birçok çalışmada bu şekilde bir gelişim evresi izleyen ideoloji, Gramsci tarafından yeniden yorumlanarak hegemonya, sivil toplum-siyasal toplum gibi kavramlarla genişletildi. Devlet aygıtının büyük ölçüde zora dayalı olarak işlediği yönündeki temel teze karşın Gramsci, hegemonyanın zor kullanmasının "rıza" ile birlikteliğine dayalı olduğuna dikkat çekiyor ve ideolojiyi kitleleri örgütleyen toplumsal pratiğin bir parçası olarak sunuyordu (Gramsci, 1971: 376). Gramsci'nin "rıza" nosyonu ve ideoloji kavramından hareketle Althusser, ideoloji ve devletin ideolojik aygıtları tezi ile Gramsi'ye benzer bir kuram geliştirdi. Nihayetinde, Althusser'e kadar ideoloji kuramlarının geldiği nokta, ideolojiyi deyim yerindeyse yerinden edilerek onu bilim kategorisinden çıkarılmasıydı. Althusser ile de ideoloji, daha sonra kendisinin "teorisizm" diyeceği bir yaklaşımla bilimin karşısında konumlandırıldı (Althusser, 2000: 10).

2. Althusser'de İdeoloji ve Bilim

Klasik Marksist Kuram'a göre toplumsal bütünsellik alt yapı-üst yapı metaforuyla tanımlanır. Fakat Althusser, toplumsal bütünlüğü, birbiriyle ilişkili ve birbirleri karşısında özerk olan yapılarla; ekonomik, politik ve ideolojik düzeylerle tanımlar (Althusser, 2002: 282). Ekonomik düzey, üretim güçleri ve üretim ilişkileri; politik düzey, temsil ve tahakküm ilişkileri; ideolojik düzey ise tabiyet ilişkileriyle ifade edilir. Althusser toplumsal bütünlüğü yeniden üretim çerçevesinde kuramsallaştırır (Sancar, 2008: 48). Bu düzeyler birbirinden farklı süreç ve dinamiklere tabidir. Bu sebeple ekonomik, politik ve ideolojik süreçler birbirine indirgenemezler. Üstyapılar, Barrett'in deyimiyle, işleri bittiğinde saygıyla yana çekilirler (Barrett, 2004: 69) İdeolojinin bu göreli özelliği, onun, özgün bir belirlenime sahip olduğunun ve yapının bir etkisi olarak ortaya çıktığının göstergesidir. Althusser böylelikle teoriyi mümkün olduğunca ekonomik indirgemeciliğin tuzaklarından uzak tutmaya çalışmıştır (Bekmen, 2010: 231). Balibar'a göre Althusser'in ideoloji kuramının Marx ve Hegel ile çok ilgisi yoktur, daha çok bilişsel ve duygulanımsal görünümünün birlikteliği açısından Spinoza ve Freud'a daha yakındır (Balibar, 1991: 119). İdeoloji, her toplumsal bütünlüğün organik bir parçasıdır (Althusser, 2002: 282).

Althusser kendi ideoloji kuramını oluştururken Marx'tan ve Freudçu psikanalizden yararlanır. Marx'ın "İdeolojinin tarihi yoktur." (Marx, 2013b: 45-46) tezinden yola çıkan Althusser, kendi ideoloji kuramını Freud'un "Bilinçdışı öncesiz ve sonrasızdır." önermesiyle ilintilendirir. Yani ideoloji de bilinçdışı gibi sonsuzdur. Bu, ideolojinin bir tarihi yoktur, demek değil; ideolojinin kendisinin bir tarihi yoktur, demektir. Burada ideoloji tarih-aşırı anlamına gelir (Güngör, 2001: 225). Çünkü o her yerde var olandır. Böylelikle Althusser Marksist toplumsal kuramı psikodinamik ve psikanalizle birleştirir (Therborn, 2008:

20). Althusser'e göre üstyapının gerçek işlevi, tümü de kapitalist devlete bağlanması gereken çeşitli ideolojikleştirme ve baskı biçimleri sistemi ile üretim koşullarının yeniden üretimini sağlamaktır (Althusser, 2006a: 196). İşte, ideoloji de Althusser için bireyleri tepelerine birer inzibat dikmeye gerek kalmadan, kendi başlarına eyler kılan yeniden üretim işlevine sahip bir üstyapı pratiğidir (Althusser, 2006a: 274).

Althusser ideolojiyi iki ayrı tez halinde sunar:

"Tez 1: İdeoloji bireylerin gerçek varoluş koşullarıyla kurdukları imgesel ilişkiyi gösterir.

Tez 2: İdeoloji maddi bir varoluşa sahiptir." (Althusser, 2006a: 280-283)

İdeolojilerin imgesel olduğuna ilişkin birinci tez, onların, gerçekliğe denk düşmeyen tasarımlamalar olduğuna ilişkindir. Çünkü burada insanlar, gerçek varoluş koşullarını değil, her şeyden önce gerçek varoluş koşullarıyla olan ilişkilerini ifade ederler (Althusser, 2006a: 393). İdeoloji imgeseldir, çünkü bireylerin varoluşunu yöneten gerçek ilişkiler sistemi değil, bu bireylerin boyun eğerek yaşadıkları gerçek ilişkilerle kurdukları ilişkidir (Althusser, 2006a: 394). İdeoloji bir gerçeği tarif etmekten çok, bir istenci hatta bir umudu ifade eder (Althusser, 2002: 284). Öyleyse ideoloji temelinde bir korku duyma ve suçlama, yüceltme ve aşağılama meselesidir; bütün bu duygular da zaman zaman şeylerin mevcut durumunu betimliyormuş gibi görünen bir söylem içerisinde kodlanır (Eagleton, 2011: 40). Dolayısıyla Althusser bilişsel bir ideoloji kuramından ziyade duygulanımsal bir ideoloji kuramına işaret eder. Bunun temelinde ideolojiyi değil bilimi bilişsel temele oturttuğu fikri yer alır.

Althusser ideolojilerin maddi bir varoluşa sahip olduğunu söylerken imgesel ilişkinin kendisinin de maddi bir varoluşa sahip olduğunu ekler (Althusser, 2006a: 396). İdeoloji, insanlar ve dünyaları arasında yaşanan ilişki olduğundan hem gerçek hem imgeseldir. Hatta gerçekliğin bir kavranış biçimidir (Güngör, 2001: 226). Ona göre ideolojiler, katıksız yanılsamalar olmayıp kurumlar ve pratikler içinde var olan birer tasarımlar bütünüdür (Althusser, 2000: 68). İdeolojiler bir aygıtta ve bu aygıtın pratiklerinde var olduğu için de maddidir. İdeoloji sayesinde kurulmuş olan öznenin maddi davranışı da bu ideolojik kurgunun doğal sonucu olarak ortaya çıkar.

"Söz konusu birey, şu ya da bu biçimde davranır, şu ya da bu pratik davranışı benimser, dahası, özne olarak, tümüyle bilincinde olarak seçtiği düşüncelerin "bağımlı bulunduğu" ideolojik aygıtın bazı düzenlenmiş pratiklerine de katılır. Tanrı'ya inanıyorsa, Ayin'e katılmak üzere kiliseye gider, diz çöker, dua eder, rahibe günah çıkartır, tövbede bulunur, cezasını çeker, günahları affolur ve yaşamına devam eder, vb. Görev'e inanıyorsa, "göreneklere uygun", kurallar uyarınca belirli pratikleri yerine getirir, uygun davranışlarda bulunur. Adalet'e inanıyorsa, hukuk kurallarına tartışmaksızın boyun eğer ve bu kurallar çiğnendiğinde vicdanının en derin yanlarından infiale kapılır, karşı çıkar, hatta işi dilekçeler imzalamaya, gösterilere katılmaya, vb. kadar vardırır." (Althusser, 2006a: 396-397)

Althusser de Gramsci gibi ideolojinin "yanlış bilinç" olarak görülmesine karşıdır çünkü ideoloji insan zihninin bir ürünü olarak değil, insanların ne düşündüğünü belirleyen yarı maddi bir varlığa sahip olarak görür ve ideolojinin kiliseler, sendikalar ve okullar gibi toplumdaki devletin ideolojik aygıtlarında cisimleştiğini öne sürer (McLellan, 2012: 27). İdeolojinin maddi varoluşunda gerçekleşen pratikler kilisede bir ayin olabileceği gibi bir cenaze töreni, okuldaki bir ders günü veya bir siyasi partinin toplantısı olabilir. İdeoloji, maddi bir kurallar bütünü tarafından düzenlenen maddi pratikler gerektiren maddi bir aygıtın bizzat kendisinde somutlaşır ve söz konusu pratikler kendi inancı uyarınca eylediğine gönülden inanan bir öznenin maddi eylemlerinde var olur. (Althusser,2006a: 399). Fakat ideolojik öznenin oluşumu ideolojinin hissettirdiğinin aksine tamamen bilinçsizdir.

Althusser de Foucault gibi öznenin merkeze alınmasına karşı çıkar (Larrain, 1995: 129). Özneler, herhangi bir toplumsal yapının "üstbelirlenmiş" ürünleridir (Althusser, 2002: 284). Althusser'de ideoloji özneler tarafından kurulmaz, özne ideoloji tarafından kurulur. Lakin her türlü ideoloji, özne kategorisinin işleyişi sayesinde var olur ve bu işleyişin devamını sağlayacak sürekli bir metoda ihtiyaç vardır. İşte ideoloji, bireylerin tümünü öznelere dönüştürür ve bunu da ideolojik seslenme yoluyla gerçekleştirir (Althusser, 2006a: 403).

"Söz konusu seslenme eylemini kafamızda canlandırabilmek için polisin (ya da başka birinin) her gün kullandığı en sıradan "Hey, sen, oradaki!" yollu seslenişini düşünmek yeter. (...) İşte, seslenilen birey, bedenin 180 derecelik bu dönüşüyle özne olup çıkar." (Althusser, 2006a: 403)

Bu seslenme süreci, ideolojik öznenin kurulması ve yeniden üretilmesi sürecidir. Therborn üç temel ideolojik seslenme biçimi olduğunu söyler: İdeolojiler öznelere neyin var, iyi ve olanaklı olduğunu anlatarak; bunlarla aralarında bağ kurarak ve tanımalarını sağlayarak onları tabi kılar ve onlara nitelikler kazandırır (Therborn, 2008: 30). İdeoloji özneleri adlandırır ve onları öyle çağırır: asker, yabancı, deli, kadın, öğrenci, Hristiyan, Yahudi... Bu adlandırma pratikleri içerisinde özneler seslenildikleri isimler için deyim yerindeyse tam bir biçilmiş kaftandır. Bu noktada ideoloji artık bir temsil sistemidir (Althusser, 2002: 283). Yapıların basit taşıyıcıları olan bireyler, ideoloji tarafından öznelere dönüştürülmüştür (Laclau, 1977: 100). Böylelikle ideoloji özneyi o isim altında tanımlayarak ona varoluş güvencesi verir. Eagleton'ın deyişiyle, ideoloji kendisinin bizsiz devam edemeyeceği yanılsamasını besler (Eagleton, 2011: 192). Özneler bu seslenme ritüelleri içindeki pratikler aracılığıyla okula gitme, vatanı savunma, dua etme gibi eylemler gerçekleştirirler. Bu açıdan Foucault gibi Althusser de özne olmanın özneleştirilmek olduğunu kabul eder (Neocleous, 2013: 83). McLellan'e göre de Athusser'in ideoloji anlayışı insanları özerk özneler olarak değil de toplumsal rollerin taşıyıcısı olarak gören oldukça determinist bir toplum anlayışıdır (McLellan, 2012: 27).

İdeoloji, Althusser'de, bireyin yaşam tarzını yansıtır. Althusser'in ideoloji ku-

ramının yansıtıcı yapısı Lacan'ın "ayna imgesi" teorisini çağrıştırır (Barrett, 2004: 145). Çünkü Althusser'de özne daha yüksek bir otoriteye boyun eğmiş, yani özgürce boyun eğmeyi kabul etmek dışında her türlü özgürlükten yoksun, bir başkasının tabiyeti altına girmiş bir kişiyi belirtir (Althusser, 2006a: 411). Öznenin öteki özneye bir tabiyet ilişkisi içinde oluşturulması yansıtıcı bir ilişkinin göstergesidir ve öznelerin kendilerini ve birbirlerini özne olarak tanımaları için ayna imgesi bu noktada zorunludur. Özne yalnızca üretim ilişkileri dolayısıyla bir özne değildir. Althusser'de ekonomik olmayan ilişkiler ve kurulan sayısız bağlar nedeniyle birey zorunlu olarak o toplumsal formasyonun bir üyesi olur. İdeoloji bireylere hep özne olarak seslendiği ve özne daha doğmadan önce o toplumsal formasyonda kendine bir görev ve yer verildiği için zorunlu olarak ekonomik ilişkilere bağlı olmaksızın bir öznedir (Resch, 2014: 36). Özne daha doğmadan o şekilde konumlandırıldığı için de sürekli bir kurulma ve yeniden kurulma içerisindedir. Bu süreç aynı zamanda öznenin kendini ve diğer özneleri ve diğer özneye olan tabiyet ilişkisini tanıma sürecidir.

Althusser için ideoloji bilinçten ziyade adeta bir bilinçsizlik, bir görünüm ve bir sonuçtur. Bu konuda Althusser hem Gramsci'ye hem de Marx'a karşı gelir (Balibar, 91: 131). İdeoloji, Althusser'de, Marx'taki gibi bir yanlış bilinç durumu değildir; fakat onu bir yanılsama olarak değerlendirmek mümkündür. Zira Althusser ideolojik bir görüşün kendisinin ideolojik olduğunu asla söylemediğini, kendisini doğru olarak tanıttığını söyler (Althusser, 2000: 67). Yani ideoloji kendini bir tür "evrensel hakikat" gibi sunar (Eagleton, 2011: 41). Bu noktada Althusser'in öznesi, kapitalist ekonomide meta ilişkileri içerisinde var olduğundan dolayı Marx'ın meta fetişizmi ile ilişkilendirilebilir. Nasıl ki meta, tüm üretimini eşit toplumsal ilişkiler içinde oluşturur ve meta biçimini doğallaştırıp fetişleştirirse, özne de tüm insanları eşit toplumsal ilişkiler içinde oluşturup özne formunu doğallaştırıp fetişleştirir (Resch, 2014: 227). Buanomano'da aynı fikirdedir. Bu açıdan bakıldığında özne kavramı yanıltıcıdır. Çünkü bir yandan tanımsız bir kavram olarak görünürken bir yandan da ilişkilerin gerçek niteliğini gizler (Buanomano, 2014: 1).

İdeolojinin dışında olup bitmiş gibi görünenler (örneğin sokaktaki seslenme örneği) , gerçekte ideolojinin içinde olup biterler. İdeolojinin içinde olanlar da ideolojinin dışında olduklarını sanırlar ve ideolojik kimliğin yadsınması bunun sonuçlarından birisidir. İdeoloji asla "ideolojiğim" demez, "ideolojideyim" ya da "ideolojideydim" der ki bunun için de bilimsel bilgide yani ideolojinin dışında olmak gerekir (Althusser,2006a: 404). Dolayısıyla ideoloji kişileri özgür ve özerk olduklarına ikna eder (McLellan, 2012: 35). İşte varlık koşullarını değiştiren ve güçlendiren ideolojiden bir araç gibi yararlanan insanlar, ideolojinin efendisi olduklarına inandıkları anda o ideoloji tarafından ele geçirilmiş olurlar (Althusser, 2002: 284-285). Bu durumda bireyler Hegelci Marksizm'in vurguladığı gibi aktif, bilinçli özneler değil; pasif rol üstlenicileridir (Bekmen, 2010: 232). Egemen bir ideoloji kitlelerin

kendilerine özgü, tanınmayan ve kabul edilmeyen, ama direnen kültürlerinin bazı eğilimlerine rağmen kitlelere zorla kabul ettirilir (Althusser, 2006b: 45). İdeoloji, bu süreçte bilinçdışı olması koşuluyla bilinçli gözükür (Althusser, 2002: 284). Althusser düşüncesinde ideolojinin öznesi ancak gerçek koşullarından habersizliği sayesinde var olabilir (Eagleton, 2011: 234). Barrett'in dediği gibi, ideoloji bilinçli düzlemle sınırlı değildir ve kendilerini bize dayatan imgeler, kavramlar ve her şeyden önce yapılar olarak etkili olur (Barrett, 2004: 58). İnsanların hâkim olamadığı bir süreçle işlevsel olarak insanlar üzerinde etkide bulunurlar (Althusser, 2002: 283). Althusser'in bu düşüncesinin temelinde hümanizm'e yönelttiği eleştiri yatar. Çünkü Althusser'in Hümazim eleştirisi bağlamında karşı çıktığı görüş, ideolojinin bireysel öznelerce üretilmiş bilinç biçimi olarak tanımlanmasıdır. (Sancar, 2008: 50). Althusser'in hümanizm analizi onun bilim ve ideoloji arasındaki kavramsal ilişkiye olan uzlaşmaz itirazının bir örneğidir (Ricoeur, 1994: 49).

Althusser Bachelard'dan aldığı her bilimi başlatan (Althusser, 2007: 72) "epistemolojik kopuş" kavramı aracılığıyla bilimi, bilimin tarihöncesi (Althusser, 2007: 71) olarak nitelendirdiği ideolojinin tam karşısında konumlandırmıştır. Bilim ve ideoloji ayrımı her şeyden önce felsefe içindir ve felsefi bir müdahalenin sonucudur (Althusser, 2006b: 70). İdeoloji özne merkezli, kişisel çıkarlar ve grup çıkarlarının baskın olduğu bir alanken bilim, öncelikli amacı doğal ve toplumsal dünyaları oluşturan mekanizmaların bilgisine ulaşmak olan görece olarak nesne merkezli bir alandır (Resch, 2014: 197). Nihayetinde, Althusser'in deyimiyle bilim, hiçbir zaman, "uzmanların" bir araya geldiği yuvarlak masa toplantılarında doğmamıştır. Herkes davet edildiğinde, yeni ve beklenen bilim değildir davetli olan, çünkü bilim, asla onu bilmeyen uzmanların toplantılarının bir sonucu olamaz. Bu uzmanlar toplandıkları zaman yüksek sesle ve onların ağzından konuşan bütün bu uzmanların bilinçlerine sessizce yerleşmiş, yaşayan ortak kuramsal ideolojidir (Althusser, 2006b: 51). Çünkü Althusser'de ideoloji, toplumla ve pratikle ilişkili öncelikle duygulanımsal bir alanken bilim, bilgi ile ilişkili öncelikle bilişsel bir alandır.

Althusser özne nosyonunu birey düzeyinde alır ve kolektif özneye daha temkinli yaklaşır. Neocleous bunu, Hirst'ten alıntıladığı kadarıyla, Althusser'in "Hegelci" Marksizm'in kolektif/oluşturulmuş öznesini yok sayarak özneyi bireye indirgemek amacıyla yaptığını söyler. (Neocleous, 2013: 83). Bu elbette ki kolektif öznenin ortadan kalkması değil; herhangi bir öznenin tarihi biçimlendirebileceğinin de yadsınmasıdır (Neocleous, 2013: 86). Çünkü Althusser'in kuramının temelinde tarihin öznesiz bir süreç olduğu fikri yatar ve özneler sadece belirli ideolojik anlamların taşıyıcısıdırlar. Kısacası, aşkın değil içkin bir ideoloji kuramından bahsedilebilir (Buonamano, 2014: 4).

Althusser'de ideoloji, aygıtların maddi pratiklerinde varolur. Bu sebeple çalışmanın kurgusu gereği bir sonraki alt başlıkta ideolojilerin, deyim yerindeyse, nefes aldığı yapılar olarak devletin ideolojik aygıt-

larından bahsedilecektir. Ancak bu bahis devletin ideolojik aygıtlarının konumlanışında önemli bir noktayı oluşturan devletin baskı aygıtlarının da bu çerçevede incelenmesini gerektirecektir.

3. Althusser'de Emek Gücünün Yeniden Üretilmesi Bakımından Devletin Baskı Aygıtı ve Devletin İdeolojik Aygıtları

Althusser'e göre devlet, devletin baskı aygıtı ile devletin ideolojik aygıtlarının (DİA) devlet iktidarının altında bir araya gelmesidir. Devlet aygıtı ile devletin ideolojik aygıtlarının birliği ise, devlet iktidarını ellerinde bulunduranların sınıf siyaseti ile sağlanır; devlet iktidarını ellerinde bulunduranlar, devletin baskı aygıtını kullanarak doğrudan; devlet ideolojisinin, devletin ideolojik aygıtlarında gerçekleşmesi ile de dolaylı olarak toplum içinde etkin olurlar (Althusser, 2006a: 212). Barrett'e göre Gramsci'nin devlet ve "sivil toplum" ayrımını izleyen Althusser, devletin baskı aygıtları ile Gramsci'nin sivil toplum kurumlarını anımsatan devletin ideolojik aygıtları arasına bir ayrım koyar (Barrett, 2004: 138). Bu açıdan Gramsci'nin devletin salt baskı aygıtına dayanmadığı yolundaki tezlerini izleyen Althusser Gramsci'nin yapmadığı veyahut yapamadığı sistemleştirmeyi gerçekleştirmiştir (Koloş, 2014: 111).

Devletin baskı aygıtlarını hükümet, idare, ordu, polis, mahkemeler, hapishaneler vb. oluştururken; devletin ideolojik aygıtları eğitim aygıtı, aile aygıtı, hukuki aygıt, dini aygıt, siyasal aygıt, sendikal aygıt, kültürel aygıt vb. olmak üzere çok çeşitlidir (Althusser, 2006a: 372). Burada şunun da ayrıca belirtilmesinde fayda var: Bir kilise, okul, parti vs. bunların her biri tek tek devletin ideolojik bir aygıtını oluşturmaz; bunlar devletin ideolojik aygıtları olarak belirteceğimiz farklı sistemlerin –dini sistem, eğitim sistemi vb.- bir parçasıdır (Althusser, 2006a: 139). Devletin baskı aygıtının ayrı ayrı öğeleri bir komuta biriminin, yani devlet iktidarını ellerinde tutan egemen sınıfların, varlığında merkezileşen örgütlenmiş bir bütün oluşturur. Ama DİA'lar çok sayıda ve birbirinden ayrıdırlar, görece özerktirler ve sınıf mücadelelerinin sonuçlarını dile getiren çelişkilere nesnel bir alan sağlamaya elverişlidirler (Althusser, 2006a: 378). Devletin baskı aygıtı tümüyle kamu alanında yer almasına karşı DİA'ların büyük bölümü özel alanda yer alır. Kiliseler, partiler, sendikalar, aileler vb. çoğu özeldir (Althusser, 2006a: 373). Söz konusu kamu ve özel ayrımı modern hukukta yer alır ve tamamen modern hukukunun uygulandığı alanlarda geçerli bir ayrımdır. Devlet bu ayrımın tarafı değildir, çünkü o "hukuk-ötesi" ve bizzat bu ayrımın ön-koşuludur. Zira bu noktada kurumların kamusal-özel ayrımı çok fazla önem teşkil etmez, çünkü önemli olan onların nasıl işlediğidir (Althusser, 2006a: 373-374). Bu noktada belirtmek gerekir ki modern hukuk tabiriyle göndermede bulunulan, kapitalist ilişki örüntüleriyle biçimlendirilmiş bir hukuk modelidir.

Devletin baskı aygıtı zor kullanır, oysa DİA'lar ideoloji kullanarak işler. Lakin bu işleyiş devletin baskı aygıtının öncelikli olarak baskıya ağırlık vererek, ikincil olarak ideoloji kullanarak işlemesidir (Althusser, 2006a: 374)

"Ordu ve Polis, kurum içinde kendi elemanlarını hem baskıyla hem de ideolojik aşılamayla yetiştirirlerken, dışarıda, hem kendi şiddetleriyle, hem de "tartışma" yoluyla, "ikna" yoluyla hareket ederler." (Althusser, 2006a: 140)

Aynı biçimde, devletin ideolojik aygıtları da öncelikle ideolojiye ağırlık vererek, ikincil olarak çok hafifletilmiş hatta gizlenmiş bile olsa baskı kullanarak işler. Salt ideolojiye veya salt baskıya dayanan aygıt yoktur (Althusser, 2006a: 374).

"Okul ve Kilise, -yalnızca bunlardan söz edersek- uygun ceza yöntemleriyle (eskiden genel olarak -şimdi ise çoğu zaman- fiziksel ve elbette "moral"), dışlama, ayıklama vs. yöntemleriyle yalnızca kendi yöneticilerini değil (öğretmenler ve rahipler), aynı zamanda topluluklarını da (öğrenciler, müminler vs.) "eğitirler"." (Althusser, 2006a: 141)

Devletin baskı aygıtının rolü, esasen baskı aygıtı olarak üretim ilişkilerinin yeniden üretiminin siyasal koşullarını güç yoluyla sağlamaktan ibarettir. Devlet aygıtı, yalnızca, büyük ölçüde kendini yeniden üretmekle kalmaz; aynı zamanda ve özellikle baskı yoluyla devletin ideolojik aygıtlarının uygulanmasının koşullarını da sağlar. Devletin baskı aygıtları ve devletin ideolojik aygıtları arasındaki uyum, elbette, egemen ideoloji yani devlet ideolojisi ile sağlanır (Althusser, 2006a: 218-219). DİA'lar genellikle bir kurum veya örgüt şeklindedir. Her bir DİA'nın ideolojisi birbirine indirgenemez, bunlar yalnızca birbirinin destekçisidir. Aslında ideolojik aygıtlar da bir çeşit şiddet uygular. Fakat bu şiddet ideolojikleştirildiği için görünür değildir. Althusser, DİA'lar içinde gerçekleşen ideolojilerde birincil ve ikincil ideoloji ayrımına gider: Birincil ideolojiler, aygıtın içinde gerçekleşen devlet ideolojisidir; ikincil ideolojiler ise bu aygıtların alt-ürünleri yani kendi üretimleri olan iç ideolojilerdir (Althusser, 2006a: 135-140).

İdeolojik aygıtlar ideoloji ile iş görür ve bireyler tarafından pratikler aracılığıyla dışarıya yansıtılır. İşte bu pratikler ideolojik aygıtın maddi varlığını oluşturur (Ricoeur, 1994: 63). Zizek, Althusser'in Devletin İdeolojik Aygıtları tezinin Foucault ile bir okumasını yaparak, onun 'mikro iktidar' düzeyinde işleyen disiplin süreçleri ve iktidarın kendisini doğrudan bendene kazıdığı ilişkisini kurar (Zizek, 2013: 26). Gerçekten de öznenin maddi pratikleri onun ideolojisinin bir ifadesi ve adeta bir sonucudur. Nasıl ki bireyin kilisede dua etmesi onun dini inancının bir sonucuysa, hırsızlık yapmaması da hukuk ve ahlak kurallarına olan saygısının bir sonucudur. Devletin ideolojik aygıtları "özgür ve özerk" öznelerin ideolojiyi sahiplenmesini sağlar. Aygıtsal işleyişin sonucu ise öznenin ideolojiyi sorgulamadan dışa vurmasıdır. Althusser'in Spinoza'dan esinlendiği bu "kendiliğindenlik" ve "özgürlük" Eagleton'ın deyimiyle ağlanılacak bir durumdur (Eagleton, 2011: 196).

Görülebiliyor ki Klasik Marksist Kuram'da devletin büyük ölçüde baskı aygıtı olduğu tezi Althusser ve Gramsci tarafından baskıcı olmayan yöntemlerin de varlığını ortaya çıkarmıştır. Gramsci, devletin salt baskı uygulamadığını aynı zamanda bu zora karşılık rızayı da kitleler üzerinde örgütlediğini söyler. Gramsci'nin

sivil toplum adını verdiği kurumlar aracılığıyla oluşturulan tahakküm fikri, Althusser'de ideolojik aygıtlar ile ortaya çıkar ve bu alandaki eksikliği doldurur. Lakin devlet iktidarının sürekliliği için yalnız baskı aygıtının değil ideolojik aygıtların da devletin kontrolünde işlemesi zorunludur (Althusser, 2006a: 375). Bu noktada Althusser ve Poulantzas aynı görüştedir: "Bir sosyal formasyondaki uyumu sağlamaya hizmet eden her şey devletin bir parçasını oluşturur." (Laclau, 1977: 69). İşte ideolojik aygıtlar da devletin, kurumlar aracılığıyla söz konusu uyumu sağlamak için ideolojiyle çalışan "masum" işçileridir.

Kapitalist toplumsal formasyonda yeniden üretim devletin baskı aygıtı ve devletin ideolojik aygıtları işleyişinde ve çerçevesinde sağlanır. İşte, belirtilen tüm nitelikleriyle devletin baskı aygıtı ve devletin ideolojik aygıtları yeniden üretimin ebedileşmesinin zorunlu araçlarıdır. Hukuk açısından, yeniden üretim işlevinin, devletin baskı aygıtı ve ideolojik aygıtlar içerisinde ve onlar aracılığıyla nasıl gerçekleştirildiği ve bunların aralarındaki bağ bir sonraki bölümde açığa kavuşturulacaktır.

III. HUKUK VE EMEK GÜCÜNÜN YENİDEN ÜRETİLMESİ BAĞLAMINDA HUKUK İDEOLOJİSİ İLİŞKİSİ: ALTHUSSER ETKİSİ

1. Hukuk İdeolojisi

Kodifikasyon hareketlerinin başladığı 1786 Liberal-Burjuva Devrimi ile öncelenen kapitalizmin ortaya çıkışı, aynı zamanda hukuk devleti kavramının da doğuşu demekti. Bu kodifikasyon hareketleriyle birlikte hukuki belgelerde belirli kavramlar yer almaya başladı. Bunlar eşitlik, özgürlük, evrensellik gibi liberal kavramlardı. Liberalizmin hukukun asli içeriği haline geldiği bu gelişme, kapitalist toplumdaki hukuk ideolojisinin egemen ideoloji ile ortak paydada toplanmasını sağladı (Özcan, 2011: 158-159). İşte hukuk devleti ideali ve hukuk devleti idealinde somutlaşan hukuk ideolojisinin belirginleşmesi de kapitalist toplum yapısıyla değişen iktisadi, sosyal, kültürel yapılara denk düşer. Kapitalist toplumdaki hukuk ideolojisi özgürlük, eşitlik gibi ilkeleri ve bireyin özerkliğini temin ederken bunun güvencesi olarak da hukuk devletini sunar (Özcan, 2011: 159). Bu noktada hukuk ideolojisi tam da hukuk düzeninin bilgisidir.(Özcan, 2011: 155). Özel alanı belirleyen ve dokunulmaz yapan medeni kanun ve bireyi koruyan keyfiliği önleyen ticaret özgürlüğünü temin eden kamu hukuku hukuk ideolojisinin somut ifadesidir (Özcan, 2011: 160-161). Hukuk kuralı konulurken belli "amaç-değerler"in gerçekleştirilmesi hedeflenir. Hukuk normu konulması da ideolojik bir bakış açısının norma dönüştürülmesi demektir (Özcan, 1997: 448). Liberal hukuk ideolojisi işte tamı tamına yurttaşların özgür ve eşit olması, devletin bireysel tercihlere müdahale etmemesi, ticaret serbestisi, irade özerkliği gibi unsurları içeriyordu. Hukuk devleti de liberal-burjuva hukuk ideolojisini bu çeşit bir normativiteyle güvence altına alıyordu ve koruyordu.

Hukuk devleti ideali tamamen "devletin diğer ajanları" gibi işlemektedir ve siyasal iktidarı, herhangi bir çetenin iktidarından ayıran temel kıstas olarak kabul edilmiştir (Akbaş, 2006b: 123). Bu şekilde işleyen bir sistemin sürekliliğini sağlayan

ise hukuksal bilinçtir. İşte bu düzeni sağlayan ve hukuksal bilinci oluşturan da rızadır. (Akbaş, 2006b: 125). Gramsci'de bu rızayı oluşturan "sivil toplum" iken Althusser'de Devletin Hukuki İdeolojik Aygıtı'dır. Hukukun bir ideolojisi olduğu iddiası onun egemen ideoloji olduğu iddiası, hukukun egemen ideolojiyi yansıttığı iddiasını beslediği için aslında hukukun tarafsız olmadığı iddiasından çok da farklı değildir (Akbaş, 2006b: 121). Dolayısıyla hukuk ideolojisi rıza nosyonuyla hukuka duyulan inancı gösteren bir yanlış bilinç formudur (Akbaş, 2006a: 87).

İnsan yaşamının, ancak hukuk düzeni aracılığıyla idame ettirilebileceği şeklindeki inanç, hukuk ideolojisinin temelini oluşturur (Akbaş, 2006b: 131). Bu noktada hukuk fetişizmi akla gelecektir. Bu noktada hukuk fetişizmi, hukukun zorunlu ve onsuz olmanın düşünülemeyecek bir yapı olduğu fikrini dayatır. Bu fikri dayatırken de insanın hukuk düzeninin yapısı karşısındaki güçsüzlüğünü pekiştirerek hukukun meşruiyet sağlama etkinliğini artırır (Koloş, 2011: 778).

Hukuk ideolojisi temelinde toplumu bütünleştirmeyi, homojenleştirmeyi hedefler. Bireyleri hukukun doğruluğuna ikna eder (Özcan, 2011: 156). Kapitalist sistemin hukuk ideolojisini şekillendiren hukuk devleti ideali bir yanlış anlama ya da diğer deyişle bir mistifikasyondan ibarettir. İşte bir bilincin yanlış formu olarak hukuk bu çeşit bir yanılsamayı besler. Pasukanis'in eleştirel hukuk çalışması da kapitalist üretim ilişkilerinin hukuki özneler arasındaki gerçek ilişkilerin üstünü örttüğünü belirtmiştir (Pasukanis, 2011: 59). Zira liberal hukukun sürekli ağzına doladığı özgürlük, eşitlik, evrensellik gibi kavramlar birer yanılsama oluşturur. Bu kavramlar tam da liberal hukuk ideolojisini yani geçerli ve tek hukuk ideolojisini yansıtan, doğru gözüken ama gerçeğin yanlış bilgisini veren kelimelerdir. Pasukanis'in katıldığı gibi hukuk ancak ideolojinin özel bir türü olarak incelenebilir (Pasukanis, 2011: 69).

Sonuç olarak, kapitalist sistemin bir tezahürü olan liberal-burjuva hukuk devleti asıl olarak hukuk ideolojisiyle iş görür. Hukuk ideolojisi esasen gerçek ilişkileri gizleyen bir nitelikte olup bireylerin onay mekanizmasına ihtiyaç duyulduğu anda ortaya çıkar. Onları normatif güvence ile kuşatarak da hem siyasal iktidarın meşruiyetini hem de asıl ortaya çıktığı yer olan egemen ideolojiyi garanti eder.

2. Althusser'de Hukuk ve Devletin Hukuki İdeolojik Aygıtı

Althusser'in hukuk çalışması hukuki özneye ilişkin bir teori geliştirmekten ziyade modern ulus devlet ve kişisel hakların işleyişi üzerine kuruludur (Buonamano, 2014: 16). Althusser hukukun soyut ve somut olarak iki boyutluluğunu devletin baskı aygıtı ve ideolojik aygıtlardan oluşan iki boyutluluğuna gönderme yaparak sunar (Koloş, 2014: 117). Althusser'e göre hukuk, bir yönüyle derlenip yasa haline getirilmiş kurallar sistemidir (Althusser, 2006a: 101). Çünkü her türlü iktisadi pratiklerden kendini soyutlayarak biçimselleşme ve evrenselleşme eğilimdedir (Ekici, 2013: 274). Buna göre, hukuk biçimseldir ve biçimsel olduğu ölçüde sistematiktir de. Hukukun biçimselliğinin anlamı, normatif

olarak yasada tanımlanmış olması ve tanımlanmış bu içeriklere uygulanmasıdır. Bu soyutlanmış içerikler, üretim ilişkileri ve etkileridir (Althusser, 2006a: 103-104). Başka bir deyişle, varoluş nedeni gereği her zaman belirli bir üretim tarzının normatif ifadesi ve kurallar bütünü olarak hukuk, kendi biçimselliğini söz konusu belirli üretim tarzına göndermede bulunmaksızın, bu üretim tarzını ve olanaklı tüm üretim tarzlarını aşan bir evrenselliğe sahip olma iddiasıyla kazanır (Ekici, 2013: 270). Evrenselleşme iddiası olan hukuk doğaldır ki kendini ideolojilerden, siyasetten vs. soyutlama girişimi içine girecektir. Bu da ona kuşkusuz ki tarafsız ve üstün bir konum atfedecektir. Bu iddiasıyla hukuk düzenlediği ve denetlediği şeyin dışında kalır (Ekici, 2013: 275). Sözgelimi sözleşme ilişkileri biçimsel olarak tanımlanmıştır ve sözleşmenin tarafı olan herkes için geçerlidir. Hukukun her türlü içerikten soyutlanması da soyutlandığı içeriğin üstünde olmasının somut koşuludur (Althusser, 2006a: 255). Althusser'in de katıldığı hukukun bu tekil konumu bize Klasik Marksist kuramı formüle eder: Hukuk, üretim ilişkilerini ifade eder; lakin bu söz konusu üretim ilişkilerini zikretmenin aksine onları gizler (Althusser, 2006a: 104). Pasukanis'in de belirttiği gibi klasik Marksist kurama göre hukuk aynı ideoloji gibi çalışır. Esasında hukuk kapitalist sömürü ilişkilerini kabul eden bir içeriğe sahip olmazken, aynı zamanda bu ilişkileri korur. Hukukun ideolojik örüntüsü bu gizi sağlayan en önemli araçtır.

Bir baskı aygıtı olarak hukuk ister istemez zora dayanır. Çünkü bağlantılı bir cezalandırma sistemi olmadan var olamaz (Althusser, 2006a: 111). Bahsettiğimiz tanımlı sözleşme ilişkileri çerçevesinde değerlendirecek olursak bu sözleşmede taraflar belli yükümlülükler üstlendiği gibi bu yükümlülükleri gerçekleştirmedikleri oranda tabi olacakları bir cezanladırmaya da razı olurlar. Söz konusu sözleşme ilişkileri bir yandan tarafları kabul etttikleri oranda gerçekleşen bir ilişkinin mahiyetine uygun davranmaya zorlarken bir yandan da kurallara uymama durumunda baskı ve zora başvuracaktır.

"Durum basittir. Kim ki zorlama derse, cezalandırmadan söz etmiş olur; kim ki cezalandırma derse baskı demiş olur, dolayısıyla, ister istemez baskı aygıtlarından söz etmiş olur. Bu aygıtlar, sözcüğün dar anlamında devletin baskı aygıtları içinde bulunur. Bunlara: polis kuvvetleri, mahkemeler, ceza ve hapishaneler denir. Hukuk, burada, devletle bir bütün meydana getirir." (Althusser, 2006a: 112).

Bir baskı aygıtı olarak hukuk bireyin onayına ihtiyaç duymaz. Çünkü hukuk burada devlet şiddetinin bir görünümüdür ve yasal bir zorlama mekanizmasıdır. Fakat hukukun işlemesi için Gramsci'nin de belirttiği gibi "zor"un yanında "rıza" nosyonuna da ihtiyaç vardır. Bu rıza nosyonunu sağlayacak olan genel olarak ideoloji özel olarak da hukuk ideolojisidir.

Hem bir baskı aygıtı hem de bir ideolojik aygıt olarak iki boyutlu işleyen hukuk iki temel kavramdan yola çıkar: özgürlük ve eşitlik. Lakin her ne kadar aynı kavramları kullanıyor olsalar da hem bir baskı aygıtı olarak hem de bir ideolojik aygıt olarak işleyen hukukun bu iki kavrama at-

fettikleri anlam da farklıdır. Hukuk, kişiler hukuki olarak özgür ve eşittir, der. Buna göre herkes "sözleşme yapmakta ya da yapmamakta, mallarını kullanmakta, kötüye kullanmakta ya da kullanmamakta vs." özgürdür ve "sözleşme edimi ve sonuçları karşısında" eşittir (Althusser, 2006a: 114). Böylece hukuk, normatif bir sistem olarak yasada özgürlüğü ve eşitliği, yani bizzat hukukun kendisini devlet aygıtının çizdiği sınırlar içinde tanımlar. Hukukun sınırları içindeki bu özgürlük ve eşitlik tanımının ahlakla veyahut felsefeyle ilgisi yoktur. Yani "Hukuk, Hukuktan kaynaklanmaz, her şeyi 'namusluca' bir şekilde hukuka yönlendirir" (Althusser, 2006a: 115). Özgürlük ve eşitlik nosyonları son kertede belirli bir üretim tarzının ve bu üretim tarzının zorunlu ilişkilerinin normlarını ifade eder ve kurala bağlar. Böylece bu nosyonlar egemenliğin pozitif unsurunu temellendiren hukuk için ontolojik zemini oluştururlar (Ekici, 2013: 273).

Hukuk ideolojisi de görünüşte hukuk ile benzer bir metadil tutturur, ama demek istediği ondan tamamen farklıdır. Hukuk ideolojisi, insanlar "doğası" gereği özgür ve eşittirler, der. Dolayısıyla hukuk ideolojisi de özgürlük ve eşitlik verili, tanımlanmış normlardan değil "doğa"dan kaynaklanır (Althusser, 2006a: 115). İşte bu tanım, bütünüyle ahlaki, metafizik ve felsefidir. Hukuk tahakküm sorununu normatif emirleriyle ve kendine has ceza sistemiyle halleder; fakat hukuk ideolojisi için bu durum söz konusu değildir. Hukuk ideolojisi insanlara hiçbir zaman "insanların 'doğası gereği' yükümlü olduklarını" söylemez (Althusser, 2006a: 115). Bu noktada hukuk ideolojisi insanlara doğaları gereği özgür ve eşit olduğunun ön kabulünü yerleştirecek ahlaki bir eke ihtiyaç duyar (Ekici, 2013: 273). İşte bu ahlaki ek, Althusser'in de bir ideoloji olarak tanımladığı hümanizmdir (Koloş, 2014: 119).

Hukuki-ahlaki ideoloji, demek ki, jandarmanın yerini tutar, ama onun yerini tuttuğu ölçüde de jandarma değildir.

Bu bir incelik, ya da temelsiz bir ayrım değildir. Bu ayrım, özellikle de jandarmanın fiziksel müdahalede baskıcı güç olması anlamında olguların içinde görülmektedir. "Hukuken" suç işlemiş kişiyi tutuklamaya ve nakletmeye (gerek olursa, elleri kelepçeli) yeminlidir, ona hesap soracaktır, bu hesabın ucunda da tutuklama tezkeresi, kodes, mahkemeler ve mahkûmiyetler vardır. Jandarma, bir üniformanın babacan (ya da değil) görünümü altındaki devlet şiddetidir ve ancak şiddet yoluyla var olduğunu "unutmak" için özellikle gayri ciddi şeyler yapılmaktadır. Diyebiliriz ki, jandarma gibi türler altında, hukuki işlev, devlet aygıtının (kurallı) "şiddetiyle" işler.

Ama genel kural olarak, çoğu durumda, devlet şiddetinin müdahalesine ihtiyaç yoktur. Hukuksal pratiğin "işlemesi" için hukuki-ahlaki ideoloji yeterlidir ve işler "kendi başlarına" yürür; açıkça ortada olan bu "gerçekliklere" tüzel kişilikler nüfuz etmiş olduğundan, insanlar doğaları gereği özgür ve eşittir ve (ideolojik özünü maskelemek için profesyonelce verilen adıyla) basit hukuki-ahlaki "bilinç" sayesinde yükümlülüklerine uymak "zorundadırlar". (Althusser, 2006a: 117)

Devletin hukuki ideolojik aygıtı, üstyapıyı altyapının üstünde ve içinde eklemleyen özgül aygıttır. Bu özgül işlevse her şeyden önce, buna katkıda bulunsa da, kapitalist üretim ilişkilerinin yeniden üretimini sağlamak değil, doğrudan doğruya kapitalist üretim ilişkilerinin işleyişini sağlamaktır (Althusser, 2006a: 260). İşte, bu işleyişi büyük ölçüde sağlayan hukuk ideolojisi, hukuktan farklı şekilde çalışır ve emek gücünün yeniden üretilmesinde kaçınılmaz derecede önemli bir rol üstlenir.

3. Emek Gücünün Yeniden Üretilmesi ve Hukuk İdeolojisi İlişkisi

Kapitalist toplumsal formasyonda emek gücünün yeniden üretilmesi teknik bakımdan yetkin olmanın yanında bireylerin sisteme tabiyetini de gerektirir. Dolayısıyla bireyler bir yandan teknik beceriyle donatılırken bir yandan da kapitalist kültüre, toplumsal işbölümüne, çalışma disiplinine, ahlaki kodlara tabi kılınarak sisteme uyumlu hale getirilir. Emek gücünün yeniden üretimi dâhilinde gerçekleşen egemen ideolojiye itaat, büyük ölçüde hukuki-ahlaki ideoloji ile sağlanır.

Bireylerin sisteme tabiyetini sağlayacak olan şey elbette ki modern hukuk devleti koşullarında egemen ideolojinin somut bir tasviri ve normatif güvencesi olan yasalar, yönetmelikler vs. yani kısaca hukuki düzenlemelerdir. Bunlar hukuk devletinin tipik işleyiş mekanizmaları ve kapitalist sistemin güvencesini sağlayan somut dayanaklarıdır. Söz konusu hukuki düzenlemeler birçok alanda kapitalist ilişki örüntülerini içerir. Bu yasalar, yönetmelikler vs. bireyin uyması gereken ahlaki ve ideolojik normlarla doludur. Hukuk, bu noktada liberal-burjuva ideolojisinin yani egemen ideolojinin varolduğu normatif alandır. Bu hukuki metinlere her şeyden önce yasaya saygıyı örgütleyen ve bireye ahlaki bir yükümlülük hissi aşılayan bir dil hâkimdir. "Yasa burjuvazi için kutsaldır, çünkü kendi kompozisyonudur; kendi rızasıyla, kendi çıkarı ve kendi korunması için yapılmıştır. O bilir ki, bir yasa kendisine zarar verse de tüm yasa dokusu onun çıkarlarını korur ve bundan da ötede, yasanın kutsallığı, toplumun bir kesiminin aktif iradesiyle ve öteki kesimin pasif kabulüyle kurulan düzenin kutsallığı, onun toplumsal konumunun en güçlü desteğidir." (Engels, 2010: 285). İşte emek gücünün sahibi olan işçinin bu noktada yasalara olan saygısını ve dolayısıyla itaat etme yükümlülüğünü sağlayan ve bu bağlamda işgücünü yeniden üreten hukuk ideolojisidir.

Kapitalizmle birlikte yükselen sınıf, burjuvazi; eşitlik, özgürlük ve akıldan oluşan hümanist bir ideoloji geliştirmiştir ve bunu aslında egemenliğini sürdürmek için kullanmıştır. Hukuk ideolojisinin üzerine kurulduğu özgürlük ve eşitlik söylemleri hümanist bir doğal hukukun göstergesidir. Bu anlamda liberal ideolojinin temel ilkelerinden beslenir ve aslında tam olarak liberal ideolojinin bir görünümüdür (Koloş, 2014: 120). Liberal-burjuva hukukun bir tasviri olarak hukuk ideolojisi ondan beklenildiği gibi çalışır. Kapitalizmin adeta bir kutsal kitabı formundaki hukuk, sömü-

5 Madde 10 – Herkes, dil, ırk, renk, cinsiyet, siyasi düşünce, felsefi inanç, din, mezhep ve benzeri sebeplerle ayırım gözetilmeksizin kanun önünde eşittir.

rü ilişkilerine evrensel bir görünüm verir. Evrensellik nosyonu arkasında gelişen hukukun tarafsızlığı algısı ise onu ideolojilerüstü bir konuma getirir.

Modern devlet inşasının ve hukuk devleti idealinin belirginleştiği 18. yüzyıldan beri liberal-hümanist ideoloji normatif düzenlemelere konu olmuştur. Liberal-hümanist söylemin hâkim olduğu bu normatif düzenlemelere en fazla insan hakları belgelerinde, anayasalarda ve yanı sıra diğer birçok hukuki metinde rastlanır. Sözgelimi, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 1948'de ilan ettiği İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine karşı kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar." maddesiyle başlar. Metnin genelinde herkesin yasa önünde, bildirgede tanınan hak ve özgürlükleri kullanmada eşit olduğu yönündeki hümanist söylem hâkimdir. Bunun yanında, Avrupa Konseyi'nin hazırladığı 1950 tarihli Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu normatif düzenlemelere örnek oluşturabilecek nitelikte bir diğer insan hakları belgesidir. Sözleşmede yaşam hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı, düşünce özgürlüğü gibi düzenlemeler yer alır. Nihayetinde 1982 tarihli Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'na bakılacak olunursa ideolojik söylemlerin hâkim olduğu birçok madde örnek gösterilebilir. Liberal-hümanist ideoloji; herkesin ayrım gözetilmeksizin kanun önünde eşit olduğunu söyleyen 10. maddede[5], herkesin temel hak ve hürriyetlere sahip olduğunu söyleyen 12. maddede[6], herkesin özgürlüğe ve bu özgürlüğü koruyacak güvenliğe sahip olduğunu söyleyen 19. maddede[7], herkesin mülkiyet hakkına sahip olduğunu söyleyen 35. maddede[8] ve yine herkesin dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapabilme hürriyeti-

6 *Madde 12 – Herkes, kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir. Temel hak ve hürriyetler, kişinin topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumluluklarını da ihtiva eder.*

7 *Madde 19 – Herkes, kişi hürriyeti ve güvenliğine sahiptir. Şekil ve şartları kanunda gösterilen: Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz. Suçluluğu hakkında kuvvetli belirti bulunan kişiler, ancak kaçmalarını, delillerin yok edilmesini veya değiştirilmesini önlemek maksadıyla veya bunlar gibi tutuklamayı zorunlu kılan ve kanunda gösterilen diğer hallerde hakim kararıyla tutuklanabilir. Hakim kararı olmadan yakalama, ancak suçüstü halinde veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde yapılabilir; bunun şartlarını kanun gösterir. Yakalanan veya tutuklanan kişilere, yakalama veya tutuklama sebepleri ve haklarındaki iddialar herhalde yazılı ve bunun hemen mümkün olmaması halinde sözlü olarak derhal, toplu suçlarda en geç hakim huzuruna çıkarılıncaya kadar bildirilir.*

8 *Madde 35 – Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz.*

9 *Madde 48 – Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir. Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.*

ne sahip olduğunu söyleyen 48 [9]. maddede somutlaşır. Bu bahsedilenler göze çarpan en keskin ve ideolojik ifadelerdir. Zira tüm bu belgeler incelendiğinde hukukun kendisinin bir ideoloji olarak hukuki metinlerde varlık kazandığı görülecektir.

Hukuk ideolojisi ile emek gücü sahibi sanki özgürmüş gibi görünür. Çünkü emek gücünü kapitalistten başkasına satamaz. Emek gücünü meta haline getiren piyasa ilişkisi bilinçli bir iradeyle değil bireyde özgürlük yanılsamasını besleyen ve aslında emek gücünü onun aslında "tek sahibi" olan kapitaliste satmaya zorlar. Hukuk ideolojisi ile emek gücü sahibi yani işçi, burjuva ile sanki eşitmiş gibi görünür. Bu bize George Orwell'ın ünlü Hayvan Çiftliği romanından bir sloganı hatırlatır: "Bütün hayvanlar eşittir ama bazıları daha eşittir." Kapitalist toplumsal formasyonda da yasa, tanımlı ticari ilişkiler gereği her iki tarafın eşit olduğunu söyler. Hukuk ideolojisi ile herkes *pret a porter* "hak" sahibidir. Her bireyin yasalarca tanınmış ve bizzat yasa tarafından korunan temel hakları vardır. Ve işte nihayet geldiğimiz nokta, hukuk evrenseldir. Hukuk ideolojisi evrenselliğini ve tarafsızlığını bağıra bağıra söyler. Çünkü işte emek gücünü yeniden üretecek olan, bireyi sisteme tabi hale getirecek olan, onda rızası ile hukuki yükümlülüklerini yerine getirtecek olan, meslek ahlakını benimsetecek olan ve sonunda bu evrensel ve tarafsız düzene büyük bir saygıyla ve bilinçsiz bir mutlulukla itaat etmesini sağlayacak olan hukuk ideolojisidir.

Burjuvazinin hümanist hukuk ideolojisi "sömürülenlerin dizginlerini özgürlük şantajıyla tuttuğu" burjuvazinin kendi sınıf tahakkümünü açığa vuran ve fakat bunlardan asla açıkça söz etmeyen ve dolayısıyla da bu tahakkümü gizleyen "özgürlük üzerine bir sözcük oyunundan" ibarettir (Althusser, 2002: 285). Emek gücünün yeniden üretilmesi bağlamında bireylerin sisteme tabi ve uyumlu hale getirilmesi burjuvazinin manifestoları yasaların ve bu manifestoların "gizli fikrini" örgütleyen hukuk ideolojisinin işidir.

DEĞERLENDİRME

Emek gücünün yeniden üretimi ve bu bağlamda incelemeye çalışılan hukuk ideolojisi arasındaki ilişkiyi çözebilmek her şeyden önce Althusser'i okumayı gerektirir. Althusser'i okumak ve bu yolda onun kuramını çözebilmek ise her şeyden önce onu anlamayı ve ve daha da öncesinde kapitalist toplumsal formasyonu anlamayı gerektirecektir.

Kapitalist toplumsal formasyonda her şey metadır. Metanın bu özgül karakterini anlamak kuşkusuz ki emek-değer teorisinin, artık değer kavramının vs. tahlilinden geçer. Yeniden üretim bu noktada kapitalist üretim sisteminin devamı için bir önkoşuldur ve kapitalizmin karakterini oluşturan bu nosyonların tahlili onun artık değere el konulması seklindeki sermaye ilişkileri olduğu tezinin tahlili için önemli görülmektedir. Klasik Marksist Kuram'ın yeniden üretim tezini referans alan Althusser, onu yorumlayarak üretim araçlarının ve üretim ilişkilerinin yeniden üretimini kuramlaştırmıştır. Onun tezinin özgün yanlarından birini oluşturan emek gücünün yeniden üretilmesinin bir aşaması olarak bireyin sisteme tabiyeti onun ideoloji kuramını ve hukuk ideolojisi yaklaşımının temelini oluş-

turur. Çalışmanın birinci bölümünde bu yolda gidilerek Klasik Marksist Kuram'da ve Althusser'in tezinde yeniden üretim kuramı açıklanmaya çalışılmış ve karşılaştırılmıştır. Kuşkusuz ki bu konuda Althusser yeniden üretim tezine kendi özgün yorumunu ekleyerek bu kuramı genişletmiştir. Bu bölümde son olarak incelenen devletin baskı aygıtı ve ideolojik aygıtları tezi yeniden üretimi gerçekleştirecek araçlar olarak Althusser'in çalışmasındaki bir diğer özgün taraftır. Söz konusu sistemleştirme kuşkusuz ki bu tezi daha da güçlendirerek etki alanını genişletmiş ve aralarındaki farkı kesin bir biçimde çizmiştir. Söz konusu bölümde yapılan kapitalist ilişki örüntülerinin tahlili hem Althusser'in kuramının temel yapıtaşını oluşturan kapitalizm gibi bir gerçekliği anlamamıza hem de ideoloji ve hukuk ideolojisi kuramı konusundaki düşüncelerini anlamlandırmamıza yardımcı olmaktadır.

Çalışmanın ikinci bölümüne konu olan Althusser'in ideoloji kuramı, diğer ideoloji kuramları çerçevesinde tartışılmış ve bilim ile olan uzlaşmaz ilişkisi analiz edilmeye çalışılmıştır. İdeolojinin; çalışmada açıklanmaya çalışılan maddiliği, paradoksal görünse de imgeselliği, yapının bir etkisi olarak ortaya çıkan bilinçsizce temsiliyeti bu bölümde değinilen önemli noktalardır. Ayrıca öznenin kurulmasında etkili olan seslenme süreci bu noktada kritik bir önem taşımaktadır. Zira ideolojinin öznelere seslenmesi hem bireyi o sıfat içerisinde tanımlar hem de bireyin söz konusu tanıma uygun pratikler sergilemesini sağlar. Çünkü ideoloji, ideolojik aygıtlar içerisinde bireyin gönüllü olarak eylediğini düşündüğü pratikler çerçevesinde var olur ki bu pratikler de ona seslenilen ismin bir tezahürüdür.

Emek gücünün yeniden üretilmesi ve hukuk ideolojisi nihayet üçüncü bölümde incelenmiş ve arasında ilişki çözülmeye çalışılmıştır. Makalenin üçüncü bölümüne konu olan ve makaleye ismini veren bu ilişki hem kapitalizmin tipik niteliğine hem ideoloji kuramlarına hem de hukuk devleti idealinde somutlaşan hukuk ideolojisine bir referans niteliğindedir. Modern hukuk gereği tüm bireyler hak sahibidir, özgür ve eşittir ve bu nitelikler "evrenseldir". Çünkü kapitalist düzende, üretim ilişkilerinin işleyişi, evrensel ticari bir hukukun işleyişidir. Hukuk hem baskıcı hem de ideolojiktir. Kapitalist üretim ilişkilerinin somut nesnesi olarak hukuk yalnız üretim ilişkilerinin yeniden üretimine değil, hukuka aykırı davranıldığı durumları yasakladığı ve cezalandırdığı için, üretim ilişkilerinin işleyişine de doğrudan müdahale eder. Bir ideolojik aygıt olarak hukuk çoğu durumda baskı aygıtının yerini tutar ama asla o olamaz. Çoğu durumda, devlet müdahalesine ihtiyaç yoktur. Hukuksal pratiğin işlemesi için hukuk ideolojisi elzemdir. Hukuk, tek başına var olamayan, çelişik olmayan sistemleştirilmiş ve biçimsel bir sistem olarak dururken hukuk ideolojisi, bir yandan devletin baskı aygıtının bir bölümüne dayanır bir yandan da hukuk ideolojisine ve ek olarak ahlaki ideolojiye dayanır. Bu bölümde vurgulanan temel noktalar bunlar olup asıl olarak hukuk ideolojisi ve emek gücünün yeniden üretilmesi ile ilişkisi vurgulanmak istenmiştir.

Makaleyi yazarken yola çıkılan amaç doğrultusunda varılan noktaya dair kısa

bir değerlendirme yapmak gerekirse, bunun Althusser'i anlatmaktan çok anlamak ve yorumlamaktan geçtiğini tekrar hatırlatalım. Kapitalist toplumsal formasyon var olabilmek ve varlığını sürdürebilmek için kendini sürekli yeniden üretmek zorundadır. Emek gücünün yeniden üretimi kapitalist yeniden üretimin bir parçasıdır ve becerilerin gelişmesiyle birlikte sisteme tabiyetin de yeniden üretilmesi anlamına gelir. Yeniden üretim devletin baskı aygıtı ve ideolojik aygıtları aracılığıyla gerçekleşir. Bu noktada bir ideolojik aygıt olarak hukuk veya başka bir deyişle hukuk ideolojisi bireylere doğası gereği eşit ve özgür olduğunu söyleyerek onları vicdan ve görev ahlakıyla donatır. Emek gücünün yeniden üretilmesi ve hukuk ideolojisi arasındaki ilişki burjuvazinin icra organı olan hukuka karşı yükümlülüğü sürekli yeniden üretirken hukuku da evrensel ve tarafsız olarak sunar.

Kapitalist toplumsal formasyonda emek gücünün yeniden üretilmesi teknik bakımdan yetkin olmanın yanında bireylerin sisteme tabiyetini de gerektirir. Dolayısıyla bireyler bir yandan teknik beceriyle donatılırken bir yandan da kapitalist kültüre, toplumsal işbölümüne, çalışma disiplinine, ahlaki kodlara tabi kılınarak sisteme uyumlu hale getirilir. Emek gücünün yeniden üretimi dâhilinde gerçekleşen egemen ideolojiye itaat, büyük ölçüde hukuki-ahlaki ideoloji ile sağlanır.

Kaynakça

- **Akbaş, Kasım** (2006a). "İdeoloji Olarak Hukuk". içinde Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 15. Kitap. Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz. İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları. s.81-95
- **Akbaş, Kasım** (2006b). Hukukun Büyübozumu, Eleştirel Hukuk Çalışmaları Hareketi. Birinci baskı. İstanbul: Legal Yayıncılık.
- **Althusser, Louis** (2000). Özeleştiri Öğeleri. Çeviren: Levent Targu. İkinci baskı. İstanbul: Belge Yayınları.
- **Althusser, Louis** (2002). "Marksizm ve Hümanizm". içinde Marx İçin. Çeviren: Işık Ergüden. Birinci baskı. İstanbul: İthaki Yayınları
- **Althusser, Louis** (2006a). Yeniden Üretim Üzerine: İdeoloji ve Devletin İdeolojik Aygıtları. Çeviren: A. Işık Ergüden ve Alp Tümertekin. Birinci baskı. İstanbul: İthaki Yayınları.
- **Althusser, Louis** (2006b). Felsefe ve Bilimadamlarının Kendiliğinden Felsefesi. Çeviren: Alp Tümertekin. İkinci baskı. İstanbul: İthaki Yayınları
- **Althusser, Louis** (2007). Kapital'i Okumak. Çeviren: A. Işık Ergüden. Birinci baskı. İstanbul: İthaki Yayınları.
- **Atılgan, Gökhan** (2012). "İdeoloji". içinde Siyaset Bilimi: Kavramlar, İdeolojiler, Disiplinler Arası İlişkiler. Hazırlayanlar: Gökhan Atılgan ve E. Atilla Aytekin. İkinci baskı. İstanbul: Yordam Kitap. s. 285-297.

- **Balibar, Étienne** (1991). Althusser için Yazılar. Çeviren: Hülya Tayfun. Birinci baskı. İstanbul: İletişim Yayınları.
- **Barrett, Michéle** (2004). Marx'tan Foucault'ya İdeoloji. Çeviren: Ahmet Fethi. Birinci baskı. Ankara: Doruk Yayıncılık.
- **Bekmen, Ahmet** (2010). "Maksizm: Praksis'in Teorisi". 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler. Derleyen: Birsen Örs. Dördüncü baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. s. 163-252
- **Bottomore, Tom** (Editör) (2012). Marksist Düşünce Sözlüğü. Derleyen: Mete Tunçay. Gözden geçirilmiş ve genişletilmiş yeni baskı. İstanbul: İletişim Yayınları.
- **Buonamano, Roberto** (2014). The Legal Subject in Althusser's Political Theory. Law Critique, DOI 10.1007/s10978-014-91939-3
- **Collins, Hugh** (2013). Marksizm ve Hukuk. Çeviren: Umre Deniz Tuna. Birinci baskı. Ankara: Dipnot Yayınları.
- **Eagleton, Terry** (2011). İdeoloji. Çeviren: Muttalip Özcan. Üçüncü baskı. İstanbul: Ayrıntı Yayınları.
- **Ekici, Ekrem** (2013). Antonia Gramsci ve Louis Althusser: Hukuk İdeolojisinin Eleştirisi. içinde Marksist Devlet ve Hukuk Teorisi. Editör: Taner Yelkenci. Birinci baskı. İstanbul: NotaBene Yayınları. s.247-278.
- **Engels, Friedric** (2010). İngiltere'de Emekçi Sınıfın Durumu. Çeviren: Yurdakul Fincancı. İkinci baskı. Ankara: Sol Yayınları.
- **Güngör, Süleyman** (2001). "Althusser'de İdeoloji Kavramı", Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Cilt: 6, No:2, s. 211-231.
- **Gramsci, Antonio** (1971). Selections from the Prison Notebooks. Editör ve Çevirenler: Qintin Hoare ve Geoffrey Nowell Smith, New York: International Publishers.
- **Hunt, Alan** (1985). The Ideology of Law: Advances and Problems in Recent Applications of The Concept of Ideology to The Analysis of Law. Law & Society Review, Volume 19, Number 1. p. 11-37
- **Işıktaç, Yasemin** (2014). Hukuk Sosyolojisi. Üçüncü tıpkı baskı. İstanbul: Filiz Kitabevi.
- **Koloş, Umut** (2011). Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi. İş Dünyası ve Hukuk, Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan. İstanbul: İstanbul Üniversitesi Yayınları. s. 765-788.
- **Koloş, Umut** (2014). Mikro-İktidar İlişkileri ve Hukuk Öznesinin Teşekkülü. içinde Dönüşen Toplum-Dönüşen Hukuk I: Metamorfoz. Birinci baskı. İstanbul: Sümer Kitabevi. s. 73-141.
- **Laclau, Ernesto** (1977). Politics and Ideology in Marxist Theory: Capitalism, Fascism, Populism. London: NLB.

- **Larrain, Jorge** (1995). İdeoloji ve Kültürel Kimlik: Üçüncü Dünya Gerçeği. Çeviren: Neşe Nur Domaniç. Birinci baskı. İstanbul: Sarmal Yayınevi.
- **Lenin, V. I.** (1976). Ne Yapılmalı?. Çeviren: Mümtaz Yavuz. Birinci baskı. İstanbul: Evren Yayınları.
- **Mannheim, Karl** (2009). İdeoloji ve Ütopya. Çeviren: Mehmet Okyayuz Birini baskı. Ankara: De Ki Basım Yayım.
- **Mardin, Şerif** (2013). İdeoloji. On altıncı baskı. İstanbul: İletişim Yayınları
- **Marx, Karl** (1979). "Önsöz". içinde Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı. Çeviren: Sevim Belli. Dördüncü baskı. Ankara: Sol Yayınları.
- **Marx, Karl** (2012a). Kapital: Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı. Cilt 1.Çeviren: Mehmet Selik ve Nail Satlıgan. Üçüncü baskı. İstanbul: Yordam Kitap.
- **Marx, Karl** (2012b). Kapital: Ekonomi Politiğin Eleştirisine Katkı. Cilt 2. Çeviren: Mehmet Selik ve Nail Satlıgan. Üçüncü baskı. İstanbul: Yordam Kitap.
- **Marx, Karl ve Friedrich Engels** (2013a). "Komünist Manifesto". Komünist Manifesto ve Hakkında Yazılar. Çeviren: Nail Satlıgan. Beşinci baskı. İstanbul: Yordam Kitap.
- **Marx, Karl ve Friedrich Engels** (2013b). Alman İdeolojisi. Çeviren: Sevim Belli. Sekizinci baskı. Ankara: Sol Yayınları.
- **McLellan, David** (2012). İdeoloji. Çeviren: Barış Yıldırım. Üçüncü baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- **Neocleous, Mark** (2013). Sivil Toplumu Yönetmek. Çeviren: Bahadır Ahıska. Birinci baskı. İstanbul: NotaBene Yayınları.
- **Örs, Birsen** (2010). "İdeoloji". 19. Yüzyıldan 20. Yüzyıla Modern Siyasal İdeolojiler. Derleyen: Birsen Örs. Dördüncü baskı. İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları. s. 5-45
- **Özcan, Mehmet Tevfik** (2011). Hukuk Sosyolojisine Giriş. Dördüncü baskı. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- **Özcan, Mehmet Tevfik** (1997). Hukuk İdeolojisi: Adalet Sorununa Sosyolojik Bir Yaklaşım. içinde Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi Yayınları 1. Kitap. Hazırlayan: Hayrettin Ökçesiz. Birinci baskı. İstanbul: Alkım Yayınevi
- **Pasukanis, Evgeny B.** (2011). Genel Hukuk Teorisi ve Marksizm. Çeviren: Onur Karahanoğulları. İkinci baskı. İstanbul: Birikim Yayınları.
- **Resch, Robert Paul** (2014). Althusser ve Yeni Marksist Toplumsal Kuram. Çeviren: Feyyaz Şahin. Birinci baskı. İstanbul: Palez Yayınları.
- **Ricoeur, Paul** (1994). Althusser's Theory of Ideology", Althusser: A Critical Reader. Ed. Gregory Elliott. Cambridge-Massachusetts: Blackwell Publishers. p. 44-72.

- **Sancar, Serpil** (2008). İdeolojinin Serüveni. İkinci baskı. Ankara: İmge Kitabevi.
- **Therborn, Göran** (2008). İktidarın İdeolojisi, İdeolojinin İktidarı. Çeviren: İrfan Cüre. Birinci baskı. Ankara: Dipnot Yayınları
- **Timur, Taner** (2011). Marksizm İnsan ve Toplum, İkinci baskı. İstanbul: Yordam Yayınları.
- **Zizek, Slavoj** (2013). "İdeolojinin Hayaleti". içinde İdeolojiyi Haritalamak. Derleyen: Slavoj Zizek. Çeviren: Sibel Kibar. Birinci baskı. Ankara: Dipnot Yayınları.

Bir Yüksek Yaşama İlkesi Olarak Fair Play

Atilla ERDEMLİ

1. Kavramın Doğuşu ve Gelişimi

Pek çok kavram daha adı koyulmadan önce İnsan Yaşamında davranış olarak, hatta alışkanlık olarak yer alır. Bazen bu davranış bir kaç yüzyıl İnsandan İnsana, kuşaktan kuşağa aktarılarak sürer, fakat adı koyulmamıştır, kavramlaştırılmamıştır. Bu onun var olmadığını değil; isim verilmeden davranış olarak sürdüğünü gösterir. Sözgelimi Aydınlanma İ.Ö.6.yy.da Felsefe'nin doğuşuyla birlikte başlar. Çünkü Felsefe var olanı sorgulayan, kabul edilmiş davranışları, alışkanlıkları ve değerleri irdeleyen, eleştiren ve daha yetkin olanı tasarlayan davranma biçimiyle ortaya çıkar. Bu davranma biçimi bir aydınlanmadır ve felsefe tarihi boyunca sürer. Ancak, felsefenin doğuşundan 2400 yıl sonra 18. yy.'da adı koyulur ve Aydınlanma çağı olarak İnsanlık tarihindeki yerini alır. Aynı durumun pek çok örneği bulunmaktadır. Bunlardan biri de Fair Play kavramıdır.

Fair Play, sözcük anlamında, oyunu dürüstçe, kurallarına uyarak, bozmadan, çarpıtmadan oynamaktır. Bu bağlamda sporun en yoğun yaşandığı Antikçağ Ege Uygarlıklarına kadar geri gittiğimizde Antikçağ İnsanının yarışmacı (Agon) karakteri oyun sınırlarında kalmakla yetinmiyor, ne pahasına olursa olsun ötesine geçmeye çabalıyordu. Olimpiyat Oyunlarının başlamadan önce sürekli elemeye dayanması Oyunların hem Tanrı Zeus'a yaraşır kılınması ve hem de hilelerle bozulmasını engellemek içindi. Bir aylık Elis Kampından başarıyla çıkan atletler Olimpiyaya kadar yürüyerek gelir ve orada her mabette dualar ettikten sonra Zeus Mabedinde en son ve en büyük tören yapılırdı. Törenin ardından Stadion'a giden yola girilirdi. Bu yolun adı Zanes idi ve sağ tarafında Olimpiyat Oyunlarında büyük başarı göstermiş atletlerin heykelleri bulunurdu. Bu heykeller Olimpiyat Oyunlarında hile yapanlara verilen para cezalarıyla yapılmışlardı ve oradan geçen Atletlere, sanki, dürüstçe mücadele etmenin son uyarısıydılar. Ne var ki, çok zaman bu son uyarı da işe yaramazdı.

Doping anlayışının başlangıcının da yine bu dönemde bulunduğunu söyleyebiliriz. Atletlerin çalıştırıcıları hangi farklı yiyeceği ya da yiyecekleri, ne zaman ve nasıl atlete yedirirse, gücünün daha artmasını sağlayabilmenin yollarını araştırmışlardır. Buradaki niyet Sporcu Beslenmesi kapsamı dışındadır. Eğer o dönem çalıştırıcılarının elinde bu günkü doping yöntemlerinden ve/veya doping maddelerinden bir tanesi bulunsaydı, hiç çekinmeden sonuna dek kullanırlardı. Çünkü o dönemde şampiyon olmak önemlidir. Olimpiyatlarda başarılı olan bir atlet o çağ İnsanı için olağanüstü olanaklara ve toplumsal düzeye ulaşıyordu. Öte yandan, Spor olayının getirdiği gerilim ve coşku bakımından ele alındığında bireyin kuralları çiğneme pahasına başarıya ulaşmak istemesi İnsanın doğasına pek aykırı değildir. Oyunun bir

sorun olarak, Fair Play'in de bir ihtiyaç olarak ortaya çıkışı İnsanın biyo-psiko-sosyal varlık yapısıyla bağıntılıdır.

Bir İhtiyaç olarak Fair Play Sanayi Devrimi ile yeniden canlanır. O dönemde yeni üretim ve üretim ilişkileri ortaya çıkmakta, İnsanların bunlara uyması gerekmektedir. Ayrı deyişle, üretimin de kuralları uyarınca gerçekleştirilmesi gerekmektedir. Bu yıllarda, Avrupa'da 16.yy.da kendisini göstermeye başlayan bir başka etkinlik alanı Yaşamaya girmeye başlamıştı: ***Spor.*** 19.yy.'la gelindiğinde Sanayi devrimi ve onunla birlikte gerçekleşen değişimler Spor'un İnsan yaşamında daha çok etkili olmasını sağlamıştı. İşte bu sırada Sporda, Klasik Olimpiyat Oyunlarını çağrıştıran bir istek ortaya çıktı: ***Dürüst Oyun*** ya da ***Fair Play.*** Kavramın en yalın, en düz anlamı, kaba bir deyişle şöyleydi:

Şu oyunu doğru dürüst, kurallarına göre oynayın!

J.Huizinga'nın Homo Ludens'de[1] öne sürdüğü görüşü bakımından İnsan Yaşamı her yanıyla bir oyundur. Bu açıdan bakarsak Fair Play'in İnsan Yaşamının her alanında geçerli bir ***Yaşama İlkesi*** olduğunu söyleyebiliriz. Böyle bir savın aşırı olacağı kanısında değilim.

2. Sporda Fair Play

Fair Play açısından Spor'a baktığımızda, bu ilkeyi Spora içkin (immanent) olarak buluyoruz. Fair Play Sporun yapısında var. Öyleyse Fair Play'i anlayabilmek için ilkin Spor Olgusuna bakmamız gerekmektedir.

Bu Spor denilen nasıl bir şeydir?

Spor bir İnsan Olayı'dır; çünkü, dünyamızda Spor yapan tek canlı İnsandır. Deve Güreşi, At Yarışı, Horoz Döğüşü, Kanguru Boksu, Köpek Yarışı, Pire Yarışı...vb bir çok olay var, fakat bunların hiç biri Spor değildir. Çünkü Hayvanların doğasında Spor yoktur. Hayvanların bütün hareketleri Türleri tarafından belirlenmiştir. Hayvanlar bu hareketlerin dışına çıkamazlar. Varlık Yapısı gereği hayvanın hareketleri tek tiptir ve her hayvan türüne özgü olarak o hareketi en iyi biçimde yaparlar. Bu da spor değildir.

Spor'un İnsan Doğasına özgü oluşunu görebilmek için İnsan'ın Varlık Yapısı'na kısaca bakmamız gerektiğince aydınlatıcı olacaktır.

İnsan, doğada, ***iki ayağı üzerinde dik duran*** tek canlıdır. Buna iki nokta üzerinde dik duran tek canlı da diyebiliriz. Bu durum İnsanı harekete zorlar. Dolayısıyla İnsanın varlık yapısı harekete göre biçimlenmiştir. Hayvanlar hareket etmeleri gerektiği zaman gerekli hareketi, gerektiği kadar yaparlar. İnsan ise tüm yaşamında sürekli hareket etmek zorundadır. Hayvanlardan ayrı olarak İnsan'ın hareketi tek tip değildir. İnsan bir çok hareketi yapar, ayrıca bu hareketlerden bazılarını bir başka canlı ya da aletle bütünleştirebilir. Bu durum İnsan'a bir hareket zenginliği verir. İnsan'ın bir başka ayrılığı, hayvan tek tip hareketi türüne özgü olarak en yetkin biçimde yaparken İnsan bir çok hareketi her birinden birer parça yapar; hiç biri türe özgü olarak yetkin değildir. Dolayısıyla

1 Johan HUIZINGA, Homo Ludens, Vom Ursprung der Kultur im Spiel

İnsan yetkin değil, fakat yetkinleşmeye, mükemmelleşmeye açıktır. Doğada İnsan dışında hiç bir canlı gelişmez.

Varlık yapısının harekete göre olması İnsan'ın iç dünyasını da etkiler. Düşüncelerimiz, tasarılarımız, hayallerimiz, sevgilerimiz, nefretlerimiz, inanışlarımız, bağlanmalarımız, isteklerimiz, sıkıntılarımız, sevinçlerimiz kısacası tüm tinsel varlığımız harekete göredir. Harekete göre oluş, İnsan' ın Toplumsal Yaşamı'nı da ve Toplumun Yapısı'nda da kendisini gösterir. Bireysel ya da toplumsal, hareketsiz bir İnsan Yaşamı olanaksızdır.

Şimdi, İnsanın değişik hareketlerini Oyunla birleştirelim. Hatta bazı oyunlarda hareketi aletle bütünleştirelim. Burada önce şu soru ortaya çıkar: Hayvanlar da oyun oynarlar; pek çok hayvan ve özellikle hayvan yavrusu oyun oynar. İnsan oyunlarının ayrılığı nerede temelleniyor? Hayvanların oyunları içgüdüleri tarafından belirlenmiştir ve bir hazırlık dönemi niteliğindedir. Hayvanlar ve özellikle hayvan yavruları birbirleriyle veya anneleriyle hep aynı oyunu oynarlar. Bu oyun onların türüne özgüdür, değişmez. Oysa, İnsan türüne özgü bir oyun yoktur. İnsan oynamak istediği oyunu kendisi kurar, yine kendisi geliştirir, yeniler ve gerekli gördüğü zaman değiştirir. Bu oyunlar İnsan'ın yetkinleşme ihtiyacını da karşılarlar ve ömür boyu sürer.

Belirsizlik

Herhangi bir durumda ne yapacağı; nerede yapacağı; ne zaman yapacağı; nasıl yapacağı ve ne kadar yapacağı önceden, türe özgü olarak belirlenmemiş olan varlık belirsizlikle karşı karşıya olan varlıktır. Bu varlık İnsandır. Diğer canlıların hepsi türlerine özgü olarak bu soruların yanıtlarıyla dünyaya gelirler. Bu nedenle onların ne yapacakları önceden bilinebilir. İnsanın ne yapacağı önceden bilinemez. Varoluşcu felsefelerdeki ***Hiçlik*** kavramı bu belirsizlikte temellenir. İnsan yaşamı boyunca değişik durumlarda hep bu beş sorunun geçerli yanıtını bulmaya çabalar, yanıt arar. Üstelik diğer canlılarda bulunmayan, yalnızca İnsana özgü olan bir de altıncı soru vardır: ***Neden?*** ya da ***Amaç Sorusu.*** Amaç sorusunu yalnızca İnsan sorar, çünkü yalnızca İnsan yaşamasında kendisine bir takım hedefler koyar, onlara ulaşmaya çalışır.

Bu özellikleri göz önünde bulundurarak, konumuz bağlamında İnsan üstüne şu belirlemeleri yapabiliriz:

- İnsan yaşamasını kendisi kurar;
- İnsan Yaşamı her yanıyla bir oyundur;
- İnsan her zaman yeni oyunlar kurabilir;
- İnsan özgür bir varlıktır, çünkü altı soruya da kendisi yanıt verir;
- İnsan yapıcı ve yaratıcı olabilen bir varlıktır;
- İnsan erginlenen, yetkinleşen (mükemmelleşen) bir varlıktır;
- İnsan aydınlanan bir varlıktır;
- İnsan seven bir varlıktır.

Bütün bu özellikler İnsan Yaşamında hareket ve oyunun birleştiği her alanda görülebilir. Bu alanlardan biri de Spordur.

Spor İnsan yaşamında Hareket ve Oyunun birleştiği en önemli eylem alanların-

dan biridir. Spor, onu oluşturan kurallar bakımından, diğer hareketoyun bütünlükleri yanında en kesin, en katı, en hoşgörüsüz ve en açık olanıdır. Ayrı deyişle; her Spor dalı kendisine özgü kurallarıyla vardır. O Spor dalı o kurallardır; bu nedenle kurallarda en ufak bir değişim ya da aksamaya izin verilmez; kesinlik, katılık, hoşgörüsüzlük buradan kaynaklanır. Ancak bir spor dalının kurallarına uyulduğu zaman o spor vardır, kuralları çiğnendiği zaman o spor bozulur; ***Spor olmayan bir şeye dönüşür.***

Bir spor yapmak, yapılan sporun kurallarıyla bir oyun oynamak ve bundan haz duymaktır. ***Spordaki Haz*** *sportif, estetik* ve *yaratıcı hazzın* bütünleşmesinden ortaya çıkar. Spor bu hazzı yaşamak için yapılır. Bu nedenle ***Spor amacı kendisi olan bir İnsan etkinliğidir.*** Bu etkinlik bir Eğlencedir. Burada *Ortega Y Gasset'in* Sporu belirlerken kullandığı ***de Porto*** > *Limandaki Yaşam* kavramına bakmak aydınlatıcı olacaktır: *Eski denizciler bir limana geldiklerinde oradaki uzun bekleme süresini* özel oyunlar oynayarak geçirirler. Bu oyunlar zorlu*dur, fakat eğlencelidir. Denizciler bu oyunlarda bir yandan hoşça vakit geçirirlerken, bir yandan da güçlerini yitirmez ve hatta daha güç kazanırlar. Güç onlara çıkacakları yeni ve zorlu deniz yolculuğunda gereklidir*. Burada, limandaki oyunların amacı güç toplamak değil, eğlenmektir. Oyunun amacı eğlenmektir. Bir oyun olarak sporun amacı da eğlenmektir. Bu nedenle Spor bir başka amaç için değil, kendisi için yapılır. Konuyu biraz daha açık kılabilmek için şu *Spor neden yapılmaz?* sorusunu sormak gerekiyor. Bu sorunun yanıtı oldukça uzun bir listedir. Yalnızca bir kaçına değineceğim: Spor sağlık için yapılmaz, spor şampiyon olmak için yapılmaz, spor ün ve ünvan kazanmak için yapılmaz, spor mücadeleci yanımızı geliştirmek için yapılmaz...vd[2] Bunlardan birine bakalım, örneğin *Spor sağlık için yapılır'*a; sağlıklı biri için bu söz anlamsızdır. Sağlığına kavuşmak isteyen biri de, isteğine ulaştıktan sonra sporu savsaklayabilir. Fakat kimse eğlenceyi ve hazzı ne savsaklamayı ve ne de reddetmeyi istemez. Haz İnsanın bir doğal ihtiyacıdır. İnsan değişik bakımlardan, değişik hazlar yaşar. Bunlardan biri de Spordur. Yukarda değindiğim üç ayrı hazzın birleşimi olan ***Sportif Haz*** için bireyin oyunu kuralları uyarınca oynaması zorunludur.

2.1. Fair Play' de Oyun Aşaması

Bir spora başlamak ilkin bir anlaşma yapmaktır. Pek ayırdına varılmasa da bu anlaşma sesiz sedasız bir gerçekleşir. Bu bir tür toplumsal anlaşma (contrat social) dır. Birey bir spora başladığında, o spor topluluğuna girmektedir. Böylece onun bütün kurallarını öğrenecek, benimseyecek ve uyacaktır; anlaşma da bu anlamdadır. Her Spor Bağlamı uyulması gereken kurallar bütünlüğüdür. Bu durum spor dalındaki eşitliği sağlar. Çünkü Spor eşitlenmiş koşullar uyarınca yapılan bir mücadeledir. Buna göre, dünyanın neresinde örneğin, basketbol oynarsanız oynayın, oyun alanı, pota yüksekliği, üç saniye koridoru, topun büyüklüğü, ağırlığı vb her şey aynıdır. Böylece bir sporu yapmaya başlayan kişi, aynı zamanda dünyada o sporu yapanların

2 Attilla ERDEMLİ, Temel Sorunlarıyla Spor Felsefesi S:52-53

bütünlüğüne katılmaktadır. Anlaşmanın en önemli yanlarından biri de burasıdır.

Fair Play bütün spor dalları için düşünülür, fakat her spor dalında o spora özgü olarak, ayrı deyişle o sporu var eden kurallar uyarınca ortaya çıkar. ***Bir Spor dalı ile o spora ait Fair Play arasında herhangi bir ayrılık yoktur.*** Genelleştirerek söylersek, ***Spor ile Fair Play arasında bir ayrılık yoktur.*** Dolayısiyle spor dalının en önemsiz de olsa bir kuralını çiğneyen, o spor dalının yapısını, iç dengesini bozmuş, o spor dalına zarar vermiş olur. Bu özellikle yarışmaya dayanan kapalı sistem sporlarında çok büyük bir öneme sahiptir; açık sistem sporlarında[3] ise daha değişik olarak ortaya çıkmaktadır.

Sporun bir Yaşama biçimi olduğunu göz önünde bulunduracak olursak, Spor bir Ahlak Olayı özelliği ortaya çıkar. ***Spor bir Ahlak, dolayısıyla bir Yaşama Olayıdır.*** Spor yapan İnsan yaptığı sporun kurallarına, ilkelerine göre yaşamaktadır. Bunun dışını düşünmez; düşünmesine gerek yoktur. Bu noktada Fair Play Spordaki Ahlak ile bütünleşir ve hatta özdeşleşir. Sık sık *Spor Ahlakı* sözünü duyarız. Söz sanki Spor dışındaki bir ahlakı göz önüne getiriyor gibidir. Sporun kendisi, kendisine göre, özel ve özgün bir Ahlak olunca onun dışardan başka bir ahlaka ihtiyacı yoktur. Spordaki Ahlak'da bulunan hakça mücadele, eşitlik, sabır, hoşgörü, rakibe saygı, oyuna saygı, kurallara samimi bağlılık, dürüstlük vb kavramlar Sporu bir ***Yaşama Olayı*** olarak ortaya çıkartır. Sporcu bu olayın yaratıcısı, canlandırıcısıdır.

Fair Play'in Spor sınırlarında ortaya çıkışı bu çizgide gerçekleşmektedir. Spor bir İnsan olayıdır ve her İnsan olayında olduğu gibi, sporda da farklı ***Yaşama Nitelikleri'***ne ulaşılabilir. Orada Fair Play spor sınırlarından çıkar ve yaşamanın bütününe yayılır.

2.2. Bir Yüksek Yaşama İlkesi olarak Fair Play

Spor bir sportif güç ve beceri (performans) olayıdır ve sporcudan gücünün sınırlarını zorlamasını ister. Spor Olayı'nı Sporcu bakımından çözümlediğimizde iki kavramla karşılaşırız:

- *homo performator*
- *homo creator*

Homo performator, öncelikle sportif güç ve becerisini bir yarar, bir çıkar amacıyla pazarlayan sporcuyu, yani *profesyoneli* düşündürür. Bu sporcu için Spor bir ***amaç*** değil, bir ***araç'***tır: Spor bir kazanç sağlamanın aracıdır. Spor burada bir Meta ya da Ticaret Malı durumundadır. Sporun yukarda değinilen özellikleri bakımından bir araç olmaması, güçlü bir amaç olarak benimsenmesi gerekmektedir. Bu durumda sorulacaktır: *Sporda profesyonellik olamaz mı?* Elbette olabilir ve hatta Spordaki bazı gelişmeler için olmalıdır da; fakat Sporun temel özellikleri örneğin kurallara dürüstçe uymak koşulu ile. Başkaca söylersek; homo performatorun spora ya da spordaki ahlaka ya da spordaki Fair Play'e uyması koşuluyla. Oysa bu koşul profesyonel spordaki *kabul edilebilir sertlik oranı* kav-

3 "Kapalı Sistem Sporları" ve Açık Sistem Sporları" için bakınız: Attilla ERDEMLİ Temel Sorunlarıyla Spor Felsefesi S:143-149

ramı ile daha baştan sarsılır; çünkü orada kazanmak, mutlaka kazanmak önemlidir.

Spor özü gereği bir amaçtır; başka türlü *homo creator* olunamaz. Homo creator karşılığı olarak ***amatör*** kavramını kullanmamız gerekir, fakat creator kavramı, günlük dilde kullanıldığı anlamda amatör değildir. Günlük dilde amatör, bir işin heveslisi, o işi öylesine deneyen anlamında kullanılır. Oysa sözcüğün kökeninde bulunan ***amare*** fiilinden hareketle düşünürsek creator kavramına doğal olarak ulaşırız: Her ikisi de ***yaratıcılık'***a dayanmaktadırlar..

Yaratıcı Spor spor etkinliğinin yüceldiği yerdir. Spor yalnızca bir güç olayı değildir; Spor aynı zamanda hem yapan ve hem de izleyen için bir haz olayıdır. Biraz önce, ***Spordaki Haz***'ın *sportif, estetik* ve *yaratıcı hazzın* bütünleşmesinden ortaya çıktığına değinilmişti. Burada en güçlü yan Spordaki Yaratıcılıktır. Çünkü Spordaki güzellik ancak spordaki yaratıcılıkla ortaya çıkar. Orada Spor bir beden ve güç çekişmesinin üzerinde bir estetik olay olur.

Sportif Başarı, Sporcunun bir sportif beceri ve gücü başarıyla ortaya koymasıyla gerçekleşir. Bu durum Spor yapan İnsan'da iki duygusal yaşamayı canlandırır:

- Sportif Haz; bu estetik ve yaratıcı haz ile bütünleşmiştir,
- Değerlilik Duygusu.

Başarılı Sporcu değerli bir şey üretmiştir. Bu gerçek yaşamada bulunan türden bir değer değildir, fakat bir değerdir ve yalnızca spora özgüdür. Bu tür Değerlilik Duygusunu yaşayabilmek ancak Sporun amaç olduğu yerde söz konusudur. Sporun araç olduğu yerde bu iki duygu yerini daha başka, fakat sportif olmayan duygulara bırakmaktadırlar.

Burada bir soruyu kısaca ele almakta yarar var:

Neden bir Spor Karşılaşmasını izlemeye gidilir?

Soruyu bir başka biçimde de dile getirebiliriz:

Bir Spor Karşılaşmasında neyi izlersiniz?

Genellikle tutulan takım izlenmeye ve olabilirse onun başarısından pay almak, sevinç ve kıvanç duymak için bir spor karşılaşmasına gidilir. Buna karşın, Spor bir estetik olay olarak anlaşılıp benimsendiğinde Spor karşılaşması izlemeye orada yaratılacak güzelliği izlemek için gidilir. O zaman karşı takımın ya da rakibin başarısı alkışlanır. Fair Play yalnızca Spor yapanlar için değil, Spor Olayını izleyenler için de geçerli bir ilkedir. Sporun ne olduğunu doğru ve geçerli olarak bilmeden, bir spor olayında neyin önemli olduğunun bilincine varmadan Spor Olayı'nı izleyen elbette tuttuğu takımın kazanmasını isteyecektir, bekleyecektir: Bu en kolay, en sıradan ve en ilkel olandır. Doğal olarak da beklentisi gerçekleşmediğinde kızacaktır, üzülecektir ve hatta duruma göre saldırganlaşacaktır. Böyleleri ile sporu bir yarar sağlamak amacıyla kullananlar arasında büyük bir ayrılık yoktur. Holiganlık temellerini burada bulur. Holigan, spor olayını Spor olarak izleyemeyecek düzeydeki İnsandır.

Burada özel bir kültürden söz etmek gerekiyor: ***Yenilme*** ya da ***Mağlubiyet Kül-***

türü. Bu kültürü kazanabilmek için ancak doğru ve geçerli bir Spor Eğitimine ihtiyaç vardır. Bütün kültürler gibi Yenilme Kültürü de doğuştan gelmez, öğrenilir ve zaman içinde gelişerek gelenekleşir.

Yenilmeyi bilmek gerekir. Hiç kimse, hiç bir spor takımı, hiç bir araştırma topluluğu...vd. her zaman başarılı olamazlar. Bir çalışma ya da etkinlik alanında zaman zaman küçük ya da büyük aksamalar, başarısızlıklar olağandır. Spora baktığımızda her karşılaşmada yenemeyiz. Her spor karşılaşmasının üç sonucu vardır; yenersiniz, yenilirsiniz, berabere kalırsınız. Bunlar olağandır. ***Yenilmeyi olağan görebilmek, yenilmeyi kabul etmek bir spor erdemidir.*** Bu erdem bir Fair Play davranışıdır. Yenilmek iyi algılanırsa başarının koşullarını ve olanağını verir. Önemli olan yenilmeyi olağan görebilmek ve sonra da nedenlerini saptayıp, ortadan kaldırabilmektir. Sportmen burada belirir: O yaptığı sporun tüm kurallarına samimi olarak uyan, onlardan ödün vermeyen ve sonucu hoşgörüyle karşılayabilendir. Bu bir ***Yüksek Yaşama'***dır. Bu bir creator'dur. Yenilme kültürü olmadan böyle bir erdeme ulaşılamaz. Yenilmesini bilmeyen, yenmesini de bilemez. Yenildiği zaman ne yapacağını bilemeyen, yendiği zaman da ne yapacağını bilemeyecektir. Spordaki güzelliği ise asla göremeyecek, yaşayamayacaktır. Daha doğrusu, Spor Olayını özü gereği algılayamayacaktır.

Spor Olayı özü gereği bir Estetik olaydır. Homo creator ile burada hem oyuncu ve hem de izleyici olarak karşılaşırız. Sportif Güzellik Fair Play'in önemli ve vazgeçilmez yanlarından biridir. Bu durumda Spor Olayı çok mu yumşar, hiç başarı olmaz mı? Tersine! Çok ciddi başarılar gerçekleştirilir. Çünkü başarılı sportif hareket aynı zamanda güzel olan harekettir.[4] Orada akıl ve beden uyumu en yetkin düzeyine ve biçimine ulaşır. Sporcu gibi izleyiciye de başarı kadar gerçekleştirilen o büyük uyum haz verir. Burada ***Spor İnsan'ı yücelten bir etkinlik*** olarak ortaya çıkar. Sporcu için bu hazzı yaşamak sportif başarının önünde gelir. Bu gerçeği ilk keşfeden Antikçağ olmuştu.

Antikçağ'da Spor ve Sporcu kavramları yoktu. Spora karşılık olarak Gymnastik ve Agonistik; Sporcuya karşılık olarak da Athlet kavramı kullanılıyordu. ***Athlet*** sözü yarışma anlamına gelen ***athlos*** ile yarışmanın ödülü anlamına gelen ***athlon*** sözcüklerinden türetilmiştir. Yarışma anlamına gelen *athlos'*un sıfatı olan ***athlios*** şu demekti: *Güçlükler içinde acı çeken, yarışan,yarışma sonunda bitkin düşendir.* Bu kişi Athlet'tir. ***Athlet*** kolaydan hoşlanmayan, zorluklarla karşılaşmayı isteyen, mücadeleci kişidir. Bu ***asketik*** bir eylemdir. Tüm gücüyle verdiği mücadele, giriştiği uğraş onun çabasının ödülüdür. ***Athlet ödülünü eyleminden alan İnsandır***. Günümüz bakımından söylersek, Sporcu ödülünü spor yapmakla alır. Bu kendisinde keşfettiği Spor Yapan İnsandır, bu sportif yaratıcılığını yaşadığı İnsandır.

Fair Play İnsanın doğuştan getirdiği bir özellik değildir. Ahlak da İnsanın doğuştan gelen bir özelliği değildir. Spor için de aynısını söyleyebiliriz. Fakat üçünün de ola-

4 Attilla ERDEMLİ, Spordaki Güzellik Spor Yapan İnsan s:441-446

nakları potansiyel olarak İnsanda doğuştan vardır. Ayrı deyişle bu olanaklar İnsan'ı içkin (immanent)dir. Dolayısıyla Spor da, Ahlak da, Fair Play de sonradandır. Dolayısiyle üçü de öğrenilirler.

Fair Play Sporda spor eğitimi ile öğrenilir; bu ilk aşamada Spordaki ahlakı ve sporu öğrenmektir. Bu aşamada Spor amaçtır. Fair Play bundan sonra daha yüksek bir yaşamanın ilkesi olur. Orada Spor ***araç konumuna gelir.*** Çünkü ***artık amaç İnsandır.*** Burada artık rekor, şampiyonluk, birincilik vb gibi, Sporda en üst değer sanılanlar Spor Yapan İnsan'ın ardında yer alırlar. Bu nedenle, örneğin, bir an gözünüzün önüne getirin; iki atlet müthiş bir çekişme içinde rekora koşuyorlar. Bitiş çizgisine yaklaşırken biri fenalaşıyor. Diğeri o anda rekoru, birinciliği, madalyayı, ödülleri, alkışları, yüceltilmeyi, kahraman yapılmayı vb her şeyi unutuyor ve rakibine ilk yardımı yapmaya başlıyor. Burada Spor gerçek anlamı, işlevi ve değeriyle ortaya çıkmıştır. Burada sporun yapısından çıkan özel ve yüksek bir ahlak İnsanları sarıp, kucaklamıştır. Burada rakibim dostumdur. Burada yaşamak sıradanlığın üstünde, yüksek değerlerle biçimlenmiştir. Burada İnsan en yüksek değerdir. Burada İnsanlar kardeştir. Burada Spor bir Hümanizma olarak ortaya çıkar. Sporun özü Hümanizmadır. İşte buna Fair Play de diyorlar.

Aristoteles, Mutluluğun (Eudaimonia) Yitirilişi ve Günümüz Üzerine (I)*

Hatice Nur ERKIZAN**

Burada ele alınıp incelenecek konu insan için iyi olan yaşamın ne olduğudur. İnsan yaşamı son derece karmaşık bir yapı gösterir; dolayısıyla, yalnızca bazı kurallara uyarak iyi yaşamı kurmak pek mümkün görünmemektedir. Çünkü; kuralların tartışmasız ve objektif uygulanması bile son derece tartışmalıdır. Bu nedenle; insanın kendi anlama, değerlendirme ve karar verme yeteneğini etkin olarak kullanması çok önemlidir.

Her insanın kendine edindiği kimlik/kimlikler sosyal alan içerisinde yeşerir. Bunun tersi, insanın kendini "kaybetmesiyle" sonuçlanır. Aslında insanın kendini sosyal alanda kuramaması 'insanlığın' kaybedilişine bile sürükleyebilir. O nedenle; insanın kendini kendine sınırlaması ahlakın kaynağı olamaz. İnsanın ilgileri de zaten ve ancak sosyal alanda yeşerebilir. O zaman, insan kendini gerçekleştirmek için nasıl bir yol izlemelidir?

Burada ele alınıp tartışılacak olan konu, Aristotelesçi bir kavrayış içinden, insanın kendisi için iyi bir yaşamı gerçekleştirmesinin nasıl mümkün olduğudur.[1]

Politik/insani bilimler neyi amaçlar? Eylem aracılığıyla gerçekleştirilmesi amaçlanan en yüksek iyi nedir? Aristoteles'e göre; hemen herkes onun *eudaimonia* olduğu konusunda hemfikir görünerek iyi yaşama (*eudaimonia, living well*) ve iyi eylemenin (*doing well*) aynı şey olduğunu kabul eder (*N.E*. I, 1095 a 15 ve ilerisi). Çünkü; insan için yaşamak etkin olmaktır, eylemde bulunmaktır (*Pol*.I,1254a7 ve ilerisi.).

Şimdi; insan nasıl iyi eylemde *(to act well)* bulunur? Aklı başında olan insan ne yaptığını ve ne yapması gerektiğini düşünür. Başka bir ifadeyle; makul olan insan her zaman belli bir ereği düşünerek eylemde bulunur ve bu aynı zamanda sınırdır.

---

* Bu çalışma,4-7 Kasım 2014 (İstanbul) tarihinde gerçekleştirilen Hukuka felsefi ve Sosyolojik Bakışlar-VII Sempozyumu özel Türkiye Felsefe Kurumu Aristoteles Oturumu'nda sunulan bildirinin gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir.

** Prof. Dr. Muğla Üniversitesi, Felsefe Bölümü

1 Bu konu hakkında hala çok önemli bir yere sahip olan ve benim de önemli ölçüde izlediğim ve katıldığım şu çalışma için: Clark, Stephen; Aristotle's Man: Speculations upon Aristotelian Anthropology, Oxford University Press, 1975, Oxford. Bu konu hakkında son zamanlarda yapılan tartışmaları da içeren şu önemli çalışmaya bakılabilir: Kraut, Richard; Aristotle on the Human Good, Princeton University Press, 1991, Princeton.

Zaten her erek sonu ifade etmesi bakımından bir sınırdır *(Met.II, 994 b15).* Ereksiz bir biçimde harekette bulunmak eylemde bulunmak değildir. Dolayısıyla; akıllı insan ne yapması gerektiğini ve ne yaptığını düşünür. Fakat bu insanın tüm eylemlerine eşlik eden tek bir ereğe sahip olması gerektiği anlamına da gelmez. Kapsayıcı (*inclusive*) anlayışa göre, *eudaimonia* insanın ulaşmayı arzu ettiği tüm iyilerin uygun bir biçimde bir araya getirilmesidir.İndirgemeci anlayışa göre ise, *eudaimonia* tek bir ereği, en üstün tek bir iyi şeyi ifade eder.

Ben burada, Aristoteles'i böyle bir karşıtlık içinden okumayı denemeyeceğim; çünkü her iki yaklaşımın içerdiği bazı sınırlılıklar söz konusu ki çalışma boyunca buna yer yer değinilecektir. Ve bu konuda daha fazla ileri gitmeden *eudaimonia* terimi hakkında bazı şeyler söylemek yerinde olacaktır. *Eudaimonia* iyi bir *daimon*'a sahip olmaktır. Ancak; Grekçede *eudaimonia* 'şanslı' teriminin karşılığı olarak da kullanılıyordu; şansın, talihin kaynağında bazı tanrıların olduğu düşünülse bile. Şimdi, *eudaimonia* bu haliyle herhangi bir ahlaki söylemin merkezine yerleşemezdi; çünkü talih *(tuche, luck)* böyle birşey olarak insanın kendi çabasıyla ulaşabileceği birşey olamazdı. Herakleitos şöyle demişti: "İnsanın daimonu onun karakteridir." (*A man's daimon is his character.* (22 B119-D-K) Ksenokrates ise: "Sağlıklı/anlamlı/akıllı ruha sahip olan insan *eudaimon*'dur; çünkü ruh her insanın *daimon*'udur *(Top.112a37 ve ilerisi).*

Her çaba kendine uygun, kendisiyle ilgili iyiye yönelir; tüm çabaların kendine yöneldiği tek birşey yoktur *(N.E.I, 1094 a ve ilerisi).* Çünkü eğer öyle olsaydı, tek bir çaba ve herşeyin kendine yöneldiği tek bir erek olurdu. Nalbantlık belli bir iştir ve askerliğin altında yer alır. Ancak bu askerliğin olmadığı yerde nalbantlığın olmadığı anlamına gelmez; aynı askerlerin her zaman ata ihtiyaçları olduğu anlamına gelmediği gibi. Yine de nalbantlık ve dizgin-yapımcılığı birbirleriyle ilgili olabilirler; öyle ki tamamı veya bir kısmı tamamen süs amaçlı olsa bile. Burada karşı çıkılan ve kabul edilmeyen şey, atlara egzersiz olsun diye savaşmanın mantıklılığını kabul etmedir. Benzer bir biçimde, savaş barışı gerçekleştirmek içindir; başka bir ifadeyle, barış için savaş bir toplumun yaşamını sürdürmek için yapılır. Barış, savaş için değildir; ereklerin hiçbir akılsal düzenlenimi buna izin vermez *(Pol.VII, 1325a5, 1333a21).Birinci Analitikler'*de ise Aristoteles bize başka bir örnek üzerinden konuyu ele almamıza açıklık getirir. Ona göre, sevmek/sevilmek fiziksel beraberlikten iyidir; yani sevmeyi/sevilmeyi fiziksel birlikteliğe tercih etmek gerekir; çünkü fiziksel birliktelik bir erek değildir veya o olsa olsa sevmenin/sevilmenin sonucu olabilir *(68 a39).* Fiziksel birliktelik ereklerin düzenleniminde sevginin altındadır. Sevgi asıl önemli olan ise fiziksel birlikteliğin yanında veya karşısında yer alınabilir. Önemli olan ereklerin nasıl bir uyum içinde akılsal olarak düzenlenebileceğini bilmektir. Tek bir ereğin diğerlerinin üzerinde olması veya onun seçilebilir en iyi olması üzerinde düşünülmesi gerekir.

Yukarıda değinildiği gibi, Aristoteles birçok insanın en yüksek iyi olarak *eudaimonia*'yı kabul ettiğini ama tartışmanın bu en yüksek iyinin ne olduğu konu-

sunda kendisini gösterdiğini söyler. Şimdi, neden bir en yüksek iyi olmalıdır? Biz neden mutlu bir şekilde birbirinden ayrı ayrı şeyleri benimsemeyelim? Neden insan için "iyi bir yaşam"ı araştıralım? Hayat, olduğu gibi, birbiriyle çatışan inançlardan, arzulardan ve ideallerden arınık değildir. Değerlerimiz ve inançlarımız çatışma içinde olabilir; ve biz acı veren epistemik ve ahlaki kararlar almak zorunda olabiliriz. Ancak ve eğer; anlık arzu veya itkilerimiz doğrultusunda karar verme durumunun dışında kalmak istiyorsak kararlarımıza temel olacak değerlerimizin olması gerekir. İnsan hayatının bir krize dönüşmemesi için bu gereklidir. Böylelikle insan kendi yaşamını düzenleyebilir ve de çeşitli etkinliklere yönelebilir. Kapsayıcı *eudaimonia* anlayışının Aristoteles'te temelleri vardır. *Nikomakhos'a Etik'*e bakıldığında, insanın basit bir doğaya sahip olmadığı ve tek bir şeyin her zaman hoş olmadığı söylenir (1154b20). Öyle ki; Aristoteles en yüksek, en iyi yaşama biçiminin *theoria* olduğunu söylediği zaman bile kaygısız değildir. Salt *theoria* yaşamı insan için çok yüksektir; çünkü insan bir toplumda yaşamaya, dostlara gereksinim duyduğu kadar bedensel şeylere de gereksinim duyar *(N.E.X, 1177b26 ve ilerisi)*. Belki de iyi yaşam insanın, diğer şeylerin yanısıra, bir veya bazı şeylere daha fazla kendini hasretmesidir.Ama her halükarda tek bir şeye insanın kendini adaması akılsal olmayacaktır; bunun aynı Aristotelesçi bir yol da olamayacağı gibi.

Şimdi; yanıtlanması gereken soru şudur: Neden olmayacaktır? Önce; insanın kendine belli bir yaşama amacı koymadan çeşitli eylemlere yönelmesi, belli tercihlerde bulunması mümkün değildir. Niçin savaşılır? Niçin felsefe yapılır? Niçin herhangi bir eyleme yönelinir? Belki bazı toplumlar kendine hedef olarak savaşmayı seçer. Bu neden akıl-dışı olsun? Çünkü belli varsayımlar altında bazı etkinlikler makul bazı etkinlikler de akıl-dışı görünebilir. O nedenle; iyi yaşam amaçların ve amaçları gerçekleştirmeye yönelik eylemlerin doğru bir biçimde, yani, akla uygun düzenlenmesini gerektirir. Akla uygun hareket eden insan bir toplumda yaşamını özgür bir biçimde yeşertmeye yönelir. O, tek boyutlu bir varlık değildir ama bununla birlikte bazı şeylere diğerlerinden daha fazla önem atfedebilir. Aklını izlemeyen insan anın gereksinimlerini izler, hayatı ve olanları geldiği gibi kabul eder. Ben bunu kinetik insan olarak tanımlıyorum. Böyle biri asla ve asla *phronimos* olamaz; iyi bir yurttaş olsa bile. Tersini iddia etmek aslında Atseverler ile Aristotelesçilerin aynı derecede makul olabileceğini iddia etmek anlamına gelir.[2]

Kinetik insan hareket noktalarını, varsayımlarını, kararlarını gerekçelendirmez; onları tartışmaz, değerlendirmez. O, yaşama dair herhangi bir genel plana da sahip değildir; andan ana yaşar. Böyle bir insanın kendi yaşamının sahibi olduğu ve onu yönettiği söylenemez *(N.E.I, 1095a 4)*. Bu aslında kimliğin nerede bulunduğu ile de ilgilidir. Kendi kimliğini eylemlerinde bulan insan organik bir kimliğe sahiptir; onun için "ben" hayata aşkın bir yerden katıl-

2 Daha geniş açıklama için: Clark, Stephen; Aristotle's Man: Speculations upon Aristotelian Anthropology, Oxford University Press, 1975, Oxford.

maz; yani özne eylemden yalıtık değildir; ona iliştirilmemiştir. Başka bir ifadeyle; eylem kişiye ilineksel değildir. Bu bakımdan *psykhe* de yaşamın kendisidir; bedenden ayrılabilir olan veya ayrı bir 'ben' değildir. O var oluşunu eylemlerde bulur. Özetle; özne ve yüklem arasındaki dinamik bağıntı kimliğin bütünlüğünü de kurar.

Buna uygun olarak; insanın kendi yaşamında bir bütünlük kurabilmesi için, kendi kimliğini oluşturabilmesi için praksise yönelmesi gerekir; yani, kendini orada bulabilmesi, eyleyerek var olması gerekir. Başka bir ifadeyle; eylemlerimizde kimliğimizi, benliğimizi bulabilmeliyiz. Var olmak eylemektir. Organik benlik tekildir; o nedenle, organik benlik olabilmek için de tekil olarak eylemek gerekir. Bu da her insanın kendi seçimini yapmasını talep eder. Böyle bir çaba olmadan insan bir kütle yığının ötesine geçemez (*Met.*VII, 1040 b8).

Eudaimonia praksistir (*Poet*.1450 a17; *Fizik:* II, 197 b5). Aristoteles'e göre insani yaşam aklın ışığındaki pratik etkinliktir (*N.E.*I, 1098 a3).Ancak belirtmek gerekir ki; kötü insan da akıl temelinde hareket edebilir ve kötü eylemlerde bulunabilir. Dolayısıyla; insan için iyi yaşam pratik etkinlik değil, iyi pratik etkinliktir. Çünkü; *ergon,* ruh ve onun erdemleri için bir ve aynı olmalıdır ve erdemler ışığında insanın işlevi iyi bir yşamdır (*E.E*.1219 a25). Yaşamak ve iyi yaşamak bir bakıma bir ve aynı şeydir; çünkü iyi yaşamamak aslında 'yaşamamaktır'. Bu kötü insanın irrasyonel olana yaklaştığı anlamına gelir; çünkü onların amaçlarına eşlik eden gerekçeler kötüdür. Hiç kuşkusuz insan çok yönlüdür. İnsan hayvanlarla ve bitkilerle birçok ortak yana sahiptir. Ve onun bu çok yanlı yapısının da tartışılacak bir yanı yoktur. Önemli olan bu çok yanlılığın bir bütünlük içinde kurulmasıdır. Ayrıca; insanın kompleks bir doğaya sahip olması onun işlevinin (*ergon)* ne olduğunu ve asıl önemli olan yanının ne olduğunu araştırmayı bir yana bırakmayı da gerektirmez.

İnsanın çok-yönlülüğünü nasıl anlamalı? Aklını izleyen insan diğer insanlardan yaşamı biçimlemesi bakımından nasıl ayrılır? Onun eylemleri sıradan insanların eylemlerinden nasıl ayrılır? Şimdi daha genel bir çerçeve çizerek konuyu ele alalım. Hayvanlar algılarlar ama onlar praksise katılamazlar; praksisi paylaşamazlar (*N.E*. VI, 1139a20). Praksise katılamamalarının nedeni ise onların *prohairesis'*e (bilinçli tercih) katılamamalarıdır (*N.E.*III, 1111b12; *E.E*.1225b27). Bu, hayvanların *eudaimon* olamayacaklarının da nedenidir. Özetle; *praksis* ve *prohairesis* olmadan *eudaimonia*'dan söz edilemez. Çünkü *prohairesis* praksisin kaynağıdır (*N.E.*VI, 1339a31) Köleler de *prohairesis'*e sahip değiller (*Pol.*III, 1280a 32) ve dolayısıyla mutluluğa katılamazlar (*eudaimonia)* ve hatta hayata katılamazlar (*N.E.*X, 1177 a 8). Çünkü; insani yaşam praksistir ama *poiesis* değildir. Başka bir ifadeyle; insan için iyi yaşam 'yapmaktan' (*making*) değil eylemekten (*doing*) geçer (*Pol.*I, 1254 a7). Birilerinin aracı olarak yaşamak insanı yüklem yapar, hamal yapar, taşıyıcı yapar. Birilerinin aracı olma insana yükler yükler; kendinin olmayan. Çünkü kendi doğası gereği ya da kendi doğası uyarınca insan olmayıp başkasının doğası gereğince olan, insan değil, köledir; doğal köledir (*Pol.*I, 1254 a 15). Köle, benliği olmayan, başkasının benliğine katılandır. Oysa; insan araç değildir; kendi doğası uyarınca var olan insan araç

olamaz. Özgür insanda insanlık/insan olma kendini duyurur. İnsan olmanın ne anlama geldiği özgür insanda kendini gösterir. Zaten; insan ancak ve ancak kendisi için var olursa özgür olur (*Met.*I, 982 b25).

Pratik etkinlik insanlığın, insan olmanın tanımlayıcı niteliğidir. Bu ise etik söylemin öznesinin özgür insan olduğu anlamına gelir. Özgür insan "ne yapmam" gerekir diye sorabilen ve kendi kararını verebilendir. Etik kategoriler hem hayvanlar ve hem de köleler için, bu yüzden, anlamsızdır.

Köleler niçin başkalarının doğası uyarınca insandırlar? (*N.E.*VI, 1139a 23). İnsan düşünebilen tek canlıdır (*Hay. Tar*.488b24). Dolayısıyla, düşünemeyen eylemde de bulunamaz; aynı çocukların ve canavarların bulunamadığı gibi (*E.E*.1224 a28). Onlarda *prohairesis* yoktur; çünkü onlar düşünme ve sorumluluk almanın ötesinde dururlar ve de niçin kavramına uzaktırlar. (*E. E*, 1226 b 23). Doğal köleler birşeye karar veremezler; dolayısıyla onlar herhangi bir kararın öznesi değillerdir ve olamazlar da.[3]

Şimdi *eudaimonia* konusuna geri dönebiliriz. *Eudaimon*, yani mutlu olan kişi, organik ve tekil bir bütünlüktür. Böyle bir kavrayış insanı salt soyut bir kavram içinden anlama sınırlılığını aşma olanağı veririr. Bütün herhangi bir parçanın eksikliği ile dağılmaz (*Met.*V, 1024 a23). Yani *eudaimon* yaşam çikolatanın veya muzun veya benzer birşeyin eksikliği ile kendinden birşey kaybetmez. Ancak o; dostların, özgürlüğün veya bedenin önemli organlarından bazılarının kaybedilmesi gibi şeylerle sarsılabilir. Çünkü bazı organlar var ki; onlar, insanın yaşamı için merkezi bir öneme ve işleve sahiptirler (*Hay.Kıs*.640 a 33). Eğer bir organizmadan ayrılan parça gerçek bir farklılık yaratmıyorsa onun organizmanın gerçek bir parçası olmadığı söylenebilir (*Poet.*1451 a34, *N.E.*V, 1129b 17). *Eudaimonia* parçalara sahiptir ama onların tamamı *eudaimonia* için aynı öneme sahip değildir.

Sonra; mutlu insan kırılgan olmayan insan değildir; insanın işkence altında bile mutlu olabileceğini söylemek saçmalıktır (*N.E.*VII, 1153 b19). Daha da ilerisi, mutlu olmak herhangi bir dışşal koşul gerektirmiyorsa, insanın nasıl bir toplumda yaşadığı da önemli olmayacaktır. Bu ise mutluluğu veya iyi yaşamı bütünüyle ruhsal bir duruma indirgeyecektir. Aristoteles böyle bir mutluluk anlayışını saçma bulur ve onunla ilgilenmez denebilir.

Şimdi;yukarıda söylenenler *ergon* tartışması bağlamında da önemlidir. "İnsan için iyi olan ruhun erdeme uygun etkinliğidir ve eğer birden fazla erdem varsa, en iyi ve en mükemmel olana göredir." (*N.E.*I, 1098 a 16 ve ilerisi; 1098 b 30). İnsan için iyi olan iyi yaşamaktır ve yaşamanın birden fazla biçimi ve olanağı var ise, insan için iyi olan olan en üstün etkinliklere yönelmektir. Bu, insanın diğer aktiviteleri kötü yapmasını gerektirmez; ama insan yine de en iyiyi gerçekleştirmeye yönelmelidir. İyi sindirim ile en yüksek erdemleri karşılaştırmak saçma olacaktır. İnsan ideal olarak herşeyi iyi yapmayı diler ama idealler sık-

3 Doğal kölelik kavramının ayrıntılı incelemesi için: Aristoteles Yazıları: Feminizm ve Aristotlesçi Feminizm Üzerine, Sentez Yayınları, 2012, Bursa, s.23 ve ilerisi.

lıkla çatışırlar (*Pol.*VIII, 133 8b9). Hatta bazı insanlar en yüksek iyiyi gerçekleştiremeyebilirler ama bu onların en yüksek iyiden vazgeçmelerini veya ona katkıda bulunmaktan vazgeçmelerini gerektirmez.

Aristoteles için *eudaimonia* psikolojik içerikle sınırlandırılmış birşey değildir. Ölü bir insanı *eudaimon'*dan *dusdaimon'*a veya tersi bir duruma çevirecek hiçbirşey yoktur (*N.E.*I, 1100a 18 ve ilerisi). *Eudaimonia* bir durum değil, etkinlik yolu ile gerçekleştirilen, ulaşılan birşeydir. Başka bir, ifadeyle, *eudaimonia* hazır bir durumun paylaşılması veya ona erişilmesi değil, insanın kendi var oluşuna etkin katılımıdır. *Eudaimonia*'nın öznesi *eupraksis'*in, yani iyi eylemlerin öznesidir. Başka bir ifadeyle; mutlu olan, kendini ve yaşamı yeşerten insanın yaşamı, anlamsız ama birbirini izleyen hareketlerin ve süreçlerin toplamı değildir.[4] Sonra, *eudaimonia* kinetik hazlardan da ibaret değildir ama hazzı dışarıda bırakmaz; zaten her doğal etkinlikte haz doğal olarak vardır (*N.E.*X,1174b15).

Son derece popular olan sofizmlerden bir tanesi insanın yaptığı herşeyi kendi çıkarı, kendi iyiliği, kendi mutluluğu için yaptığıdır. Örneğin, eğer Sina bir dostu ya da arkadaşı için zaman ve enerji harcayarak birşeyler yapıyorsa, bunu kendi adına haz duymak için yapıyordur. Aristoteles bizi burada utanç verici olan bu kendine hizmet eden etkinliğin ne olduğunu düşünmeye zorlar (*N.E.*IX, 1169a 12). Sina arkadaşına yardım etmekten mutlu olabilir ama bu haz alma durumu bir ilaç ile sağlanabilecek bir şey değildir. Alınan haz bir arkadaşa yardım etmiş olmaktan alınan gerçek hazdır. Sina, arkadaşı mutlu olmasa ve yardım edilmemiş olsa zaten mutlu olmayacaktı. Doğal etkinlikten meydana gelen haz gerçek hazdır ve gerçek iyi olandır ama o amaçlanan değil, doğal olarak ona eşlik edendir. İnsan kendi kimliğini ve benliğini çeşitli biçimlerde bulabilme olanağına sahiptir. İdeal mutluluk, haz, gibi terimler en az kendinde iyilik gibi içi boş kavramlardır. Sonra, her insanın kendine belli ve değişmez bir haz ya da mutluluk kavramı oluşturması da mümkün değildir. Bunu oluşturan bir makine geliştirilmiş olsaydı bile insanın buna itibar etmesi anlamlı olur muydu? Haz makinasına bağlanmak isteyenler intiharı seçenlere benzerler; hayatı belli birşeye indirgemek isteyenlere yani. Haz ve yaşam birliktedir (*N.E.*X, 1175 b18). Her insan yaşamayı amaçlar ama yaşama birçok anlama sahiptir.Anca bu çok anlamlılık Aristoteles'i subjektivist yapmaz; çünkü algılanan algılamadan, hoşlanılan hoşlanmadan önce gelir. Birşeyin değerinin de bizim onu değerli görmemizden önce geldiği gibi.[5]

Bazı etkinlikler yalnızca kendileri için istenirler, yapılırlar; diger bazıları ise yalnızca sonuçlarından dolayı. Şimdi insanın

4 Erkızan, H.Nur; Aristoteles Yazıları:Etik ve Politika Üzerine, Sentez Yayınları, 2012, Bursa; özellikle s.13.101 ve ilerisi.

5 Clark, Stephen; Aristotle's Man: Speculations upon Aristotelian Anthropology, Oxford University Press, 1975, Oxford, s.157-158 ve ilerisi.

6 Erkızan, H.Nur; Aristoteles Yazıları: Metafzik ya da "İlk Felsefe" Üzerine, Sentez Yayınları, 2012, Bursa; özellikle s.83-107.

kendi anlamını ve varlığını sonuçlarda bulması uygun değildir. Başka bir ifadeyle, insan kendine aşkın sonuçların içinden anlamını bulamaz. İnsan için iyi olan şey kendine aşkın olamaz. İyilik benliğe aşkın olamaz. İşte bu nedenle *eudaimonia* etkinlik *(energeia)* olmak durumundadır ama asla *kinesis* değil. O kendisi içindir ve kendisi için istenir.[6]

"Erdemli eylemlerin böyle bir doğada oldukları düşünülür; çünkü soylu ve iyi işler kendileri için istenirler." (*N.E.*X, 1176 b8). Hoş şeyler de aynıdırlar; ama insanın onların peşinden gitmesi aptalcadır; çünkü eğlence (*amusement*) bir çeşit rahatlamadır (*N.E.*X, 1176b32). Uyanan uyumak durumundadır, her zaman uyanık olmak olanaksızdır (*De Somno* 454b7) Eğlence hoş bir şeydir ama o hayatın amacı olamaz. Kendisini çekiçle döven bir insanın bunu yapmadığı zaman rahatlaması ancak komik olabilir.

İçinde cesaret, ölçülülük veya adalet kırıntısı olmayan hiç kimse *makarios* olamaz (*Pol.*VII, 1323a27). Bu erdemler elbette maddi iyilerden once gelir; çünkü sonuncular birincilere bağlıdır ama tersi değil (*Pol.*VII, 1323a40). Bununla birlikte sivil erdemlere sahip olan ama diğerlerine sahip olmayan bir kişi ya da toplum ulaşması gerekene ulaşamamış demektir. İnsan saf teorik yaşamı gerçekleştiremez; o, olsa olsa tanrılara yakışır (*N.E.*X, 1178b 8) ama bu bizim teorik yaşamı bir tarafa bırakmamızı da gerektirmez. Fiziksel var oluşumuzu sürdürmek için ne kadar önemli olursa olsun kalp bile kendi kendine çalışmasını sürdüremez. Sivil erdemler hayatımızın merkezindedirler ama herşey değildirler. Şimdi konunun kavranışına ışık tutacak olan başka bir yöne bakalım. 'Bütün insanlar doğaları gereği bilmek isterler' (*Met.*I, 980a23; *Poet*; 1448b13). Aslında ve ancak; en yüksek şey hiçbirşeye işaret etmeyebilir de (*N.E.*X, 1178b). Şimdi eğer bilginin elde edilmesi veya bilginin peşinden koşma sivil yaşamdan daha önemli ise sosyal yaşama bilgi elde etmek için mi katılırız? Bilgi peşinden koşan bilim insanına hayran mı olmalıyız; yoksa ondan kaçınmalı mıyız? Kim bilimsel amaçlar için ölümü, cinayeti onaylayabilir? Kim sevmeden araştırabilir veya araştırmadan kim sevebilir? İşte bu ve benzeri sorulardır ki bazı Aristotelesçi filozofları *eudamonia*'nın kapsayıcı yorumuna götürdü. Ancak S.Clark'ın işaret ettiği gibi, bu da birbirleriyle yarışan değerlere götürdü ve hangi değere öncelik verileceği meselesi çözümsüz değilse bile meçhul kaldı.Clark'a göre sorunu aydınlatabilmek için Aristoteles'in bilgiden ne anladığı konusuna dönmeliyiz; başka bir ifadeyle, belli bir bilgi anlayışına. Şimdi ve önce şunu açıklıkla görmek gerekir ki; *X'in son derece şefkatli olması X'in Y'ye tecavüz etmesini haklı çıkarmaz; bu gerçeği değiştirmez.* Çünkü iki önerme aynı zamanda doğru olamaz. Sevgiden dolayı tecavüz akıldışıdır, aptalcadır. Dolayısıyla birinin teorik hakikate ulaşmak için, onun için meslektaşına zarar vermesi de makul olamaz. *Theoretikos*, ki o anti-sosyal ve hatta belli anlamlarda hukuk dışına çıkabilir, gerçekten ve gerçek anlamda bir bilgi-sever değildir. Sivil ve teorik *eudaimonia* birbiri ile buluşmak durumundadır. Bireysel erdemler ile toplumun erdemleri buluşmak durumundadır. En yüksek iyi konusundaki fanatizm çeşitli araştırma bi-

çimlerini geçersiz saymaya neden olur ama sanırım bu *theoria* için geçerli olamaz. *Theoria* etkinliğine devam edebilmek için bazı toplumlardan vazgeçilebilir ama toplum için *theoria'*dan vazgeçilemez. Çünkü hakikati arama sevgisinden vazgeçmiş bir toplum halihazırda ölüdür. Yani sevgi ve bilgiden vazgeçen her insan her toplum ölüdür (ı) Özetle; sevginin ve bilginin kendisiyle bütünleşemediği ya da buluşamadığı her insan ve her toplum ölüdür. (*N.E.X,* 1177b31)

İnsanın kendi yaşamını değil de, bir başka şeyin yaşamını seçmesi garip olur. İnsanın yaşamı ise görme ve bilgidir (*Protr*. f.7). Bu yaşam insandaki *tanrısallığı* ifade eden noetik/akılsal yaşamdır.

"İnsan dışında hiçbir canlı *eudaimon* olamaz; çünkü onların hiçbiri *theoria'*ya katılamazlar" (*N.E.*X, 1178b27) İster bireysel bağlamda isterse de toplumsal bağlamda olsun anlama, düşünme, bilme vazgeçilmez bir öneme sahiptir (*Protr*.fr.11). Çünkü; mutluluğun *ruhu* akıldır (*Daimon of eudaimonia is nous. N.E.*VI, *1144a4*).

Ancak insan ölümsüz değildir; kendini ölümsüz kılma gücüne sahip de değildir. Ölümsüz olmayı dileyebiliriz ama buna muktedir değiliz (*N.E.*I, 1111b22; *E.E.*1225b34). Zaten tanrı olmanın ne anlama geldiğini bilen hiçbir insan da tanrı olmayı dilemez (*N.E.*IX, 1166a19). Şimdi; içeriği olmayan bir arzu ya da dilek anlamsızdır. Bir şeye ulaşmayı dileyip ulaşamamak ise olsa olsa numara yapmaktır. Zaten insan kendi var oluşuna içkin olmayan bir hareketi gerçekleştirmekle değer de kazanamaz. İnsani yeşermenin gereği olan etkinlikler kendinden başka bir ereğe yönelmez. Yaşamın ereği kendine içkindir. Yaşamak, yaşamı tüketmek değildir. Aristoteles'in dediği gibi "eudaimonia" sahip olmak değildir; o, sahiplenilebilecek birşey de değildir (*N.E*. IX, 11 69). Sahip olduğumuz birşey bizden alınabilir; umut ettiğimiz birşey gerçekleşmeyebilir. Ancak insan; kendinden, benliğinden alınamaz; insanın benliği çalınamaz; çünkü insanın ne olduğu onun benliğinden ayrı değildir. İnsan kendi etkinliklerinin toplamıdır. O nedenle; *eudaimonia* dışsal şeylerin toplamına eşit değildir. İnsan en iyi olana fiziksel ve düşünsel olarak ansal olarak katılabilir (*Met.*XII, *1072 b13, N.E.*X, *1174 b 31*). Dolayısıyla, insan en yüksek iyiye göre iyi bir yaşamı değil, insani bir yaşamı gerçekleştirmeye yönelmelidir. Haz insani etkinliği mükemel kılar; ama o bir içkinlik değil, ona ektir; aynı çiçeğin açması gibi. Ve insan da etkinliğini sonsuz kılamaz (*N.E.*X, *1174b31*).

İnsani yaşam sonsuz değildir; bitimlidir. İnsani etkinlikler de aynı doğadadır. Herşey sönükleşir ama *nous*'un verdiği haz diğer tüm şeylerden daha kalıcıdır (*N.E.*X, *1177a25*). İnsan kendi içindeki en iyi şeye göre yaşamalıdır.İnsanın bilgiye mutlak anlamda sahip olması onun kapasitesinin ötesindedir; çünkü insan birçok bakımdan kölesel bir yapıya sahiptir (*Met.*I, *982 b28*)

Doğru eylem nedir sorusuna Aristoteles'in yanıtı 'insan nedirden' geçer. İnsanın kendini sevmesi, düşündüğünü eyleme geçirmekten geçer. Doğru olanı yapma insanın gerçek benliğini bulmasından ve onu sevmesinden geçer. İnsanı tanımlayan, ona kimliğini veren seçtiği yaşama biçimidir. Ama insan bunu kötü bir biçimde

yaparsa- örneğin, bir insan kendini içinde yaşadığı toplumdan soyutlayabilir, bunu seçebilir o kendi doğasına uygun bir yaşamı gerçekleştiremeyecek, benliğini kuramayacaktır.[7] Oysa; kendi benliğini kuran insanda, insan olmanın ne demek olduğu görünür olur. Bu toplum için de böyledir. Kendi benliğini oluşturamayanların oluşturduğu toplumda ise hem devlet ve hem de onun yurttaşları; hepsi *dusdaimon*, yani mutsuzdur.

7 Bu konuda Anglo-Sakson etik ve politika anlayışına güçlü bir biçimde meydan okuyan çağımızın en etkili filozofları (kadın!) arasında yer alan M.C. Nussbaum'ın tüm çalışmaları önemli ama yine de en vazgeçilmez olanı: "Human Functioning and Social Justice: In Defense of Aristotelian Esentialism", Political Theory, 1992. Ayrıca; Cultivating Humanity, Harvard University Press, U.S.A, 2003.

İdeoloji / İdeolojik Kişilik Olgusunun Olumsuzluğu Üzerine

Ahmet GÜRBÜZ*

I- GİRİŞ

Jean Bruller Vercors'un anlatımıyla, kadim zamanlardan beridir kabul edile gelen görüş ve değerlendirmeleri karşılaştırmaktan, bir araya getirip benzer ve ortak vurgularını teslim etmekten öte bir şey değildir amacımız. Bir sır çözmek, bilinmeyeni açıklamak niyetinde değiliz; ama bilinenleri karşılaştırmak ve bir araya getirmekle müşterek hakikati gün ışığına çıkarabiliriz belki ve bu hakikat uzun zamandır biliniyor sanıldığı halde gerçekte saklı kaldığı için daha da göz alıcı bir ışık ve aydınlık saçabilir.[1]

Bu çalışmanın asıl amacı, ideoloji üzerine yapılmış olan ve tükenmek bilmeyen tartışmalar konusunda bilgi vermek ve onlara eşlik etmek değildir. Kesin bir tanımı yapılamamakla birlikte "ideoloji" kavramı günümüzde daha çok olumsuz bir anlamsal niteliğe bürünmekte ve düşünce ya da eylemlerinde objektif değil de, kendi kalıplaşmış ön yargılarına göre davranan, gerçekliği tanımayan, dünyayı yalnızca kendi ideleri ve tasarımlarına göre algılayıp biçimlendirmek isteyen kişi "ideolog/ideolojik kişilik" olarak adlandırılmaktadır.[2] Bu çalışmada olumsuzlanan "ideoloji" kavramı *"varlığa, yaşama, eşya ve olaylara dair tartışılamaz ve mutlak kabul içeren hazır dogmatik sosyal inanç içerikleri ve bu inanç içeriklerinin belirli bir sosyo-politik gaye uğruna araçsal* işlev görmesi" anlamında; "ideolojik kişilik" kavramı da bu ideoloji tanımı doğrultusunda *"belirlenmiş sosyo-politik gayeler uğruna, tartışılamaz mutlak dogmatik inanç kalıplarına dayalı maddi ve kültürel oluşum/organizasyona bağımlı ve onun direktifinde olan kişi/kurum"* anlamında ele alınmakta ve kullanılmaktadır.

Terim/kavram olarak "ideoloji" ─ Eski Yunan filozoflarından Platon'un "ide/ideal" kavramını çağrıştırmak ya da ona dayanmakla birlikte ─ son yüzyıllardan itibaren ortaya çıkmış olsa da; aslında bu çalışmada kullanıldığı anlamıyla "ideoloji" ve "ideolojik insan" içerik/anlam/öz olarak tüm insanlık tarihi boyunca var olmuş ve var olmaya da devam edecektir. Çünkü bu anlamda ideoloji, zaman/mekân/nitelik olarak ne biçimde olursa olsun tüm toplumlar açısından toplumla birlikte, toplumsal yaşamla birlikte ortaya çıkar ve bu görünümüyle reel anlamda bir "evrensellik/insanilik (insana dair olma)" özelliği taşır.

---

* Prof. Dr., Bingöl Üniversitesi İİBF Kamu Yönetimi Bölümü Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

1 Jean Bruller VERCORS, s. 10.

2 Vecdi ARAL (HFTS), s. 204.

II- ETİMOLOJİK VE TARİHSEL BAĞLAMDA İDEOLOJİ

Bilindiği gibi, 18.yüzyılın sonlarından itibaren kullanılmaya başlanan "ideoloji" kelimesi, ilk başlarda, etimolojik anlamına yakın olarak "amacı fikirleri, bunların köken ve niteliklerini incelemek olan bir bilim" anlamını taşıyordu.[3] "İdeoloji" teriminin buna yakın tanımlarından birisi de "ideal ya da soyut tahliller ve kurgusal teorilendirmeler" oluşudur ve bu anlamda kullanılması, 19. yüzyıl Batılı felsefecilerin büyük çoğunluğunun ortak ve temel karakteristik özelliklerinden birisini oluşturmaktadır.[4] Daha sonraları, aşamalı bir biçimde "reel olgulara tekabül etmeyen, soyut fikirler üzerine boş/soyut analiz ve tartışmalar", "bir siyasi partiye ilham veren doktrin", "tarihsel/politik dünyanın toptan tevil/yorumlanma sistemi", "müstakil bir hayatı olan ve münhasıran kendi kanunlarına tabi bir fikirler toplamı"[5] gibi anlamlarda da kullanılan "ideoloji" kavramının yerine zaman zaman, daha esnek ve müphem bağlamda "dünya görüşü"[6] sözcüğü de kullanılmıştır.

Fenomenolojik açıdan ideoloji olgusunun insanlık tarihindeki oluşum/gelişim süreçleri irdelendiğinde şu tespiti yapmak mümkündür. İdeolojik düşünsel içerikler ilk başlarda belirli önder(ler) tarafından dile getirilip savunulmakta ve zamanla bu ideolojik düşünce içerikleri sistematize bir biçimde gelişip yayılmakta ve tüm varlığa/yaşama ilişkin genel ve temel kalıplar biçimini almaktadır. Özellikle bu ideolojik içerikleri ortaya koyan önder(ler) sonrası zamandan başlayarak, bu ideolojik düşünsel içerikler artık giderek içerik ve anlam olarak sabitleşip kalıplaşmakta ve –orijinal vazedicileri hayatta olmadıkları için– tartışılıp yorumlanarak geliştirilemez bir görünüm almakta ve süreç içerisinde, kullandığımız anlamda ideoloji halini almaktadır.

"İdeolojik kişilik" kavramı aslında "insan kişiliği tipolojisi" bağlamında değerlendirilebilecek bir isimlendirmedir. Fenomenolojik bir irdeleme bize insanlık yaşam tarihinde farklı insan kişiliği tiplerinin mevcut ve geçerli olabildiğini göstermektedir; *vital insan, ekonomik insan, hedonist insan, teorik insan, estetik insan, etik insan* gibi.[7] Tüm bu insan kişiliği tiplerinde, *tek yanlı olma ve yaşamın ve değerlerin belli bir yönü ve boyutuyla aşırı ve sapkın bir biçimde bağımlı olma durumu* geçerli ve söz konusu olmaktadır. İnsanın değer bilincinin kapasitesi, kapsamı ve işleyim biçimi ile bağlantılı olan bu durum, değerlerin insan tarafından kavranıp kabullenilmesinin, doğası ve insanın sonlu bir varlık olması gereği bazı sınır ve tahditler içermesinden

3 Paul DIMITRIU, s. 66. Bu kelime, ilk kez 1796 yılında, pozitivizmin akıl babalarından Fransız düşünür Destutt de Tracy tarafından, "İdeolojinin Unsurları Üzerine Deneme" adlı eserinde kullanılmıştır.

4 Henry D. AIKEN, s. 13-14.

5 Paul DIMITRIU, s. 66-67.

6 Almanca "weltanschauung" sözcüğünün karşılığı olarak. Bu konuda bkz: Cemil Meriç (SN), s. 296-302; Vecdi ARAL (HFTS), s. 202-207; Yasin CEYLAN, s. 195.

7 Vecdi ARAL (HFTS), s. 86-88.

de kaynaklanmaktadır. Tüm bu tek yanlı insan kişiliği tiplerinin karşısına, teorik ve pratik tüm değerleri algılayıp benimseyen bir insan idesi "homo üniversalis"in konulabileceği söylenebilir.[8] "İdeolojik kişilik" isimlendirmesi ile de aslında bir bakıma "ideolojik insan" tiplemesi kastedilmiş olmaktadır. İdeolojik kişilik/ideolojik insan, varlığa ve değerlere yalnızca kendisine empoze edilmiş olan tek yanlı ve zorbacı/mutlakçı bir bakış açısıyla yaklaşan bir insan tipini yansıtmaktadır.

III- İDEOLOJİ KAVRAMININ TEMEL UNSURLARI

"İdeoloji" kavramının belirgin karakteristik özelliklerinin neler olduğuna bakıldığında şunlar söylenebilir:[9] İdeolojinin temel/kökensel özelliği, onun insanın haklı olma/hükmetme ihtirasından doğmuş olmasıdır. Bu noktada önemle dikkat edilmesi gereken ince husus, ideolojinin bu özelliğinin, insanın hakikate/hakka/adalete yönelik bir "ihtirasını" değil fakat salt haklı olma, üstün olma, hükmetme arzu ve ihtirasını ifade ettiği hususudur. İdeoloji sayesinde, ideolojik kişi, kendi gözünde ve onun gibi düşünüp hareket eden başkalarının gözünde "haklı/kıymetli" oluverirken aynı zamanda böyle bir haklılık ve kıymetliliği kabul etmeyenleri kullanabilecek, saf dışı bırakabilecek ve bütün bunları yaparken kendisini haklı bulabilecektir. İdeoloji ve ideolojik kişilik bu yönüyle pragmatiktir. İdeolojik kişi ya da ideolog, doğru olduğunu ileri sürdüğü şeyi objektif olarak deneyimlemeye pek yanaşmaz, olgular içinden yalnızca kendi işine gelenleri ve iddialarına destek olarak kullanabileceklerini seçerek alır. Onun gayesi, var olduğunu farz ettiği şeyin asılsız olup olmadığına ilişkin hakikati bulup kabul etmek değil – aksine kendi doğrularından kuşku duymasına yol açabilecek hiçbir hakikati görmek ya da duymak istemez –, kendisinin doğru ve haklı olduğuna habire başkalarını inandırmaya, ikna etmeye çabalamaktır. İdeoloji bu yönüyle tümüyle bir aklileştirme, rasyonalize etme, mantıksallaştırma faaliyetidir. Benimsenen her davranış/tutum/yaklaşım/fikir mantıksal açıdan insicamlı, ahlaksâl açıdan kabul edilebilir bir konuma yükseltilir. Her ideoloji kutsal olanı aklileştirir, aklı kutsallaştırır ve bu şekilde yaşamak için sebepler koyar ortaya. Aynı zamanda başkalarını ezmek, yok etmek için de sebepler bulur. Bu nedenle tüm ideolojilerin açık ya da gizil olarak "katil ruhlu, fetihçi, kan kokar"[10] özellikte oldukları söylenebilir.

İdeoloji toplumsal bir olgudur aynı zamanda. Bir ideoloji yalnızca ve tümüyle bireysel bir kurgulama/uydurma olarak görülemez. Bir ideoloji, sosyal bir sınıf/zümrenin kendine özgü yanını/hususiyetlerini ortaya koyduğu, başkalarından ayrıldığı ya da başkalarıyla ters düştüğü ortak tasavvurların bütünüdür. Aynı zamanda kendi çapında parçal/nisbi bir sistemin bütününü oluşturan bu özgün tasavvur/yaklaşım biçimlerinin zümreyi oluşturan herkes tara-

8 Vecdi ARAL (HFTS), s. 88.

9 Jean-William LAPIERRE, s. 6-35.

10 Jean-William LAPIERRE, s. 20.

fından bilinmesi, zümreye mensup kişiler arasında özel bir iletişimi olanaklı kılar ve bu ortak tasavvur/bilgi/yaklaşım, zümreyi giderek bir "cemaat" yani "hususi bir bilgi mübadelesi tarzıyla kendini belli eden bir iletişim ve dayanışma dünyası" haline getirir. Zümrenin mensupları bu ortak "ideoloji"leri üzerinde hemfikirdirler ve bu "ideolojik veriler" sayesinde hem birbirlerini anlar hem de onlar gibi düşünmeyenleri/başkalarını dışlarlar. Dolayısıyla bu anlamda bir zümreye intisap etmek bu zümrenin ideolojisini benimsemek/kendisiyle özdeşleştirmek demektir aynı zamanda.[11]

Diğer yandan ideoloji tarihsel bir olgudur. Bu yönüyle hiçbir ideolojinin yeni bir yaratı, yoktan var edilmiş bir şey olduğunu söylemek mümkün değildir. Aksine, ideolojik içerikler ideolojik zümrenin de dâhil olduğu toplumun bütününün kültürü olan ortak inanç ve kabullerin derin ve köklü varlığından esinlenir ve beslenirler. Daha doğrusu ideolojik içerikler, yabancı bir kültürden aktarılmış olsalar da ya da yeni insan topluluklarının yenilikçi sosyal hareketliliklerinin ivmesini oluştursalar da mutlaka *"ma'şeri hafızanın engin deposunda gömülü kalmış tasavvurlarla"*[12] ilintili olmak ve bunları gerekirse ters yüz edip yeniden anlamlandırmak, yorumlamak, yeni bir sistematiğe tabi tutmak durumunda/özelliğindedirler.

İdeolojinin önemli unsurlarından birisi de, kendince bir değerler hiyerarşisini içeren ortak inanç ve kabullerin toplamı olmakla kültürel bir olgu oluşudur. İdeolojik içerik soyut bir sözdür her şeyden önce: Fikirler arasında bağlantılar kuran, kurduğu bu bağlantılar aracılığıyla ya da buna bile gereksinme duymadan doğrudan doğruya kendini takdim eden, kendi içeriklerinin mutlak doğru/üstün/bağlayıcı olduğunu buyuran bir söz. Diğer bir anlatımla, bu açıdan bakıldığında, ideoloji bir dildir; yani *"gerçekliğin üzerine geçirilmiş bir tel kafes."*[13] Bu nedenle ideolojinin asıl anlam ve işlevi, bir çeşit semboller repertuarı olan terminolojisinden çok, derinleme yapısında yani bu sembollerin işaret ettiği temel yaklaşım biçimlerinde aranmalıdır.

Her ideoloji kendince bir değerler ve değerlendirmeler manzumesidir aynı zamanda. İdeolojik algıda belli değer ölçütleri vardır ve bu değer ölçütleri aracılığıyla, kendisine tabi olanların hayatı nasıl algılamak ve yaşantılamak gerektiği konusundaki tüm küçük/büyük sorularına yanıtlar içeren değerlendirmeler sistematiği oluşturulur. İyinin/kötünün, güzelin/çirkinin, doğrunun/yanlışın, haklılığın/haksızlığın, değerlinin/değersizliğin ne olduğunu: Neyin sevilmesi/arzulanması, neden nefret etmek/kaçınmak gerektiğini belirler ve her konuda neye inanılması ve nasıl davranılması gerektiğine ilişkin tüm ayrıntılı yanıt ve çözüm modellerini sunar. Daha da önemlisi ve belirleyici olanı, her ideolojik içeriğin, içinde aynı zamanda şiddetli ve güçlü bir heyecan yükünü taşıyor olmasıdır. Bağımlısının açıkta ya da gizil tüm içgüçlerini seferber edebilmesini

11 Jean-William LAPIERRE, s. 8.

12 Jean-William LAPIERRE, s. 9.

13 Pierre GUIRAUD, s. 120.

bu etkileyici/belirleyici/harekete geçirici temel metafizik özelliğine borçludur. İdeolojik kişi yani bir ideolojinin bağımlısı kimse eğer ideolojisine bunca yoğunlaşmış bir ruh haliyle katılıp tabi olabiliyorsa, bunun nedeni, ideolojinin bu kişinin maddi ya da manevi tüm gereksinme/arzu/özlem/iştiyak/tutkularını dile getirmesi, terennüm etmesidir. Bir ideoloji, bağımlısını, tüm tavır ve tutumlarının haklılık kazandığı ve manevi olarak tatmin edilmiş bir âlemde meskûn kılar adeta. Bu önemli özelliğiyle ideoloji, egemen odaklara, kendi iktidarını kollayıp artırmak için bağımlı ideolojik zümreyi alet olarak kullanma fırsatı verir. İdeoloji bu temel rolünü yerine getirirken, bunu, ifade ettiği şeye kılık değiştirterek yani kullanıcı egemenin kişisel çıkarını çarpıtıp halkın/kamunun/insanlığın/mukaddesatın/milliliğin gereği haline dönüştürerek yapar. Kullanıcı egemenin asıl amaç ve gayesi, bütün çıplaklığı ile kendini göstermekten uzak olduğu gibi, gizli derinliklerde, maskelenmiş durumdadır ve kendisine karşı koyanları yok etmek için sınırsız/çeşitli hilelere sahiptir. İdeolojinin sahip olduğu ruhsal karakter böylece bir yandan egemen kullanıcının hakikati tersyüz ederek kendi iktidarını kollayıp çoğaltmasına yol açarken, diğer yandan da kullanılan zümrenin maddi/manevi olarak ikna ve tatmin edilmesini ve bu yolla nihai amaca ulaşılmasını mümkün kılmaktadır.

İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusunun yapısal özelliği konusunda şu önemli hususu da ifade etmek gerekir. İdeoloji her şeyden önce bir "*organizasyon*"dur ve tüm organizasyonların doğası gereği sahip olmaları kaçınılmaz olan "kötü olma / kötülük üretme" özelliğini kendisinde taşır. İdeoloji organizasyonunun şematik yapısında iki ayrı temel kurucu ve fonksiyonel süje/kişilik bulunmaktadır: Birincisi yani temel kurucu kişilik en yukarıda bulunan, organizasyonu evirip-çeviren, onu kendi amaçları doğrultusunda işletip fonksiyonel kılan ve olup-biten her şeyin iç yüzüne vakıf olan kurucu/sahip/etken kişiliktir. İkincisi yani fonksiyonel süje-kişilik ise, organizasyon yapı ve şemasının bel yapısını oluşturan, olayın içyüzünü kavramaktan yoksun ve kandırılmış/ikna edilmiş olan, organizasyonun işleyip-idame olabilmesi için emek-eylem harcayıp bunun acısını ve kurgusal/ütopik tatminini yaşayan kitleleri ifade eden eleman süjeler/edilgen kişiliklerdir.

IV- İDEOLOJİNİN RUHSAL ANALİZİ / İDEOLOJİK KİŞİLİĞİN KÖKENLERİ

İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusunun en başta gelen kökensel özelliği, daha önce de belirtildiği gibi, onun insanın haklı olma/hükmetme hırs ve ihtirasından doğmuş olmasıdır. Bu noktada önemle dikkat edilmesi gereken ince husus, ideolojinin bu özelliğinin, insanın hakikate/hakka/adalete yönelik bir "hırs ve ihtirasını" değil fakat salt haklı olma, üstün olma, hükmetme arzu ve ihtirasını ifade ettiği hususudur. İdeoloji sayesinde, ideolojik kişi, kendi gözünde ve onun gibi düşünüp hareket eden başkalarının gözünde "haklı/kıymetli" oluverirken aynı zamanda böyle bir haklılık ve kıymetliliği kabul etmeyenleri kullanabilecek, saf dışı bırakabilecek ve bütün bunları yaparken kendisini haklı bulabilecektir. İdeoloji ve ideolojik kişilik bu

yönüyle acımasız derecede pragmatiktir. İdeolojik kişi ya da ideolog, doğru olduğunu ileri sürdüğü şeyi objektif olarak deneyimlemeye pek yanaşmaz, olgular içinden yalnızca kendi işine gelenleri ve iddialarına destek olarak kullanabileceklerini seçerek alır. Onun gayesi, var olduğunu ileri sürdüğü şeyin asılsız olup olmadığına ilişkin hakikati bulup kabul etmek değildir. Aksine kendi doğrularından kuşku duymasına yol açabilecek hiçbir hakikati görmek ya da duymak istemez. Onun asıl gayesi ve yapmak istediği, kendisinin doğru ve haklı olduğuna habire başkalarını inandırmaya, ikna etmeye çabalamaktır.

İnsanlık yaşamı açısından ideolojinin en başta gelen olumsuzluğu kanımızca onun, insan iradesine varlığın/eşyanın anlam ve değerine ilişkin dayatmada bulunması, insan iradesinin insanın varoluşsal serüvenindeki biricik varlığı ve temel kişiliği olduğu etik hakikati ret etmesinde aranmalıdır. Böylece ideolojinin en belirgin olumsuzluğu, onun hakikatin ve anlamın algılanması bağlamında temel bir yanılgı ve kusur içinde olması biçiminde kendisini göstermektedir. Çünkü etik değer olarak doğrunun ve hakikatin ya da varlığın anlamlandırılmasının insan iradesine karşı dayatma ve zor uygulama yoluyla mevcudiyet bulamayacağında hiçbir kuşku yoktur. İdeoloji kendi bağımlısı ideoloğa (ideolojik kişilik), inanma ve davranmasında objektif hakikate göre değil de kendisine empoze edilen kalıplaşmış önyargılara göre hareket etmesini, realiteyi tanımayıp gerekirse onu tersyüz ederek anlamlandırmasını, dünyayı yalnızca kendisine empoze edilen inançsal kalıplar doğrultusunda dizayn edip biçimlendirmek için çaba göstermesini öğretir ve dayatır. İdeolog/ideolojik kişilik, biricik hakikat olarak kabul ettiği görüşünü bütün insanlara zorla benimsetmek, topluma/toplumsal yaşama/dünyaya kendi bu ideolojik kalıpsal tasarımları doğrultusunda bir yön ve biçim vermek ister ve bunun için habire çabalar durur. İdeoloji kendi bağımlısı ideolojik kişinin yalnızca değerlendirme ve muhakeme etme yeteneğini zedelemekle kalmaz, aynı zamanda onun hakikat karşısındaki tavır ve tutumunu da etkiler, onu bu konuda dürüstlük ve içtenlikten yoksun bırakır. İdeolojik kişi bizzat kendini aldatmakla kalmaz, başkalarını da bilinçli olarak yanıltır ve bunu reel gerçekliği ve değersel hakikati kendi dogmatik görüşlerine uygun yorum yöntemleri paralelinde gerekirse tersyüz ederek gizlemek, üstünü örtmek, değiştirip çarpıtmak biçiminde yapar.[14]

Her ideolojik içerik, içinde aynı zamanda şiddetli ve güçlü bir heyecan yükünü taşır. İdeoloji, bağımlısının açıkta ya da gizil tüm içgüçlerini bu etkileyici/belirleyici/harekete geçirici temel metafizik özelliği aracılığıyla seferber ettirir ve gerçekleştirir. İdeolojik kişi yani bir ideolojinin bağımlısı kimse asıl bu yolla ideolojisine, bunca yoğunlaşmış bir ruh haliyle katılıp tabi olabilmektedir. Aynı zamanda bu önemli özelliğiyle ideoloji, egemen odaklara, kendi iktidarını kollayıp artırmak için bağımlı ideolojik zümreyi alet olarak

14 Vecdi ARAL (HFTS), s. 205.

kullanma olanağı sunar. İdeolojinin sahip olduğu ruhsal karakter böylece bir yandan egemen ya da egemen olma amacındaki odakların hakikati tersyüz ederek kendi iktidarlarını kollayıp çoğaltmasına yol açarken, diğer yandan da kullanılan zümrenin yani ideolojik kişiliklerin maddi/manevi olarak ikna ve tatmin edilmesini ve bu yolla nihai amaca ulaşılmasını sağlamaktadır.

İdeolojik kişiliğin en önemli ruhsal karakteristik özelliklerinden bir tanesi, onun başka bir ideolojiyi savunan kimseleri düşman olarak görmesidir. Ona göre, başka türlü düşünen/inanan kimse "maskesi düşürülüp gerçek yüzünün meydana çıkarılması gereken, hakikat düşmanı, karşıt" bir kimsedir. Bu nedenle, farklı düşünen/kendisinden olmayan kimselerin gücünün kırılması, yok edilmesi uğruna her şey göze alınmalı, bunun için her yola başvurulabilmeli ve her şeye katlanılmalıdır. Öyle ki farklı düşünen/kendisinden olmayan bu kimse ya da kimselerin dürüst, güvenilir, erdemli vb. olmaları bile bu bağlamda hiçbir önem ve kıymet arz etmez. Farklı düşüneni/kendisinden olmayanı ideolojik kişiliğin lanetinden kurtaracak olan, yalnızca kesin bir "evet" yanıtı olabilir.[15]

İdeolojik kişiliğin kökensel yapısı bağlamında olumsuz etkenler olarak, 'ben' ve 'başkaları' kavramlarına ilişkin algının analizini yapmak bu açıdan yol gösterici olabilir. Bu olumsuz etkenler, benzer bir diğer adlandırmayla, 'dışsal' ya da 'içsel' etkenler biçiminde değişiklik gösterebilir.

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

İdeolojik savların tutsağı olmuş ya da bu bağlamdaki organizasyonların içerisine adeta kendisini bir *'belirlenen nesne'* gibi bırakıvermiş bir kişilik, bağımsız ve tarafsız bir kişilik olma niteliğinden yoksun kalacaktır. Bunun gibi, bireysel olarak kendisinin, çevresinin ya da herhangi bir nitelikteki herhangi bir topluluğun istek ve çıkarlarını sağlamak amacını içselleştirmiş bir kişilik, olayları ve hakikati tarafsız ve objektif bir biçimde algılamada ve değerlendirmede yetkin bir kişilik olarak vasıflandırılamaz. Bu konuda daha da önemli olumsuz dinamikler; tutku, kin, düşmanlık, kibir, çekememezlik, üstünlük taslama gibi olumsuz psikolojik duygulanımları yansıtan içsel etkenlerdir. 'Ben' duvarı, bazı durumlarda, *'kendini üstün tutma, kendini değerli ve diğer insanları değersiz bulma, kendi egosuna değer yükleme'* biçiminde somutlaşır.

15 Vecdi ARAL (HFTS), s. 205.

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

'Başkaları' kavramı burada genel olarak '*bireyin, kendi gerçek değerlendirme ve inançlarının oluşmasında diğer insanların ya da toplumun salt anlamda belirleyici olmasına olanak tanımaması gereği'* anlamında kullanılmaktadır. Birey, erdemlilik sürecinde başarı sağlayabilmek için, kendi ahlaksal değerlerini, yaşam felsefesini, dinsel inançlarını ve bunun gibi diğer, gerçek kişiliğine ilişkin tüm inanç ve değerlendirme biçimlerini; başkalarının ve toplumun etkisinde kalmadan, onların tutsağı olmadan kendi özgün ve özgür istenciyle özümseyerek ve içselleştirerek oluşturabilmeli, kurabilmelidir. Başkalarının yaşam felsefemizin ve kişiliğimizin oluşmasında belirleyici olmaktan dışlanmaları gereğinin kavranması, bir açıdan da, gerçek bilginin ve erdemliliğin elde edilebilmesi için kesin bir koşul konumundadır. Başkalarına yönelik, bu bağlamda tavır koyabilmek için, kuşkusuz onların kınama ve hor görmelerinden etkilenmemek, dahası, bu kınamalara, destekleyici etken işlevini yükleyebilmek gerekir. Bu anlatımın, yani 'başkaları'nın bu bağlamda değerlendirilmesinin, yalnızca değer yaratma kaynağı olmak açısından söz konusu ve bununla sınırlı olduğu kuşkusuz anımsatılmalıdır. Diğer insanlara ve topluma karşı söz konusu olan her türlü sorumluluklar ve ilişki biçimleri, kuşkusuz geçerliliğini korumakta ve somut konunun dışında kalmaktadır. Başkalarının değerlendirilmesine ilişkin önemli bir nokta da, bireyin, erdemlilik sürecindeki gelişimi açısından, diğer insanları yani başkalarını eleştirip değerlendirmekle gündemini sınırlı tutmasındansa, eleştirel yaklaşım ve yeteneğini daha çok kendi kişiliğine yönelterek, gelişmesine katkıda bulunması gereğidir.

İdeoloji kavramı ve olgusunun olumsuz bir nitelik kazanmasıyla, temel ahlaksal değerlerden birisini oluşturan 'alçakgönüllülük/tevazu' erdeminden yoksun bulunma arasında yakın bir ilinti ve etkileşim olduğu söylenebilir. Bu iki durum yani ideoloji bağımlılığı ile 'alçakgönüllülük/tevazu erdeminden yoksunluk', adeta birbirini destekler özelliktedir. Alçakgönüllülük/tevazu etik değeri, *bireyin kendi sonluluğunun bilincinde olmasını, her zaman ve koşulda nesnel hakikati benimsemeye hazır durumda bulunması*nı deyimler. Birey; eğer nesnel hakikati benimsemeyi değil de kendi belirlenmiş ideolojik tutku ve bağımlılıklarını doyuma ulaştırmayı amaç edinmiş ya da bu duruma sokulmuşsa, kuşkusuz, gerçek ve özgür varlık sahibi bir kişilik olmaktan uzaklaşıp, bir araç olma konumuna düşmüş olacaktır. Bu konuda sufi düşünürlerin anlatımları takdire şayandır kanımızca: *Bireyde alçakgönüllülük/tevazu (huşu; nesnel gerçeği benimseme istenci) bulunduğunun*

göstergesi, kızdırıldığında ya da isteğine aykırı davranıldığında ya da reddedilme durumunda kaldığında bile, nesnel hakikatlilik varsa bunu kabul ile karşılamasıdır (Kuşeyri). Bilge olumlayıcı ve benimsemeye hazır, bilgiden yoksun kimse ise iddiacı (görüşünde diretici) ve olumsuzlayıcı'dır (Tusi).[16]

V- TEKNİK, BİLİM VE FELSEFENİN İDEOLOJİYE İNDİRGENMESİ

Vecdi ARAL'ı izleyerek[17] söyleyebiliriz ki bilgi ve bilimin mevcudiyetinin kökeninde gerçekte insanın varlığı anlama ve değerlendirme gereksinmesi bulunmaktadır; çünkü hakikat değeri, doğası gereği insanı kendisini oluşturan ve çevreleyen tüm eşyaya, varlığa ve olaylara ilişkin bilgi edinmeye zorlamaktadır. Bu zorlama, tüm etik değerler için geçerli olduğu gibi, hakikat değerinin de içerdiği 'olması gereken'den kaynaklanan ve vicdanımızın bize yönelttiği bu yoldaki sesin algılanmasıdır. ARAL'ın ifadesiyle "Nedir ki "hakikat"in, içimizde "gereksinme" duyumsaması olarak algılanması, doğal yanımızdan gelen çıkarlarımızla ilgili motivasyonların varlığını dışlamaz… "Ahlaken iyi" dediğimiz en yüksek değer, yaşamdaki değer çatışmalarında yüksek değerin seçilmesi ile gerçekleşeceğine göre, *bilimi hakikat uğruna yapmanın soylu ve erdemli bir tutum olacağı kesindir. Şöhret yada para kazanma, sosyal bir mevki edinme ya da sırf bir ideoloji uğruna yapılan sözüm ona bilimsel çalışma ciddiye alınamaz, alınmamalıdır. Hakikat değeri bütün bunlardan üstündür ve insanın tinsel yanından gelmekle insanın asıl kendisinin bir görünümüdür.* Bu nedenle, hakikat kaygısından koparak yapılacak her bilme, bilgi edinme eylemi insanın kendini kendi dışındaki bir amaca araç olarak kullanma anlamına gelir ki, bunun ahlaka aykırı olduğu bilinmektedir."[18]

Reel gerçekliğe bakıldığında ve bilim insanına empoze edilen teknolojik gayeler ve emrine sunulan çeşitli ve sınırsız olanaklar göz önüne alındığında, bilimsel araştırmalar üzerinde ideolojilerin doğrudan ya da dolaylı olarak kaçınılmaz bir biçimde etki ve belirleyiciliğinin olacağı ortadadır. Gerçekten de bir yandan bilim insanının aldığı eğitim ve kendisine sunulan çalışma ortamı ve koşulları, diğer yandan da yapılan/yapılacak bilimsel çalışmaların epistemolojik, felsefi ve teknolojik değerlendirilme ve kullanım biçimi ideoloji ile bilim arasında çok ciddi ve tehlikeli bir köprü oluşturabilmektedir. Tüm bu olabilir gerçeklikler karşısında, yapılan bilimsel araştırmaların ideolojik tesirlerden masum, "saf/katışıksız" ya da "asli/bağımsız" oldukları rahatlıkla söylenebilir mi?[19]

İdeoloji-bilim ilişkisi bağlamında özellikle sosyoloji-ideoloji ilişkisine dair dile getirilen, sosyolojinin *"insan'a hizmet edecek yerde sermaye babalarına, teknokratlara ve müesses nizama hizmet etmekte"* olduğu, oysa "eğer hiçbir zaman ayrılmaması icabeden insan ile meşgul olursa,

16 Ahmet GÜRBÜZ (HDTFTV), s. 212.
17 Vecdi ARAL (BBBA), s. 44-45.
18 Vecdi ARAL (BBBA), s. 45.
19 Gerard BUIS, s. 43-44.

hem insan için meşru bilgiler üreteceği, hem de insanın saadeti için hakkı teslim edilen bir vasıta olacağı"[20] biçimindeki eleştiriler dikkat çekmektedir.

Yine bu bağlamda, Marksizm'in *"felsefenin aydınların bir afyonu olduğu"* biçimindeki yaklaşımı dikkat çekicidir. Toplulukları yönlendirmek için felsefenin değil de ideolojinin gerekliliği noktasından hareketle Marksizm'in felsefeyi ideolojiye icra etmeye yönelik yaklaşımı, ideoloji ile bilim ve felsefe arasında kurulan ve bilim ve felsefenin öngörülmüş belli amaçlar doğrultusunda araç olarak kullanılmasını içeren bir ilişki ve anlayışı yansıtmaktadır gerçekte. Bu temel yaklaşım biçimi belli bir aşamada Marks'ın, felsefeyi *"insanın gerçek ihtiyaçları yerine, mücerret bir hakikat ihtiyacı ve proleterlerin menfaatleri yerine, beşeri varlığın hiçbir sınıfa, hiçbir realiteye dâhil olmayan ve felsefi muhayyilenin bulutlu semalarından başka hiçbir yerde mevcut olmayan umumi manadaki insanın menfaatlerini ikame etmekl*e" kınamasına bile, trajik bir biçimde de olsa yol açabilmiştir.[21] Bu yaklaşım, asıl, felsefeyi insanlık tarihinde sosyo-politik amaç/çıkarlar için kullanılmaya müsait kılan temel niteliğin onun insanların hayatıyla iç-içe olduğu hakikatinden başka bir şey olmadığını görmezden gelmektedir. Belli bir sosyo-politik vb. gayenin boyunduruğuna girdiğinde ise felsefe artık felsefe değil yalnızca bir ideolojidir.[22]

Fenomenolojik olarak irdelendiğinde, çağımız dünyasında, objektif etik değerlere dayanan kadim insanlık kültüründen uzaklaşılmasının, modern ve batılı pozitivist bilim ideolojisi aracılığıyla büyük oranda gerçekleştirildiği ileri sürülebilir.[23] Bu açıdan bakıldığında günümüzde, ülkemiz ve toplumumuz da dâhil özellikle geri bıraktırılmış ülke ve toplumlarda mevcut/geçerli olan bütün modern entelektüel akımların kaynağında pozitivizm ya da pozitivist bilim ideolojisinin yer aldığı rahatlıkla söylenebilir. Pozitivizm ya da pozitivist bilim ideolojisi kadim insanlık kültüründen kopmanın/koparılmanın biricik aracı olarak işlev görmüştür adeta. Çağdaş tarihsel süreç, Batı'ya açılan geri bıraktırılmış toplum entelektüellerinin kendi toplumlarından devraldıkları kadim insanlık kültürünün içeriklerine pozitivist bilim ideolojisi yoluyla karşı çıktıklarına tanıklık etmektedir.

Modern teknoloji ile ideoloji arasındaki ilişki konusunda Herbert MARCUSE'ün anlatımı bu açıdan büyük önem arz eder: *"Belki de teknik akıl kavramı bizzat ideolojidir. Tekniğin salt kullanımı değil, bizzat kendisi de (doğa ve insan üzerinde) iktidardır, yöntemli, bilimsel, hesaplanmış ve hesaplayan iktidar. İktidarın belirli amaçları ve istemleri (Interesse) tekniğe ancak 'sonradan' ve dışarıdan empoze edilmiş değillerdir –onlar bizzat teknik aygıtın yapısına dâhildirler; teknik her defasında tarihsel –toplumsal bir tasarımdır; ve onda bir toplumun ve ona hükmeden istemlerin insanlara ve şeylere ne yapmak istedikleri yansıtılmıştır. İktidarın böyle bir amacı*

20 Michel AMIOT, s. 55.

21 Etienne BORNE, s. 153

22 Etienne BORNE, s. 163.

23 Hüsamettin Arslan, s. XIV.

'maddi'dir ve bu bakımdan bizzat teknik aklın biçimine aittir." "Bugün iktidar kendini salt teknoloji aracılığıyla değil, tersine teknoloji olarak ölümsüzleştirmekte ve genişletmektedir ve bu da bütün kültür alanlarını içine alan, geniş politik erki, büyük meşrulaştırmayı sağlamaktadır."[24]

Jürgen HABERMAS'ı izleyerek, 19. yüzyılın sonundan itibaren modern kapitalizmi belirleyen önemli ve güçlü bir unsurun 'tekniğin bilimselleştirilmesi' olgusu olduğunu söyleyebiliriz.[25] Çağdaş dünyanın egemen kapitalist sistemi, büyük çaptaki endüstriyel araştırmalarla bilim, teknik ve değerlendirmeyi (insani ve ahlâki açıdan takdir etmeyi) tek bir sistem içerisinde birleştirmiş; teknik ve bilimin bizzat pozitivist bir ortak bilinç şeklini almasına yol açmıştır adeta. Bilimi fetişleştiren ve 'bilincin teknokratikleşmesi ya da teknokratik bilinç' durumunu içeren bu çağdaş kapitalist ideoloji, eski tipteki ideolojilerden daha karşı konulamazdır ve daha geniş etkilidir. Günümüz egemen kapitalist dünyası 'teknokratik bilinç'in müphem temel kabullerini negatif-ütopik bir biçimde sonuna kadar götürmekte ve böylece, ideoloji olarak teknik ve bilimin yumuşak iktidarı altında beliren bir gelişme çizgisi izlemektedir. Eleştirel olarak bakıldığında bu konuda şu hususun vurgulanması gerekir kuşkusuz: Tüm insanlığın ve günümüz insanlığının asıl sorunu, kullanılabilir ya da gelişen güç ve potansiyelden *faydalanılıyor* olunup olunmadığı değil, tersine, bu durumun varoluşu dinginleştirmek, objektif ve adil bir yaklaşımla tüm insanlığın barış ve esenliği isteyebilmek için *seçiliyor* olunup olunmadığı hususudur.

VI- HUKUK VE HUKUKSAL YARGILAMADA İDEOLOJİK TAVIR

A- Hukukun Etik Değer Boyutunun Kavranmasının Olumsuz Faktörü Olarak İdeoloji

Modern kapitalizmin egemen olduğu ve bir sömürü aracı olarak kullanıldığı günümüz dünyasında siyaset ve hukuk ikilisinin tek bir ideoloji çatısı altında birleştirildiği ve işlevselleştirildiği söylenebilir. Dahası "çağdaş/uygar/gelişmiş" bir ülke/toplum olarak değerlendirilebilmek için, modern liberal-kapitalist ideolojiye teslim olmak günümüz sömürü dünyasında bir ön koşul haline getirilmiştir adeta. Bu çerçevede hukuk da asli/kadim/varoluşsal özünden tecrit edilerek, ulusal kültür ya da toplumsal inanç temelinde sosyo-politik olarak dayandığı geçerli ideolojinin emrine ve hizmetine terkedilmiş/sunulmuştur ne yazık ki.[26]

Oysa adil, insani ve esenlikli bir toplumsal yaşam ve dünyanın kurulabilmesi, kuşkusuz öncelikli olarak hukukun objektif etik değerlere dayalı olması gereğini içeren bir inanç ve yaklaşımın var ve geçerli olmasıyla mümkündür. Bu açıdan bakıldığında hukukun etik değer boyutunun kavranması ve içselleştirilmesinde en önemli ve etkin olumsuz faktörün ideoloji

24 Bkz. Jürgen HABERMAS, s. 32, 33-34.

25 Jürgen HABERMAS, s. 49-61.

26 Ali Şafak BALI, s.149; Yasin CEYLAN, s.197.

ve ideolojik kişilik olgusu olduğu, bir realite olarak kendisini göstermektedir. İdeoloji olgusu; düşünce ve eylemlerde nesnel olmamak, önyargılar doğrultusunda davranmak, gerçekliği tanımamak, dünyayı yalnızca kendi düşünceleri ve tasarımlarına göre biçimlendirmeye çaba göstermek durumlarını anlatmaktadır. Kendisini belirli bir ideolojiye ait olarak gören ideolog, biricik hakikat olarak gördüğü görüşünü tüm insanlara zorla benimsetip dünyaya kendi tasarımları doğrultusunda bir yön ve biçim vermek ister. İdeoloji, kendi bağımlılarının yalnızca algılama ve değerlendirme yeteneğini bozmakla kalmaz, çoğunlukla onların hakikat karşısındaki tutumlarını da etkileyerek kendilerini bu bağlamda dürüstlük ve içtenlikten yoksun bırakır. İdeoloji bağımlısı, yalnızca kendisini aldatmakla kalmaz; gerçekliği kendi dogmatik görüşüne paralel değişik yorum yöntemleriyle gizlemek ya da değiştirmek yoluyla, başkalarını da bilinçli olarak yanıltır.

Hukukçuluk işlevi görme durumundaki kişi, hukuku bir ideolojinin hizmet aracı olarak gören yaklaşım ve organizasyonların tuzağına düşmekten sakınmalı, ideolojik kişilik niteliklerini taşımaktan kendisini arındırmalıdır. Hukukçu, bir insan olarak, kendisinin içselliğini sorgulayabilmeli, hukuku bir bütün olarak kavrama ve uygulama aşamasında sübjektif psikolojik duygulanımlarının bağımlılığından kendisini kurtarabilmelidir. Güç de olsa kendisine ilişkin bu tür olumsuz duygulanımların etkisinde kalmayı aşmayı başaramayan bir kişilik, 'hukukçuluk' işlevinin hukukun beklenti ve istemine uygun bir şekilde yerine getirilmesi konusunda başarılı olamaz.

B- Hukuksal Yargılamanın Nesnelliğinin Engeli Olarak İdeolojik Tavır

Hukuksal yargılamada nesnelliğin, benzer bir deyimle, yargının tarafsızlığı ve objektifliğinin sağlanabilmesinin temel dinamikleri olarak, karşılıklı olarak birbiriyle etkileşim içinde de olabilen iki ayrı boyuttan söz edilebilir. Yargılamada tarafsız ve objektif oluşun birinci öğesi, genel ve kapsamlı bir ifadeyle, psikolojik boyuta ilişkinken; ikinci öğe, ideolojik ya da düşünsel de diyebileceğimiz inançsal boyuta ilişkindir.

Yargılamada nesnelliğin psikolojik boyutuna ilişkin olarak şu önemli hususlara dikkat çekilebilir: Bilindiği üzere, uygarlığın kriteri olarak benimsenen 'adalet' düşüncesi, toplumsal işlerliğini yargı organları, daha somuta indirgemek gerekirse yargıçlar aracılığıyla gerçekleştirmek durumundadır. Bu bağlamda, soyut 'adalet' ilkesinin somut içeriğini oluşturan evrensel hukuk değerlerinin[27] toplumsal yaşamdaki uygulayıcı dinamikleri olan yargı organlarına, özel olarak da yargıçlara büyük ödev ve sorumluluklar düştüğü ortadadır. Bu önemli sorumluluğun ayırdına yeterince varılabilmesi için, yargılamada nesnelliğin birinci öğesi olarak sunduğumuz ve 'yargıcın kişilik bağımsızlığı' da denebilecek bu psikolojik boyutun özgün yanı, bunun anlam ve önemi ayrıntılandırılmalıdır.

Yargıcın yargılama işlevini yerine getirirken nesnel (objektif), tarafsız olması ne demektir? Hemen burada şu noktaya dikkat çekmek gerekir: Ülkemizin hukuk düşününde ve literatüründe 'yargılamada

27 Evrensel hukuk değerleri konusunda ayrıntılı bilgi için bakınız: Ahmet GÜRBÜZ (HMMHTU).

nesnellik' çoğu zaman 'yargı bağımsızlığı' kapsamında ya da onunla özdeş anlamda düşünülmekte ve bu konunun ayırdının ve öneminin bilincine yeterince varılamadığı dikkati çekmektedir. 'Yargıcın yargılama yaparken psikolojik ve inançsal olarak nesnel oluşu', genel olarak 'yargı bağımsızlığı' diye adlandırılan sorundan ayrı, özgün bir anlama sahiptir. 'Yargı bağımsızlığı' dendiğinde, daha çok yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erkin etkisinde olmaması, siyasal erke karşı bağımsız olması anlatılmak istenir. 'Yargı bağımsızlığı' kavramı, yargı organlarının kurumsal bağımsızlığı ve tarafsızlığı anlamında belirginleştiğinde, bunun çözüm yolu, yani toplumsal yaşamda 'yargı bağımsızlığının' nasıl sağlanacağı sorusunun yanıtı da daha belirgin bir biçimde karşımıza çıkar. Bu çözüm ise, uygun ve gerekli hukuksal düzenlemelerin yapılması, ayrıca toplumun sosyo-ekonomik kültürel koşullarının söz konusu bu hukuksal düzenlemeleri destekleyici bir temel oluşturma durumuna getirilmesiyle elde edilebilir. Yargı organlarının bir kurum olarak siyasal erk karşısında tarafsız ve bağımsız oluşunun yanı sıra, yargı organları ve bu organların işlevsel süjeleri olarak yargıçların ekonomik, sosyal, güvenlik ile ilgili vb. koşulları da, 'yargı bağımsızlığı'nı etkileyen ve bu kapsamda ele alınması gereken olgulardır. 'Siyasal erk karşısında bağımsız olma'da olduğu gibi, yargı organlarının ve yargıçların bu türden sorunlarının çözümü de yine hukuksal düzenlemeler ve sosyo-ekonomik kültürel koşulların bu düzenlemeleri destekleyici bir yapıya kavuşturulması ile olanaklıdır.

Dikkate sunmak istediğimiz vurgu açısından, 'yargı bağımsızlığı'na ilişkin tüm bu belirtilenlerden, 'yargı bağımsızlığı' sorununun birey olarak yargıç'ın dışındaki koşullara bağlı olduğu böylece anlaşılmış bulunmaktadır. Genel olarak 'yargı bağımsızlığı' sorununun çözümlenmesi, hukuksal düzenlemeler ve toplumsal koşullarla ilgili ve olanaklıdır.

'Yargı bağımsızlığı' yargıcın dışındaki koşullarla ilgili olmasına karşılık, yargılamada nesnelliğin psikolojik boyutu ya da benzer deyimle 'yargıcın kişilik bağımsızlığı' ise aynı zamanda "ideolojik kişilik" bağlamında da ele alınması gereken ve birey olarak yargıcın kendisiyle ilgili olan bir sorunsaldır. Yargıcın yargılamada objektif olması ya da yargıcın kişilik bağımsızlığı, onun, yargılama işlevini yerine getirirken ideolojik vb. hiçbir etkenin etkisi altında kalmadan hukukun gerektirdiğini yerine getirme tavrını gösterebilmesini deyimler. Yargıç yargılama yaparken ve karar verirken, kendisinin dışsal ve içsel etkenleri algılama biçiminin, karşı karşıya bulunduğu somut olayla ilgili olarak hukukun gerektirdiği değerlendirmenin dışına çıkmasına yol açmasına olanak vermemelidir. Eğer yargılamanın ve hukuksal kararın biçimlenmesini ve niteliğini belirleyen temel belirleyici, hukukun gerektirdiği ölçü değil de yargıcın etkisi altında kalmaktan kendisini alıkoyamadığı içsel ya da dışsal etkenler ise, bu durumda yargıcın yargılamadaki nesnelliğinden, dolayısıyla somut kararın objektif ve evrensel hukukun buyruğunu yansıttığından söz edilemez. Yargıç yargılama yaparken, aynı zamanda ideolojik kişilikle de örüntülenebilen kin, öfke, intikam, kıskançlık gibi kendisine ilişkin olası olumsuz psikolojik duygulanımlardan soyutlanabilmeli; ideoloji ve ideolojik kişilik olgusu bağlamın-

da kendi politik vb. görüşlerinden, değer yargılarından, dinsel ve etnik ayrım gütme düşüncelerinden sıyrılabilmeli; yalnızca somut olay açısından hukukun istemini yerine getirme amacını gütmeli ve bu onurlu, değerli tavrı gerçekleştirebilmelidir.

Hukuksal yargılamanın nesnelliğinin bir engeli olarak ideolojik tavır bağlamında, "milli" ve "kutsal" değerlerin algılanış ve işleniş biçimi de bir etken olarak karşımıza çıkabilmektedir. Bu açıdan bakıldığında, insanlık tarihinde tüm toplumlar için "milli ve kutsal" değerlerin varlığı ve geçerliliğinin bir gerçeklik olduğu görülebilir. "Değer" kavramına ilişkin çok boyutlu ve ayrı açılardan yaklaşımlar yapılabilmekle birlikte, konumuz açısından, daha çok soyut ve nesnel-evrensel değer kavramının toplumsal yaşam ve algılamadaki somutlaşmış biçimi olan "kültür" olgusuna ilişkin boyutunun irdelenmesi önem taşımaktadır. Çağdaş insanlık yaşam biçiminde, kitle iletişim araçları ve küreselleşme dinamikleri doğrultusunda giderek ulusal ya da yerel kültür olgusu büyük değişimler yaşayarak bir benzeşmeye doğru eğilim göstermekle birlikte, yine de toplumsal ya da yerel bağlamda kültür olgusunun varlığı ve geçerliliği bir gerçektir. Konumuz açısından "milli ve kutsal" olarak algılanan toplumsal değerler, sözü edilen "kültür" olgusu çerçevesinde ele alınarak irdelenebilir.

Kuşkusuz ulusal ya da toplumsal bağlamdaki değerlerin toplumun barış, esenlik, hoşgörü, yardımlaşma ve bütünlük içerisinde varlığını ve devamlılığını sağlaması açısından yadsınamaz ve gerekli rolü vardır ve bu yönüyle sözü edilen ulusal-toplumsal değerlerin varlığı savunulabilir olduğu gibi, bunların yadsınmasını içeren bir yaklaşımın gereksizliğinde de hiçbir kuşku olamaz. Ne var ki, bir toplumsal değerin bu biçimde olumsuzlanmayı gerektirir bir temelden uzak olabilmesi için; bunun, tüm insanlık süreçlerinden geçerek çağdaş insanlıkça en azından teorik olarak benimsenen, üzerinde uzlaşıya varılmış temel nesnel-evrensel hukuk ilkelerine aykırı bir yapıya sahip olmaması gerekir. Doğal olarak, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin özüne aykırı ulusal değerlere, haklı ve nesnel bir temele dayalı bir geçerlilik tanınamaz. Evrensel-nesnel hukuk değerleri ve ilkelerine aykırılık taşımayan ulusal-toplumsal değerler açısından ise, yalnızca bir önemli riskten söz etmek olanaklıdır: Toplum açısından geçerliliği bulunan bu ulusal ya da kutsal değerlerin birey, grup, oluşum, siyasal erk vb. tarafından "ideolojik" ve iktidar sağlama amaçları doğrultusunda kullanılması. Bu nedenle, yukarıda belirtilen olumlu özelliklere sahip bulunan ulusal-kutsal değerler açısından, bu değerlerin "toplumdaki işlerlik biçimi" ya da "sosyo-politik yaşamdaki varlık biçimi" önemli bir sorundur ve bu önemli sorunun sağlıklı bir biçimde kritik edilerek ortaya konması, sözü edilen değerlerin varlık amacına aykırı sonuçların toplumsal yaşam ve ilişkilerdeki egemenliğini ortadan kaldırmada büyük katkılar sağlayacaktır.

Toplumca benimsenmiş değerler olumsuz anlamda nasıl bir işlerlik görebilir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için ampirik verilere göz atmak gerekir. Toplumsal pratiğe baktığımızda, toplumsal değerlerin olumsuz açıdan birey, grup, siyasal erk vb. oluşumlar tarafından "ideolojik" ve iktidar sağlama amaçları doğrultusunda kullanılabildiğini gözlemlemekteyiz. Daha temelli bir irde-

leme yapıldığında, "ideolojik" ya da "dinsel" amaçların yine çıkar ve iktidar edinme amacına yönelik bir kılıf olarak işlev gördüğünü ayrımsamak olanaklıdır. Gerçekten de insanlık deneyimleri, dinsel ya da ideolojik söylemlerin çoğunlukla güç ve çıkar edinme yolunda birer araç olarak kullanılan kılıflar biçiminde işlev gördüğüne tanıklık etmektedir. Dinsel ya da ideolojik söylemin görünürde egemen olduğu birçok tekil olay irdelendiğinde, gerçek amacın çıkar ya da güç edinmek olduğu, somut koşulların da desteklemesiyle dinselliğin ya da ideolojinin bu amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanıldığı ortaya çıkmaktadır.

Özetle dinsellik ve ideolojinin toplumca benimsenen değerlerle de yoğrularak birey, grup, siyasal erkler tarafından çıkar ve güç edinmek gerçek amacıyla kullanılagelmesi, toplumsal reel bir gerçeklik olarak kendini göstermektedir.

VII- İDEOLOJİ-DİN İLİŞKİSİ

A- İdeoloji İle Dinin Karşılıklı Olarak Birbirine Dönüşümü

Daha önce de ifade edildiği gibi, bu çalışmada olumsuzlanan "ideoloji" kavramı "varlığa, yaşama, eşya ve olaylara dair tartışılamaz ve mutlak kabul içeren hazır dogmatik sosyal inanç içerikleri ve bu inanç içeriklerinin belirli bir sosyo-politik gaye uğruna araçsal işlev görmesi" anlamında ele alınmaktadır. Buna uyumlu olarak "ideolojik kişilik" kavramı da, bu ideoloji tanımı doğrultusunda "belirlenmiş sosyo-politik gayeler uğruna, tartışılamaz mutlak dogmatik inanç kalıplarına dayalı maddi ve kültürel oluşum/organizasyona bağımlı ve onun direktifinde olan kişi/kurum" anlamında ele alınmakta ve değerlendirilmektedir. Yine daha önce belirtildiği gibi, kanımızca, "ideoloji" ve "ideolojik kişilik" olgusunun olumsuzlanmasını gerektiren en önemli neden, insan iradesine, insanın özgür varlık olma yönüne ilişkin bulunmaktadır. İnsanı değersel/etik anlamda gerçek insan yapan en temel husus, onun özgür iradeye sahip olması ve varlığını/hayatını kendi özgür iradesiyle anlamlandırıp yaşantılamasıdır. İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusu ise, bu anlamda insanı yok eden ve onu edilgen/belirlenen bir eşya haline indirgeyen bir nitelik arz etmektedir. Belirlenip yönlendirilen bir eşya haline getirilen kişilerden oluşan bir toplum ve toplumsal yaşamın, anlam ve değer olarak insanlık varlığına sunacağı bir iyilik/güzellikten ise söz edilemeyeceği kuşkusuzdur.

''Din'' kavramına gelince, kaynağı ne olursa olsun, konusuna baktığımızda dinin ele aldığı şeyin genel felsefe konularına paralel bir biçimde, yaşama, evrene, insana ve onun eylemlerine ilişkin değerlendirmelerden oluştuğunu görmekteyiz. "Yaşamın anlamı nedir, iyi nedir, ahlak nedir, varlık nedir?" gibi insana dair sorular, genel felsefe konularına benzer bir biçimde dinin konularını oluşturur. Felsefede olduğu gibi dinde de varlıkla, bilgiyle, değerlerle yani insana ve insana dair şeylerle ilgili önermeler, söylemler ve değerlendirmeler bulunmaktadır. Kısacası dinin konusuyla felsefenin konusu çakışmaktadır; kadim zamanlardan beri ikisi de aynı şeyleri sorgulayıp irdelemek durumunda kalmışlardır. Din ve felsefe tarihi literatüründe felsefe ile din arasında uzlaşmazlık/çatışma/karşıtlık bulunduğu yönündeki iddialar,

çoğunlukla, bu bilgilenmenin kaynağına ilişkin gibi görünmektedir. Bu yönlü yaklaşımlarca, genel olarak, dinde insanoğlunun kendi yaratmasıyla elde edilen bilgi ve değerlendirmelerin değil de onun ötesinde metafizik öğelere dayanılarak oluşturulmuş bilgilenmelerin söz konusu olduğu var sayılır ya da bilinir. Buna göre, dindeki önermeler önceden hazır, dogmatik ve üzerinde tartışılamazdırlar; bunlar insan aklının ürünü değildirler. Oysa felsefi düşüncenin temeli, insanın kendisidir ve bu durum felsefe ile din arasındaki ayrımı oluşturur. Ne var ki tüm bu yönlü algılama ve yaklaşımların hakikatin yalnızca bir yönünü göstermeye yönelik eksik ve yanılgılı bir tutum olduğunu belirtmek ve teslim etmek durumundayız.

İnsan olarak varlığa, değerlere ilişkin iyi niyetli bir çaba hangi noktada "dinsel", hangi noktada "felsefi" olarak nitelendirilmekte ve değerlendirilmektedir? Bunun ayrımı ve belirlenmesi nasıl ve hangi ölçütle yapılmaktadır?

Şu tez ortaya atılabilir gibi görünmektedir: Sorunun özü ya da olay bir ve özdeş olmakla birlikte yalnızca bunlarla ilgili yapılan adlandırma ve nitelendirmelerde bir farklılık söz konusudur. İnsanlık tarihine bakıldığında bazı medeniyet ya da toplumlarda bu bağlamdaki fikir, sorgulama, irdeleme ve uğraşılara "felsefe"; diğer bazı medeniyet ya da toplumlarda ise "din" adı verildiği görülmektedir. Bu tezi destekleyen önemli tarihsel göstergeler ve olgular bulunmaktadır: Örneğin 'felsefe' (philosophia) kavramının ilk olarak ortaya çıkmış olduğu Eski Yunan'da, bu bağlamdaki yani insana ve değerlere ilişkin düşünsel sorgulama ve değerlendirmelere "felsefe (philosophia)" adı verilmiştir.[28] Diğer taraftan Doğu ya da İslam medeniyet ve toplumlarına baktığımızda, tarihsel olarak, bu medeniyet ve toplumlarda 'felsefe' ve "filozof" kavramlarının yerleşip kabullenilmediğini ve bu kavramlar yerine 'hikmet/irfan' ve 'hakim/arif' vb. kavramlarının yerleşik ve kabullenilmiş olduğunu gözlemlemekteyiz.[29] Avrupalı düşünürlerin yani "filozof"ların (örneğin Augustinus, Plotinus, Descartes, Epiktetos vb.), kendilerine "filozof" dendiği ve yaptıkları iş "felsefe" olarak nitelendirildiği halde, yaptıkları, bütünüyle dinsel kaynaklı ya da en azından dinsellikle ilgili sorgulama ve değerlendirmelerdir. Sözgelimi Plotinus, Eski Yunan düşüncesiyle Hıristiyanlığı bağdaştırmaya çalışmış, İncil'i bu çerçevede yorumlamıştır.[30] Diğer yandan, Doğu ve İslam medeniyet ve toplumlarında, yine kendilerine "hakim/arif" ve düşünsel aktivitelerine de "hikmet/irfan" denilmiş olduğu halde, birçok düşünür/bilge, genel olarak ya da o günün egemen ''dinsel'' anlayışına aykırı ya da karşıt olduğu ileri sürülen görüş ve düşünceler ileri sürebilmişlerdir. Trajik olarak, bu ''aykırı'' düşün şahsiyetlerinden bazıları, günün egemen

28 "Felsefe" (philisophia) kavramı iki alt kelimeden oluşur: "sevgi" ve "bilgi". Bazıları bu kavramı "bilgiyi sevmek", bazıları da "sevmeyi bilmek" olarak tanımlamışlardır.

29 Genel ve yaklaşık bir değerlendirmeyle "hikmet/irfan" (bilgelik) kelimesinin "felsefe" ile, "hakim/arif" (hikmet/irfan/bilgelik sahibi) kelimesinin ise "filozof" ile karşılık düştüğü söylenebilir.

30 Bu konuda örnek olarak bkz: PLOTİNUS, s. 205-206.

güçlerince "dinsellikle savaş açma" ile itham edilerek öldürülmüş, sürgün edilmiş, cezalandırılmış oldukları halde yine de düşünce ve ilim literatüründe "hakim/arif" olarak nitelendirilmiş ve düşünsel aktiviteleri de "hikmet/irfan" olarak değerlendirilmiştir.

Bütün bu tarihsel ve somut olgular bize özünde ''felsefe'' ve ''din'' arasında köklü bir ayrım, çelişki ya da farklılık bulunduğu ve bunun ''kaynak farklılığından'' meydana geldiği yönündeki sav ve değerlendirmelerin yerinde ve sağlıklı yaklaşımlar olmadığını, olayın tümüyle bir farklı isimlendirmeden ibaret olabileceğini göstermektedir.

Dinin teorik ve olgusal kapsamıyla ilgili olarak şunlar söylenebilir: Özellikle tek Tanrı inancı olan dinlere (din-i hanif /dosdoğru, saf ve duru din) bakıldığında (İslam, Hıristiyanlık, Yahudilik gibi), teorik olarak ve özü itibariyle bu dinlerin ana vurgusu olarak karşımıza şu çıkıyor: Gerçekte tüm ilahi dinlerin teorik özü ve ana vurgusu özdeştir ve şu şekilde dile getirilebilir: Birinci ana vurgu inanca/inanmaya ilişkindir ki bu, temel olarak Tanrı inancını kapsar. İkinci ana vurgu 'ibadet' olarak dile getirilebilir; buna 'anış (anma eylemi)' diyebiliriz. Üçüncü ana vurgu ise, sosyal ve insani yaşamla ilgili olarak tek kelime ile 'adalet' olarak dile getirilebilir. Bu ana vurgular aynı zamanda ve özellikle, tüm ilahi dinler arasındaki temel ruhun/esprinin aynı olduğunu göstermesi bakımından önemlidir. Diğer yandan, dinin dogmatik inanışlar üzerine kurulduğu yönündeki klasik felsefi görüşteki durumun aksine; dinselliğin temelini yansıtan üç ana vurgu bile, özünün ve ayrıntılarının anlaşılması açısından tartışılmaya, irdelenmeye ve değerlendirilmeye tümüyle açıktır gerçekte.

Bu konuda, anılan üç ana vurgunun İslam dininde daha açık ve net olarak yer aldığı söylenebilir. İslam dininde birinci vurgu olarak "inanç", ikinci vurgu olarak "ibadet" (Tanrı'yı anma, anış) ve üçüncü vurgu olarak da yalnızca ''adalet'' kavramı önem taşır. İslam dininin kaynaklarına bakıldığında, tüm dinlerin (''din-i hanif'': İslamiyet, Hıristiyanlık, Yahudilik vb.) bu üç ana vurgu üzerinde temellendiği hususunu ayrımsamak mümkündür. İlk iki vurgu (inanma ve tapınma) birey-Tanrı arasındaki ilişkiyi yansıtmaktayken, üçüncü vurgu (adalet buyruğu) bir yandan birey-Tanrı ilişkisini, diğer yandan da birey-yaşam (hukuk) ilişkisini yansıtır.

Yukarıda da belirtildiği gibi dinselliğin temelini yansıtan üç ana vurgu, özünün ve ayrıntılarının kavranması açısından sorgulanmaya, tartışılmaya, irdelenmeye ve değerlendirilmeye tümüyle açıktır ve içinde bulunulan içsel ve dışsal koşullara göre tezahür etmeye uygun esnek bir temel yapıya sahip olma özelliğindedir gerçekte. İnanmaya ve iman etmeye ilişkin temel inanç konularının içeriği açısından bile, ayrıntılı, mahdut ve tartışılamaz bir söylemle karşı karşıya değilizdir. İkinci ana vurgu bağlamında, ''ibadet (anma eylemi)'' ayrıntılı ve mahdut içerik olarak ortaya konmamış, adeta somut değerlendirmelere aralanmış kapılar bırakılmıştır. Yine bu çerçevede üçüncü ana vurguya baktığımızda, ''adalet'' kavramının kaynaklarda yalnızca temel öz ve espri olarak yer almış olduğunu; yalnızca, adalet değerinin gözetilmesi ge-

rektiğinin vurgulandığını ve adalet değerinin, ayrıntıları itibariyle somut biçimlerle sınırlandırılmadığını yani içinde bulunulan somut zaman-mekân koşullarının belirleyiciliğine aralanmış bir kavrayış yaklaşımının sergilendiğini görmekteyiz.

Toplumsal yaşam açısından, adil ve esenlikli bir dünyanın kurulabilmesi açısından, yaşamın insanileştirilmesi açısından, toplumsal ahlak ve hukuk açısından önemli olan, dinselliğin üçüncü ana vurgusu yani ‘‘adalet’’ değeridir. Birinci ve ikinci vurgu (inanç ve ibadet) birey ile Tanrı arasında, üçüncü vurgu (adalet) ise hem birey ile Tanrı, hem de somut toplumsal yaşamla ilgili olarak söz konusu bulunmaktadır. Adalet kavramının ikinci yönü olan ve insanlar arası ilişkileri, toplumsal yaşamı, toplumsal ahlak ve hukuku ilgilendiren boyut insani ve evrensel bir önem taşır ve bu yönüyle sosyal bilimler, özellikle hukuk açısından açıklanmak, anlaşılmak durumundadır. ‘‘Adalet’’ kavramı özü itibariyle temel/soyut/ideal/nesnel bir söylem niteliğini ve görünümünü arz eder. Bu soyut ve asli kavramın içeriksel olarak ayrıntılarda belirlenmesi, içinde bulunulan somut toplumsal koşullar doğrultusunda olabilir ancak. Temel hak ve özgürlükler, demokrasi, hukuk devleti, insan hakları, sosyal adalet, eşitlik, özgürlük vb. biçimindeki somut içeriklerden oluşan ‘‘nesnel ve evrensel hukuk değerleri’’ ve ilkeleri’; insanlığın, iyi niyetle ‘‘Tanrının adalet dediği şeyin’’ içeriksel ayrıntılarının zaman ve mekân koşulları doğrultusunda ortaya konmasına yönelik uğraşılarının sonuçlarının bütününü yansıtmaktadır gerçekte.

Doğal olarak ne yazık ki tüm bu belirtilenler teori, hakikat ve öz itibariyle böyledir yalnızca. Olgusal olarak bakıldığında ise, bu ana vurgularla uyum sağlamayan ve bunlarla çatışan somut algı ve pratik realiteleriyle karşılaştığımızı görmekteyiz. Din hakikati, insanlık tarihinde toplumsal ve siyasal iktidarlar tarafından ayrıntılarda başkalaştırılmış ve kendi devamlılıklarının sağlanması için bir araç olarak kullanılabilmiştir. Dinin temel özü ve ruhu görmezden gelinerek ve hatta yok sayılarak; dinsel içerikler, ayrıntıları bağlamında saptırılarak değişim ve dönüşüme uğratılmış; adeta dine karşı din konumlandırmak suretiyle dinsel içerikler ideolojikleştirilmiş ve bu haliyle çarpıtılmış ve özünden tecrit edilmiş reel din, bir sosyo-politik egemenlik kurma aracı/vasıtası haline dönüştürülerek ideoloji niteliğine büründürülmüştür. Bu noktada, dinin ideolojiye dönüştürülmesinin, öz ruhundan uzaklaştırılarak çarpıtılıp başkalaştırılan dinsel içeriklerin ya da bu içeriklerin ayrıntılandırılmalarının egemen güçlerce ya da egemenlik kurmak isteyen odaklarca sosyo-politik hâkimiyet kurma aracı/enstrümanı haline indirgenip dönüştürülmesi biçiminde gerçekleştiği, önemli bir belirleme olarak dikkat çekmektedir. Gerçekte amaç iktidar sağlamak olduğu halde, din bir kılıf olarak işletilmiştir ne yazık ki. Bütün bunları günümüz modern dünyasında da görebilmekteyiz. Somut olarak dinselliğin iktidar aracı olarak kullanılışı bazı dinlerde daha belirgindir. Sözgelimi Hıristiyanlıkta yukarıda belirtilen üç temel vurgu teorik olarak var olmakla birlikte; ayrıntılarda değişiklik yapılarak, kilisenin Tanrı ile insan arasındaki bağlantıyı sağlayacağı inancı yerleştirilmiş, kilisenin ve dinin iktidar için önemli bir araç olması sağlanmıştır. İslam dini ile ilgili

pratik realiteye bakıldığında ise; Tanrı ile insan arasındaki yakınlaşma için kilise gibi bir kurum olmamakla birlikte, tarihsel olarak bakıldığında bazı sosyal ya da ‘‘dini’’ kurum ve kuruluşlar aracılığıyla yine dinin iktidar odakları ve çıkar grupları tarafından kendi egemenliklerini ve çıkarlarını devam ettirmek için bir araç olarak kullanılabildiğini ne yazık ki görüp teslim etmek durumundayız.

B- İslamiyet ve Müslümanlar Özelinde Dinin İdeolojikleşmesi Ya da Günümüz Doğu-İslam Dünyasının Trajik Durumunun Bir Nedeni Olarak İdeoloji

Doğu-İslam dünyasının özellikle son yüzyıllardaki trajik halinin ya da başka bir ifadeyle “Müslümanlar’ın geri kalmasının” gerçek temel nedenleri üzerine yoğunlaşıldığında; bu konuda, ilk bakışta birbiriyle çelişik ve karşıt gibi görünen, fakat derinlemesine irdelendiğinde aynı özü ve yanıtı içerdiği anlaşılabilecek olan iki klasik açıklama biçiminin varlığından söz edilebilir. Bu açıklama biçimlerinden birisine göre, Doğu-İslam coğrafyasının ya da Müslüman dünyanın “geri kalmasının” temel nedeni “din”dir; yani İslam-Doğu dünyası Müslümanlık/İslam dini yüzünden “geri kalmıştır”. Diğer açıklama biçimi ise, görünürde tam tersi bir ifadeyle, Müslümanların ve Doğu-İslam toplumlarının “dinden/İslamiyet’ten uzaklaştığı için” özellikle bu son yüzyıldan itibaren olumsuz konuma düştüğünü ileri sürmektedir.

Yukarıda işaret edildiği gibi, Doğu-İslam dünyasının içinde bulunduğu olumsuz durumun temel nedenlerine ilişkin olarak getirilen bu iki açıklama biçimi, görünürde ve ilk bakışta birbirine tümüyle ters ve karşıt açıklamalar gibi ortaya çıksalar da, derinlemesine ve özlü bir irdelemeyle, aslında bu iki “karşıt” açıklamanın aynı temel özü ve anlamı barındırdığını ve bu yönüyle –paradoksal da olsa– özdeş açıklamalar olarak nitelendirilip değerlendirilebileceğini kavramak mümkündür. Şöyle ki; İslam-Doğu toplumlarının “din nedeniyle geri kaldığını” ileri süren açıklama biçiminin, bu bağlamda “din” kavramıyla kast ettiği, kuşkusuz öz ve anlam olarak içi boşaltılmış ve kendini/başkalarını kandırıp avutmanın bir aracı haline getirilmiş ‘‘reel din algısı ve olgusundan’’ başka bir şey değildir. Yine bunun gibi, Doğu-İslam coğrafyasının/Müslüman toplumların “dinden/İslamiyet’ten uzaklaştığı için geri kaldığını” ileri süren açıklama biçimi de, gerçekte, dinin temel öz ve ruhunun dıştalandığını ve anlamsızlaştırıldığını, dinselliğin yalnızca ruhsuz ve özsüz bir kılıf/görüntüye büründürüldüğünü ve Müslümanların/İslam coğrafyasının bundan ötürü günümüzde olumsuz toplumsal yaşam biçimlerine tutsak kaldığı görüşünü içermektedir. İlk bakışta ve görünürde karşıt anlamlı gibi duran bu iki açıklama biçimi sentezlenerek denilebilir ki, Doğu-İslam dünyasının içinde bulunduğu olumsuzluğun temel nedeni, evet “din”dir ya da en azından “din” ile ilgilidir. Daha doğrusu dinin ideolojileştirilmesi, ideolojik bir niteliğe ve işlevselliğe büründürülmesidir. Hakikatte bireysel ve toplumsal kurtuluş/esenlik vesilesi olması gereken din ve dinsellik; temel öz, anlam ve ruh itibariyle yok edilerek, zulmün, haksızlığın, sömürünün, zulme ve sömürüye karşı sessiz kalmanın vb. bir aracı haline getirilmiştir.

Şimdi de biraz bu yok edilip anlamsızlaştırılan dinin/İslamiyet'in temel öz, anlam ve ruhunun ne olduğuna bakalım. Konunun ayrıntılarına girmeden, kesin bir ifade olarak denebilir ki, dinin/İslamiyet'in maddi yaşam ("dünya hayatı") açısından belirleyici olan en temel kriteri "adalet" kavramını/adaleti gözetmeye ilişkindir. Din/İslamiyet'in insanın başkalarıyla ve çevresiyle olan ilişkileri açısından, toplumsal yaşam açısından, insancıl ve esenlikli bir dünyanın kurulabilmesi açısından, toplumsal ahlâk ve hukuk açısından belirleyici olması gerektiğini vurguladığı en temel değer, ilke ve ölçüt "adalet"tir. Dinin/İslamiyet'in diğer iki temel vurgusu olan inanç ve ibadet boyutları daha çok birey olarak insan ile Tanrı arasında yaşantılanırken; "adalet" vurgusu ise, hem bir birey olarak insan ile Tanrı ve hem de somut toplumsal yaşamla/"diğer insanlarla" ilgili ve geçerli olarak söz konusu bulunmaktadır. Dolayısıyla "adalet" kavramının insanlar arası ilişkileri, insanın çevresiyle olan ilişkilerini, toplumsal yaşamı, toplumsal ahlak ve hukuku doğrudan ilgilendiren ve belirleyen boyutunun, insani ve evrensel bir özellik taşıması nedeniyle, sosyal bilimler ve özellikle hukuk açısından irdelenip açıklığa kavuşturulması çok büyük değer ve önem taşımaktadır.

Kuşkusuz "adalet" kavramına çok çeşitli açılardan/boyutlardan bakılabilir. Eşitlik, özgürlük, toplumsal adalet, temel insan hakları vb. biçiminde belirginleşen ve günümüzde evrensel hukuk değerleri ve İlkeleri dediğimiz ve tüm kadim insanlık kültürünün ürünü olan temel değer ve ilkeler, kuşkusuz, soyut adalet kavramının açılımı ve detayları olarak kabul edilmelidir. Ne var ki özellikle İslam toplumlarının çok daha aşina olması gereken, çünkü/öyle ki her cuma günü cuma hutbesinde Müslümanlara hatırlatılması gelenekselleşmiş *"Kuşkusuz Allah size adaleti... emreder ..."*[31] ayeti ile Müslümanlar'ın "entelektüel bilgilenmelerinin zirvesinde yüzen" adalet kavramına, yeniden ve tüm çıplaklığıyla bakabilmek gerekir. En doğal, net ve ilk temel anlamı itibariyle, nedir adalet ve adaletli olmak?

"Adalet" kavramının en birincil/aşikâr/yalın anlamının "haksızlık/zulüm yapmamak, herkesin temel insani haklarını kabul ve teslim etmek" olduğunda hiçbir kuşku ve belirsizlik yoktur. Bu noktada "adalet" kavramının" "maddi" ve "manevi" olmak üzere iki temel boyutunun olduğunu belirtmek gerekir. Adaletin maddi anlamdaki boyutu "maddi/ekonomik yaşam alanına ilişkin konularda haksızlık yapmama/herkesin hakkını kabul ve teslim etmeyi" içerirken; manevi anlamdaki boyutu ise *"manevi/anlamsal/kültürel yaşam alanına ilişkin konularda haksızlık yapmama/herkesin hakkını kabul ve teslim etmeyi"* kapsar. Dolayısıyla siz eğer, aynı zamanda dini/İslami anlamdaki adalet kavramını bir temel değer olarak kabul ettiğinizi düşünüyorsanız; bu durumda birey/grup/topluluk/cemaat/toplum/ülke vb. bir süje olarak, yine hiçbir birey/grup/topluluk/cemaat/

31 Nahl Suresi, 90. ayet (Elmalılı Hamdi Yazır): *"Haberiniz olsun ki Allah, size adaleti, iyilik yapmayı ve akrabalara yardımda bulunmayı emrediyor; hayâsızlığı, kötülüğü ve azgınlığı yasaklıyor. Dinleyip, anlayıp tutasınız diye size öğüt veriyor."*

toplum/ülke vb. süjeye karşı, hem maddi/ekonomik anlam ve alanlarda ve hem de manevi/kültürel/inançsal anlam ve alanlarda olmak üzere *"haksızlık yapmamak, hakkını kabul ve teslim etmek"* tavrını göstermek zorundasınızdır.

Son bir-iki yüzyıldan bu yana Batı emperyalizminin kendi çıkarlarını kollayıp artırmak amacıyla Doğu-İslam coğrafyasını "böl-parçala-sömür" yaklaşımıyla perişan hale getirebilmesinin en önemli nedenlerinden birisi, Doğu-İslam toplumlarının adalet kavramının bu iki boyutunu ve özellikle manevi/kültürel boyutunu dışlayan toplumsal tavırlar sergilemeleridir. Farklı manevi/kültürel inanç yapıları yüzyıllarca aynı coğrafyada bir arada ve birbirine saygılı bir biçimde yaşayabilmişken –çünkü bu, yukarıda vurgulandığı gibi temel adalet değerinin manevi boyutunun gereğidir son yüzyıllarda bu farklılıklar Doğu-İslam coğrafyasındaki toplumların birbirleriyle çatışma/kavga/savaş içine girmesine –kuşkusuz Batı emperyalizminin derin politikalarının da kışkırtmasıyla yol açmıştır. Sömürgeci/emperyalist/kapitalist Batı Modernitesinin, dünya görüşü/yaşam felsefesi/ideoloji olarak egemen olduğu Batılı toplumlarda –bireysel, toplumsal ve küresel çıkarları gereği çok farklı kültürel yapılar bir arada ve sorunsuz bir biçimde yaşamayı sürdürebilmekteyken; Doğu-İslam coğrafyasında ve toplumlarında bunun tam aksine ve kuşkusuz paradoksal bir biçimde, en ufak fikir ayrılıkları/farklı düşünce ve inanç yapıları Doğulu-Müslüman birey/grup/topluluk/cemaat/toplum/ülkelerin birbirlerine hayat hakkı tanımamalarına, iç çatışmalara, kardeş kavgalarına yol açabilmektedir ne yazık ki.

İslam-Doğu coğrafyasının/toplumlarının içinde bulunduğu dram ve trajedinin temel nedenlerinden birisi olarak, böylece, Batılı kapitalist modernitenin "icat edip", birbirine kırdırıp sömürmek için Doğu-İslam toplumlarına "ihraç" ettiği "ideoloji" ve "ideolojik insan" yaklaşımı olgusu ve kavramlarına ilişkin bulunduğu, görmezden gelinemez bir realite olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de Doğu-İslam toplumlarının entelektüel yapılanmalarında dinin/islamiyetin bir "ideoloji" ve dindar/müslümanın da bir "ideolog/ideolojik insan" tiplemesine dönüştürülmesi, dinin özünden ve bu bağlamda adalet değerinden uzaklaşılmasına, dinsel algının bir çıkar/iktidar/şiddet/çatışma aracı haline dönüştürülmesine ve en son tahlilde de günümüzde içinde bulunulan trajik/dramatik realitenin gerçekleşmesine yol açmıştır.

Bu bağlamda son vurgu olarak, Doğu-İslam dünyasının içinde bulunduğu reel trajik/dramatik durumundan kurtulması için, adalet değerinin, maddi ve manevi boyutlarını kapsamak koşuluyla içselleştirilip pratize edilmesinin önem ve değeri ifade edilmelidir. Dünyanın ezilen/sömürülen Doğu-İslam coğrafyasının özellikle aydın ve politikacıları başta olmak üzere tüm birey ve grupları, birbirlerine karşı her ne nedenle olursa olsun şiddet ve baskı uygulama yoluna başvurmamak durumunda/zorunda olduklarına adeta "amentü"nün bir temel ilkesi olarak "iman etmeli"; başlarına gelen ve gelecek olan tüm olumsuzlukların kaynağında, direkt ya da dolaylı olarak sömürgeci Batı emperyalizminin "kendi çıkarları ve mutlulukları için her şeyi mübah gören" ideolojik anlayış ve politik yaklaşımının bulunduğunu kavraya-

bilmeli ve bunun üzerinde teorik ve pratik yoğunlaşmalarda bulunmalıdır.

VIII- MEŞRULAŞTIRMA VE İDEOLOJİ

A- İdeolojinin Meşrulaştırma Aracı Olarak Kullanılması Olgusu

"Meşrulaştırma" kavramı daha çok olgusal bir özelliğe sahiptir. Bu kavram ile genel olarak anlatılmak istenen, belli toplumlarda siyasal erkin ya da herhangi bir güç odağının, kendisine belli bir biçimde onay aramak ve kazandırmak, kendi iktidarını kurup kollamak amacıyla belli bazı ideolojik araçsal yöntemlere başvurmasıdır ve bu kavram, daha çok *"meşruluk kavramının, yerinde olmayan bir biçimde işlev görmesi anlamında"* olumsuz bir anlam edinmiştir. Sözgelimi eskiden beri geldiği için geleneksel olanın kutsal ve bu yüzden de geçerli yani bağlayıcı sayılması; dinsel inançların, meşruluk aracı olarak siyasal erk tarafından kullanılması; ya da konulmuş olan hukuksal normların, yalnızca konulmuş olmak nedeniyle salt bir biçimde algılanması ve meşruluğun dayanağı sayılması gibi durumlar insanlık tarihinde ve günümüzde de zaman zaman görülebilen olgulardır. Özellikle sosyolojik açıdan bakıldığında, günümüzde de, siyasal erkler, politik vb. organizasyonlar ya da diğer baskı gruplarının, toplumu oluşturan birey ve topluluk nezdinde meşru sayılmak amacıyla "meşrulaştırma" eğiliminde oldukları yadsınamaz bir gerçeklik olarak kendisini göstermektedir.

Belirtildiği gibi "meşrulaştırma" kavramı daha çok belli bir siyasal erkin ya da güç odağının, kendi iktidar ve çıkarına "meşruluk/haklılık" kazandırmak amacıyla belirli etkinliklerde bulunması olgusunu deyimler. Siyasal erki elinde tutanların ve diğer güç odaklarının, kendi iktidar ve güçlerine meşruluk kazandırmak amacıyla başvurdukları önemli araçlardan birisi ideoloji olgusudur. Belirli bir ideolojinin "adamı", biricik gerçek olarak benimsediği görüşünü bütün insanlara benimsetmek, dünyaya kendi bakış açısıyla bir biçim vermek isteyen kişi olarak çıkar karşımıza. İdeoloji kavramı, sadece bilgi ve politik teoriyi kapsamakla sınırlı kalmayıp; aynı zamanda, metafizik, etik, din ve gerçekte belli bir "bilinç biçimi" olup, belli bir toplumsal grubun temel tavır ve bağlılıkları olarak dile getirilen durumları da kapsamaktadır.

İdeolojinin meşrulaştırma aracı olarak kullanılması, ideoloji ile o anda fiili olarak var olan belirli bir politik erk biçiminin ya da ileri sürülen belirli bir politik erk isteminin meşruluğunun, sözde ussal/makul yollar izlenerek, toplumu oluşturan bireylerin zihninde yerleştirilmesi amacının güdülmesi biçiminde gerçekleştirilebilir. İnsanlık tarihi boyunca toplumsal ve politik güç kullanımlarına meşruluk kazandırmak amacıyla gerçekleştirilen etkinliklerin sağladığı başarılar ve özellikle son on yıllarda bilimsellik inancının da bu amaçla zaman zaman kullanılmış olması gerçeği dikkat çekicidir. Bu gerçeğin en çarpıcı noktası şudur: Uygun etki araçları ve metotları yardımıyla, zamanın entelektüel insanlarını bile, o ana kadar kendileri için benimsenmesi olanaksız görüşleri meşru saymak derecesine getirmek olanaklı olduğuna göre, bu durumda bu deneyimin etik bir meşruluk özelliği söz konusu olmamakta;

bu sonuç daha çok dogma ve inanç ilkelerini ifade eden ideolojilerin etkinlik derecesini kavranır duruma getirmektedir. Bütün bunları insan kişiliğine işlemek siyasal erk sahiplerinin ya da bu amacı taşıyanların temel ilkesi olacaktır. Bu açıdan hukuk felsefesi tarihine bakıldığında, "hukuksal teorilerin" bile zaman zaman değişime ve gelişmeye karşıt bir etkilemede bulunabildikleri ve var olan politik yetkeleri güçlendirme yönünde bir araç olarak kullanılabildikleri söylenebilir. İnsanlık tarihinin ilk dönemlerinden beri, eylemsel olarak var olan yürürlükteki hukukun üstünde ve ötesinde, değişmez, salt ve genel geçerliliğe sahip bir adalet anlayışı gündeme getirilmiş, bunun karşısında siyasal erki elinde tutan egemen güçler hukuk ve adaletin kendi ideolojilerinden oluştuğunu baskı yoluyla ileri sürerek kendi çıkarlarını "norm" olarak ortaya koyabilmişlerdir.

Meşrulaştırma aracı olarak kullanılan ideoloji olgusu bazen karşımıza "milli/ulusal ya da kutsal" sayılan inanç içerikleri biçiminde somutlaşarak çıkabilmektedir. İnsanlık tarihinde tüm toplumlar için "milli ve kutsal" değerlerin varlığı ve geçerliliğinin bir gerçeklik olduğu bilinmektedir. "Değer" kavramına ilişkin çok boyutlu ve ayrı açılardan yaklaşımlar yapılabilmekle birlikte, konumuz açısından burada daha çok soyut ve nesnel-evrensel değer kavramının toplumsal yaşam ve algılamadaki somutlaşmış biçimi olan "kültür" olgusuna ilişkin boyutunun irdelenmesi önem taşımaktadır. Çağdaş insanlık yaşam biçiminde, kitle iletişim araçları ve küreselleşme dinamikleri doğrultusunda giderek ulusal ya da yerel kültür olgusu büyük değişimler yaşayarak bir benzeşmeye doğru eğilim göstermekle birlikte, yine de toplumsal ya da yerel bağlamda kültür olgusunun varlığı ve geçerliliği bir gerçektir. Konumuz açısından "milli ve kutsal" olarak algılanan toplumsal değerler, sözü edilen "kültür" olgusu çerçevesinde ele alınarak irdelenebilir.

Kuşkusuz ulusal ya da toplumsal bağlamdaki değerlerin toplumun barış, esenlik, hoşgörü, yardımlaşma ve bütünlük içerisinde varlığını ve devamlılığını sağlaması açısından yadsınamaz ve gerekli rolü vardır ve bu yönüyle sözü edilen ulusal-toplumsal değerlerin varlığı savunulabilir olduğu gibi, bunların yadsınmasını içeren bir yaklaşımın gereksizliğinde de hiçbir kuşku olamaz. Ne var ki, bir toplumsal değer/kültür içeriğinin bu biçimde olumsuzlanmayı gerektirir bir temelden uzak olabilmesi için, bunun, tüm insanlık süreçlerini kapsayan kadim insanlık kültürünün ortak ve temel kabulü olan nesnel-evrensel hukuk değerleri ve ilkelerine aykırı bir yapıya sahip olmaması gerekir. Evrensel-nesnel hukuk değerleri ve ilkelerine aykırılık taşımayan ulusal-toplumsal değerler açısından ise, yalnızca bir önemli riskten söz etmek gerekir. Bu risk, toplum açısından geçerliliği bulunan bu ulusal ya da kutsal değerlerin birey, grup, oluşum ve siyasal erkler vb. tarafından, kendi iktidar ve çıkar amaçları doğrultusunda kullanılması durumudur. Bu nedenle, yukarıda belirtilen olumlu özelliklere sahip bulunan ulusal-kutsal değerler açısından; bu değerlerin "toplumdaki işlerlik biçimi" önemli bir sorundur ve bu önemli sorunun sağlıklı bir biçimde kritik edilerek ortaya konması,

sözü edilen değerlerin varlık amacına aykırı sonuçların toplumsal yaşam ve ilişkilerdeki egemenliğini ortadan kaldırmada büyük katkılar sağlayacaktır.

Toplumca benimsenmiş değerler olumsuz anlamda nasıl bir işlerlik görebilir? Bu sorunun yanıtını verebilmek için ampirik verilere göz atmak gerekir. Toplumsal pratiğe baktığımızda, toplumsal değerlerin olumsuz açıdan birey, grup, siyasal erk vb. oluşumlar tarafından çıkar ve iktidar sağlama amaçlı olarak kullanıldığını gözlemlemekteyiz. Bazı durumlarda, daha temelli bir irdeleme yapıldığında, "dinsel" ya da "ideolojik" amaçların yine çıkar ve iktidar edinme amacına yönelik bir kılıf olarak işlev gördüğünü ayrımsamak olanaklıdır. Gerçekten de insanlık deneyimleri, dinsel ya da ideolojik söylemlerin çoğunlukla güç ve çıkar edinme yolunda birer araç olarak kullanılan kılıflar biçiminde işlev gördüğüne trajik olarak tanıklık etmektedir. Dinsel ya da ideolojik vurgunun görünürde egemen olduğu birçok tekil olay irdelendiğinde; gerçek amacın çıkar ya da güç edinmek olduğu, somut koşulların da desteklemesiyle dinselliğin ya da ideolojinin bu amacı gerçekleştirmek için bir araç olarak kullanıldığı ortaya çıkmaktadır.

Özetle dinsellik ve ideolojinin toplumca benimsenen değerlerle de yoğrularak birey, grup, siyasal erkler tarafından çıkar ve güç edinmek gerçek amacıyla kullanılagelmesi, toplumsal bir gerçeklik olarak kendini göstermektedir. Sözü edilen bu olumsuz gerçekliğin en önemli sonucu, toplumların ve dolayısıyla insanlığın adil ve barışçıl bir toplumsal yaşam ortamına kavuşmasına engel olmak; demokrasi, hukuk devleti, toplumsal adalet, eşitlik, insan hak ve özgürlükleri gibi temel evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin yerleşmesine olanak tanımamak biçiminde ortaya çıkmaktadır. İyiniyetle, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin varlık ve geçerlilik kazanmasına yönelik her bireysel ya da toplumsal girişim ve çabanın karşısında, iktidar ve çıkarına dokunulan oluşumların "ulusal ve kutsal değer" kılıflı duruşları ciddi bir engel olarak durabilmektedir.

B- Evrensel Hukuk Değerleri ve İlkelerinin İdeolojik Araç Olarak Kullanılma Riski

Soyut adalet düşüncesi etik bir değer olarak nesnel ve salt bağlayıcı olma özelliğine sahipken, bu soyut adalet değerinin içeriğinin oluşması ve ayrıntılarının belirlenmesi, belli uzay ve zaman koşullarıyla ilintilidir. Böylece soyut adalet düşüncesi nesnel, yani somut koşullara bağlı değilken, adaletin içeriği somut koşullarla ilişkilidir. Başka bir deyimle, somut uzay ve zaman koşulları ya da toplumsal koşullar; nesnel, salt bağlayıcı ve soyut olan adalet değerinin içeriğinin bulgulanmasında, algılanmasında ve yaşantılanmasında belirleyici olma anlamında büyük bir öneme sahiptir. Bütün bunlardan sonra, "evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin" soyut adalet düşüncesinin içeriğini oluşturdukları; bu evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin, bir yandan nesnel ve soyut etik değerlere dayanmakla aynı zamanda kendilerinin de nesnel ve soyut bir boyutlarının bulunduğu, diğer yandan ise, bunların somut içeriksel öğelerinin ayrıntılarının oluşması

açısından somut koşullara bağlı oldukları söylenebilir.

Bir toplumun sosyal yaşantısında maddi/özdeksel ve manevî/tinsel açıdan insan onuruna yaraşır bir biçimde yaşam koşullarının sağlanması, o toplumun hukuk düzeninin evrensel hukuk değerleri ve ilkeleriyle uyumlu bir bütünsellik oluşturmasına bağlıdır. Buna koşut olarak, yasakoyucuların temel ödevi, hukuksal düzenlemelerin evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri doğrultusunda geliştirilmesini ve onlarla uyumunu sağlamaktır. Ancak, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriksel olarak belirlenmesinin aynı zamanda bir süreci yansıttığı ve bu sürecin önemli bazı sorunları gündeme getirebileceğini de göz ardı etmemek gerekir. Bir başka anlatımla, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriksel anlamlarının çerçevesinin nasıl belirleneceği konusu, önemli ve yanıtlanması gereken bir soru olarak ortada durmaktadır.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriksel öğelerinin neler olduğu, bunların içerdiği anlamın çerçevesi ve ayrıntılarının nasıl belirleneceği konusunda, çözüm olarak, "genel kabul görmüş materyaller" kullanılabilir. Bu durumda, "hukuksal alanda artarda gelen benzer yargılar" söz konusu olmaktadır. Bu konuda kesin olarak vurgulanması ve benimsenmesi gereken şey, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriği ile ilgili ilke ve standartların makuliyeti/rasyonaliteyi ve ahlakî değerleri ölçü almak durumunda olmasıdır.[32] Başka bir deyimle, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriğine ilişkin getirilecek önerilerin ya da bu konudaki oluşumların, bilimle ve temel etik ilkeleriyle çelişmemesi, bunlarla uyumlu olması gerekir. Bunun yolu ise özgürlük ortamından geçer; yani, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin somut içeriksel öğelerinin neler olduğu ve bu öğelerin anlamlarına ilişkin çerçevenin nasıl belirleneceği sorusunun çözümlenebilmesi için, ivedilikle ve birincil olarak, istenç, inanç ve eylem alanlarını kapsamak üzere bir bütün halinde özgürlük ortamının sağlanması gerekir.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriğinin belirlenmesinde, "genel kabul görmüş materyallerin kullanılmasının" ya da "hukuksal alanda artarda gelen benzer yargıların" söz konusu edilmesinin, hiçbir zaman, "gerçekliğin bilinmesinde çoğunluğun ölçü alınması" biçiminde anlaşılmaması gerekir. Doğa bilimlerinde olduğu gibi, moral ve toplumsal bilimler alanında da, geçerlilik bir çoğunluk sorunu olmakla özdeş değildir. Çünkü bilindiği gibi, bir bütün olarak hukukun belirleyici özelliği, onun, "olması gerekeni" içermesidir; hukuk, olanı değil, olan karşısında "olması gerekeni" belirler. Hukukun "olması gerekeni" belirlemesinde temel alınması gereken ölçüler ise, insan hakları, hukuk devleti, demokrasi gibi evrensel hukuk değerleridir. Daha da önemlisi, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin temel dayanağını oluşturan nesnel, evrensel, salt bağlayıcı olma özelliğine sahip olan etik değerlerin ve bu bağlamda yine bir etik değer olarak soyut adalet, eşitlik, özgürlük gibi kavram-

32 *POUND, s. 102; RITCHIE/DAVID, s. 25; MANIN, s. 363.*

ların, formel değerler ya da içi boş soyut kavramlar olarak metafizik bir söylemle benimsenmesi gerektiğidir. Bu anlamdaki değerlerin yadsınmasını içeren, onlara karşıt bir söylemi ve uygulamayı öne süren bir yaklaşımın, salt çoğunluğun görüşünü yansıtmış olma nedeniyle benimsenemeyeceği ortadadır.

Adaletli, meşru ya da özdeş deyimle doğru hukukun içeriği ve ayrıntılarının ortaya konmasına ilişkin çaba ve deneyimler; bu konudaki düşünce ve yaklaşımlar arasında bir farklılık olabileceğini ve evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin içeriğinin ayrıntılarına ilişkin tam anlamıyla gerçekleşmiş bir uzlaşının söz konusu olmadığını göstermektedir. Ne var ki, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin hukuksal meşruluğun bir ölçütü olarak benimsenmesini içeren bir yaklaşımın, bu konuda, yani hukuksal meşruluğa ilişkin, nesnel, salt bağlayıcı ve etik temele dayalı bir bakış açısına yönelik olduğu ve bunu amaç edindiği göz ardı edilmemelidir. Nesnel geçerlilik, sahip olunan ile değil, haklı istem anlamında savla ilgilidir; dolayısıyla, bu konuda temel sorunun, evrensel doğru ve belli sistematik ilkeleri olanaklı kılan gerçekçi ve doğru bir metot ortaya konabilmesi olduğu unutulmamalıdır. Konuya etik boyuttan bakıldığında, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin hukukun meşruluğunun ölçütü olarak ortaya konmasının temelinde, insanın adil ve barışçıl bir yaşam imkânına kavuşturulmasını içeren bir inancın yer aldığı söylenebilir. Hukuksal açıdan ise, bu yaklaşımla, insan davranışlarının nesnel bir geçerlilikle değerlendirilmesi ve yargılanması amacı taşınmaktadır kuşkusuz.

Hukuksal meşruluğun ölçütü olarak evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri savunusu, hiçbir zaman herhangi bir ayrımcılık durumunu, yani hakikati bilmede ayrıcalıklı bir konumun varlığının benimsenmesini içerecek bir anlamda alınmamalıdır. Çünkü bu durumda, sözgelimi baskı, sömürü ve sindirme amaçlı ya da belli ideolojik ve çıkar çatışmalarına dayalı kural ve yaklaşımların "ahlaksallık" ve "evrensel hukuk değeri" ismi altında sunulması;[33] başka bir deyimle "değersel baskıcılık" söz konusu olabilecektir. Bu riskli konuma düşülmemesi özgürlük ortamının sağlanması ve özgürlüğün değerinin bilinmesiyle olanaklıdır. Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin somut içeriksel öğelerinin ve onların içeriksel ayrıntılarının bulgulanması, algılanması ve yaşantılanmasında, ölçüt olarak, *insanlık toplumunun üyelerince özgürlük içerisinde gerçekleşmiş olmak* koşulu aranmalı ve bu ortamın sağlanması yönünde gerekli olanaklar yaratılmalıdır.

Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin somut içeriksel öğelerine ilişkin, eksiksiz bir uzlaşı çerçevesinde, olgusal olarak genel bir geçerliliğin söz konusu olamaması, bu ilkelerin gerçek olmadığı ve her yerde uygulanamayacakları anlamına gelmez. Bu konuda asıl olarak önemle vurgulanması gereken husus şu olmalıdır: Evrensel hukuk değerleri ve ilkeleri kapsamındaki kavrayış ve yaklaşımdan başka bir insanî ve ahlâki yol ve yöntem, "başkaları bunu

33 *H. L. A. HART, s. 82-83.*

dürüstçe kabullenmeseler de ve bu kavram ve semboller aracılığıyla kendi güç ve çıkarlarını kollayıp çoğaltma aktivitesi içerisinde olsalar da", bulunmamaktadır.

IX- KİTLE İLETİŞİM ARAÇLARI, KÜRESELLEŞME VE MODERNİTE SÜRECİ BAĞLAMINDA İDEOLOJİ

Kanımızca "modern teknoloji" olgusunun tabiat, değer ve insan varlığı açısından sorgulanması, eleştirilmesi ve değerlendirilmesi konusu başlı başına ayrı ve kuşkusuz yaşamsal derecede önem taşıyan bir sorun olarak çağdaş insanlığın önünde durmaktadır. Ne var ki küreselleşme olgusu ve bu bağlamda kitle iletişim araçları çağdaş dünyanın bir realitesi olarak söz konusudur. Öncelikle önemle vurgulanmalıdır ki kitle iletişim araçları ve küreselleşme olgusu her şeyden önce bir "olanaklılık/imkân durumu" özelliği taşımaktadır. Bu karakteristik yapısı, kitle iletişim araçları ve küreselleşme olgusunun olumlu ya da olumsuz yönde kullanılmasının insanlığın ya da daha gerçekçi bir ifadeyle toplumsal egemen erk ve odakların tercih ve yaklaşımına bağlı olduğu anlamına gelmektedir. Ne var ki çağdaş dünyanın modernite süreci bağlamında sahip olduğu küreselleşme ve bununla bağlantılı olarak kitle iletişim araçlarının, günümüz dünyasında ideoloji olgusunun gelişip yaygınlık kazanmasında önemli bir role sahip olduğu yadsınamaz bir gerçektir. İdeoloji olgusu aracılığıyla toplumsal yaşama ve dünyaya kendi çıkarları doğrultusunda yön ve biçim vermek isteyen güç ve odaklar, küreselleşme/teknolojik gelişmeler/kitle iletişim araçları vb. çağdaş imkân ve vasıtalar yoluyla bu amaçlarına büyük oranda ulaşmış olma konumundadırlar.

Bilindiği gibi, ''küreselleşme'' kavramı ve olgusu çağdaş dünyanın en önemli ve belirleyici özelliği olarak kendisini dayatmakta ve tartıştırmaktadır. Bulunduğumuz aşamada, küreselleşmenin değersel olarak olumlu ya da olumsuz görülmesinden çok, onun olgusal gerçekliği karşısında, insanlığın barış ve esenliği açısından ne tür bir bütünsel yaklaşım sergilenmesi gerektiğinin ortaya konulması önem kazanmaktadır. Son yüzyıllarda iletişim, teknoloji ve benzeri alanlarda gerçekleştirilen kazanımlar, insanlığı adeta geri dönüşü olmayan bir sürece aktarmış; insanlık tarihinin hiçbir döneminde olmadığı kadar, dünya barışı ve yaşamın sürdürülebilirliği tartışmaları insanlık gündemine damgasını vurmuştur. Küreselleşme olgusu; hukuk kuralları ve hukuk kurumlarının gelişmesiyle bağlantılı olarak, hukuk felsefesinin gelişiminde hukuk ile etik ilişkisini yeniden gözden geçirme gereğini yaratmıştır.

"Küreselleşme", dünya üzerinde, içinde artık başkalarının olmadığı yeni karşılıklı bağımlılık biçimlerini ortaya çıkarmaktadır. Kitle iletişim araçları alanındaki teknolojik gelişmeler, küreselleşmenin bütün yönlerini etkilemektedir. Öyle ki, iletişim araçları yoluyla elde edilen bilgi birikimi olmaksızın, modernlik kurumlarının küresel yaygınlaşması olanaksızdır. Çağdaş yaşam biçiminin, özellikle teknolojik ilerlemelerin iletişim araçlarıyla ilgili yönü, görüş ve düşünce alanında genel bir benzerlik ve uyum sonucunu kaçınılmaz bir biçimde doğurmaktadır. Kitle iletişim araçları düşünsel ve kültürel bir benzerliğin, giderek

alansal bir genişlemeyle yaygınlaşmasında önemli rol oynamaktadır. Evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması ve bunların algılanması açısından olaya bakıldığında ise, kitle iletişim araçlarının bu konuda önemli yönde etkili olabileceği ortadadır. Evrensel hukuksal değerler sorunu, iletişim olgusunun önemini ortaya çıkarmaktadır: İletişimsellik temelinde oluşması, benimsenebilir normların evrenselliğinin ve bununla bağlantılı olarak, davranan öznelerin özerkliğinin güvencesi konumundadır. Başka bir anlatımla, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşmasının ve algılanmasının iletişimsellik aracılığıyla gerçekleşmesi; onların ideolojik bağlamda yani birey ve toplumların istençleri dışında ve ona karşın oluşup dayatılmadığını, tersine aynı zamanda birey ve toplulukların istençlerine dayandığını ifade eder.

İletişim gerçeği, politik tercihleri yönlendirebildiğinden dolayı hukuk felsefesi açısından üzerinde durulması gereken bir konudur. İletişim olgusu, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşmasında ve algılanmasında olumlu yönde önemli etkisi bulunmakla birlikte, politik tercihleri yönlendirebilmesi nedeniyle değişik açılardan incelenmek ve sorgulanmak durumundadır. Sözgelimi, kitle iletişim araçlarının, toplumsal değer yargılarının oluşmasında etkin oluşu ve dolayısıyla her zaman için ideolojik amaçlarla ve olumsuz yönde kullanılabilme olasılığını da içermesi nedeniyle, gerçek demokrasinin kurulmasında güçlükler doğurabileceği söylenebilir. Bu bağlamda, çözüm yolu olarak, çağımızın son dönem politika bilimcileri artık demokrasiyi kadroların sık değiştiği, toplumsal ve siyasal yetkenin uzun süre ülkenin geleceğini belirleyebilme gücünde olmadığı bir yönetim biçimi olarak algılamaktadırlar. Bu durum, hukuk felsefesi açısından, iletişim çağına geçilmesiyle birlikte artık demokrasi ve devlet tanımlarına yeni kavramların eklenmesinin söz konusu olduğunu göstermektedir. Kitle iletişim araçlarının sürekli bir biçimde aynı belirli odakların yönetiminde olması tek boyutlu ve belirlenmiş ideolojik kişiliklerin yaratılmasına yol açabileceğinden dolayı, demokrasi artık güç odaklarının ya da kitlesel öğelerin kısa sürelerle toplumun yönetimini üstlenmesi anlamında değerlendirilmelidir. Bu ise, toplum yönetiminde yönetici öğelerin sık sık değişmesiyle yaratılacak alternatiflerin çoğalması ortamıyla olanaklılaşabilir. Kitle iletişim araçlarının sürekli olarak aynı odakların elinde kalması ya da bunların ideolojik amaçlarla kullanılması yoluyla tek boyutlu, belirlenmiş birey tipleri yaratılması durumu, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması ve algılanmasına da olumsuz yönde etki eder. Çünkü hukuksal meşruluğun kaynağı olan evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması ve algılanması için, özgürlük ilkesinin, istenç ve eylem alanını kapsamak üzere tüm boyutlarıyla işlerlik kazandığı bir demokratik toplumsal ortamın varlığı bir önkoşuldur. Bireylerin ya da toplulukların istençlerinin iletişimsellik aracılığıyla yönlendirilmesi ve belirlenmesi durumunda, evrensel hukuk değerleri ve ilkelerinin oluşması, algılanması ve işlev görmesi olanaksızlaşacaktır.

Günümüzde küreselleşmeyi gerçekleştiren itici nedenlerden bir önemlisi kitle

iletişim araçları olmakla birlikte, modern örgütler de yerel ile küreseli çok çeşitli yollarla birbirine bağlayabilmekte ve bunu yaparken de büyük insan kitlelerinin yaşam biçimini sürekli bir biçimde etkileyebilmektedirler. Küreselleşme, modernliğin yapısal karakterinin bir sonucudur. Küreselleşmeyle birlikte, farklı toplumsal bağlamlar ya da bölgeler arasındaki bağlantı biçimleri bir bütün olarak yerküre yüzeyinde yaygınlaşır. Böylece küreselleşme, uzak yerleşimleri birbirine, yerel oluşumların çok uzak alanlardaki olaylarla biçimlendirildiği yollarla bağlayan dünya çapındaki toplumsal ilişkilerin yoğunlaşması olarak tanımlanabilir. Bu, aynı zamanda bir diyalektik süreçtir. Yerel dönüşümler, toplumsal bağlantıların zaman ve uzam üzerinde genişlemelerinin bir parçası olduğu için, küreselleşmenin de parçasıdır.[34]

İletişimsellik ve küreselleşme olguları aynı zamanda bir toplumsal dönüşüme de yol açmaktadır. Dünyanın değişik bölgeleri birbirleriyle bağlantı içine çekildikçe, toplumsal dönüşümün etkileri adeta bütün yerküre yüzeyi boyunca yayılmaktadır. Dolayısıyla günümüz toplumlarının özelliklerini dile getirirken, bu küresel ya da toplumsal topluluk gerçekliğinin kendine özgü niteliklerinin ayırt edilmesi gerekir. Çağdaş yaşam koşullarının ve çağdaş gelişmelerin bir sonucu olarak, dünyanın çok değişik parçalarında yaşayan insanlar aynı bilgi birikimleriyle donatık bir durum alabilmekte, aynı değerleri paylaşabilmektedirler. Diğer yandan yine bu çağdaş koşulların ve gelişmelerin bir sonucu olarak, dünyanın, biçimsel ya da özsel olarak değişik "toplum"larına ait ve değişik toprak parçalarında yaşayan birey ve topluluklar, herhangi bir toplum ya da coğrafya parçasındaki gelişmeleri anında öğrenebilmekte ve eylemsel olarak ona ilişkin bir aktivite içine girebilmektedirler. Bütün bunlar, klasik toplum tanımlarının günümüz açısından anlamsal bir değişim yaşadığını ve artık küresel ya da toplumsal bir topluluk gerçekliğinin gündemde olacağını göstermektedir.

X- BATI EMPERYALİZMİ VE İDEOLOJİ

A- Çağdaş Dünyada Batı Emperyalizminin Sömürü Aracı Olarak İdeolojinin İşlevselleştirilmesi

Cemil MERİÇ'in "İdrakimize giydirilen deli gömlekleri. İtibarları menşe'lerinden geliyor. Hepsi de Avrupalı"[35] diye nitelendirdiği ideolojilerin/ideoloji olgusunun, çağımız dünyasında Batı Emperyalizminin bir sömürü aracı olarak işlevselleştirildiği ve kullanıldığı gerçeği inkâr edilemez. Bu bağlamda bazı çağdaş batılı düşünürler tarafından açıkça dile getirilen "kuvvetli ve istikrarlı demokrasilerde sınıf mücadelesini desteklemek için belki artık ihtirasa ve ideolojiye ihtiyacımız yok ama bunların ikisi de dünyanın geri kalan kısmında siyasi olduğu kadar iktisadi hür müesseseleri geliştirmek için milletlerin bu büyük cehdinde bunlar bizim için hala lüzumludur. Sınıflar arasındaki ideolojik çatışmanın

34 Anthony GIDDENS, s. 62-63.

35 Cemil MERİÇ (BÜ), s. 90.

sonuna yaklaştığı tek bölge sadece şu bizim Batı'dır"[36] gibi ifadeler oldukça dikkat çekicidir. Bu çerçevedeki yaklaşımlar, bir açıdan, günümüz dünyasında ideolojinin bir sömürü aracı olarak kullanılmasının ve geri kalmış/bıraktırılmış toplumların gelişmelerinin önüne dikilen en açık engellerden birisinin ideoloji olduğu[37] gerçeğinin somut ve açık bir dayanak ve ifadesini oluşturmaktadır gerçekte.

Kanımızca ideoloji ve ideolojik kişilik olgusunun olumsuzluğu bağlamında, Batı Emperyalizminin ya da günümüz Batı siyasetinin ilham kaynağını oluşturan ve Çağdaş Batı Felsefesinin de bir yönüyle ortak ve temel bakış açısını yansıtan[38] "Utilitarianism/İngiliz Faydacılığı" akımının görüşlerinin bilinmesi ve değerlendirilmesi bu açıdan büyük önem taşımaktadır. Bu çerçevede günümüz Batı siyasetinin temelini oluşturan, özelde "İngiliz Yararcı (Faydacı) Okulu" genelde ise "Yararcılık (Faydacılık) Teorisi/Utilitarianism" denilen ahlaksal, siyasal ve hukuksal düşünce biçiminin, ahlak ve hukukun özü, kaynağı ve temel ereğinin ne olduğuna ilişkin yaklaşımlarının kavranması, irdelenmesi ve büyük bir dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Yararcılık (Faydacılık) Teorisi/Utilitarianism, temel olarak İngiliz düşünürlerince sistemli bir biçimde ortaya konup savunulmuş olmakla birlikte, Eski Yunan düşünürlerinden Aristippus ve Epikür'ün hazcı (hedonist) ve yararcı (utilitarian) bazı düşüncelerine dayandırılmaktadır. Bununla birlikte bu düşünce biçimi, İngiliz düşünürlerince açık bir biçimde ortaya konarak sistematize edilmiş ve olgunlaştırılmış olduğundan dolayı, İngiliz düşüncesinin özelde Batı, genelde dünya düşünce biçimi ve yaşamına bir eklentisi/katkısı olarak nitelendirilebilir.

Karakterleri doğrultusunda, sadece gözlem ve deneye dayanmayı ilke edinen İngiliz düşünürler, bunu, hem bilgi teorisi alanında ve hem de a priori (mutlak geçerli) ilkeleri yadsımak biçiminde, ahlâk alanında benimsemişlerdir. Doğa bilimleri konusundaki deneyci ve duyumcu bilgi edinme yöntemini ahlâk ve hukuk alanına aktarmaya çabalayan yararcılar, gözlem yoluyla, tüm insanların, yaşamlarında haza ulaşmaya çabaladıklarının görülebildiğini, dolayısıyla, bu durumun aynı zamanda bir ahlaksal ve hukuksal değer olması gerektiğini savunarak temel düşüncelerini biçimlendirmişlerdir. Yararcı kuram, bütün zaman ve mekânlardaki tüm ahlaksal, siyasal ve hukuksal ilkelerin temelinde hazyarar etkenlerini görmekte ve bunu aynı zamanda kendisi için bir "olması gereken ideal olarak savunmaktadır."

Yararcı teoriye göre, tüm insanlar, kendi haz ve mutluluklarına ulaşmak için çabalarlar. Ancak, yararcı düşüncenin asıl temsilcisi olan Jeremy Bentham, toplumsal yararcılığın ilk formüllerini ve toplumun genel esenliğini en yüksek ahlaksal ilke olarak nitelendiren Hutcheson (1694-1747)'dan aldığı "en büyük sayıdaki insanın en büyük mutluluğu" ilkesini öne

36 Amerikalı sosyolog S. M. Lipset'e ait ifade; by: Jean-William LAPIERRE, s. 23.

37 Jean DUFOUR, s. 123.

38 Henry D. AIKEN, s. 13-14.

çıkararak, yararcılığın bireyci ve egoist bir kuram olmadığını izah etmek için çaba gösterecektir. "En büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu" ilkesi, yetenekli bir yasa yapıcıya evrensel bir araç sağlamaktadır.[39] Bu araç sayesinde yasakoyucu, "usun ve hukukun elleriyle mutluluk örgüsünü kurabilir." "Daha yüksek bir nedene dayanmayan ve fakat her çeşit eylem için tek ve yeterli neden olan o nedeni gösteren, açıkça bu yarar ilkesinin kendisidir."[40] Hobbes'un yararcılığı ise, diğer yararcı düşünürlerden farklı olarak çok daha bireyci ve bencil bir hazcılığa dayanmaktadır. Hobbes'un sisteminde, bir kimsenin, kendi haz ve mutluluğu dışındaki hiçbir haz ve mutluluğu iyi/haklı/doğru olarak kabul etmesi söz konusu değildir.

"Doğa, insanoğluna iki egemen temel kural koymuştur; elem ve haz. Ne yapmamız gerektiğini ve ileride ne yapacağımızı bu iki temel kural belirler. Bunlar yaptığımız her şeyde, söylediğimiz her sözde, tüm düşüncelerimizde bizi yönlendirirler, bize egemendirler... Bir kimse bunların hükümranlığını yadsımak, bunlardan vazgeçmek savında bulunabilir ancak gerçekte bu kişi, her zaman için onların etkisi altındadır, bunlara mahkûmdur."[41] İngiliz yararcı okulunun kurucusu ünlü İngiliz düşünürü Jeremy Bentham'dan alınan bu alıntı, O'nun hazcılık konusundaki açıklığını ve bunu bir dogma (nas/mutlak kabul) olarak algıladığını açıkça ortaya koymaktadır. Bentham kesin bir dille, doğanın, insanlığı acı ve haz adlı iki despot efendinin boyunduruğu altına soktuğunu; onların boyunduruğundan kurtulmak için yapılan her denemenin, sadece bu boyunduruğu bize göstermeye ve onu doğrulamaya yaradığını; bu despotlar karşısında yapılabilecek tek şeyin ne yapmamız gerektiğini belirlemek olduğunu söyleyerek bundan, "yarar ilkesinin" yani "olabilen tüm koşullar altında olabildiğince çok mutlu olmanın" insan eylem ve davranışlarının amacı ve ereği olması gerektiği sonucuna varmaktadır.

Yararcı kuram, ahlaka ilişkin görüşlerini deneyci bir yöntemle yani reel olguyu kriter alarak oluşturmaktadır: "Ahlaken iyinin" ne olduğu sorusuna yanıt bulabilmek için, insan yaşamını gözlemlemek gerekir. Gözleme dayanmayan bir ahlâk sistemi, kuşkuyla karşılanmalıdır. Her zaman için geçerli olacak olan ahlaksal ilkeleri, ancak gözlem yoluyla bulabiliriz. İnsanların yaşamını gözlemlediğimizde, tüm insanların, yaşamın başından sonuna kadar tüm istek ve çabalarının ereğinin mutluluğu çoğaltmak, eş deyişle hazza kavuşmak ve acıdan kaçınmak olduğunu görürüz. Böylece yararcılığının çıkış noktasının dayandığı ilke, olanaklı tüm eylemler arasında doğru olan eylemin olabildiğince en yüksek ölçüde mutluluğa götüren eylem olduğu kabulüne dayanmaktadır. Öyle ki Bentham bu mutluluk ya da haz durumunun niceliksel olarak hesaplanabileceğine ve bu paralelde bir mutluluk çizelgesinin çıkarılabileceğine bile inanır. Bentham, bu bağlamda, ahlâkın yerine mutluluğun bütçesini dengeleyecek bir sanat getirmek gerektiğini ileri sürerek,

39 Jeremy BENTHAM, s. 423; A. V. DICEY, s. 136.
40 Jeremy BENTHAM, s. 56.
41 Jeremy BENTHAM, s. 125.

gerçek bir haz aritmetiği kurmak istemiştir. Fontonelle'in, asılmak üzere olan bir suçlunun önünde söylediği şu ünlü söz, haz aritmetiğini somutlaştırır:[42] "İşte hesabını yanlış yapmış bir adam!": Haz hesaplamasının yanlış yapıldığını ifade eden kötü huylardan, mutsuzluğa yol açmaları nedeniyle kaçınılmalıdır.

Yararcılık kuramı aynı zamanda bir anlamda metafizik ve soyut karakterli 18. yüzyıl felsefesine karşı bir tepkiyi de dile getirmektedir. Bu çerçevede İngiliz Yararcıları doğal hukuka karşı bir saldırı içine girmiş ve tüm doğal hukuk ilkelerini "boş ve anlamsız" kavramlar olarak nitelendirerek yarar kavramına dayandırmak istemiştir. Yararcılar, hukukun kaynağı olarak, sadece belli bir iktidarın emirlerini (politik erkin buyruklarını) ifade eden irade açıklamasını kabul etmektedir. Bir toplum içerisinde, yasaları kim yapıyorsa hukukun kaynağı da odur: Adalet, doğal hukuk vb. şeyler yasa yapamadıklarına göre bunlar, hukukun kaynağı olarak nitelendirilemez ve değerlendirilemezler. Bütün bu soyut kavramlar, tamamıyla anlamsız ve aldatıcı olmaktan başka hiçbir şeyi ifade etmemektedir.[43] Bu bağlamda, ''doğal haklar'' kavramı da açık bir saçmalıktır; çünkü bireyin sahip olduğu haklar "doğal" değil yasa tarafından verilmiş ya da müsade edilmiş haklardır.[44] İngiliz Yararcılarının temel hak ve özgürlüklere objektif değerler olarak yaklaşmadıklarında hiç kuşku yoktur. Dahası onların temel insan haklarına pek aldırış etmediği bile söylenebilir. Özellikle Bentham, bu bağlamda insan hakları öğretisini büyük ölçüde küçümsemiş, "anlamsız ve saçma" diye nitelendirmiştir. Fransız Devrimcilerinin İnsan Hakları Bildirgesi'ni yayımlaması zamanında onu "metafizik" bir çalışma olarak nitelendiren Bentham, bu bildirinin maddelerini "anlaşılmaz olanlar", "yanlış olanlar" ve "hem anlaşılmaz hem de yanlış olanlar" biçiminde üçe ayırmıştır.[45] John Stuart Mill'in dediği gibi, Bentham da dâhil olmak üzere yararcılar, temel hak ve özgürlüklere inandıkları için değil, yararlı bir yönetim sistemine inandıkları için liberal olmuşlardır.

1820-1903 yılları arasında İngiltere'de yaşamış olan Herbert Spencer, yararcı görüşe kendi felsefesinin temeli olan "evrim" düşüncesini de ekleyerek, kanımızca insanlık açısından en tehlikeli bir sonuca ulaşmayı amaçlamıştır. Spencer'e göre, canlıların başlangıç durumundan yüksek ve dış koşullara daha iyi uyarlanabilen çeşitli biçimlere doğru evrim göstermesi gibi, evren de, bütünüyle ilkel kaos durumundan, örgütlenmiş durumlara doğru bir evrim içindedir. Aynı durum insan için de geçerli olup, insan çabası da, kaba istek ve anlaşmazlıkların kaos evreninden ussal ve toplumsal bir yapı evresine doğru ilerlemektedir. Ne var ki insanların birçoğu, biyolojik ve tinsel yönden "geri kalmış" olduğundan dolayı, hâlâ "atomlar zihniyetini" sürdür-

42 F. GREGOIRE, s. 118 (dipnottan).

43 William Archibald DUNNING, s. 218

44 William L. DAVIDSON, s. 46.

45 Bertrand RUSSEL, s. 803; Recaî G. OKANDAN, s. 668.

mekte ve bunun sonucu olarak toplumsal yaşama uyarlanamamaktadırlar. Bu nedenle, Spencer'e göre, bunlar için "ahlâksal" yasalar öngörmek gerekir. Ahlâkın son amaç ve gayesini, yaşama yararlı olmak yani insan türünün korunma ve gelişmesine yardımcı olmak biçiminde gösteren Spencer, bu nedenle, yaşama uyum göstermeyi başarmış olan kimselere bundan yararlanmalarının da sağlanması gerektiğini savunmakla "daha güçlünün haklı olacağı" gibi bir düşünceye yaklaşma tehlikesi içerisine girmektedir. Spencer, "yaşam kendi kendini ayarlasın" derken bu düşüncelere yaklaşmaktadır.[46] Spencer'in, değişik kültürel evrimden geçmeleri nedeniyle insan ırklarının ahlâksal ve diğer yetilerde birbirlerinden ayrı değerlendirilmeleri gerektiği yönündeki savları, aşikâr bir biçimde, Batılı toplumları üstün tutmayı da içeren ırkçı yaklaşımlar sergilemektedir. Spencer, bu yönlü savları çerçevesinde, kendi deyimiyle "yabanılların (Avrupalı olmayan insanların)" Avrupalılara karşı ahlâksal olarak daha aşağı bir düzeyde bulunduğunu bile ileri sürebilmiştir. Spencer'in bu yaklaşımı asıl olarak İngiliz Yararcı düşünürlerinin, kendilerinden saydıkları Batılı toplumlara ve insanlığın bunun dışında kalan diğer tüm kesimlerine hangi gözle ve niyetle baktıklarını açığa vurması açısından çok önemli ve dikkat çekicidir.

Yararcılık akımının çağdaş takipçisi ve yorumlayıcısı olarak nitelendirilebilen bir diğer düşünür de çağdaş siyaset bilimcisi Karl Popper'dir. Karl Popper, yararcılığın "en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğu" ya da kısaca "mutluluğu en çoğalt" formülü yerine, "herkes için kaçınılabilecek acıların en az olması" ya da kısaca "acı çekmeyi en azalt" formülünün konmasını önermektedir. Eleştirel olarak bakıldığında da Karl Popper'in anlatım ve önerilerinin temel anlam ve içerik olarak Bentham'ın kaba anlamdaki yararcılığıyla özde benzeşik olduğu vurgulanmalıdır. Yararcılık akımının insanlık yaşamı ve tarihi açısından taşıdığı en büyük handikap ve olumsuzluk; "mutluluğun çoğaltılmasını" ya da Popper'in, temel anlamı saklı ifadesiyle "acının azaltılmasını" savunmak değil, bunu yaparken bağlayıcı hiçbir nesnel ve insani kriter ve ilkeye bağlı kalınmaması sorunudur. Sonuç olarak, kendisine sadece "mutluluğu artırmak" ya da "acıyı azaltmak" kriterini temel ölçüt olarak alan ve bu bağlamda hiçbir sınır ve nesnel ilke tanımayan bir anlayışı yansıtan yararcı felsefe, bu temel belirleyici yapısından hiçbir zaman kurtulamamıştır.

Günümüz Batılı toplum ve devletlerinin ahlâksal, siyasal ve hukuksal temel yaklaşım ve anlayışlarının kökeninde İngiliz Yararcılığının olduğu söylenebilir. Dahası, Dekartçı Okulun, bilgi teorisinde yaptıklarını siyaset, hukuk ve ahlâk felsefesinde de İngiliz Yararcılarının yaptığı bile ileri sürülmüştür.[47] "En büyük sayıda insana en büyük mutluluk, ahlâkın da yasaların da temeli budur." Yararcılığın dayandığı temel sav olan bu görüş, 19. yüzyılın son yarısından itibaren Britanya'daki ege-

46 Macit GÖKBERK, s. 486.

47 John PLAMENATZ, s. 160.

men sınıfın düşüncesini belirlemiş ve bu etki, özelde bugünkü Britanya toplumunda, genelde de tüm Batı toplumlarında en etkili yaşam felsefesini oluşturmuştur.[48]

Yararcı teorinin, çağdaş Batı düşünce sistemlerini belirleyen ve etkileyen temel kuramlar arasında önemli bir yere sahip olduğu kuşkusuzdur. Yararcılık akımının bu denli etkileyici ve çekici olmasının temelinde, bu akımın, ilk bakışta dışarıdan insancıl görünen, "doğru davranış/yaklaşımının daha çok kişiye daha çok iyilik getirecek davranış/yaklaşım olduğu" yönündeki söyleminin yattığı ileri sürülmüştür. Yararcılık kuramının, insan mutluluğunu en üst düzeye çıkarmak için yapılan eylemi doğru olarak görmesinden kaynaklanan temel çekiciliğinin etkisinde kalan bir takım çağdaş ahlâk ve hukuk felsefecileri; bu kurama yapılan eleştiri ve karşı çıkışların ışığında yararcılıktan caymak yerine, çoğu kez bu eleştiri ve karşı çıkışlara, yine yararcı denebilecek bir yoldan yanıt vermeye kalkışmışlardır.[49]

Yararcılık akımının İngiliz düşünce yaşamında ele geçirdiği egemenlik öylesine güçlü olmuştur ki, Adam Smith, Malthus ve Ricardo gibi ünlü liberal ekonomistler de onun etkisinde kalarak, hukukun temel amacının "en büyük sayıdaki insanın en büyük mutluluğunu" sağlamak olduğu biçimindeki yararcı görüşe katılmış; buna karşılık da, Bentham ve taraftarları, serbest ekonomi ilkelerinin ekonomik alanda bireysel ve toplumsal mutluluk açısından en olumlu koşulları yaratacağına inanmışlardır.[50]

Yararcıların kalıtlarının son derece etkili oluşu, Anglo-Sakson hukukundaki liberal geleneğin, toplumsal refahın azami derecede artırılmasının yasal etkinliğin en uygun amacı olduğu temel görüşünü yansıtmasından da anlaşılacaktır.[51] Çağdaş Anglo-Sakson akımının, tümüyle yararcı düşüncenin etkisi altında olduğu söylenebilir. "Enstrümantalist görüş" de denilen bu akım, hukuku salt bir araç olarak görmekte ve amacını da, sosyal dengenin sağlanması ve bireysel yarar olarak belirlemektedir. Yararcılık ve demokrasiyi savunan bu akım, hukukun insan eseri olduğunu, sosyal gelişme içinde ele alınması gerektiğini ve hukukçuluğun bir sosyal mühendislik olduğunu ileri sürmektedir. Böylece, çağdaş Amerikan yararcı akımlarının, hukuksal pozitivist düşünceyle klasik yararcılığı birbiriyle yoğurma ve uzlaştırma çabası içinde oldukları anlaşılmaktadır.

Yararcılık akımının düşünce sisteminin natüralist/biyolojik anlamda doğalcı temel özellikleri göz önüne alındığında, yararcılık akımıyla diğer benzer Batılı akımlar arasındaki bu ilişki ve etkileşimin daha da büyük olduğu daha açık bir biçimde görülecektir. Asıl önemli ve dikkat çekici olan, natüralist (maddi anlamda doğalcı) temel anlayışlı görüşlerin, günümüz Batı dünyasında olduğu gibi, dünyanın diğer egemen

48 Bryan MAGEE, s. 171.

49 Samuel GROWITZ, s. 268-269.

50 Adnan GÜRİZ, s. 6.

51 Samuel GROWITZ, s. 269.

güç ve toplumlarında da aynı biçimde etkinlik ve hâkimiyetini sürdürüyor olmasıdır. Öyle ki, bu görüşlerin, günümüz dünyasının güçlü ve egemen Batılı ve diğer toplum ve devletlerinin temel politikalarını ve yaşam biçimlerini belirlediği ya da en azından etkilediği kesin olarak söylenebilir. İnsan doğasına, dinsellik ve maneviyata ilişkin çok ayrı ve karşıt görüşlerin egemen olduğu toplumların devlet siyasetlerinin, oldukça birbirine benzer olması çok ilginç bir olgu olarak dikkat çekmektedir. [52]

B- ideoloji ve Ulusalcılık

İdeoloji/ideolojik kişilik olgusunun doğrudan ya da dolaylı olarak ilişkili olduğu etmenlerden bazıları da, aynı zamanda çağdaş yaşam biçiminin ve toplumsal yaşam koşullarının anlamsal olarak değişikliğe uğrattığı ve bu bağlamda sorguladığı "ulusalcılık", "geleneksellik" ve "vatanseverlik" gibi kavramlardır.

Geleneksellik olgusu en çok buyurganlığı ve dolayısıyla özgür insanî istence dayanmaması nedeniyle sorgulanmaya açıktır. Geleneğin buyurganlığı sürdükçe buna paralel olarak, bireylerin her birinin toplu varlığın yapısı içerisinde kısılıp kalmaları da devam eder. Bu durumda, bireylerin topluluğun dışına çıkarak kendi başlarına herhangi bir girişimde bulunabilmeleri de söz konusu edilemez. Bu koşullarda yaşayan birey artık kendi eylemlerinin sahibi değildir ve onun, başkalarınkinden ayrı, kendine özgü bir kişiliği olamaz. Böylesi bir ortamda, toplumsal organizmanın tüm üyeleri büyük oranda benzer, giderek özdeş durumdadır. Çağdaş toplumsal yaşam koşullarında, geleneksellik en çok düşünümsellik açısından sorgulanmak durumundadır: Artık, bir uygulama yalnızca geleneksel olduğu için onaylanmamakta; geleneğin haklı görülmesi ya da onaylanması, gelenekten kaynaklanmayan bir bilgi ve değer içeriğinin ışığında yapılmaktadır. Gerçekten de sözgelimi temel insan hak ve özgürlüklerinin evrensel bağlayıcılığı karşısında, gelenekselliğin ya da kültürel rölativizmin onaylanabilir bir alternatif olarak benimsenmesi söz konusu edilemez; temel insan haklarına karşıt bir gelenek, sadece gelenek olması nedeniyle hoş görülemez. Diğer yandan bu bağlamda özellikle gelenekselliğin kötüye kullanılması durumuna da dikkat çekmek gerekir: Bir realite olarak bakıldığında, "geleneksel" sav merkezli kimi söylem ve aktivitelerin, ideolojik bağlamda ve bir kişisel ya da siyasal çıkar aracı olarak kullanılabildiği de görülebilmektedir.

Ulusalcılığın olumsuz yönlerinin giderilmesi de, kuşkusuz çağdaş dünyanın en önemli ve güç sorunlarından birisi olarak kendisini göstermektedir. Teknolojik alanda ileri ülkelerin, istemeleri durumunda birbirlerini yıkacak başka araçları geliştirebilmeleri olanağının bulunması gerçeği, sorunu bir bakıma "nükleer silahların denetimi" sorunu olmaktan çıkarmaktadır. Günümüz dünyasında egemen devlet ve ulusların çoğunun, ulusalcılığı ve kendi "milli çıkarlarını" hümanizme ve evrensel insanlık idesine eşit değerde ve hatta ondan daha üstün ve öncelikli gördüğü, trajik bir realite olarak çağdaş insanlığın önünde

52 F. GREGOIRE, s. 118.

durmaktadır. Belli bir ülke ya da toplumun yurtseverlerinin, öteki ülke ya da toplumların ulusalcılıklarını kötülerken kendi ulusalcılıklarını yüceltmeleri gerçeği de, ulusalcılığın doğasının kavranmasını güçleştirmektedir. Ulusalcılığın bu korkunç sonuçlarını dizginleyebilmek için, hiçbir ayrım yapılmadan tüm insanların değersel olarak eşit sayılması ve aynı haklara sahip olmaları gerektiğinin samimi ve dürüst bir biçimde kabul edilmesi ve bu doğrultuda muamelede bulunulması dışında herhangi bir yol ve yöntem bulunmamaktadır.

"Vatanseverlik" kavramının da, özellikle günümüz sosyo-politik algısında, "ulusalcılık" kavramına eğilimli ve yalnızca "kendi" milliyetinden olan belli bir kitleye yönelik bir dürüstlük türüyle tanımlanmakta olduğu söylenebilir. Zira özellikle günümüz Batı sosyo-politik ve kültürel algı dünyasında değer verilen şey, açıkça yalnızca "benim ülkeme ve toplumuma ait olan, benim ülkemin ve toplumumun iyiliği"dir. Kişisel ya da sosyo-politik olarak sergilenen tutum ve yaklaşımın bu özelliği, temel ve değişmezdir.[53]

XI- DEĞER TEORİSİ İLE İDEOLOJİ/İDEOLOJİK KİŞİLİK KARŞILAŞTIRMASI

Objektif etik değerler yaklaşımı[54] ile ideoloji/ideolojik kişilik karşılaştırılması konusunda öncelikle vurgulanması gereken ayrım, etik değerlerin özgür insan iradesinin kabulü ile ancak varlık ve geçerlilik kazanabilmelerine karşın[55], ideolojinin insan iradesine baskı ve dayatmada bulunuyor olması hususudur. Özgür bir istence sahip olmak, bütün evren içerisinde yalnızca insanlar için söz konusu olan bir olanaklılık (imkân dâhilinde olma) durumunu yansıtır. Sadece insan kendi kendisini aşabilir; bir merkezden, sanki kendisi zaman-uzay dünyasının ötesindeymiş gibi, her şeyi, bu arada kendisini de, bilgisinin nesnesi olarak algılayabilir. Böylece insan, kendisine ve dünyaya karşı sorumlu ve ''iyi'' ya da ''kötü'' olabilecek tek üstün varlık olarak karşımıza çıkmaktadır.[56] İnsan olmak, bir anlamda özgür ve bağımsız olarak "evet" ya da "hayır" diyebilmeyi gerektirir. Kant'ın da önemle vurguladığı gibi, sahip olduğumuz yeteneklerin başında ve varlığın en yukarısında "irade/istenç" bulunmaktadır.[57]

İnsanlık, bir bütün olarak doğada etik değerin görünüm kazanmasıdır. Bütün bunlar insan yaşamının olağanüstü önemliliğini vurgulamaktadır; çünkü insan, görüngüleri ve evrimi etik anlamda değerlendirme yeteneğine sahip tek varlıktır.[58] Diğer yandan, gerçek özgürlüğün, filozofik bağlamda etik değerlerle ancak elde edilebileceği de vurgulanmalıdır: Özgürlük insanın içsel ya da dışsal her türlü etkenin olumsuz tahakkümünden kurtularak ger-

53 Alasdair MacIntyre, s. 236-237. Ayrıca benzer fikirler için bkz: Axel Honneth, s. 292.

54 "Değer Teorisi" ya da "Objektif Etik Değerler" konusunda Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi alanına çok değerli çalışmalarıyla büyük katkılarda bulunan Vecdi ARAL'ın tüm eser ve makaleleri, bu bağlamda ufuk açıcı temel kaynaklar olarak değerlendirilebilir.

55 Vecdi ARAL (BBBA), s. 69.

56 SCHELER, s. 49.

57 KANT, s. 119.

58 BOOKCHIN, s. 50-51.

çek anlamda kendisi olabilmesidir. "Kendisi" ise, ancak onun tinsel/manevî yanı olabilir. Çünkü yaşamda ne yapmamız gerektiğine yanıt verecek olan, eylemlerimize "insan eylemi" olmak özelliğini kazandıracak olan değerler, tinsel yanımızda kök salmaktadır.[59] Değerlerin sağlıklı bir biçimde algılanmasının yolu ise, filozofik düşünceye dalmadan/tefekkürden geçer:[60] Filozofik düşünceye dalma/tefekkür, evreni düşman kamplara bölmeden her şeye karşı iyi niyetli olmayı, her şeye önyargısız bakabilmeyi gerektirir ve sağlar. Bu eylem gerçekleştirilirken, kişisel ve özel olan; alışkanlığa, çıkar duygusuna ve isteklere bağlı olan her şey konuyu çarpıtır ve tefekkürün/uslamlamanın bütünselliğini bozar. Bu durumda, kişisel ve özel şeyler, özneyle nesne arasına bir engel olarak girer ve us için bir tutsaklık durumu yaratırlar. Tefekkür; alışılmış inanç kalıplarının ve geleneksel önyargıların engeline takılmadan, dingin, tutkusuz, erişilmesi yalnızca insan için olanaklı olan bilgi isteğiyle değerlendirmelidir.[61] Dolayısıyla bu tefekkür aktivitesinde, içine özel tarihin rastlantılarının karışmadığı soyut ve evrensel bilgiye, duyulardan gelen ve doğası gereği dar ve kişisel bir görüş biçimine bağlı olan bilgiden daha çok değer verilmesi gereği söz konusu olmaktadır. Filozofik düşünceye/tefekküre dalmada iyi niyetli ve dürüst olmak; davranışlarda adil olmayı, tutkularda ise yalnızca yararlı olan ve sevilenlere değil, herkese ve her şeye karşı duyulan evrensel sevgi ile dolu olmayı gerektirir ve ifade eder. Felsefenin, önünde düşünceye daldığı evrenin büyüklüğü aracılığıyla bilinç de, bu tefekkür aktivitesi aracılığıyla büyümüş olacak ve en yüksek iyiyi, yani kâinatla bütünleşme kabiliyetini kazanacaktır.[62]

Vecdi ARAL'ın anlatımıyla *"Ben Bilinci" ile bireyselliğine ve özgürlüğüne kavuşan insan, böylece aynı zamanda "Değer Bilinci"ne ulaşmış, bununla da kesin belirlenmiş olaylar dünyasının ("olan"ın) üstüne çıkıp "olması gereken"in* düzeyine *el uzatmış, ondan esinlenir olmuştur."*[63] Dolayısıyla insanın en önemli ve esas yapısı onun, varlığının bilincinde olabilen ve bu sayede varlığı, kendini ve etik değerleri özgürce değerlendirip/takdir edip bunun sonuç ve sorumluluğunu üstlenebilen kişilik özelliğinde aranmalıdır.

İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusunda özgür insan iradesinin tümüyle edilgen bir nesne durumuna düşürülmüş olmasına karşılık, etik değerlerin özgür insan iradesi tarafından kabullenilmesi hadisesinde tümüyle bir "sübjektivite/bireysellik/şahsilik" unsurunun egemen olduğu gerçeği, bu açıdan büyük önem taşımaktadır. Kuşkusuz burada söz konusu olan, değerlerin belirleyici ölçütünün süje olduğu ya da değer içeriğinin yalnızca bu değerlendirmeyi yapan kendisi için geçerli olduğuna kişinin inanması anlamında bir "değer sübjekti-

59 Vecdi ARAL (İMY), s. 35-36.

60 RUSSEL, s. 92-94.

61 RUSSEL, s. 92-93.

62 RUSSEL, **s. 93-94.**

63 Vecdi ARAL (BBBA), s. 5.

vizmi" değil fakat sonuç olarak "*değerin kesinlikle bir kimse için değer olduğu"* hakikatinin vurgulanmasıdır.[64] Değerin içerik olarak belirlenmesinin öznesi olarak değil fakat *hazır ve nazır bir biçimde mevcut bulunan değere inanıp inanmamanın, onu kabullenip kabullenmemenin tümüyle ve yalnızca bireyin kendi özgür iradesine bağlı olması* anlamında bir sübjektivite/şahsilik durumu önemle söz konusudur burada. Burada aynı zamanda "Hak ve hakikatin bulunup gerçekleştirilmesindeki bireyin *"insan" idesi ve "kendine sadakat"* değerinden ötürü onuru ve saygıdeğer oluşu"[65] söz konusu ve geçerli olmaktadır.

Etik değerlerin kökeninde, kabul edici ve var kılıcı olarak birey/kişi/insan yani insanın özgür iradesi bulunmasına karşılık; ideoloji olgusu, her zaman organizasyon/hükmetme/iktidar odaklarıyla bağlantılı olması hasebiyle, dayatma ve zor unsurlarını içerir. Jean LACROIX'in anlatımını izleyerek denebilir ki[66] derin manada kötülüğün kökü, organizasyonla ilintili ve politik daha doğrusu ideolojiktir. Her organizasyon/politika/ideoloji, bizzat kendisi kötü olmasa bile, insanın sahip olduğu güç ve iktidarın diğer insanlar üzerinde kötüye kullanılmasına sebebiyet vermesi nedeniyle tüm olumsuzluğun, bozgunculuğun, iğva ve ifsadın kaynağını oluşturur. Oysa etik değerlerin varlık ve geçerlilik kazanmalarının biricik koşulu olan insanın özgür iradesiyle kabulü; varlığın bizzat kökünü ve özünü oluşturan, tüm varlığa/değerlere yönelik olarak var bulunan ve aynı zamanda insanın tüm eylem ve değerlendirmelerine hür bir şekilde yansıması gereken asli tasdik/sevgiyi gerektirir. (Bu noktada "tüm varlığa/değerlere yönelik olarak var bulunan asli tasdik" anlamında sevginin "nesnellik/tüm varlığa yönelik olarak mevcut bulunma" özelliğinin, organizasyon/ideolojinin yol açtığı kötülük/kin/nefret hali için de var ve geçerli olduğu hatırlanmalıdır.) Özne insanın kendisine, diğer tüm insanlara/insanlığa, tüm varlığa ve kuşkusuz inanan açısından tüm varlığın biricik kaynağı ve mutlak belirleyeni olan Rabb'e yönelik olarak geçerli olan bu asli tasdik/sevgi var olmadan, gerçek anlamda insanın ve insanlığın var olması mümkün gözükmemektedir. "*Gerçekten, Tanrıyı kalpten reddeden bir kimse "ahlaken iyi"yi oluşturan değerlerden hiç birini algılayamaz*"[67] çünkü. Bu asli tadsik/sevgi/inanç kaçınılmaz ve birbirinden ayrılmaz olarak düşünsel ve varlıksal ya da teorik ve pratik hali kapsar ve bu niteliğiyle tüm bilgi ve eylemlerimizin adeta mayasında mevcut bulunur. Süje/özne olarak insanın, inanma ve değerlendirmelerine eklediği şey olan onama/razı olma/kabullenme/tasdik etme olmaksızın "bilgi" de var olamaz. Diğer yandan bu asli tasdik/inanç aynı zamanda doğası itibariyle, insanın kendinden ve kendini gerçekleştirmekten başka bir şey isteyememesi, bundan kaçamaması, varoluşçuların deyimiyle *"buna tutsak olması"* nedeniyle trajiktir de. *Kendini isteyip*

64 Vecdi ARAL (HFTS), s. 50-51.

65 Vecdi ARAL (BBBA), s. 120.

66 Jean LACROIX, s. 220-222.

67 Vecdi ARAL (BBBA), s. 117.

olumlamak ya da kendini istemeyip ret etmek/olumsuzlamak; kendine ümit beslemek ya da kendinden ümidini kesmek! İnsanın trajik ikilemi ve varoluş serüveninin temel belirleyici noktası/dinamiği işte budur. Asli tasdik/sevgi/inanma insanın en "deruni ve akli temeli"ve ümidin biricik kılavuz kapısı olmasına karşılık, olumsuzlama/ret etme/inkâr ise en büyük ümitsizliktir.[68]

XII- SONUÇ

"Öyleyse kafalar karışık. Bu kafa karışıklığı içinde kendini haklı görmenin ve hak duygusu ile savaşa girmenin, ne denli kolay olduğu görülüyor ve anlaşılıyor. Günümüzde ise savaş tehlikesinin bir yok oluş, insanlığın bir anda tümüyle yok oluşu anlamına geldiğini de unutmayalım."[69]

Bu çalışmada ele alınan anlamıyla ideoloji olgusu çerçevesinde insanlık tarihi boyunca gerçekleşen "vukuatlar" üzerine biraz düşününce, insan, Jean DUFOUR'un dediği gibi, "ideolojinin tadında bir acılık buluyor"[70] doğrusu. Tarihsel ve çağdaş bağlamda reel/olgusal olarak bakıldığında tüm ideoloji ve ideolojik fenomenlerin, Paul Dimitriu'nun trajik ifadesiyle *"ilim ve felsefenin aksine mutlakçı, müsamahasız; aynı imanı paylaşan müminleri, inananları ve mezhep ihtilafları olan; aktif, militan, emperyalist"* [71] bir işlevsel özellik taşıdıklarını vurgulamak durumundayız.

"İdeoloji" ve "ideolojik kişilik" olgusunun olumsuzlanmasını gerektiren en önemli neden, kanımızca, insan iradesine, insanın özgür varlık olma yönüne ilişkin bulunmaktadır. İnsanı değersel/etik anlamda gerçek insan yapan en temel husus, onun özgür iradeye sahip olması ve varlığını/hayatını kendi özgür iradesiyle anlamlandırıp yaşantılamasıdır. İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusu ise, bu anlamda insanı yok eden ve onu edilgen/belirlenen bir eşya haline indirgeyen bir nitelik arz etmektedir. Belirlenip yönlendirilen bir eşya haline getirilen kişilerden oluşan bir toplum ve toplumsal yaşamın, anlam ve değer olarak insanlık varlığına sunacağı bir iyilik/güzellikten ise söz edilemeyeceği kuşkusuzdur. İnsanlık yaşamı açısından ideolojinin en başta gelen olumsuzluğu kanımızca onun, insan iradesine varlığın/eşyanın anlam ve değerine ilişkin dayatmada bulunması, insan iradesinin insanın varoluşsal serüvenindeki biricik varlığı ve temel kişiliği olduğu etik hakikati ret etmesinde aranmalıdır. Böylece ideolojinin en belirgin olumsuzluğu, onun hakikatin ve anlamın algılanması bağlamında temel bir yanılgı ve kusur içinde olması biçiminde kendisini göstermektedir. Çünkü etik değer olarak doğrunun ve hakikatin ya da varlığın anlamlandırılmasının insan iradesine karşı dayatma ve zor uygulama yoluyla mevcudiyet bulamayacağında hiçbir kuşku yoktur. İdeoloji kendi bağımlısı ideoloğa (ideolojik kişilik), inanma ve davranmasında objektif hakikate göre değil de kendisine empoze edilen kalıplaşmış önyargılara göre hareket et-

68 Jean LACROIX, s. 238, 227.

69 Vecdi ARAL (BBBA), s. 129.

70 Jean DUFOUR, s. 146.

71 Paul DIMITRIU, s. 68.

mesini, realiteyi tanımayıp gerekirse onu tersyüz ederek anlamlandırmasını, dünyayı yalnızca kendisine empoze edilen inançsal kalıplar doğrultusunda dizayn edip biçimlendirmek için çaba göstermesini öğretir ve dayatır. İdeolog/ideolojik kişilik, biricik hakikat olarak kabul ettiği görüşünü bütün insanlara zorla benimsetmek, topluma/toplumsal yaşama/dünyaya kendi bu ideolojik kalıpsal tasarımları doğrultusunda bir yön ve biçim vermek ister ve bunun için habire çabalar durur. İdeoloji kendi bağımlısı ideolojik kişinin yalnızca değerlendirme ve muhakeme etme yeteneğini zedelemekle kalmaz, aynı zamanda onun hakikat karşısındaki tavır ve tutumunu da etkiler, onu bu konuda dürüstlük ve içtenlikten yoksun bırakır.

Fenomenolojik olarak irdelendiğinde, çağımız dünyasında, objektif etik değerlere dayanan kadim insanlık kültüründen uzaklaşılmasının, modern ve Batılı pozitivist bilim ideolojisi aracılığıyla büyük oranda gerçekleştirildiği ileri sürülebilir. Bu açıdan bakıldığında günümüzde, ülkemiz ve toplumumuz da dâhil özellikle geri bıraktırılmış ülke ve toplumlarda mevcut/geçerli olan bütün modern entelektüel akımların kaynağında pozitivizm ya da pozitivist bilim ideolojisinin yer aldığı rahatlıkla söylenebilir. Pozitivizm ya da pozitivist bilim ideolojisi kadim insanlık kültüründen kopmanın/koparılmanın biricik aracı olarak işlev görmüştür adeta.

Vecdi ARAL'ın açıkça vurgulamasıyla *"Davranışlarımızda bizi içimizden bağlayan bu gücün kaynağını, çağımız düşüncesini büyük ölçüde etkileyen, sözüm ona bilimsel, pozitivist anlayış, fizik dünyada bulabileceğini sanmış ve en büyük önemi silah ve paraya vermiştir. Bunların bireysel ve sosyal alanda kullanılmasında başarı gösterenleri mucizevi varlıklar olarak kabul ederek insanlığın yazgısı bu gibi kimselerin eline verilmiş, böylece insanı ve insanlığı yokluğa götürebilecek olan korkunç yolun kapısı aralanmıştır. Çünkü iç dünyanın, iç yaşamın reddi, dış güce teslim olmayı, zorunlu bir sonuç olarak meydana getirir; bu teslimiyetten yararlananı da düzen adına her şeyi yapabileceği sanısına kaptırır."*[72]

Modern kapitalizmin egemen olduğu ve bir sömürü aracı olarak kullanıldığı günümüz dünyasında siyaset ve hukuk ikilisinin tek bir ideoloji çatısı altında birleştirildiği ve işlevselleştirildiği söylenebilir. Dahası çağdaş/uygar/gelişmiş bir ülke/toplum olarak değerlendirilebilmek için, modern liberal-kapitalist ideolojiye teslim olmak günümüz sömürü dünyasında bir önkoşul haline getirilmiştir adeta. Bu çerçevede hukuk da asli/kadim/varoluşsal özünden tecrit edilerek, ulusal kültür ya da toplumsal inanç temelinde sosyo-politik olarak dayandığı geçerli ideolojinin emrine ve hizmetine terkedilmiş/sunulmuştur ne yazık ki.

Diğer yandan İslam-Doğu coğrafyasının/toplumlarının içinde bulunduğu dram ve trajedinin temel nedenlerinden birisinin de, Batılı kapitalist modernitenin "icat edip", birbirine kırdırıp sömürmek için Doğu-İslam toplumlarına "ihraç" ettiği

72 Vecdi ARAL (BBBA), s. 117.

"ideoloji" ve "ideolojik insan" yaklaşımı olgusu ve kavramlarına ilişkin bulunduğu, görmezden gelinemez bir realite olarak karşımıza çıkmaktadır. Gerçekten de Doğu-İslam toplumlarının entelektüel yapılanmalarında dinin/İslamiyetin bir "ideoloji" ve dindar/Müslüman'ın da bir "ideolog /ideolojik insan" tiplemesine dönüştürülmesi; dinin özünden ve bu bağlamda adalet değerinden uzaklaşılmasına, dinsel algının bir çıkar/iktidar/şiddet/çatışma aracı haline dönüştürülmesine ve en son tahlilde de günümüzde içinde bulunulan trajik/dramatik realitenin gerçekleşmesine yol açmıştır.

İdeoloji ve ideolojik kişilik olgusunun en temel özelliği, onun sosyo-politik stratejilerin hizmetinde bir silah ya da bir alet işlevi görmesidir. Hakikatin kurgusallaştırılarak ters yüz edilmesi ve bu yolla insan zihninin yönlendirilebilmesi özelliğiyle ideoloji, dünyaya ve insanlığa tümel ya da parçal olarak yön ve dizayn vermek isteyen egemen güçlerin kullandıkları argümanların başında gelmektedir. Bu aşamada artık ideolojinin, kendince hakikati ifade eden ve gerçekleştirilmesi gereken bir temel gaye olarak değil de yalnızca ulaşılmak istenen sosyo-politik amacın gerçekleştirilmesi için kullanılan bir vasıta olarak kabul edilmesi söz konusu olmaktadır. Ne var ki bir ideolojiyi tümüyle ve yalnızca bir aksiyon aracı ve aleti olarak işlevselleştiren odaklar, zamanla bu ideoloji ağının içine düşme ve onun tarafından sarmalanma riskiyle de karşı karşıyadırlar.

"Öyleyse, akla aykırı, ama vicdana uygun bir düşünce ve eylemi yüksek insani bir değer olarak kabul edebiliriz; fakat vicdana aykırı hiçbir düşünce ve işlemi, akla uygun da olsa, insana yakıştıramayız; insanca diye kabul edemeyiz; çünkü vicdana aykırılık var oluş nedenine terstir."[73]

BİBLİYOGRAFYA

- Aiken, Henry D. (1956), *The Age of Ideology*, The New American Library, Inc. New York.
- Amiot, Michel, *"*İctimai İlim *ve* İdeoloji*"*, by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 54-63.
- Aral, Vecdi (1992), İnsan *ve Mutlu Yaşam (Yaşamın Anlamı), Birinci Kitap: Mutluluğun Koşulları*, İstanbul.
- Aral, Vecdi (HFTS), *Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları,* Filiz Kitabevi, İstanbul.
- Aral, Vecdi (2014), *Beklediğimiz ve Bizden Beklenen ADALET*, İstanbul.
- Arslan, Hüsamettin (1992), *Epistemik Cemaat / Bir Bilim Sosyolojisi Denemesi*, İstanbul.
- Balı, Ali Şafak (2010), *"*İdeolojilerin *Hukuku mu? Hukuk* İdeolojisi *mi?",* by: HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19.Kitap, İstanbul, 2010, s. 142-157.

73 Vecdi ARAL (BBBA), s. 132.

- Bentham, Jeremy (1948), *A Fragment On Government and An Introduction to The Principles of Morals and Legislation* (ed.Wilfrid Harrison), Basil Blackwel.
- Bookhin, Murray (1994), Özgürlüğün *Ekolojisi - Hiyerarşinin Ortaya* Çıkışı *ve* Çözülüşü (çev. Arif Türker), İstanbul.
- Borne, Etienne, *"*İdeoloji *ve Felsefe"*, by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 148-166.
- Buis, Gerard, *"*İlim *ve* İdeoloji*",* by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 36-53.
- Ceylan, Yasin (2010*), "Hukuk İle Dünya Görüşü Arasındaki* İlişki*",* by: HFSA Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 19.Kitap, İstanbul, 2010, s. 195-197.
- Davidson, William L. (1947), *Political Thought in England/The Utilitarians Prom Bentham to Mill*, University of Oxford Press, London.
- Dicey, A. V. (1940), *Lectures On The Relation Between Law and Public Opinion in England*, London.
- Dimitriu, Paul, *"*İdeolojilerin Çöküşü*"*. by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 64-83.
- Dufor, Jean, *"*İdeoloji *ve* İktisadi *Hayat",* by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 122-147.
- Dunning, William Archibald, *A History of Political Theories/From Rousseau to Spencer*, The Macmillan Company, New York.
- Giddens, Anthony (1994), *Modernliğin Sonuçları* (çev. Ersin Kuşdil), İstanbul.
- Gökberk, Macit (1980), *Felsefe Tarihi*, Dördüncü Basım, İstanbul.
- Gregoire, F. (1971), *Büyük Ahlâk Doktrinleri* (Çev. Cemal Süreya), İstanbul.
- Growitz, Samuel (1981), *John Rawls: Bir Adalet Kuramı* (Çev. Serap Can), Anthony de Crespigny, Kenneth R. Minogue (der.): Çağdaş Siyaset Felsefecileri, İstanbul.
- Guiraud, Pierre, *"Dil ve* İdeoloji*"*, by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 104-121.
- Gürbüz, Ahmet (2013), *Harabede Define / Tasavvuf Felsefesinde Temel Vurgular*, Genişletilmiş ve Yenilenmiş 2.Baskı, İnsan Yayınları, İstanbul.
- Gürbüz, Ahmet (2013), *Hukuk ve Meşruluk / Meşru Hukukun Temel Unsurları*, Yenilenmiş ve Geliştirilmiş 3. baskı, İstanbul.
- Güriz, Adnan (1963), *Faydacı Teoriye Göre Ahlak ve Hukuk*, Ankara.
- Habermas, Jürgen (1993), *'*İdeoloji*' Olarak Teknik ve Bilim* (çev. Mustafa TÜZEL), İstanbul, 1993.
- Hart, H. L. A. (1986*), Law, Liberty and Mortality*, Oxford University Press, New York.

- Hayek, F. A. (1960), *The Constitution of Liberty*, Chicago.
- Honneth, Axel (2006), *"Liberalizmin Sınırları. Günümüzde Birleşik Devletler'deki Siyasi Ahlak* Üzerine*"* (Çev. Eylem Özkaya), by: Liberaller ve Cemaatçiler, der: Andre Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois, Ankara, 2006, s. 292-304.
- Kant, Immanuel (1989), *Pratik Usun Eleştirisi* (çev. İsmet Zeki Eyuboğlu), İstanbul.
- Lacroix, Jean, "İdeolojiye *Karşı* Şahsiyetçilik*"*, by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 214-241.
- Lapierre, Jean-William, *"*İdeoloji *Nedir?*", by: İlimler ve İdeolojiler, Terc. Fahrettin ARSLAN, Umran Yayınları, Ankara, s. 6-35.
- MacIntyre, Alasdair (2006), *"Vatanseverlik Bir Erdem midir?"* (Çev. Elif Ergezene), by: Liberaller ve Cemaatçiler, der: Andre Berten, Pablo da Silveira, Herve Pourtois, Ankara, 2006, s. 235-252.
- Magee, Bryan (1985), *Yeni Düşün Adamları* (Çev. Mete Tunçay), Ankara.
- Manin, Bernard (1987*), "On Legitimacy and Political Deliberation*", b.y.: Political Theory, Vol.15, No:3, Sage Publications Inc., August 1987, s. 338-368.
- Meriç, Cemil (1994*), Bu* Ülke (YH. Mahmut Ali MERİÇ), 9.Baskı, İstanbul.
- Meriç, Cemil (1993*), Sosyoloji Notları* (YH. Ümit Meriç Yazan), 2.Baskı, İstanbul.
- Okandan, Recaî G. (1955), *Umumi Amme Hukuku Dersleri*, İstanbul.
- Plamenatz, John (1949), *The English Utilitarians*, Basil Blackwell, Oxford.
- Plotinus (1996), *"Vatana Dönüş",* by: Prof. Dr. Erol GÜNGÖR: Tasavvufun Meseleleri, 6. basım, İstanbul.
- Pound, Roscoe (1969), *Law and Morals*, New York.
- Ritchie, M. A. / David G, *Natural Rights : A Criticism of Some Political and Ethical Conceptions,* George Allen & Unwin Ltd., London.
- Russel, Bertrand (1963), *The Problems of Philosophy*, Oxford University Press, Oxford - New York.
- Russel, Bertrand (1948), *History of Western Philosophical Thought*, London.
- Scheler, Max, İnsanın *Kosmos'taki Yeri* (çev. Tomris Mengüşoğlu), İstanbul.
- Stammler, Rudolf (1969), *The Theory of Justice* (çev. Isaac Husik), Rothman Reprints, inc, New York.
- Vercors, Jean Bruller, İnsan *ve* İnsanlar (çeviri: S. Eyüboğlu, A. Erhat, V. Günyol), 3. Baskı, İstanbul.

Adalet Muamması ve Michael Kohlhaas'ın Trajik Hikayesi

Sercan GÜRLER*

"Haddini aşan her şey zıddına döner."

Adalet meselesi felsefi düşünceyi kuşkusuz öteden beri meşgul etmiştir. Felsefe tarihinin akla gelen ilk büyük isimlerinin neredeyse tamamı eserlerinde adalete de yer vermiş, bu çetin meseleyi çözmek için büyük bir mesai harcamıştır. Bu köklü çaba sonucunda adalete dair önemli hakikatler elde ettiğimiz inkâr edilemez. Buna karşın meselenin tamamen hâlledildiği de herhâlde söylenemez. Dolayısıyla yaklaşık iki bin yıllık felsefe tarihinde bugün gelinen noktada âdeta bir adalet muamması ile karşı karşıyayız.

Bakışımızı genel felsefe tarihinden daha dar bir alana, hukuk felsefesine kaydırdığımızda da durum çok farklı değil. Her ne kadar hukuk felsefesi kitaplarında genellikle adalete bağımsız bir bölüm ayrılsa da söylenenler, basma kalıp birtakım düşüncelerden, büyük filozofların veya hukuk felsefecilerinin çoğu zaman birbiriyle çelişen görüşlerini alt alta sıralamaktan öteye geçmemekte.

Gittikçe içinden çıkılmaz bir hâl alan bu süreç, nihayet adalet meselesinin hukuk felsefesi alanından tamamen çıkarılmasını savunan görüşlerin neredeyse hâkimiyet kurması noktasına gelip dayanmış durumda. Nitekim XX. yüzyılın en önemli hukuk felsefecilerinden Hans Kelsen (1881-1973), "Adalet Nedir?" isimli uzun makalesinde felsefe tarihindeki bu farklı ve birbiriyle çelişen adalet anlayışlarına dikkat çekmiş, salt bu durumdan dolayı adaletin göreceli olduğunu ileri sürmüştür. Bu yaklaşımın doğal sonucu ise adalet meselesinin hukuk felsefesiyle bir alıp veremediğinin olamayacağını ileri sürmektir[1].

Bütün bu gelişmelere karşın unutulmamalıdır ki kâinat boşluk kabul etmez. Felsefi düzeyde ne kadar görmezden gelinirse gelinsin adalet, insanın duygu ve düşünce dünyasının en temel hakikatlerinden biri olmuştur her zaman. Uzunca bir süredir gerek genel felsefe alanında gerekse hukuk felsefesi literatüründe pek yer bulamamışsa da adalet meselesinin, edebi eserlerde sık sık karşımıza çıktığı inkâr edilemez.

---

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

1 Hans Kelsen, **Was ist Gerechtigkeit?**, Wien, Franz Deuticke, 1953. Bu eserin İngilizcesi için bkz. Hans Kelsen, "What is Justice?", Hans Kelsen, **What is Justice? (Justice, Law and Politics in the Mirror of Science Collected Essays),** New Jersey The Lawbook Exchange, Ltd. Union, 2000, pp. 1-24. Bu kısa eser Türkçe'ye de çevrilmiştir: Hans Kelsen, "Adalet Nedir?", Çev. Ali Acar, **TBB Dergisi,** No: 107, 2013, s. 431-454. Adalet kavramının göreceli olduğu, belirsizlikler içerdiği, dolayısıyla hukuka yönelik herhangi bir bilimsel ve felsefi çalışmanın konusu olamayacağı görüşüne bir başka örnek için bkz. Adnan Güriz, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı,** Ed.: Adnan Güriz, 2. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Derneği, 2001, s. 7-37.

Özellikle son üç-dört yüzyıldır edebiyatçıların üzerinde en fazla durduğu meseleler arasında adalet de yer alır. Adalet konulu edebi eserlerin akla ilk gelen örneklerinden birisi de kuşkusuz *Michael Kohlhaas*'dır.

"Adalet Muamması ve Michael Kohlhaas'ın Trajik Hikâyesi" başlığını taşıyan bu makale de *Michael Kohlhaas* isimli eserde adalet meselesinin nasıl işlendiğini, bir erdem olarak adaletin hangi kişilik özellikleriyle yakın ilişki içerisinde olduğunu, hayata geçirilmesinin ne tür sonuçlar doğurduğunu incelemekte. Fakat özünde genel anlamıyla adalet meselesine odaklanmasına karşın makalenin, eserde kendisini alttan alta hissettiren Kantçı ahlâk öğretisi ve adalet anlayışına yönelik yazarın giriştiği bir tür sorgulamayı, hatta hesaplaşmayı da kendisine konu edindiği söylenebilir. Diğer bir deyişle makale, eserin kahramanı Michael Kohlhaas'ın kişiliğinde ortaya çıktığı şekliyle adalet erdeminin Kantçı ahlâk anlayışı çerçevesinde izah edilip edilemeyeceği hususunu da irdelemekte. Böylece adalete dair mevcut kabullerimizi bir kere daha gözden geçirmemize vesile olmayı amaçlamakta.

…

Michael Kohlhaas[2], trajedi türünün son güzide örneklerini vermiş ünlü Alman yazar Heinrich von Kleist'ın (1777-1811) bir *novella*'sıdır. İlk bakışta Kleist'ın sanatsal kişiliğiyle örtüşmüyor gibi gözükebilir. Zira Kleist'ın ünü, dram türünde yazdığı eserlerden kaynaklanır. Fakat Stefan Zweig'ın da dediği gibi Kleist'ın asıl kişiliği, ruh dünyası, düz yazılarında, özellikle de *novella*'larında ortaya çıkar[3]. *Novella*'ları arasında da *Michael Kohlhaas*'ın özel bir yeri vardır. Zira yine Zweig'ın yorumuyla Michael Kohlhaas, Kleist'ın yarattığı en sıra dışı karakterdir; büyük ölçüde kendisini temsil etmektedir[4]. Fakat bu çalışma açısından daha da önemlisi, yazarın diğer eserleriyle karşılaştırıldığında *Michael Kohlhaas*'ın, hukukla ve hukuki meselelerle en fazla ilgilendiği eseri olmasıdır. Özellikle de adalet meselesi, eserin temel konusunu oluşturur.

2 Kleist'ın Michael Kohlhaas isimli bu eserinin Türkçe'de tespit edebildiğimiz kadarıyla dört farklı tercümesi bulunmaktadır: Heinrich von Kleist, **Michael Kohlhaas**, Çev.: Necip Üçok, İstanbul, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, 1991; Heinrich von Kleist, **Michael Kohlhaas**, Çev.: Bilge Uğurlar - Türkis Noyan, 2. Basım, İstanbul, Can Yayınları, 2011; Heinrich von Kleist, **Michael Kohlhaas**, Çev.: Selçuk Ünlü, Konya, Palet Yayınları; Heinrich von Kleist, "Michael Kohlhaas", içinde Heinrich von Kleist, **Düello (Bütün Öyküler)**, Çev.: İris Kantemir, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, s. 1-85. Biz bu çalışmada Can Yayınları'ndan çıkan tercümeyi temel alacağız. Eser ayrıca sinemaya da uyarlanmıştır. Bu uyarlamalardan en önemli ikisi sırasıyla şunlardır: Volker Schlöndorff'un yönettiği Michael Kohlhaas – der Rebell (1969) ve Arnaud des Pallières'nin yönettiği Age of Uprising: The Legend of Michael Kohlhaas (2013). Bu son uyarlama Adalet İçin ismiyle Türkiye'de de piyasaya sürülmüştür.

3 Stefan Zweig, **Kendileri ile Savaşanlar (Kleist, Nietzsche, Hölderlin)**, Çev.: Gürsel Aytaç, 5. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1998, s. 46-47. Kleist'ın novella türünde kaleme aldığı eserlerin özelliklerini inceleyen ayrıntılı bir çalışma için bkz. Bianca Theisen, "Strange News: Kleist's Novellas", **A Companion to the Works of Heinrich von Kleist**, Ed.: Bernd Fischer, Camden House, 2003, pp. 82-102

4 Zweig, **Kendileri ile Savaşanlar (Kleist, Nietzsche, Hölderlin)**, s. 47.

En son tamamlanmış hâli 1810'da yayımlanan bu eser, XVI. yüzyılda yaşanmış gerçek bir olaydan esinlenerek kaleme alınmıştır. Yazarının ifadesiyle "devrinin en dürüst ve haksever, aynı zamanda da en dehşetengiz insanlarından"[5] birinin, Michael Kohlhaas'ın trajik hayatını konu alır.

Eserin konusu ilk bakışta son derece basittir. Haksızlığa uğramış dürüst bir vatandaşın hak arama mücadelesidir denilebilir kısaca. Her türlü meşru yola başvurmasına karşın bir türlü hakkını alamamıştır bu dürüst vatandaş. Hatta bu uğurda çok sevdiği karısını dahi kaybetmiştir. O güne kadar hukuka aykırı, gayri meşru hiçbir yola tenezzül etmeyen bu ideal vatandaş, çareyi kendi hakkını kendisi almakta bulur. Bu amacını gerçekleştirmek için de etrafına topladığı adamlarıyla kendisine haksızlık eden kişinin peşine düşer. Fakat olaylar kısa sürede çığrından çıkar, bu dürüst ve ideal vatandaş tam anlamıyla bir eşkiyaya dönüşür. Önüne çıkan her şeyi yakıp yıkan, çoluk çocuk demeden herkesi öldüren bu çete reisi, ancak çok sevdiği, takdir ettiği dini önderi Martin Luther'in müdahalesi ile eylemlerinden vazgeçer. Davasını, yine meşru ve olağan yollarla savunmaya razı olur. Ama haksızlıkların peşini bir türlü bırakmadığı bu adalet timsali adam, bu kez de toplum düzenini bozmakla suçlanır ve her ne kadar baştaki talepleri karşılansa da ölüm cezasına çarptırılmaktan kurtulamaz.

Yukarıda da belirtildiği gibi ilk bakışta basit bir hak arama hikâyesi gibi gözüken bu eserde Kleist, bize aslında adaletin ne kadar netameli bir mesele olduğunu göstermek ister. Adaletsizliğe uğramış bir kişinin adalet peşinde koşarken isteyerek veya istemeyerek kendisinin de birtakım adaletsizliklere yol açabileceğini gayet çarpıcı bir şekilde anlatır. Adalet, evet belki çok temel bir insani duygudur fakat kişinin, diğer insani duyguları görmezden gelmesine de yol açabilir. Adaletin dışındaki erdemleri hayata geçirebilmesinin önünde en büyük engellerden birisi, yine adaletin bizzat kendisi olabilir. Daha da önemlisi, adalet çok kolay bir şekilde intikam duygusuna dönüşebilir. Kişi, bir ânda kendisini intikam ateşine düşmüş, gözü başka hiçbir şey görmeyen, dünyanın en zalim insanı olarak da bulabilir. Adalet saikiyle mi yoksa salt intikam duygusuyla mı hareket ettiğini tespit etmek her zaman o kadar da kolay olmayabilir. Yani adalet ile intikam duygusu arasında zannedildiğinden çok daha yakın bir ilişki vardır. Sonuç olarak *Michael Kohlhaas*, adaletin işte bu farklı yönlerine işaret etmek suretiyle okuyucuyu, hukuka ve hukukun temelinde yer aldığı varsayılan adalete dair daha derinlemesine bir sorgulamaya davet etmektedir.

…

Tıpkı diğer büyük edebi eserler gibi Kleist'ın bu uzun hikâyesi de kuşkusuz çok katmanlıdır. Farklı yorumlara, değerlendirmelere müsaittir. Nitekim eser hakkındaki çalışmalara bakıldığında bu çok katmanlılık daha iyi anlaşılır. Örneğin bu yorumlardan birisi eserin, Kleist'ın yaşadığı dönemde Almanya'da tartışılan hukuki, siyasi ve ekonomik reformlarla ilgili olduğu yönündedir. Bu yoruma göre eserin konusu, her ne kadar XVI. yüzyılda yaşanmış gerçek bir olaydan alınmışsa da yazar, aslında XIX. yüzyıl Almanyası'nın tarihi koşullarını göz önünde bulundurmaktadır.

5 Kleist, **Micael Kohlhaas**, s. 9.

O dönemde Prusya ismini taşıyan ülkede ön plana çıkan en önemli gelişmelerden birisi de devletin birliğini sağlaması ve bu süreçte hukukun oynayacağı roldür. Başta Alman Medeni Kanunu ve Ceza Kanunu'nun hazırlanması olmak üzere kapsamlı kodifikasyon hareketleri ve bu hareketlerin ortaya çıkardığı hukuki meseleler toplumda geniş yankı bulmaktadır. Toplumu yeni baştan kurmanın doğurduğu meseleler sadece hukuki değil siyasidir de. Dolayısıyla hukukçular kadar düşünürler ve edebiyatçılar da bu meselelerle yakından ilgilenmektedir. Kleist, eserini, işte böylesine tartışmalı bir ortamda kaleme almıştır. Michael Kohlhaas'ın özelinde eserde bize anlatılan hikâye aslında yükselişte olan yeni burjuva sınıfının, eski düzeni temsil eden aristokratlara karşı mücadelesidir. Üstelik sadece bu uzun hikâyesi değil Kleist'ın trajedi türünde kaleme aldığı diğer pek çok eseri de aynı temayı paylaşır[6].

Michael Kohlhaas'a yönelik diğer bir yorum ise nispeten daha yoğun tartışmalara sebep olmuş bir değerlendirmedir. Bu yoruma göre Kleist'ın yine pek çok eserinde karşımıza çıkan temel mesele, dönemin en etkili filozoflarından Immanuel Kant'a (1724-1804) yönelik bir sorgulama, hatta hesaplaşma. "Kant krizi" ismi verilen ve özel hayatında da kendisini fazlasıyla meşgul etmiş olan bu sorun, Kleist'ın ciddi bir düşünce buhranına düşmesine bile yol açmıştır. Önceleri Kant'tan çok fazla etkilenen Kleist, kısa bir süre sonra bu büyük Alman filozofunun varlık, bilgi ve ahlâk anlayışında kendisini bir türlü tatmin etmeyen bir şeylerin olduğunu farketmiştir. Edebi eserlerinde değil de daha çok yakınlarına yazdığı mektuplarda dile getirdiği bu metafizik buhran, Kleist'ı intiharın eşiğine kadar getirmiştir. *Michael Kohlhaas*'da işlenen de, aslında adalet üzerinden Kantçı ahlâk anlayışıyla girişilen işte bu hesaplaşmadır. Kleist'ın bize sorgulatmak istediği, Kant'ın kategorik buyruğa dayalı ödev ahlâkı ve bu ahlâk anlayışından türeyen adalet yaklaşımının gerçek yaşamla ne kadar uyuştuğudur. Bu sorgulama aynı zamanda Aydınlanma düşüncesinin katı akılcı yaklaşımına yönelik bir hesaplaşmadır da. Bu yorum açısından bakıldığında, Kohlhaas ne bir köylü isyanına önderlik edecek bir halk kahramanı, ne de köhnemiş aristokrat sınıfının temsil ettiği geleneksel değerlerin karşısına liberal değerlerle çıkan bir burjuvadır. Evet belki bu şekilde de okunabilir Kohlhaas'ın hikâyesi. Fakat Kleist'ın buradaki asıl amacı, portresini çizdiği karakterin trajik bir kahraman olduğunu göstermek ve bu karakter üzerinden adaletin trajik yönünü bize bir kere daha hatırlatmaktır[7].

6 Bu tür bir değerlendirme için bkz. Elystan Griffiths, **Political Change and Human Emancipation in the Works of Heinrich von Kleist**, Camden House, 2005. Bu kapsamlı çalışmanın özellikle "Administration and Justice" başlıklı bölümü yukarıda belirtidiği şekilde eser ile dönemin hukuki ve siyasi koşulları arasındaki bağlantılara ayrılmıştır. Michael Kohlhaas da bu bölümde incelenmektedir, bkz. *Ibid.,* pp. 134-142.

7 Hem eserlerinin genelinde hem de Michael Kohlhaas bağlamında Kleist'a yönelik bu tür bir yorum için bkz. Tim Mehigan, "'Betwixt a false reason and none at all': Kleist, Hume, Kant, and the 'Thing in Itself'", **A Companion to the Works of Heinrich von Kleist**, Ed.: Bernd Fischer, Camden House, 2003, pp. 165-188. Özellikle Michael Kohlhaas'ı konu edinerek Kleist'ın yaklaşımını Kant'ın ahlâk anlayışıyla karşılaştıran hayli ilginç bir tez çalışması için bkz. Lindey Marie Mitzen, "Michael Kohlhaas and the Limits of Kantian Reason, Morality, and Law", **Department of German and Scandinavian and the Graduate School of the University of Oregon**, 2014, *passim.*

Nitekim büyük ölçüde yukarıdaki ikinci yorumu esas alan bu çalışmada da Michael Kohlhaas'ın hikâyesi, adalet meselesi çerçevesinde incelenecektir. Eser boyunca Kohlhaas, çeşitli haksızlıklarla karşılaşır. Karşılaştığı bu haksızlıklar Kohlhaas'ın ruhunda dalgalanmalara yol açar. Bu dalgalanmalara paralel şekilde adalete yüklediği anlam da değişir. Bu değişiklikler, söz konusu haksızlıklara karşı nasıl bir tavır alacağını, diğer bir deyişle eylemlerinin yönünü ve şeklini de belirler. Bu arada hikâye boyunca bir dizi ahlâki, siyasi ve hukuki hadise cereyan eder. Bütün bu olup bitenler aracılığıyla okuyucu, adalet meselesine dair bir düşünme ve sorgulama imkânı bulur. Dolayısıyla hikâyenin bu gidişatına uygun olacak şekilde aşağıda önce Michael Kohlhaas'ın karakter özellikleri değerlendirilecek, ardından olayların gelişim çizgisine bağlı olarak bu karakter özelliklerinin, kararları ve eylemleri üzerinde nasıl etkiler doğurduğu incelenecek, karşısına aldığı siyasi ve hukuki düzen ile arasındaki ilişkinin farklı merhalelerine değinilecek, nihayet o kaçınılmaz sona kendisini götüren süreçteki tavırları irdelenecek. Bütün bu inceleme ve sorgulamalar Kantçı ahlâk ve adalet anlayışının eleştirisi bağlamında gerçekleştirilecek.

Fakat eseri bu çizgi üzerinde değerlendirmeye geçmeden önce adalet meselesinin hukuk felsefesindeki serüvenini kısaca hatırlamakta fayda var. Zira ancak bu uzun serüvenin aşamaları dikkate alındığında eserdeki adalet tartışmasının anlamı ve önemi ortaya çıkar.

…

Hukuk felsefesi tarihinde adalet denildiğinde akla hemen doğal hukuk gelir. Adalet meselesiyle en fazla uğraşan hukuk felsefecileri, doğal hukukçulardır. O kadar ki hukukun temelinde adaleti görür, hatta adil olmayan hukukun hukuk dahi olamayacağını söylecek kadar da ileri giderler. İşte bu düşünür ve filozofların ortaya koyduğu görüşlere kabaca doğal hukuk öğretisi ismi verilebilir.

Kökeni Eski Yunan'a kadar uzanan doğal hukuk öğretisinin klasik örneği, Antigone trajedisinde şu ifadelerle karşımıza çıkar:

"Bu yasağı ilan eden Zeus değildi ki;
Ne de Adalet Tanrıçası
Buyurdu böyle bir şeyi insanlara.
Senin emrin, ölümlü insana
Tanrıların değişmez, yazılı olmayan yasaklarını
Hiçe sayma gücü verecek kadar güçlü gelmedi bana.
O yasalar bugün ya da dün konmadı,
Evvel ezel vardı."[8]

Mevcut her türlü hukuk düzeninin üzerinde değişmez, evrensel ve bağlayıcı birtakım ahlâk kurallarından oluşan bir hukuk düzeninin varlığı düşüncesi, *Antigone*'den beri pek çok düşünürü etkilemiştir. Bugüne kadar bu konuda devasa bir külliyat oluşmuş, doğal hukuk öğretisi, bir takım ahlâki-hukuki-siyasi ilkeleri ifade eden kapsamlı bir felsefi kurama dönüşmüştür.

8 Sofokles, **Antigone**, Çev.: Ayşe Selen, İstanbul, Mitos-Boyut Tiyatro Yayınları, 2011, s. 26.

Fakat söz konusu bu külliyata bakıldığında doğal olduğu varsayılan bu ahlâki-hukuki-siyasi ilkelerin nelerden oluştuğu konusunda maalesef tam bir uzlaşmaya varılamamıştır.

Nitekim *Antigone'*den bugüne doğal hukuk öğretisi kendi içerisinde çok farklı yorumlara tabi tutulmuştur. Buna karşın yine de hukukun, insanların aklıyla erişebileceği evrensel bir takım ilkelerden oluştuğu düşüncesinden hiçbir zaman vazgeçilmemiştir. Bu ilkeler ahlâkidir ve herkes kendi aklıyla bunları bilebilir. Hukuk ile ahlâkın kesişim kümesini oluşturan bu ilkelerin temelinde ise kuşkusuz adalet yer alır.

Yukarıda ana hatlarıyla tasvir edilen doğal hukuk öğretisi Batı felsefe tarihinin sürekli başvurduğu bir ahlâki-hukuki-siyasi yaklaşımdır. Platon ve Aristoteles'ten Cicero ve Romalı hukukçulara, Augustine ve Aquinalı Thomas gibi Ortaçağ Hristiyan düşünürlerinden Grotius gibi Yeni Çağ devletler hukuku kuramcılarına ve nihayet Hobbes, Locke ve Rousseau'da en gelişmiş şeklini alan Toplum Sözleşmesi geleneğine kadar doğal hukuk kuramının izi sürülebilir. Amerikan ve Fransız devrimlerinden sonra daha çok doğal haklar kuramına dönüşse de XIX. yüzyıla kadar en azından Batı düşüncesinde varlığını daima sürdürmüştür.

Bütün pozitif hukuklardan bağımsız ve üstün, aşkın bir ahlâki-hukuki-siyasi düzenin varlığı varsayımına dayanan doğal hukuk öğretisi, XIX. yüzyılın ortalarından itibaren eski gücünü kaybetmeye başlar. Zira dünyanın içerisinde bulunduğu bu dönemde, bütün insanlığın üzerinde anlaşabileceği evrensel bir takım ahlâki ilkelerin yavaş yavaş terkedildiği görülmektedir. Hatta her durumda vicdanının sesini dinleyecek kadar ahlâklı, kendi kararlarını kendisi almaya muktedir özgür iradeli ve akıl sahibi bireylerden oluşan bir insanlık fikrinin bizatihi kendisinden bile kuşkulanılmaktadır. Üstüne üstlük insanın özü, doğası veya insanı insan yapan değişmez nitelikler gibi o zamana kadar neredeyse bütün kültürlerde tartışılmadan benimsenen genel kabuller kıyasıya eleştirilmektedir. İşte *Michael Kohlhaas*'ın yazıldığı dönem, tam da toplumların evrensel bir takım ahlâk ilkelerine dayalı akılcı hukuk sistemlerinin değil de aşkın hiçbir kaynaktan türemeyen salt faydacı gayeleri hayata geçirmeyi hedefleyen pozitif hukuk sistemlerinin geçerli olduğu, hemen hemen herkesin sadece kendi bencil çıkarlarını gözettiği bir toplum yapısının ortaya çıkmaya başladığı bir dönemdir. Burada artık evrensel ahlâk ilkelerine uygun davranan değil de güçlü olan haklıdır. Bu açıdan bakıldığında *Michael Kohlhaas*'ın, modern toplumları karakterize eden bir yabancılaşma duygusunun izdüşümü olduğu söylenebilir. Aynı dönemde yazılan diğer edebi eserlerde de rahatlıkla bulabileceğimiz temalar bu eserde de görülmektedir. Kısaca ifade etmek gerekire evrensel doğal hukuk ilkeleri ve bu ilkelerden türetilen adalet anlayışı ve hukuk düşücesi ile güçlünün haklı olduğu, tek gayesinin herkesin kendi çıkarını azamileştirmesi için gerekli koşulları sağlamak olan bir ahlâk ve adalet anlayışı arasında sıkışıp kalan modern bireylerin içinde bulunduğu kararsızlık, belirsizlik ve çelişkinin hikâyesidir *Michael Kohlhaas*[9].

9 Richard Sterne, "Reconciliation and Alienation in Kleist's "Michael Kohlhaas" and Doctorow's Ragtime", **Legal Studies Forum**, Vol. XII, No. 1, 1988, pp. 5-22, pp. 6-7.

Daha da yakından bakıldığında ise eserde asıl tartışılan meselenin Aydınlanma düşüncesinin özellikle Kant'ta zirveye varan akılcılığı olduğu görülür. Doğal hukukun ve dolayısıyla bir ahlâki ilke olarak adaletin modern zamanlarda en usta formülünü Kant geliştirmiştir. Kant genel ahlâk felsefesinde ortaya koyduğu ödev etiğini, son yıllarında kaleme aldığı *Ahlâkın Metafiziği*'nde biraz da dönemin pozitivist eğilimleriyle uzlaşma pahasına siyasi ve hukuki meselelere uygulamış ve bugün hâlâ taraftar bulan adalet kuramını geliştirmiştir.

İşte Kleist da bu büyük ustanın ahlâk anlayışı ve adalet düşüncesini eserlerinde kıyasıya eleştirmiştir. Fakat bu eleştirisi, Kant'ın etkisinden tamamen kurtulduğu anlamına da gelmez. Zira aslında eserlerinde karşımıza çıkan Kant'a dair bir belirsizliktir. "Kant krizi" ismi verilen bu fikir buhranını eserleri aracılığıyla aşmaya çalışmıştır. Bu çabasında ne kadar başarılı olmuştur bilinmez ama şurası bir gerçektir ki söz konusu buhranın yarattığı gel-gitler, Kleist'ın eserlerinin modern edebiyatın seçkin örnekleri arasında zikredilmesine yol açmıştır.

Aslında döneminin romantizm akımının tipik özelliklerinden olan uçlarda gezinen fikirler, karmaşık duygular, çelişkiler ve iniş çıkışlar, Kleist'ın hem yaşamında hem de eserlerinde çok belirgindir. Yine Romantikler'in pek çoğunda görülebileceği üzere, bu özellikler Kleist'da da Kant'la bir nevi hesaplaşma şeklinde ortaya çıkmıştır[10].

Almanya'nın XIX. yüzyılının ilk yarısına damgasını vurmuş, aralarında Hölderlin ve Novalis gibi insanlık tarihinin görüp görebileceği en büyük yaratıcıların da yer aldığı, çoğu ya intihar etmiş ya da çıldırmış, "Alman edebiyatının Goethe ve Schiller'den sonra, sıcak bir öğlen güneşinin ardından çıkan büyük bir yangın gibi ortaya çıkardığı o ateşli dâhiler"[11] den birisi de Kleist'tır. Sadece dönemin Almanyası'nın değil belki de modern insanın bütün o çırpınışlarını, çelişkilerini, dengesizliklerini, duygusal boşalmalarını Kleist da eserlerinde çarpıcı bir şekilde işlemiştir.

Bütün bu fikri ve ruhi karmaşa içerisinde adalet meselesi de tabii ki nasibini almıştır. Bu açıdan Kleist ayrı bir yere sahiptir. Zira belki de dönemin adalet meselesiyle en fazla uğraşan isimlerinden biridir.

10 Kant'ın Romantizm akımı ile ilişkisi tartışmalıdır. Özellikle insana ve özgürlüğüne verdiği önem Romantikleri önemli ölçüde etkilemiştir. Buna karşılık akılcılığı, özellikle de ahlâki konularda akla tanıdığı merkezi yer, Kant'ın, Aydınlanma düşüncesinin ısrarlı bir takipçisi olduğunu gösterir. Romantik düşünür ve sanatçıların en faza karşı çıktığı da bu akılcı Aydınlanma düşüncesidir. Bu yönüyle de hedeflerine Kant'ı koyarlar. Kant'ın ve özellikle Alman idealist felsefenin Romantizm üzerindeki etkisi için bkz. Ricarda Huch, **Alman Romantizmi**, Çev.: Gürsel Aytaç, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2005, s. 109-127; Isaiah Berlin, **Romantikliğin Kökleri,** Haz.: Henry Hardy, Çev.: Mete Tunçay, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004, s. 90-101; Besim F. Dellaloğlu, **Romantik Muamma**, İstanbul, Bağlam Yayınları, 2002, s. 23-44. Kleist'ın eserlerinin genelinde Aydınlanma karşıtı düşünceler için bkz. Helmut J. Schneider, "The Facts of Life: Kleist's Challenge to Enlightenment", **A Companion to the Works of Heinrich von Kleist**, Ed.: Bernd Fischer, Camden House, 2003, pp. 141-163.

11 George Steiner, **Tragedyanın Ölümü,** Çev.: Burç İdem Dinçel, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011, s. 163.

Yukarıda da belirtildiği gibi Kleist'ın eserleri aslında Kant'la bir hesaplaşma niteliğindedir. Düşünsel ve duygusal bir kriz şeklinde ortaya çıkan bu hesaplaşma, bir başka açıdan doğal hukuk düşüncesinin de sorgulanması anlamına gelir[12]. Hemen hemen bütün eserlerinde hissedilen ve çılgınlığa varan bu gerginlik ve çelişki, adalet meselesi söz konusu olduğunda doğal hukuk yaklaşımının, özellikle de Kantçı versiyonunun test edilmesinden başka bir şey değildir. İşte adalet meselesi karşısındaki bu tavrı Kleist'ın en açık bir şekilde *Michael Kohlhaas* eserinde görülmektedir.

Şimdi eseri daha detaylı incelemeye ve değerlendirmeye geçebiliriz.

…

Michael Kohlhaas, XVI. yüzyılda Almanya'nın Brandenburg eyaletinde yaşayan bir at tüccarıdır. Kendi ismini taşıyan çiftliğinde karısı, çocukları ve yardımcılarıyla birlikte gayet huzurlu bir hayat sürmektedir. Dürüstlüğü, hakkaniyetli oluşu ve yardımseverliğiyle tanınan bu adamın tek amacı, çocuklarına çalışkanlığı ve sadakati öğretmek, onları Tanrı korkusuyla yetiştirmektir. Kısaca ideal vatandaş timsalidir.

Fakat gereğinden fazla gelişmiş adalet duygusu, kendisini bir hayduta ve katile dönüştürecek bu adamın, kendi sonunu yine kendisinin hazırladığı söylenebilir. Aslında "bir erdemi aşırıya vardırmasaydı", yazarının ifadesiyle "dünya onun hatırasını saygıyla anacaktı."[13] Nitekim yazarına "devrinin en dürüst ve haksever, aynı zamanda da en dehşetengiz insanlarından biriydi"[14] dedirten de Michael Kohlhaas'ın işte bu özelliğidir.

Eserin daha ilk satırlarında tasvir edildiği şekliyle Michael Kohlhaas çelişkilerin insanıdır. Ruhunda hem adaleti hem de zulmü barındıran bir karakteri merkeze alması, Kleist için aslında hiç de alışılmadık bir durum değildir. Kafa karıştıran veya içinden çıkılmaz bir özellik arzeden bu tür çelişkiler, Kleist'ın diğer eserlerinde de sık sık görülür. Üstelik bu çelişik durumların veya kişiliklerin nasıl anlaşılması gerektiği sorusu çoğu zaman cevapsız bırakılır. Nitekim burada da okuyucu, ortadaki çelişik durumu çözmesi için Kohlhaas'ın karakterini anlamaya teşvik edilir. Fakat "dürüst ve haksever" olma ile "dehşetengiz" olma özellikleri bir insanda nasıl birarada yer alabilir? İşte bu sorunun cevabını vermesi gereken okuyucunun kendisidir[15].

12 Aslında tıpkı diğer Romantik yazarlar gibi Kleist'ın da karşı çıktığı husus, eşya ve hadiselerin ezeli, değişmez, mutlak ve evrensel bir takım doğa yasalarına tabi olduğu görüşüdür. Romantikler'e göre gerçeklik, çoğu zaman akıl aracılığıyla keşfedilmeyi bekleyen sabit bir doğaya (*rerum natura*) sahip değildir. Bu yaklaşım, kaçınılmaz olarak hukuk alanına da yansır. Bu açıdan bakıldığında Romantikler'in, Antigone'den beri kabul edilen doğal hukuk düşüncesini benimsemeyeceği rahatlıkla söylenebilir (Berlin, **Romantikliğin Kökleri**, s. 138, 141, 143, 149, 152).

13 Kleist, **Michael Kohlaas**, s. 9.

14 Kleist, **Michael Kohlaas**, s. 9.

15 Mitzen, "*Michael Kohlhaas* and the Limits of Kantian Reason, Morality, and Law", pp. 6, 36. Aslında Kleist'ın bütün *novella*'ları metafizik meseleleri konu alır. Yine hemen hemen her *novella*'da karakterler dünyaya dair inançlarının sarsılacağı, hatta yıkılacağı durumlar içerisinde bulurlar kendilerini. Bu da eşya ve hadiselerin tümüne yönelik acılı bir sorgulama sürecine girmelerine yol açar (Mitzen, "*Michael Kohlhaas* and the Limits of Kantian Reason, Morality, and Law", p. 37).

İşte bu sıra dışı adamın trajik hikâyesi, yetiştirdiği atları her zamanki gibi panayırlarda satmak üzere yola çıkmasıyla başlar.

Saksonya eyaleti sınırları içerisinde yol alırken görkemli bir şövalye şatosunun önünde ağaç kütükten bir sınır bariyeri çıkar karşısına. Bariyerin hemen yanındaki kulübeden çıkan bekçiden, üzerinde durduğu toprakların hükümdar tarafından şatonun sahibi asilzadeye imtiyaz verildiğini öğrenir. Yoluna devam edebilmesi için belirli bir ücret ödemelidir. Duruma önce şaşıran fakat sonra razı olan at taciri, geçiş ücretini vermeyi kabul eder.

Tam yoluna devam edecekken bu kez de önüne şatonun kâhyası çıkar. Buradan geçebilmesi için hükümdarın onayladığı bir geçiş belgesi göstermesi gerektiğini söyler. Kohlhaas, bugüne kadar defalarca buradan geçtiğini ve hiçbirinde böyle bir belge gerekmediğini, üstelik mesleği ile ilgili bütün mevzuatı bildiğini ve böyle bir düzenlemenin olmadığını ne kadar söylerse söylesin kâhya yine de geçmesine izin vermez.

Bunun üzerine Kohlhaas, asilzadeyle görüşmek ister. İstenen geçiş belgesini temin edeceğini belirtip şimdi yoluna devam etmesi için kendisine izin verilmesini talep ettiğinde asilzade, önce gayet ilgisiz, bu talebini kabul etmeye yanaşır. Fakat kâhyanın ısrarı ve önerisi üzerine at tacirinin geçiş belgesi bulup getirinceye kadar yanındaki atlardan birkaçını rehin bırakması gerektiğini, yoksa bariyerin arkasına defedileceğini söyler.

Bu tür bir muameleyi içine sindiremeyen Kohlhaas, çaresiz, içinde bulunduğu duruma razı, en güvendiği yardımcısıyla birlikte atlarından ikisini bırakarak şatodan ayrılır.

En yakın şehre geldiğinde kendisinin de tahmin ettiği üzere böyle bir geçiş belgesi olmadığını öğrenir. Asilzadenin bu manasız hareketi üzerine pek düşünmeksizin atlarını satmak için yoluna devam eder.

İşini bitirip de tekrar evine dönme vakti geldiğinde atlarını geri almak için şatoya uğrar. Geçiş belgesi diye bir şeyin gerekli olmadığını söyledikten sonra atlarını geri ister. Fakat atları hiç de bıraktığı zamanki gibi değildir. Bıraktığında hayli besili ve güzel görünen atların yerinde sıska, bir deri bir kemik, bir çift kirli at vardır.

Sebebini sorduğunda şatonun kâhyası, kendilerine verilen yemlere karşılık atların tarlada çalıştırıldıkları cevabını verir. Ayrıca yardımcısının şatodan kovulmasından sonra kimsenin atlara bakamadığını, bakmak zorunda da olmadığını söyleyerek üste çıkmaya çalışır. Kohlhaas, duyduklarını karşısında son derece öfkelenmiş, ama yine de adalet duygusuna boyun eğerek yardımcısının hatasının ne olduğunu öğrenmek ister. Kâhyanın anlattığı hikâyeye inanmak istemese de durumu kabullenip kendi çiftliğine döner.

Tam bu noktada biraz durup Kohlhaas hakkında birkaç tespitte bulunmakta fayda var. Görüldüğü üzere ve ilk satırlardaki tasvirlere de uygun olarak Kohlhaas'ın karakter özelliklerine dair bir şeyler rahatlıkla söylenebilir. Dikkat edilecek olursa Kohlhaas, ne kadar anlamsız ve kabul edilmesi zor talepler ve iddialarla karşılaşmış olursa olsun, üstelik atlarının durumu da izahı

gerektirmeyecek kadar açık görünmesine karşın yine de karşısındakini suçlamakta aceleci davranmamaktadır. Yani, adalet duygusundan zerre taviz vermemektedir. Diğer bir deyişle "altın terazisi ayarındaki adalet duygusu hâlâ" tereddüttedir; "vicdanının kürsüsü önünde henüz hasmına bir suç yükleyip yüklememek konusunda emin" değildir[16].

İşte bu sebeple aynı hikâyeyi bir de yardımcısından dinlemeyi ister. Burada da yardımcısının söylediklerini hemen kabullenmez. Yardımcısını amansız bir sorgulamaya tabi tutar ve olayların gerçekten yardımcısının anlattığı şekilde gerçekleştiğinden tam anlamıyla emin olmak ister. Ancak bütün olup bitenleri ve yardımcısının söylediklerini başından itibaren düşündükten sonra kendisine, atlarına ve yardımcısına haksızlık edildiği sonucuna varır. Bir kere bu sonuca vardıktan sonra da asilzade aleyhine dava açmaya karar verir.

Kohlhaas'ı asilzadeye dava açma fikrine götüren sürecin önemli bir özellliği vardır. Burada yine Kohlhaas'ın o adalet sever karakteri devreye girer. Kohlhaas sadece kendisinin uğradığı haksızlık için değil, bölgede yaşayan ve aynı muamelelere maruz kalan diğer insanlar için de harekete geçmek istemektedir. Kohlhaas'ın bu tercihinin temelinde kuşkusuz Kantçı bir ödev ahlâkının yer aldığı çok açıktır. Bu ödev anlayışı ruhunda aynı anda iki farklı duygunun çarpışmasına yol açmaktadır:

"Dünyanın bozuk düzeninin farkında olan haklı bir duygu, onu gördüğü bunca hakarete rağmen, bu işte gerçekten kâhyanın iddia ettiği gibi uşağın herhangi bir suçu varsa, atlarının kaybını bunun adil bir sonucu olarak kabullenip üzüntüsünü dindirmeye yöneltiyordu. Buna karşılık içindeki yine aynı derecede sağlam bir duygu -üstelik yola devam ettikçe ve uğradığı her yerde Tronkenburg'dan geçen yolculara her gün yapılan haksızlıkları işittikçe, giderek daha derinlere kök salan bir duygu-, bütün bu mesele göründüğü gibi bir danışıklı dövüşten ibaretse, var gücüyle yerine getirmesi gereken bir yükümlülük olarak, işittiği hakaretlerden ötürü kendisinden özür dilenmesini ve diğer vatandaşların da ileride böyle bir olayla karşılaşmamaları için güvence sağlanmasını öğütlüyordu."[17]

Dava dilekçesinde asilzadenin kanuna uygun bir şekilde cezalandırılmasını, haksız alıkonulan atlarının eski hâllerine dönünceye kadar bakılmasını, uşağının uğradığı zararın tazmin edilmesini ister. Aslında Kohlhaas için ortadaki hukuki mesele gayet açıktır: Zararının karşılanması. Bir çeşit denkleştirici adalettir bu; zarara uğrayan her kişinin başvurabileceği en olağan hak arama yolu. Dikkat edilirse Kohlhaas'ın buraya kadarki tavrı açıkça hukuktan yanadır. Hukuka güveni neredeyse tamdır.

16 Kleist, **Michael Kohlhaas,** s. 16.

17 Kleist, **Michael Kohlhaas,** s. 17-18.

Aradan aylar geçmesine rağmen davasında herhangi bir gelişme olmaz. Daha da kötüsü, avukatından öğrendiği kadarıyla mahkeme davasını reddetmiştir. Zira asilzadenin, hükümdarın yardımcıları arasında akrabaları vardır. Bu kişiler davanın reddedilmesini istemiştir. Avukatın da kendisini azletmesini istemesi üzerine Kohlhaas, durumunu Brandenburg valisine anlatır. İyi niyetli vali, Kohlhaas'ı haklı bulur ve davasını Brandenburg hükümdarına ileteceğini söyler.

Fakat kısa bir süre sonra validen de olumsuz haber gelir. Kohlhaas'a şatoya gidip atlarını almasını ve davasından vazgeçmesi tavsiye edilir. Bu arada şatoda kalan atlarının hâlâ tarlada çalıştırıldığını da öğrenir.

O âna kadar sabredip öfkesini kontrol eden, her hâlukârda tarafları sonuna kadar dinleyip kimseye haksızlık etmek istemeyen ve umudunu daima koruyan at taciri bu haberi de aldıktan sonra âdeta yıkılır. Yıkılır yıkılmasına ama yazarının ifadesiyle "dünyayı böylesine korkunç bir bozuk düzenin içinde görmekten duyduğu acının ortasından, kendi bağrında düzenin oluştuğunu hissetmenin memnuniyeti bir kıvılcım gibi fışkırarak tepesinde"[18] çakar. Adalet duygusu öyle bir seviyeye ulaşır ki gözü başka bir şey görmez olur. Adaletin tesisi, hayatının yegane amacı hâline gelir:

"Öyle amaçlar vardır ki, karşılaştırıldığında, ailesinin başında saygıdeğer bir baba olarak bulunmak daha önemsiz ve değersiz kalır."[19]

Kohlhaas'ın ruhunun "büyük işler peşinde"[20] olduğunu anladığımız bu aşama, hikâyenin ilk dönüm noktasıdır. Haksever, ideal vatandaş Kohlhaas'ın adalet duygusu yavaş yavaş bir saplantıya dönüşmektedir. Artık hukuktan ümidini kesmiş, ideal vatandaşlığı da umarsamaz olmuştur. O kadar ki evini, arazilerini, bütün malını mülkünü satmaya karar verir.

Bu durumdan fazlasıyla kaygılanan karısı, dilekçesini hükümdara kendisinin verebileceğini söyler. Zira büyük ihtimalle hükümdara ulaşmamıştır dilekçe. Kohlhaas önce razı olmaz. Fakat içindeki adalet duygusu, biricik Lisbeth'inin ısrarına dayanamaz. Son bir umutla karısının dilekçeyi götürmesi konusunda ikna olur. Fakat bu teşebbüs, at tacirinin hayatını bütünüyle değiştirecek bir dizi trajik hadisenin de başlangıcı olur.

Birkaç gün sonra vücudunda ağır yaralarla karısı geri gelir ve kısa bir süre sonra da ölür. Karısının, biricik Lisbeth'inin ölmesi, Kohlhaas'ın ruhunda onulmaz bir yara açar. Bu haksever ve ideal vatandaş, dönüşü olmayan bir yola girmiştir çoktan. Artık hiçbir tereddütü yoktur: Hakkını hiçbir meşru yolla alamayan, üstelik biricik karısını da bu uğurda kaybeden, o güne kadar örnek bir vatandaş gibi yaşayan bu adalet timsalinin önünde kendi hakkını kendisinin almasından başka bir çare kalmamıştır.

18 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 28.

19 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 28

20 Kleist, **Michael Kohlhaas,** s. 28.

Adalet duygusu o kadar şiddetlidir ki âdeta yatağını zorlayan, ama bir türlü akacak bir yer bulamayan azgın bir nehir gibidir. Artık önünde onu engelleyecek hiçbir güç kalmamıştır. Biricik Lisbeth'inin son nefesindeki şu sözleri bile Kohlhaas'ı kararından döndüremez:

"*Düşmanlarını affet; senden nefret edenlere bile iyilik et."*[21]

Hayatı boyunca yolunda gittiği, tek amacı, çocuklarının da kendisi gibi bu ilâhi buyruğa itaatini temin etmek olan Kohlhaas, karısının bu son isteğini şöyle cevaplar:

"O Asilzade'yi affedersem, Tanrı beni hiçbir zaman affetmesin."[22]

Sevgili Lisbeth'i ile arasındaki bu son konuşma da göstermektedir ki Kohlhaas'ın "altın terazisi ayarındaki" adalet duygusu, çoktan intikam duygusuna dönüşmüştür.

Karısına anlı şanlı bir cenaze töreni düzenleyip bütün malını mülkünü satan at taciri, çocuklarını da uzak bir yere akrabalarının yanına gönderir. Adamlarını silahlandırıp yanına katar ve asilzadeyi bulmak ve atlarını geri almak için şatoya doğru harekete geçer.

Tam bu noktada bir hususun altını çizmek gerek. Her ne kadar biraz önce de belirtildiği gibi Kohlhaas'ın intikam duygusuyla hareket ettiği söylenebilirse de bu hareketinin temelinde *doğal bir hak* olduğunu düşünmektedir. Nitekim Junker Wenzel von Tronka'ya karşı hükmettiği yargı kararını da bu doğal hakkına dayandırmaktadır. Bir mektup eşliğinde asilzadeye gönderdiği söz konusu bu yargı kararına göre von Tronka, "zorla alıkoyduğu, tarlada çalıştırıp heba ettiği kara yağızlarını, bu mektubu aldıktan sonra üç gün içinde Kohlhaasenbrück'e geri getirmeye ve ahırda bizzat besleyip semirtmeye" mahkûm edilmiştir[23].

Son kez hukuk yolunu tercih eden, bir zamanların adalet timsali bu at taciri, üç gün geçtikten sonra atlarının hâlâ getirilmemesi üzerine maiyetiyle birlikte oluşturduğu küçük *çeteyle* asilzadeyi bulmak üzere Tronkenburg'a gitmeye karar verir. Kendi hakkını kendi elleriyle almayı tercih eden Kohlhaas, asilzadenin şatosunda taş taş üstünde bırakmadığı gibi hiçbir canlının yaşamasına da müsade etmez. Buna rağmen yine de asilzadeyi bulamaz. Zira kargaşadan yararlanan asilzade çoktan kaçmıştır o bölgeden.

Asilzadenin peşine düşen Kohlhaas ve *çetesi*, önlerine çıkan her yerleşim bölgesini yakıp yıkar. Dört bir tarafa haber salar ve asilzadeyi saklayan her kim olursa gazabına uğrayacağını söyler. Bu arada üzerine gönderilen silahlı güçleri de bertaraf etmeyi başarır. Böylece kısa süre içerisinde herkesin merak ettiği, bazılarının imrendiği, bazılarının ise korktuğu bir kahraman hâline gelir.

Kohlhaas ve *çetesinin*, basit bir hak talebinden başlayıp etrafına korku salan bir eşkiya sürüsünün sürek avına dönüşen

21 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 34.

22 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 34.

23 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 35.

bu mücadelesi hızla yayılır, önünde siyasi veya askeri hiçbir dünyevi otoritenin duramayacağı bir noktaya ulaşır. Fakat işte tam da o ân karşısına bir dini otorite çıkar: Martin Luther.

Daha bir kaç yıl öncesine kadar kendisi de adalet duygusuyla hareket etmiş, tıpkı at taciri gibi her türlü dünyevi otoriteye meydan okumuş bu dürüst insan, Kohlhaas'ı ikna etmeyi başarır. Burada Luther gibi bir karakterin seçilmesi gayet manidardır. Luther de tıpkı Kohlhaas gibi manifesto niteliğindeki görüşlerini içeren ilânları Kilise duvarlarına yapıştırmak suretiyle her türlü sivil ve dini otoriteye başkaldırmıştır.[24] Tıpkı Kohlhaas gibi içinde dinmek bilmeyen bir öfke ve adalet duygusuyla mevcut her türlü haksızlıklara karşı savaç açtığını iddia etmiş, daha yüksek bir vicdani otoriteye müracaat ettiğini dile getirmiştir. Böylece yeni bir devlet veya yeni Kilise'den bile daha önemli yeni bir zihniyet tesis etmeyi başarmıştır. Sadece 10-15 yıl gibi kısa bir sürede tesis ettiği bu yeni zihniyet kabul görmüş ve kurumsallaşmıştır. Böylece büyük bir siyasi ve ruhi otorite hâline de gelmiştir. Fakat bu dini ve ahlâki kişilik, maalesef Kohlhaas'ın derdini anlayamamış ve taleplerini dinlemeden reddetmiş, acısına kayıtsız kalmıştır. Luther ile Kohlhaas arasındaki tek fark aslında dini liderin devriminin başarılı olması, at tacirininkinin ise başarısızlığa mahkûm olmasıdır[25].

Luther'in, Kohlhaas karşısında kurulu düzenin savunucusu şeklinde tasvir edilmesi, adaletin ne kadar kaypak bir zemin üzerinde gerçekleştiğini göstermesi açısından dikkat çekicidir. Nitekim birbirlerine yönelttikleri karşılıklı argümanlar özellikle doğal hukuk öğretisine dayalı toplum sözleşmesi geleneğinde görüldüğü üzere adaletin hak kavramına dayanarak izah edilmesi girişiminin de sorgulanmasını gündeme getirir. Ayrıca eserin tamamında görülen adalet tartışmasını yeni bir veçheyle karşımıza çıkarır.

Haklıyı haksızdan ayırmaksızın devam eden Kohlhaas'ın bu mücadelesine Luther'den sert bir itiraz yükselir. Kohlhaas'ı durdurabilmenin tek yolu, ar-

24 Kohlhaas, davasını, mücadelesini herkese duyurmak için çeşitli zaman ve mekânlarda bir takım buyruklar kaleme alır. Yukarıda bahsedilen yargı kararı niteliğindeki mektup, at tacirinin asilzadeyi bulma sürecinde kaleme aldığı ve herkese duyurmak için ilan ettiği bu yazılı buyrukların ilkidir. Söz konusu mektup dışında âdeta bir devlet başkanı gibi kaleme aldığı bir dizi buyruktan örneğin "Kohlhaas Buyruğu" ismi taşıyanında ise halkın kendisiyle von Tronka'ya karşı savaşması gerektiği, zira bunun bir hak mücadelesi olduğu, üstelik asilzadeyi himaye eden herkesin bunu canlarıyla ödeyeceği, bütün mal ve mülklerinin ateşe verileceği yazıldır (Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 38). Keza diğer bir ilanda da savaşının, bütün Hristiyanlar'ın ortak düşmanına yöneldiğini, kendisinin de "imparatorluktan ve dünyadan bağımsız, yalnızca Tanrı'ya boyun eğen bir efendi" (Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 40-41) olduğunu belirtmektedir. Nihayet son bir yazılı buyrukta da kendisini "Asilzade'nin tarafını tutan herkesi, tüm dünyanın içine gömüldüğü hilekârlığı, ateş ve kılıçla cezalandırmak için inmiş olan Başmelek Mikâil'in vekili" olarak tanımlar. Üstelik bu buyruğa da şöyle bir imza atar: "Bu dünyadaki geçici iktidarımızın Lützen Sarayı'ndaki makamından yazılmıştır" (Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 46). Kohlhaas'ın bu yazılı buyruklarının niteliği hakkında bkz. Jeffrey Champlin, "Reading Terrorism in Kleist: The Violence and Mandates of Michael Kohlhaas", **The German Quarterly**, Vol. 85, No. 4, 2012, pp. 439-454, pp. 440-445.

25 J. Hillis Miller, "Laying Down the Law in Literature: The Example of Kleist", **Cardozo Law Review**, Vol. 11, 1989-1990, pp. 1491-1514, pp. 1505, 1506.

kasına ilâhi gücü alan böylesine saygıdeğer bir dini figürün devreye girmesi gibi gözükmektedir. Luther, Kohlhaas'ın görebileceği şekilde ülkenin her tarafına ilânlar asar. Bu ilânlarda açık bir suçlama, hatta gözdağı verme vardır. Bu "haddini bilmez adam", nasıl olur da "kendini adaletin kılıcı" yerine koymakta, "kör ihtirasın çılgınlığı içinde, baştan aşağı adaletsizlikle dolu" bir şekilde mevcut siyasi iktidarın bizzat koruyuculuğunu üstlendiği "huzurlu topluluğa çöllerin kurdu gibi" saldırabilmektedir? Başta kendi avanesi olmak üzere pek çok kişiyi, "yalan ve hile dolu beyanlarla kandıran [bu] günahkâr, tüm kalplerin en derinlerine kadar aydınlanacağı o günde, Tanrı'nın karşısına" hangi yüzle çıkacaktır? Her ne kadar adaletsizliğe uğradığını düşünse de "[ö]fkeli kalbi alçakça intikam hissiyle coşan" bu adam, daha ilk birkaç girişimi başarısızlığa uğradı diye kendisinden hakkının esirgendiğini ne cüretle iddia edebilmektedir?[26]

Bir ikaz, hatta açıkça bir gözdağı ve tehdit niteliğindeki bu çağrıyı öğrenen Kohlhaas, dünyada belki de en fazla saygı duyduğu bu ismin kendisine yönelik suçlamaları karşısında çok üzülür. Öfkesini ve haklılığını muhafaz etmek suretiyle Luther'in yanına gider.

Luther ile Kohlhaas'ın arasında geçen konuşma hikâyenin diğer bir dönüm noktasıdır. Luther'in, Kohlhaas'a kurulu düzene baş kaldırmaması gerektiğini, hakkını ararken kendisi başlı başına bir zulüm makinesi hâline geldiğini ısrarla söylemesine karşılık at taciri, niçin bu aşamaya geldiğini izah etmeye çalışır. Bu uzun diyalog boyunca tartışılan mesele, siyaset felsefesi tarihinden aşina olduğumuz toplum sözleşmesi kavramının nasıl anlaşılması gerektiğidir. Diğer bir deyişle burada özellikle Kantçı toplum sözleşmesi anlayışı ve itaat yükümlülüğü kabulünün sorgulanmasıdır söz konusu olan.

Luther, Kohlhaas'a kendi hakkını kendisinin alabileceği yanılgısına nereden kapıldığını sorar:

"Kim sana keyfî yargı kararlarınla Junker von Tronka'yı baskına uğratıp şatosunda bulamayınca onu koruyan tüm halkı ateş ve kılıçla kırıp geçirme hakkı verdi?"[27]

Bu soruya Kohlhaas'ın verdiği cevap, ruh hâlini gayet açık şekilde gösterir:

"Hiç kimse, Saygıdeğer Efendim! Dresden'den aldığım bir haber beni yanılttı ve yoldan çıkardı! İnsan topluluğuna karşı açtığım savaş, sizin de belirttiğiniz gibi, bu topluluğun dışına atılmış olmasaydım, bir suç sayılabilirdi!"[28]

Luther, bu cevaba öfkelenir ve büyük bir hata içerisinde olduğunu ısrarla tekrarlar:

"Dışına atılmış olmak mı? […] Ne tür çılgın düşünceler kaplamış içini böyle! İçinde yaşadığın devletin yönettiği toplu-

26 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 47-48.

27 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 50.

28 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 50.

luktan seni kim dışarıya atmış olabilir ki?! Üstelik devletler var oldukça, herhangi bir kimsenin devlet topluluğunun dışına atıldığı nerede görülmüştür?"[29]

Bütün hayatı boyunca kanunlarına harfiyen uyduğu, ideal bir vatandaş gibi yaşadığı devletin kendisini hiçbir şekilde korumamasına, basit bir haksızlığı bile telafi etmemesine karşın bu dürüst insan, yine de hükümdarına itaat etmeli midir? Yani mevcut siyasi iktidara kayıtsız şartsız itaat yükümlülüğü var mıdır? Adalet duygusu ve ödev ahlâkı bunu mu gerektirir?[30] Çok açık bir şekilde burada Kleist, Kohlhaas aracılığıyla toplum sözleşmesi ve özellikle de Kantçı ödev ahlâkını sorgulamaktadır.

Kohlhaas ne kadar Kantçı anlamda ahlâki ödevini yerine getirmeye çalışırsa çalışsın hayatın çıplak gerçekliğiyle karşılaştığında çaresiz kalır. Ahlâklı davranmaya uğraştıkça maruz kaldığı ahlâksızlıklara yenik düşer. Bu sefer tam aksi istikamette davranmaya karar verir ve bu kararını da uygulamaya koyar. Artık bütün ahlâki ödevleri bir kenara bırakmıştır. O kadar ki yine Kant'ın mevcut siyasi iktidara boyun eğmeyi, diğer bir deyişle devrime karşı çıkmayı buyuran adalet ilkesini bile gözardı eder. Yani kendi hakkını yine kendisi almaya kalkar. Adalet meleği rolünü üstlenir. Fakat bu yeni rol, maalesef bir dizi adaletsizliklere yol açar. Kleist, belki de Alman edebiyatının o zamana kadar gördüğü en şiddetli sahneleri, biraz da Kohlhaas'ın içinde bulunduğu ruh hâlini daha iyi göstermek için kaleme almıştır. Âdeta Kant'ın hem ödev ahlâkını hem de hak ve özgürlük temelli adalet anlayışının bir nevi yanlışlanması niteliğindeki bu olaylar zinciri en sonunda yine Kant'a varır. Luther'in Kohlhaas'a mevcut kurulu düzene ve bu düzenin sahibi siyasi iktidara boyun eğmesi yönündeki telkinleri sanki Kant'ın adalet anlayışını duyurur. Fakat Kohlhaas'ın karşı argümanları da o kadar yabana atılası değildir. Hatta belki de yine Kant'tan hareket ettiği bile söylenebilir. Zira kendisini kabul etmeyen, toplum dışı bırakan bir medeni topluma ve siyasi iktidarına boyun eğmemek de Kant'ın ileri sürdüğü bir ahlâki ödev değil midir? Sonuç itibariyle Kohlhaas ile Luther arasındaki tartışma sanki Kant'ın farklı yorumlarının edebi bir dille yeniden formüle edilmesidir.

Bilindiği üzere Kant her ne kadar Amerikan ve Fransız devrimlerini takdirle karşılamış ve bu devrimlerin yarattığı beğeninin, insan doğasına içkin bir ahlâki özelliğe delalet ettiğini ileri sürmüşse de hak ve adalet meselelerini izah ettiği eserinde siyasi devrime şiddetle karşı çıkmıştır[31].

29 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 50-51.

30 Nitekim daha önce davası uğruna evini satıp topraklarından ayrılma kararı aldığında karısının itirazlarına karşı, "[ç]ünkü ben, sevgil Lisbeth, benim haklarımı korumayan bir memlekette kalmak istemiyorum. Eğer tekmeleneceksem, insan olmaktansa, köpek olmayı tercih ederim!" (Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 31) şeklinde cevap vermesi de Kohlhaas'ın, kendisine haksızlık eden bir devlete boyun eğmektense köpek bile olmayı tercih edebilecek kadar doğal hak düşüncesiyle hareket ettiğini gösterir. Kohlhaas, bu tür bir devlete itaati kesinlikle reddetmektedir.

31 Immanuel Kant, **The Metaphysics of Morals**, Introduction, translation and notes by Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, 319-323, p. 129-133. Bu konuda ayrıca bkz. David Cummiskey,

Kant'a göre toplum genel iradenin bir ürünüdür ve bu genel irade de bir akıl tasarımıdır. Kant'ın akıl tasarımından kastettiği ise davranışları yöneten bir kılavuzdur. Normatif bir ilke ile ifade edilir. Dolayısıyla içinde yaşadığımız toplum mükemmel olmasa ve bu sebepten ötürü aklın tasarımına uygun olmasa bile yine de siyasi iktidara itaat yükümlülüğümüz vardır. Sonuç itibariyle Kant, siyasi iktidarın vatandaşlar karşısında hiçbir ödevinin bulunmadığını, buna karşılık sadece hakları olduğunu söyler. Dahası, siyasi iktidar hukuka aykırı davransa bile vatandaşların elinde isyan değil sadece şikâyet imkânı olduğunu kabul eder[32].

İsyanı veya devrimi yasaklaması Kant'ın aslında medeni topluma katılma konusundaki kayıtsız şartsız ödev anlayışının bir görünümüdür; sadece mevcut siyasi iktidara karşı basit bir kalkışma değil[33].

Kant'ın siyasi iktidarın koyduğu kurallara itaati, medeni toplumun bir üyesi olmanın gerektirdiği bir ahlâki yükümlülük olarak tanımlamasına karşın, Kohlhaas'ınki gibi bir durum, böyle bir yükümlülükten hâlâ bahsedilip bahsedilmeyeceği sorusunu gündeme getirir. Kohlhaas'ın bu soruya cevabı olumsuzdur:

"Kanunun korumasından yoksun bırakılanı, ben devlet topluluğunun dışına atılmış sayarım! Çünkü benim huzur ve barış içinde zanaatımı uygulayabilmem için bu koruyuculuğa ihtiyacım var, hatta işte bu yüzden de emeğimle kazandığım her şeyle birlikte bu topluluğa sığınıyorum. Bunu kim benden esirgerse, beni ıssızlığın vahşiliğine doğru itmiş olur, işte o kişi, sizin de inkâr edemeyeceğiniz gibi, kendimi koruyacağım silahı elime vermiş olur!"[34]

Kohlhaas'ın bu tavrına karşılık Luther'in hükümdarın olaydan haberi olmayabileceği konusundaki ısrarı, kurulu düzenden yana tavır aldığını gösterir. Yani Luther, burada Kantçı anlamda bir itaat yükümlülüğünü savunmaktadır. Eğer medeni bir toplumda yaşıyorsak bu tür bir yaşamın gerektirdiği meşru her türlü vasıtadan sonuna kadar faydalanmak gerekir. Sonuç itibariyle durum Kohlhaas'ın zannettiği gibi değildir. Hükümdar olaydan haberdar olursa muhakkak gereğini yapacaktır.

Luther'in kurulu düzenden yana bu tavrı karşısında Kohlhaas yumuşar. Eğer

"Justice and Revolution in Kant's Political Philosophy", **Rethinking Kant: Volume I,** Ed. by Pablo Muchnik, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2008, pp. 219-242; Arthur Ripstein, **Force and Freedom (Kant's Legal and Political Philosophy)**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2009, pp. 325-352; Howard Williams, **Kant's Political Philosophy**, Oxford, Basil Blackwell, 1983, pp. 191-215.

32 Kant, **The Metaphysics of Morals**, 319, p. 130; Cummiskey, "Justice and Revolution in Kant's Political Philosophy", p. 232. Cummiskey, adı geçen makalesinde, Kant'ın hak ve adalet anlayışının, yaygın kabulün aksine aslında mevcut siyasi iktidara mutlak bir itaat yükümlülüğü olduğu sonucuna götürmediğini ileri sürer. Yazara göre devletin varlık amacı bireyleri doğal özgürlük hâlinden medeni özgürlük aşamasına kavuşturmaktır. Dolayısıyla şayet bu tür bir amacı gerçekleştirmekte başarısız olan bir siyasi iktidara bireyler, yine Kant'ın hak kuramına dayanarak itaat etmeyebilir (bkz. Cummiskey, "Justice and Revolution in Kant's Political Philosophy, p. 240-241).

33 Cummiskey, "Justice and Revolution in Kant's Political Philosophy", p. 235.

34 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 51.

kendisine meşru ve olağan hak arama yollarına başvurma imkânı tanınırsa mücadelesinden vazgeçecek ve idaresi altındakileri dağıtacaktır.

Aslında Kohlhaas'ın istediği, hepi topu atlarının eski hâline getirilmesi, kendisinin ve yardımcısının uğradığı zararların telafi edilmesidir. Davası uğruna karısını ve sadık yardımcısını kaybetmiştir ama yine de Luther'in önerisini kabul eder.

Görüldüğü üzere Kohlhaas'ın duygu dünyasında yine bir değişim gerçekleşmiştir. Bu dalgalanma kendisini farklı tercihlerle karşı karşıya bırakır belki ama o iflah olmaz adalet isteğinde hiçbir değişiklik olmamıştır. O kadar ki Luther, Kohlhaas'ın davasını olağan yollarla sürdürmesi için gerekeni yapacağı vaadinde bulunup, buna karşılık tıpkı daha önce karısının da talep ettiği gibi düşmanını affetmesi gerektiğini söylediğinde, üstelik bu konuda İsa'yı da örnek göstermesine karşın Kohlhaas'ın tavrı değişmez. Nitekim Luther "[u]nutma ki, birleşmeyi istediğin İsa Efendimiz düşmanlarını affetmişti…Sen de…seni aşağılayan onurunu kıran Asilzade'yi aynı şekilde affetmeyi ve Tronkenburg'a gidip, kara yağızlarını alıp beslemek üzere doğruca Kohlhaasenbrück'e, evine götürmeyi ister misin?"[35] diye sorduğunda Kohlhaas gayet kararlı ve ısrarlı bir şekilde şu karşılığı verir:

"İsa Efendimiz de bütün düşmanlarını affetmedi. İzin verin, ben de Elektör'ü, şatonun kâhyasını ve vekilharcı, Hinz ve Kunz beyleri ve bu meselede beni inciten kim varsa, herkesi affedeyim, ama Asilzade'yi, mümkünse, atlarımı tekrar eski hallerine gelecek şekilde beslemeye zorunlu bırakayım."[36]

Kohlhaas'ın adalet duygusu o kadar aşırıya varmıştır ki bırakın Luther'i, İsa Efendisi'nin "Sağ yanağınıza vurana sol yanağınızı çevirin." buyruğunu bile hiçe sayar. Hatta Luther'in kendisine şefaat etmemesini bile göze alır[37].

Fakat yine de Luther'le konuşmasının ardından ikna olan Kohlhaas, silahlarını bırakıp çetesini lâğvetmeyi kabul eder, hem kendisine hem de adamlarına yönelik af çıkarılması ve davasının yeniden görüleceği sözünün verilmesi karşılığında mücadelesinden vazgeçer, önceki yalın ve olağan yaşamına dönmeye karar verir[38].

Kohlhaas mücadelesinden vazgeçmiştir vazgeçmesine ama adalet adına bile olsa bir kere kurulu düzene isyan edildi mi bu isyan hiçbir şekilde affedilmez. Kader ağlarını zavallı at taciri için yavaş yavaş örmektedir. O trajik son mutlaka gerçekleşecektir. Hükümdarın bizatihi kendisi olmasa bile hükümdarın has dairesini oluşturan ve aralarında asilzadenin akrabalarının da yer

35 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 53-54.

36 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 54.

37 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 54.

38 Halkın desteğini aldığı hâlde Kohlhaas'ın mücadeleden vazgeçmesi, hikâyeyi daha da gerçekçi kılmaktadır, zira aksi takdirde iktidara başkaldırmış, devrime soyunmuş bir halk kahramanı olurdu. Bu da hikâyeyi tipik bir halk devrimi retoriğene dönüştürür ve büyük ihtimalle bugüne kalmasını engellerdi.

aldığı kimileri, türlü türlü ayak oyunlarıyla, çeşit çeşit dolaplar çevirip kaderin, Kohlhaas için ördüğü ağların kısa sürede o sona yaklaşması için ellerinden geleni ardlarına koymaz.

Üstelik Brandenburg hükümdarının araya girmesiyle basit bir at meselesi, Saksonya eyaleti ile Brandenburg eyaleti arasında neredeyse bir savaş ortaya çıkartacak derecede siyasi bir mesele hâline bile gelir. Ama yine de o trajik sonun gelmesini kimse engelleyemez ve Kohlhaas hükümdarın topraklarında karışıklığa ve huzursuzluğa yol açmaktan idama mahkûm edilir, infazını beklemek üzere cezaevine koyulur.

Biraz daha yakından bakıldığında aslında hikâyede farklı adalet anlayışlarının birbiriyle rekabet hâlinde olduğu görülür. Kohlhaas'ın adaletten anladığı bizim bugün denkleştirici adalet ismini verdiğimiz tazmini ve eski hâle iadeyi esas alan bir anlayıştır. O kadar ki atlarının değerine bile razı olmaz; aynen eskisi gibi gürbüz, sağlıklı ve bakımlı olarak kendisine geri verilmesini talep eder. Buna karşılık karısı ve Martin Luther'in tavsiye ettiği adalet ise merhamete yöneliktir. Ne suç işlemiş olursa olsun düşmanını, kendisine zarar vereni affetmeye yönelik bir adalet anlayışıdır bu. Nitekim başta Saksonya Elektörü olmak üzere siyasi iktidarı temsil eden karakterler ise adaletten, toplum düzeninin ne pahasına olursa olsun korunmasını anlamaktadır. Bu sebeple zararlarını telafi etmeyi, yani davasında haklı olduğunu kabul etseler bile Kohlhaas'ın İmparatorluk düzenini bozmaktan mahkûm olması gerektiğini düşünürler[39].

Sonuçta siyasi iktidarın adalet anlayışı, diğer adalet anlayışlarına galebe çalmış gibi gözükmektedir. Aslında hikâye, kurulu düzenin sahiplerinin bu zafer ilânıyla sona erer. Ancak Kleist, hikâyenin dayandığı tarihi gerçeklerden ayrılmak pahasına eserin son sayfalarını esrarlı bir olaya ayırır. Böylece hikâye daha da ilginç ve farklı yorumlara uygun bir hâle bürünür. Saksonya Elektörü'nün, Kohlhaas'ın boynundaki muskayı farketmesi ve içinde yazılanın ne hakkında olduğunu öğrenmesi sonrasında ortaya çıkan gelişmelerin anlatıldığı bu bölüm, eserin diğer bir dönüm noktasıdır.

Eserin yaklaşık son 30 sayfasına damgasını vuran bu gelişmeler, kuşkusuz hikâyenin gerçekçiliğine bir nebze de olsa gölge düşürmektedir. Buna karşılık Kohlhaas'ın karakteri üzerinden adalet meselesinin ne kadar karmaşık olduğunu bize daha çarpıcı bir şekilde göstermektedir.

Kohlhaas aldığı idam cezasının infazı için Brandenburg eyaletine götürülürken yolda bir müddet konaklar. Tesadüf bu ya, aynı yerde Saksoya Elektör'ü de maiyetiyle birlikte bir av gezisindedir. Kohlhaas'ın kim olduğunu bilmeden yanına geldiğinde boynundaki muska dikkatini çeker. Ne olduğunu sorduğunda Kohlhaas muskanın kendisine yaşlı bir kâhin kadın tarafından verildiğini söyler. Silahlı mücadelesinin başladığı ilk günlerde adamlarıyla birlikte bir kasabanın panayır yerindeyken

39 Richard Kuhns, "The Strangeness of Justice: Reading Michael Kohlhaas", **New Literary History**, Vol. 15, No. 1, Autumn 1983, pp. 73-91, p. 80.

Kohlhaas'a kâhin kadın tarafından bir muska verilir. Saksonya Elektörü de o sırada oradadır. Kadın, Elektör'e kendi falını ancak bu adama verdiği muskadan öğrenebileceğini söyler. Fakat Elektör ne kadar merak etse de daha sonra bu adamı, yani Kohlhaas'ı bir türlü bulamaz. Bir süre sonra da bu anlamsız olayı unutur. Fakat şimdi tekrar karşısına çıkmıştır. Zira muskada Elektör'ün hükümdarlığının ne zaman ve kim tarafından sona erdirileceği yazılıdır. Bunu öğrendikten sonra Elektör muskayı ele geçirmek için her şeyi dener. Yine de muvaffak olamaz. Yataklara düşen Elektör son çare olarak sadık bir adamı aracılığıyla Kohlhaas'tan özgür bırakılması koşuluyla muskayı kendisine vermesini istediğini iletir. Bu talebe Kohlhaas'ın cevabı nettir:

"Asil Bayım! Eğer sizin hükümdarınız gelse ve dese ki: 'Kendimi, asamı taşımama yardım eden tüm erkânımla birlikte bu uğurda yok etmeye hazırım.' Yok etmeye, anlıyor musunuz, doğrusu bu benim en büyük arzum olsa da, ben yine de onun için kendi varlığından daha değerli olan bu kâğıdı ona vermezdim ve şöyle derdim: 'Sen beni idam ettirebilirsin, bense sana acı çektirebilirim ve bunu da yapacağım!'"[40]

Kohlhaas'ın adalet duygusunun intikama dönüştüğünü herhâlde bu satırlar en iyi şekilde gösterir. Adalet ile intikam duyguları arasındaki ince çizgi, burada intikam lehine geçilmektedir. O kadar ki Kohlhaas kendi özgürlüğünü bile hiçe saymaktadır. Üstelik özgürlüğünden vazgeçmesinin karşılığı ölümdür.

Hikâyenin sonuna doğru söz konusu kâhin kadın, Kohlhaas'ı hücresinde ziyaret eder. Aslında bu ziyaret, Elektör'ün bir oyunudur. Kâhin kadının o kadın olduğunu bilmeden, Kohlhaas'ı kandırıp muskayı elinden almak için Elektör böyle bir yola başvurmuştur. Ama yine tesadüf bu ya, bulduğu kadın, gerçekten de o yaşlı kadındır.

Kleist'ın bu son sahneye geçmeden araya girip bundan sonrasına okuyucunun inanıp inanmamakta özgür olduğunu söyleme ihtiyacı hissetmesi dikkat çekicidir. Bu noktaya kadar son derece gerçekci gibi gözüken hikâye, olağanüstü bir takım olaylara tanıklık edecektir. Diğer bir deyişle gündelik hayatın olağan akışı, hikâye boyunca sıkça karşılaştığımız tesadüf olgusunun zirveye taşınmasıyla ciddi bir kesintiye uğrayacaktır. Dolayısıyla yazar bu müdahaleden ötürü bir nevi özür dilemektedir okuyucusundan[41]:

40 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 95.

41 Hikâyenin başından beri karşılaştığımız bu tesadüfler ve olağandışılıklar Kleist'ın eserlerinin ortak özelliklerindendir. Hemen hemen bütün eserlerinde bu gibi tuhaflıklara, normal hayatta karşılaşamayacağımız birtakım olaylara tanık oluruz. Üstelik bu olaylar her zaman hikâyelerin dönüm noktalarında ortaya çıkar. Yine çok sık gördüğümüz bir diğer özellik de bu gibi olayların kişiler arasında mesajlaşma, mektuplaşma, notlaşma şeklinde gerçekleşmesidir. Ayrıca resmi evraklar, yönergeler, manifestolar ve mahkeme kararları gibi yazılı birtakım araçlar da bu olayların aktarıldığı ortamlardır. İşte insan yaşamının olağan akışında karşılaşma ihtimalimizin son derece zayıf olduğu bütün bu tesadüfler, âdeta Tanrı'nın bu dünyaya müdahalesinin işaretleridir (Miller, "Laying Down the Law in Literature: The Example of Kleist", p. 1509). Dahası, dönemin Romantik yazarlarının, Aydınlanma düşüncesinin tavizsiz akılcılığına bir isyanı olarak

"Nasıl ki hakiki gibi görünen her zaman hakikatle bağdaşmazsa, burada da öyle bir tesadüf olmuştu ki, bunu anlatmasına anlatacağız, ama isteyenlere bundan şüphe etme özgürlüğünü de tanımak zorundayız." [42]

İlk bakışta bir mazaret gibi gözüken bu satırlar aslında insan yaşamının, hele adalet gibi meseleler söz konusuysa hiç de zannedildiği veya beklendiği gibi akla uygun olmadığını bize göstermek istemektedir sanki. Hikâyenin başından beri yer yer karşılaştığımız tesadüf olgusu burada zirveye çıkmış, bu tesadüflerin ne kadarına inanılması gerektiği hususu âdeta okuyucunun insafına bırakılmıştır. Ama zaten Kleist'ın bize göstermek istediği, Kantçı akılcılığın çıkmazları değil midir? Kohlhaas'ın adalet tutkusu ne kadar makul ve mantıklıdır ki?

Nitekim hücrede Kohlhaas ile yaşlı kadın arasında geçen konuşma, ne kadar akli temellere dayandırılmaya çalışılırsa çalışılsın adalet duygusu ile intikam duygusu arasındaki geçirgenliğin kaçınılmazlığını bir kere daha gösterir.

Yaşlı kadın Kohlhaas'a elindeki kâğıttan faydalanması gerektiğini, Elektör'e istediği bilgiyi vermesi karşılığında özgürlüğüne kavuşmasının daha akıllıca olacağını söylediğinde Kohlhaas, düşmanına karşı sahip olduğu bu güçten ötürü son derece sevinçli bir şekilde şöyle cevap verir: "Dünyada olmaz, anacağım, dünyada olmaz!" Bunun üzerine yaşlı kadının, küçük çocuğunu göstererek Kohlhaas'a "Demek dünyada olmaz, at taciri Kohlhaas; ya bu sevimli, küçük, sarışın oğlan için de mi olmaz?" diye sorunca büyük olsalardı çocuklarının da aynı şekilde hareket edeceğini, ayrıca Elektör ve adamlarına güvenilemeyeceğini belirtir, fakat yine de son sözünü söylemek için yaşlı kadından icazet almayı ihmal etmez:

"Bana verdiği sözü bir kez tutmayan biriyle bir daha asla muhatap olmam! Bir tek senin kesin ve açık talebin, iyi kalpli anacığım, beni bütün başıma gelenlerin mucizevi bir yolla tazmini olarak gördüğüm şu kâğıttan ayırır."[43]

da değerlendirilebilir. Eserde yukarıda bahsedilen tesadüflerden fazlasıyla vardır. Örneğin Kohlhaas ile asilzadenin ilk karşılaştığı sahnede birden bir fırtına kopar ve konuşmalarını keser. Havadaki bu değişim asilzadenin Kohlhaas'ın söylediklerini tam anlamıyla duyamamasına yol açar (Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 13). Keza yine asilzadenin, akrabası olan bir rahibenin manastırına sığındığını öğrendiğinde Kohlhaas, adamlarıyla oraya gider ve rahibeye düşmanının nerede saklandığını sorar. Orada olmadığı cevabını aldığında tam manastırı ateşe verecekken bir yıldırım düşer. Ardından buyruklarını alıp almadığını sorduğunda rahibenin haberi olduğunu öğrendiği ân, yine saldırıya geçecekken bu kez etrafı bir sel kaplar. Böylece Kohlhaas yine istediğini elde edemeden oradan ayrılmak zorunda kalır (Kleist, **Michael Kohlhaas,** s. 40). Eserdeki bu ve benzeri başka tesadüflerin Kohlhaas'ın tercihlerini nasıl etkilediğini, sonuç olarak da ahlâki durumunu nasıl dönüşüme uğrattığını inceleyen hayli ilginç bir çalışma için bkz. Henry Pickard, "Thinking With Kleist: *Michael Kohlhaas* and Moral Luck", **The German Quarterly**, Vol. 86, No. 4, 2013, pp. 381-403, pp. 385-392.

42 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 106.

43 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 107-108.

Son kararını vermeden yaşlı kâhine başvurması Kohlhaas'ın sanki doğaüstü güçlerden yardım talep etmesi gibidir. Bir yandan kâğıtta yazılanları öğrenmek için o âna kadar açmadığı muskayı açmak istemesi, diğer yandan da geleceğe ilişkin bu bilgiyi Elektör'e vermek için kâhine başvurması, sanki ilâhi bir bilgiden medet umduğunu göstermektedir. İlgili merciden kendisine nasıl davranması gerektiği konusunda serbest olduğunu ve dahası, muskayı da açabileceğini öğrendikten sonra Kohlhaas artık intikamını alacağı günü beklemeye koyulur.

Nihayet hikâyenin sonunda Kohlhaas intikamını alma şansına kavuşur. Üstelik sadece intikamını almakla kalmaz, hakkını da alır. Zira iki atı, tıpkı eskisi gibi sağlıklı ve bakımlı hâle getirilmiş, bu zarara yol açan asilzade hapis cezasına çarptırılmış, yardımcısının ve kendisinin zararları telafi edilmiştir. Ama Kohlhaas bunlarla yetinmemiş, bütün bunların gerçek müsebbibi olduğunu düşündüğü Elektör'den de intikamını almayı başarmıştır. Tam infazı gerçekleşirken başını kütükten kaldırır, boynundaki muskayı çıkarır, içindeki kâğıtta yazılı bilgiyi okur; öldükten sonra muskayı ele geçirebileceği umuduyla kendisine gülümsemeyle bakan Elektör'e gözlerini dikerek kâğıdı yutar.

Sonuç olarak at taciri huzur içinde son nefesini vermiştir. Zira cellat o mağrur başını yorgun vücudundan ayırmadan önce Kohlhaas, Asilzade'nin cezalandırıldığını, atlarının eski hâllerine döndürüldüğünü ve yardımcısının zararlarının giderildiğini görme mutluluğuna erişmiştir. Sahip olduğu adalet duygusu hayatına mâl olmuştur belki ama adalet de yerini bulmuştur. Adalet yerini bulmuştur bulmasına fakat dünyanın içerisinde bulunduğu bu bozuk düzende adaletin yerini bulması için girişilen her çaba, mutlaka bir kurbanı da gerektirir. Bu kurban, bu kez, kendisi de bir çeşit kurban sayılan, daha doğrusu kendi kendisini kurban eden zavallı Michael Kohlhaas olmuştur.

Evet hikâyenin sonunda adalet yerini bulmuştur. Fakat Kohlhaas, adaleti kendi çabasıyla gerçekleştirmek, intikamını yine kendi elleriyle almak zorunda kalmıştır. Aksi takdirde adalet yerini bulmayacaktı belki de. Üstelik bu çabasının ve girişiminin bedelini hayatıyla ödemiştir. Adaleti, kabaca her şeyin dengede olma hâli şeklinde tanımlarsak burada, adaletin bizatihi kendisinin bir türlü dengeye kavuşamadığı söylenebilir. Hukuk açısından her şey gayet adil bir şekilde çözülmüştür; zira Kohlhaas'ın zararı telafi edilmiş, atları eski hâline getirilmiş, suçlular cezalandırılmıştır. Buna karşılık Kohlhaas açısından durum bambaşkadır: Kaybettiği her şeyi geri almıştır, fakat aynı zamanda sahip olduğu her şeyi, yani yaşamını kaybetmiştir[44].

Kohlhaas adaletin gerçekleşmesi için her şeyi göze almıştır; adalet onun için âdeta saplantı hâline gelmiştir. O kadar ki kendi adalet anlayışını gerçekleştirmek için insanlara zulmetmekten bile kaçınmamıştır. Ama hepsinden önemlisi, kendi ölümüne razı olmuştur. Adalet gerçekleşmiştir gerçekleşmesine ama karşılığında başka

44 Miller, "Laying Down the Law in Literature: The Example of Kleist", p. 1501.

bir adaletsizlik söz konusudur. Kohlhaas'ın durumunu belki de şöyle ifade etmek gerek: *"Fiat iustitia, pereant iusti."* [45]

Sonuç Yerine

"İyi isteme, etkilerinden ve başardıklarından değil, konan herhangi bir amaca ulaşmağa uygunluğundan da değil, yalnızca isteme olarak, yani kendi başına iyidir; ona kendi başına ele alındığında, onun herhangi bir eğilimin, hatta isterseniz bütün eğilimlerin topunun birden, lehine gerçekleştirebileceği herşeyden, karşılaştırılamıyacak Kadar daha yüksek değer verilmelidir. Talihin özel bir cilvesiyle veya üvey ana muamelesine uğramış bir doğal yapının cimri donatımından dolayı bu isteme amacını gerçekleştirmede güçsüz kalıyorsa; harcadığı en büyük çabaya rağmen hiçbir şeyi başaramıyor ve yalnızca iyi isteme olarak (kuşkusuz sırf bir dilek olarak değil, gücümüzün içinde olan bütün araçları biraraya getirme olarak) kalıyorsa; yine de bir mücevher gibi, kendi tüm değerini kendinde taşıyan bir şey olarak, kendi başına parıldar. Yararlılık veya verimsizlik bu değere ne bir şey ekleyebilir, ne de ondan bir şey eksiltebilir. Yararlılık, denebilir ki, onu günlük alışverişte daha iyi kullanabilmek veya onu henüz yeterince bilmeyenlerin dikkatini çekmek için bir çerçeve olur; onu bilenlere salık vermek ve değerini belirlemek için değil." [46]

Bilindiği üzere Kant, yukarıdaki alıntıda ana hatları çizilen ahlâk kuramını buyruk niteliğindeki çok ünlü şu önermeyle formüle eder:

"Ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun." [47]

Kategorik buyruk ismi verilen bu yasa benzeri formülün diğer bir versiyonu da öncekinin hemen ardından gelir:

"Eyleminin maksimi sanki senin istemenle genel bir doğa yasası olacakmış gibi eylemde bulun."[48]

45 Kuhns, "The Strangeness of Justice: Reading *Michael Kohlhaas*", p. 73. Yazar, makalesinin girişinde epigraf olarak bu sözü kullanır. Söz, Latince bir deyime dayanır ve aslı şudur: *"Fiat iustitia, et pereat mundus."* Türkçe'ye "Yeter ki adalet yerini bulsun, gerekirse dünya batsın." şeklinde tercüme edilebilir. Dolayısıyla yazarın epigrafı da şöyle ifade edilebilir: "Yeter ki adalet yerini bulsun, gerekirse adalet batsın." Bu sözü Kant da kullanmıştır. Siyasi ve ahlâki yazıları arasında yer alan *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (1795) isimli eserinde bu sözün biraz abartılı da olsa doğru kabul edilmesi gerektiğini söyler. Kant'a göre bu söz, zorla veya aldatmayla ele geçirilen her türlü bozuk düzene karşı ileri sürülebilecek en katı hak ilkesini ifade eder (Immanuel Kant, "Toward Perpetual Peace: A Philosophical Sketch", Immanuel Kant, **Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History**, Edited and with Introduction by Pauline Kleingeld, Trans. by David L. Colclasure, New Haven and London, Yale University Press, 2006, pp. 67-109, p. 102). Kleist'ın bu eserde Kant'ın adalet anlayışına yönelik bir sorgulamaya giriştiği düşünülürse yazarın bu epigrafı daha da anlamlıdır.

46 Immanuel Kant, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev. İoanna Kuçuradi, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2002, s. 9.

47 Kant, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 38.

48 Kant, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, s. 38

Fakat Kant, bu iki buyruğu hayli soyut ve formel bulmuş olacak ki "evrensel yasa formülü" ve "doğa yasası formülü" de denilen bu iki formülü, siyaset ve hukuk alanına uyguladığında revize etme ihtiyacı hissetmiştir[49]. Kant'ın siyaset ve hukuk alanında geçerli olacak yeni formülü ise yine evrensel bir yasa niteliğindeki şu buyruktur:

"Bir davranış, herkesin evrensel yasaya göre özgürlüğü ile bir arada mevcut olabiliyorsa veya herkesin tercih etme özgürlüğü o davranışın düsturunda herkesin evrensel yasaya göre özgürlüğü ile bir arada mevcut olabiliyorsa, haktır."[50]

Kant kategorik buyruğunu değiştirmek zorunda kaldığı siyaset ve hukuk alanında hak temelli bir adalet anlayışı ortaya koyar. Zira burada artık bireylerin kendi kendilerine koyduğu ahlâk anlayışı yetersizdir. Bireylerarası ilişkiler, sadece kategorik buyrukla düzenlenemez. Bireylerden her durumda ahlâklı olması beklenemez; dolayısıyla bu konuda herhangi bir zorlama da kabul edilemez. Buna karşılık bir dış gücün, diğer bir deyişle bireylerin dışında bir yasama gücünün, bireylerin arasında ortaya çıkan sorunların nasıl çözüleceğini söylemesi gerekir ki bu, Kant'a göre herkesin özgür olmasını sağlayacak hak sistemidir. Kant'ın adaletten anladığı işte hakka dayalı bu özgürlük düzenidir. Hukukun amacı da işte gerektiğinde zora başvurabilecek bir hak ve özgürlükler düzenini tesis etmektir. Kant'ın bazı yorumculara göre pozitivist olduğunu gösteren yönü, ahlâk ile hukuku birbirinden ayıran, hak temelli bu adalet anlayışıdır[51].

Kleist'ın *Michael Kohlhaas*'da tartıştığı da aslında yukarıdaki üç buyrukla özetlenebilecek Kant'ın ahlâk ve adalet anlayışıdır.

Eser, bize ahlâki kararlar almada Kant'ın ahlâk anlayışının fazlasıyla soyut olduğunu gösterir. Üstüne üstlük aklın sınırlı oluşuna da dikkat çeker. Her ne kadar Kohlhaas, hikâyenin sonuna kadar aklını kullanmışsa da sonuçta adaleti elde etmek için ölmek zorunda kalmıştır. Kişisel çevresinden kendisini koparamaması, akli düşünme ile ilişkisine mesafe koyması imkânını da zedelemiştir[52].

49 Allen W. Wood, **Kant**, Çev.: Aliye Kovanlıkaya, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2009, 172, 182-183..

50 Kant, **The Metaphysics of Morals**, 230, p. 55.

51 Bu konuda bkz. Ripstein, **Force and Freedom**, pp. 1-29; Williams, **Kant's Political Philosophy**, pp. 52-76. Kant'ın, doğal hukuk öğretisi içerisinde mi değerlendirileceği yoksa bir pozitivist mi olduğu tartışma konusudur. Etik ödevlerin başkalarının, özellikle de hukukun zorlamasıyla gerçekleştirilmesine şiddetle karşı çıkan Kant, pozitif hukuk kurallarının birtakım ahlâk ilkelerine dayanarak eleştirilmesini de kabul etmez. Bu yönüyle hukuki pozitivist olduğu söylenebilir. Buna karşılık hak ve hukuk kavramlarının normatif olduğunu, dolayısıyla hukuk kurallarının sadece ne olacağını değil, ne olması gerektiğini de söylediğini düşünmesi sebebiyle doğal hukukun geleneksel kabullerini sahipleniyor gibi gözükür. Bu açıdan bakıldığında Kant'a göre hukuk kurallarının bir takım akli standartlara uygun olması gerektiği ileri sürülebilir (Wood, **Kant**, s. 216-217). Bu makale açısından söz konusu tartışmanın pek de önemi yok. Bizi burada ilgilendiren husus, Kant'ın ahlâki ve hukuki konularda *a priori* bir takım evrensel, akli ölçütlere başvuruyor olmasıdır.

52 Mitzen, "*Michael Kohlhaas* and the Limits of Kantian Reason, Morality, and Law", p. 50.

Burada Kleist, hem pozitif hukuk kuralları hem de bütünüyle *a priori* akıl yürütmeye dayalı Kantçı ahlâk ilkeleri için gerekli toplumsal koşulları sorgular. Kohlhaas, eğitimli biridir. Fakat kendisini içinde bulunduğu koşullardan kurtaramaması, hikâyeyi öyle bir noktaya taşır ki hem insanın birey olarak kendisini akla dayalı ahlâki kararlar alabilecek ölçüde çevresinden soyutlayıp soyutlayamayacağı, hem de devletin bütünüyle akla uygun yasalar çıkarabilmesi için her türlü koşuldan bağımsız olup olmayacağı tartışmalı hâle gelir. Ahlâki kişilik ile ampirik tecrübe veya kâğıt üzerindeki yasa ile bu yasanın nasıl uygulanacağı arasındaki uyuşmazlık, bu eser aracılığıyla Kantçı ahlâk sisteminin merkezinde yer alan aklın ne kadar sınırlı olduğunu gösterir[53].

Kleist, bu tür bir ahlâk anlayışının gerçek hayat koşullarında ne kadar uygulanabilir olduğunu, insanın karşı karşıya kaldığı ahlâki sorunlara kesin bir çözüm getirip getiremeyeceğini sorgulamaktadır. Zira insan hayatında Kant'ın kategorik buyruğunun varsaydığının aksine, öngörülemeyen pek çok durum söz konusudur. Söz konusu bu durumlar, ödev ahlâkı aracılığıyla üstesinden gelinemeyecek kadar karmaşıktır; çok farklı ve girift ilişkilere gebedir. Adalet meselesinin gündeme geldiği herhangi bir durum da işte bu tür girift ilişkilerin söz konusu olduğu en önemli durumlardandır. Adaleti salt akli bir mesele olmaktan çıkaran da işte bu giriftiliğidir.

Evet, adalet meleği, *Michael Kohlhaas* yazarının dediği gibi belki gökten iner [54]; ama yeryüzündeki serüveni her zaman aklın yolunu takip etmez. Bu da bize adaletin mutlak anlamda gerçekleşmesinin nasıl da "imkânsız bir deneyim"[55] olduğunu bir kere daha hatırlatır.

53 Mitzen, "*Michael Kohlhaas* and the Limits of Kantian Reason, Morality, and Law", p. 50-51.

54 Kleist, **Michael Kohlhaas**, s. 36.

55 Jacques Derrida, "Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli", **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Hazırlayan ve Sunuş Aykut Çelebi, 2. Baskı, İstabul, Metis Yayınları, 2014, s. 43-133, s. 62.

Kaynakça

- Berlin, Isaiah, **Romantikliğin Kökleri**, Haz.: Henry Hardy, Çev.: Mete Tunçay, İstanbul, Yapı Kredi Yayınları, 2004.
- Champlin, Jeffrey, "Reading Terrorism in Kleist: The Violence and Mandates of Michael Kohlhaas", **The German Quarterly**, Vol. 85, No. 4, 2012, pp. 439-454.
- Cummiskey, David, "Justice and Revolution in Kant's Political Philosophy", **Rethinking Kant: Volume I**, Ed. by Pablo Muchnik, Cambridge, Cambridge Scholars Publishing, 2008, pp. 219-242.
- Dellaloğlu, Besim F., **Romantik Muamma**, İstanbul, Bağlam Yayınları, 2002.
- Derrida, Jacques, "Yasanın Gücü: Otoritenin Mistik Temeli", **Şiddetin Eleştirisi Üzerine**, Hazırlayan ve Sunuş Aykut Çelebi, 2. Baskı, İstabul, Metis Yayınları, 2014, s. 43-133.
- Griffiths, Elystan, **Political Change and Human Emancipation in the Works of Heinrich von Kleist**, Camden House, 2005.
- Güriz, Adnan, "Adalet Kavramının Belirsizliği", **Adalet Kavramı**, Ed.: Adnan Güriz, 2. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu Derneği, 2001, s. 7-37.
- Huch, Ricarda, **Alman Romantizmi**, Çev.: Gürsel Aytaç, Ankara, Doğu Batı Yayınları, 2005.
- Kant, Immanuel, **The Metaphysics of Morals**, Introduction, translation and notes by Mary Gregor, Cambridge, Cambridge University Press, 1991.
- Kant, Immanuel, **Ahlâk Metafiziğinin Temellendirilmesi**, Çev.: İoanna Kuçuradi, 3. Baskı, Ankara, Türkiye Felsefe Kurumu, 2002.
- Kant, Immanuel, "Toward Perpetual Peace: A Philosophical Sketch", Immanuel Kant, **Toward Perpetual Peace and Other Writings on Politics, Peace, and History**, Edited and with Introduction by Pauline Kleingeld, Trans. by David L. Colclasure, New Haven and London, Yale University Press, 2006, pp. 67-109.
- Kelsen, Hans, **Was ist Gerechtigkeit?**, Wien, Franz Deuticke, 1953.
- Kelsen, Hans, "What is Justice?", Hans Kelsen, **What is Justice? (Justice, Law and Politics in the Mirror of Science Collected Essays)**, New Jersey The Lawbook Exchange, Ltd. Union, 2000, pp. 1-24.
- Kelsen, Hans, "Adalet Nedir?", Çev. Ali Acar, **TBB Dergisi**, No: 107, 2013, s. 431-454.
- Kleist, Heinrich von, **Michael Kohlhaas**, Çev.: Necip Üçok, İstanbul, Millî Eğitim Bakanlığı Yayınları, 1991.
- Kleist, Heinrich von, **Michael Kohlhaas**, Çev.: Bilge Uğurlar - Türkis Noyan, 2. Basım, İstanbul, Can Yayınları, 2011.
- Kleist, Heinrich von, **Michael Kohlhaas**, Çev.: Selçuk Ünlü, Konya, Palet Yayınları.
- Kleist, Heinrich von, "Michael Kohlhaas", Heinrich von Kleist, **Düello (Bütün Öyküler)**, Çev.: İris Kantemir, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2010, s. 1-85.

- Kuhns, Richard, "The Strangeness of Justice: Reading Michael Kohlhaas", **New Literary History**, Vol. 15, No. 1, Autumn 1983, pp. 73-91.
- Mehigan, Tim, "'Betwixt a false reason and none at all': Kleist, Hume, Kant, and the 'Thing in Itself'", **A Companion to the Works of Heinrich von Kleist**, Ed.: Bernd Fischer, Camden House, 2003, pp. 165-188.
- Miller, J. Hillis, "Laying Down the Law in Literature: The Example of Kleist", **Cardozo Law Review**, Vol. 11, 1989-1990, pp. 1491-1514.
- Mitzen, Lindey Marie, "*Michael Kohlhaas* and the Limits of Kantian Reason, Morality, and Law", **Department of German and Scandinavian and the Graduate School of the University of Oregon**, 2014.
- Pickard, Henry, "Thinking With Kleist: *Michael Kohlhaas* and Moral Luck", **The German Quarterly**, Vol. 86, No. 4, 2013, pp. 381-403.
- Ripstein, Arthur, **Force and Freedom (Kant's Legal and Political Philosophy)**, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 2009.
- Schneider, Helmut J., "The Facts of Life: Kleist's Challenge to Enlightenment", **A Companion to the Works of Heinrich von Kleist**, Ed.: Bernd Fischer, Camden House, 2003, p. 141-163.
- Sofokles, **Antigone**, Çev.: Ayşe Selen, İstanbul, Mitos-Boyut Tiyatro Yayınları, 2011.
- Steiner, George, **Tragedyanın Ölümü**, Çev.: Burç İdem Dinçel, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 2011.
- Sterne, Richard, "Reconciliation and Alienation in Kleist's "Michael Kohlhaas" and Doctorow's Ragtime", **Legal Studies Forum**, Vol. XII, No. 1, 1988, pp. 5-22.
- Theisen, Bianca, "Strange News: Kleist's Novellas", **A Companion to the Works of Heinrich von Kleist**, Ed.: Bernd Fischer, Camden House, 2003, pp. 82-102.
- Williams, Howard, **Kant's Political Philosophy**, Oxford, Basil Blackwell, 1983.
- Wood, Allen W., **Kant**, Çev.: Aliye Kovanlıkaya, Ankara, Dost Kitabevi Yayınları, 2009.
- Zweig, Stefan, **Kendileri ile Savaşanlar (Kleist, Nietzsche, Hölderlin)**, Çev.: Gürsel Aytaç, 5. Baskı, İstanbul, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 1998.

Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi İlişkisi Almanya ve Türkiye Karşılaştırılması

Altan HEPER*

1. Giriş

Bu çalışmada Ceza hukuku ve hukuk Felsefesi arasındaki ilişkiler Almanya ve Türkiye karşılaştırılması bağlamında ele alınacaktır.[1] Almanya ve Türkiye karşılaştırılmak için uygun iki ülkedir, çünkü Türkiye'de Ceza hukuku ve Ceza usul hukukunda 20. Yüzyılından başından beri gittikçe artan bir Alman etkisi söz konusudur. 1900'ların başında Osmanlı döneminde Ceza Usul Kanunu'nun iktibasının gerçekleşmemesi sonrası 1929 yılında 1877 tarihli Alman Ceza Usul Kanunu değişikliklerle resepsiyonu söz konusu olmuştur. Nazi dönemi Almanya'dan kaçan mülteci Alman hukukçularından –özellikle Ernest E. Hirsch ve von Aster'i bu bağlamda hukuk felsefecisi, Richard Honig'i ceza hukukçusu olarak anmak gerekir– Türk hukukunda kurucu-kalıcı etkiler bırakmışlardır[2]. Çok sayıda hukukçu arasından bazı hukukçuları ismen anmak gerekirse Nurullah Kunter ile daha yeni kuşak yeni Yenisey'lerle 50'liler, 60'lar ve 70'lerde Alman dogmatiğinin etkisi günümüze kadar gelmiştir. Freiburg'daki Max Planck Uluslararası ve Yabancı Ceza Hukuku Enstitüsü çok sayıda ceza ve ceza usul hukukçusunun Alman hukukunun etkisiyle yetişmesine ve çalışmasına yol açmıştır[3]. 2004 yılındaki yeni Türk Ceza Kanunu'nun ve 2005 yılındaki yeni Usul Kanunu'nun hazırlanmasında Alman hukuku damgasını vurmuş, çok sayıda Alman hukukçu hazırlık çalışmalarına katılmıştır[4]. Tüm bunların dışında Almanya'da dokto-

* *Dr. Dr. jur., Özyeğin Üniversitesi ve Tübingen Üniversitesi Öğretim Üyesi*

1 Bu çalışma 05.11.2014 tarihinde İstanbul HFSA VII. toplantısında verilen tebliğin gözden geçirilmiş halini ihtiva etmektedir. Tebliğin değişik bir versiyonu ilk kez almanca olarak 26 Ağustos 2013 tarihinde Polanya'da Slubice şehrinde Almanya-Japonya- Polanya-Türkiye Ceza Hukuku sempozyumda sunulmuştur ve "Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie- Ein Fruchtbares Spannungsverhältnis" başlıklı Jan C. Joerden, Andrzej J. Szwarc, K. Yamanaka, Yener Ünver sempozyum derlemesinde yayınlanmıştır (Altan Heper, İstanbul/Stuttgart, Das Verhältnis zwischen Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie in der Türkei –einige rechtsvergleichende Betrachtungen-Poznan, 2014, s. 33-73). Bu toplantı ve diğer tebliğler hakkında Özyeğin Üniversitesi Alman Hukuku Araştırma ve Uygulama Merkezi tarafınca iki dilde yayınlanan Hukuk Köprüsü, Altan Heper, Sempozyum Raporu, 2013, No:5, s. 368-374.

2 Alman hukukçular için Insbruck Üniversitesi!nde yapılan bir doktora çalışması Deniz Alexandra Ünver, "Von der Scharia zum modernen Rechtsstaat unter besonderer Berücksichtigung der Haymatlosen"

3 Max-Planck Institut für ausländisches und internationales Recht araştırma enstitüsü İstanbul'da Bahçeşehir Üniversitesi'nde bir büro açmıştır.

4 Tellenbach, Silvia, Einführung in das türkische Strafrecht, Freiburg 2003; Das türkische Strafgesetzbuch-Türk Ceza Kanunu, Deutsche Übersetzung und Einführung, Berlin 2008, s. 2; Roxin, Claus/İsfen,Osman, Der Allgemeine Teil des neuen türkischen Strafgesetzbuchs, Goltdammers Archiv, 2005, s. 228-243 (229); Alman ceza hukukunun belirleyici etkisi konusunda Hakan Hakeri, Alman Hukuku'nun Türk Ceza Hukuku'na Etkisi, Hukuk Köprüsü, 2012, Yıl 1, Sayı 1, s. 50.

ra öğrenimi gören ve araştırma için uzun süreler kalan Türk hukukçu sayısı oldukça fazladır. Hukuk felsefesi alanında da ceza ve ceza usul hukukunda olduğu kadar kadar olmasa dahi Alman etkisi çok sarihdir.[5] Buna karşılık Türk ceza hukuku ve Türk ceza usul hukukunun Almanya'daki tanınmışlığı sınırlıdır[6]. Türk Hukuk felsefecileri içinde Almanya'da veya Almanca konuşan ülkelerde yayın yapan çok nadirdir[7]. Buradan Ceza Hukuku dogmatiği ve Hukuk felsefesi arasındaki ilişkiye geçmeliyiz.

2. Dogmatik Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi Arasındaki "Akrabalık" İlişkisi

Hukuk dogmatiği hukuk biliminin esasını oluşturur ve görevi hukuku betimlemek, hukuka anlam vermek ve sistematize etmektir. Hukuk dogmatiğinin tamamlayıcısı alanlar hukuk tarihi, hukuk felsefesi ve hukuk Sosyolojisi gibi temel alanlardır. Ceza hukuku dogmatiği de bu görevleri Ceza hukuku anlamında üstlenir.

Ceza hukuku dogmatiği ve hukuk felsefesi arasındaki ilişkiyi incelemeye pratik felsefe, hukuk felsefesi ve ceza hukuku dogmatiği arasındaki ilişkiden başlamalıyız. Düşünce tarihi açısından baktığımızda bu ilişkileri, yakın ilişkiler, akrabalık ilişkileri "olarak değerlendirebiliriz[8]. Bunun nedeni Ceza hukuku dogmatiğinin birçok argümanını, argümentasyon figürlerini (bunlar örnek olarak hareket kavramı, fiil, kast, hukuka uygunluk sebebleri), düşünce modellerini doğal hukuktan ve dolaylı olarak pratik felsefe veya ahlak (moral) felsefesinden almış olmasıdır[9]. Ceza hukuku problemlerinin akla uygun çözümünü sağlayabilmek için ceza hukuku dogmatigi akla uygun hukuk (Vernuftrecht) geleneği içersinde olmuştur, bu geleneğin kökenleri Roma Hukuku'na giderse de, Aydınlanma

5 Örnek olarak yaş sırasıyla Abdülhak Kemal Yörük, Rahmi Çobanoğlu, Orhan Münir Çağıl, Vecdi Aral, Hayrettin Ökçesiz ve Yasemin Işıktaç.

6 Türk Ceza Kanunu'nun Almancası için, Tellenbach, yukarıda anılan eser; eski Ceza Kanunu'nun çevirisi S. Tellenbach, 2. Baskı, 2001, eski TCK'nın ilk çevirisi Naci Şensoy, Osman Tolu, das türkische Strafgesetzbuch, 1955, Berlin.

7 Tespit edebildiğimiz kadarıyla tek yayın Hukuk Felsefesine ilişkin Hayrettin Ökçesiz'e ait, Ein Vorläufer des zivilen Ungehorsams, ARSP, 81, (1995) s.65-72.

8 Joerden/ Sczwarc, Vorwort, Strafrechtsdogmatik und Rechtsphilosophie, Poznan 2014, s. 9; Ceza Hukuku ve Hukuk Felsefesi arasındaki ilişki için ayrıntılı olarak Tatjana Hörnle, Strafrecht und Rechtsphilosphie, Tradition und Perspektiven in: Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt- Universität zu Berlin, Berlin 2010, S. Grundmann, M. Kloepher, C.G. Paulus, R. Schröder, G. Werle (Hrsg.) s. 1265- 1282; Kristian Kühl, Die Bedeutung der Rechtsphilosophie für das Strafrecht, Würzburger Vorträge zur Rechtphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Baden- Baden 2001; aynı yazar, Strafrecht und Moral- Trennendes und Verbindendes in: Festschrift Schreiber, İstanbul, 2005 s. 959-970; Berlin, 2005 s. 959-970; Ernst- Joachim Lampe; Strafphilosophie, Köln, 1999 Michael Pawlik, Strafrechtswissenschaftstheorie, in: FS- Jakops, Köln 2006, s. 469-496; Winfried Hasssemer, Rechtsphilosophie und Rechtswissenschaft am Beispiel des Strafrechts, in: R. Alexy/R.Dreier/U.Neumann (Hrsg.), Rechts-und Sozialphilosophie in Deutschland, ARSP, Beiheft, Nr. 44 (1991), s. 130-143.

9 Joerden/Sczwarc, age. s. 10.

ile birlikte tomurcuklanıp çiçek açmıştır[10]. Bu Aydınlanma çağının akla yatkın hukuk geleneğini ceza hukukunun genel hükümleri bölümünde oldukça net bir şekilde görüyoruz. Genel hükümlerin genellikle sadece zorunlu olduğu kadar kısa düzenlendiğini, buna karşılık münferit suçların yer aldığı özel hükümlerin çok daha geniş düzenlendiği, özel hükümlerin tamamlayıcı hukuki yorumları gerektirdiğini tespit ediyoruz[11]. 17. Yüzyılın ve 18. Yüzyılın isnadiyet teorisi (Zurechnungslehre) bugün ceza hukukunun düşünce figürlerinin yorumunda, örneğin actio libera in causa (sebebinde serbest hareketler) veya eleştiresel yaklaşımla olsun olmasın versari in re illicita hala rol oynamaktadır[12].

Doğal hukukta ve hukuk felsefesince ortaya konan isnadiyet öğretisi içersinde yeralan üzerinde kafa yorulan, çalışılan argümentasyon figürleri ceza hukuk doğmatiği için her zaman önemli bir temel oluşturmuştur, oluşturmaya da devam edecektir, ceza hukuku açısından fiil kavramı, ceza hukuku açısından nedensellik bağlantısı (özel hukuk açısından bir kenara bırakıyoruz), kast kavramı (dolus directus, dolus inderectus, dolus eventualis v.b gibi kavramlar), hukuka uygunluk nedenleri, mazeret öğretisi, bu kavramlar arasındaki fark, müşterek faillik ve suça iştirak, azmettirme, suça yardımcı olma arasındaki fark, bu farklar kısmen ortadan kalksa veya önemli ölçüde değişikliğe uğrasa dahi bugün de yön tayini açısından önem taşıyor. Teşebbüs (kalkışma, fiilin icra hareketlerinin tamamlanması veya failin elinde olmayan nedenlerle tamamlanaması, faal nedamet), taksir ve meşru müdafanın sınırları (meşru müdafanın sosyal etik açısından sınırlanması) köklerini doğal hukuk ve ahlak felsefesi düşüncesinde bulmaktadır. İnsan yaralama suçunda geçerli rızanın sınırlarını da burada bulmaktayız[13].

Hukuk felsefesi ve ahlak felsefesi ceza hukuku normlarının yorumlanması için temel kriterleri sağlamaktadır[14]. Bu da bir yandan doğrudan doğruya yorum metodlarını sunmakla, diğer yandan cezanın temellendirilmesi ve cezanın, cezalandırmanın amaçları ile irdelemesiyle mümkün olmaktadır. Tabii cezalandırma amaçlarıyla ilgili öğretiler Immanuel Kant[15], Georg Wilhelm Hegel[16] ve Paul Johannes Anslem

10 Rüping, Hinrich/ Jerouscheck, Günther, Grundris der Strafrechtsgeschichte, 6. Aufl. 2011; Jescheck/Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl, 1996, §§10.

11 Joerden/Sczwarc,agy.

12 Cramer, Peter, Vollrausch als Abstraktes Gefährdungsdelikt, Tübingen, s. 19; C. Ludwig Von Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht II, Berlin, 1907, s. 277; Heper, Altan, Die strafrechtliche Haftung des verantwortlichen Redakteurs nach deutschem und türkischen Recht, Göttingen, 1998, s.139, dipnotu 1.

13 Joerden/Sczwarc,age. s. 10, 11; ceza hukuku kurumlarının felsefi gelişimi için ayrıntılı olarak Axel Montenbruck Ceza Strafrechtsphilosophie (1995–2010) Vergeltung, Strafzeit, Sündenbock, Menschenrechtsstrafe, Naturrecht 2. erweiterte Auflage, 2010.

14 Ceza hukuku ve ahlak ilişkisi için Kühl, age.; Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben. Herausgeber: Erik Wolf, Göttingen 1969 Anglo-Sakson bakış ş açısından H.L.A Hart, Hukuk, Özgürlük ve Ahlak, Ankara 2000, s. 17 vd.

15 Kant için I.Kant, Metapyhische Anfangsgründe der Rechtslehre, Kants Werke, Bd. VI, Akademische Werkausgabe, 1968, 331 vd.

Feuerbach[17] döneminden çok farklı bir döneme girmiştir, fakat Eflatun ve Seneca'ya kadar gerilere giden mutlak ve göreceli ceza kuramları (quia peccatum est bzw. ne pecetur) tartışması halen sürmektedir.[18] Bu arada felsefi mantığın (philosophische Logik) Viyana çevresi, Wittgenstein üzerinde ceza hukuku dogmatiği üzerinde etkileri olduğunu söylemek gerekir[19].

Doğal hukuk felsefesi bakış açısından devlet teorisi ceza hukuku dogmatiğini de esaslı ölçüde etkilemektedir. Örneğin hukuk devleti prensibi ceza hukuku normlarının yorumuna net sınırlar getirmektedir[20]. Bu özellikle ilk kez Feuerbach tarafından formüle edilen ilke nullum crimen sine lege ve nulla poena sine lege, bir normun lafzi anlamının ceza normunun yorumunda sınırları koyduğunu bize göstermektedir[21]. Tabii bu kuralın ayrıntılarında mutlaka tartışmalar olmaktadır, özellikle mukayeseli hukuka veya uluslararası hukuka, mesela Uluslararası Adalet Divanı'nın statüsüne baktığımızda, analoji yasağıyla ilgili farklı anlayışların bulunduğunu görürüz[22]. Suçların kanuniliği prensibi genellikle şekli bir sınır oluştururken, hukuk devleti ilkesi ceza hukukuna maddi, içeriksel sınırlar da getirir. Örneğin işkence bir meşru müdafaa fiilinin meşru müdafaaya yardım fiilinde bu bağlamda meşru bir araç mıdır? Ceza usul hukukunda hakikatın bulunması, araştırılması ilkesinde sınırlar ne olacaktır (örneğin nemo tenetur se pisum accusare?)[23]

16 Hegel, Georg W. F., Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Hoffmeister, Johannes (Hg.), 1995, §§ 99 ff. Hegel'in bakışının aktarılışı için: Michael Köhler, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1977, § 3 Rn 3 vd.

17 Feuerbach Paul Johann Anselm von Feuerbach: Lehrbuch des gemeinen in Deutschland geltenden Peinlichen Rechts. Heyer, Giessen 1801. Dijital metin Deutschen Textarchiv; Gustav Radbruch Paul Johann Anselm Feuerbach. Ein Juristenleben. Hrsg. Erik Wolf, Göttingen 1969.

18 Cezanın amaçları konusundaki teori tartışması için M. Emin Artuk, Der Sinn und der Zweck der Strafe, Klön, Doktora Tezi, 1977; Timur Demirbaş, Ceza Hukuku Genel Hükümler, 5. Baskı, 2007, s. 201-203; Nur Centel/Hamide Zafer/Özlem Çakmuk, Türk Ceza Hukukuna Giriş, s. 63-69; Tatjana Hörnle, Strafzwecktheorien, Tübingen, 2011.

19 Joerden/Sz arc, age. s. 11; Manfred Herbert, Rechtstheorie als Sprachkritik, Zum Einfluss Wittengensteins auf die Rechtstheorie, Baden- Baden, 1995; yaklaşık 200 sayfalık Wittengenstein bölümü ile Wittengenstein felsefesini, felsefi mantıkı en iyi açıklayan çalışma olarak Wolgang Stegmüller, Die Hauptströmungen der Gegenwartphilosphie, Bd. 1, 7. Baskı, 1989.

20 Haft, Fritjof, Über Generalklauseln und unbestimmte Begriffe im Strafrecht, JuS 1975, 477; Bern Heinrich, Strafrecht-Allgemeiner Teil, 2005, Stuttgart, s. 8 vd.

21 Joerden/Szwarc, age. s. 11; Almanya açışından Dreher, Eduard/Tröndle, Herbert, 45. Aufl, 1991, München, §1 Rn. 10.

22 Eser, Albin, Zur Abgrenzung von Auslegung und Analogie in: Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Hrg. Eric Hilgendorf, Tübingen, 2013, s. 259-263.

23 Joerden/Szwarc, age. s. 12.

Bütün bu sınırlamaların temelinde işkence yasağı, yasak delillerin değerlendirilmesi, zehirli ağacın meyvelerinin temelinde Kant tarafından olgunlaştırılan insan onuru düşüncesi yatmaktadır[24]. Kategorik Emperatifin amaç formülü (öyle hareket et ki, insanlık hem senin şahsında hem de bir diğer insanın şahsında her zaman amaç olarak, hiç bir zaman sadece araç olarak sana ihtiyaç duymasın) Alman Anayasası'nın en önemli yorumcularından kendi adıyla tanınan Kant'ın temel fikirlerinden geliştirilen insan onuru formulüyle de tanınan Günther Dürig bu ilkeyi devlet ve yurttaş arasındaki ilişki bağlamına uygulayarak, ceza hukuku ve ceza usul hukukunda, devletin vatandaşlarını hiçbir zaman eşya, nesne olarak işleme tabi tutamayacağını, mesela her ne pahasına olursa olsun maddi gerçeğin araştırılmasında işlem yapılmasının caiz olmadığı sonucuna varmaktadır[25]. Maddi ceza hukukunda bu anlayışın sonucu ultima ratio (son çare ilkesi) olarak ortaya çıkmaktadır[26].

Felsefede Cicero ve Pico della Mirandola tarafından ortaya atılıp Kant tarafından olgunlaştırılan insan onuru ilkesi tıp ceza hukukunda önemli bir rol oynamaktadır.[27] İzin verilen (yasal) ve izin verilmeyen yasal olmayan ölüme yardım (Almanya açısından Alm. CK 216 d ve yasal ve yasal olmayan kürtaj (Alm. CK 218 d) ve preimplantasyon diagnostiğinde insan onuru argümanları her iki tarafın da dayandığı argümanlar olabilmektedir. Burada dikkat çeken nokta insan onurunun rol oynayıp oynaması değil, orijinalinde, aslında ahlak felsefesine ait bir kurumun, ilkenin ceza hukukunda bu kadar etkili olabilmesidir.[28]

Ceza hukuku ve felsefe, hukuk felsefesi arasındaki ilişkiye böylece kısaca baktıktan sonra Almanya'da bu ilişkiye bir göz atmak istiyorum.

Almanya'da hukuk eğitimi hukuk fakültelerinde (law school değil) yapılmakta ve kürsülerde öğretim ve eğitim yetkisi birden fazla alan için verilmektedir, yani

24 Kant'da insan onuru kavramı için Marcus Rothaar, Die Menschenwürde als Prinzip des Rechts, Tübingen 2015, s. 145-202; Ceza Hukuku ve Onur ihlalleri için Yener Ünver, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, 2003, s. 936 vd.; Özbek, Kambur, Bacaksız, Tepe, Ceza Hukuku, s. 77; İnsan onuru ve ceza hukuku ilişkisi için Jarass/Pieroth, Grundgetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 10. Aufl., 2009, Art. 1, Rn. 18; von Münch, Kunig, Philipp, Grundgesetz, Kommentar, Bd. I, Art. 1, 6. Aufl. 2012 Berlin, s. 94 vd.

25 G. Dürig in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Kommentar, München 1958, Art. 1 Nr. 1; Dürig'in görüşlerine eleştirisel bir yaklaşım için Eric Hilgendorf, İstismar Edilen İnsan Onuru (çev. Altan Heper), Hukuk Köprüsü, 2013, Nr. 4, s. 36 vd.

26 Joerden/Szwarc, agy; ultima ratio ilkesi için Amboss/Steiner, JuS 2001, 9 (10); Roxin, Allgemeiner Teil I, § 2 Rn. 38 vd.

27 Ayrıntılı olarak Menschenwürde und Medizin, Ein interdisziplinäres Hamndbuch, Hrsg. Jan C. Joerden, Eric Hilgendorf und Felix Thiele, Berlin, 2013.

28 Joerden/Szwarc, age. s. 12.

başlı başına bir hukuk felsefesi kürsüsü bulunmamakta,[29] bunun yanında ceza hukuku, ceza usul hukuku da gelmektedir. Bu kombinasyon yaygındır, bunun yanında anayasa, idare hukuku ve hukuk felsefesi gibi kombinasyonlar da mümkündür. Bu nedenle G. Radbruch, H. Welzel, A. Kaufmann, düşman ceza hukukunun mucidi Günter Jakops gibi ünlü cezacılar aynı zamanda felsefecilerdir, yeni kuşak hukukçular içersinde çok sayıda ceza hukukçusu, kamu hukukçusu aynı zamanda felsefe eğitimi almıştır[30]. Türkiye'de durum bilindiği gibi farklıdır. Ceza hukukçuları hukuk felsefesi ile genellikle ilgilenmemektedir,[31] hukuk felsefecileri de kural olarak ceza hukukuna ilgi duymamaktadırlar,[32] yani karşılıklı bir ilgisizlik vardır. Ceza hukukçuları ders kitaplarında ceza hukuku –anayasa hukuku, ceza hukuku– idare hukuku, kriminoloji, ceza usul hukuku, infaz hukuku, özel hukuk, devletler hukuku vs. her hukuk alanını incelerken hukuk felsefesine hiç değinmemektedirler. Ceza hukukçularının hukuk felsefesiyle, hukuk felsefecilerinin de ceza hukukuyla ilgisi olmadığını söylediğimizde konuyu burada bitirmek olanağı doğmaktadır, fakat ceza hukuku ders kitaplarını incelediğimizde hukuk felsefesi kökenli ceza hukuku kurumlarına, figürlerine ilişkin açıklamalar, konseptler bulunduğunu görmekteyiz[33]. Neredeyse iki yüzyıldır var olan Avrupa etkisinin, Fransız, İtalyan ve Alman etkisinin Türk ceza hukuku dogmatiğinde hukuk felsefesi konseptlerinde rastlanması da doğaldır, bu da büyük bir ihtimalle ne ceza hukukçularının ne de hukuk felsefecilerinin dikkatini çekmiştir. Her iki grup da sadece kendi "branşları" ile ilgilendiğini ileri sürmektedir, ama fiiliyat-

29 Görüldüğü kadarıyla Göttingen Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde Prof. Dr. Dr. Dietmar von der Pforte'nin kürsüsü istisna teşkil etmektedir, Almanca konuşulan ülkelerde hukuk felsefesiyle ilgili kürsülerin listesi için https://rechtsphilosophie.wordpress.com/2013/06/13/rechtsphilosophische-lehrstuhle-an-deutschsprachigen-universitaten/

30 Örnek olarak İstanbul'a sık gelen buradan bir onursal doktora alan Kristian Kühl de felsefeci, yine Türkiye ile yakın ilişkideki Eric Hilgendorf da felsefecidir, her ikisinin ceza hukuku yanında bir de felsefe doktoraları da vardır. Dietmar von der Pforte de bu niteliktedir. Kamu hukukçuluğunun yanında hukuk felsefesinde isim yapmış birçok hukukçu ciddi bir felsefe eğitimi almıştır, bu gruba örnek olarak W. Brugger, Robert Alexy, Joachim Lege, Stefhan Kirste gibi isimleri verebiliriz.

31 Genç Ceza Hukukçusu İlker Tepe bir istisna teşkil etmektedir. Tepe Ege Üniversitesi Hukuk Fakültesinde "Ceza Hukukunun Felsefi Temelleri" isimli bir ders vermektedir (hhttp://yenihukuk.blogspot.de/2014/06/türk-ceza-hukuku-öğreniminde-yeni-ama.html) Yayıma hazırlanan "hareket" konusundaki doktora tezi ceza hukuku- hukuk felsefesi arasındaki ilişkiyi yansıtmaktadır. Eski kuşaklardan ceza hukukçusu Selahattin Keyman'ın eserleri de derin bir hukuk felsefesi, hukuk teorisi yansıtmaktadır. Ceza hukukçusu Yener Ünver'in çalışmalarında da insan onuru, değer kuramı, düşman ceza hukuku gibi hukuk felsefesi-ceza hukuku kesişmelerini görüyoruz (Ceza Hukukunda Korunan Hukuki Değer, Prof. Dr. Yener Ünver: Ceza Hukuku Felsefesi Açısından İnsan Onuru ve Mevzuatımız, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 3, Sayı 7).

32 Hayrettin Ökçesiz "Düşman Ceza Hukuku"nu Türkiye'de ilk kez ve ayrıntılı olarak tartışan hukuk felsefecisidir. H. Ökçesiz, Düşman Ceza Hukuku, Düşman Ceza Hukukuna Eleştirel Bir Yaklaşım II, HFSA, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, No: 16 , s. 29-38. Ayrıca ceza hukuku derlemesi olarak Yener Ünver/Kayıhan İçel, Terör ve Düşman Ceza Hukuku, Ankara, 1998.

33 Örneğin fiil teorisiyle ilgili olarak Bahri Öztürk/Mustfa Ruhan Erdem, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 12. Baskı, Ankara 2012, s. 165. Suç yapısına ilişkin olarak Veli Özer Özbek/Nihat Kambur/Koray Doğan/Pınar Bacaksız/ İlker Tepe, Türk Ceza Hukuk, Genel Hükümler, 2. Baskı,

ta ceza hukuku kitaplarında genel hükümlerde cezanın amacı ve fonksiyonu veya fiil veya kusur gibi büyük ölçüde hukuk felsefesini ilgilendiren açıklamalar yer almaktadır, Türkiye'de ceza hukukçuları bu açıklamaları Avrupalı klasiklerden yorum yapmaksızın veya eleştirisel bir süzgeçden geçirmeksizin alıntılamaktadır.

Almanya'da ceza hukuku ve hukuk felsefesi ilişkisi nasıl kurulmakta?

Tatjana Hörnle bir yöntem olarak Alman ceza hukukçularının, görüşlerine yakınlık duyduğu düşünür üzerinden bu ilişkiyi gerçekleştirdiklerine dikkat çekmektedir,[34] bu düşünür de çok büyük bir ihtimalle Alman idealizmden biri olmakta, yani Kant, Fichte veya Hegel'i karşımızda bulmaktayız. Bu düşünürlerin eserlerindeki temalar, konulara incelenen ceza konusu içinde atıf yapılmaktadır, bazen daha geniş çalışmalar "X'in felsefesi ışığında ceza hukuku" gibi çalışmalar yapılmaktadır.

Bu yöntem Türkiye'de uygulanmamaktadır, çünkü hiçbir ceza hukukçusu kendini yeni Kantçı veya Hegelci olarak görmemektedir.

Almanya'da ceza hukuku ile hukuk felsefesinin ortak konularından biri ceza hukuku ve ahlakın ayrılığı veya ilişkisi konusudur. Bu bağlamda her iki branşla da meşgul olan Kühl, Kant'a gönderme yaparak hukukun amacının herkesin dış özgürlüğünün korunması olduğunu söylemektedir[35]. Buna göre karşılıklı olarak sınırlanan dış özgürlük büyük ölçüde mer'i Alman ceza hukukunun korunan hukuki değerler düzenini belirlemektedir. Alman Hukukunda yaşam ve vücut dokunulmazlığı özgürlüğün kullanım koşulları olarak Ceza Kanunu'nun özel hükümlerinde "kişisel özgürlük" başlığı altında düzenlenmiştir, kişisel özgürlük de Kant'ın anladığı anlamda "bir insanın davranışını yabancı birinin etkisi olmadan belirleme olanağı" olarak anlaşılmaktadır. Alman Ceza Kanunu'nun 13. Bölümü'nde "kendi cinsel davranışını tayin hakkı" olanağı korunmaktadır, bu başlık bize yasa koyucunun cinsel suçların umumi adaba ve ahlaka aykırı suçlar olmadığını, cinsel alanda dış özgürlüğe müdahale olduğunu göstermektedir. Sadece ahlaka aykırılıklar, mesela zina, basit ahlaka aykırılıklar artık genel kabul gören anlayışa göre ceza hukuku düzenlemelerinin konusu olmamaktadır, çünkü bunların ilgilisinin dış özgürlüğünün korunması için cezai yaptırıma tabi tutulmasına gerek yoktur.

Kantçı temel görüşler Türk hukukuna aşina görüşlerdir, legalite, moralite ayrımı,

Ankara, 2011, s. 183-189; Göründüğü kadarıyla Selahattin Keyman ceza hukukunun felsefi temelleriyle ilgilenen çok az sayıdaki ceza hukukçularından biridir. "Cürmi Fiilin Yapısal Unsuru Olarak Hareket" makalesi (A.Ü.H. F Dergisi, 1988, s. 121-171) hukuk felsefesi bakış açısını da içermektedir. Aynı şekilde Yener Ünver'in "Ceza Hukukuyla Korunması Gereken Değer" Ankara, 2003 isimli çalışması ceza hukuku-hukuk felsefesi kombinasyonu bakımından ilginçtir. İlhan Rahimov'un Azeri Türkçesinde yazılmış ve Türkiye türkçesine çevrilmiş "Suç ve Ceza Hukuku Felsefesi" çalışması, Ankara, 2014, özellikle cezalandırma hakkı (s. 113 vd.) geniş bir felsefi birikimi yansıtmaktadır.

34 Hörnle, age. s. 1271.

35 Kühl, age. s. 962.

herkesin dış özgürlüğü ve niyetler, eğilimlerim iç dünya fenomeni olması bilinen kavramlardır[36]. Alman ve Türk ceza hukuku arasındaki fark Türkiye'de bu ayrımdan pratik sonuçlar çıkartmamadır ve eleştirisel sorgulamalar yapılmamasıdır. Hukuk felsefecileri için ceza hukuku tamamen bir yabancı alan olarak algılanmaktadır.

Bu bağlamda önemle belirtmek gerekir ki, Almanya'da da hukuk felsefesine ilgisiz kalan çok sayıda ceza hukukçusu vardır, Almanya'da ceza hukukçularının tamamının hukuk felsefesiyle yakından ilgilendiğini söylemek mümkün değidir.

3. Türkiye'de Hukuk Bilimi ve Hukuk Felsefesi

Türkiye'de dogmatik alanlarda çalışan hukukçuların neredeyse tamamı hukuki pozitivizm taraftarıdır. Hakim anlayışa göre hukuk tüm yasal düzenlemelerin bir bütünü olup, gerektiğinde devlet yaptırımları sonucunu doğurur. Hukuk ve ahlak arasındaki en önemli fark da hukukun zorla yerine getirilmesidir. Argümanlar pozitif hukuk açısından getirilir, en fazla olsa olsa hukuk politikası içeren görüşler öne sürülür.

Ceza hukukçuları pratik felsefenin, pratik hukuk felsefesinin önemini kavramadıkları için argümanlarını, örneğin tıp ceza hukukunda rızayı sadece pozitif hukuk açısından temellendirmeye çalışmaktadır[37].

Temellendirme yapılacağı zaman da, öğretideki bir veya birkaç görüşü aktarmakta, çoğunlukla kendi görüşünü temellendirmeden veya net bir pozisyon almadan bu yapılmaktadır[38].

Her anayasada olduğu gibi Türk Anayasası'nda ve Alman Anayasası'nda pozitifleştirilmiş doğal hukuk ilkeleri bulunmaktadır. Türkiye. Anayasası'nın 12. maddesinde de temel hak ve özgürlüklerin doğal hukuk kaynaklı, olduğu belirtilmektedir. Anayasa'da yer alan hukuk felsefesi için önem taşıyan ceza hukukçuları tarafından ele alınan konular; hukuka ulaşım, dinlenilme hakkı (Anayasa 36 md.), doğal hakim, cezanın, ceza tedbirlerinin ve fiilin belirliliği ilkesi, sanığın aleyhine cezanın ağırlaştırılması yasağı, genel müsadere ve el koyma yasağı, masumiyet prensibi, kusur prensibi, yakınlar için tanıklıktan çekinme yasağı, hukuka aykırı elde edilen delillerin ispat değeri (Anayasa md. 38), devlet sorumluluğu (Anayasa md. 40). Almanya'da bu adli temel hakların karşılığını görmekteyiz, Alman Anayasası'nın 101, 103, 104. maddelerinde yukarıda saydığımız temel hakları görmekteyiz. Ceza Kanunu'nun garanti fonksiyonu bu maddelerde görülmektedir, bu başlık altında belirlilik prensibi, teamül hukuku, örf ve adet hukuku ile yeni ceza normlarının yaratılması ve analoji yasağı Türk anayasası'nda da bulunmaktadır.

36 Örnek olarak Vecdi Aral, Hukuk Felsefesinin Temel Sorunları, İstanbul, 1984, s. 181-192; Yasemin Işıktaç, Hukuk Başlangıcı, 2010, İstanbul, s.82; İzzet Özgenç ceza hukukunun büyük ölçüde ahlakileştirilmesini savunarak bir istisna oluşturmaktadır. Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, s. 279, dipnotu 424.

37 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 5. Baskı, 2012, s. 327 vd.

38 İsfen, Osman, Das Schuldprinzip im Strafrecht, München 2008, s. 70 vd.

Bu bağlamda Alman Anayasası'nın 103/II'deki[39] ceza yasalarının geriye yürümezliği prensibi, anayasanın devletler hukuku ışığında yorumlanması ilkesi (md. 25) gereği, geriye yürümezlik yasağı bir hukuk devletinin normal işleyişi içersinde görülür, geriye yürümezlik ilkesi iktidar sahiplerinin ağır insan hakları ihlallerini ilerde kendilerinden hesap sorulmaması, ceza hukuku takibatına uğramaması yolunda korumaz. Buna örnek olarak Nazi suçları ve Doğu Almanya suçları, iki Almanya'yı birbirinden ayıran duvarda adam öldürme fiilleri verilebilir. Bu tür konularda genellikle Radbruch formülü olarak adlandırılan konsept gündeme gelir, bu formülün iki alt biçimi vardır: Birincisi bir yasanın "haksızlık" derecesi "tahammül edilemeyecek" bir seviyeye geldiğinde, bu "haksız yasa" adalet karşısında geri çekilmek zorunda, yok hükmünde olmaktadır. Yasa ve adalet arasındaki çelişki "dayanılmaz" hale gelmektedir[40]. Bizim Anayasamızın 38. maddesinin 2. fıkrasında Almanlardan farklı olarak zamanaşımı ile ilgili hüküm bulunmaktadır.

Türkiye'de zamanaşımı ve Radbruch formülü arasında, zamanaşımı normlarından adalet düşüncesi nedeniyle sapma konusu pek gündeme gelmiş konular değildir. Zamanaşımı kuralları hukuk güvenliği sağlamaktadır. Radbruch'a göre hukukun üç öğesi vardır, bunlar adalet, amaca uygunluk ve hukuk güvenliği[41]. Öyle olaylarla karşılaşabiliriz ki, hukuk güvenliği adalet karşısında geri çekilmek zorunda kalacaktır, rejim değişikliği sonrası, devletin, kamu gücü tarafından uygulanan sistemli haksızlıkla bir şekilde hesaplaşması gerekir. Zamanaşımı kuralları bu haksızlıkla mücadelede, ceza adaletinin yerine getirilmesinde bir engel oluşturur, burada bir parantez açarak böyle bir hesaplaşmada sadece ceza hukuku yolu bulunmadığını, başkaca yol ve olanaklar bulunduğunu belirtelim[42]. Suç zamanaşımına uğramışsa, zamanaşımı süresini uzatmak veya değiştirmek mümkün değildir, bu değişiklikle suçun zaman aşımına girmesini önlemek mümkün değildir. Geriye yürümezlik ilkesinin, sonuç olarak hukuk güvenliğinin adaletle ilişkisi problemli bir konudur. Türkiye'de mutlak zamanaşımının dolduğu ve dolacağı birçok siyasi dava vardır: Sivas olayları, 12 Eylül sanıkları vs. gibi. Burada gördüğümüz kadarıyla böyle bir tartışma yoktur, bu tür suçların insanlık aleyhine işlenen suçlar olduğu iddiasıyla zamanaşımının işlemeyeceği iddiaları dile getirilmektedir.

Radbruch formülü Türkiye'de hukuk felsefecilerince bilinen, fakat ceza hukukçuları tarafından önemi kavranmayan bir konseptir. Sistem ve rejim değişikliğinde

39 Alman Anayasasının 103. md. 2. fıkrası "Bir eylem ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir"

40 Radbruch fornülüyle ilgili olarak Sevtap Metin- Altan Heper, Ceza Hukuku Felsefesine Katkı, İstanbul, 2014

41 Dreier, Ralf, Gustav Radbruchs Rechtsbegriff in: Matthias Mahlmann (Hrsg.) Gesellschaft und Gerechtigkeit, FS-Hubert Rottleuthner, Baden- Baden 2010, s. 36

42 Geçmişle hesaplaşma konusunda Strafrecht in Reaktion auf Systemunrecht, Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse, hrg. Albin Eser- Jörg Arnold, Freiburg 2000.

önem taşıyan bu konseptin 1980'deki darbe sonrası uygulamalar için geçerli olup olmadığı sorgulanabilir.

4. Ahlakın ve Hukukun Ayrılması – Hukuki Yükümlülükler

Hukuk ve ahlak ayrımı şüphesiz Türkiye'de hukuk başlangıcı kitaplarında heteronomi-otonomi bağlamında ele alınmakta, legalite ve moralite ayrımları için tabii ders kitaplarında örnekler verilmekte,[43] fakat bunun ceza hukuku normları için doğurduğu sonuçlar ele alınmamaktadır.

Fakat hukuk-ahlak ayrımı ve hukuk-ahlak ilişkisi statik değildir. Bu ikisi arasında hareketler, gidip -gelmeler, kesişmeler vardır. Örneğin ahlaka ilişkin alanlar hukuka entegre edilmektedir. Bunu Türk Ceza Kanunun'da "Koruma, Kollama, Yardım ve Bildirim Yükümlülüklerinin İhlali Suçlarında" görmekteyiz. Bu yükümlülüklerin anayasal temeli 12. maddedir. Alman hukukunda Alman CK.323. maddenin c bendi[44] ve TCK'nın 97. ve 98. maddeleri bu anlayışı göstermektedir. TCK 97. ve 98. maddelerinin TBMM gerekçelerinde, herhangi bir hukuk felsefesi konsepti görülmemektedir. Almanya açısından 97 . ve 98 .mdlerin temel aldığı sosyal etik dayanışması istikrarlı bir konsept olarak görülmekte, böylece bu kavramdan herkes için acil hallerde yardım yükümlülüğü getirilmektedir. Türk ceza hukuku literatüründe maddelerin koruduğu hukuki değerin bir değer olarak sosyal dayanışma olduğu konusunda görüş birliği vardır.

Kühl Alman CK'nın 323. maddesinin c bendi bağlamında acil hallerde yardım yükümlüğünü hukuk normu olarak mümkün görürken, asgari dayanışma yükümlüğünün normlaştırılmasıyla, acil durum ile tehlikeye sokulmuş olan dış özgürlüğün tekrar sağlandığını, ve yükümlüğünün de dış özgürlüğü sınırlanmakta olduğunu ifade etmektedir. Bu sınırlama 34. madde deki[45] hukuka uygun ıztırar halinin zorunlu gördüğü katlanma yükümlülüğü için de zaten geçerlidir. Alman hukukunda hakim görüşe göre; Alman CK 323. c ve 34. madde de[46] ahlaken haklı kılınan yükümlülükler hukuk yükümlülüğü olarak ortaya çıkmaktadır.

43 Aral, agy.

44 Alman CK 323 c – Yardım etmeme suçu: Zarar doğuran bir olay veya büyük bir tehlike veya zaruret hali sırasında, gerekli olduğu ve durumuna göre, kendisinden beklenebileceği halde, özellikle, bunu kendisini önemli bir şekilde tehlikeye düşürmeksizin ve başka önemli yükümlülüklerini ihlal etmeyerek yapması mümkün olmasına rağmen, yardım etmezse, bir yıla kadar hapis cezası veya adli para cezası ile cezalandırılır. (Tercüme Feridun Yenisey/ Gottfried Plagemann, Alman Ceza Kanunu, İstanbul, 2009.)

45 Alman CK 34. md.-Hukuka uygunluk nedeni olan zorunluluk hali: Her kim, hayat, vucut, özgürlük, şeref, mülkiyet veya diğer bir hukuki menfaate yönelik olan, hali hazırdaki ve başka türlü bertaraf edilemeyen bir tehlike içinde iken, tehlikeyi kendisi veya bir başkası bakımından def etmek için, bir suç fiili işlerse, tarafların rakip menfaatlerinin, özellikle ilgili hukuki menfaatler ile onları tehdit eden tehlikenin derecesi ile karşılaştırıldığında, korunan menfaat tehdit edilen menfaate nazaran önemli ölçüde ağır basıyorsa, fail hukuka aykırı harket etmiş olmaz. Ancak bu hüküm sadece, işlenen fiilin, tehlikeyi def etmek için uygun bir araç olduğu durumlarda uygulanır. (Tercüme Yenisey/Plagemann).

46 Dreher/Tröndle, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, 45. Aufl, 1991, § 34 Rn. 24 ff.

Bu bağlamda anılacak bir suç tipi olarak TCK 233/2'de. hamile eşin ve sevgilinin terk edilmesi fiili suç olarak düzenlenmiştir. Yardım yükümlülüğünü bu derece yaymak hukuk devleti açısından problemlidir, çünkü böyle bir koruma özel hukuk olanaklarıyla sağlanabilir, ceza hukuku ultima ratio- son çare olduğuna göre bu durumda ceza hukuku aşırı bir adımdır.

Aynı şekilde TCK 278'deki ihbar yükümlülükleri de oldukça geniş tutulmuştur ve bu nedenle hukuk devleti ilkesi açısından problemlidir. Alman Hukuku açısından ihbar yükümlülüğü sadece ağır suçlar için getilmiştir,[47] genel bir ihbar yükümlülüğü yoktur, her suç için genel ihbar yükümlülüğü, hukuka saygılı vatandaştan bir jurnalci, muhbir vatandaş oluşturmaktadır, bu toplumsal barışı bozar.

5. Rıza

Rızanın temellendirilmesine ilişkin yabancı doktrininin etkisiyle Türk hukukunda çok sayıda teori dile getirilmektedir. Bunlar hukuki işlem teorisi, menfaatlerden vazgeçme teorisi, haktan feragat, toplumsal değer teorisi, genel eylem özgürlüğü gibi çok sayıda teoridir. Hakim görüşe göre rıza bir hukuka uygunluk nedenidir.

Ceza hukukçuları arasında şöyle bir tartışma vardır: Rıza hukuka uygunluk sebebi midir? Yoksa suçun unsurları koşulu mudur?[48] İkinci durum suçun yapısı ile ilgilidir. Final hareket teorisinden yola çıkarsak, rızanın varlığı ile suçun unsurları bulunmamaktadır. Manevi unsuru kusurun formu olarak görürsek, fiil baştan itibaren hukuka aykırı değil, baştan beri haklı, hukuka uygundur.

TCK 26/2 rıza konusunda bir düzenleme getirmiştir, ayrıca özel hükümlerde bir dizi suçta cezalandırma rızanın bulunmamasına bağlıdır. Örneğin doku ve organ nakli (md. 90, 1. fıkra), kamuya açık olmayan görüşmeleri katılanların rızası olmadan dinleme ve kaydetme gibi (md. 133 1. fıkra) suç tiplerinde rızanın bulunması veya bulunmaması önem taşımaktadır.

Madde 26/2 rıza için üzerinde tasarruf edilebilecek hukuki değerleri şart koşar. Üzerinde tasarruf edilebilecek değerlerin sayısı sınırlıdır,[49] devlet ve toplum tarafından özel bir koruma altına alınan değerler üzerinde tasarruf edilemez. Yaşam üzerinde tasarruf hakkı Türk hukukunda kabul edilemez. Fakat bu ilke gördüğümüz kadarıyla ceza hukuku literatürü açısından hukuk felsefesi açısından gerekçelendirilmemiştir, gördüğümüz kadarıyla dini nedenler rol oynamaktadır. Müslüman kendi yaşamı üzerinde tasarruf edemez, tasarruf

47 Alm. CK. 138- Planlanan suçları ihbar etmeme suçu bir saldırı savaşının hazırlanması, vatana ihanet, para ve kıymetli evrakta sahtecilik, cinayet, kasden adam öldürme, soykırım, savaş cürümleri, gasp gibi ağır suçlarla ilgilidir. (Tercüme Yenisey/Plagemann).

48 Ünver, Yener, İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998, s. 178, 227 vd.; rıza konusunda ayrıntılı olarak Özlem Yenerer Çakmut, Tıbbı Müdahaleye Rızanın Ceza Hukuk Açısından İncelenmesi, 2003, İstanbul.

49 Özbek, Kanbur, Doğan/Bacaksız/Tepe, 2. Baskı, s. 310; Gropp, Walther, Rechtsvergleichende Überlegungen zur rechtfertigenden Einwilligung im deutschen und türkischen Recht, in: Gropp/Özrürk/Sözüer/Wörner (Hrsg.), Die Entwicklung von Rechtssytemen in ihrer gesellschaftlichen Verankerung, Baden- Baden, 2014, s. 488-500.

olanağı Allahındır, bedenin mülkiyet hakkı ona aittir, insan sadece kullanım hakkına sahiptir. İntihara yönlendirme suçunun (TCK 84. md.) temellendirilmesinde dolaylı olarak hayat üzerinde tasarruf edememek olacaktır[50].

Askerliğe elverişssiz hale getirme suçu Askeri Ceza Kanunu'nda düzenlenmiştir ve askerlik yükümlülüğünün ortadan kalkmasını önlemeye yöneliktir, burada da dolaylı olarak kişinin kendi vücudu üzerinde tasarruf olanağı sınırlanmaktadır.

Bu yükümlülükler Anayasa 12/2'deki temel haklar ve yükümlülüklerle temellendirilmektedir.

Hiç şüphesiz tedavi amaçlı müdahaleye rıza mümkündür. Kişisel hürriyetler büyük ölçüde dispozitif, üzerinde tasarruf edilebilecek özgürlüklerdir, fakat kişisel özgürlüğün içkin sınırları da vardır, örneğin kölelik gibi. Kendini köle olarak sunma konusunda rıza geçersizdir,[51] fakat burada ceza hukuku kitaplarında derinleşmiş bir temellendirme göremiyoruz.

Bireyin şerefi üzerinde rıza göstermesi geçerlidir. Fakat burada da sınırlar vardır, insanın aletleştirildiği, sırf araç olarak kullanıldığı ve bu kullanımın ağır bir dereceye varması halinde insan onuru ihlali ile karşılaşabiliyoruz[52]. ABAD'ın eğlence olsun diye toptan fırlatılan cücenin bu işe rızasına önem vermeden, bu işten geçimini mutlu bir şekilde sağlamasına dikkate almadan, bu fiili hukuka aykırı görmesi insan onuruna dayanmaktadır[53].

Cinsel davranışlar konusunda kişisel özgürlüğün sınırları vardır; fahişenin rızasına rağmen fahişeliğin teşviki bu sınırlamaya örnek olarak gösterilebilir.

Servet, üzerinde en kolay tasarruf edilebilecek korunan hukuki değer olarak görünmektedir. Bu ancak kamu düzeni ve güvenliği nedeniyle genel yasalarla kısıtlanabilir.

Ölüme yardım, ötenazi Türkiye'de de neredeyse tüm dünyada olduğu gibi tartışmalı bir konudur[54]. Genellikle aktif ve pasif ölüme yardımın ayrılması istenmektedir. aktif yardım konusunda Türkiye'de nerdeyse görüş birliği vardır ve bu davranış kasten adam öldürmedir,[55] pasif olarak insan öldürmeye yardım ise tartışmalıdır[56]. Pasif insan öldürme konusunda ama de-

50 Heper, Altan, Menschenwürde, İslam und Bioethische Fragen, in: Joerden/Hilgendorf/Thiele (Hrsg.), Menschenwürde und Medizin, Berlin 2013, s. 386; İlhan Ilkılıç, Die kultursensible und kultursensitive Patintenverfügung in einer wertpluralen Gesellschaft am Beispiel müslimischer Patienten in Ethik in der Medizin, s. 221vd.

51 İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 4. md. ve 1956 tarihli B M Kölelik ve Kölecilik ile ilgili Antlaşması pozitif hukuk metinleri olarak bir kenara bıraktığımızda, köleliğin insan onuruyla bağdaşmaması konusunda Hegelci bir anlayışla köleliğin eleştirisi için Marcus Rothaar, Die Menschenwürde als Prinzip des Rechts, 2015, Tübingen, s. 309-312.

52 Krş. Hilgendorf, Eric, die Mißbrauchte Menschenwürde, Jahrbuch für Ethik und Recht, 1999, s. 137 vd. (Türkçe tercümesi Altan Heper, İstismar Edilen İnsan Onuru, Hukuk Köprüsü, sayı: 4, İstanbul, s. 31-50).

53 ABAD, 27.10. 1977, Az. C 30/77, Slg. 1-01999, Rn.33/31.

54 Ötenazi konusundaki tartışmalarda Hukuk ve Etik Boyutuyla Ötenazi, 2013, İstanbul. Derleyen Nur Centel

55 Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 1. Bakı, Ankara, s. 304.

rinleşmiş tıp etiği, hukuk etiği veya hukuk felsefesi temellendirmeleri ve konseptler görememekteyiz. Tartışma ceza hukuku dogmatiği açısından, en fazla hukuk politikası açısından yapılmaktadır.

Türkiye'de Alman CK 216[57] gibi mağdurun isteği üzerine insan öldürme suçu gibi bir suç tipi yoktur. Böyle bir suç Türkiye'de insan öldürme suçu olarak nitelendirilir.

Beklenen rıza özel hukuktaki vekaletsiz iş görme kurumuna benzemektedir. Beklenen rıza bağımsız bir hukuka uygunluk sebebi olarak görülmektedir[58]. Fiil ilgilisinin menfaati doğrultusunda ise ve bu fiile ilgilisi tahmine göre ilerde rıza gösterebilecek durumdaysa, ama zamanında bu rızayı göstererememişse, bu durumda beklenen rıza söz konusudur. Buna örnek olarak bilinci yerinde olmayan bir kaza nedeniyle acil servise getirilen hastanın tedavisini örnek verebiliriz.

6. Sosyal Uygunluk ve Rıza

Sosyal uygunluk teorisini (soziale Adäquanz) final fiil teorisinin yaratıcısı Hans Welzel tarafından hukuka uygunluk sebebi olarak[59] Türkiye yaşamına aktardığımızda şu tür olaylar için geliştirilmiştir; postacıya müjdeli bir haber getirdiğinde beş-on lira, çöpçüye bayramda bahşiş gibi olaylar. Bu olaylarda bir suçun maddi unsuru ve manevi unsuruna uygun fiil tarihsel olarak ortaya çıkan sosyal düzen içinde suç olarak görülmemektedir.

Sosyal uygunluk kurumu Türk hukukunda derinlemesine, geniş bir tartışmaya yol açmamıştır.

İzin verilen risk ve sosyal uygunluk her bakımdan ortaktır. Yener Ünver'in 1998 tarihli büyük ölçüde Alman hukukuna dayanan izin verilen risk konusundaki doçentlik tezinin sonucu Türk hukuku açışından şu önemi taşımaktadır, artık rizikolu kurtarma eylemleri ve özellikle tıbbı müdahaleler için önemli bir dogmatik temel bulunmaktadır[60].

Erkek çoçukların sünneti bağlamında sosyal uygunluk teorisi gündeme gelmiştir[61]. Köln Eyalet Mahkemesinin sünnet yapan bir doktoru mahkum etmesi kararında[62] çok önce erkek çoçukların sünnetinin cezai nitelik taşıdığı tartışması vardı. Fakat Köln Mahkemesi kararı Türkiye'ye "Almanya sünneti yasakladı" olarak yansımıştı. Bu tartışma Almanya'da yaşayan Müs-

56 Ünver, Yener, İzin verilen Risk, s. 261.

57 Alm. CK 216 Mağdurun isteğiyle adam öldürme: (1) Öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. (2) Bu suça teşebbüs cezalandırılır. (Tercüme, Yenisey,Plagemann)

58 Ünver, İzin Verilen Risk, s. 256.

59 Welzel, Hans, das deutsche Strafrecht, Berlin, 1967, s. 248; Heinrich Bernd, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4. Aufl, Stuttgart, 2014 s.519.

60 Ünver, İzin Verilen Risk, İstanbul, 1998.

61 Konuyu ele alan bir doktora tezi Exner, Thomas, Sozial Adäquanz im Strafrecht, Zur Knabenbeschneidung, Berlin, 2011.

62 Landgericht Köln, AZ 151, 09.05.2012.

lümanlar ve Yahudileri ayağa kaldırmıştı. Özellikle Yahudi cemaatinin baskısı sonuç vererek, Alman Medeni Kanunu'na getirilen yeni bir hükümle (Alman MK. 1631d maddesi) erkek çoçuklarına ve bebeklere sünnet yasal bir hale geldi.

Sünnetin cezai nitelik taşıdığı görüşünü savunanlara göre; erkek çoçukların ritüel sünnetleri tehlikeli adam yaralama suçunun maddi ve manevi unsurlarını yerine getirmektedir. Alman ceza hukukuna göre Alm. CK 223. maddesinin 1. fıkra 1. Alt. göre kesici bir cisim kullanılarak, böylece tehlikeli bir yaralama suçu işlenmektedir. Bu görüşe göre psiko travma araştırmaları, uyuşturma olmaksızın yapılan sünnetlerin önemli psikolojik sonuçları, somatik sonuçları olduğunu göstermektedir. Bu somatik sonuçlarla Alm. CK 223/1 2. Alt. 'de belirtilen suç işlenmektedir. Bu müdahaleyi çoçukların ebeveynleri sağlamaktadır. Fiilin motivi, çocukta dini inançlara yönelik vücuda müdahale ile sembol karakteri taşıyan bir eylemle çocukta dini kimliğin kuvvetlendirilmesidir. Aynı zamanda Müslümansa Müslüman cemaatine, Yahudiyse Yahudi cemaatine aidiyetin dökümentasyonu, belgelendirilmesi yapılmaktadır. Bir çocukta vücutsal dokunulmazlığa, bütünlüğe müdahale ve tıbbı zorunluluk olmaksızın sürekli bedeni değişikliğin haklı görülmesi, hukuka uygun bulunması reddedilmektedir. Bu konuda karar ebeveynler tarafından verilmektedir. Sünnetin olası faydaları büyük ölçüde cinsel erginliğin başlamasıyla görülmektedir.Sünneti eleştirenler bu yüzden küçük çoçukların sünnetini lüzumsuz görmektedirler. Almanya'da dini reşitlik 14 yaşında başlamaktadır, bu yaşla sünnete rıza vermek doğru mu olur sorusu tartışmalıdır.

Acaba ebeveynlerin eğitim hakkına dayanarak, çoçuğun refahını düşünürek, çocuğun rızasını temsilen böyle bir karar verdiğini düşünmek ve hukuka uygun bulmak mümkün müdür? Bu görüş Almanya'da reddedilebilir, çünkü çocuğun refahı ancak sünnetin sağlık açısından ve prophilaktiş sonuçlarının olmaması veya çok az olması, böyle bir karşılaştırma halinde mümkündür. Eleştirenlere göre bu durum söz konusu değildir: Pozitif sonuçlar (olası) müdalenin komplikasyonu, acı ve ihtimal dahilinde olan cinsel yaşamın sınırlanmasına, olumsuz etkilenmesine göre ağır basmamaktadır. Yener Ünver insan yaralama olarak görüyor, Hakan Hakeri hukuka uygun buluyor, Ayşe Nuhoğlu sosyal uygunluktan bahsediyor.

Almanya'da erkek çoçuğun sünnetini legalize etmek için Medeni Kanun'a getirilen 1631/d'den sonra da bu maddenin Anayasa'ya aykırı olduğu iddiası ileri sürülmektedir. Bu görüşe göre vücut bütünlüğü bir temel haktır, tıbbı zorunluluk olmaksızın sünnet bir temel hak ihlali sayılır, bu da ebeveyn hakları veya din özgürlüğüyle haklı çıkartılmaz.

Bazı sünnet taraftarları sosyal uygunluk teorisine dayanmaktadır, burada sosyal uygun bir davranış modeli söz konusudur, şekil olarak yerine getirilen unsurları maddi nedenlerle ihlal edilmemiş görüyoruz, Welzel sosyal uygun davranışlar için sosyal olarak dikkati çekmeyen, genel olarak kabul gören, tarihi olarak da olağan davranışlar demektedir. Sosyal uygunluk teorisinin amacı, sosyal eylem özgürlüğü

çerçevesinde bulunan davranışları şekli cezailikten kurtarmaktır. Bu konseptsiyonda suçun yapısında maddi ve manevi unsur düzeyinde bir bağımsız figürle cezailikten kurtarmak mümkün olmaktadır. Bu teorinin takipçilerine göre, erkek çocuk sünneti böyle bir sosyal olarak dikkati çekmeyen davranış modelidir, tarihi olarak da olağandır. Bu teori takipçileri dikkatli bir biçimde şuna dikkat çekmektedir; eğer vücut bütünlüğü konusunda kamuoyunda yapılan tartışmalarla kamusal alanda bir duyarlılık artarsa ve genel olarak uygun görme ortadan kalkarsa, müdahale sosyal uygunluğunu kaybeder. Böyle bir kaybolmayı, ortadan kalkışı ebeveynlerin zor kullanarak (dayakla) terbiye hakkının kaybolmasında görmekteyiz gibi. Kuşkusuz böyle bir genel onayın kaybının tespiti çocuk sünneti konusunda toplumsal kınamanın şüpheden ari tespitini gerekir. Köln kararından sonraki kısmen emosyonal tartışmalar, böyle bir onayın Almanya'da bulunmadığını göstermektedir.

Sünnet meselesinde Türkiye'de tartışılmasında tespit edebildiğimiz kadarıyla dört hukukçu görüş açıklamıştır, bunlardan Yener Ünver sünneti adam yaralama suçu olarak görürken,[63] Hakan Hakeri ve Erdel Yerdelen hukuka uygun bulmakta,[64] Ayşe Nuhoğlu sosyal uygunluk teorisini uygulayarak cezasızlık sonucuna varmaktadır.[65] Türk hukuku açısından sünnet konusunda sosyal uygunluk teorisi uygun bir temel oluşturabilir. Türkiye'de Müslümanların çoğunlukta olduğu diğer ülkelerde olduğu gibi sünnet hiçbir zaman sorunlu bir olgu olarak görülmemiştir. Almanya açısından MK 1631/d maddesinin[66] yürürlüğe konması hukuk politikasına uygun, tıp personeli ve aileler için hukuk güvenliği sağlayan, kültürlerarası çatışmayı önleme amacına yönelik doğru bir adımdır.

7. Kurtarma Amaçlı İşkence

Türkiye yakın tarihinde işkencenin relativ yaygın olduğu bir ülke olarak, işkence konusunda Almanya'dan çok daha hassas bir ülkedir. Almanya'da kurtarma amaçlı işkence hukuk felsefesi, anayasa hukuku, ceza hukuku bağlamında ayrıntılı olarak tartışılmıştır. Devletin yardım, müdaha-

63 Ünver, Yener, Türk Tıp Hukukunda Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, cilt III/2, İstanbul 2006, s. 258, 259.

64 Hakeri, Tıp Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2012, s. 406 Hakeri'ye göre "endikasyon olmadığı halde dinsel ya da geleneksel nedenlerle uygulanan sünnet genel kurallar gereğince hukuka uygun kabul edilmektedir. Gerek toplumsal kurallar (sosyal endikasyon), gerekse sünnetçiler hakkında kanunda özel düzenlemelerin bulunması dolayısıyla, sünnet hukuka uygun kabul edilmektedir." Erdal Yerdelen Kamu Hukuk Arşivi Nisan 2013'de yazdığı makalede Köln Eyalet Mahkemesi'nin sünneti hukuka aykırı bulan kararını eleştirmektedir.

65 Nuhoğlu, Ayşe, Sünnet ve Ceza Hukuku, Nur Centel'e Armağan, İstanbul, 2013, s. 211-219.

66 Maddenin cevirisi "Bir kişinin gözetimi ödevi, tıbbi olarak zorunlu olmasa da anlama ve karar verme yeteneği bulunmayan çocukların sünnet ettirilmesini de kapsar, ancak bu iradenin geçerliliği için işlemin doktorluk sanatının gerektirdiği şartlar altında yapılması gerekir. Bu hüküm, sünnet sebebiyle çocuğun korunması tehlikeye girecekse uygulanmaz. Doğumdan itibaren altı ay içerisinde yapılacak sünnetleri, dini olarak bu işi yapmaya ehil görülmüş kişilerin de gerçekleştirmesi mümkündür, bu kişilerin bu iş için gerekli eğitimi almış olmaları, doktor bulunmadan sünnet işlemini yapabilme ehliyetlerinin bulunması şarttır". Tercüme Erdal Yerdelen'den alınmıştır.

le yükümlüğü, özellikle terörle mücadele amacıyla işkence yasağının izafileştirilmesi konusunda ateşli tartışmalar yapılmıştır[67]. İşkence yasağının gevşetilmesi, izafileştirilmesinde bir yandan devletin işkence mağdurunun insan onurunu koruma yükümlüğü ve diğer yandan suçun mağdurunun korunması arasında yükümlülükler çatışması söz konusu olmaktadır. İzafileştirme taraftarları çok aşırı olaylarda çok sınırlı istisnai durumlarda bunun uygun olduğunu düşünmektedirler.

8. Özet

Genel olarak cezanın temellendirilmesi, somut olarak önleme amaçlı cezalandırma ve öç alma için cezalandırma teorileri Türkiye'de ceza hukukçularının çok iyi bildikleri konulardır. Fakat burada dikkati çeken kendine özgü, Türkiye kökenli, orijinal, derin bir tartışma olmamasıdır, ceza hukukçuları en fazda bildikleri dilde Beccaria, Bentham, Kant ve Hegel'le ilgili uluslararası tartışmayı aktarmaktadır.

Kanaatimizce sünnet, kürtaj, tıp hukukunda ve kurtarma amaçlı işkence, ceza infaz hukukunda, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasında insan onuru kavramı ya gereği gibi tartışılmamakta, ya da Almanya'dakinden çok daha dar bir alanda sürdürülmektedir. Bu tartışma sığlığı kendsini icra suretiyle ihmal suçlarında garantörlük, meşru müdafaa, hukuka uygun ıztırar hali, kast ve hata öğretisi konusunda da göstermektedir.

Türkiye'de yeni bir gelişme olarak klasik ceza hukukundan güvenlik hukukuna doğru bir kayma tartışılmaktadır. Aynı yönde, Almanya'da aslında hukuk devletinin tehlikeye atıldığı bir gelişmeyi izliyoruz. Hukuk devleti bağlarının esnekleşmesi, ceza ve polis hukuku arasındaki ilişkinin bulanıklığa doğru gitmesi, bulanması kapsamlı, başlı başına bir "güvenlik hukuku," özgürlükleri tehlikeye düşürmektedir.

Ceza hukuku felsefesi açısından ilgi çeken temalar;[68] ceza hukukunun alanının genişlemesi, yeni alanların eklenmesi, suç olmaktan çıkarma eğilimi yerine yeni suçların eklenmesi, geleneksel hukuk devleti ilkelerinin esnekliğe tabi tutulması, lafzı yorumun sınırı, analoji yasağı ve hukuki argumentasyon sınırlarından vazgeçme, ultima-rasyo ilkesinden sapma, oldukça geniş yorumlanabilecek yeni korunması gereken hukuki değerlerin, özellikle evrensel değerlerin yaratılması, geniş bir ön alan suçluluğu, bunun da teşebbüs suçluluğu (Almanya'da sadece cürümler ve kanunda teşebbüsün sadece cezalandırılması hallerinde teşebbüs suçtur, Türkiye'de her suç teşebbüs halinde de suçtur) ve hazırlık hareketlerinin cezalandırılmasının genişletilmesiyle gerçekleşmesi, somut ve soyut tehlike suçlarının genişletilmesi ve ceza

67 Kurtarma amacıyla işkence konusunda sayısız kaynaktan dikkat çeken bazıları W. Brugger, Einschränkung des absoluten Folterverbots bei Rettungsfolter http:www.bpb.de/apuz/29567/einschraenkung-des-absoltenfolterverbots-bei-rettungsfolter; Georg Wagenländer, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, Berlin 2006; R.D. Herzberg, Folter und Menschenwürde, JZ 2005, s. 321-328.

68 Hilgendorf, Eric, Punivität und Rechtsgüter, http:www.jura.uni-wuerzburg.de/fileadmin/02150100/Publikationen_Vita/III_121_Punivitaet.pdf.

hukunun önleme-preventif amaçlarının tek taraflı vurgulanmasıyla ceza hukuku ve önleyici kolluk arasındaki ayrımın ve farklılığın yumuşatılması olarak saptanabilir.

Alman ceza hukukunda Federal Anayasa'dan türetilen bir insan imajı temel alınmaktadır[69]. Böyle bir insan imajı diğer hukuk alanları için de geçerlidir. Türk hukukunda ise böyle bir insan imajı figurü görüldüğü kadarıyla rol oynamaz.

Sonuç olarak Türk ceza hukukunda felsefi alanlarda önemli ölçüde eksikliklerin giderilme ihtiyacı olduğunu söyleyebiliriz.

69 İnsan imajı konusunda Hilgendorf, Menschenbild und Menschenwürde, Handbuch der Menschenwürde, Berlin, 2013 s.195 vd.

Homo Academicus *

Yasemin IŞIKTAÇ **

GİRİŞ

Ben inşâsı ile ilgili yazmış olduğum makale[1] ve ilgimin bir meslek sahibi olarak akademisyenin kendisini inşâ etme sürecine dönüşmesi nedeni ile başladığım bu çalışma, konunun sosyolojik açıdan çok daha farklı bir biçimde ele alındığı ünlü Fransız sosyolog Pierre Bourdieu'nün kitabı[2] ile başlayan yeni bir sürece evrilmesine neden oldu. Bir dizi makale biçiminde gerçekleştireceğim çalışmanın ilk bölümü olarak, kavramsal betimleme ve arka plan tesisi için bu genel girişi yapmak durumunda kaldım. Burada eksen, Bourdieu'nün *Homo Academicus* kitabıdır; ancak entelektüel ve akademisyenin tanımlanmasına ilişkin genel çağdaş bir düşünce ikliminin de ortaya konulması, çalışmayı bu teorik minvale oturtmuştur.

Makale dizisinin özel olarak İstanbul Üniversitesi akademisyenlerinin hangi *habitus* içinde yer aldıkları ve konum, kültürel, sosyolojik ve entelektüel sermayeleri açısından değerlendirilmelerini içeren bir anket çalışması ile tamamlanarak çıkarsamalara ulaşma gayretini de içereceğini belirtmek isterim. Bundan sonraki makalelerde araştırma evreni olarak İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinin entelektüel sermayelerinin ölçümlenmesi ve varsa zaman içindeki değişim ve gelişiminin bir rapor halinde sunulması amaçlanmaktadır. Lineer olarak belirlenen zaman içindeki değişim ve gelişmeye odaklanılacaktır. SPSS yöntemiyle bir endeks oluşturularak endeks değeri hesaplanacak ve çeşitli sermaye değerlerinin tablo üzerinde gösterilmesi sağlanıp yorumlanacaktır.

I. ALAN ve *UNIVERSALIS*

Bilimin toplumsal kullanımları nelerdir, bilimin bilimini yapmak ya da bilimin üretimini, bilimin toplumsal kullanımlarını tasvir etmeye ve yönlendirmeye muktedir bir sosyal bilim mümkün müdür soruları ile *Bilimin Toplumsal Kullanımları* başlıklı çalışmasına giriş yapan Bourdieu, bu soruların cevabının "alan" kavramından başlanarak verilebileceğini söylemektedir[3]. Alan, özerk bir uzam olarak kendine özgü

* *Bu makale, 4-7 Kasım 2014 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi Kongre-Kültür Merkezi'nde düzenlenen HFSA Sempozyumu – VII'de sunulmuş aynı başlıklı bildirinin metnidir.*

** *Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Öğretim Üyes*

1 *Yasemin IŞIKTAÇ, "İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından 'Ben İnşâsı'", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası: Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan içinde, Cilt LXXII (2014), Sayı 1, s. 73-86.*

2 *Bourdieu bu araştırmaya başlık olan ünlü çalışmasının ana temasının "okul dünyasının bunalımını" aydınlatmak olduğunu söylemektedir. Bunalımı disiplinler arası çatışmalar ve üniversite içi hiyerarşi başlıkları ile irdelemiştir.*

3 *Pierre BOURDIEU, Bilimin Toplumsal Kullanımları, çev. Levent Ünaldı, Heretik Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 65 vd.*

yasalarla donanmış bir mikro-kosmostur. *Homo Academicus* tartışmalarında alandan anlaşılması gereken uzam, üniversitedir. Bu başlıkta terim olarak üniversiteden değil ama *universalis*'ten bahsedilmesinin sebebi, üniversite teriminin bu kökenden geliyor oluşu yanı sıra üniversite ve bilgi ilişkisinin evrenselliğine bir göndermede bulunma arzusundan da ileri gelmektedir.

Üniversite olgusu her şeyden önce bir tanım sorunudur. Üniversite, sadece Ortaçağ Avrupası'nın özgün bir kurumu olarak ele alınabilir olsaydı, bu tanımlama işinin tarihe bırakılması gerekirdi; oysa üniversite bu anlamı aşarak bilginin evrenselliği öğretimde en yüksek derece olarak evrilmiştir[4]. Bir terim olarak üniversite evrensel, alemşümûl, cihanşümûl karşılığı kullanılan Latince "*Universitas magistroruna et scholarium*" un bir özetiyken bunun Türkçedeki anlamı öğretmenler ve bilginler topluluğudur. Üniversite teriminin toplumsal anlamı soruşturulurken buradaki eğitimi herhangi bir eğitimden ayıran kriterin ne olduğu sorusu ekseninde bir cevap aramak gerekecektir. Üniversite belirli kabul prosedürünü içeren ve başarıya bağlı olarak sınırlı sayıda kişinin eğitim aldığı - verdiği bir ortamdır; yüksek öğrenimdir. Evrensel ölçekte bağımsız ve tüzel kişiliğe sahip kurumlar olarak *universitas*, akıl sürecinin duygusal süreçlerin önüne geçtiği özgür düşünme ortamıdır. Üniversite bir yükseköğrenim kurumu olmakla birlikte sadece bir meslek okulu değildir, bu tip kurumlar yüksekokul olarak isimlendirilir. Üniversite ise bir düşünce üretim merkezi ve toplumsal anlamda statü olarak bir artı nitelik yaratma alanı olarak da görülebilir.

Toplumsal yaşam içinde üniversite, bilimsel bilgi üretme ortamı olarak bir bakıma sorgulanamaz ve tekelci bir konumdadır. Bu tür bir saygınlık, beraberinde taşıdığı meşruiyet algısıyla bir otorite de yaratacaktır. Ancak bir yandan entelektüelin iktidara karşı hakikati söyleme yükümlülüğünden de bahsedilmektedir. Örneğin Foucault ve Chomsky, iktidarın zaten "kurulu hakikat"i bildiğine ve entelektüelin asıl sorumluluğunun iktidarın hakikat kurucu mekanizmalarını ve stratejilerini ifşa edici eleştirel rolüne daha güçlü bir vurgu yapmaktadır. Entelektüelin daimi surette muhalefette oluşuna yapılan bu vurgunun Bourdieu tarafından bir demokrasi koşulu olarak sunulması üstünde de durulmalıdır. Öyle ki, entelektüellerin görüş belirtmek aracılığıyla kamusal alanın oluşmasına katkıları görmezden gelinemez. 20. yüzyıl artık kamuoyunu aydınlatma görev ve sorumluluğunu bir zorunluluk halinde sunmaktadır[5].

Burada söz konusu olabilecek bir diğer yaklaşım ise, üniversitenin kalite standartları ile ilişkilendirmesinden başlayarak işletme mantığının bir kurum olarak üniversiteler için de kurulmaya çalışılmasıdır. Bu eğilimin akademisyene yansıma biçimi ka-

4 Taner TİMUR, Toplumsal Değişme ve Üniversiteler, İmge Yayınları, Ankara 2000, s. 34 vd. Tarihsel gelişim içinde ilk olarak üniversiteler ya öğretmenlerin birleşerek bir kurum oluşturmaları ya da en eski üniversite olan Bologna Üniversitesi gibi öğrenci loncaları aracılığı ile yapılanmışlardır.

5 Edward Said'in 1948 yılında B. Russell ile başlayan seri radyo konferansları ve 1993 yılında BBC de gerçekleştirdiği Reith Lectures programları konuya örnek olarak gösterilebilir.

riyer planlamasıdır. Üniversite eğitim koşullarının iyileştirilmesi açısından birçok işlevi yerine getirebilecek olan bu tutumun sağladığı faydalar da vardır. Ancak üniversitenin evrensel işlevinden soyutlanarak salt bir meslek edindirme ortamı ve hizmet sektörü olarak ele alınmasının yaratacağı sakıncaların gözden uzak tutulmaması gerekir[6].

Üniversitenin yüceltilmiş "katıksız bilim" anlamı ile idealize edilen bir uçtan, "hizmet eden bilim" ucuna kadar uzanan geniş bir yelpazede yer alan tüm değerlendirmelerin "sosyal" oluş ile ilintisini daima göz önünde tutmak gerekir. Bununla beraber bilimsel alan, en ciddi iktidar mecralarından birisidir. Bu nedenle üniversiteyi tahakküm ilişkilerini içeren bir fiziki alan olarak görebiliriz[7]. Her alan, aynı zamanda, özgün sermaye biçimlerinin ortaya çıktığı yerdir. Üniversitenin diğer alanlardan ayrıştırmasını sağlayacak olan değerlendirme, "kısa devre hatası" olarak isimlendirilen genellemeler ya da benzeşmelerden kaynaklanan indirgemeci yaklaşımlardan ari tutulmalıdır. Alan olarak üniversite, dışarıdan gelen tüm baskı ve olumlamaları alanın mantığı gereği dolaylı hale getirme başarısı göstermelidir[8]. Alanın özerkliğinin en görünür tezahürlerinden birisi bu tür etkileri kırıp-yansıtma kapasitesidir. Alanın özerkliğinin sağlanmasının, dış meselelerin örneğin siyaset sorunlarının alan içerisinde doğrudan ifadesini bulması hallerinde güçleşeceğini gözden kaçırmamak gerekir. Yani alan, siyasallaştığı ölçüde özerkliğini kaybedecektir.

Bilimin en özgün yanı olarak nesnelliğini gösterebiliriz. Bilimsel bilgi, doğası gereği nesneldir. Bu nesnelliğin sosyolojik araştırmaya konu olması ile bilimsel alanın klinik sosyolojisine giriş yapılabilir[9]. Bu noktaya ulaşılabilmek için aşağıda birkaçını sıraladığım birçok ön kabulün reddi gerekmektedir:

- Bilimsel bilgiye tanınan genel geçer üstünlük,
- Evrensel rasyonalite,
- Bilimsel bilginin elde ediliş koşullarını göz önünde tutmayan epistemolojiler,
- Bilim tarihi ve bilim felsefesinin salt bir tarihsel ürün olarak sunuluşu,
- Bilimsel bilgiyi her türlü sosyal bağlamdan koparıcı tutumlar[10].

Bu ön kabullerin reddi, onların yaşam alanı bulduğu zeminin ortaya konulmasıyla mümkün olacaktır. Bu nedenle, alan ve *universalis*'e zemin olan arka plan kavramlaştırmasını açıklamak gerekmektedir.

6 Aslı VATANSEVER, Meral GEZİCİ YALÇIN, Ne Ders Olsa Veririz, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2015, s. 19.

7 BOURDIEU, 2013, s. 69.

8 BOURDIEU, 2013, s. 68.

9 Bu aşamaya kadar olan gelişim için daha detaylı bilgi için bkz. BOURDIEU, 2013, s. 16 vd.

10 Bekir BALKIZ, Vefa Saygın ÖĞÜTLE, "Bilim Sosyolojisi Üzerine Bazı Tespitler ve Gündem Önerileri", Bilim Sosyolojisi İncelemeleri: Temel Yaklaşımlar, Kavramlar ve Tartışmalar (ed. Bekir BALKIZ, Vefa Saygın ÖĞÜTLE) içinde, Doğu-Batı Yayınları, Ankara 2010, s. 11.

II. "ALAN ve *UNIVERSALIS*"E BİR ZEMİN: ARKA PLAN

Yukarıda ortaya konulmaya çalışılan alan ve alan olarak üniversiteler meselesinin kendisinin nesneleştirilmesi, bu mecralarda hüküm süren modern akla ve bu akla sahip modern özneye dair bir dizi açıklama ile sağlam bir düşünsel zemine oturtulabilir. Ancak modern ve akıl sahibi özneye dair açıklamalar, bu aklın parçalanması girişimleri olarak özetlenebilecek postmodern müdahalelere de değinmeyi zorunlu kılmaktadır. Bu zemin tedariki amacını haiz girişimin çalışmadaki adı, "arka plan"dır.

Aklın önemine hasredilen ayrıcalıklı alan sadece modernite koşullarına özgü değildir. Descartes ve Kant'ın benlik felsefesi ve antropolojik müdahaleleriyle insana özgülenen akıl[11], onlardan çok daha önce, Aristoteles'in çalışmalarında bir kategorizasyona tabi ve eylemin niteliğini belirleme pozisyonuna da sahip görünmektedir.

Aristoteles aklın üç türünü sınıflandırır; teorik akıl, pratik akıl ve teknik akıl.

- Teorik akıl, gerçekleşmeleri insan yaşamının en yüksek şeklini meydana getiren entelektüel erdemlerle irtibatlandırılır.
- Pratik akıl ise fiziki dünyanın tam tersine, insani konulara dair moral erdemlerle -etik ve politikayla- yakından ilişkilidir.
- Teknik akıl, üretim amaçlı bilgiyle ilgilidir. Akıl burada tamamen araçsaldır.

Aristoteles için akıl ve bilginin bu üç ayrı türü ayrı ayrı pratiklerdir ve birbirlerine indirgenemezler. Bu bilgi anlayışının Bacon'dan başlayarak dönüştürüldüğünü söyleyebiliriz. Fizik dünyanın insanlar tarafından dönüştürülebileceği, yani bilginin güç olduğu fikri bir yeniliktir. Bunun sonucunu bir yerde Platon'un filozof kralının yerini bilim adamı -teknokrata- bırakması olarak sunabiliriz[12].

Modern düşün dünyası ise ahlâk, sanat, politika, bilim ve felsefeyi, dolayısıyla bunların her birinde hüküm süren akıl(lar)ı birbirlerinden ayırır. Özellikle bilim, değer bakımından yansız sayılır. Antik dünyada akıl, zorunluluk ve kosmosun iyi ve güzel olan bir tablosu olduğu düşüncesiyle irtibatlandırılmaktadır. Ancak 17. yüzyıldan başlayarak modern bilim kendi analitik dünyası içinde sanat ve politikayı bütünüyle dışlar. İnsanların ilk işlevi akıl yürütmek, entelektüel getirilerini hayata geçirmektir. Rasyonel hayat, özgürlüğümüzün gerçekleşmesine en uygun düşen hayat olduğu için, en iyi hayattır. En nihayetinde yararcılıkla, maliyet-fayda analizi ve piyasa kapitalizmi de dahil olmak üzere modern liberalizm bir insani rasyonalite standardı olarak merkezi bir aşamayı temsil eder[13].

18. yüzyıl Avrupa Aydınlanması, Batı tarihinde bir dönüm noktasıdır. Kökleri

11 Örneğin Descartes için, modern benlik düşüncesini kendi öznel bilinç tasarımıyla yaratmıştır denilebilir.

12 Robert HOLLINGER, Postmodernizm ve Sosyal Bilimler, çev. Ahmet Cevizci, Paradigma Yayınları, İstanbul 2005, s. 90.

13 HOLLINGER, 2005, s. 90.

çok daha eskiye gitse de asıl etkisini 18. yüzyıl ve sonrasında gösteren aydınlanma geleneğinin programı insan yaşamını iyileştirmektir. Aydınlanma, cehaletin ortadan kaldırılıp yerine bilimsel bilginin konulmasıyla birçok sorunun çözülmesinin önünün açılacağını vaat eden olumlu bir proje olduğu iddiasındadır.

Aydınlanma,

- İnsanlığın epistemolojik birliği ile bilimsel bilginin yüceltilebileceğini,
- İnsanlığın etik birliği ile ahlâki standartlarının oluşturulabileceğini,
- Asıl yol gösterici ilkenin bütün teolojik ve mitik değerleri öteleyen bilim ve rasyonalite olduğu ve bu değerlerin temel alınması ile insan mutluluğunun gerçekleşeceğini,
- Bilimsel bilginin, doğa ve doğaüstü ile ilgili tüm kabul ve sınırlarının dışına çıkması için insanın sahip olduğu yeni anahtar olduğunu ve
- Bilgi aracılığı ile insanın mutluluk ve konforunun ortaya çıkabileceğini ve yeni iyi hayat ilkesinin bilimsel bilgide yattığı kabullerini ileri sürer[14].

Modernin ve aydınlanmanın değerleri olarak bütünsellik ve rasyonalizmi gösterebiliriz. İnsanın tek tipleştirilmesi (batılı, erkek, zengin ve rasyonel) ve bilimsel bilgi aydınlanmanın temel hareket noktalarıdır[15]. Konunun incelenmesinde Kant'ın "Aydınlanma Nedir?" başlıklı ünlü makalesi önemli bir giriştir. Kant, aydınlanmayı bir erginlik projesi olarak sunar. Erginlik, aklı kullanma cesaretinin gösterilmesidir. "*Sapere Aude!*"; yani, "Bilmeye cesaret et!" ilkesi temel bir mottodur.

Kant bir başka çalışması olan *Fakültelerin Çatışması*'nda aklın kamusal kullanımı işini felsefe fakültesine verir. Hukuk, tıp ve teoloji gibi fakülteleri ise aklın sivil ve özel kullanımı ile ilişkilendirir. Bu bölümler devlet için edimde bulunma potansiyelini kurarlar. Onun için kendileri de itaat etmelidirler. Filozofların misyonu ise, Platon'u andırır biçimde, aklın kamusal kullanımını daha fazla ilerletmek ve özgürlüğü, aydınlanmış olsun ya da olmasın, daha az despotizme yol açacağı umuduyla hayata geçirmektir. Yani bu amaca erişmede aydınlanmış despotizm bile rol oynayabilir[16].

Kamusal akıl tartışması açık uçlu ve sınırlandırılmamışken, aklın özel kullanımı sınırlandırılmıştır. Bu alanda kişi tartışamaz; ancak itaat eder.[17] Aklın özel kullanımını aydın tekeline veren Kant, belirli bir aydınlanmış despotizm türü konusunda kararsızlık içindeymiş gibi görünür.[18]

14 HOLLINGER, 2005, s. 17 vd.

15 Tam da bu değerler yönünden aydınlanmanın Nietzsche tarafından eleştirildiğini görüyoruz. Gerçekten de Nietzsche bilgi ve rasyonalitenin her şeyden değerli olduğunu eleştirmektedir. Örneğin bilimin kendisi bir inanç olarak tezahür edebilir mi? Böyle olduğunda ortaya koyduğu standartları tahrip eden kanıtları yıkıcı olabilir.

16 HOLLINGER, 2005, s. 25. Ayrıca bkz. Aynı sayfa dipnot 21.

17 HOLLINGER, 2005, s. 23.

18 HOLLINGER, 2005, s. 23.

Kant, yargı ve diyaloğun evrensel yönlerini de vurgulamaktadır. Nihayet, aklın insanı makûliyete çekeceği fikri perdenin arkasında durmaktadır. Ancak bu, kitlelerin zekası ile ilgili bir karamsarlıktır ve aydınlanmanın politik, zayıf yönü olarak görülebilir[19].

Kitlelerin hakikati bilmedeki yetersizliği ve hakikat etkili bilgi inşâsı sorunu sosyal bilimler alanında daha da ciddileşmektedir. Doğa bilimlerinin, dünyanın disipline edilmesi olarak anlaşılması halinde, Comteçu anlamda pozitif felsefe olarak sosyoloji biçiminde isimlendirilen bilim de toplumların disipline edilip yönetilmesiyle ilgili olacaktır. Genel pozitivist eğilimlerin "nesnelere hâkim olma" fikrinden yola çıkan "bilimci" anlayışı, söz konusu sosyoloji olduğunda, dizayn edilebilir bir toplum ve dolayısıyla bir düzen fikrine paralel düşmektedir. Ancak giderek değişim ve çatışma eksenleri üzerinden toplumsal yapıyı kavrama gereğine yapılan vurgu, sosyolojiyi de farklılaştırmıştır. Bu, Comte'un doğrusal bir çizgide pozitif toplum biçimine doğru yönelen toplumsal yaşamı tasarımının yerine düzenin sorgulanmasına neden olan eleştirel bir sosyolojinin geçirilmesidir. Bu sorun "düzen problemi" olarak adlandırılır ve arka planı ideolojik okuma ile doldurulur. Tarihsel bağlamda toplumsal düzen "şeylerin münasip düzeni" olarak tasvir edilmiş ve anlaşılmışken modernite, eski hiyerarşileri parçalayarak yeni bir inşâ geliştirmiştir. Şeylerin münasip düzeninin yerine toplumsal örgütlenmenin araçsallığı ile birey ön plana çıkarılmıştır. Nihayetinde toplum içinde bulunmanın nedeni, amaçların ve erdemlerin bir düzeni değildir. Artık bireyin menfaatlerine dayanan olumsal ve araçsal bir bakış söz konusudur.

Aydınlanma *epistemes*inin özellikle Anglo Sakson dünyasındaki ifadesi olarak görülebilecek pragmatizm ve faydacılık niteliklerini betimleyen Taylor, benlik bağlamında modernite taraftarı görüşün "yararcılık", modernite karşıtı görüşün ise "dışavurumculuk" olarak isimlendirilebileceğini söyler. Her iki benlik düşüncesinin de Sartre'ın "Tanrı olma arzusu" dediği şeyi nasıl cisimleştirdiğini merkezi tez olarak sunar. Taylor'a göre tüketim kültürüne götüren yararcı görüşte, insanın kendisini geliştirme paradigması "faydalı" olan eylemden geçmektedir. Oysa dışavurumcu görüş, hem burjuva sosyal benliğine hem de yararcı egoist benliğe karşı "gerçek benliği" bir bütün olarak ahenkli hale getirmekle ilgilenir. Taylor özü itibariyle modernizmin ikircikli yapısının, bu iki ifadesinin birden ortaya çıkmasının sebebi olduğunu söylemektedir[20]. Taylor, bu noktadan hareketle

19 Modern benlik kendisini Tanrıya ya da geleneğe müracaat etmeksizin olumlar veya yaratır. Bu, moderniteyi kültürel yaratıcılık açısından pozitif değere sahip olan bir şey olarak gören Faustçu ve Prometheusçu benliktir. Bir uçta Aristoteles ve Hegel'in kendini gerçekleştirme geleneğini benimseyen bir görüş vardır. Hem olumlama hem de olumsuzlama eğilimleri aynı kaynaktan doğmuştur. Özellikle romantiklerden sonra modernizm karşıtlığı giderek yükselmiştir.

20 Charles TAYLOR, Modernliğin Sıkıntıları, çev. Uğur Carbilen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995, s. 71. Ayrıca Bkz. Charles TAYLOR, Modern Toplumsal Tahayyüller, çev. Hamide Koyukan, Metis Yayınları, İstanbul 2006, s. 17 vd.

benlik durumlarının geçirdiği başkalaşıma da göndermede bulunur, bunu üç temelde ortaya koyar:

- Ahlaki ufkun kararması,
- Araçsal akıl karşısında amaçların geri plana itilmesi yani dünyanın büyüsünün bozulması,
- Özgürlüğün yitirilmesi[21].

Taylor'ın tespitinden hareketle ve modernin izleği aktarıldıktan sonra postmodern duruma geçebiliriz. Postmodernlerden bilgi, iktidar ve politika konularında sosyal bilimlerle ideoloji konularında, sosyal bilimlerle ideoloji arasındaki bağlantıları daha yararlı şekillerde görmemize yardım edebilecek ne gibi şeyler öğrenebiliriz[22] sorusu, postmodern duruma dair izleğin başlangıcı olarak kabul edilebilir.

Aydınlanmadaki bütünlükçülük, aklın evrenselliği ve insanlığın ilerlemesi tezleri postmodernizmin şüphe duyduğu noktalardır ve aydınlanmacı elitizme duyulan nefreti de körükler. Örneğin Foucault, kendisi ile aydınlanma arasındaki bağın doktrinsel öğelere sadakat değil felsefi bir *ethos*'un sürekli canlı tutulması olduğunu belirtirken tam da bu noktayı vurgulamaktadır. Aydınlanma projesi ıslah edilebilir mi sorusuna ise Habermas evet demektedir; ancak genel olarak bu yargının bir umutsuzlukla "Her şey gider" diyen postmodern düşüncede bir tepki alanı olarak kaldığı da açıktır.

Postmodernler, öncülleri ve sonuçlarıyla kül olarak aydınlanmayı reddederler. Özellikle verili ve evrensel olduğu tasarlanıp iddia edilen akla karşı çıktıkları gibi bu akla hasredilen normlara da karşı çıkmaktadırlar. Postmodernizm, bilim ve modernitede hâkim oldukları halleriyle benlik, toplum, akıl, değer ve tarih kavramlarını yeniden düşünmemizi istemektedir. Ayrıca bu düşünme üzüntü, ütopya ya da nostaljik kaygılara kapılmaksızın yapılmalıdır[23].

Benlikle ilgili modern görüşlerin tipolojisi;

1- Rasyonel seçim modelleri (egoizm), bilim, mimari, edebiyat, ticaret, politika ve hukuk alanlarında bir postmodernite kültürünü destekler.

2- Dışavurumcu ve romantik benlik görüşü antimodernite kültürünü, başkaldırı edebiyatı ve sanatı destekler.

3- Modern benlik ikirciklidir. Bu görüşe göre, ilk iki perspektif özne olarak aynı benlik görüşünü cisimleştirir (hümanizm).

Postmodernler ilk iki perspektifi reddederler. Zira özellikle kartezyen akılcılıktan doğan ve aydınlanmanın bilim ve akılla beslendiği inancının temelinde bulunan kültürel idealler, modern kimlik idesine de temel teşkil eder.

21 TAYLOR, 1995, s. 12 vd.

22 HOLLINGER, 2005, s. 276.

23 HOLLINGER, 2005, s. 251.

Görüleceği üzere, modernitenin "bilgi sarayları" olarak üniversiteler de, yukarıda verilen alan tanımına uygun olarak özerkliği iddia edilen ve iç yasalarını haiz mikro-kosmosturlar. Üniversitelerin ve burada üretilen bilginin evrensel olduğu iddiası da onların zeminini oluşturan arka planlarında düşünsel kaynaklarını ve meşruiyet temellerini bulmaktadır. Postmodern müdahaleler aklın otonomisini karşılarına aldıkları ölçüde bu akla dayanan bilgi üretim, depolama ve yeniden üretim mekanizmalarını da karşılarına almışlardır. Ancak bir not olarak düşülebilir ki, bu müdahalelerin sahipleri de üniversitelerde adlarına kürsüler açılan ve arka plan tarafından sarıp sarmalanan bir yapıya dahildirler[24].

III. İÇSELLEŞMİŞ DIŞSALLIK OLARAK: *HABITUS*

Burada ilk önce *habitus* kavramının açıklanmasına ve ardından *homo academicus*'un *habitus*'u ile yakın ilişkili olarak görülebilecek entelektüel kavramının ontolojisine dair bilgi verilmesine çalışılacaktır.

a. Habitıs

Bourdieu'nün sosyolojik düşüncesinde ve metodolojik izleğinde önemli yer tutan *habitus* kavramlaştırması alan, *universalis* ve arka plan belirlemelerinin bir çıktısı olarak okunabilir. Bourdieu, arka planı aydınlanma ve modernleşme tefekküründen beslenen alan olarak üniversite mikrokosmosunun sosyolojisinde bu arka plan tespitini olgusallaştırır. Somut bir olgu olarak ölçümlenmeye ve bu sayede hakkında bilgi edinmeye elverişli bir kategori olarak *habitus*'u ortaya koyar. *Habitus*, bizim de bir dizi makale olarak sunmayı düşündüğümüz araştırmamızın ölçüm ve değerlendirme verilerini sunacak kategoridir ve bu nedenle de ayrıksı bir öneme sahiptir.

Aralarında ontolojik bir ortaklık bulunan alan ve *habitus* kavramları bir biçim içinde inşâ edilmede belirleyicidir. Öz olarak "alan" kavramı ise incelenen toplumsal uzayın üstünde bina edildiği yerdir. Alan, kendi belirleyicilik kapsamına girenlere etki eden ve dayatan bir güçtür. Dolayısıyla, bilimle uğraşan birisi o alanda sermaye sahibi olabilmek için bilimsel çevrenin *habitus*unu kendisi için çıkış noktası kabul etmek durumundadır. Yani bu alanın kurallarına bağlı kalmak zorundadır. *Habitus* kavramlaştırması, bilginin ve daha ziyade bilgi üretiminin toplumsal art alanına işaret eder ve bilginin inşâ edilir oluşuna göndermede bulunur. Öyle ki, her bilgi gibi bilimsel bilgi de bir inşâ sürecinin sonucudur. Ayrıca bilimsel bilgi de kısmi bir bilgidir ve niteliği "daha az yanlış" ya da "yanlışlanabilir" bilgi olmasıdır. Bilimsel bilginin tarihsel koşullarda, dışsal gerçeklik bağlamında inşâ edilen bir ürün olduğunu da biliyoruz. Bourdieu, bilimsel bilginin inşâ içerdiğini ancak bilimsel sınanabilirlik ve geçerlilik ilkeleri ışığında bu inşânın gerçekleştiğini belirtmektedir.

Akıl üzerindeki epistemolojik sorgulamalar aklın ilerleme koşullarıyla ilgilidir. Araştırmanın bütün aşamalarında

24 Örneğin Foucault, 1970 yılında Collége de France'da, başka bir ifadeyle Fransa'nın en saygın akademik kurumunda kendisi için kurulan "Düşünce Sistemleri Tarihi" kürsüsüne profesör olarak atanmış ve "müdahalesini" çemberin içinden yapmayı tercih etmiştir.

konumu, algılama kategorileri, yöntemi, teorik arka planı ve ürünü refleksiviteye (düşünümsellik) dayalıdır. Bourdieu'nün bilim sosyolojisi anlayışı makro sorgulamaya dayalı ve normatif vurgu taşıyan bir anlayıştır. Refleksivite, sosyoloğun sosyal yaşamın içinde olmanın getirdiği ön kabul ve yanılsamalardan kendisini arındırmasıdır. Refleksivite, *habitus*'un sağlamasını da yapacaktır. *Habitus*, bireyin başından geçen sosyalleşme süreçlerinin (aile, okul vb. gibi) içselleştirilmiş kullanıma hazır, eylem şeması olup bireylerin toplumsal eylemlerini tanımlar. Düşünümsellik ise bu eylemlerin toplum bilimsel ifadelerini ortaya koyar. Klasik sosyolojinin özne-nesne, birey-toplum vb. gibi ayrımlarla alanı belirleyici tutumunu farklılaştırmış olan Bourdieu'nün bu ayrımları aşma girişimine *habitus* ve refleksivite aracılığıyla yani bir kurgu getirdiğini görüyoruz. İnsanın koşulsuz belirlenmişliğini ya da kendi bilinçli tercihleriyle belirleyiciliğini savunan iki görüşün Bourdieu *habitus* kavramı ile birlikte ele alarak yeniden değerlendirmiştir[25]. Daha geniş bir ölçekten bakarsak, sosyal alan içinde yaratılan etkiler ne rastgele eylemlerin aritmetik toplamı ne de ortak bir planın bütünleşmiş sonucudur. *Habitus* kişiyi toplumsal düzendeki yerine uygun hale getiren eylem setidir. Bourdieu, kendi yarattığı *habitus* kavramı ile faillik-yapı ilişkisini irdelemiştir. *Habitus* insanların toplumsal dünyayı içselleştirdikleri zihinsel yapılardır. İnsanlar dünyayı *habitus* aracılığıyla anlarlar. Bu alan ilişkiler ağıyla hem toplumu üretir hem de toplum tarafından üretilir[26].

İnsanın sosyal eylemleri, bedenin eylemeye hazırlıklı olduğu yatkınlıklarla ilgilidir. Yani her birey kendi kişisel toplumsallaşma süreci içinde nesnel koşulları ve özel *habitus*'una aktarılabilir bir şekilde biçimlenir. Toplumsal pratiklerin iç yapısının dayanağı da *habitus*'la bağlantılıdır. *Habitus*'un kalıcı ve aktarıcı niteliği vardır, farklı toplumsal düzenekler içinde geçişimlidir; örneğin ailedeki yatkınlıkların meslek yaşamına yansıması gibi. Bunu Bourdieu "*inşâcı yapısalcılık* (*structualism constructivite*)" olarak isimlendirir. Burada söz konusu edilen içselleşmiş dışsallıktır. *Habitus* bireyin öznelliği ile toplumsalın nesnelliğini bireyin eyleminde, daha doğrusu bedeninde buluşturur. Bu, bireyin toplumsalı anlamlandırma biçimidir. *Habitus* aracılığı ile klasik sosyolojinin özenle ayırmış olduğu toplum ve birey kategorileri iç içe geçmiş olmaktadır. Bourdieu sosyolojisi her kavram ve kuramın açıklamasının incelenen olgu ve olaya göre değişebileceğini, bu nedenle yapısalcı inşâcılık ya

25 Johan HEILBRON, "Practical Foundations of Theorizing in Sociology: The Case of Pierre Bourdieu", Social Knowledge in The Making (ed. Charles Camic, Neil Gross and Michéle Lamont) içinde, The University of Chicago Press, Chicago 2011, s. 181-208.

26 George C. HOMANS, İnsan Grubu, çev. Baskın Oran, Oğuz Onaran, Ünsal Oskay, TODAİE Yayınları, Ankara 1971, s. 79. Homans'a göre yapının değişimi, öğelerinin dışsal etkide bulunacak müdahaleleriyle de gerçekleşir (HOMANS, 1971, s. 83-214). Bu bağlamda habitus, sosyolojik bağlamda ait olunan alan kadar bir grup bağlamı içinde de okunabilir. Grup normlarının bireyler üstünde etkisi vardır. Bu etkiyi Homans, iç ve dış sistem kavramlarıyla açıklamaktadır. Homans, dış sistemi bir toplumun içinde bulunduğu çevrede devamlılığını sağlayan davranış örüntüleri şeklinde ifade ederken, iç sistem toplumun bireyler arasında zamanda gelişen duygularıdır. İç sistem bir anlamda kolektif bilinçtir.

da inşâcı yapısalcılık dışında başarılı bir yöntemin olamayacağını ileri sürmektedir. Kendisi için belirlemiş olduğu bu epistemolojik kanunu *habitus* kavramı ile kurgulamaktadır. Ancak şunu da gözden kaçırmamak gerekir; birey başlı başına sosyal bilimin nesnesi değildir; ancak eyleyici olduğu için sermaye sahibidir. Sermayeler bütün oyuncular (eyleyenler) için ellerindeki koz olarak işlevseldir[27].

Bilimin algılama ve davranma tarzlarını üreten *habitus*, eylem alanını da sınırlandırır. Bir toplumsal eylemin sınırları, *habitus* ve toplumsal alan arasındaki diyalektiğin sınırlarıdır. *Habitus* kavramı açısından toplumsal dünya dayatacaktır; ancak eyleyen, bu durumun basit bir nesnesi değildir[28]. Diğer yandan düşünümsellik ilkesi ile sosyal bilimcinin araştırması ve kendisi arasında kurduğu ilişki açıklık kazanır. Kendi koşullarından kaynaklanan öğelerin incelemesi üzerindeki muhtemel etkileri kontrol edebilmesi sağlanmış olur. Bu, *"katılımcı nesneleştirme* (*objectivation participante*)*"*'dir. Yani bilgi öznesinin araştıracağı nesneden önce kendisini nesneleştirmesidir düşünümsellik ve bu, aynı zamanda Bourdieu sosyolojisinin temel bir ilkesidir. Düşünümsellik ilkesi ile toplumun büyüsü bozulur; metafizik kader olduğu sanılan şeylerin ise aslında tahakküm göstergeleri olduğunun ispatı sağlanır.

Habitus, yukarıda da ima edildiği üzere, farkına varılmadan kazanılmış düşünce, davranış ve zevk şablonu demektir. Geniş anlamda siyasal ve toplumsal modernlik daha doğrusu kapitalizm ve onun sonucu olarak bireycilik, sorumlu olma yerine kendine daha kolay yaşama imkânı verecek "gündelik" içinde yapılanarak, kayıtsızlığı hâkim forma dönüştürmüştür. Gündelik ise, aşırı bireyleşme ile parçalanmış, bağlan(a)mayan bir yaşamdır. Gündelik, bu hali ile Bauman'ın söylemiyle "hafif, estetik ve akışkan" alanda varlık bulur. Bunun tam zıddı olan tarihsellik ise sorumluluk ve "etik kararlılık" gerektirir. Eksenleri bu şekilde ortaya konulan araştırma nesnesinin kavramsal karşılığı *habitus*'tur.

Habitus, aynı zamanda, bir sermaye birikimi alanıdır. Fiziksel sermaye kavramı hem iktidarın hem de üretim biçimlerine odaklanan sosyal açıklama şemalarının önemli bir kavramıdır. Kavramın insan yetenek ve eğitiminin de bir sermaye biçimi olarak kabul gördüğü "beşeri sermaye" kavramı ile birlikte iktisat, işletme, sosyoloji ve siyaset bilimi alanlarında sosyal sermaye, entelektüel sermaye ve kültürel sermaye kavramlarının bileşenlerine ayrı-

27 Bourdieu'nün çalışmalarında ve konumuz açısından önemli bir yere sahip olan kültürel ve simgesel sermaye alanları üzerinde biraz daha detaylı duralım. Kültürel sermaye bir alanda gücü elinde bulunduranların eğitim yoluyla ailelere ve dolayısıyla bireylere aşıladığı bilgi sermayesidir. Simgesel sermaye ise tüm sermaye türlerini çeşitli oranlarda içinde barındırır. Örneğin; diplomalar, koleksiyonculuk, ünvanlar bu anlamda sermayedir. Ekonomik, toplumsal, kültürel ve simgesel sermayeye işaret ediyor. Dört sermaye türünün dağılımı sosyal sistemin sınıfsal yapısını da belirler. Ekonomik sermayenin dağılımı hiyerarşisinin baskın ilkesidir. Kültürel sermayenin dağılımı ile daha az baskındır. Bu zıtlık iktidar alanını şekillendirir.

28 Bu tespit nedeniyle Bourdieu'nün kurduğu düşünme biçimiyle habitus aracılığıyla bireyin yaratıcı ve yenilikçi davranışlarını görmezden geldiği noktasında eleştirilmektedir. Anlaşılır-hissedilir ve beden-akıl ikiliklerini görmezden geldiği ileri sürülmektedir. Bireyin çelişkisiz olduğu yanılsamasını da aşamadığı düşünülmektedir.

larak incelendiğini görüyoruz. Sınıf temelli toplumsal açıklama şemalarının yerine sermaye kavramını önermektedir. Bourdieu, sermaye kavramını da alan ve *habitus* kavramları ile desteklemektedir. Bu saptama, sosyolojinin bir bilim olarak formüle ettiği önermelerin, bu önerme onu üreten özneye uygulandığında da anlamlı sonuç verip vermediğinin sorgulanmasıdır. Bu bir iç muhasebedir[29]. Sosyal bilimler alanında bilginin elde edildiği ortamın da inceleme konusu yapılması ile bir iç muhasebede hesapların gerçekliği anlaşılabilecektir. Bu çok önemli bir metodolojik incelmişliktir.

Sosyal sermaye, ekonomik kalkınmayı etkileyen toplumun sahip olduğu normlar, kurallar, ağların yanı sıra ve özellikle iletişim ve güven kavramlarını da içeren bir genişlikte tanımlanmaktadır. Sosyal sermaye iki açıdan irdelenir; ilki formel ya da informel olabilen normlar aracılığıyla insan davranışlarının yönlendirilmesi ve bağlılığın yüksek oluşu ile birlikte ortaya çıkan verimliliktir. İkinci açı ise gönüllülük esası çerçevesinde ortaya çıkan organizasyonların sosyal sermayeyi arttırıcı gücüdür.

Eğitimli ve yetenekli insanların katkılarının sermaye olarak adlandırılması ile entelektüel sermaye isimlendirmesi bir alt sermaye türü olarak ortaya çıkmıştır. Entelektüel sermaye, bir kuruma, çalışanların bildiği ve kuruma yöneldiği alanda üstünlük kazandıran her türlü katkıdır. Diğer tüm sermaye biçimlerinden farklı nitelikler gösterdiği için görünmeyen enformasyon varlıkları olarak adlandırılmaktadır. Bu itibarla entelektüel sermayenin özelliklerini şöylece sıralayabiliriz:

- Entelektüel sermaye, görünmeyen varlıkların toplamıdır,
- Entelektüel sermaye kalıcı rekabet üstünlüğü sağlar,
- Entelektüel sermaye yönetsel sorumlulukla yönetilmelidir ve
- Entelektüel sermayenin artış ve azalışı entelektüel performans olarak isimlendirilmektedir ve ölçülebilir[30].

Kültürel sermaye ise bir nesilden diğerine aktarılan genel kültür birikimi, bilgi ve beceriye atfen kullanılır.

Bourdieu'ye göre bireyin yaşamında bir yandan öğrenme süreci devam ederken, diğer yandan insanın rasyonel düşünme yetisi de gelişmeye devam eder. Kişi, içinde bulunduğu sosyal sınıfın özellikleriyle şekillenir; meslek, yaşam tarzı ve tüketim alışkanlıklarında da sosyalleşir. Sosyalleşme sürecindeki öğrenmelerin bütünü kültürel sermayeyi oluşturur. Bourdieu kültürel sermayeyi çeşitlere ayırmaktadır.

1- İçselleşmiş Kültürel Sermaye

2- Kişiselleşmiş Kültürel Sermaye

3- Kurumsallaşmış Kültürel Sermaye

29 Pierre BOURDIEU, Homo Academicus, çev. Peter Collier (İngilizce basım için önsöz), Stanford University Press, Stanford, California 1988, s. xii.

30 Robert PUTNAM, "Social Capital: Measurement and Consequences", http: www.oecd.org/dataoecd, (Çevrimiçi), 21.01.2015.

İçselleşmiş kültürel sermaye, kabul gören kültürel tavır, tercih ve davranışları gösterecek sosyalizasyon sürecini betimler.

Kişiselleşmiş kültürel sermaye ise daha çok ürüne dönüşmüş olan kitap, makale, program vb. gibi ürünlerde görülür. Bunların bir değer olarak kabulü ancak içselleşmiş kültürel sermayenin varlığına bağlıdır.

Kurumsallaşmış kültürel sermaye ise, elde edilen standartları belgeleyen nesnelerle görünür hale gelir, diploma, sertifika vb. gibi[31].

Kültürel sermayeyi şu kriterleri kullanarak ölçebiliriz;

- Resmi eğitim düzeyi,
- Kişinin kültürel etkinliklere katılımına olanak veren doğduğu ve yaşadığı yerleşim yerinin büyüklüğü,
- Bireyin kültürel faaliyetlere katışım sıklığı önemli değişkenlerdir ve bu değişkenler kullanılarak bir indeks yaratılabilir.

Güven duyma sosyal sermayeyi yükselten önemli bir öğedir. Bourdieu sosyal sermayeyi karşılıklı tanınma ilişkilerine sahip olmaya bağlı kaynaklar olarak tanımlamaktadır. Karşılıklı tanıma grup ilişkilerini gösterir. Gruba üyelik hem üyeye bir sermaye kazandırır hem de üye sayesinde grup sermayeyi kazanır. Sosyal sermaye diğer sermaye türlerinden farklı olarak bireysel çabanın sonucu olmayıp ortaklaşa alana aittir. Sosyal sermayenin farklı boyutları da vardır. Farklı sınıflandırmalar olmakla birlikte genel olarak şu boyutlar üzerinde durulur;

- Grubun nitelikleri,
- Genelleştirilmiş kurallar,
- Birliktelikler,
- Girişkenlikler,
- Bağlantılar,
- Gönüllülük ve
- Güven.

Bu kriterler göz önünde tutulduğunda sosyal sermaye, toplumun sağlıklı bir sosyal yapıya kavuşması ve üretkenliğini sağlamasına hizmet eden normlar, sosyal ağlar ve insanlar arası güvenin bir arada ele alındığı sermaye türü olarak tanımlanır[32]. Tüm bu göstergeler kullanıldığında Bourdieu'nün kültür, iktidar ve tabakalaşma ekseninde sosyolojik bir epistemoloji kurduğunu söyleyebiliriz. *Habitus* kültürel, entelektüel ve sosyal sermaye, taba-

31 BOURDIEU, 1988, s. 194-208.

32 Bourdieu, sermayeye ilişkin sekiz gösterge belirlemiştir; Habitus ve akademik başarının şekillenmesinde belirleyici olan toplumsal etken ekonomik sermaye ve özel olarak kültürel ve sosyal sermayedir (Gösterge olarak ebeveynin mesleği, coğrafi ilişkisellik, ailenin köken ve aidiyeti). Eğitimsel sermaye gibi önceki etkenlerin tortularının işlenmesi; örneğin, eğitimsel etken olarak eğitim alınmış olan okul, eğitim kurumunun bulunduğu yer (taşra-büyükşehir), orta öğretim başarı notu, devam edilen başkaca eğitim kurum ve programları, bu eğitimlerle elde edilen nitelikler. akademik iktidar sermayesi: Örnek olarak, enstitü veya üniversitelerdeki danışma kurullarına üyelik, dekanlık, enstitü müdürlüğü gibi daimi kadro sahipliği, ulusal düzeyde yapılan sınavlarda kurul üyeliği. Bilimsel iktidar sermayesi: Bir araştırma biriminin, bilimsel bir yayının yöneticisi olmak, araştırma için eğitilen bir enstitüde ders vermek veya bilimsel araştırma kurumu üyelik veya yöneticiliği. Bilimsel saygınlık sermayesi: Enstitü üyeliği, interdisipliner çalışma birimlerinde

kalaşma eksenli alan kavramı ve alan kavramı aracılığıyla çevre-kişi ilişkisi üzerinden sosyolojik bir perspektif kurmaktadır. Bourdieu sosyolojik yöntem olarak nitelnicel, yapısalcı-fenomenolojik, ideografik-nomotetik, determinist-volontarist vb. karşıtlıklarını aşarak olguyu incelemek istemektedir. Yöneldiğimiz alan açısından şu sorular ekseninde sorgulama yapılmalıdır;

- Bilginin niteliği ve bilginin niteliğindeki değişim,
- Entelektüel kimliği, entelektüel kimliğin niteliğindeki değişim ve dönüşüm,
- Konu sosyolojik açıdan ele alınacağı için sosyolojik araştırmanın makro ve mikro düzeylerde ele alınış biçimindeki değişim ve yöntemsel olarak bu ayrımı yıkma çabaları,
- Entelektüel akademisyen ilişkisi, akademisyenin potansiyeli ve meslek olarak bilimcilik,
- Yeni bir sınıf olgusu olarak prekarya ve bunun içinde yer alan akademisyenin durumu.

b. Entelektüeli Yeniden Tanımlamak

Şimdiye kadar yaptığımız açıklamalar, sosyolojik bir kategori olarak incelemenin konusu kılınacak *homo academicus*'un ve onun *habitus*'unun sağlam bir zeminde tartışılmasını sağlamak için yazıldı. Burada, bir başka kategori olarak entelektüele de değinmek zorunlu görünmektedir. Zira bir kavram karmaşasına mahal vermemek için *homo academicus* ile entelektüelin ontolojilerinin ortaya konulması gerekmektedir. Başka bir deyişle, özgünlük ve özgürlük tartışmaları bir yana ironik olarak maaşlı entelektüel olarak da tanımlanabilen akademisyen kimliğini sorgulamak istemekteyiz.

Bourdieu, entelektüeli, erkler karşısında ve kabul gören görüşleri eleştiren ve basitleştirici seçenekleri yıkan bir eylemci olarak tanımlar[33]. Akademisyenin toplumsal rolü, kültürel çalışmalar perspektifinden tanımlanacak olursa toplumsal yaşamda durduğu yerden müdahil, demokratik ve sivil toplum örgütleriyle etkileşim içinde çalışan, toplumdaki süjeyi, kültürel, ekonomik eşitsizliklerle ve cinsiyet ayrımcılığına ve bütün anti demokratik uygulamalara siyasi tepki gösteren etkin öznenin konumuyla birlikte okunmalıdır.

Sosyolojik bağlamda ise entelektüel geleneğin mirasçıları, esas olarak yeni ya da meydan okuyucu fikirlere düşman-

yer alma, çeviri faaliyetleri, (Citiation Index alanlarında yer alan dergiler de yayın yapmak, o yayınlardan atıf almak, o tür yayınların hakemliğini veya editörlüğünü yapmak, ancak bu gösterge fakülteler arasında çok farklılık gösterdiği için Bourdieu kullanışlı bulmuyor) uluslararası kongrelere katılım. Entelektüel bilinirlik sermayesi: (Fransa örneği için Académie Française) Fransız Akademisi üyeliği, Larousse'da anılmak, televizyonda görünmek, gazete ve dergi yazarlığı. Siyasal ya da ekonomik iktidar sermayesi: "Kim kimdir?" de (Who's Who) anılmak, siyasi görev veya planlama komitelerinde yer almak, (polytechnique) meşhur okullarda ders vermek, devlet nişanı, madalya ve ödül alma. En geniş anlamda siyasi eğilimler: Parti kongrelerine katılma, entelektüel kamuoyu oluşturma bildirilerini düzenlemek, bildirileri imzalamak vb. gibi faaliyetler (BOURDIEU, 1988, s. 39 vd.).

33 Pierre BOURDIEU, Karşı Ateşler, çev. Halime Yücel, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006, s. 80 vd.

lıkla yaklaşan kurumlarda (üniversiteler) çalışmaktadır. Akademisyenler zorunlu olarak kariyer yapan sonra entelektüel olanlardır[34]. Özel olarak üstünde durmak istediğim entelektüelin görevleri ve ahlaki sorumlulukları arasında bir ayrım olup olmadığı hususudur[35]. Kültürel çalışmaların "vaadi" organik entelektüel fikrinin akademik kurumsallaştırmasıdır. Entelektüel kimliği nedeniyle akademisyeni bilimsel bir çalışmanın konusu olarak seçmek bu aktörlerin çeşitli toplumsal, kültürel ve teknolojik gelişmelere verdikleri tepkiler ve değişimleri de kapsar.

Raymond Williams "Anahtar Sözlükler" adlı çalışmasında entelektüelin tarihsel kökenini 19. yüzyıl başlangıcına tarihlemiştir. Belli bir türde kişi ya da belli işi yapan bir kişi olarak "*intellectual*" zihinsel işleri yapan insanları anlatmak üzere çoğu zaman yansız ama bazen de olumlu ya da olumsuz anlamda kullanılan bir terim olarak tanımlanmaktadır[36]. Entelektüelin bir toplumsal rol kategorisi olarak kimi zaman sınıf üstü varoluş öznesi olarak kimi zaman da toplumsal sorumluluk taşıyıcısı olarak tanımlanan bir aktör oluşunu da vurgulamak gerekir. Entelektüele biçilen rol ve beklentiler toplumsal gereksinimler doğrultusunda da yeniden belirlenebilir. Örneğin, Foucault'nun 19. ve 20. yüzyıllarda evrensel adalet ve yasa adamı yerini giderek yolcu entelektüele bıraktığı saptaması yeniden belirlemenin örneğidir[37].

Dünya kavramını bir anlam sorununa dönüştüren kişi, entelektüeldir. Entelektüel, bir birey olarak kendi özdüşünümselliği içerisinde dünyayı, toplumu ve hayatı anlamlandırmak ve yeniden inşâ etmek üzere zihninde bütün ayrıntıları ve gerçekliği içerisinde yeniden canlandırmaktadır. Entelektüel, tarih boyunca doğal etkinliği ve tanımlama alanı olan düşüncenin sonuçlarını ve bu eylemle birlikte ortaya çıkan bilgi ve üretimini, çoğunlukla yazarak ve yayınlayarak dolaşıma sokan ve paylaşıma açan kişidir. Bu boyutta dünyayı ve toplumu zihninde inşâ ettiği kavramlarla değerlendirir, özgür aklının süzgecinden geçirir. Entelektüel kendi çalışma alanında kavramsallaştırma, metodoloji ve kategorileştirme ile meşguldür. Çalışma biçimleri monografi ağırlıklıdır[38].

Entelektüel kendi iç dünyası ve bireyliğinde, bu bakma biçimiyle inşâ edilmemiş hiçbir ilkeye, değere, güce, müesses düşünceye ve inanca biat etmez[39]. Ancak şunu da gözden kaçırmamak gerekir; tarihsel, toplumsal ve kültürel bir bütünlüğün

34 Gordon MARSHALL, Sosyoloji Sözlüğü, çev. Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Bilim Sanat Yayınları, Ankara 2003, s. 201.

35 Michael ALBERT, Noam CHOMSKY, Entelektüellerin Sorumluluğu (1993 Söyleşi: Michael Albert), çev. Nuri Ersoy, BGST Yayınları, İstanbul 2005, s. 8 vd.

36 Raymond WILLIAMS, Anahtar Sözcükler, çev. Savaş Kılıç, İletişim Yayınları, İstanbul 2005, s. 203 vd.

37 Michel FOUCAULT, Entelektüelin Siyasi İşlevi, Hz. Ferda Keskin, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2005, s. 19 vd.

38 Zeki ÖZCAN, "Sosyo-Kültürel Fenomen Olarak Entelektüeller", Doğu-Batı Düşünce Dergisi, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 35-62.

39 Cemil MERİÇ, Mağaradakiler, İletişim Yayınları, İstanbul 1997, s. 231.

içinde olan bir kişi olarak kendisi de bir inşâ değil midir?

Modernitede aydın, münevver[40] veya entelektüel, aydınlanma düşüncesinin bütünlükçü yapısına paralel biçimde tek bir ideal tip olarak ele alınıp incelenebilirken, postmodern düşüncede birçok sıfatla birlikte anılan entelektüel(ler)den bahsedilmektedir. Kamusal entelektüel, organik entelektüel, geleneksel entelektüel, spesifik entelektüel, kural koyucu ve yorumlayıcı entelektüel ayrım ve nitelendirmeleri konumuz açısından önemlidir. Örneğin, bir kişi profesyonel meslek alanı dışında daha geniş bir kitleye yazmaya ve konuşmaya karar verirse o zaman "Kamusal Entelektüel" olduğundan bahsedebiliriz.

Kamusal entelektüel her alanda söz söyleyebilen, sadece uzmanlık alanıyla sınırlı kalmayan entelektüeldir. Kamusal entelektüelin modern entelektüelin ilk örneği olduğunu[41] söyleyenler olduğu kadar kamusal alan-özel alan ayrımı bağlamında Habermas üzerinden okuma imkânı da değişik çağrışımlara yol açabilmektedir. Entelektüelin doğası ve gelişiminin "kamu" kavramı ile ilişkisi üzerinde duranlar, terimin içerden bir tanımlama açısından değil, dıştan bir değer yükleme ile olan ilişkisini vurgulamaktadırlar. Bu dışsallık, kamusal algı entelektüeli kamusal bir imgeye dönüştürür[42].

Entelektüel etkinliğe dair daha sivri politik bir söylemi Edward Said geliştirmiştir. Entelektüelin bir misyonu vardır. Bu da toplumun dışında kalabilmek ve *status quo*'yu rahatsız edebilecek güce sahip olmaktır. Edward Said'in 1993 tarihli konuşmaları bu bağlamdaki entelektüel kimliğini hem kamusal anlamda hem kişisel bağlamda entelektüelliği bir arada değerlendiren ara bir form gibidir. Kamusal entelektüel nitelendirmesi iktidar ve entelektüel ilişkisinin sorgulanmasını gerektirir.

Entelektüelin sınıfsal konumu sorunu Marksizm açısından önemli sınır sorunlarından birisidir. Sınıf indirgemeciliği olarak isimlendirebileceğimiz bu sorunu önemli bir nirengi noktası Gramsci'ye dayandırabileceğimiz organik-geleneksel entelektüel ayrımı ile birlikte ele alabiliriz. Gramsci entelektüelin iki uçta billurlaştığını belirtir; İlki, bürokrasi sınıfının biçim almış hegemonya bürokrasi ideolojisine katkıda bulunan kurumdur. İkincisi ise, bürokrasi ideolojisi ile mücadele eden ve işçi sınıfının parçası olarak emekçi sınıfın karşı-hegemonik ideolojisine katkıda bulunanlardır[43]. Bu ayrımın günümüz entelektüellerinin pozisyonları açısından

40 Türkçede münevver sözcüğü benzer bağlamda kullanılır. Şerif Mardin, alelumun "aydınlar" kavramını tarihsel-toplumsal koşullara göre değerlendirmenin gereğine işaret ederek entelektüelin "Literati" yanına vurgu yapar. Literati yani geleneksel toplumlardaki zümrevi bilme ayrıcalığını devam ettiren, geleneğin aktarılması ve müesses nizamın muhafazası işlevlerinin vurgulanmasına kadar genişleyen bir entelektüel tanımı sunmaktadır (Şerif MARDİN, Türkiye'de Din ve Siyaset, İletişim Yayınları, İstanbul 1991, s. 263 vd).

41 Ahmet ÇİĞDEM, Entelektüeller ve İdeolojiler, der. Ömer Laçiner, İletişim Yayınları, İstanbul 2009, s. 8 vd.

42 Oktay ÖZEL, "Tarih, Tarihçi ve Entelektüel-Kamusallık Bağlamında Türkiye'de Güncel Değinmeler", Doğu-Batı Düşünce Dergisi, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 71.

43 Antonio GRAMSCI, Hapishane Defterleri, çev. Adnan Cemail, Belge Yayınları, İstanbul 1997, s. 34 vd.

karşılığı olarak hegemonyanın organik entelektüellerinin her gece izlenen televizyon programlarında, haberlerde uzman görüşü bildiren, gazetede köşe yazarlığı yapan, internet sayfaları düzenleyerek kamusal entelektüel bir dilin taşıyıcısı ve kullanıcısı olanlardır.

Gramsci teori ve pratiğin birleşimi ile ilgili olarak entelektüellere önemli bir sorumluluk vermiştir. Yaşam birliğini gerçekleştirecek tarihsel bloğun yaratılması için aydınla ulusun halk kesimi arasında bir duygu bağlantısı kurma görevi vardır[44]. Gramsci'nin katkısı entelektüelin toplumsal koşullar tarafından belirlendiğini varsayan yaklaşımın bir uzantısı sayılabilir.

Foucault ve Bauman gibi kuramcılar da entelektüelin yeniden tanımlanmasında kullanılabilecek önemli argümanlar sunmuşlardır[45].

Bilgi ve iktidar ilişkisi bakımından entelektüelin konumlandırılmasında özel olarak Foucault ve Bauman yaklaşımları da yararlı olacaktır. Foucault entelektüelin bilgi üreten aktör olarak iktidarın işleyişindeki konumuna odaklanmıştır. Odaklandığı noktada bir yeni entelektüel tanımı da sunmuştur. Buna "Spesifik Entelektüel" demektedir[46]. Tarihsel öncülü "bilgin" olan bu entelektüel, spesifik bir disiplin alanında ya da kuramda çalışmaktadır. Spesifik entelektüel, öncülünden farklı olarak, bütünleştirici bir pozisyonda değildir. Uzmanlık ve beceri ile de alanın içinde yer alır. Foucault evrensel entelektüeli dışlar ve işlevsizleştirir. Spesifik entelektüele ise büyük bir dönüştürücü güç atfetmez. Entelektüel üretim aygıtına değil, enformasyon aygıtına bağlıdır. Diğer insanların doğrudan sahip olmadıkları, belli kitapları okumanın verdiği bilgiye sahiptirler[47]. Ayrıca, iktidar ve bilgi ilişkilerini, bu ilişkilerin içinde yer tuttukları ve toplumsal bağlamda dolaşımda oldukları *dispositif*'leri ifşa etmek de, Foucault'ya göre, entelektüelin ediminin "olması gereken"ini oluşturur.

Zygmunt Bauman ise entelektüelleri kural koyucu entelektüeller ve yorumlayıcı entelektüeller olarak ayırır. Bauman, yorumlayıcı entelektüellerin günümüzde ağırlık kazandığını ve entelektüellerinin toplumsal rolünü depolitize ettiklerini düşünür; zira onlar bir dönüşüme uğramışlardır. Yorumlayıcı entelektüel günümüzde danışman, uzman ve memur olmuştur. Evrensel ve mutlak olana bağlı olarak tanımlanabilecek gerçek anlamdaki entelektüelin ise giderek marjinalleştiğini ve artık "bilgi sınıfının öteki üyeleri"ne dönüştük-

44 GRAMSCI, 1997, s. 22 vd.

45 Ancak, anlaşılacağı üzere, sınıf eksenli, bilgi-iktidar ilişkisi eksenli ve habitus-homo academicus eksenli tanımlardan biz bu çalışmada özel olarak Bourdieu'nün argümanları ile yeniden bir betimleme yapmaya girişiyoruz.

46 FOUCAULT, 2005, s. 22.

47 FOUCAULT, 2005, s. 43.

48 Zygmunt BAUMAN, Modernlik ve Müphemlik, çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2009, s. 125 vd.

lerini söyleyerek onları işlevsizleştirmektedir[48]. Ona göre ne yazık ki entelektüeller tanımlayıcı özellikleri olan toplumun sorgulanması görevinden el çekmişlerdir[49].

Elbette, sosyolojik bir kategori olarak genel anlamda entelektüele ve özel anlamda entelektüelin konumuna, tarihsel ve toplumsal misyonuna ve entelektüel aklın niteliğine dair düşünceler bu isimlerden başka düşünürlerce de ifade edilmiştir. Bu düşünürlere ve entelektüel kategorisine ilişkin düşüncelerine dair aşağıda yer alan tabloya bakıldığında, bu çeşitlilik görülebilecektir.

49 Zygmunt BAUMAN, Bireyselleşmiş Toplum, çev. Yavuz Alogan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2008, s. 34. Burada özel olarak akademik alan içindeki iktidar ve hakimiyet ilişkilerine girmemeyi tercih ediyorum. Ancak bu konuya ilişkin bir pasaja yer verilerek fikrî bir kıvılcıma yer vermekte beis yoktur: "Pierre Bourdieu bir yerde şuna dikkat çekmişti: Eğer akademik alanı akademisyenlerin hâkimiyet için mücadele ettiği bir oyun alanı olarak düşünürsek, diğer akademisyenler isminizden nasıl bir sıfat yapılacağını merak etmeye başladıkları an kazandığınızı bilirsiniz. Entelektüeller, 'büyük adamlar'ı merkeze alan tarih kuramlarıyla başka bağlamlarda dalga geçseler de, birbirleriyle tartışırken bu tür kuramları kullanmayı sürdürmekte ısrar ederler. Bunun sebebi, muhtemelen, oyunu kazanma ihtimalini korumaktır." (David GRAEBER, Anarşist Bir Antropolojiden Parçalar, çev. Bengü Kurtege-Sefer, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2012, s. 10.)

	Entelektüel Aklın Niteliği			Entelektüelin Konumu																		Entelektüelin Tarihsel ve Toplumsal Rolü/Misyonu/ İşlevi																			
	Teorize eden / Model Sunan/Evrensel Akla Yönelen	İlgi, Çıkar ve Duruşlara Göreli Akıl (Tikel/Kısmi Akıl)	Araçsal Rasyonaliteinin Eleştirmeni ve Özgürleşimci	Topluma İçrek		Topluma Dışrak; Marjinal, Sürgün, Evsiz		İkili bir görünüş içeren		Siyasal/İdeolojik ve Toplumsal/Sınıfsa l Güçlere İlişkin Tutumu ve Konumu (Sınıf- Bağımlı Olup Olmama)							Göreli Özerk/Toplumsal Sınıf Olup Olmama							Aklileştirmenin Eleştirmeni			Eleştirel-Özgürleştirici / Statükocu-Hegemonikleştirici				Vizyoner ya da Misyoner			Etkinliğinin Niteliği (Üreticiya da Yansıtıcı)			
										Angaje Olan		Angaje Olmayan		Angaje Olabilen Ancak Entelektüel Mesafeliğini de Koruyabilen		Göreli Olarak Özerk		Belirli Güçlere/Otoriteye/İktidara Bağımlı		Bağımlı Olmakla Birlikte Göreli bir özerkliğe de Sahip		Farklılaşmış/Bağımsız Toplumsal Sınıf/ Zümre/ Tabaka		Bağımlı ya da Dağmık ve Heterojen Bir Grup/Kategori			Aklileştirmenin Ajanı		İktidarın Eleştirmeni		İktidarın Ajanı		Ajanlığının Yanında Eleştirel Nitelik de Taşıyan		Vizyon Sahibi		Misyon Sahibi		Vizyon ve Misyonu Kendinde Birleştiren	Kendi Dışından Aldığı ve Ona Aşkın Olan		Dünyaya Özgün ve Üst Konumdaki Bakışıyla Işığı/Hakitati Yansıtan/Aktaran
Bauman	x	x	x					x						x								Sınıf /Zümre/Tabaka								x											
Chomsky		x	x			x						x												x		x							x							x
Foucault	x		x																					x				x				x							x
Gramsci		x		x						x							x								x				x				x						
Habermas	x	x		x										x					x					x						x									
Kant	x					x						x																					x						x
Marx		x		x						x							x							x		x				x				x					
Nietzsche			x			x						x				x								x				x				x							x
Said	x		x			x						x				x								x				x				x							x
Weber	x		x					x						x																x				x					

-Literatürdeki Entelektüel Kavramlaştırmalarının Analizi Şeması- [50]

50 Ernur GENÇ, "Sosyolojik Açıdan Entelektüel Kavramlaştırmaları", Ankara Üniversite Sosyal Bilimler Enstitüsü, Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2006, s. 273'ten alınmış olan tablo, metinde değerlendirme konusu yapılmış olan düşünürler açısından daraltılmıştır. Daha geniş bir sorgulama için ilgili tablonun orijinaline bakınız.

Entelektüel, akademisyenden hiç şüphesiz ki çok daha geniş bir kavramdır. Bu iki kavramın organik bağlarını akademisyenin entelektüel olabilme olanağına bağlayabiliriz. Ancak bu bağlantının her zaman bir zorunluluk olmadığını da eklemek gerekir. Antik Yunan'dan başlayarak üstü üste oturmuş olan bilgi severlik ve bilgi öğreticiliği tutumlarının Ortaçağ'dan başlayarak profesyonel öğreticiler ile arasındaki makas giderek açılmıştır. Özellikle bilimin çok daha spesifik alanlarında çalışanların daha doğru bir tanımlama ile spesiyalistlerin entelektüelliğinin bir zorlama olacağı da açıktır.

Üniversite ile ilişkide öğretim üyesi isimlendirmesi ile akademisyenlik isimlendirmesi aynı süjeye işaret ediyor gibi görünse de ince bir fark vardır. Üniversiteye bağlı olan sıfatı için öğretim üyesi (ünvanlı ve maaşlı çalışan olarak) terimi kullanılırken, akademisyen fiili icra alanları ile ilişkili örneğin güzel sanatlar akademisi gibi alanlar için daha anlaşılır. Hem Bourdieu hem de ben *homo academicus* derken bu kaydırmayı çok da masumca yapmamış oluyoruz.

IV. MESLEK OLARAK AKADEMİSYENLİK – *HOMO ACADEMICUS*

Homo Academicus nitelendirmesinde sınıfsal ve profesyonel ölçümlemeler üzerinde durmak gerekir. Bourdieu de bu güçlü arka planı, yöneldiği odaklar açısından yeniden sınar. Sonrasında derinlemesine sınıflandırdığı çok sayıda nitel ve nicel veriler aracılığı ile yöneldiği alanları irdeler, bunlardan sonuçlar çıkarır. Bourdieu'nün sosyolojiyi insan eylemlerinin, yönelimlerinin ve yargılarının ardındaki toplumsal mantığı anlamak olarak tanımlamış olması, asıl aranması gerekenin sahici bilgi olduğunu göstermektedir. Bu anlamda sosyoloji, içinde yaşadığımız dünyaya ilişkin yanlış kanaatlerimizin sarsılmasına hizmet edecektir.

Eğitimdeki eşitsizlik, akademik alandaki iktidar ilişkileri üzerinde duran Bourdieu 1967 yılından başlayarak doğrudan topladığı verileri sosyo-analize tabi tutmuştur. Bourdieu'nün sosyolojik gözlemini yönelttiği *homo academicus gallicus*[51] isimlendirmesi Fransız akademi insanını nitelendirir. Ancak *homo academicus gallicus* evrenselleştirilebilir mi sorusu, ayrı bir meseledir. Entelektüelin analize konu ediliyor olması anlamlı herhangi bir konunun incelenmesi olarak değil, sosyolojik yöntemin vazgeçilmez bir parçası olarak ele alınmasına bağlıdır. Bu inceleme topluma ilişkin anlamlı bilgi alanlarından birisi olarak entelektüelin hangi kısıtlamalardan etkilendiği ve egemen sınıfla ilişkilerinin ne olduğu bilgisi ile gerçekleşebilir.

Akademik otorite, prestij ve tanıma gibi "bilimsel riskler" için mücadeleye giren muhalif güçlerin etkileşimi sayesinde üretime ve yeniden üretime şekli olarak bu sahanın durumunu yansıtır[52]. Bourdieu, *Homo Academicus*'un İngilizceye çevirisinin önsözünde bilindik bir öyküye

51 Galyalı Fransız anlamında kullanılmaktadır.

52 Pierre BOURDIEU "The Specificity of the Scientific Field and the Social Conditions of the Progress of Reason", The Science Studies Reader (ed. Maio Biagioli) içinde, New York 1999, s. 31-51.

başvurarak konunun meslek olarak akademisyenlik açısından neden irdelendiğini açıklamaya girişmiştir. David Garnett'in 1924 tarihli *A Man In The Zoo* başlıklı öyküsünde hayvanat bahçesini gezmekte olan öykünün baş kişisi, bahçede bir eksiklik hissettiğini söyleyerek ilgililere başvurur. Eksik olan kendisidir. Bu eksikliğin giderilmesi için gönüllü olur ve maymunların yer aldığı bölümün hemen yanındaki yere, üzerinde "Ziyaretçilerin kişisel laflarla sataşmaması rica olunur." yazılı bir levha asılarak *homo sapiens* olarak kendisine bir bölüm açılmasını sağlar. Bourdieu *Homo Academicus*'u yazarken kendisinin de aynen bu öyküdekine benzer bir işlevi yerine getirmek istediğini belirtmiştir[53]. Bourdieu aslında burada kategorize etme konusunda en iddialı olanların kategorize edilmesini tercih ettiği için akademisyenleri kendi ağına düşürdüğünü anlatır. "*Homo Academicus"* bir sosyoloğun akademisyenler üzerindeki çalışmasıdır. Akademik camiaya mensup olanların sahip oldukları sermayelerinin birikim biçimi, sınıfları ve iktidarla mücadele içinde oldukları alan ve bu alanın çıkar bağlantıları nedeniyle Bourdieu bu çalışma nedeniyle çok esaslı eleştirilmiştir. Bu çalışmada Bourdieu, söylemiyle içeriden bir ses olarak kendisini ihbarcı durumuna da sokmuş olabileceği saptamasını da yapmıştır.

Akademik yaşama bakışta önemli bir açılım, emeğin ve bilginin metalaşması nedeniyle ortaya çıkan güvensizlik ve belirsizliğin sorgulanmasıdır. Bu tür araştırmalarda hareket noktasına *precariat* (prekarya) teriminin oturduğunu görüyoruz. Prekarya, İngilizcede belirsiz alan anlamında kullanılan *precarious* kelimesi ile dilimize de yerleşen *proletariat* (proletarya) sözcüklerinin birleştirilmesinden oluşan ve sınıfsal dönüşümü gösteren yeni bir kavramdır[54]. Proletarya ve genişleyip aşağı doğru çekilmiş olan orta sınıfın bir arada ele alındığı yeni bir kitle gücü olarak tarif edilen bu grubun içine akademisyenler de yerleştirilmektedir. "Çalışan yoksullar", "güvencesiz işçiler" ve hatta "yeni tehlikeli sınıf" terimlerinin karşılığı olarak kullanılmaktadır. Prekarya aynı zamanda küreselleşme koşullarının doğurduğu bir emek hareketi olarak da sunulmaktadır. Emeğin güvencesizleşmesinin karşılığı olan prekarizasyon terimi ile akademik alana bir sıçramadan söz edilmektedir. Burada önemli olan bir nokta, sistemin sınıf atlamak için şart koştuğu eğitime ve mesleki her türlü donanıma sahip olduğu halde sınıfsal düşüş yaşayan beyaz yakalı kitlesinin varlığıdır. Bu kitle, "geleceği olmayan üniversite mezunları" (*graduates with no future*) isimlendirmesi ile ABD'de *Occupy* eylemleri ile Türkiye'de de Gezi olayları sırasında kendisini ifade eden kitleyi de kapsamaktadır.

SONUÇ: NESNELLİĞİN NESNELEŞMESİ

Genel olarak sorun, nesnelliğin nesneleşmesidir. Nesnelliğin nesneleşmesi bir imkândır. Şöyle ki, içinde yaşanılan dünyanın nesnel bir biçimde anlaşılması ref-

53 BOURDIEU, 1988, s. xi vd.

54 Guy STANDING, Prekarya Yeni Tehlikeli Sınıf, çev. Ergin Bulut, İletişim Yayınları, İstanbul 2015, s. 17 vd.

leksivite ilkesine karşılık gelir. Nesnelleştirmeye odaklanmış olan bilimsel çalışma için oluşturulan kodun özel olarak analize konu olmasıdır. Nesnelliğe ilişkin kriterler varlık bulduğu sosyolojik zeminin araştırılmasıyla ilgilidir. Sosyolojik entitenin yarattığı aidiyet incelenmelidir. Entitenin ise varlık-bağlantı modeli olarak anlaşılması gerekir. Var olan nesneler ve nesneler arası ilişkileri, bağlantıları tasvir için kullanılmalıdır.

Nesnelliğin nesneleştirilmesi biçiminde genel olarak ortaya konulan sorun, bu çalışma dizisinde, özel olarak İstanbul Üniversitesi mensubu olan akademisyenlerin hangi *habitus* içinde yer aldıklarının ve akademik sermayelerinin ortaya konulacağı bir ölçümlemeyle neticelenecektir. Çalışma dizisinin öncül metni irade özgürlüğü ve ben inşâsı meselesini sorunsallaştırmıştı. Öncül metin, benlik'e dair ontolojik giriş için zemini oluşturmayı, ben'in inşâsı ve yıkılımı ile ilgili ana kabullerimi ortaya koyuyordu. Çalışma dizisinin öncül metni, yanı sıra, burada yazılan ikinci metin için de zemin hazırlamaktaydı.

Şu an okuduğunuz makale ise inşâ edilen, yıkılan ve yeniden inşâ edilen benlik'in ontolojik olarak ortaya konulması ile akademik alanda yapılacak analitik bir sosyolojik incelemenin geçişini sağlayacak köprü olarak görülmelidir. Tartışma, ne salt felsefi-teorik ne de salt analitik-pratiktir. Tartışma, bu yönleri içinde barındıran ve çok yönlü iddiasını barındıran bir niteliktedir. Dolayısıyla, bu çalışma dizisini kül olarak teorik-pratik bir araştırma olarak anlamak uygun görünmektedir.

Kaynakça:

- ALBERT, Michael, CHOMSKY, Noam: *Entelektüelin Sorumluluğu*, çev. Nuri Ersoy, BGST Yayınları, İstanbul 2005.
- BALKIZ Bekir, ÖĞÜTLE, Vefa Saygın: "Bilim Sosyolojisi Üzerine Bazı Tespitler ve Gündem Önerileri", *Bilim Sosyolojisi İncelemeleri: Temel Yaklaşımlar, Kavramlar ve Tartışmalar* (ed. Bekir BALKIZ, Vefa Saygın ÖĞÜTLE) içinde, Doğu-Batı Yayınları, Ankara 2010, s. 11-29.
- BAUMAN, Zygmunt: *Bireyselleşmiş Toplum*, çev. Yavuz Alogan, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2008.
- BAUMAN, Zygmunt: *Modernlik ve Müphemlik*, çev. İsmail Türkmen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2009.
- BOURDIEU, Pierre: *Bilimin Toplumsal Kullanımları*, çev. Levent Ünaldı, Heretik Yayıncılık, İstanbul 2013.
- BOURDIEU, Pierre: *Homo Academicus*, Translated by. Peter Collier, Stanford University Press, Stanford, California 1988.
- BOURDIEU, Pierre: *Karşı Ateşler*, çev. Halime Yücel, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2006.
- BOURDIEU, Pierre: "The Specificity of the Scientific Field and the Social Conditions of the Progress of Reason", *The Science Studies Reader* (ed. Maio Biagioli) içinde, New York 1999, s. 31-51.

- ÇİĞDEM, Ahmet: *Entelektüeller ve İdeolojiler*, der. Ömer Laçiner, İletişim Yayınları, İstanbul 2009.
- FOUCAULT, Michel: *Entelektüelin Siyasi İşlevi*, çev. Ferda Keskin, Işık Ergüden, Osman Akınhay, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2000.
- GENÇ, Ernur: "Sosyolojik Açıdan Entelektüel Kavramlaştırmaları", *Ankara Üniversite Sosyal Bilimler Enstitüsü*, Sosyoloji Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara 2006.
- GRAEBER, David: *Anarşist Bir Antropolojiden Parçalar*, çev. Bengü Kurtege-Sefer, Boğaziçi Üniversitesi Yayınevi, İstanbul 2012.
- GRAMSCI, Antonio: *Hapishane Defterleri*, çev. Adnan Cemail, Belge Yayınları, İstanbul 1997.
- HEILBRON, Johan: "Practical Foundations of Theorizing in Sociology: The Case of Pierre Bourdieu", *Social Knowledge in The Making* içinde, Ed. Charles Camic, Neil Gross and Michéle Lamont, The University of Chicago Press, Chicago 2011, s. 181-208.
- HOLLINGER, Robert: *Postmodernizm ve Sosyal Bilimler*, çev. Ahmet Cevizci, Paradigma Yayınları, İstanbul 2005.
- HOMANS, George C: İnsan Grubu, çev. Baskın Oran, Oğuz Onaran, Ünsal Oskay, TODAİE Yayınları, Ankara 1971.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: "İrade Özgürlüğüne Giriş Açısından 'Ben İnşâsı", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası: Prof. Dr. Vecdi Aral'a Armağan, Cilt: LXXII, Sayı 1, İstanbul 2014, s. 73-86.
- MARDİN, Şerif: *Türkiye'de Din ve Siyaset*, İletişim Yayınları, İstanbul 1991.
- MARSHALL, Gordon: *Sosyoloji Sözlüğü*, çev. Osman Akınhay, Derya Kömürcü, Bilim Sanat Yayınları, Ankara 2003.
- MERİÇ, Cemil: *Mağaradakiler*, İletişim Yayınları, İstanbul 1997.
- ÖZCAN, Zeki: "Sosyo-Kültürel Fenomen Olarak Entelektüeller", *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 35-62.
- ÖZEL, Oktay: "Tarih, Tarihçi ve Entelektüel-Kamusallık Bağlamında Türkiye'de Güncel Değinmeler", *Doğu-Batı Düşünce Dergisi*, Yıl 9 (2006), Sayı 36, s. 63-81.
- PUTNAM, Robert: "Social Capital: Measurement and Consequences", http: www.oecd.org/dataoecd, (Çevrimiçi), 21.01.2015.
- STANDING, Guy: *Prekarya Yeni Tehlikeli Sınıf*, çev. Ergin Bulut, İletişim Yayınları, İstanbul 2015.
- TAYLOR, Charles: *Modernliğin Sıkıntıları*, çev. Uğur Carbilen, Ayrıntı Yayınları, İstanbul 1995.
- TAYLOR, Charles: *Modern Toplumsal Tahayyüller*, çev. Hamide Koyukan, Metis Yayınları, İstanbul 2006.

- TİMUR, Taner: *Toplumsal Değişme ve Üniversiteler*, İmge Yayınları, Ankara 2000.
- VATANSEVER, Aslı, GEZİCİ YALÇIN, Meral: *Ne Ders Olsa Veririz*, İletişim Yayıncılık, İstanbul 2015.
- WILLIAMS, Raymond: *Anahtar Sözcükler*, çev. Savaş Kılıç, İletişim Yayınları, İstanbul 2005.

‘Ruhani Alıştırma Olarak Felsefe’ye Örnek: Sokrates Gibi Savunmak *

Osman Vahdet İŞSEVENLER

I

Rivayet odur ki; Sokrates hakkında idama hükmolunduktan sonra, eşi, Sokrates’e “Sen suçsuzsun, yok yere idam ediyorlar seni.” der. Sokrates ise “Suçlu olduğum için idam etselerdi daha mı iyiydi?” karşılığını verir. Hikayeye gerçek muamelesi yapılabilmesini sağlayan herhalde Sokrates’in baldıran zehrini neredeyse seve seve içmesidir. Onu ölüme hazır edenin ne olduğu, idam hükmünü nasıl olup da bu kadar kolay göğüslediği sorularına cevap ruhani bir alıştırma olan felsefenin ölüme hazırlanmak oluşudur. Bunu tanıtma niyetindeyim, zira kişisel gelişim kitaplarındansa antik metinlere başvurmak gibi bir olasılık var.

23. Dünya Felsefe Kongresi’nin teması Philosophy as Inquiry and Way of Life idi. Bunu İngilizce söylememin sebebi snopluğum değil cahilliğim, zira inquiry kelimesinin tam olarak nasıl karşılanması gerektiğine karar verebilmiş değilim; kelimenin bir anlamı hakikat arayışı bağlamında sorgulamayı ifade ederken bir diğer anlamı ‘soruşturma’ya denk düşmektedir. Bu anlamda kelimenin birinci anlamıyla felsefeye, ikinci anlamıyla hukuka göz kırptığını, doğallıkla da hukuk felsefecisinin dikkatini çektiğini söyleyebiliriz. Felsefenin, sadece hakikatin öğrenilmesine yönelik kuru merakı tatmin eden bir etkinlik değil aynı zamanda kişiyi belirli bir yönde dönüştürmeyi hedefleyen ruhani bir alıştırma olduğu iddiası ise temanın ikinci kısmını ihtiva ediyor. Temanın iki yüzünü bir arada ifade etmeyi denersek herhalde şunu söyleyebiliriz: hakikate uygun yaşamanın yolu olarak felsefe.

Bana kalırsa bu, Platon’un düşünüşünün doğal bir sonucudur. Felsefeye Platon’un getirdiği tanım, entelektüel etkinliğin yanında belirli bir yaşayış biçimini de talep eder. Bugün biraz bunlardan bahsederek ruhani alıştırma olarak felsefe başlığına ilgi çekmeyi deneyeceğim.

Genelleyici bir ifadeyle bu temanın Platon’un düşüncesinde iki izdüşümü olduğunu ifade edebiliriz.

1. Söylediğinin / yaptığının hesabını vermek: Platon’un, felsefe tarihine gerekçelendirilmiş doğru kanı olarak geçmiş bilgi tanımının ardındaki mücadelesi.

* Vahdet İşsevenler, VII. HFSA tebliği.

2. Erdemli bir hayat sürmek: Diyalektik merhale sadece entelektüel bir yolculuk değil aynı zamanda ruhani bir alıştırmadır.

Bu bağlamda ben “Bir avukat neyi temsil eder?” sorusuna felsefenin Platon’ca verilen tanımına referansla cevap vermeyi deneyeceğim. Bundan iki beklentim var. Birincisi Platon’u savunmak, ikincisi ise müvekkilinin görünüşteki çıkarları ile kendi inandıkları arasında kalan avukata felsefeden öğüt devşirmek. Buradaki iddiamı da bir cümlede özetleyebilirim: Sokrates aslında kendini değil felsefeyi savunuyordu, dolayısıyla da bir filozof olarak yaptığı savunma her ne kadar mahkeme kendisinin idamına hükmetmiş olsa da başarılı olmuştur. Zira o, yaşantısıyla uyuşan bir savunu yapmış ve bu yolla felsefeyi ölümsüz kılmıştır. Öyle ki öğrencisi Platon’un, öğretisini inşa ederkenki motivasyonlarından birinin bir kez daha bir filozofun toplumca öldürülmemesi olduğunu söylersek hata etmiş olmayız[1].

II

Sokrates’in savunmasından yıllar sonra, bugünlerde, Platon sanık sandalyesinde. İddiaya göre Platon, sadece ve tamamen akılla ele geçirilebilecek çileci idealler uğruna bireyi topluma kurban etmiştir. Birey, hayatına doğrudan ve olumlu bir etkisi olmayan ideallerle kandırılmıştır. Bana kalırsa böyle bir Platon okumasına yol açan, akıl saplantılı, filozof-kraldan çok kralcı modernlerle, batını zahir kılmakta acele edip şehvet lokmasıyla boğulan papaz kalabalığıdır. Uzun bir müddet insanlar filozof-kralın sözlerini onların ağzından dinledi ve böylelikle en iyi yasalar en kötü yöneticilerin elinde bir ölüm fermanına dönüştü: Endülüjans[2]. Gelinen noktada anlam dünyamızı zombi ve vampir hikayeleri işgal etmektedir ve gün geçtikçe görünenin ardındaki dünyada rehberlik edecek bir bilgeye duyulan ihtiyaç artmaktadır. Bu ihtiyacı duyumsayanların arasında, anlam ve adalet krizinin ortasında can çekişen avukatların başı çektiğini söyleyebiliriz.

Savunma şayet felsefenin ve adaletin Platon’daki tanımına sadık kalabilirse hem yerini bilmek suretiyle kendisi adil olabilir hem de suçlamaların asılsızlığını ispatlayabilir.

Hekimliğin nişanı, tababetten elde ettiği maddi kazanç vb. bir şey değil insanları sağlığına kavuşturmaktır[3]. Bir kişi maddi kazanç getireni değil de hastayı sağlığına

1 Arendt de “Geçmişle Gelecek Arasında: Seçme Eserler 2” eserinde yer alan “Otorite Nedir?” başlıklı makalesinde aynı iddiayı paylaşır. Esere bu bağlamda başvurulabilir lakin iki noktada kendisine katılmadığımı tebliğin konusundan zaten anlaşılacak olmasına rağmen belirtme ihtiyacı duyuyorum. Birincisi, Arendt’e kalırsa Platon’un başlıca motivasyonu politiktir. İkincisi, Aristoteles’in felsefenin motivasyonu olarak ortaya koyduğu ‘merak’ı ve bu bağlamda düşüncenin eyleme üstünlüğü anlayışını Arendt Platon’un da paylaştığını ima ediyor. Bu iki iddia zaten birbirleriyle çelişmektedir fakat bu bir yana, ki bu Platon’un filozofun bekasını düşünerek politik bir strateji oluşturduğu söylenerek belki def edilebilirdi, Platon’un felsefenin ölüme hazırlanmak olduğu yönündeki güçlü vurgusunu da görmezden gelmektedir. Meraklısına Platon’un Mektuplar’ını okumasını tavsiye ederim.

2 Plato, The Laws of Plato, 751b, c.

3 Plato, Euthypro, 13b-14a.

kavuşturan eylemi seçiyorsa ona hekim denir. Bunun gibi avukat da müvekkili ile toplumun veya insanlığın yahut başka bir değerin arasında seçim yapmak zorunda kaldığında kendisine "Bir avukat neyi temsil eder?" sorusunu sormalıdır. Antik Yunan'ın son bilgesi Platon, bunu öğütler.

Platon, Sokrates ile tanışmadan önce Herakleitosçu bir tedrisattan geçmiş, sonrasında her ne kadar Sokrates'in bir nevi katipliği olma misyonunu üstlense de bu tedrisattan tam olarak hiçbir zaman kopmamıştır. Platon'un eserlerinde ateşi ve Güneş'i takip ederseniz, 'ateş'in başında oturan Herakleitos'u ve yanında tıpkı Symposion'daki davete katılmadan önce, hanenin girişine varmadan dalıp giden Sokrates'i, logosu dinlerken bulabilirsiniz. Her iki şahsiyette sadece avukata değil herkese yalnızca okuyarak değil aynı zamanda ruhani alıştırmalar da yapmak şartıyla 'iyi' bir yaşam sürme noktasında örnek olabilirler. Bunun örneğini Sokrates ve Platon arasındaki ilişkide görebiliriz. Sokrates usta, Platon çıraktır: Philo-sophia bilgeliğe gönül vermektir ve bilgelik belli kurallara bağlı, eğitimi ve çıraklığı gerektiren yapabilme yetisidir[4]. Bu yeti ruhani alıştırma denen pratiklerle kazanılır. Çileciliğin köküne de burada rastlanabilir; ascetism (çilecilik) Yunanca askesis kelimesinden türemiştir ve söz konusu kelime, içi Hristiyan pratikleri ile boşaltılıp tekrar doldurulmadan evvel bir sanatın teorik bilginin yanında pratik terbiye ile birlikte öğrenilmesi gereğini ifade ederken kullanılırdı[5].

Bilgelik ancak ruhani alıştırmaların neticesinde edinilebilecek ve bu bağlamda bir öznede muhafaza edinilebilecek olduğu içindir ki hem en iyi rejimde hem de en iyi ikincisinde, yasaların yanında onları yorumlayacak, değişen koşullara uyarlayacak filozof-krala ihtiyaç vardır[6]. Aksi mümkün olsaydı Platon akademide filozof yetiştirmek yerine bir sefer için yasaları yazar ve bunları miras bırakırdı. Fakat o ruha tohumlar ekme yolunu seçmiştir[7] Filozofun sözleri ruha ekilen tohumlardır ve biz o sözlerde Güneş'in izini sürebiliriz.

III

Platon, Güneş'ten Devlet diyalogunda İyi ideasını anlatacağı sırada bahseder. İyinin doğrudan anlatımı mümkün değildir ve o bir benzetmeye başvurur. İyi'yi anlatmak için seçtiği sembol, Güneş'tir. Bir başka diyalogunda, bilme meselesinin tartışıldığı bir paragrafta, yine Güneş'ten bahseder ve ona doğrudan bakanların başına gelenlerden sakınmak adına teoriyi kendine sığınak edindiğini ifade eder[8]. Yani sadece duyumsayarak değil aynı zamanda akıl ederek de varlıkla temasa geçiyor. Akıl etmekten kast edilen burada sıradan bir düşünüş değil sistemli bir akıl yürütme elbette. Bu akıl yürütme, Platon hiç bir zaman böyle bir tamlama kullanmamasına rağmen bu-

4 Pierre Hadot, İlkçağ Felsefesi Nedir? s.26 vd.

5 Michel Foucault, Doğruyu Söylemek, s. 112.

6 Platon, Devlet, 501c.

7 Bu konuda özellikle bkz. Allen, Platon Neden Yazdı?

8 Plato, Phaedo, 99d,e.

gün idealar kuramı olarak biliniyor. Nitekim diyebiliriz ki idealar kuramı açıklama sunabilmek adına kullanılan bir nevi güneş gözlüğü işlevi görüyor. İdea varsayımı açıklama yapabilmek için işe yarasa da bir aşama da başka bir varsayımla desteklenmek zorunda kalıyor: Ruhun ölümsüzlüğü.

Nasıl oluyor da bilebiliyoruz? Duyularımız sayesinde nesnelerle doğrudan temasa geçeriz fakat anlam ile ilk bakışta böyle bir temasımız yoktur. Anlamın dışarıda, gözlemlenebilir olanda, bir karşılığı yok gibi görünür. Platon’a göre insan bu mesafeyi anımsayarak aşar[9]. Anımsama, bilme kapasitesi sonradan edinilmiş bir şey değildir. Platon’a göre bu deha ateşi[10] insanlara tanrıların bir hediyesidir, diğer bir ifadeyle insanın bu kapasiteye sahip bir varlıktır ve eğitim körü görür kılmak değil bakışları doğru yöne çevirme sanatıdır[11]. Başka bir açıdan ifade edecek olursak insan tamamıyla bilmiyor değildir. Tıpkı duyumsananların var ile yok arasında olması gibi[12] insan da Güneş’ten pay almıştır yani ateşe sahiptir lakin Güneş’in kendisi değildir. O ateş sayesinde Güneş’i bilebilmektedir. İnsanın bu ontolojik pozisyonu aşk ile açıklanır. Platon’a göre Eros bolluğun ve yoksulluğun çocuğudur, bilgelik ve cahillik arasındadır, ömrü boyunca felsefe yapan usta bir büyücüdür; öyle ya bilen neden felsefe yapsın, aynı şekilde bilmeyen şayet hiç bilmiyorsa yani bilmediğini dahi bilemeyecek kadar cahilse kendinde eksik olanı nasıl arasın[13]? Arada olan, önce bir şeyi güzel bulur sonra aynı güzelliği başka şeylerde deneyimler en nihayetinde güzelin kendisini bulur[14]. Ruh, nam-ı diğer ateş, bu aşamalardan geçerek çokluktan Bir’e yol alır[15]. Ne var ki bu ne bir matematik problemi çözer gibi tek seferde ya da bir formülü takip ederek olur ne de sıradan entelektüel bir etkinliktir. Platon’un neredeyse mistik bir deneyim olarak tarif ettiği bu durum uzun yıllar boyu yapılan ruhani alıştırmaların neticesidir[16].

Buraya kadar değindiklerim felsefenin günümüzdeki algılanışından farklı olarak antikitede daha ziyade kişiyi belli bir yönde dönüştürme programı olduğunu ortaya koymakta istifade edebileceğimiz küçük lakin önemli bir örnekti. Hem Platon özelinde hem de genel olarak antik metinlerde bu iddiayı temellendirecek başka örnekler bulmak mümkündür. Pierre Hadot, Peter Kingsley, Michel Foucault ilgilenenlerin başvurabileceği yazarlar olarak zikredilebilir. Ben burada kesip, ‘avukat neyi temsil eder’ sorusuna dönmek istiyorum.

9 Plato, Meno, 81c-d.

10 Plato, Philebus, 16c

11 Plato, Republic, 518d.

12 Plato, Ibid., 477a vd.

13 Platon, Symposion, 203c-204b.

14 Platon, Symposion, 210a-211b

15 Diadochos Proklos, Platon’un Parmenides Diyalogunun Yorumu s. 37

IV

Sokrates felsefeyi savundu, demiştik. Bunun iki anlamı var birincisi felsefenin Yunan değer dünyası için bir tehdit oluşu. Bunu Badiou demokrasi felsefenin ortaya çıkabilmesi için bir koşul fakat devamı için bir tehlike diyerek ifade eder. Ben yine meraklısına Badiou'nun Felsefe ile Politika Arasındaki Gizemli İlişki adlı eserini önererek bu konuyu es geçeceğim ve ikinci anlama geleceğim.

Yukarıda Güneş'in İyi'yi anlatmak için kullanılan bir sembol olduğunu ve insanın tanrıların mirası ateş sayesinde ama kendini terbiye etmek şartıyla Güneş ile arasındaki mesafeyi aşabileceğinden bahsetmiştik, yani İyi'ye yaklaşabileceğinden, yani iyi bir insan olabileceğinden. İyi ontolojik bir amaçtı, her şey için olduğu gibi insan için de ve Sokrates kendini bu yönde terbiye eden birisi olarak, eylemlerinde ölçü olarak iyiyi kullanıyordu.

Platon malumunuz olduğu üzere bu etiğin yasalarla da örtüşmesi gereği üstünde durmuştur. İyi yasalar iyi ideasına uygun olan yasalardır, bu yasalara göre hayatını idame ettiren bir toplum iyi bir toplumdur ve orada iyi insanlar yaşar. Fakat bir insanın iyi olabilmesi için illaki içinde yaşadığı toplumunda iyi olması gerekmez. İçlerinden biri tek başına mağarayı terk edebilir ve Güneş'i yani İyi'yi temaşa edebilir. Mağaraya geri döndüğünde, içerdekilere aslında gölgelere baktıklarını, aldandıklarını söylediğinde hoş karşılanmayabilir. Hatta onu öldürebilirler, Sokrates'e olduğu gibi. Fakat felsefe ölüme hazırlanmaktır ve ölüm bir idam kararıyla gelmese de dahi kaçınılmaz olandır.

“Namaz – Oruç” ile “Fırsatçı Akıl” İlişkisi

Mehmet Kayhan MUTLU* - Yavuz KAHRAMAN**

ÖZET

Bu çalışma inanç sistemi, inanç kurumu, din kurumu ile siyaset kurumu arasındaki ilişkiyi ele almakta. Bunun nedeni, günümüzde toplumsal değerlerin “maddi çıkarcı” değerin hakimiyeti altında olduğu varsayımıdır. Sosyal davranışlarda, ilişkilerde “maddi çıkar” baskınlığı özellikle “post modernite” düşünürlerince ele alınmakta ve sanayileşmiş modern toplumlar dahil zamanımızın önemli sosyolojik problemlerinin önemli bir nedeni olarak ortaya konmaktadır. Bu varsayımlar ışığında siyaset ve maddi çıkar akıl, fırsatçı uyanık mentalite ilişkisi gündem olabilmektedir. Siyasetin inanç sistemi içinde kalarak popülizm anlamında oy kaygısı politikası hem inanç sisteminin kendisinin istismarı ve yozlaşmasına neden olabileceği gibi ve hem de siyasetin devlet yönetimini demokrasi ve insan hakları ve liyakat ve adalet ilişkisi ilke ve prensiplerine bağlı olarak yönetme hususunu tahrip edebilecektir. Devlette makam elde etme ile namaz kılma ve hacca gitme arasında hiç ilişki olmaması gerekirken siyasi iradenin vatandaşların oyunu inançlar ışığında elde etmesi devlet yönetiminin ve aynı zamanda vatandaşların inançlarının sömürülmesi sonuçlarını gerçekleştirebilecektir. Bu ve benzer hususları gözeterek bu çalışma “çıkarcı aklı” ve namaz ve oruç tutma arasındaki ilişkileri ele almaktadır.

GİRİŞ

Bilindiği üzere, insanlık tarihinde bilinen her toplumsal yapı kendi içinde “din” kurumunu ortaya koymuştur. Bu nedenle, sosyolojik anlamda her toplum kurumsallaşmış anlamda “din” kurumuna sahip olmalıdır varsayımı kabul edilmektedir. Yalnız, tartışılan husus bu sözü edilen din kurumu demokrasi ve insan hakları gibi evrensel temel ilkeler gözetildiğinde kendi kurumsallaşmış varlığını toplumsal yapı içinde nasıl gerçekleştirmelidir. Diğer bir ifade ile, inanç sistemi kendi varlığını demokrasi ve insan hakları ilkeleri içinde kalarak nasıl var etmelidir?

Din kurumunun esası Allah ve Peygamber varlığına inanç kültürü ve iman etme zihniyetine dayanır. Bu nedenle, bu inanç kültürü ve zihniyetinin toplumsal yapı içinde sosyalizasyonu yanlış ve keyfi yorumlara kapalı olmalıdır. Ayrıca, her vatandaşın bu inanç kültürünü ve yaşam tarzını günlük yaşamında uygulaması tamamen onların özgür hür iradelerine bırakılmalı. Toplumda “vicdan özgürlüğü” kurumsallaşmalı. Bu husus, devletin en önemli görevlerinden biri olmalıdır. Sade vatandaşın inançlı olması veya olmaması

* Prof. Dr., Turgut Özal Üniversitesi

** Doç. Dr., Turgut Özal Üniversitesi

tamamen onun özgür alanı ve kişilik hakları olmaktadır.

Öte yandan, vicdan ile ahlak –erdem – fazilet gibi bireysel özellikler arasında yüzde yüz olmamakla beraber kuvvetli bir ilişki olduğu varsayımı yaygın olarak kabul edilmektedir. Ayrıca, Allah, Cennet, Cehennem, Ahiret varlığı inancı insanların evrensel anlamda ahlak, erdem ve fazilet gibi değerlere günlük yaşam içinde önem vermesinin önemli bir nedeni olabilmektedir.

Özetle, günümüzde üzerinde önemle durulan sorulardan biri din ve siyaset ilişkisidir. Ne ölçüde, din siyasetten veya siyaset din kurumundan bağımsız olmalıdır. Bu sorunun ortaya atılmasının en önemli nedeni "vicdan özgürlüğü" kültürü ve zihniyetinin o toplumda korunması hususu olmaktadır. Aksi halde, o toplumda din ve siyaset kurumunun birbirine bağımlılık ölçüsüne, derecesine göre "vicdan özgürlüğü" azalır ve "baskı" ile "zorlama" ile din kurumunun varlığı korunmaya alınmış olur. Zor veya baskının olduğu toplumlar da evrensel anlamda demokrasi ve insan hakları prensipleri ihlal edilmiş olmaktadır.

Öte yandan, bu noktada ortaya çıkan önemli sorulardan biri ahlak – fazilet – erdem gibi kurumsallaşmış kültür ve yaşam tarzının olmadığı toplumlarda demokrasi ve insan hakları gibi evrensel prensipler ne ölçüde kendilerini "var" edebilirler. Kısacası, ahlak, fazilet, erdem yok ise veya bunlar o toplumda önem verilmeyen hususlar ise o toplumda demokrasi ve insan hakları olur mu?

Bilindiği üzere, ne günümüzdeki "eğitim sisteminin" kendisinin ve ne de "inanç sisteminin" kendisinin yukarıda sözü edilen ahlak veya fazilet veya erdem ile aralarında "birebir" ilişki yok. İnanç kültürünü istismar edenler olduğu gibi çok kaliteli eğitim almış ve toplumda çok iyi konumlarda olan insanların da konumlarını istismar ettikleri ve bu anlamda "beyaz yakalı" suç sosyolojisinde yer aldıklarını görmekteyiz.

BATI AYDINLANMA KÜLTÜRÜ VE SONUÇLARI

Demokrasi ve insan hakları ilkelerinin kurumsallaşmasının alt yapısı veya olmazsa olmazı olan ahlak, fazilet ve erdem gibi değerlerin kurumsallaşması önemli ölçüde din ve bilim eğitiminin birlikteliği hususuna dikkat çekmektedir. Bu nedenle, ülkemiz koşullarında toplumu yöneten siyasi irade ile İslami inanç değerlerinin birbiri ile entegre edilmesi konusu gündem olabilmektedir. Bilindiği üzere, Batı Aydınlanma Kültürü, üzerinde ısrarla durduğu (akıl-ilerleme ve özgürlük) prensiplerini, evrensel değerler olarak tüm dünyaya yaymaktadır. Ancak, 21 inci yüzyıl deneyimleri nedeni ile sosyolojik anlamda "akıl" ama hangi akıl ve benzer şekilde "özgürlük" ama hangi özgürlük soruları sanayileşmiş toplum yapılarında önemle ele alınmaktadır.

Sosyolojide önemli bir konumu olan Max Weber, yıllar önce toplumsal yapıları anlamak için sosyal davranışları anlamak ve bunları çalışmak lazım varsayımı ile *types of social action* (sosyal davranış modelleri ortaya koydu. Weber'e göre *means rational, value rational, affectual* ve *tradi-*

tional) adı altında toplam dört çeşit sosyal davranış söz konusu idi. Her toplumsal yapıda bunların hepsi az veya çok yer alsa da modern sanayileşmiş toplumlarda esas olarak *means rational* ve bir ölçüde *value rational* sosyal davranışlar yer alırken geleneksel toplumlarda esas olarak hakim sosyal davranışlar töreler ve duygusal motivasyonlar la yönetilmekteydi.

Modern sanayileşmiş toplumlarda bu sözü edilen *means rationality* sosyal davranış modeli günümüzde özellikle post modernite adı altında ele alınan sosyologlar ve sosyal felsefeciler tarafından ciddi eleştiri nedeni olmaktadır. Bu eleştirilerin temel nedeni aydınlanma kültürü ile kurumsallaşan "akıl kullanma" tamamen maddi çıkarlara endekslenmiş olmakta. Örf ve adetler, gelenekler ve sevgi- saygı gibi duygusal değerlerin ortaya koyduğu sorumluluklar anlamsızlaşmakta ancak maddi çıkar ağırlıklı toplumsal sorumluluklar önemli olmakta. Sonuçta modern insan veya sanayileşmiş toplumun vatandaşları hem aynı toplumda yaşamanın zorunluğu ile birlikteler ve aynı zamanda da birbirlerinden ne tür maddi menfaat elde edebilirlerin hesaplarını yapmaktalar. Bu hesaplamaların ortaya koydukları ile beraberler veya beraber değiller. Bu maddi çıkar endeksli "akıllı sosyal davranışlar" Aydınlanma Kültürünün sözünü ettiği "özgürlük" kültürünü yok edebilmektedir. Bu nedenle, Batı toplumları toplumsal yapılarında ortaya çıkan bu tehlikelere karşı uyarılmakta. Bilindiği üzere, Batı Aydınlanma Kültürü içinde özgürlük sade vatandaşın kendisini kendi yaşam koşulları içinde var etmesi olmaktadır. Ancak, maddi çıkar endeksli akıl burada sözü edilen özgürlük anlayışını bireysel bencillik haline dönüştürmektedir. Ben merkezli veya bencillik hakim sosyal davranış toplumsal sorumluluk duygusunu ve topluma karşı olması gereken yükümlülükleri değersizleştirmekte ve toplumsal yapı anlamsızlaşmakta.

Bu nedenle, *value rational, affectual* ve *traditional* model sosyal davranışların oluşmasında önemli katkıları olan eğitim sistemi ve dini bilgilerin kendisini geliştirmesi ve vatandaşların "vicdan özgürlüğü" içinde kalarak inançlarına göre inanç sosyalizasyonunun korunması devlet yönetimlerinde ele alınması gereken önemli bir husus durumunda kalabilmektedir. İşte, bu noktada siyaset ve İslam ilişkisi ülkemiz koşullarında tartışma konusu olabilmektedir. Bilindiği üzere 2002 seçimleri sonrası AKP iktidarı ülkemizi yönetmekte ve AKP İslami yaşam tarzını savunan bir siyasi parti olarak kendini ortaya koymaktadır. Bunun en son örneği "türbanın" kamu sektöründe ve üniversitelerde yasak olmaktan çıkarılması hususu olmaktadır. AKP Anadolu'nun muhafazakar inançlı popülasyonunu temsil etmektedir diyebiliriz.

İktidar partisinin İslami yaşam tarzına sıcak bakması nedeni ile, devlet yönetiminde makam elde etme ile inançlı görünme arasında "fırsatçı mentalitelerin oluşabileceği" varsayımını tartışma konusu yapmaktadır. Bu çalışma bu varsayımı ele almaktadır. Yukarıda ele alındığı üzere, "means rational" = "maddi çıkarcı akıl" = "araçsal akıl" = "fırsatçı zihniyet" gibi kavramlarla ifade edilebilinen sosyal ilişkiler zamanımızda önemli bir sosyolojik sorun olmaktadır. Özellikle post modernite tartışmaları bu hususu incelemektedir.

Literatürde *self monitoring scale* (çıkar endeksli sosyal ilişki) ölçeği ile yapılmış bir çok araştırmalar bulunmaktadır. Bu araştırmada, *self monitoring* ile namaz ve oruç tutma arasındaki ilişkiler ele alınmaktadır. Namaz kılma ve/veya oruç tutma bir inanç olarak mı?, yoksa iktidar partisinden maddi anlamda bir çıkar elde etmede bir vasıta olarak mı ortaya konmakta? Bu ve benzer sorulara bir ölçüde bilimsel bilgi elde etmeve yorumlar yapma bu araştırmanın temel sorusu olmaktadır.

"Self Monitoring", "self presentation" ve *"impression management"*, kavramları Erwing Goffman tarafından geliştirildi. Birey kendisini diğerlerine hangi amaçlarla takdim etmeye çalışmakta, hangi rol yapılarını nerede ve ne zaman ve hangi amaçla kullanabilmekte gibi sorular yukarıda sözü edilen kavramlarla ele alınabilmekte. Günlük yaşamda sade vatandaşlar kendilerini etraflarındaki diger insanlara nasıl takdim etmekteler ve bu takdimin temel nedenleri nelerdir gibi hususları ortaya koymak tartışma konusu olabilmektedir. Kısacası, "birey, diğerini veya diğerlerini kendi amaçları dogrultusunda control etmek için kendisinin uygun gördüğü davranış modelini uygulaması" varsayımı burada ele alınmakta. Means Rational = Self Monitoring = Çıkarcı Akıl ölçeklerinde yüksek puan alma bu insanın duruma göre ve çıkarlarına göre davranış modellerini uygulamakta varsayımını ortaya koymakta. Söyledikleri ile gerçekte ne yaptıkları arasında anlamlı bir ilişki yok. Maddi beklentileri elde amaç olunca duruma özel veya kişilere özel davranışlar söz konusu olunca ve genel anlamda prensipler kaybolabilmekte. "Gemisini yürüten kaptan" yaşam felsefesi olabilmekte.

METOD VE VERİLERİN TOPLANMASI:

Bu araştırmada dindarlık inançı namaz kılma, oruç tutma sorularına verilen cevaplarla elde edilmeye çalışıldı. Bu nedenle, ne sıklıkta namaz ve oruç tuttukları sorusu soruldu.

Veriler 5 farklı üniversiteden toplandı. 464 anket elde edildi. Sınıf ortamında, birinin digerinin verdiği cevapları göremiyeceği ortamda bu anketler uygulandı. Bu şekilde, *anonmyty* yani gizlilik ortamı elde edildi varsayımı dikkate alınması amaç oldu.

Bu araştırmaya katılanların, %37 (N= 90) kız, %63 (N=173) erkek; % 43(N=209) son sınıf öğrencisi, %63 (N=355) 3 kardeşi var, ve %31 (N=145) 2 kardeşi var. Bu sonuçlar bu araştırmaya katılanların çoğunlukla erkek ve orta büyüklükte küçük nükleer aileden geldiklerini göstermektedir. 27% (N=125) babalarının emekli olduğunu belirtirken %13 (N=59) babalarının emekli olmadığını ve çalışdıklarını belirtmekte ve bu çalışanların 7%si (N= 40) babalarının kamu sektöründe görev yaptıklarını söylemekte. Öte yandan 84% (N=388) kişinin annesi ev hanımı olmakta. %64 (N=297) kişi ailelerinini ekonomik durumunun orta derecede olduğunu belirtirken, %30 (N=137) ailelerinin ekonomik durmunun ortanın üstü olduğunu söylemekte. Bu araştırmaya katılanların 264 si, (%59) kent dogumlu. Özetle, kent kökenli ve yoksul olmayan aielerden gelen, son sınıf ve orta büyüklükte nükleer aile yapısından gelen ögrenciler bu araştırmaya katılmıştır.

The self monitoring scale ölçegi bu araştırmada, *means rational* veya çıkarcı akıl anlamında yorumlandı ve toplam 13 soru var ve sorular *liker format* şeklinde düzenlendi. Verilen cevapların kodlanmasında 1 (tamamen red etme) 4 (tamamen evet/kabul) olarak yer aldı). Öte yandan, ölçeğin *validity* ve *realibilty* (güvenirlilik ve geçerlilik testi için) Cronbach's alpha uygulaması yapıldı.

Self monitoring ölçeği için Cronbach's Alpha 0.515 sonucu elde edildi. İstatikçilerin kabul ettiği 0.5 ve yukarı sonuçlar bu ölçegin yeterli anlamda geçerli ve güvenirli olabileceğini göstermektedir. Bu nedenle, elde edilen sonuçlar için gerekli istatiksel analizler yapıldı. *Self monitoring* ile namaz kılma arasıdaki ilişkiler ele alındığında *Corrected item-total correlation coefficients* hesaplandığında 1, 3, 5, 8, 9, 10, 11 (see table 1) numaralı soruların toplam sonuçlarla 0.2 ile 0.3 arasında bir ilişki katsayısı sayısına sahip oldukları görülmektedir. Bu sonuç bu anketteki sorulara verilen cevapların istatiksel anlamda önemli olduğunu bizlere göstermektedir.

Öte yandan bu ölçekteki sorulara verilen cevapların kendi içindeki istatiksel anlamda ilişkileri hesaplandığında (zero order correlation) özellikle 2, 5, 6, ve 1, 10, 11 ve 4, 8, 9, 11 numaralı soruların 0.3, pearson ilişki sayısına (pearson correlation coffecient) sonucunu ortaya koyduklarını görmekteyiz. Bu sonuca göre 2, 5, 6 nolu sorulara olumlu cevaplar çıkarcı akıl seviyesinin düşük olmasını ve 1, 4, 8, 9, 10 ile 11 numaralı sorulara olumlu cevapların çıkarcı akıl seviyesinin yüksek olması durumunu gösterdiğini belirtebiliriz

TABL0 1 : OPERASYONEL TANIM
(SELF MONITORING SCALE = ÇIKARCI AKIL) (N=464).

SORULAR	SD	DISAGREE	AGREE	SA
1. Duruma ve etrafımdaki insanların kim olduguna bakarak/gözeterek farklı yerlerde farklı davranırım.	53	170	159	77
2. Etrafımdakilerin beni sevmesini elde hususunda pek becerikli değilimdir.	122	236	82	20
3. Grup içinde çok nadiren ilgi odağı olmaktayım	53	200	168	25
4. Gerçekte grup içinde huzurlu veya mutlu olmasam da iyi vakit geçiriyor gibi davranırım.	52	153	200	54

5. Farklı durumlara veya farklı insanlarla birlikte olduğumda bu farklılıga göre davranmayı beceremem.	112	202	107	32
6. Grup ortamında, fıkra ve hikâyeler anlatılmasını ve şakalaşmaları başkalarına bırakırım.	63	209	136	47
7. Başkalarını taklit etmeyi beceremem.	95	197	116	45
8. Grup ortamında, etrafımdakilerin hoşlanacağı ve seveceği şeyleri söylemeye çalışmam.	119	193	103	40
9. Bir sosyal ortamda nasıl davranılması hususunda pek emin degilsem etrafımdakilere bakarım ve onlar gibi davranırım.	44	119	215	74
10. Etik ve ahlâka uygun olduğuna inandığım bir şey için insanların gözünün içine bakarak yalan söylerim.	109	153	142	51
11. Gerçekte hoşlanmadığım halde arkadaşça veya hoşlanmış gibi davranarak onları aldatırım.	159	185	86	23
12. Diğer insanların benimle hoş vakit geçirdiklerini düşünürüm – inanırım.	89	139	137	87
13. Benim davranışlarım benim gerçek duygularımı tavırlarımı düşüncelerimi inançlarımı yansıtır.	9	49	246	152

Yukarıdaki tabloda elde edilen sonuçlar bazı genel ilginç sonuçları göstermektedir. "Farklı ortamlarda ve farklı insanların olduğu yerlerde bu farklılığa göre farklı davranırım "sorusuna 231 kişi (% 51) evet demektedir. Benzer şekilde bu yukarıdaki sorunun tersi olan ''farklı ortamlarda ve farklı insanların olduğu yerlerde bu farklığa uygun olarak farklı davranmam benim için kolay değil" sorusuna bu çalışmaya katılan 314 kişi (% 68) hayır demektedir. Bu sorulara verilen cevaplar genelde bu araştırmaya katılanlarda çıkar amaçlı akıl kullanma averajın üstünde olabilir tezini varsayımını gösterebilmektedir. Ancak, "grup ortamlarında etrafımdakilerin hoşlanacağı şeyleri anlatma veya onların beğeneceği şekilde davranmak için gayretler yapmam" sorusuna 312 kişi (%68) hayır demekteler. Yani olumlu cevap vermişlerdir.

TABL0 2: NAMAZ KILMA İLE ÇIKAR AMAÇLI AKIL ARASINDAKİ İLİŞKİ (N=446).					
NAMAZ					
ÇIKAR AMAÇ	BAZEN	HİÇ	SIK	ÇOK SIK	TOPLAM
	N	%	N	%	
DÜŞÜK	142	67	69	33	211
YÜKSEK	144	61	91	39	235
TOPLAM	286	64	160	36	446

Yukarıdaki tablo, bu soruya cevap veren toplam 446 kişiden 235 nin (% 53) göresel anlamda yüksek çıkar akıl amaç degerlerine sahip olduklarını ve bunların 39% nın (91) nin sık veya çok sık olarak namaz kıldıklarını, öte yandan bu kategoride geriye kalan 144 kişinin (61%) ise hiç veya çok az namaz kıldıklarını ifade ettikleri ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada, bu iki degişken arasında istatiksel anlamda anlamlı bir ilişki olamayabilir varsayımı gündem olabilmektedir. Namaz kılma sıklığı ile çıkar amaç arasındaki ilşkiyi daha net görmek için ki kare test uygulandığında ki kare 1.75 ve Alpha=0.186 sonuçları elde edilmiştir. Bu bilgiler namaz kılma sıklığı ile çıkarcı akıl arasında istatiksel anlamda bir ilişki olma varsayımını kabul etmemektedir. Günde 5 vakit namaz kılanlar büyük bir olasılıkla bunu kendi inançları için yapmaktadır ve herhangi bir çıkar için namaz kılma olasılıkları mümkün değil.

Aşagıdaki tablo, CUMA NAMAZI kılanları sadece ele alarak çıkar amaç ile ilişkisini incelemekte. Görüldüğü üzere, bu soruya cevap veren toplam 356 kişiden cuma namazına gittiklerin belirtmekte olanların sayısı 149 olmakta. Bu 149 kişinin de %43 (N= 92) cuma namazını sık veya çok sık kıldıklarını ifade etmekte ve çıkar amaç olgusunda yüksek değere sahp olmaktalar. Yani, çıkar amaç sorularına verdikler cevaplarla yüksek puan alan bu toplam 149 kişinin 92 si Cuma namazını sık veya çok sık kılmakta. Bu iki değişken arasında istatiksel anlamda anlamlı bir ilşki olup olmadığını göstermek için "ki kare" analizi yapıldı. "Ki kare" 6,29 ve alpha 0.012 degerleri elde edildi. Bu bulgular Cuma namazına sık veya çok sık gitme ile çıkar amaç zihniyeti arasında istatiksel anlamda anlamlı bir ilşki olduğu varsayımını desteklemektedir.

TABL0 3: CUMA NAMAZI VE ÇIKAR AMAÇ İLŞKİSİ (N=356).					
CUMA NAMZINA GİTME SIKLIĞI					
ÇIKAR AMAÇ	BAZEN	HİÇ	SIK	ÇOK SIK	TOPLAM
	N	%	N	%	
DÜŞÜK	107	65	57	35	164
YÜKSEK	100	52	92	43	192
TOPLAM	207	58	149	42	356

TABL0 4: ORUÇTUTMA VE ÇIKAR AMAÇ İLİŞKİSİ (N=449).					
ORUÇ TUTMA					
ÇIKAR AMAÇ	BAZEN	HİÇ	SIK	ÇOK SIK	TOPLAM
	N	%	N	%	
DÜŞÜK	26	12	185	88	211
YÜKSEK	45	19	193	81	238
TOPLAM	71	16	378	84	449

Oruç tutma sıklığı sorusuna cevap veren toplam 71 kişi (%16) hiç veya çok az anlamda oruç tuttuklarını belirtmişler. Öte yandan, toplam 378 kişi (%84) sık veya çok sık oruç tuttuklarını söylemekteler. Bu 378 kişininde 185 (%48) çıkar amaç konusunda düşük skor elde ederken 193 tanesi (% 52) yüksek puan almaktalar. Bu sonuçlar, oruç tutma ile çıkar amaç arasında istatiksel anlamda anlamlı bir bir ilişki olabileceğini telkin edebilmektedir. Ki kare istatiksel analizi yapıldığında ki kare = 3,l4 ve alpha 0.056 sonuçları elde edilmiştir. Bu sonuçlar beklenildiği gibi sık veya çok sık oruç tutmanın bir nedeni çevreye karşı sempatik davranma ve onların beklentileri doğrultusunda olumlu davranmalarının bir nedeninin maddi çıkar sağlama beklentisi olabilecğini göstermektedir.

SONUÇ

Sosyolojik anlamda günümüzün önemli sıkıntılarından biri sosyal davranışlarda temel motivasyonun maddi çıkar kültürü ve zihniyeti tarafından domine edilmesi hususudur. Bu değerler insanı maddi çıkar yüklü yaparken insani değerlerin azalması sonuçlarını ve yardımlaşma- paylaşma gibi hiçbir maddi çıkar olmadan sade vatandaşların toplum içinde yaşamaları hususunu körletmektedir. Sevgi, saygı gibi değerler maddileşmekte. Bu çeşit sosyolojik iletişim toplumsal yapıdaki rekabet ve bireycilik gibi değerleri yozlaştırmaktadır. Bilindiği üzere, sadece kendini ve çıkarlarını düşünen insanlar "bireyciliği bencillik" haline getirmekte. Gerçekte, bireycilik ''insanın kendisini kendi yaşam koşullarında var etme". Özetle, bireycilik kendini olduğu gibi kabul edip topluma faydalı olma gayretleridir. Öte yandan, "bencillik halindeki bireycilik" özgürlük gibi demokrasinin temeli olan zihniyeti de tahrip etmektedir. Bilindiği üzere, bencillik kendi içinde hem bireyin kendisini ve hem de diğerlerini baskı altına alma olma olmaktadır.

Öte yandan, inanç sisteminin siyasallaşması "iktidar partisinin" kendi çıkarlarını ülke çıkarlarının üzerine alma durumu yaratabilir. Oy kaygısı ve popülizm gündem olur. Devlet yapısında, liyakat unutulur ve laik-laik olmayan gibi ayrımcı hususlar gerçekleşebilir. Makamlar liyakat dışındaki değişkenlere göre dağıtılır. Liyakat prensiplerinin istismarı demokrasi ve insan hakları ilkelerinin yozlaşması sonuçlarını yaratır. Bu durum, hem inanç sistemini ve hem de devlet yönetiminin adaletten uzaklaşması sonucunu ortaya koyar. Bu ve benzer nedenlerle, siyasi irade ile inanç sisteminin birbirinden bağımsız olması adalet ve liyakat ilkelerine daha yakın kurumsallaşmaların günümüz koşullarında önem kazanmaktadır.

Normatif Olgu-Bireysel Hak ve Özgürlükler İlişkisinin Felsefi Bağlamı

Muharrem KILIÇ*

Giriş

Bilindiği üzere, Rus asıllı Fransız sosyolog Georges Gurvitch'in (1894-1965) hukuk sosyolojisinin kuramsal temelini oluşturan iki temel kavramdan birisi 'normatif olgu', diğeri ise 'hukuksal çoğulculuktur'. Gurvitch'e göre normatif olgu, toplumsal gerçekliğin hukuk yaratmaya ya da hukukun asli kaynağı olmaya elverişli her türden görünümüne denilmektedir.[1] Gurvitch'in özetle hukuk oluşturmaya elverişli toplumsal olgular olarak ortaya koyduğu 'normatif olgu' kavramı hukuk sosyolojisinde bir kırılma noktası oluşturmaktadır. Ancak normatif olgu kavramını bir icat veya yeni bir tez olarak değil de bir keşif olarak görmek gerekmektedir. Keşfedilen gerçekliğin ayrıntılarının ve içeriğinin doğru bir biçimde açığa çıkarılması ancak böyle bir bakış açısı ile mümkündür.

Hukukun kaynağını, onu dışsallaştıran iradeden ziyade onu yaratmaya elverişli olgularda arama fikrinin hukuk sosyolojisinden de eski bir geçmişi bulunmaktadır. Klasik Yunan doğal hukuk düşüncesi içerisinde özellikle Aristoteles'in şeylerin doğasına ve özellikle toplumsal normların kaynak ve oluşumlarına ilişkin ortaya koyduğu açıklamalar bugün 'normatif olgu' kavramı altında yapılan tespit ve tartışmaların nüvelerini içermektedir.[2]

Günümüzde normatif olguya atıfla oluşturulan hukuk kuramları, genel olarak, bireyin eyleminin belirleyici olduğu bir toplumsal norm anlayışını odağına almakta ve hukukun kaynağına ilişkin görüşlerini belirli toplumsal temellere oturtmayı hedeflemektedirler. Bu metodoloji temelinde oluşturulan hukuk kuramlarının antropolojik bir liberal doğal hukuk anlayışını yansıttığı söylenebilir. Hukukun oluşumunda bireyin eyleminin belirleyiciliğine yapılan vurgu, bireysel hak ve özgürlüklerin hukuk aracılığı ile korunması bakımından elverişli bir hukuk anlayışının şekillenmesini sağlamış gibi görünmektedir.

Ancak bu modern liberal anlayış, iktidar sorununun hukuksal analize dâhil edilmemiş olması nedeniyle eleştirilmektedir. Kanımızca bu eleştiri haklı olmakla birlikte, bu anlayışı ve bu anlayışın temelinde yer alan metodolojiyi tamamen reddetmeyi gerektirmemektedir. Yapılması gereken bu metodoloji çerçevesinde iktidarın etkisinin

* Prof. Dr., Akdeniz Üniversitesi Hukuk Fakültesi, muharremkilic@akdeniz.edu.tr

1 Gurvitch, "Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?" (çev. H. Topçuoğlu), AÜHFD, c. II, sy. 4, 1945, s. 179.

2 Can, Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011, s. 13-14.

ve sorumluluklarının belirlenmesi ve bu yolla gerçekleştirilmiş olan iktidar analizinin kurama entegre edilmesidir. Böylece hem bireysel hak ve özgürlüklerin tanınmasında bireysel eyleme belirleyicilik tanınmasının hem de bu hakların doğrudan veya dolaylı olarak korunmasında iktidarın sorumlu bir konuma yerleştirilmesinin felsefi temeli ortaya konmuş olacaktır.

Bireysel Hak ve Özgürlükler

Rönesans ile başlayan hümanizm akımı 'bireyi' ön plana çıkarmıştır. Bireyin odak kılınması, doğallıkla birey ile devlet arasındaki ilişkinin yeniden kurgulanmasına yol açmıştır. Devlet, insan olarak bireyin hizmetinde ve onun gelişimini temin edecek bir aygıt olarak tasavvur edilmiştir. Bu doğrultuda 17. ve 18. yüzyıl rasyonalist düşünürleri, bireyin hak ve özgürlüklerini doktrine etme yoluna gitmişlerdir. Jean Bodin (1530-1596), Hugo Grotius (1583-1645), Thomas Hobbes (1588-1679), Samuel von Pufendorf (1632-1694), Leibniz (1646-1716), Christian Wolf (1679-1754) ve Kant (1724-1804) gibi düşünürler/filozoflar, doğal hukuk kuramını bu meyanda yeniden yorumlamışlardır.

Bireysel hak ve özgürlüklerin felsefi temeli, rasyonalist doğal hukuk kuramı ile oluşturulmuştur. 19. yüzyıl hukuksal pozitivizmine rağmen, değişmez, evrensel ve mutlak insan hakları kategorisinin varlığını savlayan doğal hukuksal kuram kendi zeminini korumuştur. Buna bağlı biçimde, doğal hakların mutlak geçerliliği düşüncesi benimsenmiştir.

Devlet otoritesinin bireyin hak ve özgürlükleri karşısında sınırlandırılmasını öngören bir başka yaklaşım, toplumsal sözleşme kuramıdır ki, bu da doğal hukuksal düşünce üzerinde temellenmektedir. Toplumsal sözleşme kuramcıları (Hobbes, Locke, Rousseau) bireyin, devletin otorite alanına delege etmiş olduğu hak ve özgürlüklerin kapsam ve niteliği açısından farklı çerçeveler çizmişlerdir.

Bireyin doğuştan sahip olduğu doğal haklar açısından 'devredilemezlik' ve 'bölünemezlik' ilkeleri benimsenmiştir. Zira bu hakların devleti öncelediği düşüncesi egemen olmuştur. Bu hak ve özgürlükler, devletin yasalarla dahi olsa bunların özüne dokunamayacağı düşüncesi kabul edilmiştir.

Örneğin John Locke (1632-1704), iki devlet erkinin -yasama ve yürütme- bireylerin hak ve özgürlüklerini güvence ve koruma altına alma yükümlüğünü tespit etmiştir. Locke, bu yükümlülüklerle sınırlı bir devlet yetkisi tanımlamıştır.[3] Bu kuram, modern batı demokrasilerine ve anayasalarına ilham kaynağı olan bir yaklaşım olmuştur. Öte yandan J.J. Rousseau'nun (1712-1778) toplum sözleşmesinde yetki devri, milli iradeye ya da soyut bir egemen güce tevdi edilmektedir.

Tarihsel süreçte, 1689 tarihli İngiliz Temel Haklar Bildirisi, 1776 tarihli Amerika Virginia İnsan Hakları Bildirisi, 1787 tarihli Amerika Birleşik Devletleri Anayasası, 1789 tarihli Fransız İhtilali ve Fransız İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi ve 1791 tarihli Fransız Anayasası, maddi

3 Didier, John Locke, (çev. Atakan Altınörs), Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2009, s. 63-67.

içerikleri bir yana anayasa hareketlerinin sembolik evrelerine işaret etmektedir. Bu tarihsel serencamın (anayasa hareketleri) ikinci dünya savaşına kadar süren yaklaşık iki yüzyıllık bir sürece tekabül ettiği görülmektedir. İkinci dünya savaşında ortaya çıkan ağır insan hakları ihlalleri, 20. yüzyılda insan haklarının evrenselleşme serüvenini başlatmış ve bu süreçte belirlenen talepler 10 Aralık 1948 BM Evrensel İnsan Hakları Bildirisi'nde somutlaştırılarak düzenlemeye bağlanmıştır. Böylece yaşama hakkı, kişi güvenliği, özel yaşamın gizliliği, konut dokunulmazlığı, din ve vicdan özgürlüğü, düşünce ve haberleşme özgürlüğü gibi haklar uygar dünyada bireyin temel ve dokunulmaz hakları olarak kabul edilmiş olmaktadır.

Devlet ve Hukuk Aklının Modernleşmesi

Weberyen kuramsal çerçevede ifade etmek icap ederse modernleşme; üretim, yönetim, devlet ve hukukun akılcılaştırılmasıdır. Max Weber'in (1864-1920) diliyle modernleşmeyi karakterize eden özellikler; büyü bozumu, dünyevileştirme, akılcılaştırma, meşru akılcı otorite ve sorumluluk ahlakıdır.[4] Batı-merkezci bir dil ile Weber bu karakteristik özellikleri münhasıran Batıya özgülemektedir. Bu meyanda Weber şöyle der: "*...Roma'nın ve onun öğrencisi olan Batı hukukunun kesin hukuksal ayrımları ve sağlam düşünüş biçimleri yalnız Batı'ya özgüdür. Öte yandan, kanon hukukuna dayalı bir yapı yalnızca Batı'da bilinir.*"[5]

Rasyonel biçimde formüle edilmiş bir anayasa, devlet ve hukuk düzeni ancak Batı'ya özgüdür. Weber'e göre: "Ussal biçimde dile gelmiş 'anayasası', ussal biçimde dile gelmiş hukuku ve ussal biçimde dile gelmiş kurallara ve 'yasalara' bağlı olarak siyasal bir düzenleme anlamında 'devlet', uzman görevliler tarafından yürütülen, onun özü için gerekli olan ögelerin bu bileşimiyle, başka yerlerde görülen ilk örnekleri hesaba katmazsak, yalnızca Batı'da bilinir."[6]

Weber'in yapmış olduğu bu Batı-merkezci vurgu, modern kapitalizmi temel almaktadır. Modern kapitalizmin rasyonel işleyişi, kendi devamı için sonuçları öngörülebilir teknik iş araçlarına gerek duymaktadır. Ancak bunun da ötesinde işlem güvenliğini sağlayacak bir hukuk ve de formel olarak belirlenmiş bir işletme düzeni bu sistemin sürekliliği için olmazsa olmaz kabul edilmektedir. Böylesi bir hukuk sistemi ve işletme anlayışının özgün olarak yalnız Batıda ortaya çıkmasının sadece materyal koşulların bir sonucu olarak görülmesi Weber'e göre doğru değildir. Bu tür bir ekonomist yaklaşımı eksik ve eksikliği ölçüsünde yanlış olarak gören Weber, bireyin belirleyiciliğini savunmak bakımından özellikle hukukçu zümresinin ortaya çıkışını ve bu hukukun dönüşümüne etkisini bir sav olarak öne sürmektedir.[7]

4 Weber, Hukuk Sosyolojisi, (çev. Latif Boyacı), Yarın Yayınları, İstanbul 2014, s. 345-349.

5 Weber, Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu, (çev. Zeynep Aruoba), Hil Yayınları, İstanbul 1997, s. 14.

6 age, s. 16.

7 Weber, 1997, s. 23-24.

Marshall Berman (1940-2013) ise modernliği üç evre dahilinde incelemenin, tarihsel gelişmelerin temelinde yer alan özdeksel ve tinsel muharrikleri doğru tahlil etmede elverişli olacağını düşünmüştür. Berman modernliğin birinci evresini, 16. yüzyıl başları ila 18. yüzyılın başı olarak sınırlandırmıştır. Düşünüre göre bu zaman diliminin karakteristik özelliği insanların, modern hayatı algılamaktaki acemiliğidir. Öyle ki insanlar onlara "*neyin çarpmış olduğunu*" henüz anlamış değillerdir. 1790'larla birlikte devrim hareketlerinin başarıya ulaşıp bütün Avrupa'yı sarsan dev bir dalgaya dönüşmesi modernliğin ikinci evresinin başladığı noktayı imlemektedir. Fransız Devrimi devasa ve yeni bir kamusallık biçiminin ortaya çıkmasına neden olmuştur. Üçüncü ve son evre ise, yirminci yüzyılla başlar ve bu evrenin temel niteliği artık modernliğin temel paradigma olarak neredeyse tüm dünyada etkin hale gelmiş olmasıdır. Modernizm, yalnızca kamusal alanın siyasi ve hukuki boyutunu değil, düşünsel ve kültürel yapısını da belirleyecek bir güce ulaşmıştır. Modern düşüncenin ve tekniğin elde ettiği göz alıcı başarıların bu durumdaki etkisi yadsınamaz.[8]

Paradoksal Birlik: Modernleşme

Berman'a göre, "Modern olmak, paradoks ve çelişkilerle dolu bir hayat sürdürmek demektir."[9] O bu düşüncesini şu sözlerle ifade eder:

> "Bugün, dünyanın her köşesindeki insanlarca paylaşılan hayati bir deneyim tarzı; diğer bir deyişle uzay ve zamana, ben ve ötekilere, yaşamın imkânları ve zorluklarına ilişkin bir deneyim tarzı var. Bu deneyim bütününü modernlik diye adlandırmak istiyorum. Modern olmak, bizlere serüven, güç, coşku, gelişme, kendimizi ve dünyayı dönüştürme olanakları vaat eden; ama bir yandan da sahip olduğumuz her şeyi, olduğumuz her şeyi yok etmekle tehdit eden bir ortamda bulmaktır kendimizi. Modern ortamlar ve deneyimler coğrafi ve etnik, sınıfsal ve ulusal, dinsel ve ideolojik sınırların ötesine geçer; modernliğin, bu anlamda insanlığı birleştirdiği söylenebilir. Ama, paradoksal bir birliktir bu, bölünmüşlüğün birliğidir: Bizleri sürekli parçalanma ve yenilenmenin, mücadele ve çelişkinin, belirsizlik ve acının girdabına sürükler. Modern olmak, Marx'ın deyişiyle 'katı olan her şeyin buharlaşıp gittiği' bir evrenin parçası olmaktır."[10]

Düşünüre göre bugün modernleşme olarak nitelendirdiğimiz her şey, yirminci yüzyılda bir girdabı oluşturan ve onu devamlı kılan süreçlerdir. Bu süreçler, insanları bir yandan nesneleri yaparken bir yandan da onlara dünyayı değiştirme gücü vaat etmiş, içinde bulundukları girdabı kendilerine mal etmeyi öneren çeşitli görüş ve düşünceleri de beslemiştir. Bu süreç içerisinde ortaya çıkan görüş ve düşünceler ise geçtiğimiz yüzyılda topyekûn 'modernizm' başlığı altında toplanmıştır.[11]

8 Berman, Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor: Modernite Deneyimi, (Çev. Ümit Altuğ ve Bülent Peker), İletişim Yayınları, İstanbul 1994, s. 13.

9 age., s. 8.

10 Berman, 1994, s. 15.

11 age., s. 12-13.

Jean-Jacques Rousseau'yu (1712-1778) henüz Amerikan ve Fransız devrimlerinden önce, *'moderniste'* sözcüğünü bugün kullanılacağı anlamda kullanmış olması nedeniyle arketipik bir modern ses olarak kabul etmek gerekir. Berman da bugün nostaljik düşlemden psikanalitik öz irdelemeye ve katılımcı demokrasiye kadar uzanan çeşitli tartışma alanlarında düşüncenin yolunun genellikle Rousseau'dan başladığını veya en azından Rousseau'nun bu düşünce izleğinde önemli bir durak olduğunu savunmaktadır.[12] Toplumdaki dramatik dönüşümün izleri onun siyaset felsefesi yazılarından ayrı olarak *Yeni Heloise* adlı romanında ziyadesiyle açık bir biçimde görülmektedir. Rousseau bu eserinde, çağdaşlarını toplumun uçurumun kenarında olduğuna ikna etme çabası içindedir. Modernliğe yönelik bu eleştirileri, söz konusu kitabı ilk post-modern eserlerden biri kılacak niteliktedir. Temelde modernlik kötü ve çelişkilidir, özne modern dünya içerisinde bunalımdadır. Rousseau romanın başkahramanının ağzından bu durumu şöyle ifade etmektedir:

> "Her daim çarpışan gruplar ve hizipler, durmaksızın ortaya çıkıveren, yenilenen önyargılar ve çatışan kanaatler… Herkes sürekli kendisiyle çelişkide… İnsanı içine çeken bu heyecanlı, çalkantılı hayat karşısında sarhoş olduğumu hissediyorum. Gözlerimin önünden geçip duran böyle çok sayıda nesne başımı döndürüyor… Hepsi birden hislerimi sarsıyor; öyle ki ne olduğumu, neye ait olduğumu unutuyorum… Her gün, ertesi gün kimi seveceğimi bilemiyorum."[13]

Demir Kafes Metaforu

Weber, bürokrasiyi yüceltmekle birlikte bir takım endişeleri de dile getirmiştir. Rasyonelleşmiş bürokrasi bireysel özgürlükleri tehdit edici bir hüviyete bürünebilir. Bürokrasinin disiplinli çalışma dünyası ile bireysel özgürlüklerin kısıtlanması söz konusu olabilir. Bürokrasi insanları demir kafese (***iron cage***) hapsetmektedir.

Modernitenin yaratmış olduğu devlet aygıtı tüm yönetimsel ve denetimsel enstrümanları ile bireyi toplumsallığı içerisinde mahkûm etmektedir.

Berman, 'kafes' metaforunu daha ileri bir düzeye taşmaktadır. Ona göre 'modern toplum' alelade bir kafes değildir. Bu kafesin parmaklıkları, içine aldıklarını hapsetmekle kalmaz, bir yandan da onları biçimlendirir. Bu biçimlendirme neticesinde insan, ruhunu, kalbini, cinselliğini, kişiselliğini velhasılıkelam varlığını yitirir. Böylelikle modern insanın bir 'özne olma' niteliği yok olup gitmiştir.[14]

Berman ile aynı yönde Michel Foucault da (1926-1984) özgürlüğün modern insanlık için mümkün olmadığını savunmaktadır. Foucault'nun bu savunuyu aksi görüşte olan düşünürleri hor görmeye kadar götürdüğü görülmektedir. Ona göre anlık cinsel arzular bile hayatı nesne edinmiş olan modern iktidar teknolojilerinin ma-

12 Age., s. 14.

13 Rousseau, Yeni Heloise, Öteki Yayınevi, İstanbul 1999, s. 15.

14 Berman, 1994, s. 29.

nipülasyonundan ibarettir. Bu iktidar teknolojileri bedenler ve onların maddiliğini, güçlerini, enerjilerini, durum ve zevklerini yakalayarak işlemekte ve insanları böylece gütmektedirler. Siyasal düzlemde zorba monarkların devrilmesi, insan haklarının pekiştirilmesi, anayasaların yapılması, Foucault'ya göre, aslında feodal çağlara doğru bir hukuksal gerilemeye tekabül etmektedir. Ona göre, anayasalar ve çeşitli hak bildirgeleri özünde değişmemiş olan bir iktidarın kabul edilebilirliğini arttıran biçimlerden ibarettirler.[15]

Bu bakışla ele aldığımızda modernite yi durağan ve tutarlı bir hal olarak ele alma imkanının ortadan kalktığını görmüş oluruz. Modernite, *"tahakküm ve direniş, egemenlik ve özgürleşme mücadelesini barındıran bir iktidar ilişkisi*dir."[16] Bu ilişkinin kurucu öğesi ise modern akıldır. Batı modernitesi bu aklı inşa etmek adına düzen kurucu (*regülatif*) işlevi ile karakterize olmaktadır. Modernite, düzen kurma (*regulation*) ile özgür kılma (*emancipation*) arasında dinamik bir gerilim üzerine inşa olmuştur. Çağdaş Portekizli düşünür Boaventura de Sousa Santos'a göre; düzen kurma ve özgür kılma arasındaki gerilim çözümsüzdür; ikisi arasında olası bir uzlaşma mümkün değildir.[17] Özgür kılma ile düzen kurma arasındaki gerilim, düzenleyici iktidarın meşruiyetini kendi özerkliğinden aldığı gerçeğine dayanmaktadır.

Düzen kurucu işlevi ile modern devlet düzeni, yönetimsel sistemin yoğunlaşmasını ifade etmektedir. Devletin denetim ve gözetim kapasitesinin yoğunluğu, temelde modern devleti karakterize edici niteliktedir. Ayrıca gözetim aygıtlarının çeşitliliği de karakteristik bir özelliktir. Modern devlet, toplumsal yaşamı bütün yönleriyle gözetim ve denetim altına alan bir devlet algısı ve pratiği üretmiştir. Tüm bu süreçlerin bir parçası ve sonucu olarak modern insan, endüstrileşen savaşın, modern devletin tekeline aldığı şiddetin, totaliter yönetimlerin ve kategorileştirmenin nesnesi haline gelmiştir.

Modern Uygarlığın Büyük Günahı: Soykırım

Zygmunt Bauman'a (1925) göre, 'Modern uygarlık olmaksızın soykırım *(holocaust)* düşünülemez.' Zira soykırımı düşünülür kılan modern uygarlığın akılcı dünyasıdır. Soykırım, bürokratik bir aygıt eliyle, yasalarla yetkilendirilmiş görevlilerce ve modern örgütlü bir toplumda gerçekleştirilmiştir. Bu, hukuk kurallarıyla ayrıntılı biçimde belirlenmiş bürokratik düzenlemeler ve prosedürlere uygun şekilde gerçekleştirilmiştir.[18] Düşünür, bir devletten bahsedebilmek için evvela bir güç odağı tarafından bir arada tutulan belirli bir toprak parçasının varlığının gerektiğini belirtmekle birlikte, iktidarın asıl nesnesinin devlet otoritesinin işlediği bu alandaki bireyler olduğunu öne sürmektedir. Böylesi bağlılık ve aidiyet, sathi olmaktan öte hukuki bir niteliğe bürünmüştür. Devlet otoritesi, temelde, belirtilen bu fiziksel

15 Age., s. 40.

16 Hardt; Negri, Ortak Zenginlik, (çev. Efla-Barış Yıldırım), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2011, s. 79.

17 De Sousa Santos, Toward a New Legal Common Sense, Routledge, New York 1995, s. 2-3.

18 Bauman, Modernite ve Holocaust, (çev. Suha Serthabiboğlu), Sarmal Yayınları, İstanbul 1997, s. 32 vd.

yerleşikliğe sahip olan herkes tarafından uyulması gereken kuralları, diğer bir deyişle ülkenin yasalarını bildirme ve uygulama yetkisinde belirgin olmaktadır. Devlet otoritesinin bir nesnesine dönüşen birey, yasalara uymaması halinde kendini parmaklıkların ardında, namlunun ucunda veya idam sehpasında bulabilir.[19] Daha doğru bir deyişle devlet namluları bireye yöneltebilir, bireyi özgürlüğünden mahrum edebilir veya yasalar elveriyorsa öldürebilir. Birey özne olma kabiliyetini büyük oranda yitirmiştir. Devletin nazarında bir uyruk ve devlet tasarrufunun nesnesi olarak diğer bireylerle birlikte yer alır. Devlet, bireyin davranışlarını hak ve ödevler aracılığıyla ve tümüyle belirleme ve tanımlama niyetindedir. Devlet, bunu yapmadığı takdirde, her boşluk alanında birey kendi eylemini belirleme eğiliminde olacaktır. Devlet nazarında uyruklar, sürekli biçimde talimatlara ve yasaklara muhtaç olarak addedilir.[20]

Modern hukukun öngördüğü devlet tasarımının bireyi kuşatıcı yönetimselliği karşısında eleştirel hukuk yaklaşımları boy göstermiştir. Hukukun politik niteliğine yapılan vurgu 'eleştirel hukuk yaklaşımları' farklı kavramlar üzerinden hukuk tanımlaması yapmışlardır. Duncan Kennedy (1942) hukuku ***hegemonya***, Collins ve Pasukanis ***ideoloji*** kavramıyla nitelemektedir. Raymond Belliotti, ***fetişizm*** kavramı ile hukuku tanımlamaktadır. Eleştirel çalışmalarda modern hukukun belirli özelliklerine vurgu yapılmaktadır. Bunlardan biri hukukun meşrulaştırıcı etkisidir. Bir alanın yasal düzenlemeye konu olmasıyla birlikte toplumsal bir meşruiyet kazandığı görülmektedir. Diğer bir husus ise, hukukun sınıfsallığıdır. Hukuk, egemen sınıfın egemenliğini tahkim etmesinde bir araç olarak kabul edilmektedir. Belirtilen meşrulaştırıcı etki ise hukukun sınıfsallığını peçeleyerek alt sınıflar açısından da meşruiyeti temin edecek bir 'hegemonik ve ideolojik etki' oluşturmaktadır. Hukukun böylesi bir tahakküm aracı olmasının önüne geçilmesi, ancak hukukun gerçek yazarının yasa koyucular değil sosyal temsilcilerin tüm grubu olmasının sağlanması ile mümkün olacaktır.[21]

Hukuka yönelik sınıf araçsalcı yaklaşımları öne çıkaran düşünürlerden biri olan Pasukanis'e göre hukuk sınıfsal sistemin içinden bir ilişki olarak gerçekleşir ve bu yüzden toplumsal ilişkilerden ayrılamaz.[22] Buna bağlı biçimde hukukun toplum tarihinden bağımsız bir tarihi söz konusu değildir.[23] Ancak hukuk sadece toplumsal ilişkilerin bir ürünü değil, aynı zamanda bu ilişkilerin üreticisi ve belirleyicisidir. Hukuk, meşrulaşmış söylevin en kusursuz formudur; ve yalnızca tanındığı ölçüde bu gücünü hayata geçirebilir.[24] Bu nedenle hu-

19 Bauman, Sosyolojik Düşünmek, (çev. Abdullah Yılmaz), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2010, s. 180-181.

20 Age., s. 185.

21 Bordieu, Hukukun Gücü Yasal Alanın Sosyolojisine Doğru, (çev. Sibel Demir), Kalan Yayınları, Ankara 2005, s. 54.

22 Pasukanis, Genel Hukuk Teorisi ve Marksizim, (çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları, İstanbul 2002, s. 80.

23 Marx; Engels, Devlet Ve Hukuk Üzerine, İstanbul: Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, 2011, s. 40.

24 Bordieu, 2005, s. 49.

kuk, bireyi üretir ve onu toplumsal bir varlık olarak inşa eder.[25] Bu bakımdan hukuk, yalnızca bir baskı aygıtı değildir; aynı zamanda güçlü bir söylevdir ve bireyi istendik davranışa yönlendirmede milli eğitime benzer bir kalıp işlevi görmektedir.[26]

Bireyin silinip devlet nesnesi olarak tekrar doğması, özgürlük ve cemaat, eylemlilik ile yapı ve yerel olarak konumlanmış insan hayatları ile yaygın olarak paylaşılan toplumsal kurallar arasındaki kararsızlıkları büyütür. Bireysel özgürlük öyle başkalaşmıştır ki, özgürlük ve disiplin kavramları arasında geçişli bir bağlantı meydana gelmiştir. Bu açıdan modernleşmeyi, insan benliğinin geçirdiği dönüşüm, özgürleşme ve disiplin altına almanın birbirine paralel ve çarpıcı süreci olarak görmek gerekmektedir.[27] Özgülüğün törpülenerek gerçekleşmesi moderniteye içkindir.[28]

Sonuç

Aristoteles'in modern döneme mirası olan teleolojik varlık anlayışı, şeylerin kendi yetkin varoluşlarına ulaşma gayesi içerisinde oldukları kabulünü içermektedir. Bu açıdan insan da kendi yetkinleşmiş haline erişme amacı içerisindedir. Öyle ki bu hal, onun doğasını ifade etmektedir. Toplumun da yetkinleşmiş bir hali ve doğası vardır. Bireyi ve toplumu kendi doğasına ulaşmaya yönelten muharrik güç bu varlıklara dışsal değildir. Bu gücün içkinliği, bireyin ve toplumun kendi doğasına ulaşması sürecinin *kendiliğindenliğini* ortaya koymaktadır. Toplum bu kendiliğindenlik içerisinde kendi doğal hukukunu oluşturur; ve bu süreçte etkin olan birey de hak ve özgürlüklerini toplumsal ilişkiler içerisinde kendisi belirlemektedir. Kendiliğindenlik, Gurvitch'in "normatif olgular" kuramının ve hukuki çoğulluk yaklaşımının da temelini oluşturmaktadır. Locke hariç olmak üzere toplum sözleşmecileri ve özellikle Hobbes tarafından baş aşağı edilene kadar bu kendiliğinden düzen yaklaşımı erken modern dönemde bireyin ve toplumun yöneticilere karşı olan haklarının temellendirilmesi bakımından önemli bir araç teşkil etmiştir.

Hobbes, Rousseau ve Kant ile birlikte toplumsal düzenin oluşumunda inşai akla yapılan vurgunun siyaset felsefesinde ağırlık kazanması, *kendiliğindenlik* düşüncesinin geri planda kalması ve büyük oranda reddedilmesi sonucunu doğurmuştur. Doğal hukukun ancak devletin yaptığı yasalar ile semantik içeriğine kavuşturulabileceği düşüncesi, hukukun meşruiyetini, egemenin meşruiyetine indirgemiştir. Bu indirgeme doğal hukuk kuramının doğal haklar kuramına dönüşmesine yol açtığı gibi bu hakların da ancak bir siyasi otorite tarafından tanınabileceğini ifade etmektedir. Kendiliğindenliği içerisinde hak ve özgürlüklerini bilen *insan* artık bir teslim olma sözleşmesi ile boyun eğdiği egemenin çizdiği sınırlar içerisinde var olabilen *vatandaşa* dönüşmüştür. İnsanın bir vatandaşa, bir etik kuram olan doğal hukukun bir haklar kuramına dönüşmesi modern siyasi projenin sonucudur.

25 Özdemir, Sözün Mülkiyeti Hukukun Ekonomi Politiği, Dipnot Yayınları, Ankara 2008, s. 198.

26 Bordieu, 2005, s. 55.

27 Wagner, Modernliğin Sosyolojisi: Özgürlük ve Cezalandırma, (çev. Mehmet Küçük), Sarmal Yayınevi, İstanbul 1996, s. 13.

28 ibid, s. 23.

KAYNAKÇA:

- Belliotti, Raymond A., "Marxist Jurisprudence: Historical Necessity and Radical Contingency", *Canadian Journal of Law Jurisprudence*, vol. IV, no. 1, 1991, s. 145-164.
- Bauman, Zygmunt, *Sosyolojik Düşünmek*, (çev. Abdullah Yılmaz), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2010.
- Berman, Marshall, *Katı Olan Her Şey Buharlaşıyor: Modernite Deneyimi*, (çev. Ümit Altuğ ve Bülent Peker), İletişim Yayınları, İstanbul 1994.
- Bourdieu, Pierre / Wacquant, Loic, *Düşünümsel Bir Antropoloji İçin Cevaplar*, (çev. Ökten, Nazlı), İletişim Yayınları, 6. Baskı, İstanbul 2012.
- Bourdieu, Pierre, *Bilimin Toplumsal Kullanımları Bilimsel Alanın Klinik Bir Sosyolojisi İçin*, (çev. Ünsaldı, Levent), Heretik Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Bourdieu, Pierre, *Hukukun Gücü Yasal Alanın Sosyolojisine Doğru*, (çev. Sibel Demir), Kalan Yayınları, Ankara 2005.
- Bourdieu, Pierre, *Seçilmiş Metinler*, (çev. Levent Ünsaldı), Heretik Yayınları, 1. Baskı, Ankara 2013.
- Can, Cahit, *Hukuk Sosyolojisinin Antropolojik Temelleri ve Genel Gelişim Çizgisi*, Siyasal Kitabevi, Ankara 2011.
- Collins, Hugh, *Marxism and Law*, New York: Oxford University Press, 1982.
- Didier, Jean, *John Locke*, (çev. Atakan Altınörs), Paradigma Yayıncılık, İstanbul 2009.
- Gurvitch, "Tabii Hukuk mu, Yoksa Sezgiye Dayanan Müspet Hukuk mu?" (çev. H. Topçuoğlu), *AÜHFD*, c. II, sy. 4, 1945.
- Gurvitch, Georges, *Sociology of Law*, Transaction Publishers, Brunswick/ London, 2001.
- Hardt, Michael; Negri, Antonio, *Ortak Zenginlik*, (çev. Efla-Barış Yıldırım), Ayrıntı Yayınları, İstanbul 2011.
- Harvey, David, *Postmodernliğin Durumu: Kültürel Değişimin Kökenleri*, (çev. Sungur Savran), Metis Yayınları, İstanbul 1999.
- Kennedy, Duncan, "Antonio Gramsci ve Hukuk Düzeni", (çev. Kasım Akbaş), *Mülkiye*, c. XXXI, sy. 257, 1982, s. 175-180.
- Koloş, Umut, "Hukuka Bakışta Başka Bir Boyut: Hukuk Fetişizmi", *Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi*, 24, İstanbul 2012.
- Marx, Karl ve Engels, Friedrich, *Devlet Ve Hukuk Üzerine*, İstanbul: Çağdaş Hukukçular Derneği Yayınları, İstanbul 2011.
- Özcan, Mehmet Tevfik, *Modern Toplum ve Hukuk Devleti*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2008.
- Özdemir, A. Murat, *Sözün Mülkiyeti Hukukun Ekonomi Politiği*, Dipnot Yayınları, Ankara 2008.
- Pasukanis, Evgeny B., *Genel Hukuk Teorisi ve Marksizim*, (çev. Onur Karahanoğulları), Birikim Yayınları İstanbul 2002
- Pierson, Christopher, *Modern Devlet*, (çev. Neşet Kutluğ ve Burcu Erdoğan), Chiviyazıları Yayınevi, İstanbul 2011.

- Rousseau, Jean-Jacques, *Yeni Heloise*, Öteki Yayınevi, İstanbul 1999.
- Swartz, David, *Kültür ve İktidar Pierre Bourdieu'nün Sosyolojisi*, (çev. Gen, Elçin), İletişim Yayınları, İstanbul 2013.
- Topçuoğlu, Hamide, *Hukuk Sosyolojisi Dersleri I*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 1969.
- Twining, William, *General Jurisprudence, Understanding Law from a Global Perspective*, Cambridge 2009.
- Üye, Saim, *Teoride ve Pratikte Hukuki Çoğulluk*, Turhan Kitabevi, Ankara 2013.
- Wacquant, Loic, "Bourdieu ile Devleti Yeniden Düşünmek", (söy. Bozçalı, Fırat / Aydın, Seda / Özden, Canay), (çev. Aytuğ Şaşmaz), *http://www.loicwacquant. net/assets/Papers/LW-interviewBIRIKIM.pdf*, ET. 07.04.2014.
- Wagner, Peter, *Modernliğin Sosyolojisi: Özgürlük ve Cezalandırma*, (çev. Mehmet Küçük), Sarmal Yayınevi, İstanbul 1996.
- Weber, Max, *Hukuk Sosyolojisi*, (çev. Latif Boyacı), Yarın Yayınları, İstanbul 2014.
- Weber, Max, *Protestan Ahlakı ve Kapitalizmin Ruhu*, (çev. Zeynep Aruoba), Hil Yayınları, İstanbul 1997.

Leon Petrazycki ve Hukukun Gerçekliği Sorunu: Bir Psikolojik Hukuk Kuramı

Umut KOLOŞ*

"*Yasalar, sadece daha önceki olgulara tanıklık eder.*"

– Leon Petrażycki

"…benimle eşit haklara sahip biri diye kabul ettiğim

başkası önemsiz biri değildir… o benim en yakınım,

akrabam, soydaşımdır."

– Ludwig Feuerbach

GİRİŞ

Birinci Soru Örgüsü: Hukuksal kurumlara, hatta daha temel olmak üzere, bizatihi hukuk kavramına ve hukukla ilgili temel kavramlar olarak addettiğimiz hak, ödev, adalet vs. gibi kavramlara bir duygu olarak yaklaşmak mümkün müdür? Bir kimse, hak duygusundan bahsettiğinde bu, ne tip bir duygudur?

İkinci Soru Örgüsü: Ya da, hukukun gerçekliğinden bahsedildiğinde anlaşılması gereken nedir? Bu, ne tür bir gerçekliktir?

İkinci soru örgüsüne dair söylenebilecekler, bu çalışma için kritik öneme sahip görünüyor. Zira hukukun gerçekliği ile hukuka dair gerçeklik arasında bir mesafe konulduğu gözlemlenebiliyor. Hukuk sosyolojisi eleştirmenleri, hukukun gerçekliği ile hukuka dair gerçeklik arasında bir ayrımdan yola çıkarlar. Buna göre, hukuk ayrı bir sistemdir ve kendi gerçekliğini kendi sistemik varlığı içinde kurar. Bu, hukukun gerçekliğidir. Hukukun gerçekliği, hukukun diğer bilimlerden aldığı kavramları kendi meta-dil yapısına, kendi kavram dünyasına katmasını ve hukuksallaştırmasını, böylece hukuka dair uygun ve güvenilir bilginin yine hukukun içinden çıkmasını anlatır[1]. Dolayısıyla, bu görüşe göre hukukun gerçeği, hukuk usulü ile ortaya çıkandır[2] ve hukuka dair diğer bilimsel mülahazalar, olsa olsa, hukuka dair gerçeklerdir; hukukun gerçeği değil.

---

* Araş.Gör., İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı (kolos@istanbul.edu.tr). Bu makale, 4-7 Kasım 2014 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi Kongre-Kültür Merkezi'nde düzenlenen HFSA Sempozyumu – VII'de sunduğum aynı başlıklı bildirinin metnidir. Makalenin hazırlanmasında yararlanılan kaynakların önemli bir kısmının temin edilmesinde yardımları dokunan sayın Yard. Doç. Dr. Şule Şahin Ceylan'a teşekkür ederim.

1 Fehmiye Ceren AKÇABAY, "'Hukukun Gerçeği'ne Sosyolojik Bakış", Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 68.

2 AKÇABAY, 2012, s. 69.

Bu çalışmaya kuramı ile konu olan isim, hukukun gerçekliğinden, yukarıda tasvir edilen türden bir gerçekliği anlamaz. Hukuk sosyolojisi eleştirmenlerinin hukukun gerçeği olarak sundukları şeyler, çalışmada aktarılacağı üzere, aslında fantasmalardır. Zira onların gerçeklik olarak sundukları, örneğin yasal çerçeve, bu çalışmanın ana başlığının altında Petrażycki'den alıntılanan sözden de anlaşılacağı üzere, sadece birer iz düşümdür. Başka bir ifadeyle, hukukun gerçekliği, hukuksal gerçeklikle yani bu fantasmalarla sınırlı olarak anlaşılamaz. Onun gerçekliğini, hukukun kaynağına bakarak yani bu anlamda sosyolojik ya da psikolojik temelleriyle, "hukukun dışına" çıkarak açıklamak daha doğru görünmektedir.

İkinci tip soru örgüsüne dair bu açıklamalar, hukukun duygusal ve bu çalışmada çok yakın anlamda kullanılacak, psişik bir doğasının olup olmadığının incelenmesi anlamına gelecek birinci tip soru örgüsüne eklemlendiğinde, çalışmada atılacak adımların izleyecekleri yol ortaya çıkmış olur: Hukukun gerçekliği olarak psikolojik gerçeklik.

Hukukun gerçekliği olarak psikoloji kuramı, günümüz için yeni olmayan ancak Petrażycki'nin yaşadığı dönem özelinde düşündüğümüzde, zaman olarak çok önde bir düşüncenin ve çalışmanın sonucudur. Bu makalede de Petrażycki'nin kuramını hem tanıtma hem de katkılarını sunma amacı ile hareket edilmiştir.

Okura bir not olarak düşülmeli ki, çalışmada Petrażycki'nin hukuk kuramının olabildiğince aktarılmasıyla yetinilecektir. Bu konuda zaten pek çok sorun mevcuttur[3]. Bu cümlenin alt metnini ise, Petrażycki'nin hukuk kuramının esas noktalarının, kuramın tanıtılması asıl amaç olduğu için, çoklukla ve mümkün olduğunca farklı kaynaklardan aktarmalar ile ele alınacağı, ona yönelik eleştirilerin ya da kuramının benzer kuramlarla ilişkilerinin özel olarak sorunsallaştırılmayacağı, bunlara gerektiğinde ve sadece değinileceği bilgisi oluşturmalıdır.

1. Biyografik ve Dönemsel Notlar

a. Petrażycki'nin Yaşamı

Leon Petrażycki, 13 Nisan 1867'de, günümüzde Belarus sınırlarında bulunan, on yedinci ve on sekizinci yüzyıllarda ise Polonya hâkimiyetinde olan ve Petrażycki doğduğu sırada Rus İmparatorluğu topraklarındaki Vitebsk bölgesinde dünyaya gelmiştir.

Petrażycki iki yıllık tıp eğitiminin ardından, Kiev Üniversitesi Hukuk Fakültesi'ne kaydolmuş ve buradan mezun olmuştur. Burada Roma Hukuku ve Medeni Hukuk alanlarında çalışmalar yürütmüş, henüz bir öğrenci iken, Fransız hukukçu Eguinaire François Baron de Kerlouan'nın ünlü *Pandects*'ini Rusça'ya çevirmiştir. Bu çeviri, daha sonra, Rus Üniversitelerinin Roma Hukuku ders müfredatında okutulan kitaplar arasına girmiştir. Petrażycki lisansüstü

3 Zira, örneğin, Petrazycki'nin hukuk kuramını bütünlüklü olarak çalışabilmek için onun Rusça, Almanca ve Lehçe eserlerinin tüketilmesi gerekir. Özellikle, Pulaski'nin haklı olarak işaret ettiği üzere, bir kısmı Almanca'ya ve İngilizce'ye çevrilen Rusça materyal tüketilmeden Petrazycki tamamen çalışılmış olmayacaktır (S. R. PULASKI, "Petrazycki's Conception of Law: Leon Petrazycki, 1864-1931", Polamerican Law Journal, Cilt 1 (1938), Sayı 1, s. 27).

eğitime başlamış, Rus Hükümetinin Berlin Üniversitesi'nde, önemli bir Roma Hukukçusu olarak anılan Prof. Heinrich Dernburg tarafından verilecek özel bir eğitim programı için burslandırdığı öğrencilerden biri olmuştur. Timasheff'e göre, bu program Petrażycki için son derece önemlidir. Zira 1897 yılında neşredilen ve 1900 yılından itibaren geçerli olacak Alman Medeni Kanunu **(***Bürgerliches Gesetzbuch – BGB*) da bu dönemde hazırlanmakta ve özellikle *de lege ferenda* meselesi tartışılmaktadır[4]. Bu ise Petrażycki'nin düşüncelerinin oluşumunda önemli bir rol oynayacaktır.

Petrażycki Almanya yıllarında, daha sonra "dogmatik" olarak nitelendireceği geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarını edinmekle kalmaz, hukuk ve ekonomi alanında da çalışmalar yapar. Bu çalışmalardan birinin adı, geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarını takip ederek yazdığı *Medeni Politika ve Ekonomi-Politik*'tir. Timasheff'e göre Petrażycki bu çalışmasıyla ampirik bir hukuk politikası biliminin önemine dair temel düşüncelerini şekillendirmiştir[5]. Yanı sıra, bu eserin ek bölümünde yazdıklarıyla, geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarına dair hoşnutsuzluklarını da belli etmiştir[6].

Petrażycki, 1897 yılında, otuz yaşındayken, St. Petersburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde profesör olur. Bununla birlikte, aynı fakültede dekanlık yapmaya başlar. Bu göreve seçimle gelmiştir ve Rusya'da demokratik bir seçimle göreve gelen ilk hukuk fakültesi dekanı olmuştur[7]. Burada, daha sonra İngilizce konuşulan dünyada yayınlanan ve bilinen en önemli eseri olan *Hukuk ve Ahlâkilik*'i (*Law and Morality*) oluşturacak iki önemli kitap yazar. Bunlardan ilki *Hukuk ve Ahlâk İncelemesine Bir Giriş* iken ikincisi *Bir Ahlâk Kuramı Bakımından Hukuk ve Devlet Teorisi*'dir. Treviño'nun aktardığı kadarıyla *Hukuk ve Ahlâkilik*, 1905 tarihli ilk kitaptan alınan yedi bölüm ile 1907 tarihli ikinci kitaptan alınan 22 bölümden oluşan bir özettir[8].

St. Petersburg Üniversitesi'nde geçirdiği yirmi yıllık dönemde Petrażycki, hukuk ve ekonomi, eğitim sosyolojisi, eğitim psikolojisi gibi alanlarda da çalışmalar yapar. Petrażycki, daha sonra St. Petersburg Hukuk Okulu olarak anılacak okulun da kurucusudur. Bu süreçte ideo-politik konum alışı da şekillenir. 1905 Devrimi'nden sonra Kadetler olarak bilinen Anayasal Demokrasi Partisi'ne katılır. Birkaç ay bu partinin Duma'daki temsilcilerinden birisi

4 Nicholas S. TIMASHEFF, "Petrazhitsky's Philosophy of Law", Interpretations of Modern Legal Philosophy: Essays in Honor of Roscoe Pound (ed. Paul SAYERS) içinde, Oxford University Press, New York 1947, s. 736-737.

5 TIMASHEFF, 1947, s. 737.

6 F. S. C. NORTHOP, "Petrazycki's Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance", Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 4372 (1956), s. 651.

7 Adam PODGÓRECKI, "Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrazycki", Law&Society Review, Cilt 15 (1980-81), Sayı 1, s. 183.

8 A. Javier TREVİÑO, "On Leon Petrazycki, Law and Morality", Classical Writings in Law and Society 2. bs. (ed. A. Javier TREVİÑO) içinde, Transaction Publishers, USA 2011, s. 153. (Treviño'nun bu çalışması bundan sonra "TREVİÑO, 2011a" olarak geçecektir)

de olan Petrażycki, devredilemez bireysel haklar üzerinde temellenmeyen hukuksal düzenlerin hiçbir işe yaramayacağına dair düşüncesiyle, liberal bir konumda yer almaktadır[9] Bundan başka, Petrażycki'nin kişiliğini anlamamıza yardımcı olacak bir anekdotu yine Timasheff aktarır. Buna göre İmparatorluk Duma'yı feshettiğinde Kadetler'in buna tepkisi yasadışı yolları takip etmeyi önermektedir. Petrażycki ise, partili arkadaşlarını yasadışı eylemlerden kaçınmaları için uyarsa da partinin çoğunluğunu ikna edememesi sonucunda parti disiplinine uyup bu eylemlere katıldığı için üç ay hapis yatmıştır[10]

Petrażycki, 1917 Sovyet Devrimi'nin ardından Rusya'yı terk etmiş ve Varşova Üniversitesi'nde görev yapmıştır. 15 Mayıs 1931'de, Varşova'da, 64 yaşındayken intihar etmiştir. 1912 yılından 1931'deki ölümüne kadar Polonya Bilim Akademisi'nin, Uluslararası Sosyoloji Enstitüsü'nün ve Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi'nin bir üyesidir[11].

b. Dönemin Düşünsel İklimi

Petrażycki'nin yaşadığı ve *Hukuk ve Ahlâkilik* başlıklı eserinde özet olarak bir araya getirilen asıl yapıtlarını verdiği dönem için yirminci yüzyılın ilk on yılı belirlemesi yapılabilir. Dolayısıyla, on dokuzuncu yüzyılın sonu ile yirminci yüzyılın başı olarak ifade edilebilecek dönemlerin genel olarak felsefi ve bilimsel ikliminden etkilenmiştir. Burada özel olarak ise dönemin hukuk kuramı çalışmalarının niteliklerinden değini biçiminde de olsa söz etmek Petrażycki'yi ortaya çıkaran düşün dünyasını tanımak bakımından faydalı olacaktır. Bu bakımdan, söz konusu döneme kısaca bir göz atmak uygundur. Hatta, Laserson'un deyişiyle, Petrażycki'nin felsefi duruşunu ve hukuka yaklaşımını bu tarihsel ve düşünsel bağlama oturtmadan doğru biçimde kavramak mümkün değildir[12].

Aydınlanma ve sonrası, akıl ve bilimin hâkimiyeti demektir. On sekizinci ve on dokuzuncu yüzyıllar, özellikle Avrupa coğrafyasında, geleneksel ve teolojik düşünüşün çözülmesine paralel surette, kuvvetli bir zıt kutup olan bilimci ve pozitivist bir düşünüşün vücuda gelmesine tanık olmuştur. Bu yeni düşünüş tarzı, evrenin bilinebilir ve bilinmesinin gerekli olduğu kabulüne eşlik eden bir yöntemsel açılımı da beraberinde getirmiştir. Bu bilme ediminin, ancak deney ve gözlem yöntemleri aracılığıyla gerçekleştirildiğinde bilimsel bir niteliğe sahip olacağı noktasına ulaşılmıştır.

Dönemin bilim ve pozitivizm merkezli düşünüşünün hukuksal çalışmalara da sirayet etmesi kaçınılmaz olmuştur. Gerçekten de, John Austin (1790-1859) ve Hans Kelsen (1881-1973) gibi hukuk felsefesi alanının en önde gelen isimlerinden sayılan düşünürler yapmaya çalıştıkları şeyin hukuku bir bilim haline getirmek olduğunu belirtmişlerdir. Elbette bu çabalar, bahsedilen

9 TIMASHEFF, 1947, s. 738.

10 TIMASHEFF, 1947, s. 739.

11 PODGÓRECKI, 1980-81, s. 184.

12 Max M. LASERSON, "The Work of Leon Petrazhitskii: Inquiry into the Pscyhological Aspects of the Nature of Law", Columbia Law Review, Cilt 51 (1951), Sayı 59, s. 61.

iki ismin dışındakilerce de ifade olunduğu gibi, bu iki ismin de hukuku ele alışlarında çarpıcı farklılıklar mevcuttur. Yine de, bu düşünürlerin çalışmalarının hukuk alanında pozitivizmin ağırlığını ortaya koyduğu bir döneme tekabül ettiğini belirtebiliriz.

Genel olarak pozitivizm ve hukuk alanında hukuksal pozitivizm, daha sonra, bilim alanında olmaması gereken bir dogmalaşmaya neden oldukları gerekçesiyle eleştirilere maruz kalmıştır. Bu eleştirilerden hukuk alanına dahil olanları sınıflandırdığımızda, ilk cepheyi doğal hukukun rönesansı olarak adlandırılan paradigma oluşturmaktadır. Yirminci yüzyıla gelindiğinde doğal hukukun rönesansına duyulan ihtiyaç yoğun biçimde hissedilmiştir. Doğal hukukun rönesansının, dini bir görüşün hukuk alanında yeniden belirmesi ya da soyut doğal haklar kuramı olarak ele alınamayacağı, dönemin bilimsel yaklaşımını göz ardı edemeyen bir niteliğe sahip olduğu ve Latin dünyası ile Cermen ülkelerinde varlığını gösterdiği ileri sürülmüştür[13]. Ancak bu ihtiyaç sadece Latin ve Cermen ülkeleriyle sınırlı kalmamış, ABD'den Rusya'ya kadar yayılım göstermiştir[14]. Klasik doğal hukuk yaklaşımının insanın kutsallığı, gelişimi ve özgürlüğü meselelerine dair görüşleri ile doğal hukukun rönesansı denilen dönemdeki doğal hukuk düşüncesi arasında bu bakımdan bir farklılık yoktur. Özellikle, insanlığın kazanımı olarak ortaya çıkan hak ve özgürlüklerden geri dönülemeyeceği ve hukuk ile kültürün birbirlerini karşılıklı olarak etkiledikleri ve geliştirdikleri düşünceleri, doğal hukukun rönesansı çalışmalarının temel ilkeleri olarak ortaya çıkmaktadır. Ayrıca, bu çalışmalar içinde dinsel kökenliler olduğu gibi, asıl ve etkili doğal hukukun rönesansı yaklaşımı, içlerinde Rudolph Stammler (1856-1938) ve Gustav Radbruch (1878-1949) gibi isimlerin de bulunduğu laik kökenli olanıdır[15]. Özetle, doğal hukukun rönesansı adı verilen girişimlerle yapılmaya çalışılan, klasik tarz doğal hukuk modellemelerinin aşılıp, hukuk felsefesinin çağın gerçeklerine ve gereklerine cevap verir nitelikte yeniden ve daha sağlam bir idealist temele oturtulması düşüncesi olmuştur[16].

Hukukun pozitivist veçheden ele alınışına yönelen eleştirel cephenin ikinci boyutunu toplumu dikkate alan hukukçu yaklaşımları oluşturur. Bu yaklaşımlar, daha sonra, hukuk sosyolojisi olarak anılacak olan bilimsel çalışma alanının habercileridir. Kronoloji itibariyle ilk olarak Almanya'da beliren bu yaklaşımlar daha sonra Fransa, Belçika, ABD gibi ülkelerde de etkisini göstermiştir.

Almanya'da hukuksal pozitivizmin yakın bir ifadesi olarak ele alınabilecek kavramlar hukukçuluğu akımı, mantıksal bir sistem olarak hukuktan bahsetmekte-

13 Hâmide TOPÇUOĞLU, XX inci Yüzyılda Tabiî Hukukun Rönesansı, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara 1953, s. 1-2.

14 LASERSON, 1951, s. 60.

15 Yasemin IŞIKTAÇ, Hukuk Felsefesi 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2010, s. 299-304.

16 TOPÇUOĞLU, 1953, s. 19.

dir ve akımın en önemli temsilcileri Georg Friedrich Puchta (1798-1846) ve Bernhard Windscheid'dır (1817-1892). Kavramlar hukukçuluğunda hukuk kapalı bir sistem olarak kabul edilir ve doğal olarak böyle bir sistemin dışındaki hiçbir kaynak hukuk kaynağı olarak kabul edilemezdir[17]. Ancak bu görüşler, özellikle Julius Hermann Kirchmann'ın (1802-1884) ortaya attığı ve pozitif kanunların yapay bir şekilde kurulduğunu, salt bunlarla yetinen yargıcın halkın benliğinde yatan hukuka uygun davranmamış olacağı biçimindeki ve Friedrich Carl von Savigny'nin (1779-1861) tezlerine yakın görülebilecek görüşleriyle[18] açtığı yoldan ilerleyen Rudolph von Jhering (1818-1892) ve Philipp Heck'in (1858-1943) düşünceleriyle ciddi bir sarsıntı geçirir[19]. Jhering ve Heck toplumsal faydanın sağlanması ve dengelenmesinin önemini pozitif metinlerle sınırlı bir hukuk anlayışından daha yukarıda görmektedir. Dolayısıyla, pozitif metinlerle sınırlı bir sisteme hapsolmuş kavramlar hukukçuluğu yerine, menfaatler hukukçuluğundan bahsetmek onlar için uygun olandır. Jhering'in menfaatler hukukçuluğu yaklaşımı ile Alman Serbest Hukuk Okulu denilen ve daha radikal bir hukuksal pozitivizm karşıtlığını gösteren akımın tohumları da atılmıştır[20] Jhering'in bu düşüncelerine sosyolojik bakımdan daha anlamlı bir katkı ise, daha sonra Eugen Ehrlich (1862-1922) tarafından getirilecektir. O da, yaşayan hukuk (*living law*) kavramlaştırmasıyla, devletten ve onun koyduğu yasalar toplamından başka bir hukuktan bahsedilebileceğinde ısrar etmiştir.

Fransa ve Belçika'da ise, yine serbest hukuk çalışmaları denilen bir akım ortaya çıkmıştır. Bu akım ile hukuk ve hukukçunun dünyasının soyut ve yalıtılmış bir çerçeveden çıkarılması amaçlanmıştır[21]. Özellikle Fransa'da François Geny'nin (1861-1959) düşünceleriyle, hukuk biliminin işinin kanunları tefsir etmekten ibaret olduğu yönündeki kavrayışa karşı güçlü bir eleştiri getirilmiş ve bunun yerine yargıcın serbest bir biçimde hukuk yaratması, bunu yaparken de toplumsal hayatın fiili ihtiyaçlarını gözetmesi gerektiği ileri sürülmüştür[22].

ABD'de pozitivist hukuk yaklaşımının adı olan ve başta gelen temsilcisi C. C. Langdell (1826-1906) olan hukuksal formalizme karşı sosyolojik hukuk teorisi ve hukuksal realizm akımları yükselmiştir. Sosyolojik hukuk teorisi akımı, Roscoe Pound (1870-1964) ve Benjamin Nathan Cardozo (1870-1938) gibi hukukçuların

17 Marx MICHAEL, "Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi", çev. Nevhis Deren Yıldırım, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan içinde, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 632-633.

18 Julius Hermann KIRCHMANN, "İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği", çev. Coşkun Üçok, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 6 (1949), Sayı 1, s. 208.

19 LASERSON, 1951, s. 60.

20 MICHAEL, 2003, s. 637.

21 Vecdi ARAL, "Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 31 (1965), Sayı 1-4, s. 225.

22 Hâmide TOPÇUOĞLU, Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk) Cilt 1 (Konu, Problemler, Öncüler) 2. bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 174, Ankara 1963, s. 48 vd.

eserlerinde billurlaşmıştır. Sosyolojik hukuk teorisi akımını oluşturan çalışmalarda, toplumsal ihtiyaçlara karşılık verecek bir hukuk düşüncesi gereksinimini karşılamanın[23] yanı sıra toplumsal amaçların gerçekleştirilmesinde hukuktan bir araç olarak faydalanmak[24] gibi pragmatik bir gayenin de varlığı okunabilmektedir. Özellikle, Pound'un kitaptaki hukuk – eylemdeki hukuk (*law in books – law in action*) ayrımı, Ehrlich'in yaşayan hukuk kavramlaştırmasına, farklılıklarına rağmen, benzer görünmektedir[25]. Amerikan hukuksal realizm akımının öncüsü olarak kabul edilen Oliver Wendell Holmes Jr. (1841-1935) ile bu akımın en önemli temsilcileri temsilcileri olan Jerome Frank (1889-1957), Karl Nickerson Llewellyn (1893-1962) ve Thurman Wesley Arnold (1891-1969) gibi hukukçular ise, hukukun kitaplarda yazılan kurallar demek olmadığını, bunların dışında bir hukuk olduğunu ve bu hukuku yargıcın yarattığını düşünmektedirler. Burada realistlerin, hukukun yaratılmasında ve geliştirilmesinde psikolojik unsurların rol oynadığına dair vurguları bu çalışma için ayrı bir öneme sahip görünebilse de onların psikolojik yaklaşımları daha ziyade yargıç ve jüri odaklı olduğundan[26] ve Petrażycki'nin daha geniş bir psikolojik hukuk kuramını ortaya koyması nedeniyle bu sınırlı değiniyle yetinmek uygun görünüyor.

Tüm bu değiniler, hukuku geleneksel olarak ele alan yaklaşımların yetersizliğine dair bir tespiti ve bu tespitten hareketle girişilen yeni çalışmaları ortaya koymak bakımından önemlidir. Petrażycki, bu düşünsel iklimin dışında değildir. Özellikle Almanya'da geçirdiği yıllarda bu alternatif çalışma alanlarından haberdar olmuştur. Petrażycki de döneminin geleneksel hukuk bilimi yaklaşımlarını dogmatik bulmaktadır[27]. Ancak o, bu eleştirel tespitleri edinmekle yetinmemiştir. Petrażycki'nin kuramı, hukuksal pozitivizm ve idealizmin, hukuk ve hukukun toplumsal işlevlerine dair tespitlerinde gördüğü yetersizliğe dayanır. Ona göre, her iki akım da hukukun gerçekliğine ilişkin en önemli soruları yanıtlamada aynı ölçüde yetersizdir[28]. Timasheff'in aktardıklarından anlaşıldığı kadarıyla o dönemde Rusya'da V. I. Sergueyevich, S. Muromtseff, N. Korkunoff ve M. Kovalevsky gibi, hukuku bir gerçeklik olarak gören ve ampirik-nedensel bir toplumsal olgu olarak hukuku açıklamaya girişen bir dizi kuramcı mevcuttur ve bunların psikolojik süreçlere göndermede bulunan çalışmaları Petrażycki'yi etkilemiştir[29] . Petrażycki,

23 Ülker GÜRKAN, Sosyolojik Hukuk İlmi, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 160, Ankara 1961, s. 1.

24 TOPÇUOĞLU, 1963, s. 85.

25 Bunlar arasındaki farklılıklara odaklanan bir karşılaştırma için bkz. David NELKEN, "Law in Action or Living Law? Back to the Beginning of Sociology of Law", Legal Studies, Cilt 4 (1984), Sayı 2, s. 157-174.

26 Ülker GÜRKAN, Hukukî Realizm Akımı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 225, Ankara 1967, s. 40.

27 NORTHOP, 1956, s. 652.

28 Romana SADURSKA, "Jurisprudence of Leon Petrazycki", The American Journal of Jurisprudence, Cilt 32 (1987), Sayı 1, s. 64.

29 TIMASHEFF, 1947, s. 740-741. Bunlardan Nikolai Korkunov'u özel olarak anmak gerekir. Korkunov

bilimsel düşüncenin hâkim olduğu bir dönemde yaşamasının da bir sonucu olarak, hukuka bilimsel bir açıklama getirilmesi konusunda kararlıdır; ancak bu kararlılık hukuksal pozitivizme sığmayacak bir bilimsellik çabası, hukuk nedir, nerededir ve hukukun varlığını yöneten yasalar nelerdir soruları çerçevesinde örmüştür[30]. Hukuku bilimselleştirme çabası, doğal olarak, onun ayrık alanını tespit etmeye yönelme kaygısıyla birlikte ilerlemiştir. Petrażycki döneminin geleneksel hukuk kuramı yaklaşımlarını dogmatik olarak adlandırdıktan sonra, hukuk, hak, yaptırım gibi soyut hukuksal kavramların[31] teorik bakımdan ayırt edici unsurlarını bilimsel bir yaklaşımla bulmayı hedeflemiş ve hukuka dair kuramsal çalışmaların göbeğinde bulunan hukuk-ahlâk ayrımına dair bir ayrıştırmayı da gözetmiştir[32].

2. Petrażycki'nin "Yeterli Kuram"ı ve Genel Metodolojisi

Yukarıda aktarılmaya çalışıldığı üzere Petrażycki yaşadığı dönemin entelektüel atmosferinin dışında değildir ve bu atmosfer bilimsel düşünce ekseninde yer tutmaktadır. Petrażycki bu atmosfer içinde kendi bilim anlayışını da ortaya koyabilmiştir. Bundan başka, onun hukuk kuramının ortaya çıkarılmasında izlediği yolu göstermesi bakımından da metodolojik görüşlerine yer verilmesi uygun gözükmektedir. Zira o, bir hukuk kuramı girişiminde kullanılabilecek kuramsal genelleştirmeleri bulmakla özel olarak ilgilenmiştir[33]

Petrażycki, bilimsel metot tartışmalarına yeterli kuram (*adequate theory*) kavramıyla katkı sunmuştur[34]. Petrażycki'ye göre, bilimsel kuramlar ile yeterli bilimsel kuramlar arasında bir ayrım vardır. Bilimsel kuramlar, güçlü bir metodolojik ve sistematik temele sahip olan kuramlarken, yeterli bilimsel kuramlar, bir açıklama yalnızca ifade ettiği olgu kategorisi için doğru ise söz konusu olur[35]. Petrażycki'nin bu ifadesini şöyle anlamak mümkündür: Bilim insanı a, b ve c niteliklerini haiz tüm olguların kendisine dahil olduğu kategorik bir kavramı ortaya koyar; ardından bu kategorik kavramın işlerliği doğrulanacak

(1853-1904) hukukun psikolojik yönüne yaptığı vurgu ile özel bir önem taşımasının yanı sıra, Comte ve Spencer'in sosyolojik mirasını Jhering'in düşünceleriyle harmanlayan bir isim olarak anılır (Andrey V. POLYAKOV, Mikhail ANTONOV, "Leon Petrazycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law", Standing Tall: Hommages A Csaba Varga (ed. Bjarne Melkevik) içinde, Pázmány Press, Budapest 2012, s. 373).

30 Alexander F. MEYENDORFF, "Leo Petrazycki (1864-1931)", Modern Theories of Law içinde, Oxford University Press, Oxford 1933, s. 22.

31 Petrazycki bunları daha sonra "fantasma" olarak nitelendirecek ve bu fantasmaların "gerçek hukuksal gerçeklik" olarak kabul edilmesini eleştirecektir (Philippe NONET, "Review of Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki (ed. Jan Gorecki)", American Journal of Sociology, Cilt 84 (1978), Sayı 2, s. 477).

32 NORTHOP, 1956, s. 652-653.

33 Tadeusz KOTARBINSKI, "The Concept of Adequate Theory", Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 19.

34 SADURSKA, 1987, s. 91.

35 Leon PETRAZYCKI, Law and Morality, çev. Hugh W. Babb, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. 19.

ve bir kuram oluşturulacaktır[36]. Burada söz konusu olan, belirli bir olgu dizisini seçip bu dizi üzerinden çalışmayı sürdürmektir[37]. Kuram, kavramın içerdiği tüm olgular bakımından ve sadece onlar için doğru olmalıdır[38]. Bu yeterli kuram tanımlaması, Petrażycki'nin bir kuramı neye göre yetersiz gördüğünü de açıklamasını gerektirmiştir. Ona göre yetersiz kuramlar ya topal (*limp*) kuramlardır ya da sıçrayan (*jumping*) kuramlardır. Topal kuramlar, kategorik kavramın göndermede bulunduğu açıklayıcı unsurun son derece dar bir sınıfa ilişkin olduğu, sıçrayan kuramlar ise, tam aksine, bu açıklayıcı unsurun son derece geniş bir sınıfa ilişkin olduğu kuramlardır; oysa yeterli bir kuramda, açıklanan olgular, bu olguların içinde yer aldıkları kategorideki tüm diğer olgular için de zorunlu bir mantıksal bağ ya da süreklilik arz eden bir eğilim dolayımıyla geçerlidirler[39]. Başka bir ifadeyle, belirlenen nitelik mantıksal ya da yapısal olarak içerilen olgulara ait olduğunda ve kuramın açıklamaları son derece dar ya da geniş bir kategoriye ait olmadığında[40] yeterli kuramdan bahsedilebilir.

Buradan, yeterli kuramın ortaya konulmasına dair metodolojik yönelim de ortaya çıkmaktadır. Yukarıda, belirli bir olgu dizisinin seçilmesi gerektiği vurgulanmıştı. Petrażycki'nin yaklaşımı bakımından bu olgu dizisi üzerinde tümevarım metoduyla bir çalışma yürütülerek ilerlenebileceği iddia edilmiştir[41]. Bu olgu dizisinin tamamında geçerli olan bir özelliği ortaya koyabilmek ve bunun bilimsel bir niteliğe sahip olabilmesi ancak bu yöntemle gerçekleştirilebilir. Olgu dizisi üzerinde yapılacak inceleme ile açıklayıcı bir kategorik kavrama ulaşılması gerekmektedir. Bu açıklayıcı kavram, aynı zamanda, incelenen tüm olgularda da gerçeklenmelidir. Bilim insanı, bu sürecin ardından, incelediği olgulara dair ortaklaştırıcı bir tespite varacaktır. Petrażycki'de bu tespitin genel adı *differentia specifica*'dır ve bir kategorinin *differentia specifica*'sı kuramı yeterli bir kuram kılacaktır[42]. *Differentia specifica*, gözlemlenen homojen olgu dizisine dair ortaklaştırıcı ve onları belirli bir kategoriye sokmayı sağlayacak olan ayırt edici özelliktir. Bu özellik, yeterli kuram mantığı gereği, incelenen olguların tümünde var olmalı ve fakat sadece bu olgu dizisinin karakteristik özelliği olmalıdır. Başka bir ifadeyle, yeterli bilimsel kuramlar bir *differentia specifica*'yı yani iki ya da daha fazla alternatif arasında ayrım yapmayı sağlayacak belirli farklılıkları temel almalıdır[43].

36 TIMASHEFF, 1947, s. 745.

37 SADURSKA, 1987, s. 92.

38 PODGÓRECKI, 1980-81, s. 187; SADURSKA, 1987, s. 91.

39 PETRAZYCKI, 2011, s. 19-20.

40 SADURSKA, 1987, s. 91-92.

41 TIMASHEFF, 1947, s. 745.

42 PETRAZYCKI, 2011, s. 21.

43 Hugh W. BABB, "Petrazhitskii: Theory of Law", Boston Law Review, Cilt 18 (1938), s. 523. Bu noktada Bachelard'ın ve Durkheim'ın tespitlerini anmadan geçmemeli. Bilimsel Zihnin Oluşumu'nda Bachelard,

3. Petrażycki'nin Hukuk Ontolojisi

a. Petrażycki'ye Göre Hukukun Gerçek Varlığı, Kaynağı ve Psikolojik Boyut

Petrażycki bir hukuk kuramı oluşturulurken cevaplanması gereken soruların "Hukuk nedir?", "Hangi olgular hukuksal olgulardır?" ve "Hukuksal olguları diğer olgulardan ayıran nedir?" gibi sorular olduğunu ifade eder[44]. Bu sorular, ona göre, bilimsel olarak yeterli biçimde henüz cevaplandırılmamıştır. Petrażycki, hukuku bir bilim haline getirme kaygısındaki hukuksal pozitivizmi, bir yandan hukuku kapalı bir sistem olarak kabul etmesi ve bu sistemin de daha ziyade pozitif-resmi hukuka hasredilmesi nedeniyle, öte yandan özel olarak buyruk kuramında hukukun temeli olarak ifade edilen yasa koyucunun buyruklarının alınması ve fakat bunun ayırt edici olmaması nedeniyle eleştirmiş ve salt buyruk eksenli okumaların ancak naif bir gerçekliğe tekabül edeceğini belirtmiştir[45]. Örnek olarak, buyruk kuramı üzerinden gidildiğinde, herhangi bir kimsenin buyruğundan sadır olmayan örf ve adet hukukunun açıklanamayacağı ona göre ortadadır[46]. Dahası, yasama faaliyetini hukuk olarak görmek ve göstermek, hukuk normlarıyla buyruk denilen insan davranışını karıştırma ve genel bir rızanın mevcudiyetini icat etme sonucunu doğuracaktır[47]. Oysa bunlar, Petrażycki'ye göre, yeterli bir hukuk kuramını oluşturamaz. Yeterli bir kuramdan bahsedilmesi, açıklayıcı unsurun sadece belirli bir kategori için, ama o kategorideki tüm olguları kapsamasıyla mümkündür. Yeterli bir hukuk kuramı da sadece hukuksal olgular kategorisi için ve bu kategoride yer alan tüm unsurları kapsayacak bir nitelikte olmalıdır. Petrażycki'nin hukuk kuramı yaklaşımının üzerinde yükseldiği temel olarak yeterli kuram anlayışının içeriği böylece ifade edilebilir.

Petrażycki'ye göre bilimsel olarak yeterli bir hukuk kuramı olmadıkça, hukukun

genel bir bilginin alelacele benimsenmesiyle oluşan taşlaşmış kavramlardan bahseder. Pıhtılaşma örneği üzerinden giden Bachelard, pıhtılaşma kavramının alanının genişletilmesi sonucu donma ile pıhtılaşma arasında herhangi bir farkın kalmadığını ve akademinin pıhtılaşmayı bu şekilde kavrayışının bir bilim-karşıtlığı olduğunu ileri sürer (Gaston BACHELARD, Bilimsel Zihnin Oluşumu, çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2013, s.84-85). Bachelard'ın bu tespitine doğrudan sosyoloji zaviyesinden bir paralellik ise Durkheim'ın ifadelerinde bulunur. Durkheim'a göre, sosyolojinin inceleme nesnesi toplumsal olgulardır ve bu olgular incelenirken sosyologun yapması gereken incelemeye konu olan olguların hepsinde ortak bazı nitelikler sayesinde önceden tanımlanan bir olgular kümesini almak ve bu tanımı kapsayan olguların hepsini aynı araştırma içinde toplamaktır (Emile DURKHEIM, Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları, çev. Cemal Bali Akal, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995, s. 59). Gerek Bachelard'ın gerek Durkheim'ın ifadeleri hem burada Petra ycki'nin yeterli kuram kavramsallaştırmasına hem de differentia specifica belirlemesine dair yazılanlar okunurken hatırda tutulmalıdır.

44 PETRAZYCKI, 2011, s. 1.

45 PETRAZYCKI, 2011, s. 10.

46 PETRAZYCKI, 2011, s. 11.

47 PETRAZYCKI, 2011, s. 11. Petra ycki'nin bu görüşleriyle Hart'tan önce ve Hart'ın Austin'e yönelttiği eleştirileri öncelediği ileri sürülmüştür. Bkz. Alexander W. RUDZINSKI, "Petrazycki's Significance for Contemporary gal and Moral Theory", American Journal of Jurisprudence", Cilt 21 (1976), Sayı 1, s. 114.

48 SADURSKA, 1987, s. 103.

ve hukuksal olguların rasyonel ve sistematik bir analizi de mümkün olamaz[48]. Yeterli bir hukuk kuramının ilk köşe taşını ise bir hukuk tanımı oluşturacaktır. Petrażycki hukuku şöyle tanımlar:

"Hukuk, bir yandan, gelişiminde bireyleri ve kitleleri, zihinlerinde ve davranışlarında belirli süreçleri uyardığı için sosyo-psişik bir etkendir. Diğer yandan, hukukun kendisi belirli bir sosyo-psişik sürecin ürünüdür: bu sosyo-psişik süreç içinde ve nedensel bir anlamlılık bağlantısıyla uyumlu olarak ortaya çıkar ve değişir. Dolayısıyla, hukuk kuramı… hukuku hem bir etken… hem de bir ürün olarak ele almalıdır"[49]

Bu tanımda, özel olarak vurgulanan husus, hukukun hem bir toplumsal girdi hem de bir toplumsal çıktı olduğu düşüncesinde yatar görünür. Ancak, bana göre, hukuk sosyolojisi çalışmalarında genel olarak kabul edilen bu yaklaşım, onun tabirini kullanırsak, Petrażycki'nin hukuk kuramının *differentia specifica*'sı değildir. Burada asıl ayırt edici olan sosyo-psişik boyuta yapılan göndermedir ki, Petrażycki'nin alâmetifarikalarının ilk ve en önemli kısmını bu oluşturur.

Petrażycki'ye göre hukuksal olgu psişik bir sürece göndermede bulunur ve kendine has bir psişik süreçte meydana gelir[50]. Psişe, insan zihni ya da ruhu olarak tanımlanır. Petrażycki'ye göre insanların kendilerine dışsal ve fakat kendilerini de içeren zamansal-mekânsal bir dünyaları olduğu gibi, bir de, psişik dünyaları vardır[51]. Eğer hukuk psişik ve hatta sosyo-psişik bir olgu ise onun yeri uzayda ya da A kişisi ile B kişisi arasında bir yerlerde değil, A'nın ve B'nin psişelerindedir ve dolayısıyla hukuksal olgular bireylerin psişik süreçlerinin ürünüdür[52]. Petrażycki'ye göre hukuk, aynı zamanda, kendine has bir psişik deneyimdir. Hukuk, insan zihninde bir sembol olarak var olur ve bu sembol ancak psişik bir deneyime karşılık düştüğü sürece ayırt edilebilen bir birleşim olarak düşünülür[53].

Hukukun gerçekliği de işte bu psişik boyut ile birlikte okunmalıdır. Petrażycki hukuk biliminin, fizik ve biyoloji bilimleri fiziksel ve biyolojik olguları nasıl inceliyorlarsa, hukuki olguları aynı biçimde incelemesi ve hukukun doğasının bu anlamda olgusal olarak ve bilimsel bir gerçeklik çerçevesinde ele alınması gerektiği kanısındadır[54]. Başka bir deyişle, Petrażycki

49 PETRAZYCKI, 2011, s. 324.

50 PETRAZYCKI, 2011, s. 8.

51 TIMASHEFF, 1947, s. 742-743.

52 BABB, 1938, s. 521. Burada dikkat edilmesi gereken husus, Petra ycki'nin hukuku bireysel bir psişe olarak almasının toplumsal boyutu yok saymak anlamına gelmediği, toplumsal boyutun psikolojik gözlem sınırları içinde ve bireysel psikolojik deneyimlere yansıdığı ölçüde dikkate alınmasının söz konusu olmasıdır (Hugh W. BABB, "Petrazhitskii: Science of Legal Policy and Theory of Law", Boston Law Review, Cilt 17 (1937), s. 797).

53 PULASKI, 1938, s. 27.

54 Pitirim Alexandrovitch SOROKIN, "Review of Law and Morality (by Leon Petrazycki)", Harvard Law Review, Cilt 69 (1956), Sayı 6, s. 1150-1151.

55 Alexander Nikolaevich SHYTOV, Conscience and Love in Making Judicial Decisions, Springer, Netherlands 2001, s. 2.

için hukukun gerçekliği, bireyin bilimsel olarak kavranabilen bilincinde keşfedilmelidir ve böylece hukuksal gerçekliğin psikolojik bir gerçeklik olduğu düşüncesi pekişir[55].

Bu ifadelerle birlikte düşünüldüğünde, Petrażycki'nin daha ziyade birey ekseninde hareket ediyor oluşundan bahsedilebilir. Bu nedenle Petrażycki'nin bir sübjektivist olduğu ileri sürülebilir. Bu yönde bildirilen görüşlere bakıldığında, Petrażycki'ye göre hukukun bireysel duygulara ve zihin süreçlerine göre algılanması ve bireyi ön plana alışı bir sübjektivizm örneğidir[56]

Hukuku bir gerçeklik, hem de psikolojik bir gerçeklik olarak kavramak, hukukun yerinin neresi olduğuna, kaynaklarına ve daha önemlisi ne'liğine dair saptamaların yönteminin de psikolojik yöntemlerden olması demektir[57]. Petrażycki'ye göre;

"Hukuksal olguyu gözlemlemenin uygun ve tek olanaklı yöntemi kendi kendini gözlemleme (*self-observation*) olmak zorundadır:İçe bakışçı yöntem (*the introspective method*)."[58]

İçebakış yöntemi, genel olarak, bir kişinin kendi deneyimini ya da zihin süreçlerini incelemesi olarak anlaşılır ve modern psikolojide terapötik bir yöntem olmasının yanı sıra deneysel bir teknik olarak da tanımlanır[59]. Petrażycki de, bu tanımla paralel olarak içe bakıştan, psişik bir olgunun deneyimlenme süresince bu olguya dahili bir ilgiyi ve verili bir kategorinin daha önceden deneyimlenen düşünce ve imgesel boyutlarını iç gözlemlemeye tabi tutmayı anlar[60].

Petrażycki'nin hukuksal olguların psikolojik bir gerçekliğe tekabül etmesi nedeniyle tercih ettiği psikolojik yöntem olan içe bakış yöntemi, onun genel metodolojisinden bahsederken belirtilen tümevarımcılık ile birlikte düşünülmelidir. Tümevarımdan anlaşılan, her zaman, tam tümevarım denilen ve hakkında yargıya varılan olguların tamamının deneyimlendiği tümevarım türü olmak zorunda değildir. Petrażycki'nin tezleri de bir tam tümevarım nitelendirmesini haiz değildir. Zira tezleri ne deneyimsel olarak ne de ampirik olarak tam tümevarımdan bahsedebilmenin koşullarını karşılar. Bununla beraber onun, içe bakış ve psikolojik gözlemlerinin daha ziyade aile, komşuluk vb. gibi nispeten daha küçük gruplara ait olduğu ve buradan elde ettiği verileri daha büyük ölçeklere aktardığı tespiti de yapılmıştır[61].

56 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 375, 377. Hatta Timasheff'e göre Petrażycki'nin hukuk kuramının özü, hukukun yalnızca sübjektif temsillerden ibaret olduğu biçiminde ifade edilebilir (Nicholas TIMASHEFF, An Introduction to the Sociology of Law, Harvard University Comittee on Research in the Social Sciences, Cambridge 1939, s. 17).

57 Kazimierz OPALEK, "The Leon Petrażycki Theory of Law", Theoria, Cilt 27 (1961), Sayı 3, s. 138.

58 PETRAZYCKI, 2011, s. 13, parantezli kısımlar bana aittir.

59 David MATSUMOTO, The Cambridge Dictionary of Psychology, Cambridge University Press, New York 2009, s. 265.

60 PETRAZYCKI, 2011, s. 13.

61 SADURSKA, 1987, s. 90.

Petrażycki hukukun insan psişesinde yer alan psişik bir olgu olarak gerçekliğinden bahsetmekle yetinmez. Hukukun dürtüsel bir psişik olgu olduğunu da ekler. Dürtü (*impulsion*) bir kişiyi davranışta bulunmaya iten psişik bir itki olarak tanımlanmaktadır[62]. Petrażycki duygu (*emotion*) ile eşanlamlı olarak kullandığı[63] dürtüleri, hayvanların ve insanların yaşama uyum sağlamalarında rol oynayan asıl ve yönlendirici psişik faktörler olarak sunar[64]. Her an bu dürtülerin binlercesini deneyimleriz ve bunlar bedenimizi ve zihnimizi yönetirler[65]. O, dürtülerin, bilimsel bir davranış kuramı geliştirmek istiyorsak, ikiye ayrılarak incelenmesi gerektiğini düşünür. İlk olarak özel dürtülerden (*special impulsions*) bahseder ve ona göre özel dürtüler denilen ilk dürtü grubunda söz konusu olan, bunların, doğalarına eşlik eden belirli ve özel bir davranışa yol açmaya eğilimli oluşlarıdır[66]. Burada esas olarak birtakım fiziksel ve biyolojik ihtiyaçlardan ve bunların karşılanmasından bahsedilmektedir[67]. Karşılıklarını, başka bir deyişle kendilerine verilecek tepkileri önbelirleyen bu dürtüler ile bunların karşılıklarını açlık-yemek, susuzluk-su içmek, cinsel arzu-sevişmek vb. biçimlerde örneklendirmek mümkündür[68]. Özel dürtüler davranışta bulunacak olan aktif yanı pasif unsurların belirlediği dürtüler olarak da anılırlar[69]. Açlık ve yemek ilişkisine bakıldığında pasif açlık hissi biyolojik bir ihtiyacın sonucudur ve açlık hissine verilen cevap aktif bir eylem olan yemek yeme eylemidir. Burada önemle vurgulanması gereken şey ise özel dürtüler söz konusu olduğunda aktif unsurun bir uyarıcıya verdiği bir düşünce ya da bilinç ürünü olmayan otomatik davranışların varlığıdır[70]. Otomatik oluştan kastedilen, ayrıca, özel dürtülerin daima bir yönde ve belirli bir eyleme yol açmalarıdır[71].

Dürtülerin ikinci grubunu ise soyut dürtüler (abstract impulsions) oluşturur[72]. Petrażycki, yöntem olarak tespit ettiği içe bakış yöntemi sayesinde, buyrukların ve yasaklamaların, özellikle "Sessiz ol!", "Geri çekil!", "Dokunma!" örneklerinde olduğu gibi, zihin üzerinde ani, kısa ve kesin bir şekilde ve belli bir tarzda davranma yönünde, neredeyse elektrik çarpması gibi

62 M. S. BHATIA, Dictionary of Psychology and Allied Sciences", New Age International Publishers, New Delhi 2009, s. 206.

63 TIMASHEFF, 1939, s. 83.

64 PETRAZYCKI, 2011, s. 23.

65 PETRAZYCKI, 2011, s. 24.

66 PETRAZYCKI, 2011, s. 25.

67 PETRAZYCKI, 2011, s. 26.

68 SADURSKA, 1987, s. 67; RUDZINSKI, 1976, s. 112.

69 TIMASHEFF, 1947, s. 744.

70 NORTHOP, 1956, s. 656.

71 OPALEK, 1961, s. 139.

72 PETRAZYCKI, 2011, s. 26-27. Petrażycki bunlara "kapsamlı dürtüler" olarak da çevrilebilecek blanket impulsions da der.

bir etkide bulunduklarından bahseder[73]. Ancak buradan soyut dürtülerin de tıpkı özel dürtülerde olduğu gibi otomatik ve önbelirlenmiş oldukları sonucu çıkmaz. Petrażycki'ye göre soyut dürtüler, davranışların ne detaylarını ne de genel karakterini ve yönünü önbelirler. Dahası, bu dürtüler, ancak dürtüye karşılık verenin düşünceleri ile bağlantılı ise bir karşılık bulacaklardır[74]. Dolayısıyla, Petrażycki'nin soyut dürtüler dediği dürtülerin özel dürtüler gibi önbelirlenmiş olmadığını ifade etmek gerekir. Soyut dürtülerde eylemde bulunanın bilinçli farkındalığı söz konusudur ve burada psişik faktör aktif boyutu otomatik olarak belirlemez[75]. Bu bilinçli farkındalığa rağmen aktif unsurun davranış içeriği açık bırakılır ki, bunlara soyut dürtüler denilmesinin sebebi de budur[76]. Özel dürtüler, eylem fikirleriyle yani bilinçli farkındalıkla birlikte yer almayan pasif-aktif deneyimlere göndermede bulunurken soyut dürtüler eylem fikirleriyle beraber olan pasif-aktif deneyimleri anlatır. Bir başka ifadeyle, soyut dürtüler, dürtüyle birlikte yer alan davranış fikrinin davranışımızın karakterini ve istikâmetini belirlediği pasif-aktif deneyimleri koşullar[77]. Soyut dürtülerin nasıl anlaşılabileceğine dair önemli bir katkıyı Sadurska sunar. Ona göre soyut dürtüler bir kişiyi herhangi bir davranışta bulunmaya ya da bulunmamaya yöneltirler. Bu tür dürtülerin davranışa dönüşmesi kaçınılmaz değildir; zira, davranışı gerçekleştirenin bilinçli farkındalığı önemli bir rol oynar. Davranışa dair düşünce, uyarıcı ile tepki arasında bulunur ve bu özellik davranışı otomatik olmaktan çıkarır. Yukarıda Petrażycki'den aktarılan bazı buyruk ve yasaklama örnekleri, ilgili buyruğun yahut yasaklamanın içeriğiyle uyumlu bir davranışta bulunmaya dönük bir zihinsel süreci tetiklerler ve düşünsel farkındalık bu noktada önemli bir ara kesiti oluşturur[78].

Petrażycki, hukuku, işte bu ikinci tür dürtüler alanına dahil etmektedir[79]. Ancak hukuk, bu alanda yalnız değildir.

b. Petrażycki'de Hukuk – Ahlâk Ayrımı

Hukuk felsefesi tartışmalarında hukukun bir şekilde yol arkadaşlığını yapan ahlâk, Petrażycki'de de hukuku yalnız bırakmaz. Petrażycki hukuksal ve ahlâki deneyimlerin normatif-dürtüsel-fikrî artalana sahip olduklarını tespit eder; hukuksal dürtüler ve ahlâki dürtüleri, ortak özellikleri nedeniyle, etik dürtüler diye adlandırdığı ortak başlık altında ele alır[80]. Etik dürtüler insanlar tarafından deneyimlenen ve

73 PETRAZYCKI, 2011, s. 27. İlginçtir ki, bu satırlarda yazıya gelenler, Petrażycki ile aynı dönemde yaşamış olan Rus fizyolog Ivan Pavlov'un (1849-1936) klasik koşullanma kuramını hatırlatmaktadır. Petrażycki'nin eserinde Pavlov'a atıf verilmese de, Petrażycki'nin düşüncelerinin dönemdaşı fizyologun kuramıyla benzerliğine vurgular yapılmıştır. Bkz. SADURSKA, 1987, s. 65; TIMASHEFF, 1947, s. 743-744.,

74 PETRAZYCKI, 2011, s. 26.

75 NORTHOP, 1956, s. 656.

76 NORTHOP, 1956, s. 657.

77 NORTHOP, 1956, s. 657.

78 SADURSKA, 1987, s. 67.

79 PETRAZYCKI, 2011, s. 27.

80 PETRAZYCKI, 2011, s. 35.

davranışımızı düzenleyen dürtülerdir ve bunlar, ayrıksılıklarını açık ve net biçimde ortaya koymanın zorluğu nedeniyle, kolay kolay ayırt edilemezler[81].

Hukuk ile ahlâkı Petrażycki'nin nasıl ayırt ettiğini aktarmadan önce, bunları etik dürtüler olarak adlandırdığı ortak başlık altında incelemesine neden olan düşüncelerinden kısaca bahsedilmelidir. Petrażycki'ye göre etik dürtüler, otoriter bir karaktere sahiptir[82]. Etik dürtülerin bu karakteri gündelik konuşmalarda, mitolojide, dinde ve insan ruhunun diğer benzer yaratılarında fantastik biçimde karşımıza çıkar. Bu kullanımlarda dahi ortak olan şey, özellikle bazı durumlarda egomuzun dışında ve hatta egomuza karşıt olarak gelişen ve bizi belirli bir davranışa yönelten bir iç sesin varlığıdır[83]. Diğer yandan, etik dürtüler, serbestliğe karşı içsel bir engeldirler. Daha açık ifade etmek gerekirse, bir tercihi özgür biçimde uygulamaya geçirmenin ve eğilimlerin, arzuların ve amaçların özgürce takip edilmesinin söz konusu olduğu bazı durumlarda etik dürtüler davranış üzerinde güçlü bir baskı oluştururlar[84]. Bu bakımdan etik dürtüler, bizlere yönelen buyruklar ve yasaklamalardan sadır olan buyurucu dürtülerle benzerlik içindedirler[85]. Dolayısıyla Petrażycki'ye göre hukuk ve ahlâkın, bilincimizde bir yükümlülük, belirli bir tarzda davranma ödevi ya da bir şeyi yapmaktan sakınma gibi dürtüsel ortaklıkları mevcuttur[86]. Böylece hem hukukun hem de ahlâkın normatif alanda bulunduğunu ve etik dürtülerle ortaya çıkan etik normların ayırt edici özelliklerinin yani *differentia specifica*'sının bir ödev fikri olduğunu belirlemek mümkün olur[87]. Bu ödev fikri normativiteyle örülüdür[88].

Petrażycki'nin hukuk ile ahlâk arasında kurduğu ilk ayrım bunların psişe boyutlarıyla ilgilidir. Bunu örnekler üzerinden aktarmak, anlaşılmasını kolaylaştıracaktır.

İlk örnekte *A*, işlerini yetiştirmekte güçlük çektiğini gözlemlediği *B*'ye yardımcı olmak gerekliliğini hissederek *B*'nin işlerinin bir kısmını kendi üzerine alsın ve *B*'nin okuması gereken sınav kâğıtlarının bir kısmını okuyacak olsun. İkinci örnekte ise *A*, daha önce *B*'yle, *B*'nin kâğıtlarını okumak konusunda anlaşmış ve *B* de buna karşılık *A* için ve *A*'nın yerine sınav gözetmenliği görevlerine girecek olsun.

Her iki durumda da *A* üzerinde *B*'nin kâğıtlarının bir kısmını okumak bakımından otoriter bir dürtü, bir iç ses mevcuttur. Yani her iki durumda da *A*'nın bir ödev duygusuyla hareket ettiğini ifade etmek mümkündür.

81 PETRAZYCKI, 2011, s. 35.
82 PETRAZYCKI, 2011, s. 37.
83 PETRAZYCKI, 2011, s. 38.
84 PETRAZYCKI, 2011, s. 38.
85 PETRAZYCKI, 2011, s. 38.
86 RUDZINSKI, 1976, s. 111.
87 SADURSKA, 1987, s. 68.
88 Burada akla Kant'ın gelmesi tabiidir. Ödev kavramı Petrażycki'nin yaklaşımında hem hukuk hem de ahlâk alanı bakımından önemlidir ve bu bakımdan Kant'ı takip ettiği söylenebilir. Ancak onun Kant'la aynı fikirde olmadığı noktanın iyi'nin a priori ya da birincil bir kavram olmayıp ahlâkın da hukukun da temeli olmadığını düşünmesinden kaynaklandığı ileri sürülmüştür (bkz. NORTHOP, 1956, s. 653).

Ancak *A*'nın ilk örnekteki psişesi ile ikinci örnekteki psişesi arasında bir fark mevcuttur. İlk örnekte, burada Petrażycki'yi de işin içine katalım, *A*'nın *B*'ye yardım ediyor oluşunu koşullayan dürtüsünde *B*'ye borçluluğu ya da *B*'nin A'dan elde etmek durumunda olduğu bir karşılık, bir hak söz konusu değildir[89]. Aksine, A'nın davranışını koşullayan dürtüsü, onun kendi ihsânından kaynaklanmaktadır[90]. Burada söz konusu olan, Petrażycki'ye göre, ahlâki bir yükümlülüktür ve ahlâki yükümlülükler, bir diğer tarafa ve onun talep etme hakkına bağlı olmayan yükümlülüklerdir[91]. Görüldüğü gibi, ahlâk alanında dürtüler, kişinin kendisi dışında hiç kimsenin herhangi bir iddiasıyla ilgili değildir[92]. Başka bir ifadeyle, bir kimsenin iddiasına eşlik eden bir ödev duygusundan bahsedilmediğinde ortaya çıkan normatif dürtü, ahlâki dürtüdür[93].

İkinci örnekte ise A, yine Petrażycki'ye temas ile, kendini B'ye yardım etmekle borçlu hissedecektir; zira, B'nin A'dan kendisine düşeni yerine getirmesi yönünde haklı bir iddiada bulunabileceğini söylemek mümkündür[94]. Yani burada A'nın, B'nin sınav kâğıtlarını okumayı üstlenmesi, B'ye yardımcı olmak gibi salt bir iyi niyetin sonucu değildir. Petrażycki'ye göre burada söz konusu olan, hukuksal yükümlülüktür ve hukuksal yükümlülükler diğer bir tarafa ve onun talep etme hakkına bağlı olan yükümlülüklerdir[95]. Böylece denilebilir ki, hukuksal dürtüler, aynı zamanda, bir diğer kişinin hak iddiasına eşlik eden bir ödev duygusuyla beraberdirler[96]. Bu itibarla, hukuksal dürtülerde, ahlâki dürtülerin normatif karakterlerine ek olarak, belirli bir davranışta bulunulmasını talep etme iddiasının haklı olduğu düşünülen bir diğer özneden bahsetmek gerekir[97].

Petrażycki'nin hukuk ile ahlâk arasında yaptığı ayrımın ikinci boyutunu, birinci boyutun içerdiği bir sonuç olarak da görülebilecek, nitelik ve yapı bakımından farklılıkları oluşturur. Buradaki açıklamayı yine mevcut örnek üzerinden yapabiliriz. Petrażycki'ye göre birinci örnekte A'nın yükümlülüğü ahlâki bir dürtüden kaynaklanmaktaydı ve böylece ahlâki bir yükümlülüktü. Petrażycki bu tip yükümlülükleri salt buyurucu (purely imperative) nitelikte görmektedir[98]. Ancak ikinci örnekte A'nın yükümlülüğü hukuksal bir dürtüden kaynaklanan hukuksal bir yükümlülüktü. Petrażycki bu tip yükümlülükleri buyurucu-atfedici (imperative-attributive) nitelik-

89 PETRAZYCKI, 2011, s. 45.
90 PETRAZYCKI, 2011, s. 45.
91 PETRAZYCKI, 2011, s. 45-46.
92 MEYENDORFF, 1933, s. 33.
93 PODGÓRECKI, 1980-81, s. 193.
94 PETRAZYCKI, 2011, s. 45.
95 PETRAZYCKI, 2011, s. 46.
96 PODGÓRECKI, 1980-81, s. 193.
97 MEYENDORFF, 1980-81, s. 34.
98 PETRAZYCKI, 2011, s. 47.

te görür ve şu belirlemeyi yapar:

"…Hukuk — spesifik bir gerçek olgu olma açısından — dürtüleri atfedici bir karaktere sahip olan etik deneyimler olarak anlaşılmalıdır. Diğer tüm etik deneyimleri — salt buyurucu dürtülerle bağlantılı olanları — ahlâki olgu olarak adlandırmalıyız."[99]

Peki, bu nitelendirmeleri neye göre yapar Petrażycki? Buyuruculuktan kastedilenin ne olduğu açık olabilse de, hukuku ahlâktan ayıran atfedici nitelikten Petrażycki'nin anladığı nedir?

Petrażycki'ye göre hukuksal normların çift yanlı, buyurucu-atfedici niteliği şu şekilde ifade edilebilir: bu normlar, bir tarafın yükümlülüğünü gösterirken diğer tarafın da bir iddiasını ya da hakkını yansıtırlar[100]. Burada hukuksal normlar hem pasif unsuru (bir tarafın yükümlülüğü) hem de aktif unsuru (diğer tarafın hakkı) göstermektedir. Oysa ahlâki normlarda salt buyuruculuk söz konusudur. Petrażycki nitelik ve yapı bakımından yaptığı bu ayrımda ahlâki normları tek yanlı (unilateral), hukuksal normları ise çift yanlı (bilateral) olarak sıfatlandırmaktadır[101]. Petrażycki'nin bu ifadelerini şu şekilde açıklamak mümkündür: etik alanındaki dürtülerimizin ve dolayısıyla etik normların ortak noktası, davranışımız üzerinde zorlayıcı bir etki bırakıyor olmalarında yatar. Ancak bunlardan bazıları, ahlâki normlar, — ilk örneğimizi hatırlayalım — ilişkinin öteki tarafının bizden bir davranışta bulunmamızı istemeye hakkı olduğunu düşünmeyerek yaptığımız davranışlarla sonuçlanırlar[102]. Burada normlar, bir kimseye, bir başkasının yararını ya da kendisine karşı ileri sürebileceği bir hak iddiasını barındırmayan bir niteliktedir, tek yanlıdırlar; aynı zamanda yalnızca yükümlünün pozisyonu norm alanına girmektedir[103] Petrażycki bu duruma İncil'den örnek verir. Petrażycki'nin örnek verdiği ayette İsa "Ama ben size diyorum ki, kötüye karşı direnmeyin. Sağ yanağınıza bir tokat atana öbür yanağınızı da çevirin" demektedir[104]. Burada, kötüye karşı direnmeyecek olanın ve tokat yediğinde öbür yanağını çevirecek olanın bu davranışı gerçekleştirmesinde ya da gerçekleştirmemesinde kötülük yapanın ya da tokat atanın kendisinden bu davranışı talep etme hakkına yapılan bir gönderme yoktur[105]. Zira, kötülüğe maruz kalan, kötülüğü yapana, kendisinden buna direnmemesini ya da öbür yanağını çevirmesini talep etme hakkını tanımaz, atfetmez[106].

Hukuksal normlarda ise, ahlâktaki buyuruculuğa atfedici karakter de eklenir. Bir hukuk normu, bir tarafa (hakkın süjesi) belirli bir hakkı ve diğer tarafa da (yüküm-

99 PETRAZYCKI, 2011, s. 62.
100 PETRAZYCKI, 2011, s. 47, 121.
101 PETRAZYCKI, 2011, s. 47 vd.
102 BABB, 1938, s. 516.
103 BABB, 1938, s. 516.
104 Matta, 5: 39.
105 NORTHOP, 1956, s. 654.
106 NORTHOP, 1956, s. 654.

lülüğün süjesi) belirli bir ödevi (yapma ya da yapmama) yüklemektedir. Hukuksal deneyimlerde iki yanlı yani buyurucu-atfedici nitelik, iki taraf arasında bir ilişki kurar; ancak bu ilişkinin taraflarından birinin belli bir şekilde davranma yükümlülüğüne diğer tarafın bu davranışı talep etme hakkı eşlik eder[107]. Bu kez A ile B arasındaki ikinci örneğimizi hatırlayalım, A'nın yükümlü olduğu davranışı talep etme hakkını B'ye atfetmesi söz konusudur. Görülüyor ki, burada yalnızca yükümlünün pozisyonu düzenlenmez; her iki tarafın pozisyonu, biri için yükümlülüğün otoriter bir tanımı ve ölçütü bakımından, diğeri içinse kendisine borçlu olunan şeyin otoriter bir ölçütünü ve normunu düzenlemek bakımından, belirlenir[108].

Petrażycki'nin hukuk ile ahlâk arasında belirlediği üçüncü ayrım, bunların eğilimleriyle ilgilidir. Petrażycki bu eğilimler meselesi ile ilgili olarak, yükümlülüklerin yerine getirilmemesi[109] veya getirilmesi[110] halinde yaratacakları sonuçlara ve bu sonuçların yükümlülerde yaratacağı etkilere dair açıklamalar yapsa da[111], bana göre, asıl üzerinde durulması gereken eğilim farkını bir örnekleşme eğilimi oluşturmaktadır. Petrażycki bir örnekleşme eğilimini dört biçimde sunar. Bu eğilim, hukukun sahip olduğu ve ahlâktan farklılaştığı bir cepheyi göstermektedir. Aynı zamanda ileride aktarılmaya çalışılacak olan hukukun işlevleri ve hukuk politikası yaklaşımı bakımından da önem taşıyacak olan, hukuksal yaşamın sosyo-kültürel uyumun sağlanmasındaki işlevine ilişkin bir zemin de sunacaktır.

Petrażycki'de hukukun bir örnekleşme eğiliminin ilk yönünü, hukukun tek biçimli genel kurallara dönüşmeye elverişliliği teşkil eder[112]. Bu genel kural tekil bir örüntüye göndermede bulunur. Genelleşme eğilimi ile soyut yükümlülüklere ve haklara ya da toplumsal düzensizliklere dair ortak bir çözüme yönelinmektedir[113]. Bu sayede, karşılıklı haklar ve yükümlülükler ile toplumsal anlaşmazlıklar tanımlanır ve çözümlenir[114]. Hukukun, bir genel normlar örüntüsüne dönüşme eğiliminin olması sonucunda varılacak noktanın pozitif hukuk ya da hukukun pozitifleşmesi olarak anılması düşünülebilir. Hukukun pozitifleşmesi, ileride hukukun toplumsal işlevleri ve gelişimine dair Petrażycki açıklamalarını aktardığımızda görülebilecek olan, insanın toplumsallığı ve ortaklaşması ile de ilgilidir. Ahlâkta ise pozitifleşme unsuru ya hiç yoktur ya da hukuktakinden daha az bir yoğunluktadır[115]. Bir örnekleşme eğiliminin ikinci biçimi birinciye bağlı olarak ortaya çıkar

107 SOROKIN, 1956, s. 1152.

108 BABB, 1938, s. 516.

109 PETRAZYCKI, 2011, s. 100 vd.

110 PETRAZYCKI, 2011, s. 106 vd.

111 Örneğin hukuksal psişenin atfedici karakteri, zor kullanımına meylederek yükümlülüğün icrasını güvenceler ve ihlal halinde baskılayıcı bir edimle sonuçlanırken ahlâkta atfedici niteliğin olmaması böyle bir sonucu engellemektedir (BABB, 1938, s. 550).

112 PETRAZYCKI, 2011, s. 113.

113 PETRAZYCKI, 2011, s. 113.

114 PETRAZYCKI, 2011, s. 113-114.

115 BABB, 1938, s. 555.

ve hukuksal kavramların içerik ve kapsam bakımından kesinlik ve açıklık kazanmaya elverişliliği olarak anlaşılabilir[116]. Ahlâkta ise bu yoktur. Petrażycki ahlâki göndermeleri olan "sadakatle ve samimiyetle, uzun bir süredir hizmette bulunan kişilerin bir emeklilik maaşına ya da ikramiyesine hak kazanacaklarına" dair bir yasal düzenleme örneği üzerinden gider ve burada "sadakatle ve samimiyetle" ve "uzun bir süre" kavramlarını belirsiz ve esnek bulur[117]. Ancak ona göre ahlâki kavramlar esnek ve elastik olabilirken, hukuksal kavramlar içerik ve katılık bakımından daha belirlidirler[118]. Bir örnekleşme eğiliminin üçüncü biçimi, hukukun kanıtlama bakımından uygun ve ilgili olgulara sahip olma yönelimi bakımından söz konusu olmaktadır. Petrażycki'ye göre hukuku, hak ve yükümlülükleri objektif olarak doğrulanmamış ve ortaya konulmamış olgularla bağlantılandırmaktan kaçınılmalıdır[119]. Petrażycki, hukukun bu tip olgulardan kaçınma, dahası onları yok sayma eğiliminde olduğunu da ekler[120]. Bu nedenle ona göre hukukta yazılı belgeler, noter onayları, delillere dayalı ispatlamalar önemli rol oynarken bunlar salt buyurucu bir karaktere sahip ahlâka tamamen yabancı eğilim ve olgulardır[121]. Son olarak, fiili ve özellikli hukuksal ilişkilerin mahkeme önüne getirilmeye elverişli olmalarına karşın, salt ahlâki normlardan hareketle mahkemelere başvurma yönünde ahlâk alanında bir yönelimin imkânsızlığına dair tespitiyle Petrażycki[122], hukukun yargı uygulamasında görünür hale gelme eğiliminden bahseder[123].

c. Petrażycki'nin Hukuk Kuramında Hukukun Türleri

Petrażycki'nin hukuk kuramı itibariyle hukukun türlerinin ne olduğuna dair açıklamalar, yukarıda yapıldığı üzere onun hukuktan ne anladığının ortaya konulmasının ardından ve bunun yanı sıra, hukuk normundan da ne anladığını ifade etmekle gerçekleştirilebilir. Zira, hukuk normunun ne'liği, hukukun türlerine dair açıklamaları daha sıhhatli kılacaktır. Ayrıca, hukuk normlarının ne'liği ortaya konulduğunda, onların unsurları da anlaşılmış olacaktır.

i. Petrażycki'de Normatif Olgu – Norm Ayrımı

Yukarıda, Petrażycki'ye göre tüm etik normlar belirli bir davranışta bulunma ya da bulunmama gerekliliğini ifade eder denilmişti. Petrażycki bu açıklamasını genişletir ve etik normların genel olarak sahip oldukları unsurları sıralar: - Etik dürtüler ve - fikirler bu unsurları oluşturur. Etik dürtülerden, yukarıda dürtü açıklamalarıyla etik oluşun ortak karakterine dair söylenenler birleştirildiğinde, bir "olması

116 PETRAZYCKI, 2011, s. 115.
117 PETRAZYCKI, 2011, s. 115.
118 PETRAZYCKI, 2011, s. 116.
119 PETRAZYCKI, 2011, s. 118.
120 PETRAZYCKI, 2011, s. 118.
121 PETRAZYCKI, 2011, s. 118
122 PETRAZYCKI, 2011, s. 119-120
123 BABB, 1938, s. 555.

gereken"e dair psişik süreçlerin anlaşılacağı ifade edilebilir. Fikirler ise yükümlülüğün konusuna dair, yükümlülüğün öznesine dair, ilgili olgulara dair ve normatif olgulara dair olmak üzere sıralanır[124]. Bunlardan, özellikle normatif olguların açıklanması önem taşır. Zira normatif olgular aşağıda aktarılmaya çalışılacak olan hukuk türleri için belirleyici bir öneme sahiptir. Normatif olgular, bir normun ortaya çıkışındaki fikirler olarak tanımlanır ve normatif deneyimlerin kurucu unsurlarıdır[125]. Petrażycki'ye göre normatif olgular bir araya gelip kümeleşerek normları oluşturmaktadırlar[126]. Dolayısıyla normlar ile normatif olgular birbirlerine karıştırılmamalıdır. Zira, norm denildiğinde akla ilk gelen, örneğin bir hukuk metni gibi olgular, haklara ya da ödevlere sahip olmaya dair buyurucu bir duyguyu tetiklediği takdirde bir normatif olgu olarak kabul edilir[127]. Başka bir ifadeyle, böyle bir tetikleme olmadığında o metnin bir normatif olgu olmayacağı ifade edilebilir. Gurvitch'e göre de normatif olgular, bir hukuktan bahsedebilmenin per se kaynaklarıdır ve hukukun gerçek yaşamının dinamizmini oluştururlar[128]. Dolayısıyla Petrażycki'nin normatif olgular nosyonunun, bir aktörün, normun kaynağı olarak göndermede bulunduğu harici her şeyi kapsadığını ve kanunların, idari kararların yanı sıra bir aile ferdinin buyruğunun da bir normatif olgu olarak kabul edilebileceğini ifade etmek[129] mümkündür. Görüldüğü gibi, normatif olgular daha ziyade dışarıdan gelen yani harici, buyurucu ve bir duygunun tetiklenmesini sağlayan fikrî unsurlardır. Petrażycki'ye göre normlar ise normatif yargılarla eş anlamlı olarak kullanılır ve zihnimizdeki bir eylem duygusuna bir dürtünün eklemlenmesiyle ortaya çıkan birleşimlerin bir yargı formunda bildirilmesini ifade ederler[130]. Petrażycki'nin belirttiği kadarıyla geleneksel hukuk kuramları, hukuk normlarıyla normatif olgular arasında bir ayrım yapmadıkları için esaslı bir yanlışın içindedirler ve yazılı metinlerdeki çeşitli buyruklar, yasaklamalar vs. hukuk normu değil, normatif olgulardır[31]. Buradan hareketle normatif olguların normları önceleDiğini ifade etmek mümkündür. Dolayısıyla hukuksal norm, deneyimlenmiş normatif olguların psikolojik yansıması haline gelir[132].Bu hukuksal deneyim kavramsallaştırması uyarınca Petrażycki, duygusal fantasma (emotional phantasmata) dediği hukuk normu kavrayışına ve hukuk normu

124 PETRAZYCKI, 2011, s. 153.

125 PETRAZYCKI, 2011, s. 33.

126 PETRAZYCKI, 2011, s. 163

127 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 380..

128 Georges GURVITCH, Sociology of Law, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., London 1947, s. 30

129 Krzysztof MOTYKA, "Law and Sociology: The Petra yckian Perspective", Law and Sociology: Current Legal Issues Volume 8 (ed. Michael Freeman) içinde, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 131.

130 PETRAZYCKI, 2011, s. 30.

131 PETRAZYCKI, 2011, s. 155.

132 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 380.

yanı sıra hak, ödev, hukuksal ilişki ya da adalet[133] gibi temel kavramlara ulaşır[134]. Petrażycki,'ye göre yasama faaliyetinde normatif olgular sadece pozitif yasaları doğuran olgular olmakla da kalmaz; aynı zamanda normları, bir tür volkgeist olarak görebileceğimiz, ulusal psişeden kazıyıcı olgular olarak da görünür[135]. Normatif olgular ile normlar arasında, böylece, korelatif bir ilişki vardır: Normatif olgularla bağlı buyurucu-atfedici deneyimler ve bunlara karşılık gelen normlar (duygusal fantasmalar)… Petrażycki terminolojisinde fantasma (eş anlamlı olarak duygusal fantasma), duygusal yaşam alanında mevcut olan ve materyal nesnelerin imgesel nitelikleri olarak görülebilecek olan yansımalardır ve bu aynı zamanda ideolojik bir entite olarak karşımıza çıkar[136]. Petrażycki'ye göre hukuk (ve ahlâk) gerçek varlıklarına insan psişesinde sahip olduklarından, normlar, haklar ve ödevler de birer fantasmadan başka bir şey olmamanın yanı sıra[137] birer ideolojik izdüşümdürler. Bu durum, aynı zamanda, hukuki formalizmin temel nosyonları olan pozitif metinler, mahkeme kararları, hukuk kitapları veya diğer objektif kaynaklardaki "harici" görünümler için de geçerli olup tüm bu harici görünümler bireylerin bilinç durumlarının naif yansımaları haline gelmektedirler[138]. Özetle, bir kişinin kendisini bir hukuksal deneyimle ilişkilendirişinde söz konusu olan ve dahası, hukuksal konu somut bir kişi ya da şey olduğunda bile bu somut kişiye ya da nesneye atfedilen hukuksal hak ya da durum, kişinin ya da nesnenin içkin bir özelliği olmayıp, sadece fantasmik yansımalardır, denilebilir[139]. Bu nedenle, yani pozitif metinlerden ibaret bir hukuk normu kavrayışına dayanan hukukun normatif kuramları daima fantasmalara göndermede bulundukları için, bilimsel olamazlar[140]. Ayrıca, geleneksel pozitivist kuramların yanı sıra idealist hukuk kuramlarının da iki temel hatası, tüm hukuksal kavramların fantasmik yansımalar olduğunu tespit edememek ve hukukta olduğu gibi, hukukun ardında da yatan psikolojik temeli ıskalamaktır[141].

Tüm bu açıklamalar, Petrażycki'nin hukuku hangi türlere ayırdığını daha sağlam bir zeminde ele alabilmek amacıyla kaleme alındı. Aşağıda görüleceği üze-

133 Petrazycki adaleti atfedici karakteri barındırmasından dolayı ahlâk değil, hukuk alanında görür (RUDZINSKI, 1976, s. 125). Hatta ona göre adalet, duygu dünyamızdaki sezgisel hukuktan başka bir şey değildir (PETRAZYCKI, 2011, s. 241).

134 OPALEK, 1961, s. 139.

135 BABB, 1938, s. 566.

136 PETRAZYCKI, 2011, s. 41.

137 MOTYKA, 2006, s. 126.

138 A. Javier TREVİÑO, "Introduction to the Transaction Edition", Law and Morality (by Leon Petrazycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. xiv. (Treviño'nun bu çalışması bundan sonra "TREVİÑO, 2011b" olarak geçecektir)

139 NORTHOP, 1956, s. 659.

140 Mathieu DEFLEM, Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition, Cambridge University Press, New York 2008, s. 79.

141 NORTHOP, 1956, s. 659.

re, Petrażycki pozitif metinlerin varlığını yadsımaz. Ancak hukuk denilen şey insan psişesinde yer tutan bir gerçeklik olduğu için, hukuk normları da pozitif metinlerden ibaret olamaz. Daha ziyade, pozitif metinler insan psişesindeki eylem duygusuna eklemlenebildikleri ölçüde hukuk normu olabilirler. Bu nedenle hukukun ve hukuk normlarının türlerinin anlaşılmasında insan psişesinin işin içine katılmaması, onları ancak bir normatif olgu olarak görmeyi gerektirecektir.

Şimdi Petrażycki'ye göre hukukun hangi türlere ayrıldığına bakılabilir.

ii. Petrażycki'de Hukukun Türleri

Petrażycki hukukun türlerine ilişkin iki türlü ayrım yapar. Bunlardan ilki sezgisel hukuk (intuitive law) – pozitif hukuk (positive law), ikincisi resmi hukuk (official law) – resmi olmayan hukuk (unofficial law) şeklindedir.

Sezgisel hukuk – pozitif hukuk ayrımı, Petrażycki'ye göre, kendisinin geliştirdiği psikolojik hukuk kuramıyla en derinden ilişkili olan ayrımdır[142]. Petrażycki, kuramında hukuka ilişkin geliştirdiği genel önermelerin sezgisel hukuka uygulanabilir olduğunu da ifadelerine ekler[143]. Petrażycki'ye göre sezgisel hukuka dair özel bir dizi açıklama yapma işi, pozitif hukuk ile karşılaştırıldığında, onu karakterize edenin ne olduğuna bakılarak gerçekleştirilmelidir[144]. Böylece Petrażycki'nin pozitif hukuktan anladığının ne olduğu da görülebilecektir.

Öncelikle, Petrażycki'ye göre, içeriği harici olgularla (örneğin pek çok kişi için otorite olarak kabul edilen insanlarca) tanımlanabildiği için pozitif hukuk, geniş ya da dar insan toplulukları için ve onların karakterleri, yetişmeleri vs. açısından farklılıklarına karşın tekbiçimli bir kurallar örüntüsünü oluşturmaktadır. Oysa sezgisel hukukun karakteristiği, kişiden kişiye çeşitlilik göstermektedir. Sezgisel hukukun içeriği her bireyin kendi bireysel yaşam koşullarına, karakterine, yetişme tarzına, eğitimine, toplumsal konumuna, profesyonel meşgalesine, kişisel tanışıklık ve ilişkilerine göre tanımlanmaktadır. Petrażycki'ye göre bir insan grubu için sezgisel hukuk da söz konusu olabilir. Ancak burada önemli olan ve pozitif hukuktan ayırt edilmesini sağlayan, farklı bireysellikleri işin içine katmaktır[145]. Gorecki'nin deyişiyle bu fark, en önemli ayrımı oluşturur[146]. Petrażycki'nin bu ifadelerinden, bir dizi çetecinin ya da oyun oynayan çocukların buyurucu atfedici nitelikteki dürtülerinin de hukuk tanımı içine girebileceği sonucu çıkarılabilir[147]. Petrażycki'nin sezgisel hukuk kavramsallaştırmasından çıkan bir

142 PETRAZYCKI, 2011, s. 221.

143 PETRAZYCKI, 2011, s. 225.

144 PETRAZYCKI, 2011, s. 225.

145 PETRAZYCKI, 2011, 225-226.

146 Jan GORECKI, "Leon Petrazycki", Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 8.

147 Alexander PECZENIK, "Leon Petrazycki and the Post-Realistic Jurisprudence", Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 85.

diğer sonuç, harici otoritelere gönderme yapmayan ve onlardan bağımsız olan olguların da hukuk kavramının kapsamı içine giriyor oluşlarıdır[148]. Zira sezgisel hukuk, onu deneyimleyen kişinin doğrudan doğruya ve sezgisel olarak deneyimlediği, açık ve çift yanlı buyurucu dürtülere göndermede bulunmaktadır[149]. Dolayısıyla sezgisel hukukta bir tür otonomi söz konusudur[150]. Bunun anlamı, sezgisel hukukta hukuk yapıcı herhangi bir otoriteye atıfta bulunulmamasının yanı sıra, kendisine karşılık gelen bir hakla birlikte bir ödevin özerk ve *per se* oluşmasıdır[151]. Zira Petrażycki'ye göre sezgisel hukuk, bir dış otoriteyle değil, bilincin buyruklarıyla tanımlanmaktadır ve bireyin bilincinde biçimlenmektedir[152]. Bu ise Petrażycki'nin normatif olguların yokluğu halinde sezgisel hukuktan bahsedilebileceği düşüncesini[153] açıklar. Zira, hatırlarsak, normatif olgular bireye dışarıdan gelmekteydiler.

Petrażycki'ye göre sezgisel hukuk ile pozitif hukuk arasında, sezgisel hukukun verili yaşam durumunun bireysel ve özel koşullarının kapsama dahil edilmesi bakımından da fark vardır[154]. Bu da, sezgisel hukukun serbest bir değişkenliğe ve uyumluluğa sahip oluşuyla ifade edilir[155]. Son olarak, Petrażycki sezgisel hukukun pozitif hukuka nazaran daha geniş bir kapsamının ve uygulanabilirliğinin var olduğunu da vurgular[156].

Oysa pozitif hukukta, hukukun içeriği yasa koyucunun faaliyetlerinde örneklendiği gibi normatif olgularla tanımlanmaktadır[157]. Ayrıca pozitif hukuk bireysellikleri ve verili yaşam durumunu dikkate almadığı için toplumsal açıdan sezgisel hukuka nispetle daha az kullanışlıdır[158]. Normatif olgulara dair aktarılanlar akılda tutulduğunda, Petrażycki için pozitif hukukun bir normatif olgu, yani bireyin dışından gelen otoriter bir tetikleme üzerinde temellendiği düşüncesi geçerli olmaktadır[159]. Burada normatif olgu Tanrı buyruğu, ebeveynin buyruksal beyanı, bir gelenek, bir sözleşme ya da bir yasa olabilir[160]. Görüldüğü gibi Petrażycki'nin kullanımında pozitif hukuk, Austin ya da Kelsen gibi hukuksal

148 TREVİÑO, 2011b, s. xii.

149 NORTHOP, 1956, s. 659.

150 OPALEK, 1961, s. 141.

151 SADURSKA, 1987, s. 69.

152 SHYTOV, 2011, s. 2-3.

153 PETRAZYCKI, 2011, s. 227.

154 PETRAZYCKI, 2011, s. 226. Sezgisel hukuktan doğal hukukun anlaşılıp anlaşılmayacağı meselesi burada akla gelebilir. Kanımca, Petra ycki hukuk ile ahlâk arasında ontolojik, yani psişik, niteliksel ve yapısal bir ayrım gözettiği için ahlâka göndermede bulunan bir doğal hukuk yaklaşımı ile beraber okunamaz.

155 PETRAZYCKI, 2011, s. 226-227.

156 PETRAZYCKI, 2011, s. 227-228.

157 PETRAZYCKI, 2011, s. 231.

158 PETRAZYCKI, 2011, s. 231.

159 SADURSKA, 1987, s. 69.

160 SADURSKA, 1987, s. 69.

pozitivistlerin anladığı pozitif hukuk değildir. Bunlardan farklı olarak, Petrażyckici anlamda pozitif hukuk, resmi olmak zorunda olmayan ve bir kişinin psikolojik deneyimi itibariyle eylem fikrini tetikleyen ve haklılaştıran bir otoriteye veya nedeni deneyimin dışında bulunan herhangi bir çift yanlı soyut dürtüye göndermede bulunmaktadır[161]. Bu itibarla, Petrażycki'de pozitif hukuk, bilinebilir ve dışsal olgular ile tanımlanabilir olduğu ve onları kural örüntüleriyle donatabildiği için[162] heteronomdur[163].

Petrażycki hukuku sadece sezgisel hukuk – pozitif hukuk olarak ayırmaz. İkinci ayrımı resmi hukuk – resmi olmayan hukuk biçiminde yapar. Bu ayrım, işin içine devlet unsurunun katılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Petrażycki'ye göre devlet otoritesi ve örgütlenmesi geliştikçe, yani devlet unsuru hukukun gelişim sürecinde yer almaya başladıkça, hukuk bu bakımdan da iki kategoriye ayrılır. Kategorilerden ilkini devlet otoritesini temsil edenlerce, bunların topluma hizmet etme ödevlerine bağlı olarak uygulanan ve sürdürülen hukuk; ikincisini ise devlet unsurunun dahli bakımından bu özelliğe sahip olmayan hukuk oluşturur. Petrażycki bunlardan ilkini resmi hukuk, ikincisini resmi olmayan hukuk olarak adlandırır[164]. Petrażycki, modern hukuk kuramı yaklaşımlarının esas olarak resmi hukukla iştigal ettiklerinden bahseder[165]. Özellikle hukuksal pozitivistlerin hukuk olarak adlandırdıkları hukuk da resmi hukuktur[166]. Ancak Petrażycki için resmi hukuk, sadece pozitif hukukla ilgili değildir; sezgisel hukuk da resmi bir hukuk olarak kendisine yer bulabilir[167]. Örneğin *judicia bonae fidei* kurumu İngiltere'de *hakkaniyet* ve Rusya'da *bilinç* olarak önemli bir rol oynamış ve mahkemelerin bir yasaya değil ama bir adalet duygusuna göre karar vermelerinde etkili olmuştur[168]. Dolayısıyla resmi hukuk, sezgisel bir kökene de sahip olabilen, ancak mahkemelerce ya da diğer devlet kurumlarınca tanınarak resmiyete kavuşan hukuktur[169]. Bu itibarla, Petrażycki'ye göre bu hukuk dallarının birbirlerine sirayet edebilme olasılıkları ortaya çıkar ve hem pozitif hukukun hem de sezgisel hukukun resmi ya da gayrı resmi olabileceğinden bahsedilebilir[170]. Bu durumu Timasheff'ten alıntılamak uygun görünüyor. Timasheff, bir mahkeme, örneğin Medeni Kanun'un X. maddesi'ne atıfla karar verdiğinde, bunun hem bir pozitif hukuk (normatif bir olguya atıf nedeniyle) hem de bir resmi hukuk (buradaki aktör

161 NORTHOP, 1956, s. 658.

162 BABB, 1938, s. 568.

163 OPALEK, 1961, s. 141.

164 PETRAZYCKI, 2011, s. 139.

165 PETRAZYCKI, 2011, s. 292.

166 MOTYKA, 2006, s. 130.

167 PETRAZYCKI, 2011, s. 292.

168 PETRAZYCKI, 2011, s. 294.

169 Roger COTTERRELL, The Sociology of Law: An Introduction 2. bs., Oxford University Press, USA 1992, s. 39.

170 TREVİÑO, 2011b, s. xv.

olan mahkemenin devletlû niteliği nedeniyle) olduğunu ifade eder[171]. Resmi olmayan pozitif hukuk ise serbestçe seçilmiş bir arabulucunun endüstriyel bir uyuşmazlığı, köklü bir uygulamaya referansla çözmesi örneğinde kendisine yer bulur. Burada hem resmi olmayıştan (buradaki aktör olan arabulucunun devletlû olmayan niteliği nedeniyle) hem de pozitif oluştan (bir normatif olguya atıf nedeniyle) bahsedilir[172]. Bu sefer bir Anglo-Sakson mahkemesinin davayı hakkaniyet temelinde çözdüğünü ya da bir Türk mahkemesinin başka bir davayı, yargıcın kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre çözdüğünü düşünelim. Burada, söz konusu çözümler hem sezgisel hukuka dairdir (zira bir normatif olguya atıf yoktur) hem de resmi hukuk alanına girer (aktör olan mahkemenin devletlû niteliği nedeniyle)[173]. Son olarak bir grup insanın "kötü bir adamı", bunu hak ettiğini düşünerek astığını ve kendi hukuklarını uyguladıklarını örnek olarak alalım. Bu örnekte hem sezgisel (zira bir normatif olguya atıf yoktur) hem de resmi olmayan bir hukuk olduğunu (aktörlerin devletlû olmayan nitelikleri bakımından) görebiliriz[174].

Petrażycki'nin hukuk kuramı itibariyle hukuk türlerine dair bu çalışmada yapılan aktarma ve açıklamaların son parçasını, özellikle sezgisel hukuk ile pozitif hukuk arasındaki ilişkiler oluşturmalıdır. Petrażycki'ye göre sezgisel hukuk ile pozitif hukuk arasındaki karşılıklı ilişkiler, esas itibariyle üç biçimde görülür: (1) sadece pozitif hukukun olduğu ve uygulandığı, (2) sadece sezgisel hukukun olduğu ve uygulandığı, ve (3) sezgisel hukukun ve pozitif hukukun varlığının ve uygulanmasının birlikte olduğu durumlar[175]. Özellikle son ilişki biçimi, yarışan bu iki hukuk türü bakımından çeşitli sorunlara yol açmaktadır. Petrażycki'ye göre bu ikisi arasında karşılıklı alışveriş, sezgisel hukuk bilinci ile pozitif hukuk bilinci arasındaki karşılıklılık, fiili bir hukuksal düzenin ve buna uygun bir toplumsal, ekonomik ve politik düzenin kurulmasında önem taşımaktadır[176]. Ancak şeylerin doğası itibariyle bu ikisi arasında farklılıklar ve uyuşmazlıklar da kaçınılmazdır[177]. Özellikle resmi pozitif hukuk kuralları, toplumun üyelerinin gerçek buyurucu-atfedici kanaatlerini bütün olarak yansıtamaz; zira resmi pozitif hukuk ile toplumun üyelerinin psiko-sosyal mantaliteleri arasında her zaman birtakım uyuşmazlıklar olagelmiştir[178]. Bu uyuşmazlıklar, sezgisel hukukun içeriğinin toplumun farklı unsurlarında farklılıkları haiz olması ve sezgisel hukuku karşılayacak bir pozitif hukukun olmaması; sezgisel

171 Nicholas S. TIMASHEFF, "Introduction", Law and Morality (by Leon Petrazycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. xl.

172 TIMASHEFF, 2011, s. xl; PODGÓRECKI, 1980-81, s. 191-192.

173 TIMASHEFF, 2011, s. xl-xli.

174 TIMASHEFF, 2011, s. xli.

175 PETRAZYCKI, 2011, s. 232.

176 PETRAZYCKI, 2011, s. 232.

177 PETRAZYCKI, 2011, s. 232-233.

178 Pitirim Alexandrovitch SOROKIN, Social & Cultural Dynamics 2. bs., Porter Sargent Publisher, Boston 1970, s. 430.

hukukun dinamik yapısıyla gelişiminin ve içeriğinin değişiminin durmaksızın sürmesi ve fakat pozitif hukukun gelişiminin bunun gerisinde kalabilmesi; pozitif hukukun somut koşullara uyum sağlama noktasında sezgisel hukukla yarışamaması gibi hususlardan doğmaktadır[179]. Petrażycki'ye göre bu uyuşmazlıkların giderilememesi ve bu yüzden artması, toplumsal kargaşaya ve düzensizliğe, en sonunda, Amerikan İç Savaşı ve Fransız Devrimi gibi süreçlerin yaşanmasına sebep olacaktır[180]. Burada yapılması gereken, her iki hukuk türü arasında kaçınılmaz olarak var olan uyuşmazlıkların orta karar bir seviyede tutulmasıdır[181]. Petrażycki'ye göre mahkeme pratikleri bu bakımdan büyük önem taşır. Çalışmasını bu nokta üzerinde yoğunlaştıran Shytov'un sistematik aktarım ve görüşlerini aktarmak bu noktada yararlı olabilir. Shytov'a göre sezgisel hukuk ile ilgisiz pek çok pozitif ve/veya resmi hukuk düzenlemelerinden söz edilebilir. Bu bakımdan pozitif hukuk ile sezgisel hukuk arasında uyuşmazlıklar, Petrażycki'nin görüşlerine paralel olarak, kaçınılmazdır ve bu uyuşmazlıkların giderileceği yer mahkeme salonlarıdır[182]. Yargıçların en temel görevlerinden biri, bu ahengi tutturmaktır. Yargıçların sezgisel hukuku, pozitif hukukun uygulanmasında önemli bir rol oynar[183]. Petrażycki'nin sözleriyle, kararların alınmasında sezgisel hukuk bilinci, pozitif hukukun yorumlanması ve uygulanması bakımından önemli bir basınç oluşturur[184]. Petrażycki'ye göre genel kuralların somut koşullara uyumlu hale getirilmesi, örneğin cezalandırma derecesinin tercih edilmesi yahut bir ödül miktarının belirlenmesi veya somut olayın değerlendirilmesi süreçleri yargıçların sezgisel hukukları ile yönetilir. Yine Petrażycki'den aktarmak gerekirse, kanunda bir suç için öngörülen cezanın alt ve üst sınırları ortaya konulur ve bundan sonrası yargıçların bilincine, onların sezgisel hukuk dünyalarına kalır[185]. Shytov'a göre buradan çıkan sonuç, Petrażycki'nin sezgisel hukuk kavramsallaştırmasının yargıçlara büyük bir önem verdiği, karar verme süreçlerinde yargıcın sezgisel hukuk bilincinin önemli rol oynadığı ve bu bilinç durumlarının hukuki bir otoriteye bu şekilde sahip olduğudur[186].

4. Petrażycki'de Hukukun Toplumsal Boyutu: Hukukun Toplumsal İşlevleri, Gelişimi ve Hukuk Politikası

İlginçtir ki, hukuk ontolojisine ilişkin tartışmalar daha ziyade hukuk felsefesi alanında yürütülürken ve hukuk felsefesinden de anlaşılan, çoklukla, hukukun ardında yatan metafizik kategorinin tespiti olarak kabul edilirken, Petrażycki'nin hukuk kuramında hukuk ontolojisi, olgusal bir gerçeklik olarak insan psişesi üzerinde

179 PETRAZYCKI, 2011, s. 233.
180 PETRAZYCKI, 2011, s. 236; ayrıca bkz. SADURSKA, 1987, s. 81-82.
181 BABB, 1938, s. 569.
182 SHYTOV, 2001, s. 3
183 SHYTOV, 2001, s. 4.
184 PETRAZYCKI, 2011, s. 234.
185 PETRAZYCKI, 2011, s. 293.
186 SHYTOV, 2001, s. 4.

temellenmekte ve kuramın metodolojisi de felsefenin yöntemi olan akıl yordamıyla tasarımsal temellendirmeden çok psikoloji biliminin içe bakış yöntemi olarak ifade edilmektedir. Bu, eğer doğruysa, Petrażycki'nin yaptığı hukuk ontolojisinin felsefi bir yöntemle temellendirme olmadığını kabul etmeyi gerektirir. Onun yaptığı, daha ziyade, hukukun bilimsel bir açıklamasını sunmaktır.

Petrażycki, daha çok hukuk sosyolojisinin alanına girdiği kabul edilen hukukun toplumsal işlevleri, gelişimi ve hukuk politikasının amacına dair ifadelerinde ise, yorumuma göre, sosyolojik kavram ve kategorileri dışlamamakla beraber, çok da bilimsel görünmeyen bir kavrama, sevgiye başvurmaktadır. Bir değer olarak sevginin idealleştirilmesine dair Petrażycki'nin yaklaşımını aşağıda aktarmaya çalışacağım. Ancak yine de, bu "sevgi ideali"ne rağmen Petrażycki'nin kuramının sosyolojik bir niteliğe sahip olduğunu iddia etmeyi gerektirecek güçlü argümanlar mevcuttur. Petrażycki'nin özellikle hukukun toplumsal işlevlerine, gelişimine ve "sevgi"yi hedeflediğini düşündüğü hukuk politikasına dair ifadeleri bu argümantasyonu sağlamada elverişlidir.

a. Hukukun Toplumsal İşlevleri ve Gelişimi

i. Hukukun Toplumsal İşlevler**i**

Petrażycki'ye göre hukuk, yukarıda hukukun bir örnekleşmesi ve pozitifleşmesiyle ilgili açıklamaları da hatırladığımızda, karşılıklı haklar ve yükümlülükler ile toplumsal anlaşmazlıkları tanımlama ve çözme bakımından işlevler göstermektedir. Petrażycki'ye göre hukuksal düşüncenin eğilimleri ve gelişimi, toplumsal davranışı istikrarlı ve koordineli bir sistem haline getirmede işlevseldir[187]. Toplumsal davranışın hukuk tarafından ortaya konulan belirli ve tanımlı standartlaştırılması ve koordinasyonu, hukukun toplumsal işlevlerini açıklar[188]. Petrażycki'ye göre hukukun toplumsal işlevlerinden ikisi, toplumsal yaşam için en önemli olanlardır: Dağıtıcı işlev ve organizasyon işlevi.

Hukukun en önemli iki toplumsal işlevinden ilki dağıtıcı işlevidir. Dağıtıcı işlev, toplumsal faydanın toplumdaki bireylere ve gruplara tahsis edilmesi demektir[189]. Petrażycki'ye göre bu dağıtım ulusal (ve uluslararası) alanda gerçekleşir ve burada verimli toprakların, üretim araçlarının ve tüketim nesnelerinin dağıtımına göndermede bulunulur[190].

Petrażycki'ye göre hukukun dağıtıcı işlevinin asıl örneğini ve esas temelini mülkiyet oluşturur[191]. Ona göre mülkiyet, dışsal ve **nesneler dünyasının bir olgusu olmayıp** ne bir kişiyle bir şey arasındaki bağı ne de herhangi bir kişinin diğerlerine karşı koyduğu tüm yasaklamaların toplamını gösterir; mülkiyet psişik, dürtüsel-fikrî bir olgudur[192]. Hukuk açısından mülkiyetin ilk kurucu unsuru, herkesin, malikin mülküne ilişkin eylemlerine katlanmaları ve bunları

187 PETRAZYCKI, 2011, s. 121.
188 PETRAZYCKI, 2011, s. 122.
189 PETRAZYCKI, 2011, s. 122.
190 PETRAZYCKI, 2011, s. 122.
191 PETRAZYCKI, 2011, s. 122.
192 PETRAZYCKI, 2011, s. 124.

hoş görmeleri iken ikinci unsur, her kişiye düşen genel bir yükümlülüktür ve bir diğer kişinin mülkiyetine yönelen tecavüzlere karşı malikin namına ve yararına güvence sağlar: Örneğin, malikin tecavüzlere karşı dokunulmazlık hakkı[193]. Görüldüğü gibi, Petrażycki'de dağıtıcı işleviyle hukuk, özel alana dair kimi olgularla daha fazla ilgilidir[194] ve hukukun dağıtıcı işlevi asli olarak mülkiyetin doğasına ilişkindir[195]. Böylece, hukuksal psişenin atfedici niteliği, ayrık bireylere ve gruplara toplumsal refah sağlama işlevine de denk düşer ve burada söz konusu olan, daha ziyade, ulusal ekonomiden nemalanmaktır[196]. Önemli görülebileceğini düşündüğüm bir diğer husus ise hukukun dağıtıcı işlevinin organizasyon işleviyle ilişkisidir. Zira hukuk, uyumlu bir toplumsal davranış sistemi ve tanımlanmış bir düzen sağlayarak bireylerin yapabilecekleri ile yapmaları gereken arasında, ekonomik alana da sirayet eden bir koordinasyon sağlar[197]. Bu nokta, hukukun organizasyon işlevine geçiş basamağını da oluşturur.

Petrażycki'nin hukuk kuramında hukukun en önemli iki işlevinden ikincisi, organizasyon işlevidir. Organizasyon işlevi, daha ziyade bireylerin ve toplumsal grupların uyumlu ve eş güdümlü bir davranış örüntüsüne sahip olmalarıyla ilgilidir[198]. Petrażycki'ye göre hukuk organizasyon işlevini iki ayrı boyuttaki alt işlevlerle gerçekleştirir: Kültürel-eğitici ya da pedagojik boyut ile motivasyonel boyut[199].

Petrażycki'ye göre rasyonel bir hukukun toplumsallaşma ve bir arada yaşamayı sağlamada güçlü bir eğitici, güçlü bir okul oluşu onun pedagojik boyutuyla ilgilidir[200]. Bu bağlamda hukukun eğitici işlevi aile, kilise, komşuluk ilişkileri, iş yaşamı gibi kurumlarca geliştirilen kuralların vücuda geldiği toplumsallaşma süreçlerine göndermede bulunur[201]. Petrażycki için hukukun kültürel-eğitici, başka bir deyişle pedagojik rolü, motivasyonel rolünden daha önemlidir ve bu rol, öğrenme, alışma ve yeni durumlara uygulanma ve işlenme gibi biçimlerde gerçekleşir[202]. Bu eğitici boyutta söz konusu olan, hukukun, beşeri karakterin eğilimlerini ve özelliklerini, psikolojik yatkınlıklarını ve belirli bir biçimde davranma kapasitelerini geliştirmek ya da törpülemek yahut pekiştirmek ya da imha etmek işlevleridir[203]. Eğitici işleviyle hukuk, anti-sosyal, egoist ve kötücül duy-

193 PETRAZYCKI, 2011, s. 127.
194 OPALEK, 1961, s. 142.
15 BABB, 1938, s. 557.
196 BABB, 1938, s. 558.
197 BABB, 1938, s. 558.
198 PETRAZYCKI, 2011, s. 131,133.
199 PETRAZYCKI, 2011, s. 298.
200 PETRAZYCKI, 2011, s. 301.
201 PODGÓRECKI, 1980-81, s. 192.
202 MOTYKA, 2006, s. 136.
203 BABB, 1937, s. 808.

gusal eğilimleri ortadan kaldırmak suretiyle ideal bir duygusal psişe durumunu yaratma; bu kötü duygusal eğilimlerin yerine bunların karşıtı ve cezalandırıcı da olan ve böylece iyi, adil ve duygudaşlığa dayanan yeni bir psişe yaratmayı amaçlayan eğilimleri yerleştirme, geliştirme ve güçlendirme rollerini oynayacaktır[204]. Başka bir ifadeyle, hukuksal olguların tekrarlanması birtakım alışkanlıklar geliştirir ve sırasıyla bu alışkanlıklar karakter gelişimini biçimlendirerek, bazı karakter özelliklerini olumlu ya da olumsuz yönde etkileyerek onları geliştirir, yok eder ya da zayıflatır[205]; hukuk, bazı duygusal eğilimlerin pratiğe dökülmesini icbar ederek ve diğer bazılarının antisosyal eğilimlerini ve eylemlerini parçalayarak kimi duygusal eğilimlerin gelişip güçlenmesine kimilerinin ise zayıflamasına ve yok olmasına yol açar[206]. Böylece hukuk, insanlara verili bir dönemde zararlı olarak telâkki edilen belirli davranışlardan neden ve nasıl kaçınacaklarını sistematik olarak öğretir[207] ve eğitici işlevin esasını da hukukun, muhataplarının tamamı için ortak bir davranış örüntüsü buyurarak güçlü toplumsal davranışları biçimlendirmesi oluşturur[208].

Petrażycki bir kimsenin hukuksal yükümlülüğüne ve hakkına dair bilinci, bireylerin ve kitlelerin hukuksal motivasyonu olarak adlandırır[209]. Ona göre hukuk, buyurucu-atfedici niteliği ile psikolojik bir boyuta sahip olmakla, hak atfedişlere ve ödevlerin yerine getirilmesine ilişkin motivasyonel bir baskı oluşturmaktadır[210]. Hukukun motivasyonel işlevi, eğitici işleviyle bağlantılı biçimde, toplumsal olarak kabul edilen tarzda davranmayı sağlayacak bilginin tedarik edilmesine, bu yönde bir uyartıya, yani bir davranış eğilimine yol açan etkiye de dayanır[211]. Hukukun motivasyonel işlevi, böylece, insanları verili bir davranışa yatkınlaştıracak insan psişesindeki belirli motifleri harekete geçirmeye ve bunun uzun erimli bir sonuç olarak davranışları biçimlendirip sürekli kılmaya yarayacaktır[212]. Petrażycki'nin hukuk kuramında motivasyonel işlev, görüldüğü gibi, yine psikoloji zaviyesinde ele alınır. Bir hukuk kuralının deneyimlenmesi, bu kurala dair bir bilinci ve izin verilenle yasaklanana dair eylemde bulunma veya eylemekten sakınma motiflerinin dürtülenmesine yahut dışarıda bırakılmasına ilişkin psikolojik bir olgu üretmektedir ve burada temel motivasyonel eylem, belirli bir biçimde davranmaya dönük motiflerin üretilmesi, yok edilmesi ya da bunlarda değişikliklerin yapılması olarak ifade edilebilir[213].

204 BABB, 1937, s. 808.

205 PETRAZYCKI, 2011, s. 301; BABB, 1938, s. 561.

206 BABB, 1938, s. 561-562.

207 Andrzej KOJDER, "Leon Petra ycki's Socio-legal Ideas and their Contemporary Continuation", Journal of Classical Sociology, Cilt 6 (2006), Sayı 3, s. 337.

208 KOJDER, 2006, s. 336.

209 PETRAZYCKI, 2011, s. 300.

210 PETRAZYCKI, 2011, s. 300.

211 PODGÓRECKI, 1980-81, s. 192.

212 MOTYKA, 2006, s. 135.

213 BABB, 1937, s. 807.

Bir hukuksal yükümlülüğün ya da hakkın bilincinde olmak, bireyi ve kitlelerin davranışlarını bu hukuksal duygularla motive etmek anlamına gelir[214]. Bundan başka, motivasyonel boyutun bir dizi davranış örüntüsü rejimine ve düzene sebebiyet vermesi de işlevleri arasındadır; zira hak ve ödevlerin bilincinde olmak, bu bilinç durumuna karşılık gelecek davranışlara da sebep olacaktır[215]. Böylece Petrażycki'nin hukuk kuramında, hukukun harekete geçirdiği psişeler ve psişik tepkiler, bir yükümlülüğün yerine getirilmesi veya bir hakkın atfedilmesi yönünde motivasyonel bir öneme sahiptir[216]. Hukukun buyurucu-atfedici psişeleri garantileme işlevi ile tüm toplum mensuplarının yükümlülüklerini yerine getirme ve haklara müdahale etmekten sakınma düşüncelerine uyumlarının sağlanması, motivasyonel boyutu ortaya koyar[217].

ii. Hukukun Gelişimi

Petrażycki'ye göre hukukun buyurucu-atfedici niteliği ve bu niteliğe karşılık gelen dürtüsel-fikrî birleşimler bakımından hukukun gelişimini de psikolojik bir açıdan ele almak gereklidir[218]. Hukukun gelişimine dair bilimsel bir yaklaşım ise, hukukun, yukarıda aktarılmaya çalışılan motivasyonel ve eğitici (pedagojik) işlevlerini dikkate almayı gerektirir. Petrażycki'ye göre hukuk, bu işlevleriyle, toplumsal yaşama daha sağlam bir uyumu gerçekleştirmek bakımından, insan zihninin ve karakterinin gelişimini ve değişimini etkilerken kendisi de bu psişik değişimlere uyum sağlar ve değişir[219]. Hukuksal düzenin psişik boyutunun araçları, bireylerin ve kitlelerin davranışlarını genel refaha yöneltir ve buna paralel biçimde insan zihninin toplumsal yaşama uyumu, hukukta da bir değişim olarak karşılığını bulur. Petrażycki'ye göre daha sonraki hukuksal düzenler yurttaşlardan toplumsal olarak rasyonel olan davranışı daha çok talep etmekteyken, daha ilkel bir mantaliteye uyum sağlayan erken hukuk düzenleri insan karakterinin azametli görünen yanları üzerinde yükselen davranışları konu etmiştir[220]. İnsan karakteri daha da geliştikçe, cezalar ve ödüllerin insan davranışı üzerindeki etkisi azalacak ve bu despotik bir rejimden öz yönetim düzenine geçilmesini de beraberinde getirecektir; zira cezalandırıcı-ödüllendirici kategorinin motivasyonel etkisinin yerini, toplumsal olarak rasyonel davranışı gerektiren bireysel sorumluluklar alacaktır[221]. Petrażycki buna, kültürün aşağı aşamalarından emsal olması bakımından On İki Levha Kanunları'nda borcunu ödemeyen borçlunun alacaklı tarafından öldürülebilmesi noktasından sözleşme hukukuna doğ-

214 BABB, 1938, s. 561.

215 BABB, 1937, s. 807-808.

216 BABB, 1938, s. 561.

217 BABB, 1938, s. 561.

218 PETRAZYCKI, 2011, s. 327.

219 PETRAZYCKI, 2011, s. 328.

220 PETRAZYCKI, 2011, s. 328.

221 PETRAZYCKI, 2011, s. 328-329. Opalek bu süreci köpeklerin eğitimi ile örnekler: Bir köpeğin, odanın ortasına pislemesi ve bunu her yaptığında cezalandırılması halinde, köpeğin zihninde "rasyonel" bir değişim meydana gelir ve böylece köpek "rasyonel davranmayı" edinir (OPALEK, 1961, s. 145-146).

ru geçişi örnek gösterir[222]. Petrażycki'ye göre bu gelişim, toplumsal olarak rasyonel davranışa doğru ve bilinçaltı sosyo-psişik bir adaptasyon süreci ile gerçekleşmektedir[223] ve bu, bir nevi doğal seleksiyondur[224]. Görülmektedir ki, Petrażycki'ye göre hukuk, sadece toplumsal yaşamın temel kurumlarından biri olduğu için değil, toplumsal uyum süreçlerinde görünür hale gelen rolü nedeniyle de önem taşımaktadır[225]. Burada hukukun gelişimi, diğer yandan, hukuken anlamlı ve istikrarlı bir toplumsal davranış sistemini de üretmektedir[226].

Petrażycki hukukun gelişimine dair bilimsel incelemeyi psikolojik bir temele oturttuktan sonra, bunun sosyo-psişik bir adaptasyon süreci ile gerçekleştiğini de ortaya koymuş olur. Ancak bununla yetinmez. Ona göre hukukun gelişimine dair sosyo-psişik sürecin bilimsel bir kuram haline getirilmesi, bilimsel bir sosyoloji anlayışının ortaya konulması ile mümkündür ve bu, iletişim temelinde ortaya çıkan ve toplumsal grupların mensupları arasındaki psişik birliktelikleri incelemeyi gerektirir[227]. Başka bir ifadeyle, Petrażycki'de hukukun gelişimi sosyo-psişik bir süreçtir ve bu sosyo-psişik sürecin sosyolojisi de yapılmalıdır. Bu nedenle, Petrażycki'nin iletişim aracılığıyla hukukun toplumsallığına açıklama getiren ve böylece kuramını sosyolojik kılan ifadelerine ve bunlara dair açıklamalara yer verilmesi uygundur.

Petrażycki'ye göre psişik birliktelikler, tabir caizse, karşılıklı bir psişik enfeksiyondur ve bu sadece fikrî değil, duygusal bir sirayet ediştir[228]. Bu enfeksiyon yani siyaret ediş hali, sadece ilgili fikirlerin değil, duyguların, dürtülerin de iletişimlerinde gerçekleşmektedir[229]. Böylece dürtüsel duygudaşlıklar oluşur[230]. Petrażycki'ye göre dürtüsel-fikrî toplumsal paylaşım ve psişik sirayet etme halleri, ardı sıra nesillerin yaşamında ortak değerlendirmeler gibi belirli sonuçları doğurur[231]. Bu duygusal sonuçlar, bireylerin çocukluklarından beri geliştirdikleri dürtüsel-fikrî birliktelikler ve sirayet etmeler tarafından bir araya getirilmektedir[232].

Psişik sürecin yaygınlaşmasında toplumsal iletişim ve toplumsallaşma meseleleri Petrażycki için önem arz eder. Northop, Petrażycki için önemli olanın, bir topluluğun üyeleri arasında, bunların özel çift yanlı dürtülerinin özel eylem fikirleriyle eklemlenerek, semboller ve sembolik araçlar ile birbirlerine iletmeleri meselesinde yattığı düşüncesindedir[233]. Bu somut araçlar deyimi sayesinde psikolojik hukuk

222 PETRAZYCKI, 2011, s. 329.
223 PETRAZYCKI, 2011, s. 329.
224 BABB, 1938, s. 557.
225 KOJDER, 2006, s. 338.
226 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 379.
227 PETRAZYCKI, 2011, s. 329.
228 PETRAZYCKI, 2011, s. 329.
229 PETRAZYCKI, 2011, s. 329.
230 PETRAZYCKI, 2011, s. 330.
231 PETRAZYCKI, 2011, s. 330.
232 PETRAZYCKI, 2011, s. 330.
233 NORTHOP, 1956, s. 661.

kuramı, toplumsal ve kültürel olarak sosyolojik ve antropolojik bilimlere dönüşür ve özel hukuksal deneyimler, toplumsal ve kültürel olarak buyurucu, etkili ve güçlü hale gelir[234]. Hukuk da, toplumsal akla uygun buyruklara bir uyarlanma sürecidir ve burada merkezî rolü toplumsal grupların mensupları arasındaki psikolojik iletişim oynar[235]. Petrażycki'de bu durum toplumsal adaptasyon zaviyesinden ele alınmaktadır. Petrażycki'nin kuramında toplumsal adaptasyon süreçleri, aynı zamanda ortaklaşa bir psikolojik tepki, jest, mimik ve dil aracılığıyla sadece kavramların değil duyguların da iletişimi ile gerçekleşir ve karşılıklı iletişim ile toplumsal davranışların da karşılıklılığı sağlanmaktadır[236]. Dolayısıyla, toplumsallık ile iletişim arasında önemli bir bağ vardır. Sadurska ve Babb'ın bu konudaki açıklamaları katkı sağlayıcı görünmektedir. Sadurska, Petrażycki'ye göre toplumsal gelişmenin, dürtülerin bilinçdışı uygunluğunun değerlendirilmesi süreçlerinin bir çıktısı olduğunu ve bunun, özünde, insanların dürtülerini etkileşime soktukları kişiler arası iletişimlere dayandığını belirtir[237]. İnsanlar, birbirlerinin davranışlarına dair iyi ya da kötü değerlendirmelerini paylaşırlar ve fikirlerini buradan çıkarsadıkları doğru ve yanlış üzerinde biçimlendirirler. İnsanlar pek çok duygularını iletişime konu ederek bireysel dürtülerini paylaştıkça, toplum için zararlı olanlar ayıklanır, yararlı ve iyi olanlar ise sürdürülür[238]. Babb da katkısını bu noktada sunar ve Petrażycki'ye göre hukukun gerçekliğinin bireyin psişesinde yatmasının toplumsallıktan uzak, tecrit edilmiş bir hukuku akla getiremeyeceğini, hukukun da içinde olduğu çoğu psişik deneyimin, sadece toplum içinde var olabilmek anlamında, toplumsal olduğunu ifade eder[239]. Benzeri ve haklı bir temasa göre de, Petrażycki'nin kuramına konu ettiği buyurucu-atfedici dürtüler ya da duygular, hukuksal önemlerini sadece ilgili bir diğer öznenin varlığında kazanmaktadırlar: bu duygu, sadece karşılıklı hak ve yükümlülüklerimizi ve bunların diğerlerince de sahip olunduğunu bildiğimizde ve eylemlerimizin bu bilinç ile koordinasyonu halinde söz konusu olur[240]. Dolayısıyla Petrażycki'nin kuramında hukuk, genel olarak, diğer insanlara nasıl davranılması gerektiği, haklarının neler olduğu, diğer insanlardan talep edilebileceklerin neler olduğu gibi konuları göstererek onları aşama aşama toplumsallaştırır[241]. Cotterrell'in ifadesiyle Petrażycki çalışmalarında, bireylerin diğerleriyle olan hukuksal ilişkilerinde anlam yaratan deneyimlerini toplumsal deneyimler veçhesinden ele almıştır[242]. Bu noktada konuyla ilgili toparlayıcı açık-

234 NORTHOP, 1956, s. 661.

235 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 379.

236 OPALEK, 1961, s. 146.

237 SADURSKA, 1987, s. 72.

238 SADURSKA, 1987, s. 72.

239 BABB, 1938, s. 557.

240 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 378.

241 KOJDER, 2006, s. 339.

242 Roger COTTERRELL, Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory, Ashgate Publishing, Aldershot 2006, s. 33.

lamayı ise Lande'de bulmak mümkündür. Lande'ye göre sosyolojiyi yalnızca bir toplum kuramı ya da toplumsal olan her şeyin kuramı olarak ele almak yanlıştır; zira, bunların ikisi de çeşitli ve çok işlevli fenomenlerin karmaşık kümeleridir[243]. Sosyolojinin konusu toplumsal süreçler olduğunda ve toplumsal süreçten de bireylerin ve grupların deneyimlerinde ve toplumsal davranışlardaki değişiklik ve uyarlanma süreçleri anlaşıldığında[244] Petrażycki'nin kuramının da bir toplumsal gelişim kuramı olduğunu ifade etmek mümkün hale gelir[245]. Dolayısıyla, Lande'nin de belirttiği üzere, Petrażycki'ninki henüz tamamlanmamış bir kuram olsa da, hukukun toplumdaki esaslı yeri hakkında çok şey anlatmaktadır[246].

b. Hukuk Politikası

Petrażycki'nin hukuk kuramında hukuk politikası, toplumun kültürü ve geleceğe yönelik idealleriyle ilgilidir[247]. Yine onun kuramında hukuk psişik bir olgu olarak ortaya konulmakla, hukuk politikasının da bu psişik boyutla ilgili olması ve psişik süreçleri bakımından insan davranışını biçimlendirmeye dönük olması anlaşılabilirdir.

Petrażycki bir yerde, çocukların eğitimi ile ilgili görüşlerini aktardıktan sonra, ulusun da eğitilmesinden bahseder ve hukuk politikasının bu eğitimi gerçekleştirmede güçlü bir araç olduğunu ifade eder[248]. Ona göre kitleler bakımından özel ve ideal bir yurttaş tipinin evrimi hukuk yapısına ve hukuk politikasının yönetimine bağlıdır[249]. Hukuk politikası bilimi de, arzu edilen rasyonel hukuk ve yasamayla ilişkili olup-[250]bir hukuk politikası yaratılması psikolojik verilerden yararlanarak gerçekleştirilmelidir[251]. Dolayısıyla, hukuk nedir, neredir ve hukukun varlığını yöneten yasalar nelerdir gibi soruların yanıtlanmasının ardından bu sorulara verilecek yanıtlar doğrultusunda bir hukuk politikası inşa etmek mümkün olabilecektir[252]. Bu psikolojik verilerden yararlanmak suretiyle gerçekleştirilecek hukuk politikası da, rasyonel yasa yapımı bakımından yasa koyucuya rehberlik edecektir[253].

Petrażycki'nin bu ifadeleri, onun hukuk politikasının amacına ilişkin düşüncelerini sağlıklı biçimde ele almayı kolaylaştırabilir. Petrażycki'de hukuk politikası meselelerinin ayrı bir önemi olduğu vurgulanagel-

243 Jerzy LANDE, "The Sociology of Petrazycki", Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 29.

244 LANDE, 1975, s. 29.

245 LANDE, 1975, s. 31.

246 LANDE, 1975, s. 31-32.

247 LANDE, 1975, s. 31.

248 BABB, 1937, s. 828.

249 PETRAZYCKI, 2011, s. 99.

250 PETRAZYCKI, 2011, s. 223.

251 PETRAZYCKI, 2011, s. 247. Opalek'e göre Petrażycki'nin hukuk kuramı, kamu politikaları için başlangıç noktasıdır (OPALEK, 1961, s. 135).

252 MEYENDORFF, 1933, s. 22.

253 PETRAZYCKI, 2011, s. 261.

miştir. Bu vurgulara göre Petrażycki için hukuk politikası, yasama yoluyla gerçekleştirilen bir tür insan mühendisliğine işaret eder ve hukuk politikası bilimi de insanların motivasyonlarının ve karakterlerinin hukuksal faaliyetlerle nasıl etkileneceğini ve değiştirilebileceğini inceler[254]. Hukuk politikası düşüncesinin ardında hukukun toplumsal düşünce yapısıyla aşamalı bir adaptasyonu ve toplumsal evrim düşüncesi yatmaktadır. Hukuk politikası, hukukun organizasyon işleviyle daha yakın ilişkili görünür ve bir tür insan mühendisliği bilimi olarak hukuk politikası bilimi, bireyin ve toplumun davranışlarını, uygun bir hukuksal motivasyonla rasyonel biçimde yönlendirmeyi ve insan zihnini anti-sosyal eğilimlerinden arındırarak mükemmelleştirmeyi görev edinir[255]. Petrażycki'nin hukuk politikasına bu şekilde yaklaşmasının arkasında toplum merkezci değerlendirmenin, toplumsal gelişimin nesnel eğilimi olduğunu kabul etmesinin yattığını öne süren Sadurska'ya göre bu eğilim, karar verme makamında bulunanların toplumsal değerlerle ilgili olarak hukuku doğru biçimde kullandıklarında kuvvetlendirilebilir niteliktedir[256]. Hukuk politikası, aynı zamanda hukukun dağıtıcı işleviyle de bağlantılı olarak, hukuk yapıcıların ekonomik gelişimi ve etkinliği büyütecek kararlar almasını, bireysel üreticilerin çalışkanlıklarının teşvik edilmesini, zenginliklerin dağıtımının geliştirilmesini de içermektedir[257]. Dolayısıyla, Petrażycki'ye göre hukuk ve hukuk bilimi, yalnızca statik bir dizi kurallar bütünü değil, aynı zamanda, arzu edilen toplumsal değişimin bir aracıdır ve hukuk, amaçlarını gerçekleştirmede rasyonalite ve etkinlik kriterleriyle sürekli bir reformu da gerektirir[258]. Nonet, hukuk sosyolojisi alanında çalışan neredeyse herkesin hukukun eğitsel işlevleri olduğu fikrini kolayca kabul etmelerine karşın Petrażycki'nin farkının hukuk politikası bilimini, kuramının merkezî postulatı yapması olduğunu ifade ederek[259] hukuk politikasının Petrażycki için ne kadar önemli olduğuna dair önemli bir saptama yapmıştır.

Petrażycki'ye göre hukuk politikasının ulaşmayı arzulayacağı en yüksek iyi, hukukun gelişiminin nihaî ideali, insanın ahlâki gelişimi ve ilerlemesi, yüksek bir etik muhakemeye sahip olması ve insanlığın tamamen toplumsal bir karaktere sahip olmasıdır ki, bu ideale etkin ve rasyonel sevgi (active and rational love) denilir[260]. Shytov'un verdiği bilgiye göre, etkin veya rasyonel sevgi kavramı Petrażycki'nin ilk dönem yazılarında, özellikle 1896 yılında yazdığı *Politika Bilimine Giriş* (*Introduction to the Science of Policy*) başlıklı eserinde[261] önemli bir yer tutmuş, daha geç

254 RUDZINSKI, 1976, s. 122.

255 RUDZINSKI, 1976, s. 123.

256 SADURSKA, 1987, s. 73.

257 SADURSKA, 1987, s. 74.

258 SADURSKA, 1987, s. 75.

259 NONET, 1978, s. 478.

260 BABB, 1937, s. 810; KOJDER, 2006, s. 339; SADURSKA, 1987, s. 73; RUDZINSKI, 1976, s. 123; SHYTOV, 2001, s. 5.

261 Bu eser Hukuk ve Ahlâkilik'te içerilmemektedir.

yazılarında buna ismen değinilmese ya da az değinilse de sevgi çerçevesi saklı tutulmuştur[262].

Petrażycki Hukuk ve Ahlâkilik'te sevgiye dair sınırlı değinilerinde sevginin bir diğer kimseye içten bağlı olmaya yönelik iyiliksever bir dürtü olduğundan bahseder[263]. Ona göre hukukun psişik yapısını oluşturan buyurucu-atfedici dürtüler, salt buyurucu ahlâki dürtülere benzer biçimde, farklı eylem fikirleriyle birleşebilir[264] ve yaşamın diğer alanlarında olduğu gibi, duygusal ilişkiler de hukuksal düzenlemeye ilkesel olarak tabidirler[265]. Örneğin, yakın kimseler arasında sıcak ilişkiler olduğunda kişiler kendilerine ve ilişkinin diğer tarafında bulunanlara sevgi, saygı, arkadaşlık gibi hakları atfedebilirler ve duygudaşlık hakkı, sevgi hakkı gibi bu haklar yine insanların zihin süreçlerinde gerçekleşmektedir[266]. Petrażycki'ye göre özellikle sezgisel hukuk alanında kendisini gösteren, saygı ya da şükran duyulması hakkına ilişkin bir bilinç durumu olarak hukuksal olgular, dış dünyaya dair olan resmi hukuk süreçleriyle[267] ya da pozitif hukuk ile karıştırılmamalıdır[268].

Bu nokta, çalışmanın başlığının altında Feuerbach'tan alıntılanan ifadeyi anlatmaktadır. Zira Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi dediği ideal, toplumsallığa dönük bu psikolojik zeminde hayat bulur. Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi kavramının çekirdeğini, toplumun tüm üyelerinin çıkarlarını güvenceleme ihtiyacına dönük bu yüksek dürtü oluşturmaktadır[269]. Syhtov'a göre, Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi idealinin anlamı, onun psikolojik yaklaşımı doğru düzgün hesaba katıldığında yeterli biçimde anlaşılabilir. Altı çizilmelidir ki, Petrażycki'ye göre hukukun nihaî ve en yüksek amacı olan sevgi, psikolojik deneyimden türeyen ve hukuksal deneyimin rasyonelleşmesini amaçlayan bir yapıdadır ve bu rasyonalizasyon, hukukun organizasyon işlevleri dikkate alındığında daha da somutlaşır[270]. Hukukun motivasyonel ve eğitici işlevleri dikkate alındığında, hukuksal psişelerin toplumsal olarak arzu edilen davranışlar lehine ve toplumsal açıdan zarar verici olanların aleyhine gerçekleştiklerini; aynı zamanda toplumsal olarak arzu edilen alışkanlıkların ve eğilimlerin geliştirilmesi ve yoğunlaştırılması yörüngesinde eğitici bir kulvarda olduklarını aktaran Shytov, bu bağlamda sevginin, ortak iyi için, komşumuzun iyiliği için eylemde bulunmaya yönelik hukuksal motivasyon olarak kavranabileceğini ifade eder[271]. Sevgi, böylece, bir kişiyi toplumsal olarak arzu edilen

262 SHYTOV, 2001, s. 5.
263 PETRAZYCKI, 2011, s. 26.
264 PETRAZYCKI, 2011, s. 76.
265 PETRAZYCKI, 2011, s. 77.
266 PETRAZYCKI, 2011, s. 77.
267 PETRAZYCKI, 2011, s. 139.
268 PETRAZYCKI, 2011, s. 229.
269 SYHTOV, 2001, s. 5.
270 SYHTOV, 2001, s. 5.
271 SHYTOV, 2001, s. 5.

davranışa yönelten ve zarar verici davranıştan uzak tutan bir koşul, bir başkasına karşı ödevimizi yerine getirmeye yönelik dürtüsel bir güçtür; zira söz konusu olan, bir başkasının iddia etmede haklı olduğu bir hakkının var olduğuna dair anlayıştır[272].

Petrażycki için hukukun nihaî amacı olan sevginin, hukukun kendisini gereksizleştirip ortadan kaldırmayı beraberinde getireceği ifade edilmiştir[273]. Burada hukukun ortadan kalkmasının, Marksizmdeki devletin sönümlenmesi anlamına gelmediğini iddia eden Babb'a göre, söz konusu ortadan kalkma, hukukun psikolojik olarak gereksiz hale gelmesini anlatır[274]. Bu uzak amaç, bir gün hukukun yok olacağı ve insanın bencilliklerinin geçmişte kalacağı tasarlanan bir gelecekte gerçekleşecek diye düşünülür[275]. Öyle ki, Petrażycki'ye göre hukukun dolaysız işlevi kişinin psişesi üzerinde etkide bulunarak bireysel eylemleri düzenlemek ve bunu genel bir amaç uğruna birtakım hak ve ödev tahsisleriyle, tanımlı ve toplumsal olarak zorunlu davranışları teşvikiyle, ortak ihtiyaçların ortaklaşa karşılanması için işbirliğiyle sağlamaya yönelir[276]. Er ya da geç gerçekleşecek olan sevgi psişesi ile hukukun gelişiminin nihaî amacı olan "otonom" toplumsal davranış telkin edilecek ve böylece toplumsal hizmetler bakımından da ahenkli bir dayanışma haline varılacaktır; bu amaca ulaşılmasıyla hukuk gereksizleşecek, varlığı son bulacaktır[277].

Petrażycki'nin sevgi kavramında bir tür doğal hukuk etkisi gözlemlenmiştir. Sadurska'ya göre Petrażycki'nin düşüncelerinde var olan doğal hukuk etkisi, onun sevgiye dair söylediklerinin aslında aklın koyduğu bir standart oluşunda kendisini göstermektedir; zira bu standart, Petrażycki'ye göre, kesin ve sorgulanamazdır[278]. Sadurska, aynı zamanda, Petrażycki'nin bu standartlaştırmasını yani sevgi postulatı'nı belirli psikolojik ve kültürel faktörlerin etkisi altında biçimlenen bir değer tercihi ve inanç olarak tanımlamaktadır[279]. Timasheff de, Petrażycki'ye göre yirminci yüzyılın doğal hukukunun etkin ve rasyonel sevgiye yönelik idealist hukuk politikasıyla aynı kimlikte olduğunu ifade ederek Petrażycki'deki doğal hukuk etkisinden bahsetmiştir[280].

Yukarıda Petrażycki'ye göre hukuk politikasının nihaî ve en yüksek amacının sevgi ideali olduğu aktarılmıştı. Bunun nasıl gerçekleşeceğine dair değerlendirmelerden de burada bahsedilebilir. Bu

272 SHYTOV, 2001, s. 5-6. Aynı yönde görüş için bkz. SADURSKA, 1987, s. 73; NONET, 1978, s. 479.

273 BABB, 1937, s. 809.

274 BABB, 1937, s. 810.

275 KOJDER, 2006, s. 339.

276 BABB, 1937, s. 809-810.

277 BABB, 1937, s. 810.

278 SADURSKA, 1987, s. 75.

279 SADURSKA, 1987, s. 75.

280 TIMASHEFF, 1947, s. 742. Timasheff bununla da yetinmez ve Stammler'in, Petra ycki'nin etkin ve rasyonel sevgisini, değişikliklerle de olsa, gerçekten benimsemiş olduğunu iddia eder (TIMASHEFF, 1947, s. 747).

değerlendirmelere göre, Petrażycki'nin hukuk kuramında hukuk politikası hukukun organizasyon işlevindeki etkilerini gerçekleştirmeli ve sevgi üzerinde temellenmelidir[281]. Hukuk politikasının amacı, Petrażycki'de, insanlığı yürüdüğü yolda sevgi gibi bir rehberlikle, bu ışıkla donatmak ve insanlığın tamamen toplumsal bir karakter kazanmasıdır[282]. Dolayısıyla, Petrażycki'ye göre bu yeni hukuk politikası oportunist, pragmatist, faydacı ya da hesapçı olmayıp, gayet ahlâki bir ideale yönelmektedir[283]. Bu ışığın aydınlatacağı başlıca muhatabı ise yasa koyuculardır. Etkin ve rasyonel sevgi, hukuk yapıcılara bir rehber olup onların tüm faaliyetleri, etkin ve rasyonel sevgi ölçütüyle belirlenmelidir[284]. Görüldüğü gibi ve Timasheff'in de aktardığı üzere, Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi ideali teleolojik bir ilke olmakla kalmaz ve hukuk yaparken de dikkate alınması gerekir[285].

SONUÇ YERİNE

Tüm bu aktarma ve açıklamalardan sonra, Petrażycki'nin psikolojik hukuk kuramının önemine, etkilerine ve nasıl kategorize edilebileceğine dair düşüncelerin belirtilmesi, konuyu sonlandırmak için uygundur.

Öncelikle, Petrażycki'nin öneminden ve etkilerinden bahsedilebilir. Meyendorff'a göre Petrażycki döneminin koşullarında beşeri motifleri, dürtülerimizin mekanizmasını ve dinamiklerini, bunların normatif gücünü ortaya koyan, bireyin ve toplumun hukuksal ve ahlâki kavramlarını benzerlik ve farklılıklarıyla ve bu minvalde belirten ilk isimdir[286]. Petrażycki'nin kurucusu olduğu St. Petersburg Hukuk Okulu'nun ortaya attığı problemler ve iddialar, hâlâ Rus entelektüel mirası içinde ve modern hukuk bilimi yaklaşımları içinde değerlendirilmektedir[287]. St. Petersburg Hukuk Okulu'nun devamcıları iki koldan ilerlemişler ve Laserson'un içinde bulunduğu kol daha ziyade Petrażycki'nin kuramını geliştirmiş, Gurvitch, Sorokin ve Timasheff'in içinde yer aldığı kol ise kendi kuramlarını yapılandırırken Petrażycki'nin özellikle normatif olgu ve sezgisel hukuk kavramlarını, bunlarda değişikliklere giderek de olsa, kullanmışlardır[288].

Petrażycki'nin yaklaşımını herhangi bir tekil felsefi ya da sosyolojik ekol içinde

281 SYHTOV, 2001, s. 5.

282 BABB, 1937, s. 810, 813.

283 RUDZINSKI, 1976, s. 123.

284 SADURSKA, 1987, s. 75.

285 TIMASHEFF, 1947, s. 742. Yasa koyucuların bu faaliyetlerini gerçekleştirirken dikkate almaları, hatta rehberliğinde hareket etmeleri gereken etkin ve rasyonel sevgi ideali, genel olarak kamu hukuku ve özel hukuk politikasında özel olarak ise ceza hukuku ve medeni hukuk politikasında kendisini gösterecektir. Petra ycki'nin bu alanlarda hukuk politikasına dair ayrıntılı düşünceleri için bkz. PETRAZYCKI, 2011, s. 303-323.

286 MEYENDORFF, 1933, s. 28.

287 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s.372-373.

288 POLYAKOV-ANTONOV, 2012, s. 373.

değerlendirmenin güçlüğüne dikkat çekilmiştir; ancak yine de, onun, kuramının idealist felsefeyle tanımlanmasına karşı çıktığı yargısında bulunmak mümkündür[289]. Bu bakımdan epistemolojik ve metodolojik olarak pozitivizme yakın durmaktadır. Hukuksal pozitivizmin çağdaş versiyonlarında hukukun toplumsal bir olgu olduğu, toplumsal kaynaklar tezi veçhesinde kabul edilirken[290] Petrażycki hukuku bireysel bazda bir psişik süreç olarak ele almaktadır. Bunu yaparken toplumsal boyutu yok saymaz; ancak onu, yukarıda aktarıldığı üzere, psikolojik gözlem sınırları içinde ve bireysel psikolojik deneyimlere yansıdığı ölçüde dikkate alır. Görüldüğü gibi, Petrażycki hukuksal pozitivizmle barışık değildir. Bu, hukuksal pozitivizmin hem hukuku pozitif metinlerden ibaret sayan ve hukuk kuramının işinin bu sınırlarda kalması gerektiğini savlayan, dolayısıyla kişiyi ve toplumu hesaba katmayan, hem de psikolojik süreçleri dışlayan doğasından kaynaklanmaktadır. Petrażycki, benzerliklerine rağmen, kişiyi ve toplumu dikkate alan hukukçu yaklaşımlarını da yeterli bulmaz. Bu benzerlikler, toplumu dikkate alan hukukçu yaklaşımlarının hukuka dair ampirik çalışmaları ilerletmek ve yaygınlaştırmak, bununla birlikte hukuksal kurumları formalist değerlendirmelerle sınırlandırmaktan kurtulmak amacı etrafında toplanmaktadır[291]. Ayrıca, Petrażycki de hukuk fikrini devletin hukukundan ayırmaya çalışmış ve hukukun kaynaklarının çoğulluğuna dikkat çekmiştir[292]. Petrażycki'nin hukuk ayrımları, özellikle sezgisel hukuk – pozitif hukuk ayrımı, kitaptaki hukuk – eylemdeki hukuk (law in books – law in action), biçimsel kaynaklar – gerçek kaynaklar (sources formelles – sources réelles) ayrımlarının bir benzerini sunmakta ve hukuk politikasına ilişkin düşünceleri de hukukun mühendislik aracı olması gibi nitelendirmeleri andırmaktadır[293]. Yine de, yukarıda belirttiğim üzere, bu yaklaşımlarla benzerliklerine rağmen, bireysel psişe boyutuna verdiği ayrıksı ve belirleyici önem onu bu yaklaşımlardan da ayrı bir yerde görmeyi gerektirmektedir[294].

Bu psişe boyutu, Petrażycki'yi özellikle İskandinav Realizmi ile birlikte anmak gibi bir sonuca da yol açmıştır. Petrażycki'yi bir sınıflandırma içine sokmak gerekirse, bu sınıflandırmanın bir parçasını İskandinav Realizmi'ndeki anlamda "Realizm" oluşturacaktır. Hukuk kurallarını imgesel durumlara dair imgesel düşünceler olarak tanımlayan ve gerçek hayatta bu imgesel durumlar ortaya çıktığında söz konusu imgesel düşüncelerin davranışa bir model olduğunu belirten İskandinav Realizminin temsilcisi Olivecrona[295], realizmi, tüm hukuki fenomenleri salt olgusal ola-

289 LASERSON, 1951, s. 64.

290 Gülriz UYGUR, "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52 (2003), Sayı 3, s. 147.

291 NONET, 1978, s. 477.

292 NONET, 1978, s. 477-478.

293 NONET, 1978, s. 478.

294 NORTHOP, 1956, s. 652.

295 Karl OLIVECRONA, Law as Fact, Oxford University Press, London 1939, s. 29-30.

rak ele alma girişimi olarak ifade eder[296]. Hatta İskandinav Realizmi akımının görüşlerinde, hukukun gözlemlenebilir bir olaylar dizisine benzediğini ve doğa bilimleri alanında geçerli olan nedenselliklerin hukukun inceleme konusu olan olayları da etkilediğini, akımın olgulara verdiği önemi ortaya koymak bakımından burada eklemekte yarar vardır[297]. Hukuksal pozitivizmi de, salt olgulara dönük olması anlamında realist gören Olivecrona, hukuksal pozitivizmin özellikle hukukun ardında yatan bir olgu olarak, gücü fiilen elinde bulunduran bir otoriteye göndermede bulunmasına ise bu kuramın zayıflığı olarak işaret etmektedir[298]. Ona göre bu bakımdan hukuksal pozitivizm "un ufak" olmaktadır; zira, buyuran otoritenin de ardında fiili olarak uygulanan ve hukuksal pozitivizmin ıskaladığı bir hukuk sistemi mevcuttur[299]. Olivecrona bu hukuk sisteminin ise modern realizm tarafından olgusal bir açıklamasının yapılmasının amaçlandığını, modern realizm içinde yer alan psikolojik yaklaşımların hukuksal olguların tamamını temel psikolojik düzenliliklere indirgediğini ve bu düzenliliklerin de bir sübjektif temsiller toplamı olarak hukuku oluşturduğunu ifade eder[300]. Petrażycki'nin çalışma boyunca üzerinde durmaya çalıştığım çabası da budur. Motyka tam da bu noktaya işaret eder ve realist kavramsallaştırmada hukuk gerçek bir olgu olarak ele alındığı ve Petrażycki'nin hukuk kuramının da tam özünü psikolojizm oluşturduğu için Petrażycki için bir tür realist nitelendirmesini yapar[301]. Benzer bir noktaya Timasheff de işaret eder ve Petrażycki'nin yaklaşımının realist bir hukuk teorisinin yapılandırılması için yararlı olabileceğini ifade eder[302]. Ancak Petrażycki için İskandinav Realizminin bir öncüsü ya da temsilcisi olmaktan ziyade, realist akımla pek çok ortak noktayı içeren ve aralarında per se bir karşılıklılığın mevcudiyetinden bahsedilebilecek[303] bir kuramcı olduğunu ifade etmek gerekir. Sadurska'ya göre Petrażycki'nin üzerinde önemle durduğu sezgisel hukuk alanı İskandinav Realizmi'nin hukuk alanının dışında yer tutmaktadır[304]. Bana kalırsa, Petrażycki ile İskandinav Realizmi arasındaki asıl mesafeyi, İskandinav Realizmi'nin, hukukun "olması gereken"e yönelik ereksel karakterine dair bir reddediş olmadıkça tutarlı bir realizmin mümkün olmayacağına dair iddiası[305] oluşturmaktadır. Petrażycki'de hukukun amacı ve en yüksek ideali olarak belirlenen etkin ve

296 Karl OLIVECRONA, "Realizm ve İdealizm: Hukuk Felsefesindeki Temel Sorun Hakkında Bazı Görüşler", çev. Ertuğrul Uzun, Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 1013.

297 Adnan GÜRİZ, Hukuk Felsefesi, 8. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara 2009, s. 337.

298 OLIVECRONA, 2012, s. 1017.

299 OLIVECRONA, 2012, s. 1017.

300 OLIVECRONA, 2012, s. 1017.

301 MOTYKA, 2006, s. 126.

302 TIMASHEFF, 1947, s. 748.

303 OPALEK, 1961, s. 129.

304 SADURSKA, 1987, s. 66, dn. 13.

305 OLIVECRONA, 2012, s. 1022.

rasyonel sevgi, onu, bu anlamda ve salt bir realist olarak ele almayı engellemektedir.

Petrażycki'deki realist yaklaşım, böylece, yanına bir başka sıfat daha eklenmediğinde, yeterli bir Petrażycki sınıflandırmasını doğuramayacaktır. Petrażycki pür realist değilse, nasıl bir realisttir?

Bana göre, Petrażycki'ye dair tam bir sınıflandırma çabasını sonuçlandırmak için Aristoteles uygun bir tamamlayıcı olabilir. Aristoteles, Retorik'te, genel yasalar ile yazılı olmayan, bilinçli olarak ve hiçbir zorlama olmadan yaptığımız istemli şeyleri yöneten ilkelerden bahseder[306]. Ona göre, yazılı olmayan bu ilkeler, herkesin bir dereceye kadar sezdiği ve bütün insanları birbirleriyle birlikteliğe iten niteliktedirler[307]. Aristoteles'in genel felsefi yaklaşımında doğadaki varlıkların yetkinleştikleri bir ereğe yöneldiklerini, söz konusu insan olduğunda, bu varlığın toplumsallığının onun zorunlu bir özelliği olduğunu hatırda tuttuğumuzda, Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi ereği olarak belirlediği ilkeye giden hukuk anlayışının Aristotelesçi kurguya yakınlığı da ortaya çıkmaktadır. Petrażycki'nin etkin ve rasyonel sevgi ilkesine yönelik erekçi kuramı, bu kuramdaki doğal hukuk etkisini de muhakemeye eklediğimizde, söz konusu Aristotelesçi kurguya yaklaşmaktadır. Bundan başka, Aristoteles, madde ve form ikiliğinden kuvve ve fiil ikiliğine giderken, şeylerin göreli olarak belirsiz bir durumdan yine göreli olarak belirli bir duruma geçişinden bahseder[308] ve onun fiil dediğini Petrażycki'nin hukuk politikası yaklaşımıyla birlikte okuduğumuzda hukuk politikasıyla beraber insanların bir arada yaşama potansiyelleri olarak etkin ve rasyonel sevgi kuvvesinin ortaya çıkarılışından bahsetmek mümkün hale gelir. Bu iki noktadan, yani hukuka biçtiği erekçi güzergâhtan ve hukuk politikasına yüklediği fiili önemden hareketle, Petrażycki'nin realist damarını da hesaba katarsak, onu, bir Aristotelesçi Realist olarak sınıflandırmak mümkün görünmektedir.

306 ARISTOTELES, Retorik, çev. Mehmet H. Doğan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000, s. 70.

307 ARISTOTELES, 2000, s. 82-83.

308 David ROSS, Aristoteles, çev. Ahmet Arslan, Kabalcı Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 276-277.

Kaynakça:

- AKÇABAY, Fehmiye Ceren: "'Hukukun Gerçeği'ne Sosyolojik Bakış", *Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan* (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 63-75.
- ARAL, Vecdi: "Hukuk İlmini Gerçek Bir İlim Haline Getirmek İçin Hukuka Bir Objektivite Kazandırma Gayretleri ve Bunların Değeri", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası, Cilt 31 (1965), Sayı 1-4, s. 220-241.
- ARISTOTELES: *Retorik*, çev. Mehmet H. Doğan, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul 2000.
- BABB, Hugh W.: "Petrazhistkii: Science of Legal Policy and Theory of Law", *Boston Law Review*, Cilt 17 (1937), s. 793-829.
- BABB, Hugh W.: "Petrazhitskii: Theory of Law", *Boston Law Review*, Cilt 18 (1938), s. 511-578.
- BACHELARD, Gaston: *Bilimsel Zihnin Oluşumu*, çev. Alp Tümertekin, İthaki Yayınları, İstanbul 2013.
- BHATIA, M. S.: *Dictionary of Psychology and Allied Sciences*", New Age International Publishers, New Delhi 2009.
- COTTERRELL, Roger: *Law, Culture and Society: Legal Ideas in the Mirror of Social Theory*, Ashgate Publishing, Aldershot 2006.
- COTTERRELL, Roger: *The Sociology of Law: An Introduction* 2. bs., Oxford University Press, USA 1992.
- DEFLEM, Mathieu: *Sociology of Law: Visions of a Scholarly Tradition*, Cambridge University Press, New York 2008.
- DURKHEIM, Emile: *Toplumbilimsel Yöntemin Kuralları*, çev. Cemal Bali Akal, Engin Yayıncılık, İstanbul 1995.
- GORECKI, Jan: "Leon Petrazycki", *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 1-15.
- GURVITCH, Georges: *Sociology of Law*, Kegan Paul, Trench, Trubner & Co., London 1947.
- GÜRİZ, Adnan: *Hukuk Felsefesi*, 8. bs., Siyasal Kitabevi, Ankara 2009.
- GÜRKAN, Ülker: *Hukukî Realizm Akımı*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 225, Ankara 1967.
- GÜRKAN, Ülker: *Sosyolojik Hukuk İlmi*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 160, Ankara 1961.
- IŞIKTAÇ, Yasemin: *Hukuk Felsefesi* 3. bs., Filiz Kitabevi, İstanbul 2010.
- KIRCHMANN, Julius Hermann: "İlim Olmak Bakımından Hukukun Değersizliği", çev. Coşkun Üçok, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 6 (1949), Sayı 1, s. 181-212.

- KOJDER, Andrzej: "Leon Petrażycki's Socio-legal Ideas and their Contemporary Continuation", *Journal of Classical Sociology*, Cilt 6 (2006), Sayı 3, s. 333-358.
- KOTARBINSKI, Tadeusz: "The Concept of Adequate Theory", *Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki* (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 17-21.
- LANDE, Jerzy: "The Sociology of Petrazycki", Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 23-37
- LASERSON, Max M.: "The Work of Leon Petrazhitskii: Inquiry into the Pscyhological Aspects of the Nature of Law", Columbia Law Review, Cilt 51 (1951), Sayı 59, s. 59-82.
- MATSUMOTO, David: The Cambridge Dictionary of Psychology, Cambridge University Press, New York 2009.
- MEYENDORFF, Alexander F.: "Leo Petrazycki (1864-1931)", Modern Theories of Law içinde, Oxford University Press, Oxford 1933, s. 21-37.
- MICHAEL, Marx: "Hukuk Felsefesine Giriş ve Günümüz Hukuk Teorisi", çev. Nevhis Deren Yıldırım, Prof. Dr. Ergun Önen'e Armağan içinde, Alkım Yayınevi, İstanbul 2003, s. 629-649.
- MOTYKA, Krzysztof: "Law and Sociology: The Petrażyckian Perspective", Law and Sociology: Current Legal Issues Volume 8 (ed. Michael Freeman) içinde, Oxford University Press, Oxford 2006, s. 119-140.
- NELKEN, David: "Law in Action or Living Law? Back to the Beginning of Sociology of Law", Legal Studies, Cilt 4 (1984), Sayı 2, s. 157-174.
- NONET, Philippe: "Review of Sociology and Jurisprudence of Leon Petrażycki (ed. Jan Gorecki)", American Journal of Sociology, Cilt 84 (1978), Sayı 2, s. 476-479.
- NORTHOP, F. S. C.: "Petrażycki's Psychological Jurisprudence: Its Originality and Importance", Yale Law School Faculty Scholarship Series, Paper 4372 (1956), s. 651-662.
- OLIVECRONA, Karl: Law as Fact, Oxford University Press, London 1939.
- OLIVECRONA, Karl: "Realizm ve İdealizm: Hukuk Felsefesindeki Temel Sorun Hakkında Bazı Görüşler", çev. Ertuğrul Uzun, Prof. Dr. Mehmet Akad'a Armağan (ed. Bihterin VURAL-DİNÇKOL, Nihat BULUT, Rukiye AKKAYA-KİA, Cevat OKUTAN, Mehmet Akif ETGÜ, Hülya DİNÇER) içinde, Der Yayınları, İstanbul 2012, s. 1013-1024.
- OPALEK, Kazimierz: "The Leon Petrażycki Theory of Law", Theoria, Cilt 27 (1961), Sayı 3, s. 129-150.
- PECZENIK, Alexander: "Leon Petrazycki and the Post-Realistic Jurisprudence", Sociology and Jurisprudence of Leon Petrazycki (ed. Jan GORECKI) içinde, University of Illionis Press, Urbana-Chicago-London 1975, s. 83-105.

- PETRAZYCKI, Leon: Law and Morality, çev. Hugh W. Babb, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011.
- PODGÓRECKI, Adam: "Unrecognized Father of Sociology of Law: Leon Petrażycki", Law&Society Review, Cilt 15 (1980-81), Sayı 1, s. 183-202.
- POLYAKOV, Andrey V., ANTONOV, Mikhail: "Leon Petrazycki's Legal Theory and Contemporary Problems of Law", Standing Tall: Hommages A Csaba Varga (ed. Bjarne Melkevik) içinde, Pázmány Press, Budapest 2012, s. 371-281.
- PULASKI, S. R.: "Petrazycki's Conception of Law: Leon Petrazycki, 1864-1931", Polamerican Law Journal, Cilt 1 (1938), Sayı 1, s. 27-28.
- ROSS, David: Aristoteles, çev. Ahmet Arslan, Kabalcı Yayıncılık, İstanbul 2011.
- RUDZINSKI, Alexander W.: "Petrazycki's Significance for Contemporary Legal and Moral Theory", American Journal of Jurisprudence", Cilt 21 (1976), Sayı 1, s. 107-130.
- SADURSKA, Romana: "Jurisprudence of Leon Petrazycki", The American Journal of Jurisprudence, Cilt 32 (1987), Sayı 1, s. 63-98.
- SHYTOV, Alexander Nikolaevich: Conscience and Love in Making Judicial Decisions, Springer, Netherlands 2001.
- SOROKIN, Pitirim Alexandrovitch: "Review of Law and Morality (by Leon Petrazycki)", Harvard Law Review, Cilt 69 (1956), Sayı 6, s. 1150-1157.
- SOROKIN, Pitirim Alexandrovitch: Social & Cultural Dynamics 2. bs., Porter Sargent Publisher, Boston 1970.
- TIMASHEFF, Nicholas S.: An Introduction to the Sociology of Law, Harvard University Comittee on Research in the Social Sciences, Cambridge 1939.
- TIMASHEFF, Nicholas S.: "Introduction", Law and Morality (by Leon Petrazycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. xxix-l.
- TIMASHEFF, Nicholas S.: "Petrazhitsky's Philosophy of Law", Interpretations of Modern Legal Philosophy: Essays in Honor of Roscoe Pound (ed. Paul SAYERS) içinde, Oxford University Press, New York 1947, s. 736-750.
- TOPÇUOĞLU, Hâmide: XX inci Yüzyılda Tabiî Hukukun Rönesansı, İstiklal Matbaacılık ve Gazetecilik Koll. Ort., Ankara 1953.
- TOPÇUOĞLU, Hâmide: Hukuk Sosyolojisi Dersleri (Sosyoloji Açısından Hukuk) Cilt 1 (Konu, Problemler, Öncüler) 2. bs., Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 174, Ankara 1963.
- TREVİÑO, A. Javier: "Introduction to the Transaction Edition", Law and Morality (by Leon Petrazycki) içinde, Transaction Publishers, New Brunswick-London 2011, s. ix-xxviii.

(Çalışmada "TREVİÑO, 2011b" olarak geçmektedir)

- TREVİÑO, A. Javier: "On Leon Petrazycki, Law and Morality", Classical Writings in Law and Society 2. bs. (ed. A. Javier TREVİÑO) içinde, Transaction Publishers, USA 2011, s. 151-171. (Çalışmada "TREVİÑO, 2011a" olarak geçmektedir)
- UYGUR, Gülriz: "Hukuki Pozitivizmin Değişen Yüzü Mü?", Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 52 (2003), Sayı 3, s. 145-176.

Öngörülebilirlik Bağlamında Ceza Hukuku İçtihatları ve İçtihatların Sağlaması Gereken Hukuki Güvenlik

Cengiz OTACI*

GİRİŞ

Hukuki uyuşmazlıkların çözümünde, normun varlığı, çoğu defa tek başına yeterli olmaz. Norma yüklenecek anlam, uyuşmazlıkların çözümünde norm kadar hatta normdan daha etkilidir. Yorum; normun alanını genişletir, daraltır, diğer normlarla ilişkisini sağlayarak normu hukuk düzeni içinde belirli bir yere koyar, uygulanmasını ve kapsamını şarta bağlar. Kısacası yorum yoluyla hukuk düzeni içinde norm sürekli güncellenir. Bu anlamda yorum kuralları, normu uygulayana norma müdahale yetkisi vermektedir. Norma yorum yoluyla yapılan müdahalenin amacı, gerekliliği, sınırları, yöntemi tartışmalı olmakla birlikte, teorik olarak sonsuz sayıdaki uyuşmalığın, soyut ve genel normlarla çözüme kavuşturulması zorunluluğu, normun yorumunu kaçınılmaz kılmaktadır. Norm varsa yorum da olacaktır. Normun yorumcusu, tarihin belirli bir döneminde yapılan ve uyuşmazlık zamanında var olan, sabitliği temsil eden norm ile sosyal hayatın akışı içinde değişikliği temsil eden somut olay arasında yer alır. Soyut ile somut arasında bağlantı kurarak, değişim ile süreklilik arasındaki istikrarı sağlamaya çalışır. Değişen olaylar karşısında yorum yoluyla normu canlı tutar.

Her yeni dava, önceden var olan normun yeniden yorumlanması demektir. Hâkim, yorumu kişi olarak değil kurum olarak yapar. Hâkim, herhangi bir normu, içeriğinin açık olmaması, üst normla çelişmesi, beğenmemesi, doğru bulmaması, hukuk anlayışına, dünya görüşüne ters gelmesi gibi bir gerekçe ile uygulamaktan kaçınamaz. Norm, çoklu yorumlara müsait olsa bile, sadece doğru olan bir anlamı vardır. Yorum, bu anlamın elde edilmesi amacıyla yapılan fikri bir seyahattir. Yorum, bir disiplindir ve bazı kuralları vardır. Yorumcu, normu yorumlarken bu kurallara bağlı kalmalı, vardığı sonuca hangi yolları kullanarak nasıl ulaştığını açıklamalıdır. Yorum, norma hukuk düzeninin bütünlüğü ilkesi içinde bir yer açar ve bu nedenle yorumcunun kendi anlam dünyasını inşa etmesi engellenmiş olunur. Yorum, olandan olması gerekene ulaşmanın aracı değildir. Yorum yoluyla norm örselenemez, norma işkence yapılamaz, içeriği değiştirilip başkalaştırılamaz. Yorum, hüküm kurmak içindir, hükümet etmek amacıyla yorum yapılamaz[1].

---

* Yargıtay 4. Ceza Dairesi Tetkik Hâkimi

1 Selçuk, Sami, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007, s. 31 vd ; Gözler, Kemal, Hukukun Genel Teorisine Giris: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 165 ; Artuk, Mehmet Emin-Gökcen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 3. Bası, s. 168 ;

Hâkim, aynı yasa maddesini başka başka olaylarda değişik şekillerde yorumlayabilir. Hâkimin herhangi bir yasa maddesine dair yorumu, başka bir hâkimi bağlamadığı gibi hâkimin kendisi de önceki yorumuyla bağlı değildir. Hâkim, normu yorumlayıp hüküm verdikten sonra yanlış yorum yaptığından bahisle geriye dönemez, yorumunu ve hükmünü tavzih edemez.[2] Aynı normun başka olaylar karşısında değişik şekillerde yorumlanması ve hâkimin önceki yorumu ile bağlı olmaması, yorumuna keyfilik niteliği kazandırmamalıdır. Hukuk, aynı şartları taşıyan kişilerin eşitliğini güvence altına alır. Yorum ise aynı şartları taşıyan, aynı hukuki statüde olanların karşılaşacakları sonucu belirleyen bir güvence olmalıdır. Yorumda istikrar, ceza yargılamasında kişiler için uzak anlamda güvence teşkil eder.

Hâkimlerin, kurallarına bağlı kalmazsızın normu isteklerine göre yorumlamaları, olandan olması gerekene uzanmaları, arzularını, kaygılarını ya da dünya görüşlerini norma monte etmeleri, hukuk devletinin gereği olan hukuki öngörülebilirlikle bağdaşmaz. Hukuki öngörülebilirlik, muhataplarının hukukun gerektirdiğini önceden bilmeleri ve davranışlarını buna göre düzenlemelerini, haklarını ve yükümlülüklerini ayarlamalarını ifade eder. Hukuken öngörülebilir olma, hukuk devletinin bireylere sağladığı önemli bir güvencedir.

Normlar, uygun araçlarla ilan edildiğinden önceden bilinmediği ileri sürülemez. Bu nedenle "ceza kanunlarını bilmemek" mazeret olarak kabul edilmez (TCK md 4). Ancak kimi zaman bir normu bambaşka bir anlam alanına taşıyan yorum için aynı şeyleri söylemek mümkün değildir. Bir uyuşmazlıkta yargı organlarının başvuracakları normları önceden bilmek mümkün ise de, uygulanacak normun/normların muhtemel anlamlarının ne olduğu yanında hangisinin en doğru anlam olarak kabul edileceğini bilmek mümkün olamayabilir. Bir normun kendisini bilme ile anlamını bilme aynı şey değildir. "Normun anlamı" şeklinde basitleştirebileceğimiz içtihat, tam da bu noktada hukuk devletinin gereği olan öngörülebilirlik kavramı ile yakından ilişkilidir. Hukukun öngörülebilir olma kavramının iki boyutu vardır. İlki bir hukuki uyuşmazlıkta, uyuşmazlığa uygulanabilecek nitelikteki normun/normların varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olma, bunun yanında bu norma/normlara erişebilme. İkinci ise normun, kişilerin davranışlarını düzenlemesine olanak sağlayacak açıklıkta olması, mümkün olmadığı takdirde ise uygun danışma ve araştırma ile muhtemel anlamlarına vakıf olmadır. Normun muhtemel anlamına vakıf olabilme, yorum kurallarına sadık kalındığı takdirde ulaşılabi-

Dönmezer, Sulhi-Erman Sahir, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1987, 10. Bası, I/169 ; Demirbaş, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2005, s. 117 ; Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin ; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997, s.106 ; Tosun, Öztekin, Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir, İÜHFD, 1962, c XXVIII, sy 1,s. 24 ; Bkz Özbilgen, Tarık, Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976, s. 451.

2 Bkz Gözler s. 165 ; Artuk-Gökcen-Yenidünya s 168 ; Dönmezer-Erman I/169 ; Berki, Ali Himmet, Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948, s. 100; "…Yargıçlar, beğenmeseler bile yasaları uygulamak zorundadırlar… CGK 17.04.2007 10-71/98".

lecek anlam düzeyini ifade eder. Normun uygulama alanında olan her birey, norm kadar yorum kurallarının da açık, şeffaf, denetlenebilir olmasını isteme hakkına sahiptir.

Bir uyuşmazlığa uygulanacak muhtemel norm/normların varlığı ve bunlara erişim, hukuken öngörülebilir olma anlamında genelde sorun teşkil etmemektedir. Ancak normun ne anlama geldiği, anlamının hangi yöntemle açığa çıkartıldığı, norma içkin olduğu ileri sürülen anlamın kim tarafından ortaya konulduğu, hukuk düzeninde kabul görüp görmediği, anlamın uygulamasının süreklilik taşıyıp taşımadığı sorunu, hukuk sistemimiz açısından güncelliğini koruyan önemli bir sorundur.

"Normun anlamı" şeklinde basitleştirdiğimiz içtihat, normun gri/karanlık alanlarında kalan olaylarda, benzer durumda olup benzer hukuki statüyü paylaşanlara ortaklaşa uygulanması gereken, en az norm kadar önemli bir uygulamadır. İçtihat, normun gri/karanlık alanına hitap ettiğine göre, normun boşluğunu dolduran, normu destekleyen, güçlendiren, normun uygulama alanını genişleten/daraltan, normu hukuk düzeni içinde bir yere yerleştiren, normu fonksiyonel hale getiren fikri bir faaliyettir. Kendisi de norm kadar güçlü, etkin, zorlayıcı, yön verici ve belirleyicidir. Bu kadar geniş fonksiyona sahip içtihadın da norm gibi erişilebilir, öngörülebilir olması, belirli bir sistematiği takip ederek kural ile sonuç arasında güçlü ve mantıklı bir bağ kurabilmesi hukuk devleti olmanın gereğidir.

Meşru ve kabul edilebilir bir açıklaması olmadıkça bir normun yorumundan vazgeçilmesi hukuki istikrarı, güvenliği ve öngörülebilirliği askıya alma demektir. Bundan daha vahimi ise bir hukuk sisteminde eş zamanlı olarak aynı norma ilişkin çoklu yorumların dolaşımda olması ya da meşru ve kabul edilebilir olup olmadığını sorgulamaya imkân tanımayacak şekilde hiçbir gerekçe gösterilmeden sürekli yeni yorumlar benimsenip bir öncekini terk etmedir. Bir yorumun istikrar kazanmasının altında, kolektif ve zımni bir uzlaşma yatar. Benzer durumdakilere eşit muamele edilen ortak aklın ürünü olduğu kabulü, adalet duygusunu güçlendirir. Yorumda bulunan yargısal kuruma olan güveni artırır.

Çalışmamızda; ceza yargılaması içtihatlarının, hukuk devletinin ilkelerinden olan öngörülebilirliği sağlama fonksiyonunu yerine getirip getirmediği değerlendirilecektir. Şüphesiz ki her ülkede/hukuk sisteminde normların yorumlarında farklılıklar olabilir. Ancak bu farklılıklar bir kurumun eşit birimlerinde eş zamanlı oluyor, yargılanan kişiler, yorum farklılıklarına göre farklı hukuki statülere maruz bırakılıyorsa, buna rağmen yorum aykırılıklarının giderilmesi mekanizmaları işletilmiyor, farklı hukuki statülerin meydana gelmesi engellenmiyorsa, o hukuk sisteminde ciddi sorun var demektir.

I – HUKUKİ GÜVENLİK

Hukuki güvenlik ilkesi, temel haklarda korunan ortak bir değerdir. Bu ilke, hukuk devleti ilkesinin olmazsa olmaz koşuludur ve Anayasa'nın bütününe egemen olan temel bir ilke görünümündedir. Hukuk devleti ilkesi, en kısa tanımıyla; "vatandaşların hukuki güvenlik içinde bulundukları, devletin eylem ve işlemlerinin hukuk ku-

rallarına bağlı olduğu bir sistemi anlatır." Hukuk devleti hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm işlem ve eylemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerektirir[3].

Anayasa'nın 2. maddesinde belirtilen hukuk devleti, eylem ve işlemleri hukuka uygun, insan haklarına saygılı, bu hak ve özgürlükleri koruyup güçlendiren, her alanda adaletli bir hukuk düzeni kurup bunu geliştirerek sürdüren, Anayasa'ya aykırı durum ve tutumlardan kaçınan, Anayasa ve hukukun üstün kurallarıyla kendini bağlı sayan, yargı denetimine açık olan devlettir. Hukuki güvenlik ile belirlilik ilkeleri, hukuk devletinin önkoşullarındandır. Kişilerin hukuki güvenliğini sağlamayı amaçlayan hukuki güvenlik ilkesi, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerinde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir[4]. Hukuk devleti ilkesine göre, kanunun ne tür fiilleri yasakladığının hiçbir kuşkuya yer vermeyecek biçimde belirlenmesi ve buna göre cezasının da kanunla saptanması gerekir. Bireyler, ancak bu şekilde hukuki güvenliklerinden emin olarak yaşamlarını sürdürebilirler[5].

Hukuki güvenlik ilkesi bağlamında bakıldığında da "hukuk devleti; yönetilenlere hukuki güvenlik sağlayan bir yapılanma olup, bunu gerçekleştirirken de devlet görevlerinin belirli kurallar içinde yürütülmesi amaçlanmıştır. Daha açık bir anlatımla hukuk devleti anlayışı, bir ülkede yerleşmiş hukuk düzenine yalnız yönetilenlerin değil yönetimin de uymasını gerektirecek kurallar bütünüdür. Bu ilkenin bir anlam kazanabilmesi için, o ülkede egemen olan hukukun yönetilenlere, devlete karşı da hukuk güvenliği sağlaması boyutunun da gerçekleşmesi gerektiği tartışmasızdır. Böylelikle devlet, toplum yaşamını düzenlerken ortaya koyduğu ilkelerle kişilerde tam bir güven duygusu yaratacak, onlara hukuk kurallarının tam anlamıyla geçerli olduğu ve toplumun bütün unsurlarıyla birlikte uyum içinde yürüdüğünü gösteren bir güven ortamını tesis edecektir[6].

Hukuki güvenlik ilkesi, açıklık, istikrar ve güven üzerine kuruludur. Yüksek yargı kurumlarının da dâhil olduğu mahkemeler, devletin adli organlarıdır. Diğer devlet kurumları gibi mahkemeler de hukuki güvenlik ilkesine uymakla yükümlüdür. Modern tasavvur, hukukun, insan aklıyla yaratılmış ya da icat edilmiş olduğunu var

3 Altundiş, Mehmet; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasa Hukuk Dergisi, 2008, sayı 10, s. 61.

4 Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013, 64/142.

5 Anayasa Mahkemesi, 03.10.2013, 28/106.

6 Danıştay l. Dairesi, 12.06.1995, 1995/1861.

sayar. Common Law istisna tutulursa bu gün için hukuk sistemlerinin çok büyük ölçüde devlet ürünü olduğu söylenebilir. Bu açıdan mahkemelerin uymakta ve uygulamakta oldukları kurallar, son tahlilde siyaset kurumunun üretimidir. Mahkemeler ise bahsedilen siyasal sistemin kurucu unsurudur, verili mevzuatı uygulayarak aslında adalet de dağıtmazlar. Önceden verilmiş, tanımlanmış, düzenlenmiş politik tercihleri uygular, adalet dağıtma yerine kanun kural dağıtırlar[7]. Bu açıdan önceden yazılmış kanunların uygulandığı hukuk sistemlerinde ön plana çıkan adalet değil eşitliktir. Mahkemelerin eşitlik yoluyla hukuki güvenliği sağlaması, benzer durumda olanlara aynı normların aynı yorumlarla uygulanması ile mümkün olur. Yerel mahkemelerin tamamının aynı yorum üzerinde birleşmesi mümkün değilse de, Yüksek mahkemelerin, farklı yorumları teke indirme gibi bir görevi vardır (2797 sayılı Yargıtay Kanunu md 15). Yüksek yargı organlarının birden fazla daireden oluşması ve her dairenin aynı normu farklı şekilde yorumlaması, hukuki güvenlik ilkesini zedelemenin mazereti olamaz. Bu durumda yorumları tekleştirecek, yanlış olanı eleyip doğru yorumun benimsenmesini sağlayacak hukuki mekanizmalar geliştirilmelidir. Aynı eylemi işleyen kişilerden birisinin diğerinden farklı bir hukuki uygulamaya maruz kalması, hukuki güvenlik ilkesinin ihlalidir.

Yüksek yargı organlarının hukuki güvenlik ilkesini sağlamak için sürekli aynı yorumu benimseme zorunda oldukları iddia edilemez. Zaman içinde norm gibi yorum da değişebilir. Değişen yorumlara göre suçun niteliğinde lehe değişiklik olmuşsa, süreye tabi olmayan sanık yararına itiraz (CMK 308) yoluyla kararlar arasındaki hukuka aykırılığı gidermek mümkündür. Burada sorun olarak işaret ettiğimiz, aşağıda da örneklerini sunduğumuz husus, suçun, farklı daireler tarafından ya da aynı dairenin farklı heyetleri tarafından farklı şekillerde nitelendirilmesidir. Aynı hukuki durumunda olan, benzer eylemleri gerçekleştirmiş kişilerden birisi hakkında bir suçtan dava açılıp, o davaya bakan dairenin/dairenin bir heyetinin suçu A olarak nitelendirmesine karşın, diğer kişi hakkında B suçundan dava açılıp diğer dairenin/aynı dairenin diğer heyetinin aynı eylemi B suçu olarak nitelendirmesi halinde hukuki düvenlik ilkesinin zedeleneceği açıktır. Hukuk sistemimiz içinde bu aykırılığın giderilmesinin yolları vardır. Ancak daireler farklı olduğunda birbirinden farklı içtihatların tekleştirilmesi daha uzun zaman almaktadır.

Hukuki güvenlik ilkesi, farklı yorumların mümkün olacağını kabul etmekle birlikte, sonuç olarak hukuk sisteminin, farklı yorumları tekleştiren mekanizmaları işletmesi suretiyle sorunun çözümünü ister. Aksi takdirde aynı hukuki soruna ilişkin uygulama gücü aynı olan fakat farklı sonuçlara ulaşan yorumların eşzamanlı olarak dolaşımda olması, hukuki güvenlik ilkesini zedeler.

7 Modern toplumlarda hukuk, mahkeme ve siyaset ilişkisi için Bkz Erdoğan Mustafa, Mahkemeler, Hukuk ve Siyaset, Star Gazetesi 11.07.2010 tarihli Nüsha.

Anayasa Mahkemesi, "adli tatilin sona erdiği tarihi ifade eden *"Eylül'ün beşine kadar"* ibaresini Danıştay dairelerinin farklı yorumladığını, kimi dairelerin adli tatilin son gününü 5 Eylül olarak kabul ederken kimi dairelerin 4 Eylül olarak kabul ettiğini, adli tatilin son gününün 4 Eylül kabul edilerek temyiz başvurusunun süre aşımı yönünden reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini" ileri süren bir bireysel başvuruyu, haklı bularak, usul kurallarının önceden öngörülemeyecek şekilde yorumlanmasındaki belirsizliklerin yarattığı engel karşısında başvurucunun, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının, ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, 11.03.2015 tarih ve 2012/1071 numaralı bireysel başvuru kararında, usul kurallarının farklı yorumlanmasını, adil yargılanma hakkı içinde, mahkemeye erişim hakkı kapsamında değerlendirmiştir. Mahkeme kararında şu ifadelere yer vermiştir;

"*Adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkı, bir uyuşmazlığı mahkeme önüne taşıyabilmek ve uyuşmazlığın etkili bir şekilde karara bağlanmasını isteyebilmek anlamına gelmektedir. Kişinin mahkemeye başvurmasını engelleyen veya mahkeme kararını anlamsız hale getiren, bir başka ifadeyle mahkeme kararını önemli ölçüde etkisizleştiren sınırlamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir (B. No: 2012/791, 7/11/2013, § 52). Mahkemeye erişim hakkı, kural olarak mutlak bir hak olmayıp, sınırlandırılabilen bir haktır. Bununla birlikte getirilecek sınırlandırmaların, hakkın özünü zedeleyecek şekilde kısıtlamaması, meşru bir amaç izlemesi, açık ve ölçülü olması ve başvurucu üzerinde ağır bir yük oluşturmaması gerekir (B. No: 2013/1613, 2/10/2013, § 38).*

Mahkemeye etkili erişim hakkı, mahkemeye başvuru konusunda tutarlı bir sistemin var olmasını ve dava açmak isteyen kişilerin mahkemeye ulaşmada açık, pratik ve etkili fırsatlara sahip olmasını gerektirmektedir. Özellikle hukuki belirsizlikler ya da uygulamadaki belirsizlikler kişilerin mahkemeye erişim hakkını ihlâl edebilmektedir (AİHM, Geffre/Fransa, B. No: 51307/99, 23/1/2003, § 34). Bu nedenle, mahkemeler usul kurallarını uygularken bir yandan âdil yargılanma hakkını ihlâl edebilecek aşırı şekilcilikten, diğer yandan da yasalar tarafından düzenlenen usul kurallarının ortadan kaldırılması sonucunu doğurabilecek aşırı gevşeklikten kaçınmalıdırlar (Bkz. Eşim/Türkiye, *B.No:59601/09, 17/9/2013, § 21; Walchli / Fransa, B. No. 35787/03, § 29).*

Bununla beraber, mahkemeye erişim hakkı, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biridir. Mahkemeye ulaşmayı aşırı derecede zorlaştıran ya da imkânsız hale getiren uygulamalar mahkemeye erişim hakkını ihlal edebilir. Dava açma ya da kanun yollarına başvuru için belli sürelerin öngörülmesi, bu süreler dava açmayı imkânsız kılacak ölçüde kısa olmadıkça hukuki belirlilik ilkesinin bir gereğidir ve mahkemeye erişim hakkına aykırılık oluşturmaz. Ne var ki, öngörülen süre koşullarının açıkça hukuka aykırı olarak yanlış uygulanması ya da yanlış hesaplanması nedeniyle kişiler dava açma ya da kanun

yollarına başvuru hakkını kullanamamışsa mahkemeye erişim hakkının ihlal edildiğini kabul etmek gerekir (B. No: 2013/1718, 2/10/2013, § 27).

Başvurucu tarafından adli tatilin son gününün 4 Eylül kabul edilerek temyiz başvurusunun süre aşımı yönünden reddedilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür.

Anayasa'nın 40. maddesinin ikinci fıkrasında Devletin işlemlerinde, ilgili kişilerin hangi kanun yolları ve mercilere başvuracağını ve sürelerini belirtmek zorunda olduğu ifade edilmiştir.

Usul kurallarının, hukuki güvenliğin sağlanması ve yargılamanın düzgün bir şekilde yürütülmesi sonucu adaletin tecelli etmesine hizmet etmek yerine kişilerin davalarının yetkili bir mahkeme tarafından görülmesi bakımından bir çeşit engel haline gelmeleri durumunda mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiş olacaktır (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Efstathiou ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 36998/02, § 24).

Bir kanuni düzenlemenin bireylerin davranışını ona göre düzenleyebileceği kadar kesinlik içermesi, kişinin gerektiği takdirde hukuki yardım almak suretiyle, bu kanunun düzenlediği alanda belli bir eylem nedeniyle ortaya çıkacak sonuçları makul bir düzeyde öngörebilmesi gerekmektedir. Öngörülebilirliğin mutlak ölçüde olması gerekmez. Kanunun açıklığı arzu edilir bir durum olmakla birlikte bazen aşırı bir katılığı da beraberinde getirebilir. Oysa hukukun ortaya çıkan değişikliklere uyarlanabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüller içermektedir (Benzer yöndeki AİHM kararı için bkz. Kayasu/Türkiye, B. No: 64119/00 ve 76292/01, § 83).

İDDK ve Danıştay Daireleri, farklı tarihlerde verdiği kararlarında Eylül'ün beşine kadar ibaresinden ne anlaşılması gerektiği yönünde bireyler açısından adli tatilin bittiği tarihi ve bu tarihe göre başvuru sürelerini belirleme imkânı verecek şekilde öngörülebilir bir yaklaşım ortaya koymamıştır. Danıştay Daireleri ve İDDK'nın *Eylülün beşinin de ara verme süresi içinde değerlendirileceği, sürenin yedi gün uzaması nedeniyle 12 Eylül tarihinde yapılan temyiz başvurusunun süresinde yapıldığının kabulü gerektiğine hükmettiği kararları bulunduğu gibi (Bkz., Danıştay İDDK, E.2012/193, K.2014/73, 23/1/2014), ara vermenin son gününün Eylül'ün dördü olarak belirlendiği, sürenin bitiminin çalışmaya ara verme zamanına rastladığı durumlarda sürenin, ara vermenin sona erdiği günü, yani Eylül'ün dördünü izleyen tarihten itibaren 11 Eylül çalışma saati bitimine kadar uzadığı, 12 Eylül tarihinde yapılan karar düzeltme isteminde süre aşımı bulunduğu yönünde kararları da bulunmaktadır. (Bkz., Danıştay İDDK, E.2009/276, K.2009/52, 19/2/2009)*

21/1/2009 tarih ve E.2008/14-831, K.2009/3 sayılı Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kararında ise; adli tatilin son gününün 5 Eylül olduğu, sürenin son gününün adli tatile rastlaması halinde sürenin adli tatilin bitiminden itibaren yedi gün uzayacağı, bu durumda sürenin son gününün 12 Eylül olacağına karar verilmiştir.

Somut olayda, başvurucunun aylıktan kesme cezası ile cezalandırılmasına ilişkin işlemin iptali istemiyle açtığı davada verilen karar, 15/7/2008 tarihinde başvurucuya tebliğ edilmiş, başvurucu sürenin son gününün ara vermeye rastlaması nedeniyle 12/9/2008 tarihinde temyiz dilekçesi vermiştir. Danıştay 12. Dairesi ara vermenin son gününün 4 Eylül olduğu, sürenin yedi gün uzaması nedeniyle temyiz talebinin en geç 11 Eylülde yapılması gerektiği gerekçesiyle temyiz talebinin süre aşımı nedeniyle reddine karar vermiştir. Başvurucunun karar düzeltme talebi de reddedilmiştir.

Yukarıda yer verilen Danıştay ve Yargıtay HGK kararları birlikte değerlendirildiğinde, idari yargı kolunda adli tatilin sona erdiği tarihe ilişkin, başvuruculara davranışını ona göre düzenleyebilecekleri öngörülebilir uygulama belirsizliğini içermeyen bir yaklaşım ortaya konulduğu söylenemeyecektir.

Sonuç olarak, adli tatilin sona erdiği tarih 4 Eylül kabul edilerek, sürenin sona erdiği tarihin adli tatile rastlaması nedeniyle adli tatilin bitiminden itibaren yedi gün uzatılarak 11 Eylül tarihinde yapılan temyiz başvurusunun süre aşımı gerekçesiyle reddedilmesi nedeniyle başvurucunun mahkemeye erişim hakkı ihlal edilmiştir.

Açıklanan nedenlerle adli tatilin sona erdiği tarihe ilişkin, başvurucunun davranışını ona göre düzenleyebileceği usul kurallarının önceden öngörülemeyecek şekilde yorumlanmasındaki belirsizliklerin yarattığı engel karşısında başvurucunun, adil yargılanma hakkının en temel unsurlarından biri olan mahkemeye erişim hakkının, ihlal edildiğine karar verilmesi gerekir[8].

II – HUKUKEN ÖNGÖRÜLEBİLİRİLİK

Hukuki güvenlikten bahsedilebilmesi için öncelikle hukuk kurallarının öngörülebilir olması gerekir[9]. Hukuken öngörülebilirlik ilkesi, yalnızca normun belirliliğini değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi gerekir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Birey ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar[10]. Erişilebilir, bilinebilir

8 Anayasa Mahkemesi, 26.02.2015 tarih ve 2013/3954 numaralı bireysel başvuru kararında, hukuk davalarında temyiz başvurusuna ilişkin mevzuattaki (Kanun ve yönetmelik) eksiklik ve kendi içinde uyumsuzluk olduğunu ifade ederek, temyiz başvurusunun süreden reddedilmesini öngörülebilirlik ilkesine aykırı bularak hak ihlaline karar vermiştir.

9 Altundiş, s. 67.

10 Anayasa Mahkemesi, 22.07.2014, 88/101.

ve öngörülebilir gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla kanunlar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Aslolan muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır[11].

Hukuken öngörülebilirlik kavramının ne anlama geldiğine dair, AİHM'nin ifade özgürlüğünün sınırlarını düzenleyen sözleşmenin 10/2 maddesindeki açıklamaları yol gösterici mahiyettedir. Mahkeme, "hukukun öngördüğü" (prescribed by law/ prévues par la loi) ifadesini, yazılı olan ve yazılı olmayan hukuk şeklinde geniş yorumlamaktadır. İçtihatlarla[12] oluşturulmuş bir yasaklamanın, mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle "hukukun öngörmediği" bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme'yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Mahkemenin görüşüne göre, "hukuken öngörülmüş" ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır; birincisi, uygulanacak olan hukuk, yeterince ulaşılabilir (adequately accessible) olmalıdır. Başka bir deyişle, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, bireylerin davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta (precise) düzenlenmemiş bir norm, "hukuk" kuralı olarak kabul edilemez. Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir (foreseeable) olması gerekmez. Çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Normun anlamının belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir. Oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle bir çok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlak terimlerle ifade edilir. Bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur[13]. Öngörülebilirlik kavramı, sadece yargılanan kişinin sonuçlarını öngörebileceği bir davranışı değil, aynı zamanda bu davranışın, kanunlara aykırı olması halinde, buna bağlı olabilecek formalite, koşullar, kısıtlamalar veya cezaları da kapsamaktadır[14].

AİHM içtihatların geri yürütülmesine ilişkin olarak Del Rio Prada-İspanya davasında "hukuken öngörülebilirlik" kavramından hareketle önemli tespitlerde bulunmuştur. Davaya konu olay ve karar özetle şu şekildedir;

11 Anayasa Mahkemesi, 28.11.2013, 64/142.

12 AİHM, "içtihat" ile bizim hukukumuzdaki normun yorumu anlamında içtihadı değil, common lawı kastetmektedir.

13 Sundey Tımes-Birleşik Krallık Davası, (http://ihami.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32) ; Yıldırım-Türkiye Davası ; Akçam-Türkiye Davası ; Pravoye Delo Redaksiyon Komitesi ve Shtekel-Ukrayna Davası.

14 Mutatis Mutandis, Kafkaris/Kıbrıs Davası.

Başvuran, çeşitli suçlardan toplam 3000 yılı aşan hapis cezasına çarptırılmıştır. Audiencia Nacional isimli mahkeme, 2000 yılında, tüm cezalar için hapiste geçirilecek sürenin 30 yıl olduğuna karar vermiş, cezanın tümüyle yerine getirileceği tarihi Haziran 2017 olarak belirlemiştir. Cezaevi idaresi, iyi halli geçirilen süreleri de düşerek, Audiencia Nacional'e Temmuz 2008 tarihinde tahliye önermiştir. Mayıs 2008 tarihinde Audiencia Nacional bu teklifi reddetmiş ve cezaevi makamlarından, başvurucunun tahliyesi için, Yüksek Mahkeme'nin 28 Şubat 2006 tarihli ve 197/2006 sayılı kararında getirilen yeni bir emsal karara (Parot doktrini) dayalı yeni bir tarih sunmasını istemiştir. Bu yeni yaklaşıma göre, ceza ayarlamaları ve iyi hal indirimleri artık otuz yıllık azami hapis cezasına değil, verilen her bir hapis cezasına müteselsilen uygulanacaktır. Cezanın infazı sırasında, indirimlerin cezanın toplamı üzerinden yapılması suretiyle fiilen cezaevinde kalma süresi belirlenirken, sonradan değiştirilen görüş, indirimlerin toplam cezadan değil, toplamaya konu olan her bir cezadan ayrı ayrı yapılması gerektiğine ilişkindir. Başka bir deyişle Parot doktrini sonrasında 30 yıllık toplam ceza, indirim yapılmayan bir ceza haline gelmiştir. Cezaların toplamı üzerinden indirim öngören istikrarlı önceki uygulamadan, Parot doktrini ile ayrılma, başvurucu açısından öngörülebilir değildir. Bu nedenle sözleşmenin 7. maddesi ihlal edilmiştir. Öngörülemeyecek içtihat değişikliği ile tahliye tarihi, fiilen 9 yıl ertelenmiştir. Temmuz 2008 tarihinden sonra devam eden alıkonma nedeniyle de sözleşmenin 5/1 maddesi ihlal edilmiştir.

AİHM, aynı kararda şu tespitlere yer vermektedir. Sözleşme'nin 7. maddesini, ceza kanununun sanığın dezavantajına olacak şekilde geriye yürütülmesi yasağı ile sınırlı görmemektedir. Aynı zamanda ve daha genel anlamda, bir suçun ancak kanun ile tanımlanıp, bir cezanın ancak kanun ile öngörülebileceği prensibini içermektedir (kanunsuz suç ve ceza olmaz/nullum crimen, nulla poena sine lege). Özel olarak, mevcut suçların kapsamını daha önceden suç olarak sayılmayan eylemleri içine alacak şekilde genişletmeyi yasaklarken, aynı zamanda ceza kanununun örneğin analoji yoluyla sanığın zararına olacak şekilde geniş bir biçimde yorumlanmaması gerektiği prensibini de getirmektedir. Buradan hareketle, suçların ve onlara ilişkin cezaların kanun tarafından açıkça tanımlanması gerektiği sonucuna varılmaktadır. Bu şart, kişinin, ilgili hükmün lafzından, gerekirse mahkemelerin söz konusu hükme ilişkin yorumundan yararlanarak ve uygun hukuki danışmanlığı da edindikten sonra, hangi eylem ve ihmallerin onu cezai olarak sorumlu kılacağını ve bu durumda hangi cezayla karşı karşıya kalacağını bilebilmesi halinde yerine getirilmiş sayılmaktadır[15].

Sözleşme'nin 7. maddesindeki "hukuk", Sözleşme'nin diğer maddelerinde de aynı anlamda kullanılmaktadır; yani içtihadın yanı sıra yazılı hukuku içine alan ve başta erişilebilirlik ve öngörülebilirlik olmak üzere niteliksel gereklilikleri de kapsayan bir kavrama işaret etmektedir. Bu

15 Del Rio Prada-İspanya Davası, 78 ve 79. paragraflar.

niteliksel gereklilikler hem bir suçun tanımı, hem de o suçun beraberinde getirdiği ceza bakımından karşılanmalıdır. Yasaların lafzının her zaman net olmayışı, kanunların genel uygulamaya dair olması prensibi gereğinin mantıksal bir sonucudur. Kurallarla düzenleme yapmanın standart tekniklerinden biri, tam kapsamlı listeler yerine genel kategorilerin kullanılmasıdır. Bu nedenledir ki, birçok kanunda kaçınılmaz olarak, şu ya da bu oranda muğlak nitelik taşıyan ve yorumu ve tatbiki açısından pratik meselelere dönüşen ifadelere yer verilmektedir. Ceza hukuku da dâhil olmak üzere hangi hukuk sisteminde olursa olsun, bir kanun hükmü ne kadar net kaleme alınırsa alınsın, bir yargı yorumu unsuru her durumda kaçınılmaz olarak bulunacaktır. Her zaman şüpheli noktaların giderilmesi ve değişen koşullara uyarlama gereği olacaktır. Aynı şekilde, netlik son derece makbul olmakla birlikte, aşırı bir katılığı beraberinde getirebilir ve kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesi şarttır . Mahkemelerin üzerine düşen yargılama görevi tam da geriye kalabilecek bu türden yorumsal şüpheleri gidermeyi içermektedir. Yargının hukuk yaratma işlevi aracılığıyla ceza hukukunun müterakki gelişimi, Sözleşme Devletlerindeki hukuk geleneğinin yerleşik ve gerekli bir parçasını oluşturmaktadır. Sözleşme'nin 7. maddesini, neticede ortaya çıkan gelişmenin suçun özüyle tutarlılık arz etmesi ve makul olarak öngörülebilir nitelik taşıması kaydıyla, cezai sorumluluk kurallarının davadan davaya yargısal yorum yoluyla tedrici olarak netleştirilmesine imkân tanımayan bir tarzda yorumlamak mümkün değildir. Erişilebilir ve makul ölçüde öngörülebilir bir yargısal yorumun bulunmayışı, sanığın 7. madde kapsamındaki haklarına yönelik bir ihlal tespitine dahi yol açabilir. Aksi takdirde bu maddenin konusu ve amacı –yani kimsenin keyfi kovuşturma, mahkûmiyet veya cezaya tabi tutulmaması gerektiği– yenilgiye uğratılmış olacaktır[16].

Suçların işlendiği ve başvurucunun mahkûm edildiği tarihte kullanılmakta olan yöntem yerine, alıkonma boyunca yapılan işlerden dolayı tanınan ceza indirimlerinin tatbikine "Parot doktrini"yle getirilen yeni yöntemi kullanmış, böylece başvurucuyu kanun uyarınca hak kazanmış olduğu ceza indirimlerinden yararlanma yönünde gerçek bir olasılıktan mahrum bırakmış olduğunu kaydetmektedir. Ceza indirimlerinin tatbik edilme sistemindeki bu değişiklik, bir mevzuat değişikliğinden değil, Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadından sapması sonucunda ortaya çıkmıştır. Hal böyleyken şimdi, 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun ilgili hükümlerine yönelik, suçların işlenmesinden ve başvurucunun mahkûm edilmesinden çok sonra –ve hatta cezaların birleştirilmesine ve azami bir hapis süresi belirlenmesine ilişkin 30 Kasım 2000 tarihli karardan dahi sonra– benimsenmiş olan bu yeni yorumun başvurucu açısından makul olarak öngörülebilir olup olmadığının, yani bu yorumun içtihat gelişimi açısından anlaşılması mümkün bir çizgiyi yansıtıyor sayılıp sayılamayacağının saptanması gerekmektedir. Bunun

16 Del Rio Prada-İspanya Davası, 91 ila 93. paragraflar.

tespiti için Mahkeme'nin, başvurucunun mahkûm edildiği sırada ve ayrıca, cezaları birleştirme ve azami bir hapis süresi belirleme kararı kendisine bildirildiği tarihte –gerekirse, uygun hukuki danışmanlığı da aldıktan sonra–, kendisine verilen cezanın, 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun 100. maddesinde öngörülen, alıkonma boyunca yapılan işlerden dolayı tanınan ceza indirimlerinden ötürü hiçbir indirim yapılmaksızın, fiili olarak otuz yıl süreli hapse dönüşebileceğini öngörmüş olup olamayacağını incelemesi gerekmektedir. Bunu yaparken, ilgili tarihte geçerli olan hukuku ve özellikle de Yüksek Mahkeme'nin 28 Şubat 2006 tarihli kararıyla getirilen "Parot doktrini"nden önceki yargısal ve idari pratiği göz önünde bulundurması gerekmektedir. Mahkeme bu bağlamda, bahsi geçen kararda atıfta bulunulan tek ilgili emsal kararın, Yüksek Mahkeme'nin aksi yöndeki yaklaşımı, yani otuz yıllık azami hapis süresinin kanunen öngörülmüş tüm ceza indirimlerinin uygulanacağı "yeni, müstakil bir ceza" oluşturduğu şeklindeki yaklaşımı benimsemiş olduğu 8 Mart 1994 tarihli bir karar olduğunu görmektedir. Mahkeme'nin görüşüne göre, İspanyol hukuku uyarınca tek bir kararın emsal oluşturmaması kesin bir kural olamaz. Dahası, 28 Şubat 2006 tarihli kararda karşıt görüş bildiren hakimlerin işaret etmiş olduğu üzere, 18 Temmuz 1996 tarihinde Yüksek Mahkeme'nin genel kurul olarak kabul ettiği bir anlaşma, sırasıyla yeni ve eski Ceza Kanunları uyarınca çekilecek cezalar kıyaslanırken 1973 tarihli Ceza Kanunu kapsamında tanınan ceza indirimlerinin dikkate alınması gerekeceği kararlaştırılmış bulunmaktaydı. 1995 tarihli Ceza Kanunu'nun yürürlüğe girmesinin ardından, İspanyol mahkemelerinin, alıkonma süresince yapılan işlerden dolayı ceza indirimi sisteminin hüküm üzerindeki etkilerini dikkate alarak, hangi Ceza Kanunu'nun daha esnek olduğunu belirlemek amacıyla her bir olayda bu kriteri kullanması gerekmekteydi. 113. Bizzat Hükümet, Yüksek Mahkeme bu konuda ilk kararını ancak 1994 yılında vermiş olmasına karşın, "Parot doktrini" öncesinde cezaevi ve yargı makamları pratiğinin, alıkonma süresince yapılan işlerden dolayı hak kazanılan ceza indirimlerinin otuz yıllık azami hapis süresine uygulanması yönünde olduğunu kabul etmiş bulunmaktadır. Mahkeme ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin 2006 yılına dek, yani ilgili kanunun ilga edilmesinin üzerinden on yıl geçene dek içtihadından sapmamış olmasına da önem atfetmektedir. Yani Yüksek Mahkeme fiilen, artık yürürlükte bulunmayan bir kanunun, 1995 tarihli Ceza Kanunu ile ilga edilmiş bulunan 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun hükümleri hakkında yeni bir yorum getirmiştir. Bunun yanı sıra, yukarıda dile getirildiği üzere, 1995 tarihli Ceza Kanunu'nun geçici hükümleri, 1973 tarihli Ceza Kanunu kapsamında mahkûm edilmiş kişilere –başvurucu gibi– yönelik olarak adı geçen Kanun tarafından getirilmiş olan alıkonma boyunca yapılan işlerden dolayı tanınan ceza indirimleri sisteminin etkilerinin, tam da daha katı nitelikteki ceza kanununun geriye yürütülmesini yasaklayan kurallara uyulması amacıyla muhafaza edilmesi niyeti taşımaktaydı. Oysa ki, Yüksek Mahkeme'nin halihazırda tanınmış olan her türlü ceza indirimini etkisiz kılan yeni yorumu, pratikte başvurucunun ve ben-

zer durumda olan diğer kişilerin indirim sisteminin sağladığı faydalardan mahrum bırakılmasına yol açmaktaydı. Dahası, Mahkeme'nin, Hükümet tarafından ileri sürülen ve Yüksek Mahkeme'nin yorumunun öngörülebilir olduğu, zira 1973 tarihli Ceza Kanunu'nun lafzına daha uygun olduğunu dile getiren savı kabul etmesi de mümkün değildir. Mahkeme, kendisinin görevinin söz konusu Kanun'un hükümlerinin iç hukukta nasıl yorumlanması gerektiğini belirlemek değil, daha ziyade bu yeni yorumun başvurucu tarafından ilgili tarihte geçerli olan "hukuk" kapsamında makul ölçüde öngörülebilir olup olmadığını incelemek olduğunu yinelemektedir. Bahsi geçen "hukuk" –Sözleşme'de kullanıldığı haliyle, yazılı olmayan hukuku ve içtihadı da kapsar şekilde gerçek, maddi anlamda "hukuk"– cezaevi ve yargı makamları tarafından, "Parot doktrini" yeni bir yol açana dek yıllar boyunca tutarlı bir şekilde uygulanmış bulunmaktaydı. Yukarıda atıfta bulunulan S.W. ve C.R./Birleşik Krallık davasında konu edilen yargısal yorumların aksine, somut davadaki içtihat değişikliği içtihat gelişimi açısından anlaşılması mümkün bir çizgiyi izleyen bir ceza hukuku yorumu oluşturmamaktaydı. Son olarak, Mahkeme, Yüksek Mahkeme tarafından dayanak olarak gösterilen ceza politikası mülahazalarının böylesi bir içtihat değişikliğini haklı kılmaya yetmediği görüşündedir[17].

Mahkeme yukarıdaki hususlar ışığında, başvurucunun mahkûm edildiği sırada ve cezaları birleştirme ve azami bir hapis süresi belirleme kararı kendisine bildirildiği tarihte, içtihat gelişimi açısından Yüksek Mahkeme'nin 28 Şubat 2006 tarihli kararına paralel nitelikte anlaşılması mümkün bir çizgiye dair hiçbir emare bulunmadığı kanaatine varmaktadır. Dolayısıyla başvurucunun, Yüksek Mahkeme'nin önceki içtihadından sapacağını ve bunun sonucu olarak Audiencia Nacional'in başvurucuya tanınmış olan ceza indirimlerini çekilecek otuz yıllık azami hapis süresiyle ilgili olarak değil, başvurucunun almış olduğu her bir cezaya ilişkin olarak müteselsilen uygulayacağını düşünmek için hiçbir sebebi bulunmamaktaydı. Mahkeme'nin yukarıda kaydetmiş olduğu üzere bu içtihat değişikliği, verilen cezanın kapsamını başvurucunun zararına olacak şekilde değiştiren bir etki yaratmıştır. Bu nedenledir ki, Sözleşme'nin 7. maddesine yönelik bir ihlal söz konusudur[18].

AİHM'nin, Del Rio Prada-İspanya Davası'ndaki açıklamalarından, kısaca, yazılı kanunlar olsa bile içtihadın da hukukun bir parçası olduğu, öngörülebilirlik ilkesine dâhil edildiği, öngörülemeyen içtihat değişikliklerinin geriye yürütülemeyeceği ve sanıkların, ceza ya da ceza niteliğinde hukuki durumları ağırlaştıramayacağı sonucuna vardığı ifade edilebilir.

Normun, sosyal yaşamın hızla değişmesi karşısında yıpranmadan uzun yıllar varlığını devam ettirebilmesi için esnek, yoruma açık ve kimi zaman anlamı uygulamaya bırakılan kelimeleri tercih etmesi normaldir.

17 Del Rio Prada-İspanya Davası, 111 ila 115. paragraf.

18 Del Rio Prada-İspanya Davası, 117 ve 118. paragraf.

İçtihatlar, normların anlamını belirleyerek, birbirleri ile ilişkilerini ve uygulama alanlarını göstererek hukuken öngörülebilirlik kavramını hizmet eder. Normlar aynı iken eş zamanlı olarak içtihatların, dolayısıyla uygulamanın farklı olması, öngörülebilirlik ilkesini zedeler. Hakkında ceza yargılaması bulunan bir kişi, uygun danışma ve araştırma sonucunda dahi kendisine bir normun hangi yorumla uygulanacağını bilemiyorsa, hukuk sisteminin öngörülebilir olduğundan bahsedilemez.

III - ÖRNEK İÇTİHATLAR

Hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik ilkeleri açısından aşağıda, bazı yargı kararları örneklendirilecektir. Bu kararlardan bir kısmı aynı dairenin zaman içinde değiştirdiği görüşlere, bir kısmı aynı dairenin farklı heyetlerinin eş zamanlı uygulamalarına, bir kısmı ise farklı dairelerin aynı eylemle ilgili farklı kararlarına ilişkindir.

Kararların seçiminde; güncellik, yaygın uygulama, istikrar ve eş zamanlılık göz önüne alınmıştır. Örnek kararların birer/ikişer tane seçilmiş olması, binlerce içtihat arasından cımbızlama yoluyla örnek alındığı şeklinde değerlendirilmemelidir. Aynı hukuki sorunun farklı yorumlanması ve farklı yorumların eşzamanlı olarak dolaşımda olması, ceza hukukumuzun en önemli sorunlarındandır ve bu sorun, burada örnekleyemeyeceğimiz kadar yaygındır.

1) Kalabalık Ortamda Ateş Ederek Öldürme

Düğün, nişan, spor müsabakaları çıkışı, toplantı-gösteri yeri gibi çok sayıda insanın bulunduğu kalabalık bir ortamda, tabanca, ateş etmek maksadıyla çıkartılırken ya da ateş edilirken meydana gelen öldürme/yaralama eylemi, Yargıtay 1. Ceza Dairesi tarafından olası kastla işlenmiş suç olarak kabul edilmektedir. Buna karşın 9. ve 12. Ceza Daireleri eylemi, bilinçli taksir şeklinde yorumlamaktadır.

Sanığın, düğün ortamında yere paralel gelecek şekilde silahı kurarken düğün yerinde bulunanların isabet alacağını öngördüğü halde, buna kayıtsız kalarak tetiğe dokunduğu olayda, sanığın olası kast ile yaşı küçük maktul Ayşegül'ün olası kast ile ölümüne sebebiyet vermek suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi yerine, yazılı şekilde bilinçli taksirle insan öldürme suçundan hüküm kurulması **1. CD'nin 26.12.2013 tarih ve 930/8205 sayılı kararı.**

Sanığın, kalabalık düğün töreni sırasında, hedef gözetmeksizin, çevrede bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen tabancayla iki-üç el yere paralel olacak şekilde ateş ettiği sırada, kendisine yaklaşık 20 metre mesafede, sandalye üzerinde oturan ve aralarında hiçbir husumet bulunmayan maktulü baş bölgesinden tek isabetle vurup öldürmesi eyleminde, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerektiği halde, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde bilinçli taksirle insan öldürme suçundan hüküm kurulması, **1. CD'nin 21.03.2013 tarih ve 6114/2375 sayılı kararı.**

Sanığın, olay gecesi düğün yerinde insanların bulunduğu ortamda genel güvenliği tehlikeye sokacak şekilde havaya doğru 3 el ateş ettikten sonra av tüfeğini gerekli emniyet tedbirlerini almaksızın yere paralel ve namlunun ucu topluluğa doğrult-

muş şekilde taşıdığı sırada, tetiğe basınç uygulayarak ateşlemesi üzerine tüfekten çıkan saçmaların topluluk içinde bulunan Duran'a isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; sanığın tüfeğin tetiğine basılması halinde eylemin ölümle sonuçlanabileceğini öngörmesine rağmen, sonucu kabullenmek suretiyle eylemini sürdürmesinin olası kastla öldürme suçunu oluşturduğu düşünülmeden yazılı şekilde bilinçli taksirle ölüme neden olmak suçundan hüküm kurulması, **1. CD'nin 18.04.2012 tarih ve 7245/3008 sayılı kararı.**

Sanığın babasına ait av tüfeği ile düğünde havaya 2 el ateş ettiği, tüfeği tekrar doldurup kapatırken tüfeğin ateş alması sonucu düğün yerinde oynayan mağdurların yaralanmasına neden olduğu olayda bilinçli taksirin koşulları oluştuğunun gözetilmemesi karşı temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. **9. CD'nin 16.12.2010 tarih ve 1860/12839 sayılı kararı.**

Sanığın bulundurma ruhsatlı kendisine ait tabanca ile düğünde köy halkının halay çektiği sırada düğün ortasına gelerek havaya 8 el ateş ettiği, silahı indirirken yeniden ateş alması sonucu önünde oynayan Salih Atıcı'nın ölümüyle adı geçen ölenden çıkan mermi çekirdeğinin onun önünde davul çalan Şaban Dilek'in de ölümüne neden olması şeklindeki olayda eylemin bilinçli taksirle ölüme neden olma suçunu oluşturacağı, tam kusurlu sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nın 61. maddesi hükmü nazara alınarak ceza tayini gerektiği gözetilmeden suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde iki kez olası kasıtla adam öldürme suçundan cezalandırılmasına karar verilmesi, **12. CD'nin 05.04.2012 tarih ve 13374/9278 sayılı kararı.**

2) Olası Kastla Öldürme/Yaralama ve İçtima

Türk Ceza Kanunu, hedefte hata/sapmaya ilişkin bir hüküm sevk etmemiş, sorunun içtima kurumu içinde çözülmesini arzu etmiştir. Kanun'un 43/3 maddesi, 1. Ceza Dairesi tarafından 2005 ila 2013 yılları arasında, gerçek içtima şeklinde yorumlanmış, binlerce olay bu yoruma göre çözüme kavuşturulmuştur. Kabul edilen bu yoruma göre, fail, öldürme kastı ile (A)'ya ateş ederken (A)'yı vursa ya da (A)'yı vuramasa bile aynı zamanda (B)'yi de vurmuşsa; (A)'ya karşı eylemi öldürme/öldürmeye teşebbüs, aynı zamanda (B)'ye karşı eylemi olası kastla öldürme/yaralamadır. Gerçek içtima kuralı gereğince her iki suçtan ayrı ayrı cezalandırılması gerekir. 1. Ceza Dairesi 2013 yılının ikinci yarısından sonra görüş değiştirmiş, bahsedilen örneğimize göre fail, bir el ateş ederek eylemi gerçekleşirmişse, eylem, gerçek içtima değil, fikri içtima şeklinde yorumlanarak fiil tekliği nedeni ile sadece en ağır ceza gerektiren suçtan bir defa ceza verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Ceza Genel Kurulu da, 1. Ceza Dairesinin son görüşünün isabetli olduğuna karar vermiştir. 2013 yılına kadar binlerce dava dosyası eylemin iki ayrı suç olacağı şeklindeki görüşle yorumlanmış, bir kısım kararlar infaz edilmiş bir kısmı ise halen infaz edilmektedir. İşin garip tarafı, 1. CD ve CGK, anılan kararlarında, eylemin fikri içtima sayılabilmesi için tek atış olması gerektiğini ifade etmiş, "fiil tekliği" kavramının, ancak tek atışla mümkün olabileceğini savunmuş, şu açıklamalara yer verilmiştir; "…doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa

dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Diğer bir anlatımla, doğal anlamda fiilin tek olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin tek olduğu söylenebilirse de, doğal anlamda fiilin çok olduğu her halde hukuki anlamda da fiilin çok olduğu her zaman söylenemeyecektir. Bazen bir hareketler kümesi, hukuki açıdan tek bir fiil olarak kabul edilecektir. Bu halde suç tipinin birden fazla hareketle ihlal edilebilir olması hareketin hukuken tekliğini etkilemeyecek, doğal hareketler hukuken tek kabul edilecektir. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuki anlamda tek olmayı ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun kanuni tanımında yer alan hukuksal anlamdaki "tek bir fiili" oluşturmaktadır. Halbuki CGK, 06.07.2010 tarih ve 8-51/162 sayılı kararında aynı konuya ilişkin olarak''…"Tek fiil" veya "bir fiil"den ne anlaşılması gerektiğine gelince, doğal anlamda gerçekleştirilen her bedeni hareket ayrı bir hareketi oluşturmakta ise de, hukuki anlamda hareketin tekliği ile ifade edilmek istenen husus, doğal anlamda birden fazla hareket bulunsa dahi, bu hareketlerin, hukuki nedenlerden dolayı değerlendirmede birlik oluşturması suretiyle tek hareket kabulüdür. Fikri içtimada da, fiil ya da hareketin tekliği, doğal anlamda değil hukuksal anlamda tekliği ifade etmektedir. Bir kısım suçların işlenmesi sırasında doğal olarak birden fazla hareket yapılmakta ise de, ortaya konulan bu davranışlar suçun yasal tanımında yer alan hukuksal anlamdaki "tek bir fiili" oluşturmaktadır" açıklamalarına yer vermişti. "Tek atış"la, "birden fazla atış" arasında ayrım yapmanın hukuki bir izahı mümkün değil iken, Daire ve CGK, önceki kararlarının aksine bir yorum yaparak, yeni kararlarında "tek atış"a bağlı olarak içtima sorununa yeni bir uygulama getirmiş, "birden fazla atış" ihtimalinde ne olacağını açıklamıştır.

Katılan Fatma'ya öldürme kastıyla bir el ateş eden sanığın, araya giren kızı mağdur Nilüfer'i olası kastla yaraladığı somut olayda, katılan Fatma'yı öldürme amacıyla ona doğru bir kez "ateş etme" eyleminin hukuki anlamda tek fiil sayılması gerektiği ve bu suretle, tek olan eylem sonunda hem mağdur Nilüfer'e karşı olası kastla yaralama suçunun, hem de mağdur Fatma'ya karşı kasten öldürme suçuna teşebbüsün meydana geldiği hususlarında şüphe bulunmadığından, bir fiil ile birden fazla farklı suçun oluşmasına sebebiyet veren sanık hakkında 5237 sayılı TCK'nun 44. maddesinin uygulanması ve meydana gelen suçların en ağırından ceza verilmesi gerekmektedir. Bu nedenle, sanığın hem katılan Fatma'yı kasten öldürme suçuna teşebbüsten, hem de mağdur Nilüfer'i olası kastla yaralamadan mahkûmiyetine ilişkin yerel mahkeme hükmü ve bu hükmün onanmasına dair Özel Daire kararı isabetsizdir. **CGK'nın 03.12.2013 tarih ve 1-1569/575 sayılı kararı.**

Sanığın, mağdur Ömer'in evine gidip kapıyı çaldığı, bu esnada av tüfeğini de doğrultarak kapının açılmasını beklediği, Ömer'in kapıyı açması ve sanığı elindeki tüfeği kendisine yöneltmiş bir vaziyette görmesi ile birlikte kapıyı kapattığı sıra-

da, sanığın Ömer'i hedef alarak bir el ateş ettiği, açılan ateş sonucu, ahşap kapıyı delen saçma tanelerinin, o sırada kapının arkasında bulunan ve asıl hedef konumunda bulunmayan Ömer'in kardeşi mağdur Mukaddes'in sağ bacak diz üstü bölgesine isabet ederek, damar hasarı ile hayati tehlikeye sebebiyet verdiği, Ömer'in ise herhangi bir isabet almadığı somut olayda; sanığın mağdur Ömer'e karşı hareketinin hukuki anlamda tek bir fiil olduğu, bu fiille birden fazla suçun işlendiği ve bu nedenle 5237 sayılı Kanunun 44. maddesinde düzenlenmiş bulunan "farklı nev'iden fikri" içtimanın şartlarının oluştuğu anlaşıldığı halde, sanığa diğerine göre daha ağır olan "mağdur Ömer'i öldürmeye teşebbüsten" ceza verilmesi; mağdur Mukaddes'e karşı olan eyleminden ise "ayrıca karar verilmesine yer olmadığına" ilişkin hüküm kurulması yerine, yazılı biçimde suçların içtimaında yanılgıya düşülerek, "mağdur Ömer'i öldürmeye teşebbüsten" kurulan mahkumiyet hükmünün yanında, ayrıca "mağdur Mukaddes'i olası kastla yaralama" suçundan da hüküm kurulması, **1. CD'nin 29.04.2014 tarih ve 4663/2722 sayılı kararı.**

Sanığın hedefi konumundaki katılan Ahmet'e av tüfeği ile ateş ederken, onun çevresinde bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş ederek, katılanın yaklaşık 3-4 metre arkasında bulunan mağdureyi batın, göğüs ve kol bölgelerinden, yaşamsal tehlike geçirmeyecek nitelikte yaraladığı olayda, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü ile oluşan neticeye göre olası kastla yaralama suçundan cezalandırılması gerektiği halde, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm kurulması, **1. CD'nin 02.04.2014 tarih ve 5061/2118 sayılı kararı.**

Sanığın aynı işyerinde çalıştığı mağdur Hakkı ile aralarında iş meselesi yüzünden tartıştıkları, mağdurun sanığa tokat attığı, olay nedeniyle işyeri sahibinin sanığı işten çıkardığı, olay günü sanığın mağdurun kendisine vurması ve işten çıkarılmasına neden olduğu gerekçesiyle, mağdur Hakkı'ya silahla ateş ettiği ancak Hakkı'nın yanında bulunan kardeşi Hasan'ın sağ kolundan yaralandığı olayda; sanığın, mağdur Hakkı'dan başka çevrede bulunan kişi ya da kişilerin de isabet alıp yaralanabileceğini ya da ölebileceğini öngörmesine rağmen ateş ederek, mağdurun yanındaki Hasan'ın kolundan isabetle yaralanmasına neden olduğu olayda, sanığın olası kastla hareket ettiğinin kabulü gerektiği halde, suç vasfında yanılgıya düşülerek yazılı şekilde kasten silahla yaralama suçundan hüküm kurulması **1. CD'nin 30.01.2013 tarih ve 3462/717 sayılı kararı.**

Alt katta oturan sanığın, olay günü alkollü şekilde üst kattaki babasının evine geldiği, babasının, neden işten ayrıldığını sorması ile başlayan tartışmada, babasının sanığa tokat attığı, sanığın da babasına vurduğu, kardeşinin de yardımı ile babasının, sanığı evden dışarı çıkardığı, evinden aldığı tüfekle babasının evinin kapısını zorlamaya, tekmelemeye başladığı, namlunun ucunu kapıya yarım metre mesafede tutarak, kapının arkasında, açılmasın diye kapıya dayanan babasını vurma kastıyla iki el ateş ettiği, kapının arkasında bulunan annesi

olan mağdurun vurulduğu, karaciğerinden ve böbreğinden yaralanan mağdurun hayati tehlike geçirdiği uzuv tatili kapsamında böbreğinin alındığı olayda; Babasına ateş ederken annesini yaralayan sanık hakkında, 765 sayılı TCK'nın 448, 52, 51/1, 59 madde uygulanması yönündeki bozma kararı dikkate alındığında, 5237 sayılı Yasa'nın 30. maddesinde hedefte yanılma halinin kabul edilmediği, bu nedenle 5237 sayılı Yasa açısından eyleminin, babasına karşı kasten öldürmeye teşebbüs annesine karşı da olası kasıtla yaralama suçlarını oluşturduğu, 765 sayılı TCK'nın sanık lehine olduğu düşünülmeden yazılı şekilde karar verilmesi **1. CD'nin 16.11.2007 tarih ve 4163/8480 sayılı kararı.**

Uyarlamaya tabi kesinleşmiş kararda, sanık Ahmet'in, bacanağı olan mağdur Bülent'e tabancayla ateş edip yaraladığı, bu sırada olayı ayırmak için aralarına giren maktul Selçuk'a da kurşun isabet ederek ölümüne neden olduğu olayda; sanığın maktule karşı eylemi 5237 sayılı TCK. nun 81/1, 21/2, 62. Maddelerine, mağdur Bülent'e karşı eylemi ise aynı yasanın 81, 35, 29, 62. Maddelerine uyar nitelikte olduğundan, lehe yasa değerlendirmesinin buna göre yapılarak hüküm tesisi gerekirken, 5237 sayılı TCK.nun 81, 29, 62. Maddeleriyle hüküm kurulması, **1. CD'nin 24.11.2009 tarih ve 8343/7188 sayılı kararı.**

3) Müvekkili Adına Parayı Tahsil Edip, Müvekkiline Vermeyen Avukat

Müvekkili adına tahsil yetkisine sahip olduğu bir parayı, borçludan alarak müvekkiline vermeyen avukat hakkında suçun görevde yetkiyi kötüye kullanma, zimmet ya da güveni kötüye kullanma suçlarından hangisini oluşturacağı daireler arasında farklı içtihatlara konu olmuştur. Suçların cezaları ve cezaların sonuçları birbirinden oldukça farklıdır.

Balıkesir 2. Ağır Ceza Mahkemesinin 01/03/2011 tarih ve 2010/72 E, 2011/42 K sayılı kararındaki ".. sanık tarafından söz konusu icra dosyasında tahsil etmiş olduğu meblağın 4.000 TL' si haricindeki kısmının alacaklı olan müştekiye intikal ettirilmeyerek uhdesinde tutulduğu ve bu şekilde sanığın TCK'nun 257/1 maddesinde düzenlenen görevi kötüye kullanma suçunu işlediği…" şeklindeki gerekçe ile görevi kötüye kullanmak suçundan verilen mahkumiyet kararı, **4. CD., 14/01/2013, 18102/48 sayılı kararı ile onanmıştır.**

Suç tarihinde TSE Kurumu Hukuk Müşavirliği kadrosunda avukat olarak görev yapan sanığın, kurum adına yürüttüğü icra takiplerinde, 2000 ve 2001 yıllarında çeşitli dosyalardan tahsil ettiği paraları kurum veznesine ödememesi biçiminde iddia ve kabul olunan eyleminde; sanığın şahsına karşı duyulan güven ilişkisinden kaynaklanmayıp doğrudan görevin gereği olarak ve ahzu kabz yetkisine dayanılarak zilyetliğine devredilen (tevdi olunan) kuruma ait parayı mal edinmesi suretiyle eylemi gerçekleştirdiğinin anlaşılması ve 132 sayılı Türk Standartları Enstitüsü Kuruluş Kanununun 13.maddesinde "Türk Standartları Enstitüsü'nün malları Devlet malı sayılır. Bu mallar aleyhine cürüm işleyenlere bu cürümlerden dolayı Devlet memurları hakkında tatbik edilen ceza hükümleri uygulanır" hükmüne yer verilmiş olması karşısında zimmet suçunun oluştuğu göze-

tilmeden "söz konusu açığın iş yoğunluğu, gereken dikkati göstermemesi, muhasebe işlemlerinin iyi işlememesi nedeniyle meydana geldiği zimmet kastının bulunmadığı" biçimindeki kabul ile çelişen ve yasal olmayan yetersiz gerekçeye dayanılarak hizmet sebebiyle emniyeti kötüye kullanma suçundan 765 sayılı Yasanın 510.maddesi uyarınca hükümlülük kararı verilmesi, **4. CD'nin 05.06.2007 tarih ve 2869/5348 sayılı kararı.**

Antalya Barosu'na bağlı olarak avukatlık yapan sanığın müşteki F. Ç'ın vekilliğini üstlenerek H.Ü'den olan alacağını tahsil amacıyla Antalya 4. İcra Müdürlüğünün … sayılı dosyası üzerinden icra takibi başlattığı, takip devam ederken alacağı haricen tahsil ettiği, bu durumu müştekiye bildirmediği gibi bilgisi ve talimatı olmadan 02/01/2009 tarihinde alacaktan feragat edip çek aslını geri aldığı, tahsil ettiği 7.454,42 TL parayı müştekiye ödemeyerek mal edindiği şeklinde gerçekleştiği kabul edilen olayda eylemin zimmet suçunu oluşturduğu gözetilmeden dosya kapsamı ve oluşa uygun düşmeyen yanılgılı hukuki değerlendirmeler ile yazılı şekilde güveni kötüye kullanma suçundan mahkumiyet hükmü kurulması, **5. CD'nin 14/01/2014 tarih ve 12948/377 sayılı kararı.**

Avukat olan sanık S.Ç.'ın, katılan Selim'in Altındağ 4. Noterliğince düzenlenen ...2004 tarihli ve …804 yevmiye sayılı vekaletname ile vekilliğini üstlendiği, senet borçlularından haricen tahsilat yaptığı halde müvekkili katılana bilgi vermeyerek uhdesinde tuttuğu, katılanın daha sonra bu durumu öğrendiği ve sanıktan haricen tahsil edilen paraları geri ödemesini istediği, sanığın haricen tahsil ettiği paralara karşılık olarak katılana 15.07.2008 tarihli ve 75.000 Türk lirası bedelli senet vermesine rağmen bu senedi de ödemediği ve sanık hakkında Ankara 16. İcra Müdürlüğünün 2008/10107 sayılı dosyası üzerinden takip başlatıldığı olayda; sanığın, vekil sıfatıyla tahsil ettiği paraları katılana geri ödemeyerek üzerine atılı bulunan güveni kötüye kullanma suçunu işlediğine yönelik kabulde bir isabetsizlik görülmemiştir. **15. CD'nin 09.04.2013 tarih ve 23144/6466 sayılı kararı.**

İzmir barosuna kayıtlı avukat olan sanığın müşteki vekili sıfatıyla M…. Tavukçuluk şirketi aleyhine alacak miktarını iflas masasına kaydetmek üzere İstanbul 5. Ticaret Mahkemesi'nde açtığı davada 19/04/2004 tarihli dilekçesi ile müşteki vekilliğinden istifa ettiğini bildirdiği halde İstanbul 1.İflas Müdürlüğü'nün 2002/6 sayılı dosyasında kayıtlı bulunan müşteki alacağını tahsil etmek üzere Av. H.K'ı yetkilendirip 14/07/2005 tarihinde tahsil edilen 1.232,78 TL parayı müştekiye vermeyerek uhdesinde tuttuğu iddiası ile açılan davada; sanığın yüklenen suçu işlediği katılanın beyanı, sanığın tevil yollu ikrarı ve tüm dosya içeriğinden anlaşıldığından mahkumiyeti yerine[19] yerinde bulunmayan gerekçe ile beraatine karar verilmesi, **15 CD'nin 29.05.2013 tarih ve 25120/10034 sayılı kararı.**

4) Hastayı Görmeden Muayene edip İlaç Yazan Hekim

Hastasını görmeden, sağlık karnesi üzerinden ya da başkasının getirdiği karneye ilaç yazan hekim hakkında, eylemin

19 Güveni kötüye kullanma suçundan. C Otacı.

görevde yetkiyi kötüye kullanma ya da sahte evrak düzenleme suçlarından hangisi olacağına dair 11. Ceza Dairesi[20] ve 4. Ceza Daireleri arasında görüş farklılığı bulunmaktaydı. 4. Ceza Dairesi eylemi ilkin görevde yetkiyi kötüye kullanma şeklinde vasıflandırmış, daha sonra 11. Ceza Dairesinin görüşünü benimseyerek evrakta sahtecilik suçunun oluşacağına karar vermişti. Konu Ceza Genel Kuruluna gitmiş, Genel Kurul ise eylemin, bazı şartlara bağlı olarak görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu oluşturacağına karar vermiştir.

Doktor olarak ilk görev yerlerinde çalışmaya başlayan sanıkların, aralarında maddi bir ilişki bulunduğu her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delillerle ispatlanamayan eczane sahiplerinin gönderdiği ya da hasta yakınlarının bizzat getirdikleri sağlık karnelerine, hastaları görmeden, büyük bölümü konulan hastalık tanısıyla uyumlu ilaç yazma şeklindeki eylemlerinin, sosyal güvenlik kuruluşlarınca ödenen katkı payının doğması, bu şekilde eczane sahiplerine menfaat sağlanması ve kamu zararına da neden olunması hususları gözetildiğinde, görevi kötüye kullanma suçunu oluşturduğunun kabulünde zorunluluk bulunmaktadır. **CGK'nın 04.02.2014 tarih ve 11-1347/30 sayılı kararı.**

Hekimlerin hastalarıyla olan ilişkilerini düzenleyen 19.02.1960 tarih ve 10436 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Tıbbi Deontoloji Tüzüğü'nün 16. Maddesinin ''hekim, bir kimsenin sıhhi durumu hakkında, ilmî metodları tatbik suretiyle bizzat yaptığı muayene neticesinde edindiği vicdani ve fennî kanaata ve şahsi müşahadesine göre rapor verir. Hususi bir maksatla veya hatır için rapor veya herhangi bir vesika verilmez", Hekimlik Meslek Etiği Kuralları'nın 23. maddesine göre ise "Hekim, acil olgular gibi zorunlu durumlar dışında, hastasını bizzat muayene etmeden tedavisine başlayamaz" şeklindeki düzenlemelere rağmen doktor olan sanığın, görmediği ve bizzat muayene etmediği, tahlil ve tetkik yaptırmadığı H.B isimli hastanın sağlık karnesine ilaç yazmaktan ibaret eylemi ile görevde yetkiyi kötüye kullanma suçunu işlediği anlaşılmakla; 5237 sayılı TCY'nın 257. maddesinde düzenlendiği üzere eylemin, kişilerin mağduriyetlerine, kamu zararına yol açıp açmadığı ve kişilere haksız kazanç sağlayıp sağlamadığı tartışılıp açıklanarak sonucuna göre karar verilmesi gerekirken, reçete edilen Tarden isimli ilacın tıbbi gerekliliğine dayanılarak beraat kararı verilmesi, **4. CD'nin 01.11.2010 tarih ve 20682/18036 sayılı kararı.**

Sağlık ocağında hekim olan sanığın, hastayı görmeden görüp muayene etmiş gibi reçete düzenleme eyleminin, iddianamede sağlık karnesi sahibi S.K'ın reçetedeki ilaçları eczaneden teslim almadığının ileri sürülmesi nedeniyle 765 sayılı TCY.nın 339/1, 5237 sayılı TCY.nın 204/2.maddelerine uyan kamu görevlisinin (memurunun) resmi belgede sahteciliği suçunu oluşturabileceği ve kanıtların reçete bedelini Emekli Sandığı Genel Müdürlüğüne (SGK'na) fatura eden eczacı N.B hakkında açılan kamu davasına bakan Bakırköy 7.

20 11. Ceza Dairesi, 4. Ceza Dairesinden farklı olarak suçun bazı şartlarla sahtecilik olacağını yorumluyordu.

Ağır Ceza Mahkemesince birlikte tartışılıp değerlendirilmesi gerektiği gözetilmeden, yargılamaya devam edilerek hüküm kurulması, **4. CD'nin 07.10.2009 tarih ve 10261/15788 sayılı kararı.**

Kocaeli Cumhuriyet Başsavcılığının 29.12.2007 tarih ve 2007/648 esas sayılı iddianamesi ile hekim olan sanıklar hakkında; hastaları görmeden ve muayene etmeden kendilerine başkaları tarafından getirilen sağlık karnelerine reçete düzenleyip ilaçlar yazarak imzalayıp kaşeleyerek çeşitli eczanelerce kullanılmasına sebebiyet verdikleri" iddiasıyla açılan davada eylemlerinin kanıtlanması halinde 765 sayılı TCK.nun 340 maddesi aracılığıyla 339/1,-1.cümle ve 80, ya da daha sonra yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK.nun aynı suça uyan 204/2,43.maddelerinde tanımlanan resmi belgede sahtecilik suçlarını oluşturabileceği, davaya bakma görevinin ise üst dereceli Ağır Ceza Mahkemesine ait olacağı gözetilmeden görevsizlik kararı yerine duruşmaya devamla hüküm kurulması, **4.CD'nin 11.04.2011 tarih ve 3757/4751 sayılı kararı.**

5) Töre Saiki İle Öldürme

Töre saiki ile öldürme suçuna dair kararların seyri, daha ilginçtir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi 2005 yılında yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK ile ilk defa suç olarak tanımlanmış eylem hakkında 2005 ila 2008 yılları arasında suçu görmezden gelmiştir. 2008 ila 2011 yılları arasındaki kararlarda suç tipinin unsurları ile 2011 ila 2014 yılları arasında belirlenen unsurlar birbirinden farklıdır.

2008 ila 2011 yılları arasındaki uygulamaya göre özetle ; "töre eşittir namus, namusu temizlemek, kurtarmak adına işlenen her türlü öldürme eylemi ise töre saikiyle öldürme suçudur, bu suçta haksız tahrik olmaz" şeklinde bir anlayış benimsenmiştir. 2011 den sonraki kararlar ise törenin tek başına namus anlamına gelmediği, "belli bir davranışı gerçekleştirenin veya belli bir yaşam biçimini tercih edenlerin öldürülmesini gerektiren, kötü bir töre"yi ifade ettiği kabul edilmiştir. Suçun oluşabilmesi için failin, öldürme eylemini gerçekleştirirse toplum tarafından saygınlık ile ödüllendirileceği, gerçekleştirmediği takdirde ise kınanacağı düşüncesi ve bu eylemi saygınlık kazanmak ya da kınanmamak için işlemesi gerekir. Töre saikiyle öldürmeden 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 işlenmesi şarttır. Toplumdan kastedilenin ise tüm ülke olabileceği gibi köy, mahalle, geniş aile gibi küçük bir topluluk da olabilir.

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın kardeşi olan öldürülen Tülay'ın daha önce evli olduğu kocası Mehmet'i aldattığı yönünden çıkan yoğun dedikodular karşısında sanık ve ailesinin oturdukları köyü terk ederek başka yere göç ettikleri, olay tarihinden yaklaşık 1 ay önce de öldürülenin baba evinden ayrılarak Kozan ilçesinde yaşamaya başladığı, burada da başka erkeklerle ilişkide bulunduğuna dair dedi-

koduların duyulması üzerine sanığın olay günü öldürülenin yanına giderek kendisini eve götürmek istediği ancak öldürülenin bu isteği kabul etmediği, teklifinin kardeşi tarafından reddedilmesi üzerine sanığın, onu Adli Tıp raporunda belirtildiği şekilde bıçakla öldürdüğü olayda;

Sanığın öldürülenin yaşam tarzının ve hakkında çıkarılan dedikoduların namusunu ve şerefini eksilttiği düşüncesiyle ve töre saikiyle eylemini gerçekleşmesi karşısında, TCK.nun 82/1-d, k maddesi gereğince cezalandırılması gerekirken yazılı şekilde hüküm kurulması,

Öldürülen Tülay'ın olay tarihinde reşit olup yaşam tarzının sanığa yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi sanığın olaydan hemen sonra müdafii huzuruyla kolluk görevlilerine verdiği savunmasında, maktulenin kendisine yönelik haksız tahrik uygulamasını gerektirir herhangi bir söz ve davranışından bahsetmediği halde, hakkında tahrik hükümleri uygulanarak eksik ceza tayini **1. CD'nin 03.03.2009 tarih ve 6048/1039 sayılı kararı.**

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, olay günü annesi Yeter ile maktulü parkta birlikte gördüğü, öpüştüklerini düşünerek annesine tokat vurduğu, maktulü de konuşma bahanesiyle arabasına bindirip ıssız bir yere götürerek bıçaklamak suretiyle öldürdüğü olayda;

a) Sanığın annesinin, kendi yaşam ve davranışlarından dolayı oğluna karşı bir sorumluluğunun olmayıp sadece TMK'nun 185/2. maddesine göre, eşine karşı sadakat yükümlülüğünün bulunduğu, dolayısıyla maktulün, sanığın annesiyle rızası dahilinde arkadaşlık etmesinin, sanığa yönelik haksız bir eylem oluşturmadığı, sanığın eylemi, maktul Abdullah'ın, annesi Yeter ile görüşüp arkadaşlık etmesi nedeniyle, ailenin namus ve şerefini eksiltiği düşüncesiyle ve töre/namus saikiyle gerçekleştirdiği 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,

b) Sanığın annesi Yeter ile maktul Abdullah'ın yaşam tarzlarının sanığa yönelik haksız fiil oluşturmayacağı gibi maktulden gelen ve haksız tahrik oluşturan herhangi bir söz ve davranış bulunmadığı, töre saikiyle öldürme olayında haksız tahrik hükümlerinin sanık hakkında uygulanamayacağı düşünülmeden, tahrik hükümleri uygulanmak suretiyle eksik ceza tayini, **1. CD'nin 08.06.2009 tarih ve 248/ 3287 sayılı kararı.**

Sanık ile mağdurenin 09/08/2005 tarihinde sanığın Almanya'ya gitmesini sağlamak için evlendikleri, fakat aralarında fiili birleşme olmadığı, anlaşamadıklarından 15/09/2006 tarihinde boşandıkları ve boşanma kararının olay tarihinden bir gün önce 18/09/2006 tarihinde kesinleştiği, bu süreçte mağdurenin başka birisiyle nişanlandığı, olay günü sanığın, mağdurenin evinin bulunduğu yere gittiği, mağdurenin dışarı çıktığını görünce yanına yaklaşarak kendisini zorla araca bindirmek istediği, mağdurenin binmemek için direndiği, gerek bu duruma gerekse daha önce başka birisiyle nişanlanması olayı nedeniyle, sanığın bıçağını çekerek mağdureyi karın, gö-

ğüs, kol ve bacak bölgelerinden dört tanesi ayrı ayrı yaşamsal tehlikeye neden olacak şekilde toplam dokuz bıçak darbesiyle yaraladığı, çevrede bulunanların olaya müdahale etmesi üzerine kaçarak eylemine son verdiği olayda;

Sanığın boşandığı eşinin bir başkasıyla nişanlanmasının aile şerefini ve namusunu azalttığı düşüncesiyle eylemini gerçekleştirdiğinden, 5237 sayılı TCK.nun 82/1-k maddesi kapsamında Töre Saikiyle Öldürmeye Teşebbüs suçundan cezalandırılması yerine, suç vasfında yanılgıya düşülerek kasten insan öldürmeye teşebbüs suçundan yazılı şekilde hüküm kurulması, **1. CD'nin 09.06.2009 tarih ve 8741/3345 sayılı kararı**

Maktüller Cemile ve Mehmet'in nikahsız olarak birlikte yaşadıkları, 4 tane müşterek çocuklarının bulunduğu, sanık Ramazan'ın Cemile'nin kardeşi, sanıklar Ramazan, Metin ve maktül Mehmet'in de amca çocukları oldukları, olaydan önce Cemile'nin fuhuş yapan kadınların evine girip çıktığı, onun da fuhuş yaptığı yönünde dedikoduların duyulması üzerine sanıkların maktülleri uyardıkları, sonrada maktüleyi köydeki evine götürdükleri, bir süre köyde kalan maktülenin düzenli hayat yaşayacağı yönünde ailesine söz vermesi üzerine, tekrar Mehmet'in evine dönmesine izin verdikleri, bundan sonra da Cemile'nin fuhuş yaptığı yönündeki dedikoduların sürmesi nedeniyle olay günü, maktüllerin evine gece saat 02.00 sıralarında gelen Ramazan ve Metin'in maktullerle sohbet ettikleri sırada, dedikodulardan bahsederek ikaz ettikleri, Cemile ve Mehmet'in de karşı çıkarak ''siz karışamazsınız'' dedikleri, bunun üzerine Ramazan'ın üzerinde taşıdığı tabancayı çıkartarak Mehmet'e birden fazla ateş ettiği, bu sırada Metin'in de Ramazan'ın elindeki tabancayı alarak birden fazla sayıda Cemile'ye ateş ederek maktülleri yaraladıkları, sanıkların olay yerinden birlikte kaçtıkları, Cemile'nin olay yerinde, Mehmet'in ise tedavi gördüğü hastanede vefat ettiği olayda;

Her ne kadar sanıklar hakkında "töre saikiyle öldürme" suçundan hüküm kurulmuş ise de;

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 biçimle-

rinden 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 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 fillerinin "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,

Bu açıklamalar ışığında, somut olayda;

Sanıklar Ramazan ve Metin'in, Cemile hakkında çıkan dedikodular nedeniyle, Cemile ve Mehmet'i ikaz etmelerine rağmen Cemile'nin kendilerinin dayattığı yaşam biçimine uymadığı için «toplumda bu şekilde davrananların öldürülmesi gerektiği yönünde herhangi bir beklenti bulunmadığı halde», sırf kendi sübjektif değerlendirmelerine dayalı olarak maktulleri öldürmelerinin, töre saikiyle öldürme biçiminde nitelendirilmesinin mümkün olmayacağı gibi, başkasıyla resmi nikahlı evli olan Mehmet'le 15 sene önce gayri resmi olarak birlikte yaşamaya başlayan ve reşit

olan Cemile'ye kendi tercih ettikleri yaşam biçimini dayatma hakkı bulunmayan sanıkların bu yöndeki davranışlarına karşı, Mehmet ve Cemile'den «siz karışamazsınız" şeklinde gelen tepkinin de sanıklar açısından "haksız tahriki oluşturmayacağı" cihetle,

Sanık Ramazan hakkında tahriksiz kasten kardeşini öldürme ve tahriksiz kasten öldürme ile sanık Metin hakkında maktüllere karşı ayrı ayrı tahriksiz kasten öldürme yerine, suçların nitelendirilmesinde yanılgıya düşülerek yazılı şekilde "töre saikiyle öldürme" suçlarından hüküm kurulması,

1. CD'nin 22/01/2014 tarih ve 2789/184 sayılı kararı

Sanığın Soney'in ağabeyi olduğu, Soney'in Zekeriya ile evlenmek istediğini ailesine açıkladığı, ailelerin bir araya gelerek çocuklarının evlenme isteklerini konuştukları, Soney'in ailesinin dinlerinin farklı olduğunu dile getirerek kendi dini ritüelleri doğrultusunda düğün merasimi yapılması gerekliliğini öne sürdüğü, ailelerin anlaşamaması üzerine Soney ve Zekeriya'nın kaçarak gizlice resmi nikah yapmak suretiyle evlendikleri, kısa bir süre sonra evlerine döndükleri, sanığın olayları konuşmak için Soney ve Zekeriya ile buluşmak istemesi üzerine olay günü akşam yemeğinde buluştukları, yemek sonrası Zekeriya'nın kullanımında olan arabada, Soney'in ön yolcu koltuğunda, sanığın arka koltukta otururak konuşmaya devam ettikleri, bu sırada sanığın tabanca ile Soney ve Zekeriya'yı başlarından vurarak öldürdüğü olayda,

Her ne kadar sanık hakkında "töre saikiyle öldürme" suçundan hüküm kurulmuş ise de;

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 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 eyle-

mi 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 subjektif namus anlayışından, kıskançlıktan, cinsel arzu ve isteklere karşılık alamamaktan, kınanmaktan, hoşlanmamaktan, tasvip etmemekten, söz geçirememekten kaynaklanan öldürme fiillerinin "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,

Bu açıklamalar ışığında, somut olayda;

Sanığın, kız kardeşi Soney ile Zekeriya'nın kaçmalarına ve kendi istediği biçimde evlenme töreni yapmamalarına kızarak; onların öldürülmesi yönünde toplumsal bir beklenti veya baskı bulunmamasına rağmen, sırf kendi subjektif değer yargılarıyla karar vermek suretiyle onları öldürdüğü olayda, töre saikiyle insan öldürme suçunun unsurlarının oluşmadığı halde, sanık hakkında haksız tahrik bulunmaksızın Zekeriya'yı kasten öldürme suçundan TCK.nun 81, Soney'i kasten öldürme suçundan ise 82/1-d maddeleri gereğince hüküm kurulması yerine, suç vasfında yanılgıya düşülerek, her iki maktule karşı eylemi nedeniyle yazılı şekilde "töre saikiyle öldürme suçundan TCK.nun 82/1-k ve 82/1-d-k madde/fıkra ve bentleri uyarınca hüküm kurulmuş olması, **1. CD'nin 07.10.2013 tarih ve 2120/5542 sayılı kararı.**

6) Çökme Kırığı Oluşturma Eyleminin Yaralama/Öldürmeye Teşebbüs Suçlarını Oluşturması

Öldürmeye teşebbüs, temelde sanığın kastı ile ilgilidir. Kastın belirlenmesinde ise en objektif ölçüt, failin dış dünyaya yansıyan hareketi, aldığı neticedir. Yargıtay 1. Ceza Dairesi, genel olarak kafada

çökme kırığı oluşturan eylemlerde, kullanılan alet, öldürmeyi gerektirir husumet, engel neden gibi yardımcı kriterleri de kullanarak çökme kırığının 12 cm2 ve daha büyük olduğu durumlarda eylemi öldürmeye teşebbüs olarak kabul etmektedir. Yaralama suçlarına bakan 3. Ceza Dairesi ise bazı kararlarında bu tür eylemleri yaralama olarak vasıflandırmaktadır.

Sanıkların taş ve sopalarla gerçekleştirdikleri eylem sonucunda mağdurun hayati tehlikeye maruz kalacak, organlardan birinin işlevinin sürekli zayıflamasına neden olacak ve kafadaki çökme kırığı nedeniyle hayat fonksiyonlarına etkisi ağır (4) derece olacak şekilde yaralanması karşısında sanıkların eylemlerinde TCK›nin 87. maddesi kapsamında birden fazla nitelikli halin bulunması sebebiyle sanıklar hakkında temel cezanın tespitinde alt sınırdan uzaklaşılması gerekirken alt sınırdan cezaya hükmedilerek eksik ceza tayini, (NOT: İdil Asliye Ceza Mahkemesinin 23.12.2011 tarih ve 2009/278 esas 2011/360 karar sayılı gerekçesinde Cizre Devlet Hastanesince verilen sağlık raporunda olay anı itibariyle hayati tehlikesi bulunmasına rağmen rapor tarihi itibariyle hayati tehlikesinin bulunmadığı, sağ temporal bölgede yaklaşık 3x4 cm ebatlarında kramiektomi defekti mevcut olduğunun tespit olunduğu) **3. CD'nin 27.01.2014 tarih ve 14612/2680 sayılı kararı.**

Mağdur ile tanıklar Ruzona ve Hüseyin'in aşamalardaki tutarlı anlatımlarına ve mağdurun başında tanımlanan 7 adet kesi ve 3x3 cm'lik alanda çökme kırığı yaralanmasının niteliklerine göre; yaralanmanın TCK›nin 6/1.f maddesinde belirtilen elverişlilik' ölçütüne uygun 'kesici-delici-bereleyici' özelliği bulunan muşta ile gerçekleştirildiğinin anlaşılması karşısında, TCK›nin 86/1, 3.e, 87/1.d-son maddeleri uyarınca sanığa hükmedilecek cezanın alt haddinin 5 yıldan az olamayacağının gözetilmemesi, aleyhe temyiz olmadığından bozma nedeni yapılmamıştır. **3. CD'nin 03.06.2013 tarih ve 23659/22923 sayılı kararı**

Sanığın mağdur'un başına demir çubukla vurup, sol parietalde çökme kırığına, 4x3 cm kraniektomiye, beyin lezyonuna hayati tehlike geçirmesine ve iyileşme olanağı bulunmayan hastalığa tutulmasına neden olduğu olayda, teşebbüs nedeniyle 9 yıldan 15 yıla kadar hapis cezası öngören TCK'nun 35. maddesi ile yapılan uygulama sırasında, meydana gelen zarar ve tehlikenin ağırlığı dikkate alınarak, üst sınıra yakın ceza verilmesi yerine, 12 yıl hapis cezasına hükmolunarak eksik ceza tayini, **1. CD'nin 12.06.2013 tarih ve 1891/4377 sayılı kararı.**

Mağdura ait Adli Tıp İhtisas 3.Kurulu raporuna göre, mağdurdaki çökme kırığının 2x1,5 cm boyutunda olup uzuv zaafı-uzuv tatili niteliğinde olmadığı, öldürmeyi gerektirecek husumet bulunmadığı,eylemi kendiliğinden sona erdirmesi ve dosya içeriğindeki delilleri birlikte değerlendirerek suç vasfını yaralama olarak belirleyen mahkemenin kararında bir isabetsizlik görülmediğinden tebliğnamenin bu yöne ilişen bozma düşüncesine iştirak edilmemiştir. **1. CD'nin 07.10.2009 tarih ve 5822/5710 sayılı kararı.**

Sanık Kemal'in mağdur İsmail'i darp etmesi sonucu, mağdurun "baş sağ parietal bölgede açık çökme kırığı ve kraniektomiye" neden olacak şekilde yaraladığı

olayda; darbenin hayati bölgeye doğrudan yöneltilerek yapılması dikkate alındığında, sanık Kemal'in öldürme kastı ile hareket ettiğinin kabulü ile öldürmeye teşebbüs suçundan hüküm tesisi gerekirken yazılı şekilde suç vasfının belirlenmesinde hata edilmesi **1. CD'nin 24.02.2009 tarih ve 9541/873 sayılı kararı.**

7) Hükmün Açıklanmasının Geri Bırakılmasında Zamanaşımının Başlangıcı

CMK'nın 231. maddesinde düzenlenen hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verilince, aynı maddenin sekizinci fıkrasına göre denetim süresi içinde zamanaşımı duracaktır. Kanun, denetim süresi içinde zamanaşımının duracağını düzenlemekle birlikte zamanaşımın durma ve başlama koşullarını/sürelerini açıklamamıştır. Dairelerin ise bu zamanaşımın ne zamana kadar duracağı ve ne zaman başlayacağına ilişkin birbirinden farklı kararları vardır.

5271 sayılı Yasanın 231. maddesinin 8. fıkrasında, hükmün açıklanmasının geri bırakılması halinde, denetim süresi içinde dava zamanaşımının duracağı ve maddenin 11. fıkrasında, denetim süresi içinde kasten yeni suç işlenmesi halinde mahkemece hükmün açıklanacağı düzenlenmiş olup, duran zamanaşımının, denetim süresi içinde işlenen suçtan dolayı verilen hükümlülük kararının kesinleşmesi koşuluyla suçun işlendiği tarihte yeniden işlemeye başlayacağı kabul edilerek … **2. CD'nin 17.03.2014 tarih ve 9854/7042 sayılı kararı.**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği 20.11.2008 tarihi ile denetim süresi içinde işlenen ikinci suç tarihi olan, 18.9.2009 tarihi arasında zamanaşımı süresinin CMK'nin 231/8. maddesine göre durduğu ve bu süre dikkate alındığında zamamaşımı süresinin dolmadığı anlaşılmakla… **3. CD'nin 21.05.2012 tarih ve 8214/20637 sayılı kararı.**

17.06.2003 suç tarihinden mahkumiyet hükmü olarak hükmün açıklanmasının geri bırakıldığı 19.02.2009 tarihine kadar 5 yıl 8 ay 2 günlük sürenin geçtiği, itiraz edilmeyerek kesinleşen hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararı üzerine zamanaşımının durduğu, temyize konu hükme ilişkin şartları oluşan yeniden yargılama nedeniyle 04.01.2011 tarihinde düzenlenen tensiple durma süresinin sona erdiği ve yeniden başlayan zamanaşımı süresinin 7 yıl 6 aylık düşme süresine ulaştığı anlaşılarak … **3. CD'nin 20.05.2013 tarih ve 7074/20606 sayılı kararı.**

30/07/2008 tarihinde sanık hakkında hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına karar verildiği, kararın itiraz üzerine 15/10/2008 tarihinde kesinleştiği, Kayseri Denetimli Serbestlik ve Yardım Merkezi Şube Müdürlüğü'nün 29/12/2008 tarihli yazısı ile "sanığın belirlenen yükümlülüğe uyması gönderilen davete uymadığını" bildirmesi üzerine, mahkemece 08/01/2009 tarihinde davanın tekrar ele alınarak sanık hakkında 26/02/2010 tarihli ek karar ile 30/07/2008 tarihinde verilmiş olan hükmün açıklanmasına karar verildiği anlaşılmakla, 15/10/2008 tarihinde durmuş olan zamanaşımının 08.01.2009 tarihinde yeniden işlemeye başladığı belirlenerek yapılan incelemede …. **3. CD'nin 15.03.2012 tarih ve 9168/19464 sayılı kararı.**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği 14.06.2006 tarihinden, deneme süresinde işlenen

suçtan dolayı verilen cezanın kesinleştiği 13.03.2009 tarihine kadar zamanaşımı süresinin durduğu ve inceleme tarihi itibariyle zamanaşımı süresinin dolmadığı anlaşılarak **4. CD 05.06.2012 tarih ve 8021/13441 sayılı kararı.**

Dava zamanaşımının hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının kesinleştiği 15.09.2006 tarihi itibariyle durduğu, sanığın denetim süresi içerisinde işlediği kasıtlı suç nedeniyle yeniden işlemeye başlayarak suç tarihinden hüküm tarihine kadar gerçekleştiği anlaşılmış… **8. CD'nin 31.10.2012 tarih ve 20879/32191 sayılı kararı.**

5271 sayılı Yasanın 231/8-c maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair verilen kararın kesinleştiği 10.06.2010 ile hükmün açıklandığı 11.06.2012 tarihleri arasında zamanaşımının işlemeyeceği cihetle; suç tarihinden temyiz inceleme tarihine kadar sanık lehine olan 765 sayılı TCK'nun 102/4, 104/2. maddelerinde düzenlenen zamanaşımı süresinin dolmadığı **11. CD'nin 20.03.2014 tarih ve 21673/5267 sayılı kararı.**

Sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair 26.01.2011 tarihli kararın kesinleşme tarihi olan 03.03.2011 tarihinden itibaren, Dairemizin 2011/13322 Esas -2012/10996 Karar sayılı bozma kararı üzerine Torbalı Asliye Ceza Mahkemesi'nce tensip zaptı ile yargılamanın yeniden başladığı, 27.08.2012 tarihine kadar CMK'nın 231/8. maddesi gereğince dava zamanaşımının durduğu … **12. CD'nin 02.04.2014 tarih ve 23092/8075 sayılı kararı.**

Sanık hakkındaki hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair 14.10.2009 tarihli kararın kesinleşme tarihi olan 21.12.2009 tarihinden itibaren denetim süresi içinde verilen mahkumiyet kararına konu ikinci suçun işlendiği 05.11.2010 tarihine kadar CMK'nın 231/8. maddesi gereğince dava zamanaşımının durduğu … **12. CD'nin 25.03.2014 tarih ve 1577/7323 sayılı kararı.**

Zamanaşımı süresinin 5271 sayılı CMK'nın 231/8 maddesi uyarınca denetim süresi içerisinde durduğu, hükmün açıklanması ile durma sebebinin kalktığı ve zamanaşımı süresinin kaldığı yerden işlemeye devam ettiği, suç tarihi ile inceleme tarihi arasında lehe olan 765 sayılı TCK'nın 102/4, 104/2 maddesinde öngörülen olağanüstü zamanaşımı süresinin henüz dolmadığı anlaşılmakla tebliğnamede dava zamanaşımının gerçekleştiğinden bahisle düşme kararı verilmesini öneren görüşe iştirak edilmemiştir. **12. CD'nin 23.01.2013 tarih ve 32868/1988 sayılı kararı.**

Hükmün açıklanmasının geri bırakılması kararının verildiği 05.10.2006 ila deneme süresi içinde işlenen ikinci suçtan verilen mahkumiyet kararının kesinleştiği 20.05.2010 tarihleri arasında dava zamanaşımının durduğu gözetilerek; suça sürüklenen çocuğun eylemine uyan 5237 sayılı TCK'nın 141/1, 31/2. maddelerine uyan suçun gerektirdiği cezanın türü ve üst sınırına göre; aynı Yasanın 66/1-e, 66/2, 67/4. maddelerinde öngörülen (durma süresi hariç) 6 yıllık uzatılmış dava zamanaşımı süresinin, suç tarihi olan 12.06.2003 ile inceleme tarihi arasında geçmiş bulunması, **13. CD'nin 12.02.2013 tarih ve 25224/2562 sayılı kararı.**

Sanığa isnat olunan suçun kanun maddesinde öngörülen cezasının üst sınırına nazaran 765 sayılı TCK.nın 102/4 ve 104/2. maddelerinde belirlenen 7 yıl 6 aylık asli ve ilave zamanaşımına tâbi olduğu, suç tarihi olan 10.05.2004'den itibaren işlemeye başlayan dava zamanaşımı süresinin, CMK.nın 231/8. maddesi uyarınca hükmün açıklanmasının geri bırakılmasına dair kararın verildiği 29.07.2008 tarihinde durduğu, ancak hükmün açıklanmasıyla birlikte yeniden işlemeye başladığı ve inceleme gününe kadar bu sürenin gerçekleştiği.. **14. CD'nin 27.04.2012 tarih ve 3458/4868 sayılı kararı.**

Sanık hakkında Şanlıurfa 3. Ağır Ceza Mahkemesinin 17.12.2009 tarih ve 2008/58 esas, 2009/189 sayılı kararıyla kamuya verdiği zararın bir defeda tamamen giderilmesi koşuluyla hükmün açıklanmasının geri bırakılamına karar verildiği, bu kararın 09.03.2010 tarihi itibariyle kesinleştiği ve denetim süresinin başladığı, sanığa yapılan tebligata rağmen 24.10.2010 tarihine kadar yükümlüğüğü yerine getirmediği, 5271 sayılı CMK'nın 231/8-son maddesi uyarınca kesilen zamanaşımının dosyanın yeniden ele alındığı 18.02.2011 tarihi itibariyle yeniden işlemeye başladığı anlaşılmış olup; **15. CD'nin 22.01.2013 tarih ve 15270/951 sayılı kararı.**

8) Evlilik Dışı Doğan Bebeği Öldürme

Aşağıda yer alan dört karara konu olayların ortak özelliği, anne sanığın, gayrı meşru ilişki sonucu olan bebeğini öldürmesidir. Şüphesiz ki öldürme şekilleri bire bir aynı değildir. Ancak ortak noktaları olan olaylarda dört ayrı sonuca ulaşılmıştır.

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanıklar Recep ve Elif'in nişanlı iken ilişkiye girmeleri nedeniyle Elif'in hamile kaldığı, evlendikten 3 ay sonra doğum vaktinin geldiği, ancak bu durumun çevrelerinde hoş karşılanmayacağını düşünen sanıklar Recep, Elif ve Elif'in annesi sanık Fatma'nın, bir şekilde bebekten kurtulmak istedikleri, bu nedenle olay günü doğum için hastaneye giderken hiçbir bebe kıyafeti götürmedikleri gibi doğum sonrası sağlık görevlilerinin uyarısına rağmen sanık Elif'in bebeği beslemediği, bebek ve annesinin sağlıklı olmaları nedeniyle aynı gün hastaneden taburcu edildikleri, önce bindikleri ticari takside bebeği terk ettikleri, ancak taksi şoförünün uyarısı üzerine sanık Recep'in bebeği aldığı, Elif ve Fatma'nın ise bebekle ilgilenmeden eve çıktıkları, Recep'in şehir dışında ıssız bir yerdeki kullanılmayan tuğla fabrikasına giderek, bebeği ağzı ve yüzü battaniye ile sarılı bir şekilde bahçe duvarı kenarına bırakıp üzerine tuğla parçaları koyarak diğer sanıkların yanına döndüğü, sanıkların çevrelerine Elif'in doğum yaptığını söylemeyerek gizledikleri, 30.10.2006 tarihinde doğan bebeğin 28.11.2006 tarihinde hayvan otlatan tanık İsmail tarafından ölü olarak bulunduğu, Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun raporuna göre bebeğin "destekten yoksun olarak soğuk ortama terk edilmesine bağlı beslenememe ve ısı kaybı sonucu öldüğü" olayda;

Sanıkların eylem ve irade birliği içinde alt soylarından olan yeni doğmuş bebeği öldürme suçunu işledikleri anlaşılmakla, TCK.nun 82/1-d-e, maddeleri yerine, sanık Recep'in TCK.nun 83/3,21/2,62; sanıklar Elif ve Fatma'nın TCK'nun 97/2, 86/3-a,

87/4,21/2,62. maddeleri uyarınca cezalandırılmaları suretiyle eksik ceza tayini, **1. CD'nin 11/05/2010 tarih ve 7098/3459 sayılı kararı.**

Suç tarihinde bekar olan sanığın, babası belli olmayacak şekilde çocuk edindiği, yaşadığı sosyal çevre itibariyle hakkında yaşam tarzı ile ilgili çıkarılabilecek dedikoduların kendisinin ve ailesinin namusunu ve şerefini eksiltilebileceği inancıyla, töre saikiyle eylemini gerçekleşmesi karşısında, hakkında 5237 sayılı TCK.nun 82/1-d, e. maddesi yanında 82/1-k maddesinin de uygulanması gerektiğinin düşünülmemesi yasaya aykırı ise de; bu husus yeniden yargılamayı gerektirmediğinden hüküm fıkrasında 5237 sayılı TCK.nun 82/1.maddesinin (d), (e) bendinin yanına aynı kanun maddesinin (k) bendinin de eklenmesine**, 1. CD., 09.12.2010, 4759/7914 (Not : Olayda, sanık yeni doğan bebeğin boğazını sıkarak öldürüp gömmüştür.)**

Oluşa, dosya içeriğine ve gösterilen gerekçeye göre; gayrı meşru ilişki sonucu başkasından hamile kalan sanığın, olay gecesi evinde doğurduğu bebeğini emzirip beze sardıktan sonra ailesinin bu durumu öğrenmemesi maksadıyla evinin yakınındaki boş bir arsaya bıraktığı, Adli Tıp Kurumu 1. İhtisas Kurulu'nun 27.01.2010 tarih ve 328 karar sayılı raporunda otopside belirtilen bulguların ölümden önce mi veya sonra mı oluştuğunun çürüme nedeniyle ayırt edilemediği ve ileri derecede çürüme nedeniyle ölüm sebebinin tespit edilemediğinin belirtildiği olayda, sanığın eyleminin ihmal suretiyle öldürme suçunu oluşturduğunu kabul eden mahkemenin takdirinde isabetsizlik görülmediğinden, 5237 sayılı TCK.nun 82/1-d,e,k maddesi kapsamında yeni doğmuş bebeği töre saikiyle öldürme suçundan hüküm kurulması gerektiği yönüyle bozma isteyen tebliğnamedeki düşünce benimsenmemiştir. **1. CD'nin 07/05/2012 tarih ve 4322/3639 sayılı kararı.**

Oluşa ve dosya içeriğine göre; sanığın, gayri resmi olarak başkası ile evliyken eşinden ayrılarak anne ve babası ile birlikte yaşamaya başladığı, başka bir şahısla evlilik dışı girdiği ilişki sonucu hamile kaldığı, hamileliğini anne ve babasından sakladığı, olay günü sabah saatlerinde doğum sancısı başlayınca banyayoya tek başına giderek ayaktayken burada doğum yaptığı, yeni doğan bebeği bir çarşafa sararak salondaki çamaşır makinasının arkasına bıraktığı, kanamasının devam etmesi üzerine annesine rahatsızlandığını söylerek kendisini hastaneye götürmesini istediği, hastaneye gidince yeni doğum yaptığının anlaşıldığı, olayın polise bildirilmesi üzerine sanığın, bebeği ikamet ettiği evde çamaşır makinasının arkasına bıraktığını söylediği, yapılan aramada yeni doğan bebeğin sanığın söylediği yerde çarşafa sarılı şekilde ölü olarak bulunduğu, İstanbul Adli Tıp Morg İhtisas Dairesi ve Adli Tıp 1. İhtisas Kurulunun raporlarına göre canlı doğduğu anlaşılan bebeğin ölüm nedeninin kesin olarak belirlenemediği olayda; sanığın öldürme kastının kesin olarak saptanamadığı, koruma ve gözetim yükümlülüğünü ihlal ederek yeni doğan bebeği çarşafa sarmak suretiyle çamaşır makinesinin arkasına bırakarak terk etmesi sonucu ölümün meydana geldiği, eyleminin TCK.nun 97/2. maddesi yollamasıyla 87/4. maddesine uyan suçu

oluşturduğu anlaşıldığı halde, TCK.nun 87/4, 62 ve 53 maddeleri uyarınca cezalandırılmasına karar verilmesi gerekirken, suç niteliğinde hataya düşülerek yazılı şekilde hüküm kurulmak suretiyle fazla ceza tayin edilmesi, **1. CD'nin 16.05.2012 tarih ve 3334/4002 sayılı kararı.**

9) Sanık Müdafiine Son Sözün Sorulması

Sanığın hazır olmadığı karar duruşmasında, sanığı temsil eden müdafiine son sözün sorulması gerekip gerekmediğine ilişkin Ceza Genel Kurulunda birbirine zıt iki karar verilmiştir.

CMK'nda "son söz" hakkının sanık müdafiine verileceğine ilişkin bir düzenleme bulunmaması kanun koyucunun bilinçli bir tercihidir. CMK'nun 216. maddesinin birinci fıkrasında delillerin tartışılmasında 1412 sayılı Kanundan farklı biçimde sanıktan bağımsız olarak ayrıca sanık müdafiine de söz hakkı verilmesini kabul eden kanun koyucu son söz hakkına ilişkin üçüncü fıkrada benzer bir düzenleme yapmamıştır. Ayrıca CMK'nun 226/4. maddesinde ek savunma hakkına ilişkin olarak müdafiin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanacağını kabul eden kanun koyucu, son söz hakkına ilişkin benzer düzenleme yapabilecekken, böyle bir hükme yer vermemek suretiyle, son söz hakkının sanığa ait bir hak olduğunu göstermiştir. Ek savunmaya ilişkin hükmün kıyas yolu ile son söz için de uygulanabileceği düşünülebilir ise de; son söz hakkının niteliği gereği bu mümkün değildir. **CGK., 08.10.2013, 3-1391/407 , CGK., 22.01.2013, 3-1469/19.**

5271 sayılı CYY'nin 226/4. maddesinde ek savunma hakkının verilmesi konusunda, müdafiin sanığa tanınan haklardan onun gibi yararlanmasına ilişkin getirilen kuralın, olayımızda da kıyasen uygulanma olanağı bulunmaktadır. Bunun sonucu olarak da CYY'nin 216/3. maddesi uyarınca sanığın oturumda hazır bulunmaması halinde hükümden önce son sözün, hazır bulunan müdafie verilmesi zorunludur. Savunma hakkı ile yakından ilgili bulunan bu zorunluluğa uyulmaması yasaya mutlak aykırılık oluşturmaktadır. Ceza yargılamasında sanığın en önemli hakkı savunma hakkı olup, bu hak hiçbir şekilde kısıtlanamaz.

Bu itibarla, sanığın hazır bulunmadığı son oturumda C.Savcısının beyanının tespitinden sonra hazır bulunan sanık müdafiine son sözün verilmemesi savunma hakkının kısıtlanması niteliğinde olup, yerel mahkeme direnme hükmünün diğer yönleri incelenmeksizin, belirtilen usul yanılgısı nedeniyle bozulmasına karar verilmelidir. **CGK' nın 17.02.2009 tarih ve 1/172-26.**

10) Savunma Almadan Beraat Kararı Verilmesi

Sanık hakkında toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerekirse, sorgusu yapılmadan davanın bitirilebileceğine dair CMK'nın 193/2 maddesinin açıklığına, Ceza Genel Kurulunun kararına rağmen daireler, kanunu mülga CMUK 223/son daki düzenleme gibi yorumlamaya devam etmektedir. Burada daha ilginç olan, dairelerin kararlarında CGK'nun aşağıda yer alana kararlarını değil, CMUK 223/son maddesi nedeniyle yazılmış eski kararları referans almalarıdır.

5271 sayılı Ceza Yargılaması Yasasının, "Sanığın duruşmada hazır bulunması" başlığını taşıyan 193. maddesine, 01.06.2005 günlü Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5353 sayılı Yasa ile eklenen 2. fıkrasının konuluş amacı gerekçesinde, "Sanık hakkında, toplanan delillere göre mahkûmiyet dışında bir karar verilmesi gerektiği kanısına varılırsa, sorgusu yapılmamış olsa dahi dava gıyabında bitirilebilir. Böylece sanığın lehine bir düzenleme getirilmiş ve gereksiz yere davanın uzaması önlenmek istenmiştir" şeklinde açıklanmış olup, maddenin değişiklik gerekçesinde de belirtildiği üzere, sanık hakkında, mahkûmiyet dışında bir karar verileceği hallerde, davanın gereksiz yere uzamaması için sorgusu yapılmadan da davanın bitirilmesi olanaklı hale gelmiştir. 1412 sayılı CYUY'un 223/son maddesi hükmü ile anılan fıkra benzerlik arzetmekte ise de, anılan fıkra, 1412 sayılı CYUY'nun 223/son fıkrası döneminde şekillenen ve fıkranın uygulanma koşullarını derhal beraat kararı ile sınırlayan görüşler doğrultusunda değil, yasa koyucunun gerekçede belirttiği amacı da nazara alınarak daha geniş yorumlanmalı, anılan hükmün mahkûmiyet hükmü dışındaki hükümler yönünden yüz yüze yargılama ilkesinin bir istisnası olduğu kabul edilmelidir.

… Sanık hakkında, mahkûmiyet dışında bir karar verildiği nazara alındığında, sorgusu yapılmadan duruşmanın bitirilmesi de 5271 sayılı CYY'nin 193/2. maddesine uygun olup, bir isabetsizlik bulunmamaktadır. **CGK'nın 20.10.2009 tarih ve 11-89/243 sayılı kararı.**

Toplanan kanıtlara göre unsurları itibariyle oluşmadığı ilk bakışta ve açıkça anlaşılan suçtan ötürü beraat kararı verilebilmesi için sanığın sorgusunun yapılmasına ihtiyaç bulunmadığından, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığı itirazının reddi gerekmektedir. **CGK'nın 27.11.2007 tarih ve 7/248-251 sayılı kararı.**

Fiilin suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanığın sorgusu yapılıp savunması saptanmadan beraat kararı verilemeyeceği gözetilmeden, 5271 sayılı CYY.nın 193/son maddesine yanlış anlam verilerek anılan Yasanın 191 ve 147.maddeleri gereğince sanığın sorgusu yapılmadan yazılı şekilde hüküm kurulması, **2. CD'nin 17.02.2014 tarih ve 15832/3957 sayılı kararı.**

Derhal beraat kararı verilmesi gereken hal dışında, delillerin takdir ve tartışılması zorunlu olduğundan, sanığın sorgusu yapılıp savunması alınmadan hüküm kurulması suretiyle 5271 sayılı CMK'nın 191/3 ve 147. maddelerine aykırı davranılması, **6. CD'nin 07.05.2014 tarih ve 15885/9474 sayılı kararı.**

Fiilin ilk bakışta suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanıkların savunmaları saptanmadan beraat kararı verilemeyeceği, Yargıtay Ceza Genel Kurulunun ve Özel Dairelerin uyum gösteren kararlarının da bu yönde olduğu gözetilmeden, CMK. nun 147.maddeleri uyarınca sanıklar S.Ş ve E.M'nun sorgusu yapılmadan delil takdirine girilmek suretiyle yazılı şekilde beraatlerine karar verilmesi, **7. CD'nin 04.06.2014 tarih ve 9093/11092 sayılı kararı.**

CMK.nun 193/2. maddesi uyarınca fiilin suç oluşturmaması veya suçun yasal unsurlarının gerçekleşmemesi nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, sanığın ifadesinin sonuca etkili olduğu, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanığın sorgusu yapılıp savunması saptanmadan beraat kararı verilemeyeceği gözetilmeksizin, usulüne uygun biçimde savunması alınmadan ve delil değerlendirmesi de yapılarak yazılı şekilde beraat kararı verilmesi, **8. CD'nin 20.03.2014 tarih ve 16768/7127 sayılı kararı.**

Ceza Yargılama Yasasında mahkemeye gelmemiş sanık hakkında duruşma yapılamayacağına ilişkin temel kuralın istisnalarından biri olarak öngörülen 5271 sayılı CMK'nın 193/2. maddesinin "ilk bakışta eylemin suç oluşturmayacağı ve derhal beraat kararı verilebilecek» hâllerle sınırlı olarak uygulanabileceği, bu hâller dışında mutlaka sanığın sorgusunun yapılmasının gerektiği gözetilmeyip, sanığın savunması yöntemince saptanmadan hüküm kurulması, **13. CD'nin 07.05.2014 tarih ve 3236/17018 sayılı kararı.**

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 29/12/1986 gün 477/634, 21/09/1992 gün 225/236 ve 12/06/2001 gün 177/119 sayılı kararları ile uyum gösteren daire kararlarında açıklandığı üzere, fiilin suç oluşturmaması nedeniyle derhal beraat kararı verilmesi dışında, delillerin takdir ve tayini gereken durumlarda sanık E.O'nın sorgusu yapılıp, savunmasının saptanmasından sonra sanık Hacer'in savunması ile birlikte değerlendirilmesi, sonucuna göre sanıkların hukuki durumunun tayin ve takdirinin gerektiği gözetilmeden 5271 sayılı CMK'nın 193. maddesine yanlış anlam verilerek sanık Emin'in sorgusu yapılmadan eksik kovuşturma ile yazılı şekilde hüküm kurulması, **15. CD'nin 29.04.2014 tarih ve 8352/8271 sayılı kararı.**

11) Birlikte Tehdit Suçu

TCK'nun 106/2-c maddesine göre, aynı maddenin birinci fıkrasına göre tehdit sayılan eylemi, birden fazla kişinin birlikte işlemesi, suçun nitelikli hali sayılmıştır. Yargıtay 4. Ceza dairesi, daha önceki kararlarında, birlikte tehdit suçunu işleyen sanıkların, olay olaydan önce birlikte tehdit etme hususunda irade birliğine varmalarını suçun oluşumu için şart koşmazken yeni kararlarında bu koşulu aramaktadır.

Sanıkların, şikayetçiyi "jandarmaya gidersen seni öldürürüz, evini yakarız" biçimindeki sözlerle birlikte tehdit ettiklerinin iddia olunması karşısında, eylemleri TCK'nın 106/2-c maddesinde düzenlenen "birden fazla kişi tarafından birlikte" tehdit suçunu oluşturabileceğinden … **4. CD'nin 22.05.2014, 36182/18057.**

Sanıkların, müştekinin evine gelerek ölümle tehdit ettiklerinin iddia edilmesi karşısında, eylemlerinin TCK'nın 106/2-c maddesinde düzenlenen birden fazla kişi tarafından birlikte tehdit suçunu oluşturabileceği, **4. CD'nin 13.05.2014 tarih ve 37826/16376 sayılı kararı.**

Sanıkların, Viranşehir Tapu Sicil ve Kadastro Müdürlüğü'ne gayrimenkulleri üzerinde işlem yaptırmak için gittiklerinde taleplerinin kabul edilmemesi üzerine ani şekilde gelişen olayda müştekileri ''bu iş burada kalmayacak, size göstereceğiz, sizlere gereken yapılacak'' şeklindeki sözler-

le tehdit ettiklerinin anlaşılması karşısında, sanıkların, olaydan önce ne şekilde birlikte tehdit etme irade işbirliği içinde bulundukları açıklanmadan, TCK'nın 106/1. maddesinin son cümlesi yerine aynı kanunun 106/2-c maddesi uyarınca hüküm kurulması, **4. CD'nin 28/04/2014 tarih ve 95/13925 sayılı kararı.**

Aralarında husumet bulunan tarafların, olay günü apartmanda karşılaşmaları üzerine aniden çıkan kavga sırasında sanığın, temyize gelmeyen diğer sanıkla birlikte katılanları tehdit etmesi şeklinde gerçekleşen eylemde, sanığın olaydan önce ne şekilde birden fazla kişi ile birlikte tehdit etme iradesinin bulunduğu açıklanmadan, yetersiz gerekçeyle TCK'nın 106/2-c maddesi dolayısıyla somut olayda iki ağırlaştırıcı neden bulunduğu kabul edilip alt sınırdan uzaklaşılarak hüküm kurulması, **4. CD'nin 03.07.2014 tarih ve 1283/23858**

11) Basit Hesaplama Hatalarının Aleyhe Bozmaya Konu Olup Olamayacağı

Basit hesaplama hatası olarak bahsettiğimiz durum, ceza yargılamasında hüküm kurulurken dört işlem olarak adlandırılan toplama, çıkartma, çarpma ve bölme işlemlerindeki matematiksel hata yapılarak cezanın eksik ya da fazla belirlenmesidir.

Ceza Genel Kurulu, 07.10.2008 tarih ve 1-198/211 sayılı kararı ile 14.12.2010 tarih ve 4-210/259 sayılı kararında dört işlem hatasını aleyhe bozma yasağı kapsamında değerlendirmiştir.

Ceza Genel Kurulu, 11.02.2014 tarih ve 12-70/57 sayılı kararında, dört işlem hatasının maddi hata olarak kabul edilmesine, aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmemesi gerektiğine, sanık aleyhine temyiz bulunmayan hallerde dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle hüküm hâkimin ifadesi doğrultusunda düzeltilebilmesi gerektiğine karar vermiştir.

5237 sayılı TCY.nın 62. maddesi ile cezada indirim yapılırken, hesap hatası sonucu eksik ceza tayin edilmesinin, hükmün sanık lehine temyiz edildiği de nazara alındığında, sanık lehine ceza süresi yönünden kazanılmış hak oluşturup, oluşturmayacağının belirlenmesine ilişkindir.

…Yerel Mahkemece, sanık hakkında lehe olduğu kabul edilen 5237 sayılı TCY. nın 81, 35/2, 29 ve 62. maddeleri uyarınca sonuçta 9 yıl 1 ay 15 gün hapis cezası tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin bu uygulamasında, anılan Yasanın 62. maddesi ile indirim yapılırken, hesap hatası yapılması suretiyle 9 yıl 4 ay 15 gün yerine, 9 yıl 1 ay 15 gün olarak eksik ceza tayin edilmiştir. Yerel Mahkemenin hatalı olan ilk ve son uygulaması yalnızca sanık ve sanık müdafii tarafından temyiz edilmiştir. Aleyhe temyiz bulunmaması karşısında, Özel Dairece 1412 sayılı CYUY.nın 322. maddesi uyarınca yapılan uygulama ile Yerel Mahkemece verilen hükümdeki cezadan daha ağır bir ceza belirlenmesi 1412 sayılı CYUY.nın 326/son ve 5271 sayılı CYY. nın 307/4. maddesine aykırıdır. **CGK., 07.10.2008, 1-198/211.**

…Dosya, belirtilen konuyla sınırlı olarak incelendiğinde; yerel mahkeme hükmündeki ilgili kısmın; "…takdiren 3 ay hapis ve 5 gün adli para cezası ile cezalandırılmasına, sanığın sosyal ve ekonomik durumu dikkate alınarak hükmedilen hapis

cezasının bir günü Türk Ceza Kanununun 52/2. maddesi uyarınca 20 TL hesabıyla aynı Yasanın 50/1-a maddesi uyarınca adli para cezasına çevrilerek sanığın 500 TL adli para cezasıyla cezalandırılmasına…" şeklinde olduğu görülmektedir.

Buna göre; hükümle ilgili olarak, yasa yararına bozma yasa yoluna konu edilip edilemeyeceği tartışılan tek hukuka aykırılık, "3 ay hapis cezasının", günlüğü "20 YTL'den" adli para cezasına çevrilmesi işlemi sırasında, sonuç adli para cezasının "90x20=1800" YTL yerine "500" YTL olarak tespit ve tayin edilmesinden ibarettir.

… Somut olayda; sonuç cezanın "1800 YTL" yerine "500 YTL" olarak belirlenmesinin hesap hatası olmayıp, uygulama hatası olması nedeniyle Özel Daire kararında belirtilenin aksine "aleyhe bozma yasağına" konu olacağında kuşku bulunmamakta ise de, … **CGK., 14.12.2010, 4-210/259.**

… uyuşmazlık; aleyhe temyiz bulunmayan bir durumda, 5237 sayılı TCK'nun 89/1. maddesi uyarınca takdir edilen 120 tam gün sayısının aynı kanunun 52/2. maddesi gereğince bir gün karşılığı olarak takdir edilen 20 TL miktar ile çarpılması sırasında "2400 Lira" yerine maddi hata sonucu "2.240 Lira" olarak eksik ceza tayin edilmesine ilişkin hukuka aykırılık nedeniyle; hükmün sonuç adli para cezasının "2400 Lira" olarak belirlenmesi suretiyle düzeltilerek onanmasına karar verilmesinin mümkün olup olmadığının tespitine ilişkindir.

… cezaların belirlenmesi sırasında iradi olmaksızın ve güdülen amacın dışında yapılan basit toplama, çıkarma, çarpma ve bölme şeklinde belirtilebilecek dört işlem hataları, dosyamızda olduğu gibi çarpan ile çarpılanın belli olduğu durumlarda, çarpımda yapılan hesap hataları herkes tarafından objektif bir biçimde farkedilebilecek nitelikte maddi hatalar olarak kabul edilerek, aleyhte değiştirme yasağı kapsamında değerlendirilmemeli, sanık aleyhine temyiz bulunmayan hallerde dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle hüküm hakimin ifadesi doğrultusunda düzeltilebilmelidir.

Görüldüğü üzere, suç için ceza tertip edilirken dikkatsizlik sonucu iradi olmaksızın yapılan basit matematik hatalarının aleyhe değiştirmeme zorunluluğu ya da aleyhe düzeltme yasağının kapsamında olmadığı ilke olarak benimsenerek, sanık aleyhine temyiz olmadığı durumlarda dahi doğru uygulama yapılmak suretiyle sözkonusu aykırılıklar giderilebilecektir. … **CGK., 11.02.2014 tarih ve 12-70/57.**

SONUÇ YERİNE

İçtihatların birbirinden farklı olması, görüş ve düşünce farklılığının hukuk sistemine yansımasıdır ve doğal karşılanması gereken bir sonuçtur. Görüş ve düşünce farklılıklarının, içtihatların oluşumuna zemin hazırlaması, varılacak sonucu daha isabetli kılacağı kesindir. Ne var ki her farklı görüş ve düşüncenin içtihat olması, hukuki güvenliği ve hukuken öngörülebilirliliği zedelemektedir. Tek düze ve hiç değişmeyen bir içtihat geleneğinin olması, değişen dünyada arzu edilen bir durum olamaz. Bu durum hukukta bir kısır döngüye yol açacak, alternatif fikirlerin ortaya çıkmasını engelleyecektir. O halde çözüm, yargılanan kişilerin içtihat farklılığı nede-

niyle ortaya çıkacak aleyhe sonuçlardan korunmasını sağlayacak mekanizmalar geliştirmek ve bunların etkin şekilde kullanımıdır.

Bahsedilen mekanizmaların ilki içtihatları birleştirme yoludur. İçtihatları birleştirme kararı (İBK), 2797 sayılı Yargıtay Kanunu'nun 15. maddesi ile Yargıtay hukuk ve ceza genel kurullarına verilmiş bir görevdir. Yasal düzenlemelerine bakıldığında İBK'nın varlık nedeni, genel olarak daireler arasında ya da aynı daire kararları arasında aynı hukuki konuya ilişkin yorum farklılıklarının ortadan kaldırılarak uygulama birliğinin sağlanmasıdı[21].

Yargıtay Kanunu'nun 15/2 maddesine göre; daireler arasında içtihat uyuşmazlıklarının bulunması, dairelerden birinin yerleşmiş içtihadından dönmek istemesi ya da benzer olaylarda birbirine uymayan kararlar vermiş bulunması, içtihatları birleştirme nedenidir. İçtihatları Birleştirme yönteminin etkili şekilde kullanıldığını söylemek mümkün değildir[22]. Ceza hukuku alanında en son çıkan İBK, 1992 tarihlidir. Var olan İBK'larının çoğu, dayandıkları kanunlar yürürlükten kalktığı için güncelliğini yitirmiştir.

İkincisi yöntem ise, sanık lehine olduğunda hiçbir süreye tabi olmayan CMK'nın 308. maddesinde düzenlenen itiraz yasa yoludur. Dairenin değişen yorumları, suçun niteliğinde lehe değişiklik meydana getirmişse, sanık yararına itiraz yasa yoluna başvurularak, kararlar arasındaki hukuka aykırılığı gidermek mümkündür. Yukarıda da değinme fırsatı bulduğumuz gibi, farklı görüşlerin farklı daireler içinde olması durumunda itiraz yoluna başvurmanın, sanığa sağlayacağı hiçbir fayda yok gibidir. Örneğin, kalabalık ortamda silahla ateş etme örneğinde olduğu gibi sanığın aleyhine yorum yapan daireye, lehe yorum yapan daire kararı sunularak itiraz edilse dahi, muhtemelen her daire kendi görüşünün daha doğru olduğu kanısı ile itirazı kabul etmeyecektir.

21 İlk bakışta makul bir amaç için kabul edildiği görülen İBK, bünyesinde birçok hukuki sorun barındırmaktadır. Hukukumuzda, içtihatları birleştirme gibi bağlayıcı bir yorum şeklinin hiç olmaması gerektiğini düşünüyoruz. Bkz, Otacı Cengiz, İçtihatları Birleştirme Kararları Üzerine, Güncel Hukuk, Ağustos 2013.

22 İçtihatlar arasında, İBK'na gidilmesini gerektirecek pek çok neden varken, Yargıtay, sanki bu kanun maddesi hiç yokmuş gibi davranmaktadır. Örneğin "dairelerden birinin yerleşmiş içtihadından dönmek istemesi" İBK nedenidir. Ancak birçok daire yerleşmiş görüşlerinden kendiliğinden dönebilmektedir. Bu durum, yerel mahkemeler ve yargılananlar nezdinde kurumsal saygınlığı azaltmaktadır. Yargıtay 4. Ceza Dairesi, TCK'nın 184. maddesinde düzenlenen imar kirliliğine neden olma suçunda, 2005 ila 2014 yılları arasında TCK'nın 184/5. maddesindeki etkin pişmanlık düzenlemesinin, hükmün açıklanmasının geri bırakılması hükümlerinin uygulanmasına engel oluşturmayacağı görüşündeydi. Ceza Genel Kurulunun 25.02.2014 tarih ve 4-691/91 sayılı kararı ile bu görüşünden vazgeçmiştir. Yaklaşık 9 yıl boyunca devam eden aynı uygulamanın terk edilmesi "yerleşmiş içtihattan dönme"dir ve bunun İBK'ya gerek olmaksızın CGK kararı ile yapılması, Yargıtay Kanunu'nun 15/2 maddesine aykırıdır. Güncelliği kalmamış ama yasa gereği bağlayıcılığı devam eden (!) İBK'larının kaldırılması için dahi bir çalışma yapılmaması, bu kurumun bahsettiğimiz sorunu çözme adına yetersiz olduğunu göstermektedir.

Kaynakça

- **Altundiş, Mehmet**; Hukuki Güvenlik İlkesi, Yasa Hukuk Dergisi, 2008, sayı 10.
- **Artuk Mehmet Emin-Gökcen Ahmet-Yenidünya A. Caner**, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2007, 3. Bası.
- **Berki, Ali Himmet,** Hukuk Mantığı ve Tefsir, Ankara 1948.
- **Demirbaş, Timur**, Ceza Hukuku Genel Hükümler Ankara 2005.
- **Dönmezer Sulhi-Erman Sahir**, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, İstanbul 1987, 10. Bası.
- **Erdoğan Mustafa**, Mahkemeler, Hukuk ve Siyaset, Star Gazetesi 11.07.2010 tarihli Nüsha.
- **Erem, Faruk-Danışman, Ahmet-Artuk, Mehmet Emin** ; Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara 1997.
- **Gözler, Kemal**, Hukukun Genel Teorisine Giris: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998.
- **Otacı Cengiz,** İçtihatları Birleştirme Kararları Üzerine, Güncel Hukuk, Ağustos 2013.
- Özbilgen**, Tarık,** Eleştirisel Hukuk Başlangıcı Dersleri, İstanbul 1976.
- **Selçuk, Sami**, Bağımsız Yargı Özgür Düşünce, Ankara 2007.
- **Tosun, Öztekin**, "Ceza Hukukunda Tefsir ve Yanlış Tefsir", İÜHFD, 1962, c XXVIII, sy 1.

Sokak Çocuklarının Sosyo-Ekonomik Özelliklerine İlişkin Aile Görüşleri

Mehmet ÖZBAŞ*

Öz

Sokak çocukları, demokratik yönetim sistemlerinin ekonomik, sosyal, kültürel, akademik ve politik gelişimlerinin sağlanması konusunda en başarısız olduğu sosyal tabakalardan birini oluşturmaktadır. Demokratik yönetimler, yurttaşlarına sağladıkları ya da sağlayamadıkları yaşam koşulları konusunda, kamuoyuna şeffaf ve hesap verebilir yönetsel uygulamalar gerçekleştirmek zorundadır. Bu araştırmada, sokak çocuklarının sosyo-ekonomik özelliklerinin, kuram-uygulama bütünlüğünde ebeveyn görüşlerinden hareketle ortaya konulması amaçlanmıştır. Araştırma, 18 sokak çocuğunun her birinin aile ortamında, anne-babalarıyla yüz-yüze görüşme yöntemiyle gerçekleştirilmiştir. Araştırma sürecinde, bizzat araştırmacı tarafından geliştirilen "Sokak Çocukları Görüşme Formu" kullanılmıştır. Araştırma bulgularına göre, sokak çocuklarının yarısı sokak yaşantılarından hemen hemen hiçbir ekonomik kazanç sağlayamamaktadır. Sokak çocuğu ailelerinin tamamı açlık sınırının olabildiğince altında bir aylık gelire sahiptir. Aileler, sosyal güvenceden yoksun olmayı, en önemli problemleri arasında saymaktadır. Araştırma sonuçları, sokak çocuklarının zorunlu eğitim sürecinde amaçlanan yönde okullaştırılamadıklarını göstermektedir. Bu araştırma ile annelerin istihdamında, eğitimin herhangi bir etkisinin olmadığı; eğitime dayalı sosyal güvenlik imkânının bulunmadığı saptanmıştır. Araştırma sonuçları doğrultusunda, sokak çocuklarının "tam zamanlı okullaşmalarının sağlanması" için eğitim ve okul yönetimlerinin sorumluluklarını ne derece yerine getirdiklerinin kamuoyuna açıklanması gerektiği önerilmiştir.

Giriş

Demokratik yönetim, her sosyal tabakadan öğrenciye, eğitim hakkının kullanımında, gerekli imkânları sağlayabildiği ölçüde etkilidir. Öğrencilere sağlanacak imkânların ise "eşitlik ve sosyal adalete" uygun olması gerekir. Demokratik yönetim, bu bağlamda, kamuoyuna, vergi mükelleflerine ve hizmet alan taraflara karşı; hesap verebilir, şeffaf ve denetlenebilir yönetsel uygulamalar gerçekleştirmek zorundadır. İlgililer, yetki ve sorumluluklarına rağmen, özellikle sokak çocuklarının eğitimi konusunda oldukça başarısız bir performans sergilemektedir (Anderson, 2007; Özbaş, 2010; Özbaş, 2012a; Özdener, 2010; Rizzini ve Lusk, 1995; Wright, Wittig and Kaminsky, 1993).

* Doç. Dr. Mehmet ÖZBAŞ, Erzincan Üniversitesi Eğitim Fakültesi; Eğitim Bilimleri Bölümü; Eğitim Yönetimi, Teftiş, Planlama ve Ekonomisi Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi.

Sokak çocuklarının eğitimi konusundaki etkisizlik, başarısızlık, eşitsizlik, imkânsızlık ve yetersizlikler, sokak çocuklarını yaşamın hemen hemen bütün alanlarında olumsuz yönde etkilemektedir. Eğitim imkânlarından yararlandırılamayan sokak çocukları; olumsuz sosyo-ekonomik koşullarından dolayı kendileri için her türlü risk ve tehlikeyi barındıran sokak yaşantılarına mecbur bırakılmaktadırlar. Ayrıca, imkânsızlıkları nedeniyle yoksulluk, yoksulluğun yol açtığı her türlü sosyal, ekonomik, politik ve kültürel yoksunluk veya dezavantajla karşılaşmaktadırlar (Başer, 1995; Özbaş, 2011; Şahin, 2014; Tanır, 2007; Tatlıdil, Başargan, Yıldız ve Kümbül, 2001).

Sokak çocukları ailelerinin sosyo-ekonomik mirasına, ebeveynlerinin genleri aracılığıyla onlara aktardığı kronik bir hastalıkmış gibi yaşam boyu katlanmak zorunda kalmaktadır. Kamu eğitim yönetimi, tüm zorunlu eğitim çağ nüfusunu olduğu gibi sokak çocuklarını da zorunlu eğitim sürecinde her koşulda okullaştırmak zorundadır. Bu temel sorumluluk ve işlevin tam olarak yerine getirilememesi, sokak çocuklarına karşı sosyal adaletle birlikte fırsat ve imkân eşitliğinin de sağlanamamasına yol açmaktadır (Yıldız, 2007). Gerçekte, "yoksulluk kısır döngüsü ile birlikte sokak çocukları problemini" ortadan kaldırabilecek en kısa ve etkili yol, öncelikle zorunlu eğitim sürecinin başarıyla tamamlanmasıdır.

Problem Durumu

Sokak çocukları, ekonomik, sosyal, kültürel vb. nedenlerle ihmal ve istismar edilmekte; eğitim ve okul yönetimi ile yerel yönetimler ve kamusal sorumluluk taşıyan çevrelerce de yeterince dikkate alınmamaktadırlar. Kamusal yönetim sorumluluklarının karşılanamaması açısından ele alındığında, "sokak çocukları problemi" Türk eğitim sisteminin en önemli problem alanlarından birini oluşturmaktadır. Sokak çocuklarının zorunlu eğitim imkânlarından dahi gereği gibi yararlandırılamaması, var olan problemleri daha da artırmakta; çözümsüzlüğe itmekte ve karmaşık bir hale getirmektedir (Alp vd., 2000).

Sokak Çocukları

Sokak çocuğu olgusal problemine, sosyo-ekonomik, kültürel ve politik etkenlerle yönetsel uygulamalar önemli ölçüde etkide bulunmaktadır. Oldukça önemli risk taşıyan bu problemi, yasal ve yönetsel yetersizlikler, sosyal çevrelerin yaşam biçimi, ailelerin çocukları üzerindeki etkisizlik, yetersizlik ve çaresizlikleri de büyük oranda etkilemektedir. Sokak çocukları, bireysel, sosyal, kültürel değişkenlerden; özellikle sosyal ve ekonomik ihmal ve istismardan önemli ölçüde ve olumsuz yönde etkilenmektedir (Oto vd., 1998).

Başta aileleri olmak üzere, farklı kesimlerden kimselerin de sokak çocuklarının ekonomik ihmal ve istismarında büyük rol oynadıkları görülmektedir. Diğer yandan, bu sosyal, ekonomik ve politik problemi, Türkiye'nin hem Anayasal (T.C. Resmi Gazete, 1982) olarak hem de Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (T.C. Resmi Gazete, 1995) ile taahhüt ettiği; temel ve zorunlu eğitim hakkından sokak çocuklarını yeterince yararlandıramaması da etkilemektedir.

Sokak çocukları açısından hak ve hürriyetlerin kullanımında, en önemli problemlerden biri, temel ve zorunlu eğitim imkânlarından yararlanamama halinde ortaya çıkmaktadır. Okul öncesi, ilk ve ortaöğretimde, okullarında bulunması gereken çocukların sokak yaşantıları içerisinde yer alması, demokratik eğitim sistemleri açısından hem bir etkisizlik hem de hak ihlalidir. İnsan haklarına dayalı temel ve zorunlu eğitim uygulaması, çağ nüfusunu oluşturan bütün çocukların, eğitim sistemi içerisinde yer almasını gerektirir.

Alt sosyo-ekonomik tabakalara mensup ailelerden gelen çocukların, zorunlu eğitim sürecinde, her koşulda okulda bulunmalarının sağlanması hem kamu hem eğitim hem de okul yönetiminin öncelikli sorumluluklarından biridir. Demokratik bir ülkede, orta ve üst sosyal tabakaların olduğu gibi alt sosyal tabakaların da zorunlu eğitim sürecinden gereği gibi yararlanmalarının sağlanması kamusal eğitim yönetiminin yükümlülüğüdür (Özbaş, 2012b).

Sokak çocuğu problemi, çocuklar açısından hem sosyo-ekonomik hem kişisel hem de ailevi imkânlardan yoksunluk, ihmal ve istismarın yansıması olarak ortaya çıkmış oldukça karmaşık bir problemdir. UNICEF, sokak çocuğu kavramını, çocukların aileleriyle ilişkileri, ailelerin bakım, koruma ve ilgileri açısından ele almakta; çoğunlukla yalnızca aile sorumluluğuna dayalı bir anlayış benimsemektedir (2006). UNICEF'in bu yaklaşımı, demokratik yönetimin kamusal ve sosyal yükümlülüklerini göz ardı etmektedir. Oysa demokratik toplumlarda bireyler, yalnızca ailelerinin değil, demokratik yönetimin sosyal ve kamusal sorumluluğunda yetiştirilir (Subaşı Baybuğa ve Kubilay, 2003).

Sokak çocukları açısından sokak yaşantıları zorunlu eğitimin başlangıç aşamasını oluşturan 5 yaşlarında başlamaktadır. Bu süreç, bütün çocukluk çağı boyunca devam etmekte; çocukların yetiştirilip geliştirilmesine ilişkin sorumluluklar, yalnızca aileye yüklenmekte; bu açıdan bakıldığında sosyal ve kamusal yükümlülüklerden kaçınıldığı görülmektedir (Bakar, Maral ve Aygün, 2004; Karatay, 1999; Myers, 1989; Uğurhan vd. 2004).

Sokak çocuğu kavramı, genel olarak üç farklı şekilde tanımlanmaktadır. Tanımlardan ilkinde, sokak çocuklarının aileleriyle ilişkilerinin sürekli olduğu; ancak yaşantılarının büyük çoğunluğunu sokaklarda çalışarak veya başka etkinliklerle geçirdikleri üzerinde durulmakta; geceleri ise yaşantılarını aileleriyle birlikte geçirdiklerinden söz edilmektedir. İkinci tanımda, sokak çocuklarının aileleriyle iletişimlerinin zayıfladığı; fakat aile bağlarının tamamen kopmadığı; çocukların günün çoğunu sokakta çalışarak ya da farklı etkinliklerle geçirdiği; ayrıca zaman zaman da olsa geceleri ailelerinden ayrı kaldıkları vurgulanmaktadır. Üçüncü tanımda ise sokak çocuklarının aileleriyle bağlarının tamamen koptuğu; çocukların ailelerinden bütünüyle uzaklaştıkları; gerçekten sokağın çocukları oldukları belirtilmektedir (UNICEF, 2006).

Sokağın çocukları (children of the street) en yoksul, çaresiz, sosyal dışlanmışlık deneyimleri yaşayan, parçalanmış veya ebeveynlerinden birini ya da her ikisini kaybetmiş ailelere mensubiyeti olan çocukları işaret etmektedir. Sokak çocuklarının kategorize edilmesini ve aşamalı bir yaklaşımla durumlarındaki kötüleşmeyi ortaya koyan yukarıdaki tanımlar; aynı zamanda sokak çocukları adına, gittikçe ağır-

laşan bir şekilde sosyal ve kamusal sorumlulukların karşılanamadığını vurgulamaktadır. Çocuklar, bir yandan ailelerinden tamamen kopmakta diğer yandan sosyal ve kamusal güvenceden de yoksun bırakılmaktadır. Kısaca sokak çocukları sokaklarla ve kendilerini bekleyen binlerce tehlikeyle baş başa kalmaktadırlar (Güngör, 2008; Gürses, 2007; Lemba, 2002; Mckay, 1994; Oliveiro ve Ciampone, 2001).

Amaç

Sokak çocukluğu ya da yoksulluk, ailelerin genetik-kültürel mirası olarak, çocukların kültürel kodlarında nesiller boyu taşıdıkları sosyolojik bir hastalık halini almıştır. Demokratik bir yönetimde, her toplumsal kesimin kamu hizmetlerinden ne derece yararlandığı şeffaf bir yönetim anlayışıyla ortaya konulmak durumundadır. Bu bağlamda, özellikle sokak çocuklarıyla ailelerinin demokratik toplumsal yaşamdan nasıl yararlanabildiklerinin belirlenmesi, büyük önem taşımaktadır. Bu araştırmada, sokak çocuklarının kişisel ve ailevi özelliklerinin neler olduğunun ailelerinin görüşlerine göre ortaya konulması amaçlanmıştır.

Yöntem

Araştırma Modeli

"Sokak Çocukları Araştırması": Sokak çocuklarının kişisel ve ailevi özelliklerine ilişkin ana-baba düşüncelerinin yüz yüze görüşme yöntemiyle belirlendiği, nitel modelde, betimsel bir çalışmadır. Araştırmada, sokak çocuklarıyla ilgili sosyal ve kamusal sorumlulukların neler olduğu ve hangi yönde karşılandığı, aile görüşlerine göre saptanmıştır. Araştırmada, yüz yüze görüşme yöntemi, her bir sokak çocuğu ailesinin aile ortamında, çocuğun annebabasının (ebeveynin) her ikisinin, aynı anda, araştırmanın görüşme formunda yer alan sorulara birlikte cevap vermeleri sağlanmak suretiyle kullanılmıştır.

Araştırmanın Konu ve Çalışma Alanı

Araştırmanın konu alanını, sokak çocukları, sokakta çalışan/çalıştırılan/dilendirilen çocuklar oluşturmaktadır. Çalışma alanını ise 2012-2013 yıllarında Erzincan İli Merkez İlçesi ile Beldelerinde, sokakta çalıştığı/çalıştırıldığı/dilendirildiği tespit edilen sokak çocukları oluşturmaktadır. Araştırma izninin alınması amacıyla Erzincan Valiliği Aile ve Sosyal Politikalar İl Müdürlüğü ile işbirliğine gidilmiştir.

Sokak çocuklarının kimler olduğunun belirlenebilmesi için araştırmacı, 2011 yılından, araştırmanın uygulama sürecinin başlangıcını oluşturan 2014 yılı Şubat ayına kadar geniş kapsamlı sosyal alan saha çalışması yapmıştır. Bu bağlamda, hem araştırma çevresini oluşturan sosyal alanlarda hem sokak çocuklarının aileleri hem de araştırmacının uygulama sürecinde yerinde tespit ettiği 18 (onsekiz) sokak çocuğunun anne-babasıyla birebir ve yüz yüze iletişim ortamında, araştırmacı tarafından bizatihi görüşmeler yapılmıştır.

Sokak Çocukları Araştırması Görüşme Formu

Görüşme formunun geliştirilmesi aşamasında, öncelikle sokak çocukları literatürüne dayalı kaynak taraması yapılmıştır. Bu bağlamda, ulusal ve uluslararası bilimsel araştırmalar üzerinde durulmuştur. Uygulama alanını oluşturan Erzincan İli Merkez İlçe ve Beldelerinde, mikro düzeyde sosyal çevre incelemeleri yapılmıştır. Bu süreç, 2011 yılı Mart ayında başlayıp Şubat 2014'e kadar yaklaşık 3 yıl devam

etmiştir. Mikro sosyal çevre incelemeleri araştırma uygulama çevresini oluşturan Erzincan İlinden 7; Ankara İli Yenimahalle İlçesinden ise 5 olmak üzere toplam 12 sokak çocuğu ailesi ile yüz yüze görüşmeler yapılmıştır.

Görüşme sorularının incelenmesi amacıyla sosyoloji, hukuk ve eğitim bilimleri alanlarından akademisyenlerin değerlendirmelerine başvurulmuştur. Görüşme formunun yapı geçerliğiyle güvenirlik durumunun saptanması amacıyla ise ilki 3-21 Şubat 2014, ikincisi 27 Şubat-18 Mart 2014 tarihleri arasında olmak üzere 12 sokak çocuğu ailesinin katıldığı iki uygulama yapılmıştır. İstatistiksel analizlerin maddelerin her biri için ayrı ayrı olmak üzere yüzdesel benzerlik ve farklılıklarına bakılmıştır.

Bütün maddeler için toplam form güvenirlik düzeyinin % 87.43 olduğu bulunmuştur. Görüşme formunun yapısal özellikler açısından incelenmesi amacıyla yapılan istatistiksel işlemler sonucu ise bütünsel olarak sokak çocuklarının özelliklerini ölçebilecek yapı gösterdiği ortaya çıkmıştır. Görüşme formu, 18 sokak çocuğu ailesinde, araştırmacı tarafından uygulanmıştır. Görüşme formunun, genişçe bir zaman dilimi içerisinde, her bir sokak çocuğunun ana-babası ile kendi öznel koşullarında cevaplandırılması sağlanmıştır.

Verilerin Çözümlenmesi ve Yorumlanması

Görüşme sorularına verilen karşılıklar; görüşmenin bulgu formunda yer alan bölümlere frekans (f) ve yüzde (%) olarak işlenmiştir. Bu yaklaşım, verilerin sayısallaştırılması amacıyla kullanılmıştır. Verilerin sayısallaştırılması daha objektif bulgu ve yorumların ortaya çıkarılmasına önemli katkılar sağlamaktadır. Sokak çocuklarının ikametgâh adresleri, çocuk sayısının en çok olduğu yerleşim alanlarından başlanmak suretiyle A, B, C ve D şeklinde kodlanmıştır.

Bulgular ve Yorum

Sokak Çocuklarının Kişisel Özelliklerine İlişkin Ana-Baba Görüşleri

Tablo 1'de görüldüğü gibi sokak çocuklarının %72'sinin doğum yeri Erzincan'dır %83'ünün nüfusa kayıtlı olduğu il Erzincan değildir. Buna göre, sokak çocuklarının aileleri, Erzincan'a çoğunlukla göçle gelmektedir.

Tablo 1. Sokak Çocuklarının Kendilerine İlişkin Sosyo-Ekonomik Veriler

	Erzincan		Diğer	
	f	%	f	%
1. Çocuğun doğum yeri	13	72.22	5	27.78
2. Çocuğun nüfusa kayıtlı olduğu yer	3	16.67	15	83.33

	1998		1999		2000		2001		2002		2003		2004	
	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%
3.Çocuğun doğum yılı	1	5.55	1	5.55	5	27.78	6	33.33	3	16.68	1	5.55	1	5.55

	A		B		C		D	
	f	%	f	%	f	%	f	%
4. Çocuğun ikametgâh adresi	13	72.23	2	11.11	2	11.11	1	5.55

Bu araştırma sürecine katılan çocukların tamamı zorunlu eğitim çağ nüfusu içinde yer almaktadır. Çocuklardan en büyüğünün 1998; en küçüğünün ise 2004 doğumlu olduğu anlaşılmaktadır. Sokak çocuklarının 1/3'ü 2001 doğumlu ve 13 yaşında iken, yaklaşık % 30'u 2000 doğumlu ve 14 yaşında, 1/6'sı ise 2002 doğumlu ve 12 yaşındadır. Buna göre, çocukların büyük çoğunluğunun 12-14 yaş arası dönemde ve ortaokul çağ nüfusu içerisinde yer aldıkları görülmektedir.

Bulgular, 2012-2013 Öğretim Yılı'ndan itibaren uygulanmaya başlanan 4+4+4 Kademeli Zorunlu Eğitimin 2. aşamasını oluşturan ortaokulların, sokak çocuklarına yönelik işlevlerini; gereğince yerine getiremediğini ortaya koymaktadır. Sokak çocuklarının; özellikle ilkokullar başta olmak üzere, ortaokullarla liselerde zorunlu eğitim imkânlarından yeterince yararlanması ve okullarına tam zamanlı devamlarının sağlanmasında, kamusal eğitimin etkisiz kaldığı gözlenmektedir.

Sokak çocukları, sokak yaşantıları sürecinde elde ettikleri kazanç açısından ele alındığında, çocuklardan yarısının sokak yaşantılarından hemen hiçbir kazanç sağlamadıkları anlaşılmaktadır. Çocuklardan yaklaşık % 30'unun ise günlük kazançlarının belli olmadığı, yani değişken olduğu ifade edilmektedir. Yalnızca % 22'sinin ise günlük kazançlarının sadece 5-6 TL arasında değiştiği belirtilmektedir. Bu durum, sokak yaşantılarının, sokak çocuklarına ekonomik getirisinin olmadığı şeklinde de yorumlanabilir.

Sokak çocuklarının ikametgâh adreslerinin, genellikle birbirine yakın olduğu (% 72'si A Semti); farklı semtlerde ikamet eden sokak çocuğu ailelerinin, herhangi bir şekilde birbiriyle akraba oldukları görülmektedir. Bu araştırmada, yalnızca bir sokak çocuğunun (D semtinde ikamet eden), diğerlerinden oldukça farklı olduğu ve onlarla herhangi bir şekilde bağlantısının bulunmadığı saptanmıştır. Belirtilen çocuğun doğum yeri, nüfusa kayıtlı olduğu il ve yaptığı iş de diğerlerinden farklıdır. Bulgular, sokak çocuğu ailelerinin bulundukları ilde, geniş sosyal çevrelerden yalıtılmış olduğunu göstermektedir.

Kardeş sayısı açısından ele alındığında, sokak çocukları en az 4, en çok 19 kardeşe sahiptir. Sokak çocuklarının ortalama kardeş sayıları 8.38'dir. Bulgular, sokak çocuklarının bulunduğu ailelerde, çocuk sayısının olabildiğince çok olduğunu ortaya koymaktadır. Çocuk sayısının çok olması ailelerin çocuklarına gereken bakım ve ilgiyi gösteremeyeceklerini; aynı zamanda gerekli koruma ve şefkati sağlayamayacaklarını da ortaya koymaktadır. Bu nedenle ailelerin, ayrıca zaten var olmayan imkânlarından dolayı daha da zor duruma düşecekleri açıktır.

Çocuklardan, 5'inin öğrenimine devam ettiği; 13'ünün ise öğrenimine devam etmedikleri anlaşılmaktadır. Bu bulgu sokak çocuklarının hemen hemen dörtte üçünün (¾) zorunlu eğitim sürecinden yararlanamadıkları, yararlandırılamadıkları şeklinde de yorumlanabilir. Okullarına devam eden sokak çocuklarından 1'i ilkokul 4; 4'ü ise ortaokul 2. ve 3. sınıflarda (6. ve 7. sınıf) öğrenim görmektedir. Bu bulgulara göre, sokak çocukları açısından zorunlu eğitim süreci ortaokul son sınıftan itibaren, anlam

ve işlevini yitirmekte; eğitimde fırsat ve imkân eşitliği ile sosyal adalet uygulamaları etkisizliğin sınırına dayanmış bulunmaktadır.

Özellikle hem zorunlu hem de mesleki ve teknik eğitim basamağını oluşturması nedeniyle oldukça önem arz eden ortaöğretim süreci sokak çocukları için erişimi sağlanamayan öğrenim kademesini oluşturmaktadır. Sokak çocukları, ortaokul son sınıftan itibaren (8. sınıf) zorunlu eğitime devam edememekte, ettirilememekte; ortaöğretim 1. sınıftan itibaren ise bu durum had safhaya (9. Sınıfta, 6 devamsız öğrenci) ulaşmaktadır.

Eğitim ihtiyacı değişkeni açısından, sokak çocuklarının yarısından fazlasının (% 55.56) "temel ihtiyaç maddeleri ile kırtasiye malzemelerine," yarıya yakınının (% 44.44) ise eğitimle ilgili "doğrudan parasal desteğe" ihtiyaç duydukları saptanmıştır. Sokak çocuklarının tamamı öğrenimine devam etmek için ekonomik desteğe ihtiyaç duymaktadır. Ancak çocukların çoğunun temel ihtiyaçlarını bile karşılayamadıkları; bu nedenle eğitim ihtiyaçlarından çok temel ihtiyaçlarının karşılanmasının öncelik kazandığı görülmektedir. Diğer yandan sokak çocuklarından yarısının ise eğitimle ilgili doğrudan parasal desteği zorunlu gördükleri anlaşılmaktadır. Buna göre, sokak çocuklarının tamamı öğrenimine devam etmek için ekonomik desteğe ihtiyaç duymaktadır. Bulgular, sokak çocuklarının temel insani ihtiyaçları başta olmak üzere, eğitim için bütün koşullarda ekonomik desteği gerekli gördüklerini ortaya koymaktadır.

Sokak Çocuklarının Ailevi Özelliklerine İlişkin Ana-Baba Görüşleri

Tablo 2'de görüldüğü gibi çocukların annelerinin büyük çoğunluğunun ev hanımı olduğu; yalnızca 1/6'sının gündelikçi ve mevsimlik işçi statüsünde; çok kısa sürelerle istihdam olanağı bulabildikleri görülmektedir. Bu şekilde, çok yetersiz çalışma imkânlarına sahip olabilen annelerin, sosyal güvenceden yoksun çalıştıkları da belirtilmektedir. Baba istihdamı açısından ise sokak çocuklarından yaklaşık 2/3'ünün (% 61.12) babasının serbest meslek sahibi olduğu görülmektedir.

Serbest meslek sahibi babaların, sürekli istihdam olanağına sahip olmadıkları; genellikle inşaat, tarım, vasıfsız gündelik işler, hayvancılık vb. ekonomik faaliyet alanlarında geçici sürelerle istihdam edildikleri; bu çalışma imkânları süresince de çoğunlukla sosyal güvenceden yoksun bırakıldıkları görülmektedir. Çocukların babalarından çok küçük bir kısmının ise hurdacılık ve seyyar satıcılık (% 16.66) gibi gelir düzeyi oldukça düşük ekonomik faaliyetler içinde bulundukları saptanmıştır. Baba istihdamı bağlamında, çocukların babalarından yaklaşık 1/5'inden fazlasının ise tamamen işsiz olduğu bulunmuştur.

Ailelerin yaklaşık % 40'ının 500, 1/3'ünün 550 TL'lik bir aylık gelire sahip oldukları; ¼'ünden fazlasının ise net bir aylık gelire sahip olmadıkları görülmektedir. Araştırmanın yapıldığı 2014 yılı Mart ayı, açlık sınırı hesaplamalarına göre, 4 kişilik bir ailenin; sadece gıda harcamalarını içeren giderlerin 1149 TL olduğu belirtilmektedir (TÜRK-İŞ, 2014). Bu bulgulara dayalı olarak, sokak çocuğu ailelerinin

Tablo 2. Sokak Çocuklarının Anne ve Baba (Ailevi) Özelliklerine İlişkin Veriler

	Evhanımı		Gündelikçi		Mevsimlik işçi	
	f	%	f	%	f	%
1. Anne mesleği	15	83.34	2	11.11	1	5.55

	Serbest meslek		İşsiz		Seyyar satıcı		Hurdacı	
	f	%	f	%	f	%	f	%
2.Baba mesleği	11	61.12	4	22.22	1	5.55	2	11.11

	Belirsiz		500 TL		550 TL	
	f	%	f	%	f	%
3.Ailenin aylık geliri	5	27.78	7	38.89	6	33.33

	6 Kişi		7 Kişi		8 Kişi		10 Kişi		11 Kişi		14 Kişi		21 Kişi	
4.Aile nüfusu	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%	f	%
	2	11.11	2	11.11	4	22.22	3	16.67	2	11.11	2	11.11	3	16.66

tamamının açlık sınırının olabildiğince altında bir aylık gelire sahip oldukları ortaya çıkmıştır. **Tablo 1** ve **Tablo 2'de** görüldüğü gibi çocuk sayılarıyla aile büyüklükleri dikkate alındığında, ailelerin, sadece gıda harcamalarını içeren temel ihtiyaçlarını bile karşılayabilmelerinin imkânsız gibi göründüğü anlaşılmaktadır.

Ailelerin büyük çoğunluğunun sosyal güvenliğinin olmadığı; yaklaşık 1/5'inin "geçici" sosyal güvenliğe sahip oldukları görülmektedir. Aileler, sosyal güvenceden yoksun olmayı, en önemli problemleri arasında ifade etmektedir. Bu durum, gelirin süreksizliğiyle birlikte, ailelerin çocukları için eğitimi, özel bir ihtiyaç olarak öncellemelerine de engel olmaktadır. Çünkü aileler, öncelikle temel insani ve fizyolojik ihtiyaçlarını karşılayamadıklarından eğitim için gerekli ekonomik kaynağı da sağlayamamakta; çocuklarının eğitimini geri plana itebilmektedirler.

Tartışma, Sonuç ve Öneriler

Sokak çocuğu problemi, demokratik rejimlerde, temel bir insan hakkı ihlalidir. Demokratik yönetim sistemlerinde, sosyal çevrelerce kanıksanmış sokak çocuğu olgusu, kamuoyunun duyarsızlığının dışavurumu şeklinde de yorumlanabilir. Temel insan hak ve hürriyetlerinden gereği gibi yararlanamayan sokak çocuklarının varlığı nedeniyle oluşan problem, demokratik kamuoyunun, kamu yönetimi başta olmak üzere, yerel yönetimler, eğitim ve okul yönetimlerine hesap soramamaları sonucu ortaya çıkmış kronik sosyal bir hastalıktır.

Sokak çocukları problemini yaratan en önemli etkenlerden biri göçtür. Sokak çocuklarını, sokak yaşantılarına iten nedenler, yalnızca ailelerin ya da çocuklarının ekonomik yoksulluğuyla ilgili değildir. Sokak çocukları hem aile özellikleri hem de öznelliklerini ortaya koyan sokak yaşantıları içerisinde bulunmalarından dolayı

sosyal çevrelerden de kişisel dışlanmışlık deneyimleri yaşamaktadır. Sokak çocuklarının zorunlu eğitim sürecinde okullaşmaları sağlanamamaktadır. Kamusal eğitim yetkilileri ya da sorumluları sokak çocuklarının okullaşmalarını sağlayacak kamusal yeterlikler sergileyememektedir.

Sokak çocukları ve aileleri, en temel ihtiyaçları başta olmak üzere, eğitim için asgari düzeyde "limit ekonomik imkânlardan yoksundur." Türkiye'de 2014-2015 Öğretim Yılında uygulanmaya başlanan: 50000 (Ellibin) okulöncesi öğrenci için 2500 (ikibinbeşyüz), 50000 (ellibin) ilkokul öğrencisi için 3000 (üçbin), 75000 (yetmişbeşbin) ortaokul öğrencisi için 3500 (üçbinbeşyüz), 75000 (yetmişbeşbin) ortaöğretim öğrencisi için 3500 (üçbinbeşyüz) ve temel lise öğrencileri için ise 3000 (üçbin) TL destek almaları için yasal ve yönetsel düzenlemeler yapılmıştır. MEB Tarafından uygulanmaya konulan yukarıdaki yasal ve yönetsel düzenlemenin, çocuklarına özel öğretim kurumlarında öğrenim gördürebilecek ailelere, ekstra bir destek olduğu açıktır.

Çocuklarının eğitimi için özel öğretim kurumlarını tercih eden ailelere, kamu kaynaklarıyla doğrudan ekonomik katkı sağlanmasının, 1739 Sayılı Milli Eğitim Temel Kanunu (1973)'nda yer alan Türk Milli Eğitiminin Temel İlkeleri başlıklı I. Kısım: "Genellik ve eşitlik ilkesi: Madde 4 - Eğitimde hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz." hükmüne aykırı olduğu iddia edilebilir. Çünkü sokak çocukları ve aileleri, eğitim için her koşulda ekonomik desteğe ihtiyaç duymakta; hatta temel ihtiyaçlarını dahi karşılayamadıkları görülmektedir. Sokak çocukları, resmi okullarda, kamusal eğitim imkânlarından bile gereği gibi yararlanamamaktadır. Bu araştırma bulgularına göre, 18 çocuktan, yalnızca 5'inin öğrenimine devam ettiği; onların da sadece 4'ünün ancak ortaokula, yani zorunlu eğitimin 2. kademesine kadar eğitim imkânlarından yararlanabildiği görülmektedir.

Demokratik bir eğitim yönetiminin; özellikle zorunlu öğrenim sürecinde, özel öğretim kurumlarında öğrenim gören öğrencilere, kamu kaynaklarıyla ekonomik destek sağlaması; "eğitimde genellik ve eşitlik" ile sosyal adalet ilkesine aykırılık teşkil edebilir. Bu yaklaşımla ele alındığında, sokak çocukları olgusal problemi, demokratik yönetim sistemlerinin; eşitsizlik ve sosyal adaletsizlik içeren uygulamaları sonucu yarattığı bir durum ve aynı zamanda eğitim politiği ve ekonomisi açısından, toplumsal tabakalar arasında nesiller boyu devam eden kronik bir sosyal hastalığıdır. Çocuklarının eğitimini, kamu okulları yerine, özel öğretim kurumlarında sürdüren ailelerin temel gerekçeleri, özel öğretim kurumlarında çocuklarına daha nitelikli eğitim imkânları sunulacağı beklentisidir. Demokratik yönetim sistemlerinde, kamu okulları yanında özel öğretim kurumlarının varlığı, öğrenim sürecinde seçenek çeşitliliği ve rekabet açısından savunulabilecek bir durumdur. Ancak bu olgu, doğrudan kamusal eğitimden yararlanan bütün çocuklara, devlet okullarında, özel öğretim kurumları gibi eşit fırsat ve imkânlar sunulup sağlandığında doğaldır. Fırsat ve imkân eşitliği sağlanmadığında ise çocuk-

ları özel öğretim kurumlarında öğrenim gören ailelere, ekonomik destek, devlet okullarındaki öğrenciler için "eşitsizlik ve sosyal adaletsizlik" yaratan bir uygulamadır. Özellikle sokak çocukları ve aileleri, bu yönetim yaklaşımıyla "yoksulluk kısır döngüsünü" nesiller boyu yaşamak zorunda kalmaktadır. Özel öğretim kurumlarına, kamu kaynaklarıyla sağlanan ekonomik destek, bu kurumların kalitelerini daha da artırmalarına neden olabilecek neo-liberal eğitim politikasıdır. Bu durumun eşitsizlik yaratan en önemli etkileri, kuşkusuz yoksullar, dezavantajlılar ve sokak çocukları üzerinedir (Florides, 2008; Malloy, 1992).

Gelişmekte olan ülkelerde, devlet gelirlerinin temelini oluşturan kamu kaynakları, genelde dolaylı vergiler aracılığıyla tüm yurttaşlardan elde edilir. Bu durum, aynı zamanda, kamu finansman kaynağının, alt, orta ve yüksek sosyo-ekonomik tabakalardan sağlandığını göstermekte; gerçekte dolaylı vergilerin kaynağının da daha çok, nüfusun önemli bir bölümünü oluşturan alt sosyo-ekonomik tabakalara doğru yayıldığını ortaya koymaktadır. Bu olgu, kamu kaynaklarının ve hizmetlerinin; özellikle sosyal tabakalar arasında gelir adaletsizliğine yol açmayacak şekilde, eşitlik ilkesiyle yönetilmesini zorunlu kılmaktadır. Orta ve üst sosyo-ekonomik tabakalara, kamu kaynaklarının dağılımı ve hizmetlerinin sunumunda; pozitif ayrımcılık yapmak; alt sosyo-ekonomik tabakalar için, nesiller boyu eşitsizlik yaratan, antidemokratik ve adaletsiz bir yönetsel uygulamadır (Erdağ, 2002; Erginay, 2003).

"Sokak Çocukları Araştırması"ndan" elde edilen sonuçlara göre, anne istihdamında, eğitimin herhangi bir etkisinin olmadığı; eğitime dayalı sosyal güvenlik imkânının bulunmadığı saptanmıştır. Bu durumun annelerin öğrenim düzeyinin yetersizliğinden kaynaklandığı belirlenmiştir. Sokak çocuklarının babalarının istihdamında hem vasıfsız işçiliğin hem de işsizlik durumunun yaygınlığında, aileler, özellikle sosyal dışlanmışlığın etkisini vurgulamaktadır. Baba istihdamında da eğitimin etkisinin oldukça yetersiz olduğu saptanmıştır. Ancak sokak çocuğu ailelerinde, baba istihdamının, anneye göre daha yüksek olduğu görülmektedir. Baba istihdamının daha yüksek oranlarda ortaya çıkmasının nedeni, geleneksel ataerkil aile yapısına ve baba öğreniminin, anne öğreniminden daha yüksek olması ile açıklanabilir.

Ebeveynin hem istihdamı hem öğrenim durumu dikkate alındığında, ortaya çıkan yetersizlik, olumsuzluk ve imkânsızlıklar, ailelerini olduğu gibi sokak çocuklarını da önemli ölçüde etkilemektedir. Sokak çocukları ebeveynlerinin olumsuz sosyo-ekonomik durumlarını, bizatihi yaşamak zorunda bırakılmaktadırlar. Demokratik kamusal yönetim sorumluluklarının karşılanamaması, sokak çocuklarının aileleriyle aynı geleceği anlamsızca ve hiç de adil olmayan bir şekilde yaşamalarına neden olmaktadır.

Araştırmadan elde edilen yukarıdaki sonuçlar doğrultusunda aşağıdaki öneriler geliştirilmiştir:

- Sokak çocuklarının, özellikle ve öncelikle zorunlu eğitim sürecinde, "tam zamanlı öğrenci" olmalarının sağlanması için, kamu eğitim yönetimiyle

okul yönetimlerinin gerekli bütün yükümlülükleri yerine getirmeleri, hesap verebilir, denetlenebilir ve şeffaf yönetim uygulamaları gerçekleştirmeleri konusunda kamuoyuna karşı sorumlu olmaları sağlanmalıdır.

- Sokak çocuklarının "tam zamanlı okullaşmaları" için, öncelikle temel fizyolojik, güvenlik, psikolojik ve sosyal ihtiyaçlarının karşılanmasına çalışılmalıdır.
- Sokak çocuklarının, eğitim ihtiyaçlarını karşılayabilmek için, onlara evlerinde ve okullarında bire-bir eğitim, etüt, danışmanlık vb. uygulamalarla öğretim desteği verebilecek çok yönlü faaliyetlerin hayata geçirilmesi temin edilmelidir.
- Milli Eğitim, Aile ve Sosyal Politikalar Bakanlığı ile TÜBİTAK vb. kurumlar, sokak çocukları ve ailelerinin yaşam biçimlerinin ele alındığı; sonuçlarının kamuoyuyla tartışıldığı uzun dönemli ve geniş çaplı araştırmaları destekleyip özendirmelidir.
- Sokak çocukları ve ailelerinin demokratik sistemden, sosyal, politik ve ekonomik açıdan ne derece yararlandıklarının uzun dönemli bilimsel kayıtları tutulmalıdır.
- Kamu ve yerel yönetimlerle eğitim ve okul yönetimlerinden sorumlu tarafların, sokak çocuklarını demokratik imkânlardan ne derece yararlandırdıkları, hesap verebilir uygulamalarla ortaya konulmalıdır.

Kaynakça

- Alp, H., Özkan, B., Altınkaynak, S., Orbak, Z., Hakan Yiğit, H. ve Ertekin, E. (2000). Erzurum'da sokakta çalışan çocukların sosyo demografik özellikleri. Türk Pediatri Arşivi, 35, 2, 119-123.
- Anderson, J. (2007). *Restoring children of the streets (5th edition)*. ACTION Philippines. Metro Manila, Philippines.
- Bakar, C.; Maral, I. & Aygün, R. (2004). Socio-demographic properties, reasons for working and working life related properties of children studying at Ostim and Ahievran apprentice training centers. *Mesleki Sağlık ve Güvenlik Magazine,* 17, pp. 21-27.
- Başer, G. (1995). Bir toplumsal sınıf ve bir yaşam biçimi yoksulluk. Hemşire, 45, 2, ss. 20-22.
- Erdağ, N. (2002). *Türk vergi sistemi.* İstanbul: Beta Yayınları.
- Erginay, A. (2003). *Kamu maliyesi (17. baskı)*. Ankara: Savaş Yayınları.
- Florides, A. (2008). Human capital: A theoretical outline. http://www.maths.tcd.ie/local/ JUNK/econrev/ser/html/hkap2.html, [Retrieved on 9.12.2014]
- Güngör, M. (2008). Evrensel bir sorun olarak çocuk suçluluğu ve sokakta çalışan ve yaşayan çocuklar. *Adıyaman Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi,* 1, 1, ss. 25-43.
- Gürses, D. (2007). Türkiye'de yoksulluk ve yoksullukla mücadele politikaları - Poverty in Turkey and the Social Policies to Combat Poverty. *Balıkesir Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* 17, 1, ss. 59-74.

- Karatay, A. (1999). İstanbul'un sokakları ve çalışan çocuklar. 1. İstanbul Çocuk Kurultayı Araştırmalar Kitabı (ss. 453-542). İstanbul: İstanbul Çocuk Vakfı.
- Lemba, M. (2002). *Rapid assessment of street children in Lusaka.* Implemented by: Fountation of Hope FLAME Jesus Cares Ministries Lazarus Project MAPODE - Movement of Community Action fort the Prevention and Protection of Young People Against Poverty, Destitution, Disease and Exploitation. Zambia R ed Cross Drop-In Centre S t. Lawrence Home of Hope Mthunzi Center. Project Concern International Zambia UNICEF Zambia Netaid West Foundation.
- Malloy, C. (1992). Children and poverty: America's future at risk. *Pediatric Nursing,* 18, 6, pp. 553-557.
- Mckay, M. (1994). The link between domestic violence and child abuse: assesment and treatment considerations. *Child Welfare League of America,* 73, 1, pp. 29-39.
- MEB. (1974). Milli Eğitim Temel Kanunu. *14574 Sayılı Resmi Gazete.*
- Myers, W. E. (1989). Urban working children a comparison of four surveys, from South America. *International Labour Review,* 128, 3, pp. 321-335.
- Oliveiro, M. & Ciampone, M. H. T. (2001). Homeless children: the lives of a group of Brazilian street children. *Journal of Advanced Nursing,* 35, 1, pp. 42-49.
- Oto, R., Erdem, M., Sır, A., Özkan, M., Geter, R. (1998). Bir Güneydoğu kenti sokaklarında çalışan çocukların sosyo-demografik özellikleri. *Çocuk ve Gençlik Ruh Sağlığı Dergisi,* 5, 1, 23-27.
- Özbaş, M. (2010). İlköğretim okullarında öğrenci devamsızlığının nedenleri [The Reasons of Absenteeism in Primary Schools] Eğitim ve Bilim – Education and Science, 35, 156, ss. 32-44.
- Özbaş, M. (2011). İlköğretim okullarının sosyo-ekonomik açıdan dezavantajlı özelliklere sahip öğrenci ailelerinin eğitim ihtiyaçlarını karşılama düzeyine ilişkin veli algıları. EYFOR II. EĞİTİM YÖNETİMİ FORUMU 2023'e Doğru Eğitim Liderliği. EYFOR II. BİLDİRİLER KİTABI (ss. 60-70), EYUDER Eğitim Yöneticileri ve Uzmanları Derneği, 22 Ekim 2011 Başkent Öğretmenevi, Ankara.
- Özbaş, M. (2012a). Student and parental perceptions on meeting the educational needs of the disadvantaged students in the primary schools. Educational Research, 3 (3), 311-319.
- Özbaş, M. (2012b). Kız çocuklarının ortaöğretimde okullaşma oranlarına etki eden nedenlere ilişkin algıları. *IJTASE International Journal of New Trends in Arts, Sports & Science Education,* 1, 4, 60-71.

- Özdener, O. E. (2010). Adana ili toplumsal destek merkezi kayıt tabanlı 7-15 yaş grubu çalışan çocukların sağlık ve sosyal durumlarının değerlendirilmesi. Çukurova Üniversitesi Tıp Fakültesi Halk Sağlığı Anabilim Dalı, Yayımlanmamış Uzmanlık Tezi, Adana.
- Rizzini, I. & Lusk, M. W. (1995). Children in the streets: Latin Amercica lost generations. *Children and Youth Services Review,* 17, 3, pp. 391-400.
- Subaşı Baybuğa, M. ve Kubilay, G. (2003). Sokakta yaşayan/çalışan çocukların aile ve yaşadıkları konutun özellikleri. *Hemşirelikte Araştırma Geliştirme Dergisi,* 5, 2, ss. 34-46.
- Şahin, Ç. E. (2014). Eğitim ekonomisi ve finansmanı. (Editörler: M. Çelikten ve M. Özbaş). Eğitim Yönetimi (ss. 277-300). İstanbul: Lisans Yayıncılık.
- Tanır, F. (2007). TİSK-TÜRK-İŞ çocuk işçiliğine karşı toplumsal işbirliği projesi/Adana'da en kötü durumdaki çocuk işçiliği çalışmaları. *6. Sokakta Çalışan ve Yaşayan Çocuklar Sempozyumu, Diyarbakır.*
- Tatlıdil, E., Başargan, N. H., Yıldız, Ö. ve Kümbül B. (2001). İzmir'de çalışan çocuk ailelerinin sosyo-ekonomik özellikleri. ILO-IPEC Projesi, İzmir.
- T.C. Resmi Gazete. (1982). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası. Kanun No.: 2709. *9/11/1982 Tarih ve 17863 Sayılı Resmi Gazete.*
- T.C. Resmi Gazete. (1995). Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme. Yürütme ve İdare Bölümü – Karar Sayısı: 94/6423. *Başbakanlık Basımevi 27 Ocak 1995 Tarih ve 22184 Sayılı Resmi Gazete,* ss. 3-35.
- TÜRK-İŞ. (2014). *Mart 2014 açlık ve yoksulluk sınırı.* Türkiye İşçi Sendikaları Konfederasyonu TÜRK-İŞ Haber Bülteni. www.turkis.org.tr Erişim Tarihi: 01.11.2014
- Uğurhan, F., Buğdaycı, R., Şaşmaz, T., Öner, S. & Kurt, A. O. (2004). Socio-demographic characteristics and lives of children working or living in the streets of Mersin, TURKEY. *Turkish Journal of Public Health,* 2, 2, 68-74.
- UNICEF. (2006). *Dünya çocuklarının durumu 2006, dışlanmışlar ve görülmeyenler.* Ankara: UNICEF Yayınları. www.unicef.org/turkey/pc/_cr29.html Erişim Tarihi: 25.12.2014.
- Wright, J. D., Wittig, M. & Kaminsky, D. C. (1993). Street children in North and Latin America: preliminary data from proyecto alternativos in tegucigalpa and some comperisons with the US case. Studies in Comparative International Development, 28 (2), 81-92.
- Yıldız, Ö. (2007). "Sokakta çalışan çocuklar: Sorun mu? Çözüm mü?" *Gaziantep Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi,* 6, 2, ss. 57-66.

Aristoteles Felsefesi ve Hukukun Önkabulleri: Akıl, Özgürlük ve Eşitlik

Muttalip ÖZCAN*

Her toplumal yaşam tarzı ve bunu sürdürmekle görevli her devlet veya yönetim tipi ayırt edici özelliğini anayasasında bulur. Her bir anayasa, insanların ne için bir araya geldiklerini, yani toplumsal -ve dolaylı olarak bireysel- yaşamın ereğinin ne olduğunu, neden bir devlet kurduklarını ve dolayısıyla bu toplumu oluşturan her bir insanın ne için yaşadığını ve/veya yaşaması gerektiğini -yani, hayatta baş değer olarak kabul edilmesi gerektiğine inanılan şeyin ne olduğunu- somutlaştırıp ilan eden bir üst hukuk belgesidir. Anayasada dile getirilen bu "ne için", toplumsal ve bireysel yaşamın olduğu kadar devletin de ereğidir; devletin varlık sebebidir. Bir ülkenin iç hukuku da toplumu oluşturan bireylerin bu ereğe, yani değerli sayılan şeye veya şeylere hem bireysel hem toplumsal olarak ulaşmalarını olanaklı kılmak ve/veya bunu kolaylaştırmak amacıyla konulan ve yurttaş-yurttaş, yurttaş-devlet ilişkilerini düzenleyen kurallardan, bu amaç doğrultusunda yapılan/yapılacak düzenlemelerin dayanacağı ilkelerden, kurumların çalışma esaslarından, bu ereğe ulaşmak için sahip olunması gerekenlere karşılık gelen temel haklardan ve benzeri şeylerden oluşur ve dolayısıyla bu erek veya değerli sayılan şey değiştikçe hukuk sistemleri ve ona paralel olarak haktan anlaşılan şey de değişir; çünkü, hak olduğu düşünülen şey bireysel ve toplumsal yaşamın ereği olan ve insansal bir değer olduğu kabul edilen şeye ulaşmak ve ulaşılan bu şeyi korumak için gerekli olduğu düşünülen şeylerle doğrudan bağlantılıdır. İnsansal bir değer olarak kabul edilen şey veya şeyler ise her çağda doğrudan doğruya egemen insan anlayışından türetilir.

Dolayısıyla, günümüzde, bir ülkede toplumsal yaşamı düzenleyen ve devlet tipini belirleyen en üst ve en bağlayıcı hukuki metin olan ve daha sonra türetilecek kanunların kaynağını teşkil eden ve temel hakları belirleyen anayasalar ve hatta günümüzde bu anayasaların esas alması gerektiğine inanılan uluslararası insan hakları belgeleri de bir çağda ve/veya bir ülkede egemen olan insan ve değer anlayışına, bir anlamda bu "ne için"e göre belirlenir, şekillenir ve farklılaşır. Fakat, asıl mesele şudur: her insan ve değer anlayışı ve buradan türetilen her hukuk sistemi aynı değerde değildir; bazıları tür olarak insanın değerini koruyucu olma anlamında doğru, bazıları da tam tersi gerekçeyle yanlıştır. Dolayısıyla da bazı insan ve değer anlayışları, hukuki konularda, geçerli, sağlam bir felsefi temel sunabilirken bazıları ise mevcut durumu meşrulaştırma aracı olarak iş görür.

* Doç. Dr., Maltepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Öğretim Üyesi

Bu çalışmanın temel savı ise şudur: günümüzdeki mevcut halleriyle hem insan hakları maddelerinin hem de ülkelerin iç hukuk sistemlerinin türetildiği kaynak olan çağın, "akıl", "özgürlük" ve "eşitlik" kavramlarına dayalı *egemen* insan ve değer anlayışı çürüktür; bu nedenle de, mevcut hak anlayışı ve hakları korumak amacıyla oluşturulan hukuk sistemleri de sağlam bir felsefi temelden yoksundur.

Birleşmiş Milletler tarafından 1948 yılında kabul edilen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinin birinci maddesinde şu ifade yer almaktadır: "Bütün insanlar özgür, onur ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler, birbirlerine kardeşlik anlayışıyla davranmalıdırlar". Bu ifadede yer alan üç terim, yani, *akıl*, *özgürlük* ve *eşitlik* hem çağımızdaki yaygın insan hakları anlayışının hem de ülkelerin iç hukuk sistemlerinin dayandığı temele, çağdaş hukukun önkabullerine karşılık gelmektedir. Hukukun türetildiği bu temel veya önkabul(ler), her çağda olduğu gibi günümüzde de, daima belirli bir insan ve değer anlayışı olarak karşımıza çıkmakta ve bizlere şu inancı dayatmaktadır: tür olarak insan, akıl ve vicdan sahibi, özgür bir varlıktır; öyleyse, sen de *her* insan tekinin akıl ve vicdan sahibi, özgür ve biribirine eşit olduğunu kabul etmelisin. Bu insan anlayışını biraz irdeleyince görürüz ki, burada içerilen belirleyici insansal değer, yani tür olarak insanın ayırt edici özelliği olarak kabul edilen şey, onun *akıl* sahibi olmasıdır; tür olarak insanın akıl sahibi bir varlık olmasıyla diğer var olanlardan ayrıldığı düşünülür. Diğer özellikler, vicdan ve özgürlük ise bu yetiyle, akılla bağlantılı insansal değerler, eşitlik de bunlardan türetilen bir varsayım olarak karşımıza çıkar. Ve hukukçulardan sorgulamaksızın bunlara inanmaları ve bu inançtan hareketle de hem insan hakları maddelerini hem de iç hukukun dayandığı ilkeleri türetmeleri ve gerekçelendirmeleri beklenir. Yani, bu önkabul(ler)in bizlere, hem neyin bir hak olduğunu/olması gerektiğini hem de neden bir hak olduğunu söylemesi beklenir.

Başka bir anlatımla, günümüzde hemen hemen her türlü hukuki metin, insan tekelerini, akıl sahibi, yani neyin insana yakışır, neyin yakışmaz olduğu, bir insan olarak ne yapması ne yapmaması gerektiği, neyin doğru neyin yanlış olduğu gibi, enine boyuna düşünerek doğru değerlendirme yapabilmeyi gerektiren konularda kendi başına, yeterli bilgi, yeti ve tinsel donanıma sahip birer varlık olarak kabul etmektedir. Bu birinci önkabulden hareketle de akıl sahibi her varlığın özgür, yani *etki altında kalmadan*, "özgür iradesiyle" ve aklını kullanarak her zaman *doğru* tercihte bulunma veya kanunun emrettiği şeyi yapma kadar yapmama gücüne de sahip olduğu, eş deyişle, her insanın başka türlü de eyleyebilme olanağına sahip olduğu, bu anlamda özgür ve dolayısıyla da yargılanabilir olduğu kabul edilir. Nitekim, bu iki yetiye, yani akıl ve özgürlüğe sahip olmadıkları kabul edildiği için çocuklar ve akli dengesi yerinde olmayanlar cezai yaptırımdan muaf sayılır; yukarıda sayılan insansal vasıflara sahip olmadıkları için yargılanamaz oldukları kabul edilir. Bu iki önkabulden hareketle de, günümüz hukukçuları ya da mevcut hukuk sistemleri insanların eşit olduğunu varsayar, ama eşitliğin ne olduğunu ve

insanların neden eşit olduklarını yeterince açıklayamaz. Çoğunluk tarafından kabul edilen görüş, eşitliğin, insanların yasalar önünde eşit olduğu, hiç kimsenin yasalar karşısında ayrıcalıklara sahip olmadığı fikrini dile getirdiği yönündedir. Ama meselenin asıl can alıcı yönü, iç hukuk sistemlerinin, gerekçelendirip açık bir şekilde ortaya koymadıkları, dolayısıyla herkesin kendisine göre yorumladığı bu eşitlik ilkesinden hareketle; (a) bir ülkede doğan her insan tekini yurttaş kabul etmeleri ve (b) her insan tekinin -hem bir insan hem de bir ülkenin yurttaşı olarak- diğerleriyle eşit haklara sahip olduğunu ve dolayısıyla haklar bakımından eşitsizliğin adaletsizliği doğuracağını, adaletin de mutlak eşitlikte yattığını ve (c) insanların sadece haklar değil, yapı bakımından da eşit olduğunu, herkesin değişmez olduğu varsayılan bir insan doğasından eşit pay aldığını kabul ediyor olmalarıdır. Çünkü, insanların yapı bakımından eşit olmadıklarını kabul ettiğimizde haklar bakımından eşitlik ilkesini hangi temel üzerine oturtabiliriz? Söz gelimi, "her insanın yaşamaya hakkı vardır" veya "her insan düşüncesini açıkça beyan etme hakkına sahiptir" türünden eşitlik esaslı hak iddiaları karşısında "neden her insan yaşama ve/veya düşüncesine beyan etme hakkına sahiptir?" diye soracak olursak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi gibi metinlerde cisimleşen anlayış bize, ortak bir insan doğasına gönderme yaparak, şunu söyleyecektir: "çünkü her insan, akıl ve vicdan sahibidir, özgür ve eşittir". Peki, "her insan akıl sahibidir" önermesinden her insan yaşamayı hak eder sonucu geçerli olarak çıkar mı? Elbette, hayır.

Çağdaş hukuk işte bu önkabuller üzerine, akıl, özgürlük ve eşitlik üzerine inşa edilir ve ben bu önkabullerin geçersiz olduklarını, çağdaş hukukun benimsediği bu akıl sahibi, özgür ve eşit insan tasarımının hatalı olduğunu ve dolayısıyla günümüzde hukukun sağlam bir felsefi temelden yoksun olduğunu ileri sürüyorum. Eğer benim iddiam doğru ise yeni bir insan ve değer görüşüne ve buradan hareketle türetilecek yeni bir hukuk ve/veya hak anlayışına ihtiyacımız olduğu kanıtlanmış olacaktır.

Neden böyle bir iddia ortaya attığımı ve çağdaş hukuk sistemlerinin türetildiği ve yukarıda kısaca açıkladığım hatalı insan ve değer anlayışının felsefi kökeninin ne olduğunu felsefe tarihinden iki örnekle, Hugo Grotius ve Aristoteles düşüncelerini kısaca karşılaştırarak anlatmak isterim.

Hugo Grotius ve Doğal Hukuk

Grotius'a göre bir hayvan türü olan insanı diğer hayvanlardan farklı kılan özelliklerden birisi onun akıllı doğası, diğeri ise toplum içinde yaşama isteğidir (appetitus societatis); "**başka bir deyimle , insanın, benzerleriyle, nasıl olursa olsun değil, fakat aklının elverdiği ölçüde, düzenli ve barışçıl yaşama isteği vardır"** (Grotius, s.6). İnsan doğasını akıl, dil ve bir arada yaşama isteğiyle -toplumsal varlık oluşla- özetleyen Grotius, doğal hukuku da bu tür bir insan doğasına dayandırır. Pozitif hukuk, iç hukuk ya da yurttaşlar hukuku denilen hukukun ve dolayısıyla hakların kaynağı ve dayanağı da bu tür bir doğal hukuktur.

Kalın çizgilerle belirttiğimiz bu toplumculuk, ya da insanın, toplum yaşantısını aklına uygun bir biçimde süregötürmekte gösterdiği düzen, gerçek adıyla hukukun da kaynağıdır. Bu hukuk da, genel olarak

şuna varmaktadır: Başkasının malına el uzatmaktan çekinmek; başkasının malını ve bundan edinilmiş kazançlar varsa, bunları geri vermek; sözünü tutmak; kusurlarıyla yaratılmış zararı gidermek; ve insanlara hak ettikleri cezaların uygulanması (Grotius, 1967, s.6-7).

Dolayısıyla, Grotius, "..., doğal hukukun anası insan doğasının kendisidir", der; çünkü insan doğası, insanları türdeşleriyle bir arada yaşamaya zorlar. Yurttaşlar hukukunun -iç hukuk veya pozitif hukukunanası da, bir ülkenin yurttaşlarının kendi rızalarıyla kabul ettikleri yükümlülüklerdir; ki bu yükümlülükler de yine insan doğasına dayanır (1967, s.8). Peki, doğal hukuk nedir? Grotius'a göre, "**doğal hukuk, bir eylemin, akıllı ve toplumsal doğaya uygunluğu ya da aykırılığı bakımından, moral yönden gerekli olup olmadığını gösteren doğru aklın (recta ratio) birtakım ilkeleridir**"; "aklın bize kimi ilkelerini gösterdiği bu davranışlar, nitelikleri bakımından, ya uyulması zorunlu ya da yasaklanmış eylemlerdir" (1967 , s.18).

Doğal hukuku akıllı insan doğasına dayandıran Grotius'a göre, doğal hukuku gözetmesi gereken iç hukuk da kamu gücüne dayanan hukuktur. Kamu gücü, devleti yöneten güçtür. "**Devlet de, özgür kişilerin, kendilerine tanınan haklardan barış içinde yararlanmak ve ortaklaşa çıkarlarını gerçekleştirmek üzere, birleşerek oluşturdukları eksiksiz bir topluluktur"** (Grotius, 1967, s.20). Peki, bu toplum ve devlet ne için kurulmuştur, amaç nedir?: "Gerçekten, toplumun amacı, herkesin kendisinin olan şeylerden güvenlik içinde yararlanmasıdır; buna ulaşmak için de, bütün toplumun yardımı ve birleşmiş gücü aracı ve destek olmaktadır"; daha açık bir ifadeyle, toplumsal birlik, herkesin kendi mülkiyeti altında olan şeyden, bunun başında kendi canı-bedeni ve malı-mülkü gelir, güvenlik içinde yararlanmasını olanaklı kılmak için yaratılmıştır (Grotius, 1967, s.24). Başka bir deyişle, sadece Grotius'a göre değil, neredeyse toplum sözleşmesini savunan, başta Hobbes olmak üzere, bütün modern dönem liberal düşünürlerine göre, devletin varlık sebebi ve hukukun koruması gereken şey, **içinde can güvenliğini de barındıran özel mülkiyettir**. Yukarıdaki alıntıdan da çıkartılabileceği gibi, insanın akıl sahibi olması da özel mülkiyeti koruma ihtiyacı ve isteğiyle ilişkilendirilir. Basit bir akıl yürütmeyle şöyle söylenir: her insan önce yaşamak ister, yaşayabilmesi için de mala mülke ihtiyacı vardır. İnsanlar özgür ve eşit olduğundan her insanın, ister bir soylu isterse de bir köylü olsun, mülkiyetinde olanı savaşmadan, barış içinde koruyup artırabileceği ve böylece mutlu bir hayat sürdürebileceği bir toplu yaşam herkes için iyidir ve herkesin hakkıdır; öyleyse, savaşmayalım, biribirimizin iyisine/iyiliğine engel olmadan, bir arada barış içinde yaşayalım; sorunlar çıkarsa da sahip olduğumuz yüce yetenek olan dille, konuşup anlaşarak bunu çözebiliriz; akıl biz insanlara bunu söyler ya da akıllı olmak böyle bir şeydir. Öyleyse, bu akıl yürütmeye göre, akıllı olmak, bireysel ve toplumsal yaşamda gerçek çıkarının –interest- nerede yattığını görebilmek ve çıkarla ilgili sorunlarla karşılaşıldığında da bunları konuşarak çözebilmektir.

Bu tür akıl yürütmelerden hareketle, modern Avrupa düşüncesinin ulaştığı nihai sonuç şudur: devletin, toplumun ve bireylerin, bireysel mülkiyetin korunması

ve/veya can ve mal güvenliğinin sağlanmasının, kısacası bireysel yarar ve çıkarın gözetilmesinin ötesinde bir değere, antik dönem fizoloflarının deyişiyle ortak bir insansal iyiye yönelmesi mümkün değildir, çünkü toplum sözleşmesine ilişkin düşünceleri her ne kadar Grotius tarafından şiddetle eleştirilse de Hobbes'un söylediği gibi, bu tür en yüksek iyi (summum bonum) veya ortak insansal iyi diye bir şey yoktur; bu düşünce bir ham hayaldir; "çünkü, iyi, kötü ve değersiz sözcükleri, onları kullanan kişinin bakış açısından kullanılır: mutlak ve basit olarak iyi, kötü ve değersiz olan hiçbir şey yoktur". İyinin ve kötünün ne olduğu konusunda bir karara varma yetkisi devletin olduğu yerde devlete veya onu temsil edene, yoksa bireyin kendisine aittir (Hobbes, 2004, s.48).

Ne var ki, iyi ve kötünün temeline olduğu gibi, yanlışlıkla aynı şekilde değerin ve değerliliğin temeline de haz ve acıyı ya da yarar ve zararı oturttuğumuzda, tür olarak insan açısından değer veya değerli sayılan şeylerin yere, zamana ve bireye göre değiştiği sanısının ortaya çıkması kaçınılmaz olacaktır. **Bu durumda, toplumsal yaşam ve devlet, çatışan iyiler peşinde koşan bireylerin, bu iyilerine birbirlerine zarar vermeden ve mümkün olduğunca zahmetsiz bir şekilde erişebilmesi için kurulmuş bir birlik ya da bir tür "ortak çıkar" ittifakı olacaktır.** Bu durumda hukuk da bireylerin bu çatışan iyilere birbirlerine zarar vermeden ulaşmalarını sağlayan ya da Aristoteles'in hayvanlara özgü saydığı ve haz yaşamı olarak adlandırdığı yaşam biçimini düzenleyen bir araç olacak, neyin bir hak olduğu neyin bir hak olmadığı da buna göre belirlenecektir.

Günümüzde yaygın kabul gören insan ve değer anlayışının ve buradan türetilen devlet ve hukuk anlayışının kaynağı modern Avrupa felsefesinin doğurduğu bu türden fikirlerdir. **Grotius, Hobbes, Locke, Hume, Mill ve benzerlerinin bu liberal fikirleri sayesinde, insanların akıl sahibi, özgür ve eşit oldukları düşüncesine ulaşmakta ve buradan hareketle de mevcut anayasaları ve hukuk sistemlerini türetmekte, bunu yaparken de antik dönem düşüncesini tamamen gözardı etmekteyiz.** Peki, bu konularda Aristoteles bizlere ne söylemekte; 21.yüzyıl insanının antik dönem filozoflarından öğrenebileceği hiçbir şey yok mudur, gerçekten?

Aristoteles: Akıl, Özgürlük ve Eşitlik

Aristoteles, bir devlet kurmak isteyen, bir anayasa hazırlayan kişilerin öncelikle "herkes için en çok istenilen yaşam" türünün ne olduğu konusunda bir görüş birliği içinde olmaları gerektiğini vurguladıktan sonra (Politika, s.195), şöyle söyler: "**Gerek bireyler, gerekse şehirler için en iyi yaşam, erdemin gerektirdiği eylemleri yapmaya yetecek kadar maddi varlıkla desteklenmiş, erdemi olan yaşamdır" (**Aristoteles, 1993, s.197). Peki, tür olarak insan için en iyi yaşam neden erdemli yaşamdır?

Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik* adlı yapıtında, öncelikle, bilinen belli başlı üç yaşam biçimininin, haz yaşamı, siyaset yaşamı ve teoria yaşamının bir kişiyi insansal iyiye ulaştıramayacağını gerekçeleriyle birlikte ortaya koyduktan sonra, bunların dışında, sırf insana özgü bir yaşam biçiminin var olup olmadığını sorgulamaya başlar. Ve araştırmasını tür olarak

insanın hayatta sırf kendisine özgü bir işi olup olmadığı sorusunda yoğunlaştırır; çünkü biz her bir insanı yaptığı işe göre adlandırmakta ve onu diğerlerinden ayırmaktayız; demirciye yaptığı işten dolayı demirci, gemiciye yaptığı işten dolayı gemici, gitarcıya yaptığı işten dolayı gitarcı demekteyiz. Öyleyse, hayatta eğer sadece tür olarak insanın yapabildiği veya yapabileceği bir iş varsa, bu onun ayırt edici özelliğini, yani tür olarak insanı insan yapan şeyi oluşturacaktır. Aristoteles, bu akıl yürütmeden hareketle, **tür olarak insanın işinin**, önce, ruhun akla uygun etkinliği olduğunu söyler. Ama hemen arkasından, aklın ayırt edici bir özellik olarak alınmasının tek başına yeterli olamayacağını belirtir. Çünkü, önemli olan doğal bir özelliğe veya yetiye sahip olmak değil, bunu hayata en iyi şekilde -insana yakışır şekilde- geçirmektir; tıpkı gitar çalmaya yeni başlayan bir insana değil, iyi gitar çalana gitarcı dememiz gibi. Nasıl ki, bir insana gitarcı demek için sadece gitar çalması değil, iyi gitar çalması gerekiyorsa -yani kendi alanında bir üstünlüğe, *arete*ye, erdeme ulaşmış olması gerekiyorsa- tür olarak insan söz konusu olduğunda da birisine "insan" diyebilmemiz için ruhun sadece akla göre değil, aynı zamanda erdeme göre eylemesi, yani akıl gibi bir yetinin erdemli bir şekilde hayata geçirilmesi gerekmektedir. Bu akıl yürütmeden hareketle, **Aristoteles, insanın işinin, yani onu diğer varlıklardan farklı kılan şeyin, ruhun sadece akla değil, aynı zamanda erdeme uygun etkinliği olduğu sonucuna ulaşır** (Aristoteles, 1998, 1098a 5-30). **Peki, akıl ne zaman kendi erdemine ulaşır; ya da etik akıl dediğimiz şey nedir?**

Aristoteles, yine *Nikomakhos'a Etik*'te, insan ruhunu incelerken**, iki tür akıldan, yani aklın iki farklı kullanımından söz eder;** ayrıntısına girmeden belirtecek olursak, bunlar teorik akıl -bilimsel yan- ve pratik akıldır -tartan yan- benim etik akılla ilişkilendirdiğim yan. Bu iki akıl, kendi işini iyi yaptığında -birisinin işi ilk ilke ve nedenleri ortaya koymak, diğerinin işi, tartmak, enine boyuna düşünüp taşınarak, insan için en iyi olanın ne olduğuna karar vermek-, teorik alanda teorik bilgeliğe, pratik alanda *phronesise* -aklı başındalık veya pratik bilgelik dediğimiz erdeme- ulaşılır. İşte, ancak bu koşul yerine getirildiğinde, yani akıl bu iki tür erdeme ulaştığında bir insan hem akla hem erdeme uygun eyleyerek, bir insan olarak kendine özgü işi gerçekleştirmiş, ereğine ulaşmış, ne ise o olmuştur; yani diğer var olanlardan farkını ortaya koyabilmiş, ayırt edici özelliğine kavuşmuş, tam bir insan olmuş demektir. Çünkü, Aristoteles'e göre, her var olanın bir ereği olduğundan, bir şeyin ne ise o olma süreci, gülün gül, tilkinin tilki, insanın insan olma süreci, tamamlanması, özünü gerçekleştirmesi, o şeyin kendi ereğine ulaşmasıyla mümkün olur. Bu nedenle, insanın da hayattaki işlevini, işini yerine getirip ereğine ulaşabilmesi için her iki tür aklın kendi erdemine ulaşması gerekir. Fakat, bu pratik alanda her insan tekinin kolayca başarabileceği bir iş değildir.

Çünkü, bu iki düşünce erdeminden, teorik bilgelikten farklı olarak, haz ve acıyla ve dolayısıyla yapıp etmelerle bağlantılı olan *phronesis*, aklı başındalık erdemi, doğrudan tek kişiyle ilgilidir ve ulaşılabilmesi için bir kişinin eylem hayatının içinde olmasını ve Aristoteles'in karakter erdem-

leri veya etik erdemler dediği adalet, dostluk, ölçülülük gibi alışkanlıkla elde edilen erdemlere de sahip olunmasını gerektirir. Etik erdemler, hayattaki amacımızın ne olması gerektiğini gösterir, bir düşünce erdemi olan aklı başındalık da bu amaçla ilgili doğru araçları (Aristoteles, 1998, 1144a 5-10; 1144b20-1145a 10). Söz gelimi, amacımız adil olmak ise her tek durumda adil bir kişinin ne yapması gerektiğini, düşünüp taşınarak bize söyleyen, yani nasıl adil olunabileceğini gösteren *phronesis-t*ir: "...aklı başındalık insansal şeylerle ve üzerinde düşünüp taşınılacak şeylerle ilgilidir. Aklı başında kişinin ödevi özellikle budur iyi düşünüp taşınmaktır"... (1998, 1141b 10). Dolayısıyla, Aristoteles'e göre, bir insanın erdemli bir kişi olabilmesi için hem insana uygun amaçlara -etik erdemlere- hem de bu amacı gerçekleştirmeye uygun -phronesisin yardımıyla elde edeceği- insansal araçlara ihtiyacı vardır; erdemli olmak, hem uygun/doğru şeyleri amaç edinmeyi hem de bu amaçlara herhangi bir şekilde değil, uygun/doğru araçlarla ulaşılmasını gerektirmektedir.

Fakat, **her düşünüp taşınma -her akıl yürütme-, iyi düşünme, yani aklı başındalık değildir;** söz gelimi, kendine egemen olmayan kişi ve fena kişi de -akıllıdır ve- enine boyuna düşünür, "dolayısıyla bunlar büyük bir kötülük elde etse bile sağ düşünmüş olacaktır". Oysa düşünüp taşınmanın iyi olması için sadece (sağ) akla uygunluk yeterli değildir; bunun için, (a) hem tek kişi için hem de tüm insanlar için iyi olanın ve insanın işinin (ereğinin) ne olduğunun bilinmesi -bir tür etik eğitim almış olmak-, genel amacın gözetilmesi ve buradan hareketle yapılan düşünüp taşınma sonucu verilen kararın, (b) sağ akla (orthos logosa) uygun olması gerekir (Aristoteles, 1998, 1142b 10-25). Ayrıca, Aristoteles, aynı kişilerin anlayışlı, aklı başında, doğru yargılayan ve uslu olduklarını savunur; yani bütün bu özellikler bir ve aynı kişide toplanır (1998, 1143a 20-30); aklı başında kişi doğru yargılayandır -doğru değerlendirmeler yapan-, doğru yargılayan kişi aklı başında olandır.

Buraya kadar anlatılanları toparlayacak olursak, Aristoteles düşüncesinde, bir kişi aklı başında olmadan karakter erdemlerine sahip olamaz, karakter erdemlerine sahip olmadan da aklı başında olamaz. Bu iki tür erdem bir kişide bir araya gelmediğinde ise sahip olunan doğal yatkınlık bir erdem, bir üstünlük sayılamayacağı gibi, akıl da ayırt edici bir özellik olamaz; yani kişi, akla sahip olsa bile kendi ereğine henüz erişmemiş, henüz tam olarak insanlaşmamış olur. Çünkü, Aristoteles'e göre, daha önce değindiğimiz gibi, her var olan bir şey içindir, yani bir ereği *–telos*u- vardır ve bir şey ancak kendine özgü iş ne ise onu gerçekleştirdiğinde ereğine ulaşmış olur ve ona ulaştığında tamamlanır; ne ise gerçek anlamda o olur. Söz gelimi, kesmeyen bıçak bıçak değildir; henüz portakal vermemiş bir ağaç portakal ağacı değildir; adaleti sağlayamayan devlet devlet değildir; karakter ve düşünce erdemlerine ulaşmamış bir insan da insan değildir. Peki, her bir insan teki, bu erdemlere ulaşıp, insanlaşmasını tamamlayabilir mi; yani ruh her bir insanda hem akla hem erdeme uygun eyleyebilir mi? Özellikle, *phronesis* ile etik erdemler arasındaki kopartılamaz bağı dikkate aldığımızda yanıtımız, "hayır", olacaktır. Ayrıca, erdemlerin, ne doğal olarak ne de

doğaya (yapıya) aykırı olarak edinildiğini, kişilere açık birer olanak olduğunu söyleyen Aristoteles'e göre insanların erdemli birer kişi olabilmesi için şu üç koşulun karşılanmış olması gerekir: "bunlar, doğa [yapı], alışkanlık ya da eğitim ve akıldır" (Aristoteles, 1993, s. 219-220).

Öyleyse, diyebiliriz ki, **"insan akıl sahibi bir varlıktır" iddiası Aristoteles felsefesinde modern dönem filozoflarının anladığı anlama gelmemektedir; yani akıl, her bireye çıkarının nerede yattığını gösteren ve onu gözetmesini buyuran araçsal akıl anlamında akıl, tek başına alındığında, her bir insan tekinin sahip olduğu ama her bir insan tekinin insanlaşabilmesi için yeterli olmayan bir yeti ve özelliktir;** akıl, -ender ortaya çıkan erdemli, üstün insanlar söz konusu olduğunda- ancak ve ancak erdemlerle donatıldığında ayırt edici bir özellik olabilmektedir. Bu durumda ise şunu rahatlıkla söyleyebiliriz; akıl sahibi olan çoğunluk, -erdemleri hayata geçirerek- insanlaşma olanağına sahip olan, ama henüz bu olanağı etkinlik haline geçirememiş bireylerden oluşur. Çünkü, erdemler, ne toplumsaldır ne doğuştan gelir, ne de doğaya aykırı edinilir; erdemler, insan tekleri için birer olanaktır, doğuştan sahip olunan birer özellik değildir. Zaten adaleti sağlamakla görevli devlet de bunun için vardır: yurttaşların erdemli bir hayat sürdürebilmeleri, yani olanak halinde olanı etkinlik haline geçirebilmeleri ve böylece insanlaşabilmeleri için -yoksulluğu ortadan kaldırmak, uygun kamusal bir eğitim vermek ve adaleti sağlamak gibi- gerekli koşulları yaratmak, devletin varlık sebebidir.

Aslında, Aristoteles'in özgürlük ve eşitlik görüşü de doğası itibariyle, bu insan, akıl ve erdem görüşünden ayrı olarak incelenmeye izin vermez. Peki, Aristoteles'e göre, özgürlük nedir? Kimdir özgür kişi? Herkes özgür olabilir mi? Şimdi bu sorulara yanıt arayalım.

Öncelikle akılda tutulması gereken nokta şudur: Aristoteles felsefesinde özgürlük, üç şekilde, (a) toplumsal-siyasal açıdan, (b) kişi açısından, (c) tür olarak insan açısından ele alınabilir. Toplumsal ve siyasal açıdan özgürlük, köleliğin karşıtı olarak kabul edilen şeydir; bir başkasına bağlı ve bağımlı olmamak anlamında köle olmamak demek, özgür olmak demektir ve özgürlük, yurttaş olabilmenin ve dolayısıyla yurttaşlık haklarından yararlanabilmenin temel koşuludur. Bu anlamda özgürlük, yani toplumsal-siyasal bir değer olarak sunulan özgürlük, genellikle demokrasi yanlılarının savunduğu bir fikir olarak "isteyenin istediğini yapması" anlamında özgürlükle iç içe geçtiği için temkinli yaklaşılması gereken bir konu olarak karşımıza çıkar. Çünkü, demokratlar, neredeyse herkesin özgür, yani yurttaşlık haklarına sahip bir kişi olmasını isterler ve özgür olmaktan da isteyenin istediğini yapmasını anlarlar. Bu tür bir aşırı özgürlük isteği hem Platon'a hem de Aristoteles'e göre, insanı köleleğe götürür. İkinci tür ve bizi asıl ilgilendiren özgürlük ise karşımıza bazı insanların bir tür özelliği olarak çıkar. Fakat, burada bir parantez açarak belirtmek gerekirse, bir kişi özelliği olarak kendine egemen olma ile aynı anlama gelen bir fikir olarak özgürlük Aristoteles metinlerinin satır aralarından çekip çıkartabileceğimiz bir fikirdir.

Sözü uzatmadan belirtecek olursak, tıpkı Platon gibi Aristoteles'e göre de bir insan yukarıda kısaca söz ettiğimiz düşünce ve karakter erdemlerine sahip olmadan özgür bir kişi olamaz. Çünkü, özgürlük kişi bağlamında, belirli insanların, yani erdemli insanların bir tür özelliği olarak karşımıza çıkar. Erdemli bir kişi, arzu ve istekleri aklı değil, aklı arzu ve isteklerini -iştahı- yöneten, kendi kendisine egemen, kendi kendisinin efendisi olan kişidir; aklı, arzu ve tutkularının hizmetinde olan birisi ise kendi kendisinin efendisi değil, kölesidir. Kendi içinde, ruh ile beden, akıl ile arzu ve istekler arasında dengeyi sağlamış, kendi kendisine egemen, kendi kendisinin efendisi olmuş bir kişi, aynı zamanda özgür bir kişidir. Bu tür insanlar yapısı/doğası gereği özgürdür. Bu insanları zincirlere bile vursanız bir köle yapamazsınız. Buna karşılık bazı insanlar ise yapısı/doğası gereği köledir; sahip oldukları aklı, yalnızca bireysel yarar ve çıkarlarının hizmetinde bir araç olarak kullanırlar; bu tür insanları da ne yaparsanız yapın özgür bir kişi yapamazsınız. Aristoteles, bu gerçeği şöyle açıklar: bir insanda, eylem hayatıyla, arzu ve iştahla ilgili olan bu kısım -ruhun akıldan pay alan kısmı-, ruhun kendisi akıl sahibi olan kısmının yönetimi altına girmişse, ona boyun eğmişse**,** bu tür insanlara kendine egemen ya da kendi kendisinin efendisi denilir (1998, 1102b 27). Ama ne yazık ki, çoğunluk söz konusu olduğunda, kendisi akıl sahibi olmayan, akıldan yoksun olan kısım akıllı kısma katılmaz, onun sözünü dinlemez; bu tür insanlara da kendisine egemen olamayan ya da arzu ve isteklerinin kölesi olmuş kişi deriz.

Başka bir anlatımla, Aristoteles felsefesinde, birbirinden bağımsız olarak var olamayan ruh (eidos) ve bedenden (maddeden) oluşan bir bütün olarak insan tekinde yönetici kısım, özü akıl olan ruh olmalı, arzu ve isteklerin kaynağı olan ve Platon'un vurguladığı gibi, içimizdeki hayvansal yönü temsil eden beden de ona itaat etmelidir. Her kimde ruh bedeni yönetiyorsa, bu insan, iyi koşullarda yaşar ve iyi bir insandır; buna karşılık, her kimde beden ruhu, yani arzu ve istekler aklı yönetiyorsa bu kötü insandır ve kötü koşullarda yaşar. Bir insana insan diyebilmemiz için, temel işlevi düşünmek olan akıllı kısmın ya da ruhun insana özgü olan kısmının, ruhun hayvanlarda da bulunan ve akıldan yoksun olan arzu ve isteklerle ilgili kısmını erdemli bir şekilde yönetiyor olması gerekir.

Burada, yeri gelmişken, bir parantez açıp, insan ruhundan, insanlar arası ilişki meselesine geçecek olursak, Aristoteles'e göre, özgür yurttaşlar arasındaki yönetenyönetilen ilişkisi ruhun akıllı kısmının arzu ve istekleri ölçülü bir şekilde yönetmesine benzer. Efendi-köle arasındaki yönetenyönetilen ya da egemenlik ilişkisi ise ruhun bedeni yönetmesine benzer. Her iki egemenlik türü de gerekli ve zorunludur, ama ikisi arasında şöyle bir fark vardır. Özgür kişinin, özgür kişiyi veya devlet adamının yurttaşları yönetmesi, aklın iştahı yönetmesi gibi belirli kurallar, yasalar çerçevesinde gerçekleşir, oysa efendinin köleyi ve ruhun bedeni yönetmesinde bir sınır yoktur, mutlaktır. Aradaki bu farka rağmen, her iki tür egemenlik ilişkisi de her iki taraf açısından hem doğal hem de uygundur. Bunun tersinin olması, bedenin

ruhu, kölenin efendiyi yönetmesi ise her ikisi için de zararlıdır. Aristoteles'e göre, eğer bunlara itiraz etmiyor isek, bazı insanların diğerleri tarafından yönetilmesine de itiraz etmemek gerekir (1993, s.13). Yani, yönetme hakkı herkese değil, erdem ve bilgi bakımından buna layık olana tanınmalıdır.

Diğer taraftan, Aristoteles'e göre, "bazılarının doğadan [doğası gereği] köle, ötekilerinse özgür olduğunu" söylemek her durumda doğru değildir. Birincisi, eğer, efendi köle ilişkisini, ruh beden ilişkisine benzetecek olursak, aklın istekleri değil, isteklerin aklı yönetmesi sonucunda ruhun bedeni kötü yönettiği veya nasıl yönetmesi gerektiğini bilmediği durumlarda yanlıştır; beden ruhun, köle efendinin mülkü ve onun bir parçasıdır; ama kötü yönetim her ikisine de zarar verir (Aristoteles, 1993, s.16). Efendi-köle ilişkisinde bir tarafın emir vermesi öteki tarafın itaat etmesinin doğal ve doğru olabilmesi için, aradaki ilişkinin "hem uygun hem adaletli olması" gerekir; yani birisinin doğasının efendilik yapmaya, diğerinin doğasının da kölelik yapmaya uygun olması gerekir; nitekim, "köle edinmekle değil, onları kullanmakla efendi" olunur (1993, s.16,17). Başka bir deyişle, köle**,** enine boyuna düşünme gücünden, yani aklı başındalık erdeminden yoksun, akla ve erdeme uygun etkinliklerde bulunamayan, insansal erdemlere sahip olamayan birey ise efendinin efendi olabilmesi için önce kendi kendisinin efendisi olabilmesi gerekir; kendi kendisinin efendisi olabilmesi için de yukarıda söz ettiğimiz insansal erdemlere sahip olması, yani adil, aklı başında, cömert, cesur ve ölçülü olması gerekir. Bu tür erdemlere sahip bir efendi, köleyi kendi bedeninin bir parçası gibi görür, bedenini nasıl gözetip korursa kölesini de öyle koruyup gözetir. Ancak bu durumda bir insan tekinin efendi-yönetici, diğerinin köle-yönetilen olması hem uygun hem de adil olabilir.

Bu iki özgürlük görüşünü dikkatlice incelediğimizde aslında bunların altında belirli bir insan görüşünün yattığını görebiliriz. Nitekim üçüncü tür özgürlük te tür olarak insanla ilgilidir. Aristoteles, *Nikomakhos'a Etik*'te, hangi eylemlerin etik değerlendirme konusu olabileceğini tartışırken, eylemleri önce istemeyle ilgisinde, (a) istenerek yapılanlar ve (b) istenmeden yapılanlar olarak ikiye ayırır. İstenmeden yapılanlar, zorla/zorlama sonucu yapılanlar ve bilgisizlikten dolayı yapılanlardır. Zorla yapılan eylem, başlangıcı kişide olmayan eylemdir; örneğin rüzgarın bir insanı bir yerden bir yere sürüklemesi. Bilgisizlikten dolayı yapılanlarda ise koşul, yapanın bu davranışından dolayı daha sonra üzelmesi, pişman olmasıdır. Örneğin, okuma yazma bilmediği için, hasta torununun ateşini düşürmek için yanlış ilaç veren ve onun ölümüne sebep olan yaşlı bir kadın, bilmeden yapmış ve sonra pişman olmuş olabilir. Etik değerlendirme konusu olan eylemler, isteyerek yaptıklarımızla ilgili olabilir ve bunlar da ikiye ayrılır: (a) tercih ederek yaptıklarımız ve (b) bir tercihin ürünü olmayan, sadece istediğimiz için yaptıklarımız. Söz gelimi, hayvanlar ve çocuklar isteyerek eyler, ama tercih yoktur. Çünkü tercih, aklın bir türünü, eylem hayatıyla ilgili olarak enine boyuna düşünüp taşınmayı gerekti-

rir, çocuklarda ve hayvanlarda ise bu akıl türü bulunmaz; o yüzden onlar isteyerek eyler, ama tercih etmez. Tercih, düşünüp taşınma sonucu belirlenmiş istemedir ve ancak tercih ürünü olan eylemler etik değerlendirme konusu olabilir. Aristoteles'e göre, istememizi veya tercihi belirleyen iki temel ilke olabilir, bunlardan birincisi haz, acı, yarar, çıkar, zenginlik, şan-şöhret isteği gibi hayvansal ilkeler veya gerekçeler, ikincisi ise rasyonel bir ilke, yani *phronesis* olabilir. Tür olarak insan, bu iki ilkeye göre de eyleyebildiği için, böyle bir olanağa sahip olduğu için özgürdür, diyebiliriz; tıpkı yüzyıllar sonra Kant'ın dile getireceği gibi. Aristoteles, **tercihlerimizi, "akıl tarafından ve aklı başında insanın belirleyeceği" şekilde belirleyebileceğimizi, nitekim erdemli bir kişi olmanın bunu gerektirdiğini (Aristoteles, 1998, 1106b 35) söylediği gibi, tercihimizi tek başına arzu ve tutku denilen şeyin de belirleyebileceğini vurgular.**

Buradan hareketle, isteyerek yapılan eylemlerden tercih edilenlerin şu iki özelliğe sahip olduğunu söyleyebiliriz: (a) başlangıcı kişinin elinde olmalı, yani yapılması ya da yapılmaması kişinin gücü dahilinde olmalı, (b) eylemin tek tek koşulları bilinmeli, yani başka eylem olanaklarının farkında olunmalı ve kişi neyi neden yaptığını bilmeli (Aristoteles, 1998, 1111a 20). Dolayısıyla, diyebiliriz ki, bizler, yapılması gücümüz dahilinde olan şeyleri ve amaçtan çok, bizi amaca götürecek araçları tercih ederiz (1998, 1112a 32). Bir insan ancak bu tür konularda enine boyuna düşünebilir ve bu tür bir düşünme sonucu belirlenmiş istemeye tercih deriz. Tercih söz konusu olduğunda ya istemenin yönlendirdiğ akıl, ya da aklın yönlendirdiği istemeden söz edilebilir ve her iki durumda da ilke (insanın) kişinin kendisidir (1998, 1139b 5).

Öyleyse, tür olarak insan, bilerek ve isteyerek bir ve aynı şeyi hem yapma hem de yapmama gücüne sahiptir; yani eylemin başlangıcı kişinin kendi elindedir (1998, 1113a 5). Buradan hareketle, Aristoteles**,** "Demek ki erdem de, aynı şekilde kötülük de elimizdedir. Yapılması elimizde olan şeyleri yapmamak da elimizdedir; hayır demek elimizde olan şeylere evet demek de elimizdedir" (1998, 113b 5-115) der. Öyleyse, iyilik de kötülük de elimizdedir ve kötülük yapanlar Sokrates'in inandığı gibi, bunu her zaman bilgisizlikten dolayı yapmazlar, insanlar bilerek ve isteyerek de kötülük yapabilirler. Aristoteles, eylemin başlangıcı kişinin kendisinde olduğu için, yani iyi olanı olduğu kadar kötü olanı yapmak da kişinin elinde olduğu için ve erdemler yapa yapa kazanılan huylar olduğu için **yasa koyucunun kötü olanı yapanı -eğer zorla veya bilgisizlikten dolayı yapmamışsa- cezalandırmasının uygun olduğunu söyler** (1998, 1113b 20-25). Hatta, giderilme olanağı kişinin elinde, olan ama bunu yapmayan bir insanın da bilgisizlikten kaynaklanan yapıp etmelerinden sorumlu tutulabileceğini, yani yargılanabileceğini vurgular.

Gelgelelim, eğer insanların çoğunluğunun yapıp etmelerinin altında arzu ve tutkular yatıyorsa ve ancak bazı insanlar aklı başında olabiliyorsa, yani ancak ender kişiler enine ve boyuna düşünüp, her bir durumda insana yakışır olanı hayata

geçirebiliyorsa, antik dönem itibariyle özgür yurttaşlar dahil, çoğunluğu eylemlerinden dolayı nasıl yargılayabiliriz. Yukarıda söylediğimiz gibi, Aristoteles, tür olarak insanın özgür olduğunu, arzu ve tutkuları dışında, rasyonel bir ilkeye göre de eyleyebilme *olanağına* sahip olduğunu ve erdemlerin eğitim, alıştırma ve deneyim sonucu kazanılabileceğini söylüyor. Ben de yine Aristoteles'in kendi görüşlerinden hareketle, sadece işçiler, köylüler ve kölelerden oluşan çoğunluğun değil, özgür yurttaş olarak kabul edilen insanların çoğunluğunun da yapı bakımından erdemli bir kişi olamayacağını, yani kendi kendisine egemen ve rasyonel bir ilkeye göre tercih yapabilen kişiler olma olanağını hayata geçirebilmelerinin hem yapıları hem de içinde bulundukları siyasal-ekonomik ve kültürel koşullar bakımından mümkün olmadığını ve dolayısıyla yargılanamayacaklarını ileri sürüyorum ve burada bu konuyu, ayrıca araştırılması gerektiği için, sadece tartışmaya açmakla yetinmek istiyorum.

Bu konuyu şimdilik bir kenara bırakarak devam edecek olursak, Aristoteles'e göre, iki tür eşitlik vardır: birisi niceldir, sayısal denkliğe dayanır, diğeri ise değer bakımından denkliğe, birisi sayısal eşitlik, diğeri "orantılı" eşitlik olarak nitelendirilir (Aristoteles, 1993, s.142). Örneğin, bir kilo altınla bir kilo gümüş nicelik bakımından birbirine eşittir, ama değer bakımından eşit değildir. Bir gram altınla yüz gram gümüş ise nicel bakımdan, sayıca eşit olmadığı halde, değerce eşit olabilir. Aristoteles, iyi anayasaların bu iki tür eşitliğin ikisini de gözetmesi gerektiğini ileri sürer, yalnızca birisini esas alanlar adaletsizliğin, kötülüğün önünü açmış olur (1993, s.143). Diğer taraftan, "insanlar mutlak adaletin değere göre orantılı adalet olduğu üstünde anlaşmakla birlikte, önce de söylendiği gibi değer üstünde anlaşmazlığa düşüyorlar". Yani, değerli kabul ettikleri yaşam biçimi ve hayatta değer olarak benimsedikleri şey farklılaşıyor. Kimisine göre değer, özgürlüktür, kimisine göre zenginliktir, kimisine göre de erdemlerdir.

Aristoteles, sapma anayasalardan birisi olan demokratik anayasa konusunu tartışırken, "demokratik anayasanın temeli özgürlüktür", insanlar ancak bu tür bir anayasada özgürlükten pay alabileceklerine inandıkları için "her demokrasinin amacı özgürlüktür" derler, saptamasında bulunur. Demokratlara göre, "sırayla yönetmek ve yönetilmek" özgürlüğün bir öğesidir. Ancak, bu "sırayla yönetmek ve yönetilmek" düşüncesi, beraberinde, hiç değilse köle olmayan erkeklerin (insanların) eşit olduğu inancını getirir. Özgür olanların aynı zamanda eşit oldukları inancı ise iki tür demokrasi anlayışının doğmasına yol açar, birincisi ve daha iyi olanı, liyakate dayalı eşitliği kabul eden, diğeri ise liyakat yerine sayısal eşitliği esas alanı; yani hiçbir üstünlüğe (erdeme) sahip olmayanlarla sahip olanların, zenginlerle yoksulların, erdemli olanlarla olmayanların sırf özgür olmalarından dolayı eşit sayıldıkları demokrasi biçimi. Halkın büyük çoğunluğuna çekici gelen bu ikinci türden eşitlik inancına dayalı olan ve Aristoteles'in en kötü demokrasi türü olarak nitelendirdiği demokrasi anlayışı benimsendiğinde halk ya da "çoğunluk" egemen olur; yasama ve yürütme gücü onların eline geçer ve bundan böyle

çoğunluğun istediği ve beğendiği şey iyi, doğru ve adil sayılır; "çünkü yurttaşlar arasında eşitlik olmalıdır, derler". Demokratların anayasa tanımlarında içerilen özgürlüğün bir yönü budur. Bir diğer yönü, "'dileğin gibi yaşa' ilkesidir. Çünkü bu da özgür bir insanın ayırıcı özelliğidir –tıpkı karşıtının, yani dilediği gibi yaşamamanın, kölenin ayırıcı özelliği olması gibi"; demokratik özgürlüğün iki bileşeni budur ve bu ilkeden "mümkünse hiç kimse tarafından 'yönetilmemek' ya da hiç değilse, sırayla yönetmek ve yönetilmek ilkesi çıkar. Bu eşitliğe dayanan özgürlüğün bir öğesidir". Dolayısıyla, özgür (köle olmayan), istediğini yapabilen yurttaşlardan oluşan bir toplumda, herkes eşit sayılacağından, hiç kimse diğerinden üstün tutulamaz, bu durumda kimsenin kimse üzerinde bir egemenlik iddiası da bulunamaz. Böylece, "ortaklaşa rıza gereğince demokratik olan adalet fikrinden, *demos*un son derece demokratik olan demokrasi fikri çıkar: zenginlerle, yoksulların yönetimi tamamiyle aynı ölçüde etkiledikleri bir eşitlik; hiçbir bireyin egemen erkinin olmadığı, fakat hepsinin birden eşit ve sayısal bir ilkeye göre bu erki kullandıkları bir demokrasi. Böylelikle, anayasada eşitlik ve özgürlük yaratabileceklerine inanırlar" (Aristoteles, 1993, s.181). Bu düşünceden de hakkın "çoğunluğun üzerinde anlaştığı şey" olduğunu söyleyen demokratik adalet anlayışı ortaya çıkar. Yani, oligarşi taraftarlarının, bir bakımdan eşit değilsek, örneğin zenginlik bakımından, hiçbir bakımdan eşit olamayız ilkesine dayalı hatalı adalet anlayışına (adalet, azlığın üzerinde anlaştığı şeydir ilkesine) karşılık, demokratlar, bir açıdan eşitsek, söz gelimi hepimiz özgür isek, her bakımdan eşit olmalıyız ilkesine dayalı bir diğer hatalı adalet ve hak anlayışını savunur (1993, s.143). Fakat, demokratlar gibi düşünecek olursak, eşitlik nasıl sağlanabilir; ya da herkesin üzerinde anlaştığı bir eşitlik tanımı yapılabilir mi? (1993, s. 182). Aristoteles, hem oligarşi yanlılarının hem de demokrasi yanlılarının eşitlik ve adalet anlayışını eleştirirken, "herkesin her şeyi eşit ölçüde paylaştığı" demokrasileri demokrasilerin en aşırısı ve en kötüsü kabul eder (Politika, s.185). Dolayısıyla, mutlak eşitliğe dayalı adalet ve hukuk sistemlerini açıkça reddeder, diyebiliriz; çünkü hem demokratların mutlak eşitlik düşüncesinden türettikleri adalet anlayışları hem de oligarşi yanlılarının eşitsizlikten türettikleri adalet anlayışı, her ikisi de, siyasal bir toplumdaki bütün yurttaşların yurttaşlık haklarını koruyamaz ya da Aristoteles'in deyişiyle, "politik toplumda mutluluğu ve onun öğelerini oluşturan ya da koruyan şeyler" anlamında haklar üzerine oturtulmuş bir adalet anlayışı olarak alınamaz (1998, 1129b 20). Peki, eşitlik doğrudan haklarla ilgili bir konu ise mutlak eşitlik dışında bir eşitlikten söz etmek mümkün müdür?

Aristoteles'e göre, tüm erdem anlamında adalet ve hak, genel olarak erdemlere göre düzenlenmiş yasalarla ve temel yurttaşlık haklarıyla ilgilidir. Tüm erdem, ya da mutlak adalet denilen adalet dışında Aristoteles, iki tür adaletten daha söz eder: dağıtıcı adalet ve düzeltici adalet. Bunlardan **dağıtıcı adalet**, ya da "özelinde adalet" denilen adaletin ve onunla ilgili olan hakkın bir türü "onurun, paranın ya da topluma katılanlar [yurttaşlar] arasında bölüş-

türülebilir olan diğer şeylerin dağıtılmasında" ortaya çıkar ve eşitlik sorunu da daha çok bu adaletle bağlantılı olarak tartışılır (1998, 1130b 15; 1131a 10).

Aristoteles'in görüşü şudur: "eğer kişiler eşit değilse, eşit şeylere de sahip olmayacaklardır. Hem eşit kişiler eşit olmayan şeylere ya da eşit olmayanlar eşit şeylere sahip olduğunda ve eşit şeylerden yararlandığında, bundan çatışmalar ve suçlamalar ortaya çıkar"; yani haksızlık yapılmış olur. Bu haksızlığı önlemek için "değere uygun yararlanma" ilkesi ortaya atılmıştır. Fakat, "değer" sözcüğünden de herkes farklı bir şey anlamaktadır: "demokrasi yanlıları özgürlüğe, oligarşi yanlıları zenginliğe, kimileri de soyluluğa, aristokrasi yanlıları ise erdeme 'değer' diyor. O halde hak bir tür orantıdır" (1998, 1131a 20-25). Peki, nasıl bir orantıdır, ya da toplumsal iyilerin, örneğin servetin veya mevki-makamın dağıtımında hangi "değer"i esas alacağız?

Aristoteles'e göre, devlet, eğer sadece yaşamak için değil, soylu eylemlerde bulunmak için varsa, kendi yaşamlarında soylu eylemlerde bulunan insanlar da diğerlerinden, ki bunlarla soylu doğmuşluk veya aile bakımından eşit veya servetçe diğerlerinden daha aşağıda olsalar bile, (dağıtıcı adalet bakımından) daha büyük pay almayı hak ederler (1993, s.85); "doğru" bir anayasanın da bunu göz önünde bulundurması gerekir. İnsanların "değer" bakımından eşit olmadığını kabul etmeyen ve mutlak eşitlik isteyen bir anayasa, tıpkı karşıtı gibi, yani insanların hiçbir bakımdan eşit olmadıklarını savunan oligarşi gibi, bir sapmadır (1993, s.92).

Dolayısıyla, Aristoteles'in söz ettiği "değere uygun yararlanma" ilkesinde esas alınacak birinci "değer", ne özgürlük, ne zenginlik ne de soylu doğumdur; yalnızca ve yalnızca erdemdir. Dağıtıcı adalet söz konusu olduğunda ortak iyilerden kime, ne pay verileceği, özellikle de yönetme hakkının kimlere verileceği konusunu belirlenirken, en başta erdeme bakılmalıdır. Bunun yanı sıra, özgür olup olmadığına, mülkiyet ölçüsüne ve nasıl bir aileden geldiğine de bakılır ve bu konularda eşitlik varsa o zaman yine son ölçüt olarak erdeme başvurulur.

Aristoteles, "birbirlerine benzer olan herkes yönetme ve yönetilme işini sırayla eşitlik üzerine paylaşmalıdır. Çünkü **eşitlik,** ayrım gözetmeden **herkes için aynı şey demek değildir;** benzer olanlar için aynı şey demektir; adaletin gereği budur ve yerleşik bir anayasa adalete aykırı olursa uzun süre tutunamaz", der (1993, s.221). Başka bir deyişle, bir toplumda gerçek anlamda bir adalet sağlanacaksa, mutlak eşitlik ilkesinden hareketle herkese aynı hakların tanınması değil, eşitlere eşit muamele etme ilkesinden hareketle herkese neyi, ne kadar hak ediyorsa onun verilmesi söz konusu edilmelidir. Dolayısıyla, eşitlikle ilgili tartışmada nihai olarak şunu söyleyebiliriz: Aristoteles düşüncesinde, ***yasaya uyan ve eşitliği gözeten insanın adaletli olduğu düşünülür*** (1998, 1129a 30); ***haksızlık, yasaya ve eşitliğe aykırılık, hak ise yasaya ve eşitliğe uygunluktur*** (1998, 1130b 10); ***ama yasa "tek tek erdemlere göre yaşamayı buyurur", hak ve haksızlık da buna*** **göre belirlenmelidir** (1998, 1130b 20)**.**

Diğer taraftan, Aristoteles düşüncesinde "mutluluğu ve onun öğelerini oluşturan

ya da koruyan şeylere bir anlamda haklar" deniliyor ise (1998, 1129b 15) ve mutluluk insana yakışır bir yaşamın, yani erdeme dayalı bir yaşamın sonunda kendiliğinden gelen bir şeyse, bu alıntıdaki "mutluluk" yerine "insanlaşma" terimini yazacak olursak, hak, insan teklerinin insanlaşabilmeleri için gereksinim duydukları şeyler, insanlaşabilmenin önkoşulları anlamına gelir. Eğer meseleye bu şekilde, yani tür olarak insanın yapısına ilişkin, ontolojik temellere dayalı felsefi bir bilgiden hareketle bakacak olursak, her insan tekinin neden ve hangi haklara eşit ölçüde sahip olması gerektiği, eşitliğin nerede/nelerde hangi ölçüde aranması gerektiği sorusunu yanıtlamak mümkün olur. Aksi taktirde, suç ve ceza gibi haklar da sağlam bir felsefi temelden yoksun kalacağından, hukuk sistemlerinin, günümüzde olduğu gibi, tamamen keyfi, göreli, kültürel, ekonomik veya ideolojik kabuller üzerine oturtulmasının kaçınılmaz olduğunu kabul etme eğilimi ağır basar.

Sonuç

Sonuç olarak, Aristoteles'in insan ve değer görüşü ve bununla bağlantılı olan akıl, özgürlük ve eşitlik hakkındaki düşünceleri bu terimlere günümüzde yüklenilen anlamdan neredeyse tamamen farklıdır; çünkü Aristoteles bu üç konudaki görüşlerini doğrudan doğruya tür olarak insanın yapısından ve insanın değerinden hareketle ortaya koymaktadır. Bu durumda eğer Aristoteles bu görüşlerinde haklı ise, ya da "insan doğası" dediğimiz şey antik dönemden günümüze kadar geçen sürede kökten değişmemiş ise, çağdaş hukukun, akıl sahibi, özgür ve eşit insan önkabulü en hafif ifadeyle sorunlu demektir; yani, ceza hukukları dahil, çağdaş hukuk, aslında bir yalan üzerine kurulmuş demektir. Başlangıçta vurgulandığı gibi her anayasa ve her hukuk sistemi aslında mevcut toplumun ve devletin varlık nedenini somutlaştıran bir metindir. Neo-liberal değer, iktisat ve siyaset anlayışının egemen olduğu günümüz dünyasında var olan devletlerin büyük bir çoğunluğu mülkiyet adı altında aslında sermayeyi korumak için -Aristotelesçi açıdan bakıldığında temel değer olarak erdemleri değil, zenginliği kabul edenlerin hakkını/çıkarını savunmak için- kurulmuş yapılardır ve bu gerçek, onların anayasalarında bütün çıplaklığıyla kendini açığa vurur. Bu tür bir dünyada, bu yalanın örtüsünü kaldırdığımızda altından şu çıkar: akıl, burjuvazi açısından, bireysel çıkarının nerede yattığını iyi bilebilmek ve bu çıkarı korumak için en iyi araçları -buna savaş da dahil- bulmaya yarayan bir yeti, özgürlük, ekonomik alanda devlet veya kamu müdahalesininin olmaması, tam serbestlik, eşitlik ise sermaye sahipleri arasında eşit rekabet koşulları ya da iktidardan eşit pay alma demektir. Buna karşılık, yoksulluğa mahkum edilmiş, beslenme, barınma, eğitim ve sağlık gibi temel insansal gereksinimleri bile karşılanmayan çoğunluk açısından baktığımızda, akıl, emeğini en fazla ücret karşılığı kime pazarlayabileceğini bulma yetisi, özgürlük, emeğini -bedenini- istediğine satma hakkı, eşitlik ise insanlık dışı koşullarda yaşamak bakımından eşitlik olabilir ancak. Fakat, bu gerçeğin üstü çağdaş multi-medya aygıtlarının yardımıyla örtülmekte ve çoğunluk, her bireyin kendisi için en iyi olanın ne olduğunu bilebilebilecek kadar akıl sahibi olduğu, isteyenin istediğini yapabildiği, özgürlük rüzgarlarının estiği

ve tüm insanların haklar bakımından eşit olduğu kurgusal bir dünya tasarımda yaşamaya mahkum edilmekte; hukuk sistemleri de, bireylere, bu kurgusal dünyanın aslında ne kadar gerçek ve "mümkün dünyaların en iyisi" olduğu yanılsamasını yaşatmanın etkili araçlarından birisi olarak kullanılmaktadır. Bu kurgusal "iyi dünya"nın "mümkün dünyaların en iyisi" olduğu yanılsamasını gerçeklik düzeyine çıkartan etkenlerin bir diğeri ise demokratik toplumlarda, anayasal güvence altına alınan, her yurttaşa tanınan ve bireylerin mevcut düzenin sorumluluğunu üstlenmelerini sağlayan sözde "seçme ve seçilme hakkı"dır. Aslında, sadece bu örnek üzerinden bakıldığında bile mevcut anayasaların ve hukuk sistemlerinin realiteden ne kadar uzak olduğu açıkça görülebilir. Daha önce belirttiğimiz gibi, Aristoteles, liyakata dayalı eşitlikten yanadır ve özellikle yönetme hakkı söz konusu olduğunda ancak demokrasinin en kötü biçimlerinde herkesin yurttaş kabul edildiğini ve herkese yönetme ve yönetilme hakkı tanındığını ileri sürer. Amacı, sırf zenginlik, özgürlük, zafer kazanmak veya sırf can ve mal güvenliğini sağlamak olmayan, bunun ötesinde, erdemli ve soylu bir yaşamı –yani insana yakışır bir yaşamı- amaçlayan, gerçek bir siyasal toplum olabilmiş bir devlette yasama, yürütme ve yargı erkini elinde bulundurma hakkı öncelikle, ancak, adil, yiğit, dürüst, ölçülü ve alanında bilgili kişilere tanınan bir hak olabilir. Diğer türlüsü, ruhun bedeni değil de, bedenin ruhu yönetmesine benzer ve her ikisi için de zararlıdır.

Son söz olarak şunu söyleyebiliriz: eğer bütün bunlar doğru ise, yani, bireyler günümüzde varsayıldığı anlamda akıl sahibi, özgür ve eşit değilse, mevcut hukuk sistemleri içinde bireyler, "(a) neye göre yargılanacaktır, (b) neyin bir hak olduğu neyin bir hak olmadığı nasıl belirlenecektir ve (c) eşitlik nasıl sağlanacaktır, (d) eşitliği sadece haklar bakımından eşitlik olarak alacak olursak, bireyler hangi haklar bakımından eşit sayılacaktır, söz gelimi yönetme –yasama,yürütme ve yargılama- hakkı herkese tanınabilir bir hak olabilir mi ve en önemlisi (e) bütün bu yasal düzenlemelerin amacı nedir?" sorularına hiçbir zaman, dürüst ve doyurucu bir yanıt verilemeyecektir. Öyleyse, günümüzde, bütün dünyanın, yeni bir insan ve değer görüşüne dayalı, başta insan hakları olmak üzere, yeni bir hak ve hukuk anlayışına ihtiyacı vardır ve antik dönemin teorik ve pratik mirasını gözardı etmeden, bunun çözüm yollarını araştırmak ve insanlığa sunmak felsefecilerin temel görevidir.

KAYNAKÇA

- Aristoteles (1993). *Politika.* Çeviren: Mete Tunçay. İstanbul: Remzi Kitabevi.
- Aristoteles (1998). *Nikomakhos'a Etik*. Çeviren: Saffet Babür. Ankara: Ayraç Yayınevi.
- Aristoteles (2000). *Ruh Üzerine*. Çeviren: Zeki Özcan. İstanbul: Alfa Kitabevi.
- Grotius, Hugo (1967). *Savaş ve Barış Hukuku*. Çeviren: Seha L. Meray. Ankara: Ankara Üniversitesi Basımevi.
- Hobbes, Thomas (2004). *Leviathan.* Çeviren Semih LİM. İstanbul: Yapı Kredi Yayınları.
- Platon (1998). *Devlet*. Çevirenler S.Eyüpoğlu, M.A.Cimcoz. İstanbul: Remzi Kitabevi.

Hukuk, Ahlak ve Meslek Etiği Üstüne

Engin TOPUZKANAMIŞ*

"Bazı âlimane kelimeler, uzun süre sözlüklere ve akademik metinlere hapsedildikten sonra, kaderine çoktan razı olduğu hâlde birdenbire, nedenini anlamadan herkesin gözdesi hâline geliveren bir kızkurusu gibi- aniden parlak gün ışığına maruz kalma, halkın, avamın diline düşme, basında, televizyonda, hatta hükümet demeçlerinde zikredilme talihini ya da talihsizliğini yaşarlar. Fena hâlde felsefe dersi kokan ve Yunancadaki köküyle akla Aristoteles'i (ve daimi çok-satar kitabı *Nikomakhos'a Etik'i!*) getiren *etik* kelimesi, bugün bu şekilde sahnenin ortasına yerleşmiş vaziyette." (Badiou, 2006:17)

Problemi Teşhis Etmek

Son yıllarda her yanımızı *etik* sardı. Sürekli şikâyet konusu olan aksak hukuk sisteminin doğrultulması için ortaya konan önerilerin başında etik yahut meslek etiği eğitimi geliyor ve bu alanda (sadece hukuk değil başta tıp olmak üzere pek çok meslekte) bir nevi kodlaştırma faaliyeti göze çarpıyor. Bu bildiride çok basit bir iddia var: Modern hâkimden – hele de Türkiye'deki ortalama hâkimden!- beklediğimiz oldukça basittir; bilgelik, ahlâk ve hikmet değil, hukuku uygulamak[1]. Başka türlü söylersek, kendisine verilmiş kanun metnini, kendi bireysel ahlâk anlayışı ve kişisel değer yargıları ile değil, hukukun *ethos*unu esas alarak yorumlamak ve uygulamak[2]. Her hâkimi Dworkin'in Herkül'ü hâline getirecek bir toplumsal yapı ve eğitim sistemi kurana değin bu yaklaşım epeyce iş görür zannederim.

Çünkü bu tip toplantılarda, sürekli olarak adaleti sağlamaya ve bunun için de ahlâklı olmaya çağrılan ve hukuk felsefesinden ite kaka ile geçmiş hukukçunun bu çağrıdan anladığı, köyünde anne babasından, ilkokulda öğretmeninden, lisede arkadaşından öğrendiği *moral* değerlerdir; sözgelimi Bangolar Yargı Etiği İlkeleri

* Yrd. Doç. Dr., DEÜ Hukuk Fakültesi, Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı.

1 Bu cümle doğal olarak benim "pozitivist" olarak anılmama yol açacaktır. Oysa modern hukuk benim aşağıda bir şemada etik kodlar olarak göstereceğim belli bir takım liberal ilkeler ya da meta-hukuk prensipler yoluyla temellenir. Hukukun Tanrıdan yahut doğadan gelmesi mânâsında bir doğal hukukçu değilim ama hukukun başladığı sınır noktada ideoloji, ahlâk ya da politik tercihler yoluyla ortaya çıkmış ve elbette toplumsal iktidar dengeleri çerçevesinde şekillenmiş ilkeler vardır: Bildiri metni boyunca ethos olarak anılacak öz. Bu ilkeler bugün büyük ölçüde liberal değerler ve insan hakları olarak karşımıza çıkar. Yani bu anlamda bütün pozitivistlerin tıkandığı bir nokta vardır. Mevzu hukuk, gündelik olanın çok çok büyük bir kısmını halleder. Zor davalar ve sistemin kendine yönelik eleştirilerde yani gündelik rutini şaşırtan anlarda, öngörülü, belirli ve müdebbir hukuk afallar ve biz başka alanlara geçmek zorunda kalırız. Hem olguya baktığımda gözümün gördüğünü aklımda resmetmek hem de gönlümden geçen olması gerekenleri arzulamak… saçaklı mantık gereği aynı anda mümkün olsa gerek.

2 Yani Montesquieu gibi hâkim kanunu yorumlamasın demiyorum. Yorumlarken vicdanı yerine metodolojiye bakması daha iyi olur diyorum. Zaten artık net biçimde biliyoruz ki yorum, sadece anlamın bulanık olduğu hâllerde değil, kaçınılmaz olarak her zaman vardır. (Uzun, 2014).

değil. Kısacası hukuk uygulamalarında görüldüğü düşünülen uygulamacı kaynaklı aksamalar, yargı mensuplarının bireysel ahlâk eksikliklerinden yahut adaleti gözetmemelerinden değil ve fakat bireysel ahlâk anlayışlarını, (1) hukukun *ethos*undan ve (2) meslekî etikten üstün görmelerinden ve dahası bu ikisinin değeri ve anlamı konusunda bir inanca sahip bulunmamalarından kaynaklanmaktadır. Çok basit ve hatta dava konusu edilmemesi gereken özgürlük kapsamındaki hâllerde bile vatan-millet-ahlâk refleksiyle hareket eden uygulamacılar bugün kahhar ekseriyet konumundadır. Ayrıca yasa koyucu bakımından da aynı husus gözlenebilir. Siyaset, hukuka tâbi olmaktansa hukuku kendine tâbi kılmanın peşinde. Yasama faaliyetine katılan kimseler, hukukun *ethos*u yerine bireysel ahlâk anlayışlarına, toplumsal alışkanlık ve hazır kalıp bilgilere müracaat etmektedirler.

Ahlâkî problemlerin kaynağını ahlâksızlıkta aramak ve uygulamacıları etiğe yahut ahlâka (ki onlar açısından ikisi arasında bir fark olduğunu pek sanmıyorum) davet etmek bize bir çözüm sunmaz.

"Deliliğin kıyılarında dolaşan kişiler dışında hiç kimse, atmosferi kirletmenin, ozon tabakasını delmenin ya da savaş açmanın, aşırı nüfus artışının, insanları geçim kaynaklarından yoksun bırakmanın ya da onları evsiz serserilere dönüştürmenin iyi ve faydalı olduğunu ciddi biçimde söylemeyecektir. Yine de bütün bunlar, mutabakat hâlinde, neredeyse evrensel ve gürültülü biçimde mahkûm edilmelerine rağmen gerçekleşmektedirler. Küresel hasarın öğütücü ve sistemsel tutarlılığı etik öfkeye rağmen gerçekleşiyorsa, etik cehalet ya da filozofların etik ilkeler konusunda anlaşamamalarından başka bazı etkenlerin faaliyet hâlinde olması gerekir. (Bauman, 2011: 229-230)

ETHOS

"Antik Yunan düşüncesinde bir kişinin karakteri ve alışkanlıkları, davranış tarzı. Buradan hareketle ve teşmil yoluyla, modern düşüncede, bir kültürün, cemaatin ya da grubun karakteri veya ruhu, tini." (Cevizci, 2000) Bir şeyi, o şey kılan aslî özellik. Hukukçulardan sıkça duyduğumuz "kanun başka hukuk başka" sözünde, kanunu hukuk kılan şey onun *ethos*udur.

ETİK , MORAL VE AHLÂK[3]

Etik, başlı başına bir problem. Çünkü *ethical, ethic* ve *ethics*[4] yani sıfat ve isim olan üç kelime de Türkçeye etik olarak çevriliyor[5]. Aslında *ethical* ve *ethics* arasındaki ilişki de *moral* ve *morals* arasındaki ilişkiye benziyor[6]. Veya *economy*, *economic* ve *economics* gibi. Nasıl *economy* üstüne çalışma, *economics*[7] ise *ethic* üstüne çalışma da *ethics* olarak karşımıza çıkıyor. Türkçede bu nüanslar tamamen kaybolmakta.

3 Kök anlamlar dikkate alındığında bu üç kavramı birbirinden ayırt etmek mümkün değil. Farklı yaklaşımlar olsa da ben genel kabul gördüğünü zannettiğim ayrıma göre bunları kullanmaya çalıştım.

4 http://www.thefreedictionary.com/ethic.

5 Bir görüşmemiz sırasında Prof. Dr. Solmaz Zelyüt hocam buna dikkatimi çekmişti.

6 http://dictionary.reference.com/browse/morals

Burada *ahlâk, morals* ile eş anlamlı ve *pozitif ahlâkı*[8] anlamında kullanıldı. Bilindiği gibi *moral(s)* Latince *mores* kelimesinden gelir. *Mores*: uzlaşılar, pratikler, davranış kodları. Buradaki anlamı ile kısaca kişinin içine doğduğu kültür ve toplumda halihazırda mevcut bulunan, çoğu kez bilinçli bir seçim ve değerlendirme olmaksızın alışkanlıkla edinilmiş, doğru ve yanlışa ilişkin ölçütler. Dolayısıyla belirli bir grubun ya da toplumun varlığını sürdürmesini sağlayan değerleri korumak için geliştirdiği davranış biçimlerini ahlâk/moral olarak anlıyorum. Bu anlamda, bilinen şey, ahlâktan değil ahlâklardan söz etmek gerekir. Bu da hukuk ve ahlâk ilişkisi yahut hukukçunun ahlâkî değerlere bağlı yorumu gibi konularda hemen "hangi ahlâk?" sorusunu gündeme getirir.

Etik ise *ethics* karşılığı ve daha çok mevcut *ahlâklar* üstüne betimleyici ve/veya eleştirel bir düşünme ve bundan hareketle bireysel *ahlâkî* tavır geliştirmeyi (yani normatif alana geçmeyi) ifade ediyor[9]. Etik tavır takınmak için ahlâk felsefecisi olmak gerekli değil. Ancak özellikle içine doğduğumuz ahlâk sistemini gözden geçirme ve en azından pratik olarak kullandığımız normları teemmül ederek doğruluğu ya da yanlışlığı hakkında bir fikir ürettikten sonra eyleme gerekçe kılmamız, etik anlayış için mutlak şarttır. "Bu nedenle 'ahlâk felsefesi (etik)', hem çeşitli ahlâkları inceleyen hem normatif olması dolayısıyla kendisi bir ahlâk olan veya ahlâk öneren, bu demektir ki aynı anda iki zemin üstünde hareket eden bir disiplindir." (Özlem, 2004b, s. 208)

HUKUK DEVLETİ VE MESLEK ETHOSU

Konuya ilişkin olarak ulaşabildiğim en açıklayıcı ve makûl yaklaşım Friedrich Kübler'in, meseleyi hukuk devletinin gelişim aşamalarıyla birlikte ele alan kısa fakat önemli çalışması. Kübler, meslek etiğinin hukuk ideolojisi yahut mevzu hukukun içine sinen (ya da sinmiş olması lazım gelen) bazı etik kodlarla olan ilişkisini ortaya koymak için hukuk devletini üç aşamada ele alır (Kübler, 2009, s. 178):

"a) Liberallik öncesi, hukuk devletinde yasa, insanlar tarafından yapılmayan, onlara hazır verilen hukuka dayanır; bu doğal hukuk dönemidir.

b) Liberal hukuk devletinde yasa *"volonté générale*"e, 'genel iradeye' dayanır, yani mülkiyet ve eğitimle donatılmış

7 http://jakubmarian.com/difference-between-economics-economy-economic-and-economical/

8 Hart da konvansiyonel yahut pozitif ahlâk ile eleştirel ahlâkı ayırır. (Hart, 2000)

9 Üç tür etikten söz edilmektedir (Özlem, 2004a) (Feldman, 2013) (Cevizci, 2002):
Betimleyici: Ahlâk ve ahlâklar üstüne düşünme
Normatif: Davranışlarımıza rehberlik edebilecek ahlâkî normları bulma
Çözümleyici (meta-etik): Doğru ve yanlışa ilişkin önermelerin analitik çözümlemesi (Meta-etikçiler, tarafsız bir tutumla ve sadece betimleyici ve çözümleyici kalabileceklerini öne sürmüşlerdir. Ancak Doğan Özlem, bunun mümkün olmadığını ve ahlâk üstüne konuşan herkesin farkında olmasa da belli değerler üstünden değerlendirme yapmak durumunda olduğunu söylüyor. (Özlem, 2004b)) Etik, ahlâkı konu edinen felsefe dalı ya da kısaca ahlâk üstüne düşünme ise, meslek etiği de ilgili mesleği icra eden kimselerin, bu mesleği icra ederken uyması gerektiği düşünülen ahlâkî prensipleri ele alır. (Özlem, 2004b)

10 Kübler'in bu ilk iki aşaması İngiliz hukukçu Dicey'in liberal hukuk devleti tanımına uyar ve şu üç ilke ile

yurttaşların görüşlerine ve neyin geçerli olduğuna ilişkin kanılarına dayanır. Yasa, büyük yasa metinleri, kodifikasyon biçiminde ortaya çıkar.[10]

c) Demokratik hukuk devletinde ise yasa, çatışmalar üzerine kurulan ve uzlaşmalarla yönlendirilen -çoğunluk ilkesinin geçerli olduğu- bir siyasal sürecin ürünü haline gelir; yasalar kendileriyle belirli ekonomik veya sosyal sonuçların elde edilmesi söz konusu olan önlemler haline gelirler."

Kübler'e göre liberallik öncesi hâkiminin çabası, "doğru düzenin önceden verilmiş olan ilkelerinin anlaşılması" yönündedir. Yani bu dönemin meslek *ethos*u, "hukukun saklı yapısını kavramak için" her türlü çabayı göstermek olarak karşımıza çıkar. Pozitif yasalar, büyük ölçüde güçsüzdür. Bu tam da geleneksel toplumun ahlâk, din, örf ve gelenekle çevrelenmiş hayat düzeninde, *Yasa*ya[11] referansla iş gören hukukçusunu tarif eder.

Liberal dönemde hukukun kaynağı değişmiştir: Sosyal sözleşme[12]. Hukuk, burjuva toplumunda özellikle basın, toplantılar ve bilimsel topluluklar eliyle yürütülen tartışmalardan ortaya çıkan uzlaşmanın ürünüdür. Bu uzlaşma, yurttaşların temsilcisi olan parlamentoda yasalaşır ve herkesi bağlayıcı hale gelir. Hâkim, genel iradenin ürünü ve rasyonel olan yasayı harfi harfine uygulamak ve kendi kanılarını bundan uzak tutmak zorundadır. Yorum yapması caiz değildir. Bu anlamda hâkimin mevzu hukuk dışında, meselâ doğal hukuk gibi bir referansı kalmaz: Mevzu olan doğal hukuktur zaten.

Demokratik hukuk devletinde, uzlaşmaya dayalı yasa yapma ve uygulama anlayışı sona ermiştir. Artık kapsamlı ve kalıcı yasalar yerine belli sonuçlara yönelik, tek tek önlemler şeklinde yasalar ortaya çıkmaktadır. Bunun sebebi siyasî partilerin çekişmesi ve kerhen kısa süreli amaç birlikteliklerinin yasa yapımında etkili olmasıdır. Çünkü toplumsal talepler siyasete yansımakta ve liberal devlet tavizler vermektedir: Sosyal devlet yahut maddî hukuk devleti (Özcan, 2008).

Kübler'e göre demokratik hukuk devleti öncesi liberal hukuk devletinde yasa koyma, hukukçunun da dâhil olduğu kolektif bir bilgi süreci idi. Dolayısıyla orada hukukçuların rolü daha farklı ve hatta daha bağımsızdı:

---

ifade edilir:

"1. Hiç kimse, olağan şekilde yapılmış hukuka göre, olağan mahkemeler karşısında, hukuk ihlallerinin yargılanması dışında cezalandırılamaz ve bedensel ve mülki kısıtlamalara tâbi tutulamaz.
2. Hangi toplumsal sınıftan veya mevkiden olursa olsun, herkes eşit şekilde memleketin olağan kanunlarına tabidir.
3. Toplumsal düzende, hukukî ruhun önde gelmesidir." (Özcan, 2008, s. 201) (Dicey, 2008)

11 Bizde hukuk, bilindiği gibi "hak"tan türemiştir ve onun çoğuludur. Bunu hukuk, Hak'tan gelir diye de anlayabiliriz. Oysa law, lex yahut ius hak değildir, kanundur. Batı hukuku, hak değil Yasa fikri üstünden yükselir. Hatta belki de modern hukuk lawun Yasa niteliğini giderek kaybetmesi, hakkın Yasaya değil, mevzu hukuka tâbî kılınması sürecidir. "Aristoteles'in Yunancasında ne hukuk ne hak diye çevirebileceğimiz bir kelime var. Hatta 'Roma Hukuku' bile demek o kadar doğru mu acaba? Roma'da haklar değil kanun vardı." (Zelyut Hünler, 2005, s. 40) Yasa kavramı için bkz. Topuzkanamış, 2014a.

12 Sosyal sözleşme her ne kadar doğal hukuka dâhil bir kuram ise de (gerçek olmayan) bir toplumsal uzlaşmayı hukukun kaynağına koyarak pozitivizmin yolunu açar.

"En başta, kodifikasyonlardaki ince işçilik hukukçuların işidir; hukukçular bunu yaparken, ilke olarak, bir siyasal yönergeye göre değil de söz konusu problem alanlarına ilişkin yılların ürünü olan deneyimlerine ve bu alanların sistematik bir biçimde araştırılmasına dayanan kendi görüşlerine göre hareket etmek durumundadırlar; onların *ethos*u, oluşturduğunun sorumluluğunu kendisi taşıyan yetenekli bilginlerin *ethos*udur.

Demokratik yasa koyma sürecinde roller birbirinden ayrılır. Asıl itki, yani konulacak yeni kuralların oluşturması beklenen yönerge, seçmenlerin diktasına tâbî olan politikacılar tarafından konur; çünkü politikacılar, gelecek seçimde tekrar başarılı olmak gibi anlaşılabilir arzularca yönlendirilir. Yasa girişimleri en başta [parti içindeki] fraksiyonlar tarafından tartışılır; bunu koalisyon [partiler arasındaki] görüşmeler izler; ancak ondan sonra komisyonlarda hızlı çalışmalar başlar. Burada hukukçulara düşen sadece hizmet verme rolüdür." (Kübler, 2009, s. 186)

Ayrıntısına girmeksizin ve çok kısaca (sonuncusu hariç!) bu sosyolojik ideal tipleri anımsatmak istiyorum[13]. Geleneksel toplum –diğer niteliklerini bir yana bırakırsak, doğal hukuk ilkelerinin ya da ahlâk, din, gelenek, âdet ve pozitif hukuk gibi pek çok sosyal düzen kuralının bir yumak halinde bir arada yürütüldüğü toplumlar olarak karşımıza çıkar. Yukarıdaki şemada gösterildiği üzere bu toplum yapısında beşerî hukuk, Aquinolu Thomas'ın tanımına uygun olarak sınırlı bir alanı kaplar ve ikincil niteliktedir. Modern toplum, beşerî hukuk alanının diğerlerini dışlayarak toplumun bütünü üstünde etkili olduğu bir toplumsal yaşama formudur. Geleneksel toplumun ahlâkî ve dinî kodları, modern toplumda sosyal sözleşmeye dayandırılan ve bu hukuk düzenin merkezine, çoğunlukla da fark edilmeyecek şekilde yerleştirilen bir takım etik kodlara dönüşmüş durumdadır. Fark edilmeyecek sözü ile kastım, ortalama meslek erbabı hukukçu ve yurttaşın, bu hukuk mekanizmasının kurucu ilkelerinden genellikle haberdar olmamasıdır (Topuzkanamış, 2014b). Ayrıca bu etik kodlar, bir kısmı pozitifleşmiş bir kısmı ise hâlihazırda pozitif hukukun dışında doktrin ve entelektüel çevre tarafında tartışılan insan hakları ile de yakında ilişkilidir.

Geleneksel toplumda hukukun *ethos*u, ahlâktır. Bu ahlâk, bütün evrenin tâbi olduğu Yasalarla (*lex*) korunur. Bu anlamda güneş sisteminin tâbi olduğu *Yasa* (*ius*) ile insanın tâbi olduğu yasa aynı kaynağa ve aynı anlayışa dayanır (Ebedî yasa, ilahî yasa, tabiî yasa ve beşerî yasa). Dolayısıyla hem tabiat hem de insan kanunları normatiftir. Bütünlükçü bir kozmolojik evren ve toplum anlayışının parçası olarak hukuk; Tanrının ve tabiatın ortak kurallarının bir parçasıdır. Hukukun amacı, insanı bu kadîm ahlâk ve oluş biçimine tâbi kılmaktır. Hukuk, ahlâk sahibi olmanın bir aracıdır (Özcan, 2008). Başa dönersek,

13 Şemalarda merkezde yer alan kavramlar o toplumda hukukun yorumu ve meşruluğu için esas olan kriteri göstermektedir.

geleneksel toplumda ahlâk, hukuku bünyesinde barındırır, bireysel etik tutumları dışlayacak biçimde kendini dayatır. Buradaki ahlâk, bireyselliğin zayıflığı ölçüsünde güçlüdür. Zaten bireysel ahlâk fikri de (bireysel ahlâk olur mu tartışmasını görmezden gelirsek) modern bir fikirdir.

Burada hukukçular açısından meslek *ethos*u verili düzenin (tabiî hukuk) akıl tarafından bulunabilir olan ilkelerini bulmak ve onları doğru akla (*ratio recta*) uygun olarak yorumlamaktır. Yasama faaliyetinin modern topluma oranla oldukça düşük olduğunu ve hukukun yasa yapmaktan çok tabiî düzenin yasalarını uygulamak olduğunu hatırlayalım.

Şemanın sonunda yer alan model bize özgüdür. Bizim modelimizde geleneksel ve modern sentezlenmiş, geleneksel değer ve çevreden otomatik olarak tevarüs edilmiş inançlar, ithal ettiğimiz hukuk sisteminin merkezine yerleştirilmiştir. Bu, yazılı yahut resmî değil, *off the record* ve fakat yaygın kabul görmüş bir anlayıştır. Bir nevi yaşayan hukuk denebilir. Nasıl otomobili ithal ettik ve fakat kırmızı ışığın dur anlamına geldiği konvansiyonunu pek benimsemedi isek yahut Batının tekniğini alalım ancak kültürü kendilerine kalsın dedi isek, modern hukukun ethosunu da onlara bırakıp trafiğimizle aynı şekilde işleyen özgün bir model ürettik. Bu modelde hâkim belli bir kanun metnini yorumlamak için yüreğinin derûnundaki inançlarla iktifa etmekte ve gavur icadı yorum metotlarına zinhar itibar etmemektedir[14].

Trajediler ciddiyetle yazılabilseydi, mevcut durumu izah için daha akademik bir dile başvurmak mümkün olurdu şüphesiz.

Modern Hukukun Ethosu

Modern toplumda hukukun ethosu, (bizim beğeni ya da onayımızdan bağımsız olarak) liberalizmin değerleridir. Bunlar da 17. yüzyıl tabiî hukukunun ortaya koyduğu *tabiî haklar* ve bunların bugüne gelen hâli yani insan haklarıdır. Modern hukukta adalet, büyük ölçüde formellik ama zihniyet dünyasında bu temel haklara uygunluktur. Başka türlü söylersek formel kurallardan yorum yoluyla norm çıkaran hukukçuyu, bu ilke ve değerler yönlendirir. Bu *ethos* ayrıca ve mutlak biçimde "rasyonelliği" içerir.

14 Kısa ve üstünkörü bir tarama bile medyaya konu olmuş pek çok haberle durumu ortaya koyabilir. Buraya 28 mayıs 2015 tarihli bir haberi örnek kabilinden aktarmak istiyorum: "Şiddet" ve "içki sorunu" nedeniyle eşinden boşanmak isteyen kadının açtığı davada mahkeme, "Hacca gitmiş koca içki içmez, sen de şiddet gördüğünde polise gitmemişsin" diyerek çifti boşamadı. Yargıtay karara karşı çıkarak, çiftin boşanması gerektiğine hükmetti. Hürriyet'ten Mesut Hasan Benli'nin haberine göre, Şanlıurfa'da 1990'da evlenen A.G.B. ve S.B. çiftinin bu evlilikten 3 çocuğu oldu. 2 yıl önce A.G.B, kendisine şiddet uyguladığı, hakaret ettiği, hastalığında "Numara yapıyor. Gebersin" dediği gerekçesiyle kocası S.B.'ye boşanma davası açtı. Duruşmada çiftin çocuklarından B.B. de babasının sürekli içtiğini, annesine küfür ettiğini iddia etti. Ancak Şanlıurfa 2. Aile Mahkemesi, davayı reddetti. Mahkemenin kadının "Şiddet gördüm" iddiasıyla ilgili değerlendirmesi ise şöyle oldu: "Eşinden her zaman şiddet gören, hakarete uğrayan bir kadının, karakola ya da savcılığa başvurmamış olması mümkün değil. Davacının başvurusu bulunmamaktadır. Tanıklardan Fatma, 6 yıl önceki bir olayı anlatmıştır. Fakat davacı, davalıyı bu olay nedeni ile affetmiş ve 6 yıl birlikte yaşamıştır." Mahkeme, B.B.'nin, "babasının içtiği" iddiasıyla ilgili de "Şanlıurfa İl Müftülüğü'ne göre, davalının 2001'de hacca gittiği anlaşılmıştır. Günlük hayat tecrübelerine göre hac vazifesini yerine getiren

Modern hukukun *ethos*unu, (1) liberal değerler (özgürlük, mülkiyet, yaşam), (2) rasyonalite, (3) sekülerlik ve (4) hukuk devleti[15] olarak görebiliriz. Kısacası kanunu hukuk kılan, bu değerlerle olan uyumudur. Bu uyumu sağlamak büyük ölçüde yargıya ait bir görev olarak karşımıza çıkar. Tam da bu sebeple hukuk devletinin aslî kuvveti yargıdır. O sebeple de hukukçunun bu *ethos*a bağlılığı ya da o yönde iş görmesi, hukuk devletinin sürekliliği ve ona duyulan inanç açısından hayatî önemdedir.

"Hukuk ne Tanrı tarafından bildirilmiştir ne de bilim tarafından keşfedilmiştir." (Supiot, 2008, s. 21) Hukuk, belli tarihsel ve toplumsal şartlar altında, egemen kültürel ve ideolojik unsurlar (modernleşme) ve iktidar düzeneklerinin (genellikle iktisadî iktidar), belli bir toplum tasavvurunu gerçekleştirmek üzere, ikna (ideoloji) ve zor (meşru şiddet tekeli) yoluyla kurmaya çalıştıkları "rasyonel düzen tasavvuru"dur.

Modern toplum, ekonominin ahlâk tarafından denetlendiği ya da denetlenmek istediği (meselâ faiz yasağı) geleneksel yapıların aksine, ahlâk dışı faktörler ya da bizatihi ekonomik işleyişin kendisi tarafından kontrol edilir. (Özcan, 2008) Liberal demokrasiler, bu anlamda teşebbüs hürriyeti üzerinden ekonomiyi, ahlâk ve diğer toplumcu yaklaşımlar karşısında korumak ister. Başka deyişle toplumsal üretimin bölüşülmesi, modern öncesi dönemde ahlâk, modern dönemde ise iktisat yoluyla yapılır. Dolayısıyla bölüşümü kral (ethica) değil piyasa (economica) yapacaktır.

"Bütün toplumların ilk kaygısı, nasıl olursa olsun, herhangi bir şekilde meydana gelen toplumsal hasılayı bölüşmektir. Bu bölüştürme çoğu zaman, toplumun büyük bir bölümünün geçimlik düzeyde kalması ve artığın siyaseten paylaşılması anlamına gelmektedir. Bölüşümün biçimi, toplumun temel yapısını belirler ve diğer bütün toplumsallıklar (siyaset de dahil) bunun üzerine oturur. Üretim insanlıkla yaşıt olmasına ve bölüşümün de her zaman toplumun ana sorununu oluşturmasına rağmen, iktisat yenidir. İktisadın belirmesine kadarki sürede, bu görevi ahlâk üstlenmiştir, yani bu açıdan *ethica*, *economica*'nın tarih öncesidir." (Kılıçbay, 1998, s. 82)

Sonuç: Ahlâklı Değil Etkili!

Etik problemler "ahlakçılık" ile aşılamaz. Bir arada yaşamaya yönelik gerçekçi bir toplumsal etik yerine, bireysel ahlâk anlayışlarını dayatma yoluna gidiyoruz. Karmaşık toplum, geleneksel ahlâkî kodlarla işleyemez. Küresel sıkıştırma, bireyleri cemaat ve kimlik arayışına geri götürmektedir. Cemaat kötü bir şey değildir; ne var ki kendi varoluşunu kendi üyelerinin üstüne kapanarak ve kendi ahlâkî doğrularını evrenselleştirmeye çalışarak modernliğin açtığı yaralar onarılamaz; aksine büyür.

Verili ahlâkî (*moral*) kodlar, bireyi değil cemaati esas almaktadır. Zihniyet dün-

bir kimsenin içki içmesi çok da mantığa uymamaktadır" dedi. Davaya bakan Yargıtay 2'nci Hukuk Dairesi, 8 Nisan'da verdiği kararında erkeğin, eşine ve çocuklarına şiddet uygulayıp hakaret ettiği belirtilerek mahkeme kararını bozdu ve çiftin boşanmasını istedi. http://www.hurriyet.com.tr/haci-icmez-karisini-dovmez-29126537 (Erişim: 15.09.2015)

15 Dicey'in üçüncü ilkesi olan "toplumsal düzende hukukî ruhun önde gelmesi" bunun ifadesidir.

yamız, törellik/gelenek/din tarafından çevrelenmiş ancak belli bir refleksiyonla eleştiriden geçirilerek *etik* haline dönüşmemiş bireysel ahlâklarla çevrelenmiş durumda. Yargı mensupları da bu edinilmiş bireysel ahlâkları, modern hukukun *ethos*una üstün tutmaktadırlar.

Hukuk nedir sorusu önemlidir. Ancak bu soru, hukuk ne olmalıdır sorusundan hassasiyetle ayrılmalıdır. Hukukun ne olduğunu anlamadıkça ve tartışmaları olması gerekenler üstünden sürdürdükçe ortaya çıkan problemleri doğru teşhis etmemiz mümkün değildir. Olan üstüne yapılacak araştırmanın verileri, olması gereken için daha sağlıklı düşünmeye zemin hazırlar.

Genel olarak, özellikle hâkimin "hukuk teknisyeni" olmasından şikâyet edilerek, onun "hukukçu" mertebesine yükselebilmesi için ayrıca bir niteliğe sahip olması gerektiği söylenmektedir. Problemin kaynağı olarak da kanunun *mot a mot* uygulanması yani pozitivist yaklaşım ileri sürülmektedir. Hukuk teknisyeni, hukukun *ethos*undan habersiz kişidir. Bana göre bu yaklaşım belli ölçüde doğru olmakla birlikte, gerçeği kuşatmaktan uzaktır. Aksine yargı, kanunu *mot a mot* uygulasa, bunca sıkıntımız olmayacak düşüncesindeyim. Uç ve istisna örnekler bir yana bırakıldığında, hakimin adalet peşine düşmek yerine uygulamakla yükümlü olduğu kanunu, uymakla yükümlü olduğu prosedürlere göre uygulaması, mevcut hukuk hayatımızdaki pek çok problemi, problem olmaktan çıkaracaktır.

Demek istediğim, sahip çıkılması gereken şey bizatihi hukukun kendisidir. Hâkimlere "adalet dağıtma" görevinin yüklenmesi biraz fazla ağır bir yaklaşım. Biz nasıl devlet yönetimini hükümdarın kişisel niteliklerinin yüksekliği gibi bir şansa bırakamıyorsak, hukuku da hâkimin etiği gibi bir şansa bırakamayız.

Bu dediklerim, hâkimin sahip olması gerektiği düşünülen niteliklerin gereksiz ya da anlamsız olduklarını düşündüğüm anlamına gelmiyor. Ne var bana göre adlî yapının neden bir türlü düzelmediğine ilişkin olarak etiğe ve felsefeye değil, yine adliyeye bakmak gereklidir. Bunun için de özellikle sosyoloji ve sosyal psikolojinin, ortaya koyduğu davranış psikolojisi, uyma ve itaat mekanizmalarına bakmak daha çok pratik fayda sağlar. Çünkü ahlâkî kodları belirleyen şey, sosyal etki ve bu etki sonucu ortaya çıkan uyma/itaat (ya da gerekçeleri ortaya çıktığı ölçüde tersi) davranışlarıdır. Bu alanlarda yapılan deneyler, bireylerin çok kısa sürelerde grup davranışını ve grupça belirlenen rolleri benimsediklerini gösteriyor. Zannederim hakim-savcı profili ve etik meselesinin anlaşılmasında anahtar veriler, Adalet Akademisi ve staj eğitimi süreçlerinde gizlidir.

Şüphesiz biri de çıkıp akademide Dworkin›ler vardı da biz mi Herkül olamadık derse, bir sessizlik…

Kaynakça

- Badiou, A. (2006). *Etik- Kötülük Kavrayışı Üzerine Bir Deneme.* İstanbul: Metis.
- Cevizci, A. (2002). *Etiğe Giriş.* İstanbul: Paradigma.
- Cevizci, A. (2000). *Felsefe Sözlüğü.* İstanbul: Paradigma.

- Dicey, A. V. (2008). Hukuk Devleti: Doğası ve Genel uygulamalar. A. R. Çoban, B. Canatan, & A. Küçük içinde, *Hukuk Devleti: Hukukî Bir İlke Siyasî Bir İdeal* (s. 25-38). Ankara: Adres.
- Feldman, F. (2013). *Etik Nedir?* (2. b.). İstanbul: Boğaziçi.
- Hart, H. (2000). *Hukuk, Özgürlük ve Ahlak.* İstanbul: Dost.
- Kılıçbay, M. A. (1998). Economica'nın Dublörü Ethica. *Doğu Batı* (4).
- Kübler, F. (2009). Hukuk Devletinde Yasama ve Yargı Organlarında Meslek Etiği. H. Tepe içinde, *Etik ve Meslek Etikleri* (s. 177-191). istanbul: Türkiye Felsefe Kurumu.
- Özcan, M. T. (2008). *Modern Toplum ve Hukuk Devleti.* İstanbul: XII Levha.
- Özlem, D. (2004b). Ahlâk Hukuku Önceler. D. Özlem içinde, *Etik - Ahlâk Felsefesi* (s. 201-224). İstanbul: İnkılap.
- Özlem, D. (2004a). *Etik- Ahlâk Felsefesi.* İstanbul: İnkılap.
- Supiot, A. (2008). *Homo Juridicus.* Ankara: Dost.
- Topuzkanamış, E. (2014b). Hukuk ve Bireyi Anlamak Üzere Notlar. *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Hakan Pekcanıtez'e Armağam) , 14* (Özel Sayı), 4903-4915.
- Topuzkanamış, E. (2014a). *Hukuk ve Disiplin- Modern Toplumda Hukuka Uymanı Dayanakları* (2. b.). İstanbul: XII Levha.
- Topuzkanamış, E. (2012). Max Weber'de Ekonomi, Hukuk ve Rasyonalite. *DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi , 14* (2), 253-274.
- Uzun, E. (2014). *Hukuk Metodolojisi Ders Kitabi.* Ankara: Türkiye Adalet Akademisi.
- Yüksel, M. (2011). *Hukuk Sosyolojisi Yazıları.* Ankara: Siyasal.
- Zelyut Hünler, S. (2005). 'Hukuk Nedir?' Sorusu. *HFSA* (11), s. 39-41.

F Tipi Yaşamlar-Ceza İçinde Ceza: ; İnsan-Tecrit-İzolasyon*

Ceren TUĞLU ** / Çağatay ŞAHİN**

GİRİŞ

Günümüzde modern infaz anlayışı, devletlerin negatif ve pozitif yükümlülüklerinin cezaevlerindeki bireyler için de geçerli olduğunu savunarak eskinin "intikamcı (kefaretçi)" infaz anlayışından ayrılmaktadır.[1] Ceza hukukunun temel kitaplarında cezanın suçluyu ıslah ederek tekrar topluma kazandırma amacının olduğu sıklıkla tekrarlanır. Bu amaca sahip devletin ise bu yönde birtakım ilke ve kararlar geliştirmesi beklenir. *"Bu anlamda cezaevleri öncelikle "içerisinin" değil "dışarısının" işi olmalıdır ve uluslararası kurallara göre insanların cezaevinde olmaları, onların tüm haklarının askıya alınması anlamına gelmemekte olup, cezaevi koşulları asla ek bir cezalandırma yöntemi olarak kullanılmamalıdır.*[2]" Çalışmaya başlık olarak da koymayı uygun bulduğumuz "ceza içinde ceza" kavramı ise modern cezalandırma anlayışında yeri olmayan bir yaklaşımdır. Bu durum ise ceza adaleti tartışmalarındaki en temel saik olan intikam/öç alma gereğinin sınırlarını sonuna kadar açmaktadır. Söz konusu bu mesele düşman ceza hukuku kavramıyla birlikte ele alındığında, gözlerden tamamen uzakta olan cezaevlerindeki tablo iyice netleşmektedir ve anlaşılmaktadır ki, bu hususta devlet tarafından ceza hukukunun ötesinde ceza siyasetine daha yakın bir noktada durulmaktadır.

Bu anlamda çalışmada yüksek güvenlikli cezaevlerinde uygulanan tretman yöntemleri ile bu cezaevlerinde tutuklu ve hükümlülere yönelik idarece gerçekleştirilen tasarruf ve müdahalelerin, infaz hukukunun uluslararası amaç, ilke ve hedefleri ışığında değerlendirilmesi, tartışılması hedeflenmektedir. Çalışmada ayrıca, 1990 sonrası getirilen yüksek güvenlikli cezaevlerinde kalan tutuklu ve hükümlülerin infazlarının nasıl bir sosyal tecrit altında gerçekleştirildiği ve bu sosyal tecritin boyutları üzerine bir çalışma yürütülecektir. Bu noktada, ülkemizde yaşanan ve yüksek güvenlikli cezaevlerinin yapılması sürecindeki 2000 yılındaki Hayata Dönüş Operasyonu ve sonrasında F Tipi Cezaevleri hakkındaki genelgeler ile bazı kuruluşların konuya ilişkin raporları çalışmanın ana izlencelerinden bir kısmını oluşturacaktır.

---

* Bu makale 3-7 Kasım 2014 tarihleri arasında İstanbul Üniversitesi'nde düzenlenen Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar Sempozyumu'nda sunulmuş olup, ilgili çalışmanın genişletilmiş halini içermektedir.

** Ar. Gör. Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

*** Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi ABD.

1 İnsan Hakları Raporu, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/449-ihp.pdf, 30.01.2015.

2 İnsan Hakları Raporu, http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/449-ihp.pdf, 30.01.2015.

Buradan hareketle söz konusu durumun hukuk ve ceza felsefesi açısından bir eleştirisine gidilecek ve somut durum hakkında çözümler geliştirilmeye çalışılacaktır.

1. İNFAZ HUKUKUNUN TEMEL KAVRAMLARI

I. Ceza İnfaz Kavramı

Cezanın infazı da tıpkı suç içeren fiile uygun cezanın belirlenmesi gibi, ancak kanunla olur. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi, cezanın infazı için de geçerlidir ve infaz yöntemleri, kurumları ve işleyişleri bu konuda mevcut ulusal ve ulusalüstü mevzuata uygun olmak zorundadır.

İnfaz kavramı, bünyesinde egemen erke ait olan "cezalandırma hakkı"nı barındırır. Bu hak, ancak kesin bir zorunluluk halinde meşrudur. İnsanın insana yaptığı her türlü baskı ve kısıtlama kesin bir zorunluluktan doğmuyorsa zalimliktir. Bu görüşten uzaklaşan tüm yasalar, söz konusu yasayı geçersiz kılan kesintisiz bir dirençle karşılaşacaktır[3]. İnfaz yasaları, hükümlüleri topluma yeniden kazandırma amacından uzaklaşarak kanuni cezayı aşan bir yeniden yapılandırmaya, hükümlüyü ruhen ve bedenen etkisiz kılarak toplumsal hayattan dışlamaya ve kişisel varlığını gerçekleştirmesine engel olmaya varan sonuçlar doğurduğu vakit, bu yasaların meşruluğundan bahsetmek güçleşecektir. Bu tanımlara ilave olarak, karşılaştırmalı hukuk bakımından, Alman hukukuna göre ceza infaz hukuku, "hürriyetten yoksun bırakan ceza yaptırımlarının" yerine getirilmesini ifade eder.[4]

II. Ceza İnfaz Hukukunun Amacı

Ceza hukukunun temel işlevi a) yeterince ciddiyet sergileyen b) mahkûmiyetle kamusal etiketlemeyi içeren c) ceza yaptırımı gerektiren d)yanlış eylem biçimlerinin kamuya bildirimidir[5]. İnfazın ana amacı ise, hükümlünün gelecekte yeniden suç işlemesini önlemek ve toplumsal yaşama yeniden uyum sağlayabilecek hale gelmesini sağlamaktır.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, *Lebach* kararında, hürriyeti bağlayıcı cezanın infazının açıkça ortaya çıkan amacı olarak, yeniden sosyalleştirmeyi veya sosyalleşmeyi işaret etmiştir: *"Hükümlüye sorumlu yaşamayı sürdürecek yetenek ve iradeye aracılık edilmelidir; o, hukuki ihlal olmaksızın bir özgür toplumun koşulları altında yaşamını sürdürmeyi, onun şanslarını idrak etmeyi ve risklerinin mevcut olduğunu öğrenmelidir."*[6]

5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin Uygulanması Hakkında Kanun ise infazın temel amacını şöyle açıklar: "Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak; bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini en-

3 Cesare BECCARİA, Suçlar ve Cezalar, Ankara, 2003, s. 48.

4 Kaiser GÜNTHER, Straffvollzug im Europaeischen Vergleich, Darmstadt, 1983, s. 8.

5 Mustafa Tören YÜCEL, Türk Ceza Siyaseti, İmge Kitabevi, Ankara, 2013, s. 27.

6 Timur DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008, s. 37.

gelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak; hükümlünün, yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır".

i. Tretman (Yeniden Sosyalleştirme)

Tretman (*ing. treatment*), aynı anlama gelmek üzere, yeniden sosyalleştirme, iyileştirme veya rehabilitasyon kavramlarının da yaygın olarak kullanıldığı ve günümüz ceza infaz sistemlerinin amacının temelini oluşturan kavramdır. Tretman, infaz kurumu tarafından hükümlüye dayatılan kurallar bütünü olarak değil hükümlü tarafından gönüllülük esasıyla uygulanması halinde amacına uygun hale gelecektir. Zira, Avrupa Cezaevi Kuralları da zorunlu tretmanı değil, isteğe bağlı tretmanı kabul etmiştir.[7]

Tretman uygulamaları, tutuklu ve hükümlülerin bedensel ve zihinsel sağlıklarını sürdürmeleri veya yeniden kazanmaları için zorunlu tüm önlemler ile onların topluma yeniden kazandırılmaları ve suçtan arındırılmış olarak toplumsal sorumluluklarının bilinci içinde yaşamalarını teşvik edici, geliştirici nitelikte tüm işlem ve faaliyetler[8] olarak tanımlanmaktadır. Hükümlünün gelecekteki sosyal yaşamını sorunsuz bir biçimde geçirebilmesi için, toplumsal yaşama ayak uydurabilmesi adına uygulanan tretman yöntemleri, tutuklu ve hükümlülerin bedensel ve zihinsel sağlıklarını sürdürmeleri veya yeniden kazanmaları için zorunlu tüm önlemler ile onların topluma yeniden kazandırılmaları ve suçtan arındırılmış olarak toplumsal sorumluluklarının bilinci içinde yaşamalarını teşvik edici, geliştirici nitelikteki tüm işlem ve faaliyetlerdir.[9] Suç fiilinden ve cezanın uzunluğundan bağımsız olarak, tretman amacının üstünlüğü tüm hükümlüler için geçerlidir.[10]

Tretman, ulusalüstü belgelerde Suçluların Islahı Hakkında Asgari Standart Kurallar madde 65-66'da,[11] "Avrupa Cezaevi Kuralları" başlıklı Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince verilen 3 no'lu tavsiye

7 Cumhur ŞAHİN, "Tahliye Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım ifadesine ait. Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2001, Cilt V, Sayı 1-2, Ankara, 2003, s. 112-143.

8 Handan SEVÜK YOKUŞ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII., S. 3-4, 2003, s. 336.

9 SEVÜK YOKUŞ, 2003, s. 36.

10 Ayrıntılı bilgi için Bkz. Timur Demirbaş, "Cezaevlerinde Yeniden Sosyalleştirme -tretman- Sorunları", İnfaz Hukukunun Sorunları Sempozyumu, 24-25.11.2000, Ankara, 2001, s. 144-161.

11 Madde 65- Hapis cezasına veya benzeri bir tedbire mâhkum olan mahpusların ıslahının amacı, ceza süresinin izin verdiği ölçüde bu kimselerde hukuka saygı ve kendilerine yeterli hale gelme isteğinin oluşmasını ve bunları yapmak için uygun duruma gelmelerini sağlamaktır. Islah rejimi, mahpusların öz saygılarını ve sorumluluk duygularını geliştirecek şekilde uygulanır.

Madde 66- (1) Bu amacı gerçekleştirmek için, her mahpusun toplumsal geçmişini ve suç sicilini, fiziksel ve ruhsal kapasitesini ve kabiliyetini, şahsi tabiatını, hapis cezasının süresini ve tahliye edildikten sonrası için beklentilerini dikkate alarak, mahpusun bireysel ihtiyaçlarına uygun biçimde, mahpusun bulunduğu ülkede mümkün olduğu takdirde dinsel tedbirler de dahil, eğitimsel, meslek rehberliği ve öğretimi, grup çalışması, iş danışmanlığı, fiziksel gelişme ve morali güçlendirme gibi her türlü uygun vasıta kullanılır.

kararının[12] 59. ve 84. maddeleri arasında, BM Genel Kurulunun 14 /12/1990 tarih ve 45/111 sayılı kararı ile kabul ve ilan edilen "Mahpusların Islahı için Temel İlkeler[13]" madde 6'da yer almıştır.

İç hukukta ise tretman uygulaması (yeniden sosyalleştirme olarak) 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun'un, "Temel İlkeler" başlıklı ikinci bölümünün "İnfazda Temel Amaç" başlıklı 3. maddesinde[14] belirtilmiştir. Yine CGTİHK'nın "İyileştirmede Başarı Ölçütü" başlıklı 7. maddesinde "*iyileştirme araçları hükümlünün sağlığını ve kişiliğine olan saygısını korumasını sağlayacak usûl ve esaslara göre uygulanır*" denmek suretiyle, tretman yöntemlerinin uygulanışına, hükümlünün kişiliğine olan saygının korunması saiki eklenmiştir. Dolayısıyla, cezaevlerinde uygulanan tretman yöntemlerinin ve diğer idari muamelelerin, hükümlünün kişiliğine, rızasına ve fiziksel ve psikolojik sağlığına zarar veren nitelikte olması durumunda, tüm bu işlem ve fiiller hukuki dayanaktan yoksun hale gelmektedir. Gerek tretman niteliğinde işlem ve eylemlerin gerek hükümlülere yönelik diğer idari tasarrufların değerlendirilmesi esnasında bu durum akıldan çıkarılmamalıdır.

ii. Tehlikeli Suçlularda Tretman

Ceza İnfaz Kurumlarının Yönetimi ile Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Tüzük'te, "tehlikeli suçlu" tanımı şu şekildedir: "*Suçun nitelik ve işleniş şekline göre, toplum için ciddi bir tehlike oluşturan veya kurumun güvenlik ve düzenini ihlal edebileceği konusunda delil veya ciddi emareler olan hükümlüler tehlikeli hükümlüler sayılır*". Buna ilave olarak, tehlikeli suçlu kavramı kimi kaynaklarca, hâkime, ceza infaz kurumuna ve hatta vatandaşa göre değişen bir kavram olarak ele alınmıştır. Cezaevleri yönünden verilecek tehlikeli suçluluk kavramı, hükümlünün infaz kurumu içindeki tutum ve davranışları, firara olan meyli, diğer hükümlüler ve infaz memurlarıyla olan ilişkisi veya şiddet olaylarına karışma eğilimi ile tanımlanabilir.[15] Hâkimin gözünde ise tehlikeli suçlu, suç eğiliminde kararlılık gösteren ve kamu güvenliği için potansiyel tehdit unsuru olan kişidir.[16]

(2) Mahpusun cezaevine girişinden sonra cezaevi müdürüne, belirli bir uzunlukta ceza almış her mahpus için yukarıdaki fıkrada belirtilen konularda tam bir rapor verilir. Bu tür bir rapor her zaman, mümkün olduğu takdirde psikiyatri alanında tecrübesi olan bir sağlık görevlisinin mahpusun fiziksel ve ruhsal durumu hakkında vereceği bir raporu da içerir.

(3) Raporlar ve konuyla ilgili belgeler şahsi dosyaya konur. Bu dosya günü gününe tutulur; dosyalar ihtiyaç meydana geldiğinde, görevli personel tarafından her an bakılabilecek bir şekilde düzenlenir.

12 Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından12 Şubat 1987 tarihinde kabul edilmiştir.

13 Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, Legal Yayınları, İstanbul, 2011, s. 951.

14 Madde 3- (1) Ceza ve güvenlik tedbirlerinin infazı ile ulaşılmak istenilen temel amaç, öncelikle genel ve özel önlemeyi sağlamak, bu maksatla hükümlünün yeniden suç işlemesini engelleyici etkenleri güçlendirmek, toplumu suça karşı korumak, hükümlünün; yeniden sosyalleşmesini teşvik etmek, üretken ve kanunlara, nizamlara ve toplumsal kurallara saygılı, sorumluluk taşıyan bir yaşam biçimine uyumunu kolaylaştırmaktır.

15 DEMİRBAŞ, 2008, s. 221.

16 DEMİRBAŞ, 2008, s. 220.

Tehlikeli suçlu kategorisinde değerlendirilen bir diğer suçlu grubu ise, "terör suçlusu" olarak nitelenen ve infazları yüksek güvenlikli infaz kurumlarında gerçekleştirilen, dolayısıyla bu çalışmanın konusuna dahil olan hükümlülerdir. Bu hükümlüler açısından, tehlikeli suçlular bakımından belirtilen özelliklerin, özellikle söz konusu olduğu iddia edilmektedir[17] ve bu nedenle bu hükümlülerin, cezaevlerinde sıkı bir şekilde kontrol altında tutulması, bu kişilerde mevcut olan şartlanmalar ve "beyin yıkama faaliyetleri"nin engellenmesi gerektiği[18] savunularak tretman uygulamasının amacı ve içeriği tersine çevrilmek suretiyle, hükümlü üzerinde baskı kurarak hükümlünün mevcut kanaatlerini ve kişilik yapısını değiştirme amacı ön plana çıkarılmaktadır. Bu sebepledir ki, söz konusu tutuklu ve hükümlülerin tretmanına dair hüküm içeren, Terörle Mücadele Kanunu'nun, 01.05.2001 tarih 4666 sayılı Kanun'un 1. maddesi ile değişik hükmü : *"Bu kurumlarda hükümlüler, işledikleri suçlara, kurumdaki davranışlarına, ilgi ve yeteneklerine göre gruplandırılarak, güvenlik bakımından tehlike yaratmadığı ölçüde, kendileri için hazırlanmış iyileştirme ve eğitim programları çerçevesinde eğitim ve spor, meslek kazandırma ve işyurdu çalışmaları ile diğer sosyal ve kültürel faaliyetlere katılırlar. Programların süresi ve katılacak hükümlülerin sayısı, her programın özelliği, güvenlik koşulları ve kurumun olanakları dikkate alınarak belirlenir"* ibaresinin ardından, tretman uygulamalarına şerh düşerek "*iyileştirme ve eğitim programlarının amaca aykırı sonuçlar verdiği tespit edilen hükümlüler yönünden bu uygulamaya son verilebilir veya gerekli değişiklikler yapılabilir."* ifadesini kullanmıştır. Kanımızca bu son ifadenin hüküm içeriğine eklenmesi ile yukarıda da değinildiği üzere tretman uygulamalarının, mahpusların yeniden topluma kazandırılmaları ve kendilerini geliştirmeleri gibi amaçlardan ve tretmanın mahpus için faydalı olması önceliğinden ziyade, kurumun ana amaçları ve mahpusları yönlendirmek istediği ana hattın dışına çıkılmaması hedefinin esas olarak gözetildiği görünür hale gelmektedir.

"3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın 16. maddesinde, bu yasa kapsamına giren suçlardan tutuklanan ve mâhkum olanların cezalarının "tek kişilik veya üç kişilik oda sistemine göre inşa edilen özel infaz kurumları"nda infaz edileceği bu kurumlarda açık görüş yaptırılmayacağı, hükümlülerin birbirleriyle irtibatına ve diğer hükümlülerle haberleşmesine engel olunacağı öngörülmüştür. Aynı uygulamanın Çıkar Amaçlı Suç Örgütleriyle Mücadele Yasası'nın kapsamına giren suçlardan tutuklananlar ile mâhkum olanlar hakkında da uygulanacağı öngörülmüştür"[19]

Yukarıda değinildiği üzere, tretman uygulamaları ulusal ve ulusalüstü hukuki belgelerce bir takım standartlara bağlanmıştır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 17

17 Sulhi DÖNMEZER, Teröristlerin Rehabilitasyonu, İÜHFD, 1985, s .1-4, s. 10.

18 DÖNMEZER, 1985, s. 1-2.

19 http://www.ttb.org.tr/eweb/rapor/f_tipi.html.

sayılı kararında da konuyla ilgili aşağıdaki ilkelere yer verilmiştir:

a) İnsan onuru ve insan hakları ile bağdaştığı ölçüde gerekli görülen ek güvenlik tedbirlerine başvurulması;
b) Genel cezaevi kurallarının mümkün olduğu sürece, tehlikeli suçlulara da uygulanması;
c) Hükümlülerin tehlikelilik statüsünün periyodik olarak gözden geçirilmesi.

Tehlikeli olarak nitelenen suçluların infaz koşullarının, gerek firar ve isyan vakalarının önlenmesi gerekse de diğer tutuklu ve hükümlülerin korunması bağlamında gerekçelendirilmek suretiyle diğer suçlulardan farklı biçimde şekillendirilmesi gereği, konuya dair çeşitli hukuki belgelerde[20] yer almıştır.

Söz konusu hukuki belgelerde, bu kategoriye giren tutuklu veya hükümlülerin güvenlik, diğer mahkûmları olumsuz yönde etkileme, tutuklu veya hükümlünün geçmişindeki eylemleri gibi saiklerle, ayrı ceza infaz kurumlarına yerleştirilmeleri gereğinden bahsedilmiştir. Türkiye de söz konusu kategoriye ait tutuklu ve hükümlülerin infazı yüksek güvenlikli cezaevlerinde gerçekleştirilmektedir.

2. BİR İNFAZ KURUMU OLARAK YÜKSEK GÜVENLİKLİ CEZAEVLERİ

Güvenlik standartlarına göre infaz kurumları; yüksek güvenlikli, normal güvenlikli ve düşük güvenlikli olmak üzere üçe ayrılmaktadır. İnfaz sistemimizde TMK mülga madde 16 ve eski Tüzük madde 78/A-B'de, kurumların güvenlik esasına göre düzenlenmesi gerektiğinden söz edilmekte idi. 2000 yılından itibaren, F tipi kapalı ceza infaz kurumları "yüksek güvenlikli", kapasitesi 60 kişiden fazla ağır ceza merkezlerinde tam teşkilatlı infaz kurumları "normal güvenlikli" ve kapasitesi 60 kişiden az, teşkilatı tam olmayan, ilçe kapalı infaz kurumları ile açık infaz kurumları ve ıslahevleri "az güvenlikli" olarak sınıflandırılmaya başlanmıştır.[21]

CGTİHK m.9/1'de, yüksek güvenlikli infaz kurumları "Yüksek güvenlikli kapalı ceza infaz kurumları, iç ve dış güvenlik görevlilerine sahip, firara karşı teknik, mekanik, elektronik ve fiziki engellerle donatılmış, oda ve koridor kapıları sürekli kapalı tutulan, ancak mevzuatın belirttiği hallerde aynı oda dışındaki hükümlüler arasında ve dış çevre ile temaslarının geçerli olduğu sıkı güvenlik rejimine tabi hükümlülerin bir veya üç kişilik odalarda barındırıldıkları tesislerdir" şeklinde ifade edilmiştir.

Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında ise aşağıda görüleceği üzere, yüksek güvenlikli cezaevlerine hangi tür hükümlülerin gönderileceği belirtilmiştir:

(2) Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasına mahkûm olanlar ile süresine bakılmaksızın, suç işlemek amacıyla örgüt kurmak, yönetmek veya bu örgütün faaliyeti çerçevesinde, Türk Ceza Kanununda yer alan;

20 Avrupa Cezaevi Kuralları, md 68, Suçluların Islahı Hakkında Asgari Standart Kurallar md. 8.

21 DEMİRBAŞ, 2008, s. 351

a) İnsanlığa karşı suçlardan (madde 77, 78),

b) Kasten öldürme suçlarından (madde 81, 82),

c) Uyuşturucu veya uyarıcı madde imal ve ticareti suçundan (madde 188),

d) Devletin güvenliğine karşı suçlardan (madde 302, 303, 304, 307, 308),

e) Anayasal düzene ve bu düzenin işleyişine karşı suçlardan (madde 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315),

Mahkûm olanların cezaları, bu kurumlarda infaz edilir.

(3) Eylem ve tutumları nedeniyle tehlikeli hâlde bulunan ve özel gözetim ve denetim altında bulundurulmaları gerekli olduğu saptananlar ile bulundukları kurumlarda düzen ve disiplini bozanlar veya iyileştirme tedbir, araç ve usûllerine ısrarla karşı koyanlar bu kurumlara gönderilirler.

I. Yüksek Güvenlikli Cezaevlerinde Rastlanan Somut Olgular

i. Haberleşme ve Ziyaret Hakkı:

Haberleşme ve ziyaret hakkı, tüm tutuklu ve hükümlülere "Avrupa Cezaevi Kuralları" madde 37[22], "Suçluların Islahı Hakkında Asgari Standart Kurallar" madde 37[23] ve madde 79[24] ile "Herhangi Biçimde Alıkonulan ya da Hapsedilen Tüm Kişiler için İlkeler Manzumesi" ilke 19[25] içeriklerinde tanınmıştır.

Ancak ülkemizde, yüksek güvenlikli cezaevlerinde, söz konusu ulusalüstü hukuk belgelerinde tanınan hakların kapsamını daraltma ya da tamamen ortadan kaldırmaya yönelik uygulamalar gözlemlenmektedir. Demokratik kitle örgütleri tarafından, konuya dair yapılan araştırmaların sonuçlarından bir kısmı aşağıdaki gibidir:

a) Tutuklu/Hükümlülerin haftada 10 dakika olan, yakınları ile telefonla görüşme hakkı Sincan 1 No'lu F Tipi Hapishanesinde 4 Ocak 2010 tarihinden bu yana gasp edilmektedir. Tutuklu/hükümlünün görüşmek istediği yakınları ile ilgili her türlü bilgi ve belge idarenin elinde bulunmasına, telefon görüşmelerinin kayıt altına alınmasına ve dinlenmesine rağmen tutuklu/hükümlü ve yakınlarına isim-soy isim ve telefon numarasını karşılıklı tekrar etmeleri dayatılmaktadır. Tutuklu/hükümlüler "tekmil" dayatmasını kabul etmedikleri için, yakınları ile telefonla görüşme hakkı 4 Ocak 2010 tarihinden bu yana engellenmektedir.

22 Madde 37- Tutukluların aileleriyle ve diğer kişi ya da kuruluş temsilcileriyle haberleşmesine ve kendilerine uygulanan rejimin, güvenlik ve tutukevi düzeninin zorunlu kıldığı kısıtlamalar dışında ve gözetim altında olmak koşuluyla, düzenli aralıklarla görüşmesine izin verilmelidir.

23 Madde 37- Gerekli gözetim altında mahpusların düzenli aralıklarla aileleri ve yakın arkadaşları ile haberleşmelerine ve ziyaret edilmelerine imkân verilerek onlarla iletişim kurmalarına izin verilir.

24 Madde 79- Mahpusun ve ailesinin yararına olduğu ölçüde, mahpus ile ailesi arasındaki ilişkinin sürdürülmesine ve geliştirilmesine özel bir önem verilir.

25 İlke 19- Kanuna ya da kanuna uygun düzenlemelerde belirlenen makul koşullar ve kayıtlamalar saklı kalarak, alıkonulan ya da hapsedilen bir kişinin, özellikle ailesi mensupları tarafından ziyaret edilme ve onlarla haberleşme hakkı olacaktır ve dış dünya ile iletişim kurması için yeterli/(uygun) fırsat/(imkân) verilecektir.

Ankara Sincan Kadın Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'ndan D.A.'nın anlatımlarına göre, telefonla görüşme sırasında isim-soy isim söylenmesi dayatılmakta, söylenmediği takdirde görüşme kesilmektedir. Yine kadın hapishanesinden M.Ç.'nin anlatımlarına göre, aile yoksa ve telefon arızalıysa, problem hapishaneden kaynaklanıyor olsa bile bir daha bu aramaya izin verilmemektedir.[26]

b) Demokratik kurumlarla yapılan yazışmaların örgütsel haberleşme diye adlandırılmakta olduğu ve engellendiği, mahpusun avukatına yazdığı mektupta "kurum görevlilerini hedef gösteren cümleler bulunması" gerekçesi ile mektubun gönderilmemesine karar verildiği, bir diğer mahpusun avukatına yazdığı mektubun, yasal olmamasına rağmen cezaevi idaresi tarafından açılarak okunduğu ve cezaevindeki hak ihlallerine ilişkin bilgiler verdiği bu mektup nedeniyle disiplin cezasına çarptırıldığı bildirilmektedir[27].

c) Mahpuslara terör yazılı kimlik kartlarını almadıkları için aileleri ile açık görüş yapamayacakları bildirilmiştir.[28]

Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi, 2 No.lu Genel Raporunda da belirtildiği gibi, "Mâhkumların dış dünyayla temaslarını makul düzeyde devam ettirmesi de çok önemlidir. Her şeyden önce mâhkumlara aileleriyle veya yakın arkadaşlarıyla ilişkilerini devam ettirebilme imkânı verilmelidir. Buradaki temel prensip, dış dünyayla temasın desteklenmesi olmalıdır; bu tür temasın sınırlanması sadece kayda değer güvenlik endişeleri veya kaynak kısıtlılığı nedenlerine dayandırılabilir." Ancak, yukarıda bir kısmına değinilen vakalar, yüksek güvenlikli cezaevlerinde sıkça yaşanmakta olan haberleşme ve görüş haklarının keyfi biçimde engellenmesi uygulamasının sistemli ve yoğun biçimde sürdürülmekte olduğunu göstermektedir.

ii. Yayın Hakkı

Tutuklu ve hükümlülerin, yanlarında süreli veya süresiz yayın veya kitap bulundurma ve cezaevi içinde faaliyet gösterecek bir kütüphaneden faydalanma hakkı, "Herhangi Biçimde Alıkonulan ya da Hapsedilen Tüm Kişilerin Korunması için İlkeler Manzumesi" ilke 28'de,[29] "Mahpusların Islahı için Temel İlkeler" madde 6'da,[30] "Avrupa Cezaevi Kuralları" madde 40'da[31] ve "Suçluların Islahı Hakkında Asgari

26 Çağdaş Hukukçular Derneği (ÇHD), Ankara Şubesi, Cezaevleri ve İnfaz İzleme Komisyonu, 2011 Raporu.

27 İnsan Hakları Derneği (İHD), 2009 Cezaevleri İzleme Raporu.

28 İHD, 2009 Cezaevleri İzleme Raporu.

29 İlke 28- Alıkonulan ya da hapsedilen bir kişi, alıkonulma ya da hapsedilme yerinde/(tutuk veya cezaevinde) güvenliği ve iyi/(düzgün) bir düzeni teminin makul şartlarına tabi olarak, eğer kamu kaynaklarından sağlanacak ise, mevcut/(kullanılabilir) kaynakların sınırları içinde makul miktarda eğitsel, kültürel ve bilgilendirici materyali edinme hakkına sahip olacaktır.

30 Madde 6- Bütün mahpuslar, insanın kişiliğini tam olarak geliştirmeyi amaçlayan kültürel faaliyetler ve eğitim içinde yer almak hakkına sahip olacaktır.

31 Madde 40- Her tutuklunun öğretici, dinlendirici, eğlendirici kitapları olan bir kütüphaneden yararlanmaları sağlanmalıdır. Tutukluların bu gibi kolaylıklardan olabildiğince yararlanmaları desteklenmelidir.

Standart Kurallar" madde 40[32]'da güvence altına alınmıştır.

Mevzuat uyarınca, bu bağlamda, basın savcılıklarınca tedbir altına alınmamış, mahkeme kararı ile yasaklama veya toplatma kararı verilmemiş her türlü süreli yayın ve kitabın hapishaneye girebilmesi, temel ilke olarak kabul edilmesi gerekirken, yüksek güvenlikli cezaevlerinde konuya dair çoğunlukla keyfi ve cezaevi idarelerine göre değişen sınırlamaların yaşandığı, günlük gazeteler için dahi fiili yasak ve engellemeler getirildiği, verilen süreli yayınların çok geç intikal ettirildiği, bulundurulabilecek kitap sayısına yasalara ve ulusalüstü hukuk normlarına aykırı olacak şekilde, makul gerekçe sunulmaksızın sınırlama getirildiği, gerek mahpusların bire bir ifadelerinde gerekse demokratik kitle örgütlerinin çalışma raporlarında[33] gözlenmiştir.

Hakkında toplatma, yayın durdurma, yasaklama vb. hâkim kararları bulunan basılı eserlerin listesi İçişleri Bakanlığı birimlerinde bulunmakta ve düzenli olarak güncellenmektedir. Bunun dışındaki uygulamaların yasal dayanağı yoktur ve bu anlamda hak ihlali olarak nitelendirilmelidir.

iii. Tecrit ve Sohbet Hakkı

a. Yüksek Güvenlikli Cezaevlerinde İnfaz Koşulları ve Tecrit

Tecrit, ülkemizde F tipi cezaevlerinin 19 Aralık 2000 tarihinde cezaevlerine yönelik gerçekleştirilen operasyonlarla hayata geçirilmesinden itibaren yoğun biçimde tartışılmaya başlanmış bir kavramdır. Bir infaz çeşidi olan tecrit, disiplin cezası (hücre hapsi cezası) olarak gündeme gelebileceği gibi, sürekli bir infaz yöntemi olarak da uygulanabilmektedir ve "hücre hapsi cezası" değil fakat uzun süre mutlak tecrit altında tutma, ulusalüstü insan hakları hukuku belgelerine aykırıdır[34]. Tecrit uygulaması, ceza infaz hukukunun temel amaçlarından olan "topluma kazandırma" hedefinin aksine, mahpusu toplumdan soyutlayarak mahpus hakkında hükmedilen cezayı daha da ağır hale getirmektedir. Bu anlamıyla tecrit, bir infaz ve ıslah yönteminden ziyade, tutuklu ve hükümlülerin, fiziksel ve psikolojik çözülmelerinin sağlanması için kasten planlanmış bir politika[35] olarak gündeme gelebilmektedir.

Farklı disiplinlerdeki bilim adamları tarafından, çok kere yoğun bir şekilde tek kişilik hapsin olumsuz etkilerine, yani yer ve sosyal yön tayininin, duygusal tepkilerin[36] ve kimi duyuların kaybına, psikolojik bozukluklara yol açtığına değinilmiş-

32 Madde 40- Her kurumda, her kategoriden mahpusların kullanabileceği, kendilerini geliştirici ve eğitici yeterli sayıda kitabın bulunduğu bir kitaplık bulunur. Bu kitaplıktan tam olarak yararlanmaları için mahpuslar teşvik edilir.

33 ÇHD İstanbul Şubesi, Cezaevi İzleme Komisyonu Raporu, http://www.halkinsesitv.com/images/Dosyalar/CHD-IstSube-2010_Cezaevi-Raporu.pdf 2010, İHD, 2009 Cezaevleri İzleme Raporu, ÇHD, Ankara Şubesi, Cezaevleri ve İnfaz İzleme Komisyonu, 2011 Raporu.

34 GEMALMAZ, 2011, s. 951.

35 Kristina REYMANN, Zwischen Recht und Unrecht-Untersuchung Der Haftbedingungen RAF-Gefangener, Nordstedt, Grin Verlag, 2004, s. 3.

36 DEMİRBAŞ,2008, s. 493.

tir. Bugüne kadar yapılan bütün bilimsel çalışmalar, fiziksel ve ruhsal bütünlüğün korunabilmesi için "yeterli, uygun ve değişken dış uyaranlara" ihtiyaç duyulduğunu göstermiştir. Uzun süren izolasyonun insan sağlığı üzerinde olumsuz sonuçlar doğurduğu bilimsel olarak kanıtlanmıştır[37]. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ise tecritin zararlı etkilerini, "*kronik ilgisizlik, bitkinlik, duygusal dengesizlik, dikkati verme güçlükleri, bilinçsiz sinir sistemi rahatsızlıkları*[38]" olarak belirtmiştir.

"Yapımı tamamlanmak üzere olan ve Bakanlıkça belli örgüt temsilcilerine ziyaret için açılan F tipi cezaevlerinin gerek yerleşim, gerekse projelerine bakıldığında tamamen izolasyona yönelik oluşturuldukları anlaşılmaktadır. Tek kişilik hücrelerin ve üç kişilik izolasyon ünitelerinin mâhkum ya da tutuklunun hiçbir canlı ile ilişki kurmasına olanak tanımayacak bir biçimde inşa edildiği düşünüldüğünde, havalandırma alanlarının "25 m2", etrafının 8 cm yüksekliğindeki duvarlarla çevrili olması bir mâhkumun uzun yıllarca sadece gökyüzü görerek tüm sosyal ve kültürel çevresinden izole bir biçimde yaşamaya mâhkum edileceği ve dışarıdan sürekli gözetim ve denetim altında tutulacağı açıktır. İnsanlar üzerinde yapılan araştırmalarda, sosyal izolasyonun zaman içerisinde duyusal ve algısal deprivasyonun eşlik ettiği yoksunlukla ilintili psişik ve organik zedelenmeler yarattığı görülmüştür.

İzolasyon duyusal ve algısal stimülasyonların sınırlandırılması sonucunda algı ve duyu bozukluklarının gelişmesine neden olabilmektedir. Bu durum bazı psikiyatrik tablolarla ilintili olduğu gibi, aynı zamanda görme ve işitme duyusunda azalma, sinirsel tipte sağırlık, tinnitus (kulak çınlaması) bu sonuçlar arasında gözlemlenenlerden bazılarıdır." [39]

Tecrit uygulaması, sadece disiplin cezası olarak verilen hücre hapsinden ibaret olmayıp özellikle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası alan tutukluların infaz koşulları ve sohbet hakları kesintisiz biçimde engellenen diğer tutuklu ve hükümlülerin infaz koşulları açısından da gündeme gelmektedir. Zira yüksek güvenlikli cezaevlerine, uzmanlar tarafından yapılan ziyaretlerde, görüşülen tutuklu ve hükümlülerde, tecrit etkisi olarak sıralanagelen belirtilere sıkça rastlanmaktadır. Bu bağlamda Türk Tabipler Odası tarafından, Tekirdağ F Tipi Cezaevi'ne yapılan ziyaret sonucu aşağıdaki gözleme yer verilmiştir:

"*Son ziyaretimiz, mekansal kapasitesi, temizliği gibi fiziki şartlarda bazı olumluluklar, idarenin (bize yansıyan ve yansıtılan) bazı iyi niyetli tutumlarına karşın, son 6 yıllık işleyişi ile birlikte değerlendirildiğinde; mevcut F Tipi cezaevlerinin gerek mimari yapısı, gerek yasal mevzuatı ve işleyişi açısından ne yazık ki izolasyona dayalı, insanın fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü örseleyici nitelikte olduğunu göstermiştir.*

37 Türk Tabipler Birliği, Tekirdağ F Tipi Cezaevi Raporu, 06.01.2007.

38 DEMİRBAŞ, 2008, s. 494, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ilgili kararları için ayrıca Bkz. (7572/76, 7586/76, 7587/76, Ensslin, Baader, Raspe).

39 F Tipi Cezaevlerine İlişkin Türk Tabipler Birliği Raporu, http://www.ttb.org.tr/eweb/rapor/f_tipi.html, 30.01.2015.

Ziyaretimizde ayrı gruplardan politik ve adli 6 tutuklu ve hükümlü ile gerçekleştirdiğimiz yüz yüze ayrıntılı görüşmelerin ve işliklerde karşılaştıklarımızla yaptığımız kısa süreli konuşmaların sonucunda, görüşme yapılan tutuklu ve hükümlülerin hemen tamamında sosyal temas yetersizliği yanı sıra, uzun süren sınırlı insani temas ve ilişkiden kaynaklanan çeşitli fiziksel ve ruhsal rahatsızlıklar gözlendi[40].”

Yukarıda kimi özelliklerine, etkilerine ve sonuçlarına değinilen tecrit uygulamasının mahpuslar üzerinde yarattığı fiziksel (duyu kaybı, zaman ve mekân ayrımına varma yeteneğini kaybetme, kulak çınlaması[41] vb.) ve psikolojik (dikkat bozuklukları, duygu durumu dengesizlikleri vb.) anlamda olumsuz etkilerin varlığı değerlendirildiğinde, bu uygulamanın, mahpuslara yönelik hem fiziksel hem de manevi istismara yol açabileceği de göz önünde tutularak “zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele ya da ceza” kategorisinde değerlendirilmesi mümkündür.

b. Sohbet Hakkı

TMK madde 16/2 hükmünün eski düzenlemesinde yer alan, “*Bu kurumlarda açık görüş yaptırılamaz. Hükümlülerin birbirleriyle irtibatına ve diğer hükümlülerle haberleşmesine engel olunur.*” hükmü açıkça izolasyon niteliğinde olduğu için yoğun eleştiriler almış ve 01.05.2001 tarih ve 4666 sayılı kanunla TMK’nın ilgili hükmü değiştirilerek, infaz kurumundaki hükümlülere yönelik tretman uygulamaları kapsamında irtibat kurma hakkı tanınmıştır. Söz konusu madde 2006 tarih ve 5532 sayılı kanun ile yürürlükten kaldırılmıştır.

2000’li yılların başlarından itibaren, F tipi cezaevlerinde, tutuklu ve hükümlülerin olumsuz infaz koşullarına yönelik getirilen eleştiriler, cezaevlerinde sürdürülen ölüm oruçları ve çeşitli oluşumlar tarafından ülke içinde ve dışında sürdürülen faaliyetler sonucu, bu tip infaz kurumlarında tutulan mahpusların koşullarının iyileştirilmesine yönelik, Adalet Bakanlığı tarafından bir genelge[42] yayınlanmıştır. Söz konusu genelgenin, üçüncü bölümünün, on üçüncü maddesinde yer alan “*Güvenlik bakımından tehlike yaratmadığı ölçüde, idare ve gözlem kurulu tarafından belirlenen istekli hükümlü ve tutuklular, 10 kişiyi aşmayacak gruplar hâlinde ve idarenin gözetiminde, açık görüş alanlarında veya diğer ortak yerlerdeki sosyal faaliyetler çerçevesinde haftada toplam 10 saati aşmamak üzere sohbet amacıyla bir araya getirilebilir. Bu faaliyet hafta içerisinde açık görüş, avukat ve ziyaretçi görüşlerini aksatmayacak şekilde yaptırılır.”* hükmü ile mahpuslara tanınan “sohbet hakkı” ile F tipi (yüksek güvenlikli) cezaevlerinin, mahpuslar üze-

40 Türk Tabipler Birliği, Tekirdağ F Tipi Cezaevi Raporu, http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/tekirdati-pi-cezaevi-ziyareti-raporu-465.html, 30.01.2015.

41 Türk Tabipler Birliği, Tekirdağ F Tipi Cezaevi Raporu, http://www.ttb.org.tr/index.php/Haberler/tekirdati-pi-cezaevi-ziyareti-raporu-465.html, 30.01.2015.

42 T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan, 2007 tarih ve 45/1 sayılı Genelge.

43 ÇHD İstanbul Şubesi, Cezaevi İzleme Komisyonu Raporu, http://www.halkinsesitv.com/images/Dosyalar/CHD-IstSube-2010_Cezaevi-Raporu.pdf, 30.01.2015.

rinde yarattığı tecrit (izolasyon) etkisi hafifletilmek istenmiştir. Ayrıca genelgede, bu hakkın kullanılması tretman koşullarına bağlı olmaktan çıkarılmış ve tek istisnası, disiplin cezası olarak verilen "hücre hapsi" şeklinde belirtilmiştir. Böylesi bir durumda da mahpus, hücre hapsinin infazından sonra sohbet hakkından faydalanabilecektir. Ancak bu genelge uygulamada hayata eksik geçirilmiş, uygulanmasına çeşitli şerhler düşülmüş ya da tamamen göz ardı edilmiştir. Genelge, İstanbul bölgesi çevresinde bulunan hiçbir hapishanede uygulanmamakta; bir kısım hapishanede ise, süre ve kişi sayısına kanuna aykırı kısıtlamalar getirilmektedir[43]. Ek olarak, sohbet hakkını içeren hükmün başında kullanılan "güvenlik bakımından tehlike yaratmadığı ölçüde" ifadesi de muğlak ve idareye sınırları belli olmayan nitelikte takdir yetkisi tanıyan bir ifadedir ve bu haliyle hakkın özüne zarar vermektedir.

Yasal sohbet hakkının kullanılmasında tutuklu ve hükümlünün tretman uygulamalarına katılıp katılmamasının, yüksek güvenlikli cezaevlerinde bir ölçüt olarak değerlendirilmesi ve bu uygulamalara katılmayı reddedenlere sohbet hakkının tanınmaması konuya dair gerek ulusal gerek ulusalüstü düzenlemelere aykırıdır. İlgili hukuki metinlerde, isteğe bağlı olan ve mahpusun kişiliğine saygı saikini esas alan tretman uygulamalarının zorunlu tutulması ve uygulamaya katılmama kararı mahpuslar için yaptırım haline getirilmesi bir hak ihlali olup, mahpusun mevcut infaz koşullarının idarece daha da ağırlaştırılması anlamına gelmek suretiyle, Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 58. maddesi ile Suçluların Islahı Hakkında Asgari Standartlar'ın 57. maddesinin ihlali anlamına gelmektedir.

c. Tecrit ve Ağırlaştırılmış Müebbet Hapis Cezası Alan Hükümlüler

Yüksek güvenlikli cezaevlerinde infazları gerçekleşmekte olan, ağırlaştırılmış müebbet hapis hükümlülerinin durumu, getirilen yasal düzenlemelerle tek kişilik izolasyon rejimine benzer hale getirilmiş ve koşullu salıverilme gibi kimi haklar tanınmamak suretiyle, ağırlaştırılmış müebbet hapis koşullarının ölene kadar devam edeceği hüküm altına alınarak, bu suç tipi için adeta ölüm cezası yeniden yorumlanmıştır. "Suç tipine göre sürekli" tek kişilik izolasyonun insan üzerinde yarattığı etki ve sonuçlar açısından değerlendirildiğinde bu uygulamaların işkence tanımına karşılık geleceği şüphesizdir.

06.09.2006 tarihinde yayınlanan 2005 tarihli, Avrupa İşkenceyi Önleme Komitesi'nin Türkiye Raporu'nun "F Tipi Yüksek Güvenlikli Kapalı Hapishaneler" ile ilgili bölümünde yer alan tespit ve değerlendirmeler dikkat çekicidir. Rapor tek kişilik tecrit hücrelerinin, suç tipine dayanan ve süreklilik arz eden bir izolasyon aracı olarak kullanılmasının yanlışlığı ve tehlikelerine değinmektedir. Komite, CGTİHK *(Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun)* 25. maddesi[44] altında yatan felsefenin hatalı olduğu inancındadır. Bu husus, tek kişilik izolasyonun suç tipine göre ve sürekli uygulanması yerine, tamamen infaz koşullarındaki tehlikelilik veya ihtiyaç göz önünde bulundu-

44 Bu maddeye göre hükümlü cezasını tek kişilik bir odada çekecek ve günde bir saat olmak üzere tanınan havalandırma hakkında dahi diğer tutuklu ve hükümlülerle irtibat kurmasına izin verilmeyecektir.

rularak muhakkak geçici hekim ve yargıç kontrolünde itirazı kabil bir tedbir olması gerektiği yönündeki itirazla örtüşmektedir.

Aynı zamanda bu tip hükümlüler, telefonda tahdidi sayıda kimseyle görüşecek ve yine sadece bu kimseleri ziyaretçi olarak kabul edebilecek, havalandırmada diğer mahpuslarla temas kuramayacak, hükümlünün cezasının infazına ara verilemeyecek, kurum dışında çalıştırılamayacak ve hükümlüye izin verilemeyecektir. Aynı kanunun koşullu salıverilme esaslarını düzenleyen 107. maddesinin 2. fıkrasında, ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazında koşullu salıverilmeden istifade için, cezanın 30 yılının infaz kurumunda çekilmesi gerektiği düzenlenmiştir. Aynı maddenin 16. fıkrasında ise, bu 30 yıllık süreye de bir istisna getirilmiş ve 5237 sayılı TCK'nın 302. maddesinden 325. maddesine kadar düzenlenen suçların bir örgüt faaliyeti çerçevesinde işlenmesi nedeniyle verilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının infazı halinde koşullu salıverilme hükümlerinin uygulanmayacağı düzenlenmiştir. Hal böyle olunca, ölüm cezasının yerine getirilen ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası ile "öldürme dışında ölüm cezası bir bakıma olduğu gibi kalmıştır". [45]

Bu konuda bir diğer önemli nokta ise, müebbet ve ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları arasında kanundaki farktır. TCK ağırlaştırılmış müebbet cezasıyla ilgili 47. maddede bir düzenlemeye gitmiştir. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası hükümlünün hayatı boyunca devam eder[46]. "Ancak hükümlü 5275 sayılı Kanunun 107. maddesi hükmü gereğince, iyi hal göstermesi kaydıyla otuz yıl; birden çok cezanın bulunması halinde otuz altı yıl sonunda koşullu salıverilebilir. Tabii, koşullu salıverilme hükümlülük halini ortadan kaldırmaz.[47] Öte yandan, yine 5275 Sayılı Kanun'a baktığımızda müebbet hapis durumunda hükümlünün iyi hal göstermesi durumunda bir tek mâhkumiyet halinde yirmi dört yıl, birden çok mâhkumiyet halinde otuz yıl içinde koşullu salıverilme mümkün olabilmektedir[48].

Bu noktada ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının getirildiği dönem tam da 19 Aralık Operasyonu sonrası AB Uyum Yasaları'nın yoğunlaştığı bir döneme denk düşmektedir. Bir diğer dikkat çekici nokta ise, mevzuatımızda bulunan ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasının idam cezasını ikame ettiği görüşüdür. Ancak, idam cezası ağırlaştırılmış müebbete dönüştürülen hükümlülerin ağırlaştırılmış müebbet hapis cezaları koşullu salıverilme seçeneğinden yoksundur. Başka bir deyişle, burada "ölüme kadar hapis" durumu söz konusudur. Bu ise, özellikle DGM'ler tarafından verilen idam cezaları sebebiyle siyasi mâhkumlara yönelik bir durumdur. Ağırlaştırılmış müebbet hapis cezalıları, bu

45 Sulhi DÖNMEZER, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısının Kapsam ve İlkeleri", İnfaz Hukuku Alanında Güncel Sorunlar ve Yeni Yaklaşımlar, Seminer, İstanbul 2004.

46 Zeki HAFIZOĞULLARI, Muharrem ÖZEN, Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, US-A Yayıncılık, Ankara 2012, s. 471.

47 HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, 2012, s. 471.

48 HAFIZOĞULLARI, ÖZEN, 2012, s. 471-472.

anlamda uluslararası mevzuata aykırı bir şekilde cezalarını çekmektedir. Bunun ise ceza hukukunun ötesinde ceza siyasetiyle ilişkili olduğunu görebilmek mümkündür. Yücel'in deyişiyle ceza siyaseti oluşturulmasında toplumsal savunu açısından tehlikeli/seri suçlular ile psikopatların sistemde nasıl trete edileceği bir sorun olarak belirmektedir[49]. Öte yandan, Türkiye'deki ceza siyaseti ise Jakobs'un düşman ceza siyasetini akıllara getirmektedir.

*"Pozitif genel önleme, hukuka sadık kalanlara, yani prensip olarak hukuk düzenine sırtını çevirmemiş olan ve bu sayede de normun geçerliliği için hen*üz açık olan kimselere yöneliktir. Bu kimse *Jakobs'un diksiyonunda vatandaştır. Bu kişi sayesinde ve cezanın da yardımıyla sembolik de olsa interaksiyon, yani karşılıklı ilişki ve diyalog (=alışveriş) gerçekleşmektedir, bu ilişkide fail* şahıs olarak algılanmaktadır. Buna karşılık düşman, örneğ*in ter*örist*, pozitif genel önlemenin kapsama alanına dâhil değildir. Düşman, yani terörist prensip olarak ve aktif bir şekilde hukuk düzenine karşıdır ve düzenin rakibidir. Devletle diyaloga (iletişime) giren, devletin ceza hükmü vermesiyle karşılık verdiği, hak ve yetkilere sahip olan vatandaşın yerine tehlikeli ve tehlikeli olduğu için de kendisiyle savaşılan birey geçmektedir. Bu bireye karşı her* şeyden önce çok etkili hareket edilmeli ve mümkün olduğunca çok önceden onun yolları kesilmelidir. Bunun sonucunda da iletişim yerine tehlike mücadelesi, vatandaş ceza hukuku yerine düşman ceza hukuku ortaya çıkmaktadır*."*[50]

Açık bir şekilde görülmektedir ki F Tipi cezaevlerinde kalan mâhkumlara devlet Jakobs'un deyişiyle düşman (terörist) gözüyle bakmakta ve infaz koşullarını bu şekilde yapmasını beklemektedir. Bununla birlikte yapılan uygulamalar CGTİHK'nin 2. ve 3. maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Özellikle siyasi mâhkumların bu uygulamanın hedefi oldukları göz önüne alındığında, açık şekilde bir çözülme hedefi de göze çarpmaktadır. Sadece tahliyenin değil, cezaevi hayatına ilişkin birçok yasağın da beraberinde geldiği bu uygulama ile ilgili 2005 yılında 5275 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005'te birçok uygulamanın da değiştiği görülmektedir. Burada ise, yakınlarla görüşmeden havalandırmaya, telefon hakkından aile hakkı ziyaretine kadar birçok yasakla karşılaşılmaktadır. Tekirdağ F Tipi Cezaevi'nden bir hükümlü bu konuyla ilgili olarak şunları söylemektedir:

"*Bu 'ölene kadar hapis'lik, sadece siyasi nedenlerle ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası almış mahpuslar için geçerli. Adli davalarda, ağırlaştırılmış müebbet hapisli*ğin *karşılığı, "tek kişilik hücrede* ölene kadar" değil, "tek kişilik hücrede 30 yıl hapis". *Anlaşılan, vatandaşların birbirine karşı yaptıkları devleti pek rahatsız etmiyor. Ama kendisine karşı bir itiraz, bir başkald*ırı *olursa, bu kelimenin tam anlamı ile devleti çıldırtıyor. Ve tüm gücü ile*

49 TÖREN YÜCEL, 2012, s. 134.

50 JAKOBS, HRRS 2004, s. 88-89'dan aktaran Prof. Dr. Henning ROSENAU, Çev. Dr. iur. Erhan Temel, Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku, AÜHFD, Yıl: 2008, s. 394.

*kendisine itiraz edenlere, başkaldı*ranlara *yönelik saldırıya geçmesine sebep oluyor. Tabi bu ülkede devletin yönetim biçimini ve anlayışını beğenmeyip itiraz edenler, genelde solcular, devrimciler, sosyalistler/ komünistler ve yurtseverler olduğu için, haliyle devletin hışmının ilk hedefinde de her zaman onlar oluyor*.''[51]

AİHM'nin son aylarda vermiş olduğu ağırlaştırılmış müebbetlerle ilgili kararına da burada değinmekte fayda bulunmaktadır. Ömür boyu hapis cezasının, *"bir gün serbest bırakılma ihtimalinin olmaması"* nedeniyle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleyi" konu eden 3. maddesine aykırı olduğu iddiasıyla gidilen davada AİHM, AİHS'nin 3. maddesi uyarınca, *"şartlı tahliye olasılığı olmaksızın ömür boyu hapis cezasıyla*" ilgili başvurusunda da ihlal olduğuna karar verilmiştir.[52]

iv. Tutuklu ve Hükümlülerin Aynı Ceza İnfaz Kurumunda Kalmaları

Avrupa Cezaevi Kuralları'nın 11. maddesi, tutuklu ve hükümlülerin ceza infaz kurumuna yerleştirilmeden önce çeşitli kriterlere göre sınıflandırılmalarını ve bu sınıflandırmaya bağlı olarak yerleştirilmelerini öngörmektedir. Bu ölçütler doğrultusunda, tutuklular ve hükümlülerin de ayrı infaz kurumlarında yer almaları öngörülmüştür. Yine Avrupa Cezaevi Kuralları"nın 11. ve 93. maddesine göre, hiçbir tutuklu istemediği halde hükümlülerle temas ettirilemez. Ancak rızaları varsa veya kendilerine faydalı nitelikte düzenlenen faaliyetler söz konusu ise hükümlülerle temas ettirilebileceklerdir. ''Alıkonulan Kişilerin Korunması İlkeleri'' ilke 8'e göre, "*Alıkonulan/ tutuklu kişiler, hükümlü/(mâhkum) olma statülerine uygun tarzda muameleye tabi tutulacaklardır. Dolayısıyla, bu durumdaki kişiler, mümkün olur olmaz, hapsedilmiş kişilerden/(mâhkumlardan) ayrı tutulacaklardır.[53]"* "Suçluların Islahı Hakkında Asgari Standartlar"da yer alan madde 8/b'de "*tutuklu mahpuslar, hükümlü mahpuslardan ayrı mekânlarda tutulurlar*" ifadesi ve aynı belgenin 85/1 maddesinde yer verilen "*tutuklu mahpuslar, hükümlü mahpuslardan ayrı yerde tutulur*" ifadesi ile Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının a bendinde "*Tutuklu sanıklar, istisnai haller dışında mâhkumlardan ayrı tutulur ve kendilerine mâhkum edilmemiş kimselerin statüsüne uygun tarzda ayrı bir muamele uygulanır.*" ifadesi, konu ile ilgili diğer ulusalüstü belge niteliğindeki düzenlemelerdir. Ancak, yüksek güvenlikli cezaevlerinde infazı gerektiren suç tiplerinden dolayı, tutuklu yargılanan kişiler de tıpkı hükümlüler gibi yüksek güvenlikli cezaevlerinde kalmaktadır. Tutuklu yargılanan kişiler, masumiyet karinesi gereği suçlu addedilemez, dolayısıyla gerçekleştirdikleri iddia edilen suç tipinin, kanunda farklı bir infaz yöntemine denk düşmemesi bu kişileri bağlamamalı-

51 İlgili mektup için bkz. Hasan Şahingöz, Tekirdağ F Tipi'nde Bir Hücrede Tek Başına Ölüm, http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/159302-bir-hucrede-tek-basina-olum.

52 İlgili haber için bkz. Türkiye Öcalan'a 25 Bin Euro Ödeyecek, http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/154260-aihm-den-ocalan-karari, 31.01.2015.

53 GEMALMAZ, 2011, s. 933.

dır. Aksi yöndeki uygulamalar, tutuklu ve hükümlülerin infazının farklılaştırılmasına ilişkin tüm ulusalüstü belgelere aykırılık ihtiva eder.

v. Yüksek Güvenlikli Cezaevlerinde Disiplin Cezası Uygulamaları

Ceza infaz kurumlarında uygulanacak disiplin cezaları, CGTİHK'nın 38. maddesi ve devamında düzenlenmektedir. İlgili maddede, disiplin cezaları ve hangi fiillerin söz konusu disiplin cezalarının kapsamına gireceği belirtilmiştir.

Bilindiği üzere, "Mahpusların Islahı için Temel İlkeler" adlı belgenin 5. ilkesinde *"Hapsetme olgusunun bariz şekilde gerekli kıldığı sınırlamalar hariç, bütün mahpuslar, Evrensel İnsan Hakları Bildirisinde ve ilgili Devletin taraf olması durumunda, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nde ve Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesinde ve bunun Seçmeli Protokolünde düzenlenen insan haklarının ve temel özgürlüklerin yanı sıra, Birleşmiş Milletlerin diğer sözleşmelerinde yer alan başka haklara sahip olacaktır."* hükmü yer almaktadır. Bu hüküm bağlamında düşünüldüğünde yetkili organların, disiplin cezaları eliyle, disiplin cezasının amacını belirten CGTİHK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında yer alan*, "kurumda, düzenli bir yaşamın sürdürülmesi, güvenliğin ve disiplinin sağlanması"* saiklerini aşan ya da bu saiklerin idare tarafından kullanılan geniş takdir yetkisi ile muğlaklaştırılarak suç ve ceza ihtiva eden hükümlerin uyması gereken belirlilik ilkesine[54] aykırı biçimde hayata geçirilmesi söz konusu olmaktadır.

Tutuklu ve hükümlülerin kullanacağı ve infazın olumsuz etkilerini azaltıcı imkânlar (açık görüş, telefon görüşmesi, haftalık kapalı görüşme, mektup alma gönderme, kütüphane, arkadaş görüşü) yüksek güvenlikli cezaevlerinde yaygın biçimde, disiplin uygulamaları adı altında kısıtlanmaktadır.

Disiplin soruşturmaları, infaz koruma memurları tarafından tutulan tutanaklara dayanmaktadır. Tutuklu ve hükümlülere ise etkili savunma imkânı tanınmamakta, yazılı savunma dışında savunma kabul edilmemekte, aynı yerde bulunan arkadaşlarının tanıklığı kabul edilmemekte, iddiaya ilişkin kamera görüntüleri incelenmemektedir. Özellikle kötü muamele iddialarında, adli tıp raporu alınmamaktadır. Böylece tutuklu ve hükümlülerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin, 13. maddesinden doğan, etkili başvuru hakları kullanılamaz hale getirilmiştir.

54 Anayasa Madde 38- Bkz. 2010/28 E.ve 2011/139 K. sayılı dosyaya ait, Anayasa Mahkemesinin 20.10.2011 tarihli kararı: "Bu ilkeye göre, yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır, uygulanabilir ve nesnel olması, ayrıca kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesi de gereklidir. Belirlilik ilkesi, hukuksal güvenlikle bağlantılı olup birey, yasadan, belirli bir kesinlik içinde, hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını bilmelidir. Ancak bu durumda kendisine düşen yükümlülükleri öngörebilir ve davranışlarını ayarlar. Hukuk güvenliği, normların öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duyabilmesini, devletin de yasal düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar."

Disiplin kararlarına karşı, infaz hâkimliğine ve ağır ceza mahkemelerine yapılan itirazların tümü matbu gerekçelerle reddedilmektedir. Gerekçesiz yapılan ret kararları nedeniyle yüzlerce dosya AİHM'ye taşınmıştır[55]. Bu anlamda uygulamalar CGTİHK'nın 2. ve 3. maddelerine açıkça aykırılık teşkil etmektedir. Özellikle siyasi mâhkumların bu uygulamanın hedefi oldukları göz önüne alındığında açık şekilde bir çözülme hedefi de göze çarpmaktadır. Sadece tahliyenin değil, cezaevi hayatına ilişkin birçok yasağın da beraberinde geldiği bu uygulamalar ile ilgili 5275 Sayılı Kanun'un yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005'te birçok uygulamanın da değiştiğini bizlere göstermektedir. Burada ise, yakınlarıyla görüşmeden havalandırmaya, telefon hakkından aile hakkı ziyaretine kadar birçok yasakla karşılaşılmaktadır. Söz konusu bu durumda itiraza elbette kapı açık bırakılmış, cezaevlerinde yaşanan böyle durumlarda itiraz edilerek hak aranabileceği dile getirilmiştir. Çağdaş Hukukçular Derneği (ÇHD)'nin Temmuz 2013 tarihli Cezaevi Hak İhlalleri raporundaki şu ifadeler bu konuda oldukça dikkat çekicidir:

"*Yaptığımız görüşmeler neticesinde görülmüştür ki en sık görülen disiplin cezası hücre, iletişim yasağı, açık ve kapalı görüş yasağıdır. Bu cezalar da çoğu zaman dayanaksız ve şartları oluşmaksızın verilmektedir. Tutuklu ve hükümlüler almış oldukları disiplin cezalarına, neticeyi hiçbir şekilde değiştirmeyeceğini bilmelerine rağmen tabiri caizse "usulen" itiraz etmekte, çünkü bu keyfe keder verilen cezaların inceleme mercii olan İnfaz Hâkimliği'ne hiçbir şekilde güven duymamaktadırlar. Zira görüştüğümüz tutuklu ve hükümlülerin hiç birinin bu zamana kadar İnfaz Hâkimliğince kabul edilmiş bir itirazları bulunmamaktadır. Bu nedenle de kurumun sadece kendilerini dinlediğini ama devamında hiçbir şekilde itirazlarını ciddiye almadığını beyan etmekte, o kadar ki İnfaz Hâkimliği'ni idarenin davranışlarını onaylayan bir noter gibi görmektedirler*."[56]

Yüksek güvenlikli cezaevlerinde, disiplin soruşturmalarına, en yoğun biçimde konu edilen fiillerin, gereksiz yere marş söylemek ve slogan atmak olduğu gözlemlenmiştir. Sadece 2010 yılının ekim ayı içinde, Tekirdağ F Tipi Cezaevi'nde, slogan atmak fiilinden dolayı 37 ayrı iletişimden ve ziyaretten men cezası verilmiştir[57]. Söz konusu cezaların biri bittiğinde idare tarafından diğeri başlatılmakta, böylece mahpuslar açısından, ziyaret ve iletişim hakları kullanılamaz hale getirilerek infaz koşulları adeta mutlak tecrite dönüştürülmektedir.

II. Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri Işığında Yüksek Güvenlikli Cezaevlerindeki Hak İhlallerinin "Ayrımcılık Yasağı" Kapsamında Değerlendirilmesi

Yüksek güvenlikli cezaevlerinde uygulanan ve ulusalüstü belgelerdeki kimi hak-

55 ÇHD İstanbul Şubesi, Cezaevi İzleme Komisyonu Raporu, http://www.halkinsesitv.com/images/Dosyalar/CHD-IstSube-2010_Cezaevi-Raporu.pdf, 2010.

56 "Tüm bu anlatılan hak ihlalleri ve üzerine bir de idarenin keyfe keder uygulamaları ile "takdir ettiği" disiplin cezalarını ve gerçekte bu cezaların incelemesini gerçekleştirmesi gereken fakat uygulamada sadece

ların ihlali anlamına gelen somut olgulara yukarıda değinilmiştir. Bu değerlendirmeler ışığında, yukarıda verilen örneklerde başvurulan hukuki metinlerin ayrımcılık yasağı ile ilgili hükümlerinin, bu uygulamalar vasıtasıyla ihlal edilip edilmediğini tartışmak için öncelikle ilgili metinlerin ayrımcılık yasağını içeren hükümleri ele alınmalıdır.

Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi madde 2/1 hükmüne göre, *"Sözleşmenin tarafı* her d*evlet, kendi ülkesinde bulunan ve yargı yetkisine tabi olan bütün bireyler bakımından, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer bir görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum yahut başka/diğer statüler gibi herhangi bir türde farklılık gözetmeksizin, bu Sözleşmede tan*ınan *haklara saygı göstermeyi ve bunları temin etmeyi (güvence alt*ına *almayı) taahhüt eder."*[58]

Sözleşmeden de anlaşılacağı üzere, "farklılık gözetmeme" yükümlülüğü sözleşmede tanınan haklar için ve tahdidi olmayan temellere dayandırılabilecek surette tanınmıştır. MSHS madde 2/1'deki "farklılık gözetmeme" teriminin "ayrımcılık yapmama" kavramıyla koşut içerikte anlamlandırıldığı görülmektedir.[59]

"MSHS" organı, İnsan Hakları Komitesi Genel Yorum No.18'de ayrımcılık şöyle tanımlanmıştır: *"Komite, Sözleşmede/ (MSHS) kullanıldığı şekliyle 'ayrımcılık' teriminin, ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum yahut başka stat*üler *gibi herhangi bir temele dayanan ve tüm kişiler bakımından eşitlik temelinde olarak ("on an equal footing") bütün hakların ve özgürlüklerin tanınmasını, bunlardan yararlanılmasını yahut bunların kullanılmasını kald*ırmak yahut zayıflatmak/(zedelemek) amacını taşıyan ya da etkisini doğuran herhangi bir farklılık gözetmeye ("*distinction"), dışlamaya ("exclusion"), kısıtlamaya ("restriction") yahut öncelik tanımaya/(tercihte bulunmaya) ("preference") delalet ediyor olarak anlaşılması gerektiğine inanmaktadır."*[60] Aynı Genel Yorum No. 18 (para.13)'de şu değerlendirmeye yer verilmiştir: *"Komite, eğer böyle bir farklılık öngörmenin makul ve objektif ölçütleri bulunuyor ve bununla gerçekleştirmek istenen amaç da Sözleşme çerçevesinde meşru sayılan nitelikte ise, her farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını ("not every differentiation of treatment will constitute discrimination") tespit etmektedir."*

"sembolik" bir kurum olarak faaliyet gösteren İnfaz Hâkimliği'nin trajik hallerini gözler önüne sermektedir. Örneğin Tekirdağ 1 No'lu F Tipi Hapishanesinde tutuklu bulunan F.K. disiplin hâkimliğine ifade verdiği esnada, hâkim kendisine "uzatma artık, slogan attın mı atmadın mı?" diye sorarak açıkça tarafgir davranmış ve savunma hakkını bariz bir şekilde ihlal etmiştir.", http://www.chd.org.tr/wp-content/uploads/2013/08/CHD-temmuz-2013-Cezaevi-raporu.docx.

57 İHD, Cezaevleri İhlal Raporu, 2009.

58 Semih GEMALMAZ, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında 'Özel Önlemler', 'Geçici Özel Önlemler', 'Pozitif Edim' ve 'Destekleyici Edim'", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlua'na Armağan İçinde, Adalet Yayınevi, 2010, s. 178.

59 GEMALMAZ, 2010, s. 182.

60 GEMALMAZ, 2010, s. 188.

Yukarıda tutuklu sanıkların hükümlülerden ayrı tutulması gerekliliğine dair bölümde belirtildiği gibi, yüksek güvenlikli cezaevlerinde, tutuklu sanıklar da hükümlülerle aynı infaz kurumunda tutulmaktadır. Böylelikle MSHS madde 10/2 bent a'da yer alan hüküm, suç tipi temelinde farklılık gözetilmek suretiyle yerine getirilmemiştir.

Yine yüksek güvenlikli infaz kurumlarında rastlanan ihlallerden biri olan, etkin hukuki yollara başvurma hakkının (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi madde 13) engellenmesi ise, infaz hâkimliklerinin, disiplin cezalarına karşı mahpuslarca yapılan itirazların neredeyse tümüne matbu şekilde ret kararı vermesi ile cereyan etmektedir. Söz konusu durum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nde birçok davaya konu olmuştur. Madde 13'ün ihlaline yönelik bu tip bir değerlendirme, AİHS madde 14'te[61]yer alan "ayrımcılık yasağı" normunun da bu ihlalle beraber gündeme gelmesini tartıştırabilir.

İnfaz hâkimliğine yapılan başvuruların sistemli biçimde reddedilmesi, yüksek güvenlikli cezaevlerinde, özellikle "terör" olarak nitelendirilen fiiller sebebiyle tutuklu ya da hükümlü bulunan kimselere yönelik uygulanan yoğun disiplin cezalarının rutin biçimde onaylanması ve dolayısıyla mahpusların itirazlarının dikkate alınmaması sonucunu doğurmaktadır. Bu durum ise, cezaevlerinde, disiplin cezaları eliyle, mevcut infaz koşullarını daha da ağırlaştırmakta ve mahpusların bu cezalara karşı hukuki yollardan etkin biçimde faydalanma hakkını ellerinden almaktadır. Bu anlamıyla, infaz hâkimlikleri tarafından verilen matbu ret kararları, mahpusa yönelik suç tipi temelinde ayrımcılığa gidildiğine dair bir işaret olabilir.

Söz konusu iki sözleşme dışında, ayrımcılık yasağı olarak tanımlanabilecek normlar, yukarıda birçok başlıkta zikredilen Avrupa Cezaevi Kuralları[62], Mahpusların Islahı İçin Temel İlkeler[63], Alıkonulan Kişilerin Korunması İlkeleri[64] ve Suçluların Islahı Hakkında Asgari Standart İlkeler[65] adlı ulusalüstü belgelerde de mevcuttur. Bu belgelerde yer alan "ayrımcılık yasağı" normları tahdidi olmayıp metinlerde açıkça ifade edilen ayrımcılık temelleri dışındaki olası ayrımcılık temellerini de tanır.

Yukarıda teker teker belirtilen, ilgili sözleşmelerde tanınan haklara dair yaşanan hak ihlalleri, söz konusu hakların, yük-

61 AİHS madde 14: "Bu Sözleşmede düzenlenen haklardan ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da toplumsal köken, bir ulusal azınlığa mensup olma, mülkiyet, doğum ya da diğer statüler gibi herhangi bir temelde ayrımcılık yapılmaksızın, güvence altına alınacaktır," bkz. GEMALMAZ, s. 87.

62 Madde 5/1: Aşağıdaki hükümler tarafsız bir şekilde uygulanmalıdır. Irk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer herhangi bir görüş, milli ya da toplumsal köken, servet, doğum ya da diğer herhangi bir duruma dayanan farklı bir davranışta bulunamaz.

63 Madde 2: Irk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka görüş, ulusal ya da sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka statü temelinde, hiçbir ayrımcılık yapılmayacaktır.

64 Madde 5: Bu ilkeler, ırk, renk, cinsiyet, dil, din ya da dinsel inanç, siyasal ya da başka görüş, ulusal, etnik yahut sosyal köken, mülkiyet, doğum ya da başka statüler gibi herhangi bir türde farklılık öngörülmeksizin, herhangi bir Devletin ülkesinde bulunan tüm kişilere uygulanacaktır.

sek güvenlikli cezaevlerinde, başta ağırlaştırılmış müebbet hapis cezası almış olan hükümlüler olmak üzere, özellikle tretman uygulamalarını reddeden "terör suçu" kapsamındaki tutuklu ve hükümlülere yönelik olarak, ilgili sözleşmelerde tüm mahpuslara tanınmış olan hakların kullanılmasının kaldırılması yahut getirilen kimi kısıtlamalarla zayıflatılması etkisini doğuran, farklılık gözetmeye delalet eden uygulamalar olarak tanımlanabilir.

SONUÇ

Anlaşılmaktadır ki, birçok yasal düzenleme, çıkarılan onlarca genelge ve üst otoritelerin denetimine rağmen yüksek güvenlikli cezaevlerinde "ceza içinde ceza" hali devam etmektedir. Ulusal ve uluslararası mevzuat ile somut durumda yaşananlar arasındaki farka bakıldığında mevcut pratikler yeniden sosyalleşmeyi teşvik etmemekte, aksine uzun süreli cezalarda onur kırıcı sonuçlara yol açmakta ve iletişimden neredeyse tamamen kopuk bir ceza anlayışını, yani ceza çektirilirken başka bir ceza vermeyi hedeflemektedir. Havalandırma saatlerinden ziyaret hakkına, telefon etme hakkından hastalık halinde tahliye edilmemeye, yayın yasaklarından keyfi arama ve sayımlara kadar her noktada bu durum mahkûmlara dayatılmaktadır. Söz konusu durum mevcut cezaevlerinin mimari yapısı ve mahkûmlar arası iletişim ile birlikte düşünüldüğünde daha da yoğunlaşmaktadır.

Cezaevleri özelinde gözlem ve araştırma faaliyetleri yürüten demokratik kitle örgütlerince düzenlenen raporlarda, en fazla şikâyetin ve hak ihlalinin gözlemlendiği kurumların yüksek güvenlikli cezaevleri olması da çalışma boyunca açıklanmaya çalışılan durumun doğruluk payını destekler niteliktedir[66]. Sonuç olarak, çıkarılan genelgeler uluslararası denetimlere karşın net bir biçimde uygulanmamakta veya uygulama tüm yüksek güvenlikli cezaevlerini kapsamamaktadır. Bu anlamda meselenin bu türden genelgelerle düzeltilemeyeceği açıktır. Son aylarda AİHM tarafından Türkiye'yi bu yönde tazminata mahkûm eden kararların da varlığına rağmen, Türkiye Cumhuriyeti, F Tipi cezaevlerindeki hak ihlallerine devam etmektedir.

Yüksek güvenlikli cezaevlerinde tutuklu ve hükümlülerin izole edilerek ailelerinden ve çevrelerinden uzakta yaşamalarına sebep olunmakta, kişiler TTB başta olmak üzere birçok demokratik kitle örgütünün de vurguladığı gibi bedenen ve psikolojik olarak çökertilmekte, çeşitli kalıcı hastalıklara, ruhsal bozukluklara ve intihara kadar gidebilecek bir sürece sebep olunmaktadır. Tüm bu veriler ışığında, söz konusu infaz sisteminin "suçluların ıslahı ve topluma kazandırılması"na değil, tutuklu ve hükümlülerin "düşmanlaştırılması" suretiyle izolasyona tabi tutulmasına ve bu izolasyon sonucu "etkisiz hale getirilmelerine" hizmet etmektedir. Toplumsal adalet duy-

65 Madde 6/1: Aşağıdaki kurallar taraf gözetmeden uygulanır. Kuralların uygulanmasında ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir, ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi sebeplerle ayrımcılık yapılamaz.

66 İHD, Cezaevleri İhlal Raporu, 2009.

gusunu temelden sarsan bu uygulamalara dair gerekli önlemler hızla alınmalı, yüksek güvenlikli cezaevlerinin meşruiyeti sorgulanma yoluna gidilerek konu, özellikle de hukukçular tarafından kamuoyu gündemine taşınmalı, tecrit, izolasyon ve ceza infaz sisteminin amacı arasındaki açı üzerinden tartışılmalıdır.

KAYNAKÇA

- Cumhur ŞAHİN, "Tahliye Öncesi ve Sonrası Hükümlüye ve Eski Hükümlüye Yardım'', Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Haziran-Aralık 2001, Cilt V, Sayı 1-2, Ankara, 2003.
- ÇHD İstanbul Şubesi, Cezaevi İzleme Komisyonu Raporu, 2010 Raporu.
- ÇHD, Ankara Şubesi, Cezaevleri ve İnfaz İzleme Komisyonu, 2011 Raporu.
- ÇHD İstanbul Şubesi, Cezaevi İzleme Komisyonu Raporu, 2013, http://www.chd.org.tr/wp-content/uploads/2013/08/CHD-temmuz-2013-Cezaevi-raporu.docx, 31.01.2015.
- F Tipi Cezaevlerine İlişkin Türk Tabipler Birliği Raporu, http://www.ttb.org.tr/eweb/rapor/f_tipi.html, 30.01.2015.
- Günther JAKOBS, HRRS 2004, 88, 89'dan aktaran Prof. Dr. Henning ROSENAU, Çev.: Dr. iur. Erhan TEMEL, Jakobs'un Düşman Ceza Hukuku, AÜHFD, 2008.
- Handan SEVÜK YOKUŞ, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Tutuklu ve Hükümlülerin Dış Dünya ile İletişimi", Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, 2003.
- İHD, Cezaevleri İhlal Raporu, 2009, http://ihd.org.tr/index.php/baslamalarinmenu-77/genel-merkez/1939-2009-yili-cezaevleri-ihlal-raporu.html.
- Kaiser GÜNTHER, Straffvollzug im Europaeischen Vergleich, Darmstadt, 1983.

- Kristina REYMANN, Zwischen Recht und Unrecht-Untersucuhung Der Haftbedingungen RAF-Gefangener, Nordstedt, Grin Verlag, 2004.
- Mustafa TÖREN YÜCEL, Türk Ceza Siyaseti, İmge Kitabevi, Ankara 2013,
- Semih GEMALMAZ, "Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında 'Özel Önlemler', 'Geçici Özel Önlemler', 'Pozitif Edim' ve 'Destekleyici Edim'", Prof. Dr. Tunçer Karamustafaoğlu'na Armağan, Adalet Yayınevi, 2010.
- Semih GEMALMAZ, Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri, İstanbul, Legal Yayınları, 2011.
- Sulhi DÖNMEZER, Teröristlerin Rehabilitasyonu, İÜHF, 1985.
- Sulhi DÖNMEZER, "Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun Tasarısının Kapsam ve İlkeleri", İnfaz Hukuku Alanında Güncel Sorunlar ve Yeni Yaklaşımlar, Seminer, İstanbul 2004.
- T.C. Adalet Bakanlığı tarafından çıkarılan 2007 tarih ve 45/1 sayılı Genelge.
- Timur DEMİRBAŞ, İnfaz Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2008.
- Türk Tabipler Birliği, Tekirdağ F Tipi Cezaevi Raporu, 06.01.2007.
- Türkiye Barolar Birliği İnsan Hakları Merkezi, İnsan Hakları Raporu http://tbbyayinlari.barobirlik.org.tr/TBBBooks/449-ihp.pdf, 31.01.2015.
- Türkiye Öcalan'a 25 Bin Euro Ödeyecek, http://www.bianet.org/bianet/insan-haklari/154260-aihm-den-ocalan-karari?bia_source=rss, 31.01.2015.

Hans Kelsen'e Göre "Anayasaya Aykırı" Yasa*

Mehmet TURHAN**

ÖZET

Normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norma uymayan, ama pozitif hukuka göre geçerli oldukları kabul edilen genel ve bireysel normların varlığı (anayasaya aykırı yasa, yasalara veya tüzüklere aykırı mahkeme kararları veya idari işlemler gibi) bir gerçektir. Bu hukuksal gerçekliğin hem normların geçerliğini hem de hukuk sistemlerinin tutarlılığını etkileyen çelişkili yönleri Kelsenci hukuk sisteminin içsel mantığıyla da uyuşmamaktadır. Kelsen'in bu soruna yanıtı iyi bilinen –zımni alternatif şart veya normun alternatif karakteri– ama çok tartışmalı bir yanıttır: Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde altta yer alan norm üstte yer alan normla uyuşmadığı zaman ortaya anayasaya veya yasaya aykırı bir norm değil, normun alternatif karakteri nedeniyle objektif olarak geçerli bir norm çıkmaktadır. Kelsen'in bu tezi bu makalede incelenmiş, eleştirilmiş ve kuralsız normlar sorununa getirilen olası çözüm yolları irdelenmiştir.

H.L.A. Hart, Hans Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki önemini şöyle belirtmiştir: "Bentham'ın on dokuzuncu yüzyılın, Kelsen'in de yirminci yüzyılın en önemli analitik hukukçuları olduğundan kuşkum yok."[1] Bana göre de Hans Kelsen, H.L.A. Hart ile birlikte yirminci yüzyılın en büyük iki hukuk felsefecisidir. Hem H.L.A. Hart'ı hem de Hans Kelsen'i okumak ve sonra yazdıklarını irdelemek ve eleştirmek kişiye bilimsel açıdan çok şey katmaktadır. Bu iki büyük düşünürün yazdıklarını sadece anlamak dahi kanımca çok önemli entelektüel bir kazançtır.

Hans Kelsen uzun yaşamı boyunca hukukun çeşitli alanlarında çok sayıda eser vermiştir. Kuşkusuz Kelsen'in yazılarının tümü önemlidir; ancak Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki yazıları hem sayıca çok hem de bu alanda çığır açıcı niteliktedir. Bir başka söyleyişle, Kelsen hukuk felsefesi alanında son derece yaratıcı bir düşünürdür.

Hans Kelsen "saf hukuk teorisi" adlı bir teori geliştirmiştir. Kelsen'e göre saf hukuk teorisi belirli bir hukuk düzeniyle ilgili bir teori olmayıp, genel olarak hukukla ilgili bir pozitif hukuk teorisidir. Saf

* Bu çalışmayı okuyup eleştiri ve görüşleriyle çalışmanın daha tutarlı olmasına katkıda bulunan Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Araştırma Görevlisi Ali Acar'a teşekkür ediyorum.

** Prof. Dr., Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 H.L.A. Hart, "Answers to Eight Questions" (1988), Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 287.

teori genel bir hukuk teorisidir. Saf teoriyi hukuki pozitivizm olarak adlandırılan felsefi görüş içinde düşünmek gerekir; çünkü Kelsen'in teorisi hukuku pozitif hukuk olarak ele almakta ve başka normatif sosyal düzenleri, doğal hukuk gibi adında hukuk sözcüğü olsa dahi hukuktan kalın bir çizgiyle ayırmaktadır. Bu nedenle pozitivistik bir teori olarak saf hukuk teorisinin temel varsayımı "olan" ile "olması gereken" ve "normlar" ile "açıklamalar" arasındaki temel farklılığa dayanmaktadır. *Açıklamalar* belirli bir objeyi tanımlar ve bunlar doğru veya yanlış olabilir; ama normlar belirli bir objeyi tanımlamamakta kural koymaktadır (emretmektedir). Normlar doğru veya yanlış olmaz, sadece geçerli veya geçersiz olabilir. Bu nedenle saf teoriye göre hukuksal otorite tarafından konan hukuk normlarını, hukuk normları hakkındaki *açıklamalar*dan ayırmak gerekir.[2]

Hans Kelsen'in saf hukuk teorisinde iki temel tez vardır. Bunlar hukukun zorunlu olarak "eksiksiz" (completeness) ve "tutarlı" (consistency) olduğu savıdır. Hukukun eksiksiz olması tezi hukuk sisteminin cevaplayamadığı hukuksal sorunun olmadığını, sistemin her türlü hukuksal soruna çözüm üretebildiğini ileri sürmektedir. Bu nedenle de Kelsen'e göre hukukta "boşluk" olamaz. Hukukun tutarlı olduğu tezi aynı sisteme mensup iki hukuk normunun birbiriyle çelişemeyeceğini; bir başka deyişle birbiriyle çelişen iki normun aynı anda geçerli olamayacağını söylemektedir. Bu iki tez birlikte ele alındığında, içerikleri ne olursa olsun, aynı sisteme mensup hukuk normları kümesinin zorunlu olarak eksiksiz ve tutarlı olacağı sonucu ortaya çıkmaktadır.[3] "Anayasaya aykırı yasa" konusu, Kelsen'in hukukun tutarlı olduğu tezi içinde yer almaktadır. "Anayasaya aykırı yasa" konusunu açıklamak için geliştirdiği tez de "normun alternatif karakteri" olarak adlandırılmaktadır.

Richard H.S. Tur, "Kelsen'in çok sayıda insanı delirtici ve ayartıcı kavramları arasında en şaşırtıcı ve çelişkili olanının hukuk normunun 'alternatif karaktere' sahip olması olduğunu"[4] söylemektedir. Michel S. Troper de Kelsen'in bu görüşünü "garip bir teori" olarak adlandırmıştır.[5] İncelemek istediğimiz husus "anayasa aykırı yasa" konusudur. Bir başka deyişle, bu çalışmada "zımni alternatif kural" (tacit alternative clause) adı da verilen, Kelsen'in

2 Hans Kelsen, "On the Pure Theory of Law", Israil Law Review, Vol. 1 (1966), s. 1. Kelsen'in saf hukuk teorisi ile ilgili önemli bir çalışma için bakınız: William Ebenstein, "The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought", 59 California Law Review (1971), s. 617-652.

3 Eugenio Bulygin, "Kelsen on the Completeness and Consistency of Law", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 225.

4 Richard H.S. Tur, "The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 247.

5 Michel Troper, "The Logic of Justification of Judicial Review", International Jourrnal of Constitutional Law, Vol. 1 (2003), s. 106.

zaman zaman "normun alternatif karakteri" adını verdiği ve bazen normatif alternatifler doktrini olarak da adlandırılan kuram üzerinde durulacaktır.

Hans Kelsen'in normun alternatif karakteri tezini açıklayabilmek ve anlamayı kolaylaştırmak için ülkemiz anayasa hukukundan bazı örnekler verilebilir. 1961 ve 1982 Anayasaları iptal kararlarının geriye yürümezliği ilkesini kabul etmiştir. Yani Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesi kararıyla belirlenmiş yasa yok sayılmamaktadır. Bu nedenle de Anayasa Mahkemesinin iptal kararı kurucu nitelikte bir karar özelliğindedir. Gerek 1961 gerek 1982 Anayasalarında Anayasaya aykırı yasanın iptal anında değil, iptal kararının Resmi Gazete'de yayımlandığı tarihte yürürlükten kalkması, Anayasa Mahkemesinin iptal kararlarının yürürlüğe gireceği tarihi bir yılı aşmamak üzere ayrıca kararlaştırabileceği, yani anayasa koyucunun Anayasaya aykırılığı saptanmış bir yasanın bir süre daha yürürlükte kalabilmesine imkan verdiğini görmekteyiz. Bu durumlar bize üstü kapalı değil, açık bir alternatif yetkilendirmenin (yani anayasaya aykırı olan yasanın yürürlükte kalabilmesinin) Anayasaca yapıldığını göstermektedir.

1961 ve 1982 Anayasalarına göre kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi Bakanlar Kuruluna aittir. Kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisi doğrudan Anayasadan değil, Bakanlar Kuruluna bu yetkiyi veren yetki yasasından kaynaklanır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre, Anayasaya aykırı bir yetki yasasına dayanılarak çıkarılmış bir kanun hükmünde kararname içerik bakımından Anayasaya aykırı olmasa da Anayasaya aykırı sayılmaktadır. Anayasa Mahkemesi bu konuda şunları belirtmektedir:

"Yetki yasasının Anayasa'ya aykırılığının saptanması ya da bu nedenle iptaline karar verilmesi durumunda ... bu yasaya dayanılarak çıkartılan KHK Anayasal dayanaktan yoksun kalır. ... KHK, yetki yasasına ve içeriği yönünden de Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile dayandığı yetki yasası Anayasa'ya aykırı ise bu nedenle iptali gerekir. ... KHK'lerin Anayasa'ya aykırılığı saptanmış ya da bu nedenle iptal edilmiş bir yetki yasasına uygun olup olmadığının incelenmesi ise denetimi anlamsız kılar. Çünkü Anayasa'ya aykırı bir yetki yasasına dayanılarak çıkartılan KHK'lerin Anayasa'ya uygun görülmesi olanaksızdır. ... Bir yetki yasasına dayanmadan çıkartılan, yetki yasasının kapsamı dışında kalan, dayandığı yetki yasasının Anayasa'ya aykırılığı saptanan ya da Anayasa'ya aykırılığı nedeniyle iptal edilen KHK'lerin anayasal konumları birbirinden farksızdır. ... Böyle durumlarda KHK'ler anayasal dayanaktan yoksun bulunduklarından içerikleri Anayasa'ya aykırı bulunmasa bile dava açıldığında iptalleri gerekir."[6]

Ancak yetki yasası iptal edilen KHK'ler Anayasa Mahkemesine götürülmedikleri sürece, Anayasa Mahkemesinin

6 E. 1994/53, K. 1994/48, k.t. 8.7.1994, AMKD, Sayı: 30/1, s. 315-317.

içtihadına göre Anayasaya aykırılıkları nedeniyle iptal edilmeleri gerektiği halde, geçerli hukuk normları olarak hukuk düzenindeki yerlerini korumaktadır. Görüldüğü gibi Anayasaya aykırılığı Anayasa Mahkemesinin kararlarına göre son derece açık olan bu KHK'ler, Kelsen'in belirttiği normun alternatif karakteri nedeniyle geçerli KHK'ler olarak hukuk düzenimizde kalabilmektedir.

Anayasaya aykırı olan bir yasa, Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilene kadar geçerli olmaya devam edebilmektedir. Böyle bir yasa, yani Anayasaya aykırı bir yasa ne somut norm denetimi ne de soyut norm denetimi yoluyla Anayasa Mahkemesinin önüne gelmez ise, yani anayasallık denetimi tesadüfi ise, bu durumda normlar hiyerarşisi ne anlam ifade etmektedir? Sorun hukuk felsefesi alanına hasredilecek olursa, bu durumda şunlar sorulabilir: Anayasanın, yasaların ve diğer alt hukuk normlarının içeriğini belirlemesi ne demektir? Bir başka ifadesiyle yasaların ve diğer alt hukuk normlarının Anayasaya aykırı olamayacağı ne anlama gelmektedir? İşte bu yazının konusu Kelsen'in bu soruları yanıtlamak için geliştirdiği normun alternatif karakteri tezidir. Kelsen'in bu tezini iyi anlayabilmek için öncelikle saf teoride normlar hiyerarşisi anlayışını incelememiz gerekmektedir.

NORMLAR HİYERARŞİSİ (STUFENBAU der RECHTSORDNUNG)

Hans Kelsen'e göre hukuk sistemi bir ve aynı düzeyde birbirleriyle işbirliği halindeki normlardan oluşmamaktadır. Hukuk sistemi aralarında altlık ve üstlük ilişkisi olan hukuk normlarından oluşur. Saf hukuk teorisi bu karşılıklı ilişkiyi yapısal olarak çözümlemeye çalışmaktadır.[7] Kelsen'e göre hukuk bilimi doğa bilimlerinde olduğu gibi neden ve sonuç ilişkisine dayanmaz. Hukuk bilimi hiyerarşik normatif ilişkileri inceler.[8] Hiyerarşik sıralama kavramı saf teorinin sonuçlarından biridir. Eğer bir normun geçerli olarak varlığı sadece bir başka norma dayandığında mümkün olabiliyorsa[9] normlar arasındaki bağlantı kurulmuş demektir. Bu hiyerarşi bir normun geçerliliğini bir başka norma bağlamaktadır. Bu bağlı olma hali tek taraflı olduğundan bağımlı olan norma alttaki norm ve bağlı olduğu norma da üstteki norm denmektedir. Bağımlılık hali normların yaratılmasıyla ortaya çıkmaktadır. Bu yasa neden bağlayıcıdır sorusu bu yasanın çıkarılmasına yetki veren norma atıfla yanıtlanabilir.[10] Kelsen'e göre bir normun geçerliliği normlar hiyerarşisinde üstte bulunan norma dayanır. Eğer norm üstte yer alan norma uygunsa geçerli bir normdur. Yani hukuksal geçerlilik üsteki norma başvurularak saptanmaktadır. Ancak ortada

7 Hans Kelsen, "On the Theory of Interpretation", çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, Legal Studies, (July 1990), s. 127.

8 W. Friedmann, Legal Theory, Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967), s. 276.

9 Yani olandan olması gereken çıkarılamıyorsa normlar arasında bağlantı kurulmuş olur.

10 Jörg Kammerhofer, Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective (London: Routledge, 2011), s. 180.

11 Patricia Cuenca Gomez, "A Consideration of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", Papeles el tiempo de los derechos, No. 3 (2010), s. 8.

bir de *etkililik* sorunu vardır. Hukuk sisteminin geçerliliği için etkililik gerekliyse de, temel normun geçerliliği için etkililik söz konusu değildir. Bir başka deyişle, Kelsen'e göre etkililik geçerliliği ortaya çıkarmaz, ama geçerlilik de etkililik olmadan varolamaz. [11]

Hans Kelsen normlar hiyerarşisini şöyle açıklamaktadır:

"Bir başka normun yaradılışını düzenleyen norm üsteki ve bu düzenlemeye göre çıkarılan norm da alttaki normdur. Hukuk düzeni, özellikle kişiselleşmesi devlet olan hukuk düzeni, bu nedenle birbirleriyle, tabiri caizse, aynı düzeyde yan yana duran normların koordine olması sistemi olmayıp, farklı düzeydeki normlar hiyerarşisidir. Bu normların birliği bir normun yaratılması –alttaki normun- bir diğeri –üsteki norm- tarafından ve onun da daha üsteki norm tarafından ve bu *regressus* en üstte yer alan tüm hukuk düzeninin geçerliliğinin en üst nedeni olan ve bu hukuk düzenini birliğini oluşturan temel normla sonlanan normla belirlenmesiyle oluşmaktadır."[12]

"Hukuk düzeni, hukuk kendi yaratılışını düzenler ilkesine göre genel ve bireysel normların birbirleriyle ilişkilendirildiği bir sistemdir. Bu düzenin her bir normu bir başka normun hükümlerine ve en sonunda da bu normlar sisteminin, hukuk düzeninin, birliğini oluşturan temel normun hükümlerine göre yaratılır. Bir hukuk normunun bu hukuk düzenine mensup olmasının tek nedeni düzenin bir başka normun koşullarına uygun çıkarılmasıdır. Bu *regressus* sonunda bizi var olduğu varsayılan temel norm tarafından belirlenen ilk anayasaya götürmektedir."[13]

"Dinamik görüş açısından mahkemenin kararı yazılı hukukun veya gelenek hukukunun genel norma dayanılarak, nasıl ki bu genel norm anayasa temelinde çıkarılmışsa, yaratılmış olan bireysel bir normu temsil eder. Hukuku uygulayan organ tarafından, özellikle de mahkemeler tarafından bireysel hukuk normunun yaratılması her zaman daha önce varolan genel normlar tarafından belirlenmelidir. Bu belirlemenin ... değişik dereceleri vardır. Normal olarak mahkemeler usullerini belirleyen normlar yanında kararlarının içeriklerini belirleyen genel normlarca da bağlanmıştır. Bununla birlikte yasa koyucunun sadece mahkemeleri kurmakla yetinmesi ve bu mahkemelerin hukuk düzenince somut davaları kendi takdirlerine göre çözmekle yetkilendirilmesi de mümkündür. ... Her yargısal kararda, bu ve sadece bu kişiyi yargıç olarak hareket ederek somut davayı kendi takdirine göre veya maddi hukukun genel normuna göre karar vermede yetkilendiren usul hukukunun genel normu uygulanmaktadır. Usul hukukunun bu genel normuyla yargısal yetki devredilmektedir."[14]

Pozitif hukukun normatif sisteminde temel norm dinamik ve biçimseldir, bir başka deyişle yöntemseldir. Temel norm pozitif hukuk yaratma yönteminin varsayı-

12 Hans Kelsen, General Theory of Law and State, Çev. A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945), s. 124. Çalışmamızda kullandığımız kitap Transaction Publishers'ın (New Brunswick, New Jersey) 2006 yılında gerçekleştirdiği tıpkı baskıdır. Bu kitap Kelsen, GTLS (1945) olarak kısaltılmıştır.

13 Ibid., s. 132.

14 Ibid., s. 144.

lan başlangıç noktasıdır. Temel norma göre normların geçerli olabilmeleri için, belirtilen usule uygun çıkarılmaları yeterlidir. Bu normların geçerli olabilmeleri için maddi veya esasa ilişkin bir içeriğe sahip olmaları gerekmez. Hukuk normlarının büyük bir çoğunluğu hem bir kural yaratır hem de bir kuralı uygular. Anayasa temel norm karşısında bir normu uygulamaktadır, ama yasama organı bakımından ise yeni bir norm yaratmaktadır. Yasama organı anayasa bakımından bir kuralı uygular, yürütme ve yargı açısından ise bir kural yaratır. Sadece hukuksal sürecin başında ve sonunda yer alan normlar ikili özelliğe sahip değildir. Temel norm herhangi bir üst normu uygulamamakta, sadece norm yaratmaktadır. Hukuk sisteminin diğer ucunda yer alan hukuksal yaptırımın infazı ise sadece bir norm uygulaması olup, bu durumda herhangi bir norm yaratılmamaktadır.[15]

Hukukun dinamik özelliği bir normu eğer o norm bir başka norm tarafından belirli bir biçimde yaratılıyorsa geçerli bir hale getirmektedir. Bu diğer norm ilk normun geçerliliğinin kaynağıdır. Normlar hiyerarşisini ortaya çıkaran normların yaratılmasıdır. Sadece üst normun norm yaratılması konusunda getirdiklerine uyulduğunda, o norm normatif düzenin bir normu olarak algılanabilir. Bir tek bu durumda normlar yetki veren ve yetki verilmiş normlar arasında çok sayıda katmandan oluşan bir biçimde çıkarılabilir. Yine bu durumda normların tek bir normatif düzene ait olduğu kabul edilebilir; çünkü Kelsen'e göre sadece *olması gereken olması gerekenden* kaynaklanabilir. O halde Kelsen'e göre hukuk zorunlu olarak kendi yaratılışını düzenlemektedir.[16]

FEHLERKALKÜL TEORİSİ [17]

H.L.A. Hart yüksek mahkemelerin kararlarıyla ilgili olarak şunları belirtmektedir:

"Yüksek mahkeme hukukun ne olduğunu söylemede son söze sahiptir ve belirli bir konuda son sözü söylediğinde de mahkemenin 'yanlış' yaptığını söylemenin sistem içinde herhangi bir sonucu olmayacaktır; çünkü bu nedenle yani bu söylem sonucunda hiç kimsenin hakkı veya ödevi değişmeyecektir. Kuşkusuz yanlış karar çıkarılacak yasayla hukuksal etkisinden yoksun kılınabilir; ama hukuku ilgilendirdiği ölçüde, bu yola başvurmanın ortaya çıkardığı gerçek, mahkemenin kararının yanlış olduğu ifadesinin içinin boş olduğunu bize göstermektedir. Bu gerçeklerin değerlendirilmesi, yüksek mahkemenin kararları söz konusu olduğunda kesinlik ile hatasızlık arasında ayrımın gerekli olduğunu ortaya koymaktadır."[18]

15 Ebenstein, op. cit. s. 643-644.

16 Kammerhofer, op. cit., s. 181.

17 Bu bölüm çok büyük ölçüde Christoph Kletzer'in bu konuyla ilgili makalesine dayanmaktadır: Christoph Kletzer, "Kelsen's Development of the Fehlerkalkül Theory", Ratio Juris, Vol. 18 (2005), s. 46-63. Fehlerkalkül konusunda ayrıca bakınız: Kammerhofer, op. cit., s. 187-193.

18 H.L.A. Hart, The Concept of Law, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 141.

Eğer bir mahkeme kararının veya bir yasanın geçerliliği için gerekli koşulların bazıları gerçekleşmemişse böyle bir karar veya yasa hukuksal olarak nasıl anlaşılmalıdır? Hatalarına rağmen söz konusu norm veya karar acaba geçerli kabul edilebilir mi? Hukuksal hata sorunun tek bir çözümü yoktur. Çoğunlukla hatanın önemine ve ciddiliğine göre bu konuda karar verilmektedir. Viyana hukuk felsefesi okulunun kurucuları Adolf Merkl ve Hans Kelsen bu konuya kafa yormuş ve çözüm bulmaya çalışmıştır. Adolf Merkl bu sorunu *Fehlerkalkül* (hesaplama hatası) doktrini ile çözümlemek istemiştir. Hans Kelsen ise bu konuda "normatif alternatifler" kuramını geliştirmiştir.[19]

Bu konuyu daha iyi anlayabilmek ve açıklayabilmek için saf teorinin "normla çelişen norm" ifadesinden ne anladığına değinmek gerekmektedir. Hans Kelsen *Pure Theory of Law (Saf Hukuk Teorisi)* adlı eserinin ikinci baskısında "yasaya aykırılık" konusunda şunları belirtmektedir:

"Bununla birlikte 'normla çelişen norm' çelişik bir ifadedir; bir hukuksal normun çıkarılmasını düzenleyen normla çelişmesi durumunda geçerli bir hukuksal normdan söz edilemez – bu norm yok hükmündedir; ki bu da, bu normun hukuksal bir norm olmadığı anlamına gelir. Yok olan bir şey ise iptal edilemez. Bir normu iptal etmek norm olan bir işlemi imha etmek anlamına gelmez. Fiilen olan bir şey olmamış bir duruma getirilemez. Bir normu iptal etmek sübjektif anlamı norm olan bir işlemin objektif anlamının norm olmasını ortadan kaldırmak demektir; ve bu da şu anlama gelir: Normu iptal etmek bir normun geçerliliğine bir başka normla son vermek demektir. Eğer bir hukuk düzeni bir normun iptaline yetki veriyorsa, ilk olarak bu normun objektif olarak geçerli bir norm; yani, ... yasal hukuksal bir norm olduğu kabul edilmelidir."[20]

Görüldüğü gibi normun geçerliliğini sağlayan koşullarda ufak bir ihlal dahi o normun yok hükmünde olmasına neden olabilmektedir. Hatalı mahkeme kararı da mahkeme kararı olarak varolamayacaktır. Bu durumda sadece iki tür mahkeme kararı söz konusu olabilir: (a) Kusursuz kararlar ve bu nedenle de tanımı gereği temyize gidilemeyecek olan kararlar ve (b) hukuksal etkisi olmayan temyize gidilemeyecek kararlar, yani hukuksal olarak karar-olmayan durumlar. Ancak şu da bilinmektedir ki, işlemlerin yapılması sırasında ortaya çıkan bazı hatalara rağmen, bazı işlemler hukuk normu olarak kabul edilmektedir. Pozitif hukuk geçersizlikle iptal edilebilme arasında bir ayrım yapmaktadır. Ayrıca temyiz yolu sadece sosyal yaşamın değil, pozitif hukukun da bir gerçeğidir. Temyizi düzenleyen hukuk kuralları işin

19 Stanley L. Paulson, "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", Cambridge Law Journal, 39 (April 1980), s. 173-174.

20 Hans Kelsen, Pure Theory of Law, Çev. Max Knight (California; University of California Press, 1967), s. 267-268. Çeviri Hans Kelsen'in Reine Rechtslehre adlı yapıtının 1960 tarihli ikinci baskısıdır. Çalışmada kullandığımız kitap The Law Exchange, LTD. tarafından 2005 yılında gerçekleştirilmiş olan tıpkı baskıdır. Bu kitap Kelsen, PTL (1967) olarak kısaltılmıştır. Kelsen'in temel yapıtları ne yazık ki henüz Türkçe'ye çevrilmemiştir. Bu çalışmadaki bütün çeviriler tarafımdan gerçekleştirilmiştir.

aslında neyi öngörmektedir? Temyizi düzenleyen kurallar özünde hukuksal varlığın yaratılmasını düzenleyen koşulları nitelendirmektedir. Eğer bir norm kararın verilmesinde a, b, c, d, e, f (maksimum koşullar) koşullarını kararın alınabilmesinin koşulları olarak hükme bağlıyorsa ve temyize başvurmayı düzenleyen bir diğer kuralda d, e veya f'nin (farklılık koşulları) yerine getirilmemesi durumunda temyize başvurulabileceğini belirliyorsa, d, e veya f'nin yerine getirilmemesi kararı *ipso iure* geçersiz kılmaz sadece temyize başvuruyu mümkün hale getirir. Böylece temyizi ele alan kurallar temyiz koşullarının sayılmasını düzenlemektedir. Bunlar *Fehlerkalkül* olarak adlandırılmaktadır; çünkü bu koşullar hukuk sisteminin işlevinin bozulabileceğini öngörmekte ve bu koşullara yokluktan farklı hukuksal bir etki atfetmektedir. *Fehlerkalkül* ile minimum koşullarla (a, b ve c) maksimum koşullar birbirlerinden ayırt edilebilmektedir. Böylece söz konusu mahkeme kararının geçerliği konusundaki araştırma maksimum koşullar sağlanmadığı sonucuna varıldığında durmayacaktır. Eğer minimum koşullar karşılanmış; ama maksimum koşullar sağlanmamışsa mahkeme kararı geçerlidir, ama temyiz yoluna başvurulup bu karar temyizde iptal edilebilir. Her türlü temyize başvuru minimum koşulların sağlandığı, ama maksimum koşulların sağlanmadığı inancına dayanır. Eğer maksimum koşullar da sağlanmışsa bu durumda mahkeme kararı kusursuz demektir ve bu karar geçerli bir karar olup, bu karara karşı temyiz yoluna gidilemeyecektir.[21]

Fehlerkalkül hatalı kararın oluşumundan iptaline kadar geçen süre içinde geçerliliğini sağlamaktadır. Şunu da belirtmek gerekir ki, *Fehlerkalkül* doktrini mahkeme kararlarıyla veya temyiz kurallarıyla sınırlı da değildir. Normların, kararnamelerin, idari kararların ve diğer yasa uygulamalarının oluşumu sadece bir başka norm tarafından yetkilendirme sonucu olduğuna göre, *Fehlerkalkül* mantığı bütün bu durumlara da uygulanabilir.[22]

Fehlerkalkül pozitif hukukta normun oluşumuyla ilgili olarak minimum ve maksimum koşulları ayıran bir kuraldır. Bu kural minimum koşullar dışında diğer koşulları normun oluşumunda "ilgisiz" bir duruma getirmektedir. Minimum koşullar dışındaki diğer koşullar mahkeme kararının iptalinde söz konusu olmaktadır.[23]

Fehlerkalkül "yasaya aykırı" ama geçerli mahkeme kararlarının hukuk düzeninin bir başka organı tarafından çevrilmesini veya bozulmasını açıklamada uygun bir kavram olabilirse de, son derece mahkemelerinin kararlarını açıklamada *Fehlerkalkül* için aynı şeyler söylenemez. Son derece mahkemelerinin, bir başka deyişle yüksek mahkemelerin kararlarının niteliği bu kararların kesin olmasıdır. Kararların kesinliği kararlara karşı kanun yollarına (temyiz veya karar düzeltmesi gibi) başvu-

21 Kletzer, op. cit., s. 47-48. Hart'ın temyiz konusunda söyledikleri için bakınız: H.L.A. Hart, The Concept of Law, 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012), s. 30.

22 Kletzer, op. cit., s. 49.

23 Ibid., s. 50.

rulamayacağı anlamına gelir.[24] Ancak yine de bu organlarca oluşturulan bireysel veya genel normlar başka genel normlar tarafından yönetilmekte ve yetkilendirilmektedir. Eğer son derece mahkemesi genel normlara aykırı karar verecek olursa ne olacaktır? Bu durumda yasalara aykırı kararların yok hükmünde olması gerekecek ve temyize gidebilmek için herhangi bir kural da olmadığından bu sonucu hafifletecek *Fehlerkalkül* de söz konusu olmayacaktır. Yasalara aykırı kesin kararların yanlış olduğu ve yok hükmünde olduğunu söylemek ise yeterli olamaz; çünkü herhangi bir birimin yüksek mahkemenin kararının bu koşulları yerine getirip getirmediğine karar vermesi gerekmektedir. Bu ise söz konusu olamaz, çünkü bu yüksek mahkemelerin kararlarının kesinliğini zedelemek demektir.[25]

Bu söylenenler karşısında yasaya aykırı kesin kararın ne anlama geldiği sorulabilir. Yasaya aykırı kesin karar şu anlamlara gelebilir: (i) Yüksek mahkemeler tarafından verilen kararlar bu kararın verilmesine yetki veren genel norma aykırı olmasına rağmen geçerlidir, ama iptal edilebilir veya (ii) bu kararlar *ipso iure* yok hükmündedir veya (iii) bu kararlar tümüyle geçerlidir ve iptal edilemez. (i) ve (ii) seçenekleri çelişkili oldukları için geriye bir tek (iii) seçeneği kalmaktadır. Ancak bu durumda kesin kararlar bu kararların alınmasına yetki veren normlara aykırı olmalarına veya olabilmelerine rağmen geçerli kabul edilmektedir. Kelsen bu durumu sorunlu görmüş ve "yasalara aykırı" kesin kararların temellendirilmesini sağlayacak hukuk kuralları bulmaya çalışmıştır. Hans Kelsen işte bu temellendirmeyi "normun alternatif karakteri", "alternatif yetkilendirme" veya "zımni alternatif kural"a dayanarak yapmıştır.[26]

Hans Kelsen alternatif yetkilendirme konusunda şunları yazmaktadır:

"Hukuk düzeninin son derece mahkemelerinin kararlarına kesin karar gücü vermesi acaba ne anlama gelmektedir? Bu şu anlama gelir: Mahkeme tarafından uygulanacak bireysel bir normun içeriğini belirleyen genel norm geçerli bir norm olsa da, içeriği son derece mahkemesi tarafından oluşturulan ama bu genel norma uymayan bireysel norm da geçerli olabilir. Hukuk düzeninin son derece mahkemesinin kararına nihai karar gücü vermesi; sadece mahkeme kararının içeriğini belirleyen genel norma değil, aynı zamanda mahkemenin kendisinin bireysel normun içeriğini belirleyebildiği genel normun da geçerli olduğu anlamına gelir. Bu iki norm bir birim oluşturur: Son derece mahkemesi ya içeriği genel norm tarafından önceden belirlenmiş bireysel hukuksal norm ya da içeriği önceden genel norm tarafından değil, son derece mahkemesi tarafından belirlenecek bir bireysel norm oluşturmada yetkilendirilmiştir."[27]

24 Ayrıca kararların kesinliği "kesin hüküm anlamını" da taşır. Yani o karara konu olan uyuşmazlık aynı taraflarca aynı sebebe dayanarak yeni bir dava konusu yapılamaz.

25 Kletzer, op. cit., s. 51.

26 Ibid., s. 52.

27 Kelsen, PTL (1967), s. 269.

Kelsen bu noktada da durmamaktadır. Kelsen *Fehlerkalkül* doktrinini alternatif yetkilendirmenin bir görünümü olarak yorumlamaktadır. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

"Son derece mahkemesi dışındaki ilk derece mahkemeleri veya herhangi bir mahkemenin kararının (yani bir yüksek mahkeme tarafından iptal edilene kadar geçerli olan) sadece iptal edilebilir olması gerçeği şu anlama gelir: Bu organlar hukuk düzenince ya içeriği genel norm tarafından önceden belirlenen geçerliği sadece geçici olan (yani iptal edilebilir olan) bireysel normlar *veya* içeriği önceden belirlenmeyen; ama bu organlarca belirlenecek bireysel normlar yaratma konusunda, bu normların geçerliliğinin geçiciliği (yani iptal edilebilir olması) ve son derece mahkemesinin ortaya çıkardığı bireysel normlar ve bu normların kesin geçerliliği farklılığı ile birlikte yetkilendirilmiştir. ... Bir normun geçici geçerliliği ve diğerinin kesin geçerliliği hukuk düzenine dayanır. Bu da bu hukuksal geçerliliklerin bireysel normların varolmasından önce oluşan genel norma bağlı olduğu anlamına gelir."[28]

HANS KELSEN'E GÖRE "ANAYASAYA AYKIRI" YASA

Hans Kelsen'e göre "anayasaya aykırı yasa" veya "yasaya aykırı yargısal karar" ve benzeri ifadeler lafzi anlamında anlaşılamaz; çünkü geçersiz bir norm norm olamaz. Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir:

"Geçerli bir yasanın 'anayasaya aykırı' olduğu ifadesi kendisiyle çelişmektedir; çünkü yasa sadece anayasa temelinde geçerli olabilir. Eğer herhangi bir kişinin yasanın geçerli olduğunu varsaymasında bir gerekçesi varsa, bu yasanın geçerliliğinin nedeni anayasa olmalıdır. Geçersiz bir yasanın anayasaya aykırı olduğu söylenemez; çünkü geçerli olmayan yasa yasa değildir. Böyle bir yasa hukuksal olarak yoktur ve bu nedenle de bunun hakkında herhangi bir hukuksal ifade söz konusu olamaz. Eğer çoğunlukla geleneksel teori tarafından ifade edilen bir yasanın anayasaya aykırı olduğu iddiasının olası hukuksal anlamları varsa da, bu lafzi anlamda ele alınamaz. Bu iddianın anlamı söz konusu yasanın sadece anayasadaki olağan usule, yani *lex posterior derogat priori* kuralına göre değil; aynı zamanda anayasada belirtilen özel usule göre de iptal edilebileceği anlamına gelebilir. Ama iptal edilene kadar yasa geçerli kabul edilmelidir ve geçerli olduğu sürece de yasa anayasaya aykırı olamaz."[29]

Hans Kelsen'e göre herhangi bir hukuk normunun geçerliliği daha üstte yer alan hukuk normuna uygun olarak yapılmış olmasından kaynaklanır. Yani altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normdur. Bu nedenle de Kelsen'e göre alttaki norm geçerliliğinin nedeni olan üstteki normla çatışamaz. Çatışma demek alttaki normun geçersiz olması demektir. Kelsen durumu şöyle açıklamaktadır:

28 Ibid., s. 269.

29 Ibid., s. 271.

"Üstte yer alan normla altta yer alan norm arasında; yani bir başka normun yaratılmasını belirleyen normla bu diğer norm arasında çatışma olasılığı yoktur; çünkü altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni üstte yer alan norm olmaktadır. Eğer altta yer alan norm geçerli kabul ediliyorsa, bu üstteki norma göre geçerli kabul edilmelidir."[30]

O halde "geçersiz" hukuksal normlara nasıl göndermede bulunulabilmektedir? Bir başka deyişle, üsteki norma uygun olmayan genel ve bireysel normlar vardır ve bu normlar pozitif hukuk göre geçerli kabul edilmektedir. Hukuksal gerçekliğin bu kural dışı yönünü Kelsenci hukuksal sistem modelin iç mantığıyla uyuşturmak zordur; çünkü bu durum normların geçerliliğini ve hukuk sisteminin tutarlılığını etkilemektedir. Kelsen bu soruna "normun alternatif karakteri" veya "zımni alternatif kural" olarak adlandırılan doktriniyle çözüm bulmaya çalışmıştır. Hans Kelsen'e göre her türlü yetki veren norm, bu normda açıkça belirtilmemiş olsa da, *seçimli olarak,* yani alt düzeydeki organların içerik veya usul bakımından yetki veren normda belirtilmiş hükümlere uyan veya uymayan normlar yaratmada yetkilendirildikleri biçiminde okunmalıdır.

"Yasa koymayı düzenleyen anayasa hükümleri alternatif karaktere sahiptir. Anayasa doğrudan ve dolaylı yasa yapımını içermektedir ve yasama organı bunlardan birini seçme durumundadır. Anayasayı yapanlar ve yasa koyucuları bu durumun farkında olmayabilirler veya tam anlamıyla farkında değildirler. Ancak yasaların anayasaya uygunluğunun incelenmesinde yasa koyucudan başka bir organa izin vermeyen anayasa tarafından bilinçli veya bilinçsizce yaratılan hukuksal durumun objektif açıklaması bizi bu sonuca götürmektedir."[31]

Hans Kelsen'e göre anayasa yasaların anayasaya uygunluğunun denetimini yasama organından başka bir organa verdiği ve bu organın da "anayasaya aykırı" bulduğu yasaları iptal edilebildiği durumlar, bize anayasanın ikinci yolu dışlayamadığını, ama birinci yolu yeğlediğini göstermektedir. Bu konuda Kelsen şunları yazmaktadır:

"Ama bu durum doğrudan yasa yapımında anayasa normlarına uymayan yasaların iptal edilebilmesini düzenleyen anayasa hükümlerinin şu anlama geldiğini göstermektedir: Bu normlara uymayan yasalar dahi, anayasada hükme bağlanmış biçimde iptal edilmedikleri sürece, geçerli kabul edilmelidir. Anayasaya aykırı yasa olarak adlandırılanlar da anayasal yasalardır; ancak özel bir usulle bu yasalar iptal edilebilir. Bu durumlarda da yasa yapımını düzenleyen anayasa hükümleri sözünü ettiğimiz alternatif karaktere sahiptir. Yasama organı iki yoldan birini tercih etmek durumundadır: Bu yollardan biri açıkça anayasa tarafından saptanmış olandır ve diğeri ise yasama organı tarafından karar-

30 Ibid., s. 208. Ayrıca bakınız: Hans Kelsen, "The Concept of the Legal Order", Çev. Stanley L. Paulson, 27 Am. J. Juris. 64 (1982), s. 70.

31 Kelsen, PTL (1967), s. 273.

laştırılandır. Bununla birlikte farklılık ikinci yönteme göre çıkarılacak yasaların özel bir usulle iptal edilebilmesindedir; ancak bu yasalar da iptal edildikleri ana kadar hukuksal olarak geçerli yasalardır."[32]

Hans Kelsen hukuk normunun alternatif karaktere sahip olması durumunu *General Theory of Law & State* adlı yapıtında da şöyle açıklamaktadır:

"Yasa yapma sürecindeki usul ve gelecekteki yasaların içeriğiyle ilgili anayasa hükümleri yasaların sadece anayasaca belirtildiği ve ifade edildiği biçimde yapılabileceği anlamına gelmez. Anayasa yasa koyucuyu bir başka biçimde ve bir başka içerikle de yasalar yapabilmesi bakımından yetkilendirebilmektedir. Anayasa, yasa koyucunun anayasanın pozitif hükümlerini uygulamasını uygun görmediğinde, anayasa yerine yasaların usulünü ve içeriğini belirlemesi hususunda yetkilendirmektedir. Nasıl ki, mahkemeler belirli koşullarda yasaları veya örf ve adet hukukunu uygulamayıp onların yerine yasa koyucu gibi hareket ederek yeni bir hukuk kuralı yaratabiliyorsa, olağan yasa koyucu da belirli koşullarda anayasa koyucu gibi hareket etme noktasında yetkilendirilebilir. Eğer yasama organının çıkardığı yasalar anayasaca belirlenen içerik ve usul dışında yapılsalar da geçerli olarak kabul ediliyorsa, yasa yapımıyla ilgili anayasa kurallarının alternatif karaktere sahip olduğunu kabul etmemiz bir zorunluluktur. Anayasa yasa koyucuyu ya anayasada doğrudan belirlenen normları ya da kendisinin belirleyeceği başka normları uygulamada yetkilendirmektedir. Aksi düşünüldüğünde yapılışları ve içerikleri anayasaca doğrudan belirlenmiş buyruklara uymayan yasalar geçerli kabul edilemezlerdi."[33]

Hans Kelsen uzun yaşamı boyunca saf hukuk teorisinde önemli bazı değişiklikler yapmış olmasına rağmen "anayasaya aykırı yasa" ile ilgili görüşünü değiştirmemiştir. Kelsen hukuk felsefesi ile ilgili ölümünden sonra yayımlanmış son çalışması olan *General Theory of Norms* (*Normların Genel Teorisi)* adlı yapıtında bu konuda eski görüşlerini tekrarlamaktadır:

"... şu belirtilmelidir ki, 'anayasaya aykırı' yasa olarak adlandırılan yasa pozitif hukuka göre geçerli bir yasa olabilir, ama anayasada düzenlenen özel bir usulle örneğin özel bir mahkemenin kararıyla anayasaya aykırı bu yasanın geçerliliği ortadan kaldırılabilir. Böyle bir durumda normlar çatışması söz konusu değildir. Çünkü söz konusu norm geçerliyse aynı zamanda anayasal bir normdur da; yani anayasa yasa koyucunun söz konusu yasayı çıkarmasına izin vermektedir denebilir, ama aynı anayasa özel bir usulle bu yasanın iptal edilebileceğini de hükme bağlayabilir."[34]

32 Ibid., s. 274.

33 Kelsen, GTLS (1945), s. 156. Hans Kelsen Pure Theory of Law adlı yapıtının ilk baskısında (Hans Kelsen, Introduction to the Problems of Legal Theory" Çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley (Oxford: Clarendon Press, 1992) da şöyle demekteydi: "Örneğin, eğer anayasaya aykırı yasa olasılığı varsa –yani yürürlükteki anayasa hükümleriyle uyuşmayan bir içerikte veya anayasadaki usule uyulmadan çıkarılmış geçerli bir yasa söz konusuysa m- bu sadece şöyle yorumlanabilir: Anayasa sadece anayasaya uygun yasaların değil (belirli bir anlamda), anayasaya aykırı yasaların da geçerliliğini kabul etmektedir. Aksi düşünül-

Hans Kelsen'in belirttiği gibi, anayasada yazılı kurallara uymayan bir yasa anayasaya uygunluk denetimi sonucunda anayasaya aykırı bulunarak iptal edilene veya yasa koyucu bu yasayı değiştirene kadar geçerlidir. Böyle bir yasa Kelsen'e göre ikinci yolu izlemektedir. Ancak burada Stanley L. Paulson'un çok haklı olarak belirttiği gibi, Kelsen'in amacı yetkililere bir seçenek sunmak değildir. Kelsen'in sözleriyle "anayasa ikinci yolu dışlayamamasına rağmen, ilk yolu yeğlemektedir." Ancak anayasa ikinci yolu bütünüyle dışlayamamaktadır; çünkü hatalar, Paulson'ın ifadesiyle *erata,* hukuk yaşamının bir gerçeğidir. Bu gerçeğe rağmen anayasa hukuk düzeninin sınırlarını korumak için ilk yolu tercih etmektedir. Bu ilk yolun tercih edildiği anayasa yargısının kabul edildiği durumlarda çok açıktır.[35]

Uluslararası andlaşmalarla iç hukuk arasında çatışma söz konusu olabileceğinden uluslararası hukukta da normun alternatif karaktere sahip olması söz konusudur. Kelsen'in sözleriyle uluslararası hukukta durum şöyledir:

"Uluslararası bir andlaşmayla devlet bir azınlığın mensuplarına çoğunluğa verdiği siyasal hakların aynısını tanımakla yükümlü tutulmasına rağmen, ulusal yasalar azınlığa mensup kişileri bu haklardan yoksun kılabilir – bununla birlikte bu çelişki ne andlaşmanın ne de yasaların geçerliliğini etkiler. Durum tam olarak, bu nedenle hukuksal düzenin birliği konusunda herhangi bir kuşkuya neden olmadan, devletin hukuksal düzeni içindeki durumun bire bir benzeridir. Anayasaya aykırı yasa olarak adlandırılan yasa da, anayasa askıya alınmadan veya de-

düğünde anayasaya aykırı yasanın geçerliliğinden söz edilemezdi. Anayasanın anayasaya aykırı yasa olarak nitelendirilen yasanın geçerliliğini amaçladığı, anayasanın yasaların sadece belirli bir biçimde ve belirli bir içerikle (veya belirli bir içeriğe sahip olmadan) çıkarılabileceğini değil, anayasada emredilenden farklı bir biçimde veya içerikte de çıkarılabileceği, bu durumda yasaların yok hükmünde kabul edilmeyebileceği ve anayasada belirtilen usule göre –örneğin anayasa mahkemesince– iptal edilene kadar geçerli olabileceği gerçeğinden anlaşılmaktadır (s. 72)." Yine Kelsen bu yapıtta şunları belirtmektedir: "Alt-seviyedeki normun içeriğini ve çıkarılmasını sağlayan üst-seviyede yer alan normun anlamı, üst-seviyedeki normun ilk koşulunun ihlal edilmesi durumunda bir diğer hükmü dikkate almadan anlaşılamaz. Burada üst-seviyedeki normun alt-seviyedeki normu belirlemesi alternatif şart (hüküm veya kural) karakterine sahiptir (s. 74) ..." Kullandığımız bu çeviri Hans Kelsen'in 1934 tarihli Pure Theory of Law adlı kitabının çevirisidir (bizim kullandığımız metinde bu kitabın 2002 tarihli tıpkı baskıdır).

34 Hans Kelsen, General Theory of Norms, Çev. Michael Hartney (Oxford: Oxford University Press, 1991), Bölüm 29, s. 125. Bu kitap Kelsen, GTN (1991) olarak kısaltılmıştır. Kelsen 1973 yılında 91 yaşında öldüğünde geriye hukuk felsefesiyle ilgili çok sayıda üzerinde çalışılmış yazılar bıraktı. Bunlar 1979 yılında Allgemeine Theorie der Normen adıyla Almanca olarak basıldı. 1991 yılında da İngilizce çevirisi yayınlandı. Kelsen yaşamının son döneminde yeniden hukuk felsefesiyle ilgilenmiştir. Bu söylenenlerin yanında şunu da belirtelim ki, Hans Kelsen Essays in Jurisprudence in Honour of Roscoe Pound'da 1962'de yayımlanan "Derogation" başlıklı yazısında da "anayasaya aykırı yasanın" pozitif hukuka göre geçerli olduğunu, ancak anayasada öngörülebilecek özel bir usulle geçerliliğinin iptal edilebileceğini belirtmiştir. Kelsen ortada bir normlar çatışması olmadığını çünkü yasanın geçerli bir yasa olduğunu, bu nedenle bu yasanın anayasal bir yasa olarak kabul edilmesi gerektiğini; yani yasa koyucunun anayasa tarafından bu tür yasalar çıkarma konusunda yetkilendirildiğini açıklamıştır. Bakınız: Hans Kelsen, Essays in Legal and Moral Philosophy, Selected and Introduced by Ota Weinberger (Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1973), s. 272.

35 Paulson, op. cit., s. 192. Stanley L. Paulson bu konuda bence son derece etkileyici bir biçimde şu görüşleri belirtmektedir:" Hukukun takdire şayan özlemi iktidarın kullanılmasını sınırlandırmak ve böylece sosyal

ğiştirilmeden geçerli kalabilmektedir. Yasaya aykırı yargısal karar olarak adlandırılan karar da, geçerliliği bir başka karar ile kaldırılana kadar geçerli bir normdur."[36]

"Uluslararası hukuk ulusal hukuk düzeni içeriğini anayasaya uygunluğun yargısal denetiminin kabul edilmediği bir anayasanın gelecekteki yasaların içeriğini belirlemesine benzer bir biçimde belirlemektedir."[37]

Devrimler ve/veya darbeler siyasal otoriteleri ve o hukuk sistemindeki geçerlilik temelini değiştirse de, devrim öncesi hukuk sistemine ait çok sayıda norm yeni sistemde de bağlayıcılığını devam ettirmektedir. Nasıl oluyor da devrim sonrası çıkarılan normlar daha önce çıkarılmış normların geçerliliğine zemin sağlayabilmektedir? Eğer devrim veya darbe sonrası kabul edilen anayasa ile eski normlar arasında herhangi bir sistematik ilişki yoksa, bu normların yeni hukuk sistemine ait olmasının söz konusu olamaması gerekir. Kelsen bu sorunu şöyle çözümlemektedir:

"...Genellikle devrimler sadece eski anayasayı ve bazı siyasal açıdan önemli yasaları yürürlükten kaldırır. Bilindiği gibi eski anayasaya göre çıkarılmış yasaların çok büyük bir bölümü geçerli kalır. Ancak bu ifade uygun bir ifade değildir. Eğer yeni anayasaya göre de bu yasalar geçerli kabul ediliyorsa, bunun mümkün olabilmesinin tek nedeni bunların yeni anayasa tarafından açıkça veya üstü kapalı (zımni) bir biçimde geçerli kabul edilmiş olmasıdır. Burada yeni bir yasanın yaratılmasıyla değil, Roma Hukuku'nun Cermen Hukuku tarafından resepsiyonunda olduğu gibi, bir hukuk düzeninin normlarının bir diğer hukuku düzeni tarafından resepsiyonuyla karşılaşmaktayız. Ama böyle bir resepsiyon da bir hukuk yaratmadır; çünkü devrim sonucu ortaya çıkan anayasa tarafından alınan hukuk normlarının geçerliliğinin nedeni sadece yeni anayasa olabilir. Bu normların içerikleri değişmemektedir, ama geçerlilik nedenleri değişmektedir. İşin aslında böyle bir durumda tüm hukuk düzeninin geçerlilik nedeni değişmiştir."[38]

Pierluigi Chiassoni'ye göre Kelsen'in saf teorisi realist bir teori olarak da kabul edilebilir. Chiassoni'ye göre Kelsen'in saf hukuk teorisinin realist bir teori olarak kabul edilmesinin önemli bir nedeni de genel hukuk normlarının "alternatif bir hüküm" içerdiğinin bu teori bakımından kabul edilmesidir. Kelsen'in teorisine göre 'yasaya aykırı' normlar (örneğin mahkemelerin verdiği kararlar) veya

düzende keyfiliği azaltmaktır. Yani iktidara kısıtlamalar getirmek hukukun bir yönüdür ve bazı hukuk teorisyenleri bunu kastederek hukuku aklın bir yansıması olarak göstermektedir. Ama bir başka veçhe daha vardır. Hukuk sosyal düzende bir iktidar tezahürüdür de ve bu gerçek bize keyfiliğin –aklıselime karşı olarak- bütünüyle yok edilemeyeceğine inanmamız için yeterli bir gerekçe sunmaktadır. Kelsen'in geçerliliğe giden ilk yolu hukukun daha yüksekte yer alan özlemlerinin gerçekleşmesi için araçlar sağlarken, ikinci yol maddi yetkilendirme biçimsel yetkilendirmeyle tamamlandığı sürece kaçınılmaz olarak ortaya çıkan kalıntıya işaret edecektir (s. 193)."

36 Kelsen, PTL (1967), s. 330.

37 Ibid., s. 331.

38 Ibid., s.209.Ayrıca bakınız: Kelsen, GTLS (1945), s. 117-118. Bu konuda bir makale için bakınız: Jose Juan Moreso ve Pablo E. Navarro, "The Reception of Norms, and Open Legal Systems, Normativity and

'anayasaya aykırı' yasalar iptal edilene kadar geçerli kabul edilmektedir. Hans Kelsen'e göre hukukçuların ortaklaşa kullandıkları hukuksal işlemlerin 'yokluğu', yasaların 'anayasaya aykırılığı', mahkeme kararlarının 'yasalara aykırılığı' ve buna benzer kavramların hukukun gerçekte işleyişine uygun olarak tanımlanması gerekmektedir.[39] Normlar hiyerarşisinde altta yer alan normla üstte yer alan norm arasında bir çatışma söz konusu olduğunda, hukuk bilimi yorum yoluyla üstte yer alan normda varolduğu kabul edilen üstü örtülü alternatif şart nedeniyle, üstteki norma içerik bakımından aykırı düzenlemeye izin verilmektedir. Kelsen'e göre bu nedenle de üstte yer alan normla altta bulunan norm arasında bir çatışma söz konusu olamaz. Hiç kuşkusuz Pierluigi Chiassoni'nin belirttiği gibi, "Kelsen *her zaman* pozitif hukukun birbiriyle çatışan normlarla dolu, zaman zaman anlamsız hatta absürd olabilen insanlar tarafından yaratılmış yapay bir şey olduğunun farkındadır."[40] Ve işte bu nedenle "normun alternatif karaktere" sahip olması tezini geliştirmiştir.

HANS KELSEN'İN "NORMUN ALTERNATİF KARAKTERİ" TEZİNE YÖNELTİLEN ELEŞTİRİLER

H.L.A. Hart dahilerin de aydınlatıcı ve öğretici hatalar yapabildiğini belirttikten sonra, Kelsen'in en önemli hatasının hukuksal olarak geçerli yasaların birbirleriyle çatışamayacağı ve bu geçerli yasaların zorunlu olarak tek bir sistem oluşturduğu doktrininde yattığını belirtmiştir. Hart, Kelsen'in bu hatalarından önemli derslerin çıkarılabileceğini belirtmektedir. Hart'a göre söz konusu yasa (yasa B) gerçekte geçerliliğini bir başka yasadan (A yasası) alması, yani B yasasının geçerliliğini A yasasının sağlaması ve aynı sistem içinde o sistemin parçası olması sadece geçerlilik ilişkisinin yasaların içeriklerine dayanmasından kaynaklanmaz. Önemli olan bir ülkedeki mahkemelerin veya hukuku belirleyen organların B yasasının o ülkenin hukukun parçası olduğunu belirlerken, A yasasını B'yi yasa olarak tanımanın gerekçesi olarak kabul etmeleridir.[41]

Kelsen'in geçerli yasaların birbirleriyle çatışamayacağı görüşüyle bağlantılı düşünü-

Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 273-291. Bu yazıda Moreso ve Navarro normların resepsiyonunun hukukun sürekliliği ve hukuk normlarının geçerliliğiyle yakından ilişkili olduğunu iddia etmiştir. Yazarlar geleneksel teorinin devrim öncesi hukuk normlarının yeni hukuk sistemine ait olması nedeniyle bağlayıcı olduğu görüşünü eleştirmektedir. Moreso ve Navarro hukuk normlarının uygulanabilirliliğiyle hukuk sistemine üyeliğini birbirinden ayırmakta ve sadece geçerli hukuk normlarının hukuk sisteminin üyesi olabileceğini; ama bu sisteme ait olmasa bile çok sayıda normun uygulanabileceğini ileri sürmektedir. Devrim öncesi normlar yeni hukuk sistemine ait değildir, ama yazarlara göre bu normlar uygulanabilir ve hukuksal olarak bağlayıcıdır.

39 Pierluigi Chiassoni, "Wiener Realism", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law", Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green, der. (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 139-140.

40 Ibid., s. 143.

41 Kelsen, GTN (1991), Bölüm 8, s. 28. Ayrıca bu konuda bakınız: Joseph Raz, The Authority of Law, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009). Raz'ın bu kitapta yer alan "Legal Validity" başlıklı yazısı 1977 yılında Archiv für Rechts-and Sozialphilosophie, Bd. LXIII/3 adlı dergide yayımlanmıştır. Raz "Hukuksal Geçerlilik" başlıklı yazısında geçerlilikle ilgili şunları belirtmektedir: "Hukuk kuralı sadece ve sadece iddia ettiği normatif sonuçlara sahipse geçerlidir. Hukuk kuralı sadece ve sadece belirli bir ülkede

lebilecek olan normun alternatif karakteri tezi de eleştirilmiştir. Şimdi bu eleştirileri görelim.

Eugenio Bulygin'in Görüşleri:

Hans Kelsen'e göre bir normun geçerli olması o norma uyulması gerektiği anlamına gelir. Normun geçerli olması o normun var olması demektir. Kelsen hukuksal geçerlilik konusunda şunları belirtmektedir:

"Normlar vardır demek ne anlama gelmektedir? Normlar nasıl 'var olmaktadır', yani nasıl bilinebilmektedir? ... Belli ki normlar fiziksel olarak algılanabilir gerçekler gibi bilinmemektedir. Bu şu anlama gelmektedir: Olgusal gerçekler 'var olurlar'; buna karşılık bir normun olması veya olmaması, yani normun 'var olması" veya olmaması ifade edilmek istendiğinde şu söylenmek istenmektedir: Norm 'geçerlidir'. Veya norm geçersizdir. Normun 'geçerliliği' bir olgunun varlığından farklı olan onun özgül 'varlığıdır'. Bir norm geçerlidir demek bir olgu vardır demeye benzer. Ancak norm bir olgu değildir. Norm ve olgu birbirlerinden ayırt edilmelidir. Belirli bir davranışı emreden, izin veren veya yetki veren bir normun geçerli olduğunu söylemek, kişinin normun emrettiği gibi davranması gerektiğini söylemek demektir ve bu *'olması gereken'* bir değerlendirmedir. Bir olgunun var olduğunu söylemek ise *'olan'* ile ilgili bir değerlendirme olmaktadır."[42] Kelsen'e göre geçerli olmayan norm norm değildir; yani var olan bir norm olamaz.[43] Daha önce ayrıntılı bir biçimde açıklandığı gibi, Kelsen'e göre olağan hukuksal düşüncede normlar hiyerarşisinde altta yer alan norm üstte yer alan normun açık hükümleriyle çatışsa da geçerli ve bağlayıcı kabul edilmektedir. Kelsen bu geçerliliğin nedenini üstte yer alan normda açık hükümlerin yanında, üstü kapalı bir hükmün bulunmasına bağlamaktadır. Bu üstü kapalı hüküm üstte yer alan normun açık hükümlerine aykırı olsa da altta yer alan normun çıkarılabilmesine yetki vermektedir. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normlar alternatif karaktere (terimlere) sahiptir. Bir başka deyişle, normlar hiyerarşisinde altta yer alan normun çıkarılabilmesi için gerekli açık koşulların yanında, bu koşullara uymayan normların da çıkarılabilmesini sağlayan üstü kapalı yetkilendirme söz

yürürlükteki bir hukuk sistemine ait ise veya o ülke içinde uygulanıyorsa, yani sistematik olarak geçerliyse hukuksal olarak geçerlidir (s. 153)". Yine bu yazıda Raz şunları belirtmiştir: "Hukuksal olarak geçerli olmayan bir kural hiçbir biçimde hukuksal kural değildir. Geçerli bir yasa yasadır; geçerli olamayan yasa yasa değildir. Benzer bir biçimde geçerli bir kural kuraldır ve geçerli olmayan kural kural değildir. Bu son nokta tartışmalıdır (s. 146)".

42 Hans Kelsen, " On the Basis of Legal Validity", Çev. Stanley L. Paulsoni The American Journal of Jurisprudence 26 (1981), s. 180.

43 Kelsen, GTN (1991), Bölüm 8, s. 28. Ayrıca bu konuda bakınız: Joseph Raz, The Authority of Law, İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009). Raz'ın bu kitapta yer alan "Legal Validity" başlıklı yazısı 1977 yılında Archiv für Rechts-and Sozialphilosophie, Bd. LXIII/3 adlı dergide yayımlanmıştır. Raz "Hukuksal Geçerlilik" başlıklı yazısında geçerlilikle ilgili şunları belirtmektedir: "Hukuk kuralı sadece ve sadece iddia ettiği normatif sonuçlara sahipse geçerlidir. Hukuk kuralı sadece ve sadece belirli bir ülkede yürürlükteki bir hukuk sistemine ait ise veya o ülke içinde uygulanıyorsa, yani sistematik olarak geçerliyse hukuksal olarak geçerlidir (s. 153)". Yine bu yazıda Raz şunları belirtmiştir: "Hukuksal olarak geçerli olmayan bir kural hiçbir biçimde hukuksal kural değildir. Geçerli bir yasa yasadır; geçerli olamayan yasa yasa değildir. Benzer bir biçimde geçerli bir kural kuraldır ve geçerli olmayan kural kural değildir. Bu son nokta tartışmalıdır (s. 146)".

konusudur. Ancak Kelsen üstte yer alan normun üstü kapalı hükmüne uymayla bu normun açık hükümlerine uymanın aynı değerde olmadığını da belirtmiştir. Hukuk sistemi normun açık hükümlerine uymayı yeğlemekte ve onu desteklemektedir. Hukuk sistemlerinde genellikle altta yer alan norm üstte yer alan normun açık metinden saptığında alttaki normun iptali için çeşitli usuller belirlenmektedir.

Carlos Santiago Nino'nun Kelsen'in tezine yönelttiği eleştirileri anlayabilmek için Eugenio Bulygin'in konu hakkındaki görüşlerini de incelemek gerekmektedir. Zira Bulygin, Nino ile Kelsen arasında adeta bir köprü görevi ifade etmektedir. E. Bulygin'e göre Kelsen'in geçerlilik kavramı hukuk normlarının üç değişik özelliğini tanımlamaktadır. Bunlar normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normun hükümlerine uygun normun çıkarılması (bu aynı zamanda hukuk normunun hukuk sistemine üyeliği olarak da tanımlanmaktadır), normun kendine has varlığı ve normun bağlayıcı karaktere sahip olmasıdır. Bulygin'e göre Kelsen'de geçerlilik kavramının belirsizliği nedeniyle geçerliliğin bütün bu anlamları eş süreli olarak ele alınmakta ve bu nedenle de geçersiz normlar sorunu bir çelişki olarak ortaya çıkmaktadır. Kelsenci anlayışta normlar hiyerarşisinde üstte yer alan bir normun hükümlerine uymayan; ama aynı zamanda da yetkili bir otorite tarafından iptal edilene kadar bağlayıcılığını koruyan normların olması bir çelişki gibi görülmektedir. Hans Kelsen geçerliliğin bu iki farklı anlaşılışını (bağlayıcılık ve üst norma uygunluk) birbirinden ayırmadığı için üstte yer alan norma uymayan normların bağlayıcılığını ve ortaya çıkan mantıksal çelişkiyi üst normda olduğunu ileri sürdüğü zımni alternatif hükme başvurarak çözmektedir. Bulygin'e göre yanlışlık hukuk sistemine ait olmayan bir normun da zaman zaman bağlayıcı olabileceğinin görülmemesinden kaynaklanmaktadır. Örneğin, Joseph Raz'ın meşhur örneği olan[44] milletlerarası özel hukuk kurallarına göre bazı durumlarda yabancı hukuk kuralları uygulanabilmektedir. Bu yabancı hukuk kuralları o hukuk sistemine ait değildir. Bulygin'e göre anayasaya aykırı yasalar da aynı durumdadır. Anayasaya aykırı yasalar o hukuk sistemine ait değildir; çünkü anayasanın belirlediği koşullara uygun olarak çıkarılmamışlardır. Buna rağmen iptal edilmedikleri sürece anayasaya aykırı yasaların uygulanmalarına devam edilir.[45]

Burada Bulygin'e bir eleştiri yöneltilebilir: Farklı iki yasa koyucu tarafından çıkarılan normlar, egemenlik alanında uygulanacak yasa koyucu tarafından iptal edilemez; çünkü bu normlar başka bir yasa koyucu tarafından ihdas edilmiştir. Öte

44 Ibid., s. 149. Raz bu konuda aynen şunları söylemektedir: "Kuşkusuz çoğu hukuk sistemleri sistemin bir parçası olmayan çok sayıda kuralı tanımakta ve uygulamaktadır. Hukuk sisteminin S milletlerarası özel hukuk kuralları hangi koşullarda yabancı hukukun S'ye göre hukuksal olarak geçerli olacaklarını belirleyen yasalardır." Raz hukuk sistemine üyeliğin hukuksal geçerliliği noksansız bir biçimde açıklayamayacağını belirtmektedir. Raz'a göre hukuksal geçerlilikle hukuk sistemine üyelik birbirleriyle kısmen ilişkilidir.

45 Eugenio Bulygin, "Cognition and Interpretation of Law", Cognition and Interpretation of Law, Letizia Gianformaggio ve Stanley L. Paulson, derleyenler (Torino: Giappichelli, 1995), s. 18-19.

yandan egemenlik alanında uygulanacak bazı hükümler ise, o egemenlik alanının yasa koyucusu tarafından kamu yararı veya kamu güvenliği gerekçeleriyle uygulanmayabilmektedir. Bu anlamda milletlerarası özel hukuktaki atıf hükümleri gereği diğer bir devletin yasalarının başka bir devlette geçerli olarak uygulanmasının temel dayanağı yine o devletin atıf kuralları, başka bir deyişle egemenlik yetkisine göre yaptığı bir düzenleme veya anayasası olmaktadır denebilir.[46]

Carlos Santiago Nino'nun Görüşleri:

Carlos Santiago Nino'ya göre ise alternatif zımni yetkilendirme nitelendirilmeden ve sınırlandırılmadan kullanılacak olursa rahatsız edici bir durum söz konusu olacaktır. Nino'ya göre anayasaların yasaların her türlü içerikle çıkarılabilmesine izin vermesi düşünülemez. Anayasalar belirli içeriklere sahip yasalara öncelik vermekte ve çoğunlukla bu içeriklere sahip olmayan yasaların iptali için de belirli usuller belirlemektedir. Ayrıca Nino'ya göre, yetkilendirme, usul ve içerik gereklerinin mantıksal olarak birbirine bağımlılığı dikkate alındığında, zımni alternatif hüküm sadece içeriği değil, aynı zamanda üst normun belirlediği usul ve yetkilendirmeyi de kapsar. Kelsen'e göre herhangi bir usulle ve herhangi bir içerikle çıkarılan her norm, o hukuk sisteminde geçerli bir norm olabilmektedir. Bu ise Nino'ya göre kabul edilemez görünmektedir; çünkü bu durumda her türlü iktidar eğer "etkili" ise *hukuksal iktidara d*önüşmektedir.[47]

Normun bağlayıcı güce sahip olduğu ve uygulanması gerektiği anlamındaki geçerlilik anlayışı, bizi bir normun çıkarılmasını o sistemde daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirilmesi gerektiği sonucuna götürmektedir. Nino'ya göre bu Kelsen'in teorisinde geçerliliğin baskın anlaşılışı olan normun bağlayıcı güce sahip olması normun o hukuk sistemine üyeliğiyle eş süreli olmadığını göstermektedir. Hukuk sistemlerinde bu sistemlere ait olmayan bağlayıcı normlar olabilir. Nino'ya göre Hans Kelsen bağlayıcılıkla o normun hukuk sistemine üyeliğini eş süreli varsaydığından hukuksal normların geçerliliğine yaptığı atıfların çoğu muğlak kalmaktadır. Hans Kelsen anayasa aykırı yasa gibi temel bir sorunla karşılaştığında, yani hukuksal sisteme ait olmayan geçerli ve bağlayıcı normların varlığı açık hale geldiğinde, Kelsen eş sürelilik doktrinini gererek üstte yer alan normların üstü kapalı bir biçimde (sisteme ait olan) bağlayıcı normların çıkarılmasına yetki verdiğini iddia etmiştir.[48]

Nino'ya göre belirli koşullarda anayasaya aykırı yasaların veya yasaya aykırı idari kararnamelerin geçerliliğini veya bağlayıcı gücünü sağlayan normların varlığı, Hans Kelsen'in alternatif yetkilendirme tezini desteklemektedir. Ancak Kelsen ile

46 Bu eleştirinin kaynağı meslektaşım Ali Acar'dır.

47 Carlos Santiago Nino, "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review", Cardoza Law Review 14 (1992-1993), s. 806-807.

48 Ibid., s. 808. Eugenio Bulygin bu konuda Nino'nun haklı olduğunu ve Kelsen'in ciddi bir yanlış yaptığını belirtmektedir. Bulygin'e göre Kelsen'in bu görüşü bizi sadece hukuksal sisteminin üyesi olan normların bağlayıcı olduğu sonucuna götürmektedir. Bakınız, Eugenio Bulygin, "An Antinomy in Kelsen's Pure The-

Nino arasında şu farklılar bulunmaktadır: İlk olarak Nino'ya göre anayasaya aykırı yasaya geçerlilik sağlayan normlar bu tür yasalaşmaya yetki vermemekte; sadece ortaya çıkan yasayı uygulama ve bu yasaya uygun davranma yükümlülüğünü getirmektedir. İkinci olarak bu normlar her türlü hukuk sisteminin gerekli öğeleri değildir. Bunlar sistemin pozitif ve olası parçaları olup, açıkça değil, üstü kapalı ve geleneksel bir biçimde ortaya çıkmaktadır. Son olarak yasaya aykırı normların uygulanmasını gerektiren normlar genellikle normlar arasında ayrımcılık yapar. Anayasaya aykırılığı saptanmamış olma gibi negatif koşullar yanında, söz konusu normların belirli pozitif koşulları da taşıması gerekir. Üstü kapalı pozitif bir koşul da, söz konusu *yasanın* belirli bir *yasallık görünüşüne ve rengine sahip olma*sıdır. O halde Nino'ya göre bunlar bir normun "sistemin normu" olmamasına rağmen, yine de anayasanın üstü kapalı hükümlerine göre uygulanması zorunlu bir norm olabileceğini bize göstermektedir.[49] Nino'nun önerisi bağlayıcı güç olarak geçerlilikle üstte yer alan normun hükümlerine uygunluk (yani yetkilendirme ve hukuk sistemine üyelik) anlamında geçerlilik arasındaki farklılığa dayanmaktadır. Nino'ya göre bağlayıcı güç olarak geçerliliğin alanı daha geniştir ve bu yolla geçerli olmayan (yetkilendirilmemiş) bazı normlar da uygulanabilmektedir.

Nino'nun Kelsen'in normun geçerliği ile ilgili görüşleriyle ilişkili eleştirilerine benzer eleştirilerle birlikte, "normun alternatif karakteri" konusunda farklı bir sonuca varan Bert Van Roermund'un söylediklerine de değinmek gerekir. Roermund, Kelsen'in "anayasaya aykırı yasa" açmazını çözmek için ortaya attığı "normun alternatif karakteri" tezine gerek olmadığını belirtmiştir. Roermund "yasaya aykırı yargısal kararlar" veya "anayasaya aykırı yasa" sorununda şöyle bir yol izlemektedir: Roermund normun varlığını onaylayan *geçerlilikle bağlayıcılığı* birbirinden ayırmaktadır. Roermund'a göre bağlayıcı norm, varlığı resmi bir biçimde kabul edilen normdur. Geçerli norm ise varlığı bilişsel olarak belirlenen normdur. Gelişmiş hukuk sistemlerinde geçerliliklerinin bilişsel olarak izlenebileceği iddiasıyla normları yetkili makamlar koyarlar ve normları koymakla birlikte bu normların bağlayıcılığını da ilan etmiş olurlar. Normların geçerli oldukları iddiası aksi ispat edilebilir bir iddiadır. Bu iddianın aksi ispat edilene kadar ise normun uygulanmasına devam edilir. Böyle bir ayrım yapıldığında geçerli olmayan normlar bağlayıcı olabildiği gibi, bağlayıcı olmayan geçerli normlar da söz konusu olabilmektedir.[50]

ory", Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 310. Joseph Raz hukuk sistemine uygun çıkarılan hukuksal açıdan geçerli her kuralın hukuk sisteminin bir parçasını oluşturmayabileceğini belirtmektedir. Bakınız: Raz, op. cit., s. 149.

49 Nino, op. cit., s. 808-809. Nino bu makalesine kısaltılmış bir biçimde şu kitabında da yer vermiştir: Carlos Santiago Nino, The Constitution of Deliberative Democracy (New Haven & Londan: Yale University Press, 1996), s. 186-216. Ayrıca bakınız: Carlos Santiago Nino, "Confusion Surrounding Kelsen's Concept of Validity", Normativity and Norms. Critical Perspectives on Kelsenian Themes, Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 253-261.

Jose Juan Moresa ve Pablo E. Navarro da hukuk normlarının *geçerliliği* ile *uygulanabilirliği* ayrımına dayanarak "anayasaya aykırı" yasa konusuna çözüm getirmek istemişlerdir. Anayasaya aykırı yasa geçersiz bir normdur; ama anayasa mahkemesi yanlışlıkla yasanın geçerli bir yasa olduğuna karar verebilir. Moresa ve Navarro'ya göre hukuk normlarının anayasallığı sadece anayasa mahkemelerinin kararlarıyla belirlenebilecek bir şey değildir. Yetkili olmayan bir makam tarafından çıkarılan hukuk normları anayasa mahkemesi aksini söylese de geçersiz normlardır. Anayasa mahkemesi kararı bu durumda sadece bu normun uygulanabileceğini belirlemiş olmaktadır. Yani mahkeme yanlışlıkla bir normun anayasaya uygun olduğuna karar vermesi durumunda o norm uygulanabilir bir norm olmasına rağmen, hukuk sisteminin geçerli bir normu olmayacaktır. Anayasaya aykırı normlar hukuk sistemi tarafından benimsenmiş normlar olarak kabul edilebilir. Böyle bir benimsenmenin nedeni hukuk sistemlerinin önemli bir özelliği olan uyuşmazlıkların çözülmesi mekanizmasına sahip olması gerektiği düşüncesinden kaynaklanmaktadır. Yargılamayla ilgili kurallar fonksiyonlarını hukuksal uyuşmazlıkları resmi bir biçimde çözümledikleri ölçüde yerine getirebilirler. Hukuksal sürecin sosyal avantajlarını elde etme hatalı yargısal karar olasılılığını kabul etmeyi gerektirir. Ancak yazarlara göre hukuksal realizmin önemli eksikliklerinden ve hatalarından kaçınabilmek için nihai yargısal karar kavramıyla hatasız veya yanılmaz karar kavramını birbirinden ayırmak gerekmektedir.[51]

Ulises Schmill'in Görüşleri:

Hans Kelsen'e göre bir norm sadece normlar hiyerarşisinde üstte yer alan norma uygun olarak ve bu normun belirlediği biçimde çıkarılırsa varolabilir. Bir başka deyişle, ancak bu durumda bu norm geçerli bir normdur. Gelişigüzel çıkarılan, yani geçersiz norm işin aslında bir *contradictio in adjecto*'dur; yani çelişkili veya tutarsızdır. "Geçerli norm" ifadesi de gereksiz bir ifadedir; çünkü bir norm zorunlu olarak geçerlidir ve eğer geçersiz ise o norm bir norm değildir. Ancak Hans Kelsen'in kabul ettiği gibi gelişigüzel, yani normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan norma uygun olmayan ve bu normun belirlediği biçimde çıkartılmayan bir sürü norm vardır. Bu normlar varlıklarını korumakta ve zaman zaman anayasa mahkemelerinde iptalleri için haklarında davalar açılmaktadır. Ortada bir açmaz söz konusudur. Kelsen bu açmazı yetki veren normun anlamını yeniden formüle ederek aşmaya çalışmıştır. Kelsen'e göre yetki veren norm, özellikle anayasa, alternatif karaktere sahiptir; yani yetki veren normda zımni alternatif bir hüküm bulunmaktadır. Bu alternatif kurala göre anayasaya aykırı norm anayasa mahkemesi tarafından iptal edilene kadar geçerliliğini korumaktadır.[52]

50 Bert van Roermund, "Norm-claims, Validity and Self-Reference", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 11-18.

51 Moreso ve Navorra, op. cit., s. 288.

52 J. W. Harris, "Kelsen's Concept of Authority", Cambridge Law Journal, 36 (1977), s. 358-359.

Ulises Schmill'e göre de bir ikilemle karşı karşıyayız. Ya hukuksal düzenin çelişkilere izin verdiğini ve bu nedenle tutarlı mantıksal birliğin olmadığını ya da Kelsen'in zımni alternatif hüküm tezini kabul etmek durumundayız. Bu durum Schmill'in de belirttiği gibi, Kelsen'in değişik düzeydeki normlar arasında çelişkilerin olmadığı bir hukuksal düzen görüşüyle çelişmektedir. Yetki veren normun alternatif hükme sahip olduğu biçiminde anlaşılması o normun normatif anlamını yok etmektedir; çünkü bu durumda normlar birer totolojiye dönüşmektedir. Yani normun içeriği A'dır veya A değildir gibi çelişkili bir duruma dönüşmekte ve bu nedenle de böyle bir çelişkiyi içeren norm işin aslında hiçbir davranışı düzenlememektedir. Varolan normun yani geçerli normun düzenli, yani kurallara uygun olması gerekir. Ama hukuksal düzende üstte yer alan normla çelişik hükümler içermesine rağmen geçerli normlar oldukları kabul edilen çok sayıda norm bulunmaktadır. Bu durumda üstte yer alan norm kurallara uygun olmayan geçerli normların ortaya çıkmasını engeller bir biçimde kurallara uymayan normların geçerliliğine izin verecek bir şekilde formüle edilmelidir. Eğer Kelsen üstteki normun alternatif bir hükme sahip olduğunu kabul etmeseydi, kurallara uymayan normların norm olamayacağını kabul etmek durumunda kalacaktı. Bu durumda ise Kelsen geçerli olan, ama daha sonra yetkili bir organ tarafından örneğin anayasa mahkemesince geçerli olmadıkları belirlenen normlar gerçeğini inkar etmek durumunda kalacaktı.[53]

Ulises Schmill ortaya çıkan paradoksu şöyle çözmeye çalışmıştır: Normu uygulamadan sorumlu süje söz konusu normu incelemeli ve bu normun kurallara uygun olup olmadığına karar vermelidir. Eğer normun kurallara uygun olduğuna karar verirse bu normu uygulamalıdır. Buna karşılık normun üst normca belirlenmiş koşullara ve gereklere uygun olmadığına karar verecek olursa, o normu geçersiz (null) olarak kabul etmeli ve o olaya uygulamamalıdır. Schmill'e göre bir normun geçerliliği veya geçersizliği uygulanmama yoluyla saptanabilir. Normun kurallara uygun olup olmadığını belirlemede sorumlu organ yargısal organlardır. Eğer bir normun uygulanmaması, o normun geçersizliğini gösteriyorsa, normun uygulanması da o normun geçerli ve kurallara uygun bir norm olduğunu ortaya çıkarmaktadır. Bu kavramlar birbirleriyle karıştırılmamalıdır. Bir normun varlığı fiziksel olarak gözlemlenebilen ampirik bir veriyi temsil eder. Ortada normu yaratan bir eylem söz konusudur (Varlık E = R1 (ai, nj)). Normun uygulanması eylemi ise o normu geçerli bir norm durumuna getirmektedir (Geçerlilik V = R2 (nj, ai+1)). Normun fonksiyonu bu eylemle yani uygulanmayla gerçekleştirilmiş olur. Uygulama normu geçerli hale getirmektedir.Hukuk aleminde sadece izole edilmiş münferit normlar söz konusu olamaz. Normlar görece olarak oldukça uzun zincirler oluşturur. Norm çıkarma ve bu normları uygulama eylemleri normların kendi aralarındaki düzenliliği ve uyuşumu dikkate alınarak gerçekleştirilir.

53 Ulises Schmill, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", Law and Philsophy, 19 (2000), s. 305.

Bazı normların geçerliliği; yani bu normların uygulanması, uygulanacak normun temelini temsil eden normlar açısından düzenli norm olmalarını gerektirir (Kurallara Uygunluk R = R3 (nj, nj-1, 2...B)). Durum böyle olduğunda normu uygulayan organ uygulanan normu geçerli bir norm haline getirmiş olur ve bu normun norm olarak fonksiyonunu yerine getirmesini sağlar. Bu davranış üst normun anlamına uygun olarak belirlenir. Yani normun geçerliliği (uygulanması) o normun kuralara uygun olmasına bağlı olmaktadır. Schmill'e göre bu bağımlılık da bireysel normların düzeni oluşturan unsurlar haline dönüşmesine neden olur.[54]

Pablo E. Navarro'nun Eleştirileri:

Pablo E. Navarro "Anayasal Normların Etkililiği" başlıklı yazısında Hans Kelsen'in anayasanın etkili olmasına iki türlü açıklama getirdiğini belirtmektedir. Bunlardan ilki şöyledir: (E1) Anayasa *C* sadece ve sadece *C'*ye uygun olarak çıkarılan alt düzeydeki normlar etkili ise (yani büyük ölçüde uygulanıyor ve bu normlara itaat ediliyorsa) etkilidir.[55] Navarro etkililiğin bu anlaşılışını eleştirdikten sonra, Kelsen'e göre anayasanın etkililiğinin şöyle de açıklanabileceğini ileri sürmektedir: (E2) Anayasa *C* eğer alt düzeyde yer alan normlar anayasaya uygun olarak çıkarılırsa (yani *C'*nin norm çıkarma için belirlediği usullere uygun olarak ve *C'*nin saptadığı organlar tarafından çıkarılırsa) etkilidir.[56]

Navarro haklı olarak eğer Kelsen'in zımni (üstü kapalı) alternatif şart görüşü benimsenecek olursa, yani alt düzeyde yer alan normların sürekli hukuksal bakımdan geçerli olarak çıkarıldıkları kabul edildiğinde, anayasal normların etkililiği ve özellikle (E2)'ye göre etkililiği bizi alt düzeydeki normların çıkarılmasını düzenleyen anayasal normların her zaman için etkili olduğu sonucuna götüreceğini belirtmektedir. Eğer yasa yapma sürecini düzenleyen anayasal normlar üstü kapalı bir biçimde usulsüz yöntemlerle veya anayasaca yasaklanmış içerikle çıkarılmasına da yetki verebildiği yolundaki Kelsen'in doktrini kabul edilecek olursa ve bunun yanında eğer (E2)'ye göre anayasal normların etkililiği benimsenirse, yani anayasanın etkili olup olmadığı alt düzeydeki normların geçerli bir biçimde çıkarılması ölçütüne bağlanacak olursa, ister istemez anayasaların daima etkili olduklarını kabul etmek gerekecektir. Ortaya önemli bir sorun çıkmaktadır; o da (E2)'nin işe yaramaz bir hale gelmesidir. Bir başka deyişle, anayasanın etkili olup olmadığının belirlenmesinde alt düzeydeki normların geçerli bir biçimde çıkarılması olduğunu söylemenin yukarıdaki açıklama karşısında hiçbir anlamı kalmamaktadır.[57]

54 Ibid., s. 308-309. Stanley L. Paulson ve Bert Van Roermund Ulises Schmill'in görüşlerinin Kelsen'in 'tacit alternative clause' ('zımni alternatif şart') doktrininden daha savunulur olduğunu ileri sürmüşlerdir. Yazarlara göre Kelsen'in bu görüşü hukukta normatif anlayışı zedelemektedir. Bakınız: Stanley L. Paulson ve Bert Van Roermund, "Kelsen, Authority and Competence: An Introduction", Law and Philsophy, 19 (2000), s. 130.

55 Pablo E. Navarro, "The Efficacy of Constitutional Norms", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 87.

56 Ibid., s. 91.

57 Ibid., s. 94.

Kelsen'e göre hukukta herhangi bir norm geçerliliğini daima normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan bir başka normdan alır. Anayasa hukuk sistemindeki diğer bütün normların geçerliliğini temellendiren ve normlar hiyerarşisinde en üstte yer alan pozitif bir norm olduğundan hiyerarşide altta yer alan normların geçerliliğini belirleyebilmek için anayasanın da hukuksal açıdan geçerliliğinin belirlenmesi gerekir. Hans Kelsen'e göre anayasanın geçerliliği daha üstte yer alan temel norma atıfla yapılmaktadır. Bu açıklamalardan hareketle Pablo E. Navarro ister (E2)'ye ister (E1)'e göre olsun anayasanın etkililiğinin altta yer alan normlara bağlı olduğunu bize göstermektedir. Anayasanın etkililiği sadece alt düzeydeki normların var olmalarıyla belirlenebilecek bir şeydir. Ancak anayasanın etkililiği anayasanın geçerliliğinin bir koşulu olduğuna göre (anayasa etkili olduğunda temel normu varsaymanın bir anlamı olacaktır) kısır döngüye girmeden anayasanın alt düzeydeki normların geçerliliğine temel oluşturması imkansızdır. Yani aynı anda altta yer alan normların geçerliliği anayasanın etkililiğiyle ve anayasanın etkililiği de altta yer alan normların geçerliliğiyle saptanmaktadır.[58]

KELSEN'İN "NORMUN ALTERNATİF KARAKTERİ" GÖRÜŞÜ NASIL ELE ALINABİLİR?

Hans Kelsen'in anayasaya aykırı yasa veya yasaya aykırı bireysel normlar gibi "kuralsız normlar" (irregular norms) olgusunu ele alışı son derece ilginçtir. Modern hukuk sistemlerinde Amerika Birleşik Devletleri'ndeki Yüksek Mahkeme veya Avrupa ülkelerinde yer alan anayasa mahkemeleri gibi mahkemeler değişik hiyerarşik düzeyde yer alan normlar arasındaki çatışmaları çözmek üzere yetkilendirilmiştir. Ülkemizde Anayasa Mahkemesi yasama organının çıkardığı yasaları anayasaya aykırı bulduğunda bunları iptal edebilmektedir. Anayasaya aykırı bulunularak iptal edilen yasa hukuk sisteminden kaldırılmış olur. Ancak şu da bilinmektedir ki, Anayasa Mahkemesinin iptal kararından önce veya Anayasa Mahkemesinin önüne gelmeyen bir norm hukukçularca anayasaya aykırı olarak kabul edilebilir ve bu nedenle de söz konusu normun geçersiz olduğu iddia edilebilir. Bir başka deyişle, anayasa mahkemesince iptal edilerek yürürlükten kaldırılmadan önce anayasaya aykırı olan ve bu nedenle de geçersiz olduğu söylenebilecek normlar mevcuttur. Stephen Munzer buradan hareketle bir normun hukuksal geçerliliği ile varlığı özdeş değildir demektedir. Yani Munzer'e göre bir normun varlığı, o normun hukuksal olarak geçerli olduğu anlamına gelmeyebilir.[59]

Hukukçuların bir bölümüne doğal gelebilecek bu durum, Kelsen tarafından kabul edilmemektedir. Hans Kelsen hukuksal geçerlilikten ne anladığını şöyle açıklamaktadır:

"İnsan davranışına atıfta bulunan bir normun geçerli olduğunu ileri sürmek, o normun bağlayıcı olduğunu –kişinin norm tarafından belirlenen biçimde davranması

58 Ibid., s. 94-95.

59 Stephen Munzer, Legal Validity (The Hague: Martinus Nijhoff, 1972), s. 13-14.

gerektiğini– söylemektir. ... (N)eden bir norm geçerlidir, neden bir kişi belirli bir biçimde hareket etmelidir sorusu bir olguyu ortaya çıkararak, yani olanı belirten bir ifadeyle yanıtlanamaz. Bir normun geçerliliğinin nedeni bir olgu olamaz. Bir durumdan, *olan* bir şeyden *olması gereken* ortaya çıkmaz; ve *olması gereken* bir şey *olan* bir şeyin nedeni olamaz. Bir normun geçerliliğinin nedeni sadece bir başka normun geçerliliği olabilir. Bir başka normun geçerliliğini temsil eden norm mecazen söyleyecek olursak alttaki norm ile bağlantılı olarak üstteki norm olarak ifade edilebilir." [60]

Riccardo Guastini Kelsen'in normun geçerliliği konusundaki görüşleri ve bunun sonucunda temel norm varsayımının ortaya çıkışını şöyle açıklamaktadır: Guastini'ye göre saf hukuk teorisinde normun *varlığı*, *bağlayıcı gücü* ve *geçerliliği* birleştirildiğinden temel norm kavramsal bir zorunluluk olmaktadır. Kelsen geçerlilik ile bağlayıcı gücü normun tanımsal özelliği olarak kabul etmektedir. Var olmayan norm Kelsen'e göre norm değildir. Kelsen'e göre varlık geçerlilikle aynı anlama geldiğinden, bağlayıcı olmayan bir norm norm değildir. Kelsen'in doktrininde geçerlilik daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirmeyi gerektirdiğinden, bağlayıcı güç ve varlık da üstte yer alan norm tarafından yetkilendirmeyi gerektirmektedir. Saf teoride geçerli olmayan norm kavramı kabul edilemeyeceğinden, Kelsen var olan bir normun geçerliğinin nedenini aramaya (daha üstte yer alan norm tarafından yetkilendirme) zorlanmıştır. Kelsen tarihsel olarak ilk anayasayla karşı karşıya kaldığında da iki olasılık ortaya çıkmıştır. Kelsen ya bu ilk anayasanın geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını kabul etmeyecektir; ki bu durumda hukuk sistemi geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını kaybetme durumunda kalacaktır; ya da anayasaya geçerliliğini, bağlayıcı gücünü ve varlığını verecek meta-anayasal bir norm varsayacaktır. İşte Kelsen bu nedenle temel norm varsayımına başvurmuştur.[61] Kelsen bu hususu şöyle açıklamaktadır:

"Diğer bir normun geçerliliğinin nedenini temsil eden norm daha önce belirttiğimiz gibi 'üstteki' norm olarak adlandırılır. Ancak normun geçerliliğinin nedeni için yapılan arayış, etkinin nedenini araştırır gibi, sonsuza dek götürülemez. Bu arayış en son ve en üstte yer alan bir normun varsayılmasıyla sonlandırılmalıdır. Bu norm *varsayılmak* zorundadır çünkü böyle bir norm 'konamaz'; yani yetkisi daha üstte yer alan normdan kaynaklanan bir otorite tarafından yaratılamaz. Bu son normun geçerliliği daha üstte yer alan geçerliliği sorgulanamayan bir normdan elde edilemez. Bu şekilde varsayılan en üstteki norma bu kitapta temel norm denmektedir. Geçer-

60 Kelsen, PTL (1967), s. 193.

61 Riccardo Guastini, "The Basic Norm Revised", Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law, Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 69-70. Guastini Kelsen'in temel norm varsayımını hem gereksiz hem de çelişkili sonuçlara neden olması nedeniyle eleştirmektedir.

62 Kelsen, PTL (1967), s. 194-195.

lilikleri tek ve aynı temel norma ulaşan bütün normlar normlar sistemini, yani normatif düzeni oluşturur."[62]

Kelsen hukuksal geçerlilik kavramını mutlakçı bir biçimde ele almakta ve takdim etmektedir. Yani hukuksal geçerlilik ya vardır ya da yoktur.[63] Bunun nedeni Kelsen'in normun geçerliliğini o normun kendine özgü varoluşu olarak kabul etmesinden kaynaklanmaktadır.[64] Kelsen'e göre norma karşı norm olamaz. Çıkarılmasını düzenleyen normla çelişen hukuk normu geçerli bir hukuk normu değildir. Böyle bir norm yok hükmündedir ve yok olduğu için de bu norm iptal edilemez.[65] Yine Kelsen'e göre anayasaya aykırı yasa ifadesi kendisiyle çelişmektedir; çünkü bir yasa sadece anayasa temelinde geçerli olabilir. Eğer kişi bir yasanın hukuksal olarak geçerli bir yasa olduğunu düşünüyorsa, bunun nedeni bu yasanın anayasaya uygun çıkarılmış olmasıdır. Geçersiz bir yasanın anayasaya aykırı olduğu söylenemez; çünkü geçersiz yasa yasa olarak kabul edilemez. Kelsen'e göre böyle bir yasa yok hükmündedir.[66]Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde altta yer alan normla üstte yer alan norm arasında çatışma olamaz. Yani başka bir normun çıkarılmasını düzenleyen normla bu diğer norm arasında çatışma düşünülemez; çünkü altta yer alan normun geçerliliğinin nedeni üstte yer alan normdadır. Altta yer alan norm geçerli bir norm olarak kabul ediliyorsa, bu üstte yer alan norma göre geçerli demektir.[67]

Jose Manuel Cabra Apalategui, Hans Kelsen'de normun içeriğiyle normun geçerliliği arasındaki ilişkiyi şöyle özetlemektedir: 1) Normlar iradi eyleminin anlamı olduğuna göre sadece üst düzeyde yer alan normun hükümlerine uygunluk, o normun geçerliliği, yani varlığı için yeterli değildir. 2) Zımni alternatif şart doktrini nedeniyle geçerlilik normların koşullu bir özelliği olarak kabul edilemez. Bu nedenle alt düzeyde yer alan bir normun içeriğinin üst düzeyde yer alan norma uyması, söz konusu norm yetkili bir otorite tarafından

63 Graham Hughes,"Validity and the Basic Norm", 59 California Law Review, (1971), s. 708.

64 Kelsen bu konuda şunları belirtmektedir: "Açıkça görülüyor ki normlar fiziksel olarak algılanabilir gerçekler gibi aynı yolla bilinememektedir. Bir başka ifadeyle olgular 'varolurlar' iken bir normun 'var olmasını' veya var olmamasını kişi ifade etmek isterse şunu söylemek durumundadır: Bu norm 'geçerlidir'. Veya bu norm geçersizdir. Bir normun 'geçerliliği' onun kendine has 'var oluşudur'(s. 180)." Bu yazının bir başka yerinde de Kelsen bu konuda şunu söylemektedir: "Geçerli hukuksal düzene ait hukuk normu adil olduğu için değil anayasada belirlenmiş usullere uygun çıkarıldığı için geçerlidir" (s. 185). Bakınız: Hans Kelsen, "On the Basis of Legal Validity", Çev. Stanley L. Paulson, 26 The American Journal of Jurisprudence (1981), s. 178-189.

65 Kelsen, PTL (1967), s. 267.

66 Ibid., s. 271.

67 Ibid., s. 80. Bu durumda Kelsen hukukçuların geçersiz normlar olarak adlandırdığı durumu daha önce de belirtildiği gibi şöyle açıklamaktadır: Her yetki veren norm zımni alternatif şart içermektedir. Yani Kelsen'e göre yetki veren normlar alternatifli olarak okunmalıdır. Yetki veren norm altta yer alan organların içerik ve usul bakımından belirlenen gereklere uygun veya uygun olmadan çıkarılmasına yetki vermektedir. Yasa yapmayı düzenleyen anayasa hükümleri alternatifli olarak okunmalıdır. Anayasa doğrudan veya doğrudan olmayan düzenlemeleri içermektedir. Yasama organı bunlardan birini seçebilir. Anayasanın yasaların

geçersiz ilan edilmediği sürece, o normun geçerliği için zorunlu bir koşul değildir. 3) Objektif olarak geçerli olan, yani içeriği üst norma uygun olan bir norm dahi yetkili bir otorite tarafından geçersiz ilan edilebilir. Normun içeriğinin üstte yer alan norma uygun olması o normun geçerliliğini garantilememektedir. 4) Genel ve bireysel normların geçerliliği bu konudaki yetkili otoritenin kararına bağlıdır. Bu karar nihai karar olduğu için kurucu nitelikte bir karardır. Kelsen'in farklı hiyerarşik düzeyde yer alan normlar arasındaki çatışmalar sorununa getirdiği çözümünün, yasaya aykırı normların geçerliliğini kabul etmesi nedeniyle, normatifliği değil gerçeği gözettiği söylenebilir.[68]

SONUÇ

Hukuk normunun alternatif karaktere sahip olması Kelsen'in saf hukuk teorisinin önemli ve ayrılmaz bir parçasını oluşturmaktadır; çünkü bu yolla altta ve üstte yer alan normlar arasında çatışma ortaya çıkmamaktadır. Yine bu "zımni alternatif şart" Kelsen'de "normatif düzenin birliği" tezi açısından da önemlidir. Normun alternatif karaktere sahip olmasının gerekçesi Richard H.S. Tur'un belirttiği gibi[69] hukuksal pozitivizmin temel unsurlarında da bulunabilir. Kelsen'e göre kendini hukuk düzeni olarak takdim eden normlar sistemi esas olarak dinamik bir karaktere sahiptir.[70]

Richard H.S. Tur'a göre Kelsen'de "kapsama" ilkesi yetki verme ilkesine bağlı kılınmakta ve şecere veya silsile içeriği alt etmektedir. Ama bu durumda da Tur'a göre her türlü geçerli norm yenilgiye uğratılabilmektedir. Hans Kelsen'e göre mahkemenin genel bir normu uygulamama ve "çerçeve" dışında yeni bir kural koymayı tercih edebilmesi hukuk düzeni kavramının gerekli bir özelliğidir. Bu ise geçerli bir normu uygulamama, dikkate almama, iptal etme ve mahkemenin kendisinin bulacağı farklı bir normu önündeki olayda uygulama anlamına da gelebilir.[71]

Pierluigi Chiassoni, bir genel hukuk teorisi olarak, saf hukuk teorisinin realist bir teori olarak kabul edilebileceğini iddia etmektedir. Bunun önemli nedenlerinden

anayasaya uygunluğunun denetlenmesini yasama organından başka bir organa vermesi ve bu organın anayasaya aykırı gördüğü yasaları iptal edebilmesi, Kelsen'e göre anayasasın tercihinin birinci yol olduğunu; ama ikinci yolu da dışlamadığını ve yasaların iptal edilene kadar geçerli olduklarını ve uygulanmaları gerektiğini göstermektedir.

68 Jose Manuel Cabra Apalategui, "Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", http://hdl.handle.net/10630/6051. Bu yazı DFEPFD-Contribuciones a Congresos Cientificos'da bulunabilir. Bu doküman 2013-10-16 günü oluşturulmuştur.

69 Tur, op. cit., s. 251.

70 "Bir hukuk normu belirli bir içeriğe sahip olduğu için yani içeriği mantıksal olarak var olduğu farz edilen temel normdan çıkarılabildiği için değil, belirli bir biçimde çıkarıldığı için geçerlidir. ... Bu nedenle de bir yasanın içeriği her çeşit olabilir." Kelsen, PTL (1967), s. 198. "Son derece mahkemesinin kararına hukuk düzeninin nihai karar gücü vermesi acaba ne anlama gelmektedir? Bu şu anlama gelmektedir: Mahkemece yaratılacak bireysel normun içeriğini önceden belirleyen, mahkemece uygulanacak genel norm geçerliyse de, son derece mahkemesinin içeriği bu genel norma uymayan bireysel normu da geçerlidir." Ibid., s. 269.

71 Tur, op. cit., s. 252.

biri de Chiassoni'ye göre, Kelsen'in genel hukuk normlarının "zımni alternatif şart" içerdiğini kabul etmesidir. Anayasaya veya yasaya aykırı normlar mahkemelerce iptal edilene kadar geçerli olarak kabul edilmektedir.[72]

Kelsen'de farklı hiyerarşik düzeylerde bulunan iki norm arasında bir çatışma olduğunda, yorum yoluyla üstte yer alan normun zımni alternatif şart içerdiği kabul edilmekte ve altta yer alan normun üstte yer alan norma aykırı bir içerikle çıkarılabilmesi mümkün olmaktadır. Bu da Kelsen'e göre normlar hiyerarşisinde üstte yer alan normla altta yer alan norm arasında herhangi bir çatışmanın mümkün olamayacağını göstermektedir.[73] Ayrıca Kelsen "zımni alternatif şart" nedeniyle birbirleriyle çatışan normların her ikisinin de geçerli olabileceğini söylemekteydi. Örneğin bir devlet bir uluslararası andlaşmayla ülkesinde yaşayan azınlıklara bazı haklar tanımış olmasına rağmen, iç hukukunda bu hükümlere aykırı normlara sahip olabilmekte ve uluslararası andlaşmaya aykırı normlar iptal edilene kadar geçerli kabul edilmektedir. Yani birbirleriyle çatışan normlar aynı anda geçerli olabilmektedir. Bunlar Chiassoni'ye göre Kelsen'in teorisinin realist yönler taşıdığını bize göstermektedir.[74] Chiassoni'nin bu söylediklerinde büyük bir gerçeklik payı olduğunu kabul etmek gerekir.

Hans Kelsen'in hukuk düzeninde boşluklar ile bağlantılı görüşü normun alternatif karakteri teziyle birilikte ele alındığında Kelsen'in realist yönlerinin oldukça güçlü olduğu kanısı daha da güçlenmektedir. Kelsen hukuk düzeninde boşlukların olamayacağını iddia etmektedir. Hukuk iki elemanlıdır. Mahkemeler ya davacının istediklerini kabul edecektir ya da etmeyecektir. Bir başka deyişle, mahkeme ya genel norma göre herhangi bir çarenin söz konusu olmadığı gerekçesiyle davacının taleplerini reddedecektir ya da böyle bir genel normun bulunmamasını yetersiz, haksız ve adaletsiz bulacaktır. Böyle olduğunda da mahkeme somut dava için yeterli, haklı ve adil bulduğu bir norm yaratacak ve o normu o davada uygulayacaktır. Kelsen'e göre bu durumda mahkeme yasa koyucu gibi hareket etmektedir.[75] Hans Kelsen mahkemelerin hukuk yaratma işlevleri hakkında şunları yazmaktadır:

"Mahkemeler özellikle son derece mahkemeleri kararlarıyla sadece o dava için bağlayıcı bireysel normlar değil, genel normlar yaratmada da yetkilendirilebilir. Bu yargı kararı emsal karar haline geldiğinde, yani o davada verilen karar benzer davalara da yol gösteriyorsa ortaya çıkar.

72 Chiassoni, op. cit., s. 139-140.

73 Ibid., s. 142.

74 Ibid., s. 148. Bu noktada Pierluigi Chiassoni'nin " Kelsen her zaman pozitif hukukun, insan eliyle yapılmış bir şey olması nedeniyle, birbiriyle çatışan normlarla dolu olduğunu ve bir çok bakımdan anlamsız hatta absürd olabileceğinin farkındaydı." ifadesine de katılmamak mümkün değildir. Ibid., s.143.

75 Kelsen, GTLS (1945), s. 145; Kelsen, PTL (1967), s. 245.

76 Kelsen, PTL (1967), s. 250, 251.

... Mahkemelerin hukuk yaratma fonksiyonları emsal karar verme yoluyla genel norm yaratmada yetkilendirildiklerinde özellikle göze çarpar bir duruma gelmektedir. Bir mahkemeye, özellikle de son derece mahkemesine böyle bir yetki vermek; eğer mahkeme belirli koşullarda varolan hukukun genel bir normunu uygulamayarak, kendi takdirine göre, bir başka deyişle pozitif hukukun genel bir normu tarafından içeriği önceden belirlenmemiş bir bireysel hukuk normu yaratmada yetkilendirilmişse özellikle dikkate değerdir. Böyle bir karara emsal karar niteliği vermek sadece mahkemelerin hukuk yaratma fonksiyonunun istikrarlı bir şekilde genişlemesi anlamına gelir."[76]

Önemli bir nokta da Kelsen'in "normun alternatif karakteri" konusundaki görüşlerinin bizi her türlü siyasal rejimi kabul etme sonucuna götürebileceği yolundaki eleştirilerdir. Kuşkusuz Kelsen demokrasiye ve özgürlüklere bağlı bir düşünürdür. Kelsen'in inceleme konusu yaptığımız normun alternatif karaktere sahip olması tezi de Kelsen'in her türlü anayasayı veya yasayı kabul edeceği anlamına gelemez. Hans Kelsen "anayasaya aykırı" yasa ile ilgili "Hukuksal Düzen Kavramı" başlıklı yazısında açıkça hak ve özgürlüklerin anayasa yargı yoluyla korunduğu hukuk düzenini diğer düzenlerden ayırmıştır. Kelsen bu konuda şunları söylemektedir:

"Normatif hiyerarşide farklı düzeylerdeki hukuk normları arasında çatışma ortaya çıkamaz, çünkü üst seviyede yer alan norm alt seviyede yer alan normun geçerliliğinin temelidir. Alt seviyedeki norm üst seviyedeki normla, yani çıkarılmasını düzenleyen normla uyumlu olduğu için, bir başka ifadeyle alt seviyedeki norm üst seviyedeki normun emrettiği gibi çıkarıldığından geçerlidir. Şüphesiz 'anayasaya aykırı' yasa ifadesi kullanılmaktadır, ama bu terminoloji yanıltıcıdır. Kendini bir yasa gibi takdim eden metin baştan itibaren hükümsüz ise bu durumda hiçbir biçimde bir yasaya, yani geçerli bir norma sahip değiliz demektir. Ancak genellikle yapıldığı gibi, *geçerli* yasa anayasaya aykırı olarak nitelendiriliyorsa, örneğin bir yasa anayasada güvence altına alınmış ifade özgürlüğünü kısıtlıyorsa o zaman iki durumu birbirinden ayırt etmemiz gerekir. Bu durumlardan ilkinde anayasa böyle bir yasanın iptal edilebileceğini ... ama iptal edilene kadar yasanın geçerli olacağı yolunda bir düzenleme getirmektedir. İptal *erga omnes* olarak yani genel olarak gerçekleşebilir ve çok açık nedenlerle istisnai bir yol olsa da iptal kararı geçmişe yürütülebilir. Veya ikinci durumda eğer mahkeme "anayasaya aykırı" bulduğu yasayı uygulamama yetkisine sahipse ... ve davayı yasayı dikkate almadan kararlaştırabiliyorsa, sonuç açıkça *inter partes* olan yargısal kararla yasa bir yana itilmekte ve karar sadece somut davanın taraflarına uygulanmaktadır. ... 'Anayasaya aykırı' yasa olarak adlandırılan yasa geçerli olduğu sürece anayasaya uygun bir yasadır; yani bu yasa baştan itibaren geçersiz bir yasa olmayıp, sadece özel bir usulle iptal edilebilen bir yasadır."[77]

77 Hans Kelsen, "The Concept of the Legal Order", Çev. Stanley L. Paulson, 27 Am. J. Juris. 64 (1982), s. 70-71.

"Geçerli bir yasanın anayasaya aykırı olarak nitelendirildiği ikinci tür durumda da (yukarda gösterildiği gibi) anayasa özgürlükleri veya vatandaşların eşitliğini güvence altına almakta; ama bu özgürlükleri ve eşitliği kısıtlayan yasanın anayasada saptanan belirli bir usulle (yukarda anlatıldığı üzere) ne *erga omnes* iptal edilebilmesine ne de böyle bir yasanın bir yargı kararıyla bir kenara itilerek *inter partes* bir çarenin uygulanabilmesine imkan vermektedir. ... Geçerli bir yasa olarak bu yasa anayasaya uygun bir yasadır. Ancak anayasada özgürlükleri ve vatandaşların eşitliğini güvence altına alan anayasal hükümler hukuksal olarak anlamsız olarak kabul edilmelidir. Anayasal hükümlere uymayan yasaların 'anayasaya aykırı' olarak adlandırılmasının hiçbir hukuksal anlamı yoktur. 'Anayasaya aykırı' olarak nitelendirme herhangi bir yasanın adaletsiz olarak adlandırılmasında olduğu gibi, sadece ahlaksal veya siyasal bir öneme sahip olabilir. Anayasa olarak nitelendirilen hukuksal belgeler hukuksal açıdan anlamsız materyaller içerebilmektedir. Bu tür belgeler sıklıkla siyasal ve hukuksal doktrinler yanında, bütünüyle normun sübjektif anlamından yoksun ve bu nedenle de objektif bir şekilde norm yani hukuk olarak yorumlanamayacak diğer ifadeleri de içerir.[78]

Yukarıdaki alıntıdan anlaşılacağı gibi Hans Kelsen'in tercihi hak ve özgürlüklerin anayasalarda yer aldığı ve anayasa yargısının olduğu bir sistemdir. Richard H.S. Tur hem Kelsen'in hem de Hart'ın kuramlarının demokratik hukuk sistemine, yani yasaların siyasal olarak üstte yer alanlarca değil, bu yasalara tabi olanlarca yapılabildiği bir sistem olasılığına açık olduğunu vurgulamaktadır. Tur'a göre bir hukuk kuramının hukuku anlamamıza yardımcı olması yanında, gerçeklere uyması ve normatif olarak da çekici olması gerekmektedir. Sadece demokratik olmayan düzenlemelerin hukuk olduğunu savunan bir kuram ahlaksal nedenlerle reddedilmelidir.[79] Kelsen'in kuramı demokratik düzenlemelere açık bir kuramdır. Hans Kelsen'in hukuk felsefesi alanındaki görüşleri incelenirken Kelsen'in hak ve özgürlüklere ve anayasa yargısına büyük önem verdiği ve kuramının da demokrasiyi ve hukuk devletini dışlamadığı önemle göz önüne alınmalıdır.

78 Ibid., s. 71. Benzer görüş için ayrıca bakınız: Kelsen, PTL (1967), s. 272-276.

79 Richard H.S. Tur, "Variety or Uniformity", Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law, Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 57-58.

KAYNAKLAR

- Apalategui, Jose Manuel Cabra "Validity and Correctness in Kelsen's Theory of Legal Interpretation", http: //hdl.handle.net/10630/6051. Bu doküman 2013-10-16 günü oluşturulmuştur.
- Bulygin, Eugenio, "Cognition and Interpretation of Law", *Cognition and Interpretation of Law,* Letizia Gianformaggio ve Stanley L. Paulson, derleyenler (Torino: Giappichelli, 1995), s. 11-35.
- Bulygin, Eugenio, "An Antinomy in Kelsen's Pure Theory" *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes,* Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007)
- Bulygin, Eugenio, "Kelsen on the Completeness and Consistency of Law", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law,* Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 225-243.
- Chiassoni, Pierluigi, "Wiener Realism", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law,* Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 131-162.
- Ebenstein, William, "The Pure Theory of Law: Demythologizing Legal Thought", 59 *California Law Review* (1971), s. 617-652.
- Friedmann, W., *Legal Theory,* Beşinci Baskı (New York: Columbia University Press, 1967).
- Gomez, Patricia Cuenca, "A Consideration of Hans Kelsen's Pure Theory of Law", *Papeles el tiempo de los derechos,* No. 3 (2010), s. 1-16.
- Guastini, Riccardo, "The Basic Norm Revised", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law,* Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 63-74.
- Harris, J. W., "Kelsen's Concept of Authority", *Cambridge Law Journal,* 36 (1977), s. 353-363.
- Hart H.L.A. *The Concept of Law,* 3. Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2012).
- Hart, H.L.A., "Answers to Eight Questions" (1988), *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law,* Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 279-297.
- Hughes, Graham, "Validity and the Basic Norm", 59 *California Law Review* ,(1971), s. 695-714.
- Kammerhofer, Jörg, *Uncertainty in International Law: A Kelsenian Perspective* (London: Routledge, 2011).
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State,* Çev. A. Wedberg (Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1945).
- Kelsen, Hans, "On the Pure Theory of Law", *Israil Law Review,* Vol. 1 (1966), s. 1-7.

- Kelsen, Hans, *Pure Theory of Law,* Çev. Max Knight (California; University of California Press, 1967).
- Kelsen, Hans, *Essays in Legal and Moral Philosophy,* Selected and Introduced by Ota Weinberger (Dordrecht-Holland: D. Reidel Publishing Company, 1973).
- Kelsen, Hans, "On the Basis of Legal Validity", Çev. Stanley L. Paulson, 26 *The American Journal of Jurisprudence* (1981), s. 178-189.
- Kelsen, Hans, "The Concept of the Legal Order", Çev. Stanley L. Paulson, 27 *Am. J. Juris.* 64 (1982), s. 64-84.
- Kelsen, Hans, "On the Theory of Interpretation", Çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley L. Paulson, *Legal Studies,* (July 1990), s. 127-135.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Norms,* Çev. Michael Hartney (Oxford: Clarendon Press, 1991).
- Kelsen, Hans, *Introduction to the Problems of Legal Theory"* Çev. Bonnie Litschewski Paulson ve Stanley (Oxford; Clarendon Press, 1992).
- Kletzer, Christoph, "Kelsen's Development of the *Fehlerkalkül* Theory", *Ratio Juris,* Vol. 18 (2005), s. 46-63.
- Moreso, Jose Juan ve Pablo E. Navarro, "The Reception of Norms, and Open Legal Systems", *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes,* Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 273-291.
- Munzer, Stephen, *Legal Validity* (The Hague: Martinus Nijhoff, 1972).
- Navarro, Pablo E., "The Efficacy of Constitutional Norms", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law,* Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 77-99.
- Nino, Carlos Santiago, "A Philosophical Reconstruction of Judicial Review", *Cardoza Law Review* 14 (1992-1993), s. 799-846.
- Nino, Carlos Santiago, *The Constitution of Deliberative Democracy* (New Haven & London: Yale University Press, 1996).
- Nino, Carlos Santiago, "Confusion Surrounding Kelsen's Concept of Validity", *Normativity and Norms: Critical Perspectives on Kelsenian Themes,* Stanley L. Paulson ve Bonnie Litschewski, derleyenler (Oxford: Clarendon Press, 2007), s. 253-261.
- Paulson, Stanley L., "Material and Formal Authorisation in Kelsen's Pure Theory", *Cambridge Law Journal,* 39 (April 1980), s. 172-193.
- Paulson , Stanley L. ve Bert Van Roermund, "Kelsen. Authority and Competence: An Introduction", *Law and Philsophy,* 19 (2000), s. 125-130.
- Roermund, Bert van, "Norm-claims, Validity and Self-Reference", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law,* Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 11-41.

- Raz, Joseph, *The Authority of Law,* İkinci Baskı (Oxford: Oxford University Press, 2009).
- Schmill, Ulises, "The Dynamic Order of Norms, Empowerment and Related Concepts", *Law and Philsophy,* 19 (2000), s. 283-310.
- Troper, Michel, "The Logic of Justification of Judicial Review", *International Jourrnal of Constitutional Law,* Vol. 1 (2003), s. 24-38.
- Tur, Richard H.S., "The Alternative Character of the Legal Norm: Kelsen as a Defeasibilist?", *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law,* Luis Duarte d'Almeida, John Gardner ve Leslie Green (eds) (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 245-258.
- Tur, Richard H.S., "Variety or Unhiformity", *Reading H.L.A. Hart's The Concept of Law,* Luis Duarte D'Almeida, James Edwards ve Andrea Dolcetti, derleyenler (Oxford: Hart Publishing, 2013), s. 37-58.
- Uluşahin, Nur, "Yokluk Teorisinin Anayasa Hukukunda Yeri ve Uygulanabilirliği", *Prof. Dr. Ergun Özbudun'a Armağan,* Cilt II, Anayasa Hukuku (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), s. 675-737.

J.M. Coetzee'nin Barbarları Beklerken Adlı Romanı Bağlamında Yargıcın Baskıya Karşı Direnme Ethosu

Mehmet Akif TUTUMLU*

Barbarları Beklerken

Barbarları Beklerken, Nobel ödüllü, Güney Afrikalı yazar J.M.Coetzee'nin İngilizce olarak ilk defa *Waiting for the Barbarians* adıyla 1980 yılında yayımladığı bir roman. Dilimizde ilk baskısı 2006 yılında yapılan romanın bu çalışmada kullanılan nüshası, 2012 tarihli üçüncü baskısıdır.[1]

Aşağıdaki paragraflarda romanın yapısını kişi, yer ve zaman bakımından inceledikten sonra, eserin içerdiği bildirinin değeri ile günümüzün yargıç ethosu bakımından felsefi içerimleri üzerinde değerlendirme yapmaya çalışacağız.

Mekân

Romanda temel öykünün, olayların geçtiği yerler hakkında gerçek ya da kurgusal bir isim kullanılmamıştır. Anlatıda ne coğrafya ne ülke ne de öykünün geçtiği kasaba hakkında herhangi bir isimlendirme yapılmış ise de kullanılan bazı kavramlar ile yapılan betimlemelerden bir mekân tablosu ortaya çıkmaktadır.

Romanın uzamı, geniş topraklara yayılmış bir İmparatorluk; ülke, muhtemelen Güney Afrika: *Çöl, kızıl toz bulut kümeleri; sarı, sisli gökyüzüne karışan, rüzgârın aşındırdığı killi toprakların bulunduğu ova; bataklık ve sazlıklar, kumullar* (s. 87-88).

Öykünün geçtiği yer ise, İmparatorluğun öteki ucunda bir sınır kasabası: *Yazları tozlu geçen, kayısısı bol olan, öğle uykuları uzun, garnizonu tembel, kuşların her sene gölün göz kamaştırıcı dalgasız yüzeyinin üstünde gelip gittiği* bir yer (s. 185).

Zaman

Romanda, temel öykü ile olay parçacıklarının geçtiği tarih hakkında da somut bir bilgi bulunmuyor. Ancak gerek devlet biçiminin imparatorluk olması, gerekse savaş silahı olarak hâlen kılıç kullanılıyor olması gibi kurgusal bilgiden, olayların XVIII.-XIX. Yüzyıl arasındaki bir zaman kesitinde geçtiği söylenebilir. Ancak temel öykünün romandaki süresi bir yıldır.

Kişiler

Roman yargıç olan başkişi ile birkaç yardımcı karakterden oluşmaktadır. Romanın başkişisi bir yargıç olup, şahıs olarak isimlendirilmemiş; kendisine yönelik hitaplarda sıfat (yargıç) sözcüğü kullanılmıştır.

Romandaki diğer karakterler bakımından da kimisi için özel (şahıs) isim kulla-

1 COETZEE, J.M.: Barbarları Beklerken, İngilizce aslından çeviren. Dost Körpe, 3. Basım, İstanbul 2102.

nılırken kimisi için cinsiyet belirten cins isimler, sıfatlar (yaşlı adam, çocuk, kör, barbar kadın vb.) ve karakterini genel çizgileriyle betimleyen ifadeler kullanılmıştır; temel figürler şunlardır: Albay Joll (imparatorluğun başkentinden kasabaya gönderilen süvari alayının zulüm ve işkence yapan komutanı); Mendel (idari bürodan gelen yetkili, Albay Joll'ün yardımcısı).

Başkişi: Yargıç

Romanın başkişisi, aynı zamanda anlatıcı olan bir yargıç. Gençliğinden beri başkenti görmemiş, taşrada bir sulh hâkimi. Şahıs ismi kullanılmamış, roman boyunca kendisinden hep yargıç sıfatıyla söz edilmiş. Fiziksel özelliklerini iç monologlardan çıkarabiliyoruz**:** *Gri sakallı* (s.31); *şişko göbekli, sarkık göğüslü, hindi derisi boyunlu* (s.50), orta yaşlarını süren muhtemelen altmışlarında bir adam.

Yalnız yaşamaktadır: Boşanmış mıdır, yoksa hiç evlenmemiş midir? Buna ilişkin bilgiye rastlamıyoruz, ancak kasabada zaman zaman birlikte olduğu kadınlar vardır.

Bu sınır kasabasında ne iş yapar bu yargıç, nasıl yaşar, nasıl geçirir zamanını? Kendi ağzından dinleyelim:

"Ben bir taşra sulh hâkimiyim, İmparatorluk'un emrindeki sorumlu bir memurum, günlerimi bu uyuşuk sınır bölgesinde emekliliğimi bekleyerek geçiriyorum. Kilise paralarını ve vergileri topluyor, komünal toprakları idare ediyor, garnizonun ihtiyaçlarının karşılanmasını sağlıyor, buradaki tek subay çeşidi olan genç subayları denetliyor, ticareti kontrol ediyor, haftada iki kez askeri mahkemeye başkanlık ediyorum. Geri kalan zamanımda güneşin güneşin doğup batışını izliyor, yiyip içiyor ve uyuyorum" (s. 19-20).

İncelikli ve duyarlı iç dünyaya sahip bir adamdır Yargıç:[2]

"*Gökyüzünde binlerce yıldız tepeden bize bakıyor. Burada gerçekten de dünyanın çatısındayız* (s.12).

"*Yanağımda ıssızlıkta hiçlikten hiçliğe giden kumun mırıldandığını hissediyorum* (s. 30).

Melankoliktir:

"*Bizi çevreleyen boşluk yalnızca boşluk, o kadar; barakaların, büyük ve harap apartmanların, tapınakların ve başkent ofislerinin üstündeki boşluktan daha kötü ya da geniş değil. Boşluk boşluktur, hayat hayattır, her yerde aynı bu. Ama başkalarının emeğiyle yaşayan, boş vakitlerimi dolduracak Uygurca kötü alışkanlıklardan yoksun olan ben melankolimi şımartıyor ve çölün anlamsızlığında özel tarihsel bir acılık bulmaya çalışıyorum. Boş, asılsız, yanlış* (s. 31).

Barbarlar

Yargıç genç bir subayla konuşurken barbarlar olarak nitelendirilen insanların yaşamları hakkında bilgiler verir: Bu insanlar hayvancılık yapan, sürüleriyle meradan meraya gitmek isteyen göçebe insanlardan başkası değildir. Buna rağmen yirmi yıldır imparatorluk askerleri tarafından hor

2 Burada betimlenen iç dünyanın asıl sahibi kurgusal yargıç olmaktan yazarın kendisidir.

görülmüş, aşağılanmış, baskı görmüşlerdir. Bunlardın temel isteği, topraklarındaki yerleşim merkezlerinin artışının durdurulması ve kendi otantik yaşam tarzlarının sürmesidir (s. 75-77).

Ancak imparatorluk görevlileri ve yardımcıları, barbarlar hakkında sürekli negatif bir imge, adeta bir canavar imgesi (küçük kızlara tecavüz, baskınlar vb.) yaydıkları gibi, kuzeydeki ve batıdaki (göçebelerin) barbarların birleşip İmparatorluk'a karşı savaş açacağı endişesini de sürekli bir söylem olarak gündemde tutarlar.

Tüm bu söylemler, kasabaya da dağlarda yaşayan göçebe halka yapılan zulüm ve işkencecinin baskı mekanizmasının gerekçesi olarak kullanılır.

Olaylar

Büyükbaş hayvan hırsızlığı suçlamasıyla iki kişinin tutuklanması

Kasabada mahkûmlar için özel yer, yani cezaevi niteliğinde bir yer yok (fazla suç işlenen bir yer değil, genellikle para cezası ya da zorunlu çalışma cezası verilir). Mahkûmlar tahıl ambarına eklenmiş bir depoda kalıyorlar, dar ve kötü kokuyor. Yargıç, yerde birbirine bağlı yatan ve pis kokuların kendilerinden geldiğini anladığı mahkûmları görünce, –bunlar sınır boyunda büyükbaş hayvan çalmakla suçlanmaktadırlar– muhafızları çağırarak derhal temizlenmelerini buyurur (s. 13).

Mahkûmlar, yaşlı bir adamla yeğeni olan, yaralı bir çocuk; suçlamayı kabul etmezler, anlattığına göre, yaşlı adam yaralı çocuğu doktora götürürken askerler tarafından yakalanmış.

Olayı üzerine başkentten Albay Joll gelmiştir; amacı olayı soruşturmak, bunun barbarlar tarafından yapılan bir baskın olup olmadığını saptamaktır, sorgulamayı kendisi yaparken Yargıcın bulunmasını istemez ve Yargıç bulanmaksızın gerçekleştirdiği sorgulamada sanıklara işkence uygular. Yargıç, halk arasında yapıldığı söylenen işkence çığlıklarını duymaz, ama "*kulağım insan acısına odaklı,"* der (s. 15).

Albay Joll'ü gördüğünde işkenceyi sorar, *"ya mahkûm doğruyu söylüyorsa, bu korkunç bir durum değil mi ?"* (s. 16).

Albay, sanıkların ses tonundan yalan söylediklerini anladığını ve gerçeği elde etmek için baskı, daha çok baskı uyguladığını söyler (s.16).

Yaşlı adam işkence sırasında ölür. Albay Joll sahte bir ölüm raporu düzenletir.

Yargıç, olup biteni anlamak için mahkûmların bulunduğu yere gider, yaşlı adamın cesedine bakar. İşkence sonucu öldüğünü anlamıştır. Çocuğa yönelir, yüzüne dokunmaya çalışır, bağlarını çözer ve mutlaka gerçeği söylemesi için ısrar eder, yemek yiyip yemediğini sorar, çocuk başını sallar; "*kalbime keder çöküyor*" der yargıç (s.19).

Albayın asıl planı, göçebelere hızlı bir baskın düzenleyip daha fazla tutsak almaktır (s. 24).

Albay, çocuğun sözde itirafına (koyun ve at çalma, kabilelerin birleşip imparatorluğa savaş açacağı) dayanarak yanına aldığı askerler, atlar, yük arabaları, yiyecek vs. ile baskına çıkar, bu –sözde– itirafların gerçek olmadığını söyleyen ve onu baskından

vazgeçirmeye çalışan yargıcın itirazlarını dinlemez.

Albay Joll'ün baskın sonrası bir grup tutsak göndermesi

Albay dört gün sonra bir grup tutsağı gönderir; bunlar, aslında, nehir boylarında balıkçılık yapan ailelerden başkası değildir; isyanla, savaş hazırlığı gibi eylemlerle ilgileri yoktur. Yargıç, bunların suçla, isyanla ilgilerinin bulunmadığını anlar, öfkelenir; bir-iki gün sonra tutsak kadınlardan birinin çocuğunun ölümü üzerine, başına bu dertleri açtığı için Albay Joll'e küfreder; aynı zamanda utanç duyar (s. 36).

Daha sonra Albay başka tutsak grupları ve süvari alayı ile garnizona döner.

Yargıç, bir şey yapamamanın sıkıntısını duyar, kendini yaşlı ve yorgun hisseder, uyumak ister.

"*Bu günlerde ne zaman fırsat bulursam uyuyorum ve gönülsüzcü uyanıyorum"* (s. 37).

"Hayatımın tadı tuzu kalmadı" (s. 38).

"*Olanları düşündükçe kendimden tiksindiğimi inkâr edemiyorum"* (s. 40).

Yargıç, *acı imparatorluğundan* kaçıyor bazen, ara sıra birlikte olduğu genç bir kadına gidiyor, onunla kalıyor.

Yargıç'ın genç, siyah gözlü -kör- kadınla ilişkisi

Bu, alnında perçemli kesilmiş siyah saçlar bulunan, geniş ağızlı ve yargıcın "*içimi ve ardımı gören siyah gözler"* sözleriyle betimlediği siyah gözlü bir kadındır; tutsak alındığı sırada maruz kaldığı muameleden (işkence ve dayaktan) dolayı görme yeteneğini büyük ölçüde yitirmiş, ayak bileğinde kırıklık oluşmuştur (s. 44). Yalnızdır kadın, çalışıp para kazanmaya, kalacak bir yere ihtiyacı vardır. Yargıç genç kadını alır, yarasını temizler; onu dilenmekten kurtararak kışla mutfağında çalışmasını sağlar.

Yalnız yaşamakta olan Yargıç, bu kadına özel bir ilgi gösterir; o kadar ki hasar görmüş ayaklarını sabırla, hattâ erotik bir hazla yıkar; ancak temel isteği onunla cinsel ilişkiye girmek değildir – zira ondan daha güzel bir genç kadınla zaten bu tür bir ilişkisi vardır. Daha çok duygusal, romanesk bir bağ kurmaya çalışır onunla; konuşur, fikirlerini anlatır, sorular sorar. Ancak kadın, yargıcın bu romantik tavrına, spekülatif konuşma tarzına karşılık vermez; yargıcın tam tersine, kısa, kesik somut olgulara odaklanan cümlelerle konuşur, pragmatik bir tutumu vardır.

Yargıç, daha sonra bir kafile ile birlikte bu kadını alıp, haftalarca süren çetin bir yolculuktan sonra barbarların bulunduğu dağlık bölgeye ulaşır ve kadını ait olduğu insanlara (ailesine) teslim eder (s. 89-110). Yargıcın bu eylem ve tasarrufu daha sonra bir suçlama konusu yapılacaktır.

Yargıç'ın tutuklanması

Yargıç genç kadını barbarlara teslim edip kaldığı kasabaya, bürosuna döndüğünde, başkentten gelen genç bir subayla karşılaşır, aralarında geçen kısa bir konuşmadan sonra subay, Yargıç'ı düşmanla işbirliği yapmakla suçlar: "*Düşmanla işbirliği yaparak vatana ihanet ettiniz*" der (s. 111).

Yargıç tutuklanır; ancak tutuklansa da İmparatorluk muhafızlarıyla olan ittifakının bittiğine sevinir; artık özgür bir adam

olduğuna inanır. Ne var ki merkezi otoriteye karşı çıkışına bir ***ilke aramaz***; tutuklanarak elde ettiği bu içsel özgürlüğü, ideaya ulaşmak için yapılan bir kahramanlık mücadelesi olarak değil, özgül gerçekliğinden, bireysel tarihinden yola çıkarak yorumlar. Özgürlüğünün anlamı varoluşsaldır: "*Karşı çıkışımda kahramanca bir şey yok, bunu bir an bile unutmamalıyım* (s. 112).

Yargıç!a yönelik suçlamalar şöyledir: Yetersiz idarecilik, bir sokak kadınıyla ilişki kurmak; oluşturulan bir kafile ile barbar kadını uzun yolculuklardan sonra yakınlarına teslim etmek ve savaş konusunda barbarları uyarmak.

Yargıç tutuklu iken, Albay Joll komutasındaki süvari alayı *barbar avı*ndan döner. Yanlarından on iki tutsak barbar vardır. Delinmiş ellerinden ve yanaklarından sade metal ilmik geçen tutsaklar, ağızlarından geçen tel halkalarla birbirine bağlanmış durumdadırlar; çırılçıplaktırlar. Albay Joll, her bir tutsağın sırtına bir avuç kömürle bir sözcük yazıyor: Düşman. Sonra askerler yeşil kamış değneklerle tutsakları dövmeye başlıyorlar (s. 145-146).

Yorulan askerler, sopalarla dövme işini-tutsakları aşağılamak amacıyla kız çocuklarına, diğer izleyenlere veriyor. Yargıç bu duruma öfkeleniyor, Albay Joll'e parmağını uzatarak, bu insanların ahlâkını bozduğunu söylüyor, ancak Albay'dan yanıt alamıyor; arkasından aldığı bir darbe ile Yargıç yere yıkılıyor, eli kırılıyor, ayağa kalkarak kendisine darbe indiren adama direnmeye çalışıyor, direndikçe darbeler almaya devam ediyor buna rağmen Yargıç, elinde çekiç tutmakta olan Albay'a dönerek, "*Bir hayvana bile çekiçle vuramazsın, bir hayvana*" diye bağırıyor (s.148). O anda yüzünün tam ortasına aldığı bir darbeyle sendeliyor Yargıç, görme yeteneğinin yittiğini hissediyor, insanların böcekleri, kırıkkanatlıları, solucanları, hamamböceklerini, karıncaları ayaklarının altında ezilişini düşünüyor, onların da yaratılışın farklı şekillerdeki mucizeleri diyor kendi kendine, "*Öyle büyük bir şükran duygusuna kapılıyorum ki, acıyı hissetmez oluyorum."* (s. 149). İki kolunda birer adamla kalabalığın arasından aceleyle hücresine götürülürken, gülümsüyor Yargıç.

Daha sonra Albay Joll'ün karşısına getirildiğinde, kendileriyle düşmana (barbarlara) karşı işbirliğinden kaçındığı suçlamasına şöyle yanıt verir Yargıç:

"*Düşman sizsiniz… Siz iğrenç bir işkencecisiniz! Asılmayı hak ediyorsunuz."* (s. 158).

Bu konuşmadan sonra, "*Çektiğim acıda yüceltici bir şey yok,"* diye düşünür Yargıç. Ona göre, işkencecileri acının derecesiyle değil, acı karşısında adalet fikrini unutan birine, acıyı hisseden bir beden içinde yaşamanın nasıl bir şey olduğunu göstermeyle ilgileniyorlardı.

Kaldığı hücrenin açıldığı avluda da Yargıç'a özellikle aşağılayıcı tarzlarda (çıplak bir ayı gibi, başkalarına izlettirilerek) işkence yapılmaya devam olunur (s.160-161).

İşkencelere son verildikten sonra bir gün Yargıç, işkence yapan komutanlardan Mendel'e işkence yaptıktan sonra nasıl yemek yiyebildiğini sorar:

"*Cellatlar ve benzerleri hakkında bu soruyu hep sormuşumdur. Bekle! Beni bir dakika daha dinle, samimiyim, bunu sor-*

mak benim için hiç kolay değil, çünkü senden ödüm kopuyor, bunu söylememe bile gerek yok, eminim farkındasın. Daha sonra kolayca yemek yiyebiliyor musun? Herhalde insan daha sonra ellerini yıkamak ister. Ama sıradan bir el yıkama yeterli olmaz, insanın rahiplerin yardımını alması, bir arınma ayini yaptırması gerekir değil mi? Ruhunu da bir şekilde arındırması gerekir; ben böyle hayal ediyorum. Yoksa insan nasıl gündelik yaşamına geri dönebilir, mesela masaya nasıl oturup ailesiyle ya da arkadaşlarıyla yemek yiyebilir ki?"(s. 173).

Bu sözlere cevap vermeyip sırtını dönen Mendel'in koluna yapışır Yargıç ve konuşmasına devam eder:

"*Hayır, dinle! Beni yanlış anlama, seni suçlamıyorum, bunun ötesine geçtim çoktan. Benim de hayatımı kanunlara adamış olduğumu anımsa, süreçlerini biliyorum, adaletin işleyişinin çoğu zaman çapraşık olduğunu biliyorum. İçinde yaşadığım kesimi anlamaya çalışıyorum. Ama yapamıyorum! Bu kafamı kurcalıyor! Onun yerinde olsam, diyorum kendi kendime,* ***ellerim öyle kirli gelirdi ki boğulacak gibi olurdum***…"(s. 173).

Komutan kendisini kurtarıp, Yargıç'ı sendeletecek bir sertlikle göğsüne vururken, "*Seni orospu çocuğu!*", diye bağırır:*"Seni yaşlı kaçık! Defol! Git de bir yerlerde geber!"* (s. 173).

Adalet Refleksiyonu

Tanık olduğu ve bizzat maruz kaldığı bu işkence ve haksızlıklar Yargıç'ı adalet kavramı üzerine yeniden ve derinden düşünmeye sevk eder, garnizonda söz sahibi olduğu yıllarda yargıladığı ve tavuk çalmak suçundan mahkûm ettiği bir köylüyü anımsar. Cezasını garnizonda hizmet etmek şeklinde çekerken buradan kaçıp yeniden yakalanan mahkûm köylü, elleri arkadan bağlı vaziyette, annesi ile kız kardeşini tekrar görmek istediğini söyler, ancak Yargıç "*Canımızın istediğini yapamayız*," diye azarlar onu. O zamana kadar adalet hakkındaki düşüncesi şuydu: Kadın, erkek, çocuk, herkes, hattâ değirmeni döndüren atlar bile her an neyin adil olduğunu bilirdi. Bütün yaratıklar dünyaya adaletin anısını getirerek geliyorlardı. Bu düşüncelerin etkisiyle zavallı mahkûmun isteğini reddederken şunu söylemişti. "*Ama biz kanunlarla idare edilen bir dünyada yaşıyoruz…****İkinci iyinin*** *dünyasında. Bu konuda yapabileceğimiz bir şey yok. Hepimiz düşmüş varlıklarız. Tek yapabileceğimiz hep birlikte kanunlara uymak, adaletin anısının kaybolmasına izin vermeden."* (s. 189-190).

Bu anısını utançla anımsar yargıç. Köylüyü cezalandırdığı akşam yemek yiyemez ve yatma vakti geldiğinde şöyle düşünür: "*Bazı insanlar haksız yere acı çektiğinde, acılarına tanık olanların kaderi bunun* ***utancını hissetmektir."*** (s. 190).

Ne var ki bu düşüncelerdeki *sahte avuntu* Yargıç'ı hiç rahatlatmamıştır. Görevinden istifa edip bostan alma gibi yarıciddi fikirler de eylem şansı bulmaz, zira bu durumda da bir şey değişmeyecektir: Görevinin utancını başka biri taşımak zorunda kalacaktır.

Yine Albay Joll garnizondan atlı araba ile ayrılırken ona ders vermek ister Yargıç: "*İçimizdeki potansiyel suçu kendimize karşı işlemeliyiz, başkalarına karşı değil."* Bu

sözcükleri yineler ve parmağıyla bir kendine bir ona işaret ederek mesajını iletmek ister, ancak bu mesajın Albay'ca anlaşılıp anlaşılmadığı belli değildir, zira Albay beraberindeki süvari alayı ile garnizonu ve kasabayı terk etmek üzeredir.

Askerlerin çekilişi

Yaklaşık bir yıl süren baskı ve zulüm dolu yönetimden sonra Albay Joll komutasındaki süvari alayı kasabayı terk ederek başkente döner. Kış kapıdadır. Kasaba halkı yorgun, ekonomik kaynakları tükenmek üzere olan bir vaziyettedir. Tüm bunlara ek olarak bir de geleceğe yönelik kaygı yayılmıştır kasabaya: İmparatorluk askerleri, küçük bir kıza tecavüz başta olmak üzere birçok suçun barbarlarca işlendiği söylentisini yaymıştır ortalığa.

Garnizonda birkaç kişi kalmış, Yargıç eski görevinin başına geçmiştir. Tüm bu olup bitenleri günlüğüne ne şekilde kaydedeceği sorunu üzerine kafa yorar: Barbarlara ilişkin olarak anlatılanların, negatif imgenin ne kadarı gerçektir? Yargıç kasabada tarihçe yazma konusunda en uygunsuz kişinin kendisi olduğunu düşünür: "*Nalbantın öfkeli ve kederli haykırışları benim yazdıklarımdan iyidir.*" (s. 209).

Yargıç, eski yaşamının yavaşlığına bırakır kendini. Doğayı dinler: Güneşin bakır rengine dönüşünü, bütün kayıkların gölden ayrılışını, kuşların susuşunu, rüzgârın sesini, kasabının sessizliğini (s. 209).

Eskiden tanıdığı dul bir kadınla birlikte olur, onunla birlikteyken ailesine teslim ettiği barbar kadını düşünür: Orada iken *orada* değildir. Bu kendini tam veremeyiş, zaman zaman başka yerlerde oluş dul kadının gözünden kaçmaz, bunu Yargıç'a söyler ancak o, konu hakkında konuşmak istemez.

Nihayet yılın ilk karı yağar. Yargıç, kardan adam yapan çocukların yanından geçer, yaptıkları kardan adamı seyreder, yapılan kötü değildir, ancak düşündüğü sahne bu değildir, bu sahneden de, son zamanlarda olduğu gibi, kendini bir aptal gibi, yolunu çok önceden kaybetmiş ama çıkmaz bir yolda ilerlemekte ısrar eden bir adam gibi hissederek ayrılır (s. 211).

Değerlendirme

Totalitarizmin klâsik bahanesi: Güvenlik

Negatif imgelerle betimlenen *barbarlar*ın her an isyana, İmparatorluk güçlerine saldırmak için savaşa hazırlık yaptıkları şeklinde halk arasında yaygınlaşan söylenti, siyasi iktidarın ürettiği bir söylemin ürünü olup, baskının gerekçesi olarak kullanılmaktadır. Bu baskı nesnesi, neredeyse roman boyunca, sınırdaki taşra kasabasının kaygı dolu atmosferini inşa etmekte kullanılan bir leitmotiv niteliğindedir. Aslında bu kurgusal atmosfer, varlığını edebiyat düşüncesine değil, gerçeklik dünyasına borçludur: Zira bir düşman imgesi yaratıp tehdit odakları belirlemek, bütün totaliter rejimlerin ayakta kalabilmek için kullandıkları bir siyasal yöntemdir: Tehdit varsa, güvenlik önlemi de alınmalıdır.[3] Nedir bu önlemler? Temel hak ve özgürlüklerin kı-

3 **BECERMEN, Metin**: Küreselleşen Hukuksuzluk: Tehdit ve Güvenlik (Kavramları) Bağlamında Hukukun Askıya Alınması (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi,19.Kitap, İstanbul 2010, s.159.

sıtlanması, hukukun askıya alınması, dolayısıyla düşmana karşı savaş kılıfı altında her türlü baskı ve zulmün uygulanması. Şiddeti meşrulaştırmak için kullanılan bir söylem tarzı.

Totaliter paranoya

Totaliter rejimlerin korku, kaygı duyguları dışında ürettiği diğer bir psikolojik ruh hâli, paranoyadır. Buna göre rejimin isteklerine koşulsuz boyun eğmeyen herkes, bu bir yargıç dahi olsa, vatan hainidir. Dolayısıyla hakkettiği şekilde cezalandırılması, hem rejimin gücünü göstermesi hem de toplumun diğer üyelerine ibret olması bakımından elzemdir.

Nitekim romanda Yargıç'ın, İmparatorluk yetkililerinin barbarlar hakkındaki söylemlerinin doğruluğuna itiraz etmesi, barbarlara insanca davranması ve nihayet, yerli insanlara karşı yapılacak operasyonlar ve uygulanacak işkenceler hususunda Albay Joll ve ekibiyle işbirliğine yanaşmaması böyle bir sonuç doğurmuştur: Elinden bütün yetkileri alınan Yargıç vatan haini sayılarak tutuklanmış, hakarete, aşağılayıcı muamelelere, hattâ işkencelere maruz kalmıştır.

Yargıç'ın direnme ethosu

Yargıç İmparatorluk güçlerinin söylemlerine inanmaz; barbarların saldıracaklarına ilişkin söylemin, bir baskı ve zulüm aracı olduğunun bilincindedir. Bu haksızlığa karşı takınabileceği iki tavır üzerinde düşünür. Birincisi *konformist* tavırdır, buna göre yapması gereken, haksızlıkları görmezlikten gelmek, otoritenin isteklerine itiraz etmemek, eskiden olduğu gibi rahat, sorunsuz yaşamına devam etmek.

Diğer bir tavır da, yargıcın daha sonra eyleme dökeceği gibi, karşı gelmek*, haksızlığa direnmek*tir. Howard Caygill'in belirttiği gibi direniş, kaynağını insan doğasında bulan bir hareket tarzı olup, rasyonelliğe dayanmaz.[4] Yargıç da Albay Joll'ün haksızlıklarına, zulmüne direnirken, davranışı herhangi bir rasyonel düşünce üzerinde inşa etme çabasına girişmez, kâr-zarar hesabı yapmayı aklından geçirmez.

Adaleti gerçekleştirmekle yükümlü bir hukuk adamı olarak Yargıç, gözünün önünde barbar denen insanlara yapılan haksızlıklara, zulümlere göz yummayı kendine, vicdani ve etik değerlerine yediremez. Bunun için görevinden alınmayı, tutuklanmayı, aşağılanma ve işkence görmeyi göze alır.

Direnişi, soyut bir entelektüel düşünceyi (ideayı) hayata geçirmek ya da kahraman olmak amacına dayanmaz. Başka bir anlatımla Yargıç bu onurlu duruşunu ortaya koyarken herhangi bir öğretinin (dinsel, ideolojik, siyasal) ilkelerinden hareket etmez. Direnişi, yargıç olmaktan önce, insan olmanın, etik bir varlık olmanın, vicdan sahibi bir varlık olmanın hissiyatına, ethosuna dayanır.

Yargıç'ın hukuk felsefesi

Yargıcın etik tavrı, sadece Albay Joll'ün haksızlıkları ve zülmüne karşı koymakla sınırlı bir tavır değildir. Kendisini kamusal rolüyle sınırlamaz, bu rolün onu konformist bir yapı içerisinde *şeyleştirme-*

4 CAYGILL, Howard: Direnemezsen Öğrenemezsin, Söyleşi: Tuncay Gürhan (Psikeart, Özgürlük Özel Sayısı, Mart-Nisan 2014, Sayı:32, s.50-55), s.52-53.

sine de direnir. Bu direncin edimselleşmesi ise kendisini, hukuk uygulamasına felsefi bir bakışla yönelme, başka bir deyişle, yargıç olarak sergilediği davranışlar ve vermiş olduğu kararlar üzerine nesnel bir düşünme çabası, felsefi bir sorgulama tarzı geliştirme eğilimi şeklinde gelişir.

Bu tavrın kaynağı ise, görevi, mesleki egosunu tatminle sınırlamayan geniş bir bilinç, yaptıklarına her an şüpheyle bakmasını bilen vicdan sahibi bir varlıktır, kısacası bir *yargıç ethosu*dur.

Bu kişilik özellikleri bağlamında Yargıç, yasa ve adalet arasındaki mesafeyi düşünür, geçmiş yıllarda tavuk çalma suçundan mahkûm ettiği köylünün anne ve kız kardeşlerini görme dileğini yasaya dayanarak reddedişini anımsar: O zaman bu tavrını her ne kadar yasaya dayandırmış ise de bu düşünce onu teselli etmez, zira mahkûmu ailesiyle görüşmesini engellemekle ne toplum daha iyi hâle gelmiştir ne de adalet gerçekleşmiştir, bu tavrının gözlemlenebilir tek sonucu, mahkûmun acı çekmesidir. Yargıç, mahkûma bu acıyı –gereksiz yere– yaşattığı için utanç duyar.

Bu olaydan, hukuk felsefesi açısından çıkarılabilecek sonuç, salt yasayı uygulamakla adaletin gerçekleşmeyeceğidir.

Yine yargıç, garnizondan atlı araba ile ayrılmakta olan Albay Joll'e yönelik olarak, "*İçimizdeki potansiyel suçu kendimize karşı işlemeliyiz, başkalarına karşı değil*" şeklinde tepkisini dile getirirken, kendi çıkmazlarımızdan, korkularımızdan, yetersizliklerimizden başkalarına karşı baskı ve zulüm yaparak kurtulamayacağımızı anlatmak ister. Bu da bireyin *içe bakış*la kendisiyle arasına mesafe koymasını, kendini nesnelleştirmeyi, kendini kabullenmeyi bilmesi, kısacası kendisiyle dürüst bir ilişki kurmasını bilmesi anlamına gelir ki, bu yönelim tarzı *kendi kendine etik*in gerçekleşme koşuludur.[5]

Gerçeklik Dünyasında Yargıcın Baskı Karşısındaki Durumu

Yukarıda belirttiğimiz gibi, romana hâkim olan baskı atmosferi, salt kurmaca metinlerde değil gerçeklik dünyasında da rastlanan bir durumdur. Özellikle totaliter rejimlerde, henüz demokratik yönetimlere geçememiş üçüncü dünya ülkelerinde, anayasalarında devletin niteliği olarak demokratik hukuk devleti olarak yazılmakla birlikte bunun gerçek yaşama geçirilemediği ülkelerde, hattâ demokrasi ile yönetilen ülkelerde bile terörü önlemek ya da sona erdirmek gerekçesiyle hukukun askıya alındığı dönemlerde, iktidarın uyguladığı haksız, adaletsiz politik kararlara ve bu kararlar doğrultusunda üretip uyguladığı yasalara ve hükümet tasarruflarına karşı muhalefet eden kişilere karşı amansız baskı ve ceza yaptırımları uygulandığı bilinen bir gerçektir.

Birey ve yurttaş açısından

Bu tür bir rejime karşı kullanılacak temel hak, *baskıya karşı direnme hakkı*dır.[6] Nitekim bu hak, *1789 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'nin* 2'nci maddesinde

5 MORİN, Edgar:Aşk, Şiir, Bilgelik, Türkçesi: Haldun Bayrı, İstanbul 2001,s.95-99

6 Bkz ANBARLI, Şeniz: Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik (Türkiye Örneği), Doktora Tezi, İzmir 2006,s. 49 vd..

şöyle belirtilmiştir: Her siyasal toplumun amacı, insanın doğal ve zamanaşımı ile kaybedilmeyen haklarını korumaktır. Bu haklar; *özgürlük, mülkiyet, güvenlik ve baskıya karşı direnmedir.*

*1793 İnsan ve Yurttaş Hakları Bildirgesi'*nin 34'üncü maddesinde de toplumun tek bir üyesine zulüm yapıldığı zaman, bütün topluma zulüm yapılmış; topluma zulüm yapıldığı zaman da, onun her üyesine yapılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Yine aynı *Bildirge'*nin 35'inci maddesinde hükümetin, halkın haklarını çiğnediği zaman *isyan etmek*, halk için ve halkın her kesimi için hakların en kutsalı ve ödevlerin en gereklisi şeklinde tanımlanmıştır.[7]

Yargıç açısından

Çağdaş devletin temel özelliği siyasi, idari ve hukuki işlem ve edimlerini salt otoriteye ve devlet şiddetine dayanarak icra edemeyeceğidir. Bunları rasyonalize etmesi ve hukuksallaştırması gerekir. Yine hukuksal bir zemine oturtmaksızın muhaliflere karşı saf şiddet aygıtını işletmek de çağdaş devletin özelliklerinden değildir.

İşte bu noktada devlet yönetimini elinde tutan siyasi iktidarın baskısıyla karşı karşıya gelen bir kamusal aktör de *yargıç*tır. Otorite-özgürlük (devlet-birey) çatışmasının söz konusu olduğu somut bir dava bağlamında siyasi iktidarın yargıçtan istediği şey, otoritenin siyasi görüş, karar ve normları doğrultusunda karar vermesidir.

Böyle bir durumda, hukuka ve adalete göre değil de, siyasi iradeye göre karar veren yargıcın bu tasarrufu hukuki değil, siyasi nitelik kazanır, ortaya çıkan tablo, *yargının siyasallaşmasıdır.* Siyasal yargıdan bahsedebilmek için mahkemelerin açıkça siyasi otoritenin emri doğrultusunda davranmaları şart değildir. Şayet bir mahkeme kararını verirken hukuku ve adaleti değil, egemen ya da resmi ideolojiyi veya '*devlet aklı*'nı referans alıyorsa ortada hukuksal yargı değil, siyasal yargı var demektir.[8]

Siyasal baskı veya adaletsiz bir yasayı uygulamakla karşı karşıya olan yargıç, trajik ama aynı zamanda etik sonuçları olan bir seçim yapmak zorundadır.[9]

7 ANBARLI, a.g.e.,s.52. Direnme hakkı ile ilgili olarak diğer bazı hukuk metinleri şöyledir:
Federal Almanya Cumhuriyeti Hessen Eyaleti Anayasası 146. ve 147. maddeleri: Anayasaya aykırı olarak icra edilen kamu gücüne karşı direnme, herkesin hakkı ve görevidir.
Federal Almanya Cumhuriyeti Bremen Eyaleti Anayasası 19. maddesi: Anayasada yer alan insan haklarına kamu gücü tarafından anayasaya aykırı biçimde dokunulduğunda direnme, herkesin hakkı ve görevidir.
Federal Almanya Cumhuriyeti Berlin Eyaleti Anayasası 23. maddesi: Anayasada yer alan temel haklar açık biçimde ihlal edildiğinde herkesin direnmeye hakkı vardır.

8 MIZRAK, Dilan/TEMİZ, Özgür: Hukuk ve Politika (Ankara Barosu Dergisi, 2009, Yıl:67, Sayı:2,s.77-97), s.85.

9 Yargıda Siyalaşma olgusunun yaşandığı bir düzende, yani yargıçların siyasi görüşlerine göre seçilip atandığı bir sistemde böyle bir tercih durumu söz konusu değildir; zira bu tür sistemlerde hukuka bağlılık, dürüstlük ve bilgililik gibi erdemler önemini yitirmekte, yargıçlar devlet aklı ile karar vermektedirler (DEMİRDAL, Mustafa Balkan: Hukuki Belirsizlik İddialarıyla İlgili Hakimlerin Konumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009, s.81). Bazı siyasî sistemlerde yargıçlar tarafsız davranmazlar, örneğin geleneksel kominist rejimlerde 'sosyalist yasallık' ilkesi, yargıçlar yasayı kominist partisinin ideolojik yetkisine tâbi olan Marksizm-Leninizm'e uygun şekilde yorumlamak durumundadırlar.Canlı örneği 1930'larda SSCB'deki gösteri duruşmaları. Diğer bir örnek Nazi Almanyası'nda Mahkemelerin ideolojik ve siyasi baskının aracı olarak hareket etmeleri, (Türkiye için Yassıada davaları, 12 Mart yargılamaları,M.A.T.), bkz. HEYWOOD, Andrew: Siyaset, Editör: Buğra Kalkan, Çev. Bekir Berat Özipek, Ankara 2007, s.435 vd.

Hayrettin Ökçesiz'e[10] göre yargıç, adaletsiz olarak gördüğü, vicdanı kanaatine uymayan yasa hükmünü, hukuk yaratma ya da yorum yöntemiyle aşamıyorsa önünde iki yol vardır: Kant'ın deyimiyle aklın kamusal kullanımı bağlamında yasanın adaletsizliğini kamuoyu önünde makale vb. ile belirtmek, ancak yasayı (siyasal baskı, geçim derdi vb. nedenlerle) uygulamak.

Diğer seçenek ise, yargıcın kişi olarak tinsel bütünlüğünü korumak ve vicdanının sesine uymak için görevini bırakmasıdır.

Nazi dönemi sonrasında Alman hukuk felsefecisi Radbruch tarafından geliştirilen ve kendi adıyla *–Radbruch formülü* olarak– anılan görüşe göre, aşırı adaletsiz kural, insan haklarını apaçık ve ağır şekilde ihlal eden kuraldır. Dolayısıyla hâkim böyle bir kuralı uygulamamalıdır.[11] Filozofa göre, adil olmayan kural, adaletin gereklerine uygun olmayan veya karşılamayan kuraldır. Yasalar bilinçli olarak adalete yönelik iradeyi reddederse, örneğin insan haklarını insanlara tanırken keyfi davranır ve tanımaktan kaçınırsa, bu yasaların yürürlüğü olmaz, halkın onlara asla uyma borcu yoktur; hukukçular da onlara hukukilik karakterini tanımama cesaretini bulmalıdırlar.[12]

Dworkin'e göre yasa aşırı adaletsizliğe yol açıyor ise yargıç ilkelere ve ahlaka göre karar vermelidir. Yine *Solum* da hukuk kurallarının öngördüğü sonucun adil olmaması hâlinde, yargıcın kurallardan uzaklaşarak, hakkaniyet ve adaleti temel alarak karar vermesi gerektiğini ileri sürer.[13] *İsmail Demirdöven* konuyu siyasi baskı özelinde değil de genel olarak incelediği bir makalesinde[14], yerinde bir ayrımla, yargıcın yargılama ve karar verme edimini iki kimlik altında değerlendirir: Buna göre meslek olarak hukukçu ile hukukçuluğu taşıyan kişi arasında ayrım yapmak gerekir. Kişi olarak hukukçu, yaşamda olup bitenlere kulaklarını tıkayıp, sadece elindeki mevzuat çerçevesinde hareket ettiğinde özgürlüğünü, dolayısıyla etik hareket alanını ortadan kaldırmış olur. Ne var ki bunun tersi tutum da etik sakıncalara sebep olabilir. Başka bir anlatımla yargıç kendi öznel yorumlarını, kendi inançlarını, kendi ahlâk anlayışını uygulamalarda ön planda tutarak hareket ettiğinde, hukukun rasyonel temeline, öngörülebilirliğine aykırı hareket etmiş olur. Şu hâlde hukuku gerçekleştirme görevinde yargıç üçüncü yolu bulmak durumundadır. Bunun ise ne olduğu önceden söylenemez, üçüncü yolu yargıcın kendisi bulacaktır, tabii ahlâk değil, etik sayesinde.[15]

10 ÖKÇESİZ, Hayrettin: Hukuk Devleti ve Yargıcı (Hukuk Devleti, Haz. H.Ökçesiz, İstanbul 1998,s.242-261),s.260.

11 UYGUR, Gülriz: Adil Olmayan Kural Karşısında Yargıç: Radbruch Formülü (Prof.Dr.Gürgân Çelebican'a Armağan, Ankara 2011, s.101-114), s. 101

12 RADBRUCH, Güstav: Hukukta Bilgelik Dolu Sözler, Çev.Vecdi Aral, Kocaeli Üniv. yayını, Kocaeli,2002,s.32..

13 DEMİRDAL, Mustafa Balkan: Hukuki Belirsizlik İddialarıyla İlgili Hakimlerin Konumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009,s.88-89.

14 DEMİRDÖVEN, İsmail H.: Meslek Olarak Hukuk ve Etik (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 16. Kitap, İstanbul 2007,s.303-308).

15 DEMİRDÖVEN, a.g.m.,s.307.

Konuya realist açıdan yaklaşan düşünürler de vardır. Meselâ *Max Stirner*'e[16] göre yargıçlar yasalar doğrultusunda değil de, yönetimin zihniyeti doğrultusunda hüküm verdiklerinde kendi çıkarlarına daha iyi hizmet etmiş olurlar. Yazar bu durumun nasıl düzeltilebileceği üzerinde düşünürken şu soruyu sorar: Sözgelimi, yargıçlara, satın alınabilir kişiler olduklarını açıklayıp ayıplarını yüzlerine vurduktan sonra onların kendileriyle hesaplaşarak bundan böyle adaleti kendi öz çıkarlarından üstün tutacaklarına güvenebilir miyiz? Yazar bu soruya *hayır* yanıtını verir, ona göre halkın böyle bir güven duygusunu beslediğini düşünmek gerçekçi değildir, zira insanın öz çıkarını gözetme güdüsünün diğer motivasyonlardan daha güçlü olduğu herkesçe bilinen bir şeydir.

Ne var ki yargıcın öz çıkarını adalet değerine üstün tutması ile de bir yere varılamayacağı açıktır. Stirner son tahlilde, yargıçların hukukun satılabilirliği sayesinde kendi menfaatlerinin desteklendiğini düşünmekten vazgeçerek, meselenin özüne uygun bir karar vermeleri gerektiğini ileri sürer. Böylece kendi çıkarlarını gölgede bırakmayacak, hattâ daha ziyade 'iyi bir kazançla' vatandaşların saygısını rahatça birleştirecek şekilde karar vermek mümkün olabilecektir. Ancak böyle bir karar için ön koşul, yargıçların hükümetten *bağımsız* olmalarıdır.

1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi Başlangıç Kısmı'nda, insanın zulüm ve baskıya karşı son çare olarak ayaklanmaya zorunlu kalmaması için, insan haklarının, hukukun üstünlüğü yoluyla korunmasının zorunluluk olduğu belirtilmektedir.

A. Hamilton'a göre, bağımsız yargı olmaksızın, bireysel hak ve özgürlüklerinin korunması için yapılan tüm girişimler sonuçsuz kalırdı.[17]

Gerek *Tocqueville* gerekse *Habermas,* hukukun ve özellikle mahkemelerin, demokrasinin hayata geçirilmesinde en etkili araçlar olduğunu ileri sürmüşlerdir.[18]

Her ne kadar Eleştirel Hukuk Kuramcılarınca Hukuk Devleti ilkesi liberal burjuva devleti anlayışının ürettiği bir varsayım olarak eleştirilmiş ise de[19], bu ilke, hâlen keyfi ve ceberut devlet olgusu karşısında en etkili panzehir olma özelliğini sürdür-

15 DEMİRDÖVEN, a.g.m.,s.307.

16 STİRNER, Max: Biricik ve Mülkiyeti, Çev. Selma Türkis Noyan, İstanbul 2013,s.212.

17 HAJİYEV, Khanlar: Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü, çev. A. Ersoy Kontacı (Demokrasi ve Yargı Türkiye Barolar Birliği yay., Sempozyum metinleri, Ank. 2005, s.226-233), s.230 vd.

18 TOCQUEVİLLE, Alexıs de: Amerika'da Demokrasi, Çev.İhsan Sezal/Fatoş Dilber, Ankara 1994, s.109; SARIBAY, Ali Yaşar: Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul 2005, s.14vd.), s.16.

19 Karl Klare'ye göre karar verme sürecinin, ilke olarak karar vericinin etik ve politik değer yargılarından bağımsız işlediğine dair ana varsayım iki açıdan temelsizdir. Birincisi, yargıç, avukat ve uygulayıcıların angaje olduğu hukuksal çalışma ya da yorumlayıcı pratikler, uygun hukuksal materyallerin neler olduğuna ilişkin hukukçu mantığını genel olarak şekillendirir. İkincisi, yargıç gibi hüküm sürecine katılanlar sürekli olarak kendi entelektüel enerji ve kaynaklarını nasıl kullanacaklarına ilişkin bilinçli veya bilinçsiz tercihlerde bulunurlar. Bu tercihler hukukun dışında bulunan değerler, algılamalar ve kurumlara dayanır. Liberal teorinin notrlük ve nesnellik savları temelsizdir. David Kairys de hukukun politik mülahazalardan soyutlanamayacığı görüşündedir, AKTAŞ, Sururi: Eleştirel Hukuk Çalışmaları, İstanbul 2006, s.175-176.

mektedir.[20] Öte yandan, hukuk devletinin temel özelliğinin, meşruiyet kaynağının devlet değil, doğal hukuk olduğu ileri sürülmüştür, dolayısıyla önemli olan hukukun kimin tarafından yapılacağı değil, hangi referanstan ilham alacağıdır.[21]

Bize göre, adaletsiz bir yasa ya da siyasi otoritenin baskısı karşısında bulunan yargıcın tavrının ne olması gerektiği konusunda fikir geliştirirken şu hususları vurgulamakta yarar vardır:

- Devlet yönetiminde politika, kaçınılmaz olarak hukuktan önce gelir, fakat bu, hukukun politik yönelimli olduğu anlamına gelmez.[22] Siyasal işlemler her yargıç kararının konusu olabilirler, ancak yargıyı politikadan ayıran kararın konusu değil, *inşa edilişi*dir.[23]

- Yargıçlar, devlete değil, yargı görevine[24], herhangi bir ideolojiye değil, adalet idesine bağlılık göstermelidirler.

- Siyasi baskı veya adaletsiz yasa hükmü karşısında hukuktan ve adaletten yana tavır almış olan bir yargıç sadece tikel bir tavır almış ve tikel bir karar vermiş değil, yaşadığı toplumun geleceğine de aktarılacağından şüphe duyulmayacak bir *değer* yaratmış demektir.[25] *Hegel*'in etik birey için söylediklerini yargıca da uyarlayabiliriz: Yargıcın etik yaşamı, hukuk sisteminin nabız atışıdır; sonuçta yargıcın çıkarlarını ve eğilimlerini bir kenara koyup, hukuk adına konuşması, soyut hukukun kendisi değil, *ahlâki bir duruş*tur.[26] Bu bağlamda yargıcın doğru karar vermesi hukuki bir sorun olmaktan çok, bir adalet sorunudur.

- Yargıç (Anayasa Mahkemesinde görevli de olsa) kendisini siyaset sürecine müdahale etme hakkına sahip bir kamusal aktör, resmi (egemen) ideolojinin bekçisi[27] olarak algılamamalıdır, zira böyle bir zihniyet yapısı, yargının siyasallaşması, dolayısıyla güvenilecek son kurumun da elden gitmesi anlamına gelir. Böyle bir aktivist tutumun normatif değil, zihniyet sorunu olduğu vurgulanmalıdır.[28] Bu bağlamda vurgulanması gereken başka bir husus, Anayasa mahkemelerinin özel siyasal

20 ARSLAN, Zühtü: Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı (Devlet (Doğu Batı Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, Sayı: 13, s.65-85), s.85.

21 ÇAHA, Ömer: İdeoloji İle Hukuk Arasında Devlet (Doğu Batı Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, Sayı: 13, s.87-113), s.105.

22 Luhmann'nın görüşü için bkz. SARIBAY,a.g.m.,s.16. Hukuk-politika ilişkisi için ayrıca bkz. ERDOĞAN, Mustafa: Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi, İstanbul 2013, .118-126.

23 GÖREN, Zafer: Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2008, Yıl:7, Sayı: 14,s.1-24),s.12.

24 NOVAK, Makro: Slovenya'da Yargı Etiği (Yargı Etiği Sempozyumu, 15-16 Kasım 2012, Ankara, HSYK yayını, Ankara 2013,s.134:

25 YAZICI, Serap: Pazartesi Konuşmaları, Neşe Düzel ile Söyleşi (Taraf Gazetesi, 26,05.2008).

26 MACHACEK, Rudolf: Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimle Alanda Anayasa Yargısı (Anayasa Yargısı Dergisi, 1992, Sayı: 9, s.47-61)

27 KUÇURADİ, İonna: Etik, Ankara 1999, s.127.

28 UYGUR, Gülriz: Hukukta Adaletsizliği Görmek, Ankara 2013, s.211.

güçlerinin bulunmadığı, güçlerinin sadece hukuku düzeltmek olduğudur.[29]

- Yargıç sadece siyasi baskı durumunda değil, yargılama yapıp karar verdiği her dava bağlamında, taraflarla etik bir ilişki içindedir.[30] Yargıcın verdiği karar, insanların yaşamını doğrudan etkilediği için etiktir, dolayısıyla şu veya bu yönde karar veren yargıç, her halükârda etik sorumluluk altında olduğunu aklından çıkarmamalıdır.[31] Dolayısıyla yargıç, yasal mevzuatı aynen uyguladığını, dolayısıyla görevini –biçimsel adalet anlayışı çerçevesinde[32] – yerine getirdiğini ileri sürerek etik sorumluluktan kurtulamaz.

- Hukuku etik (adalete götürecek) kılacak hazır, hattâ mümkün[33] bir reçete yoktur[34], yargıcın ezberlediği etik ilkelerle de etik karar vermek gibi bir güvencesi yoktur:[35] Yargıç her tekil olay ve davada yeniden düşünmek, mevcut hukuku uygularken, doğurduğu etkinin adalet düşüncesiyle (idesiyle) ne ölçüde örtüştüğünü tartmak durumundadır. Böyle bir edimi ise ancak etik kişiliğe sahip bir yargıç gerçekleştirebilir. Zira her değer, bir taşıyıcıyı gerektirir, taşıyıcısı olmayan bir değer bilgisinin önemi de yoktur. Dolayısıyla yargıç, sonuçları itibarıyla doğru hukuku seçtiği[36] ve uyguladığı takdirde etik davranmış olacaktır.

- Kıdemi, yaşı, birikimi ve geçmişteki başarıları ve bulunduğu kariyer düzeyi (makamı) ne olursa olsun her davada yargıç, her yeni davada mesleğini yeniden sorgulamalıdır[37]: Vereceği kararla hangi değeri gerçekleştirecektir? Kararın insan ve yaşama değerlerine katkısı nedir? Yargıçta sağlıklı şüphe, sorgulama ve duyarlılık yitimi, vicdanın, dolayısıyla yargıçlığın yitimidir: Geriye kalan, hukuk bilgisine sahip bir yargı teknisyenidir.

Dolayısıyla yargıçlık kimliği yılların art arda birikmesiyle oluşan, göz alıcı makamlarla (yüksek mahkeme üyeliği, başkanlığı vb.) doğrulanan sabit bir kimlik değildir: Her yeni etik ilişkiyle, her yeni kararla birlikte bu kimlik yeniden inşa edilir. Bu yeni kimliğin sahih olup olmadığı ise yargıcın ethosuna bağlıdır.

29 FROMM, Erich: İtaatsizlik Üzerine, Özgürlük Neden Otoriteye 'Hayır' Demektir, İngilizceden Çeviren: Nurdan Soysal, İstanbul 2014,s.10: " Vicdan ve inançları adına otoriteye hayır deme cesareti gösteren insanların varlığından ötürü, insanoğlu sadece ruhsal açıdan gelişmekle kalmamıştı, zihinsel gelişimi de itaatsizlik yeteneğine bağlı olmuştu."

30 PİNKARD, Terry: Hegel, Çev. Mehmet Barış Albayrak, İstanbul 2012, s.170-171;473.

31 ÖZBUDUN, Ergun Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu (Demokrasi ve Yargı Türkiye Barolar Birliği yay.,Sempozyum metinleri, Ankara 2005) s.350.

32 UYGUR, Gülriz: Adalet ve Hukuk Devleti, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004 C.53, Sayı:3, s.30)

33 TEPE, Harun: Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 11.Kitap, İstanbul 2005,s.58-62), s.62.

34 AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet,İstanbul 2013, s. 58 vd.

35 AÇAR, Halil Rahman: Etik Devlet Anlayışı Bir Çözüm Olabilir mi? (Hukuk Felsefesi ve sosyolojisi Arkivi, 11.kitap, İstanbul 2005,s.167-170), s.170.

36 KAUFMAN, Arthur: Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmatiği, Çev.Hayrettin Ökçesiz (Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Haz.Hayrettin Ökçesiz,İstanbul 1997, s.111-130).

Kaynakça

- AÇAR, Halil Rahman: Etik Devlet Anlayışı Bir Çözüm Olabilir mi? (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 11. kitap, İstanbul 2005,s.167-170).
- AGTAŞ, Özkan: Ceza ve Adalet, İstanbul 2013.
- AKTAŞ, Sururi: Eleştirel Hukuk Çalışmaları, İstanbul 2006.
- ANBARLI, Şeniz: Baskıya Karşı Direnme Hakkı ve Sivil İtaatsizlik (Türkiye Örneği), Doktora Tezi, İzmir 2006.
- ARSLAN, Zühtü: Devletin Hukuku, Hukuk Devleti ve Özgürlük Sarkacı (Devlet Doğu Batı Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, Sayı: 13, s.65-85).
- BECERMEN, Metin: Küreselleşen Hukuksuzluk: Tehdit ve Güvenlik (Kavramları) Bağlamında Hukukun Askıya Alınması (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi,19. Kitap, İstanbul 2010.
- CAYGILL, Howard: Direnemezsen Öğrenemezsin, Söyleşi: Tuncay Gürhan (Psikeart, Özgürlük Özel Sayısı, Mart-Nisan 2014, Sayı:32, s.50-55).
- COETZEE,J.M.: Barbarları Beklerken, Çev.Dost Körpe, 3.Baskı İstanbul 2012.
- DEMİRDAL, Mustafa Balkan: Hukuki Belirsizlik İddialarıyla İlgili Hakimlerin Konumu, Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2009.
- ÇAHA, Ömer: İdeoloji İle Hukuk Arasında Devlet (Doğu Batı Kasım-Aralık-Ocak 2000-2001, Sayı: 13, s.87-113).
- DEMİRDÖVEN, İsmail H.:Meslek Olarak Hukuk ve Etik (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi 16. Kitap, İstanbul 2007, s.303-307).
- ERDOĞAN, Mustafa: Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi, İstanbul 2013.
- FROMM, Erich: İtaatsizlik Üzerine, Özgürlük Neden Otoriteye 'Hayır' Demektir, İngilizce'den Çeviren: Nurdan Soysal, İstanbul 2014.
- GÖREN, Zafer: Siyasal Güç Faktörü Olarak Anayasa Mahkemesi (İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Güz 2008, Yıl:7, Sayı: 14, s.1-24).
- HAJİYEV, Khanlar: Demokrasinin Pekişmesinde Yargının Rolü, Çev.A.Ersoy Kontacı (Demokrasi ve Yargı Türkiye Barolar Birliği Yay., Sempozyum Metinleri, Ank. 2005, s.226- 233).
- HEYWOOD, Andrew: Siyaset, Editör : Buğra Kalkan, Çev. Bekir Berat Özipek, Ankara 2007.
- KAUFMAN, Arthur: Hukuk Felsefesi, Hukuk Kuramı, Hukuk Dogmatiği, Çev.Hayrettin Ökçesiz (Çağdaş Hukuk Felsefesi ve Hukuk Kuramı İncelemeleri, Haz.Hayrettin Ökçesiz, İstanbul 1997, s.111-130).
- KUÇURADİ, İoanna: Etik, Ankara 1999.
- MACHACEK, Rudolf: Temel Hak Temini İle Politika Arasındaki Gerilimle Alanda Anayasa Yargısı (Anayasa Yargısı Dergisi, 1992, Sayı: 9, s.47-61).

- MIZRAK, Dilan/TEMİZ, Özgür: Hukuk ve Politika (Ankara Barosu Dergisi, 2009, Yıl: 67, Sayı: 2, s.77-97).
- MORİN, Edgar: Aşk, Şiir, Bilgelik, Türkçesi: Haldun Bayrı, İstanbul 2001.
- NOVAK, Makro: Slovenya'da Yargı Etiği (Yargı Etiği Sempozyumu, 15-16 Kasım 2012, Ankara, HSYK Yayını, Ankara 2013, s.134).
- ÖKÇESİZ, Hayrettin: Hukuk Devleti ve Yargıcı (Hukuk Devleti, Haz. H.Ökçesiz, İstanbul 1998, s.242-261.
- ÖZBUDUN, Ergun: Anayasa Yargısı ve Demokratik Meşruluk Sorunu (Demokrasi ve Yargı Türkiye Barolar Birliği Yay., Sempozyum Metinleri, Ankara 2005, s.350).
- PİNKARD, Terry: Hegel, Çev. Mehmet Barış Albayrak, İstanbul 2012.
- RADBRUCH, Güstav: Hukukta Bilgelik Dolu Sözler, Çev. Vecdi Aral, Kocaeli Üniv. Yayını, Kocaeli, 2002.
- SARIBAY, Ali Yaşar: Hukuk ve Politika: Luhmann Sosyolojisi Bağlamında Bir Tartışma (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, İstanbul 2005, s.14).
- STİRNER, Max: Biricik ve Mülkiyeti, Çev. Selma Türkis Noyan, İstanbul 2013.
- UYGUR, Gülriz: Adalet ve Hukuk Devleti, (Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2004 C.53, Sayı:3, s.30).
- UYGUR, Gülriz: Adil Olmayan Kural Karşısında Yargıç: Radbruch Formülü (Prof. Dr. Gürgân Çelebican'a Armağan, Ankara 2011, s.101-114).
- UYGUR, Gülriz: Hukukta Adaletsizliği Görmek, Ankara 2013.
- YAZICI, Serap: Pazartesi Konuşmaları, Neşe Düzel ile Söyleşi (Taraf Gazetesi, 26,05.2008).
- TEPE, Harun: Hukuk ve Etik: Hukukun Etik Temelleri (Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Arkivi, 11. Kitap, İstanbul 2005,s.58-62)
- TOCQUEVİLLE, Alexis de: Amerika'da Demokrasi, Çev.İhsan Sezal/Fatoş Dilber, Ankara 1994.

Kant'ın 'Aydınlanma Nedir? Sorununa Yanıt' Başlıklı Makalesinden Hareketle Hukuka İlişkin Birkaç Sonuç

Ogün ÜREK

Düşünce tarihinde, çok az sayıda makale Kant'ın 1784 yılında yazmış olduğu *"Aydınlanma Nedir?" Sorusuna Yanıt* başlıklı yazısı kadar etkili olmuştur. Geçmişte olduğu gibi, bugün de Kant'ın bu yazısı pek çok açıdan olumlu ya da olumsuz eleştirilere konu olmakta ve öyle görülüyor ki gelecekte de olmaya devam edecek. Makaleye bu ilginin özellikle 1789 yılında gerçekleşen Fransız Devrimi sonrası başladığını tahmin etmek hiç de güç olmasa gerek. Çünkü makalede Kant, toplumsal bir aydınlanma için gerekli koşullardan söz ettiği noktada, toplumsal aydınlanma ile devrimler arasında dikkat çekici ve önemli bir saptamada bulunur. Onun bu saptamasına göre "kamu ancak yavaş yavaş aydınlanmaya varabilir. Gerçi devrimler ile bir baskı rejimi, kişisel bir despotizm, bir zorbalık yönetimi yıkılabilir; ancak yalnız bunlarla, düşüncelerde gerçek bir düzelme, düşünüş biçimlerinde ciddi bir iyileşme elde edilemez; tersine, bu kez yeni önyargılar, tıpkı eskileri gibi, düşüncesiz yığına, kitleye yeni birer gem, yeni birer yular olurlar" (Kant, 1984: 215). Bu açıdan düşünüldüğünde, Fransız Devrimi'nin hemen ardından devrimin insanlığın geleceği üzerindeki etkilerini öngörebilmek amacıyla Kant gibi dönemin en saygıdeğer filozoflarından birinin devrimler ile ilgili düşüncesinin ne olduğuna yönelik bir ilginin olduğu tahmin edilebilir. Özellikle de bu düşünceler Fransız Devrimi henüz gerçekleşmeden kısa bir süre önce dile getirilmişse, bunun makaleye olan ilgiyi daha da arttırdığı söylenebilir.

Öte yandan günümüzde makaleye yönelik eleştiriler daha çok olumsuz yönde kendini göstermektedir. Özellikle kendini postmodern olarak nitelendiren günümüzün kimi düşünürleri, postmodern kavramını açıklamaya çalışırken postmodernin modern olandan farkını belirleme çabaları içinde modernliği belli bir akıl anlayışına, bu akıl anlayışını da Kant'ın bu makalesindeki ana kavramlarından biri olan ve aydınlanmacı akıl anlayışı olarak nitelendirdikleri akıl anlayışına indirgeyerek eleştirdikleri görülmektedir.[1]

Günümüzdeki eleştiriler içinde makaleye yönelik en sert eleştiriler Kant'ın makalesinde aydın bir toplum için onsuz olamayacak koşul olarak gördüğü "itaat" kavramına yöneliktir. Bu düşünürlere göre, 20. yüzyıldaki pekçok olumsuzluğa ama özellikle de 2. Dünya Savaşı sıralarında toplama kamplarına ve milyonlarca insanın ölümüyle sonuçlanan olaylara böylesi bir itaat anlayışı yol açmıştır.[2]

1 Sanırım bu noktada bir örnek vermek gerekirse ilk akla gelen isimlerden biri olan Zygmunt Bauman örnek olarak verilebilir.

2 Bu noktada sözkonusu olan filozoflar Frankfurt Okulu filozofları olan Adorno ve Horkheimer'dır. Özellikle okulun Aydınlanmanın Diyalektiği çerçevesindeki görüşleri bu noktada temel oluşturur.

İşte tam da bu noktada, yapacağım bu sunum ile Kant'ın özellikle "itaat" kavramına yönelik bu eleştirilerin son derece haksız eleştiriler olduğunu, Kant'ın sözünü ettiği itaatin bırakın bu türden olumsuz sonuçlar yaratmasını, aksine dünyanın daha yaşanır bir dünya haline gelmesinde elimizdeki tek araç olan hukukun temelini oluşturduğunu göstermeye çalışacağım. Bununla birlikte, Kant'ın bu makalesinde olması gereken bir hukuk için onsuz olunamayacak koşulları belirlemede itaat kavramına yönelik getirdiği yaklaşımın dışında yine makaledeki başka kimi düşünceleriyle de bu konuda pek çok ipucu verdiğini ileri süreceğim. Şimdi hepinizin çok iyi bildiğini düşündüğüm Kant'ın bu makalesindeki önemli kimi düşüncelerini yeniden hatırlatarak özetlemek istiyorum.

***

Kant'ın '*Aydınlanma Nedir?' Sorusuna Yanıt* başlıklı yazısı dönemin Berlin'de yayımlanan aylık bir derginin Kant dahil birçok düşünüre cevaplandırılmak üzere yöneltmiş olduğu soru olan "size göre içinde yaşadığımız çağ çoğu kişinin de dile getirdiği gibi bir aydınlanma çağı mıdır?" sorusuna verdiği cevaptır. Bu soruya cevap vermek üzere Kant yazısının hemen başında aydınlanmayı şöyle tanımlar:

"Aydınlanma, insanın kendi suçu ile düşmüş olduğu bir ergin olmama durumundan kurtulmasıdır. Bu ergin olmayış durumu ise, insanın kendi aklını bir başkasının kılavuzluğuna başvurmaksızın kullanamayışıdır. İşte bu ergin olmayışa insan kendi suçu ile düşmüştür; bunun nedenini de aklın kendisinde değil, fakat aklını başkasının kılavuzluğu ve yardımı olmaksızın kullanmak kararlılığını ve yürekliliğini gösteremeyen insanda aramalıdır Sapare Aude! Aklını kendin kullanmak cesaretini göster! Sözü şimdi Aydınlanmanın parolası olmaktadır." (Kant 1984: 213)

Aydınlanmayı bu şekilde tanımlayan Kant'a göre "Oysa aydınlanma için özgürlükten başka bir şey gerekmez ve bunun için gerekli olan özgürlük de özgürlüklerin en zararsız olanıdır: Aklı her yönüyle ve her bakımdan çekinmeden kitlenin önünde apaçık olarak kullanmak özgürlüğü" (Kant, 1984: 215)

Böylece bu söylenenlerden hareketle denilebilir ki, Kant aydınlanmadan en yalın anlamıyla aklın özgürleşmesi sürecini anlar. İkinci olarak Kant, aklın doğası gereği özgürleşme yönünde eğilim gösteren bir yapı olduğunu söylemek ister. Çünkü yazının hemen başında, Kant'ın da dile getirdiği gibi, kişi olarak insanın ergin olmama durumunda olması hiç de aklın suçu değildir. Bu, aklın doğası gereği özgürlüğü kendinde bulunduran bir yapı olduğunun başka bir şekilde dile getirilmesidir. Buradan çıkarılan sonuç Kant'ın genel felsefesiyle de paralellik göstermektedir. Bu felsefeye göre akıl saf bir yapı olarak ideler üreten bir yapıdır. Bu idelerden biri de özgürlük idesidir (Kant 19). Bu nedenle Kant'ın burada sözünü ettiği özgürlüğün, felsefesindeki ide olarak özgürlük anlayışına denk geldiğini hesaba katmak gerekir.

Makaleye daha sonra Kant şöyle devam eder: "Ne var ki her yandan «düşünmeyin! aklınızı kullanmayın!» diye bağırıldığını işitiyorum. Subay, «Düşünme, eğitimini yap!», maliyeci «düşünme, vergini öde!», din adamı «düşünme, inan!» diyorlar... Her

yerde özgürlüğün sınırlanışı var**"** (Kant, 1984: 215). Ortaya çıkan bu aykırılık karşısında Kant şu soruyu sorma gereği duyar: ''Peki hangi türde bir sınırlama aydınlanmaya karşıdır, hangisi değildir, ve hangi biçimde bir sınırlama tersine özgürlüğe yararlıdır?'' **(**Kant, 1984: 215**)** Ardından cevap verir**:** kendi aklının kitle önünde, kamuoyu önünde ve hizmetinde serbestçe ve açık bir biçimde kullanılması her zaman özgürce olmalıdır; ve yalnızca bu tutum insanlara ışık ve aydınlanma getirebilir; buna karşılık aklın özel olarak kullanılışı genellikle çok dikkatlice ve dar bir alanda kalacak bir biçimde sınırlandırılabilmiştir ve bu da aydınlanma için bir engel sayılmaz. **(**Kant 1984: 215-216). Kant'ın burada yapmış olduğu aklın kamusal ve özel kullanımı ayrımı bir yandan felsefesindeki ikili anlamdaki özgürlük anlayışına (ide olarak özgürlük ya da negatif anlamdaki özgürlük ile isteme özgürlüğü ya da pozitif anlamdaki özgürlük) diğer yandan da insan varlığının ikili yanına ilişkin ayrıma denk gelir (Kant, 1898: 65.) Kant'a göre "kamunun çıkarlarını etkileyen bazı işlerde, yapay bir ortak anlaşma gereğince ve hükümet tarafından kamu amaçlarına uygun biçimde ve hiç değilse onu ortadan kaldırmayacak şekilde, kanunun bazı üyelerince kullanılabilecek bazı belirli işlemlere, belirli mekanizmalara gereksinme duyulur. Bu gibi durumlarda aklı kullanma tartışmasına kuşkusuz izin verilmez, itaat etme kesin emirdir. Fakat kendisini makinenin bir parçası sayan herhangi bir insan, yine kendisini bir topluluğun üyesi, hatta, evrensel uygar bir toplumun üyesi olarak tanıtması durumunda, örneğin bir bilgin sıfatıyla, kendi düşünme yetisine dayanarak yazılarıyla kamuya yönelir; her hal ve durumda aklını kullanır, zamanında edilgin olarak da olsa görev yaptığı durumları ve işleri de zarara uğratmadan yapar bunu (Kant, 1984:216). Başka bir ifadeyle, Kant'ta kişi bir ülkenin yurttaşı olarak aklın özel kullanımında kendisine düşen sorumlulukları belirlenmiş sınırlar içinde bir çeşit sınırlandırılmış özgürlük anlayışıyla yerine getirirken, diğer yandan bir dünya yurttaşı olarak bilgilerini, deneyimlerini, yani aklını sınırsız bir özgürlük anlayışı içinde türünün diğer üyelerinin kullanımına açmalıdır. Kant'ın burada dile getirmeye çalıştıkları makalede aktardığı II.Fredrich'in şu sözleriyle de özetlenebilir: "istediğiniz kadar ve istediğiniz şeyi düşünün, ama itaat edin!"

Bütün bunların ardından Kant, aydın bir bilginin, aydın bir subayın, aydın bir yurttaşın ve son olarak da aydın bir din adamının nasıl olması gerektiğine ilişkin örnekler verir. Ona göre örneğin aydın bir subay üstlerinden aldığı emri aklını kullanma tartışmasına girmeksizin yerine getirmelidir. Ama bununla birlikte emri yerine getirdikten sonra hiç kimse onun düşüncelerini açıklamasına engel olamaz. Öte yandan bir yurttaş vergilerini verirken diğer yandan vergilerin adaletsizliği üzerine aklını kamusal alanda kullanmaktan çekinmemelidir. Yine bunun gibi bir din adamı cematine dinsel ibadetlerini uygulamada belirlenmiş kurallar çerçevesinde önderlik ederken hiç de vicdanını rahatsız etmeyecek bir şekilde aklını halkın karşısında yaptığı iş hakkında kullanma özgürlüğüne sahip olmalıdır (Kant 1984: 217).

Kant açısından aydınlanmış bir toplum için bireylerin herbirinin aydınlanmış

olması yetmez, yöneticinin de aydın bir yönetici olması gereklidir. Hatta toplumda yönetici dışındaki bütün bireyler aydınlanmış olsa bile yönetici aydın olmadıkça toplum aydınlanamaz. Ama bir toplumda yönetici aydın ise toplumdaki diğer yurttaşlar aydın olmasa da o toplumun aydın bir toplum haline gelmesi çok daha olasıdır. Peki o zaman Kant'a göre aydın bir yönetici kimdir ve onun sorumluluk gerektiren görevleri nelerdir? Ona göre "bir ulusun kendi kendisine bile yükleyemeyeceği herhengi bir şeyi, hükümdarı ya da yöneticisi ona haydi haydi yükleyemez; yasa koyma yetkisi olan hükümdara bu yetki yalnızca hükümdarın, ulusun iradesini kendi iradesinde toplamış olması nedeniyle verilmiştir. Yani halkın ortak iradesini hükümdarın kendisinde toplamış olmasından ötürüdür bu" (Kant 1984: 218). Bu noktada, Kant aydın bir yöneticinin sahip olması gereken birbirini tamamlayan iki görevini şöyle dile getirir:

"Hükümdar, sivil toplum düzeniyle uyuşan bütün gerçek ve hayali iyileştirmeleri ve düzenlemeleri kendi işi olmadığı halde halkının ruhunun kurtuluşu için, ulusunun gerekenleri yapması amacıyla, halkını kendi kendisinin önderi olmaya çağırır ve bu yolu açmaya çalışır; fakat onun asıl görevi ve kendisinden sorumluluk isteyen işi, elerinden geldiğince kendi kurtuluş yollarını belirleyip bunları harekete geçirmek ve geliştirmek için en iyisini yapanlara güç kullanarak engel olanları durdurmaktır" (Kant 1984: 218).

Kant'a göre aydın bir yönetici, öncelikle yurttaşlarına tıpkı Kant'ın yaşadığı Prusya İmparatoru II. Fredrich gibi bir çağrı yaparak onlara "istediğiniz kadar ve istediğiniz şeyi düşünün, ama itaat edin!" demeli ama bu çağrının halkında karşılık bulması için de onlarla ilişkilerinde her birine eşit bir şekilde davranacak bir yaşam tarzına sahip olmalıdır. Başka bir anlamda yönetici, aklın kamusal kullanımında halkına bu çağrıyı yaptıktan sonra aklın özel kullanımı bağlamında herkese eşit uzaklıkta kalmasını öngören yaşam tarzının gereği olan kurallara itaat edecek şekilde yaşamak zorunda olmalıdır. *Çünkü yönetici böyle bir yaşam tarzına* uygun yaşamadığında, yani yurttaşlardan kimilerine daha yakın kimilerine ise daha uzak durursa bu durumda yöneticinin kendisine daha yakın davrandığı kişiler hakkında hiç kimse düşüncelerini açıkça söyleme cesaretine sahip olmayacak ve onun yaptığı çağrıya kulak vermeyecektir. *Özellikle de* Kant'a göre, *yönetici din* konuları hakkındaki düşüncelerini açıklamak konusunda son derece dikkatli davranmalıdır. Çünkü bu durumda her söylediği şeyle belli bir yurttaş grubuna daha yakın olduğu izlenimi verecek ve bu da onun itibarının zedelenmesine yol açacaktır (Kant 1996: 16). Bu noktada Kant'ın, felsefesinde Tanrı'ya yüklemiş olduğu özellikleri aydın bir yöneticiye yüklemekte olduğu görülmektedir. Şöyle ki: Kant'ın felsefesinin bütününde Tanrı, aklın ama en sıradan aklın bile ürettiği bir ide olarak her aklın varlık yapısında olan bir özelliğe sahiptir. Başka bir ifadeye, Tanrı her akıl sahibi varlığa eşit uzaklıktadır.

Bütün bunlara sonuç olarak Kant, kendisine sorulmuş olan aydınlanmış bir çağda mı yaşıyoruz sorusuna şu şekilde cevap verir: "Hayır, aydınlanmış bir çağda değil,

fakat aydınlanmaya giden bir dönemde' bir aydınlanma döneminde yaşıyoruz. Şimdi ki zamanlarda olduğu gibi, insanlığın bir bütün olarak, başkasının rehberliği olmaksızın, dinsel konularda kendi aklını iyi bir biçimde ve güvenilir bir şekilde kullanması durumunda olması ya da bu duruma getirilebilmesi için kat edilecek daha çok yolumuz var. Fakat bu yönde özgürce çalışmak için şimdi onların yolunun temizlenip aydınlatıldığına ilişkin farklı göstergelere sahibiz; böylece evrensel aydınlanmaya giden yoldaki engeller, insanın kendi suçu ile düşmüş bulunduğu bu ergin olmayış durumundan kurtuluşu ile ilgili güçlükler yavaş yavaş da olsa giderek azalmaktadır. İşte bu bakımdan çağımız bir aydınlanma çağıdır ya da Friedrich'in yüzyılıdır" (Kant 1984: 219).

***

Popper, *Daha İyi Bir Dünya Arayışı* başlıklı makalesinde bütün canlı organizmalar gibi insanın da bütün yaşamı boyunca içinde bulunduğu yaşam koşullarını daha yaşanır hale getirme arayışı içinde olduğunu söyler (Popper, 2000:7). Ona göre, bu arayış hiçbir zaman kesintiye uğramaz ve son bulmaz. Bu nedenle bütün canlı organizmalar sürekli aktiftirler. Şimdi Popper'ın bu düşüncesi ışığında insanlık tarihine bakıldığında, insanın tarihinin, bir açıdan, içinde bulunduğu koşulları daha yaşanır hale getirmek için belli bir düzen kurma arayışı olarak da görülebilir. Düzeni belli kurallar aracılığıyla sağlamak bu arayışta üzerinde en çok durulan nokta olmuştur. Bu nedenle, yazılı kurallar bütünü olarak hukuk, geçmişte olduğu gibi bugün de daha iyi bir dünya arayışında insanlığın önündeki tek mekanizma olarak duruyor. Gelecekte bunun değişebileceğine ilişkin en küçük bir belirti bile gözükmemektedir. Düzenin aracı olarak hukukun gerekliliği üzerinde bütün insanlık hemfikirken, bu alanda nasıl bir hukukun düzeni daha iyi koşullarda sağlayacağı konusunda ve bunun gibi daha pek çok sorun üzerinde hiç de hemfikir olunamadığı görülmektedir. Bunun büyük ölçüde nedeni, sürekli bir değişim halinde olan yaşamın belli bir anına bakılarak oluşturulmuş olan biçimsel yapıdaki hukuk normunun, sürekli değişmesi nedeniyle içerikli bir yapı olan yaşamda ortaya çıkan yeni duruma göre değiştirilmesi zorunluluğudur. Bu anlamda hukuk, en temelde dile getirilen bu sorun ve buna eklemlenmiş daha pek çok sorundan oluşan bir varlık alanıdır. Bu alanda geçmişte pek çok çözüm önerisi ortaya konduğu gibi bugün ve şüphesiz gelecekte de bu öneriler ortaya konulacaktır. Bu açıdan Kant'ın makalesine bakıldığında, makalenin bir hukuk sisteminin varlığı için onsuz olamayacağı koşullar neler olmalıdır sorusuna verilecek kimi çözüm önerileri için ipuçu niteliğinde düşünceler barındırdığı söylenebilir. Buradan çıkarılacak sonuçlar kanımca üç başlık altında ele alınabilir:

İlk olarak, günümüzün insanlarının hukuk denildiğinde anladıkları şeyin en altta mahkemelerin çıkardığı normlardan onun üstünde kanunlar ve en üstte de anayasaya kadar uzanan bir normlar hiyerarşisi olduğu söylenebilir. Bu gün ülkelerin hukuk sistemlerinde olduğu gibi uluslararası hukukun da bu mantıkla oluşturulduğu görülüyor. Bir açıdan bakıldığında bir piramidi andıran ve Kelsenci bir hukuk anlayışına

göre şekillendirilen bu normlar sistematiğine göre, her norm geçerliliğini bir üstteki normdan alır. Böyle bir mantığa göre, anayasa kendini en somut görünümüyle mahkemelerin çıkardığı normlarda somutlaştırır. Şimdi bu açıdan bakıldığında şöyle ciddi bir sorun ortaya çıkıyor. Normlar hiyerarşisinde bütün normaların geçerliliğinin kendisine dayandığı en üstteki temel normun içeriği nasıl olacak? Sanırım bu konuda sorunun çözümü için Kant'ın ele aldığımız makalesinde bir ipucu bulabiliyoruz. Şöyle ki: Kant aydınlanma için gerekli en temel koşul olarak aklın kamu önünde özgürce kullanımını, bugünkü şekliyle dile getirirsek ifade özgürlüğünü gördüğü yukarıdaki alıntılarda aktarılmıştı. Bu açıdan bakıldığında, Kant'ın bu ölçüsünün bütün hukuk sistemlerinin dayanması gereken temel normun içeriğini oluşturması gerektiği ileri sürülebilir. Bu görüşe göre, hukuk sisteminde kendisine yer bulan bütün normlar bu temel normun içeriği ile çelişmeyecek bir ilkeye, yani kişilerin ifade özgürlüğünü koruma ilkesine yönelik olarak şekillendirilmelidir.

İkinci olarak, bütün hukuk sistemlerinin temel amacının insanların içinde yaşadığı somut gerçekliğe yönelik düzenlemeler yapmak olduğu dikkate alındığında, bu noktada başka sorunlar kendini göstermektedir. Her ne kadar temel normun içeriğinin ifade özgürlüğünü koruyacak tarzda belirlenerek biçimlendirilmiş bir normlar sistemine sahip olunsa da, değişen toplumsal yaşam koşullarına göre hukukun yapısındaki temel değişmezleri koruyarak normları yeni duruma göre güncellerken, bu güncellemede bakışlarımızı nereye odaklamamız gerektiği konusunda önemli bir sorunla karşı karşıya kalınır. Bu noktada Kant'ın makalesinde aydınlanma için temele aldığı ikinci ilke olan "itaat" ilkesi iş görebilir. Ama bu, buradaki Kantçı anlamdaki itaatin ancak doğru anlaşılması koşuluyla mümkündür. "İtaat" Kant'ta kişilerin ancak özgür istemeleriyle içine girdikleri ve çıkabildikleri bir durumda söz konusudur. Makalede Kant'ın, aydın bir din adamından söz ettiği noktada, onun yaptığı işin görev ve sorumlulukları içinde uyması gereken kurallara itaat etmesi gerekirken bir süre sonra kendi işi çerçevesindeki hatalı kurallara ilişkin düşüncelerini onların değiştirilmesi gerekliliği yönünde açıkça ifade etmekten çekinmemekle birlikte bir düzelme olacağına yönelik inancını yitirmişse kendi rızasıyla görevinden ayrılabileceğini ileri sürmesi (Kant 1984: 217) onun itaat anlayışının en önemli özelliğini göstermektedir.

Kantçı anlamda doğru anlaşılmış bir itaat önceden belirlenmiş kurallara uyma yönünde bir itaattir. Kişiler makinenin bir parçası olarak bulundukları işin görev ve sorumluluklarına itaatle yükümlüdür. Bu noktada hiçbir taviz verilmemesi zorunludur. Kişiler bu kuralara itaat ederken, kuralların uygulanmasının bizzat merkezinde yer alırken artık hangi kuralların o iş çerçevesinde işlerliğini kaybettiği ve nasıl değiştirilmesi gerektiği konusunda en doğru düşüncelere sahip olduğundan düşüncelerini açıklaması gerekir. Kant'a göre toplumun yapısında ancak bu yolla kalıcı bir düzelme yapılabilir. İşte tam bu noktada norm koyucunun normu değiştirmesi ve bu değişikliğin ne yönde yapılması gerek-

tiği konusunda nereye bakılacağı açıklığa kavuşmuş oluyor. Bu da, normlara itaati bir yaşam tarzı haline getirmiş kişinin ifade özgürlüğü çerçevesinde ortaya koyduğu düşüncelerinden başka bir şey değildir. Bu, bir anlamda *Yasalar*'da Platon'un da ileri sürdüğü bir düşüncedir. Ona göre en çok ona uyan kişi yasaları da yapan kişi olmalıdır (Platon 1961: 715c, 762e). Yine Platon'un *Kriton* diyalogunda Sokrates'in Atina yasalarına bağlılığından kaynaklanan itaati böylesi bir itaate örnek olarak gösterilebilir.

Makaleden olması gereken hukuk ile ilişkilendirilebilecek üçüncü ve son düşünce, sanırım, Kant'ın makalede aydın bir yöneticinin asıl görevi olarak nitelendirdiği göreviyle ilgili olarak ortaya koyduğu düşüncelerden çıkarılabilir. Bu düşünceye göre, aydın bir yöneticinin asıl sorumluluk gerektiren görevi, yurttaşlarını akıllarını kamu önünde açık bir şekilde kullanmak için yaptığı çağrının ardından, bu özgürlüklerini kullanan yurttaşlarına karşı yapılacak dışarıdan ve içeriden her türlü zor yoluyla engelleme girişimlerini ortadan kaldırmaktır. Ama Kant'a göre, işlerin bu noktaya kadar gelmemesi için yöneticinin bütün yurttaşlarına karşı eşit mesafede durması gerekir. Çünkü ancak bu yoldan yapılacak bir eylem tarzı itaat etmeyen kötü niyetli yurttaşlar için caydırıcı olabilir. Başka bir ifadeyle, yönetici sahip olduğu pozisyonla, duruşuyla bu tip kişiler karşısında bir caydırıcılığa sahip olmadığında yönetici konumunu koruması imkansız hale gelir. Buradan hareketle de denebilir ki, hukuksal bir düzenin varlığından söz etmenin tek koşulu hukukun caydırıcılığa sahip olmasıdır. Bir anlamda caydırıcılık hukukun özüdür. Caydırıcı olmayan bir hukuk, hukuksuz bir ortamdan bile daha zararlı ve tehlikeli olabilir. Çünkü caydırıcı olmayan bir hukuk, her zaman için hukuk önünde eşit olması söz konusu olan yurttaşlar arasında eşitliği bozacak ve böylece de bozulmuş olan eşitlikle daha önemlisi hukuka olan inanç sarsılacaktır. Hukuka inancın yitirildiği bir ortamda da istenildiği kadar yetkin hukuk normları yapılsın, hiçbir zaman insanlar için yaşanılır bir ortam sağlanamayacaktır.

KAYNAKLAR

- IMMANUEL, Kant (1984) Seçilmiş Yazılar, (Çev: Nejat Bozkurt) Remzi Kitabevi, İstanbul.
- IMMANUEL, Kant (1992) Critique of Pure Reason, translated by Norman Kemp Smith, The Macmillan Press LTD, London.
- IMMANUEL, Kant (1898) Kant's Critique of Practical Reason and Other Works on The Theory of Ethics, Translated by Thomas Kingsmill Abbott, Longmans, Green, and Co, London, New York and Bombay.
- KARL R. Popper (2000) In Search of a better World (Lectures and essays from thirty years) Translated by Laura J. Bennett, With additional material by Melitta Mew. Translation revised by Karl Popper and Melitta Mew. British Library Cataloguing in Publication Data, West Yorkshire.
- Plato (1961) Laws, By R.G.Bury, Litt. D. Harvard University Press, London.

Jeremy Bentham'ın İdam Cezasına Yaklaşımı

Elif Çağla YILDIZ*

Tarih boyunca pek çok sivil veya dini otorite idam cezasını uygulamıştır. Bentham, Cesare Beccaria ile birlikte Avrupa Aydınlanmacılığı boyunca idam cezasının kaldırılmasını savunan düşünürlerin başını çekmiştir. Bentham idam cezası hususunda oldukça kötü bir şöhrete sahip olan ülkesinde parlamento üyesi dostu Sir Samuel Romilly aracılığıyla idam cezasının kaldırılması hususunda kanun teklifleri yoluyla da gayret göstermiştir.[1] İngiltere'de on dokuzuncu yüzyıl öncesinde bütün önemli ve bazı önemsiz suçların cezasının idam olduğu görülmektedir. Üçüncü Henry döneminde bilinen on bir suç niteliğinde eylemin hepsinin cezasının idam olması bu durumun önemli bir örneğini teşkil etmektedir.[2] On dokuzuncu yüzyılda da hafif suçlar için öngörülen ağır cezalar nedeniyle eleştirilen İngiltere'de yüz altmışın üzerinde suç idam cezasıyla cezalandırılmaktaydı. On dokuzuncu yüzyılda idamla cezalandırılan hafif suçlara örnek olarak hırsızlık, avlanma gibi suçlar gösterilmektedir. Yoksulların besin elde edememeleri sebebiyle avlanmak ve çalmak durumunda kalmalarıyla artan suçlar idam cezasıyla cezalandırılmış olup bu durum İngiltere'de idama mahkûmiyet sayısını hayli artırmıştır. 1803 ve 1810 yılları arasında 1872 kişi yiyecek hırsızlığı ve muhtelif mala karşı suçlardan dolayı idama mahkûm edilmiştir.[3]

Faydacı düşüncesi gereği cezanın caydırıcılık amacı üzerinde duran Bentham, sürekli olarak, caydırıcılıkta etkisiz olduğunu düşündüğü ve İngiltere'de oldukça yaygın olan idam cezasını eleştirmiştir. En ağır suçlar için idam cezasının uygulanmaya devam etmesini gerekli gören Paley gibi diğer faydacı düşünürleri eleştirdiği görülen Bentham'a göre daha hafif bir ceza, kesinliğiyle, aşırı bir cezadan daha fazla etkili olacaktır. İdam cezası caydırıcılıkta etkisiz olduğu için uygulanmaması gereken bir cezadır.[4] Bentham'ın idam cezasının kaldırılması amacıyla Romilly ile birlikte verdiği yasal mücadelenin bir ölçüde amacına ulaştığını söylemek mümkündür. 1808 ve 1816 yılları arasında parlamentoya idam cezasının kaldırılması için yoğun bir şekilde teklifte bulunan Romilly'nin teklifleri sonucunda bir kimseden değeri beş şilin veya beş şilinin altında olan bir şey çalma

* Ar. Gör. Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 H. Dezhbakhsh, P. H. Rubin, J. M. Shepherd, "Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data", American Law and Economics Review, Vol. 5, No. 2, 2003, s. 347.

2 R. A. Posner, "An Economic Theory of the Criminal Law", Columbia Law Review, Vol. 85, No. 6, 1985, s. 1212.; J. Stephen, A History of the Criminal Law of England, 1883, s. 219

3 H. G. Lundin, "The Influence of Jeremy Bentham on English Democratic Development", University of Iowa Studies, Studies on the Social Science, Vol. 7, No. 3, 1920, s. 57-58.

4 A. J. Draper, "Cesare Beccaria's Influence on English Discussions of Punishment, 1764–1789", History of European Ideas, Vol. 26, 2000, s. 196; Lundin, 1920, s. 58.

eylemi için idam cezası kaldırılmıştır. Ancak Romilly'nin aynı değerdeki mağaza hırsızlığı için idam cezasının kaldırılması yönündeki teklifinin, parlamento üyeleri tarafından, idam cezasını hafifletmenin suç sayısını arttıracağı düşüncesiyle reddedildiği belirtilmektedir.[5] Yapılan reformlarda Bentham'ın fayda prensibine dayanan düşüncesi temel alınmamış olsa da, onun arzu ettiğine yakın sonuçlar elde edilmiş olup 1868 yılında halk huzurunda idamın kaldırılmasıyla Bentham'ın çabaları erişebileceği en yüksek noktaya erişmiştir.

Bentham'ın idam cezasına dair görüşleri iki eserinde karşımıza çıkmaktadır. Bunlardan biri, *To His Fellow Citizens of France* (Fransa'nın Kardeş Yurttaşlarına) başlıklı kısa denemesidir. Bir diğeri ise Bentham'ın dostu ve eserlerinin Fransızca çevirmeni Etienne Dumont'un Bentham'ın ceza teorisi üzerine el yazmalarından Fransızca olarak derlediği ve sonradan *Rationale of Punishment* adıyla İngilizce'ye çevrilmiş olan eserdir. Ancak *Rationale of Punishment*'ın ihtiyatla yaklaşılması gereken bir eser olduğunu söylemek mümkündür. Bunun bir nedeni Dumont'un eseri Bentham'ın ceza konulu el yazmalarından 1775 yılında derlediğini ifade etmesidir. Fakat Hart'a göre, Bentham 1777 yılında halen ceza konulu el yazmalarına devam etmekteydi. Eseri şüpheli kılan başka bir husus ise Dumont'un Bentham'ın metinlerini ileri derecede tahrif ettiği yönündeki iddialardır. Dumont da, editörlük haklarına dayanarak metinleri kısalttığını, yorumladığını ve gereken yerlerde eklemeler yaptığını bizzat belirtmiştir. Eserin güvenilirliğini sarsan en önemli sebepse Bentham'ın bir yazışmasında eserin kendisine ait olmadığını belirtmiş olmasıdır.[6]

Bu sebeple Bentham'ın idam cezası yaklaşımını ortaya koymada *Rationale of Punishment*'tan ziyade *To His Fellow Citizens of France* başlıklı bildirisinin esas alınması daha yerinde olacaktır. Bentham 1831 yılında yayınladığı söz konusu bildirisinde idam cezasının tekrar eden suçlar da dahil olmak üzere hiçbir suça uygulanmaması gerektiğini belirtmiştir. Ona göre idam cezası istisnasız olarak kaldırılmalıdır. Bentham aynı bildiride idam cezası karşıtlığını dört sebebe dayandırmıştır. Bunlar idam cezasının etkisiz olması, affedilemez (telafi edilemez) olması, başka suçlar üretme eğilimi ve haksız affının potansiyel suçluları cesaretlendirmesi yoluyla suçları artırmasıdır.[7]

İdam cezasının etkisiz olmasını Bentham iki sebebe dayandırmaktadır. Etkisizlik, hukuk uygulayıcılarından veya suçludan kaynaklanabilmektedir. Hukuk uygulayıcılarından kaynaklanan etkisizlik, en hafif suçlar için bile öngörülmüş olan bu cezayı jüri üyelerinin ve hakimlerin uygulamadaki gönülsüzlüğünün sonucudur. Böylelikle failler beraat ettirilmekte ve hiç

5 Lundin, 1920, s. 57.

6 H. A. Bedau, "Bentham's Utilitarian Critique of Death Penalty", Journal of Criminal Law and Criminology, Vol. 74, No. 3, 1983, s. 1033-1034; H. Bedau, "Bentham's Theory of Punishment: Origin and Content", UCL Bentham Project: Journal of Bentham Studies, Vol. 7, 2004, s. 56.

7 J. Bentham, To His Fellow Citizens of France on Death Punishment, London, s. 2-3.

uygulanmayan bir idam cezası, yerine uygulanabilecek en hafif cezadan bile daha etkisiz hale gelmektedir. Suçludan kaynaklanan etkisizlikse, durumu gereği idam cezasına kayıtsız olan, denizciler, askerler, sağlıksız koşullarda çalışan kimselerden kaynaklanmaktadır. Bentham'a göre bu kişiler ölüme karşı kayıtsızdırlar ve dolayısıyla idam cezası onlar üzerinde etkisizdir.[8]

İdam cezasının affedilebilir veya telafi edilebilir nitelikte olmayışı Bentham'ın idam cezasına karşı oluşunun başka bir nedenidir. İdam cezası infazı zamana yayılmamış olan, infaz edilmekle tamamlanan anlık bir ceza olarak sürekli bir cezadan ayrılmaktadır. İdam cezasının bir kısmı uygulandıktan sonra kalanından vazgeçmek gibi bir durum söz konusu olmayacaktır. Bu sebeple kişinin suçsuz olduğu anlaşıldığında veya suçlunun affı gerektiğinde idam cezası telafisi imkânsız sonuçlar doğurmuş olacaktır. Üstelik idam cezası, kamçı ve para cezası gibi diğer anlık cezalardan farklı olarak suçsuz olduğu ortaya çıkan mahkûma bir tazminde bulunulması gibi bir imkanı da ortadan kaldırmaktadır.[9]

İdam cezasının başka suçlar üretme eğilimi Bentham'ın eleştirdiği başka bir özelliktir. Yanlış kanıtlara dayanarak idam edilen suçsuz bir kişiyle birlikte, onun açılacak bağlantılı davalarda getirebileceği doğru kanıtlar da yok edilmiş olacak ve gerçek suçlular suçlarına suç eklemek üzere topluma karışacaklardır.[10]

Bentham'ın idam cezasına getirdiği son eleştiri, monarkın af yetkisini keyfi ve sınırsız kullanmasıyla affedilebilen idam cezasının suçluları cesaretlendirerek suçları artırma türünden bir etki yaratmasıdır. Bentham'a göre kendisine hayatı bağışlama yetkisi verilmiş olan ve gökyüzündeki Tanrı'nın bir yansıması ve vekili olarak görülen monarkın merhameti sınırsızca kullanması sonucu, potansiyel suçlular suçların nasılsa monark tarafından affedileceğini düşünerek suça teşvik edileceklerdir. Artan suç sayısı topluma büyük zarar verecektir.[11]

Bentham, aynı bildirisinde idam cezasının yaygınlığının cezanın haklılığını ortaya koymadığı üzerinde de durmaktadır. İdam cezası bütün devletlerde, en erken dönemlerden beri örfi olarak uygulanmıştır. İlkel bir önyargıdan ileri gelmiştir ve gelenekten doğan önyargı idamı desteklemiştir. İdam cezasının geleneksel şekilde kabul edilmesi ve desteklenmesi belli sebeplerden ileri gelmiştir. Bahsedilen sebepler cezanın uygulanacağı suçun toplumda yarattığı güçlü antipati, fayda prensibinin keşfedilmediği dönemlerde geçerli sayılan temelsiz antipatiler, kişisel çıkar, intikam isteği, hapsetme disiplinin yokluğu ve hapishane hücrelerinin eksikliğidir.[12] Ancak fayda prensibinin keşfedilmiş olduğu bir dönemde, Bentham'a göre idam cezasının gereksiz ve faydasız bir uygulama olduğu kabul edilmelidir. Bentham, en büyük sayıda insanın en büyük mutluluğuna katkıda

8 Bentham, 1831, s. 4-5.
9 Bentham, 1831, s. 6.
10 Bentham, 1831, s. 7.
11 Bentham, 1831, s. 8-10.
12 Bentham, 1831, s. 3-11.

bulunmayan ve hatta bu mutluluğu belirtilen sebeplerle azaltan idam cezasının etkisizliği ve gereksizliğini tarihsel bir veriye dayanarak desteklemeye çalışmıştır. Verdiği örneğe göre, Toskana'da idam cezasının kaldırıldığı ara dönemde, diğer Roma devletlerine oranla suçlarda büyük bir düşüş meydana geldiği görülmüştür. Birkaç yıl boyunca suikast sayısı Toskana'da altıyı geçmemişken diğer Roma devletlerinde birkaç ayda altmıştan fazla suikast gerçekleşmiştir.[13]

Bentham'ın idam cezası karşıtı argümanlarının kimi noktalarda eleştirildiği görülmektedir. Bu eleştiriler arasında dikkat çekenlerden biri de Hugo Bedau'ya aittir. Bedau, suç oranı ve en büyük mutluluk arasında empirik bir bağın olmayışı eleştirisinde bulunmuştur. Tüm diğer etkenler sabit olduğunda, daha az suç oranı daha büyük mutluluğu yaratacaktır. Ancak diğer faktörler asla aynı kalmayacağından, Bentham, haddinden fazla bir basitleştirme ve genelleme ortaya koymuştur. Öte yandan, Toskana ve Roma devletleri hakkındaki örneği dışında, Bentham'ın önermelerini empirik verilerle desteklememesi de yaklaşımına getirilen eleştirilerden olmuştur.[14]

13 Bentham, 1831, s. 12.

14 Bedau, 1983, s. 1063-1064.

Kaynakça

- Bedau, H. A., 1983, "Bentham's Utilitarian Critique of Death Penalty", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 74, No. 3, s. 1033-1065.
- Bedau, H., 2004, ''Bentham's Theory of Punishment: Origin and Content'', *UCL Bentham Project: Journal of Bentham Studies*, Vol. 7, s. 1-15.
- Bentham, J., (1831), *To His Fellow Citizens of France on Death Punishment*, London, Yayıncı: Robert Heward.
- Dezhbakhsh , H., Rubin, P. H., Shepherd, J. M., 2003, "Does Capital Punishment Have a Deterrent Effect? New Evidence from Postmoratorium Panel Data", *American Law and Economics Review*, Vol. 5, No. 2, s. 344-376.
- Draper, A. J., 2000, "Cesare Beccaria's Influence on English Discussions of Punishment, 1764–1789", *History of European Ideas*, Vol. 26, s. 177-199.
- Lundin, H.G., 1920, "The Influence of Jeremy Bentham on English Democratic Development", *University of Iowa Studies, Studies on the Social Science*, Vol. 7, No. 3, s. 7-84.
- Posner, R. A., 1985, "An Economic Theory of the Criminal Law", *Columbia Law Review*, Vol. 85, No. 6, s. 1193-1231.
- Stephen, J. F., (1883), *A History of the Criminal Law of England,* Volume II, Macmillan and Co.

Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk*

Mehmet YÜKSEL**

Etik, ahlak ve hukuk sözcükleri, gündelik yaşam akışında gerek sözlü gerek yazılı olarak sıkça karşılaştığımız kelimeler arasında yer almaktadır. Söz konusu sözcükler birer bilimsel terim ve felsefi kavram olarak da başta felsefe, sosyoloji, hukuk olmak üzere birçok disiplinin tartışma ve inceleme konusunu oluşturmaktadır.

Bu çalışmamızda ahlak, felsefenin bir dalı olarak "Etik"in bir konusu olmaktan ziyade insanlar arası ilişkilere ve davranışlara yön veren bir beşeri davranış kuralları seti olarak inceleme konusu yapılacaktır. Etik kodlar ise, literatürde ve toplumsal yaşam sürecinde giderek daha fazla aşina olmaya başladığımız, "tıbbi etik", "yargı etiği", "biyo-etik", "bilişim etiği", "medya etiği", "siyasi etik", "insan hakları etiği", "bir arada yaşama etiği" örneklerinden de anlaşılacağı üzere; belli yaşam, meslek ve çalışma alanlarında insan ilişkilerini ve davranışlarını düzenlemek amacıyla bilinçli insan faaliyeti ve organizasyonu ile belirlenmiş nispeten sistematik bir bütünlük arz eden, soyut ve genel ahlaki ilkelerden ve standartlardan oluşturulmuş bütünleri ifade eder anlamda kullanılacaktır. Benzer şekilde, çalışmamızın başlığında yer alan "hukuk" sözcüğü, "pozitif hukuk bilimi" anlamında hukuktan değil, insanların birbirleriyle ve diğer toplumsal kurumlarla ve bütünlerle ilişkilerinde dikkate almak zorunda kaldıkları, maddi yaptırımları olan, gerektiğinde örgütlü güçler tarafından hayata geçirilen genel ve soyut kurallar bütününü içeren bir kavram olarak kullanılacaktır. Yine bu çalışmada "dinsel etik kodlar"dan söz edildiğinde; bundan esas olarak tek tanrılı örgütlü dini yapılar kastedilecek olup, kitabi yanı ağır basan sistematik bir inançlar, akideler, ayinler ve pratikler bütününe göndermede bulunulacaktır.

Etik, ahlak ve hukuk çerçevesinde şekillenen tartışmaların giderek yoğun bir nitelik kazanmasını; bugünün dinamik, değişken, karmaşık bir hal alan, önceden öngörülemeyen veya hesaplanamayan toplumsal ilişkilerinden ve yaşantılarından soyutlayarak anlamak mümkün gözükmemektedir. Karmaşıklaşan, çeşitlenen, bir yanıyla benzeşirken diğer yanıyla farklılaşan bir toplumsal yaşam dünyasında insanlar ve gruplar, ilişkilerine ve davranışlarına yön verecek, yaşam ilişkilerine nispeten de olsa bir uyum veya ahenk getirebilecek ahlaki ilkelere, rehberlere ve hukuki düzenlemelere ihtiyaç duymaktadırlar. Bu ihtiya-

* 4-7 Kasım 2014 tarihleri arasında İstanbul'da düzenlenen "Hukuka Felsefi ve Sosyolojik Bakışlar" isimli sempozyumda sunulan bildirinin genişleterek kaleme alınmış versiyonu Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nde (Temmuz 2015, Cilt 5, Sayı 1) 'hakemli makale' olarak yayınlanmıştır.

** Prof. Dr., Hacettepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

cın tıp, yargı, medya alanlarından önceden tam bir listesi verilemeyecek bilişim, iletişim, biyo-etik gibi alanlara kadar yoğun bir şekilde hissedildiğini söyleyebiliriz. Başka bir ifadeyle, hayatın birçok alanında ortaya çıkan çok ciddi değişmelerle birlikte 'Ne Yapmalı?', 'Nasıl Yapmalı?' ve benzeri sorular, en fazla yanıtı aranan sorular haline gelmiş bulunmaktadır. Bu süreçte yüz yüze gelinen sorunların aşılmasında, soyut ve genel ahlaki kural ve ilkelerden oluşturulacak "etik kodlar"ın ve hukuki kural ve esaslardan hareketle meydana getirilecek sistematik nitelikte soyut ve genel hukuki düzenlemelerin hayata geçirilmesinin bir çare olabileceği düşünülmektedir. Bu konudaki tartışmalar, kamu bürokrasisi nezdinde de kabul görerek hukuki düzenlemelerin konusu haline getirilebilmekte ve bu çerçevede bürokratik yapı içinde kamu etik kurulları ve komisyonları kurulmaktadır.

Bu çalışmada; esas olarak 'insan hayatını ve toplumsal yaşamı, sadece etik ve hukuki kodlar ile düzenlemek mümkün müdür?', 'böylesi kodlar insan ilişkilerine ve davranışlara yön verme bakımından ne kadar etkilidir?,' 'değişken ve dinamik bir karaktere sahip insan ilişkilerini ve davranışlarını yukarıdan dayatılan kodlar ile düzenlemek, bireysel sorumlulukları ve duyarlılıkları zayıflatmayacak mıdır?', 'insanlar arası ilişkiler ve etkileşimler bağlamında hayat bulacak ahlaki değerler ve normlar ile daha örgütlü toplumsal bütünler veya bürokratik hiyerarşik yapılar tarafından yapılan hukuki ve ahlaki kodlaştırmalar arasında bir gerilim doğmayacak mıdır?, 'hayatın belli bir alanını kodlaştırmaya çalışmak, aynı zamanda şeyleştirme, nesneleştirme ve yabancılaştırma anlamına gelmeyecek midir?', 'soyut düzenlemeler hayatın akışkan, değişken ve somut karakteri ile uyumlu bir bütünlük arz edebilecek midir?' gibi sorulara yanıt aramak üzere bir tartışma yürütülecektir.

Temel Felsefi Yaklaşımlar

Etik ve ahlak konusuna temel felsefi yaklaşımlar olarak Nikolay Berdyaev, Immanuel Kant ve Emmanuel Levinas'ın bu hususta düşünceleri ana hatlarıyla inceleme konusu yapılacaktır.

Nikolay Berdyaev'in Felsefesinde Ahlak ve Etik

Berdyaev, "İnsanın Yazgısı" isimli eserinde "etik" hakkında üçlü bir ayrım yaparak bunları "yasa etiği", "kurtuluş etiği" ve "yaratıcılık etiği" veya "özgürlük etiği" olarak sıralar.

Soyut, *a priori* nitelikteki etik sistemlerin fazlaca bir değere sahip olmadığını, etiğin asıl temelinin ahlaki tecrübe olduğunu vurgulayan Berdyaev, *a priori* etik ilkelerin esas olarak ahlaki tecrübenin reddine göndermede bulunduğunu ileri sürer. Berdyaev, etiğin sadece teorik felsefi bir disiplin olmadığını; aynı zamanda ahlaki bir aktivite olduğunu, insanın yaratıcı etkinliği ile yakından ilgili bir değerler teorisi olduğunu belirtir. Kendisinin tiranik veya normatif nitelik taşımayan bir etik sistem geliştirmek istediğini ifade eder ve şöyle devam eder:

Her normatif etik teorisi tiranlıktır. Benim bu kitabım insani hayatın, insani hayatın anlamının, amaç ve değerlerinin somut bir takdimini yapma girişimidir... Etik, hem

teorik hem de pratik olmalıdır; yani hayatın ahlaki reformasyonuna, değerler kadar değerlerin kabulüne ilişkin bir yeniden değerlendirmeye çağrıda bulunmalıdır.[1]

Berdyaev'in "yasa etiği" ile; belli bir toplumsal bütün tarafından kolektif olarak meydana getirilen veya benimsenen, tek tek bireylerin üstünde ve dışında yer alıp onların duygu, düşünce, tutum ve davranışlarına yön veren ilkeler, simgeler ve değerler bütününü ifade etmek istediği söylenebilir. Yasa etiğinin unsurları olarak da; legalizm, rasyonalizm ve formalizm sıralanabilir.[2] Berdyaev'e göre, yasa etiğinin veya legalistik ahlakın kökleri, pirimitif klan ya da kabilelerin totem ve tabularına kadar götürülebilir. Yine bu bağlamda Roma Katolik teolojisi de hukuki veya legalistik bir özelliğe sahiptir. Hıristiyan vahyinin hakikatine legalizm; rasyonalizm ve formalizm, bir yasa veya hukuk öğesi eklemiştir.

Yasa etiği, ahlaki değerlendirmenin öznesinin esas olarak birey değil toplum olduğu, bireyin uymak zorunda olduğu düşünülen ahlaki yasakların, tabuların, yasaların ve normların toplum tarafından belirlendiği anlamına gelir. Başka bir deyişle toplum, ahlak yasasının taşıyıcısı ve bekçisine dönüşür. Bu niteliği ile yasa etiği, belirlenmiş ahlak yasasının dünyanın adil bir şekilde yönetilmesini garanti edeceğini kabul eder. Kişisel nitelik taşımayan yasa etiği, insan hayatının, tecrübesinin ve mücadelesinin iç derinliğine nüfuz edemez. Bu nedenle de insan kişiliği, insanın bireysel yazgısı ve iç hayatı karşısında duyarsız veya merhametsiz bir duruş sergiler. Diğer bir ifadeyle, toplumsal bütünün bireyi baskı altına almasıyla gelişen yasa etiği, bireye zulmeden bir özelliğe sahiptir. Ayrıca, sürü ahlakının bir ifadesi olan yasa etiği, ortalama insan hayatını organize ederek vasatı aşan yaratıcı insan kişiliğini dışarıda bırakır.[3] Somut insanı veya bireyi kendisine temel almayan bir anlayışın, bireyin bireyselliğini, biricikliğini, eşsizliğini tanıması beklenemez. Böyle bir anlayış için asıl olan, kolektif vicdan veya sosyal düşüncedir. Bireyin vicdanını, duygu, düşünce, tutum ve davranışlarını dikkate almayıp onun hayatını ve davranışlarını kolektif bir temelde vücut bulmuş bir takım soyut ilkeler ve normlar çerçevesinde düzenlemeye çalışan bir yaklaşımın, bireysel tutum ve davranışlar şeklinde somutlaşan ahlaki duyarlılık ve sorumluluk duygusunu ve bilincini destekleyemeyeceği ileri sürülebilir. Yine bu bağlamda, gündelik hayat ilişkilerinde ahlaki tutum ve davranışları tek tek bireylerin sergileyeceği düşünüldüğünde, ahlaki değerlerin ve normların oluşturucusunun ve taşıyıcısının klan, kabile, devlet ve ulus gibi toplumsal birimler olduğunu kabul eden bir anlayışın tiranik bir karaktere sahip olduğu da söylenebilir. Böylece insan hayatının somut, canlı, de-

1 Berdyaev, Nikolay, **İnsanın Yazgısı,** (Çev. Hüsamettin Arslan), İstanbul, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2012, s. 20-21

2 Bu çalışmada "yasa" sözcüğü, dar anlamda "kanun" adı verilen hukuki düzenlemeleri ifade etmek için değil, daha geniş anlamda akılcılık, biçimsellik temelinde sistematik bir biçimde şekillendirilmiş oluşumları anlatır kapsamda kullanılacaktır.

3 Berdyaev, **2012**, s. 110-116.

vingen gerçekliliğinden kopuk bir şekilde soyut bir iyi-kötü ikileminden hareketle kategorik bir emir-yasak ikilisi çerçevesinde kendini inşa eden yasa etiği, toplumsal yaşam alanında bir karşılığı olup olmadığına bakmaksızın soyut iyilik ve adalet gibi değerleri vurgular.

Berdyaev'e göre, yasadan doğmuş bir ahlakçılık ya da moralizm, ne bireyin hayatına ilgi gösterir ne de ona istediği iyiliği gerçekleştirme gücü verir. Bireyi dikkate almayan bu anlayış, kaçınılmaz olarak "inayet" veya "kurtuluş etik"ine davetiye çıkarır. Bu ise, Hıristiyanlıkta görüldüğü üzere çileciliği besler. Böylece ahlak yasası, devlet yasası, kilise yasası, aile yasası, teknik yasa, ekonomik yasa haline getirilmiş kodlar, hayatı organize eder ve kurar. Ancak bunlar, aynı zamanda hayatı tahrip eder, onu asla aydınlatarak dönüştüremez. Uygulanabilir bir özelliğe de sahip bulunmakla birlikte yasa etiği, kötü fikirlerle ve davranışlarla mücadeleye hiçbir katkıda bulunamayacağı gibi, insanın iç hayatını değiştirebilecek bir güce de sahip değildir. Zaten hiçbir yasa, insanı, mutluluğu özgürlüğe, konfor ve tatmini yaratıcılığa tercih eden bir varlığa da dönüştüremez. Sonuç olarak yasa, günahkar bir dünyaya gerekli olmakla birlikte tümüyle ortadan kaldırılamaz. Ancak dünyanın ve insanın, yasanın gayri şahsi iktidarından kurtarılması da bir gerekliliktir.[4]

"Kurtuluş etiği"nin temelinde ise "kurtuluş özlemi" yer alır. Kurtuluş özlemi, iyilik-kötülük probleminin çözümünde ve insani ıstırabın dinmesinde Tanrı veya tanrıların rol oynayabileceğine ilişkin derin inanç anlamına gelir. Başka deyişle, insanın ıstırap dolu mücadelesinde Tanrı'nın kendisine yardım edeceği umudunu ifade eder. Buna göre; Tanrı, ateş gibi yeryüzüne inecek, günah ve kötülük yanarak yok olacak, iyilik ve kötülük arasındaki ayrım ortadan kalkacaktır.[5] Kurtuluş etiğinde, tek tek insanların kurtuluşu, Tanrı'ya ulaşmaktan veya O'nunla buluşmaktan geçer. Esas olan Tanrı'nın inayetine mazhar olmaktır. Böylece kurtuluş etiği ile; insanların davranışlarına yön verecek bir değer ve norm kaynağı olarak, onların dışında ve üstünde yer alan bir Tanrı'ya göndermede bulunulmaktadır.

"Yaratıcılık etiği" ya da "özgürlük etiği", kurtuluş etiğinden farklı bir niteliktedir. Çünkü bu etik, kurtuluş ile değil, öncelikle değerlerle ilgilenir. Yaratıcılık etiği bakımından hayatın ahlaki amacı, insanın ruhunun kurtarılması veya günahının kefaretinin ödetilmesi değildir. Esas olan, ahlakın kişilikten doğması ve bu dünya ile ilişkili olmasıdır. Yaratıcılık veya özgürlük etiği, ruhun iyilik ve kötülükle mücadelesine, cennete ve cehenneme, ceza ve ebedi azap korkusuna odaklanmaz; saf, çıkarlara kayıtsız bir ahlakın yolunu açar; her türlü dünyevi-ruhani korkunun ve bencilliğin ahlaki yaşamı çarpıtacağını düşünür.[6] Bu yönüyle yaratıcılık etiği; bireyin değerine, dehasına, özgür aktivitesine yer bırak-

4 Berdyaev, **2012,** s. 121-129.

5 Berdyaev, **2012,** s. 131.

6 Berdyaev, **2012**, s.170.

mayan, ahlaki hayatı yasa etiğindeki gibi evrensel bağlayıcı bir yasaya itaat olarak gören kurtuluş etiğinin karşısında yer alır. Bu özelliği ile eşsiz olanı, biricik ve bireysel olanı vurgular. Her bireyin bir başkası veya insan üstü, doğa üstü bir mevcudiyet adına değil; bizzat kendisi olarak eylemde bulunduğunu, bireyin ahlaki etkinliğinin kendi vicdanından kaynaklandığını savunur. Bu sayede insan, birtakım kurallara ve normlara dönüşen soyut erdem ve ideallerden uzaklaşarak özgür, yaratıcı edimlerde bulunur. Her şeyin yasalar tarafından veya Tanrı inayetiyle belirlendiği, müphemiyete veya belirsizliğe neredeyse yer bırakmayan bir etik düzende, aslında ahlaki duyarlılık ve sorumluluğun nasıl gelişebileceği üzerinde önemle durulmayı hak eden bir husustur. Her şeyin insanın dışında ve üstünde, onun katılımı olmaksızın belirlendiği bir düzende eşsiz, özgür, yaratıcı ahlaki çaba anlamını büyük ölçüde yitirecektir. Sadece haklı-haksız, adil-adil değil, iyilik-kötülük, cennet-cehennem dikotomisine sıkıştırılmış bir insanda vicdan duygusu nasıl gelişebilecektir, böyle bir insanın kendi vicdanının sesini dinleyerek birtakım tercihler yapması, bazı davranışlarda bulunması nasıl mümkün olabilecektir sorusu da cevaplandırılmayı bekleyen bir soru olarak karşımızda duracaktır.

Yaratıcılık; daima gelişme, ilavede bulunma, yeni şeyler yapma, dünyada daha önce mevcut olmayan yeni bir şey vücuda getirme anlamına sahiptir. Yaratıcı faaliyet de kişisel bir nitelik olup kendini açma, kendi sınırlı kişisel varlığının sınırlarını ihlal etme manasına gelir. Bu niteliği ile "yaratıcı deha", yasa etiğinin ve kurtuluş etiğinin dışında kalarak farklı bir ahlak türünü varsayar. Yaratıcılık etiğine göre, hayatın ahlaki problemleri, evrensel nitelikte bağlayıcı normların otomatik uygulamasıyla çözülemez. Çünkü insan, aynı şartlar altında her zaman ve her yerde aynı şekilde hareket edemez. İnsan, ahlaki etkinliğinde yaratıcılığını sergileyen, her zaman bireysel veya özel olarak hareket etme yeteneğine sahip bir varlıktır. Böyle bir varlığın, tek bir an bile ahlaki bir otomat olarak davranacağı düşünülemez.[7]

"Etik"in görevi, geleneksel ahlaki normların bir listesini çıkarmak değil, yaratıcı değerlendirmeler yapma cüretinde bulunmaktır, diyen Berdyaev'e göre ahlaki gerçeklik, nesneye dönüştürülebilecek veya objektifleştirilecek bir şey değildir. Ahlaki hayat, doğal bir şey olmadığı gibi doğa olayları arasında da yer almaz. Çünkü ahlaki hayat, özgürlüğü varsayar, ahlaki değerlendirme de her zaman özgür bir eylemdir. Özgürlük ise asla bilinende, doğada veya nesnede değildir, varlığının temeli olarak bilendedir, yani bilen öznededir.[8]

Immanuel Kant'ın Felsefesinde Ahlak ve Etik

Kant için bir eylemi ahlaki ya da etik kılan, onun şu veya bu amaca yararlı olması veya herhangi bir içsel-dışsal eğilim tarafından belirlenmiş olması değil, ödev olarak benimsenmiş olmasından dolayı

7 Berdyaev, **2012,** *s. 165-169.*

8 Berdyaev, **2012,** *s. 17-19.*

yapılmış olmasıdır. Diğer bir deyişle, asıl olan bir davranışın veya eylemin ödevden ve dürüstlük ilkesinden dolayı gerçekleştirilmesidir. Bunun dışında kalan eylemler, ahlaki içerikten yoksundur. Bir eylemde bulunurken gerek yöneldiğimiz amaçlar gerek bizi buna iten güdülerimiz, eylemimize ahlaksal bir değer sağlamaz. Esas olan, ahlakın kendi başına ve bütün görünüşlerden bağımsız olarak olması gerekeni buyurmasıdır. Çünkü bütün ahlak kavramlarının kaynağı tamamen *a priori* olarak akılda bulunur. Bunlar, deneysel ya da rastlantısal bilgiden çıkarılamaz. Bizim için en yüksek ilkeler olmaları, tamamen akıldan doğmuş olmalarındandır.[9]

Kant, başkaca herhangi bir amacı şart koşmayan, davranışın yol açacağı sonucu dikkate almayan buyrukların "kesin" olduğunu ve sadece bunlara "ahlaklılık buyruğu" denebileceğini ileri sürer. Kant, "kesin buyruk"un tek bir tane olduğunu, onun da "ancak, aynı zamanda genel bir yasa olmasını isteyebileceğin maksime göre eylemde bulun emri" olduğunu söyler. Ahlakın temelinde insanın özerkliğinin ve özgürlüğünün bulunduğunu ifade ederek özerkliğin, insanın ve her akıl sahibi varlığın değerinin temeli olduğunu belirtir.[10] Kantçı düşünüşe göre, tıpkı düşünmemizi zorunlu kılan evrensel mantık yasaları gibi, eylemimizi de zorunlu kılan bir evrensel akıl yasası vardır. Evrensel ahlak yasası da evrensel mantık yasaları gibi keşfedilebilir. Sonuç olarak, mantıksız bir dünyanın mevcudiyetinden nasıl söz edemiyorsak, etiksiz bir dünyanın varlığından da söz edemeyiz. Buna göre, "iyi-kötü" ayrımı etik bir dünyanın şartı olup, kurallara uygun olana doğru veya iyi, kuralları ihlale ise yanlış veya kötü deriz.[11]

Kant'ın felsefesinde ahlak kuralları, rasyonel bir insan doğasına sahip varlığın benimsemesi beklenen kurallar olarak ifade edilip temellendirilir. Önemli olan, aklın bazı kurallarının kategorik ve evrensel bir karaktere sahip olmasıdır. Kant felsefesinin odağında basit iki tez vardır: 1) Ahlaklılıkla ilgili kurallar rasyonel kurallar ise, bu durumda onların da tıpkı matematik kurallarında olduğu gibi, bütün rasyonel varlıklar için aynı olması gerekir; 2) Ahlaklılık kuralları, bütün rasyonel varlıkları yükümlülük altına sokuyor ise, burada esas olan, söz konusu varlıkların bu kurallara uymadaki tesadüfi yetileri değil, bunlara uyma istekleridir.[12] Kant için mükemmel olarak nitelenebilecek ahlaki fail, mükemmel derecede rasyonel olan varlıktır. Genel ve evrensel nitelikteki kurallara göre mükemmel bir biçimde rasyonel davrandığımızda, ancak o zaman ahlaklı davranmış oluruz. Oysa insanlar, sadece akıl sahibi varlıklar değil, aynı zamanda duygu, tutku ve arzu gibi eğilimleri olan varlıklardır. Kant ise, insanları esas olarak mükemmel

9 Kant, Immanuel, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi,** (Çev. İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013, s. 24-278 Berdyaev, 2012, s. 17-19.

10 Kant, 2013, s. 38, s. 53.

11 Heller, Agnes, Bir Ahlak Kuramı, (Çev. A. Yılmaz-K. Tütüncü-E. Demirel), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2006, s. 51.

12 Maclntyre, Alasdair, **Erdem Peşinde: Ahlak Teorisi Üzerine Bir Çalışma,** (Çev. Muttalip Özcan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001, s. 75-86.

şekilde hareket edebilecek ahlaki failler ve rasyonel varlıklar olarak düşünür.[13] Toplum halinde yaşayan insanların farklı çıkarlara, görüşlere, amaçlara, duygulara, değerlere, inançlara, kanaatlere, tutkulara sahip varlıklar olduğunu, başta sosyoloji ve psikoloji olmak üzere, birçok doğal ve sosyal bilim dalının da ortaya koymuş olduğu bilgilerden, sağduyumuzdan, gözlemlerimizden ve tecrübelerimizden dolayı biliriz. Buna göre, insanları duygulandıran, arzularından, çıkarlarından, inançlarından, değerlerinden, kanaatlerinden ve düşüncelerinden soyutlayarak her zaman, her yerde ve her şart altında aynı maksime göre davranmalarını bekleyebilir miyiz sorusunu merkeze alıp tartışmamız gereklidir. Bu soruya kısa ve özlü bir yanıt olarak, "eğer insanlar gerçekten ayrısı gayrısı olmayan salt rasyonel varlıklar olsaydı birörnek ahlaki, ilkeler ve kodlar onların davranışlarına yön vermek için yeterli olabilirdi" diyebiliriz.

Berdyaev'e göre, Kantçı sistem en hatırı sayılır felsefi yasa etiği inşa etme girişimlerinden biridir. Felsefi yasa etiği, normatif ve idealist olup herhangi bir dış otoriteye dayanmaz. Kant'ın etiği, özerk ve özgür akıl sahibi kişi kavramı üzerinde temellendirilmiş olsa da, aslında belli bir yasa anlayışına dayanır. Bu anlayış, herkeste aynı olan rasyonel insan doğası kabulüne bağlıdır. Bundan dolayı da evrensel ölçekte bağlayıcı ahlak yasasına odaklanan Kantçı anlayış, somut olarak yaşayan insana, onun yazgısına, ahlaki tecrübesine, zihinsel çatışmalarına herhangi bir ilgi göstermez.[14] Kant'ın ahlak yasası, pozitif yasalar gibi koşulsuz ve zorunlu bağlayıcı bir yasa olup, kişilere sunulmuş bir koltuk değneği gibidir. Bir koltuk değneğine ise, sadece onsuz yürüyemediğimiz zaman ihtiyaç duyarız. Toplumsal yaşamda gündelik normlar ve kurallar, topluluk normları ve kuralları, 'Ne yapsam doğru olur?' sorusuna yanıt vermediği zamanlarda ancak evrensel bir normun veya düsturun mihenk taşına ihtiyaç duyarız. Böylesi evrensel nitelikte yönlendirici ilkelere örnek olarak, "başkasının incinebilirliğine saygıda kusur etme" ve "ötekinin ıstırabına saygıda kusur etme" gibi ilkeleri zikredebiliriz.[15] Halbuki bu ilkelerden standart bir şekilde etkilenecek kimselerden söz edemeyiz. Çünkü somut yaşam pratiğinde salt iyi-kötü insanlar yoktur, hepsi birbirinden farklı, birbirine benzemeyen bireyler vardır.

Kant'a göre, bir eylemde bulunmaya başladığı andan itibaren her insan, bir kanun koyucudur. İnsan, kendi "pratik aklını" kullanarak hukukun ilkeleri olabilecek ve olması gereken ilkeleri bulur. Oysa esas olan, insanların, çevrelerindeki herkesin hemfikir olduğu görüşle tamamen zıtlaşsa da, yalnızca kendi yargılarına göre hareket ederek doğruyu yanlıştan ayırabilmesidir. Sözgelimi Almanya'da Nazi yönetimince uygulanan "Holocaust"ta sadece doğruyu yanlıştan ayırabilen bir avuç insan, kendi

13 Nuttall, Jon, **Ahlak Üzerine Tartışmalar**, (Çev. Abdullah Yılmaz), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011, s. 228-230.

14 Berdyaev, **2012**, s. 122.

15 Heller, **2006**, s. 261-262.

yargısına göre hareket etti ve bunu serbestçe yaptı; uyacakları, yüz yüze geldikleri özel, somut durumları kategorize edebilecekleri kurallar yoktu. Bir olay meydana geldiği anda karar vermek durumundaydılar, çünkü kendilerine emsal teşkil edebilecek hiçbir kural yoktu. Hitler'e karşı koymayan Alman toplumunda vicdanı yönlendiren toplumsal davranış kuralları, dini emirler ve ahlaki ilkeler neredeyse yok olmuştu. Böylece, her olayı ve fiili açıklayacak ve meşrulaştıracak kadar genel ve soyut varsayımlara dayanmak, aslında gerçeklerden ve kişisel sorumluluktan kurtulmanın bir aracı haline gelmişti.[16] Örneğin, Nazi Almanyası'nda Yahudiler'in gettolara ve toplama kamplarına naklinden sorumlu Otto Adolf Eichman, 1961'de yargılanmakta olduğu Kudüs Mahkemesi'ndeki ifadesinde; asla Yahudiler'den nefret etmediğini, hiçbir insanın öldürülmesini istememiş olduğunu, suçunun esas alarak emirlere ve kurallara itaatinden kaynaklandığını, üstelik itaatin de her zaman bir erdem olarak yüceltildiğini söyleyerek kendisini savunmuştu.[17]

Emmanuel Levinas'ın Felsefesinde Ahlak ve Etik

Levinas'a göre, insan varoluşunun en başta gelen ve değişmez niteliği olan "başkalarıyla birlikte olmak", öncelikle "sorumluluk" anlamına gelir. "Başkası bana baktığı için, onun açısından sorumluluk yüklenmiş olmasam da ondan sorumluyum". Sorumluluk, öznelliğin asıl, birincil ve temel yapısıdır. "Öteki için sorumluluk", "kendi eylemim olmayan ya da benim için önemli olmayan şeylerden sorumluluk" demektir. Bu nitelikteki varoluşsal sorumluluğun veya öznelliğin, sözleşmelerde bulunan zorlayıcı hükümlerle, çıkar hesaplarıyla veya karşılık beklemekle bir ilgisi yoktur. Ahlaki sorumluluğun cehennem korkusuyla, zorlayıcı bir ahlak kuralının varlığıyla ya da hapis korkusuyla insanı zorlayan bir yasanın emriyle de ilgisi yoktur. İnsan, kendini bir özne olarak yapılandırırken sorumlu hale gelir. Sorumlu hale gelmek ise, insanın kendisini bir özne olarak yapılandırması anlamına gelir. Bu nedenle de sorumluluk bir insanın sorumluluğu olup sadece ona aittir.[18] Etik ile ahlak arasındaki ayrımın önemini vurgulayan Levinas, şöyle devam eder:

Ahlaktan, toplumsal davranışla ve yurttaşlık göreviyle ilgili bir dizi kuralı anlıyorum. Ancak ahlak, bu şekilde, beşeri hayatımızın idame ettirilmesinin örgütlenmesi ve iyileştirilmesinin toplumsal ve siyasal düzeninde işlerlik gösterdiği halde, son çözümlemede başkasına karşı etik sorumluluk üzerine kuruludur.[19]

Ahlaki düzene ilham vermeye ve onu çekip çevirmeye devam etmesi gereken

16 Arendt, Hannah, **Kötülüğün Sıradanlığı,** (Çev. Özge Çelik), Metis Yayınları, İstanbul, 2009, s. 299-301.

17 Arendt, **2009,** s. 253.

18 Bauman, Zygmunt, **Modernite ve Holocaust,** (Çev. Süha Sertabiboğlu), Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1997, s. 231- 232.

19 Levinas, Emmanuel, **Sonsuza Tanıklık: Emmanuel Levinas'tan Seçme Yazılar,** (Yay. Haz. Zeynep Direk- Erdem Gökyaran), Metis Yayınları, İstanbul 2003, s. 279.

normun, insanlar arası etik norm olduğunu vurgulayan Levinas, "etik felsefenin Tanrı'sı, yaratılışın kadir-i mutlak varlığı değil, insanla daima ilişki halinde bulunan ve insandan farklılığı asla kayıtsızlık olmayan peygamberlerin acı çeken Tanrı'sıdır" der.[20] Böylece insanla ilişkisi dışında, dışarıda ve hiyerarşik olarak üstte konumlandırılan Tanrı'nın bireysel acılara ve ıstıraplara kayıtsız kalabileceğini ifade etmiş olur

Direk'e göre Levinas, "Bütünlük ve Sonsuzluk" isimli eserinde felsefeyi bir adalet anlayışı olarak yeniden temellendirerek zor bir özgürlüğü düşünmenin yolunu açar. Zor özgürlük, dünyada sanki tek başına yaşıyormuş gibi, her şeyi mubah sayarak, hesap vermeyerek ve cezalandırılamaz olduğunu düşünerek dünyayı önünde akıp giden bir gösteriden ibaret bir şeymiş gibi gören müstakil özgürlüğün mutlaklığının yerine geçirilmesi gereken bir sorumluluk özgürlüğüdür. Bu özgürlük, kişinin kendisini başkası karşısında sorguladığı özgürlüktür. Yani "başkasına karşı sorumluluk" veya "başkasından sorumluluk"tur.[21] Başkasından sorumlu olmanın, onun yerine geçmeyi, onun yerine bedel ödemeyi gerektirdiğini düşünen Levinas, "Sorumluluk, yalnızca benim üzerime düşen ve *insan olarak* reddedemeyeceğim bir şeydir. Büyük, biricik olana ait en üst düzeyde haysiyettir. Yeri doldurulamaz olan ben, yalnızca sorumlu olduğum müddetçe benim. Herkesin yerine geçebilirim ama kimse benim yerime geçemez" der.[22]

Levinas için adalet, ancak başka bir insana karşı sorumluluk duygusuna hayatiyet kazandıran bir çıkar gözetmezlik ruhuna sahipse herhangi bir anlama sahiptir.[23] Kant sorumluluğu özerk, özgür kişi ve özgürlükle temellendirirken Levinas bunu reddeder. Kant için sorumluluk, ahlak yasasına saygı, özgürlük, kendiliğindenlik ve özerklik anlamına gelirken; Levinas için sorumluluk, başkasına karşı sorumluluk ve içtenlik anlamına gelir. Levinas'a göre, evrensel olanın tikellere, tekillik göz ardı edilerek uygulanması, adaletsizliğin ortaya çıkmasına yol açar. "Genel ve cömert ilkelerin uygulanmaları sırasında tersine çevrilebilir olmaları bir olgudur. Her cömert düşünceyi, kendi Stalinizmi tehdit eder"[24] Evrenselci ve eşitlikçi yasa söyleminin, asıl olarak başkasının başkalığını gözardı ettiğini düşünen Levinas, soyut insan hakları anlayışına da sıcak bakmaz. Levinas, insanı "ben"den değil, başka insandan başlayarak düşünen bir hümanizmi savunur. Bu hümanizmi, bir çoğulluk ortamındaki farklılıklardan yola çıkarak evrensel barışı hedefleyen bir siyaset felsefesi olarak anlamak gerekir.[25] Levinas için ahlak, bir "yüce gönüllülük anı"dır, "kazanmadan oynanan bir şeydir", "çıkar gütmeksizin nedensiz yapılan bir şey"dir. Ahlaki eylemin başka yöne çekilememesinin, ayarlanamaması-

20 Levinas, **2003,** s. 281.

21 Direk, Zeynep, **Başkalık Deneyimi,** Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005, s. 144-146.

22 Levinas, **2003,** s. 334.

23 Levinas, **2003,** s. 333.

24 (Aktaran) Direk, 2005, s. 157.

25 Direk, **2005,** s. 152.

nın, rüşvetle elde edilememesinin sebebi bu "nedensizliği"dir. Oysa yasa ve çıkar, ahlaki dürtünün nedensizliğinin yaptırımsızlığının yerini alır. Eylemcilerin amaca veya önceden mevcut davranış kurallarına göre karar vermeleri beklenir. Eylemciler, bir anlamda vazedilmiş ahlaki veya hukuki kodları uygulamakla yükümlü görevlilere dönüşürler. Böyle bir tercihte bulunmakla, yapıp ettiklerinin sonuçlarını görme imkanını kaybederler.[26]

Derrida da etiğin, "öteki"nin isteklerine verilen bir yanıt olduğunu söyler. Öteki, bu isteklerini dışarıdan değil içimizden yapar, adeta bize seslenir ve sık sık taleplerde bulunur. Biz, buna tek başımıza karar veririz. Hiçbir karar bilgiye dayandırılamaz. Sonuçlar önceden bilinemez, akılcı seçim de yoktur. Etik, kişisel sorumluluğa, öteki için üstlenilen sorumluluğa ilişkindir. Kişisel sorumluluk, etiğin tek merkezli kategorisidir.[27] Ahlak, ötekinin çağrılarına veya isteklerine verilen cevaptır. Öteki, içinizden size seslenir, sizden taleplerde bulunur. Hangi ötekiler? Tüm ötekiler; yaşamış olanlar, halen yaşamakta olanlar ve henüz doğmuş olanlar. Ötekinin içimizden yaptığı çağrı, bir "yasa" teşkil etmez ve evrensel olamaz. Sorumluluk etiği, insani sorumluluk ve olumsallığın bilincinde olma etiğidir. Hiçbir şeyden emin olamamamız, her kararın riskli olması ve bu riski göze almak zorunda olmamız, bu etiğin kaynaklandığı noktadır. Hiçbir yasa, norm, yönlendirici ilke, kaide, bu olumsallığı ve riski ortadan kaldıramaz. Ancak riskin mahiyetini gösterme, yolunu yalnızca bir yere kadar aydınlatabilir. Her karar veya eylem, boşluğa atlamak gibi bir şeydir. Bilgi, düşünme, yönlendirici ahlak ilkeleri ve normlar, atlayıp atlamamaya, şu yöne değil de bu yöne atlamaya karar vermemize sıklıkla yardım eder, ancak tümüyle belirlemez.[28]

Toplumsal Hayatta Etik Kodlar, Ahlak ve Hukuk

Toplumsal hayatın belli bir düzen içinde nispeten uyumlu ve ahenkli bir şekilde akışı, ancak insan ilişkilerine ve davranışlarına yön veren, onlara çerçeve oluşturan ve sınırlar çizen toplumsal değerler, normlar ve kurumlar sayesinde mümkün olur. Toplumsal yaşamın belli bir düzene sahip olmasında; hangi tutum ve davranışın doğru veya yanlış, haklı veya haksız, iyi veya kötü, adil veya adil olmadığını belirlemede birer ölçüt veya kriter olarak işlev gören toplumsal değerler önemli bir rol oynar. Toplumsal değerleri, tutum ve davranışları yönlendiren idealize olmuş temel soyut ilkeler veya genelleşmiş ahlaki inançlar olarak tanımlamak mümkündür. Bir toplumun yaşamında her şey değerlere göre algılanır ve bu normlar sayesinde etkinlik kazanır. Toplumsal normlar, toplum yaşamında karşımıza din kuralları, ahlak kuralları, örf ve adetler, görgü kuralları ve hukuk kuralları şeklinde çıkar. Toplumsal normları, onaylanan ve onaylanmayan toplumsal tutumları, yapılması istenen ve istenmeyen dav-

26 Bauman, **1997,** s. 268-270.

27 (Aktaran) Heller, **2006,** s. 476.

28 Heller**, 2006,** s. 476-479.

ranışları gösteren ortak davranış kuralları olarak tanımlayabiliriz. Toplumsal normları, bir anlamda da, ideal davranış kuralları, tutum ve davranışların nasıl olması gerektiğini belirleyen standartlar olarak da ifade edebiliriz. Toplum yaşamında sergilenen tutum ve davranışların her zaman ve yerde, her şart altında değerlere ve normlara tam bir uygunluk içinde gerçekleştiği de söylenemez. Gerçekleşen davranış, her zaman normların öngördüğü davranış biçimini tümüyle yansıtmaz. Bir Romalı şairin "sevdiğim iyiye bakıyorum, ama nefret ettiğim kötüyü yapıyorum" sözü, bu duruma işaret eden bir örnek olarak zikredilebilir.

Sosyologların kurallara uymak üzerine yaptıkları çalışmaların da gösterdiği gibi, kurallar, hiçbir zaman bizim onları rahatlıkla anlayıp uygulayabileceğimiz basitlik, netlik ve açıklıkta olmaz. Herhangi bir olay veya durum karşısında, her şeyden öne bir kuralın mevcut olup olmadığını, bizi ilgilendiren hususun kural tarafından kapsanıp kapsanmadığını, kuralın bir istisnası olup olmadığını düşünürüz. Bundan sonra da eğer varsa kuralları yorumlamamız söz konusu olur. Aslında günlük yaşamda çoğu zaman, çeşitli derecelerde esnekliğe izin veren, genel, sezgisel veya el yordamıyla bulunan rehber ilkeler sayesinde iş görürüz. Diğer bir deyişle, gündelik olaylarda ve ilişkilerde, uyguladığımızda her zaman aynı sonuçları doğuran matematiksel düzenlilikler veya rehber ilkeler yoktur.[29] Yaşam boyu karşımıza çıkan ahlaki açmazlar arasında benzerlikler bulunmasına rağmen, iki insanın aynı açmazla yüz yüze gelebilmesi çok nadiren rastlanabilecek bir durumdur. Yani, her zaman tikel unsurlar söz konusu olur.[30] Zaten toplumsal yaşamda her şey aşikar bir şekilde bilinseydi, yani herhangi bir müphemiyet söz konusu olmasaydı ahlaka, ahlaki duyarlılığa ve sorumluluk duygusuna da ihtiyaç olmazdı. Böyle bir durumda, yaşanan olaylar karşısında insan ilişkilerine ve davranışlarına yön veren soyut rehber ilkeler, önceden belirlenerek sistematik bir nitelik kazandırılan etik ve hukuk kodları yeterli olurdu. Gerek etik kodlar gerek soyut ve genel nitelikli hukuki düzenlemeler, toplumsal yaşam akışında gözlenen çeşitlilik, farklılık ve değişkenliklerden ziyade benzerliği esas alınarak şekillendirilirler. Bu sayede de insan ilişkilerinin ve davranışlarının neredeyse birörnek olarak düzenlenebileceği düşünülür. Oysa, somut yaşantılardan ziyade geçmiş tecrübelerden, soyut tasarımlardan ve öngörülerden hareket edilerek ortaya konan, insani duyguları, tutkuları, sezgileri, inançları ve arzuları dikkate almayan hukuki ve etik kodlar insanın yaşamının farklılığını, çeşitliliğini ve dinamizmini ihmal ederler. Bu şekilde bir takım genellemelere ve önceden yaşanmış tecrübe edilmiş emsallere dayalı olarak vücuda getirilmiş etik kodların, ahlaki açmazları ve meseleleri, incelenmeyi, tartışmayı ve onların esas özelliklerini açığa çıkarmayı önleyen bir boyutunun da olduğu söylenebilir. Ayrıca, insan ilişkilerini ve davranışlarını düzenle-

29 Becker, Howard S., **Sosyal Bilimcilerin Yazma Çilesi:** Yazımın Sosyal Organizasyon Kuramı, (Türkçe Söyleyen: Şerife Geniş), Heretik Yayınları, Ankara, 2013, s. 96-97.

30 Nuttall, **2011,** s. 233.

mede soyut, genel nitelikli kodlara ve bu kodları vazeden kurumlara büyük bir önem atfetmenin, gündelik yaşam ilişkilerinde ortaya çıkan sorumluluktan kaçınmaya yol açabileceğini ifade etmek de mümkündür. Çünkü etik kodlar, doğrudan vicdanda hissedilmeyen, ahlaki sorumluluk ve duyarlılığı harekete geçirme gücü sınırlı olan bir takım soyut emirler, ödevler ve yükümlülükler bütününü ifade eder. Başlangıçta insanlar arası ilişki ve etkileşimlerin ürünü veya insani tecrübenin sonucu olarak ortaya çıkmış olsalar bile, emir ve ödevler, bir kez "etik kod" halini aldıktan sonra bireye dışsal, üstten verilen ilkeler bütünü niteliği kazanırlar.

Ahlak, Heller tarafından, "tek bir kişinin uygun davranış normları ve kurallarıyla pratik ilişkisi" olarak tanımlanmaktadır. Eğer ahlak varsa, belli bir ölçüde özerklik de vardır. Ahlak, zihinsel edimlerden veya konuşma edimlerinden çok eylemlerde açığa çıkar. Ahlak, bireylerin bir topluluğun etik hayatında benimsediği tutumlardır. Kısacası ahlak, ahlaki anlamı olan her eylemde oluşturulan, korunan, genişletilen ve savunulan ahlaki özerklikten başka bir şey değildir. Ahlaki özerklik ise, bir kişinin geçerli olarak kabul ettiği normlara uygun eylem çizgisini seçme özgürlüğüdür. Burada "seçim", kendini bağlama anlamına gelir. Kişi kendini bağlar, bu bağlılığına göre de yapmaya bağlı olduğu şeyi yapar.[31] Heller'e göre, ahlaki normların, ahlaki söylemlerin ve ahlaki yükümlülüğün taşıyıcıları ve koruyucuları tek tek bireylerdir. Yani ahlakta kolektif kararlar yoktur, herkes kendi kararını verir. Kısacası, ahlak felsefesinin özneleri esas olarak tek tek insanlardır. "Etik"i, tek ahlak kuralı, her ahlaklı kişinin itaat etmek zorunda olduğu, birbiriyle tutarlı ilkelerden oluşan tek buyruklar grubu olarak tanımlayan Bauman'a göre, bu niteliğiyle etik, ayrı ayrı insani tarzların varlığını ve ideallerin çoğulluğunu bir tehdit, ahlaki yargıların müphemliğini ise, düzeltilmesi gereken marazi bir durum olarak görür.[32] Ödev etiği, kişinin başkalarına ve topluma karşı görev ve yükümlülükleriyle ilgili olup "yasal bir kod" halinde formülleştirmeye de uygun bir niteliğe de sahiptir. Böylece, "şunu ya da bunu yapmalısın" diyen, şu ya da bu eylemi gerekli gören ya da yasaklayan bir "yasa" haline gelir.[33] Etik kodlar, "çalma", "dürüst ol", "yalan söyleme", "sözünde dur", "aldatma" gibi yargılarda dile gelen ödevler yükler. Ancak toplum yaşamında bireylerin hırsızlık yaptığı, yalan söylediği, sözünde durmadığı, aldattığı da sıkça görülen davranışlar olarak ortaya çıkar. Bu da, toplumsal şartları ve bireysel özellikleri dikkate almadan yüklenen ödevlerin insan davranışlarını düzenlemede, sınırlı bir etkiye sahip olabileceğini açıklar.

İnsanların en belirgin sosyal ve siyasi özelliklerinden biri, onların çoğul bir niteliğe sahip olmasıdır. Bu ise, farklılıkları ve ayrı ayrı bireysel nitelikleri yok edilmediği sürece, insanların önceden belirlenmiş

31 Heller, **2006,** s. 84.

32 Bauman, Zygmunt, **Postmodern Etik,** (Çev. Alev Türker), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 33.

33 Brenkert, George G., **Marx'ın Özgürlük Etiği,** (Çev. Yavuz Alogan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998, s. 41

muntazam ve öngörülebilir bir modele uyamayacakları anlamına gelir.[34] İnsanlar, toplum halinde yaşamanın kuralsız olamayacağını; buyruklar, yasaklar ve normların varlığını erken yaşlarda öğrenirler. Ancak asıl ahlaki kavrayış, böylesi kuralların dışarıdan dayatılmış kurallar şeklinde görülmemesiyle, bu kuralların belli bir topluluğun tüm üyelerinin özgürce davranışlarda bulunabilecekleri bir ortam sağlandığının anlaşılmasıyla ortaya çıkar. Bunu sağlayacak tek bir kural vardır, o da ahlak kuralıdır. Bir kişi, sadece kendisine öyle emredildiği için ya da ödüllendirileceğini bildiği için şu veya bu şekilde davrandığı takdirde, davranışı hakiki manada ahlaki bir davranış sayılmaz.[35]

Bauman'a göre, etik kod arayışının temelinde; insanların özgür ya da serbest bırakıldıklarında yanlış tercihlerde bulunacakları, ahlaksızlığa meyledeceklerine ilişkin zihni bir kabulün bulunduğu söylenebilir. Böyle bir kabulün sonucu ise, düzenin gereklerine uygun kurallar ihdas etmek yönünde bir çaba göstermektir. Böylece, toplum yaşamında kaosu önlemek bakımından işlevsel olabileceği düşünülen rasyonel ilkelerin ve düzenlemelerin yukarıdan ve dışarıdan bir yaklaşımla ortaya konması, insanların potansiyel kötü güdülerinin ya da eğilimlerinin kontrol altına alınması, gerekirse baskı ve zora başvurulması söz konusu olacaktır. Bu ise itaati ve boyun eğmeyi teşvik edecektir.[36]

Modernite koşullarında, kilisenin giderek zayıflayan ahlaki gözetiminin bıraktığı boşluğun akıl yoluyla konmuş bir dizi rasyonel kural ile doldurulabileceğine inanılmaya başlanmıştır. Bundan dolayı da Tanrı'nın emirlerinin ardına gizlenmeden insan yapımı, tüm rasyonel insanların benimseyeceği ve boyun eğeceği "ahlaki bir kod" oluşturmak için durmaksızın çaba gösterilmiştir. Aynı şekilde, insanların bir arada yaşamalarını rasyonel bir şekilde düzenleme bakımından bir "yasalar bütünü" anlayışından da hiçbir zaman vazgeçilmemiştir. Modern etik düşünce, modern yasama pratiği ile birlikte "evrensellik" ve "temel yazılı buyruklar" vurgusuna dayanır. Yasa koyucular açısından "evrensellik", egemen olunan bir alan üzerinde bir dizi yasanın istisnasız hakimiyeti anlamına gelir. Yasa koyucular, zora dayalı birörnek biçimleştirme uygulamasına odaklanırken; felsefeciler evrensel insan doğası fikrini öne çıkarır. Yasa koyucular için esas olan, kurallara itaati sağlamak ve bu uğurda gerekirse zora başvurmaktır. Felsefeciler için önemli olan ise, bireylerin o kurallara uymanın doğru olduğuna inanmalarının sağlanması veya buna ikna edilmesidir. Modernliğin ahlaki düşünce ve pratiğini, müphem olmayan, çelişkisi bulunmayan etik bir kodun mümkün olduğuna ilişkin inanç harekete geçirmiştir.[37] Oysa Bauman'a göre, kusursuz, evrensel ve sarsılmaz temellere sahip bir "etik kod" hiçbir zaman bulunmayacaktır ve bu şekildeki "nesnel

34 Arendt, Hannah, **İnsanlık Durumu,** (Çev. Bahadır Sina Şener), İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 15..

35 Pieper, Annemare, Etiğe Giriş, (Çev. V. Atayman-G. Sezer), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012, s. 26-27.

36 Bauman, **1998**, s. 16-17.

37 Bauman, **1998**, s. 16-20.

temellere dayalı bir etik", pratik olarak da imkansızdır.

Modern toplumlar, insanların farklı dünya görüşlerine, düşüncelere, dinsel inançlara ve kanaatlere sahip oldukları çoğulcu nitelikte sosyal bütünlerdir. Yine bu toplumlar, sosyo-kültürel, ekonomik, politik ve düşünsel bakımlardan da hızlı ve yoğun değişimleri yaşayan toplumlardır. Böyle bir toplumsal yapıda ahlaki sorunlar ve açmazlar hakkında uzlaşma, olağan bir durum olmaktan çıkar ve hatta çoğu zaman uzlaşmak mümkün de olamaz. Bu çerçevede; bir yandan ahlaki yoldan herkese benimsetilmiş temel ahlak ilkeleri üzerinde bir uzlaşmayla ihtiyaç duyulurken, diğer yandan bu şekilde ortaya konmuş ahlaki ilkelerin somut yaşam koşullarında ne kadar geçerli olabilecekleri de eleştirel bir sorgulamaya tabi tutulmalıdır.[38] Sonuç olarak denebilir ki, insanın ahlaki kararlarını kendi başına verebilmesi, herhangi bir kimseye veya otoriteye teslim olmaksızın eyleme geçebilmesi, sorumluluk üstlenmesi, iradesini ortaya koyabilmesi, önüne konmuş bulunan ahlaki ilkeleri sorgulayıp tartışması, "ahlaki davranış"ın meydana çıkması açısından büyük bir öneme haizdir.

Yalnızca bir topluluk veya cemaat için geçerli görülen güçlü bir argümanın, herkesi bağlayıcı olacağı iddia edildiğinde "ahlaki köktencilik" söz konusu olur. Köktenci etik kuramları, ahlak kurallarının ve amaçlarının tözü dini olmadığı halde, dini bir ahlak gibi davranırlar. Böylesi bir yaklaşım, diğerlerine karşı bir tehdit halini alabilir. Evrensel olduğu ileri sürülen ahlaki seçenekler, kural ve tavsiyeler, mutlak bir nitelik kazanmış olur.[39] Tek tanrılı dinlerde Tanrı, doğanın içinde değildir, doğanın efendisi ve yaratanı konumundadır. Örneğin Yahudiler, Tanrıları ile yaptıkları akit dolayısıyla sadece doğal içgüdülerine ve eğilimlerine kapılmamayı ve belirlenmiş bulunan "ahlaki kod"a uymayı üstlenmiş olurlar. Bu anlamda "On Emir" ahlaki birer baskı aracı niteliğine kavuşur.[40] Mutlak nitelikte olduğuna inanılan birtakım etik ilkelerden hareketle, ahlaki duyarlılığın nasıl zayıfladığını görmek ve bu çerçevede gerek geçmişteki gerek günümüzdeki kökten dinci hareketlerin yol açtıkları trajik sonuçları değerlendirmek bakımından Zizek'in bu konuda açıklamasına bakabiliriz:

"…İnsanların çoğu kendiliğinden ahlaklıdır: Onlar için başka bir insana işkence etmek veya onu öldürmek son derece travmatiktir. Bu yüzden bunları yaptırmaya sevk edebilmek için ehemmiyetsiz bireyin öldürmeye ilişkin endişelerini solda sıfır bırakacak daha büyük bir "Kutsal Sebep" gerekir. Din ve etnik aidiyet bunun için çok uygundur. Şüphesiz yalnız zevk için, sadece öldürmenin hatırına toplu katliam yapabilmiş patolojik ateist vakaları vardır; ancak bunlar adı üstünde, istisnadır. İnsanla-

38 Pieper, **2012,** s. 20.

39 Heller, **2006,** s. 227-228.

40 Benhabib, Şeyla, **Buhran Çağında Haysiyet: Zor Zamanlarda İnsan Hakları,** Çev. Barış Yıldırım, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013, s. 53

rın büyük çoğunluğunun ötekinin acısı için duydukları temel duyarlılığını uyuşturmak gerekir. Bunun için kutsal bir Sebebe ihtiyaç duyulur: O olmasaydı yaptıklarımızın nihai sorumluluğunu boşaltacağımız bir Mutlak olmaksızın bütün yükü sırtlamamız gerekirdi. Din ideologları ya da yanlış bir şeklide dinin esasında kötü olabilecek insanlara iyi şeyler yaptırdığını sık sık savunurlar. Bugünkü tecrübelerimizden yola çıkacak olursak, din olmadığında iyiler iyi şeyler, kötüler kötü şeyler yapmayı sürdürürken, yalnız dinin kötü şeyler yaptırabildiğini savunan Steve Weinberg'in izinden ayrılmamalıyız.[41]

Zizek'in yukarıdaki düşüncelerinin sadece kökten dinci ideolojilerden kaynaklanan hareketler bakımından değil, diğer totaliter ideolojiler bakımından da açıklayıcı bir niteliğe sahip olduğunu söyleyebiliriz.

Ahlakı, mistik, doğaüstü öğelerden, Tanrısal vahiylerden, başkaca dışsal baskılardan özgürleştirmeye çalışan Fransız düşünür J.M. Guyau (1854-1888), "Zorunluluk ya da Yaptırımdan Bağımsız Ahlaka Bir Taslak" isimli eserinde etiğin kalbine "hayat" kavramını yerleştirir. Hayat, kendisini büyümede, çoğalmada ve yayılmada ifade eder. Guyau'ya göre etik, doğanın büyüme ve hayatın gelişimi gibi özel amacına ulaşılmasını sağlayacak araçlar hakkında bir öğreti olmalıdır. İnsandaki ahlak unsuru, baskıya, zorunluluğa, tepeden gelen yaptırıma ihtiyaç duymaz; aksine insanın dolu, yoğun ve verimli bir hayat yaşama ihtiyacından doğar. İnsan sıradan, basmakalıp bir varoluş ile yetinemez; varoluşun sınırlarını genişletme, temposunu hızlandırma, onu çeşitli izlenimler ve duygusal deneyimler ile doldurma fırsatını arar. Bunun için de dışarıdan herhangi bir baskı ya da emir beklemez.[42]

SONUÇ

Etik kodlar ve kodlaştırılmış hukuki düzenlemeler, esas olarak geçmişte kalan olaylar ve sorunlar temelinde inşa edilen, hayatın dinamik ve değişken karakterinden giderek soyutlanan soyut kurallar ve genel ilkeler bütünü niteliğindedir. Toplumsal değişimin yoğunlaştığı, her gün yeni ve farklı olayların ve sorunların boy verdiği bir ortamda hukuki ve etik kodlar, daha ziyade geçmişi düzenler. Bir kez ortaya konduktan sonra, toplumsal yaşam ilişkilerinin dışında ve üstünde yer alan soyut ilkeler ve düzenlemelerle insan ilişkilerini ve davranışlarını çerçevelemek ve düzenlemek güçleşir. Kişisel hayata karşı hiyerarşik, bürokratik bir karaktere bürünmüş genel ilkelerin ve kuralların, bireylerin vicdanında içselleştirilmesi çoğu zaman mümkün olmaz. Toplum hayatında dinsel inançları, etnik kökenleri, kimlik ve aidiyet duyguları, çıkarları, görüşleri, yaşam biçimleri, statüleri ve rolleri bakımından farklı özelliklere sahip insanların tutum

41 Zizek, Slavoj ve Boris Gunjevic**, Acı Çeken Tanrı: Kıyameti Tersyüz Etmek,** Çev. Arda Çiltepe, Sel Yayınları, İstanbul, 2013, s. 27.

42 Guyau, Jean- Marie, **A Sketch of Morality Independent of Obligation and Sanction**, Çev. Getrude Kapteyn, Wott&Company, Londra, 1898 (aktaran) Kropotkin, Pyotr A., **Etik,** Çev. Sinan Altıparmak, Öteki Yayınevi, İstanbul, 2007, s. 396-397.

ve davranışlarını, farklılıkları, çeşitlilikleri, çoğullukları, karmaşıklıkları dikkate almayan birörnek kodlar ile etkili bir şekilde düzenlemek veya onlara yön vermek oldukça güçlük arz eden bir durum olarak ortaya çıkar.

İnsanlararası ilişkiler ve etkileşimler çerçevesinde hayat bulacak, ötekine karşı duyarlılık ve sorumluluğun sadece etik ve hukuk kodları eliyle yaratılabilmesi söz konusu olmaz. Çünkü "kod" niteliğindeki değerlerin ve normların, herkes tarafından aynı ölçüde benimsenmesi veya içselleştirilmesi aslında ideal bir durumu yansıtır. İdeal olan ile gerçekte yaşanan arasında daima az ya da çok bir mesafenin mevcut olacağı da insanlar tarafından iyi bilinen ve tecrübe edilen bir husustur. Üstelik, normların içselleşme düzeyi, toplum halinde yaşayan insanlara ve gruplara göre büyük farklılık gösterir. Her insan veya grup, normları aynı ölçüde benimsemez. Farklı ve çeşitli etkileşim durumlarına özgü farklı normların varlığı, bunların aynı ölçüde içselleştirilmesini imkansız da kılar. Bundan dolayı da ahlaksal tutum ve davranışların kaynağını, başkalarıyla etkileşimi halinde olmanın koşullarında, yani toplumsal yaşam bağlamında aramak gerekir. Kolektif bütünler tarafından ihdas edilen bireyüstü, dışsal ve soyut ilkelerin arzu edilen bir vicdan ve ahlaki duyarlılık gelişimine yol açmaktan çok, insan ilişkilerini ve davranışlarını güdümleme, zorlama ve baskılama yönünde sonuçlar yaratacağı söylenebilir.

Toplumsal hayatta daima iyi, haklı, adil ve güzel olanı yaparak kötü, haksız, adaletsiz ve çirkin olandan kaçınmayı öğrenebileceğimiz ve yararlanabileceğimiz mutlak bir etkiye sahip kesin ilkelerin olduğu da iddia edilemez. Bir Romalı şairin "Sevdiğim iyiye bakıyorum, ama nefret ettiğim kötüyü yapıyorum" sözünü, bu durumu özlü bir şekilde örnekleyen bir deyiş olarak değerlendirmek mümkündür. Eğer kodlar halinde cisimleşen soyut, dışsal ilkeler bütünleri insan davranışlarını düzenlemekte gerçek bir etkiye sahip olabilselerdi, o zaman günümüzde oldukça güçlü bir ideoloji ve söylem niteliğini de kazanmış olan insan haklarına ilişkin kodlar sayesinde, bundan böyle hiçbir insan hakları ihlalinin yaşanmaması gerekirdi. Bir diğer yanıyla hukukun üstünlüğü, hukuk devleti ve insan hakları kavramlaştırmalarına ve düzenlemelerine çok yüksek bir önem atfedilmesinin, somut yaşam şartlarındaki eşitsizlikleri, özgürlük problemlerini, adalet sorunlarını bir anlamda maskelemekte olduğu da ileri sürülebilir. Aynı şekilde, bilhassa tek tanrılı dinler bağlamında hayat bulan dinsel temelli etik kodlar, eğer gerçekten beklenen etkiyi gösterseydi, bugün dünyamızın kötülüklerden arınmış, kusursuz ve huzur dolu bir dünya olması gerekirdi. Aksine dinsel etik kodlara dayandığını iddia eden birçok örgütün ve kişinin, din temelinde meşrulaştırmaya ve gerekçelendirmeye çalıştıkları eylemleriyle, başta yaşam hakkı gelmek üzere sayısız hak ve özgürlük kaybına yol açtıkları da sıkça gözlenen bir husustur.

Toplumsal yaşam, önceden tümüyle bilenebilir, öngörülebilir, hesaplanabilir ve düzenlenebilir bir olgu niteliğine sahip değildir. Aksine bünyesinde belirsizlikleri, müphemlikleri, öngörülemezlikleri barındıran bir karaktere haizdir. Böylesi bir alanın önceden sınırları belirlenmiş, çerçevesi

çizilmiş birörnek kodlarla etkin bir şekilde düzenlenmesi mümkün olamaz. Hiç kuşkusuz, etik ve hukuki kodlar, insanlar tarafından benimsendikleri ölçüde davranışlara rehberlik edebilirler. Ancak, karmaşık, değişken, müphem durumlarda her an farklı ahlaki açmazlarla yüz yüze kalan bireylerin nerede nasıl davranabileceğine ilişkin açık bir reçete de sunamazlar. Çünkü her an değişmekte olan toplumsal yaşam dünyasının önceden tam olarak bilinip planlanması da mümkün olamaz. Her zaman muğlak, belirsiz veya müphem durumlar söz konusu olur. Böylesi durumlarda asıl olan, tek tek insanların ahlaki duyarlılık ve sorumluluk dünyasıdır.

Sonuç olarak; hiçbir sorgulama yapmaksızın önüne konmuş mevcut ilkeleri benimseyen kişilerin ahlaki bakımdan gelişmiş varlıklar olduğu da söylenemez. Çünkü ahlaki bakımdan gelişkin kimse, kendisiyle birlikte aynı toplumda, aynı dünyada yaşayan insanların sorumluluğunu duyabilen ve buna ilişkin bir sorumluluk duygusu geliştirebilen kimsedir. Bundan böyle, her çıkmaza girildiğinde insanların önüne kodlaştırılmış ilkeler konmamalıdır. Bunun yerine insanların serbest ve özgür bir iletişim ve etkileşim ortamında yeni değerlere ve normlara hayat verecekleri, vicdan gelişimine katkıda bulunacakları ortamlara imkan tanınmalıdır.

KAYNAKLAR

- Arendt, Hannah, **İnsanlık Durumu**, (Çev. Bahadır Sina Şener), İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.
- Arendt, Hannah, **Kötülüğün Sıradanlığı**, (Çev. Özge Çelik), Metis Yayınları, İstanbul, 2009.
- Bauman, Zygmunt, **Modernite ve Holocaust**, (Çev. Süha Serthabiboğlu), Sarmal Yayınevi, İstanbul, 1997.
- Bauman, Zygmunt, **Postmodern Etik**, (Çev. Alev Türker), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Becker, Howard S., **Sosyal Bilimcilerin Yazma Çilesi: Yazımın Sosyal Organizasyon Kuramı**, (Türkçe Söyleyen: Şerife Geniş), Heretik Yayınları, Ankara, 2013.
- Benhabib, Şeyla, **Buhran Çağında Haysiyet: Zor Zamanlarda İnsan Hakları**, Çev. Barış Yıldırım, Koç Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2013.
- Berdyaev, Nikolay, **İnsanın Yazgısı**, (Çev. Hüsamettin Arslan), İstanbul, Paradigma Yayınları, İstanbul, 2012.
- Brenkert, George G., **Marx'ın Özgürlük Etiği**, (Çev. Yavuz Alogan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 1998.
- Direk, Zeynep, **Başkalık Deneyimi**, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2005.
- Feldman, Fred, **Etik Nedir?,** (Çev. Ferit B. Aydar), Boğaziçi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2012.
- Heller, Agnes, **Bir Ahlak Kuramı**, (Çev. A. Yılmaz-K. Tütüncü-E. Demirel), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2006.

- Nuttall, Jon, **Ahlak Üzerine Tartışmalar**, (Çev. Abdullah Yılmaz), İstanbul, Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2011.
- Kant, Immanuel, **Ahlak Metafiziğinin Temellendirilmesi**, (Çev. İoanna Kuçuradi), Türkiye Felsefe Kurumu Yayınları, Ankara, 2013.
- Kropotkin, P. A., **Etik**, Çev. Sinan Altıparmak, Öteki Yayınevi, İstanbul, 2007.
- Levinas, Emmanuel, **Zaman ve Başka**, Çev. Özkan Güzel, Metis Yayınları, İstanbul, 2005.
- Levinas, Emmanuel, **Sonsuza Tanıklık: Emmanuel Levinas'tan Seçme Yazılar**, (Yay. Haz. Zeynep Direk-Erdem Gökyaran), Metis Yayınları, İstanbul, 2003.
- Maclntyre, Alasdair, **Erdem Peşinde: Ahlak Teorisi Üzerine Bir Çalışma**, (Çev. Muttalip Özcan), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2001.
- Pieper, Annemarie, **Etiğe Giriş**, (Çev. V. Atayman-G. Sezer), Ayrıntı Yayınları, İstanbul, 2012.
- Zizek, Slavoj ve Boris Gunjevic, **Acı Çeken Tanrı: Kıyameti Tersyüz Etmek**, Çev. Arda Çiltepe, Sel Yayınları, İstanbul, 2013.