

Ahlâk Hukuku Önceler*

Doğan Özlem

GİRİŞ

Hukuk Felsefesi ve Etik: Kavramlar, Sorunlar, Yaklaşımlar konulu bu seminer, adının belli ettiği üzere, hukuk felsefesi ve etik arasındaki bağıntıları, öncelikle "ahlâk", "hukuk", "ahlâk felsefesi (etik)", "hukuk felsefesi" kavramlarının tanımlanıp irdelenmesi ve bağıntıların bu irdelenme zemininde kurulmasını amaçlıyor. Dolayısıyla burada iki felsefe alanının temel kavramlarının tanımlarına ağırlık veren bir seminer çalışmasının gerçekleştirildiği, tartışmaların tanımlarda ve her iki alanın kavramları arasındaki bağıntılarda yoğunlaşacağı bellidir. Ben de bildirimin önemli bir kısmını önce bu kavramların tanımlanıp irdelenmesine, daha sonra bunlar arasındaki bağıntıları, tarihsel örneklerle başvurarak, ahlâkın hukuku önceliğine ilişkin tezim doğrultusunda kurmaya ayırdım. Öyle ki, bildirimin önemli bölümünü tanımlar ve kavramsal bağıntılar oluşturdu.

Seminerin amacına uygun olacağı inancıyla, bildirim üç bölüm halinde planlıyorum: A-İlk bölümde, "ahlâk" ile "hukuk" ve "ahlâk felsefesi" ile "hukuk felsefesi" terimlerinin anlamlarını, ahlâkın hukuku önceliğine ilişkin tezimi pekiştirmek amacıyla irdelemeye ve buna bağlı olarak ahlâk ilkelerinin hukuk ilkelerine göre teorik önceliğe sahip bulunduk-

larını göstermeye çalışacağım. B-İkinci bölümde, tezimi, hukuku ahlâk, siyaset ve ekonominin uzantısında bir tarihsel/kültürel ürün olarak görmemizi sağlayacak birkaç tarihsel örnek üzerinde durmak suretiyle, bu kez pratik/tarihsel planda pekiştirmeyi deneyeceğim. C-Sonuç bölümü niteliğindeki üçüncü bölümde, son iki yüz yıldır Batı tarihinde önemli rol oynayan ve bizde de yansımalarını bulan liberal ahlâk, liberal hukuk, liberal ekonomi ve liberal siyaseti, ahlâkın (ve ayrıca ekonomi ve siyasetin de) hukuku önceliğine en son ve en yaygın örnekler olarak, Türkiye'deki ekonomik ve siyasal uygulamalarla da koşutluk kurarak, birkaç yönden eleştirip değerlendirmeye çalışacağım.

A. Tanımlar, Ortaklıklar ve Ayrımlar

Önce, "ahlâk" ve "hukuk", daha sonra "ahlâk felsefesi (etik)" ve "hukuk felsefesi" terimlerinden ne anladığımı kabaca belirtmeliyim:

1.1. *Ahlâk*: Ahlâkın, "iyi" olduğuna yaşıma deneyimiyle veya refleksiyonla inanılan ya da irdelemeksizin benimsenmiş veya bir otorite tarafından dayatma yoluyla benimsetilmiş bir yaşam anlayışından, bir yaşam tarzından kaynaklanan kurallar ve bu kurallara uygun eylemler

* İstanbul Üniversitesi Edebiyat Fakültesi Felsefe Bölümü Sistematik Felsefe ve Mantık Anabilim Dalı Başkanlığı ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Felsefesi ve Sosyolojisi Anabilim Dalı Başkanlığı'nın 7-8 Ekim 1999 tarihlerinde İstanbul'da düzenlemiş oldukları *Etik ve Hukuk Felsefesi: Kavramlar, Sorunlar, Yaklaşımlar* konulu seminerde bildiri olarak sunulmuştur.

bütünü olduğu söylenir (Bu durumda "kö-tü"nün, bu kuralların ve bunlara uygun eylemlerin karşıtı kurallar ve eylemler olacağı bellidir). Bu kuralların birbirleriyle tutarlılığı ve kendi aralarında hiyerarşik bir düzeni her zaman olmayabilir. Buna karşılık felsefeler ve dinler, kendi açılarından, bir ahlâksal tutarlılık ve bir kurallar hiyerarşisi peşinde koşmaktan geri kalmazlar. Zaten ahlâksal yaşamın felsefi veya dinsel yönden temellendirilmesindeki amacın, ahlâksal yaşamı belli felsefi ilkeler veya dogmalarla tutarlı bir kurallar hiyerarşisine göre düzenlemek olduğu bellidir. Ne var ki, bir toplum içerisinde ve belli bir tarihsel dönemde bireylerin veya bir toplumsal kesitin, hatta bütün olarak bir toplumun fiilen yaşadığı ahlâk veya ahlâkların böyle bir tutarlı ve hiyerarşik kurallar bütününe dayandıkları oldukça şüphelidir. Normatif bir kurallar bütünü olarak bir ahlâk öğretisi ile toplumsal/tarihsel bir fenomen, bilfiil yaşanan bir şey olarak ahlâk arasında tam bir örtüşme, ancak bir ideal olarak kalır. Öyle ki, bir normatif kurallar bütünü olarak düşünülp tasarlanmış bir *ahlâk öğretisi* ile fenomen ve *yaşanan bir şey olarak ahlâk* arasında tam bir örtüşme olmadığı, bizzat insanlık tarihinin bize öğrettiği bir husustur.

Öbür yandan *ister bireysel ister toplumsal* bazda anlaşılсын; ahlâksal eylemi ahlâksal olmayan eylemden ayıran bazı ölçütler de tabii ki vardır: Bunların başlıcaları; (I) bizzat benimsenen veya töre, alışkanlık, dinsel görenek, vd. yollarla benimsetilmiş bir kurala dayanarak eylemek ("gereklik", "doğruluk", "erdem"); (II) başkalarını gözetmek ("ödev", "eşitlik", "özgecilik"); (III) eylem sırasında belli seçenekler arasından birini veya birkaçını bilinçli olarak tercih etmek ("irade", "özgürlük"); (IV) eylemin doğuracağı sonucun tüm getiri ve götürülerini peşinen

kabullenmek, üstlenmek ("sorumluluk"); olarak sıralanabilir.

Anglosakson felsefe geleneğinde, ahlâkı birey temelinde tanımlama eğiliminin ağır bastığı bilinir. Bu gelenekte ahlâk, bireyin kendine göre yaşadıklarının, kendisine rehber ettiği ilkelerinin, kurallarının ve bu ilke ve kurallara uygun eylemlerin bir bütünü sayılır. Ne var ki birey bir toplum içerisinde, bir tarihsel miras temelinde, bir öznelerarasılık ortamında var olabilir. Bu temelden kopuk ve bu ortamdan bağımsız, kendinden menkul (otokton) bir salt birey, fiktif bir şeydir; onun bir gerçekliği yoktur. Böyle, görüldüğünde, ahlâk her zaman tekil insanın diğer insanlarla kaşılıklı ilişkilerinde kaynağını bulur. Ahlâksal varoluş olarak insan, öncelikle toplumsal grup oluş-turmasıyla ve bu grup içerisinde yaşamını sürdürmesiyle karakterize olur. Onun başkalarıyla birlikteliği zemininde gerçekleştirdiği bu grup yaşamının ürünleri olan ilkeler, kurallar, inançlar, bu grup yaşamının gerçekleştiği andan itibaren, aynı tekil insanı belirlemeye, ahlâksal seçim ve tercihlerinde onu yönlendirmeye başlar. Bununla birlikte bu grup yaşamı içerisinde tekil varoluş olarak insana, eylemleriyle ilgili olarak, dar veya geniş çapta seçimler yapma, tercihlerde bulunma, mevcudun sınırlarını aşma olanağı sağlayan bir alan da hep kalır. Tekil insanı ahlâksal yönden *birey* kılan en önemli yön, bu alanda mümkün olduğu kadar çok seçim ve tercihte bulunabilmesi, eylemlerini bu seçim ve tercihlere göre yönlendirebilmesidir. Fakat bu alan ne kadar geniş olursa olsun, tekil insanı, tüm seçim ve tercihlerini sadece kendisinden hareketle, otokton bir halde gerçekleştiren bir "salt birey" yapmaya yetmez. Böyle bir "salt birey" yoktur, olamaz. Sonuç olarak ahlâk, varoluşunu, daima bir tarihsel/sosyal çevre içerisinde bulun-

makta ve aynı zamanda bu çevrenin oluşumunda önemli bir etken olmakta bulur.

1.2. *Hukuk*: Hukuku. (i) amaçsal/normatif, (ii) işlevsel, olmak üzere iki yön-den tanımlamak mümkündür. (i) Amaçsal/normatif yönüyle hukuk; toplumsal düzenin sağlanması amacı doğrultusunda bireylerin birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini düzenleyen bir normlar bütünü olarak karşımıza çıkar. Bu normlar bütünü de çoğunlukla ve özellikle Batı hukuk geleneğinde, kendisine kaynaklık eden bir üst-hukuk olarak "doğal hukuk" zeminine bağlıdır. (ii) İşlevsel yönüyle hukuk; kendilerine uyulmadığı takdirde devletin koyduğu yasalara (pozitif hukuk yasaları) dayalı olarak yine devletin zorlayıcı eliyle gerçekleştirilen yaptırımlara yol açan, düzenleyici kurallar topluluğu (pozitif hukuk kuralları) olarak da anlaşılabilir.

Yukarıda ahlâkı "birey"e dayalı olarak tanımlamanın sakıncalarına değindim. Bununla ilgili olarak; (i) ahlâksal yaşamda bireyselliğin ancak sınırlı bir seçim ve tercih alanı için geçerli olabileceğini, (ii) bu seçim ve tercihlere bağlı eylemin, kişi amaçlamamış olsa bile, en nihayet toplumsal bir etkisi ve sonucu olacağını; (iii) ahlâkın, oluşumu itibarıyla esasen "toplumsal" olduğunu ve kaldığını belirttim. Şimdi "kamu hukuku" ve "özel hukuk" ayrımı yapmak gelenek olmakla birlikte, hukuk alanında da, "özel hukuk"un ancak "kamu hukuku" çerçevesi içerisinde bireyin tercih ve seçimine bırakılmış hususlara ilişkin bir hukuk olabileceğini belirtmeliyim. Sonuç olarak hukuk da, varoluşunu, ancak tarihsel/toplumsal bir çevrede, kamusal alanında bulabilir.

1.3. *Ahlâk ve Hukukun Ortak ve Farklı yönleri*: Yukarıdaki genel belirlemeler, ahlâk ve hukuk arasındaki bazı önemli ortaklıkları ve ikisini birbirinden ayıran temel ayrımı da bize gösterebilir.

Bazı ortaklıkları şöyle sıralamak mümkün görünüyor: (i) bir kez her ikisi de ancak, insanların birlikte yaşamalarındaki zorunluluğun bir sonucu olarak oluşan toplumsal yaşam içerisinde varoluş bulabilirler. Ahlâk ve hukuk, herşeyden önce, herkesin istediğini yaptığı yerde ortaya çıkacak olan kaosu önlemek gibi bir pratik zorunluluğun ürünleridir; (ii) her ikisi de bir kurallar bütünü olarak karşımıza çıkarlar; (iii) her ikisi de dayandıkları ilkelerin niteliği bakımından normatiftirler; bu demektir ki bir "olması gereken" tasarımından hareketle oluşur veya oluşturulurlar; (iv) birer toplumsal fenomen olarak, her ikisi de tarih içerisinde değişebilirlik özelliği taşırlar. Ahlâk ve hukuk, çağdan çağa, kültürden kültüre değişikliğe uğradıkları gibi, aynı çağ veya kültür içerisinde de değişikliğe uğrarlar. Bu nedenle ahlâk ve hukuktan birer toplumsal/tarihsel fenomen olarak söz etmek gerektiğinde, onları çoğul olarak kullanmak, "ahlâklar" ve "hukuklar"dan söz etmek uygun olur.

İki alan arasındaki temel ayrım da şöyle belirtilebilir: Ahlâk kuralları kişilerin ve grupların ortak yaşayışlarında benimsenmiş ve örf, adet, teamül, gelenek, görenek yoluyla olduğu kadar, bunlara göre sınırlı kalsa da, bireysel irade, seçim ve tercih yoluyla da kurumlaşmış olan kurallardır. Bu kurallara aykırı davranışlar, ancak ayıplama ve kınama, gruptan dışlama gibi tepkilere yol açabilir. Buna karşılık hukuk kuralları kişilerin birbirleriyle ve devletle olan ilişkilerini genel olarak düzenlerler ve bu kurallara aykırı davranışlar, devletin yaptırımına ve zor kullanımına yol açar. Hukukun olduğu yerde devlet (veya bazı komünal topluluklarda olduğu gibi, devletin işlevini ikâme eden bir yapımcı grup) vardır. Hukuk kurallarını ahlâk kurallarından ayıran en önemli yön, hukuk kurallarının devlet

(veya yaptırımcı grup) gücüyle sağlanmış bir yaptırımının bulunmasıdır...

2. "Ahlâk Felsefesi (Etik)" ve "Hukuk Felsefesi": Yukarıdaki "ahlâk" ve "hukuk" tanım ve betimlerine koşutluk içerisinde, "ahlâk felsefesi (etik)" ve "hukuk felsefesi" kavramlarını tanımlayıp betimlemeye geçebilirim.

2.1. Ahlâk Felsefesi (Etik): Herhangi bir ahlâk, kendi "iyi"sinin ve kendi "kötü"sünün ne olduğunu, normatif ve postüla niteliğindeki temel öncül veya öncüller halinde belirler ve "özgürlük", "eşitlik", "ödev", "sorumluluk", "yükümlülük", "gereklilik", "erdem" vd. kavramları, normatif olarak düşünülmüş bu postüla'lara göre tanımlar. Ve en nihayet "doğruluk" (ahlâksal doğruluk) da, postülatif/normatif olarak benimsenen "iyi" ile bu "iyi" gözetilerek yapılan eylemler (ahlâksal eylemler) arasındaki tutarlılık olarak görülür? Bu ahlâklar çokluğu kadar, "doğruluk" (ahlâksal doğruluk) olması demektir. İşte, ahlâk felsefesi (etik), ahlâklar çokluğu içerisinde karşımıza hep çıkan bu temel kavramlar, üzerine bir yeniden irdeleme, çözümleme, eleştirme ve bu kavramların anlamla-

rını yeniden belirleme, çeşitli ahlâkları, ahlâk tiplerini gösterme, bunların özelliklerini, benzerlik ve farklılıklarını ortaya koyma girişimidir. Bu yönüyle ahlâk felsefesi meta-etik adını verenler de vardır.¹

Ne var ki, daha çok yüzyılımız Anglosakson felsefesinde karşılaştığımız bu "meta-etik" terimi, çeşitli ahlâkların nötr, tarafsız ve nesnel bir bakışla ele alınabileceği, onların birer olgu halinde incelenebileceği varsayımına, pozitivizmin bu temel sayılışına itibar edenlerin kullandıkları bir terimdir. Oysa böyle bir "meta-etik" in imkânsızlığını savunanlar, ahlâklar çokluğunun farkında olunsun veya olunmasın, yine ancak herhangi bir ahlâk içerisinde görülebileceğini ileri sürenler (özellikle relativistler ve tarihselciler) vardır. Bu nedenle bir "ahlâk felsefesi (etik)", hem çeşitli ahlâkları inceleyen hem normatif olması dolayısıyla kendisi bir ahlâk olan veya bir ahlâk öneren, bu demektir ki aynı anda iki zemin üzerinde hareket eden bir disiplindir.

2.2. Hukuk Felsefesi: En yaygın biçimsel tanımıyla hukuk felsefesi, insan ilişkilerini karşılıklı haklar ve yükümlülükler

açısından ele alan felsefe disiplindir. "Hak" ve "adalet" kavramlarını çözümleyen, çeşitli hukuk sistemlerinin irdelemesini, çözümlemesini ve eleştirisini yapan, hukukun özünü, otoritesini, toplumdaki rol ve işlevini görüp göstermeye çalışan tutumuyla olgusal olduğuna inanılan bir zeminde hareket eden "hukuk felsefesi", aynı zamanda tüm tekil hukukların, hukuk düzenlerinin üzerinde "evrensel hukuk normları" arayan tutumuyla normatif kalır. Öyle ki, "hukuk felsefesi" ile "hukuk" (tekil hukuklar, hukuk sistemleri) arasında, tıpkı "ahlâk felsefesi (etik)" ile "ahlâk" arasındaki ayrımda olduğu gibi, giderilemez türden bir bulanıklık vardır. Bu bulanıklık, daha "hukuk felsefesi"nin başlıca sorunlarında hemen kendisini gösterir: 1. Hukuk nedir?, 2. Hukukla ahlâk arasında nasıl bir ilişki vardır?, 3. Toplumsal ve ekonomik koşullar hukuku nasıl etkiler? 4. Yasalara "iyi" ve "kötü" diye değer biçme imkânı veren değişmez ilkeler ve normlar (doğal hukuk) var mıdır? İlk üç soru, hukuk felsefesinin olgucu, irdeleyici, çözümleyici tutumunun anlaşılmasına elverişlidir. Fakat özellikle dördüncü ve son soru, hukuk felsefesinde, incelenen hukuklar çokluğunda zaten içerilmiş olan normatifliğin üzerine en üst düzeyde normlar, "doğal hukuk normları" veya "evrensel hukuk normları" denilen normlar koymak isteyen bir yön, yani sonuçta kendisini de en üst derecede normatif kılan bir yön olduğunu görmemizi sağlar. Böylece hukuk felsefesi, tıpkı ahlâk

felsefesi (etik) gibi, iki zemin üzerinde hareket eder. Bu demektir ki, hukuk felsefesi, (I) pratikte bir hukuklar çokluğu hâlinde karşımıza çıkan hukuk fenomenini ve özellikle mevcut ve yürürlükteki hukuk kurallarını yani pozitif hukuk kurallarını tanımlayıcı, irdeleyici, çözümleyici bir tutumla ele alırken; (II) öbür yandan bu pozitif hukuk kurallarının en üst ve değişmez olduklarına inanılan veya zaten öyle oldukları düşünülen ilkeler, evrensel hukuk ilkeleri denilen ilkeler bakımından bir değerlendirmesi yapar ve tekil hukukların sınanmasını ve denetlenmesini sağlayacak evrensel ölçütler bulmaya, tüm insanlar için ortak bir üst-hukuk geliştirmeye çalışır. Özellikle bu ikinci ve en üst derecede normatif yönüyle hukuk felsefesi, evrensel olduğuna inanılan temel kural ve normlara dayalı olarak "eşitlik", "özgürlük" ve özellikle "adalet", "hak" kavramlarını tanımlamaya çalışır. Bu nedenle normatif hukuk felsefesi, çoğunlukla doğal hukuk öğretile-
rinin alanı olarak da karşımıza çıkar.

Bu betimlemeler, normatif yönüyle, hukuk felsefesini herhangi bir hukuktan ayırma gücünü yeniden karşımıza çıkarıyor. Nasıl ki ahlâk felsefesi (özellikle Anglosaksonların "meta-etik'i), salt betimleyici ve çözümleyici kalamıyor ve açık veya örtük, normatif olmak gereğini duyuyorsa; hukuk felsefesi de, salt betimleyici ve çözümleyici kalamamakta, kendisi norm arayan ve üreten bir tutumla çalışmak gereği duymaktadır.²

3. Ahlâk Hukuku, Ahlâk Felsefesi

(1) Burada "ahlâk" ve "etik" kavramlarının birbirine sürekli karıştırılan ve birbiri yerine kullanılan kavramlar olduklarına dikkat etmek gerekir. Her iki terim de etimolojileri bakımından benzer, hatta aynı anlamlara sahiptirler. Bununla birlikte, felsefe tarihinin eski dönemlerinden ve özellikle geçen yüzyıldan beri onlar birbirinden ayrı tutulmaya da çalışılmıştır. Buna göre, "ahlâk" her topluma, her kültüre, her çağa özgü olarak değişik çeşit ve tipler halinde karşımıza çıkan, çokluk gösteren bir fenomendir. Buna karşılık, "ahlâk felsefesi" karşılığı olarak "etik" terimi, örneğin geçen yüzyıldan bu yana Alman felsefe geleneğinde (ve özellikle N.Hartmann'da) çeşitli ahlâklar üzerine bir irdeleme, çözümleme ve eleştiri geliştirmeyi görev edinmiş olan bir felsefe disiplininin adı olarak kullanılır. Böyle bir etkinlik tarzına Anglosakson geleneğinde 20. yüzyılın ortalarından beri ayrıca "meta-etik" adının verildiğini ahlâkın içerisinde yapılabileceğini, yani bu işin farkında olunsun veya olunmasın, bir ahlâksal kalkış noktasından bağımsız olarak gerçekleştirilemeyeceğini haklı olarak ileri sürenler (özellikle relativistler ve tarihselciler) için "ahlâk" ve "etik" (veya "meta-fizik") terimleri arasındaki ayrım çoğunlukla bulanık, zorlama ve yapay bir ayrım olarak kalır. Bu görüş sahiplerine göre, ahlâkları ahlâklar üstü bir noktadan inceleme imkânı yoktur. Bununla birlikte bu görüş sahipleri bile, bir tarihsel/toplumsal fenomen olarak "ahlâk" (veya "ahlâklar") ile bunları irdeleme, çözümleme ve eleştirme tarzı olarak "etik" arasında ayrım yapılmasının bir gereklilik olduğunu ileri sürmekten geri kalmazlar. Bu ayrımdan hareket edildiğinde, günümüzde yaygın olarak kullanılan "tıp etiği", "bilim etiği" vb. terimlerin uygunsuzluğu görülür. Bunların yerine "tıp ahlâkı", "bilim ahlâkı" vb. terimleri kullanmak gerekir. Fakat tabii ki, tek tek meslek alanlarının ahlâklarını genellikle ve irdeleme, çözümleme ve eleştirme amaçlı olarak ele alan bir "meslek etiği"nden de ayrıca söz etmek gerekir. "Etik" in bir alt dalı olarak "meslek etiği", çeşitli mesleklerin "ahlâk"larını konu edinir. (Bkz: D. Özlem, Ahlâk Felsefesi (Ders Notları), Ege Ü. Ed. Fak. yayını İzmir 1981: D. Özlem (çev./der.) Günümüzde Felsefe Disiplinleri, 2. baskı. İnkılap Yayınları, İstanbul 1997. s. 333-389)

(2) Anglosakson etikçilerin önemli bir kısmı, 1980'lere kadar, bir "meta-etik" in normatif olmak zorunda olmadığını, onun sadece betimleyici ve çözümlemelere, ahlâklar çokluğu içerisinde bir ahlâkın, kendi liberal ahlâklarının yön verdiğini ya görememişler ya görmek istememişler veya bunun üstünü örtmeye çalışmışlardır. Hukuk felsefecileri ise, buna karşılık hukuk felsefesinin sadece betimleyici, çözümleyici kalamayacağını normatif olmak zorunda olduğunu açıkça söylüyorlar. Meta-etikçilerin kendi normatif tutumlarını örtme çabaları, şüphesiz sonuçta yine herhangi bir "ahlâk" (liberal ahlâk) açısından ve ahlâklar çokluğu içerisindeki hemen her tekil ahlâka karşılaştığımız "dürüstlük" "içtenlik" gibi ahlâksal değerler ışığında değerlendirilmesi gereken bir konu olarak karşımıza çıkıyor. Meta-etikçilerin bize şunu söyleme yükümlülükleri vardır: Her meta-etik, örtük olarak, yaşıyan veya yeni olarak önerilen herhangi bir ahlâkın içerisinde konuşabilir; başka türüstünü yapamaz. Her meta-etik, ne kadar olgusal ve olgucu bir dille sunulmuş olursa olsun, ancak ve sadece ahlâksal öncüllerle çalışabilir.

(Etik) Hukuk Felsefesini Önceler

3.1. Hukuktan Önce Ahlâk Vardı: İnsan toplulukları, toplumlaşma aşamasına, geçtiklerinden bu yana, her dönemde herhangi bir ahlâka sahip olmuşlardır. Buna karşılık devlet ve hukuk, ahlâka göre geç ortaya çıkmış fenomenlerdir. Devlet-siz ve hukuksuz toplumlar olmuştur; fakat ahlâksız (bir ahlâka sahip olmayan) toplum olmamıştır. Tarihsele olarak, ahlâk hukuku önceler. Ahlâk felsefesi (etik) de, felsefe tarihinden bildiğimiz üzere, tarihsel olarak hukuk felsefesini öncelemiştir. Bu tarihsel öncelik yanında, bir mantıksal öncelikten de söz etmek gerekir. Hukuk felsefesi, hemen her zaman, en temel öncüllerini ahlâk felsefesinden almıştır, almak zorundadır. Bir hukuk normu her durumda ve öncelikle bir ahlâksallık taşıır. Örneğin Kant'a göre herhangi bir hukuk, en nihayet, ifade edilmiş olsun olmasın, postüla niteliğindeki, ahlâksal öncüllere dayanır. Ve üstelik Kant, bilindiği üzere, sadece "hukuk"tan değil, "hukuk etiği"nden söz etmenin doğru olacağını belirtir (I. Kant, Hukuk Öğretisinin Metafizik İlkeleri, 1797, b.24, a.26). Felsefe tarihi içindeki yeri bakımından da hukuk felsefesi, geçmişleri binyılları bulan felsefe disiplinleri yanında, ancak geçen yüzyıldan bu yana adından söz edilen, çok yeni bir disiplindir. Gerçi hukuk fenomeni ve hukuk sorunları, hiç şüphesiz felsefe tarihinin erken dönemlerinden beri felsefe içerisinde ele alınmışlardır; fakat bura-

dan hareketle "hukuk felsefesi" adıyla bir felsefe disiplininin oluşumuna ancak Yeni Çağ felsefesinde ve özellikle 19. yüzyılda tanık oluyoruz. Ve bu genç disiplin içerisinde zaman zaman gençliğe özgü bir ataklığın belirtisi olarak, hukuku etigin üstüne koyma veya onu hiç olmazsa etikten bağımsız kılma çabalarına bile rastlanmıştır. Oysa yine Kant'a bakacak olursak bu gibi çabalar, bile, açık veya örtük, bilinçli veya bilinçsiz, etik postülalara dayanmaktan başka bir şey yapamamışlardır. (I. Kant, yukarıda anılan eser, b.32)

3.2. Hukuk Felsefesinin Diğer Disiplinlerle Bağı: Hukuk fenomenini ve normatif hukuk sistemlerini ele alan yönüyle hukuk felsefesi ahlâk felsefesinden bağımsız olmayacağı gibi, ekonomi öğretilerinden, devlet ve siyaset felsefelerinden de bağımsız olamaz. Çünkü hukuk her dönemde devlet ve siyasetle iç içe ortaya çıkan bir fenomendir. Hukuk felsefesi ekonomi öğretilerinin, devlet ve siyaset felsefelerinin katkı ve sonuçlarından yararlandığı ve yararlanmak zorunda olduğu için, örneğin mantık ve ontoloji gibi asal ve bağımsız bir felsefe disiplini değildir, olamaz. Çünkü "hukuksal" olan, aynı zamanda "ahlâksal" ve "siyasal"dır da. Buna bağlı olarak, hiçbir hukuk düzeni, ekonomik ve siyasal düzenden bağımsız bir varlık kazanamaz. Hukuk normları aynı zamanda ekonomik, ahlâksal ve siyasal normlardır ve bir yaşam görüşü ve ideolojiden bağımsız olarak ortaya konulamazlar.³

(3) Hukuk felsefesinin bu bağımlılığı, onun önem, değer ve statüsünü düşürmez. Tam tersine hukuk felsefesi: ahlâk felsefesi, ekonomi öğretisi, devlet felsefesi ve siyaset felsefe başta olmak üzere, felsefenin birçok alanıyla sürekli ilişkide olmanın, bunların kavram ve tasarımlarını kullanmanın bunlarda dile getirilmiş görüş, anlayış ve öğretilerin bilgisine sahip olmanın bir gereklilik olması dolayısıyla, hatta bunlardan belli yönlerde daha karmaşık ve daha yoğun bir problematiğe sahiptir. A. Comte, kendi bilimler sistemi içerisinde sosyolojiyi son sıraya koyar. Onun sisteminde en temel bilim fiziktir ve fizik, en temel bilim olması ölçüsünde basittir. Bir üst basamaktaki kimya fiziğe göre daha az temel ve fakat ondan yararlanmak yani ona bağımlı olmak zorunda olduğundan dolayı ondan daha karmaşıktır. Daha sonra sıralanan biyoloji ve astronomi de, aynı şekilde, kendisinden önceki bilime göre daha az temel ve fakat daha karmaşıktır. Son sırada yer alan sosyoloji ise, bu bilimler sistematğinde, kendisinden öncekilere göre en az temel ve fakat hepsinden yararlanmak zorunda olduğundan dolayı en karmaşık bilim olacaktır. Tam bir koşutluk kurulmasa da, benzeri bir durum hukuk felsefesi için de geçerlidir. Hukuk felsefesi, diğer disiplinlere bağımlılığı oranında, karmaşıklığı ve dolayısıyla önem, değer ve statüsü yükselen bir disiplindir. Disiplinler arası bağımlılık, disiplinlerin değerini düşüren değil, tam tersine yükselten bir husustur.

B- Hukuka Ürün Olarak Bakmak

Şimdi, yukarıdaki son belirlemeleri pekiştirecek ve iddiaları destekleyecek tarihsel örnekler üzerinde durmak gerekecektir. Bunun için önce hukuk, ekonomi, ahlâk, devlet ve siyasette ortak kavramlar olarak geçen dört temel kavramın, "eşitlik", "özgürlük", "adalet" ve "hak" kavramlarının, eksik ve yetersiz de olsa kısa tanımlarını vermek, daha sonra bunların ve özellikle bunların içerisinde "eşitlik" ve "özgürlük"ün tarihsel düzlemde ne ifade ettiklerine değinmek gerekecektir. Çünkü "hak" ve "adalet" kavramları, ancak "eşitlik" ve "özgürlük" kavramlarıyla ilinti içerisinde tanımlanabilirler.

1. Ekonomi, Ahlâk, Devlet ve Siyaset Öğretilerini Buluşturan Kavramlar:

1.1. Eşitlik: Çok formel ve yaygın bir tanımına göre, eşitlik, ahlâksal ve genellikle toplumsal bir ideal olarak, insanların birbirleriyle, aynı insan doğasına sahip olmak bakımından, aynı konum ve değerde olmaları halidir. İlke olarak eşitlik, insanların birbirleriyle eşdeğerde olduklarını, bundan dolayı insanlar arasında ayrım gözetilmemesi gerektiğini dile getirir. Ne var ki, bu eşitlik tanımı genel ve formel bir tanımdır. Buna karşılık özellikle ilke olarak eşitlik, tarih içerisinde değişik dönemlerde değişik anlam içerikleriyle karşımıza çıkar. Örneğin ilkçağın eşitlik tanımına göre, insanlar beden yönünden olmasa da, akıl (logos) yönünden eşittirler. Akıl, herkese eşit olarak dağıtılmıştır ve aklın yolu birdir. Bu demektir ki, hayvan olarak değil, fakat akıl sahibi varlık yani insan olarak, aklın herkese dağıtılmış olmasından (distributio rationis) dolayı, eşitiz. Ortaçağ bu eşitlik tanımını değiştirir. Ortaçağa göre hayvan olarak da, insan olarak da eşit değildir. Fakat Tanrı, insanları tinsel yönden eşit görür. İnsanlar dünyevi yönden değil, fa-

kat Tanrı'nın nezdinde eşittirler; Tanrı Mahkemesi (Eskaton) önünde, herkes aynı konum ve değerdedir. Yeniçağla birlikte yeni ve kapsamlı bir eşitlik tanımı ile karşılaşırız. Yeniçağda eşitliğin dört anlamı üzerinde durulur: (i) ahlâksal (ve belirleyici) anlam: insan (Tanrı için bile) araç değil, amaç olmalıdır; o yalnızca insan olması dolayısıyla değerlidir ve bu değer tüm insanlar için aynıdır; (ii) siyasal anlam: insanlar yöneticilerini eşit oy ilkesine göre seçerler; (iii) hukuksal anlam: insanlar yasalar önünde eşittirler yani aynı değerdedirler; (iv) ekonomik anlam: insanlar maddi refahtan kendi yetenek ve ihtiyaçlarıyla orantılı olarak pay alırlar; varolan yoksulluğu en aza indirmek, ekonomik eşitlik ilkesi gereğidir.

1.2. Özgürlük: Bilindiği üzere bu kavram, özellikle Yeniçağın başlarından günümüze, "eşitlik" ile birlikte düşünülen ve dile getirilen bir kavramdır ve onun da ahlâksal, siyasal, hukuksal ve ekonomik anlamları vardır. (i) ahlâksal anlam: özgürlük, kişinin kendi kendisini belirlemesi, denetlemesi, yönlendirmesi ve düzenlemesi halidir. Buna göre ahlâksal yönden özgür olan insan, kendisini dış baskı, etki ya da zorlamalardan bağımsız olarak, kendi ideallerine, motiflerine ve isteklerine göre yönlendirebilen insandır. Kişinin başkalarının buyruk ve isteklerine göre değil de, kendi isteklerine göre davranabilmesi, onun özgür olduğunu gösterir. Özgürlük, insanın kendi tercihlerine, akla dayalı kararlarına, iradesinin buyruklarına göre eyleyebilmesidir. Özgür insan, varolan alternatif eylem tarzları arasında bir seçim yapabilme ve yaptığı seçimin gereğini yerine getirebilme gücüne sahip olan insandır. Kant'a göre özgür insan, dış koşulların, psikolojik ve biyolojik yapısının belirlediği koşulları aşabilen, kendi ideallerine, isteklerine ve hedeflerine uygun davranabilen insandır. Aynı insan,

kararını özgürce verdiği duygusuna, özgürlük duygusuna sahiptir. (ii) siyasal anlam: kişinin yaşama ve mülkiyet haklarının devlet karşısında önemi ve önceliği vardır (liberalizm); kişi, bireylerin ortaklaşa sahip olduğu ekonomik refah, sosyal haklar ve güvencelerin varlığı ve bunların daha da artması oranında özgürdür (sosyalizm); iii. hukuksal anlam: birey, devletin bireylerin birbirleri ve devlet karşısındaki haklarını yasalarla güvence altına aldığı ortamda hukuksal özgürlüğe sahiptir (liberal hukuk devleti); bireylerin kişisel hakları, onların ortaklaşa sahip oldukları haklardan, toplumsal barışı tehdit edecek, toplumun ortak çıkarlarını bazı bireylerin çıkarları lehine daraltacak şekilde fazla olamaz (sosyal hukuk devleti); (iv) ekonomik anlam: bireyin ekonomik özgürlüğü, onun özgür girişimciliğiyle eşdeğerdir; ihtiyaçların en iyi şekilde karşılanacağı mekanizma, pazar ekonomisidir (liberal ekonomi); bireyin özgür girişimciliği, toplumun ortak refahı ve gelir dağılımında denge ve eşitliğin sağlanması amacıyla sınırlandırılabilir, devlet bu denge ve eşitliği sağlamak amacıyla kendisi ekonomide faal rol üstlenebilir (karma ekonomi, sosyal planlama).

Görüldüğü üzere, Yeniçağdan bu yana özgürlüğün tanımında iki ana ideolojinin, liberalizm ve sosyalizmin etkili olduğu açıktır...

1.3. *Adalet*: yukarıdaki tanımlarından da anlaşılacağı üzere; "eşitlik" ve "özgürlük" birer idealdirler, normatif yoldan tanımlanmışlardır. Bunların yaşama geçirilmeleri, uygulamaya konulmaları gerekir. İşte, adalet, bir toplumda başta eşitlik ve özgürlük olmak üzere, değerlerin, ilkelere, ideallerin, erdemlerin cisimleşmiş, somutlaşmış, hayata geçirilmiş olması halidir. Adalet, herkesin, hak ettiği ödül veya ceza ile karşılanması gerekliliğidir. Adalet, en yüce, nesnel ve mutlak oldu-

ğuna inanılan bir değer anlatımı olarak, insanın eylemini ahlaksal açıdan değerlendirmede de en yüksek ölçüttür. Adalete, eşitliğin somut olarak gerçekleşmiş hali olarak bakanlar da vardır. Ve bu görüşte olanlar, ahlak ile hukuk arasındaki en doğru bağın da burada kurulabileceğini düşünürler. Buna göre hukuk, her şeyden önce bir ahlaksal ideal olan eşitliğin toplumsal yaşama geçirilmesinde dayatılması gereken normlar bütünüdür. Adaletin de dört anlamı vardır: (i) ahlaksal anlam: adalet, ahlaksal planda, doğruluk, dürüstlük, tarafsızlık, uygun ve doğru muamele biçimlerinde karşımıza çıkar; (ii) siyasal anlam: karşıt görüş ve çıkarları olan insanlar arasında hakka en uygun bir denge oluşturulmuş olması halidir. (iii) hukuksal anlam: Bir kimsenin haklarıyla başkalarının (toplumun, halkın ve nihayet devletin) hakları arasında bir uyum bulunması halidir (hukuksal adalet); (iv) ekonomik anlam: maddi refahın herkese ihtiyacına, değerine göre ve hak ettiği oranda dağıtılması halidir (sosyal adalet).

1.4. *Hak*: Bireye, varolan yasalarla, evrensel beyannameler (İnsan Hakları Beyannamesi) veya en azından sözlü bir gelenekle tanınan belli şekillerde hareket etme özgürlüğü, yetkisi ya da imkanına "hak" denebilir. Hak, insana Tanrı adına hareket ettiğine inanan ve toplumu buna inandıran kral ya da yasa, toplumsal bilinç veya gelenek gibi bir otorite kaynağı tarafından verilen, desteklenen, kutsanan yetki, özgürlük veya ayrıcalıktır. Böylece o, bireylere toplumsal ilişkiler ve ahlâk bakımından tanınan davranış özgürlüğünü bizatihi içerir. Dolayısıyla "hak" diye bir şeyden, ancak toplumsallık ve ahlâksallık ortamında söz edilebilir. Hakkın da dört anlamı vardır: (i) ahlaksal anlam. belli eylem ve faaliyetleri (başkalarına zarar vermeden) gerçekleştirme hakkı,

(ii) siyasal anlam: vatandaşlık, siyasal parti kurma, seçme, seçilme, partilere girme, siyasal iktidarı eleştirme, sansüre veya kovuşturmayla uğramama hakları, (iii) hukuksal anlam: hukuk sistemini ithamlara karşı savunma, başkalarını suçlama, başkaları karşısında korunma, yasaları değiştirme, yasalar önünde eşit muamele görme hakları, (iv) ekonomik anlam: iş ve meslek sahibi olma, işsiz kalmama, mülk edinme, ticaret yapma hakları ("insan hakları" başlığı altında toplanan; yaşama, özgürlük, eşitlik, mutlu olma, çalışma, eğitim alma, sağlıklı yaşama, meslek sahibi olma, uygun bir yaşam standardına ulaşma, sansüre ve kovuşturmayla uğramama, mahremiyeti muhafaza, özel yaşamın korunması, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü, yerleşme ve seyahat özgürlüğü, din ve vicdan özgürlüğü, bilimsel, felsefi ve sanatsal faaliyette bulunma özgürlüğü vd. haklar, bu dört hak türünü de içerirler).

2. Devletin ve Hukukun Tarihsel Gelişimlerine İlişkin Birkaç Not:

2.1. *Devlet ve Hukukun Kaynağı*: Toplumlaşmayla birlikte, tarımsal "artı ürün" veya "ekonomik artık"ın paylaşımı ve topluluğun kendisini koruma ve yönetme gereği, askerlik, rahiplik, zanaatkarlık, tüccarlık, yöneticilik vd. mesleklerin ortaya çıkmasını ve böylece yöneten-yönetilen ayrımını yaratmıştır. Bu süreç aynı zamanda ahlâkın, örf ve adetlerin de ortaya çıkış ve yayılış sürecidir. Fakat bunlar, birlikte yaşamının gereklerini sağlama ve güvenceye alma konularında yeterli değildirler. Birlikte yaşama kurallarını belirlemek ve bu kuralları uygulayacak bir yaptırımcı güç tesis etmek gerekiyordu. Devlet ve hukuk böyle ortaya çıktılar. Şunu da görüyoruz ki, diğer işlevleri yanında devletin sürekli kalan bir işlevi, hukuk üretmek olmuştur. Bu devlet, ister bir küçük site, ister bir impara-

torluk olsun, kendi varoluşunu, büyük ölçüde, hukuk üreten ve ürettiği hukuku uygulamaya sokan kurum olmasında bulmuştur. Hukuk üretilirken ahlâk (özellikle dinsel ahlâk), örf ve adetler, yanında ekonomik üstünlüğü elinde bulunduranların çıkarları da bu üretim işinde yönlendirici olmuştur. Bu demektir ki, bir yaşam görüşü, bir inanç veya ideolojiden bağımsız, nötr bir hukuk üretimine tarih tanık olmamıştır. Zaten yazılı hukukun, kodifikasyonun bilinen ilk örneği olan Hammurabi kodeksi, bu belirtilenleri yeterince doğrulamaktadır.

Çağlara göre devlet ve hukukun gelişimlerine bakıldığında, eksik ve kaba değişimler düzeyinde kalsa bile, şunların altı çizilebilir:

2.2. *İlkçağ*: ilk site devletlerinde hukuk dinsel ahlâk halinde karşımıza çıkıyor. Ne var ki, hukuk bu devletlerde genellikle din kaynaklı bir görünüme sahip olmakla birlikte, burada dinsel ahlâk yerleşmiş çıkarların yasalarca korunmasının kılıfı olma işlevini de yüklenmiş görmektedir. Üretimde en üst düzeye ulaşmış olmak, sosyal adaleti sağlamaya yetmemiştir ve gelir paylaşımı hep siyasete egemen olanların iradesine bağlı kalmıştır. Din, gelir paylaşımındaki adaletsizliğin örtülmesinde de sık sık kullanılmıştır. Romalı Patrişiler pek de dindar kimseler değillerdi. Fakat yoksul Pleplerin dindar olmaları ve dindar kalmalarını sağlamak için sürekli gayret sarfetmişlerdir. Ayrıca aynı Patrişiler Milattan sonraki ilk yüzyıllarda, kendi çıkarlarına dokunmayan her dine hoşgörüli davranmışlar, Hristiyanlığı da din olduğu için ihtilalcı bir halk hareketine dönüşme potansiyeli taşıdığı için ezmeye çalışmışlardır. Fakat, Patrişi-Plep kavgasının en önemli sonucu Roma'da da tarihin gördüğü en önemli hukuklardan birinin üretilmesine yol açması olmuştur. Hukuk, yani Roma huku-

ku, dinsel ahlâka yaslanır olmaktan çıkmış, çıkar sahipleri olarak, iki grubun Patriği ve Pleplerin pazarlıkları sonucu oluşan laik ahlâka dayalı bir nitelik kazanmıştır. Ve yurttaş olarak insanla devlet arasındaki ilişkiler, ilk kez Roma'da yazılı olarak ve net bir biçimde düzenlenmiştir. Roma cumhuriyetinden imparatorluğa, yani çok etnisiteli bir yönetim şekline geçince, ister istemez çok hukuklu bir düzeni benimsemiştir. Fakat Roma hukuku bir çeşit üst-hukuk olarak, imparatorluğun en ücra köşesinde bile geçerliliğini korumuştur.

Batı Roma'nın yıkılışı ve ortaya çıkan boşluğu kilisenin doldurmaya girişmesi sonucu, hukuk üretme bir süre devletlerden Kilise'ye geçmiş oldu. Doğu Roma'da, Bizans'ta ise, Justinianus, Hristiyan ve Stoa ahlâklarından izler taşıyan Corpus Juris'i (Justinianus Kodu) gerçekleştirdi. Çok daha sonraları Osmanlılar da, kendi hukuklarını üretirlerken, İslam'dan olduğu kadar, artık yaklaşık bin yıllık bir geleneği olan Justinianus Kodu'ndan da yararlanmayı ihmal etmediler. Fatih Sultan Mehmet ve Kanuni Sultan Süleyman'ın ünlü kanunnameleri, tıpkı Roma'da olduğu gibi, çok hukukluluğun üstünde bir çeşit üst-hukuk işlevi gördüler.

Batı Ortaçağında Kilise-devlet çatışması, hukuk üretiminde kimin söz sahibi olacağı konusundaki çatışmayı da içerir. Dünyevi (secular) hukuku temsil eden kral veya imparator ile dinsel (religional) hukuku savunan papalar arasındaki çekişme, bin yıldan uzun bir süre hukuk üretiminde belirleyici olmuştur. Bu aynı zamanda dinsel ahlâk ve laik ahlâk savunucuları arasındaki çekişmeyi içerir.

2.3. *Yeniçağ*: Burjuvazinin 15. yüzyıldan itibaren eskiye oranla çok hızlı bir gelişme ve güçlenme gösterdiği bilinir. Güçlenen bu yeni sınıfa artık mahalli pa-

zarlar yetmiyordu. Daha büyük pazarlar ancak bir kralın yönetimindeki bir birlikle yani "ulus" adı verilen bir birlikle mümkündü. Ulus, pazarın genişliği ve güvenliği bakımından şarttı ve bu, beraberinde, bir ortak kültüre, "ulusal kültür"e geçişi de gerekli kılıyordu. Devlet, artık ulusun hukuksal ifadesi ve somutlaşmasıydı ve ulus için hukuk üreten ve bunu güvenceye alan kurumdu, öyle olmaşı gerekiyordu. Bununla birlikte, devletin hukuk üretmesinde burjuvazinin etkin gücünün belirleyici olduğu da kendiliğinden anlaşılır. Ulus-devlet bir burjuva tasarımı olmayı bugün de sürdürüyor. Sanayileşme ve emperyalizm, Avrupa'nın kendi kuralarını bütün dünyaya kabul ettirmesi ihtiyacını da bu arada doğuruyor. Bu da artık dinsel kaynaklı olamayacak ve her türlü tekil hukuk düzenleri için bir üst-belirleyici olacak olan yeni bir doğal hukuk anlayışının üretimine yol açmıştır. "Evrensel insan hakları" konseptinin tarihsel arka planında yatan motifler bunlardır. "Evrensel insan hakları" konseptini bu Batı-merkezci sosyo-ekonomik ve siyasal motivasyon bağlamından bağımsız olarak ele almak, ya safdillik ya da cehalet göstergesidir. 18. yüzyılda daha da güçlenmiş olan burjuvazi, iktidarı artık kralın da elinden almak istemiştir. Aydınlanma felsefesi ve liberalizm akımı, hukuk üretme işini yine devlete bırakmakla birlikte, artık devlet anlayışında bir değişiklik meydana gelmiş bulunuyordu. Devlete, devlet olmanın en önemli işlevi olarak, artık, insanların özgürlüklerini ve doğuştan olduğu ileri sürülen haklarını göz önünde tutmak ve korumak zorunda olan bir "hukuk devleti" olma işlevi, bir bekçi devlet olma görevi yüklenmiştir (4 Temmuz 1776 Amerikan Bağımsızlık Bildirgesi, 1787 Amerikan Anayasası). Yani hukuk, bireyi devlete karşı taraf kabul etmektedir ki, bu, ifadesini sivil toplum-

devlet ayrımında bulmuştur. Artık devlet, hukuku yapan, fakat yaptığı hukukla kendisini de sınırlandıran devlet olmalıydı. 1789 Fransız Devrimi'nin etkilerinin günümüze kadar geldiğini biliyoruz. Bu devrimin hukuk-devlet ilişkisi açısından en önemli sonucu şu olmuştur: Hak ve özgürlükler devlet tarafından verilmez, tanınır (hukuk devleti). Ne var ki, devlet, gücü kendinde olan, toplum üstü bir varlık değildir. Devletin arkasında da daima bir egemen güç veya bir egemen güçler koalisyonu, bir siyasal otorite bulunur. Dolayısıyla kâğıt üzerinde tanınan hak ve özgürlüklerin yaşama geçirilmiş olduğu, egemen güçlere karşı verilen hak ve özgürlük mücadelelerinin başarı oranına bağlıdır. Bu nedenle, "hukuk"tan söz edildiği her durumda, önce "devlet"e bakmak gerekir...

3. *Hukuktan Önce Hukuku Yapan Devlete Bakmak*: Her zaman egemen güçlerin güdümünde olmuş olan devletin "Şunları yapmayacağım, kendimi şunlarla sınırlandıracığım, hukuk devleti olacağım" demesi hiç de yeterli olmamıştır. Yasalar önünde eşitlik, yoksula anlamlı gelmemiştir. Mesken dokunulmazlığı ve mülkiyet hakkı, evsiz barksız, mülksüz insanlar için hiçbir önem taşımamıştır. Sanayileşme ve kapitalistleşmeyle birlikte üretimde en üst düzeye ulaşmak, üretmek ve durmadan üretmek, sosyal adaleti sağlamaya yetmemiştir. Kısacası hukuk devleti, yoksulluk ve sosyo-ekonomik eşitsizliklerin giderilmesinde etkili olamamıştır ve olamazdı da. 1830 ve 1848 ihtilalleri bunun böyle olduğunu açıkça göstermiştir. Bunların etkisiyle "sosyal devlet" fikri doğmuştur. "Sosyal devlet", liberalizmin "hukuk devleti"nin farkında olmadığı, tanımadığı haklardan, eğitim alma, çalışma, sağlıklı yaşama, iş ve meslek sahibi olma, uygun bir yaşam standardına ulaşma vd. haklardan söz eder. Yok-

sulluk ve işsizlik bireyin kendi sorunu değildir, bunlar kişisel sorunlar sayılamazlar, bunlardan devlet sorumludur.

C. Günümüzde Ahlâk-Hukuk ilişkisi: Bir Liberalizm Eleştirisi

Tekrarlamalıyım: Ekonomik çıkarlardan, ahlâksal inançlardan, siyasal tercih ve güç dengelerinden bağımsız ve hele bunları önceleyen bir hukuk düzeni yoktur, olmamıştır. Son iki yüzyıllık Batı tarihi, daha önceki yüzyıllara, hatta binyıllara oranla, bu fenomenin çok daha iyi anlaşılmasını sağlamıştır. Bugün de "hukuk devleti" ve "sosyal devlet" kavramlarını tartışmaya devam etmemizin tarihsel arka planında, Batı'ya özgü liberal ekonomi, liberal ahlâk ve liberal siyasetin ve bunlar doğrultusunda üretilmiş olan "liberal hukuk devleti" konseptinin yetersizliği yatmaktadır. Bu nedenle, bildirinin sonuç bölümü niteliğindeki bu bölümde, liberalizmin birkaç yönünü vurgulamak ve ahlâk felsefesi (etik) ve hukuk felsefesi arasındaki ilişkiyi bu çerçevede değerlendirmek istiyorum.

1. *Liberalizmin İki Yüzü*: Özellikle son yıllardaki, yazılarımda liberalizmle ilgili olarak altını sürekli çizmeye gayret ettiğim birkaç hususu burada da belirtmem gerekiyor. Liberalizmin iki yüzü vardır ve bu iki yüz birbiriyle bağdaşmaz. Bu yüzlerden birisi "siyasal liberalizm" teriminde ifadesini bulurken, diğeri "ekonomik liberalizm" olarak anılır. Siyasal liberalizmle birlikte düşünülmesi gerektiği ileri sürülen "hukuksal liberalizm" in ise, insan hakları ve demokrasi temelinde "hukuksal eşitlik" fikrine dayandığı belirtilir. Siyasal liberalizm, her ne kadar hukuksal liberalizme dayanır görünse de, uygulamada o, liberalizmin öbür yüzü olan ekonomik liberalizm zemininde yükselir. Ekonomik liberalizm, insanların

beden ve yetenek yönünden eşit olmadıklarını, insanlar arasında zekâ ve beceri farklılıkları olduğunu, yetenekli ve beceriklilerin bu yetenek ve becerilerini özgürce sergilemeleri, serbestçe mülk ve kapital sahibi olup yatırım yapmaları gerektiğini, toplumların da esasen bunların "özgür girişimcilik"leri sayesinde gelişebildiklerini öğretir. Liberalizmin hukuksal planda kalan ve fakat reelleşemeyen, sözde eşitlikçi ve ekonomik planda kalan ve fakat reel olan eşitsizlikçi yüzleri arasındaki gerilim, aslında asla giderilemez, yumuşatılamaz türden bir gerilimdir. Ekonomide sınıfları, aşırı gelir dengesizliğini, bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıf karşısında üstünlüğünü, insanlar arasındaki eşitsizliğin doğal sonucu olarak gören natüralist tavrı bu liberalizmi, hukuk alanında "hukuksal liberalizm" doğrultusunda bir formel eşitliği gözetmeye (hiç olmazsa görünüşte) ne kadar gayret ederse etsin, kendisinin sebep olduğu ekonomik ve sosyal eşitsizliklerden kaynaklanan toplumsal sorunların ve huzursuzlukların üstesinden gelememiştir, gelemez. O böyle bir gayreti, ancak, bu sorun ve huzursuzlukların kendi egemenliğini tehdit etmesi karşısında ve sınırlı bir şekilde göstermiş, ekonomik ve sosyal iyileştirmelere bu tehdidin büyüklüğü oranında kerhen başvurmuştur. Tarih bize, bu tehdidin azalması oranında liberalizmin pervâsızlaştığını, hatta özellikle ekonomide (kapitalist ekonomi) vahşileştğini öğretiyor. Zaten tarihsel olarak bakıldığında, liberal demokratik hukuk devleti, üstüne ne kadar "evrensel insan hakları" türünden cılızlar çekilmiş olursa olsun, uygulamada, burjuvazinin ekonomik konumunu güçlendirmek, mülkiyeti güvence altına alıp onu süreklileştirmek gibi bir işlev yüklenmiştir. Bu nedenle hukuksal liberalizm, teoride eşitlik fikrine dayansa da, uygulamada ekonomik liberalizmin ürti-

nü olan eşitsizlikçi kapitalist sosyo-ekonomik düzenin bir örtüsü, bir cilası olmaktan kurtulamaz. Çünkü hukuksal liberalizmin, ekonomik liberalizmin "özel mülkiyet" ve "özel girişimcilik" kavramları üzerinde inşa edilmiş eşitsizlikçi yapısını değiştirecek bir gücü yoktur. Dolayısıyla onun eşitlikçiliği, uygulamada, sadece yasalar önünde bir formel eşitlik sağlamaktan öteye geçemez ve o bile pek işlemez. Hukuksal eşitlik ekonomik ve sosyal eşitlikle tamamlanmadığı yani bir sosyal hukuk devleti amaç edinilmez. Ve bugüne kadar liberal hukuk devletinin bir sosyal hukuk devletine dönüşmemiş olduğu da belirtilmelidir.

Günümüzde evrenselci bir söylem içerisinde sunulan liberal hukuk devleti konsepti, kapitalizmin eşitsizlikçi ruhuna ve hegemonyasına hiç dokunulmadan, bunlara hiç değinilmeden, dünya çapında yaygınlaştırılmak isteniyor. "Globalleşme" sloganı altında, günümüzde, Batı kapitalizminin kendisini hukuksal ve tabii daha da öncelisi, ekonomik anlamda dünyaya tek seçenek olarak kabul ettirme girişimine tanık oluyoruz. Bu nedenle nötralite ve olgusalılık izlenimi bırakan "globalleşme" terimini, onun bir öznesinin bulunduğunu, bu öznenin Batı kapitalizmini olduğunu hatırlayarak, "globalleşme" olarak anlamak ve kullanmak gerekir. Ben liberal demokratik hukuk devleti konseptinin böyle bir yayılmacılık için araçlaştırdığını, onun, Batı kapitalizminin kendi varlığını idame ve dünyaya hükmetmek amacına hizmet eden bir işlev yüklediğini düşünüyorum.

2. *Hukuka Ahlâk, Ekonomi ve Siyasetin İzinden Bakmak:* Hukuk, ekonomik çıkar, ahlâksal ve siyasal ilke ve tercihler doğrultusunda üretilen ve şekillenen bir şeydir. Günümüzde liberal hukuk bunun

en açık kanıtıdır. Çıkar ve tercihler her dönemde çeşitli ve hatta karşıt şekillerde görünürler. Dolayısıyla hukuk üretiminde de her dönemde farklı çıkar ve anlayışlar belirleyicidir. Hukukun, tarih boyunca, bir temel norm veya temel normlar dizisine dayandırılmak istendiği açıktır. Ne var ki, bu temel norm veya temel normlar dizisi devlete yön veren güçlerin asli eğilimlerinin ve tercihlerinin belirlediği de açıktır. Bu asli eğilim ve tercihler toplamına "ideoloji" denmesinde bir sakınca yoktur. Bu asli eğilim ve tercihlerin, özellikle 18. yüzyıldan bu yana Batı'da "evrensellik" kisvesi altında ifade ediliyor olması, onların belli güçlerin, yani toplumların ve uluslararası toplumun egemenlerinin tikel kalan kendi tercih ve eğilimleri olduklarını ve bu yüzden evrenselleşememiş halde kaldıklarını, bu tarihsel realiteyi değiştiremez. Bu, ahlâkta, ekonomide, siyasette olduğu gibi hukukta da bir evrenselciliğin olmadığı, başka ve özellikle rakip eğilim ve tercihler olduğu sürece de evrensel olamayacağı anlamına gelir. "Evrensel" adı altında sunulmuş ve yürürlüğe konulmaya çalışılmış olan tüm ahlâklar, hukuklar, ekonomik düzenler ve siyaset anlayışları, tarihselliğe, bu demektir ki geçiciliğe ve tekillığe yazgılıdır. Onlardan herhangi birinin bugün egemen ve yaygın pozisyonda olması, evrensel olduğu ve evrensel kalacağı anlamına asla gelmez. Liberal "hukuk devleti" için de bu böyledir. Günümüzün en önemli sosyal sorunları, bana göre, özgürlüğü eşitliğin önüne koyan özgürlükçü

(liberalist) ahlâk ve liberal hukuk devleti konsepti karşısında eşitliği özgürlüğün önüne koyan eşitlikçi ahlâk ve "sosyal hukuk devleti" konseptinin zayıflamış veya zayıflatılmış olmasıyla bağıntılıdır.

Bildirimde, ahlâkın hukuku öncelediğini, "hukuk"tan söz edildiğinde, aynı zamanda ekonomi ve siyasetten de söz etmenin kaçınılmazlığını, hangi hukuku benimseyeceğimizi ahlâksal, ekonomik ve siyasal tercih ve eğilimlerimizin belirlediğini göstermeye gayret ettim. Ben liberalizmin eşitsizlikçi ekonomi ve siyaset anlayışının, globelleştirme dayatmasının, dünyada ve bizde giderek artan olumsuzluklara yol açacağını gözlüyor ve bu görünümüyle liberalizme dünyada ve bizde karşı çıkılmasının önce ahlâksal, daha sonra ekonomik, hukuksal ve siyasal bir gereklilik olduğunu düşünüyorum.

Ahlâk felsefesi (etik) ile hukuk felsefesinin temel kavram ve sorunlarının, herhangi bir ahlâk ve herhangi bir hukuk anlayışından olmadığı, özellikle son 250 yıldır bu kavram ve sorunların liberal ve liberal olmayan anlayışlar ve tabii ki ideolojiler çerçevesinde tartışılmakta olduğu açıkça görülmelidir. Liberalizmin bu konu ve sorunları (üstelik küçümseyici bir tavırla) ideolojiler üstü bir zeminde tartışmak gerektiği hususundaki iddiasını da, liberalizm savunucularının bir ideolojik taktiği olarak değerlendirmek gerektiğini, hatta bunun bir tuzak olduğunu ve bizim ülkemiz gibi ülkelerin düşünen insanların bu tuzaktan sakınmak zorunda olduklarını vurgulamak istiyorum.